

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Arbeitnehmerüberlassung

EUGH, URTEIL VOM 25.10.2001
Rs. C-493/99 (NJW 2001, 3767)

Problemdarstellung:

Die gewerbsmäßige Überlassung von Arbeitnehmern (sogen. "Leiharbeit") bedarf in der BRD gem. § 1 I 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (AÜG) der behördlichen Erlaubnis. Im Baugewerbe ist Leiharbeit gem. § 1 b S. 1 AÜG gänzlich verboten. Ausnahmen sowohl von der Genehmigungspflicht als auch vom generellen Verbot im Baugewerbe sind zwar möglich, in §§ 1 I 2 bzw. 1 b S. 2 AÜG jedoch jeweils u.a. daran geknüpft, dass die Unternehmen, die genehmigungsfrei und/oder im Baugewerbe Arbeitnehmerüberlassung betreiben wollen, dem deutschen Tarifvertragsrecht unterliegen. Dies ist bei ausländischen Unternehmen zwangsläufig nicht der Fall. Um eine Tarifvertragsbindung herbeizuführen und damit die Möglichkeit zu erhalten, ihrerseits genehmigungsfrei und/oder im Baugewerbe Arbeitnehmerüberlassung betreiben zu können, müssten sie eine Niederlassung in der BRD gründen. Die EG-Kommission sah in dieser Regelung einen diskriminierenden Eingriff in die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit der ausländischen Unternehmen und verklagte die BRD vor dem EuGH. Der EuGH gab der Kommission Recht und stellte fest, dass die §§ 1 I und 1 b AÜG gegen die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit verstoßen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist besonders prüfungsrelevant, weil sie eine europarechtliche Aufgabenstellung enthält, die sich auch mit Grundkenntnissen bewältigen lässt, nämlich die Prüfung eines Verstoßes einer Rechtsnorm gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, hier der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit. Es empfiehlt sich, diese Prüfung wie bei einem Grundrecht aufzubauen, also nach Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung zu differenzieren, wie es der EuGH in den hier wiedergegebenen Entscheidungsgründen in lehrreicher Weise vormacht.

Angemerkt sei, dass der EuGH noch nach der alten Numerierung des EGV zitiert; statt Art. 52 EGV (Niederlassungsfreiheit) heißt es jetzt Art. 43 EG, statt Art. 59 EGV (Dienstleistungsfreiheit) jetzt Art. 49 EG.

Weiter gesteigert wird die Prüfungsrelevanz dadurch,

dass die §§ 1 und 1 b AÜG vom BVerfG in BVerfGE 77, 84 ff. für verfassungsgemäß, insbes. für mit Art. 12 GG für vereinbar erklärt wurden. Das BVerfG ging davon aus, dass zwar in den Schutzbereich der Berufsfreiheit eingegriffen werde, der Eingriff aber im Rahmen der "Drei-Stufen-Theorie" gerechtfertigt sei. Es handle sich um eine Berufsausübungsregelung (also unterste Stufe), die wegen ihrer besonderen Bedeutung für die betroffenen Unternehmen, insbes. derer, die sich auf das Baugewerbe spezialisiert hatten, jedoch faktisch einer Berufswahlregelung nahekam. Das BVerfG prüfte deshalb die Vereinbarkeit der Normen mit den für diese geltenden, strengeren Voraussetzungen, sah selbst diese jedoch als erfüllt und die Regelung der §§ 1 I, 1 b AÜG damit als angemessen an.

Eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung von EuGH und BVerfG ergibt also, dass §§ 1 I, 1 b AÜG eine zwar verfassungsgemäße, jedoch europarechtswidrige Regelung darstellen. In einer Examensaufgabe könnte - was den Fall besonders reizvoll macht - beides abgeprüft werden, indem etwa nach der Vereinbarkeit der Normen mit höherrangigem Recht (GG und EuropaR) gefragt wird.

Angemerkt sei noch, dass nach ganz h.M. die Folge eines Verstoßes gegen Europarecht nicht etwa die Nichtigkeit der Norm, sondern lediglich deren Unanwendbarkeit im Einzelfall ist ("Anwendungsvorrang des Europarechts"). §§ 1 I, 1 b AÜG bleiben also gültig und anwendbar, wenn es an einem europarechtlichen Bezug fehlt, d.h. ausschließlich ein deutsches Unternehmen betroffen ist. Sie sind hingegen unanwendbar, wenn ein Unternehmen aus einem anderen Mitgliedsstaat der EG Arbeitnehmerüberlassung in der BRD betreiben will.

Vertiefungshinweise:

" Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 1 I, 1 b AÜG: BVerfGE 77, 84

" Zur Niederlassungsfreiheit: Jarass, RIW 1993, 1; Steindorff, EuR 1988, 19; Everling, DB 1990, 1853

" Zur Dienstleistungsfreiheit: Trautwein, Jura 1995, 191; Hailbronner/Nachbaur, EuZW 1992, 105

" Zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts: BVerfGE 75, 223; Ehlers, DVBl 1991, 605

Kursprogramm:

" Examenskurs: "Eurolotto"

" Examenskurs: "Schwangerschaftsberatung"

Leitsätze:

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 52 und 59 EGV (nach Änderung jetzt Art. 43 und 49 EG) verstoßen, dass sie gesetzlich festgelegt hat, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Bauunternehmen

a) im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft auf dem deutschen Markt nur dann grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen können, wenn sie über einen Sitz oder zumindest über eine Niederlassung in Deutschland verfügen, die eigenes Personal beschäftigen und für dieses Personal einen Firmentarifvertrag abschließen,

b) anderen Baubetrieben nur dann grenzüberschreitend Arbeitnehmer überlassen können, wenn sie über einen Sitz oder zumindest über eine Niederlassung in Deutschland verfügen, die eigenes Personal beschäftigen und als Mitglied eines deutschen Arbeitgeberverbandes von einem Rahmen- und Sozialkassentarifvertrag erfasst werden,

c) in Deutschland keine Zweigniederlassung gründen können, die als Baubetrieb gilt, wenn deren Personal ausschließlich mit Verwaltungs- und Vertriebsaufgaben, Planungs-, Überwachungs- und/oder Lohnarbeiten betraut ist, sondern diese Niederlassung im deutschen Arbeitsgebiet dazu Arbeitnehmer beschäftigen muss, die zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbringen.

Sachverhalt:

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat gem. Art. 226 EG Klage auf Feststellung erhoben, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus den Art. 52 und 59 EGV (nach Änderung jetzt Art. 43 und 49 EG) verstoßen hat. Mit ihrer Klage beanstandet die Kommission § 1 I und § 1 b des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung vom 7. 8. 1972 (BGBl I 1972, 1393) in der gem. Art. 63 des Gesetzes zur Reform der Arbeitsförderung vom 24. 3. 1997 (BGBl I 1997, 594) geänderten Fassung. Diese lauten:

§ 1 Abs. 1 AÜG: Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, bedürfen der Erlaubnis. Die Abordnung von Arbeitnehmern zu einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft ist keine Arbeitnehmerüberlassung, wenn der Arbeitgeber Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Wirtschaftszweiges gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeits-

gemeinschaftsvertrags zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind.

§ 1 b AÜG: Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist unzulässig. Sie ist zwischen Betrieben des Baugewerbes gestattet, wenn diese Betriebe von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen oder von deren Allgemeinverbindlichkeit erfasst werden.

Der EuGH erklärt die von der EG-Kommission erhobenen Vorwürfe für begründet.

Aus den Gründen:

A. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit

I. Vorbringen der Parteien

1. Klägerin (Kommission)

Nach Ansicht der Kommission sind die streitigen Rechtsvorschriften aus zwei Gründen nicht mit dem freien Dienstleistungsverkehr vereinbar: Sie hinderten die Bauunternehmen, die nicht in Deutschland ansässig seien und daher nicht unter die deutschen Tarifverträge des Baugewerbes fielen, zum einen daran, sich an einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft zu beteiligen, und zum anderen daran, in Deutschland Arbeitnehmer zu anderen Bauunternehmen abzuordnen.

Sowohl § 1 I 2 AÜG als auch § 1 b S. 2 AÜG verlangten die Geltung der deutschen Tarifverträge des Baugewerbes für alle Unternehmen, die sich an einer Arbeitsgemeinschaft beteiligen wollten oder Arbeitskräfte zu einem anderen Bauunternehmen abordnen wollten. Nur die Unternehmen, die in Deutschland ansässig seien und dort Arbeiter beschäftigten, könnten von diesen Tarifverträgen erfasst werden. Die nicht in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Unternehmen seien somit nicht in der Lage, Arbeitnehmer von ihrem Sitz oder von Niederlassungen in anderen Mitgliedstaaten aus zu einer in Deutschland gebildeten Arbeitsgemeinschaft oder zu deutschen Bauunternehmen abzuordnen, ohne dass diese Arbeitsgemeinschaft oder diese Unternehmen die Möglichkeit verlören, sich auf § 1 I 2 oder § 1 b S. 2 AÜG zu berufen. Aus diesem Grund seien nicht in Deutschland ansässige Unternehmen, für die die deutschen Tarifverträge des Baugewerbes nicht gälten, von vornherein von in Deutschland gebildeten oder zu bildenden Arbeitsgemeinschaften ausgeschlossen. Sie könnten daher insoweit nicht von der in Art. 59 EGV garantierten Dienstleistungsfreiheit profitieren.

2. Beklagte (BRD)

Die deutsche Regierung bestätigt, dass die streitigen Rechtsvorschriften für die Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft zwecks Herstellung eines Werkes und für

die Abordnung von Personal an Bauunternehmen eine Bindung an die deutschen Tarifverträge voraussetzen. Sie bestätigt ebenfalls, dass diese Tarifverträge auf Grund ihres räumlichen Anwendungsbereichs nicht für Unternehmen gelten, die keine Niederlassung in Deutschland haben, und räumt ein, dass es für die Unternehmen anderer Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland belastender sei, als Voraussetzung der Geltung dieser Tarifverträge eine Niederlassung in Deutschland haben zu müssen. Jedoch verstießen die streitigen Rechtsvorschriften nicht gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrags.

Sie macht hierzu zum einen geltend, eine Niederlassung in Deutschland haben zu müssen, stelle keine Diskriminierung von in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Bauunternehmen dar, weil die deutschen Bauunternehmen dies ebenfalls erfüllen müssten. Zum anderen seien die streitigen Rechtsvorschriften durch den sozialen Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes als zwingendem Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Durch die streitigen Rechtsvorschriften sollten Missbräuche in dem prekären Beschäftigungsbereich des Baugewerbes ausgeschlossen und der soziale Schutz der dort beschäftigten Arbeitnehmer sichergestellt werden. Diese Rechtsvorschriften seien durch die Rechtsprechung des EuGH gedeckt (u.a. durch EuGH, Slg. 1999, I-8453 Rdnr. 41 - Arblade). Sie seien verhältnismäßig, da sie die Verwirklichung des angestrebten Zieles ermöglichen, zur Erreichung des Zieles erforderlich und hinsichtlich der eingesetzten Mittel angemessen seien.

II. Würdigung durch den EuGH

Aus den streitigen Rechtsvorschriften ergibt sich, dass in Deutschland die Überlassung von Arbeitnehmern im Baugewerbe grundsätzlich untersagt ist. Sie ist unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig, wenn sie in einer Abordnung von Arbeitnehmern zu einer Arbeitsgemeinschaft von Unternehmen besteht oder zwischen Bauunternehmen erfolgt. So wird zum einen nach § 1 I AÜG die Abordnung von Arbeitnehmern im Rahmen einer zur Herstellung eines Werkes gebildeten Arbeitsgemeinschaft nicht als Arbeitnehmerüberlassung angesehen, wenn der Arbeitgeber, der seine Arbeitnehmer abordnet, Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ist, für alle Mitglieder dieser Arbeitsgemeinschaft Tarifverträge desselben Sektors gelten und alle Mitglieder auf Grund des Arbeitsgemeinschaftsvertrags zur selbstständigen Erbringung von Vertragsleistungen verpflichtet sind. Zum anderen ist nach § 1 b AÜG die Arbeitnehmerüberlassung zwischen Betrieben des Baugewerbes ausnahmsweise gestattet, wenn diese Betriebe von denselben Rahmen- und Sozialkassentarifverträgen erfasst werden oder sie diesen Tarifverträgen auf Grund ihrer Allgemeinverbindlichkeit unterliegen.

Unter die eine oder die andere dieser Vorschriften fallen grundsätzlich nur Unternehmen, die in bestimmtem Umfang den deutschen Tarifverträgen unterliegen, was nach deutschem Recht voraussetzt, dass sie eine Niederlassung in Deutschland haben.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Da die Überlassung von Arbeitnehmern eine Dienstleistung i.S. des EG-Vertrags ist (EuGH, Slg. 1981, 3305 Rdnr.9 - Webb), behindert es den freien Dienstleistungsverkehr, dass die streitigen Rechtsvorschriften eine Niederlassung im Mitgliedstaat der Dienstleistung vorschreiben. Wie der EuGH wiederholt entschieden hat, hebt das Erfordernis einer festen Niederlassung im Ergebnis die Dienstleistungsfreiheit und damit eine der Grundfreiheiten auf, da es Art. 59 EGV, der gerade die Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit solcher Personen beseitigen soll, die nicht in dem Staat niedergelassen sind, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, jede praktische Wirksamkeit nimmt.

