Öffentliches Recht

Standort: Staatsorganisationsrecht Problem: Änderung des NATO-Konzepts

BVERFG, URTEIL VOM 22.11.2001
2 BVE 6/99 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im Rahmen eines Organstreitverfahrens der PDS-Bundestagsfraktion (ASt.) gegen die Bundesregierung (Ag., der der Deutsche Bundestag beigetreten ist) mit der Frage zu beschäftigen, ob die Änderung des NATO-Konzepts, welchem die Bundesregierung im Natorat im April 1999 bekanntlich ohne Beteiligung des Deutschen Bundestages zugestimmt hatte, zulässig war.

1. Dies wurde von der PDS-Fraktion zunächst im Hinblick auf Art. 59 II GG bestritten, aus dem die ASt. die Notwendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung ableiten zu können glaubte. Das BVerfG erteilt dieser Ansicht jedoch eine Absage. Es stellt zunächst fest, dass die Änderung des NATO-Konzepts 1999 keine Änderung des bestehenden NATO-Vertrages war, welche unproblematisch der Zustimmung des Parlaments in Form eines Vertragsgesetzes nach Art. 59 II GG bedurft hätte. Sodann greift es seine frühere Rspr. wieder auf, nach der die Fortentwicklung völkerrechtlicher Beziehungen unterhalb der Schwelle eines Vertrages nicht unter Art. 59 II GG falle.

2. Schließlich glaubte die ASt. einen Verstoß gegen Art. 24 II GG erkannt zu haben. Durch die Zustimmung zum Konzept 1999 sind nach Ansicht des BVerfG jedoch weder die Grenzen des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag noch die Zweckbestimmung der NATO als Bündnis der Friedenswahrung überschritten worden, so dass die Einordnung der BRD in die NATO auch unter deren neuem Konzept mit Art. 24 II GG vereinbar ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Thematik kam 1994 mit der Entscheidung des BVerfG über die Mitwirkung deutscher AWACS-Aufklärer bei der Überwachung des Flugverbots über Bosnien-Herzegowina erstmals auf die Agenda. Damals entschied das BVerfG bereits, dass der "Out of Area"-Einsatz der Bundeswehr keiner Mitwirkungspflicht des Parlaments nach Art. 59 II GG unterliege, wobei die Abstimmung mit 4:4 Stimmen jedoch denkbar knapp ausfiel. In der damaligen Entscheidung entnahm das BVerfG jedoch dem allgemeinen, im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG enthaltenen Gesetzesvorbehalt die Notwendigkeit einer parlamentarischen Zustimmung zu Kampfeinsätzen der Bundeswehr, wobei die Anforderungen an die parlamentarische Mitwirkung genauestens aufgeschlüsselt wurden. So stellte das BVerfG klar, dass die Entscheidung sich nur auf Kampfeinsätze beziehe, eine einfache Mehrheit gem. Art. 42 II GG genüge und die Wehr- und Bündnisfähigkeit der BRD nicht beeinträchtigt werden dürfe.

An Aktualität ist das Problem nicht mehr zu überbieten, wie der im November 2001 ergangene Bundestagsbeschluss zum Einsatz von Bundeswehrsoldaten in Afghanistan zeigt. Diese Tatsache sollte zum Anlass genommen werden, die Voraussetzungen für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge und die Zulässigkeit und Begründetheit eines Organstreitverfahrens vor dem BVerfG zu wiederholen sowie sich - zumindest für die mündliche Prüfung - die Vorschriften über die Vertrauensfrage sowie die Möglichkeit der Verknüpfung derselben mit einem Bundestagsbeschluss (Art. 68 und 81 GG) anzusehen.

Die nachstehend wiedergegebene Pressemitteilung (Nr. 105/2001) und das Urteil im Volltext sind noch nicht veröffentlicht, jedoch unter www.bverfg.de im Internet abrufbar. Das neue strategische Konzept der NATO ist veröffentlicht im Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung Nr. 24 vom 3.5.99.

Vertiefungshinweise:

" Zu "Out of Area"-Einsätzen der Bundeswehr: *BVerfG*, NJW 1994, 2207; NJW 1993, 1317; *Stein*, Jura 1995, 254

" Zu völkerrechtlichen Aspekten der NATO-Luftschläge in Jugoslawien: *Laubach*, ZRP 1999, 276

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsätze:

1. Die Einordnung Deutschlands in ein System gegenseitiger kollektiver Sicherheit bedarf nach Art. 24 Abs. 2 i.V.m. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG der Zustimmung des Gesetzgebers.

2. Die Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit im Sinne des Art. 24 Abs. 2 GG, die keine Vertragsänderung ist, bedarf keiner gesonderten Zustimmung des Bundestags.

3. Die Zustimmung der Bundesregierung zur Fort-

entwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit darf nicht die durch das Zustimmungsgesetz bestehende Ermächtigung und deren verfassungsrechtlichen Rahmen gem. Art. 24 Abs. 2 GG überschreiten.
4. Der Bundestag wird in seinem Recht auf Teilhabe an der auswärtigen Gewalt verletzt, wenn die Bundesregierung die Fortentwicklung des Systems jenseits der ihr erteilten Ermächtigung betreibt.
5. Die Fortentwicklung darf nicht die durch Art. 24 Abs. 2 GG festgelegte Zweckbestimmung des Bündnisses zur Friedenswahrung verlassen.
6. Das neue strategische Konzept der NATO von 1999 ist weder ein förmlich noch ein konkludent zu Stande gekommener Vertrag.

Sachverhalt:
Im April 1999 wurde von dem auf der Ebene der Staats- und Regierungschefs tagenden NATO-Rat ein neues strategisches Konzept beschlossen worden. Es behandelt unter anderem die Möglichkeit von Krisenbewältigungen bis hin zu militärischen Krisenreaktionseinsätzen.
Die PDS-Fraktion im Deutschen Bundestag hat den Antrag gestellt festzustellen, dass die Bundesregierung mit ihrer Zustimmung zu diesen Beschlüssen, ohne das verfassungsmäßig vorgeschriebene Zustimmungsverfahren beim Deutschen Bundestag einzuleiten, gegen Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen und damit Rechte des Deutschen Bundestages verletzt hat. Die ASt. sieht in dem neuen strategischen Konzept eine unzulässige Ausweitung des Bündniszweckes über die Verteidigung im Sinne des Art. 5 NATO-Vertrag hinaus, die vom NATO-Vertrag und vom dazu ergangenen Zustimmungsgesetz des Bundestages nicht gedeckt sei. Die Bundesregierung sei zur Wahrung der Rechte des Bundestages verpflichtet gewesen, vor Erteilung der Zustimmung die gesetzgebenden Körperschaften gemäß Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zu beteiligen.
In der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG am 19. Juni 2001 ging es unter anderem um die Frage, wie der Vertragsbegriff des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG im Hinblick auf die Fortentwicklung eines bestehenden Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit durch die Staats- und Regierungschefs zu verstehen ist. Es wurde ferner erörtert, ob aus Art. 24 Abs. 2 GG Beteiligungsrechte des Bundestages abzuleiten sind, wenn die Bundesregierung an nicht nur unwesentlichen völkerrechtlichen Vertragsfortbildungen mitwirkt. Nach Ansicht der ASt. ist es der Bundesregierung verwehrt, auf diesem nichtförmlichen Weg völkerrechtliche Verpflichtungen entstehen zu lassen, die vom Bundestag nicht mehr oder nur noch unter erschwerten Bedingungen korrigiert werden können. Schließlich wurde auch die Frage behandelt, ob das neue strategische Konzept ein in Art. 24 Abs. 2 GG angelegtes Integrationsprogramm überschreitet. Das BVerfG hat den Antrag als unbegründet zurückgewiesen.

Aus der Pressemitteilung Nr. 105/2001:
Durch Urteil vom heutigen Tage hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 2001 den Antrag der PDS-Bundestagsfraktion im Organstreitverfahren zurückgewiesen. Zur Begründung seines Urteils stellt das Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen fest: Der zulässige Antrag ist unbegründet. Die Bundesregierung hat nicht gegen Art. 59 Abs. 2 Satz 1, 24 Abs. 2 GG verstoßen, indem sie dem neuen strategischen Konzept der NATO von 1999 (im folgenden: Konzept 1999) zugestimmt hat, ohne zuvor die Zustimmung des Bundestages einzuholen. Das Konzept 1999 stellt keine Änderung des NATO-Vertrages dar (A). Für die Fortentwicklung des Vertrages unterhalb der Schwelle der Vertragsänderung ist eine Zustimmung des Bundestages nicht erforderlich (B). Durch die Zustimmung zum Konzept 1999 sind auch weder die Grenzen des Zustimmungsgesetzes zum NATO-Vertrag noch die Zweckbestimmung der NATO als Bündnis der Friedenswahrung überschritten (C).

A. Keine Änderung des NATO-Vertrages
Der Zweite Senat führt aus, dass ein Wille der Beteiligten, den NATO-Vertrag zu ändern, nicht zu erkennen ist. So ist schon das Fehlen einer Ratifikationsklausel als ein Indiz gegen den Vertragscharakter zu werten. Zwar wollten alle Beteiligten die Zielsetzung der NATO insbesondere um die sogenannten Krisenreaktionseinsätze über Art. 5 NATO-Vertrag hinaus erweitern. Auch aus diesem hochpolitischen Gegenstand kann jedoch nicht auf einen Vertrag geschlossen werden. Insbesondere der Wortlaut der Vereinbarung spricht gegen die Vertragsnatur, denn der Text des Konzepts 1999 besteht weitgehend aus Lagebeschreibungen und -einschätzungen sowie allgemein gehaltenen Absichtserklärungen. Auch eine konkludente Vertragsänderung liegt nicht vor. Fehlt es an Anhaltspunkten für einen subjektiven Vertragsänderungswillen bei den Beteiligten, muss ein deutlicher Widerspruch zu dem bereits bestehenden Vertrag vorliegen, um Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG auszulösen. Das ist hier nicht der Fall. Insbesondere die Erweiterung auf Krisenreaktionseinsätze ist noch eine Fortentwicklung des bestehenden Vertrages. Das Konzept 1999 lässt die kollektive Verteidigungsfunktion des Bündnisses unberührt und schreibt den in der Präambel niedergelegten Sicherheits- und Friedensauftrag in Hinblick auf eine tiefgreifend neue Sicherheitslage fort. Das grundlegende Ziel bleibt die Abwehr und Abschreckung von Aggressionen dritter Staaten. Zwar enthält das Konzept 1999 die im Ursprungsvertrag nicht implizierte Erweiterung auf Krisenreaktionseinsätze außerhalb des Bündnisgebiets. Hier ist das Konzept 1999 gegenüber dem NATO-Konzept von 1991 wesentlich verändert worden. Die im NATO-Konzept 1991 noch dominierenden Absichtserklärungen als Ausdruck des politischen Willens der Mitglieder zur Fortentwicklung des Ver-

trages weichen einer nunmehr konkretisierten Planung. Der Tatbestand der Krisenreaktionseinsätze verallgemeinert die seit 1994 entwickelten Verfahren innerhalb der Bündnispartner. Dennoch ist eine objektive Vertragsänderung nicht festzustellen, es handelt sich um eine Fortentwicklung und Konkretisierung der offen formulierten Bestimmungen des NATO-Vertrages: Der Nordatlantikrat erklärt ausdrücklich, Zweck und Wesen des Bündnisses blieben unverändert. Zudem sind die gegenseitigen Pflichten bei den sogenannten Krisenreaktionseinsätzen geringer als im Verteidigungsfall; die Mitglieder koordinieren ihre Maßnahmen von Fall zu Fall nach Konsultationen; eine Pflicht zur kollektiven Reaktion besteht nicht und das Primat der Politik sowie das Procedere gelten unverändert. Insbesondere ist festgelegt, dass die Mitgliedstaaten dabei jeweils auf der Grundlage ihres Verfassungsrechts handeln, weshalb die Bundesregierung bei deutscher Beteiligung an Krisenreaktionseinsätzen die vorherige Zustimmung des Parlaments benötigt. Auch die Ausweitung des Sicherheitsbegriffs auf neue Bedrohungen für die Stabilität im euro-atlantischen Raum und globale Risiken wahrt den Abstand zu der Aufgabe der kollektiven Verteidigung

B. Keine parlamentarische Zustimmung für Fortentwicklung unterhalb der Vertragsebene erforderlich

Für eine derartige Fortentwicklung, die keine Vertragsveränderung darstellt, ist eine Zustimmung des Bundestages nicht erforderlich. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG kann nicht erweiternd ausgelegt werden. Die Konkretisierung des Vertrages und seine Ausfüllung ist nach dem Grundgesetz Aufgabe der Regierung, die im Bereich der Außenpolitik einen weiten Spielraum hat. Zwar bleibt sie der parlamentarischen Kontrolle unterworfen und an das GG gebunden. Eine Zustimmungspflicht durch das Parlament bei nichtförmlicher Vertragsfortentwicklung würde jedoch nicht nur Rechtsunsicherheit hervorrufen, sondern auch die Handlungsfähigkeit der Regierung ungerechtfertigt beschneiden. Der Gefahr einer allmählichen Inhaltsveränderung des Vertrages durch derartige nichtförmliche Weiterentwicklungen ist das Parlament dennoch nicht schutzlos ausgeliefert. Nach dem Grundgesetz kontrolliert das Parlament die Regierung, diese muss nach Art. 43 Abs. 1 GG Rede und Antwort stehen. In Hinblick auf das Budgetrecht des Parlaments und den Parlamentsvorbehalt für Einsätze der Bundeswehr wird sie für die Fortentwicklung der NATO werben müssen.

C. Keine Überschreitung des Art. 24 II GG

Das ursprüngliche Gesetz zum NATO-Vertrag ist durch die Zustimmung zum Konzept 1999 nicht überschritten; Art. 24 Abs. 2 GG ist nicht verletzt. Durch die Zustimmung zum NATO-Vertrag ist die Bundesregierung auch zu seiner Fortentwicklung ermächtigt worden. In Rechte des Bundestages greift die Bundesregierung erst ein, wenn sie sich außerhalb dieser ursprünglichen Ermächtigung bewegt. Das ist weder hinsichtlich des Einsatzes von Atomwaffen noch hinsichtlich der Regelungen über Krisenreaktionseinsätze der Fall. Der NATO-Vertrag strebt eine umfassende regionale Friedenssicherung in Europa und Nordamerika an. Ändert sich das Erscheinungsbild der Bedrohungen, lässt er Spielraum für eine Fortentwicklung, solange nicht grundlegend neue Einsätze vereinbart werden. Das Konzept 1999 hat die Bindung an die Ziele der NATO, aber auch an die durch die UN-Charta normierten Pflichten nicht aufgegeben, vielmehr ausdrücklich bekräftigt. Die vorgesehene Aufnahme neuer Mitglieder in Europa stellt eine Fortsetzung der Zusammenarbeit mit den Staaten Osteuropas zur Friedenssicherung seit 1994 dar. Die Zweckbestimmung der Friedenswahrung ist durch das Konzept 1999 nicht geändert worden. Zwar ist im GG nicht ausdrücklich definiert, was unter Friedenswahrung zu verstehen ist. Aus Art. 24 Abs. 2 GG folgt aber, dass die kollektive Sicherheit eine entscheidende Voraussetzung dafür ist. Ebenso lässt sich Art. 24 Abs. 2 GG entnehmen, dass Deutschland nicht an einem Bündnis teilnehmen darf, welches nicht dem Frieden dient. Die Entwicklung eines bereits bestehenden Bündnissystems weg von der Friedenssicherung wäre von dem ursprünglichen Zustimmungsgesetz nicht mehr gedeckt. Das Konzept 1999 enthält aber keine Anhaltspunkte für eine derartige Entwicklung. Die Einsätze sollen nach wie vor ausschließlich in Übereinstimmung mit dem Völkerrecht erfolgen. Auf die Art. 42, 48, 53 der UN-Charta wird ausdrücklich weiter hingewiesen. Auch die Konkretisierung der Einsatzvoraussetzungen in und außerhalb des Bündnisgebietes lassen keine Friedensstörungsabsicht erkennen.

Standort: Ordnungsrecht Problem: Waffenrechtliche Erlaubnis für "Paintball"-Spiel

BAYVGH, URTEIL VOM 27.06.2000
2L B 98.2184 (BAYVBL 2001, 689)

Problemdarstellung:

Der BayVGH hatte darüber zu entscheiden, ob das sogen. "Paintball"-Spiel einer Erlaubnis nach § 44 I 1 WaffG bedarf, ob m.a.W. die Spielfläche, regelmäßig ein oder mehrere Gebäude und/oder eine Freifläche (Wiese, Hinterhof etc.) eine "Schießstätte" i.S.d. § 44 IV WaffG sind.

Beim Paintball-Spiel gibt es verschiedene Varianten. Bei einer ("Capture the flag") versuchen zwei Gruppen, innerhalb des Spielfeldes einen in der Mitte abgelegten Gegenstand (zumeist Fahnen oder Holzstäbe)

an sich zu bringen und an einem vereinbarten Ort abzulegen. Um Mitspieler der anderen Gruppe daran zu hindern, werden mittels Druckluftwaffen Gelatinefarbkugeln (Paintballs) verschossen, die beim Aufprall einen Farbfleck hinterlassen. Die so getroffenen Mitspieler werden z.T. dauerhaft, jedenfalls aber für eine gewisse Zeit vom Weiterspielen ausgeschlossen. Bei einer anderen, mit Einzelspielern oder ebenfalls in Gruppen ausgetragenen Variante ("Deathmatch") ist das Treffen der Gegner unter Vermeidung eigener Treffer das alleinige Ziel des Spiels.

Der VGH kommt zu dem Ergebnis, dass das Paintball-Spielgerät zwar ein Schusswaffe, die Spielfläche aber keine Schießstätte sei. Es fehle schon an hierzu notwendigen Fixierung des Schützen und des Zieles, i.Ü. auch am Geschicklichkeitsnachweis.

Im Hilfsantrag hatte sich der Senat sodann mit der Zulässigkeit einer vorbeugenden Unterlassungsklage gegen die von den Kl. befürchtete Ablehnung weiterer erforderlicher Genehmigungen (z.B. einer noch einzuholenden Baugenehmigung für den Umbau des Spielgeländes) unter Hinweis auf § 118 OWiG zu befassen, deren Zulässigkeit er mangels qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses verneint. Trotzdem es folglich auf die Sachfrage, ob das Paintball-Spiel nun gegen § 118 OWiG verstößt oder nicht, nicht mehr ankam, konnte es sich der Senat nicht verkneifen, im Wege eines obiter dictums zu verlautbaren, dass nach seiner Ansicht ein Verstoß offensichtlich sei. Damit begibt sich der Senat unnötig auf Glatteis: Zum einen überrascht diese Aussage, da der BayVGH als eines der ganz wenigen Gerichte den Betrieb von sog. "Laserdromen" für zulässig hält (NVwZ-RR 1995, 32), ein Umstand, der den Senat am Ende des obiter dictums zu einer wenig überzeugenden Differenzierung zwischen Laserdrom und Paintball nötigt.

Zum anderen ist auch der knappe Schlusssatz, die Zulässigkeit von Paintball-Spielen in anderen EU-Ländern dürfe nicht zu einer ähnlichen "Sittenverrohung" in der BRD führen, kein Argument, sondern nur eine Behauptung, deren Richtigkeit überdies mit Blick auf Art. 42, 49 EG zumindest zweifelhaft ist (Näheres dazu s. Prüfungsrelevanz).

Prüfungsrelevanz:

Kampfsport-Spiele sind wieder in den Blickpunkt des Interesses im Polizei- und Ordnungsrecht gerückt. Hierzu tragen neben dem vorliegenden Urteil, das mit dem möglichen Erfordernis einer waffenrechtlichen Erlaubnis (welche immerhin von der Vorinstanz bejaht wurde) eine neue Variante zu den gängigen Problemen hinzufügt, vor allem zwei weitere Entscheidungen bei:

Nach Ansicht des OVG Münster verstoßen "Laserdrom"-Spiele gegen die öffentliche Ordnung und können daher nach der ordnungsbehördlichen Generalklausel untersagt werden (RA 2001, 163 -Urteil in Fallstruktur- = NWVBl 2001, 94).

Noch spannender ist die (vom OVG in der o.g. Entscheidung noch bejahte) Frage, ob ein solches Verbot mit Art. 42, 49 EG vereinbar ist. Diese Frage hat kürzlich das BVerwG (6 C 3.01, Beschluss vom 24. 10. 2001, bisher unveröffentlicht) dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Zur vorbeugenden Unterlassungsklage (Hilfsantrag) ist anzumerken, dass wegen des Gewaltenteilungsprinzips und der grds. repressiv ausgerichteten Rechtsbehelfe der VwGO *vorbeugende* Klagen nach h.M. zwar nicht generell unzulässig, jedoch nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sind. So ist stets ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis als besondere Sachurteilsvoraussetzung (nicht zu verwechseln mit dem allg. Rechtsschutzbedürfnis) erforderlich, welches nur gegeben ist, wenn der Kl. nachweisen kann, dass repressiver Rechtsschutz unter Einschluss des *vorläufigen* Rechtsschutzes (§§ 80 V, 80a, 123, 47 VI VwGO) nicht effektiv genug wäre.

Vertiefungshinweise:

" Zur Zulässigkeit der Laserdrome: *OVG Münster*, NWVBl 1995, 473; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1995, 30; *Störmer*, NWVBl 1997, 313; *Heckmann*, JuS 1999, 986

" Zum vorbeugenden Rechtsschutz: *BVerwG*, RA 2000, 253 = DVBl 2000, 636; *VGH Mannheim*, DVBl 1980, 60; *Dreier*, JA 1987, 415

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Laserdrom"

Leitsatz (der Redaktion):

Eine Paintball-Spielanlage, bestehend aus einem ehemaligen Stall und einer eingezäunten Wiese, ist keine Schießstätte im Sinne des § 44 Abs. 4 WaffG.

Sachverhalt:

Das Landratsamt N. lehnte mit Bescheid vom 20.7.1997 den Antrag auf Erteilung einer waffenrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Schießstätte für Paintball-Waffen ab: Die nach Herrichten eines Bullenstalles und einer Wiese u.a. durch Anbringung einer Einzäunung und von Sichtschutzblenden zu schaffende geplante Anlage zum Paintballspielen sei aufgrund der vorgesehenen Nutzung sowie insbesondere der angestrebten dauerhaften gewerblichen Zurverfügungstellung an Paintball-Spieler als Schießstätte nach § 44 Abs. 4 WaffG einzustufen. Es liege zwar keiner der in § 44 Abs. 1 Satz 3 WaffG genannten Versagungsgründe vor. Es sei aber zu besorgen, dass das Paintball-Spiel gegen § 118 Abs. 1 OWiG verstoße, weil es als grob ungehörige Handlung die öffentliche Ordnung

beeinträchtige. Denn die spielerische Simulation der Tötung von Menschen laufe der Menschenwürde zuwider, wie sie das Wertesystem der Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland präge. Eine derartige Verletzung der Menschenwürde stelle einen ungeschriebenen Versagungsgrund dar.
Nach erfolglosem Vorverfahren erhoben die Kl. Klage, mit der sie im Hauptantrag den Erlass der Erlaubnis zum Betrieb von Schießstätten, im Hilfsantrag die Verpflichtung der Bekl. begehren, es zu unterlassen, unter Berufung auf § 118 OWiG weitere eventuell erforderliche Genehmigungen, etwa Baugenehmigungen für den Umbau des Stalles oder die Einzäunung der Wiese, zu versagen. Das VG gab der Klage im Hauptantrag statt; die Berufung des Bekl. führte zur Aufhebung des Urteils und zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

A. Hauptantrag
Die Klage ist im Hauptantrag nicht begründet. Die Kläger haben weder einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Schießstätten nach § 44 Abs. 1, 4 Waffengesetz (WaffG), noch war der Beklagte zu verpflichten, den Antrag der Kläger auf Erteilung einer solchen Erlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden. Die Klage ist vielmehr auf die Berufung hin abzuweisen.

I. Erlaubnispflichtigkeit
Denn bei den geplanten Paintball-Spielfeldern, die die Kläger betreiben wollen, handelt es sich nicht um Schießstätten im Sinne von § 44 Abs. 4 WaffG, so dass die Kläger keiner Erlaubnis nach § 44 Abs. 1 Satz 1 WaffG bedürfen.

1. Begriff der Schießstätte
Nach § 44 Abs. 4 WaffG sind Schießstätten ortsfeste oder ortsveränderliche Anlagen, die ausschließlich oder neben anderen Zwecken dem Schießsport oder sonstigen Schießübungen mit Schusswaffen, der Erprobung von Schusswaffen oder dem Schießen mit Schusswaffen zur Belustigung dienen. Diese Vorschrift definiert für den Anwendungsbereich des Waffengesetzes in verbindlicher Weise den Begriff der Schießstätte. Die geplanten Paintball-Spielfelder der Kläger erfüllen keine dieser Voraussetzungen.

2. Paintball-Spielgerät als "Schusswaffe"
Auf den von den Klägern geplanten Paintball-Spielfeldern sollen zwar Schusswaffen abgeschossen werden. Denn bei den zum Spiel verwendeten Farbmarkierungswaffen handelt es sich, wie zwischen den Beteiligten unstreitig ist, um Schusswaffen im Sinne von § 1 Abs. 1 WaffG, weil es sich um Geräte handelt, die zum Spielen bestimmt sind und bei denen Geschosse im Sinne des § 2 Abs. 3 Nr. 2 WaffG (Gelatinefarbkugeln) mit Druckluft durch einen Lauf getrieben werden (vgl. auch Lehle/Lehmann, Aktuelles Waffenrecht, § 1 WaffG RdNr. 5a).

3. Paintball-Spielfläche als "Schießstätte"
Aber es handelt sich bei den Spielfeldern, nämlich dem ehemaligen Bullenstall und der ehemals landwirtschaftlich genutzten Wiese, auf denen das Paintball-Spiel stattfinden soll, nicht um zum Schießen eingerichtete und dafür dienende Anlagen, die als Schießstätten im Sinne von § 44 Abs. 4 WaffG betrachtet werden können.

a. Nach § 44 Abs. 4 Alt. 1 WaffG
Soweit die Beteiligten und das Verwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der gutachterlichen Stellungnahme des Bayerischen Landeskriminalamts vom 15.5.1995 davon ausgehen, dass es sich beim Schießen im Rahmen des Paintball-Spiels um Schießsport oder zumindest sonstige Schießübungen mit Schusswaffen handelt, wofür hier die Spielfelder hergerichtet seien und wofür sie dienten (§ 44 Abs. 4 Alt. 1 WaffG), kann offen bleiben, ob man das spielerische Schießen beim Paintball nach der von den Klägern gegebenen Beschreibung überhaupt als sportliche Betätigung einstufen kann. Auf jeden Fall fällt dies nicht unter die für § 44 Abs. 4 Alt. 1 WaffG maßgeblichen Begriffe des Schießsports oder sonstiger Schießübungen.
Nach seinem Wortlaut und Sinn knüpft § 44 Abs. 4 Alt. 1 WaffG - ebenso wie der im Zusammenhang damit stehende § 32 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 WaffG - an die herkömmliche Auffassung von Schießsport und sonstigen Schießübungen an, die auf einem Schießstand stattfinden.

aa. Definition des "Schießsports" und der "Schießübung"
Danach umfasst Schießsport nur Schießveranstaltungen, bei denen das gegenseitige Messen der Fähigkeit der einzelnen Teilnehmer zur sicheren Handhabung einer bestimmten Schusswaffe und zum präzisen Treffen eines bestimmten Ziels ohne darüber hinausgehenden Zweck im Vordergrund steht (vgl. Lehle/Lehmann, a.a.O., § 32 WaffG RdNr. 10). Schießübungen andererseits dienen, wie schon der Wortlaut besagt, dem Erlernen und sich Vervollkommnen in der sicheren Handhabung einer Waffe auch ohne sportliche Neigung. Gerade die von einem solchen Schießen mit fester Munition ausgehenden Belästigungen und Gefahren sollen nach § 44 Abs. 1 Satz 2 WaffG durch Auflagen verhütet werden.

bb. Subsumtion
Beim Paintball-Spiel handelt es sich dagegen um ein Mannschafts- und Bewegungsspiel, bei dem der Gebrauch der Schusswaffen nur als unselbstständiger Teil

eines komplexen Spielgeschehens anzusehen ist, so dass dies nicht dem Bereich des Schießsports zugerechnet werden kann (vgl. Lehle/ Lehmann, a.a.O., RdNr. 10a), da die Treffsicherheit des einzelnen Teilnehmers nicht im Vordergrund der Veranstaltung steht. Vergleichbare (sportliche) Betätigung unter Waffengebrauch wird nicht dem Schießsport zugerechnet und ist daher in § 32 Abs. 1 Nr. 2 WaffG bezüglich Schützenvereinigungen, die sich vergleichbarer Brauchtumspflege widmen, gesondert geregelt. Auch bestehen aufgrund der besonderen Ermächtigung in § 44 Abs. 3 Nr. 2 WaffG, §§ 38-41 der 1. Verordnung zum Waffengesetz i.d.F. der Bek. vom 10.3.1987 (BGBl. I S.777), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.10.1994 (BGBl. I S. 3082, 3122), besondere Vorschriften für vergleichbaren nicht spielerischen Waffengebrauch (sog. "Wehrsport"). Dies lässt erkennen, dass § 44 Abs. 4 Alt. 1 WaffG mit dem alleinigen Abstellen auf Schießsport und sonstige Schießübungen diese Betätigungen nicht erfassen will. Dementsprechend kommt eine Genehmigungsbedürftigkeit der Spielfelder der Kläger insoweit nicht als Schießstätte in Betracht, da unter dem so verstandenen Schießsport oder sonstigen Schießübungen dienenden Anlagen im allgemeinen sportlichen Sinn nur Anlagen zu verstehen sind, die dadurch diesem Schießsport oder sonstigen Schießübungen mit Schusswaffen dienen, dass eine oder mehrere Schießbahnen eingerichtet sind, an deren Ende sich eine Vorrichtung für die Scheiben sowie unter Umständen die Deckung für das Personal zum Anzeigen der Trefferergebnisse oder zum Bewegen der Scheibe befinden (vgl. allgemein Brockhaus, Enzyklopädie, 19. Aufl., Band 20 "Schießstand").
Voraussetzung für das Vorliegen einer Schießstätte ist außerdem allgemein, dass die Einrichtung, in der geschossen werden soll, zur Verhütung der dadurch drohenden Gefahren für den Zweck des Schießens besonders, vor allem mit Blenden zum Abfangen fehlgehender oder abwandernder Geschosse, hergerichtet ist (vgl. Steindorf, Waffenrecht, 7. Aufl., § 44 RdNr. 9) und dass der Stand des Schützen festgelegt ist (vgl. Lehle/Lehmann, a.a.O., § 44 WaffG RdNr. 10). Von einer Schießstätte im allgemeinen sportlichen Sinn kann daher nur gesprochen werden, wenn Abschusspunkt und Ziel zumindest für die Dauer des Schießens festgelegt sind, auch wenn sie nach dem Schießen weggeräumt werden können. Während des Schießens dürfen jedenfalls Abschusspunkt und Zielpunkt nicht verändert werden können (so früher auch Hinze, Waffenrecht, Stand: März 1987, § 4 Anm. 11).

b. Nach § 44 Abs. 4 Alt. 3 WaffG

Auch soweit die Beteiligten und das Verwaltungsgericht davon ausgehen, dass zumindest Anlagen, die dem Schießen mit Schusswaffen zur Belustigung dienen (§ 44 Abs. 4 Alt. 3 WaffG), von den Klägern zu betreiben geplant sind, kann dem nicht gefolgt werden.

aa. Definition des "Schießens zur Belustigung"

Auch der Begriff des Schießens zur Belustigung in § 44 Abs. 4 Alt. 3 WaffG knüpft an dessen herkömmliche Erscheinungsform an, nämlich an Schießbuden auf Jahrmärkten und ähnlichen Veranstaltungen (vgl. Lehle/Lehmann, a.a.O.). Dieser eingeschränkte Sinn ergibt sich auch aus den Ausnahmevorschriften dazu in § 44 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 WaffG, die für solche herkömmlichen, anderweitig nach Gewerbe- oder Baurecht genehmigungspflichtigen Schießstätten auf eine zusätzliche waffenrechtliche Genehmigung verzichten.

bb. Subsumtion

Auch dieser vom Gesetzgeber zu regeln beabsichtigten Art von Schießstätten entsprechen die von den Klägern geplanten Paintball-Spielfelder nicht, da auch bei solchen zur Belustigung dienenden Schießanlagen sowohl der Abschusspunkt wie das zu treffende Ziel von vornherein, wenn auch nicht so starr wie beim Sportschießen, festgelegt und nicht so variabel und nicht von vornherein vorhersehbar sind wie im Spielverlauf des Paintball-Spiels.
Soweit der Beklagte vorträgt, dass eine solche Auslegung des Begriffes der Schießstätte im Gesetz keine Stütze finde, kann der Senat diese Auffassung auch im Hinblick auf die seine Auslegung stützende amtliche Begründung zum Begriff der Schießstätte (BT-Drs. VI/2678 zu § 41 Abs. 4 WaffG, S. 35) nicht teilen. Ebenso sieht der Senat auch keinen Anlass, über diese vom Gesetzgeber gewollte, nur herkömmliche Arten von Schießstätten umfassende Auslegung des § 44 Abs. 4 WaffG hinaus eine erweiternde Auslegung vorzunehmen, um die Erfassung auch im Zuge neuerer Entwicklungen des sportlichen oder der Belustigung dienenden Waffengebrauchs eingerichteter Anlagen, in denen in anderer Art geschossen werden soll, zu ermöglichen, wie gerade hier der Spielfelder der Kläger.

cc. Erweiternde Auslegung

Auch wenn der Wortlaut des § 44 Abs. 4 WaffG dies noch zulässt, besteht doch für eine solche bereits am Rande der Analogie sich bewegende erweiternde Auslegung nur dann ein Bedürfnis, wenn der Gesetzgeber mit der Regelung über Schießstätten für alle Örtlichkeiten, in denen Waffengebrauch zu Sport oder Vergnügungszwecken zulässig sein soll, eine umfassende und abschließende Regelung hat treffen wollen und daher ohne eine solche Auslegung eine aus Sicherheitsgründen nicht hinnehmbare Gesetzeslücke entstände und daher Gefahren, die von solchem Schusswaffengebrauch ausgingen, nicht von den Behörden wirksam bekämpft werden könnten. Dies ist jedoch nicht der Fall. Dass nicht jeder Ort und jede Einrichtung, in der befugt geschossen werden kann, als Schießstätte eingeordnet werden muss, zeigt die Vorschrift des § 45 WaffG, wonach der Erlaubnis der zuständigen Behörde auch bedarf, wer außerhalb von Schießstätten mit

einer Schusswaffe schießen will (vgl. auch Steindorf, a.a.O.), wobei die Erlaubnis nach § 45 Abs. 3 WaffG nur unter den Gefahren genügend Rechnung tragenden Gesichtspunkten erteilt werden darf, andererseits aber insbesondere die Ausnahme in § 45 Abs. 6 Nr. 2 Buchst. a WaffG ausreichend Spielraum für gerade auch neuartigen sportlichen oder der Belustigung dienenden Waffengebrauch lässt. Der von den Beteiligten gewünschten Unterordnung der Spielfelder der Kläger unter den Begriff der Schießstätte nach § 44 Abs. 4 WaffG bedarf es daher zur Lückenschließung nicht. [...]

II. Ergebnis

Nachdem die Kläger demnach keiner Erlaubnis nach § 44 Abs. 1 Satz 1 WaffG bedürfen, [...] konnte das verwaltungsgerichtliche Urteil keinen Bestand haben. Die Kläger werden durch die Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung einer solchen Erlaubnis im Ergebnis nicht in ihren Rechten verletzt.

B. Hilfsantrag

Soweit die Kläger hilfsweise beantragt haben, den Beklagten zu verurteilen, zu unterlassen, die für das Vorhaben der Kläger erforderliche Erlaubnis unter Berufung auf die im Prozess bisher geäußerten Gründe nach § 118 OWiG zu versagen, ist diese Klageerweiterung zwar zulässig, die Klage aber auch insoweit abzuweisen.

I. Zulässigkeit

[...] Die Kläger wollen mit dieser vorbeugenden Unterlassungsklage erreichen, dass auch eine nach anderen Vorschriften als § 44 Abs. 1 WaffG für ihr Vorhaben erforderliche Erlaubnis nicht unter Berufung auf § 118 OWiG unabhängig von den jeweiligen dortigen Erlaubnisvoraussetzungen versagt wird. [...] Die hilfsweise Klage, für deren Erhebung es keines Vorverfahrens bedurfte, bleibt aber schon deshalb ohne Erfolg, weil die Kläger dafür nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis besitzen.

1. Qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugende Klagen

Da es sich bei den von den Klägern befürchteten Erlaubnisversagungen um Verwaltungsakte handelt, bedürfte es für die Zulässigkeit des von den Klägern insoweit begehrten vorbeugenden Rechtsschutzes in Gestalt einer vorbeugenden Unterlassungsklage eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses, weswegen es den Klägern unzumutbar wäre, diese Verwaltungsakte abzuwarten und dann die gegen diese gegebenen Rechtsbehelfe zu ergreifen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Vor § 40 RdNr. 33).

2. Subsumtion

Gemäß den bisherigen Verlautbarungen des zuständigen Landratsamtes N., die in der mündlichen Verhandlung von der Vertreterin des Beklagten bestätigt wurden, bestehen gegen die Erteilung einer Bauerlaubnis für die Stallumnutzung und die Errichtung der Einzäunung der Wiese für die Einrichtung von Paintball-Spielfeldern entsprechend den früher vorgelegten Plänen der Kläger keine Bedenken und gibt es - auch im Hinblick auf die von den Klägern vorgetragene Planänderung, die baurechtlich aber noch nicht geprüft ist - für eine geplante Ablehnung unter Bezugnahme auf die Vorschrift des §118 OWiG unabhängig von baurechtlichen Versagungsgründen keine Hinweise. Auch für mögliche andere Erlaubnispflichten, insbesondere möglicherweise nach § 45 Abs. 1 WaffG, ist eine Versagung unter Bezug auf § 118 OWiG nicht ersichtlich vom Beklagten geplant, da hier § 45 Abs. 3 WaffG eine abschließende Regelung für die Erteilungsvoraussetzungen enthält. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Kläger tatsächlich damit rechnen müssten, eine Erlaubnisversagung auf der Grundlage von § 118 OWiG zu erhalten. Noch viel weniger haben sie Gründe vorgetragen, die ihnen ein Abwarten einer eventuellen Erlaubnisversagung unzumutbar machten. Allein der mögliche weitere Zeitverlust würde dazu nicht ausreichen. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt daher nicht vor, so dass die Klage unzulässig ist.