2. Rechtfertigung des Eingriffs

Ein solches Erfordernis ist daher nur zulässig, wenn nachgewiesen wird, dass es für die Erreichung des verfolgten Zieles unerlässlich ist (EuGH, Slg. 1997, I-3899 Rdnr. 31 - Parodi).

a. Schranken

Der soziale Schutz der Arbeitnehmer des Baugewerbes gehört zwar zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen können (EuGH, Slg. 1996, I-1905 Rdnr. 16 - Guiot). Aus der Rechtsprechung des EuGH folgt ferner, dass die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die die materiellen Vorschriften einer Regelung rechtfertigen, auch die zur Sicherstellung ihrer Beachtung erforderlichen Kontrollmaßnahmen rechtfertigen können (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1990, I-1417 Rdnr. 18).

b. Eingriff von Schranken gedeckt

Der EuGH hat jedoch immer darauf hingewiesen, dass Erwägungen rein administrativer Art eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen können (in diesem Sinne u. a. EuGH, Slg. 1999, I-345 Rdnr. 45 - Terhoeve). So hat der EuGH entschieden, dass der Mitgliedstaat der Dienstleistung einem Unternehmen nicht die Führung von Unterlagen, die für diesen Staat spezifisch sind, vorschreiben darf, wenn das Unternehmen bereits in dem Staat, in dem es ansässig ist, für dieselben Arbeitnehmer und dieselben Beschäftigungszeiten Verpflichtungen unterliegt, die im Hinblick auf ihren Zweck, den Schutz der Interessen der Arbeitnehmer, mit den in der Regelung des ersten Mitgliedstaats enthaltenen vergleichbar sind (vgl. u. a. EuGH, Slg. 1999, I-8453 Rdnr. 80 - Arblade).

Im vorliegenden Fall geht das Erfordernis einer Niederlassung im Mitgliedstaat der Dienstleistung, wie sie sich aus den streitigen Rechtsvorschriften ergibt, über das hinaus, was zum Erreichen des Zieles des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des Baugewerbes erforderlich ist. Es ist nämlich nicht nachgewiesen, dass dieses Erfordernis, das unterschiedslos jedes Unternehmen erfüllen muss, das einer Arbeitsgemeinschaft oder anderen Bauunternehmen Arbeitnehmer überlassen möchte, an sich notwendig ist, um das Ziel des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer des Baugewerbes zu erreichen. Die ersten beiden Rügen der Kommission sind daher begründet.

B. Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

I. Vorbringen der Parteien

1. Klägerin (Kommission)

Die Kommission macht geltend, nach deutschem Recht könnten nur die Unternehmen, in denen die Arbeitnehmer zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbrächten, als Betriebe des Baugewerbes anerkannt werden. Das mache die Gründung von Zweigniederlassungen in der Bundesrepublik Deutschland für die in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Bauunternehmen, die ihre deutsche Zweigniederlassung nur mit Verwaltungspersonal oder technischem oder kaufmännischem Personal besetzen wollten, das für die Werbung oder die Erschließung von Projekten zuständig sei, uninteressant. Wenn ein Auftrag hereinkommen sollte, sei eine solche Zweigniederlassung, da sie nicht als Betrieb des Baugewerbes angesehen werde und somit nicht unter § 1 I und § 1 b AÜG fiele, nicht in der Lage, die erforderlichen Arbeiten durch Überlassung von Arbeitnehmern anderer Zweigniederlassungen oder des Hauptsitzes des Unternehmens auszuführen, wenn diese in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ansässig seien. Die deutschen Niederlassungen von deutschen Bauunternehmen würden dagegen stets als Betriebe des Baugewerbes angesehen, selbst wenn sie für sich gesehen nicht die Regel erfüllten, dass die Arbeitnehmer zu mindestens 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbringen müssten. Diese unterschiedliche Behandlung ergebe sich aus der Anwendung von § 1 Abschnitt IV Nr. 4 Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe und § 1 Abschnitt IV Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe. Diese Bestimmungen sähen im Wesentlichen vor, dass auch solche Unternehmen als Betriebe des Baugewerbes angesehen würden, die im Rahmen eines mit Betrieben dieses Sektors bestehenden Zusammenschlusses ausschließlich oder hauptsächlich für die Mitglieder dieses Zusammenschlusses die kaufmännische Verwaltung, den Vertrieb, Planungsarbeiten oder Prüfarbeiten über-

nähmen oder Laboruntersuchungen durchführten. Diese diskriminierende Behandlung von in anderen Mitgliedstaaten als der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Unternehmen und ihrer Zweigniederlassungen in Deutschland verstoße gegen die in Art. 52 EGV garantierte Niederlassungsfreiheit.

2. Beklagte (BRD)

Die deutsche Regierung räumt ein, dass ein Unternehmen, um als Betrieb des Baugewerbes zu gelten, Bauarbeiter beschäftigen und zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit typische Tätigkeiten des Baugewerbes ausüben müsse. Sie ist jedoch der Ansicht, dass die Kommission den Sinn und Zweck der Bestimmungen der [...] genannten Tarifverträge verkenne. Diese Bestimmungen seien nämlich nicht erlassen worden, um die Überlassung von Arbeitnehmern zu regeln, sondern um dem vorzubeugen, dass Arbeitnehmer aus dem Baugewerbe durch eine Umstrukturierung ihres Unternehmens aus den Tarifverträgen dieses Sektors ausschieden.

II. Würdigung durch den EuGH

1. Eingriff in den Schutzbereich

Unstreitig gilt nach deutschem Recht die deutsche Zweigniederlassung eines Bauunternehmens, das in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässig ist, nur dann als Betrieb des Baugewerbes, wenn ihre Arbeitnehmer zu über 50% der betrieblichen Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen erbringen. Daher kann dahinstehen, ob, wie die Kommission geltend macht, die Bestimmungen der beiden [...] genannten Tarifverträge eine diskriminierende Wirkung zu Lasten der Bauunternehmen haben, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässig sind, denn die [...] genannte Regelung behindert jedenfalls die Niederlassungsfreiheit, was Gründung von Zweigniederlassungen dieser Unternehmen anbelangt. Zum einen erschwert diese Regelung den Zugang dieser Bauunternehmen zum deutschen Markt, da sie die Qualifizierung ihrer deutschen Zweigniederlassungen als Betriebe des Baugewerbes von Kriterien abhängig macht, die diese Zweigniederlassungen nur schwer erfüllen können. Wie die Kommission zutreffend ausführt, beruht das Interesse von Bauunternehmen, die in einem anderen Mitgliedstaat als der Bundesrepublik Deutschland ansässig sind, an der Gründung einer deutschen Zweigniederlassung nämlich häufig auf der wirtschaftlichen Notwendigkeit, in Deutschland über Verwaltungspersonal sowie technisches und kaufmännisches Personal zu verfügen, um unter anderem die Werbung und die Erschließung von Projekten sicherzustellen. Das für die Ausführung der Arbeiten zur Erfüllung der Aufträge zuständige Personal kann dagegen andernorts, bei anderen Zweignieder-

lassungen oder am Hauptsitz des Unternehmens beschäftigt werden.

Zum anderen kann diese Regelung die Unternehmen der Bundesrepublik Deutschland weniger als die Unternehmen anderer Mitgliedstaaten belasten, weil es für die erstgenannten weniger wichtig ist, Verwaltungspersonal sowie technisches und kaufmännisches Personal in ihren deutschen Niederlassungen zu beschäftigen, da solche Aufgaben von dem am Hauptsitz des Unternehmens in Deutschland beschäftigten Personal übernommen werden können.

2. Rechtfertigung

Die deutsche Regierung will die festgestellte Behinderung im Wesentlichen mit den zwingenden Gründen

der Verhinderung von Missbräuchen auf dem Baugewerbemarkt und des sozialen Schutzes der betroffenen Arbeitnehmer rechtfertigen, die sie schon den beiden ersten Rügen entgegengehalten hat. Da sich diese Gründe jedoch auf die Bedingung der Bindung an die deutschen Tarifverträge, nicht aber auf die [oben] genannte Regelung [dass nur dann ein Betrieb des Baugewerbes vorliegt, wenn mind. 50% der Gesamtarbeitszeit bauliche Leistungen umfasst] beziehen, die der festgestellten Behinderung zu Grunde liegt, können sie diese nicht rechtfertigen. Da keine anderen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zur Rechtfertigung der festgestellten Behinderung geltend gemacht werden, ist auch die dritte Rüge der Kommission begründet.

Standort: § 11 I VwZG

Problem: Übergabe an nichtehelichen Lebenspartner

BVERwG, URTEIL VOM 13.06.2001
6 A 1/01 (NVwZ 2002, 80)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die förmliche Bekanntgabe eines Verwaltungsakts mittels Zustellung (hier: nach dem Verwaltungszustellungsrecht des Landes Thüringen, welches insoweit jedoch mit dem VwZG des Bundes und der übrigen Länder identisch ist) dadurch bewirkt werden kann, dass das Schriftstück an den nichtehelichen Lebenspartner des Empfängers übergeben wird, wenn nur dieser in der Wohnung angetroffen wird. § 11 I VwZG erlaubt in diesem Fall die Übergabe an einen "zur Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen". Streitig ist, ob der nichteheliche Lebenspartner "zur Familie" des Empfängers gehört. Der BFH und der 1. Strafsenat des BGH hatten dies in früheren Entscheidungen verneint, weil sich die nichteheliche Lebensgemeinschaft gerade durch eine fehlende "familiäre" Bindung auszeichne und zudem für den Zustellungsbediensteten vor Ort nur schwer abgrenzbar sei, ob und wann eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vorliege.

Dem tritt nun das BVerwG entgegen. Der nichteheliche Lebenspartner biete - und hierauf komme es bei der Ersatzzustellung allein an - nicht weniger Gewähr für die Weitergabe des Schriftstücks an den Empfänger als ein Ehegatte. Es komme nicht auf die familienrechtliche Position, sondern die tatsächliche Nähebeziehung an. Die Abgrenzungsprobleme ließen sich lösen und seien zudem nicht größer als bei anderen Merkmalen des § 11 VwZG (z.B. "erwachsen").

Wegen dieser Abweichung von der Rspr. des BFH und des BGH hätte es grds. der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des

Bundes bedurft, Art. 95 III GG i.V.m. § 2 REinhG. Das BVerwG konnte sich dieser Notwendigkeit jedoch entziehen, weil die zustellende Behörde in Kenntnis des Streits über die Zulässigkeit der Zustellung nach § 11 I VwZG an den nichtehelichen Lebenspartner diese "sicherheitshalber" zusätzlich durch Niederlegung nach § 11 II VwZG bewirkt hatte. Das BVerwG hält jedenfalls dieses Vorgehen für zulässig, so dass es letztlich auf die Zustellung nach § 11 I VwZG nicht ankam. Diese Ansicht ist allerdings widersprüchlich. In § 11 II VwZG wird ausdrücklich gefordert, dass die Zustellung nach § 11 I VwZG "nicht durchführbar" sein muss, und das Gericht legt ja selbst ausführlich dar, warum die Zustellung an den nichtehelichen Lebenspartner zulässig (und damit "durchführbar") sein soll.

Prüfungsrelevanz:

Fristprobleme lassen sich in jede fristgebundene Klage einbauen. Genaue Kenntnisse des Zustellungsrechts sind für Studenten, besonders aber für Referendare unerlässlich, da das Gesetz an zahllosen Stellen (vgl. nur § 73 III VwGO für Widerspruchsbescheide) die förmliche Zustellung vorschreibt. Gerade § 11 I VwVG (bzw. im Zivilprozess der insoweit gleichlautende § 181 I ZPO) bereiten immer wieder Schwierigkeiten, weil die darin enthaltenen Tatbestandsmerkmale "Hausgenosse", "zur Familie gehörend" und "erwachsen" recht unbestimmt sind. Hinzu kommt das oftmals problematische Verhältnis des § 11 II VwZG (bzw. 182 ZPO) zu anderen Zustellungsnormen.

Hingewiesen sei noch auf die ebenfalls examensrelevante Entscheidung des BVerwG vom 19.09.2000, in der das Gericht festgestellt hat, dass das seit 1997 angebotene "Einwurfeinschreiben" der Deutschen Post

AG nicht den Voraussetzungen des § 4 VwZG genügt (RA 2001, 69 = NJW 2001, 458).

Vertiefungshinweise:

" Nichtehelicher Lebenspartner als "zur Familie gehörend": *BGHZ 111, 1*; *OLG Schleswig*, NJW 1999, 2602; *OVG Hamburg*, NJW 1988, 1807; *May-er/Rang*, NJW 1988, 811

" Nichtehelicher Lebenspartner als nicht "zur Familie gehörend": *BFH 136, 179*; *BGHSt 34, 250*; *OLG München*, NJW-RR 1986, 862

" Zur Zustellung an einen Rechtsanwalt durch Empfangsbekanntnis: *OVG Greifswald*, NVwZ 2002, 113

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Die Waffenbesitzkarte"

" *Assessorkurs*: "Das Fahrtenbuch"

Leitsätze:

1. Wird bei einer Zustellung durch die Behörde gegen Empfangsbekanntnis der Empfänger in seiner Wohnung nicht angetroffen, so kann das Schriftstück in der Wohnung einem Lebensgefährten als einem zur Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen i. S. von § 11 I 1 ThürVwZVG (§ 11 I VwZG) übergeben werden.

2. Im Hinblick darauf, dass diese Frage in der Rechtsprechung bislang nicht einheitlich beantwortet wird, kann die Ersatzzustellung vorsorglich durch Niederlegung gem. § 11 II ThürVwZVG (§ 11 II VwZG) bewirkt werden.

Sachverhalt:

Das Bundesinnenministerium stellte durch Verfügungen vom 12. und 13. 9. 2000 fest, dass sich die Vereinigungen "B & H" und "W Y" gegen die verfassungsmäßige Ordnung und den Gedanken der Völkerverständigung richten. Die Vereinigungen wurden unter Anordnung der sofortigen Vollziehung verboten und aufgelöst.

Die Verfügung vom 12. 9. 2000 ist an "B & H" adressiert, und zwar zu Händen von neun Personen, darunter die Herren M D und M B (Kl. zu 1 und 2). Die Verfügung vom 13. 9. 2000 ist auch an "W Y" adressiert; als Empfänger sind insoweit die Herren M B und S Z benannt. Die Kl. zu 1 und 2 haben am 13. 10. 2000 in eigenem Namen Klage mit dem Ziel der Aufhebung der Verbotsverfügung erhoben. Mit Schriftsätzen vom 2. 3. 2001 und 23. 5. 2001 haben sie dargelegt, von den Vorständen der verbotenen Vereinigungen zur Klageerhebung beauftragt worden zu sein. Sie beantragen, das Rubrum der Klage dahin zu berichtigen, dass anstelle der in der Klageschrift genannten Kl. M D und M B die Vereinigungen "B & H" und

"W Y" als Kl. geführt werden. Diese beantragen, die Verfügungen der Bekl. vom 12. und 13. 9. 2000 aufzuheben. Die Bekl. ist dem Antrag auf Berichtigung des Klagerubriums entgegengetreten und beantragt, die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

A. Klageänderung

Der Antrag, das Rubrum der Klage zu berichtigen, hat keinen Erfolg. Die Kl. zu 1 und 2 haben die Klage eindeutig im eigenen Namen und nicht für die verbotenen Vereinigungen anhängig gemacht. Für eine Berichtigung, die lediglich klarstellende Bedeutung haben könnte, ist danach kein Raum.

Dem ausdrücklich erklärten Willen der Kl. zu 1 und 2, dass die verbotenen Vereinigungen ihre Stelle als Klagepartei einnehmen sollen, entspricht es, den Berichtigungsantrag als Klageänderung aufzufassen, die auf einen Parteiwechsel gerichtet ist und die Zurücknahme der Klagen der Kl. zu 1 und 2 enthält. Die Klageänderung ist zulässig (§ 91 I VwGO). Der erkennende Senat hält den beantragten Parteiwechsel unter den hier gegebenen Umständen für sachdienlich, weil er zur endgültigen Klärung des Bestands der angefochtenen Verfügungen führt, ohne dass ein weiterer Rechtsstreit anhängig gemacht werden müsste.

B. Zulässigkeit

Die Klagen der verbotenen Vereinigungen (Kl. zu 3 und 4) bleiben ohne Erfolg. Sie sind verspätet erhoben und daher unzulässig.

I. Fristbeginn

Gem. § 74 I 2 VwGO muss die Anfechtungsklage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes erhoben werden, wenn - wie hier (§ 68 I 2 Nr. 1 VwGO) - ein [sic! Gemeint ist offensichtlich: *kein* - Anm. der Red.] Widerspruchsverfahren stattfindet. Die Frist beginnt, wenn, was hier der Fall ist, eine den Anforderungen des § 58 I VwGO genügende Rechtsmittelbelehrung vorliegt, bei zustellungsbedürftigen Verwaltungsakten wie Vereinsverboten (§ 3 IV 1 VereinsG) mit der formgerechten Zustellung zu laufen (vgl. § 9 II VwZG und die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften). Die angefochtenen Verfügungen sind am 14. 9. 2000 zugestellt worden, und zwar im Einklang mit den gesetzlichen Vorschriften.

II. Fristwahrung

Maßgeblich für die Wahrung der Klagefrist ist im Falle eines Parteiwechsels der vorliegenden Art der Zeitpunkt des Eintritts der neuen Klagepartei (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. [2000], § 74 Rdnr. 7; Rennert, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. [2000], §

74 Rdnr. 10; Meissner, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 74 Rdnr. 40). Dieser erfolgte hier nicht vor dem 19. 3. 2001, zu dem die Schriftsätze der Klägerseite vom 2. 3. 2001 bei Gericht eingegangen, und damit nach Ablauf der einmonatigen Klagefrist.

III. Wirksame Zustellung

Die angefochtenen Verfügungen sind den Kl. zu 3 und 4 ordnungsgemäß zugestellt worden. Die Zustellungen wurden auf Ersuchen der Bekl. im Wege der Amtshilfe durch Landesbehörden bewirkt. Die Bekl. geht zu Recht davon aus, dass sich in diesem Fall die Zustellung nach dem jeweiligen Landesrecht richtet (vgl. § 7 I VwVfG); im Übrigen stimmt das Landesrecht Thüringens, soweit es für die Beurteilung der vom Senat betrachteten Zustellungsvorgänge maßgeblich ist, mit dem Zustellungsrecht des Bundes überein.

1. Adressaten der Zustellung

Die Kl. zu 3 und 4 sind nicht rechtsfähige Personenvereinigungen. Zuzustellen war daher an ihre Vorsteher, wobei die Zustellung an einen von mehreren Vorstehern genügte (§ 7 II 3 ThürVwZVG [§ 7 II 3 VwZG]). Aus diesem Grunde konnte sich der Senat auf die folgenden Feststellungen beschränken, aus denen sich die ordnungsgemäße Zustellung gegen Empfangsbestätigung ergibt.

2. Zustellung an die Kl. zu 3

Die Zustellung an den Kl. zu 1 als Mitglied des Vorstands der Kl. zu 3 ist im Wege der Ersatzzustellung gem. § 11 I 1 ThürVwZVG oder gem. § 11 II ThürVwZVG bewirkt worden.

a. Übergabe an zur Familie gehörenden Hausgenossen

Nach § 11 I 1 ThürVwZVG kann dann, wenn der Empfänger in seiner Wohnung nicht angetroffen wird, das Schriftstück in der Wohnung einem zur Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder einem in der Familie beschäftigten Erwachsenen übergeben werden. Derjenige, dem das Schriftstück übergeben worden ist, hat die Empfangsbestätigung (§ 5 I ThürVwZVG) zu unterschreiben; der zustellende Bedienstete vermerkt in den Akten den Grund der Ersatzzustellung (§ 11 V 1, 2 ThürVwZVG). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

aa. Nichtehelicher Lebenspartner als "Hausgenosse"

Der zustellende Bedienstete traf den Kl. zu 1 am 14. 9. 2000 in seiner Wohnung nicht an. Er übergab die zuzustellenden Schriftstücke der dort anwesenden Frau T, die sich für empfangsberechtigt erklärte und die er als Lebensgefährtin des Kl. zu 1 ansah. Frau T unterschrieb das Empfangsbekanntnis. Das Em-

pfangsbekanntnis und der Verlaufsbericht des zustellenden Bediensteten vom 15. 9. 2000 genügen den erwähnten Anforderungen an die Beurkundung der Ersatzzustellung. Dass Frau T zum Zeitpunkt der Zustellung Lebensgefährtin des Kl. zu 1 war, stand nach den angetroffenen Umständen nicht in Zweifel. Sie war in derselben Wohnung wie der Kl. zu 1 gemeldet, unterhielt mit ihm einen gemeinsamen Hausstand und war mit dessen Angelegenheiten vertraut, worauf u. a. der Besitz und die Übergabe des Postfachschlüssels hindeuteten.

bb. Nichtehelicher Lebenspartner als "zur Familie gehörend"

Die in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittene Frage, ob Lebensgefährten "zur Familie gehörende erwachsene Hausgenossen" i. S. des Ersatzzustellungsrechts sein können, ist nach Ansicht des erkennenden Senats in Weiterentwicklung des - zur Parallelvorschrift des § 181 I ZPO ergangenen - Urteils des BGH vom 14. 3. 1990 (BGHZ 111, 1) und im Anschluss an das Urteil des OLG Schleswig vom 7. 4. 1999 (NJW 1999, 2602) zu bejahen.

Für die Zulässigkeit der Ersatzzustellung ist maßgeblich, ob nach der Lebenserfahrung von der in der Wohnung angetroffenen Person zu erwarten ist, dass sie wegen ihres nach außen zum Ausdruck gebrachten Vertrauensverhältnisses zum Empfänger diesem das zuzustellende Schriftstück aushändigen wird. Dass dieses Vertrauensverhältnis eine familienrechtliche Grundlage haben müsste, lässt sich bereits dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen (zur unterschiedlichen Bedeutung des Begriffs der Familie im jeweiligen Regelungszusammenhang vgl. BVerwG, NJW 1999, 2688) und widerspräche dem Stand der gesellschaftlichen Entwicklung (vgl. im Einzelnen OLG Schleswig, NJW 1999, 2602). Nichteheliche Lebensgemeinschaften sind als solche in der Regel auch nach außen erkennbar. Schwierigkeiten bei der Zustellung sind daher nur ausnahmsweise zu besorgen und unterscheiden sich nicht von solchen bei der Anwendung anderer Tatbestandsmerkmale des Zustellungsrechts (z.B. "erwachsener" Hausgenosse).

b. Hilfsweise Zustellung durch Niederlegung

Einer Anrufung des Gemeinsamen Senats im Hinblick auf die abweichenden Entscheidungen des 4. Senats des BFH vom 29. 4. 1982 (NJW 1982, 2895) und des 1. Strafsenats des BGH vom 8. 1. 1987 (BGHSt 34, 250) bedarf es aus den nachfolgenden Gründen nicht:

aa. Niederlegung

Ist die Zustellung nach § 11 I ThürVwZG nicht durchführbar, so kann dadurch zugestellt werden, dass das Schriftstück bei der Gemeinde des Zustellungsortes niedergelegt wird. Über die Niederlegung

ist eine schriftliche Mitteilung unter der Anschrift des Empfängers in der bei gewöhnlichen Briefen üblichen Weise abzugeben oder, wenn das nicht tunlich ist, an der Tür der Wohnung mit Anschrift des Empfängers zu befestigen; außerdem ist möglichst ein Nachbar mündlich zu verständigen. Der zustellende Bedienstete vermerkt in den Akten den Grund der Ersatzzustellung sowie wann und wo das Schriftstück niedergelegt und in welcher Weise die Niederlegung schriftlich mitgeteilt ist (§ 11 V 2, 3 ThürVwZVG). Die Niederlegung und die Benachrichtigung des Kl. zu 1 genügen den Anforderungen an die Form und Mitteilung der Ersatzzustellung, die zudem ordnungsgemäß in den Akten beurkundet worden ist.

bb. Hilfsweise

Es war hier auch zulässig, die Ersatzzustellung durch Niederlegung vorsorglich zusätzlich zu derjenigen durch Übergabe an die Lebensgefährtin zu bewirken. Die Zustellung nach § 11 I ThürVwZVG war in dem Sinne "nicht durchführbar", als diese Zustellungsart, wie dargestellt, mit rechtlichen Zweifeln behaftet und

der Erfolg der Zustellung zum vorgesehenen Zeitpunkt nicht gesichert war. Der Zweck der Ersatzzustellung gebietet, dass in einem derartigen Fall vorsorglich durch Niederlegung zugestellt werden kann. Berechtigte Interessen des Empfängers stehen dem nicht entgegen. Bedenken gegen die Wirksamkeit der Zustellung durch Niederlegung bestehen auch nicht mit Blick auf die vorrangig zu versuchende Ersatzzustellung an den Hauswirt oder Vermieter gem. § 11 I 2 ThürVwZVG. Die Möglichkeit einer derartigen Ersatzzustellung ist von dem zustellenden Bediensteten mit dienstlicher Erklärung vom 6. 6. 2001 ausdrücklich verneint worden; Gegenteiliges wird von der Kl. zu 3 nicht vorgetragen.

3. Zustellung an die Kl. zu 4

Der Kl. zu 4 wurden die angefochtenen Verfügungen am 14. 9. 2000 zugestellt, indem sie Herrn S Z gegen ordnungsgemäße Empfangsbestätigung ausgehändigt wurden (§ 5 I ThürVwZVG). Die Zustellung konnte an diesen als Mitglied des Vorstandes der Kl. zu 4 bewirkt werden [wird ausgeführt].

Standort: Organklage**Problem: Fristbeginn bei legislativem Unterlassen**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.03.2001
2 BvK 1/97 (NVwZ 2002, 66)

Problemdarstellung:

Das BVerfG setzt sich im vorliegenden Beschluss mit der Frage auseinander, wann die Frist zur Erhebung einer Organklage (hier: Art. 99 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 10, 73 ff. BVerfGG; entsprechendes gilt jedoch auch für die in Praxis und Examen häufigere Organklage nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG, da der hier einschlägige § 73 II BVerfGG für die Fristbestimmung auf den dort einschlägigen § 64 III BVerfGG verweist) beginnt, wenn sich die Klage gegen ein gesetzgeberisches Unterlassen richtet. In diesem Fall scheidet der ansonsten übliche Anknüpfungspunkt bei Organklagen gegen Gesetze - deren Verkündung - logischerweise aus. Das BVerfG nimmt an, dass im Falle des Unterlassens der Zeitpunkt für den Fristbeginn maßgeblich sein soll, in dem sich der Gesetzgeber in einer für den Antragsteller erkennbaren und eindeutigen Weise weigert, tätig zu werden. Im vorliegenden Fall nahm das BVerfG an, dass jedenfalls der Erlass eines Änderungsgesetzes, das zwar Anlass gegeben hätte, die gerügten Bestimmungen zu überprüfen, diese jedoch i.E. unangetastet ließ, auf eine solche Weigerung des Gesetzgebers schließen ließ.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist in prozessualer wie inhaltlicher Art examensrelevant. In prozessualer Hinsicht ist zunächst anzumerken, dass von der in Art. 99 GG eröffneten Möglichkeit, auf ein Landesverfassungsgericht zu verzichten und sich stattdessen im Wege der Organleihe des BVerfG zu bedienen, zwar nur das Land Schleswig-Holstein Gebrauch gemacht hat; die vorliegenden Ausführungen gelten allerdings entsprechend für Organstreitigkeiten nach Art. 93 I Nr. 1 GG, haben also keineswegs nur für Schleswig-Holstein Bedeutung. Zur Kenntnis genommen werden sollte ferner, dass politische Parteien nach st.Rspr. des BVerfG in einem Organstreitverfahren parteifähig sein sollen (seit BVerfGE 1, 208, 223; vgl. auch BVerfGE 60, 53, 61), und dass das BVerfG nach wie vor offen lässt, ob Organklagen gegen gesetzgeberisches Unterlassen überhaupt statthaft sind. Letzteres dürfte mit Blick auf die einschlägigen Entscheidungen diverser Landesverfassungsgerichte (Nachweise in den Gründen) allerdings zu bejahen sein.

In materieller Hinsicht sollte die Entscheidung zum Anlass genommen werden, den Streit um die Zuläs-

sigkeit der sogen. "5%-Sperrklausel" auf Bundes-, Landes- und Kommunalwahlebene zu wiederholen. Für letztere verneint bspw. der VerfGH NW deren Verfassungsmäßigkeit mit beachtlichen Gründen.