B. Obiter dictum: Verbot nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 BayLStVG i.V.m. § 118 OWiG

Im Übrigen dürfte ein allenfalls drohendes Verbot (nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 BayLStVG) auf der Grundlage des § 118 OWiG nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden sein.

Es liegt auf der Hand, dass ein Spiel, das als wesentliches Spielmittel beinhaltet, in realitätsnaher Weise auf Menschen zu schießen und damit Tötungshandlungen zu simulieren, dem durch den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und den Schutz des menschlichen Lebens (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) geprägten Wertesystem der deutschen Gesellschaft widerspricht und daher geeignet ist, die Allgemeinheit zu belästigen und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen (§ 118 OWiG). Gerade durch den Einsatz von Waffen allein zum Zwecke der Ausschaltung des Spielgegners unterscheidet sich das Paintball-Spiel von den von den Klägern zum Vergleich herangezogenen Kinderspielen, wo nur ein Abschlag mit der Hand erfolgt. Aber auch die ebenfalls genannten sportlichen Wettkämpfe mit Waffen (Fechten u.a.) dienen nicht der Ausschaltung des Gegners, sondern nur dem Nachweis der Geschicklichkeit; denn Ziel ist dort, versuchte Angriffe gerade erfolgreich abzuwehren und damit dem Gegner keine Treffer zu ermöglichen. Irgendwelche in der Geschicklichkeit der Mitspieler liegende Abwehrmöglichkeiten gegen die auch aus dem Hinterhalt erfolgenden Schüsse beim Paintball-Spiel gibt es aber auch nach Angaben der Kläger nicht, außer schnelleres

Zurückschießen, also wiederum das Bestreben, den Gegner mit Waffengewalt auszuschalten.
Soweit das Verwaltungsgericht demgegenüber auf die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zum Laserdrome-Spiel verwiesen hat, ist diese Rechtsprechung nach Auffassung des Senats auf das vorliegende Paintball-Spiel nicht übertragbar, da dort die elektronisch verfremdete Darstellungs- und Spielweise den Aspekt des Angriffs auf die Menschenwürde und das Leben von Menschen mit Waffengewalt stark in den Hintergrund verdrängt, woran es hier gerade fehlt. Allein dass das möglicherweise selbst im europäischen Ausland anders gesehen wird, ergibt keine Rechtfertigung, eine solche Sittenverrohung auch in Deutschland als erlaubt ansehen zu müssen.

Standort: Amtshaftung Problem: Verjährungsunterbrechung analog § 209 I BGB

OLG BRANDENBURG, URTEIL VOM 21.03.2001
7 U 74/00 (NVWZ-RR 2001, 704)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Bürgermeisterin der bekl. Gemeinde der Kl. mitgeteilt, dass ein bestimmtes Grundstück Bauland sei bzw. werde. Die Kl. hatte daraufhin das Grundstück zu Baulandpreisen erworden, obwohl es weder als Bauland ausgewiesen war noch später ausgewiesen wurde. Den daraus entstandenen Schaden wollte sie nun im Wege des Amtshaftungsprozesses über § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG von der Gemeinde ersetzt haben.

Das OLG Brandenburg sprach der Kl. den Schadensersatzanspruch zu. Dabei prüfte der Senat die Anspruchsgrundlage geradezu schulmäßig durch (auf kleine Abstriche, wie etwa die Prüfung der Passivlegitimation der bekl. Gemeinde in Tatbestand - statt wie üblich in der Rechtsfolge - sei hingewiesen).

Besondere Beachtung verdienen dabei die Ausführungen zur möglichen Verjährung des Anspruchs gem. § 852 BGB: Zunächst schließt sich das Gericht der Auffassung des BGH an, wonach in analoger Anwendung des § 209 BGB nicht nur die Erhebung der Amtshaftungsklage vor den Zivilgerichten (Sekundärrechtsschutz), sondern bereits die gegen die Amtspflichtverletzung selbst erhobene Klage vor den Verwaltungsgerichten (Primärrechtsschutz) die Verjährung unterbreche. Die Besonderheit des vorliegenden Falles lag allerdings in Abweichung zu den bisher vom BGH entschiedenen Fällen darin, dass auf Beklagtenseite auf Primär- und Sekundärebene verschiedene Parteien standen. Das OLG befürwortet mit überzeugender Begründung gleichwohl eine Analogie zu § 209 I BGB auch für diesen Fall.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil reiht sich in eine Kette von veröffentlichten Amtshaftungsentscheidungen ein, über die in der RA bereits vielfach berichtet wurde (vgl. Vertiefungshinweise). Neben der oben erwähnten Verjährungsproblematik werden zahlreiche Probleme des Amtshaftungsanspruchs (Begriff des Beamten im haftungsrechtlichen Sinn, Drittbezug der Amtspflicht, Ausschluss nach § 893 I 2 BGB, Passivlegitimation, Mitverschulden) angesprochen, so dass sich der Fall ideal zur Wiederholung und Vertiefung eignet.

Vertiefungshinweise:

“ Amtshaftung einer Gemeinde für falsche Auskunft über die Bebaubarkeit eines Grundstücks: *BGH*, NVwZ 1990, 194

“ Weitere aktuelle Urteile zur Amtshaftung: *BGH*, RA 2001, 629 (Faktisches Unterlassen als Ausschlussgrund); RA 2001, 131 (Passivlegitimation); RA 2001, 133 (Bindungswirkung von VG-Entscheidungen); RA 2001, 316 (Drittbezug der Amtspflicht)

Kursprogramm:

“ *Examenskurs*: “Die vergessene Motorsäge”

“ *Examenskurs*: “Ende einer Dienstfahrt”

Leitsätze:

1. Zur Haftung einer Gemeinde für die unzutreffende Auskunft ihrer Bürgermeisterin, dass Grundstücke "als unerschlossenes Bauland verkauft werden können".

2. Eine die Verjährung gem. § 852 I BGB im Falle eines Amtshaftungsanspruchs analog § 209 I BGB unterbrechende Inanspruchnahme primären Rechtsschutzes durch Anrufung des Verwaltungsgerichts kommt auch dann in Betracht, wenn die für den Amtshaftungsanspruch haftende Anstellungskörperschaft mit der in dem Verwaltungsrechtsstreit verklagten Körperschaft öffentlichen Rechts nicht identisch ist, sofern das Verwaltungsstreitverfahren darauf gerichtet ist, den Eintritt eines Schadens auf Grund der Amtspflichtverletzung zu verhindern.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. auf Schadenersatz wegen Verletzung einer Amtspflicht durch die vormalige Bürgermeisterin der Bekl. in Gestalt einer unzutreffenden Auskunft über die Bebaubarkeit eines Grundstücks in Höhe von 130.429,94 DM in Anspruch.

Die Kl. kaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 14.1.1991 eine noch unvermessene, ca. 3.358 qm große Teilfläche des Flurstücks X in D. Der Kaufpreis betrug 123.000 DM. Bei Abschluss des Kaufvertrages lag, wie sich aus § 7 III des Vertrages ergibt, eine Bescheinigung der Bekl. vom 1.11.1990 vor, wonach das zu verkaufende Grundstück als unerschlossenes Bauland verkauft werden konnte. Die Bescheinigung befand sich auf einem Blatt Papier, das die Überschrift "Rat der Gemeinde D." trug. Es hatte den folgenden Wortlaut:
"Das Gemeindeamt D. bestätigt, dass die Grundstücke in D., Flurstück X als unerschlossenes Bauland verkauft werden können. Die Gemeinde D. übernimmt die Erschließungskosten nicht."
Das Schriftstück weist eine Unterschrift der damaligen Bürgermeisterin, der Zeugin H, über dem Stempel des Gemeindeamtes D. auf. Der Ehemann der Kl. hatte bereits mit Vertrag vom 7. 11. 1990 eine ca. 4.000 qm große Fläche desselben Flurstückes erworben. Ihm lag bei Vertragsschluss ebenfalls eine Telefax-Kopie der Erklärung der Bekl. vom 1. 11. 1990 vor. Die Eheleute beabsichtigten, auf den vorgenannten Grundstücken insgesamt 22 Einfamilienhäuser zu errichten. Im Zeitpunkt der Ausstellung der Bescheinigung handelte es sich bei den im Außenbereich des Gemeindegebiets der Bekl. liegenden Grundstücken nicht um Bauland. Die Bekl. hatte lediglich begonnen, eine Konzeption einer möglichen zukünftigen Ortsgestaltung zu entwickeln. Die Kl. beantragte am 28. 1. 1994 zusammen mit ihrem Ehemann als Bauherrengemeinschaft die Erteilung eines bauplanungsrechtlichen Vorbescheides für die Errichtung von 22 Einfamilienhäusern auf den von der Kl. und ihrem Ehemann erworbenen Grundstücken. In dem Antrag wird als Vertreter der Bauherrengemeinschaft und Entwurfsverfasser der Ehemann der Kl. genannt. Mit Bescheid vom 6. 4. 1994 wurde der Antrag der Bauherrengemeinschaft abgelehnt. Zur Begründung der Ablehnung wurde darauf abgestellt, dass das Vorhaben im Außenbereich i. S. des § 35 BauGB liege. Der hiergegen eingelegte Widerspruch der Bauherrengemeinschaft wurde zurückgewiesen. Die auf Aufhebung des Widerspruches und Erteilung eines positiven Bauvorbescheides gerichtete Klage der Kl. und ihres Ehemannes vor dem VG Potsdam wurde abgewiesen. Die Schadensersatzklage der Kl. hatte vor dem LG teilweise Erfolg. Die Berufung der Kl. war weitgehend erfolgreich; die Berufung der Bekl. wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:
Die Berufungen beider Parteien sind zulässig. Die Berufung der Kl. hat überwiegend Erfolg. Hingegen kann die Berufung der Bekl. keinen Erfolg haben.

A. Berufung der Kl.

I. Hauptforderung
Die Klage ist hinsichtlich der Hauptforderung begründet. Die Kl. hat einen Anspruch auf Schadensersatz in der geltend gemachten Höhe aus § 839 I BGB, Art. 34 S. 1 GG.

1. Tatbestand
Nach § 839 I BGB haftet der Beamte, der schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem gegenüber auf Schadensersatz. Art. 34 S. 1 GG überführt diese persönliche Haftung des Beamten auf den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.

a. Amtspflichtverletzung
Die Kl. macht hier zu Recht die Verletzung einer ihr gegenüber bestehenden Amtspflicht in Gestalt der Erteilung einer unzutreffenden Auskunft durch die damalige Bürgermeisterin der Bekl. geltend.

aa. Anforderungen an amtliche Auskünfte
In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass jeder Amtsträger die Pflicht hat, Auskünfte und Belehrungen richtig, klar, unmissverständlich, eindeutig und vollständig zu erteilen, so dass der um sie nachsuchende Bürger als Empfänger der Auskunft entsprechend disponieren kann (BGHZ 117, 83; 121, 65, 69). Diese Amtspflicht hat den Schutzzweck, den Empfänger vor schädlichen Vermögensdispositionen zu bewahren, die im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft vorgenommen werden.

bb. Fehlerhaftigkeit der Auskunft vom 1.11.1990
Hier hat die Kl. die schriftliche Äußerung vom 1. 11. 1990 vorgelegt, die auf einem Briefbogen des Rates der Gemeinde D erteilt und über den Stempel "Gemeindeamt D." von der damaligen hauptamtlichen Bürgermeisterin der Bekl. unterzeichnet wurde. Diese Äußerung hat ihrem Wortlaut nach die Bestätigung zum Gegenstand, dass die dort näher bezeichneten Grundstücke als unerschlossenes Bauland verkauft werden könnten. In dieser Bestätigung liegt eine Auskunft über die Bebaubarkeit der in ihr genannten Grundstücke durch die Bekl.

(1). Auskunft
Entgegen der Rechtsauffassung der Bekl. steht der Annahme, die schriftliche Äußerung vom 1. 11. 1990 sei eine Auskunft, nicht entgegen, dass in der Erklärung vom 1. 11. 1990 von den dort genannten Grundstücken ausgesagt wird, sie seien "unerschlossenes Bauland". Der Bürgermeisterin der Bekl. war zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung klar, dass sie eine Aussage über die Bebaubarkeit der streitigen Grundstücksflächen vornehmen sollte. Wenn sie diese als unerschlossenes Bauland bezeichnet hat, so tritt hierbei für den Empfänger einer entsprechenden schriftlichen Mitteilung er-

kennbar der Charakter des Grundstücks als Bauland hervor. Der Umstand, dass das bundesdeutsche Recht einen technischen Begriff des "unerschlossenen" Baulandes nicht kennt, ist nicht geeignet, der Verbindlichkeit einer Aussage der Bekl. über die Bebaubarkeit der Grundstücke deutlich entgegenzustehen [...].
Das Maß der Verbindlichkeit der vorgelegten Erklärung vom 1. 11. 1990 wird auch nicht dadurch reduziert, dass die Bürgermeisterin der Bekl. angegeben hat, die genannten Grundstücke könnten als unerschlossenes Bauland verkauft werden. Zwar lässt die gewählte Formulierung die Aussage zu, dass die in Rede stehenden Grundstücksflächen noch nicht Bauland seien. Sie lässt jedoch den ergänzenden Schluss zu, dass die Flächen für den Fall, dass sie noch kein Bauland sein sollten, jedenfalls in naher Zukunft als Bauland ausgewiesen werden würden und deshalb bereits zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung als Bauland verkauft werden könnten.

(2). Fehlerhaftigkeit
Die mithin gegebene Auskunft vom 1. 11. 1990, wonach die in Rede stehenden Grundstücksflächen, die in der Folge von der Kl. mit notariellem Vertrag vom 14. 1. 1991 erworben wurden, Bauland seien, ist falsch. Die genannten Grundstücke waren weder zum damaligen Zeitpunkt Bauland, noch sind sie zwischenzeitlich als Bauland ausgewiesen worden. Es gab und gibt keinen Bebauungsplan bezüglich der genannten Grundstücke. Auch gab und gibt es keinen Flächennutzungsplan, der für die in Rede stehenden Grundstücke eine Bebauung vorsieht. Zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung gab es lediglich eine planerische Vorleistung der Landesentwicklungsgesellschaft für einen Flächennutzungsplan; es existierte aber noch keine Bauleitplanung, die hinreichend konkret gewesen wäre, um die Bebaubarkeit der Grundstücke oder deren baldiges Zustandekommen - so eine mögliche Auslegbarkeit des Schriftstücks vom 1. 11. 1990 - zu bekunden [...].

b. Passivlegitimation der Bekl.
Die Bekl. muss sich die Erklärung vom 1. 11. 1990 gem. Art. 34 GG zurechnen lassen. Nach dieser Bestimmung trifft die Verantwortlichkeit dafür, dass jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Die Bekl. als kommunale Gebietskörperschaft hat daher für die Verletzung einer Amtspflicht durch ihre damalige Bürgermeisterin einzustehen. Diese hat durch die Erteilung einer falschen Auskunft der Kl. gegenüber eine Amtspflicht i. S. des § 839 I BGB verletzt.

c. "Beamter"
Die im maßgeblichen Zeitraum, das heißt zur Zeit der von ihr unterzeichneten Erklärung vom 1. 11. 1990, für die Bekl. tätige hauptamtliche Bürgermeisterin, die Zeugin H, ist als Beamtin im haftungsrechtlichen Zusammenhang des § 839 I BGB anzusehen.
Jedenfalls soweit die für eine öffentlich-rechtliche Körperschaft tätige Person hoheitlich tätig wird, ist für die Annahme des Beamtenbegriffs ausreichend, dass dieser Person öffentliche Gewalt anvertraut ist (Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl., § 839 Rdnr. 29). Deshalb kann hier dahinstehen, ob die damalige Bürgermeisterin der Bekl. auch im statusrechtlichen Sinne Beamtin war.

d. "In Ausübung"
Die Bürgermeisterin hat mit der Abgabe der Erklärung vom 1. 11. 1990 auch in Ausübung der ihr anvertrauten hoheitlichen Tätigkeit gehandelt. Dies ergibt sich daraus, dass die von ihr abgegebene Erklärung vom 1. 11. 1990 auf einem Briefbogen der Bekl. erstellt wurde. Zwar wird im Kopf des Briefbogens nicht die Bekl., sondern der Rat der Gemeinde D. genannt. Dieser ist mit der Bekl. nicht identisch. Auf Grund der Tatsache, dass das Schreiben vom 1. 11. 1990 nach In-Kraft-Treten des Kommunalverfassungsgesetzes der DDR und des nachfolgenden Beitritts der DDR zur Bundesrepublik abgefasst wurde, ergibt sich jedoch zwanglos, dass die Bekl. zu diesem Zeitpunkt als öffentlich-rechtliche Körperschaft bestand und ihre Bürgermeisterin als organschaftliche Vertreterin lediglich einen alten Briefbogen nutzte. Die Bezeichnung Rat der Gemeinde D. ist mithin als Synonym für die Bezeichnung der Bekl. zu sehen. Dies wird dadurch unterstrichen, dass die Bürgermeisterin unter ihrem Namenszug nicht nur auf ihre Funktion als Bürgermeisterin verwies, sondern unter dieser Funktionsbezeichnung außerdem den Stempel "Gemeindeamt D." setzte und damit bekundete, dass sie für die Bekl. im Rahmen des geltenden Kommunalverfassungsrechtes tätig wurde.

e. Drittbezug der Amtspflicht gegenüber der Kl.
Die von der Zeugin H als vormaliger Bürgermeisterin durch die unzutreffende Erklärung vom 1. 11. 1990 begangene Amtspflichtverletzung verletzte überdies Pflichten, die sie gerade gegenüber der Kl. als Dritte i. S. des § 839 I BGB hatte.

aa. Dritter
Dritter im Sinne der vorgenannten Bestimmung ist jeder, dessen Interessen die verletzte Amtspflicht diente und in dessen Rechtskreis durch die Amtspflichtverletzung eingegriffen wird, unabhängig davon, ob er nur mittelbar oder unbeabsichtigt betroffen ist (Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl., § 839 Rdnr. 50). Der Kreis der Dritten i. S. des § 839 I BGB braucht im Zeitpunkt der Vornahme der Amtshandlung noch nicht festzustehen und auch nicht von vorn herein übersehbar zu sein (Staudinger/Schäfer, BGB, 13. Aufl., § 839

Rdnr. 256).

bb. Subsumtion
Deshalb kann dahinstehen, auf welchem Wege die von der Bürgermeisterin mit dem Schreiben vom 1. 11. 1990 erteilte Auskunft der Kl. zugänglich geworden ist.
(1). Folgte man dem Vortrag der Kl., so ist ihr die Bescheinigung unmittelbar von der Bürgermeisterin per Telefax übermittelt worden. Der spätere Vortrag der Kl. könnte allerdings auch so zu verstehen sein, dass die Übermittlung der Bescheinigung an ihren Ehemann erfolgte.
(2). Folgte man der Darstellung des Sachverhalts durch die Bekl., hat die damalige Bürgermeisterin der Bekl. die entsprechende Erklärung gegenüber dem als Zeugen benannten Herrn H., einem Mitarbeiter der S.-GmbH, die ein Maklerunternehmen betreibt, auf dessen Drängen hin abgegeben. Auch in diesem Falle hätte sie durch die Erteilung einer unrichtigen Auskunft letztlich auch eine Amtspflicht der Kl. gegenüber verletzt. Die Erteilung einer entsprechenden Auskunft gegenüber einem Maklerunternehmen rechtfertigt die Erwartung, dass das Maklerunternehmen mit der entsprechenden Bescheinigung an Kaufinteressenten für die in der Bescheinigung genannten Grundstücke herantritt.
(3). Damit, dass die Auskunft, die Gegenstand der Erklärung der Bekl. vom 1. 11. 1990 ist, einem zunächst nicht übersehbaren Kreis von Dritten zugänglich werden würde, wäre aber auch dann zu rechnen gewesen, wenn man von der von der Bekl. in der zweiten Instanz vorgetragenen Sachverhaltsvariante ausgeht. Danach ist der Zeugin H der Zeuge H als Bevollmächtigter der damaligen Eigentümer der in der Erklärung genannten Grundstücksflächen entgegengetreten und hat nach den Planungsabsichten der Gemeinde im Rahmen einer vorgeblichen Erbschaftsangelegenheit gefragt. Auch in diesem Falle war damit zu rechnen, dass die entsprechende Bescheinigung einem zunächst nicht bestimmten Kreis von Dritten zugänglich werden würde. Anderenfalls hätte die mit der Bescheinigung mittelbar begründete Werthaltigkeit der in Rede stehenden Grundstücksflächen von den Mitgliedern der Erbengemeinschaft - jedenfalls vor Erstellung einer einschlägigen Bauleitplanung - nicht zur Geltung gebracht werden können [...].

f. Verschulden
Die Bürgermeisterin der Bekl. hat bei Abgabe der unrichtigen Auskunft vom 1. 11. 1990 auch schuldhaft gehandelt. Nach dem Vortrag der Bekl. in der Klageerwiderung waren die Planungen für die zukünftige Gestaltung des Gemeindegebietes über das Stadium eines Entwurfs zur zukünftigen Ortsgestaltung nicht hinausgekommen. Die in Rede stehende Auskunft habe die damalige Bürgermeisterin lediglich auf mehrmaliges Drängen des Zeugen H erteilt. Bereits hieraus ergibt sich, dass der damaligen Bürgermeisterin - der Zeugin H - bei Unterzeichnung der Erklärung vom 1. 11. 1990 bekannt war, dass der Aussagegehalt ihrer Auskunft über die damaligen Gegebenheiten hinaus ging. Die Bürgermeisterin hat deshalb wissentlich eine falsche Auskunft gegeben. [...]

g. Kein Ausschluss nach § 839 I 2 BGB
Im Hinblick auf den von der Kl. verfolgten Schadensersatzanspruch kann hier dahinstehen, ob die vormalige Bürgermeisterin der Bekl. - wofür die vorstehenden Erwägungen sprechen - vorsätzlich oder lediglich fahrlässig handelte. Diese Frage spielt im Rahmen eines Schadensersatzanspruches nach § 839 I BGB nur insofern eine Rolle, als bei lediglich fahrlässiger Pflichtverletzung der Geschädigte nur dann Schadensersatz von dem Beamten bzw. gem. Art. 34 GG von seiner Anstellungskörperschaft verlangen kann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Hier ist eine anderweitige Ersatzmöglichkeit indes nicht erkennbar.

aa. Ansprüche gegen die Verkäuferin
Ausweislich des Grundstückskaufvertrages zwischen der Kl. und der Verkäuferin des Grundstücks übernahm die Verkäuferin keine Gewähr für die Bebaubarkeit des Grundbesitzes. Die Verkäuferin scheidet mithin als Haftungsalternative aus.

bb. Ansprüche gegen den Makler
Soweit die Bekl. behauptet, das Grundstück sei der Kl. durch die Maklerfirma S.-GmbH vermittelt worden, ist dieser Sachverhalt von der Kl. bestritten worden. Die Bekl. ist insoweit beweisfällig geblieben. Deshalb kann dahinstehen, ob die Maklerfirma S.-GmbH auch deshalb als Haftungsalternative ausfällt, weil sie 1995 in die Insolvenz geraten ist und ein Schadensersatz daher nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg ihr gegenüber geltend gemacht werden kann.

cc. Ansprüche gegen den Notar
Schließlich besteht auch kein einen Schadensersatzanspruch der Kl. gegen die Bekl. im Falle einer fahrlässigen Pflichtverletzung ausschließender anderweitiger Schadensersatzanspruch gegenüber dem den Grundstückskaufvertrag beurkundenden Notar. Selbst wenn dieser eventuelle Aufklärungspflichten zu Lasten der Kl. hinsichtlich der Absicherung der Bebaubarkeit des in Rede stehenden Grundstücks versäumt haben sollte, scheidet er als Haftungsalternative i.S. des § 839 I 2 BGB aus (Palandt/Thomas, § 836 Rdnr. 56 unter Bezugnahme auf BGHZ 123, 1).

h. Durchsetzbarkeit
Dem mithin anzunehmenden Schadensersatzanspruch der Kl. gegen die Bekl. steht die Einrede der Verjäh-

rung, die von der Bekl. erhoben worden ist, nicht entgegen, weil eine Verjährung bislang nicht eingetreten ist.

aa. Verjährungsfrist
Ansprüche aus § 839 I BGB, Art. 34 GG verjähren gem. § 852 I BGB innerhalb von drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.

(1). Fristbeginn
Eine entsprechende Kenntniserlangung auf seiten der Kl. ist hier erst durch Zugang des Gerichtsbescheides des VG Potsdam vom 24.9.1996 erfolgt. Zwar hat die Kl. bereits durch die Zurückweisung des gemeinsam mit ihrem Ehemann gestellten Antrages auf einen Bauvorbescheid vom Januar 1994 durch einen Bescheid des Landkreises P. vom 6. 4. 1994 erfahren, dass dieser eine Bebaubarkeit ihres Grundstücks nicht für gegeben erachtete, weil dieses im Außenbereich liege, und die Genehmigungsvoraussetzungen des § 35 II BauGB nicht für gegeben ansah. Diese Rechtsauffassung der Bauverwaltung hat durch den den Widerspruch der Kl. und ihres Ehemannes zurückweisenden Bescheid des Landesamtes für Bauen, Bautechnik und Wohnen des Landes B. vom 15. 9. 1994 eine Bestätigung erfahren. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass erst die nachfolgende Klageerhebung mit dem Ziel der Verpflichtung zur Erteilung eines positiven Bauvorbescheides durch die Kl. und ihren Ehemann zu einer Klärung der Nichtbebaubarkeit des von der Kl. gekauften Grundstückes aus bauplanungsrechtlichen Gründen führte. Es war der Kl. und ihrem Ehemann unbenommen, die Versagung des beantragten Bauvorbescheides durch den Landrat des Landkreises P. einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zuzuführen. Die Kl. und ihr Ehemann erfuhren erst durch die verwaltungsgerichtliche Entscheidung vom 24. 9. 1996 mit hinreichender Verbindlichkeit, dass das in Rede stehende Grundstück aus bauplanungsrechtlichen Gründen unbebaubar war und die vorausgegangenen Bescheide der zuständigen Behörden frei von Rechtsirrtum waren. Der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist hat daher erst mit der Zustellung des Gerichtsbescheides des angerufenen VG Potsdam vom 24. 9. 1996 begonnen.

(2). Unterbrechung
Die Bekl. vertritt hier die Ansicht, für die Einsicht in den Eintritt des Schadens durch die Nichtbebaubarkeit des Grundstücks habe die Kl. nicht der erstinstanzlichen Entscheidung in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedurft, weil sie bereits zuvor erkannt habe, dass sie keine rechtlichen Chancen gehabt habe, ihr Anliegen eines Vorbescheides bezüglich des in Rede stehenden Grundstücks durchzusetzen. Dies ergebe sich aus den überzeugenden Gründen der einschlägigen Verwaltungsbescheide sowie aus der Tatsache, dass die Klagebegründung in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren trotz der besonderen Sachkunde des die Kl. dort vertretenden Rechtsanwalts keine wesentlichen rechtlichen Argumente gegen die Verweigerung des beantragten Vorbescheides enthalte.

(a). Durch Primärrechtsschutz vor dem VG
Auch wenn der vorstehenden Argumentation der Bekl. zu folgen wäre, ist jedenfalls von einer Unterbrechung der maßgeblieben Verjährungsfrist analog § 209 1 BGB durch die Klageerhebung auszugehen. Der durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigte ist vielfach schon im Hinblick auf § 839 III BGB, der die Abwendung des Schadens durch den Gebrauch eines Rechtsmittels gebietet, gehalten, vor den Verwaltungsgerichten primären Rechtsschutz gegen den Verwaltungsakt in Anspruch zu nehmen. Auch soweit diese Vorschrift nicht eingreift, kann es sich für den Geschädigten empfehlen, den rechtswidrigen Verwaltungsakt vor den Verwaltungsgerichten zu bekämpfen, zumal deren rechtskräftige Entscheidungen über die Frage der Rechtswidrigkeit die Zivilgerichte im nachfolgenden Amtshaftungsprozess binden (BGHZ 95, 238, 242; 9, 329, 332). Es ist deshalb sinnvoll, dem Geschädigten die Notwendigkeit zu ersparen, eine Amtshaftungsklage zu erheben, während ein Verwaltungsrechtsstreit noch anhängig ist und durch die analoge Heranziehung des § 209 I BGB zu erlauben, einen erforderlichen Amtshaftungsprozess erst nach rechtskräftigem Abschluss des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens durchzuführen (BGHZ 95, 238).

(b). Auch bei verschieden Beklagten
Allerdings ist nicht zu verkennen, dass hier - abweichend von dem vom BGH in dem vorliegenden Rechtsstreit entschiedenen Falle - die zunächst im Verwaltungsstreitverfahren in Anspruch genommene Körperschaft, der Landrat des Landkreises P., mit der Bekl. nicht identisch ist. Dennoch gelten die vorstehend ausgeführten Erwägungen auch in Bezug auf die hier vorliegende Situation.
Auch hier musste die Kl. sicherstellen, dass zunächst bis zu einer erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Entscheidung geklärt wird, ob das von ihr auf Grund einer unzutreffenden Auskunft der Bekl. erworbene Grundstück nicht bebaut werden kann. Eine unzureichende Klärung dieser Frage hätte der Kl. ansonsten von der Bekl. im Rahmen des § 839 III BGB entgegengehalten werden können. Deshalb erscheint es auch im vorliegenden Falle nicht zweckmäßig, die Kl. auf die Einleitung sowohl eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens als auch eines gleichzeitigen zivilrechtlichen Verfahrens, das unter Umständen gem. § 148 ZPO hätte ausgesetzt werden müssen, zu verweisen.

(c). Kein entgegenstehendes Vertrauen der Bekl.
Dagegen steht nicht der Gesichtspunkt des Vertrauens der Bekl. darauf, dass sie mit Schadensersatzforderungen der Kl. nicht mehr konfrontiert würde. Dieses Vertrauen wird bereits durch den Tatbestand des § 852 I BGB begrenzt, demgemäß die Verjährungsfrist für einen deliktischen Anspruch erst mit der Kenntnis des Geschädigten von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen zu laufen beginnt und ohne Rücksicht auf diese Kenntnis 30 Jahre währt. Der Ersatzverpflichtete kann innerhalb der 30-jährigen Verjährungsfrist also immer erst dann auf eine frühere Verjährung vertrauen, wenn er von der hierfür maßgeblichen Kenntnis des Geschädigten weiß. Soweit die Bekl. hier von der Zurückweisung des Antrages auf einen Bauvorbescheid vom 6. 4. 1994 wusste und deshalb auf die kurze deliktische Verjährungsfrist vertrauen durfte, wird die analoge Anwendung des § 209 I BGB auch in dem hier vorliegenden Verhältnis der Parteien zum einen dadurch gerechtfertigt, dass sie eine prozessökonomische Klärung der Interessen der letztlich geschädigten Partei ermöglicht, die je nach Ausgang des vorausgehenden Verwaltungsstreitverfahrens auch im Interesse der Schadensersatzverpflichteten nach § 839 I BGB, Art. 34 GG liegen können. Andererseits ist im Interesse des durch eine Amtspflichtverletzung Geschädigten von einer Einheitlichkeit der Verwaltung, auch wenn sie auf unterschiedliche Gebietskörperschaften verteilt ist, auszugehen. Anderenfalls käme es zu einer ungleichen Auswirkung der Inanspruchnahme des Primärrechtsschutzes in Abhängigkeit davon, ob - wie im vorliegenden Falle - die in Anspruch genommene Kommune kreisgebunden oder kreisfrei ist.

(3). Fristwahrung
Es ist deshalb davon auszugehen, dass die hier maßgebliche Verjährungsfrist bis zur Zustellung des Gerichtsbescheides vom 24. 9. 1996 unterbrochen gewesen ist. Die Kl. hat durch die Zustellung der Klage auf Schadensersatz bei der Bekl. am 11. 5. 1998 somit die erneut am oder nach dem 24. 9. 1996 begonnene dreijährige Verjährungsfrist unterbrochen.

2. Rechtsfolge
Die Kl. muss sich schließlich hinsichtlich des von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruches auch kein Mitverschulden gem. § 254 BGB zurechnen lassen.

a. Kein Eigenverschulden
Der Kl., die weder Juristin noch in der Bauwirtschaft tätig ist, können als Lehrerin nur die durchschnittlichen rechtlichen und bauplanungstechnischen Kenntnisse eines gebildeten Laien unterstellt werden. Deshalb kann nicht angenommen werden, dass die von der Bekl. mit Schreiben vom 1. 11. 1990 erteilte Auskunft auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich das Grundstück außerhalb des Ortskerns der Bekl. und nicht in unmittelbarer Ortsrandlage befindet, greifbar unrichtig ist, so dass die Kl. nicht hätte darauf vertrauen können. [...]

b. Keine Zurechnung fremden Verschuldens
Die Kl. muss sich auch nicht die Sachkunde, die ihr Ehemann als Architekt und Geschäftsführer einer Baubetreuungsgesellschaft haben mag, entgegenhalten lassen. Umstände, die eine Zurechenbarkeit des Wissens des Ehemanns der Kl. gem. §§ 166 II, 278 BGB erlaubten, sind nicht hinreichend dargelegt worden.

aa. Über § 166 II BGB
Gem. § 166 I BGB muss sich der Vertretene Kenntnisse des Vertreters zurechnen lassen. Da die Bekl. hier geltend macht, die Kl. müsse sich das Wissen bzw. Wissenmüssen ihres Ehemannes zurechnen lassen, wäre es zunächst an der Bekl., ein Vertretungsverhältnis darzutun. Dies ist jedoch letztlich nicht erfolgt [wird ausgeführt].

bb. Über § 278 BGB
Anderes gilt auch dann nicht, wenn man den Ehemann der Kl. als Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB betrachtete. In diesem Falle müsste sich die Bekl. zwar ein Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfange zurechnen lassen wie eigenes Verschulden. Es kann hier jedoch dahinstehen, ob der Kl. auf diese Weise auch die Sachkunde ihres Ehemannes und die eventuell schuldhafte Nichterkennung der Unrichtigkeit der Auskunft der Bekl. zugerechnet werden kann. Die Bekl. hat bereits nicht hinreichend dargelegt, dass der Ehemann der Kl. als ihr Erfüllungsgehilfe tätig geworden ist. Voraussetzung für die Annahme der Stellung des Ehemanns der Kl. als eines Erfüllungsgehilfen wäre das Vorliegen eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen der Kl. und der Bekl. im Hinblick auf die hier streitige Auskunftserteilung. Eine solche Sonderverbindung ist von der Bekl. jedoch nicht vorgetragen worden [wird ausgeführt].

II. Nebenforderungen
Der von der Kl. geltend gemachte Zinsanspruch ist allerdings nur für die Zeit ab 21. 12. 1999 belegt worden. Für die Zeit davor steht ihr deshalb nur ein Anspruch auf Verzugszinsen gem. §§ 284 I, 286 I, 288 I a.F. BGB in Höhe von 4% zu.

B. Berufung der Bekl.
Die Berufung der Bekl. kann aus den vorstehend ausgeführten rechtlichen Erwägungen keinen Erfolg haben.

Standort: POR Problem: Abschleppen trotz hinterlassener Mobilfunknummer

OVG HAMBURG, URTEIL VOM 14.08.2001
3 BF 429/00 (NJW 2001, 3649)

Problemdarstellung:

Das OVG Hamburg nimmt in der vorliegenden Entscheidung Stellung zu der in letzter Zeit viel diskutierten Frage, ob und wann die Polizei- und Ordnungsbehörden vor dem Abschleppen eines Kfz dem Hinweis nachzugehen haben, der Fahrer sei per Mobiltelefon ("Handy") erreichbar und werde das Fahrzeug auf Anruf sofort entfernen. Das Gericht schließt es nicht von vornherein aus, dass die Behörde einem solchen Hinweis nachzugehen habe, stellt aber genaue Kriterien dafür auf, wann und in welchem Umfang dies zu geschehen habe:

1. Die Nachricht muss gut sichtbar - i.d.R. auf dem Armaturenbrett - im KfZ hinterlegt sein.

2. Sie muss dem Beamten eine sichere Prognose darüber erlauben, ob und in welcher Zeit der Betroffene das KfZ entfernen wird.

a. Hinsichtlich des "Ob" genügt der einfache Hinweis: "Bitte anrufen, komme sofort" nach Ansicht des OVG nicht. Hierdurch werde der Eindruck erweckt, der Zettel werde routinemäßig bei allen Parkverstößen verwendet. Es sei vielmehr ein Einzelfallbezug, etwa durch eine Datumsangabe, erforderlich, der klarstelle, dass der Betroffene bereit und in der Lage sei, gerade diesen Verstoß kurzfristig zu beseitigen.

b. Hinsichtlich der Zeitprognose sei i.Ü. ein einfaches "komme sofort" ebenfalls nicht ausreichend. Vielmehr sei z.B. eine Angabe des Aufenthaltsortes erforderlich, damit der Beamte selbst abschätzen könne, wie weit der Betroffene vom Ort der Störung entfernt sei.

3. Liegen diese Voraussetzungen vor, müsse der Beamte dem Hinweis nachgehen. Allerdings sei ein Anruf jedenfalls ausreichend. Das Risiko der Nichterreichbarkeit trage der Störer. Auch müsse der Beamte anschließend nicht länger als fünf Minuten auf dessen Eintreffen warten. Zudem dürfe die Effektivität der Gefahrenabwehr nicht aus anderen Gründen leiden.

Prüfungsrelevanz:

In der RA wird laufend (zuletzt: RA 2001, 572) über immer neue Konstellationen und Probleme im Zusammenhang mit Abschleppfällen berichtet. Gleichwohl können die Vertiefungshinweise nur einen Bruchteil der zu diesem Thema ergangenen Entscheidungen wiedergeben. Das vorliegende Urteil geht neben der Frage, ob vor dem Abschleppen nicht versucht werden müsse, den Störer zu erreichen, noch auf einige andere Fragen ein, z.B. die Notwendigkeit einer konkreten Störung und die Rechtsnatur des Abschleppens (in Hamburg existiert das Institut der "unmittelbaren Ausführung"). Viele weitere Probleme (und deren Lösung) können den Vertiefungshinweisen entnommen werden.