Vertiefungshinweise:

" Zur Verfassungsmäßigkeit der 5%-Klausel bei Kommunalwahlen: *VerfGH NW*, RA 1999, 361 und 534 = DVBI 1999, 1271

" Aktuelle Entscheidung im Organstreitverfahren: *VerfGH Berlin*, RA 2000, 183 = NVwZ 2000, 314

" Zum Lauf der Antragsfrist im Organstreitverfahren: *ThürVerfGH*, LKV 1999, 361.

Kursprogramm:

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

" *Examenskurs*: "Wer die Wahl hat..."

Leitsatz:

In Fällen fortdauernden Unterlassens wird die Frist des 64 III BVerfGG spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Antragsgegner erkennbar und eindeutig weigert, in einer Weise tätig zu werden, die der Antragsteller zur Wahrung der Rechte aus seinem verfassungsrechtlichen Status für erforderlich hält.

Sachverhalt:

Das Organstreitverfahren betraf einen Verfassungsstreit innerhalb eines Landes (Art. 99 GG, § 13 Nr. 10 BVerfGG). Es ging um die Frage, ob der Schleswig-Holsteinische Landtag durch die Beibehaltung der im Gesetz über die Wahlen in den Gemeinden und Kreisen in Schleswig-Holstein enthaltenen Bestimmung über die 5%-Sperrklausel (§ 10 I KWahlG Schl-H) Rechte der Ast. verletzt hat.

Die Ast. (Ökologisch-Demokratische Partei - ÖDP) hat am 4. 9. 1997 Organklage erhoben, mit der sie geltend macht, in ihrem Recht auf Wahlgleichheit verletzt zu sein. Der Ag. habe es in verfassungswidriger Weise unterlassen, die Sperrklausel des § 10 I KWahlG Schl-H aufzuheben, abzumildern, jedenfalls zu überprüfen. Der Antrag wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Organklage ist unzulässig. Die parteifähige Ast. (vgl. BVerfGE 60, 53, 62) hat die in § 73 II BVerfGG i. V. mit § 64 III BVerfGG bestimmte Frist versäumt.

I. Statthaftigkeit einer Organklage gegen gesetzgeberisches Unterlassen

Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Ast. der Sache nach dagegen wendet, dass es der Ag. unterlassen habe, die Regelung über die 5%-Sperrklausel aufzuheben, abzumildern oder nochmals zu überprüfen, oder aber dagegen, dass der Ag. gesetzgeberische Maßnahmen unter Beibehaltung dieser Sperrklausel getroffen habe. Aus diesem Grunde kann hier die von einigen Landesverfassungsgerichten (vgl. RhPfVerfGH, DVBl 1972, 783, 784; NWVerfGH, NVwZ 2000, 666; MVVerfG, LKV 2001, 270) bejahete, vom BVerfG bislang aber noch nicht entschiedene Frage, ob bloße Unterlassungen des Gesetzgebers im Wege des Organstreitverfahrens überhaupt angreifbar sind (vgl. BVerfGE 92, 80, 87), weiter offen bleiben.

II. Fristwahrung

1. Klage gegen aktives Tun

Richtet sich der Antrag der Sache nach dagegen, dass der Ag. durch eine Maßnahme i. S. von § 64 I BVerfGG Rechte der Ast. verletzt oder unmittelbar gefährdet habe, kommt als eine solche Maßnahme nur das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts vom 22. 12. 1995 (GVBl 1996, S. 33) in Betracht. Hierdurch ist die Direktwahl der Bürgermeister und Landräte eingeführt worden, ohne dass zugleich etwas an der in § 10 I KWahlG Schl-H enthaltenen Sperrklausel geändert worden ist. Eine Organklage der Ast. gegen das Gesetz vom 22. 12. 1995 wahrt nicht die Sechsmonatsfrist, binnen deren eine solche Klage erhoben werden muss.

a. Fristbeginn mit Verkündung des Gesetzes

Nach § 73 II BVerfGG i. V. mit § 64 III BVerfGG beginnt diese Frist zu laufen, wenn die Maßnahme dem Ast. bekannt geworden ist. Ein Gesetz gilt mit der Verkündung als allgemein bekannt geworden (vgl. BVerfGE 13, 1, 10; 24, 252, 258; 64, 301, 316; 92, 80, 87). Das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts wurde am 11. 1. 1996 verkündet. Die Frist zur Antragstellung lief deshalb am 11. 7. 1996 ab. Die Antragschrift ist aber erst am 5. 9. 1997 beim BVerfG eingegangen.

b. Erstmalige Anwendung des Gesetzes unbeachtlich

An dieser Beurteilung ändert nichts, dass das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts vom 22. 12. 1995 erstmals bei den Kommunalwahlen 1998 angewendet worden ist. Zwar hat das BVerfG in seinem Urteil vom 13. 6. 1989 (BVerfGE 80, 188, 209) entschieden, dass eine Vorschrift der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags erst von dem Zeitpunkt an als Maßnahme i. S. von § 64 BVerfGG zu beurteilen sei, in dem sie beim Ast. eine aktuelle rechtliche Betroffenheit auszulösen vermag. Wahlgesetze jedoch betreffen bereits vom Zeitpunkt ihrer

Verkündung an unmittelbar den verfassungsrechtlichen Status der Parteien. Zum Begriff der Partei i. S. des Art. 21 I GG gehört grundsätzlich der Wille, an Wahlen teilzunehmen (§ 2 PartG - vgl. BVerfGE 24, 260, 263; 79, 379, 384; 89, 266, 269; 92, 80, 88). Daher führt bereits der Erlass der Wahlgesetze zu einer rechtlichen Betroffenheit der Ast. Sieht sich eine Partei durch ein Wahlgesetz in ihrem Recht auf Gleichheit verletzt oder unmittelbar gefährdet, so kann sie dies im Organstreit geltend machen, ohne dass ein konkreter Zusammenhang mit einer bestimmten Wahl bestehen muss. Die Durchführung der Wahl berührt den Status der Parteien nicht, sie bringt lediglich im Wahlrecht angelegte Vor- und Nachteile zur Wirkung.

c. Keine sonstigen Anknüpfungspunkte

Neben dem Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts vom 22. 12. 1995 kommen andere Gesetze als Anknüpfungspunkte für die Berechnung der Antragsfrist nicht in Betracht. Die Änderungs Gesetze zum Gemeinde- und Kreiswahlgesetz vom 27. 12. 1997 (Herabsetzung des aktiven Wahlalters) und vom 18. 3. 1997 (Verlängerung der Frist für die Stichwahl hauptamtlicher Bürgermeister) scheiden aus, weil sie in keinem Zusammenhang mit der 5%-Sperrklausel stehen.

2. Klage gegen legislatives Unterlassen

Geht man davon aus, dass sich die Ast. der Sache nach gegen ein Unterlassen des Ag. wendet, und unterstellt man die Statthaftigkeit einer Organklage gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers, so hat die Ast. die Antragsfrist nach der Regelung des § 73 II BVerfGG i. V. mit § 64 III BVerfGG ebenfalls versäumt. Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber die als unerfüllt gerügte Handlungspflicht nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern fortdauernd nicht befolgt hat (fortdauerndes Unterlassen, vgl. BVerfGE 92, 80, 89). Die Ausschlussfrist des § 73 II BVerfGG i. V. mit § 64 III BVerfGG dient dem Erfordernis, im Organstreitverfahren angreifbare Rechtsverletzungen im Interesse der Rechtssicherheit nach einer bestimmten Zeit außer Streit zu stellen (vgl. BVerfGE 80, 188, 210). Dieses Interesse besteht auch bei fortdauerndem gesetzgeberischen Unterlassen.

Wann in einem solchen Fall die Antragsfrist zu laufen beginnt, lässt sich nicht generell und für alle Fallgestaltungen festlegen. Die Frist wird aber spätestens dadurch in Lauf gesetzt, dass sich der Gesetzgeber erkennbar und eindeutig weigert, in der Weise tätig zu werden, die der Ast. zur Wahrung der Rechte aus seinem verfassungsrechtlichen Status für erforderlich hält (BVerfGE 92,80,89; st. Rspr.).

Der Ag. hat das Gesetz zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts 1995 vom 22. 12. 1995 erlas-

sen. Am 11. 1. 1996 wurde es verkündet. Dadurch hat er es für die Ast. erkennbar abgelehnt, die Regelung über die 5%-Sperrklausel aufzuheben, abzumildern oder nochmals zu überprüfen. Die Ast. macht selbst geltend, der Ag. habe eine Änderung der für die Zulässigkeit der 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht von Schleswig-Holstein maßgeblichen Rechtslage bewirkt, indem er die Direktwahl der Bürgermeister und Landräte einführt. Denn dadurch habe er den Vertretungskörperschaften jene zentrale Kompetenz entzogen, deren Wahrnehmung die Sperrklausel bislang auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG habe sichern sollen. Durch diese Änderung der Rechtslage sei der Ag. verpflichtet worden, die Sperrklausel mit ihrer die Wahlgleichheit einschränkenden Wirkung aufzuheben, abzumildern oder zu überprüfen. Folgt man der Ast. in dieser Argumentation, so muss diese Gesetzesänderung zugleich als er-

kennbare Weigerung verstanden werden, in der von der Ast. verlangten Weise tätig zu werden. Ändert der Gesetzgeber Vorschriften, die bisher zur Begründung der Sperrklausel dienten, so bringt er damit zum Ausdruck, dass er die durch die Rechtsänderung herbeigeführte Rechtslage nicht für verfassungswidrig hält und sich nicht zu weiteren Rechtsänderungen veranlasst sieht. Dies macht er mit Verkündung des Änderungsgesetzes deutlich; zu diesem Zeitpunkt gilt das Gesetz als allgemein bekannt geworden. Folglich war der Ast. bereits mit Verkündung des Gesetzes zur Änderung des kommunalen Verfassungsrechts am 11. 1. 1996 die endgültige Weigerung des Gesetzgebers erkennbar, die in § 10 I KWahlG Schl-H bestimmte Sperrklausel als Folge der Einführung der Direktwahl der kommunalen Verwaltungsspitzen aufzuheben, abzumildern oder nochmals zu prüfen [...].

Standort: VwGO

Problem: Verwaltungsrechtsweg

OVG WEIMAR, BESCHLUSS VOM 22.8.2001
1 ZO 651/99 (NJW 2002, 386)
VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 05.06.2000
4 C 00.64 (BAYVBL 2002, 52)

Problemdarstellung:

Die nachfolgenden Beschlüsse beschäftigen sich mit der Abgrenzung von Zivilrechts- und Verwaltungsrechtsweg.

In der Entscheidung des OVG Weimar ging es um die Frage, vor welchen Gerichten der Streit um Ansprüche aus culpa in contrahendo eines öffentlich-rechtlichen Vertrages geltend zu machen sind. Der BGH hatte bisher - unter Kritik der Literatur - den Zivilrechtsweg bejaht, weil § 40 II 1 VwGO eine abdrängende Sonderzuweisung enthalte. Das OVG weist darauf hin, dass insbesondere nach der Reform des Schuldrechts zum 1.1.2002 (die vom OVG noch als "Entwurf" zitierte Fassung ist mittlerweile Gesetz geworden) an einer Trennung der Rechtswegzuweisung für Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung (nach allg.M. im Verwaltungsrechtsweg) und c.i.c. kein Raum mehr besteht. Dieses Ergebnis wird durch historische und dogmatische Argumente abgesichert. Gegen die Entscheidung ist noch eine Beschwerde beim BVerwG anhängig, das nunmehr erstmalig Gelegenheit haben wird, die Streitfrage zu entscheiden.

Im Beschluss des VGH München ging es um den Streit über die Führung einer Internet-Domain mit dem Namen einer Gemeinde. Der VGH ist der Auffassung, dass hierfür wegen des Zusammenhangs mit

§ 12 BGB der Zivilrechtsweg einschlägig sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist zumindest im ersten Staatsexamen in nahezu allen verwaltungsrechtlichen Aufgabenstellungen mit prozessuellem Einstieg zu prüfen. Bei der Frage nach dem Rechtsweg für Ansprüche aus c.i.c. eines öffentlich-rechtlichen Vertrages handelt es sich um eine seit Jahrzehnten kontrovers diskutierte Frage, die durch die Veränderungen der Schuldrechtsreform, auf welche auch das OVG eingeht, neuen Wind bekommen hat. Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Führung von Internet-Domains haben die Gerichte ebenfalls bereits häufig beschäftigt, wobei sich mit Ausnahme der Verfahren vor dem LG Köln (Nachweise in den Vertiefungshinweisen) i.E. bisher stets die auf Unterlassung klagende Gemeinde gegen den Inhaber der Domain durchgesetzt hat, und zwar selbst dann, wenn der Familienname des Inhabers zufällig dem Gemeindennamen entsprach.

Vertiefungshinweise:

" Erstinstanzlicher Verweisungsbeschluss zum Fall der öffentlich-rechtlichen c.i.c.: *VG Gera*, NJW 1999, 3574

" Für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs bei öffentlich-rechtlicher c.i.c.: *Littbarski*, JuS 1979, 537, 543; *Henke*, JZ 1984, 441, 446; *Scherer*, NVwZ 1986, 540

" Für Unterlassungsansprüche von Gemeinden gegen Betreiber von Internet-Domains mit dem Gemeinde-

namen aus § 12 BGB: *LG Mannheim*, NJW 1996, 2736; ferner *LG Braunschweig*, Urteil vom 28.1.1997 (9 O 450/96) und *LG Lüneburg*, Urteil vom 29.1.1997 (2 O 338/96); Nachweise bei *Bücking*, NJW 1997, 1887

" Gegen einen Schutz von Gemeindenamen aus § 12 BGB: *LG Köln*, Urteil vom 17.12.1996 (3 O 477/96) und Beschluss vom 17.12.1996 (3 O 507/96); Nachweise ebenfalls bei *Bücking*, NJW 1997, 1887

Teil 1: Der Beschluss des OVG Weimar vom 22.8.2001 (1 ZO 651/99):

Leitsatz:

Schadensersatzansprüche wegen Verschuldens bei der Anbahnung oder dem Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags (culpa in contrahendo) sind nach § 40 I 1 VwGO vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen; sie werden nicht durch § 40 II 1 VwGO den ordentlichen Gerichten zugewiesen.

Sachverhalt:

Die Kl. wendet sich gegen die Verweisung eines von ihr beim VG Gera anhängig gemachten Rechtsstreits an das LG Gera. Die Kl. begehrt von der Bekl. Schadensersatz nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Sie ist Eigentümerin eines in Gera gelegenen Flurstücks. Am 23. 1. 1996 stellte die Kl. bei der Bekl. einen Antrag auf Einleitung eines Vorhaben- und Erschließungsplanverfahrens für eine Bebauung dieses Grundstücks mit einer Wohnanlage, die teilweise dem betreuten Wohnen dienen sollte. Wegen zwischenzeitlich aufgetretener Schwierigkeiten lehnte der Bau- und Wirtschaftsausschuss des Stadtrats der Bekl. im Januar 1998 jedoch die Weiterführung des Verfahrens ab. Daraufhin zog die Kl. den Vorhaben- und Erschließungsplan zurück.

Am 14. 4. 1999 hat die Kl. beim VG Gera Klage erhoben, mit der sie eine Verurteilung der Bekl. zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 117.800 DM erstrebt. Zur Begründung hat sie unter anderem ausgeführt, sie habe im Vertrauen auf die Durchführung eines Vorhaben- und Erschließungsplanverfahrens Aufwendungen in dieser Höhe gehabt, die die Bekl. ihr nach den (im öffentlichen Recht entsprechend anwendbaren) Grundsätzen der culpa in contrahendo zu ersetzen habe. Das VG Gera hat den Rechtsstreit an das LG Gera verwiesen. Die dagegen erhobene Beschwerde der Kl. war erfolgreich.

Aus den Gründen:

Die nach § 17a IV 3 GVG i. V. mit den §§ 146 I, 147 VwGO zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des VG ist für den

vorliegenden Rechtsstreit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

I. Voraussetzungen des § 40 I 1 VwGO

Gem. § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Das VG ist insofern zutreffend davon ausgegangen, dass zwischen den Beteiligten im Zusammenhang mit der geplanten Aufstellung des Vorhaben- und Erschließungsplans öffentlich-rechtliche Beziehungen bestanden, da auch der abzuschließende Erschließungsvertrag öffentlich-rechtlicher Natur gewesen wäre.

II. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Es hat aber zu Unrecht die Voraussetzungen der Sonderzuweisung des § 40 II 1 VwGO bejaht.

Während die ursprüngliche Fassung dieser Vorschrift Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten ohne jede Einschränkung dem ordentlichen Rechtsweg zuwies, ist der ordentliche Rechtsweg nach ihrer seit dem 1. 1. 1977 geltenden Fassung nur für die aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten resultierenden Schadensersatzansprüche gegeben, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen.

1. Historische Rechtslage

Bereits für die vor dem 1. 1. 1977 geltende Fassung der Vorschrift hat das BVerwG eine einschränkende Auslegung dahingehend vertreten, dass Schadensersatzansprüche des Bürgers gegen den Staat wegen Verschuldens bei Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags jedenfalls dann vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind, wenn diese in Sachzusammenhang mit dem Anspruch auf Erfüllung dieses Vertrags und nicht in Sachzusammenhang mit gleichzeitig geltend gemachten Amtshaftungsansprüchen stehen (vgl. BVerwG, DÖV 1974, 133; BVerwGE 37, 231, 238).

2. Aktuelle Fassung des § 40 II 1 VwGO

Ob diese Ansprüche nach der Neufassung des § 40 II 1 VwGO nunmehr stets vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind, hat das BVerwG - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.

a. Ansicht der Literatur

Die überwiegende Auffassung in der Literatur stellt auf die Vertragsähnlichkeit des Anspruchs aus culpa in contrahendo ab und geht dementsprechend davon aus, dass er nach der Neufassung des § 40 II 1 VwGO stets vor den Verwaltungsgerichten geltend zu ma-

chen ist (Schoch, FS Menger, S. 305, 320 [Fußn. 66] und 324 [Fußn. 90]; Rennert, in: Eyermann/Fröhler, VwGO, 11. Aufl. 2000, § 40 Rdnr. 121; Hufen, VerwProzR, 4. Aufl. 2000, § 11 Rdnr. 93; Keller, Vorvertragliche Schuldverhältnisse im VerwR, 1997, S. 204; ebenso jetzt VG Bremen, NordÖR 1999, 242, 244; a.A. etwa Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Januar 2000, § 40 Rdnr. 545).

b. Ansicht des BGH

Demgegenüber vertritt der BGH, der unter Geltung der alten Fassung des § 40 II 1 VwGO auf den "engen Zusammenhang" zwischen Ansprüchen aus c.i.c. mit Amtshaftungsansprüchen abgestellt hatte (BGHZ 43, 34, 41), auch für die seit dem 1. 1. 1977 geltende Neufassung des § 40 II 1 VwGO die Auffassung, dass Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verschuldens bei Abschluss eines öffentlichen Vertrags den ordentlichen Gerichten zugewiesen seien. Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass Rechtsgrundlage der Haftung ein durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen begründetes gesetzliches Schuldverhältnis sei und der Anspruch sich aus dem Erfordernis des Vertrauensschutzes ergebe. Hiernach entferne sich der Anspruch aus culpa in contrahendo so weit vom Entstehungsgrund eines Vertrags, dass er nicht mehr i. S. des § 40 II 1 VwGO darauf "beruhe" (BGH, NJW 1986, 1109, 1110; NVwZ 1990, 1103; ferner DÖV 1990, 1027, 1028, wo unter Bezugnahme auf BGHZ 43, 269, 277 f. auch zur Neufassung des § 40 II 1 VwGO darauf abgehoben wird, für diese Rechtswegzuweisung sei die "Sachnähe" zur Amtshaftung bedeutsam).

c. Stellungnahme des OVG

Diese Auffassung, der das VG sich angeschlossen hat, vermag jedoch ebenso wenig zu überzeugen wie die auf der Grundlage der alten Fassung des § 40 II 1 VwGO in der Rechtsprechung vorgenommene Differenzierung nach dem jeweiligen Sachzusammenhang, in dem der Anspruch aus culpa in contrahendo steht.

aa. Sachzusammenhang unerheblich

Bei der Auslegung des § 40 II 1 VwGO ist zunächst im Blick zu halten, dass nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO öffentlich-rechtliche Ansprüche grundsätzlich im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen sind. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dann, wenn die betreffenden Streitigkeiten durch Bundes- oder Landesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind (vgl. § 40 I 1 Halbs. 2 und S. 2 VwGO), oder soweit § 40 II 1 VwGO selbst für bestimmte Ansprüche (insb. im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Art. 14 III 4, Art. 34 S. 3 GG) eine Sonderzuwei-

sung zum ordentlichen Rechtsweg vornimmt.

Die dargestellten Regelungen des § 40 VwGO, die nach Anspruchsarten unterscheiden und in Absatz 2 Satz 1 lediglich bestimmte öffentlich-rechtliche Ansprüche - der deutschen Rechtstradition folgend - dem ordentlichen Rechtsweg zuweisen, lassen für eine einzelfallorientierte Differenzierung danach, in welchem "Sachzusammenhang" die geltend gemachten Ansprüche jeweils stehen, keinen Raum. Gegen eine fallweise Differenzierung danach, ob der Anspruch aus culpa in contrahendo im konkreten Fall neben einem Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag oder neben einem möglichen Amtshaftungsanspruch geltend gemacht wird und in diesem Sinne in einem "aktuellen" Zusammenhang mit einem der genannten Ansprüche steht, sprechen zudem die Zufälligkeiten der Ergebnisse, zu der die Anwendung dieses Kriteriums führt (so Keller, a.a.O., S. 203 f.; Henke, JZ 1984, 441, 447; gegen das Abstellen auf das Kriterium des Sachzusammenhangs auch Ehlers, a.a.O., § 40 Rdnrn. 489 f.). Die Zuweisung zu dem einen oder anderen Rechtsweg muss sich im Interesse der Rechtssicherheit an hinreichend berechenbaren Kriterien orientieren und kann nicht von der jeweiligen Prozesslage und dem Parteivorbringen abhängen. Im Übrigen dürfte den hinter Kriterien des "Sachzusammenhangs" oder der "Sachnähe" stehenden prozessökonomischen Erwägungen durch die seit dem 1. 1. 1991 geltende Neufassung des § 17 II GVG ohnehin weitgehend der Boden entzogen worden sein. Nach dieser Bestimmung entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten, das heißt es hat auch Anspruchsgrundlagen zu prüfen, die "an sich" vor einem anderen Gericht geltend zu machen wären; eine Ausnahme gilt lediglich, soweit bestimmte Ansprüche von Verfassungen wegen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesen sind.

bb. Regel-Ausnahme-Verhältnis

Darüber hinaus legt das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Generalklausel auf der einen und Sonderzuweisungsnormen auf der anderen Seite eher eine restriktive als eine weite Auslegung der Sonderzuweisungsnorm des § 40 II 1 VwGO nahe (so auch Ehlers, a.a.O., § 40 Rdnr. 490). Dem entspricht eine weite Auslegung des in dieser Bestimmung formulierten Vorbehalts zu Gunsten des öffentlich-rechtlichen Vertrags, der als "Ausnahme von der Ausnahme" zur Rückkehr zur Regel des § 40 I 1 VwGO führt (Schoch, FS Menger, S. 305, 324; ebenso jetzt VG Bremen, NordÖR 1999, 242, 244).

cc. Zum Merkmal des "Beruhens" auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag

Entgegen der Auffassung des VG lässt der Vorbehalt für Schadensersatzansprüche, die auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, durchaus eine Auslegung zu, nach der auch Ansprüche aus culpa in contrahendo davon erfasst werden. Zwar knüpft die Haftung für culpa in contrahendo nicht unmittelbar an ein bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft an und stellt mithin keine vertragliche Haftung dar, sondern geht auf ein durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen bzw. die Anbahnung eines Vertragsverhältnisses begründetes gesetzliches Schuldverhältnis zurück. Der Vorbehalt in § 40 II 1 VwGO nimmt jedoch nicht nur Schadensersatzansprüche aus abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträgen von der Zuweisung zur ordentlichen Gerichtsbarkeit aus, sondern alle Schadensersatzansprüche, die auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag "beruhen". Ob und wann in diesem Sinne von einem "Beruhen" des Schadensersatzanspruchs auf einem nur in Aussicht genommenen, aber nicht abgeschlossenen Vertrag gesprochen werden kann und muss, lässt der Wortlaut der Regelung gerade offen. Bei der gebotenen restriktiven Auslegung der Sonderzuweisung des § 40 II 1 VwGO und der daraus resultierenden weiten Auslegung des in dieser Bestimmung enthaltenen Vorbehalts ist die vom BGH unter Hinweis auf die "Entfernung" des Anspruchs aus culpa in contrahendo vom Entstehungsgrund des Vertrags verneinte Wertungsfrage, ob der Anspruch im Sinne dieser Norm auf dem Vertrag "beruht", zu bejahen.

Für die Annahme eines "Beruhens" spricht, dass es sich bei dem durch einen "vertragsspezifischen Kontakt" entstehenden gesetzlichen Schuldverhältnis um ein vertragsähnliches, also dem Vertrag stark angenähertes Rechtsverhältnis handelt (vgl. Scherer, NVwZ 1986, 540, 541). Das Rechtsverhältnis ist auch in verschiedener Hinsicht gerade mit dem in Aussicht genommenen konkreten Vertrag verknüpft. So hängt die Einordnung des Anspruchs aus culpa in contrahendo als öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Anspruch maßgeblich von der Einordnung des in Aussicht genommenen Vertrags ab.

Der Umfang der die Beteiligten im vorvertraglichen Stadium treffenden Sorgfaltspflichten und das Vorliegen eines Verschuldens lassen sich ohne Würdigung des zu schließenden Vertrags nicht hinreichend beurteilen. Seinem Inhalt nach weist der Anspruch Parallelen zu den Ansprüchen auf, die auf der Verletzung vertraglicher Pflichten beruhen; dies gilt insbesondere auch für die bei Verletzung vertraglicher Schutzpflichten gegebenen Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung, die bei öffentlich-rechtlichen Verträgen nach allgemeiner Auffassung im Verwaltungsrechtsweg geltend zu machen sind.

Die Verletzung vorvertraglicher Pflichten kann zu dem Auswirkungen auf den Bestand und Inhalt des

späteren Vertrags haben. So geht der BGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der durch Irreführung oder mangelnde Aufklärung zum Abschluss eines Vertrags bestimmte Vertragspartner neben einer möglichen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch die Rückgängigmachung des Vertrags nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo verlangen kann (BGH, NJW 1998, 302). Es wäre aber wenig sinnvoll, in diesen Fällen den Streit um die Rückgängigmachung oder inhaltliche Anpassung des Vertrags, soweit es um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geht, sowohl im Verwaltungsrechtsweg (z.B. hinsichtlich des Anfechtungsrechts) als auch im ordentlichen Rechtsweg (hinsichtlich des auf Rückabwicklung gerichteten Anspruchs aus culpa in contrahendo) auszugetragen.

Nicht angezeigt ist auch eine Differenzierung innerhalb des Anspruchs aus culpa in contrahendo etwa danach, ob dieser Anspruch auf Rückabwicklung (bzw. inhaltliche Anpassung) eines bereits abgeschlossenen Vertrags oder auf Geltendmachung eines Schadens gerichtet ist, der gerade darin besteht, dass es nicht zu einem Vertrag gekommen ist.

dd. Historische Auslegung

Die weite Auslegung des in § 40 II 1 VwGO enthaltenen Vorbehalts zu Gunsten der Verwaltungsgerichtsbarkeit wird auch durch die Entstehungsgeschichte der ursprünglichen wie der Neufassung dieser Vorschrift bestätigt. Die bei Schaffung der Verwaltungsgerichtsordnung und der Einführung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel in § 40 I VwGO erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erfolgte Hinzufügung des § 40 II 1 sollte sicherstellen, dass der ordentliche Rechtsweg für solche öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten erhalten blieb, in denen ein enger Zusammenhang mit der Enteignung und der Amtshaftung gegeben war (vgl. im Einzelnen die Darstellung in BVerwGE 37, 231, 235). Da die Regelung ihrem Wortlaut nach über den mit ihr verfolgten Regelungszweck weit hinausging, bestand in der Rechtsprechung weitgehend Einigkeit über die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung insbesondere für öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnisse (vgl. BVerwGE 37, 231, 235); in der Rechtsprechung des BVerwG wurde - wie dargelegt - eine einschränkende Auslegung auch für Ansprüche aus culpa in contrahendo befürwortet, sofern diese neben vertraglichen Ansprüchen geltend gemacht werden sollten.