Vertiefungshinweise:

" Zum Abschleppen eines Kfz ohne konkrete Verkehrsbehinderung: *OVG Schleswig,* RA 2001, 572 = DAR 2001, 475; *OVG Hamburg, NJW 2001, 168; BVerwG*, NJW 1993, 870, 871; *VGH Mannheim*, NJW 1990, 2270

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

" Weitere aktuelle Abschleppfälle: *OVG Münster*, NJW 2001, 172; *OVG Hamburg*, NJW 2000, 2600; *VG Freiburg*, NJW 2000, 2602; *VG Frankfurt*, RA 2000, 618 = NJW 2000, 3224

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Das Halteverbot"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Zu den Voraussetzungen, unter denen einem Hinweis auf die Erreichbarkeit des Fahrers eines verbotswidrig abgestellten KfZ in Form eines Zettels mit dessen Mobiltelefonnummer nachgegangen werden muss.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet nicht mehr als einen Anrufversuch zur Benachrichtigung des Verantwortlichen.

3. Sagt der Verantwortliche fernmündlich die Beseitigung des KfZ zu, ist ein Zuwarten von länger als fünf Minuten auf die Einlösung der Zusage nicht geboten.

Sachverhalt:

Der Kl. parkte am 25. 1. 1999 seinen Pkw in der M.-

Str. vor einer Bordsteinabsenkung, an der ein Fußweg einmündet. Ein Bediensteter der Bekl. veranlasste das Abschleppen des Fahrzeugs durch ein privates Unternehmen. Mit Bescheid vom 24. 3. 1999 machte die Bekl. für das Beiseiteräumen des Fahrzeugs Kosten in Höhe von 173,10 DM geltend. Zur Begründung hieß es, das Fahrzeug habe von 11.25 Uhr bis 11.32 Uhr vor jener Bordsteinabsenkung geparkt und den Durchgang für die Fußgänger blockiert. Der Kl. legte Widerspruch ein, den er im Wesentlichen damit begründete, er habe dort nur weniger als zehn Minuten geparkt. Nachweisbar sei es zu keiner Behinderung gekommen. Der Fußweg werde angesichts der vorhandenen, sehr gut ausgebauten Geh- und Radwege nur außerordentlich selten genutzt und sei nicht einmal mehr in dem aktuellen Straßenplan eingezeichnet. Im Übrigen habe er auf dem Armaturenbrett des Fahrzeugs einen etwa 10 x 10 cm großen Zettel mit der Aufschrift "Bei Störung bitte anrufen, komme sofort" und der Rufnummer seines tragbaren Telefons ausgelegt. Auf eine telefonische Nachricht hin hätte er sein Fahrzeug in weniger als einer halben Minute entfernt. Mit Bescheid vom 16. 12. 1999 wies die Bekl. den Widerspruch zurück: Das Fahrzeug sei im Wege der unmittelbaren Ausführung gem. § 7 I HbgSOG zu Recht beiseite geräumt worden. Der Kl. habe gem. § 7 III HbgSOG für die entstandenen Kosten wie für die Kosten einer Verwaltungsvollstreckung einzustehen. Er habe das Fahrzeug unter Verstoß gegen §§ 1 II, 12 III Nr. 9 StVO geparkt. Nach einer Stellungnahme des zuständigen Polizeireviers werde der Fußweg dort häufig genutzt, und es sei durch das geparkte Fahrzeug zu diversen Behinderungen gekommen. Der im Wagen ausgelegte Zettel habe nach der einschlägigen Rechtsprechung keine Nachforschungspflicht ausgelöst. Die auch der Höhe nach rechtmäßigen Kosten setzten sich zusammen aus dem Werklohn des Abschleppunternehmers (100,36 DM), einer Personalkostenpauschale (57 DM) und einem auf die Summe erhobenen Gemeinkostenzuschlag von 10%. Mit seiner Klage hat der Kl. im Wesentlichen vorgetragen: Das Abschleppen des von ihm geparkten Fahrzeugs habe gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Überdies habe er festgestellt, dass an der gleichen Stelle parkende Fahrzeuge auch über einen Zeitraum von bis zu sieben Stunden nicht abgeschleppt worden seien. Zudem hätte die Bekl. die Möglichkeit gehabt, ihn telefonisch zum Wegfahren des Fahrzeugs aufzufordern. Die Entfernung des Pkw hätte dann sehr viel früher erfolgen können, da er sich seinerzeit in dem direkt gegenüberliegenden Gebäude aufgehalten habe. Das VG hat die angegriffenen Bescheide aufgehoben. Die Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das VG hätte die Klage abweisen müssen, weil die angegriffenen Bescheide rechtmäßig sind (§ 113 I VwGO). Die Bekl. hat den Kl. dem Grunde nach zu Recht für die Kosten, die durch das Abschleppen des von ihm straßenverkehrsordnungswidrig geparkten Pkw entstanden sind, in Anspruch genommen, und die Gebührenforderung der Bekl. besteht auch in der geltend gemachten Höhe.

A. Ermächtigungsgrundlage

Die Verpflichtung des Kl., die durch das Abschleppen des von ihm geparkten Pkw entstandenen Kosten zu erstatten, beruht auf §§ 7 I, III, 8 I HbgSOG. Danach kann die Bekl. die Kosten einer im Wege der unmittelbaren Ausführung vorgenommenen Maßnahme von dem Pflichtigen erstattet verlangen.

B. Tatbestand

Die Voraussetzungen hierfür sind erfüllt. Das Fahrzeug ist im Wege der unmittelbaren Ausführung abgeschleppt worden. Die von der Bekl. getroffene Maßnahme war auch rechtmäßig, weshalb der Kl. für die Kosten einzustehen hat.

I. Rechtsnatur des Abschleppens

Die Bekl. ist im Wege der unmittelbaren Ausführung tätig geworden, weil der Kl. das Fahrzeug unter Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift geparkt (§ 12 II StVO) hatte. Vor einer Bordsteinabsenkung ist das Parken gem. § 12 III Nr. 9 StVO verboten. Eine Parkverbotsregelung durch ein gesondertes Verkehrszeichen, das nach allgemeiner Auffassung als (sofort vollziehbarer) Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung anzusehen und gegebenenfalls im Wege der Ersatzvornahme zu vollstrecken ist (BVerwG in st. Rspr., BVerwGE 102, 316, 318; OVG Hamburg, NJW 1992, 1909; 2001, 168, 169), bestand dort nicht.

II. Rechtmäßigkeit des Abschleppens

Die im Wege der unmittelbaren Ausführung getroffene Maßnahme der Bekl. war auch rechtmäßig, was Voraussetzung für die Geltendmachung eines hierauf beruhenden Erstattungsanspruchs ist (vgl. BVerwG, DÖV 1984, 887; OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169). Gem. § 7 I HbgSOG darf eine Maßnahme im Wege der unmittelbaren Ausführung nur getroffen werden, wenn auf andere Weise eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht abgewendet oder eine Störung dieser Schutzgüter nicht beseitigt werden kann.

1. Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Hier war eine Störung der öffentlichen Sicherheit gegeben. Die öffentliche Sicherheit beinhaltet den Schutz der öffentlichen Rechtsordnung (und damit auch der Normen der StVO), soweit sie bestimmte Gebote oder Verbote enthält (vgl. etwa OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169).

2. Keine anderweitige Beseitigung möglich
Diese Störung konnte nicht auf andere Weise als durch das Abschleppen des Pkw beseitigt werden. § 7 I HbgSOG verpflichtet die Behörde, grundsätzlich auch die Beseitigung durch den Störer selbst in Betracht zu ziehen (vgl. OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169). Eine Maßnahme darf im Wege der unmittelbaren Ausführung durch die Polizei nur dann erfolgen, wenn die Heranziehung des Störers nach den konkreten Umständen des Einzelfalls keinen Erfolg verspricht und deshalb ausscheidet. So aber liegt es hier. Die Heranziehung des Kl., der als Verursacher der Störung gem. § 8 I HbgSOG polizeirechtlich verantwortlich war, versprach keinen Erfolg.

a. Grundsätzlich keine Ermittlungspflichten
Unzweifelhaft hatte sich der Kl. von dem verbotswidrig geparkten Fahrzeug entfernt und stand deshalb nicht unmittelbar wie jemand, der sich in Ruf- oder Sichtweite seines Fahrzeugs aufhält, zur Störungsbeseitigung zur Verfügung (vgl. dazu VGH München, NJW 2001, 1960, 1961). Nach gefestigter Rechtsprechung auch des erkennenden Senats sind in einer solchen Situation grundsätzlich keine Ermittlungen nach dem Verbleib des polizeirechtlich Verantwortlichen veranlasst, weil deren Erfolg zweifelhaft ist und zu nicht abzusehbaren weiteren Verzögerungen führt (vgl. BVerwG, Buchholz 442.151, § 13 StVO Nr. 3; VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 23, 25; OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169; VGH München, NJW 2001, 1960, 1961).

b. Ausnahme bei reduziertem Ermittlungsaufwand und vergrößerten Erfolgsaussichten
Hingegen kann die Benachrichtigung des verantwortlichen Fahrers geboten sein, wenn er selbst den Ermittlungsaufwand reduziert und gleichzeitig die Erfolgsaussichten dadurch vergrößert, dass er einen konkreten Hinweis auf seine Erreichbarkeit und seine Bereitschaft zum umgehenden Entfernen des verbotswidrig geparkten Fahrzeugs gibt (vgl. BVerwG, NJW 1990, 931; VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 23, 25; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1991, 28; NJW 1999, 3573, 3574; OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169; Klenke, NWVBl 1994, 288, 290; Vahle, DVP 2001, 58, 63). Als solcher Hinweis kommt insbesondere eine im Fahrzeug vom Fahrer hinterlassene (deutlich lesbare) Nachricht, die entsprechende Angaben enthält, in Betracht. Es obliegt dem eingesetzten Beamten, sich mit einem Blick in das Fahrzeug über das Vorhandensein einer solchen Nachricht zu vergewissern, die regelmäßig, wie auch bei Parkscheinen, Parkscheiben und anderen Berechtigungen üblich, auf dem Armaturenträger hinter der Windschutzscheibe ausgelegt sein wird. Einem derartigen Hinweis ist dann nachzugehen, wenn damit ein unzumutbarer Aufwand nicht verbunden und eine kurzfristige und zuverlässige Beseitigung der Störung durch den Verursacher zu erwarten ist. Ergibt die Nachricht etwa, dass der Verantwortliche das Fahrzeug im engsten Nahbereich vor seinem derzeitigen Aufenthaltsort geparkt hat, ist es dem eingesetzten Beamten im Regelfall zumutbar, die entsprechende Örtlichkeit aufzusuchen und den Störer zum Wegfahren aufzufordern (vgl. auch OVG Bremen, DAR 1985, 127, 128; OVG Koblenz, NJW 1999, 3573, 3574). Allerdings wird dem zur Kontrolle des ruhenden Verkehrs eingesetzten Beamten dabei kein übermäßiger Einsatz - etwa der Versuch, den Verantwortlichen in größerer Entfernung oder im oberen Stockwerk eines mehrgeschossigen Hauses aufzusuchen - abzuverlangen sein. Die insoweit erforderliche Wertung ist aus der Sicht des eingesetzten Polizeibeamten zu treffen und unterliegt in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

c. Subsumtion
Einen solchen konkreten Hinweis auf seine Erreichbarkeit hatte der Kl. indes nicht gegeben. Die Bekl. musste der vom Kl. zurückgelassenen Nachricht deshalb nicht nachgehen, weil ihr Informationsgehalt zu unbestimmt war, um daran die Verpflichtung zu knüpfen, vor dem eingespielten und zuverlässigen Verfahren des Abschleppens den Versuch zu unternehmen, den Kl. zur Selbstvornahme zu veranlassen.

aa. Zumutbarkeit eines Anrufes
Allerdings hatte der Kl. seinen Zettel (unstreitig) sichtbar ausgelegt. Ferner hält der Senat den erforderlichen Benachrichtigungsaufwand - einen Anruf unter der genannten Telefonnummer - im Regelfall auch dann für zumutbar, wenn der eingesetzte Beamte nicht selbst über ein tragbares Telefon verfügt und telefonischen Kontakt nur über seine Wache, zu der er Verbindung per Funk hält, herstellen kann. Dem VG ist darin beizupflichten, dass dies grundsätzlich schon deshalb zumutbar ist, weil es im Wesentlichen dem Vorgehen bei der Anforderung eines Abschleppfahrzeugs entspricht. Anders wird es etwa zu beurteilen sein, wenn in einer Vielzahl von verbotswidrig geparkten und gleichermaßen störenden Fahrzeugen jeweils Zettel mit den Telefonnummern der Fahrer ausgelegt sind und der Versuch, sämtliche Fahrer anzurufen, einen unzumutbaren Gesamtaufwand darstellen würde oder wenn Gefahr im Verzug im Einzelfall ein unverzügliches Einschreiten erfordert.
Bei der Wertung, dass ein Anruf bei dem Störer grundsätzlich zumutbar ist, verkennt der Senat nicht, dass dies mit einigem Aufwand für die Bekl. verbunden wäre. Doch ist nicht dargelegt oder erkennbar, dass dies die Bekl. unter Kosten- oder Zeitgesichtspunkten überfordern oder bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nachhaltig beeinträchtigen würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit keinesfalls geboten erscheint, mehr als ei-

nen Anrufversuch zur Benachrichtigung des Verantwortlichen zu unternehmen. Das Risiko der Nichterreichbarkeit hat generell der Störer zu tragen. Auch hält sich der für die "Erfolgskontrolle" am Abschlepport anfallende zusätzliche Zeitaufwand in Grenzen; für den Regelfall wird dem Verantwortlichen zur Einlösung seiner telefonisch gemachten Zusage, das Fahrzeug zu entfernen, ein Zeitraum von fünf Minuten zuzubilligen sein. Dieser zusätzliche Aufwand wird dadurch aufgewogen, dass die Belastung des Polizeipflichtigen mit den Kosten der unmittelbaren Ausführung sowie der damit verbundene Verwaltungsaufwand entfallen, und dass die Störung im Idealfall nicht nur schneller als im Wege der unmittelbaren Ausführung bzw. Ersatzvornahme beseitigt wird, sondern auch mit deutlich geringeren Beeinträchtigungen für Anwohner und andere Verkehrsteilnehmer, wie sie mit einem Abschleppeinsatz häufig verbunden sind.

bb. Anforderungen an die Nachricht

Jedoch war der Zettel des Kl. zu unbestimmt, weil er lediglich die Aussage enthielt, bei einer Störung (auf Anruf) "sofort" zu kommen. Damit war weder erkennbar, dass die Störung (auf Anruf) zeitnah beseitigt werden konnte, noch dass hierzu die ernstliche Bereitschaft bestand.

(1). Zeitnah zu erwartende Beseitigung des Pkw

Der Nachricht war schon deshalb kein eingrenzbarer Zeitraum bis zum in Aussicht gestellten Wegfahren des Fahrzeugs zu entnehmen, weil das Adverb "sofort" nach allgemeinem Sprachgebrauch keine objektive Zeitangabe enthält. Wann der Betreffende am Abstellort eintreffen wird, und nur darauf kommt es an, muss der eingesetzte Beamte indes schon der jeweiligen Nachricht entnehmen können. Fehlt es an nachvollziehbaren Angaben, bleibt er hinsichtlich des Zeitpunkts der eigenhändigen Störungsbeseitigung durch den Verantwortlichen auf dessen nicht nachvollziehbare Einschätzung verwiesen. Auch eine bloße Zeitangabe auf dem ausgelegten Zettel würde dem Beamten insoweit keine hinlänglich bestimmte Prognose erlauben. Denn etwa die Erklärung "komme in einer Minute" würde nichts daran ändern, dass sie auf einer dem Empfänger der Information nicht einsichtigen Fremdeinschätzung beruht. Ein in diesem Sinne für den Adressaten der Nachricht überprüfbares und damit hinlänglich bestimmtes Kriterium dafür, wann der Fahrer auf Anruf bei dem Fahrzeug eintreffen wird, besteht hingegen in der Angabe des jeweiligen Aufenthaltsortes. Denn aus einer derartigen Ortsangabe kann der Beamte unschwer darauf rückschließen, wann der Betreffende (bestenfalls) im Stande sein würde, das Fahrzeug eigenhändig zu entfernen. Nur auf Grund einer solchen eigenen Einschätzung kann der Beamte sachgerecht entscheiden, ob und welche Verzögerungen im Hinblick auf das Ausmaß der Störung im Einzelfall noch hinnehmbar sind.

(2). Sicher zu erwartende Beseitigung des Pkw

Aus der Sicht des eingesetzten Beamten war auch keine ernstliche Bereitschaft zum Wegfahren des Fahrzeugs erkennbar. Die Verbindlichkeit der Nachricht des Kl. wurde insoweit dadurch beeinträchtigt, dass ihr kein Bezug zu der konkreten Situation zu entnehmen war. Der ausgelegte Zettel passte von seinem Inhalt vielmehr für jeden Fall verbotswidrigen und störenden Parkens und wurde vom Kl. auch so verwendet. Wird jedoch eine solche Nachricht ohne weitere individualisierende Angaben - oder gar vorgefertigt etwa in Form eines Aufklebers - benutzt, muss dies dem Beamten als gleichsam routinemäßig unbewusster Gebrauch erscheinen. Dies begründet bei lebensnaher Würdigung jedoch nicht die sichere Annahme, der Fahrer sei sich beim Verlassen des Fahrzeugs hinlänglich bewusst gewesen, er werde im konkreten Einzelfall auch erreichbar und kurzfristig zum Wegfahren des störenden Fahrzeugs bereit und im Stande sein. Im Hinblick darauf, dass auch der Besitzer eines tragbaren Telefons aus einer Vielzahl von Gründen, gewollt oder ungewollt, (vorübergehend) nicht erreichbar sein kann (vgl. insoweit zum stationären Telefon VGH Kassel, NJW 1999, 3793), wäre es generell nicht hinlänglich erfolgversprechend, auf eine ohne erkennbaren Situationsbezug verwendete Nachricht zu reagieren. Ist der Situationsbezug im Einzelfall nicht evident, bedarf es nach Auffassung des Senats deshalb zusätzlicher Angaben, um dem Beamten einen Rückschluss darauf zu erlauben, dass der Verwendet zur eigenhändigen Beseitigung der Störung ernstlich bereit und im Stande ist. Eine solche zusätzliche Angabe kann etwa die Nennung des Datums sein.

Gemessen hieran musste es dem eingesetzten Beamten als zumindest zweifelhaft erscheinen, ob der Kl. verlässlich und ohne weitere Verzögerungen zum Wegfahren des Pkw hätte veranlasse werden können. Ein Anruf unter der angegebenen Telefonnummer war deshalb nicht geboten.

3. Verhältnismäßigkeit

Die Maßnahme stand auch im Übrigen mit den Anforderungen des gerade im Zusammenhang mit dem Abschleppen von Fahrzeugen zu beachtenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (BVerwGE 90, 189, 193; OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169) in Einklang.

Allerdings rechtfertigt der bloße Verstoß gegen eine Rechtsnorm für sich genommen das Abschleppen eines Fahrzeugs grundsätzlich nicht (BVerwGE 90, 189, 193). Es mag auch auf sich beruhen, ob der Bekl. insoweit auf die negative Vorbildwirkung abstellen durfte. Die Bordsteinabsenkung war nämlich bereits durch den vom Kl. geparkten Pkw blockiert und ein gleicher Rechtsverstoß damit faktisch unmöglich (vgl. BVerwG, NJW 1990, 931). Die Entscheidung, das

Fahrzeug abschleppen zu lassen, war aber jedenfalls deshalb nicht unverhältnismäßig, weil es andere Verkehrsteilnehmer unmittelbar behinderte (vgl. etwa OVG Schleswig, NordÖR 2000, 458, 459; OVG Hamburg, NJW 2001, 168, 169). Denn etwa Fußgänger mit Kinderwagen oder Rollstuhlfahrer konnten die Bordsteinabsenkung nicht nutzen (vgl. VG Schwerin, NZV 1998, 480). Ob der dort einmündende Fußweg lediglich untergeordnete Bedeutung hat, ist rechtlich unerheblich, solange er nicht aufgehoben und die Bordsteinabsenkung damit funktionslos geworden ist. Das ist jedoch unzweifelhaft nicht der Fall.

Der Kl. kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, ihm sei hinsichtlich der Dauer und der Auswirkungen der Störung lediglich ein nicht ins Gewicht fallender Verstoß anzulasten. Einen geringfügigen Verstoß, der ein besonders sorgfältiges Abwägen der für und gegen eine Vollzugsmaßnahme sprechenden Gründe erfordert (vgl. BVerwG, NJW 1978, 656, 657), vermag der Senat nicht zu erkennen.

In welchem Umfang es durch das Fahrzeug tatsächlich zu Behinderungen gekommen ist, ist für die Annahme einer erheblichen Störung ohne rechtliche Bedeutung. Es reicht aus, dass es, wie hier, durch das Fahrzeug jederzeit zu Behinderungen hätte kommen können. Deren Zahl hängt dagegen weit gehend vom Zufall ab und ist damit für die Bewertung des Ausmaßes der Störung ohne Belang (vgl. OVG Schleswig, NordÖR 2000, 458, 459). Auch aus der relativ kurzen Dauer der Störung kann der Kl. nichts für sich herleiten. Denn er macht nicht etwa geltend, dass er den Wagen erkennbar nur für ganz kurze Zeit verbotswidrig habe parken und alsbald zum Fahrzeug zurückkehren wollen. Vielmehr ist gerade aus dem Umstand, dass er jenen Zettel ausgelegt hatte, zu schließen, dass er dort für längere Zeit parken wollte und deshalb mit seiner baldigen Rückkehr nicht zu rechnen war. Eine mit der Behinderung anderer Verkehrsteilnehmer verbundene Störung muss die Bekl. aber nicht für unabsehbare Zeit hinnehmen, sondern kann unverzüglich polizeiliche Maßnahmen einleiten.

Unerheblich ist schließlich auch, ob in der Vergangenheit an demselben Ort Fahrzeuge mehrere Stunden geparkt hatten, ohne abgeschleppt worden zu sein. Der Bekl. obliegt keine kontinuierliche Überwachung des ruhenden Verkehrs. Insofern ist nichts dafür ersichtlich, dass sie das Parken vor jener Bordsteinabsenkung sonst bewusst geduldet hatte. Eine Selbstbindung bzw. ein schutzwürdiges Vertrauen des Kl. darauf, dass die Bekl. gegen den polizeiwidrigen Zustand in seinem Falle nicht einschreiten würde (vgl. etwa Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 387), kommt deshalb von vornherein nicht in Betracht [...].

III. Höhe der Kosten

Die den angegriffenen Bescheiden zu Grunde liegende Erstattungsforderung besteht auch in der geltend gemachten Höhe [wird ausgeführt].

Standort: Baurecht — Problem: Verfestigen einer Splittersiedlung

BVERWG, URTEIL VOM 18.05.2001
4 C 13/00 (NVWZ 2001, 1282)

Problemdarstellung:

Das BVerwG geht in diesem baurechtlichen Fall der Zulässigkeit des Umbaus einer im Außenbereich (§ 35 BauGB) gelegenen, ursprünglich landwirtschaftlich genutzten Scheune in ein Wohngebäude nach. Dabei stellte sich die Frage, wann die Errichtung eines Wohngebäudes zur Verfestigung einer Splittersiedlung i.S.d. § 35 III 1 Nr. 7 BauGB und damit - sofern nicht eine Begünstigung des Bauherrn nach § 35 IV BauGB eingreift - zur Unzulässigkeit des Vorhabens über § 35 II BauGB führt. Nachdem das Gericht die Begriffe "Splittersiedlung" und "Verfestigen" näher erläutert hat, bestätigt es seine Rspr., wonach jedenfalls eine Vergrößerung um die Hälfte des gegenwärtigen Bestandes genüge.

Prüfungsrelevanz:

Baurechtliche Fälle sind im ersten und zweiten Staatsexamen beliebt, da sie sich hervorragend mit Problemen des vorläufigen Rechtsschutzes, insbes. Anträgen nach § 80a VwGO, kombinieren lassen. Aber auch Ansprüche auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids kommen immer wieder vor. Häufig wird hierin die Frage zu klären sein, ob ein Vorhaben bauplanungsrechtlich zulässig ist. Hierzu bedarf es zunächst der Bestimmung des Baugebiets nach §§ 29 ff. BauGB, in welchem das Vorhaben realisiert werden soll. Handelt es sich um einen Außenbereich i.S.d. § 35 I BauGB (zur Abgrenzung von Innen- und Außenbereich vgl. Vertiefungshinweise), ist grundlegend zwischen sogen. "privilegierten" Vorhaben nach Abs. 1 und "sonstigen" Vorhaben nach Abs. 2 zu unterscheiden. Während erstere solange zulässig sind, wie öffentliche Belange dem Vorhaben nicht *"entgegenstehen"*, sind letztere nur im Einzelfall genehmigungsfähig und bereits unzulässig, wenn ein öffentlicher Belang auch nur *"beeinträchtigt"* ist; m.a.W. findet bei privelegierten im Gegensatz zu sonstigen Vorhaben eine Abwägung der öffentlichen mit den privaten Belangen statt.

Handelt es sich nun um ein sonstiges Vorhaben, das -

wie hier - einen öffentlichen Belang beeinträchtigt, ist weiter zu prüfen, ob die Beeinträchtigung nicht ausnahmsweise nach § 35 IV BauGB unbeachtlich ist. Man spricht dann von "begünstigten" oder "teilprivilegierten" Vorhaben. Liegt keine Begünstigung vor, ist das Vorhaben endgültig bauplanungsrechtlich unzulässig.

Vertiefungshinweise:

" Zur unzulässigen Verfestigung einer Splittersiedlung: *BVerwG*, NVwZ-RR 1999, 295; NVwZ 2000, 1048

" Zu § 35 IV 1 Nr. 1 BauGB: *BVerwG*, NVwZ-RR 2000, 758

" Zur Abgrenzung von Innen- und Außenbereich: *VGH Mannheim*, RA 2000, 501 = NVwZ-RR 2000, 481

Kursprogramm:

" *Examenskurs:* "Das illegale Wochenendhaus"

" *Examenskurs:* "Der Bauer und die Garage"

Leitsätze:

1. Wird eine Splittersiedlung um die Hälfte ihres Bestandes vergrößert, so ist regelmäßig i.S.d. § 35 III 1 Nr. 7 BauGB die Verfestigung einer Splittersiedlung zu befürchten.

2. Die erleichterte Änderung der Nutzung eines landwirtschaftlichen Gebäudes gem. § 35 IV 1 Nr. 1 BauGB setzt nach lit. e der Vorschrift einen räumlich-funktionalen Zusammenhang mit der Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes voraus, von dem das Gebäude seine bisherige Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB abgeleitet hat.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Änderung einer im Außenbereich stehenden ehemaligen Getreidescheune in ein Wohngebäude. Der Kl. ist Eigentümer eines Grundstücks im Außenbereich, das im Flächennutzungsplan der bekl. Stadt als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt ist. Auf dem Grundstück befand sich früher die Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes des verstorbenen Großvaters des Kl. Vorhanden sind ein mehrfach umgebautes Bauernhaus mit drei Wohnungen und die streitige Scheune. Auf dem Nachbargrundstück steht ein Einfamilienwohnhaus, das als Altenteilerhaus genehmigt worden war. Nach dem Tod des Großvaters des Kl. im Jahre 1984 wurde der landwirtschaftliche Betrieb vollständig aufgegeben. Die Scheune wurde an einen Landwirt verpachtet, dessen Hofstelle etwa 300 m entfernt ist. Dieser nutzte die Scheune bis 1989 für die eigene Landwirtschaft. Unter dem 7. 2. 1994 beantragte der Kl. einen Bauvorbescheid für den Einbau von drei Wohnungen in die Getreidescheune. Die Bekl. lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 29. 11. 1994 ab. Den dagegen eingelegten Widerspruch des Kl. wies die beigeladene Bezirksregierung mit Widerspruchsbescheid vom 26. 6. 1996 zurück. Auch die Klage war im ersten und im zweiten Rechtszug erfolglos. Die vom BVerwG zugelassene Revision des Kl. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass der Einbau von Wohnungen in die ehemalige Getreidescheune gem. § 35 II BauGB planungsrechtlich unzulässig ist, weil hierdurch öffentliche Belange i. S. von § 35 III BauGB beeinträchtigt würden.

A. Ansicht des OVG.

Das BerGer. führt hierzu aus, die streitige Änderung der Getreidescheune in ein Wohngebäude lasse die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten (§ 35 III 1 Nr. 7 BauGB). Die vorhandenen Baulichkeiten auf dem klägerischen Grundstück und auf dem Nachbargrundstück stellten einen städtebaulich nicht erwünschten Siedlungsansatz dar. Sie erfüllten nach ihrer gesamten Struktur keine städtebauliche Funktion, weil sie unorganisch abgesetzt von der geschlossenen Ortslage entfernt lägen und nur der Befriedigung von Wohnbedürfnissen dienten. Die beantragte Nutzung der Scheune zu Wohnzwecken trage zur weiteren Zersiedlung dieses Teils des Außenbereichs bei. Sie müsse auch deshalb als unerwünscht angesehen weiden, weil mit einer Wohnnutzung regelmäßig Ansprüche verbunden seien, die sich in einer Splittersiedlung nicht erfüllen ließen. Zudem müsse einem derartigen Vorhaben typischerweise eine nicht zu übersehende Vorbildwirkung beigemessen werden.

B. Ansicht des BVerwG

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision greifen nicht durch.

I. "Verfestigen" einer Splittersiedlung

Allerdings teilt der Senat nicht die Rechtsauffassung des BerGer., dass die beantragte Nutzungsänderung der Scheune in ein Wohnhaus die Entstehung einer Splittersiedlung befürchten lasse.

Bereits die auf dem Grundstück des Kl. und auf dem Nachbargrundstück vorhandenen, ausschließlich Wohnzwecken dienenden Gebäude stellen einen städtebaulich unerwünschten Siedlungsansatz dar. Das Vorhaben des Kl. kann deshalb nicht zur Entstehung, sondern nur zu einer Verfestigung oder Erweiterung einer bereits vorhandenen Splittersiedlung führen. Diese Differenzierung führt hier aber zu keinem anderen Ergebnis. Denn auch in dem für den Kl. günstigsten Fall, nämlich wenn das Vorhaben des Kl. nur zu einer Verfestigung der Splittersiedlung führen würde, wäre die-

se Verfestigung ebenfalls städtebaulich unerwünscht.

1. Splittersiedlung
Der Charakter einer Ansiedlung als Splittersiedlung ergibt sich aus dem Gegensatz zum Ortsteil. Die Splittersiedlung ist dadurch gekennzeichnet, dass ihr mangels einer angemessenen (Bau-)Konzentration das für die Annahme eines Ortsteils notwendige Gewicht fehlt, und sie damit Ausdruck einer unorganischen Siedlungsstruktur ist.

2. Verfestigung
Eine Verfestigung der Splittersiedlung ist anzunehmen, wenn der bisher von ihr in Anspruch genommene räumliche Bereich aufgefüllt wird. Zu befürchten ist eine Verfestigung allerdings nur dann, wenn in der Ausführung des beantragten Vorhabens ein Vorgang der Zersiedlung gesehen werden muss. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn es dem Vorhaben an einer deutlichen Unterordnung unter den vorhandenen Bestand fehlt. Letzteres ist in der Regel zu bejahen, wenn eine Splittersiedlung um die Hälfte ihres Bestandes vergrößert wird, wenn also bspw. zwischen zwei Wohnhäuser ein drittes Wohnhaus gesetzt wird (BVerwG, NVwZ-RR 1999, 295; vgl. BVerwG, NVwZ 2000, 1048). So ist es auch hier: Eine Umwandlung der zwischen den beiden Wohnhäusern liegenden Scheune in ein weiteres Wohnhaus würde das Gewicht der vorhandenen Splittersiedlung erheblich verstärken und dadurch zur weiteren Zersiedlung dieses Teiles des Außenbereichs beitragen.

II. Keine Begünstigung nach § 35 IV BauGB
Die Besorgnis der Verfestigung einer Splittersiedlung durch die streitige Änderung der Scheune in ein Wohngebäude ist hier auch nicht gem. § 35 IV 1 Nr. 1 BauGB unerheblich. Durch diese Vorschrift wird zwar die Änderung der bisherigen Nutzung eines Gebäudes i. S. des § 35 I Nr. 1 BauGB begünstigt; insbesondere kann einer solchen Nutzungsänderung nicht entgegengehalten werden, dass sie die Verfestigung einer Splittersiedlung befürchten lässt. § 35 IV 1 Nr. 1 BauGB ist hier jedoch nicht anwendbar, weil nicht sämtliche gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift gegeben sind.

1. Frist
Der Senat lässt offen, ob die Begünstigung des streitigen Vorhabens im vorliegenden Fall bereits an lit. c der Vorschrift scheitert, nach dem die Aufgabe der bisherigen Nutzung nicht länger als sieben Jahre zurückliegen darf. Das BerGer. hat dies angenommen, weil es das Tatbestandsmerkmal der "bisherigen Nutzung" in lit. c auf einen konkreten landwirtschaftlichen Betrieb bezogen versteht, die Sieben-Jahres-Frist also (spätestens) mit der vollständigen Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes, dem das Gebäude dient, beginnen lässt. Auf der Grundlage dieser Auslegung wäre die Frist bei der Antragstellung im Jahre 1994 bereits abgelaufen gewesen, weil der landwirtschaftliche Betrieb des Großvaters des Kl. im Jahre 1984 aufgegeben worden ist. Dagegen wäre die Frist gewahrt, wenn es ausreichen würde, dass das Gebäude weiterhin landwirtschaftlich, und zwar in einer gem. § 35 I Nr. 1 BauGB privilegierten Weise, genutzt wird, wie der Oberbundesanwalt meint. Nach Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes ist die Scheune nämlich noch bis 1989 von dem Landwirt S im Rahmen seines landwirtschaftlichen Betriebes genutzt worden; das BerGer. geht offenbar davon aus, dass auch diese Nutzung gem. § 35 I Nr. 1 BauGB erleichtert genehmigungsfähig gewesen wäre.

2. Räumlich-funktioneller Zusammenhang
Ob die "bisherige Nutzung" i. S. von § 35 IV 1 Nr. 1 lit. c BauGB betriebsbezogen zu verstehen ist oder nicht, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn auch wenn es für lit. c ausreichen würde, dass das Gebäude zumindest für einen anderen landwirtschaftlichen Betrieb landwirtschaftlich genutzt worden ist, so würde es hier jedenfalls an einer weiteren gesetzlichen Voraussetzung fehlen. Das ehemalige Scheunengebäude steht nämlich nicht im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit der Hofstelle des Landwirts S.
Nach § 35 IV 1 Nr. 1 lit. e BauGB muss das Gebäude, dessen Nutzung geändert werden soll, im räumlich-funktionalen Zusammenhang mit der Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes stehen. Nach Wortlaut und Sinn der Vorschrift ist damit nicht ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zu irgendeiner Hofstelle gemeint. Mit dem Erfordernis eines räumlich-funktionalen Zusammenhangs mit der Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes wird die Verbindung zu der bisherigen privilegierten Nutzung nach § 35 I Nr. 1 BauGB hergestellt. Der Zusammenhang muss deshalb zu der Hofstelle desjenigen Betriebes bestehen, von dem das Gebäude seine bisherige Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB abgeleitet hat. Bezugspunkt ist die Hofstelle des landwirtschaftlichen Betriebes, dem das Gebäude bis zur Aufgabe der bisherigen Nutzung gedient hat. Nach der vollständigen Aufgabe des landwirtschaftlichen Betriebes des Großvaters des Kl. kann dies hier nur der Betrieb des Landwirts S sein. Von dieser Hofstelle liegt die ehemalige Scheune jedoch etwa 300 m entfernt. Es fehlt somit an der nach lit. e erforderlichen räumlichen Nähe.

a. Kein Widerspruch zum Schutzzweck der Norm
Zu Unrecht wendet sich die Revision gegen diese Auslegung mit dem Argument, der Zweck des § 35 IV BauGB bestehe darin, landwirtschaftliche Betriebsgebäude, die nicht zuletzt als Folge des Strukturwandels in der Landwirtschaft nicht mehr für diesen Zweck benötigt werden, unter erleichterten Voraussetzungen

einer nicht privilegierten Nutzung zuführen zu können. Denn dieser Zweck rechtfertigt nicht jede Nutzungsänderung ehemals landwirtschaftlich genutzter Gebäude, sondern steht unter den Beschränkungen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 35 IV BauGB. So ist die Möglichkeit, an sich im Außenbereich unzulässige Nutzungsänderungen unter erleichterten Voraussetzungen vornehmen zu dürfen, von vornherein auf den Zeitraum von sieben Jahren nach der Betriebsaufgabe beschränkt; danach gelten auch für ehemalige landwirtschaftliche Gebäude die für jedermann geltenden Regeln des § 35 II und III BauGB.

b. Kein Widerspruch zur früheren Rspr. des BVerwG

Das Urteil des Senats vom 25. 1. 1985 (NVwZ 1985, 825) ist nicht geeignet, den Rechtsstandpunkt der Revision zu stützen. Die Revision meint, wenn der Senat in dieser Entscheidung eine Scheune, die im Zeitpunkt der Aufgabe der Landwirtschaft umgebaut worden sei und deshalb überhaupt nicht und erst recht nicht privilegiert genutzt worden sei, gleichwohl als nach § 35 IV BBauG privilegiert angesehen habe, so müsse dies erst recht für die landwirtschaftlich genutzte Scheune des Kl. gelten. Dabei verkennt die Revision, dass die beiden Fälle schon in tatsächlicher Hinsicht nicht gleichartig sind.

In dem im Jahre 1985 entschiedenen Fall ging es um ein früher landwirtschaftlich genutztes und einem landwirtschaftlichen Betrieb dienendes Gebäude, dessen Umbau wiederum für Zwecke der Landwirtschaft genehmigt worden war; während des Umbaus wurde die Landwirtschaft aufgegeben. Das Gebäude wurde also nur deshalb im Zeitpunkt der Aufgabe nicht unmittelbar für landwirtschaftliche Zwecke genutzt, weil es sich im Umbau befand; auch der Umbau diente jedoch dem landwirtschaftlichen Betrieb der Hofstelle. Der Senat hat also damals nur entschieden, dass "privilegierte landwirtschaftliche Nutzung" auch die Vorbereitung hierfür, die Änderung eines privilegierten Gebäudes, sein könne.

Darum geht es im vorliegenden Verfahren nicht. Hier war die ehemalige Scheune unbestritten privilegiert i. S. von § 35 I Nr. 1 BauGB. Auf die Vergünstigung des § 35 IV 1 Nr. 1 BauGB kann sich der Kl. nur deshalb nicht berufen, weil die Nutzungsänderung im Hinblick auf den ehemaligen landwirtschaftlichen Betrieb des Großvaters des Kl. zu spät beantragt worden ist und im Hinblick auf den Betrieb des Landwirts S an der fehlenden Nähe scheitert.