Durch die im Zusammenhang mit der Schaffung eines Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) und der darin erfolgten Anerkennung und Kodifizierung des öffentlich-rechtlichen Vertrags stehende Neufassung sollten ausweislich der Begründung des zu Grunde liegenden Regierungsentwurfs etwaige Zweifel daran beseitigt werden, "dass für Streitigkei-

ten über Wirksamkeit und Inhalt eines öffentlich-rechtlichen Vertrags sowie über die Folgen und Leistungsstörungen aller Art einschließlich von Schadensersatzverpflichtungen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte gegeben ist" (BT-DR 7/910, S. 97). Zwar lässt sich dieser Formulierung nicht unmittelbar eine positive Aussage des Inhalts entnehmen, dass der Gesetzgeber auch Ansprüche aus culpa in contrahendo dem Verwaltungsrechtsweg zugeordnet wissen wollte; es war aber erkennbar Sinn der Neuregelung, für alle mit öffentlich-rechtlichen Verträgen zusammen hängenden Ansprüche den Verwaltungsrechtsweg zu eröffnen (in diesem Sinne schon Littbarski, JuS 1979, 537, 543). Zu den davon erfassten Leistungsstörungen gehören auch die Pflichtverletzungen, die eine Haftung aus culpa in contrahendo auslösen. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber, dem die auf den "aktuellen Sachzusammenhang" der Ansprüche aus culpa in contrahendo mit vertraglichen Ansprüchen im jeweiligen Einzelfall abstellende Rechtsprechung des BVerwG bekannt gewesen sein dürfte, es bei dieser einzelfallorientierten Differenzierung hätte belassen oder gar die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Vergleich zu dieser differenzierenden Auffassung hätte erweitern wollen, lassen sich den Gesetzgebungsmaterialien nicht entnehmen.

ee. Auswirkungen der Schuldrechtsreform

Die Betonung der Vertragsähnlichkeit der Ansprüche aus culpa in contrahendo und ihre Gleichstellung mit Schadensersatzansprüchen wegen der Verletzung vertraglicher Leistungs- oder Schutzpflichten entspricht im Übrigen auch der aktuellen Rechtsentwicklung im Zivilrecht. So sieht der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (BR-DR 338/01; vgl. auch den im Folgenden zitierten gleich lautenden Gesetzentwurf der Fraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen - BT-DR 14/6040) in einem neuen § 311 BGB unmittelbar im Anschluss an die das Entstehen rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse betreffende Regelung des Absatz 1 in Absatz 2 eine Kodifizierung der in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fallgruppen der culpa in contrahendo vor (BT-DR 14/6040, S. 12). Für diese Einordnung unmittelbar im Anschluss an das in Absatz 1 angesprochene Vertragsprinzip - und nicht etwa im Zusammenhang mit der Regelung der Haftung für unerlaubte Handlungen - war ausweislich der Begründung des Entwurfs maßgebend, "dass das für diese Haftungskategorie vorausgesetzte gesetzliche Schuldverhältnis im Vorfeld eines Vertrags entsteht" (BT-DR 14/6040, S. 162). Hinsichtlich der sich aus diesem gesetzlichen Schuldverhältnis ergebenden Schutzpflichten verweist § 311 II des Entwurfs auf die vorgesehene Neuregelung des § 241 II BGB (BT-DR 14/6040, S. 6

unter Nr. 4), die eine Kodifikation der allgemein anerkannten Lehre von den Schutzpflichten darstellt, deren Verletzung nach geltendem Recht eine Haftung aus positiver Forderungsverletzung auslöst. Für den Fall der Verletzung einer solchen Schutzpflicht sieht § 280 I des Entwurfs eine Haftung auf "Schadensersatz wegen Pflichtverletzung" vor.

Die im Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vorgesehene Regelung der Haftung aus culpa in contrahendo und ihre Gleichstellung mit der Haftung für die Verletzung vertraglicher Schutzpflichten wird wegen der in § 62 S. 2 VwVfG des Bundes (und der entsprechenden Vorschriften der Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder) für den öffentlich-rechtlichen Vertrag angeordneten entsprechenden Geltung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch für das Öffentliche Recht zu beachten sein. Sie lässt für eine Aufspaltung des Rechtswegs für Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung von Schutzpflichten aus abgeschlossenen öffentlich-rechtlichen Verträgen auf der einen und Schadensersatzansprüchen aus culpa in contrahendo auf der anderen Seite keinen Raum mehr; insbesondere stellt die geplante Neuregelung klar, dass die von der zivilgerichtlichen Rechtsprechung und Teilen der Literatur behauptete "Sachnähe" der Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zur Amtshaftung, die für die Rechtswegzuweisung in § 40 II 1 VwGO bedeutsam sein soll, nicht besteht.

Teil 2: Beschluss des VGH München vom 05.06.2000 (4 C 00.64)

Leitsatz (der Redaktion):

Der Streit über die Unterlassung der Verwendung einer Internet-Domain mit dem Namen einer Gemeinde ist vor den Zivilgerichten auszutragen.

Sachverhalt:

Der Kläger verwendet seit vielen Jahren im Internet und e-Mail-Verkehr als Identifikationszeichen die Bezeichnung "streitberg.de". Der Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 21.9.1999 mit, die Verwendung des Internet-Domain-Namens "streitberg.de" verletze das Namensrecht des Beklagten gemäß § 12 BGB; zum Gemeindegebiet des Beklagten gehöre auch der staatlich anerkannte Luftkurort Streitberg. Der Kläger wurde aufgefordert, eine Erklärung abzugeben, dass er sich verpflichte, im geschäftlichen Verkehr die genannte Bezeichnung nicht zu verwenden. Der Kläger erhob Klage zum Verwaltungsgericht Bayreuth und begehrte die Verurteilung des Beklagten sinngemäß dahingehend, die Behauptung, der Kläger verwende den Internet-Domain-Namen "streitberg.de" ohne Berechtigung, zu widerrufen und künftig zu unterlas-

sen.

Der Mitteilung des Verwaltungsgerichts, der Rechtsstreit sei möglicherweise an das Zivilgericht zu verweisen, widersprach der Kläger und behielt sich das Wahlrecht hinsichtlich des zuständigen Gerichts vor. Mit Beschluss vom 3.12.1999 entschied das Verwaltungsgericht, dass der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht gegeben sei, und verwies den Rechtsstreit an das Landgericht Bamberg. Die Beschwerde des Klägers blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den Rechtsstreit zutreffend an das Zivilgericht verwiesen. Für den vom Kläger geltend gemachten Anspruch ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 VwGO nicht eröffnet.

I. Definition der "öffentlich-rechtlichen Streitigkeit"

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche gesetzliche Rechtswegzuweisung fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (vgl. GS, BVerwGE 74, 368, 370). Maßgeblich ist allein die wirkliche Natur des Rechtsverhältnisses, nicht dagegen die rechtliche Qualifizierung des geltend gemachten Anspruchs durch den Kläger (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl. 1998, RdNr. 6 zu § 40). Deshalb wird der Verwaltungsrechtsweg nicht dadurch eröffnet, dass der Kläger den Widerrufs- und Unterlassungsanspruch auch auf eine behauptete Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 1, 2 Abs. 1 und Art. 14 GG

stützt.

II. Hier privatrechtliches Rechtsverhältnis

Das Rechtsverhältnis, nach dem sich der Unterlassungs- und Widerrufsanspruch des Klägers **r i c h t e t**, **h a t** seine Grundlage in dem für jedermann, nicht nur für das Handeln öffentlich-rechtlicher Körperschaften geltenden privaten Namensrecht nach § 12 BGB. Der Beklagte beruft sich auf sein Namensrecht nicht im Zusammenhang mit der Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe und seinem Tätigwerden gerade als Amtsträger in Wahrnehmung eines den Gebietskörperschaften als Träger öffentlicher Aufgaben zugewiesenen Sonderrechts (vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., RdNr. 11 zu § 40). Das Rechtsverhältnis wird vielmehr charakterisiert durch den vom Beklagten geltend gemachten Abwehrensanspruch gegen einen im Zivilrechtsverkehr unbefugten Gebrauch seines Namens. Dieser Gebrauch durch den Kläger kann den Anschein erwecken, der Beklagte nehme unter dem strittigen Internet-Domain-Namen auf privatrechtlicher Grundlage am Wirtschaftsleben teil. Das verleiht dem Rechtsstreit eine privatrechtliche Natur, wie sie auch bei einem auf § 12 BGB beruhenden Namensstreit zwischen Privatpersonen vorliegt. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von dem Rechtsstreit, den das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 8.2.1974 (BVerwGE 44, 351, 353) als öffentlich-rechtlich eingeordnet hat, weil der Name einer Gebietskörperschaft im Rahmen öffentlich-rechtlich geregelter Aufgaben und Pflichten benutzt wurde. [...]

Zivilrecht

Standort: Kaufvertrag

Problem: Zusicherung von Mietverhältnissen

BGH, URTEIL VOM 05.10.2001
V ZR 275/00 (NJW 2002, 208)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Kl. im Rahmen einer Versteigerung ein Grundstück der Bekl. erworben, dessen Verkehrswert u.a. wegen der Vermietung an einen Dritten und der sich daraus ergebenden Jahreskaltmiete fast zwei Millionen DM betrug. Wegen früherer Sonderabreden mit der Bekl. gelang es dem Mieter jedoch sogleich nach der Versteigerung den

Mietzins zu verweigern und sich alsbald vom Mietvertrag gänzlich zu lösen. Die Kl. wirft der Bekl. vor, den Mietvertrag nur zum Schein abgeschlossen zu haben, um den Verkehrswert des Grundstücks in die Höhe zu treiben. Deshalb verlangt sie Ersatz für den entgangenen Mietzins in Form von Minderung, hilfsweise Schadensersatz.

Entgegen dem BerGer. erkennt der BGH einen Anspruch auf Minderung wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft an. Nach gefestigter Rechtsprechung sprechen die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich miteinbezogenen Angaben zu tat-

sächlich erzielten Mieterträgen regelmäßig für die Zusicherung einer Eigenschaft, unabhängig von der Art des Verkaufs, wie z.B. hier durch Versteigerung. Zwar ist Gegenstand der Zusicherung nur, dass die Mieten im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs tatsächlich gezahlt werden. Jedoch ist Gegenstand der Zusicherung auf jeden Fall auch das Bestehen eines Mietverhältnisses. Diese Eigenschaft fehlt, sollte es sich bei dem Mietvertrag um ein Scheingeschäft gem. § 117 BGB handeln. Dann wäre ein Mietertrag unter Einschluss des Mietverhältnisses nicht gegeben. Korrespondierende Ansprüche finden sich in § 463 S. 1 BGB und in c.i.c.

Prüfungsrelevanz:

Examensrelevanter Schwerpunkt bei diesem Urteil sind die Feststellungen zum Inhalt und Umfang von zugesicherten Eigenschaften bei einem vermieteten Grundstück.

Nach gefestigter - und von dem BerGer. im Ansatz auch beachteter - Rechtsprechung des Senats sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen. Der Mietertrag ist nicht allein für den obligatorischen Anspruch gegen die Mieter bedeutsam. Da sich ein vertraglich vereinbarter Mietzins in der Regel nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten als Marktpreis bildet, gilt der zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich aus dem Hausgrundstück gezogene Nutzen nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung eines Hausgrundstücks. Dies ist auch der Grund dafür, dass die tatsächlichen Mieterträge in Grundstückskaufverträgen aufgeführt werden.

Gegenstand der Zusicherung ist allerdings nur, dass die Mieten - neben ihrer Erwirtschaftung in zulässiger Weise - im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs auch tatsächlich gezahlt werden.

Vertiefungshinweis:

" Zur Frage des Mietertrags als zugesicherte Eigenschaft: *OLG Celle*, NJW-RR 1999, 280; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 718

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"

Leitsatz:

Die Grundsätze der Rechtsprechung, nach der die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarung gemachte

Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig für die Zusicherung einer Eigenschaft sprechen, finden auch bei freiwilliger Versteigerung eines Grundstücks Anwendung (Fortführung von zuletzt BGH, NJW 2001, 2551 = NZM 2001, 636).

Sachverhalt:

Der Bekl. zu 2 war bis zum 4. 11. 1997 alleinvertretungsberechtigter Vorstand der Bekl. zu 1. Zu deren Gunsten war die Auflassung hinsichtlich eines mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks in B.-L. erklärt worden. Mit notariell beurkundetem Einlieferungsvertrag vom 5. 11. 1996 beauftragte die Bekl. zu 1 den Auktionator K mit der Versteigerung des noch nicht auf ihr Eigentum umgeschriebenen Grundstücks. Bei der Beschreibung des Anwesens ist unter § 1 Nr. 1 der Urkunde vermerkt:

"Das Grundstück ist bebaut mit einem Wohn- und Geschäftshaus. Es hat 2102 qm Wohn-/Gewerbefläche inklusive Garagenhof mit einer Jahresbruttokaltmiete von ca. 194 000 DM". In einem Sachverständigengutachten, das der Auktionator in Auftrag gegeben hatte, wurde für das Grundstück nach dem Ertragswertverfahren ein Verkehrswert von 2 000 000 DM ermittelt. Der Sachverständige legte eine Jahresrohmiere (Nettokaltmiete) von 152 652 DM zu Grunde und berücksichtigte hierbei einen Mietvertrag über Ladenräume und die gesamte Hoffläche mit einer monatlichen Nettokaltmiete von 4980 DM. Dieser Mietvertrag war unter dem 25. 7. 1996 zwischen der Bekl. zu 1 und P, einem Bekannten des Bekl. zu 2 und jetzigen Abwickler der Bekl. zu 1, mit einer Laufzeit bis zum 31. 12. 2001 geschlossen worden. P machte anschließend von der Möglichkeit Gebrauch, die ihm in einer schriftlichen Zusatzvereinbarung vom 8. 1996 von der Bekl. zu 1 eingeräumt worden war, und benannte die von ihm als Geschäftsführer geleitete H-GmbH als Mieterin. Die Kl. erhielt als einzige Bieterin bei dem Mindestgebot von 1 850 000 DM den Zuschlag. Nach der notariellen Urkunde, die über die Versteigerung am 16. 12. 1996 errichtet wurde, nahm der Auktionator auf die ebenfalls notariell beurkundeten Versteigerungsbedingungen sowie die Objektbeschreibung im Katalog Bezug und "hob" neben anderen Einzelheiten "hervor": "Jahresmiete brutto ca. 199 928 DM. In der Bruttomiete enthaltener Betriebskostenanteil ca. 48 950 DM...". Zum 1. 2. 1997 wurde das Grundstück vereinbarungsgemäß der Kl. übergeben. Seit August 1997 ist sie auch als Eigentümerin eingetragen. Nach Zahlung der Februarmiete an die Kl. machte die H-GmbH schon im März 1997 ein Zurückbehaltungsrecht unter Berufung auf den weiteren Inhalt der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 8. 8. 1996 geltend und zahlte von nun an keine Miete mehr. In der Zusatzvereinbarung hatte sich die Bekl. zu 1 auch dazu verpflichtet, bis zum 31. 3. 1997

"die baurechtliche Genehmigung für die Errichtung eines Werkstattgebäudes mit einer Grundfläche von mindestens 100 qm zu erwirken". Die Kl. hielt die Erteilung einer solchen Baugenehmigung für ausgeschlossen und konnte am 18. 2. 1998 mit der Mieterin einen Räumungsvergleich schließen, mit dem sie auf die Zahlung des von März 1997 bis Februar 1998 aufgelaufenen Mietzinses in Höhe von 62 307 DM verzichtete. Die Kl. verlangt von den Bekl. als Gesamtschuldern Zahlung von 314 283,20 DM als Minderung, hilfsweise als Schadensersatz. Sie hat behauptet, die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag habe beim Versteigerungstermin nicht vorgelegen und sei dem Auktionator auch nicht übersandt worden. Den Bekl. sei es im Zusammenwirken mit P darum gegangen, einen höheren Ertragswert der Immobilie vorzutäuschen. Der Mietvertrag sei nur zum Schein abgeschlossen und ein Bauantrag nie gestellt worden. Den Kaufpreis habe der Bekl. zu 2 selbst vereinnahmt. Nach übereinstimmender Erledigungserklärung eines weiteren, auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen der Mieterin gerichteten Klageantrags ist die Klage in erster Instanz erfolgreich gewesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage abgewiesen. Hiergegen richtete sich die Revision der Kl., mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des LG erstrebt. Die Revision war erfolgreich und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. verneint einen Anspruch der Kl. auf Minderung des Kaufpreises.

Dass die Mieteinnahmen im Versteigerungsverfahren zu hoch angesetzt worden seien, begründe keinen Sachmangel des Grundstücks. Nach den Versteigerungsbedingungen sei der Mietertrag auch nicht zugesichert worden. Ebenso wenig hätten die Bekl. Jahresmieteinnahmen von etwa 199 928 DM arglistig vorgespiegelt, insbesondere habe es sich bei dem mit P geschlossenen Mietvertrag nicht um ein Scheingeschäft gehandelt. Zwar sei die Miete wegen der Zusatzvereinbarung und des nicht ernsthaft betriebenen Baugenehmigungsverfahrens nicht zu erzielen gewesen, die Kl. habe jedoch nicht beweisen können, dass die Bekl. ihre Aufklärungspflicht verletzt hätten, weil nur der Mietvertrag, nicht aber auch die Zusatzvereinbarung an den Auktionator übersandt worden sei. Hiernach seien auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen die Bekl. zu 1, der hilfsweise gem. § 463 S. 1 BGB oder wegen Verletzung der Offenbarungspflicht geltend gemacht werde, nicht gegeben. Der Bekl. zu 2 schulde ebenfalls keinen Schadensersatz. Für seine persönliche Haftung wegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen

Eigeninteresses reiche weder seine Beteiligung als Vorstand der Bekl. zu 1 noch die Alleinaktionärsstellung seiner Ehefrau aus. Dass der Bekl. zu 2 den von der Kl. gezahlten Kaufpreis für sich vereinnahmt habe, könne zwar möglicherweise eine Eigenhaftung begründen, lasse sich aber nicht feststellen. Schließlich scheidet eine deliktsrechtliche Haftung des Bekl. zu 2 aus, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine zielgerichtete Verhinderung der Information über den Vertragsinhalt durch unvollständige Übersendung des Mietvertrags an den Auktionator nicht nachgewiesen sei.

B. Entscheidung der Revision

Dies hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand

I. Anspruch auf Minderung gem. §§ 456, 462 BGB

Entgegen der Auffassung des BerGer. kann der Kl. gegenüber der Bekl. zu 1 ein Anspruch auf Kaufpreisminderung gem. §§ 459 II, 462 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zustehen.

1. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages

Zwischen der Kl. und der durch den Auktionator vertretenen Bekl. zu 1 ist ein wirksamer Kaufvertrag zu Stande gekommen (vgl. BGH, NJW 1983, 1186 = LM § 156 BGB Nr. 1). Die notarielle Urkunde vom 16. 12. 1996 genügt dem Formerfordernis aus § 313 S. 1 BGB, weil hier in Abweichung von § 156 BGB ein gesonderter Kaufvertrag beurkundet wurde (vgl. BGHZ 138, 339 [345] = NJW 1998, 2350 = LM H. 11/1998 § 156 BGB Nr. 2; Schwarz, JR 2000, 20 [21]).

2. Inhalt des Kaufvertrages: Zusicherung von Mieterträgen

Die Revision rügt mit Erfolg Rechtsfehler bei der Auslegung des Kaufvertrags. Das BerGer. hat es versäumt, die maßgeblichen Umstände und Interessen vollständig zu berücksichtigen und umfassend zu würdigen (vgl. Senat, NJW 1995, 45 [46] = LM H. 3/1995 § 133 [A] BGB Nr. 24; BGH, NJW 1992, 170 = LM H. 5/1992 § 157 [Gd] BGB Nr. 7). Entgegen der Auffassung des BerGer. hat die Bekl. zu 1 Mieterträge unter Einschluss solcher aus dem Mietverhältnis mit der H-GmbH i. S. von § 459 II BGB zugesichert.

a. Anforderungen an eine Zusicherung im Kaufvertrag

Nach gefestigter - und von dem BerGer. im Ansatz auch beachteter - Rechtsprechung des Senats sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig

als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen (Senat, NJW 1980, 1456 [1457]; NJW 1981, 45 [46]; NJW 1989, 1795; NJW 1990, 902; NJW 2001, 2551 [2552]; vgl. auch BGH, NJW 1998, 445 [446]). Der Mietertrag ist nicht allein für den obligatorischen Anspruch gegen die Mieter bedeutsam. Da sich ein vertraglich vereinbarter Mietzins in der Regel nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten als Marktpreis bildet, gilt der zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich aus dem Hausgrundstück gezogene Nutzen nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung eines Hausgrundstücks. Dies ist auch der Grund dafür, dass die tatsächlichen Mieterträge in Grundstückskaufverträgen aufgeführt werden (vgl. Senat, NJW 1980, 1456 [1457]; NJW 1981, 45 [46]).

Das BerGer. erkennt, dass dies bei einer (freiwilligen) Versteigerung nicht anders ist. Dass hier keine individuellen Vertragsverhandlungen mit Interessenten stattfinden, ändert nichts daran, dass bei einer Versteigerung die Angabe des Mietertrags ebenfalls Aufschluss über die Ertragsfähigkeit des Objekts gibt, sich die Ertragsfähigkeit nach der Verkehrsanschauung auf die Wertschätzung eines Hausgrundstücks auswirkt und daher für den Käufer von besonderem Interesse ist. Demgemäß hat auch der von dem Auktionator hinzugezogene Sachverständige den Verkehrswert des Grundstücks nach dem Ertragswertverfahren auf der Grundlage der Mieteinnahmen ermittelt. Bestätigt wird die Bedeutung des Mietertrags bei einer Versteigerung ferner durch die Angabe der Jahresbruttomiete in der Zeitungsanzeige, mit der der Auktionator auf die Versteigerung auch des von der Bekl. zu 1 eingelieferten Grundstücks aufmerksam gemacht hat (vgl. Senat, NJW 1980, 1456 [1457] = LM § 459 BGB Nr. 53).

Selbst wenn die Kl. von Anfang an beabsichtigt haben sollte, das erworbene Hausgrundstück nach einer Instandsetzung und aufgeteilt in Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu veräußern, könnte dies an einer Eigenschaftszusicherung nichts ändern. Um eine Zusicherung auszuschließen, hätte die Kl. auf Grund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegen müssen, als die nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbundenen (vgl. Senat, NJW 1990, 902 = LM § 459 BGB Nr. 95). Dies war aber nicht der Fall. Durch die etwaigen Pläne wurde weder die Bedeutung des Mietertrags für die Bestimmung des Verkehrswerts berührt, noch das Interesse der Kl., den von ihr zu zahlenden Kaufpreis an dem Verkehrswert des Anwesens zu orientieren.

Angaben über den Mietertrag enthält zum einen die Urkunde vom 16. 12. 1996 unter lit. a durch die Aufnahme der Höhe der Jahresbruttomiete mit 199 928

DM. Selbst wenn man annehmen wollte, dass diese Passage noch nicht Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrags sei, ergibt sich ein Mietertrag mit ca. 194 000 DM in vergleichbarer und nur unter Berücksichtigung des Mietvertrags mit P zu begründender Größenordnung aus § 1 Nr. 1 des Einlieferungsvertrags vom 5. 11. 1996. Nach Nr. 7 I der in den Kaufvertrag einbezogenen Versteigerungsbedingungen gilt diese Angabe der Bekl. zu 1 auch zu Gunsten der Kl. und ist damit Gegenstand der Vereinbarungen zwischen den Parteien.

b. Kein Ausschluss der Zusicherungshaftung durch entsprechende Klausel

Die Auffassung des BerGer., der Annahme einer Eigenschaftszusicherung stehe der Haftungsausschluss nach Nr. 9 der Versteigerungsbedingungen entgegen, ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Die Klausel betrifft ausdrücklich die Richtigkeit der von dem Auktionator veranlassten Feststellung des Soll-Mietzinses und damit nicht die Angaben, die der Verkäufer selbst zum Mietertrag gemacht hat. Außerdem wird nur die Haftung des Auktionators geregelt, nicht aber die des Verkäufers. Für die Auslegung der Erklärungen der Bekl. zu 1 ist der Haftungsausschluss in den Versteigerungsbedingungen mithin ohne Bedeutung.

Ebenso wenig wird die Zusicherung der Mieterträge durch die Versicherungen, die die Bekl. zu 1 zu ihrer fehlenden Kenntnis von nicht erkennbaren Mängeln und weiteren Umständen unter § 1 Nr. 3 des Einlieferungsvertrags machte, ausgeschlossen. Abgesehen davon, dass nichts für die - nicht weiter begründete - Annahme des BerGer. spricht, die aufgezählten Punkte seien abschließend gemeint, kann diese Vertragsklausel schon nach ihrem Regelungsgehalt keinen Hinweis für die Auslegung der Angaben zum Mietertrag geben. Die Bekl. zu 1 versichert dort lediglich die Richtigkeit von Erklärungen zu ihrem Kenntnisstand, mit denen aber auch hinsichtlich versteckter Mängel nicht die Zusicherung einer Eigenschaft verbunden ist (vgl. Senat, NJW 1991, 1181 [1182] = LM § 296 ZPO Nr. 33; NJW-RR 1992, 333).

3. Umfang der Zusicherung: Tatsächliche Zahlung der Mieten

Gegenstand der Zusicherung ist allerdings nur, dass die Mieten neben ihrer Erwirtschaftung in zulässiger Weise im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch tatsächlich gezahlt werden (vgl. Senat, NJW-RR 1990, 1161 [1162] = LM § 133 [C] BGB Nr. 70; BGH, NJW 1998, 445 [446] = LM H. 7/1998 § 705 BGB Nr. 67). Dies war hier der Fall; denn nach der Übergabe des Anwesens am 1. 2. 1997 konnte die Kl. die fällige Miete für den laufenden Monat unstreitig vereinnahmen. Dagegen ist eine Zusicherung die den Eintritt

zukünftiger Ereignisse in Gestalt bestimmter Mieterträge als sicher darstellt, nicht möglich (vgl. BGH, NJW 1995, 1547 [1548] = LM H. 8/1995 § 459 BGB Nr. 125).