Standort: Gesellschaftsrecht **Problem: GbR als Kommanditistin**

BGH, URTEIL VOM 16.07.2001
II ZB 23/00 (NJW 2001, 3121)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Revisionsverfahren ging es um die Rechtsfrage, ob eine (Außen-)GbR die Rechtsfähigkeit besitzt, um Kommanditistin an einer KG sein zu können.

Aufgrund der nunmehr höchstrichterlich anerkannten Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)GbR kann dieselbe - als Teilnehmerin am Rechtsverkehr - jede Rechtsposition einnehmen, sofern nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstehen. Folglich kann die (Außen-)GbR auch die Rolle eines Gesellschafters sein, sei es bei einer juristischen Person, Personenhandelsgesellschaft oder einer anderen GbR.

Vor allem steht die handelsrechtliche Registerpublizität (§§ 106 II, 162 III HGB) einer solchen Gesellschafterrolle nicht entgegen. Der Sinn und Zweck dieser Registerpublizität besteht vor allem darin, sich zwecks Einschätzung der Bonität der Personenhandelsgesellschaft zuverlässig über die Zusammensetzung ihrer Gesellschafter und ihrer Haftungsverhältnisse zu informieren. Diesem Bedürfnis kann jedoch bereits dadurch Rechnung getragen werden, dass bei der Registereintragung neben der GbR als solche auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts zur Personenhandelsgesellschaft angehörenden Gesellschafter einzutragen sind; entsprechendes gilt für jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der GbR.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH ist in Fortsetzung zur Entscheidung des BGH über die Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-)GbR vom 29.01.2001 (RA 03/2001, S. 135) zu sehen. Damals hat der BGH die dogmatische Streitfrage um die Rechtsnatur der GbR ("Eigene Rechtsfähigkeit" kontra "Schuldrechtlicher Zusammenschluss mehrerer") dahingehend beantwortet, dass die (Außen-)GbR eigene Rechtsfähigkeit besitzt, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet; insofern ist sie im Zivilprozess zugleich parteifähig.

Diese Entscheidungen des BGH markieren den Endpunkt eines langwierigen Erkenntnisprozesses über die Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR . Aufgrund mangelnder gesetzlicher Regeln in den §§ 705 ff. BGB - im Gegensatz zu den §§ 124, 161 II HGB für die Personenhandelsgesellschaften - war man früher der Rechtsauffassung, bei der GbR handle es sich nur um eine Verselbständigung der Vermögensmasse ohne eigene Rechtspersönlichkeit, vielmehr müsse nach wie vor auf die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Bindung als Rechtssubjekt zurückgegriffen werden (Palandt/Thomas, BGB, § 705 Rz. 2). Wegen der Unpraktikabilität dieses dogmatischen Verständnisses von der GbR hat sich zunächst in der Literatur die Forderung verstärkt durchgesetzt, der GbR - soweit sie am Rechtsverkehr teilnehme - eigene (zum. teilweise) Rechtspersönlichkeit zuzubilligen (MünchKomm/Ulmer, BGB, § 705 Rz. 130 ff.). Durch die hier zitierten Entscheidungen des BGH zeigt sich, dass nunmehr auch die höchstrichterliche Rechtsprechung diese Teilrechtsfähigkeit anerkannt hat.

Vertiefungshinweis:

" Zur vorliegenden Entscheidung: *BGH*, NJW 2001, 1056; Anm. von *Wilhelm*, LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52; *Goette*, DStR 2001, 310; *Schemmann*, DNotZ 2001, 234; *Müther*, MDR 2001, 459; *Wiedemann*, JZ 2001, 655.

Leitsätze:

1. Die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein.

2. In einem solchen Falle sind neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher auch die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts zu der Kommanditgesellschaft angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort (entspr. § 106 II BGB) zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; Entsprechendes gilt für jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Sachverhalt:

Am 17. 11. 1999 meldete der Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der im Handelsregister eingetragenen V-GmbH & Co Vermarktungs KG für die persönlich haftende Gesellschafterin und zugleich für alle anderen Gesellschafter der Kommanditgesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister an, dass folgende Gesellschaften bürgerlichen Rechts in die Gesellschaft eingetreten seien. Die aus den Bet. zu 1, 2 und 3 bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 25000 DM sowie die aus den Bet. zu 4 und 5 bestehende Gesellschaft mit einer Einlage von 35 000 DM.

Das Registergericht lehnte die beantragte Eintragung am 29. 2. 2000 ab. Die vom Urkundsnotar für die Be-

teiligten eingelegte Beschwerde wies das LG mit Beschluss vom 27. 4. 2000 zurück. Das BayObLG möchte der weiteren Beschwerde stattgeben, weil nach seiner Auffassung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft eintreten kann. Es sieht sich daran jedoch durch einen auf weitere Beschwerde ergangenen Beschluss des OLG Zweibrücken vom 24. 11. 1981 (OLGZ 1982, 155) gehindert und hat deshalb die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.
Die weitere Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit
Die Voraussetzungen für die Vorlage gem. § 28 II FGG sind aus den Gründen der Entscheidung des Bay0bLG gegeben.

B. Begründetheit
Die weitere Beschwerde ist begründet. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft sein (vgl. Breuninger, Die BGB-Gesellschaft als Rechtssubjekt im Wirtschaftsverkehr, 1991, S. 64 ff., 67 ff., 71; Brodersen, Die Beteiligung der BGB-Gesellschaft an den Personenhandelsgesellschaften, 1988, S. 15ff., S. 109-113; K. Schmidt, GesellschaftsR, 3. Aufl. [1997], § 45 I 2a, S. 1305 ff., 1307; ablehnend: Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl. [2000], § 161 Rdnr. 4 i. V. mit § 105 Rdnr. 29; Boujong, in: Ebenroth/Bouiong/Joost, HGB, § 105 Rdnr. 102; v. Gerkan, in: Röhricht/Graf v. Westphalen, HGB, 1998, § 161 Rdnr. 18 i. V. mit Rdnr. 17 i. V. mit § 105 Rdnr. 65; Ulmer, in: Großkomm z. HGB, 4. Aufl. [1988], § 105 Rdnr. 96; vgl. hierzu auch: BFH, DB 1991, 889, [891, 894], der die Frage ausdrücklich offen lässt). Seine frühere gegenteilige Rechtsprechung (BGHZ 46, 291 [296] = NJW 1967, 826 = LM § 161 HGB Nr. 20; BGH, WM 1966, 188 [190]; NJW-RR 1987, 416 = WM 1986, 1280; NJW-RR 1990, 798 = LM § 705 BGB Nr. 55 = WM 1990, 586 [587] gibt der Senat auf.

I. Kommanditistenstellung aufgrund der nunmehr anerkannten Rechtsfähigkeit der GbR
Als Gesamthandsgemeinschaft ihrer Gesellschafter kann die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach heutiger Auffassung als Teilnehmer am Rechtsverkehr jede Rechtsposition einnehmen, soweit nicht spezielle rechtliche Gesichtspunkte entgegenstellen (Senat, NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = NZI 2001, 241 = NZG 2001, 311 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52 = WM 2001, 408 [409] = ZIP 2001, 330 m. w. Nachw.). Auch ihre grundsätzliche Fähigkeit, Gesellschafter einer juristischen Person zu sein, steht heute nicht mehr in Frage (für die Aktiengesellschaft: BGHZ 118, 83 [99 f.] = NJW 1992, 2222 = LM H. 11/1992 § 328 BGB Nr. 87; für die GmbH: BGHZ 78, 311 [312 ff.] = NJW 1981, 682 = LM § 2 GmbHG Nr. 10 L; für die Genossenschaft: BGHZ 116, 86 [87ff.] = NJW 1992, 499 = LM H. 6/1992 § 705 BGB Nr. 56). Ebenso ist inzwischen die Fähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu sein, anerkannt (Senat, NJW 1998, 376 = LM H. 7/1998 § 705 BGB Nr. 67 = ZIP 1997, 2120). Für die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin an einer Kommanditgesellschaft gilt im Grundsatz nichts anderes.

II. Keine entgegenstehende Gründe für eine Kommanditistenstellung der GbR; insb. nicht wegen fehlender Publizität
Der Fähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft einzutreten, stehen spezielle rechtliche Gesichtspunkte nicht entgegen. Insbesondere ist die fehlende Registerpublizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kein entscheidender Hinderungsgrund für die Annahme ihrer Fähigkeit, die Stellung einer Kommanditistin einzunehmen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Bestimmungen in § 162 III, I i.V. mit § 106 II HGB zur Publizität der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft.

1. Keine Offenlegungspflicht aufgrund der Stellvertretung
Soweit die Publizität der Offenlegung der Vertretungsverhältnisse dient, ist dies für die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditistin ohne Bedeutung, da der Kommanditist gem. § 170 HGB zur Vertretung der Gesellschaft nicht ermächtigt ist.

2. Keine Offenlegungspflicht aus anderen Gründen
Auch im Hinblick auf die anderen Zwecke, denen die Publizität der Gesellschafter dienen soll, steht die fehlende Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ihrer Fähigkeit, sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen, nicht entgegen.
Der Möglichkeit, sich zwecks Einschätzung der Bonität der Gesellschaft zuverlässig über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises und ihrer Haftungsverhältnisse zu informieren, kommt für die Sicherheit des Rechtsverkehrs große Bedeutung zu. Dies nötigt aber nicht dazu, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wegen ihrer fehlenden Publizität die Fähigkeit, Kommanditistin zu sein, abzusprechen.
Vielmehr kann und muss dem bestehenden Publizitätsbedürfnis dadurch Rechnung getragen werden, dass §§ 162 III und 1, 106 II HGB in einer Weise angewandt werden, die den Sinn und Zweck der Publizitätsregelungen auch für eine als Kommanditistin in eine Kommanditgesellschaft eintretende Gesellschaft- bürgerli-

chen Rechts verwirklicht: Nach § 162 III HGB ist der Eintritt und das Ausscheiden eines Kommanditisten mit den in § 162 I i. V. mit § 106 II HGB vorgesehenen Angaben ins Handelsregister einzutragen. Bei unmittelbarer Anwendung dieser Normen wären lediglich der Eintritt und das Ausscheiden der Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst einzutragen, da nur sie die Stellung einer Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft hat. Damit wäre für außenstehende Dritte lediglich offenbart, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditistin ist; Informationsmöglichkeiten über ihre Gesellschafter, und damit über die Haftungssituation böte eine solche Eintragung nicht. Dem Sinn der genannten Publizitätsregelungen entspricht es deshalb, diese Normen nicht lediglich unmittelbar auf die beteiligte Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern entsprechend auch auf deren Gesellschafter anzuwenden.

3. Umfang der Eintragungspflicht

Dabei kann das zur Sicherheit des Rechtsverkehrs erforderliche Maß an Publizität nur gewährleistet werden, wenn die Gesellschafter verpflichtet sind, sowohl diejenigen Personen, die der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Zeitpunkt ihres Beitritts zu der Kommanditgesellschaft angehören, als auch jeden späteren Wechsel in der Zusammensetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden.

a. Eintragung der GbR als solche und ihrer Gesellschafter im Zeitpunkt des Eintritts

Danach sind zunächst neben der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solcher die ihr zum Zeitpunkt ihres Beitritts angehörenden Gesellschafter mit Namen, Geburtstag und Wohnort ins Handelsregister einzutragen. Führt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keinen speziellen Namen, sind die einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz "in Gesellschaft bürgerlichen Rechts" anzugeben. Führt sie einen Namen, kann nichts anderes gelten.

b. Eintragung neuer GbR-Gesellschafter bei entsprechendem Wechsel

Entgegen der in dem Vorlagebeschluss des BayObLG vertretenen Ansicht fordert die Sicherheit des Rechtsverkehrs aber auch die Verpflichtung der Gesellschafter, einen späteren Wechsel ihrer Zusammensetzung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Es trifft zwar zu, dass bereits die Behandlung des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eintragungsfähige Tatsache diesem die Möglichkeit gibt, durch die Eintragung seines Ausscheidens die fünfjährige Enthaftungsfrist unabhängig von der Kenntnis des Gläubigers von diesem Umstand in Lauf zu setzen. Es mag auch sein, dass er von dieser Möglichkeit regelmäßig schon im eigenen Interesse Gebrauch machen wird. Unterbleibt eine solche Eintragung aber trotzdem - aus welchen Gründen auch immer -, so wäre das vom Gesetz vorgegebene Maß an Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht gewährleistet. In diesem Fall haftete der ausgeschiedene Gesellschafter zwar weiterhin für die Altverbindlichkeiten der Gesellschaft, entgegen der Handelsregistereintragung, die ihn unverändert als (mit-)haftenden Gesellschafter der Kommanditistin ausweist, aber nicht für erst nach seinem Ausscheiden neu begründete Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft, sofern man nicht § 15 III HGB entgegen der bisher herrschenden Meinung auch auf nur eintragungsfähige Tatsachen anwendet. Die Diskrepanz zwischen der tatsächlichen und der im Register verlautbarten Rechtslage kann nur dadurch überbrückt werden, dass auch ein Wechsel im Gesellschafterbestand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als eintragungspflichtige Tatsache anzusehen ist. Entgegen der Meinung des vorlegenden Gerichts ist der Rückgriff auf allgemeine Rechtsscheingesichtspunkte angesichts der zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung erforderlichen zusätzlichen Voraussetzungen nicht geeignet, dem Rechtsverkehr ein gleiches Maß an Rechtssicherheit zu gewähren wie die Anwendung des § 15 I HGB.

III. Vorteile durch die Anerkennung einer GbR als Kommanditistin

Wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat, vermeidet die Anerkennung der Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Kommanditistin einer Handelsgesell-schaft zu sein, zugleich Probleme, die auftreten können, wenn eine Personenhandelsgesellschaft, die Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist, wegen veränderter Umstände zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird und damit nach bisheriger Auffassung nicht mehr Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft sein konnte. Ähnliche Probleme ergeben sich nach bisheriger Auffassung auch dann, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Gesellschafterin einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist und diese kraft Gesetzes zu einer Personenhandelsgesellschaft wird. Billigt man der Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Fähigkeit zu, die Stellung einer Kommanditistin einzunehmen, kann das Problem im erstgenannten Fall nicht auftreten, im zweiten ist es unschwer dadurch zu lösen, dass die Gesellschaft Kommanditistin der neu entstandenen Handelsgesellschaft wird.

Standort: Verzug **Problem: Berufung auf fehlendes Zurückbehaltungsrecht**

BGH, URTEIL VOM 04.07.2001
VIII ZR 279/00 (NJW 2001, 3114)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall begehrte die Kl. gegenüber der Bekl. die Herausgabe ihres Eigentums an einer Kartoffelerntemaschine, was jedoch die Bekl. mit Hinweis auf ihr angeblich nach zustehende Provisionsansprüche verweigerte. Hinsichtlich dieses geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts unterlag die Bekl. allerdings einem Rechtsirrtum, da jene Provisionsansprüche bereits durch eine vorherige Verrechnung (§ 389 BGB) erloschen und ohnehin nicht gegenüber der Kl. bestanden, so dass keine Gegenseitigkeit i.S.d. § 273 BGB bestand. Mittels Klageerhebung begehrte die Kl. nunmehr Schadensersatz.

Der BGH erkannte, dass es sich um Verzugsschadensersatz und nicht - entgegen der Rechtsansicht des BerGer. - um Schadensersatz nach p.F.V. handelte. Der für den Verzug erforderliche fällige und durchsetzbare Anspruch auf Herausgabe ergab sich aus § 985 BGB. Hinsichtlich des Erfordernisses einer Mahnung lag u.a. ein Fall ihrer Entbehrlichkeit vor, weil die Bekl. die Leistungserbringung endgültig verweigerte. Bezüglich des Verschuldens gem. § 285 BGB ging der BGH davon aus, dass es sich um einen Rechtsirrtum der Bekl. handelte, da sie sich gegenüber dem Herausgabeverlangen mit ihr nicht zustehenden Provisionsansprüchen berief. Zwar war das BerGer. der Ansicht, der Schadensersatzanspruch der Kl. scheitere daran, dass der eingetretene Schaden für die Bekl. nicht voraussehbar gewesen sei. Dem ist der BGH entgegen getreten, da sich das Verschulden nur auf den Verzug als solchen beziehen muss; es ist unerheblich, ob der Verzugsschuldner mit dem dadurch verursachten Schaden gerechnet hat.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH ist von examensrelevanter Bedeutung, weil sie ein klassisches Thema behandelt: Leistungsstörung durch Verzug. Zum einen stellt der BGH das - bis zum Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung bestehende - Erfordernis der Abgrenzung zwischen den verschiedenen Arten der Leistungsstörung klar (hier: Verzug und p.F.V.). Des weiteren werden die inhaltlichen Anforderungen und die Möglichkeit zur Entbehrlichkeit der verzugsbegründenden Mahnung wiederholt. Am wichtigsten sind aber die Ausführungen des BGH zum Verschulden. Gem. § 285 BGB entsteht kein Verzug ohne Verschulden des Schuldners. Dabei stellt sich die Frage, wann ein Rechtsirrtum des Schuldners über seine Berechtigung zur Leistungsverweigerung das Verschulden entfallen lässt.

Nach st. Rspr. sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen, wobei der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen, ggf. Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss. In diesem Zusammenhang stellt der BGH auch klar, dass sich das Verschulden nur auf den Verzug und nicht auch auf den dadurch verursachten Schaden beziehen muss.

Vertiefungshinweise:

“ Zum Verzugsschaden: *BGH*, NJW-RR 1996, 1076; *OLG Düsseldorf*, NVersZ 2000, 565; *LG Duisburg*, NJW-RR 1996, 718.

Kursprogramm:

“ *Examenskurs*: “Keine Lust auf Schönheitsreparaturen”

Leitsatz:

Zur Ersatzpflicht eines Schuldners, der die Herausgabe einer Sache unter Berufung auf ein ihm nicht zustehendes Zurückbehaltungsrecht verweigert.

Sachverhalt:

Die Kl. und die Maschinenfabrik N-GmbH & Co. KG (im Folgenden: N-KG) sind Schwesterunternehmen, welche von der N-KG hergestellte Kartoffelerntemaschinen der Marke W über die Bekl., eine Landmaschinenhändlerin, vertrieben. Mit Kauf- und Übernahmevertrag vom 7. 11. 1997 verkaufte die N-KG das gesamte Know-how über die Herstellung von Kartoffelerntemaschinen der Marke W einschließlich gehaltener Patente, Schutzrechte, Produktionsmittel, Kundenstamm, Warenbestände sowie die in einer Anlage 8 aufgeführten Fertigprodukte (Kartoffelerntemaschinen), sofern diese am 12. 11. 1997 durch die Verkäuferin noch nicht verkauft worden waren, an die niederländische Firma E-Development C.V (künftig: E). In der Anlage 8 war unter anderem die Kartoffelerntemaschine W Typ ... mit der Maschinennummer... aufgeführt, die sich bei der Bekl. befand. Am 23. 12. 1997 verweigerte die Bekl. den Vertretern der Firma E die Herausgabe der vorgenannten Erntemaschine. Mit ihrer Klage hat die Kl. die Bekl. auf Zahlung des Kaufpreises für die Kartoffelerntemaschine W Typ ... in Anspruch genommen und gemeint, zumindest müsse die Bekl. in dieser Höhe Schadensersatz leisten. Ferner hat sie den Kaufpreis für einen weiteren Kartoffel-Vollernter des Typs ... abzüglich von ihr errechneter Provisionsansprüche verlangt.

Durch Teilurteil vom 17. 12. 1998 hat das LG die Bekl. zur Zahlung des Kaufpreises für den zuletzt genannten Kartoffel-Vollernter - unter Abzug von für begründet angesehener Provisionsansprüche - in Höhe eines Betrags von 39 466,01 DM nebst Zinsen verur-

teilt. Durch Schlussurteil vom 10. 6. 1999 hat das LG die Bekl. sodann zur Zahlung von 60 375 DM nebst Zinsen als Schadensersatz für die Kartoffelerntemaschine W Typ ... verurteilt. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage, soweit über sie nicht durch Teilurteil vom 17. 12. 1998 entschieden worden war, abgewiesen. Die Revision, hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Zur Begründung hat das BerGer. ausgeführt, die Kl. sei nicht berechtigt, von der Bekl. aus Anlass der Weigerung vom 23. 12. 1997, der E die gebrauchte Kartoffelerntemaschine W Typ ... herauszugeben, die Zahlung von 60 375 DM zu verlangen. Einen Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung habe die Kl. nicht erlangt, da sie nicht dargetan habe, dass die Erntemaschine ihr Eigentum gewesen sei und zu ihrem Bestand gehört habe. Aber selbst für den Fall, dass ihr und nicht der N-KG das Eigentum an der Maschine zugestanden habe, hafte die Bekl. nicht.

Zwar könne sich die Bekl. nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, da ihre Provisionsansprüche bereits durch die von ihr mit Schreiben vom 13. 10. 1997 gegenüber dem Kaufpreisanspruch der Kl. für den Kartoffel-Vollernter Typ ... erklärte Verrechnung erloschen sei; auf gegenüber der N-KG bestehende Provisionsansprüche könne die Bekl. ein Zurückbehaltungsrecht nicht stützen, da ihr insoweit als Gläubigerin und Schuldnerin verschiedene juristische Personen gegenüber gestanden hätten. Es fehle jedoch an dem für einen Schadensersatzanspruch nötigen Verschulden der Bekl. Allerdings sei diese am 23. 12. 1997 zur Herausgabe der Erntemaschine verpflichtet gewesen, falls sie Kenntnis von der käuflichen Übernahme aller Alt-Maschinen der Marke W durch die E gehabt habe. Es komme jedoch nur eine fahrlässige Verletzung ihrer Nebenpflichten aus dem Rechtsverhältnis zur Kl. in Betracht, wobei zur Fahrlässigkeit eines Verhaltens die Vorhersehbarkeit eines schädigendes Erfolgs der eingetretenen Art gehöre. Dieses Verschuldensmerkmal lasse sich vorliegend bei der Bekl., bezogen auf den vorgetragenen Schadenseintritt bei der Kl., nicht bejahen, weil die Bekl. bei ihrer Herausgabeverweigerung nicht habe damit rechnen müssen, dass die Maschine für die Kl. auf Grund eines Wettbewerbsverbots unverkäuflich sein würde, wenn sie deren Herausgabe verweigerte; aus der Sicht der Bekl. sei die Entstehung eines solchen Schadens eine so unwahrscheinliche Folge der verweigerten Herausgabe gewesen, dass sie ihr Verhalten nicht habe darauf einrichten müssen.

B. Entscheidung des BGH

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Abgrenzung zwischen p.F.V. und Verzugsschadensersatz

Bei dem von der Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruch handelt es sich entgegen der Ansicht des BerGer. nicht um einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, sondern um einen solchen aus Verzug, da die Kl. Schadensersatz wegen Verweigerung der Herausgabe der Kartoffelerntemaschine W Typ ..., Maschinennummer ..., begehrt. Unter den rechtlichen Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung fallen dagegen nach allgemeiner Meinung lediglich solche schuldhaften Vertragsverletzungen, die weder Unmöglichkeit der Leistung noch Verzug zur Folge haben (vgl. BGHZ 11, 80 [83] = NJW 1954, 229 = LM § 326 [H] BGB Nr. 2; BGH, NJW 1978, 260 = LM § 82 VerglO Nr. 3, jew. m. w. Nachw.).

II. Erfolgreicher Vortrag eines Schadens für die Kl.

Mit Erfolg beanstandet die Revision zunächst die Annahme des BerGer., die Kl. habe als Voraussetzung für ihren Schadensersatzanspruch nicht dargetan, dass die fragliche Kartoffelerntemaschine zu ihrem Bestand gehört habe, so dass es bereits am erforderlichen Schaden der Kl. fehle.

Im ersten Rechtszug war unstreitig, dass die betreffende Maschine bei Abschluss des Vertrags vom 7. 11. 1997 im Eigentum der Kl. gestanden hat. Dort hat die Kl. vorgetragen, sie habe ihre Maschine, die ursprünglich von der Firma W-Werk Maschinenbau GmbH geliefert worden sei, später erworben; das habe die Bekl. gewusst. Die Bekl., die sich auch vorprozessual gegenüber dem Herausgabeanspruch der Kl. lediglich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen unvollständiger Provisionsabrechnungen berufen hatte (siehe Schreiben vom 27. 1. 1998), hat in erster Instanz das Eigentum der Kl. an der Maschine nicht in Abrede gestellt. Auch das LG ist in seinem Schlussurteil vom 10. 6. 1999 vom Eigentum der Kl. an der in Frage stehenden Kartoffelerntemaschine ausgegangen. In ihrer Berufungsbegründung hat die Bekl. das Eigentum der Kl. an der Maschine zunächst ebenfalls nicht bestritten. In ihrer Berufungserwiderung hat die Kl. Einzelheiten zum Verkauf der gesamten Produktion der W Kartoffelerntemaschinen sowie der damit verbundenen Rechte und Warenzeichen einschließlich der bereits produzierten Kartoffelrodemaschinen dargelegt und unter Beweisantritt vorgetragen, die N-KG habe sich im Vertrag mit der E vom 7. 11. 1997 auch zur Übereignung solcher Kartoffelrodemaschinen verpflichtet, die ursprünglich im Eigentum der Kl. gestanden hätten. Dabei hätten sich die Kl. und die N-KG darauf verständigt, dass letztere auch den Bestand der Kl. an Kartoffelerntemaschinen veräußern könne; es sei vereinbart gewesen, dass die Kl. als Gegenleistung von der N-KG den Preis für die Kartoffelroder erhalte, den diese ihrerseits aus dem Vertrag mit der E habe erlösen können. Dabei hat die Kl. die Anlage 8 zum Vertrag

vom 7. 11. 1997 vorgelegt, in welcher als Eigentümer die Abkürzung "0" (offensichtlich die Kl.) angegeben ist. Daraufhin hat die Bekl. erstmals mit Schriftsatz vom 5. 6. 2000 mit Nichtwissen bestritten, dass die streitbefangene Maschine zum Bestand der Kl. gehört habe und die behauptete Absprache zwischen der Kl. und der N-KG getroffen worden sei. Danach hat die Kl. vorgetragen und unter Zeugenbeweis gestellt, dass die Maschine vor Abschluss des Vertrags mit der E der Kl. gehört und zu deren Bestand gezählt hatte. Einer weiteren Darlegung ihrer Eigentumserlangung bedurfte es mit Rücksicht auf die zwischen ihr und der N-KG bestehende Verbindung entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht. Ohne eine Aufklärung des Sachverhalts durfte das BerGer. die Klage daher nicht bereits wegen eines fehlenden Schadens der Kl. als unbegründet abweisen.

III. Kein Ausschluss der Verzugsschadensersatzpflicht aus anderen Gründen

Auch mit der von dem BerGer. gegebenen Hilfsbegründung kann eine Ersatzpflicht der Bekl. nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Vorbringen der Kl. nicht verneint werden.

1. Herausgabeanspruch der Kl.

Die Bekl. war am 23. 12. 1997 zur Herausgabe der Kartoffelerntemaschine an die Vertreter der E verpflichtet, da nach dem Vortrag der Kl. Gegenstand des Kauf- und Übernahmevertrags vom 7. 11. 1997 die in der Anlage 8 aufgeführten Maschinen sein sollten, die per 12. 11. 1997 tatsächlich verfügbar waren. Auf Grund des Vertrags vom 7. 11. 1997 war die E jedenfalls als Vertreter der Kl., die nach ihrem unter Beweis gestellten Vortrag die N-KG auch zur Veräußerung der in ihrem Eigentum stehenden Maschinen ermächtigt hatte, berechtigt, die fragliche Maschine gem. § 985 BGB in Besitz zu nehmen. Soweit die Revisionserwiderung meint, die Kl. habe nicht dargelegt, dass E den Herausgabeanspruch mit Vollmacht der Kl. der Bekl. gegenüber geltend gemacht hat, steht dies in Widerspruch zu dem im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Vorbringen der Kl.

2. Zu dem Erfordernis einer Mahnung zur Verzugsbegründung

Die Herausgabe der Maschine hat die Bekl. nach den auch von der Revisionserwiderung nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. mit Rücksicht auf bestehende Gegenforderungen gegen die Kl. und die N-KG verweigert. In dem Herausgabeverlangen der Vertreter der E lag entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung bei verständiger Beurteilung zugleich eine Mahnung i. S. des § 284 BGB, die mit der die Fälligkeit begründeten Handlung verbunden werden kann (BGH, WM 1970, 1141; s. auch Thode, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 284 Rdnr. 35 m. w. Nachw.). Im Übrigen ist auch eine Mahnung entbehrlich, weil die Bekl. - wie noch auszuführen sein wird - die Herausgabe von der Erfüllung nicht bestehender Gegenrechte abhängig gemacht und damit in der geschuldeten Form endgültig verweigert hat (vgl. auch BGH, NJW 1986, 661 = LM § 326 [C] BGB Nr. 7).

3. Kein Zurückbehaltungsrecht der Bekl.

Zutreffend hat das BerGer. auch ein Zurückbehaltungsrecht der Bekl., das nach seiner Geltendmachung einen Verzug ausschließen würde (vgl. BGH, WM 1971, 1020) verneint, da die Provisionsansprüche der Bekl. gegenüber der Kl. bereits durch die von ihr mit Schreiben vom 13. 10. 1997 erklärte Aufrechnung erloschen waren. Dass die Bekl. zugleich die Aufrechnung mit Ansprüchen gegen die N-KG erklärt hatte, steht der Wirksamkeit der im Verhältnis zur Kl. erklärten Aufrechnung mit einer seinerzeit auf 51 019,60 DM bezifferten Provisionsforderung gegenüber der Forderung der Kl. aus dem Verkauf betreffend den Kartoffel-Vollernter Typ ... nicht entgegen. Die Gegenrüge der Revisionserwiderung, die Aufrechnung in dem Schreiben der Bekl. vom 13. 10. 1997 mit ihren Provisionsansprüchen gegen den Anspruch der Kl. wegen der Erntemaschine W Typ ... sei deshalb wirkungslos geblieben, weil die Bekl. seinerzeit nicht zwischen Ansprüchen gegen die Kl. und gegen die N-KG unterschieden habe, greift nicht durch. Nach der im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Behauptung der Bekl. im Berufungsverfahren hat sie sich der betreffenden Provisionsansprüche gerade der Kl. gegenüber berühmt und eine entsprechende Verrechnung vorgenommen. Dies unterliegt der Beweiskraft des Tatbestands (§ 314 S. 1 ZPO). Dass der Bekl. - mangels Gegenseitigkeit - ein Zurückbehaltungsrecht wegen etwaiger Provisionsansprüche gegen die N-KG nicht zustand, bezweifelt auch die Revisionserwiderung nicht.

4. Verschulden der Bekl. am Verzug wegen Rechtsirrtums

Das BerGer. geht davon aus, dass die Verweigerung der Herausgabe der Maschine wegen offener Provisionsansprüche durch die Bekl. auf einem Irrtum oder einer falschen Beurteilung der Rechtslage beruhte. Wenn die Bekl. der Meinung war, sich gegenüber dem Herausgabeverlangen auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen gegen die N-KG bestehender Provisionsansprüche berufen zu können, handelte es sich um einen Rechtsirrtum, der nicht unverschuldet war (vgl. § 285 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung sind an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Maßstäbe anzulegen, wobei der Schuldner die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich, Rechtsrat einholen und die höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten muss (BGHZ 89, 296 [303] = NJW 1984, 1028 = LM § 254 [Ca] BGB Nr.

50; BGH, NJW 1994, 2754 = LM H. 2/1995 § 276 [Cc] BGB Nr. 37; s. auch Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 285 Rdnr. 4 m. w. Nachw.). Die Bekl. hat zwar geltend gemacht, es habe von ihr "kaum verlangt werden" können, die einzelnen Gegenansprüche aus Provisionen auseinanderzuhalten, die zum einen gegen die Kl. und zum anderen gegen die N-KG bestanden hätten, die verschiedenen Verrechnungsmöglichkeiten seien für sie im Dezember 1997 bzw. Januar 1998 "kaum überschaubar" gewesen. Die Behauptung, die Bekl. habe mit Ansprüchen gegen die N-KG auch gegenüber der Kl. aufrechnen dürfen, liegt hierin jedoch nicht. Die Bekl. legt auch nicht dar, wie sie zur Ansicht einer solchen Verrechnungsmöglichkeit kommen konnte.

5. Keine Vorhersehbarkeit des Schadens zur Anspruchsbegründung erforderlich

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. den von der Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruch deshalb an einem fehlenden Verschulden der Bekl. scheitern lassen, weil für diese der eingetretene Schaden nicht voraussehbar gewesen sei. Befand sich die Bekl. auf Grund ihrer Weigerung, die fragliche Erntemaschine am 23. 12. 1997 an die Vertreter der E herauszugeben, im Verzug, kann die Kl. Ersatz des ihr dadurch adäquat verursachten Schadens verlangen (RGZ 109, 97 [99]; Thode, in: MünchKomm, § 286 Rdnr. 4; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 286 Rdnr. 11). Ob der ersatzpflichtige Schuldner mit dem durch die verzögerte Leistung entstehenden Schaden gerechnet hat, ist unerheblich (BGH, DB 1956, 110; Thode, in: MünchKomm, § 286 Rdnr. 4). Die erforderliche adäquate Verursachung des von der Kl. geltend gemachten Schadens ist hier zu bejahen. Es liegt nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass die gebrauchte Maschine, wenn ihre Herausgabe einem bestimmten Käufer gegenüber verweigert wurde, unter Umständen nicht mehr anderweitig absetzbar sein könnte. Darauf, ob der Bekl. bekannt war, dass die Kl. einem Wettbewerbsverbot unterlag, so dass die Maschine aus diesem Grunde für die Kl. später unverkäuflich sein würde, kommt es entgegen der Ansicht des BerGer. nicht an.

Standort: Allg. Teil des BGB — Standort: Täuschung durch Unterlassen

BGH, URTEIL VOM 12.07.2001
IX ZR 360/00 (NJW 2001, 3331)

Problemdarstellung:

Der Bekl. war Angestellter bei einer Versicherungsagentur, die gewerbsmäßig für die Kl. als Versicherungsgesellschaft den Abschluss von Versicherungsverträgen vermittelte. Wegen Betrugsverdachts stornierte die Kl. gegenüber der Agentur sämtliche von ihr vermittelten Verträge und verlangte sämtliche Abschlussprovisionen zurück. Die Mitarbeiter der Agentur, u.a. der Bekl., wurden im Rahmen einer Arbeitnehmerversammlung aufgefordert, Globalbürgschaften für die Agenturschulden zu übernehmen. Dabei entstand bei den Arbeitnehmern der Eindruck, dass im Falle der Bürgschaftserklärung eine weitere Zusammenarbeit zwischen der Agentur und der Kl. gesichert würde.

Der BGH setzt sich zunächst mit den Einwänden der Unwirksamkeit der Bürgschaft wegen ihres Globalcharakters gem. §§ 3, 9 AGBG auseinander. Mit Rückgriff auf die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung stellt er aber fest, dass zumindest für die Anlassverbindlichkeit, für die man sich verbürgt hat, die Bürgschaft wirksam bleibt. Auch eine Unwirksamkeit gem. § 138 BGB wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen durch den Gläubiger lehnt der BGH ab, da der Bekl. zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen keine Ausführungen gemacht hat.

Jedoch erkennt der BGH die Möglichkeit zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch Unterlassen gem. §§ 142 I, 123 I BGB. Die Kl. hat den Mitarbeitern der Agentur zwar nicht selbst gesagt, nach Abgabe der Bürgschaftserklärungen gebe es Geld, aber sie hat die erkennbare Erwartung der Mitarbeiterschaft nicht richtig gestellt, sondern vielmehr stillschweigend für sich ausgenutzt. Es war der Kl. auch klar, dass die Mitarbeiter keine Bürgschaften übernehmen würden, wenn damit zu rechnen wäre, dass die Agentur ihre Tätigkeit für die Kl. so oder so einstellen müsste. Damit ist durch Unterlassen der Kl. der Anfechtungsgrund gem. § 123 I BGB verwirklicht worden.

Prüfungsrelevanz:

Zum examensrelevanten Prüfungsstoff gehört seit dem ersten Semester das Recht zur Anfechtung gem. §§ 119 ff., 142 ff. BGB. Daher wird von jedem Examens-

kandidaten die korrekte Handhabung der verschiedenen, aber auch abschließend geregelten Anfechtungstatbeständen verlangt. Im Rahmen des § 123 I BGB wird vor allem die Frage wichtig, unter welchen Umständen auch ein Unterlassen eine arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung sein kann. Voraussetzung ist dafür stets eine Rechtspflicht des Anfechtungsgegners zur Aufklärung. Eine Rechtspflicht, den angehenden Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die für dessen Entscheidung von Bedeutung sein können, besteht allgemein nicht; wohl aber dann, wenn der Vertragspartner eine solche Mitteilung aufgrund der konkreten Einzelfallumstände nach Grundsätzen von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte erwarten durfte. Eine solche Aufklärungspflicht fußt auf dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien, so dass zugleich Schadensersatzansprüche aus c.i.c. geltend gemacht werden können.

Vertiefungshinweise:

“ Zur arglistigen Täuschung durch Unterlassen: *OLG Nürnberg*, NJW-RR 1998, 1713; *OLG Karlsruhe*, NJW 1994, 2100; *AG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 1988, 784; *OLG Celle*, NJW-RR, 1987, 744.

Kursprogramm:

“ *Examenskurs*: “Drum prüfe wer für Papi bürgt”

Leitsatz:

Zur arglistigen Täuschung durch stillschweigendes Verhalten und durch Unterlassen bei Abschluss eines Bürgschaftsvertrags.

Sachverhalt:

Die Agentur B, deren Inhaberin AB war, vermittelte für die Kl., eine Versicherungsgesellschaft, den Abschluss von Versicherungsverträgen. Der Bekl. war für die Agentur tätig; ob er Abschlussvertreter war oder nur Büroarbeiten verrichtete, ist zwischen den Parteien streitig. Ende 1994/Anfang 1995 meinte die Kl. festgestellt zu haben, dass die Prämien für abgeschlossene Lebensversicherungen nicht aus eigenen Mitteln der Versicherungsnehmer, sondern aus den bevorschussten Abschlussprovisionen aufgebracht worden seien. Sie stornierte sämtliche von der Agentur vermittelten Verträge und forderte die vorschussweise gezahlten Provisionen zurück. Am 26. 1. 1995 gaben AB und ihr geschiedener Ehemann RB der Kl. gegenüber jeweils ein "abstraktes Schuldanerkenntnis” über 642 240,89 DM ab. Außerdem verlangte die Kl. Mitverpflichtungserklärungen der Mitarbeiter der Agentur. Am 1. 2. 1995 gab der Bekl. - ebenso wie zahlreiche andere Mitarbeiter der Agentur - eine Erklärung ab, mit der er sich für alle gegenwärtigen und zukünftigen Verpflichtungen der AB aus ihrer "Tätigkeit oder aus sonstigem Rechtsgrund" gegenüber allen namentlich aufgeführten Gesellschaften, die damals zur "Versicherungsgruppe" der Kl. gehörten, bis zu einem Höchstbetrag, der im Falle des Bekl. 98 323 DM betrug, selbstschuldnerisch und mit der Maßgabe verbürgte, dass er “auf erste schriftliche Anforderung" zu zahlen habe. Mit Schreiben vom 15. 3. 1995 focht der Bekl. die Bürgschaftserklärung mit der Begründung an, sie sei durch Täuschung und Drohung zu Stande gekommen. Die Kl. verlangt mit der Behauptung die von der Agentur B vermittelten Verträge seien nur zum Schein abgeschlossen worden und der Bekl. sei an der "Provisionsbeschaffung" beteiligt gewesen, von ihm die Zahlung der Bürgschaftssumme.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

A. Erfolglose Einwände des Revisionsführers

I. Unwirksamkeit der Bürgschaft wegen Verstoßes gegen §§ 3, 9 AGBG

Das BerGer. hat angenommen, die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. sei wirksam zu Stande gekommen.

Die Revision meint, der Bürgschaftsvertrag sei wegen Verstoßes gegen die §§ 3 und 9 AGBG insgesamt unwirksam. Das BerGer. hat sich mit diesen Fragen nicht befasst. Die Revisionsangriffe sind auf der Grundlage des vorgetragenen und festgestellten Sachverhalts nicht begründet.

Eine formularmäßige Erstreckung der Haftung des Bürgen auf alle bestehenden und künftigen Forderungen des Gläubigers - und, wie hier, noch dazu weiterer mit diesem verbundener Gesellschaften - ist zwar nach § 3 AGBG unwirksam, wenn die Bürgschaft lediglich im Hinblick auf eine bestimmte Verbindlichkeit übernommen worden ist; der Bürge braucht mit einer solchen Ausweitung seiner Verpflichtung nicht zu rechnen, wenn sie sich nicht aus dem Gang der zur Abgabe der Bürgschaftserklärung führenden Verhandlungen ergibt (BGHZ 130,19 [24f.] = NJW 1995, 2553 = LM H. 11/1995 § 765 BGB Nrn. 99-101). Ebenso verstößt eine weite, über den Anlass der Verbürgung hinausgehende Zweckerklärung grundsätzlich gegen § 9 AGBG; das gilt, selbst bei einer Höchstbetragsbürgschaft, nicht nur für die Haftungserstreckung auf künftige, sondern auch auf bereits bestehende Verbindlichkeiten (BGHZ 143, 95 [98 ff.] = NJW 2000, 658 = LM H. 4/2000 § 9 AGBG Nr. 32). Die Unwirksamkeit der formularmäßigen globalen Zweckerklärung ändert indessen nichts daran, dass der Bürge für die Verbindlichkeit einzustehen hat, die Anlass der Bürgschafts-

übernahme war (BGHZ 143, 95 [102] = NJW 2000, 658 = LM H. 4/2000 § 9 AGBG Nr. 32).
Die Revision, die das nicht verkennt, meint, an einem Anlass für die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. fehle es insgesamt, weil er nach seiner Behauptung - mangels einer Tätigkeit als Versicherungsvertreter - keine noch nicht durch Prämienzahlungen "verdienten" Provisionen erhalten habe. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Anlass für die Verbürgung waren die vermeintlichen, von der Kl. auf mehr als 640 000 DM bezifferten Provisionsrückzahlungsansprüche; das war dem Bekl. bekannt. Die interne Aufteilung dieser Summe auf die einzelnen Mitarbeiter der Agentur - der Zeuge B will, wie er ausgesagt hat, "die Zahlen willkürlich gegriffen" haben - hat mit der Frage, was Anlass der Bürgschaft war, nichts zu tun. Die Bürgschaftsverpflichtung des Bekl. erfasste deshalb im Rahmen des festgesetzten Höchstbetrags eine etwaige Rückzahlungsverbindlichkeit der AB gegenüber der Kl. unabhängig davon, was der Bekl. selbst davon erhalten hatte.

II. Unwirksamkeit der Bürgschaft wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB
Die Revision wendet sich dagegen, dass das BerGer. die Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit des Bürgschaftsvertrags i. S. des § 138 BGB verneint hat. Sie verweist auf die Rechtsprechung des BGH, wonach ein Bürgschaftsvertrag nach § 138 I BGB nichtig ist, wenn der Bürge sich in einem Umfang verpflichtet, der seine gegenwärtigen und künftig zu erwartenden Vermögensverhältnisse übersteigt, und durch weitere, dem Gläubiger zurechenbare Umstände - insbesondere durch Beeinträchtigung seiner Entscheidungsfreiheit - zusätzlich so erheblich belastet wird, dass ein unerträgliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern hervorgerufen wird (BGH, NJW 2000, 1179 = LM H. 7/2000 § 765 BGB Nrn. 142-144 = WM 2000, 514 [516] m. w. Nachw.). Der Bekl. hat indessen schon keine Einzelheiten zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen im Zeitpunkt der BürgschaftsÜbernahme vorgetragen. Für die Kl. bestand kein Anlass, sich danach zu erkundigen; denn der Bekl. war aus ihrer Sicht einer von vielen Mitarbeitern, der von den Provisionsvorschüssen in dem intern festgelegten Umfang profitiert und deshalb am Fortbestand der Agentur ein eigenes wirtschaftliches Interesse hatte.

B. Begründeter Einwand der Revision hinsichtlich einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 123 I, 142 I BGB
Die Revision ist begründet, soweit sie die Ausführungen angreift, mit denen das BerGer. die Behauptung des Bekl., die ihm abverlangte Bürgschaftserklärung habe auf einer Täuschung beruht, als nicht bewiesen angesehen hat.
Das BerGer. hat sich nach dem Ergebnis der vom LG durchgeführten und von ihm selbst wiederholten Beweisaufnahme nicht davon zu überzeugen vermocht, dass der Bekl. durch die Mitarbeiter der Kl. arglistig getäuscht worden sei. Diese tatrichterliche Würdigung beruht sowohl in verfahrens- als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht auf Rechtsfehlern.

I. Feststellung der tatsächlichen Grundlage
Das BerGer. hat darauf abgestellt, dass der Bekl. gewusst habe, welche "Folgen" die Bürgschaft für ihn habe und welchem Zweck (nämlich "den Fortbestand und die Weiterentwicklung der Agentur zu garantieren") sie diene. Darum ging es aber bei der Frage, ob der Bekl. arglistig getäuscht worden ist, jedenfalls nicht in erster Linie. Der Bekl. hat behauptet - von dieser Darstellung ist mangels gegenteiliger Feststellungen revisionsrechtlich auszugehen -, er hätte die Bürgschaftserklärung nicht abgegeben, wenn er gewusst hätte, dass, wie es später geschehen sei, die Kl. der Agentur B keine weiteren Vermittlungsaufträge mehr erteilen und die Auszahlung der noch ausstehenden Provisionen für schon abgeschlossene Versicherungsverträge von einer Untersuchung der Geschäftspraxis der Agentur abhängig machen werde. Schon die Inhaberin habe das Schuldanerkenntnis vom 26. 1. 1995 nur im Hinblick darauf unterschrieben, dass die Kl. ihr unter dieser Voraussetzung die Auszahlung der weiteren Provisionen in Aussicht gestellt habe.
Nach den protokollierten Aussagen der Zeugen R und RB hatte Letzterer den Mitarbeitern gesagt, das Geld - in Form eines Schecks über rund 180 000 DM - werde ausgezahlt, sobald die Bürgschaftserklärungen unterschrieben seien. Die sich darauf gründende Erwartung war - wiederum nach den Zeugenaussagen - den beiden Angestellten der Kl., W und K, die die Abgabe der Bürgschaftserklärungen herbeiführten, bekannt. W hat als Zeuge erklärt, RB habe bei der am 1. 2. 1995 mit den Mitarbeitern der Agentur veranstalteten Zusammenkunft, bei der er und sein Kollege K anwesend waren, gesagt, die Absicherung der Provisionen sei wichtig, um den Fortbestand der Firma zu garantieren; möglicherweise, so hat sich der Zeuge ausgedruckt, habe der Eindruck bestanden, dass die künftigen Provisionen fließen würden. Nach der Aussage des K "motivierte" RB die Mitarbeiter, "die Bürgschaften zu unterschreiben, damit endlich Geld fließe". Er selbst habe das nicht gesagt. Er hat aber hinzugefügt: "Wir haben die Aussage des Herrn B ... nicht korrigiert". Ein weiterer Mitarbeiter der Agentur, der bereits erwähnte Zeuge R, hat bekundet, bei einer kurz zuvor abgehaltenen ersten Versammlung habe einer der beiden Vertreter der Kl. mehrmals einen Scheck aus der Jackentasche gezogen und "ansatzweise gezeigt". W und K haben bei ihren erstinstanzlichen Aussagen die Taktik geschildert, mit der sie - in Absprache mit AB und RB - in der entscheidenden Versammlung am 1. 2. 1995 vorgegangen seien: Die Verhandlung sei in zwei

getrennte Tagesordnungspunkte aufgegliedert worden; zunächst sei nur über die Gewährung von Sicherheiten durch die anwesenden Mitarbeiter gesprochen worden; erst, nachdem die Bürgschaftserklärungen unterschrieben gewesen seien, sei die Frage, wie die Geschäfte betrieben werden, erörtert worden; "wir wollten eine Sache nach der anderen abhandeln". Im Protokoll über die erstinstanzliche Aussage des K heißt es wörtlich: "Die Bürgschaft wurde zuerst abgefordert, da ich unterstelle, dass wir nach der Erörterung der Probleme über die Ordnungsgemäßheit der Versicherungsverträge die Bürgschaften nicht bekommen hätten". Tatsächlich kam es bei der Erörterung des zweiten Tagesordnungspunkts zu einem von allen Zeugen geschilderten Tumult, bei dem den Versicherungsvertretern die Aktentasche mit den soeben unterschriebenen Bürgschaften für kurze Zeit entrissen wurde und sie sich nur durch gewaltsame Flucht retten konnten, wobei nach der Schilderung, die der in einem anderen Prozess verklagte Mitarbeiter G dort bei seiner persönlichen Anhörung gegeben hat, "der eine ... dann noch eine Tür eingetreten" hat.

II. Feststellung einer arglistigen Täuschung

Das BerGer. hat sich mit diesen für die Frage einer arglistigen Täuschung ausschlaggebenden Einzelheiten der Zeugenaussagen nicht befasst. Diese vermitteln insgesamt den Eindruck, dass die Angestellten der Kl. dem Bekl. und den anderen Mitarbeitern der Agentur zwar nicht selbst gesagt haben, nach Abgabe der Bürgschaftserklärungen gebe es Geld, dass sie aber deren für sie erkennbare Erwartung nicht richtig gestellt, sondern stillschweigend ausgenutzt haben. Für die beiden Vertreter der Kl. scheint danach klar gewesen zu sein, dass die Mitarbeiter der Agentur die Bürgschaften zur Absicherung der Ansprüche der Kl. nicht übernommen hätten, wenn sie ernstlich damit hätten rechnen müssen, dass die Agentur ihre Tätigkeit für die Kl. so oder so einstellen musste.

Das BerGer. hat gemeint, die den Vertretern der Kl. bekannte, auf Äußerungen des RB beruhende Erwartung, "dass die künftigen Provisionen fließen würden", begründe für sich allein keine Täuschung, weil "derartiges von den Mitarbeitern der Kl. ... zu keiner Zeit geäußert worden" sei. Darin liegt ein materiell-rechtlicher Fehler. Dabei spielt es entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine Rolle, unter welchen Voraussetzungen die Täuschung durch einen Dritten dem Erklärungsempfänger zuzurechnen ist und ob diese Voraussetzungen hier erfüllt sind; denn die Vertreter der Kl. haben nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Sachverhalt den Bekl. (und die übrigen Bürgen) durch eigenes Verhalten getäuscht. In ihrem Schweigen zu der ihnen bekannten Erwartung lag unter den hier gegebenen Umständen eine Täuschung durch konkludentes Verhalten. Sie hatten, wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist, jene Erwartung auf dem Umweg über die (geschiedenen) Eheleute AB und RB selbst geweckt. Das ist der Aussage der Zeugin AB zu entnehmen, die danach ausgesagt hat: "Wir haben uns verarscht gefühlt". Vor diesem Hintergrund war die Taktik, die Erörterungen am 1. 2. 1995 in zwei Teile aufzuspalten und erst nach Abgabe der Bürgschaftserklärungen zu offenbaren, dass man vor weiteren Provisionszahlungen zunächst die Geschäftspraktiken der Agentur weiter untersuchen wolle, ein Vorgehen, durch das den Adressaten stillschweigend ein unzutreffender Sachverhalt vorgespiegelt wurde. In Wirklichkeit gingen die Vertreter der Kl. offenbar bereits damals davon aus, dass es sich um ein unzulässiges "Schneeballsystem" handle.

Jedenfalls hätten die Vertreter der Kl. auf der Grundlage des Geschehens, das der Revisionsentscheidung zu Grunde zu legen ist, nicht einfach schweigen dürfen. Eine Rechtspflicht, den Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die für dessen Entscheidung von Bedeutung sein können, besteht zwar nicht allgemein (BGH, NJW 1983, 2433 = LM § 123 BGB Nr. 64 = ZIP 1983, 1073 [1075]; NJW 1997, 3230 = LM H. 8/1997 § 276 [Fb] BGB Nr. 78 = WM 1997, 1045 [1047]), wohl aber dann, wenn er eine solche Mitteilung auf Grund der konkreten Gegebenheiten nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (BGH, NJW 1979, 2243 = LM § 123 BGB Nr. 54; NJW-RR 1991, 439 = LM § 627 BGB Nr. 11 = WM 1991, 604 [606]). Das war hier entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung der Fall. R gab die auf den eigenen Äußerungen der Vertreter der Kl. beruhende Erwartung, es werde "Geld fließen", nicht nur mit ihrem Wissen, sondern sogar in ihrer Gegenwart an die Mitarbeiter der Agentur weiter. Die Vertreter der Kl. durften unter diesen Umständen nicht schweigen, sondern waren verpflichtet, die Mitarbeiter, für die bei Übernahme der Bürgschaften jene Erwartung offensichtlich von entscheidender Bedeutung war, darüber aufzuklären, dass sie bei der Abgabe der Bürgschaftserklärungen von einer falschen Voraussetzung ausgingen.

C. Rechtsfolgen der Anfechtung

Da somit für die Revisionsinstanz davon auszugehen ist, dass die Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung gegeben sind, und die Anfechtungsfrist des § 124 BGB durch das Anfechtungsschreiben des Bekl. vom 15. 3. 1995 gewahrt ist, kommt es nicht darauf an, dass, worauf die Revision hinweist, nach der Rechtsprechung des BGH eine Pflicht zur Rückgängigmachung des Bürgschaftsvertrags auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (vgl. BGH, NJW 1998, 302 = LM H. 4/1998 § 249 [A] BGB Nr. 113 = WM 1997, 2309 [2311] m. w. Nachw.) in Betracht zu ziehen ist. Ebenso wenig ist es jedenfalls in der Revisionsinstanz entscheidungserheblich, dass - auch darauf weist die Revision zutreffend hin - auf dieser Rechtsgrundlage die

Inhaberin der Agentur, wenn das von ihr abgegebene Schuldanerkenntnis auf Täuschung beruhen sollte, ihrerseits ein nicht durch Fristablauf verlorengegangenes Recht hätte, sich von dem Anerkenntnis zu lösen. Darauf könnte sich der Kl. als Bürge nach den §§ 767 I, 768 I BGB berufen. Gegebenenfalls wird zu prüfen sein, ob die formularmäßige Klausel, mit der die Bürgschaft als solche auf erstes Anfordern ausgestattet ist, wirksam ist (vgl. BGH, NJW 1997, 1435 = LM H. 6/1997 § 765 BGB Nr. 115 = WM 1997, 656 [658]; NJW 1998, 2280 = LM H. 10/1998 § 765 BGB Nr. 127 = ZIP 1998, 905 [906]).

Standort: Bankrecht Problem: Kundenregress bei unwirksamer Überweisung

BGH, URTEIL VOM 10.07.2001
VI ZR 206/00 (NJW 2001, 3183)

Problemdarstellung:

Der Bekl. war einer der beiden Geschäftsführer einer GmbH, die wiederum Komplementärin einer KG war. Dabei stand die Vertretungsmacht den beiden Geschäftsführern nur zusammen oder zusammen mit einem Prokuristen zu. Der Bekl. hat allein im Namen der GmbH und damit mittelbar im Namen der KG eine Banküberweisung zu Lasten des Kontos der KG vorgenommen und auf sein Privatkonto überweisen lassen. Daraufhin wurde er von der KG in Höhe des Überweisungsbetrages auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

Das BerGer. bejahte einen Schadensersatzanspruch der KG gem. § 823 II BGB i.V.m. § 266 StGB. Den Bekl. treffe, auch wenn er einen Anspruch auf den Überweisungsbetrag habe, eine Vermögensbetreuungspflicht. Der KG sei zudem ein Schaden entstanden, da im Verhältnis zur Bank gem. § 37 GmbHG die Überweisung wirksam sei.

Der BGH hingegen ist der Ansicht, dass es für einen solchen Anspruch an einem Schaden durch die Kontobelastung der KG mangelt. Zur Schadensbestimmung gem. §§ 249 ff. BGB greift der BGH nach der durch st. Rspr. vorherrschenden Differenzmethode (Vergleich der Vermögenslage vor und nach dem schädigenden Ereignis). Dann müsste die Kontobelastung zu einer Verminderung ihres Guthabens führen, was wiederum die Wirksamkeit der Überweisung voraussetzt. Fehlt es aber an einer wirksamen Anweisung des Kontoinhabers, ist die Bank nicht berechtigt zur Kontobelastung. Der Überweisungsauftrag war schwebend unwirksam, da der Bekl. keine Alleinvertretungsmacht zu Lasten der KG hatte (§ 177 BGB). Die Voraussetzung einer Gesamtvertretung für eine wirksame Überweisung muss sich die Bank gem. § 15 II HGB entgegen halten lassen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 37 GmbHG, da die Möglichkeit einer Gesamtvertretung ausdrücklich vom Gesetz vorgesehen wird, §§ 35 II GmbHG, 125 III HGB, 78 III AktG.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung verknüpft in prüfungsrelevanter Weise klassische Themengebiete: Schadensersatzrecht, Stellvertretung und Gesellschaftsrecht.

Gesellschaften werden im Rechtsverkehr nach außen durch ihre Organe vertreten, wobei der Umfang ihrer organschaftlichen Vertretungsmacht regelmäßig durch Gesetz zum Schutze des Rechtsverkehrs bestimmt wird. Danach sind die Organe grundsätzlich zur Vornahme aller gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen befugt; Beschränkungen dieser Vertretungsmacht wirken gegenüber Dritten regelmäßig nicht (vgl. §§ 35 ff. GmbHG, 125 ff. HGB, 76 ff. AktG). Mit diesem Beschränkungsausschluss sind aber nur sachliche Beschränkungen gemeint. Unberührt bleiben Beschränkungen in persönlicher Hinsicht derart, dass die organschaftliche Vertretungsmacht ggf. nur gemeinsam mit anderen Organen oder Personen ausgeübt werden kann. Solche personellen Einschränkungen werden vom Gesetz gestattet, §§ 35 II GmbHG, 125 III HGB, 78 III AktG.

Aufgrund des Publizitätserfordernisses im Gesellschaftsrecht müssen diese Vertretungsverhältnisse im Handelsregister offen gelegt werden, so dass man sich gem. § 15 II HGB auch gegenüber jedermann darauf berufen kann.

Vertiefungshinweise:

“ Besprechung von *Koller*, LM H. 11/2001 § 249 (A) BGB Nr. 122; ferner *BGH*, NJW 2001, 3190

“ Zur mehrfach zitierten Entscheidung: *BGH*, NJW

1994, 2356 mit Anm. *Wolf*, LM H. 11/1994 § 812 BGB Nr. 238.

Kursprogramm:
“ Examenskurs: “Der Heimatfilm”

Leitsatz:
Führt eine Bank einen unwirksamen Überweisungsauftrag aus, steht dem Kontoinhaber gegen den Anweisenden ein auf Zahlung an sich gerichteter Schadensersatzanspruch wegen der unberechtigten Kontobelastung als solcher nicht zu.

Sachverhalt:
Der Bekl. war einer der beiden Geschäftsführer der H-GmbH (im Folgenden: GmbH). Diese ist Komplementärin der H-KG (im Folgenden: KG), über deren Vermögen im Laufe dieses Rechtsstreits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Der Kl. ist Insolvenzverwalter. Ausweislich des Handelsregisters wurde die GmbH von zwei Geschäftsführern gemeinsam oder von einem Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten. Am 25./26. 3. 1997 überwies der Bekl. 115 191,10 DM von dem Geschäftskonto der KG bei der V-Bank auf sein Privatkonto bei der K-Bank. Als Verwendungszweck hatte er angegeben: "Darlehn + Zinsen 95 = DM 5191,10 96 = 8000,- 97 = 2600,-”. Der Überweisungsauftrag trägt den Stempel der KG und ist allein vom Bekl. unterschrieben. Die KG hat den Bekl. auf Rückzahlung in Anspruch genommen. Dieser hat geltend gemacht, die Überweisung sei zur Rückführung von zwei Darlehen über insgesamt 100 000 DM erfolgt, die er der KG mit Vertrag vom 15. 3. 1995 gewährt habe. Die Klage hatte in beiden Tatsacheninstanzen Erfolg. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.
Das BerGer. bejaht einen Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 823 II BGB, § 266 StGB. Es meint, der Bekl. habe mit der Überweisung auf sein Privatkonto eine Untreue begangen; er habe die Vermögensinteressen der KG verletzt und der Gesellschaft dadurch einen Nachteil zugefügt. Die Überweisung sei unrechtmäßig erfolgt. Der Bekl. sei im Innenverhältnis nicht alleinvertretungsberechtigt gewesen. Die Überweisung sei auch weder mit Einwilligung des Mitgeschäftsführers oder einer der beiden Prokuristinnen erfolgt noch genehmigt worden.
Das BerGer. unterstellt zu Gunsten des Bekl., dass er der KG zwei Darlehen gewährt habe, die "auf Anforderung” zurückzuführen gewesen seien. Es sieht in dieser Abrede eine Fälligkeitsvereinbarung i. S. von § 609 BGB. Die danach geltende Kündigungsfrist von drei Monaten sei nicht gewahrt gewesen. Wenn der Bekl. sich wegen einer bestrittenen Forderung aus dem Vermögen der Gesellschaft selbstständig befriedigt habe, so laufe das im Ergebnis auf ein Selbsthilferecht hinaus. Es könne aber keinem Zweifel unterliegen, dass demjenigen, dem - wie dem Bekl. - eine Vermögensbetreuungspflicht obliege und der sich eines Anspruchs gegenüber dem Geschäftsherr/Treugeber berühme, kein Recht erwachsen sich eigenmächtig und ohne Vorlage überprüfbarer Nachweise aus dem Vermögen des Treugebers zu bedienen und diesem dadurch Nachteile zuzufügen. Der KG sei ein Schaden entstanden, weil die von dem Bekl. vorgenommene Überweisung im Verhältnis zur Bank wirksam sei, wie sich aus § 37 GmbHG ergebe. Den Gegenanspruch auf Rückzahlung des Darlehens könne der Bekl. dem Kl. nach Treu und Glauben sowie im Hinblick auf das Aufrechnungsverbot gem. § 393 BGB nicht entgegenhalten.
B. Entscheidung des BGH
Diese Erwägungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Gegen die Bejahung des geltend gemachten Vermögensschadens durch das BerGer. bestehen durchgreifende Bedenken.

I. Kein Schaden der KG durch Kontobelastung
Entgegen der Auffassung des BerGer. ist der KG dadurch, dass die Bank ihr Konto belastet und um den Überweisungsbetrag gemindert weitergeführt hat, kein Schaden entstanden, dessen Ersatz der Kl. von dem Bekl. - wie hier mit der Klage geltend gemacht - durch Zahlung an sich selbst verlangen könnte.

1. Kein Schaden gem. §§ 249 ff. BGB bei Regress gegen die Bank für die Überweisung
Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach einem Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGHZ 86, 128 [130] = NJW 1983, 444 = LM § 249 [A] BGB Nr. 68 a; BGHZ 99, 182 [196] = NJW 1987, 831 = LM § 157 [Ga] BGB Nr. 33). Das bedeutet, dass der KG ein Schaden nur dann entstanden ist, wenn die Kontobelastung zu einer Verminderung ihres Guthabens (beziehungsweise zu einer Erhöhung eines etwaigen Debetsaldos) geführt hat. Diese Voraussetzung ist nur dann erfüllt, wenn der Überweisungsauftrag wirksam war. Ist das nicht der Fall, stellt sich die Höhe der - gegenseitigem - Forderungen aus dem Girovertrag nach der Abbuchung des Überweisungsbetrags nicht anders dar als zuvor. Fehlt es an einer wirksamen Anweisung des Kontoinhabers an die Bank, ist diese zur Ausführung des Überweisungsauftrags nicht berechtigt mit der Folge, dass ihr ein Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB gegen den Kontoinhaber nicht zusteht. Ist das Konto

der KG also zu Unrecht in Höhe des Überweisungsbetrags belastet worden, hat diese Buchung keine materiell-rechtliche Veränderung des Forderungsbestands im Rahmen des bankvertraglichen Verhältnisses zwischen der KG und der Bank bewirkt (vgl. Senat, NJW 1994, 2356 = LM H. 11/1994 § 812 BGB Nr. 238 = VersR 1994, 1077 [1079]; NJW 2001, 2629 = LM H. 10/2001 § 249 [A] BGB Nr. 121). Wie der Senat dort ausgeführt hat, ist in einem solchen Fall ein etwaiges Guthaben aus dem Giroverhältnis der Sache nach in unveränderter Höhe bestehen geblieben. Auch wenn die Belastungsbuchung formal zu einem negativen Kontostand geführt oder einen etwaigen Debetsaldo vergrößert hat, ist dadurch nicht etwa konstitutiv eine Verpflichtung des Kontoinhabers gegenüber der Bank begründet worden (vgl. BGH, NJW 1968, 591 = LM § 812 BGB Nr. 79 a). Vielmehr hat dieser gegen die Bank einen Anspruch auf Wiedergutschrift erlangt, der seinem Inhalt nach jedoch lediglich auf Berichtigung des fehlerhaft ausgewiesenen Kontostands gerichtet ist.

Dieser Anspruch besteht fort, solange die Buchung noch nicht rückgängig gemacht worden ist. Hat die KG somit den Überweisungsbetrag von insgesamt 115 191,10 DM als Bestandteil ihres Vermögens nicht verloren, hat sie auch keinen auf Zahlung dieses Betrags an sich gerichteten Schadensersatzanspruch gegen den Bekl.

2. Schwebende Unwirksamkeit der Überweisung

Auf der Grundlage der vom BerGer. getroffenen Feststellungen war die der Bank seitens des Bekl. erteilte Anweisung schwebend unwirksam. Sie ist der KG nicht zuzurechnen, weil der Bekl. keine Alleinvertretungsmacht hatte, sondern Gesamtvertretung galt. Nach der im Gesellschaftsvertrag getroffenen und im Handelsregister verlautbarten Regelung, welche die Bank gem. § 15 II 1 HGB gegen sich gelten lassen muss, wurde die Gesellschaft nämlich entweder durch beide Geschäftsführer gemeinsam (echte Gesamtvertretung) oder durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen (unechte Gesamtvertretung) vertreten. Gesamtvertretung verlangt die Mitwirkung der dafür bestimmten Gesamtvertreter in der erforderlichen Zahl (Baumbach/Hueck/ Zöllner, GmbHG, 17. Aufl., § 35 Rdnr. 63). Grundform gemeinschaftlichen Handelns ist die gemeinsame Abgabe der Willenserklärung. Anerkannt ist, dass die Erklärung nicht gleichzeitig erfolgen muss. Die Gesamtvertreter können auch in der Weise gemeinsam handeln, dass sie die gleiche Willenserklärung getrennt abgeben (BGH, NJW 1959, 1183). Daneben besteht die Möglichkeit, dass ein Gesamtvertreter eine Erklärung allein abgibt und der andere Gesamtvertreter diese Erklärung nachträglich analog § 177 I BGB - gegebenenfalls i. V. mit § 180 S. 2 BGB - genehmigt (RGZ 81, 325 [328 f.]; BGH, NJW 1965, 1714 L = LM § 178 BGB Nr. 1 = MDR 965, 818).

Nach den bisher getroffenen Feststellungen hat der Bekl. die Überweisung ohne Mitwirkung eines anderen Gesamtvertreters bewirkt. Weder der Mitgeschäftsführer noch eine der beiden Prokuristinnen haben dem Überweisungsauftrag zugestimmt oder ihn nachträglich genehmigt.

3. Keine anderweitige Beurteilung durch GmbHG

Die schwebende Unwirksamkeit gilt, anders als das BerGer. meint, auch im Verhältnis zur Bank. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 37 GmbHG. Diese Vorschrift behandelt in Abs. 1 - entgegen dem Wortlaut - nicht die Vertretungsbefugnis, die immer nur das Außenverhältnis betrifft, sondern die Beschränkung des Geschäftsführerhandelns im Innenverhältnis, mithin ihre Geschäftsführungsbefugnis. § 37 II GmbHG statuiert - insoweit mit zutreffender Ausdrucksweise - die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht gegenüber Dritten (Hachenburg/Mertens, GmbHG, 8. Aufl., § 37 Rdnr. 1; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 37 Rdnr. 1). Hier geht es weder um eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis noch um eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Bekl. Der Umstand, dass er nicht alleinvertretungsberechtigt war, beruht nämlich nicht auf einer durch Rechtsgeschäft (im Gesellschaftsvertrag oder in Beschlüssen der Gesellschafter) festgesetzten Beschränkung, sondern folgt unmittelbar aus der in § 35 GmbHG getroffenen gesetzlichen Regelung. Danach kann eine GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer haben. Hat sie mehrere, so gilt für die aktive gesetzliche Vertretung der Gesellschaft nach § 35 II 2 GmbHG Gesamtvertretung durch alle Geschäftsführer (Scholz/Schneider, GmbHG, 9. Aufl., § 35 Rdnr. 51). Ist in dem Gesellschaftsvertrag - wie hier - vorgesehen, dass die Gesellschaft daneben auch durch einen Geschäftsführer gemeinsam mit einem Prokuristen vertreten werden kann ("unechte Gesamtvertretung"), wird die ohnehin bestehende ("echte") Gesamtvertretung durch eine zusätzliche Vertretungsmöglichkeit ergänzt.

Deren Zulässigkeit ist zwar nicht ausdrücklich in § 35 GmbHG aufgeführt. Sie wird aber im Anschluss an § 78 III AktG und § 125 III HGB in dem dort bestimmten Umfang allgemein anerkannt (vgl. BGHZ 13, 61 [64] = NJW 1954, 1158 = LM § 43 GmbHG Nr. 1; BGHZ 26, 330 [332] = NJW 1958, 668 = LM § 105 HGB Nr. 13; BGHZ 62, 166 [170] = NJW 1974, 1194 = LM § 46 GmbHG Nr. 14 L; Scholz/Schneider, § 35 Rdnr. 71 m. w. Nachw.). In der Sache handelt es sich um eine Erweiterung der gesetzlichen Ausgestaltung der Gesamtvertretung, nicht aber um eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis i. S. von § 37 II GmbHG.

II. Kein Schadensersatzanspruch des Kl. gegenüber

dem Bekl. aus sonstiger Grundlage
Wegen der unberechtigten Kontobelastung als solcher steht dem Kl. ein auf Zahlung an sich gerichteter Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. auch nicht aus anderen Gesichtspunkten zu.

1. Kein Schaden durch unrichtige Kontobelastung
Ein ersatzfähiger Vermögensschaden kann einem Bankkunden allerdings dadurch erwachsen, dass eine unrichtige Belastungsbuchung nicht rückgängig gemacht wird und das Girokonto dementsprechend einen zum Nachteil seines Inhabers falschen Saldo aufweist (Senat, NJW 1994, 2356; NJW 2001, 2629 = LM H. 10/2001 § 249 (A) BGB Nr. 121). In einem solchen Fall ist der Bankkunde einer Beeinträchtigung von vermögensrechtlicher Relevanz ausgesetzt, weil die unberechtigte "Buchposition" dazu führt, dass die ihm durch den Girovertrag eingeräumte wirtschaftliche Dispositionsfreiheit faktisch eingeengt wird. Eine solche Beeinträchtigung stellt, auch wenn sie sich im Rahmen der im Schadensersatzrecht grundsätzlich vorzunehmenden Differenzrechnung nicht als Minderung von Aktiv- oder Vermehrung von Passivposten ausdrückt, einen Vermögensschaden dar, denn im Hinblick auf einen normativen Schadensbegriff (vgl. BGHZ 50, 304 [306] = NJW 1968, 1823 = LM § 845 BGB Nr. 15) sind die in die Differenzbilanz einzusetzenden Rechnungsposten wertend zu bestimmen (BGHZ 98, 212 [217] = NJW 1987, 50 = LM § 249 [A] BGB Nr. 78). Einen auf Ersatz dieses (auf der "Buchposition" als solcher beruhenden) Schadens gerichteten Anspruch, den der Bekl. durch Herbeiführung einer Kontoberichtigung, etwa mittels Zahlung des entsprechenden Betrags an die Bank, zu erfüllen hätte, hat der Kl. bisher nicht geltend gemacht.

2. Kein Folgeschaden durch die unberechtigte Kontobelastung
Eine unberechtigte Kontobelastung kann im weiteren Verlauf auch zu Folgeschäden führen, etwa dadurch, dass die Bank einen begebenen Scheck tatsächlich nicht einlöst, einen Wechsel zu Protest gehen lässt oder eine Überweisung nicht ausführt, so dass sich der Kontoinhaber seinerseits Regressansprüchen seiner Gläubiger etc. ausgesetzt sieht (Senat, NJW 1994, 2356). Ob hier ein derartiger Schaden entstanden ist, hat das BerGer. nicht festgestellt, jedoch hat der Kl. einen solchen Schaden auch nicht behauptet.

III. Rechtsfolge: Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.
Das BerGer. hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft, ob die KG einen Schaden erlitten hat, weil die von dem Bekl. veranlasste Überweisung aus anderen Gesichtspunkten wirksam sein könnte. Der Bekl. hatte in erster Instanz vorgetragen, die Aufgaben der Geschäftsführer seien in der Weise verteilt gewesen, dass ihm der kaufmännische Teil oblegen habe; er habe sich um die finanziellen Angelegenheiten der Gesellschaften gekümmert; die Bankkonten der Gesellschaften seien über örtliche Geldinstitute abgewickelt worden. Die Zurückverweisung gibt dem BerGer. Gelegenheit, der Frage nachzugehen (§ 139 I ZPO), ob damit die Erteilung einer Bankvollmacht behauptet werden soll, deren Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt der Ermächtigung eines Gesamtvertreters (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 778 = WM 1986, 315) - gegebenenfalls auch unter dem Blickwinkel der Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht (vgl. Scholz/Schneider, § 35 Rdnr. 56; Hachenburg/Mertens, § 35 Rdnr. 98) - zu prüfen wäre.

Standort: Allg. Schuldrecht — Problem: Drittschutz bei Gutachtervertrag

BGH, URTEIL VOM 26.06.2001
X ZR 231/99 (NJW 2001, 3115)

Problemdarstellung:
Im Rahmen der Vorbereitung einer beantragten behördlichen Entscheidung hat das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen bei der Bekl., einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, eine Sonderprüfung bezüglich der Kl., insb. des von der Kl. vertriebenen Vermögensanlagemodells P. Aufgrund des von der Bekl. vorgelegten Prüfungsberichts verweigerte das Bundesaufsichtsamt die beantragte behördliche Entscheidung. Die Kl. will nunmehr wegen angeblicher Falschbeurteilung die Bekl. auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

Vertragliche Ersatzansprüche scheitern daran, dass es an einer vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien mangelt. Nicht die Kl. sondern das Bundesaufsichtsamt hat die Bekl. mit jener Sonderprüfung beauftragt. Das BerGer. stellt dabei fest, dass die Bekl. auf öffentlich-rechtlicher Grundlage tätig geworden ist, weil das Bundesaufsichtsamt sich ihrer zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben bedient hat. Der BGH stellt zudem fest, dass vertragliche Ansprüche allenfalls über einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Frage kämen, der im vorliegenden Fall aber nicht gegeben sei. Beim Vergleich mit den herkömmlichen Fällen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist nämlich festzustellen, dass der Prüfbericht der Bekl. der Kl. nicht als Entscheidungsgrundlage für eigene Vermögensdispositionen dienen sollte, sondern allein Grundlage für ein behördliches Verfahren bilden sollte. Der BGH sah auch keine Notwendigkeit, seine Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zu-

gunsten Dritter auf Fallkonstellationen der vorliegenden Art auszudehnen. Auch deliktische Anspruchsgrundlagen gem. §§ 823 ff. BGB kamen nicht in Betracht.

Prüfungsrelevanz:

Wie bereits zur BGH-Entscheidung vom 14.11.2000 (RA 03/00, S. 144) ausgeführt, sind Gutachterverträge hervorragend geeignet, um den Examenskandidaten auf das gesetzlich nicht geregelte Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter hin zu prüfen. Zwar ist die dogmatische Herleitung dieses Rechtsinstituts umstritten ("Ergänzende Vertragsauslegung" kontra "Vertrauenshaftung gem. § 242 BGB"), aber hinsichtlich der Voraussetzungen besteht weitgehend Einigkeit. Der Dritte muss bestimmungsgemäß, also nicht bloß zufällig mit der Vertragsleistung des Schuldners in Berührung gekommen sein; der Gläubiger muss ein Interesse daran haben, den Dritten in den Vertrag miteinzubeziehen; dem Schuldner muss die Drittbezogenheit seiner Leistung erkennbar sein; letztlich muss der Dritte schutzwürdig sein, d.h. er darf nicht bereits gleichwertige vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber dem Gläubiger haben. (BGHZ 49, 353; Palandt/Heinrichs, BGB, § 328 Rz. 13).

Eben jene Drittbezogenheit muss bei Gutachterverträgen sorgfältig geprüft werden, da sie nicht stets vorliegt wie der vorliegende Fall zeigt.

Vertiefungshinweis:

" Zur Drittbezogenheit bei Gutachterverträgen: *Kannowski/Zumbansen*, NJW 2001, 3102; *Schmidt*, LM H. 6/1993 Art. 34 GG Nr. 179; *Pfeiffer*, LM H. 3/1995 § 328 BGB Nr. 91; *Martiny*, LM H. 8/1998 § 328 BGB Nr. 96; *Brinkmann*, LM 1/1999 § 823 (Ai) BGB Nr. 73.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

Leitsatz:

In die Schutzwirkung eines Vertrags, durch den eine Behörde im Rahmen der ihr im öffentlichen Interesse obliegenden Verwaltungsaufgaben einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt, ist der von der dadurch vorbereiteten Verwaltungsentscheidung möglicherweise betroffene Dritte nicht ohne weiteres einbezogen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von der Bekl. Schadensersatz. Die Kl. ist das zentrale Unternehmen der so genannten "G.G." und Mehrheitsaktionärin der S-AG. Die B, ein teilkonzessioniertes Kreditinstitut, beantragte am 11. 12. 1992 beim Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (im Folgenden: BAKred) eine Vollbankerlaubnis; über diesen Antrag war zur Zeit der letzten Tatsacheninstanz noch nicht abschließend entschieden. Das BAKred ordnete gegenüber der B eine Prüfung nach § 44 Kreditwesengesetz (KWG) und gegenüber der Kl. eine Sonderprüfung gem. § 44 b KWG an. Mit der Sonderprüfung beauftragte das BAKred die frühere Bekl. (im Folgenden weiterhin Bekl.), die C-AG, eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die inzwischen auf die Bekl. verschmolzen wurde. Diese legte einen Prüfbericht vor, der sich unter anderem mit einem von der Kl. angebotenen Vermögensanlagemodell, dem so genannten P-System, befasst. Die Kl. ist der Auffassung, der Bekl. seien bei ihrer Berechnung zu dem P-System drei krasse Fehler unterlaufen, für die die Bekl. ihr einzustehen habe. Infolge des falschen Gutachtens sei ihr, der Kl., ein noch nicht bezifferbarer Schaden entstanden, weil das BAKred auf der Grundlage dieses Gutachtens der B die Vollbankerlaubnis noch nicht erteilt habe. Die Kl. verlangt mit ihrer Klage die Feststellung, dass die Bekl. ihr zum Ersatz aller Schäden verpflichtet sei, die ihr aus der Aufstellung oder Verbreitung der im Einzelnen wiedergegebenen falschen Behauptungen im Prüfbericht entstanden seien oder noch entständen. Die Bekl. ist dem entgegengetreten: Ihre Berechnungen seien nicht falsch. Die angebliche Fehlerhaftigkeit des Gutachtens sei ihr im Übrigen auch nicht zuzurechnen, weil das BAKred eine eigene Entscheidung zu treffen habe, zu deren Vorbereitung die eigenverantwortliche Prüfung des Gutachtens durch das BAKred gehöre. Das BAKred habe nicht ihre Stellungnahme zum Anlass für die Verweigerung der Vollbankerlaubnis genommen. Zumindest sei ihre Beurteilung des P-Systems nicht der einzige Grund gewesen; schon aus formalen Gründen habe die Erlaubnis nicht erteilt werden können.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Im Ergebnis zu Recht hat das BerGer. Schadensersatzansprüche der Kl. gegen die Bekl. auf vertraglicher oder deliktischer Grundlage verneint.

I. Keine Vertragsbeziehung zwischen den Parteien

Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien unmittelbare vertragliche Beziehungen nicht zu Stande gekommen sind. Es sei hierfür unerheblich, ob sich die Kl. der Sonderprüfung nach § 44 b KWG freiwillig unterzogen habe; entscheidend sei, dass das BAKred und nicht die Kl. der Bekl. den Prüfungsauftrag erteilt habe. Die Verpflichtung der Kl., die Kosten für dieses Gutachten zu tragen, ergebe sich aus § 51 III KWG; die Kl. werde nicht dadurch zum Auftraggeber der Bekl., dass sie die Kosten unmittel-

bar an die Bekl. gezahlt habe. Diese Handhabung diene der Vereinfachung der Kostenerstattung nach § 51 III KWG, die Kostenpflicht bestehe weiterhin gegenüber dem BAKred und nicht gegenüber demjenigen, der den Prüfungsauftrag des BAKred ausführe.
Rechtsfehler sind insoweit nicht erkennbar. Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung aufgeworfenen Bedenken gegen dieses Ergebnis, die sie darauf gestützt hat, dass die Kl. sich freiwillig der Prüfung unterzogen habe, sind nicht begründet. Für die Frage, wer Vertragspartner der Bekl. geworden ist, kommt es ausschließlich darauf an, wer ihr den Prüfungsauftrag erteilt hat. Dies war aber das BAK- red. Ein - weiterer - Vertragschluss zwischen der Kl. und der Bekl. würde deren übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzen. Es genügt dazu nicht, dass die Kl. mit der Prüfung einverstanden war.

II. Gleichstellung mit gerichtlichen Sachverständigen
Das BerGer. hat weiter angenommen, vertragliche Ansprüche der Kl. scheiterten auch daran, dass die Bekl. nicht auf privatrechtlicher Grundlage tätig geworden sei, sondern auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, weil sich das BAKred als Behörde im formalen Verwaltungsverfahren zur Erfüllung hoheitlicher, im öffentlichen Interesse liegender Aufgaben eines Sachverständigen bedient habe. Für die Haftung des Sachverständigen in einem behördlichen Verfahren gelte nichts anderes als für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen: Er hafte nur aus Deliktsrecht für Fehler seines Gutachtens.
Die Revision rügt, dass das BerGer. die Regeln über die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen auf den Streitfall übertragen hat.

B. Kein Fall des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
Auf die Beurteilung dieser Frage kommt es für die Entscheidung des Rechtsstreits letztlich nicht an, denn auch wenn davon auszugehen wäre, dass die Bekl. auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags mit dem BAKred tätig geworden ist, könnte die Kl. aus diesem Vertrag nur dann Rechte herleiten, wenn sie als Dritte in die Schutzwirkung dieses Vertrags einbezogen wäre.
Das BerGer. hat jedoch zu Recht vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien unter dem Gesichtspunkt des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte verneint. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision bleiben ohne Erfolg.

I. Grundsätzliches zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
Ausgangspunkt der Rechtsprechung des BGH zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte waren Fallgestaltungen, in denen einem Vertragspartner gegenüber Dritten eine gesteigerte Fürsorgepflicht obliegt, ihm gleichsam deren "Wohl und Wehe" anvertraut ist. Schon das RG hatte in solchen Fällen beispielsweise Familienangehörigen und Hausangestellten des Mieters, die durch ein Verschulden eines vom Vermieter mit einer Reparatur am Haus beauftragten Handwerkers Schaden erlitten hatten, im Rahmen dieses Werkvertrags einen vertraglichen Schadensersatzanspruch zuerkannt (vgl. RGZ 91, 21 [24]; RGZ 102 [231 f.]; RGZ 127, 218 [222]; RGZ 160, 153 [155]). Der Kreis der in den Schutzbereich des Vertrags einbezogenen Dritten wird nach dieser Rechtsprechung danach bestimmt, ob sich vertragliche Schutzpflichten des Schuldners nach Inhalt und Zweck des Vertrags nicht nur auf den Vertragspartner beschränken, sondern, für den Schuldner erkennbar, ebenso solche Dritte einschließen, denen der Gläubiger seinerseits Schutz und Fürsorge schuldet. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn zwischen Gläubiger und Drittem eine Rechtsbeziehung mit personenrechtlichem Einschlag - ein familienrechtliches, arbeitsrechtliches oder mietvertragliches Verhältnis - besteht (BGHZ 5, 378 [384] = NJW 1952, 1050 = LM § 823 BGB Nr. 1; BGHZ 51, 91 [96] = NJW 1969, 269 = LM § 823 BGB Nr. 22; BGHZ 56, 269 [273] = NJW 1971, 1931). Dieses Innenverhältnis zwischen Gläubiger und Drittem führt zur Einbeziehung in die Schutzwirkung des Vertrags, nicht das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (BGHZ 51, 91 [96] = NJW 1969, 269 = LM § 823 [j] BGB Nr. 22). Voraussetzung ist allerdings ferner, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der vom Schuldner zu erbringenden Leistung in Berührung kommt und ihn Verletzungen von Schutzpflichten durch den Schuldner ebenso treffen können wie den Gläubiger selbst (BGHZ 49, 350 [354] = NJW 1968, 885 = LM § 538 BGB Nr. 11; BGHZ 61, 227 [234] = NJW 1973, 2059 = LM § 558 BGB Nr. 17/18/19; BGHZ 70, 327 [329] NJW 1978, 883 = LM § 538 BGB Nr. 27).
In Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung sind in die Schutzwirkungen eines Vertrags im Wege ergänzender Vertragsauslegung auch Dritte einbezogen worden, wenn der Gläubiger an deren Schutz ein besonderes Interesse hat und wenn Inhalt und Zweck des Vertrags erkennen lassen, dass diesem Interesse Rechnung getragen werden sollte, und die Parteien den Willen hatten, zu Gunsten dieser Dritten eine Schutzpflicht des Schuldners zu begründen (BGHZ 138, 257 [261] = NJW 1998, 1948 = LM H. 8/1998 § 316 HGB Nr. 1; BGH, NJW 1987,1758 [1759] = LM § 675 BGB Nr. 120).
Eine stillschweigende Einbeziehung eines Dritten in den Schutzbereich eines Vertrags hat die Rechtsprechung insbesondere bei Verträgen angenommen, mit denen der Auftraggeber von einer Person, die über besondere, vom Staat anerkannte Sachkunde verfügt, wie zum Beispiel ein öffentlich-bestellter Sachverständiger, ein Wirtschaftsprüfer oder ein Steuerberater, ein

Gutachten bestellt, um davon gegenüber einem Dritten Gebrauch zu machen (BGH, NJW 1984, 355; NJW-RR 1989, 696; BGHZ 127, 378 [380] = NJW 1995, 392 = LM H. 3 /1995 § 328 BGB Nr. 91; Senat, NJW 1998, 1059 = LM H. 8/1998 § 328 BGB Nr. 96; BGHZ 138, 257 [261] = NJW 1998,1948 = LM H. 8/1998 § 316 HGB Nr. 1). In die Schutzwirkung eines Vertrags über die Erstattung eines Gutachtens durch einen öffentlich-bestellten Sachverständigen zum Wert eines Grundstücks sind danach alle diejenigen einbezogen, denen das Gutachten nach seinem erkennbaren Zweck für Entscheidungen über Vermögensdispositionen vorgelegt werden soll. Das besondere Vertrauen, das dem Gutachten eines öffentlich-bestellten Sachverständigen im Geschäftsverkehr beigemessen wird, beruht auf der begründeten Erwartung, dass dieser das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen erstellt und dafür Dritten gegenüber einsteht. Entsprechend dem Zweck des Gutachtens, dem Dritten gegenüber Vertrauen zu erwecken und Beweiskraft zu besitzen, steht eine Gegenläufigkeit der Interessen des Auftraggebers und des Dritten dessen Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags nicht entgegen (Senat, NJW 1998, 1059 [1060] = LM H. 8/1998 § 328 BGB Nr. 96).

II. Keine Erfüllung dieser Voraussetzungen im vorliegenden Fall

Der vorliegende Fall unterscheidet sich jedoch von der vorgenannten Fallgestaltung in einem wesentlichen Punkt, nämlich darin, dass der Prüfbericht der Bekl. der Kl. nicht als Entscheidungsgrundlage für Vermögensdispositionen dienen sollte, sondern allein - wie das BerGer. zutreffend herausgestellt hat - Grundlage für das weitere behördliche Vorgehen des BAKred sein sollte.

Die Anordnung der Sonderprüfung nach § 44 b KWG geschieht im Rahmen der im öffentlichen Interesse bestehenden Aufsicht des BAKred über die dem Kreditwesengesetz unterstellten Kreditinstitute. Das BAKred nimmt die Aufsicht über die Kreditinstitute gem. § 6 KWG allein im öffentlichen Interesse wahr und hat im Rahmen der Aufsicht Missständen im Kreditwesen entgegenzuwirken, die die Sicherheit der den Kreditinstituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können. Zur Durchführung dieser Aufgaben hat das BAKred gem. § 8 I i. V. mit §§ 44, 44 b KWG die Bekl. mit der Durchführung der Sonderprüfung beauftragt. Bedient sich das BAKred bei der Durchführung seiner Aufgaben nach § 8 I KWG anderer Personen oder Einrichtungen, so sind diese Hilfsorgane des BAKred (vgl. Beckl/Samm, KWG, § 8 Rdnrn. 7, 11). Durch die §§ 44, 44 b KWG werden den mit der Prüfung beauftragten Wirtschaftsprüfern Auskunfts- und Prüfungsbefugnisse eingeräumt, wobei der Prüfungsumfang und der Prüfungsgegenstand durch das BAKred im Einzelnen festzulegen sind (Beck/Samm, § 44 Rdnr. 79). Die Bekl. ist daher unmittelbar in Erfüllung von Aufgaben tätig geworden, die dem BAKred obliegende Verwaltungsaufgaben sind. Sie sollte den entscheidungserheblichen Sachverhalt im Rahmen einer Sonderprüfung ermitteln. Das BAKred hätte bei entsprechend vorhandener Personalkapazität diese Aufgabe auch selbst durch eigene Mitarbeiter erledigen können. Durch diese Form der Sachverhaltsaufklärung ist von dem von der Bekl. erstellten Gutachten nicht im Sinne der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH gegenüber einem Dritten Gebrauch gemacht worden.

Der vorliegende Sachverhalt unterfällt danach keiner der Fallgruppen, in denen nach der Rechtsprechung des BGH bisher ein Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte angenommen worden ist. Es ergibt sich insbesondere nicht aus Zweck und Inhalt des Vertrags zwischen dem BAKred und der Bekl., dass die Parteien dieses Vertrags den Willen hatten, die Kl. in die vertraglichen Schutzpflichten einzubeziehen. Es liegt bei einem zur Vorbereitung einer behördlichen Entscheidung eingeholten Gutachten, das den entscheidungserheblichen Sachverhalt aufklären soll, auch die Annahme fern, dass in den Vertrag zwischen der Behörde und dem Gutachter über die vorzunehmende Prüfung nach dem Parteienwillen derjenige als Dritter einbezogen werden sollte, der durch die Aufsichtsmaßnahmen der Behörde betroffen ist. Es ist deshalb revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer. eine ergänzende Vertragsauslegung in diesem Sinne gem. § 157 BGB nicht vorgenommen hat. Hierzu hatte das BerGer. auch nicht unter Berücksichtigung des Vorbringens der Kl. Anlass, sie habe sich freiwillig der angeordneten Sonderprüfung unterzogen, denn die Freiwilligkeit ändert nichts am Charakter der Prüfung und führt nicht dazu, dass derjenige, der sich mit der Prüfung einverstanden erklärt, nur wegen dieses Einverständnisses nach dem Willen der Vertragsparteien in die Schutzwirkung ihres Vertrags einbezogen wäre. Hierfür ist auch die Bezahlung der Kosten, die durch die Begutachtung entstanden sind, kein Anhaltspunkt, denn der unmittelbare Ausgleich der Kosten durch die Kl. diente der Vereinfachung der Kostenerstattung und änderte nichts daran, dass die Kostenpflicht der Kl. gegenüber dem BAKred und nicht gegenüber der Bekl. bestand.

III. Keine Notwendigkeit zur Erweiterung der vertraglichen Schutzwirkungen zugunsten Dritter

Der Senat hat keinen Anlass gesehen, über die bisherige Rechtsprechung hinausgehend den Kreis der in vertragliche Schutzpflichten einbezogenen Dritten zu erweitern. Hierzu bestünde dann ein Bedürfnis, wenn der Dritte sonst nicht hinreichend geschützt wäre (BGHZ 70, 327 [329] = NJW 1978, 883 = LM § 538 BGB Nr.

27; BGHZ 129, 136 [169] = NJW 1995, 1739 = LM H. 8/1995 § 53a AktG 1995 Nr. 2). Es ist nicht zu verkennen, dass die Kl. keine anderweitigen vertraglichen Ansprüche hat. Dies wäre indessen auch dann nicht der Fall, wenn das BAKred selbst die Prüfung vorgenommen hätte. Auch dann hätte der Kl. kein vertraglicher Anspruch zugestanden, sie wäre vielmehr - wie auch jetzt - gegen ein Handeln oder Unterlassen des BAKred auf die öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfe verwiesen gewesen und wegen eventueller Schadensersatzansprüche auf die gegenüber dem Staat in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen. Der Kl. wegen der Zuziehung der Bekl. durch das BAKred weitere Ansprüche gegen einen weiteren Anspruchsgegner zuzubilligen, gebietet insbesondere der für die bisherige Rechtsprechung zum Gutachtervertrag maßgebliche Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht, denn der mit der Vornahme einer Sonderprüfung vom BAKred beauftragte Sachverständige nimmt solches Vertrauen desjenigen, der durch die Aufsichtsmaßnahme des BAKred betroffen ist, nicht in Anspruch; es liegen auch im vorliegenden Fall keine objektiven Umstände vor, aus denen entnommen werden konnte, dass das Gutachten auch als Entscheidungsgrundlage für die Kl. als von Aufsichtsmaßnahmen des BAKred betroffene Dritte dienen sollte.

IV. Ergebnis zum Revisionseinwand

Da das BerGer. mithin rechtsfehlerfrei die Einbeziehung der Kl. in den Schutzbereich des Vertrags zwischen dem BAKred und der Bekl. verneint hat, kommen vertragliche Ansprüche der Kl. nicht in Betracht.

C. Keine deliktische Haftung des Bekl.

Das BerGer. hat auch zu Recht Schadensersatzansprüche der Kl. auf deliktischer Grundlage verneint.

I. Amtshaftung gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Dabei kann dahinstehen, ob solche Schadensersatzansprüche, schon deshalb ausscheiden, weil der Kl. Schadensersatz nach Amtshaftungsgrundsätzen gem. § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zustünde, wenn der Prüfbericht fahrlässig fehlerhaft erstellt worden wäre. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGHZ 121, 161 = NJW 1993, 1258 = LM H. 6/1993 Art. 34 GrundG Nr. 179) kommt es dabei auf den Charakter der Aufgabe an, die auf privatrechtlicher Grundlage durch einen von einer Behörde herangezogenen Unternehmer wahrgenommen wird. Je stärker der hoheitliche Charakter der Aufgabe in den Vordergrund tritt, je enger die Verbindung zwischen der übertragenen Tätigkeit und der von der Behörde zu erfüllenden hoheitlichen Aufgabe und je begrenzter der Entscheidungsspielraum des Unternehmers ist, desto näher liegt es, ihn als Beamten im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen (BGHZ 121, 161 [165, 166] = NJW 1993, 1258 = LM H. 6/1993 Art. 34 GrundG Nr. 179).

II. Kein Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Letztlich kann diese Frage offen bleiben, denn das BerGer. hat zu Recht eine Haftung aus §§ 823 I, 826 BGB verneint. Zu Unrecht nimmt die Revision an, dass in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als "sonstiges Recht" eingegriffen worden sei. Die Erstellung eines Prüfberichts für eine Behörde, der dieser als Entscheidungsgrundlage für etwaige Maßnahmen dienen soll, erfüllt nicht die Anforderungen, die an einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu stellen sind. Erforderlich ist dafür ein betriebsbezogener Eingriff, das heißt ein Eingriff, der sich nach seiner objektiven Stoßrichtung gegen den betrieblichen Organismus oder die unternehmerische Entscheidungsfreiheit richtet (BGHZ 138, 311 [317] = NJW 1998, 2141 = LM H. 1/1 999 § 823 [Ai] BGB Nr. 73; BGH, NJW 1985, 1620 = LM § 823 [Ai] BGB Nr. 64). Das Gutachten, von dem unmittelbare Auswirkungen nicht ausgehen, sondern das lediglich Grundlage für eventuelle Maßnahmen des BAYred ist, ist noch kein in diesem Sinne betriebsbezogener Eingriff.

III. Kein Vermögensschutz durch § 823 I BGB

Eine Haftung der Bekl. aus § 823 Abs. 1 BGB lässt sich auch nicht aus der von der Revision angeführten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. 10.1978 (NJW 1979, 305) herleiten, mit der das Bundesverfassungsgericht das Urteil des BGH vom 18. 12.1973 (BGHZ 62, 54 = NJW 1974, 312) aufgehoben hat. Mit dieser Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den Kreis der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter nicht erweitert; für reine Vermögensschäden, wie sie von der Klägerin geltend gemacht werden, die nicht in den Anwendungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB fallen, kommt der Entscheidung keine Bedeutung zu.

IV. Keine Haftung gem. § 826 BGB mangels vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung

Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. auch einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB verneint. Allein die Erstattung eines fehlerhaften Gutachtens oder Prüfberichts reicht nicht aus, dieses Verhalten als Verstoß gegen die guten Sitten zu bewerten. Erforderlich wäre vielmehr, dass der Gutachter leichtfertig oder gewissenlos gehandelt hätte (BGH, NJW 1991, 3282 [3283] = LM H. 3/1992 § 826 [B] BGB Nr. 11). Umstände, die für ein solches leichtfertiges oder gewissenloses Verhalten sprechen könnten, hat das BerGer. nicht festgestellt. Von der Revision werden insoweit auch keine Rechtsfehler gerügt.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/48246-0; Fax: 0251/48245-45 http://www.jura-intensiv.de / ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer
REDAKTEURE:	RA Frank Schildheuer (*Öffentliches Recht*); RA Carsten Scheen (*Zivilrecht*); Markus Schmülling (*Strafrecht*) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
WERBUNG :	Übermittlung der Anzeigenpreise und Mediadaten auf Anfrage unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellwünsche und Bestellungen bitte an die Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) DM 84,- einschließlich USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post. Nicht eingegangene Exemplare können nur schriftlich innerhalb von 2 Wochen nach Ablauf des Erscheinungsmonats reklamiert werden.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529

Strafrecht

Standort: § 263 StGB — Problem: Betrug durch Vertragsschluss

BGH, BESCHLUSS VOM 12.06.2001
4 STR 402/00 (WISTRA 2001, 423)

Problemdarstellung:

In der nachstehenden Entscheidung hatte sich der BGH mit den Anforderungen eines Eingehungsbetrugs durch den Abschluss eines Darlehns- und Bankgarantievertrages zu befassen. Während das Landgericht eine Verurteilung wegen vollendeten Betrugs ausgesprochen hatte, liegt nach Ansicht des BGH weder ein Vermögensschaden noch der erforderliche Schädigungsvorsatz des Angeklagten vor. Im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung stellt der Senat fest, dass der Abschluss eines Vertrages die Voraussetzungen des Eingehungsbetrugs nicht erfülle, wenn der durch die Täuschung zustande gekommene Vertrag nur zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichte, da das Leistungsverweigerungsrecht den in seiner Bonität beeinträchtigten Gegenanspruch ausreichend sichere. Da sich die Darlehensgeberin ein ausdrückliches Kündigungsrecht für den Fall der Leistungsstörung hatte einräumen lassen, konnte die Verurteilung keinen Bestand haben.

Prüfungsrelevanz:

Der tatsächlich recht komplexe Fall bezieht seine Prüfungsrelevanz insbesondere aus den grundsätzlichen Ausführungen des Senats zum Eingehungsbetrug. Die Unterscheidung von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug stellt ein zentrales Problem der Betrugsdogmatik dar und ist dementsprechend häufig Gegenstand von Examensarbeiten (vgl. RA 1999, 98 ff.; Küper, BT, 3. Auflage, S. 333 ff.; Rengier, BT I, § 13, Rn. 91 a).

Von einem Eingehungsbetrug spricht man, wenn der Betrug im Abschluss (der Eingehung) einer vertraglichen Verpflichtung liegt. Die Schadensbestimmung erfolgt durch einen Wertvergleich der einander gegenüberstehenden Ansprüche. Ergibt sich, dass ein Anspruch minderwertig ist, weil das Versprochene gegenüber der Leistung des Getäuschten minderwertig oder der Getäuschte leistungsunwillig und -unfähig ist, liegt ein Schaden in Form einer konkreten Vermögensgefährdung vor (vgl. Rengier, BT I, § 13, Rn. 83 ff.). Beim hier vorliegenden Darlehnsbetrug kann der Minderwert des Rückzahlungsanspruchs allerdings durch ausreichende Sicherheiten ausgeglichen werden (vgl. BGHSt 15, 24; BGH, NStZ 1999, 353; Rengier, a.a.O., Rn. 92).

Dagegen liegt ein sog. (echter) Erfüllungsbetrug vor, wenn der Täter erst nach Vertragsschluss täuscht und den Betroffenen veranlasst, entweder eine im Verhältnis zu seinem Anspruch minderwertige Leistung anzunehmen oder selbst mehr zu leisten, als er rechtlich zu leisten verpflichtet ist. Die Schadensberechnung erfolgt hier also durch den Wertvergleich der erbrachten Leistung mit den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Ansprüchen.

Schließlich ist noch auf den sog. unechten Erfüllungsbetrug hinzuweisen. Hierbei handelt es sich um die Konstellation, in der die Täuschung zwar im Moment des Vertragsschlusses vorliegt, ein Schaden aber erst in der Erfüllungsphase eintritt, in der der Irrtum fortwirkt. Während die überwiegende Ansicht insoweit eine Gesamtbetrachtung vornimmt und zur Schadensbestimmung Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft als Einheit betrachtet, so dass ein Wertvergleich zwischen den erbrachten Leistungen zu erfolgen hat, nimmt eine abweichende Meinung eine dem echten Erfüllungsbetrug entsprechende Einzelbetrachtung vor (vgl. zum Streit LK-Lackner, 10. Auflage, § 263, Rn. 229 ff.; SK-Samson, § 263, Rn. 174 ff.; Küper, a.a.O., S. 336 ff.; Rengier, BT I, § 13, Rn. 74 a).

Vertiefungshinweise:

- Zum Darlehnsbetrug: *BGH*, wistra 1995, 28; NStZ 1999, 353
- Zum Schädigungsvorsatz: *BGH*, wistra 1991, 307
- Zum Eingehungsbetrug und zur schadensgleichen Vermögensgefährdung: *BGHSt* 23, 300; *BGH*, wistra 1997, 144; wistra 1987, 21

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

Leitsätze (der Redaktion):

Der Abschluss eines Vertrages erfüllt die Voraussetzungen eines Eingehungsbetruges noch nicht, wenn der durch Täuschung zustande gekommene Vertrag nur zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet. In solchen Fällen liegt in dem Vertragsschluss regelmäßig noch keine schadensgleiche Vermögensgefährdung.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen schloß die M. (im folgenden: ME). eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts mit Sitz in Ungarn, deren Geschäftsführer der Angeklagte A war, am 29. März 1991 mit der in Düsseldorf ansässigen F. K. GmbH & Co KG (im folgenden: K. KG) einen Vertrag über die Lieferung und schlüsselfertige Errichtung einer Methylester-Raffinerie auf dem Grundstück eines ungarischen Gesellschafters der ME. Die Finanzierung dieses Projekts sollte über die B. Bank, eine Aktiengesellschaft ungarischen Rechts mit Sitz in Budapest, abgewickelt werden. Am 17. Februar 1992 unterzeichneten der Angeklagte als Geschäftsführer der ME und Vertreter der B. Bank nach langwierigen Verhandlungen einen Darlehensvertrag über 23.642. 750 DM sowie einen Bankgarantievertrag; hierin übernahm die B. Bank die Garantie für die Zahlung eines weiteren Betrages von 2 781 500 DM, der 10% des Gesamtkaufpreises entsprach und dessen Schlußrate bildete. Um der B. Bank ausreichende Sicherheiten zu gewähren und den ungarischen Bestimmungen über die Bankenaufsicht zu genügen, verpflichtete sich die ME in dem Vertragswerk, die erforderlichen Erklärungen für die Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Betriebsgrundstück zu Gunsten der B. Bank abzugeben und das auf 1,5 Mill. DM erhöhte Stammkapital des Unternehmens auf ein Konto der B. Bank einzuzahlen. Die ungarischen Gesellschafter der ME hatten einen Betrag von insgesamt 1.82 Mill. DM aufzubringen, der auf einem Konto der ME in Ungarn zu deponieren war. Die deutschen Gesellschafter der ME, neben der vom Angeklagten als Geschäftsführer geleiteten P. KG J. 1. (ab 3. April 1992 P. GmbH & Co J.I. KG) die A. und Bo. GmbH, sollten zusammen rund 9,9 Mill. DM zur Verfügung stellen, die als Festgeldkonto bei einem deutschen Kreditinstitut angelegt werden sollten. Der Angeklagte hatte die Forderung der B. Bank, auch diesen Betrag auf ein bei ihr einzurichtendes Konto einzuzahlen, abgelehnt, weil die deutschen Gesellschafter die von ihnen aufzubringende Summe ihrerseits fremdfinanzieren und die Gelder als Sicherheit zu Gunsten der kreditgebenden Bank verpfänden wollten. Ein Transfer ins Ausland war damit ausgeschlossen. Als Gegenleistung für den Verzicht der B. Bank auf die unmittelbare Zugriffsmöglichkeit, sagte der Angeklagte als verantwortlicher Verhandlungspartner der ME zu, seitens "der ausländischen Gesellschafter" bei der B. Bank in Ungarn Festgelder in einer Gesamthöhe von 2.136.850 DM anzulegen und ihr zur Sicherheit zu übereignen. Der Angeklagte hatte mit der A. und Bo. GmbH vereinbart, daß es sich hierbei ausschließlich um eine Sonderverpflichtung der P. KG handeln sollte. Auch der B. Bank war bekannt, daß die P. KG die Sicherheit erbringen sollte; letztlich war es den Verantwortlichen des Kreditinstituts allerdings gleichgültig, weicher deutsche Gesellschafter den Betrag zur Verfügung stellte. Der Angeklagte hatte jedoch zu keinem Zeitpunkt die Absicht, Festgelder in Ungarn anzulegen, zumal die von ihm geführte P. KG hierzu finanziell auch nicht in der Lage war.

Die B. Bank zahlte das Darlehen in Hohe von 23.642.750 DM entsprechend dem Baufortschritt in 21 Raten im Zeitraum von 30. Juni 1992 bis 19. November 1993 an die K. KG aus. Nachdem der Angeklagte die Verpflichtung, die Festgeldsicherheit in mehreren Raten vom 15. November 1992 bis 15. Juli 1993 sukzessive zu leisten, nicht erfüllt hatte, mahnten verschiedene Mitarbeiter der B. Bank die Zahlung erfolglos an. In der Folgezeit zahlte die ME das ihr von der B. Bank gewährte Darlehen nicht zurück. Die Methylester-Raffinerie war zwar im Frühjahr 1994 nahezu fertiggestellt, konnte jedoch nicht in Betrieb genommen werden, weil die ungarischen Behörden die erforderliche wasserrechtliche Erlaubnis verweigerten. Die K. KG war nicht bereit, eine von den Behörden geforderte Kläranlage ohne Erstattung des hierfür erforderlichen Kostenaufwandes von etwa 400.000 DM zu errichten. Eine zur Fortsetzung der Baumaßnahmen erforderliche Aufstockung des Darlehens lehnte die B. Bank ab. Das Kreditinstitut, das auch aus der Zahlungsgarantie in Anspruch genommen worden war, konnte seine Forderungen gegenüber der ME bislang nicht - auch nicht teilweise - realisieren.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges unter Einbeziehung rechtskräftiger Strafen aus einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner hiergegen eingelegten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts und beanstandet das Verfahren. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg; eines Eingehens auf die erhobenen Verfahrensbeschwerden bedurfte es daher nicht.

Aus den Gründen:

Die Verurteilung des Angeklagten wegen vollendeten Betruges hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Zur Verurteilung durch das Landgericht

Die Annahme des Landgerichts, das Vermögen der B. Bank sei schon durch den irrtumsbedingten Abschluss des Darlehens- und des Bankgarantievertrages zumindest konkret gefährdet worden, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die B. Bank war nach den vertraglichen Bestimmungen berechtigt, die Auszahlung des Darlehens einzustellen oder das Darlehen mit sofortiger Wirkung zu kundigen, wenn die ME ihren Pflichten, die sie in dem Vertrag übernommen hatte, nicht oder verspätet nachkam; ein Verstoß gegen die Zusage, sukzessiv entsprechend der zu sichernden Darlehenssumme Festgelder in Höhe von 2.136. 850 DM in Ungarn zu deponieren, wurde ausdrücklich als schwerer Vertragsbruch bezeichnet.

2. Zu den Voraussetzungen des Eingehungsbetruges
Der Abschluß eines Vertrages erfüllt die Voraussetzungen eines Eingehungsbetruges noch nicht, wenn der durch Täuschung zustande gekommene Vertrag nur zur Zug-um-Zug-Leistung verpflichtet. In solchen Fällen liegt in dem Vertragsschluß regelmäßig noch keine schadensgleiche Vermögensgefährdung (vgl. BGHR § 263 StGB Vermögensschaden 46; BGH StV 1999, 24). Das Leistungsverweigerungsrecht sichert den in seiner Bonität beeinträchtigten Gegenanspruch (vgl. Cramer in: Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 132). Dies gilt hier jedenfalls für die Darlehenssumme, die nach der Fälligkeit der von der ME zu erbringenden Festgeldsicherheit zur Auszahlung gelangte. Von einem Vermögensschaden in dieser Höhe geht das Landgericht aber auch nicht aus. Vielmehr sieht es den Betrugsschaden lediglich in Höhe des zugesagten Anlagebetrages. Jedoch belegen die Feststellungen auch insoweit einen kausal auf einen Irrtum zurückzuführenden Vermögensschaden und einen entsprechenden Betrugsvorsatz nicht.

a) Die Hingabe des Darlehns als vermögensschädigende Verfügung
Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB bewirkt, hängt davon ab, ob nach und infolge der Darlehensgewährung das Gesamtvermögen des Darlehensgebers einen geringeren Wert hat als vorher. Entscheidend hierfür ist ein - für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellender - Wertvergleich zwischen dem Gegenstand des Darlehens und dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers. Es kommt darauf an, ob der Rückzahlungsanspruch dem überlassenen Darlehensbetrag gleichwertig ist. Minderwertig ist er unter Umständen dann, wenn es an einer Sicherheit fehlt, aus der sich der Gläubiger bei ausbleibender Rückzahlung ohne Schwierigkeiten, namentlich ohne Mitwirkung des Schuldners, befriedigen kann. In der Täuschung über das Bestehen, den Wert oder die Verwertbarkeit einer vertraglich ausbedungenen Sicherheit kann eine vermögensschädigende Betrugshandlung liegen. Trotz Vorspiegelung einer solchen Sicherheit entsteht aber kein Betrugsschaden, wenn der Rückzahlungsanspruch auch ohne die Sicherheit aufgrund der Vermögenslage des Darlehensnehmers oder sonstiger Umstände, die den Gläubiger vor einem Verlust seines Geldes schützen, wirtschaftlich sicher ist (vgl. BGH StV 1985, 186 f., 1986, 203).

aa) Zu den Sicherheiten
Daß bei der Kreditgewährung ausreichende Sicherheiten vorlagen, ist nach den Urteilsgründen zumindest möglich. Das Urteil enthält die erforderlichen Feststellungen zum objektiven Vermögensstatus der ME zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung nicht; insbesondere verhält sich das Urteil weder zum Wert des Betriebsgrundstückes nach der Bebauung noch zum Wert der Methylester-Raffinerie. Darauf kam es aber schon mit Blick auf die für die B. Bank bestellte Sicherungshypothek an. Auch die Höhe der aus dem Betrieb der Anlage erwarteten Erlöse wird nicht dargestellt.

bb) Zu sonstigen Gegenansprüchen der B. Bank
Es fehlt auch deshalb am Nachweis eines Vermögensschadens oder einer schadensgleichen Vermögensgefährdung, wenn der B. Bank ein Anspruch auf die Zahlung des Betrages von 2 136 850 DM nicht nur gegen die vom Angeklagten geführte P. KG, sondern auch gegen die A. und Bo. GmbH, einem wirtschaftlich gesunden Unternehmen, zustand. Diese Möglichkeit ergibt sich aus dem Wortlaut sowohl des Darlehens- als auch des Bankgarantievertrages, die von der Gesellschafterversammlung der ME gebilligt worden waren. "Die ausländischen Gesellschafter" sollten das Festgeld bei der B. Bank deponieren, wobei die Beantwortung der von der Revision über eine Verfahrensrüge aufgeworfenen Frage dahinstehen kann, ob die ausländischen Gesellschafter sich insoweit “bereit erklärten" oder "verpflichteten". Daß der Angeklagte mit der A. und Bo. GmbH vereinbart hatte, diese Verpflichtung sollte von der von ihm geführten P. KG übernommen werden und dies auch der B. Bank bekannt war, berührt lediglich das Innenverhältnis der deutschen Gesellschafter. Deshalb hätte es näherer Erörterung bedurft, ob die B. Bank ihren Anspruch gegen die möglicherweise mitverpflichtete A. und Bo. GmbH hätte realisieren können und überhaupt einen Versuch in diese Richtung unternommen hat.

b) Zum Schädigungsvorsatz des Angeklagten
Die Urteilsgründe tragen aber auch die Annahme des Schädigungsvorsatzes nicht. Dieser entfällt beim Darlehensbetrug allerdings nicht schon deshalb , weil der Täter beabsichtigt, hofft oder glaubt, den endgültigen Schaden abwenden zu können. Davon unberührt bleibt jedoch das Erfordernis, daß der Täter im Zeitpunkt der Kreditgewährung die Minderwertigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Vergleich zu dem erhaltenen Geldbetrag gekannt hat. Dazu genügt freilich bereits seine Kenntnis der die Vermögensgefährdung begründenden Umstände (BGH wistra 1988, 188, 190; 1991, 307 f.) und das Wissen, daß die Forderung nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben nicht als gleichwertig angesehen wird, mag er selbst sie auch anders bewerten (BGH bei Dallinger MDR 1972, 197 f.). Es erscheint zumindest möglich, daß der Angeklagte von einer hinreichenden Sicherung der Darlehensgeberin ausging. Mit dieser Frage setzt sich die Strafkammer nicht auseinander, obwohl dies geboten gewesen wäre. Die Strafkammer geht vielmehr ohne nähere Begründung davon aus, der Angeklagte habe vorsätzlich gehandelt und habe die Umstände gekannt, aus denen sich die konkrete Gefährdung des Vermögens der Budapest

Bank ergab. Zwar stellte die Hypothek an dem Betriebsgrundstück, das ursprünglich einen Wert von ca. 120.000 DM gehabt hatte, erst dann möglicherweise eine werthaltige Sicherung dar, wenn die Anlage betriebsbereit war. Es ist jedoch auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht zu entnehmen, daß der Angeklagte zum Zeitpunkt der Kreditgewährung damit rechnete, die Methylester-Raffinerie könne nicht fertiggestellt werden. Dies wäre im Hinblick auf den Geschehensablauf und das Verhalten des Angeklagten auch eher unwahrscheinlich. Der Bau der Anlage war vielmehr im Frühjahr 1994 nahezu abgeschlossen. Sie hätte mit einem im Vergleich zum Gesamtvolumen geringen Kostenaufwand von ca. 400.000 DM für die Erstellung einer Kläranlage auch in Betrieb genommen werden können.

3. Zur Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

Der Senat weist für die neue Hauptverhandlung vorsorglich darauf hin, daß die Annahme einer Inlandstat nach § 3 StGB rechtlichen Bedenken begegnet. Soweit das Landgericht auf die Weitergabe von Informationen und die Erstellung von Unterlagen durch den Angeklagten abstellt, handelt es sich insoweit um reine Vorbereitungshandlungen, die eine Einordnung als Inlandstat nach § 3 StGB nicht rechtfertigen. Der neue Tatrichter wird deshalb mit Blick auf § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu prüfen haben, ob die vom Angeklagten als Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ungarischen Rechts begangene Tat nach ungarischem Recht mit Strafe bedroht ist. Ferner wird - sollte der Betrug in dem irrtumsbedingtem Abschluss des Darlehens- und Bankgarantievertrages gesehen werden - auch die Frage der Verjährung zu prüfen sein.

Standort: §§ 24 II, 316 a StGB Problem: Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten

BGH, URTEIL VOM 12.07.2001
4 STR 104/01 (DAR 2001, 513)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit der Strafbarkeit mehrerer Angeklagten zu befassen, die ein von ihnen bestelltes "Döner-Taxi" auf offener Straße zum Anhalten und den Fahrer zur Herausgabe der Döner zwingen wollten, nachdem sie festgestellt hatten, dass sie die bestellte Ware nicht bezahlen können. Während zwei der Angeklagten die Tat mittels Totschläger und Schreckschussrevolver durchführten, hatte sich der dritte - entgegen der ursprünglichen Verabredung - bereits vor der Tatbegehung unbemerkt vom Tatort entfernt. Der BGH führt zunächst aus, dass es sich insoweit nicht nur um einen räuberischen Angriff auf Kraftfahrer (§ 316 a StGB)handelt, sondern die Angeklagten tateinheitlich auch eine schwere räuberische Erpressung verwirklicht haben (§§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB). Das gilt nach Ansicht des Senats auch für den dritten Angeklagten, der nicht bereits durch das bloße Entfernen vom Tatort strafbefreiend zurückgetreten ist. Da - entgegen der Ansicht des Landgerichts - für den Rücktritt nicht § 24 I StGB, sondern § 24 II StGB maßgeblich sei, fehle es an dem erforderlichen ernsthaften und freiwilligen Bemühen, die Vollendung der schweren räuberischen Erpressung zu verhindern.

Prüfungsrelevanz:

Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt bietet Anlass, auf einige examensrelevante Probleme des Allgemeinen und Besonderen Teils einzugehen. Besondere Bedeutung besitzen insofern die Ausführungen zur Zurechnung und zum Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten. Für die Anwendbarkeit des § 24 II StGB gilt es insoweit vor allem, den Moment der Rücktrittshandlung zutreffend zu bestimmen: Liegt diese vor dem unmittelbaren Ansetzen der übrigen Beteiligten handelt es sich um einen sog. "Rücktritt im Vorbereitungsstadium". Die herrschende Meinung löst diese Fälle in Anlehnung an § 24 II StGB im Hinblick auf die Kausalität des Beitrags der "Zurücktretenden" (vgl. RA 1999, 522 m.w.N.; BGH, NStZ 1999, 449; ausführlich Roxin, Lenckner-FS, S. 270 ff.; zu den Wechselwirkungen mit der Beteiligungsdogmatik s. BGH, NStZ 1994, 29). Ist die Tat dagegen bereits ins Versuchsstadium eingetreten, findet § 24 II StGB unmittelbare Anwendung.

Daneben setzt eine gutachterliche Behandlung des Falles Kenntnisse in der Dogmatik des § 316 a StGB voraus. Der durch das 6. StrRG umgestaltete Tatbestand (vgl. dazu die Übersichten bei Mitsch, JA 1999, 662 und C. Fischer, Jura 2000, 433) bezieht seine Prüfungsrelevanz insbesondere aus dem häufigen Zusammentreffen mit den wichtigen §§ 249, 252, 255 StGB. Inhaltlich problematisch ist regelmäßig das "Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs", welches ein Ausnutzen gerade der dem fließenden (!) Verkehr eigentümlichen Gefahren erfordert (vgl. zu den verschiedenen Fallkonstellationen BGH, NJW 2001, 764 = RA 2001, 160).

Vertiefungshinweise:

" Zum Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten: *Lenckner*, FS Gallas, S. 281

" Zu § 316a StGB: *BGH*, NStZ 2000, 144; *Ingelfin-*

ger, JR 2000, 225

Kursprogramm:
" *Examenskurs*: "Die Skizze"

Leitsätze (der Redaktion):
Ein durch Auftürmen von Hindernissen auf der Straße unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs verübter Angriff auf die Entschlussfreiheit der Insassen eines Lieferautos, an dem sich der Angeklagte mit Täterwillen beteiligt hat, stellt einen räuberischen Angriff auf Kraftfahrer dar. Daneben dient er in Tateinheit auch der Ausführung der schweren räuberischen Erpressung.

Sachverhalt:
Das LG hat den Angekl. wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten sowie wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr in Tateinheit mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus einer Vorverurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Die Revision hatte keinen Erfolg.
Nach den Feststellungen schichteten der Angekl., sein Bruder Michael und der zur Tatzeit strafunmündige Marcel P. auf der Straße Äste und Zweige auf, um das erwartete Lieferfahrzeug des Lokals, bei dem sie Essen ("Döner") bestellt hatten, zum Anhalten zu zwingen. Da sie nicht über genügend Bargeld verfügten, um das bestellte Essen zu bezahlen, wollten sie den Fahrer des Lieferwagens zur Herausgabe der Döner zwingen und "das Auto" nach dem Anhalten ausrauben. Mit Billigung des Angekl. hatten Marcel P. einen Totschläger und Michael T. einen Schreckschussrevolver beschafft, "um einen eventuellen Widerstand des Dönerlieferanten gewaltsam oder durch Drohung mit dem Einsatz dieser Gegenstände zu verhindern oder zu überwinden." Als das Lieferfahrzeug vor dem Hindernis anhielt, verließen Michael T. und Marcel P. ihr Versteck. Michael T. bedrohte die Beifahrerin und dann die Fahrerin des Lieferautos mit dem Schreckschussrevolver. Marcel P. schlug mit dem Totschläger auf das Auto. Sie verlangten die Herausgabe von Geld. Als beide Insassinnen erklärten, kein Geld bei sich zu haben, ließen sich Michael T. und Marcel P. das bestellte Essen herausgeben und entfernten sich. Der Angekl. hatte nicht, wie ursprünglich vereinbart, bei dem Herannahen des Lieferfahrzeugs sein Versteck am Straßenrand verlassen, sondern war dort geblieben, "weil er sich - seinen ursprünglichen Bedenken folgend - an dem Raub nicht mehr beteiligen wollte," und hatte sich noch vor der Herausgabe der Lieferung an seinen Bruder und Marcel P. entfernt.

Aus den Gründen:

1. Zum Schuldspruch
Die Überprüfung des Schuldspruchs aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. ergeben. Jedoch bedarf der Schuldspruch [...] der Änderung dahin, dass der Angekl. tateinheitlich mit dem räuberischen Angriff auf Kraftfahrer der schweren räuberischen Erpressung schuldig ist.

a) Strafbarkeit des Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung
Entgegen der Auffassung des LG ist der Angekl. danach nicht lediglich Mittäter des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 316 a StGB, sondern auch der hierzu in Tateinheit (vgl. BGH NStZ 1999, 350 f.) stehenden schweren räuberischen Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Der durch das Auftürmen des Hindernisses auf der Straße unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs verübte Angriff auf die Entschlussfreiheit der Insassinnen des Lieferautos, an dem sich der Angekl. mit Täterwillen beteiligt hatte, diente zugleich auch der Ausführung der geplanten schweren räuberischen Erpressung. Der Angekl. muss sich demgemäß als Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB auch die weiteren zur Vollendung der schweren räuberischen Erpressung führenden objektiven Ausführungshandlungen seiner Mittäter zurechnen lassen, die sich im Rahmen des zuvor gefassten gemeinsamen Tatplanes hielten. Dass sich der Angekl., nachdem das Lieferauto vor dem von ihm mit errichteten Hindernis angehalten hatte, entgegen der ursprünglichen Planung an der weiteren Tatausführung nicht mehr beteiligte, steht dem nicht entgegen. Die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts nach § 24 StGB liegen nicht vor. § 24 Abs. 1 StGB regelt, was das LG übersehen hat, nur den Rücktritt des Alleintäters. Bei Beteiligung mehrerer an einer Straftat findet die Rücktrittsregelung des § 24 Abs. 2 StGB Anwendung. Die Voraussetzungen der bei Vollendung der geplanten Tat anzuwendenden Rücktrittsregelung des § 24 Abs. 2 Satz 2 StGB sind jedoch schon deshalb nicht gegeben, weil der Angekl. sich nicht freiwillig und ernsthaft um die Verhinderung der Vollendung der schweren räuberischen Erpressung bemüht hat.

b) Schuldspruchänderung durch den Senat
Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. Das Verschlechterungsverbot gem. § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO wird durch die Schuldspruchergänzung nicht verletzt; denn es schließt das Risiko einer Verschärfung des Schuldspruchs nicht aus (vgl. Kuckein in KK 4. Aufl. § 358 StPO Rdn. 18). § 265 StPO steht nicht entgegen, weil auszuschließen ist, dass sich der geständige Angekl. gegen den Vorwurf der mittäter-

schaftlichen schweren räuberischen Erpressung anders als geschehen hätte verteidigen können.

2. Zum Strafausspruch
Auch der Strafausspruch hält rechtlicher Nachprüfung stand.

a) Zur Einzelstrafe gem. § 316 a II StGB
Entgegen der Auffassung der Revision ist die im Fall II 1 der Urteilsgründe gegen den Angekl. verhängte Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten weder"unangemessen hoch" noch liegen ihr rechtsfehlerhafte Zumessungserwägungen zum Nachteil des Angekl. zugrunde.
Das LG hat die Strafe, weil "die Tat erheblich von den sonst gewöhnlich vorkommenden Fällen eines räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer" abweicht, dem wegen der alkoholbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angekl. gem. §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 316 a Abs. 2 StGB entnommen. Innerhalb des danach zur Verfügung stehenden Strafrahmens von drei Monaten bis zu sieben Jahren sechs Monaten löst sich die verhängte Strafe nicht so weit nach oben von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt (vgl. BGHSt 34, 345, 349; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Strafhöhe 10), zumal der Angekl. zehn Monate vor der Tat wegen Raubes zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt worden war und unter Bewährung stand.
Bei der Bemessung der Strafe hat das LG die für ihre Bestimmung wesentlichen Umstände angegeben und dabei alle nach den Feststellungen in Betracht kommenden Milderungsgründe berücksichtigt. Die Annahme der Revision, das LG habe gleichwohl "nicht hinreichend in die Findung der konkreten tat- und schuldangemessenen Strafe einfließen lassen", dass der Angekl. sich von der durchgeführten Tat habe distanzieren wollen und dies auch "durch das Abwenden vom Tatort" dokumentiert habe, findet in den Urteilsgründen keine Stütze. Vielmehr hat das LG einen minder schweren Fall i. S. d. § 316 a Abs. 2 StGB "schon deshalb" als gegeben angesehen, "weil der Angekl. von der ursprünglich geplanten gemeinschaftlichen räuberischen Erpressung strafbefreiend zurückgetreten war", und bei der Bemessung der verhängten Einzelstrafe zu Gunsten des Angekl. insbesondere auch berücksichtigt, dass "er die geplante räuberischen Erpressung letztendlich nicht ausgeführt und hinsichtlich des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer nur einen verhältnismäßig geringfügigen Tatbeitrag erbracht hat". Dass es das Verhalten des Angekl. nicht lediglich als eine Distanzierung von der weiteren Tatausführung, sondern darüber hinaus - rechtsfehlerhaft - als strafbefreienden Rücktritt gewertet hat, beschwert den Angekl. nicht.
Die gegen ihn verhängte Freiheitsstrafe ist auch im Verhältnis zu der gegen den Mitangeklagten Michael T. wegen dieser Tat verhängten Jugendstrafe von zwei Jahren aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im Gegensatz zu seinem Bruder Michael war der Angekl. einschlägig vorgeahndet und stand unter Bewährung.

b) Zur Einzelstrafe wegen der Trunkenheitsdelikte
Die im Fall II 2 der Urteilsgründe wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr in Tateinheit mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis verhängten Freiheitsstrafe von vier Monaten hält ebenfalls rechtlicher Nachprüfung stand. Insbesondere ist die Erwägung des LG, eine solche Freiheitsstrafe sei gem. § 47 Abs. 1 StGB "sowohl zur Einwirkung auf den Angekl. als auch zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich", weil er sich nur 22 Tage nach dieser Tat erneut in gleicher Weise strafbar gemacht habe, unter den hier gegebenen Umständen nicht zu beanstanden.
Die Begehung einer weiteren Straftat nach der abgeurteilten Tat kann grundsätzlich auch für die zuvor begangene Tat strafschärfend berücksichtigt werden. Dies setzt allerdings voraus, dass die weitere Straftat nach ihrer Art und nach der Persönlichkeit des Täters hinsichtlich der abgeurteilten Tat auf Rechtsfeindschaft, Gefährlichkeit und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche schließen lässt (vgl. StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 25). Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen vor:
Dem Angekl. war durch Bußgeldbescheid vom 13. 9. 1999 für die Dauer von einem Monat das Führen eines Kraftfahrzeuges untersagt worden. Dieses Fahrverbot wurde in der Zeit vom 8. 12. 1999 bis zum 7. 1. 2000 vollstreckt. Der Angekl. beging die abgeurteilte Tat mithin nur einen Tag nach dem Beginn der Vollstreckung des Fahrverbotes und nur 22 Tage danach die weitere durch Strafbefehl mit einer Geldstrafe geahndete Tat und stand zudem bei Begehung auch dieser Taten unter Bewährung.

c) Zum Bewährungsbeschluss
Auch die Entscheidung des LG, die aus der im Fall II 2 verhängten und der Geldstrafe von 90 Tagessätzen aus dem Strafbefehl vom 12. 4. 2000 gem. § 55 StGB gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Monaten, nicht zur Bewährung auszusetzen, begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar fehlen Ausführungen dazu, warum das LG die Vollstreckung der Gesamtstrafe nicht zur Bewährung ausgesetzt hat. Darin liegt aber kein sachlich-rechtlicher Mangel, weil eine Strafaussetzung nach den Feststellungen nicht nahe lag und eine Erörterung dieser Frage als Grundlage für die revisionsrechtliche Überprüfung auch sonst nicht geboten war (vgl. BGHR StGB § 56 Abs. 1 Sozialprognose 1). Das LG hat, wie nach dem Gesamtzusammenhang, insbesondere den Ausführungen zu § 47 StGB, nicht zweifelhaft sein kann, die Strafaussetzung deswegen versagt, weil es dem Angekl. keine günstige

Sozialprognose (§ 56 Abs. 1 StGB) stellen konnte.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht **Problem: Aufenthaltsverbot für Neonazi**

VG LEIPZIG, BESCHLUSS VOM 04.12.2000
3 K 1737/00 (NVWZ 2001, 1317)

Problemdarstellung:

Die sogen. "Aufenthaltsverbote", mit denen bestimmten Personen (häufig Drogendealern, im vorliegenden Fall einem rechtsradikalen Straftäter) das Betreten des Gemeindegebiets (oder eines wesentlichen Teils desselben) für eine gewisse Dauer (hier: drei Monate) untersagt wird, rücken immer mehr in den Blickpunkt des Interesses. Es stellen sich viele juristische Probleme, von denen das VG Leipzig die meisten in seinem vorliegenden Beschluss aufgreift:

1. Zunächst ist nach einer Ermächtigungsgrundlage zu suchen. Teilweise enthalten die Polizeigesetze der Länder entsprechende Standardmaßnahmen (hier: § 21 II SächsPolG). Für diese ist umstritten, ob sie verfassungsgemäß sind, was insbes. im Hinblick auf Art. 11 GG, die Gesetzgebungskompetenz der Länder (vgl. Art. 73 Nr. 3 GG) und das Zitiergebot (Art. 19 I 2 GG) bestritten wird.

Fehlt es an einer eigenen Standardmaßnahme, ist ein Platzverweis zu erwägen. Diesbezügl. fehlt es jedoch am vorübergehenden Charakter des Aufenthaltsverbots, dass - im Gegensatz zum Platzverweis - von gewisser Dauer ist. Will man sodann auf die Generalklausel zurückgreifen, stellt sich neben den o.g. verfassungsrechtlichen Problemen die Frage, ob diese nicht durch die Platzverweisregelung gesperrt sein könnte.

2. Da Aufenthaltsverbote häufig Teil eines Gesamtkonzepts (zur Bekämpfung der Drogenszene, zur Verhinderung rechtsgerichteter Straftaten usw.) sind, also vorwiegend, zumindest aber auch unter generalpräventiven Gesichtspunkten ausgesprochen werden, muss in der materiellen Rechtmäßigkeit, etwa wie hier bei der "Gefahr", geklärt werden, ob und inwieweit der Adressat sich allein wegen des Gesamtkonzepts und seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe eine zu seinen Lasten negative Gefahrenprognose gefallen lassen muss.

3. Im Ermessen stellt sich stets die Frage, ob die Maßnahme verhältnismäßig ist. Dies wird z.T. schon bzgl. der Geeignetheit bestritten (bspw. würden Aufenthaltsverbote die Drogenszene nicht verhindern, sondern nur verlagern), jedenfalls aber im Hinblick auf die Erforderlichkeit bzgl. des örtlichen und zeitlichen Umfangs zu klären sein. Unangemessen und damit unverhältnismäßig sind schließlich jedenfalls solche Aufenthaltsverbote, die keine Ausnahmen (etwa für einen Arztbesuch o.ä.) zulassen. Hier hat es sich eingebürgert, im Aufenthaltsverbot die Möglichkeit vorzusehen, dass dem Adressaten bei Vorlage eines entsprechenden Grundes eine Ausnahmegenehmigung zu erteilen ist. Ist das Aufenthaltsverbot durch eine eigene Standardmaßnahme geregelt, sehen diese - wie hier § 21 II SächsPolG - diese Einschränkung i.d.R. selbst vor.

Prüfungsrelevanz:

Auf die hohe Prüfungsrelevanz angesichts der Aktualität des Themas und der hervorragenden Kombinationsmöglichkeiten mit vorläufigem Rechtsschutz (Bsp.: Das Aufenthaltsverbot wird für sofort vollziehbar erklärt, und der Betroffene wendet sich hiergegen mit einem Antrag nach § 80 V VwGO) oder der Fortsetzungsfeststellungsklage in direkter oder analoger Anwendung des § 113 I 4 VwGO (Bsp.: Nach Ablauf des Aufenthaltsverbots will der Betroffene dessen Rechtswidrigkeit gerichtlich festgestellt haben) wurde in der RA bereits mehrfach (zuletzt RA 2001, 599; vgl. ferner RA 1999, 419) hingewiesen.

Vertiefungshinweise:

" Zum Aufenthaltsverbot für Drogendealer: *VGH München*, NVwZ 2001, 1291; *OVG Bremen*, NVwZ 1999, 314; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1998, 428; *Cremer*, NVwZ 2001, 1218; *Hecker*, NVwZ 1999, 261; *Deger*, VBlBW 1996, 90; *Götz*, NVwZ 1998, 679

" Zum Eilrechtsschutz gegen ein Aufenthaltsverbot: *OVG Münster*, NVwZ 2001, 231

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 21 II SächsPolG ist verfassungsgemäß.

2. Zu den Anforderungen an die Gefahrenprognose bei der Begehung einer Straftat durch den Adressaten eines Aufenthaltsverbotes, insbesondere zu der Frage, ob hierbei generalpräventive Gesichtspunkte (hier: Bekämpfung der "rechten Szene") berücksichtigt werden können.

Sachverhalt:

Am 9.7.2000 gegen 4 Uhr verschafften sich mehrere Personen Zutritt zur Wohnung der in der sächsischen

Stadt D. lebenden Familie K. Frau K. gab bei einer späteren Zeugenvernehmung an, ihre Tochter sei dabei bedroht worden. Ein Handy und ein Rasierer seien weggenommen und Sachen beschädigt worden. Ihre Tochter habe den Ast. als einen der Täter in Erfahrung gebracht. Sie selbst haben den Ast. auf einem Bild im Warteraum des Polizeireviers D. erkannt. Der Ast. äußerte hierzu, in der Nacht zum 9.7.2000 habe er sich mit mehreren anderen Personen in einem Garten in S. aufgehalten. Zwischen 1 Uhr und 4 Uhr sei er mit ca. zehn weiteren männlichen Personen an der Shell-Tankstelle in D.-West gewesen. Anschließend sei er wieder zurück in den Garten gegangen. Er sei nicht in der Wohnung der Familie K. gewesen und habe erst einen Tag später von dem Vorfall erfahren. Weiterhin erklärte er, er habe eine rechtsgerichtete Einstellung.
Am 22.9.2000 wurde der Geschädigte D. im Treppenhaus des Wohnhauses S.-Str. in D. von mehreren Personen geschlagen, als dieser aus seiner Wohnung kam. Der Geschädigte gab vor Ort an, es seien drei Personen ("Glatzen") im Treppenhaus gewesen. Er könne jedoch nicht mit Bestimmtheit sagen, wer geschlagen habe. Beim Durchsehen einer Lichtbildmappe während einer Zeugenvernehmung am 15.11.2000 äußerte der Geschädigte, er erkenne den Ast. als eine der an der Tat beteiligten Personen wieder, die im gleichen Haus wie er selbst wohne.
Mit Bescheid der Polizeidirektion T. vom 4.10.2000 wurde dem Ast. für den Zeitraum vom 4.10.2000 bis 2.1.2001 täglich in der Zeit von 0 Uhr bis 24 Uhr für das Gebiet der Stadt D. ein Aufenthaltsverbot erteilt. In dem Bescheid hieß es, die Wahrnehmung berechtigter Interessen werde von der Verbotsverfügung nicht berührt. Jedes Betreten des Verbotsgebietes sei der Polizeibehörde oder der Polizeidienststelle unter Angabe des Grundes vorher anzuzeigen. Zur Begründung führt der Bescheid, gestützt auf § 21 II SächsPolG, weiter aus, in der Stadt D. hätten sich seit Februar 2000 gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen Anhängern der linken und rechten Szene sowie Aussiedlern nahezu wöchentlich zugetragen. Die Auseinandersetzungen hätten ständig zugenommen. Hierbei sei es vermehrt zu Straftaten gekommen, die den demokratischen Rechtsstaat gefährdet bzw. sich gegen die körperliche Unversehrtheit gerichtet hätten. Der Ast. sei nach den vorliegenden Erkenntnissen der rechten Szene zugehörig. Neben seiner Solidarisierung mit rechtsextremistischem Gedankengut und ausländerfeindlichen Äußerungen sei er in den letzten Wochen vermehrt an Orten von Auseinandersetzungen in D. angetroffen worden. Er sei zweier Straftaten verdächtig. Angesichts dieser Umstände lägen Tatsachen für die berechtigte Annahme vor, dass der Ast. weiterhin Straftaten begehen werde, wenn ihm der Aufenthalt in der Stadt D. nicht verboten werde.

Ist der Bescheid rechtmäßig?

[§ 21 SächsPolG: Platzverweis und Aufenthaltsverbot.
(1) Die Polizei kann zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer Störung eine Person vorübergehend von einem Ort verweisen oder ihr vorübergehend das Betreten eines Orts verbieten. Dies gilt insbesondere für Personen, die den Einsatz der Feuerwehr oder der Hilfs- und Rettungsdienste behindern.
(2) Die Polizei kann einer Person für höchstens drei Monate den Aufenthalt in einem Gemeindegebiet oder -gebietsteil untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person dort eine Straftat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird. Das Verbot ist zeitlich und örtlich auf den zur Verhütung der Straftat erforderlichen Umfang zu beschränken und darf räumlich nicht den Zugang zur Wohnung der betroffenen Person umfassen. Die Vorschriften des Versammlungsrechts sowie die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die betroffene Person bleiben unberührt.]

Lösung:
Der Bescheid ist rechtmäßig, wenn er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und bei deren Anwendung die formellen und materiellen Voraussetzungen beachtet worden sind.

A. Ermächtigungsgrundlage
Nach dem Vorbehalt des Gesetzes bedürfen belastende Maßnahmen wie hier das Aufenthaltsverbot einer gesetzlichen Grundlage.

I. Anwendbarkeit des § 21 II SächsPolG
Das VG greift diesbezüglich auf § 21 II SächsPolG zurück:
"Gem. § 21 II SächsPolG kann die Polizei einer Person für höchstens drei Monate den Aufenthalt in einem Gemeindegebiet oder Gebietsteil untersagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person dort eine Straftat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird. Das Verbot ist zeitlich und örtlich auf den zur Verhütung der Straftat erforderlichen Umfang zu beschränken und darf räumlich nicht den Zugang zur Wohnung der betroffenen Person umfassen. Die Vorschriften des Versammlungsrechts sowie die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die betroffene Person bleiben unberührt."

II. Wirksamkeit
Die Norm müsste aber ihrerseits wirksam sein, d.h. nicht gegen höherrangiges Recht verstoßen, um als Ermächtigungsgrundlage dienen zu können. Dies wird im Hinblick auf Art. 73 Nr. 3 i.V.m. 11 GG, also die Gesetzgebungskompetenz der Länder im Bereich der Freizügigkeit, für Aufenthaltsverbote kontrovers diskutiert. Die Kammer hat jedoch keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 21 II SächsPolG:

1. Formell

"Sofern von einem Aufenthaltsverbot überhaupt die Freizügigkeit i. S. des Art. 11 GG berührt wird, steht der Gesetzgebungskompetenz des Freistaates Sachsen nicht Art. 73 Nr. 3 GG entgegen. Hiernach hat der Bund über die Freizügigkeit die ausschließliche Gesetzgebung. Diese umfasst die gesetzliche Ausgestaltung der Freizügigkeit, verdrängt aber nicht die herkömmliche Regelungszuständigkeit der Länder im Bereich der Abwehr unmittelbarer Gefahren für den Einzelnen und die Allgemeinheit (vgl. OVG Bremen, NVwZ 1999, 314, 316). Während der Bund gem. Art. 73 Nr. 3 GG eine ausschließliche Zuständigkeit zur Gesetzgebung über die interterritoriale Freizügigkeit, d. h. den freien Zug zwischen den Ländern hat, können die Länder durchaus Probleme der interlokalen Freizügigkeit regeln (vgl. Alberts, NVwZ 1997, 45, 47). Diese Betrachtungsweise ermöglicht eine schlüssige Angleichung der Freizügigkeit i. S. des Art. 73 Nr. 3 GG mit den übrigen Begriffen der Vorschrift. Denn sowohl das Passwesen, die Ein- und Auswanderung und die Auslieferung sind der Interterritorialität zuzuweisen und daher dem Bundesgesetzgeber vorbehalten (vgl. Robrecht, SächsVBl 1999, 236).

Weiterhin ist die inhaltliche Verknüpfung der Grundrechtsschranken in Art. 11 II GG mit Gegenständen der Landesgesetzgebung zu beachten. In dem Umfang, in dem Art. 11 II GG sich auf Regelungsgegenstände der Landesgesetzgebung, wie etwa der Abwehr bestimmter qualifizierter polizeilicher Gefahren, bezieht, muss auch ein Tätigwerden des Landesgesetzgebers möglich sein. Andernfalls würde der Grundrechtsvorbehalt des Art. 11 II GG, der das Ergebnis einer in der Verfassung selbst vorgenommenen Abwägung zwischen dem Freiheitsinteresse des Einzelnen und den Interessen der Allgemeinheit darstellt, in wichtigen Punkten leerlaufen (vgl. OVG Bremen, NVwZ 1999, 314). Die Gegenauffassung, wonach den Ländern eine Gesetzgebungszuständigkeit für die Freizügigkeit insgesamt fehlt bzw. bezweifelt wird (vgl. Belz, SächsPolG, 3. Aufl., § 79 Rdnr. 2; Hecker, NVwZ 1999, 261, 263), kann aus den vorgenannten Gründen nicht überzeugen."

2. Materiell

a. Qualifizierter Gesetzesvorbehalt

"§ 21 II SächsPolG genügt auch den Vorgaben des Art. 11 II GG, wonach die Freizügigkeit durch Gesetz und auf Grund eines Gesetzes unter anderem für die Fälle, in denen es erforderlich ist, um strafbaren Handlungen vorzubeugen, eingeschränkt werden darf. Denn § 21 II SächsPolG lässt Aufenthaltsverbote nur zu, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Person in einem Gemeindegebiet oder Gebietsteil eine Straftat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird."

b. Verhältnismäßigkeit

"Trotz der mit einem Aufenthaltsverbot verbundenen Grundrechtseingriffe kann § 21 II SächspolG auch nicht insofern als unverhältnismäßig angesehen werden, als er Aufenthaltsverbote für ein gesamtes Gemeindegebiet und für eine Zeit von bis zu drei Monaten ermöglicht. Denn § 21 II SächsPolG dient der Abwehr von Straftaten, insbesondere auch solcher, die sich gegen Leib und Leben von Personen richten."

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Aufenthaltsverbot war formell rechtmäßig, wenn die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt hat.

I. Zuständigkeit

"Die Polizeidirektion T. war für den Erlass des Aufenthaltsverbotes sachlich zuständig. Gem. § 60 III SächsPolG ist für die Wahrnehmung der Befugnisse nach den §§ 18 bis 27 auch der Polizeivollzugsdienst zuständig. Entgegen der Auffassung des Ast. ergibt sich die Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes unabhängig vom Erfordernis des sofortigen Tätigwerdens. Denn in § 60 III SächsPolG ist eine parallele Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes für die Standardmaßnahmen der §§ 18 bis 27 SächsPolG geregelt (vgl. Rommelfanger/Rimmele, SächsPolG, § 60 Rdnr. 6; Robrecht, SächsVBl 1999, 232, 234).

Dem verfügten Aufenthaltsverbot steht auch nicht § 2 II SächsPolG entgegen, wonach der Schutz privater Rechte der Polizei nach diesem Gesetz nur auf Antrag des Berechtigten und nur dann obliegt, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne polizeiliche Hilfe die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert wird. In den Schutzbereich des § 2 II SächsPolG fallen nur solche privaten Rechtsgüter, die nicht auch im öffentlichen Interesse liegen. Soweit es um den Schutz von Leben oder Gesundheit oder den Verstoß gegen Strafvorschriften geht, ist auch das öffentliche Interesse betroffen (Rommelfanger/Rimmele, a.a.O., § 2 Rndr. 15). Dies ist vorliegend der Fall."

II. Anhörung

"Soweit der Ast. geltend macht, er sei vor Erlass der Verfügung nicht gehört worden, ist ein möglicher Verstoß gegen § 28 I VwVfG jedenfalls gem. § 45 I Nr. 3, II VwVfG durch die Gelegenheit des Ast., sich im Widerspruchsverfahren bzw. im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu äußern, geheilt."

III. Form

Formverstöße sind vorliegend nicht ersichtlich. Mithin ist das Aufenthaltsverbot formell rechtmäßig ergangen.

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

I. Tatbestand

1. Voraussetzungen
Fraglich ist, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Ast. im Gemeindegebiet von D. Straftaten begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird. Dazu das VG:
"Die Kammer ist der Auffassung, dass es insoweit erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass eine Prognose ergibt, dass die Begehung einer Straftat in dem betroffenen örtlichen Bereich hinreichend wahrscheinlich ist(vgl. VG Göttingen, NVwZ-RR 1999, 169). Bloße Vermutungen genügen dagegen nicht (Rommelfanger/Rimmele, § 21 Rz. 13). Der über diese Maßgaben hinausgehenden Ansicht, wonach im Rahmen des § 21 II SächsPolG ein noch höherer Wahrscheinlichkeitsgrad, etwa im Sinne einer unmittelbaren Gefahr, - gefordert werden muss (Robrecht, SächsVBl 1999, 235), kann nicht gefolgt werden. Ihr ist entgegenzuhalten, dass in § 21 II SächsPolG anders als in § 22 I Nr. 1 oder § 27 I Nr. 1 SächsPolG bzw. § 15 I VersG ein derart erhöhter Gefahrengrad gerade nicht aufgenommen wurde. Des Weiteren ist zu beachten, dass schon eine entfernte Möglichkeit eines Schadens das polizeiliche Handeln erforderlich machen kann, wenn es um den Schutz besonders hochwertiger Sicherheitsgüter wie Leben und Gesundheit geht. Je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist, um so geringer sind die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts gestellt werden (vgl. Latzel, Die Polizei 1995, 131, 132)."

2. Subsumtion
"Diesen Vorgaben genügen die über den Ast. vorliegenden Erkenntnisse."

a. Rechtskräftige Verurteilung nicht erforderlich
"Dass der Ast. - soweit ersichtlich - wegen der ihm vom Ag. vorgeworfenen Straftaten bisher nicht rechtskräftig verurteilt ist, steht der Anordnung eines Aufenthaltsverbots nicht entgegen. Denn auch Angaben von Zeugen können eine gesicherte Tatsachengrundlage bieten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Zeugen die Straftat selbst miterlebt haben und angeben, den Täter wiederzuerkennen. Vorliegend haben gleich zwei Geschädigte von Straftaten geäußert, den Ast. als einen der Täter wiederzuerkennen."

b. Generalprävention als taugliches Kriterium
"Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Ast. in Zukunft von vergleichbaren Straftaten absehen wird. Seine Zugehörigkeit zur rechten Szene in D. wird unter anderem dadurch belegt, dass er in der Beschuldigtenvernehmung vom 18. 7. 2000 selbst eingeräumt hat, eine rechtsgerichtete Einstellung zu haben. Abgesehen davon, dass nach dem Vorgesagten das Aufenthaltsverbot nicht nur auf generalpräventiven Gesichtspunkten beruht, ist auch zu beachten, dass Gesichtspunkte der Generalprävention das öffentliche Interesse an einem Aufenthaltsverbot ebenfalls begründen können (vgl. VGH München, NVwZ 2000, 454, 455). Nach dem glaubhaften Vorbringen des Ag. verfolgt dieser vorliegend ein Gesamtkonzept zur Bekämpfung der rechtsextremen Szene in D. und zur Verhinderung von rechtsextremen, fremdenfeindlichen Straftaten, das neben der Videoüberwachung eines bisherigen Treffpunktes der rechten Szene auch eine Vielzahl von Aufenthaltsverboten gegenüber rechtsorientierten Personen beinhaltet. Der Ag. räumt ein, dass sich bisher kein neuer Treffpunkt der rechten Szene gebildet hat. Es ist aber gerichtsbekannt, dass es insbesondere im Umfeld von Treffpunkten der rechten Szene in D. zu teilweise gewalttätigen Auseinandersetzungen mit anderen Personen gekommen ist."

II. Rechtsfolge
§ 21 II 1 SächsPolG räumt der Behörde ein Ermessen ein. Fraglich ist, ob dieses ordnungsgemäß ausgeübt worden ist. Hinsichtlich des Entschießungsermessens sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, warum die Behörde trotz tatbestandsmäßigen Verhaltens des ASt. nicht hätte handeln dürfen. Hinsichtlich des Auswahlermessens ist insbesondere fraglich, ob das Aufenthaltsverbot einen verhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Ast. darstellt.

1. Legitimer Zweck
Sinn und Zweck des Aufenthaltsverbotes war - wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt - die Bekämpfung von Straftaten durch rechtsgerichete Täter in D. Dass dies ein legitimer Zweck i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist, steht außer Frage.

2. Geeignetheit
Das Aufenthaltsverbot müsste geeignet, d.h. zur Zweckerreichung förderlich sein. Selbst wenn man unterstellt, dass die gewünschte generalpräventive Wirkung nicht eintritt, würde zumindest der ASt. von der Begehung oder Beteiligung an weiteren Straftaten abgehalten. Die Maßnahme ist allein deshalb bereits geeignet.

3. Erforderlichkeit
Fraglich ist, ob die Maßnahme auch erforderlich war. Daran fehlte es, wenn der Behörde ein milderes, gleich effektives Mittel zur Gefahrenabwehr zur Verfügung gestanden hätte. Das VG erwägt insoweit eine örtliche wie zeitliche Beschränkung des Aufenthaltsverbots, verwirft diese Alternativen jedoch:

a. Örtliche Beschränkung

"Einerseits lässt § 21 II SächsPolG ein Aufenthaltsverbot im gesamten Gemeindegebiet zu (vgl. Rommelfanger/Rimmele, § 21 Rdnr. 13). Andererseits wäre eine Begrenzung des Aufenthaltsverbotes auf einen bestimmten Gebietsteil von D. zur Verhinderung von Straftaten nicht ebenso geeignet gewesen, wie das verfügte umfassende Aufenthaltsverbot. Straftaten von Angehörigen der rechten Szene waren nicht nur in einem eingrenzbaren Gebiet, etwa nur unmittelbar in der Plattenbausiedlung in D.-West, zu verzeichnen. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass sich die dem Ast. selbst vorgeworfenen Straftaten etwa im gleichen Bereich ereigneten. Denn das Verbot gegenüber dem Ast. kann als Einzelmaßnahme nicht isoliert betrachtet werden, sondern muss als Bestandteil eines Gesamtkonzeptes gesehen werden. Dies ist dann zulässig, wenn aus einer bestimmten Szene immer wieder Straftaten hervorgingen und eine wirksame Gefahrenabwehr nur durch eine Vielzahl von Aufenthaltsverboten gegenüber Angehörigen der Szene erreicht werden kann. In derartigen Fällen können sich die Aufenthaltsverbote auch auf ein gesamtes Stadtgebiet erstrecken, wenn bei einer Begrenzung auf bestimmte Bereiche zu befürchten wäre, dass sich die Szene verlagert (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 2000, 454). Nach Auffassung der Kammer ist eine derartige Konstellation innerhalb der rechten Szene von D. gegeben. Zu beachten ist dabei zunächst, dass schon die dem Ast. konkret vorgeworfenen Straftaten jeweils nicht nur von einem Einzelnen, sondern von einer Gruppe von Angehörigen der rechten Szene begangen wurden. Darüber hinaus hat der Ag. glaubhaft weitere Straftaten vorgetragen, an denen jeweils mehrere Angehörige der rechten Szene beteiligt waren und die unmittelbar im Umfeld ihrer Treffpunkte begangen wurden. Geht die Gefahr jedoch vorliegend gerade von Gruppen aus der rechten Szene aus, so muss sich der Ast., der seine Zugehörigkeit zu dieser Szene einräumt, im Rahmen des Gesamtkonzeptes auch derartige Straftaten entgegenhalten lassen, bei denen seine Beteiligung nicht nachgewiesen ist. Könnte jedem einzelnen Angehörigen der Szene ein Aufenthaltsverbot nur für einen ganz bestimmten Bereich, für den ihm bereits eine Straftat nachgewiesen wurde, erteilt werden, wäre die Neubildung von Treffpunkten der Szene nicht zu verhindern [...]."

b. Zeitliche Beschränkung

"Das Verbot ist auch zeitlich auf den erforderlichen Umfang beschränkt. Gem. § 21 II 1 SächsPolG kann das Aufenthaltsverbot für eine Zeit von bis zu drei Monaten ausgesprochen werden. Dieser Zeitraum ist vorliegend nicht überschritten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass vorliegend ein Aufenthaltsverbot mit kürzerer Dauer gleich wirksam gewesen wäre. Insbesondere wäre eine Begrenzung des Aufenthaltsverbotes auf wesentlich weniger als drei Monate nicht ausreichend, um die Neubildung eines Treffpunktes der rechten Szene in D. wirksam zu verhindern. Auch ein auf eine bestimmte Tageszeit begrenztes Aufenthaltsverbot wäre kein geeignetes Mittel, um den vom Ag. verfolgten Zweck zu erreichen. Denn auch durch eine derartige zeitliche Begrenzung könnte das Gesamtkonzept des Ast. unterlaufen werden, indem sich die Angehörigen der Szene an einem ganz bestimmten Ort - wenn auch nur zu bestimmten Tageszeiten - treffen könnten, so dass die Gefahr von Straftaten wieder erhöht würde. Es ist auch nicht erkennbar, dass Straftaten von Angehörigen der rechten Szene in D. nur zu bestimmten Zeiten zu erwarten wären. Dies gilt insbesondere für den Ast., der keiner Berufstätigkeit nachgeht [...]."

4. Angemessenheit

"Das verfügte Aufenthaltsverbot ist auch nicht unangemessen. Denn es lässt - wie von § 21 II 3 SächsPolG gefordert - die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch den Ast. unberührt. Zu den berechtigten Interessen gehört dabei z.B. das Aufsuchen eines Arztes, Rechtsanwaltes oder Sozialarbeiters sowie die Teilnahme an Wahlen oder Demonstrationen (vgl. Belz, § 21 Rdnr. 12, Rommelfanger/Rimmele, § 21 Rdnr. 14). Ob auch die Deckung des Lebensbedarfes zu den berechtigten Interessen i. S. des § 21 II 3 SächsPolG gehört, hängt davon ab, ob sie am Wohnort des Ast. möglich ist. Das Vorbringen des Ast., D. sei sein Lebensmittelpunkt bzw. sozialer Mittelpunkt, ist allerdings unsubstanziiert, zumal er selbst angibt, in N. wohnhaft zu sein. Sollte der Ast. über schützenswerte soziale Kontakte in D. verfügen, kann ihm im Einzelfall zu deren Pflege auf substanziierten Antrag eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden (vgl. Hecker, NVwZ 1999, 261, 263).

Eine unangemessene Einschränkung der Rechte des Ast. stellt es auch nicht dar, dass der Ast. jedes Betreten des Verbotsgebietes der Polizeibehörde oder Polizeidienststelle unter Angabe des Grundes vorher anzuzeigen hat. Dass es in Einzelfällen hinsichtlich der zeitlichen Verweildauer zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen kann, stellt sich als eine Frage des Vollzuges der Maßnahme dar und hat auf die Frage der Rechtmäßigkeit der getroffenen Anordnung keine Auswirkungen (VGH München, NVwZ 2000, 454, 457). Vielmehr wird durch die Möglichkeit einer "Ausnahmegenehmigung" die Wahrnehmung berechtigter Interessen des Ast. gerade gewährleistet (vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 2000, 454)."

D. Ergebnis

Das Aufenthaltsverbot war rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht Problem: Kenntnis von Vollmachtlosigkeit des Stellvertreters

BGH, URTEIL VOM 26.04.2001
VII ZR 222/99 (NJW 2001, 3184)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren ging es um Regressansprüche eines vollmachtlosen Vertreters, der gem. § 179 BGB in Anspruch genommen worden ist, gegen den Vertretenen. Der Bekl. hatte die Kl. beauftragt, Architektenleistungen für das Bauvorhaben eines Kinderspielplatzes zu erbringen. Daraufhin beauftragten die Kl. einen Dritten mit der Lieferung und Montage einer Pergola für den Spielplatz. Der Bekl. hatte zwar keinen diesbezüglichen Auftrag erteilt, aber widerspruchslos die Leistung entgegen genommen und jahrelang genutzt.

Vertragliche Regressansprüche kommen mangels eines Auftrags oder sonstigen Ermächtigung durch den Bekl. nicht in Betracht. Für einen Regressanspruch aus berechtigter GoA (§§ 677, 683, 670 BGB) fehlt es am entsprechenden Willen des Bekl., da er sämtliche Aufträge für jenes Bauvorhaben selbst vergeben wollte. Jedoch kommen Schadensersatzansprüche aus p.F.V. in Betracht. Wie bei jedem Schuldverhältnis treffen auch die Parteien eines Architektenvertrages wechselseitige Fürsorge- und Aufklärungspflichten. Daher musste der Bekl., sobald er erkannt oder sich der Kenntnis bewusst verschlossen hatte, dass die Kl. als vollmachtlose Vertreter für ihn handelten, dieselben darauf hinweisen. Im Weiteren kommt auch ein Regressanspruch aus unberechtigter GoA gem. §§ 684, 812 ff. BGB in Frage, da der Bekl. aufgrund der Geschäftsführung der Kl. die Bauleistung des Dritten an der Pergola erlangt hat, ohne dafür etwas selbst aufgewendet zu haben. Darin liegt dann seine Bereicherung.

Eine solche Haftung wird auch nicht durch die parallele Anwendung von § 179 BGB ausgeschlossen.

Prüfungsrelevanz:

Bei der Problematik des vollmachtlosen Vertreters geht es regelmäßig um die Haftung des "falsus procurator" gegenüber dem Dritten gem. § 179 BGB. In diesem Fall ging es aber um das nicht weniger wichtige und daher relevante Innenverhältnis zwischen dem vollmachtlosen Vertreter und den Vertretenen. Dieses richtet sich nach dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen, das nicht mehr Gegenstand der §§ 164 ff. BGB ist. Vielmehr ist das Rechtsverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen in jedem Einzelfall gesondert rechtlich einzuordnen (Arbeits-, Auftrags-, GoA- oder Gefälligkeitsverhältnis). Nur aus diesem Rechtsverhältnis können sich dann Regressansprüche des nach § 179 BGB in Anspruch genommenen Vertreters gegen den Vertretenen ergeben.

Von examensrelevanter Bedeutung ist diese Entscheidung auch deshalb, da sie zu vertraglichen Nebenpflichten (hier: Fürsorge- und Aufklärungspflicht) für einen Anspruch aus p.F.V. und zum Inhalt einer Bereicherung i.S.d. § 812 I BGB Stellung nimmt.

Vertiefungshinweis:

" Zur Fahrlässigkeit bei Vertragsänderung mit vollmachtlosem Bauleiter: *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 2001, 453.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Hausverwaltung"

Leitsätze:

1. Beauftragt ein Architekt in der irrigen Annahme seiner Bevollmächtigung einen Unternehmer mit Bauarbeiten, so ist der Bauherr verpflichtet, den Architekten auf die Unwirksamkeit des Bauvertrags hinzuweisen, sobald er dies erkennt oder sich der Kenntnis bewusst verschließt.

2. Entspricht die einer Partei auf ihrem Grundstück rechtsgrundlos erbrachte Leistung ihrer Planung, nimmt sie diese entgegen und nutzt sie, so hat sie als Wertersatz grundsätzlich dasjenige zu leisten, was sie bei eigener Vergabe für die Arbeiten hätte aufwenden müssen.

Sachverhalt:

Die beiden klagenden Architekten sind im Vorprozess von der B erfolgreich als vollmachtlose Vertreter des bekl. Landes auf Bezahlung einer Werkleistung in Höhe von 152 261,82 DM in Anspruch genommen worden. Die Kl. verlangen diesen nach ihrer Verurteilung an B gezahlten Betrag nebst Zinsen und Prozesskosten vom bekl. Land (künftig: Bekl.). Der Bekl. hatte die Kl. im Sommer 1989 beauftragt, Architektenleistungen für das Bauvorhaben "Umbau des W-Platzes/Kinderspielplatzes am W-Platz" in B. zu erbringen. Er hatte zunächst die K & S beauftragt, die Metallbauarbeiten auszuführen, zu denen unter anderem die Herstellung und Montage einer unter künstlerischen Gesichtspunkten gestalteten Pergola gehörte. Da die K & S den vereinbarten Fertigungstermin nicht einhielt, entzogen die Kl. ihr namens des Bekl. den Auftrag, soweit er die Lieferung und Montage der Pergola betraf. Am selben Tag forderte die Kl. zu 2 die B auf, mit diesen Arbeiten auf der Basis von Stundenlohnsätzen zu beginnen. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Bekl. seinerseits die Kl. beauftragt hat-

te, die Pergolaarbeiten zu vergeben. Jedenfalls, so meinen die Kl., sei der Bekl., welcher den Arbeiten der Firma B nicht widersprochen habe, vielmehr deren Leistungen nunmehr schon über Jahre hinweg nutze, verpflichtet, ihnen in Höhe der Klageforderung Ersatz zu leisten.
Wird die Klage erfolgreich sein?

Lösung:

Die Zahlungsklage wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig und begründet ist. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, so dass es im Rahmen der Begründetheit ausschließlich darum geht, ob die Kl. gegenüber dem Bekl. einen entsprechenden Regressanspruch geltend machen können.

A. §§ 662, 670 BGB
Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Regressanspruch in Höhe von 152.261,82 DM gem. §§ 662, 670 BGB haben.
Voraussetzung dafür ist der Abschluss eines wirksamen Vertrages zwischen den Parteien, durch den die eine Partei verpflichtet wird, unentgeltlich für die andere Partei ein übertragenes Geschäft zu übernehmen (Palandt/Thomas, BGB, Einf. vor § 662 Rz. 1, § 662 Rz. 2 - 4). Zwischen den Parteien ist jedoch streitig, ob der Bekl. seinerseits die Kl. beauftragt hatte, die Pergolaarbeiten zu vergeben. Ein entsprechender Beweis wird durch die Kl. auch nicht geführt.
Damit kann ein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien bezüglich der Pergola nicht festgestellt werden, so dass auch kein auftragsrechtlicher Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 662, 670 BGB in Frage kommt.

B. §§ 677, 683, 670 BGB
Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Regressanspruch in Höhe von 152.261,82 DM gem. §§ 677, 683, 670 BGB haben.

I. Fremde Geschäftsführung
Zunächst müssten die Kl. für den Bekl. ein fremdes Geschäft besorgt haben.
Geschäftsbesorgung hat dieselbe Bedeutung wie beim Auftragsverhältnis. Tätigkeit ist dabei in weitem Sinne zu verstehen. Darunter fallen die Vornahme von Rechtsgeschäften, rechtsgeschäftsähnlichen und rein tatsächlichen Handlungen gleich welcher Art; bloßes Dulden, Unterlassen oder Gewähren reicht nicht aus (Palandt/Thomas, BGB, § 662 Rz. 6). Mit der Beauftragung von B, auf Stundenlohnbasis die fragliche Pergola zu erstellen, haben die Kl. danach eine Geschäftsbesorgung vorgenommen.
In fremdem Interesse liegt eine solche Tätigkeit, wenn sie an sich der Sorge eines anderen, wenn auch nicht notwendigerweise seiner persönlichen Vornahme obliegen würde, also die Interessen des Geschäftsherrn fördert (Palandt/Thomas, BGB, § 662 Rz. 7; Staudinger/Wittmann, BGB, § 662 Rz. 13). Die Pergola diente dem Umbau des W-Platzes/Kinderspielplatzes am W-Platz in dem bekl. Land, für welchen die Kl. engagiert worden waren. Folglich ist die fremde Interessenförderung gegeben.
Die Kl. haben ein fremdes Geschäft besorgt.

II. Fremdgeschäftsführungswille
Weiterhin ist für die Kl. ein entsprechender Fremdgeschäftsführungswille erforderlich, d.h. sie müssen mit der Erkenntnis und dem Willen gehandelt haben, im Interesse eines anderen tätig zu werden (Palandt/Thomas, BGB, § 677 Rz. 3; BGHZ 16, 12). Bei einem objektiv fremden Geschäft wie dem vorliegenden, wo das Geschäft bereits nach seinem äußeren Erscheinungsbild in den Rechts- und Interessenkreis eines anderen fällt, wird das Vorliegen eines entsprechenden Fremdgeschäftsführungswillen vermutet (BGHZ 40, 28 [31]).

III. Ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung
Nach § 677 BGB muss die Geschäftsführung ohne einen zugrundeliegenden Auftrag oder sonstige Berechtigung gegenüber dem Geschäftsherrn erfolgen. Wie bereits oben gezeigt, lag der Vergabe der Pergolaarbeiten kein Auftragsverhältnis zwischen den Parteien zugrunde.

IV. Im Interesse und mit Willen des Geschäftsherrn
Für eine Aufwendungsersatzanspruch aus einer berechtigten GoA muss gem. § 683 BGB die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn entsprechen.
Dazu wird im Urteil des BGH ausgeführt:
"Das BerGer. hat Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 670 BGB) mit der Begründung abgelehnt, das Interesse und der feststellbare Wille des Bekl. habe einer sofortigen Beauftragung der B zur Fertigstellung der Pergolaarbeiten auf Stundenlohnbasis entgegengestanden. Der Bekl. habe sämtliche Aufträge für das Bauvorhaben selbst vergeben wollen und sei hiervon nicht abgerückt. Er habe den Kl. bereits Ende 1991 erklärt, dass eine Überschreitung der beauftragten Bausumme in 1992 nicht möglich sei.
Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das BerGer. hat sowohl das Interesse wie auch den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Bekl. als Geschäftsherrn mit der Übernahme der Geschäftsführung, nämlich der Vergabe der Pergolaarbeiten auf Stundenlohnbasis an B, rechtsfehlerfrei verneint. Die gegen diese Feststellung erhobenen Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet"

V. Ergebnis
Mit der Verneinung des Interesses und des Willen des Bekl. an der Vergabe der Pergolaarbeiten fehlt es an einer berechtigten GoA, die aber Voraussetzung für den Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 677, 683, 670 BGB ist.

C. p.F.V.
Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Regressanspruch in Höhe von 152.261,82 DM aus positiver Forderungsverletzung haben.

I. Bestehendes Schuldverhältnis
Für die Anwendung des gewohnheitsrechtlich anerkannten Instituts der positiven Forderungsverletzung ist ein bestehendes Schuldverhältnis zwischen den Parteien (Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 107). Aufgrund des Architektenvertrages zwischen den Parteien liegt in diesem Fall ein vertragliches Schuldverhältnis vor.

II. Pflichtverletzung
Im Rahmen dieses Vertrages müsste nunmehr der Bekl. eine Pflicht verletzt haben, also eine Vertragsverletzung begangen haben. Als verletzte Pflicht kommt in diesem Fall eine Aufklärungspflicht des Bekl. in Betracht. Der BGH führt dazu aus:
"Wie bei jedem Schuldverhältnis treffen auch die Parteien eines Architektenvertrags wechselseitige Schutz-, Fürsorge- und Aufklärungspflichten. Dazu gehört die Pflicht, den Vertragspartner über Umstände aufzuklären, die dieser nicht erkennt oder erkennbar unzutreffend würdigt und die zu Gefahren für seine Rechtsgüter und Integritäts- oder Leistungsinteresse führen, sofern diese Umstände erkennbar für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind und er nach der Verkehrsanschauung Aufklärung erwarten darf (vgl. BGH, NJW-RR 1990, 431 [432]; WM 1995, 439 [441]).
Nach diesen Grundsätzen musste der Bekl., sobald er erkannt oder sich der Kenntnis bewusst verschlossen hatte, dass B von den Kl. in seinem Namen mit der Fertigstellung der Pergolaarbeiten beauftragt worden war, die Kl. darauf hinweisen, dass ein wirksamer Vertrag zwischen ihm und B nicht besteht. Der Bekl. wusste, dass die Kl. nicht berechtigt waren, Aufträge in seinem Namen ohne sein Einverständnis zu erteilen. Die Annahme, die Kl. hätten sich als Architekten im eigenen Namen verpflichten wollen, die Pergola fertigzustellen, ist lebensfremd. Wenn der Bekl. nicht beabsichtigte, die Arbeiten der B als vertragliche Leistung anzunehmen und den ihr zustehenden Werklohn zu zahlen, so durfte er die Arbeiten der B nicht geschehen lassen. Er war vielmehr verpflichtet, den Kl. gegenüber unverzüglich und unmissverständlich klarzustellen, dass er sich durch eine von ihnen getroffene Vereinbarung mit B nicht gebunden betrachte, um damit die Verpflichtung der Kl. aus § 179 I BGB gering zu halten. Diese Hinweispflicht hat auch ihren Sinn. Nach der Lebenserfahrung wird ein vollmachtlos handelnder Architekt auf Grund eines solchen Hinweises den Unternehmer davon unverzüglich unterrichten, damit dieser seine Arbeiten ein-stellen und eine einvernehmliche Lösung mit dem Bauherrn finden kann. Verweigert der Bauherr eine Genehmigung des Vertrags, so kann der Unternehmer seine Arbeiten nicht mehr fortsetzen, da er gegen den Willen des Grundstückseigentümers auf fremdem Grund nicht bauen darf. In diesem Fall sind die A-nsprüche des Unternehmers gegen den Architekten aus § 179 I BGB im Ergebnis auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung beschränkt, da der Architekt, sofern der Unternehmer die Erfüllung wählt, die wegen der Gegenleistung sich aus §§ 320ff. BGB ergebenden Rechte geltend machen kann (RGZ 120, 126 [129]; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. § 179 Rdnr. 16; Medicus, AT, 7. Aufl., Rdnr. 986)."
Damit liegt eine vertragliche Pflichtverletzung seitens des Bekl. vor.

III. Regelungslücke
Aufgrund ihres Auffangcharakters kommt die p.F.V. als Anspruchsgrundlage nur in Frage, wenn kein Fall der gesetzlich geregelten Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug, Gewährleistung) vorliegt. Gerade die Verletzung von Nebenpflichten, insb. von vertraglichen Aufklärungspflichten, begründet wegen ihrer mangelnden Regelung im BGB die Anwendbarkeit der p.F.V. (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 276 Rz. 119).

IV. Verschulden
Hinsichtlich der festgestellten Pflichtverletzung muss den Bekl. als Schuldner der verletzten Aufklärungspflicht ein Verschulden gem. § 276 BGB treffen. Ein Verschulden liegt vor, sobald der Bekl. erkannt oder sich der Kenntnis bewusst verschlossen hatte, dass die Kl. in seinem Namen die Pergolaarbeiten vergab.
Dazu stellt der BGH fest:
"Das BerGer hat keine hinreichenden Feststellungen dazu getroffen, von welchem Zeitpunkt an der Bekl. die Aktivitäten der B kannte oder sich der Kenntnis bewusst verschloss. Nach den bisherigen Feststellungen liegt eine frühzeitige Kenntnis des Bekl. nahe. Die Kl. zu 2 hatte B am 10. 3. 1992 mit der Fertigstellung der Pergola beauftragt und sie aufgefordert, mit den Arbeiten zu beginnen. Im Vorprozess war unstreitig, dass B am 10. 3. 1992 ihre Arbeiten aufgenommen hatte; davon ist in der Revision auszugehen. Für eine frühzeitige Kenntnis des Bekl. spricht zum einen, dass er sich in Nr. 4.9 der Architektenverträge zur Mitwirkung bei der Objektüberwachung verpflichtet hatte, so dass er alsbald Kenntnis vom Beginn der Tätigkeit der B erhalten haben dürfte. Zum anderen spricht hierfür die vom Bekl. gefertigte Niederschrift über die Besprechung vom 17. 3. 1992, an der unter anderem bei-

de Kl. und mehrere Vertreter des Bekl. teilgenommen hatten. Darin ist festgehalten, dass die Kl. nach dem Teilentzug des der K & S erteilten Auftrags die B mit der Fertigstellung der Pergolaarbeiten beauftragt hatten. Nach dem Inhalt der Niederschrift besteht kein Anhaltspunkt, der Bekl. habe zu diesem Zeitpunkt noch angenommen, die B werde als Subunternehmerin für K & S tätig werden."

[Anm.: Umstritten ist in diesem Zusammenhang die analoge Anwendung von § 282 BGB zwecks Beweislastumkehr (Palandt/Heinrichs, BGB, § 282 Rz. 6 ff.).]

V. Schaden

Als Folge der verletzten Aufklärungspflicht sind die Architekten dem B nach § 179 BGB verpflichtet gewesen, so dass darin ein adäquat kausal verursachter Schaden zu sehen ist.

VI. Ergebnis

Die Kl. haben gegen den Bekl. einen Schadensersatzanpruch aus p.F.V.

D. §§ 684, 812 ff. BGB

Die Kl. könnten gegen den Bekl. einen Regressanspruch in Höhe von 152.261,82 DM gem. §§ 684, 812 ff. BGB haben.

I. Unberechtigte GoA

Wie bereits an anderer Stelle gezeigt, liegen die Voraussetzungen für eine berechtigte GoA i.S.d. § 683 BGB nicht vor. Vielmehr liegt in der Vergabe der Pergolaarbeiten an B eine unberechtigte GoA der Kl. i.S.d. § 684 BGB vor.

II. Bereicherung des Geschäftsherrn

Sofern der Bekl. als Geschäftsherr durch diese unberechtigte GoA bereichert ist, ist er zur Herausgabe nach Bereicherungsgrundsätzen (Rechtsfolgenverweis) verpflichtet. Bezüglich einer Bereicherung meint der BGH:

"Der Bekl. hat auf Grund der Geschäftsführung der Kl. die Bauleistung der B und damit die Fertigstellung der Pergolaarbeiten erlangt, ohne dafür etwas aufgewendet zu haben. Der Umfang dessen, was er herauszugeben oder welchen Wertersatz er zu leisten hat, ergibt sich aus dem Bereicherungsrecht.

Die Ansprüche der Kl. scheitern nicht daran, dass die Geschäftsführung interessenwidrig und aufgedrängt war. Die fehlende Übereinstimmung mit dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn schließt nur die Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag aus, ist aber andererseits gerade Voraussetzung für Ansprüche aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag."

III. Kein Ausschluss durch § 179 BGB

Nach Ansicht des BGH wird dieser Anspruch nicht durch die parallele Anwendung von § 179 BGB ausgeschlossen.

"Der Anspruch der Kl. aus §§ 684, 812 ff. BGB ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der B nach Abschluss ihrer Arbeiten neben dem Anspruch aus § 179 I BGB gegen die Kl. zugleich ein Bereicherungsanspruch aus § 812 I 1 BGB gegen den Bekl. erwachsen ist (zu Letzterem: vgl. BGHZ 36, 30 [35] = NJW 1961, 2251 = LM § 179 BGB Nr. 4). Die Erfüllung des Anspruchs aus § 179 I BGB durch die Kl. schließt es aus, dass B ihren Bereicherungsanspruch gegen den Bekl. noch durchsetzen kann, da sie anderenfalls für dieselbe Leistung wirtschaftlich doppelt Zahlung erhielte (Beigel, BauR 1987, 626 [628]; vgl. auch Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb., § 951 Rdnr. 7). Der Vorrang eines Leistungskondiktionsberechtigten besteht also nicht."

IV. Ersatzumfang

Hinsichtlich des Umfangs der herauszugebenden Bereicherung weist der BGH noch auf Folgendes hin:

"Das BerGer. trifft von seinem Standpunkt aus folgerichtig keine Feststellungen zur Höhe des geschuldeten Wertersatzes (§ 818 II BGB). Dies wird nachzuholen sein. Dazu weist der Senat auf Folgendes hin.

Die Rechtsprechung des BGH stellt beim Bau auf fremdem Grund und Boden auf eine objektiv zu bemessende Steigerung des Grundstücksverkehrswerts ab (Nachw. bei Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 818 Rdnr. 41). Im vorliegenden Fall ist diese Wertermittlung jedoch nicht maßgebend. Die dem Bekl. als Grundstückseigentümer erbrachte Leistung entsprach seiner Planung; er hat sie entgegengenommen und nutzt sie.

Die Bereicherungsansprüche gehören dem Billigkeitsrecht an und stehen daher im besonderen Maße unter den Grundsätzen von Treu und Glauben (BGHZ 111, 308 [312] = NJW 1990, 2542 = LM § 134 BGB Nr. 130). Mit diesen wäre es nicht zu vereinbaren, wenn der Bekl. nicht die ersparten Aufwendungen erstatten müsste. Es widerspräche Treu und Glauben, wenn der Bekl. wegen der möglicherweise nicht vorhandenen Wertsteigerung seines Grundstücks durch die Pergolaarbeiten das Erlangte unentgeltlich behalten und nutzen könnte. Er wird daher grundsätzlich dasjenige als Wertersatz zu leisten haben, was er bei eigener Vergabe für die Vollendung der Arbeiten hätte aufwenden müssen. Dafür standen ihm auch Mittel zur Verfügung, die er gegebenenfalls durch einen Nachtragshaushalt oder durch eine aktive Verfolgung seiner Ansprüche gegen die K & S hätte aufstocken können."

V. Ergebnis

Die Kl. haben gegen den Bekl. einen Anspruch gem. §§ 684, 812 ff. BGB.

Endergebnis
Aufgrund von Regressansprüchen der Kl. gegenüber dem Bekl. - einerseits aus p.F.V. und andererseits gem. §§ 684, 812 ff. BGB - ist die Zahlungsklage begründet und wird erfolgreich sein.

Standort: Strafrecht Problem: Beglaubigte Kopie eines gefälschten Originals

BGH, BESCHLUSS VOM 02.05.2001
2 STR 149/01 (STV 2001, 624)

Problemdarstellung:
Der BGH hatte in dem nachstehenden Beschluss über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der zunächst ein Zeugnis über das Erste juristische Staatsexamen gefälscht und kopiert hatte, sich dann die Kopie beglaubigen ließ, um so u.a. eine Anstellung als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der WWU Münster zu erreichen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts hat sich der Angeklagte dadurch nach Meinung des BGH nicht wegen mittelbarer Falschbeurkundung (§ 271 StGB), sondern nur wegen Betrugs (§ 263 StGB) und Urkundenfälschung (§ 267 StGB) strafbar gemacht. § 271 StGB sei nicht verwirklicht, da die Beglaubigung inhaltlich richtig sei, weil die Kopie mit dem bei der Beglaubigung vorgelegten Schriftstück übereinstimmte. § 267 I, 3. Fall StGB sei dagegen in Form des mittelbaren Gebrauchens des unechten Originals durch Vorlage einer Kopie verwirklicht. Darin liege auch ein Anstellungsbetrug.

Prüfungsrelevanz:
Die Entscheidung betrifft sehr prüfungsrelvante Fragen aus dem Bereich der Urkundendelikte und bietet darüber hinaus Anlass, auf den sog. Anstellungsbetrug einzugehen. Dabei handelt es sich um einen Eingehungsbetrug durch Erschleichen einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Anstellung. Ein Vermögensschaden kann insoweit grundsätzlich nur dann angenommen werden, wenn die zu erbringende Arbeitsleistung gegenüber dem zu zahlenden Entgelt bei wirtschaftlicher Betrachtung minderwertig ist. Etwas anderes gilt jedoch bei Erschleichen einer Beamtenstellung oder sonstigen Positionen, die mit einer besonderen Vertrauensstellung oder Qualifikation verbunden ist. Umstritten ist, wie die sog. Vorstrafenfälle zu behandeln sind

Zentrale Problematik der Entscheidung ist die Urkundeneigenschaft von Fotokopien, sowie die damit zusammenhängenden Fragen der Beglaubigung und des mittelbaren Gebrauchens eines Originals durch Vorlage einer Kopie. Zu diesem "klassischen" Examensproblem s. RA 2000, S. 97 m.w.N..

Vertiefungshinweise:
" Zum Anstellungsbetrug: *BVerfG*, NJW 1998, 2589; *BGH*, NStZ 1999, 302 m. Anm. *Geppert* (alle zum Verschweigen einer MfS-Tätigkeit); *BGHSt* 22, 38 (zur Verjährung); *BGH*, NJW 1978, 2042 m. Anm. *Miehe*, JuS 1980, 264; *Rengier*, StrafR BT I, § 13 Rn. 98 ff. (zu den Vorstrafenfällen).
" Zur Urkundenqualität von Fotokopien: *BGHSt* 24, 140; *Geppert*, Jura 1990, 271.

Kursprogramm:
" *Examenskurs*: "Die Fotokopie"

Leitsätze:
Wird die Beglaubigung einer Kopie eines gefälschten Originalschriftstücks bewirkt, stellt dies keine mittelbare Falschbeurkundung dar, wenn die Kopie mit dem (gefälschten) Original übereinstimmt. In der Verwendung einer beglaubigten Kopie anstelle des gefälschten Originals liegt ein tat-

bestandsmäßiges Gebrauchmachen des gefälschten Originals.

Sachverhalt:
Der Angeklagte A hat Kopien eines gefälschten Zeugnisses der Ersten juristischen Staatsprüfung vorgelegt, um eine Anstellung als Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Universität Münster zu erreichen. Er hatte bereits bei früherer Gelegenheit das Zeugnisformular auf dem Computer erstellt, das Formular mit der Schreibmaschine ausgefüllt, einen Dienstsiegelabdruck von einem anderen Zeugnis aufgebracht und die Unterschrift des Präsidenten des Justizprüfungsamtes gefälscht. Von diesem Zeugnis hatte er Kopien gefertigt, die er von der Stadtverwaltung in Marburg hatte beglaubigen lassen.

Strafbarkeit des A?

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen Herstellens einer unechten Urkunde gem. § 267 I, 1. Fall StGB durch das Anfertigen des Zeugnisses

I. Tatbestand

1. Urkunde
Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist und ihren Aussteller erkennen lässt. Bei dem gefälschten Examenszeugnis handelt es sich um eine verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet ist. Die erforderliche Beweisbestimmung kommt darin zum Ausdruck, dass A das Zeugnis jedenfalls mittelbar in den Rechtsverkehr gelangen lassen will. Als angeblicher Aussteller ist der Präsident des JPA erkennbar.

2. Unecht
Unecht ist eine Urkunde, wenn scheinbarer und wahrer Aussteller personenverschieden sind, mithin eine Identitätstäuschung vorliegt. Wahrer Aussteller ist derjenige, von dem die Erklärung geistig herrührt, d.h. wer sie sich nach (zivil-)rechtlichen Maßstäben als seine Erklärung zurechnen lassen muss. Da der Präsident des JPA als scheinbarer Aussteller sich die von A gefertigte Erklärung nicht zurechnen lassen muss, liegt eine unechte Urkunde vor.

3. Herstellen
A hat die erstmalige Existenz der Urkunde verursacht und diese damit hergestellt.

4. Vorsatz
Er handelte auch vorsätzlich.

5. Täuschungsabsicht
Fraglich ist, ob A mit der erforderlichen Absicht (dolus directus 2. Grades) zur Täuschung im Rechtsverkehr handelte, da er letztlich nicht das erstellte Formular in den Rechtsverkehr gelangen lassen wollte. Insbesondere wegen der in den ersten beiden Varianten des § 267 StGB gegebenen weiten Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit wird man mit der überwiegenden Ansicht in der Literatur verlangen müssen, dass der Täter gerade das Falsifikat in den Rechtsverkehr gelangen lassen will (Zaczyk, NJW 1989, 2515 gegen BayObLG, NJW 1991, 2163). Allerdings wollte A das Original zur Beglaubigng vorlegen, so dass die erforderliche Täuschungsabsicht vorliegt.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld
A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis
A hat sich daher gem. § 267 I, 1. Fall StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit wegen Herstellens einer unechten Urkunde gem. § 267 I, 1. Fall StGB durch das Anfertigen der Kopien

I. Tatbestand
Fraglich ist, ob der Tatbestand des § 267 I, 1. Fall StGB durch das Anfertigen der Kopien erfüllt ist. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn es sich bei den Kopien um Urkunden handelt.

1. Grundsatz: *keine Urkundenqualität*
Nach h.M. besitzen Kopien grundsätzlich keine Urkundenqualität. Danach ist der "Erklärungsgehalt" einer Kopie nicht der des Originals, sondern die Kopie enthält - wie eine einfache Abschrift - lediglich die bildliche Wiedergabe der in einem anderen Schriftstück verkörperten Erklärung. Folglich fehlt es bereits an einer menschlichen Gedankenerklärung. Im Übrigen kommt Kopien häufig nicht die erforderliche Beweiseignung zu. Insbesondere aber ist der Aussteller, d.h. derjenige von dem die in der Kopie enthaltene "Erklärung" geistig herrührt (sog. Geistigkeitstheorie), nicht erkennbar.

2. Ausnahme: *Anschein eines Originals*
Ausnahmsweise soll eine Kopie jedoch dann eine Urkunde darstellen, wenn sie den Anschein eines Originals erweckt, da den jedenfalls für den zu Täuschenden der Anschein einer Urkunde entsteht (sog. Scheinurkunde). Vorliegend ist davon auszugehen, dass A - wie bei Bewerbungsverfahren üblich - eine Kopie des vermeintlichen Examenszeugnisses vorlegen wollte. Dementsprechend wollte er nicht den Anschein einer Originalurkunde hervorrufen.

II. Ergebnis
A hat sich auch nicht durch das Anfertigen der Kopie gem. § 267 I, 1. Fall StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit wegen Gebrauchens einer unechten Urkunde gem. § 267 I, 3. Fall StGB durch die Vorlage des Originals und der Kopien bei der Stadtverwaltung Marburg
Da es sich bei den Kopien nicht um Urkunden handelt, scheidet insoweit auch ein Gebrauchen aus. Allerdings handelt es sich bei dem Original um eine unechte Urkunde. Nach der Rechtsprechung liegt in der Vorlage einer Kopie ein mittelbares Gebrauchen des unechten Originals (BGHSt 24, 140, 142; BayObLG, NJW 1992, 3311; OLG Düsseldorf, VRS 97, 415 = RA 2000, S. 97). Zudem hat A zur Beglaubigung auch das gefälschte Original selbst vorgelegt und dem Bediensteten auch insoweit jedenfalls die Möglichkeit zur Kenntnisnahme verschafft. Da er insoweit auch vorsätzlich und mit Täuschungsabsicht handelte, hat er sich wegen Gebrauchens einer unechten Urkunde strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit gem. § 271 StGB durch das Veranlassen der Beglaubigung

I. Tatbestand

1. Öffentliche Urkunde
Eine öffentliche Urkunde ist eine Urkunde, die von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb ihrer Zuständigkeit in der vorgeschriebenen Form aufgenommen worden ist (vgl. § 415 ZPO). Zwar handelt es sich bei der Kopie wie gesehen nicht um eine Urkunde, doch stellt der Beglaubigungsvermerk eine solche dar (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, § 267, Rn. 40 a). Aussteller ist dabei die Behörde, die den Vermerk erteilt. Daher handelt es sich auch um eine öffentliche Urkunde.

2. Inhaltlich unrichtig
Die öffentliche Urkunde muss inhaltlich unrichtig sein. Dazu führt der BGH aus." Die Beglaubigung einer Kopie bestätigt nicht die inhaltliche Richtigkeit des Schriftstücks, dessen Kopie beglaubigt wird. Beglaubigt wird vielmehr lediglich, dass die Kopie mit dem bei der Beglaubigung vorgelegten Schriftstück übereinstimmt. Mittelbare Falschbeurkundung kommt in diesem Zusammenhang dann in Betracht, wenn der Täter bewirkt, dass eine Kopie oder dessen Anschrift beglaubigt wird, die in Wirklichkeit nicht mit dem Original übereinstimmt, also inhaltlich falsch ist (vgl. hierzu Cramer in Schönke/Schröder, 26. A., § 267 Rn. 40 a). Hiervon zu unterscheiden ist der vorliegende Sachverhalt, bei dem nicht der Beglaubigungsvermerk falsch war, sondern das Originalschriftstück gefälscht war, dessen Kopie beglaubigt wurde."

II. Ergebnis
A hat sich nicht wegen mittelbarer Falschbeurkundung strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit wegen Herstellens einer unechten Urkunde in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 267 I, 1. Fall, 25 I 2 StGB durch das A
Da der Beglaubigungsvermerk auch tatsächlich von der Behörde in Marburg ausgestellt worden ist, liegt keine unechte Urkunde, sondern bloß eine sog. straflose schriftliche Lüge vor. Folglich muss eine Strafbarkeit des A auch insoweit ausscheiden.

G. Strafbarkeit wegen Gebrauchens einer unechten Urkunde gem. § 267 I, 3. Fall StGB durch Vorlage der beglaubigten Kopien bei der Universität Münster
Dazu führt der BGH aus: "Der Angeklagte hat jedoch das tatsächlich existierende gefälschte Examenszeugnis dadurch zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht, dass er die beglaubigte Kopie hiervon anstelle des gefälschten Originals bei seinen Anstellungsbewerbungen vorgelegt hat. Hierin liegt ein tatbestandsmäßiges Gebrauchmachen von dem gefälschten Examenszeugnis (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50 A., § 267 Rdnr. 24 m.w.N.)". Daher hat sich A auch insoweit gem. § 267 I, 3. Fall StGB strafbar gemacht. Da er bereits bei Anfertigung der Kopie einen einheitlichen Gebrauchswillen hatte, liegt lediglich eine Tat nach § 267 StGB vor.

H. Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch Vorlage der beglaubigten Kopien bei der Universität Münster
Indem er bei der Anstellungsbewerbung jeweils das gefälschte Zeugnis vorgelegte, hat sich auch wegen Betrugs gem. § 263 I StGB strafbar gemacht. Die aufgrund der Täuschung eingetretene irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt dabei in dem Abschluss des Anstellungsvertrages. Der Schaden der Universität liegt in Form einer konkreten Vermögensgefährdung darin, dass A die für die Stelle als Wissenschaftlicher Mitarbeiter erforderliche Qualifikation nicht besitzt und daher seine Leistungen nicht dem insoweit gewährten Entgelt entsprechen wird (Anstellungsbetrug in Form des Eingehungsbetrugs).