4. Umfang der Zusicherung: Erstreckung auf Scheingeschäfte

Anders liegen die Dinge jedoch, sollte es sich bei dem Mietvertrag um ein Scheingeschäft gehandelt haben. Dann wäre ein Mietertrag unter Einschluss des Mietverhältnisses mit P bzw. der H-GmbH tatsächlich nicht gegeben, woran die Zahlung der "Februarmiete", die dann ohne rechtlichen Grund geleistet wurde, nichts ändern könnte.

a. Anforderungen an ein Scheingeschäft gem. § 117 BGB

Das BerGer. verneint ein Scheingeschäft, weil die Vertragsparteien mit Rechtsbindungswillen hätten handeln müssen, um durch einen überhöhten Mietwert den Grundstückswert steigern zu können. Dies beanstandet die Revision zu Recht. Ob ein Rechtsgeschäft ernst gemeint ist oder nur Scheincharakter hat, ist zwar Überwiegend Tatfrage und als solche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz weit gehend entzogen (vgl. BGH, NJW 1991, 3095 [3098] = LM EGÜbk Nr. 31). Zu prüfen ist aber, ob der Tatrichter bei seiner Entscheidung alle relevanten Umstände des Falls berücksichtigt und gewürdigt hat (vgl. BGH, NJW-RR 1997, 238 = LM H. 2/1997 § 117 BGB Nr. 17). Das ist im angefochtenen Urteil nicht geschehen. Entscheidend für die Annahme eines Scheingeschäfts ist der fehlende Geschäftswille und damit die Frage, ob die Vertragsparteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Erfolgs ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernstgemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachtet haben (BGHZ 36, 84 [88] = NJW 1962, 295 = LM § 1163 BGB Nr. 4 L). Um einen höheren Grundstückswert vorzuspiegeln, bedurfte es aber keines wirksamen Mietvertrags. Es reichte ohne weiteres aus, dass die Bekl. gegenüber den Kaufinteressenten den äußeren Anschein eines Mietvertrags erweckten. Hier ist ein Scheingeschäft mithin keineswegs ausgeschlossen, sondern insbesondere dann anzunehmen, wenn - wie die Kl. behauptet hat - P bzw. die H-GmbH nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien tatsächlich keine Miete schulden sollten (vgl. BGH, NJW 1982, 569 [570]; NJW-RR 1997, 238 = LM H. 2/1997 § 117 BGB Nr. 17).

b. Überprüfung des Sachverhalts auf ein Scheingeschäft gem. § 117 BGB

Indizien, die den Schluss auf diesen Willen der Vertragsparteien zulassen, hat die Kl. vorgetragen und unter Beweis gestellt. So soll der von der Kl. als Zeu-

ge benannte Streithelfer der Bekl. bestätigen, dass von den Bekl. ein Geschäftsbetrieb der Mieterin, der H-GmbH, nur vorgetäuscht worden und überdies keine Mietzahlung erfolgt sei. Können diese Behauptungen bewiesen werden, so kommt nach dem gegenwärtigen Vorbringen ein anderer Schluss als der auf ein Scheingeschäft nicht in Betracht, der Indizienbeweis wäre damit überzeugungskräftig (vgl. BGH, NJW 1993, 935 [938] = LM H. 6/1993 § 857 BGB Nr. 3). Dies gilt um so mehr, als das BerGer. selbst festgestellt hat, dass von der Bekl. zu 1 das Baugenehmigungsverfahren für das Werkstattgebäude nicht ernsthaft betrieben wurde. Zusammen mit den anderen Indizien bestätigt dies die Annahme eines Scheingeschäfts. Wären die Vereinbarungen tatsächlich gewollt gewesen, hätte sich die Bekl. zu 1 schon im eigenen Interesse mit Nachdruck um die rechtzeitige Erteilung der Baugenehmigung bemühen müssen.

Der Schlussfolgerung auf ein Scheingeschäft steht nicht entgegen, dass mit der Zusatzvereinbarung durch den Eintritt einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in das Mietverhältnis und die Verpflichtung zur Beschaffung einer Baugenehmigung eine Konstruktion geschaffen wurde, die die Inanspruchnahme einer natürlichen Person verhinderte und es zudem ermöglichte, das Mietverhältnis vorzeitig zu beenden. Dies war vielmehr erforderlich, um Mietverpflichtungen im Verhältnis zur Kl. (§ 571 BGB a. E) zu entgehen, ohne ihr den nur vorgetäuschten Mietvertrag offenbaren zu müssen.

5. Folgen für das BerGer. bei der Neuverhandlung

Das BerGer. wird daher den Beweisangeboten der Kl. nachzugehen haben. Zwar darf und muss der Tatrichter vor einer Beweisaufnahme über Hilfsstatsachen zunächst prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien, ihre Richtigkeit unterstellt, ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde (BGHZ 53, 245 [261] = NJW 1970, 946 = LM ZPOAllgemeines Nr. 5 a). Ist diese Frage aber - wie hier - zu bejahen, so ist die Beweisaufnahme zur Ausschöpfung aller zu Gebote stehender Beweismöglichkeiten erforderlich (vgl. BGH, NJW 1982, 2447 [2448]).

Sollte die Kl. ein Scheingeschäft beweisen können, käme es auf die Frage, ob die Bekl. zu 1 den Auktionator über die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag unterrichtet hatte, nicht mehr an. Zu dem Betrag, um den der Kaufpreis nach § 472 BGB zu mindern ist, hat die Kl. vorgetragen. Feststellungen hierzu hat das BerGer. - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - noch nicht getroffen. Dies kann, wenn sich ein Anspruch dem Grunde nach feststellen lässt, nachgeholt werden.

II. Schadensersatzanspruch gem. § 463 BGB

Für den Fall, dass das BerGer. über den - zulässig (vgl. BGH, NJW 1996, 1962 [1963] = LM H. 7/1996 § 459 BGB Nr. 130) - hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB zu entscheiden hat, weist der Senat darauf hin, dass die Ablehnung dieses Anspruchs nicht frei von Rechtsfehlern erfolgt ist

1. Kein arglistiges Verschweigen eines Fehlers

Allerdings hat die Bekl. zu 1 keinen Fehler der Kaufsache verschwiegen. Da der Mietertrag nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein kann (Senat, NJW 1980, 1456 [1458] = LM § 459 BGB Nr. 53), vermag der - hier wegen der Zusatzvereinbarung ungünstige - Inhalt eines Mietvertrags keinen Fehler (§ 459 I BGB) des verkauften Anwesens zu begründen. Auch ist in dem behaupteten Verschweigen der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag kein Vorspiegeln einer nicht vorhandenen Eigenschaft zu sehen. Inhalt der Zusicherung ist die Zahlung des betreffenden Mietzinses zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, und dies war - wie ausgeführt - trotz der Zusatzvereinbarung gewährleistet.

2. Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft

Wurde der Mietvertrag allerdings nur zum Schein abgeschlossen, so fehlte nicht nur eine zugesicherte Eigenschaft (§ 463 S. 1 BGB) sondern es wurde auf diese Weise von der Bekl. zu 1 auch eine höhere Ertragsfähigkeit des Anwesens und damit eine nicht vorhandene Eigenschaft arglistig vorgespiegelt. Für einen Schadensersatzanspruch aus § 463 S. 2 BGB ist demnach die Beweisaufnahme zum Vorliegen eines Scheingeschäfts ebenfalls erforderlich.

III. Schadensersatzanspruch aus c.i.c.

Auch einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Bekl. zu 1 wegen Verschuldens bei Vertragsschluss konnte das BerGer. mit der gegebenen Begründung nicht verneinen.

1. Keine Subsidiarität gegenüber den §§ 459 ff. BGB

wegen des Scheingeschäfts als Anspruchsbegründung Da die Bekl. zu 1 bei einem mit P nur zum Schein abgeschlossenen Mietvertrag mit Vorsatz handelte, wäre ein Anspruch aus culpa in contrahendo nicht durch die spezielleren Vorschriften der §§ 459 ff. BGB ausgeschlossen (vgl. BGHZ 60, 319 [321] = NJW 1973, 1234 = LM § 459 BGB Nr. 33; NJW, 1992, 2564 [2565] = LM H. 2/1993 § 276 [Fa] BGB Nr. 127). Wenn durch das Vorspiegeln einer erhöhten Ertragsfähigkeit unrichtige Tatsachenangaben gemacht werden, die für den Kaufentschluss von Bedeutung sein können, so sind damit zugleich vorvertragliche Pflichten verletzt (vgl. Senat, NJW-RR

1988, 458 [459]; NJW 1998, 302 = LM H. 4/1998 § 249 [A] BGB Nr. 113). Sollte ein Scheingeschäft bewiesen werden, könnte die Kl. - würde sie nicht vorrangig auf Minderung klagen - daher auch einen ihr entstandenen Vertrauensschaden wegen Verschuldens bei Vertragsschluss ersetzt verlangen.

2. Anspruchsbegründung durch Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten

Falls sich ein nur zum Schein abgeschlossener Mietvertrag nicht feststellen lässt, kommt eine schuldhaftige Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten der Bekl. zu 1 in Betracht. Wurde die Kl., wie sie behauptet, wegen der fehlenden Übersendung der Zusatzvereinbarung von der Verkäuferin nur unvollständig über den Inhalt des mit der H-GmbH bestehenden Mietverhältnisses unterrichtet, so ist die Bekl. zu 1 der sie treffenden Offenbarungspflicht nicht nachgekommen. Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob die Bekl. zu 1 Kaufinteressenten über die Zusatzvereinbarung schon deshalb ungefragt informieren musste, weil es sich um einen Umstand handelte, der zur Verletzung des Vertragszwecks geeignet und für die Willensbildung des Vertragspartners daher offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung war (vgl. BGH, NJW 1980, 2460 [2461] = LM § 123 BGB Nr. 57). Die Offenlegung der Zusatzvereinbarung war schon deshalb erforderlich, weil die Nichterfüllung der nur aus ihr ersichtlichen Pflicht des Vermieters zur kurzfristigen Beschaffung einer Baugenehmigung die künftigen Mieteinnahmen insbesondere für die Überlassung der Hofffläche schon vor Beendigung des Mietverhältnisses gefährden konnte. Ohne diese Information waren die Angaben, die die Bekl. zu 1 über das betreffende Mietverhältnis durch Vorlage nur des Mietvertrags vom 25. 7. 1996 gemacht hatte, mithin im Ergebnis unzutreffend. Hingegen bedurfte es einer zusätzlichen Unterrichtung über die eigenen, aus Sicht der Kl. unzureichenden Bemühungen der Bekl. zu 1 zur Erlangung der Baugenehmigung nicht. Wusste die Kl. um die Bedeutung der Baugenehmigung für die Wirtschaftlichkeit des Objekts, so war sie in ihrem eigenen Interesse gehalten, sich selbst durch Nachfragen über den Stand des Genehmigungsverfahrens zu informieren.

Unter den gegebenen Umständen reichte es zur Erfüllung der Aufklärungspflicht aus, wenn die Bekl. zu 1 dem Auktionator die Unterlagen zum Mietverhältnis vollständig, also unter Einschluss der Zusatzvereinbarung, übergeben hatte. Da eine freiwillige Versteigerung des Grundstücks stattfinden sollte, kam es nicht zu Vertragsverhandlungen unmittelbar zwischen den späteren Vertragsparteien, bei denen die Kl. ihren Verpflichtungen hätte nachkommen können. An deren Stelle trat insoweit die Aushändigung der Unterlagen an den Auktionator, zu der sich die Bekl. zu 1 unter §

1 Nr. 4 des Einlieferungsvertrags auch ausdrücklich verpflichtet hatte, verbunden mit der Möglichkeit der Einsichtnahme für die Kaufinteressenten beim Auktionator. Dass dieser nicht alle der ihm vollständig übersandten Vertragsunterlagen den Interessenten zugänglich machte, ist nicht behauptet worden, weshalb sich die Frage nicht stellt, ob sich die Bekl. zu 1 ein Verschulden des Auktionators entsprechend § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. BGHZ 140, 111 [116] = NJW 1999, 638 = LM H. 6/1999 § 675 BGB Nr. 259; BGH, NJW 1996, 451 [452] = LM H. 3/1996 § 278 BGB Nr. 129 für Makler als Erfüllungsgelhilfen). Ob die Übersendung der vollständigen Vertragsunterlagen an den von dem Auktionator mit der Wertermittlung beauftragten Sachverständigen ausreichen kann, bedarf ebenfalls keiner Entscheidung; denn nach den Feststellungen des BerGer. wurde dem Sachverständigen die Zusatzvereinbarung nicht ausgehändigt. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision als ihr günstig hingenommen. Für den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht muss vorsätzliches Handeln nicht festgestellt werden. Vielmehr ist Fahrlässigkeit ausreichend, weil die Angaben zu den künftig erzielbaren Mieteinnahmen keine zusicherungsfähigen Eigenschaften der Kaufsache gem. § 459 II BGB zum Gegenstand haben. Der Anspruch aus culpa in contrahendo kann daher nicht von den Vorschriften der §§ 459 ff. BGB als vorgehender Sonderregelung für die Haftung des Verkäufers verdrängt werden (vgl. BGHZ 60, 319 [322 f.] = NJW 1973, 1234 = LM § 459 BGB Nr. 33, BGHZ 114, 263 [266] = NJW 1991, 2556 = LM § 459 BGB Nr. 109; BGH, NJW 1992, 2564 [2565] = LM H. 2/1993 § 276 [Fa] BGB Nr. 127).

3. Unzutreffende Ausführungen des BerGer. zum Schadensersatzanspruch

Soweit sie diesen Schadensersatzanspruch betreffen, sind die Ausführungen im Berufungsurteil ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern. Die Revision rügt zu Recht die Beweiswürdigung des BerGer., das die Übersendung einer unvollständigen Fassung des Mietvertrags - ohne die Zusatzvereinbarung - nicht hat feststellen können.

a. Revisionsrechtliche Überprüfung der Beweisaufnahme

Revisionsrechtlicher Überprüfung unterliegt auch das Beweismaß (BGH, NJW 1993, 935 [937] = LM H. 6/1993 § 857 BGB Nr. 3). Zwar hat der Tatrichter nach § 286 ZPO ohne Bindung an Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Jedoch setzt das Gesetz eine

von allen Zweifeln freie Überzeugung nicht voraus. Das Gericht darf keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewissheit bei der Prüfung verlangen, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Vielmehr darf und muss sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGHZ 53, 245 [255f.] = NJW 1970, 946 = LM ZPO Allgemeines Nr. 5a; BGH, NJW 1982, 2874 [2875] = LM § 286 [A] ZPO Nr. 41; NJW 1993, 935 [937] = LM H. 6/1993 § 857 BGB Nr. 3). Daran gemessen hat das BerGer. die Anforderungen überspannt.

Das BerGer. tendiert zwar dahin, den Zeugen L, der bekundet hat, er habe die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag nicht zugesandt erhalten, als glaubwürdig einzuschätzen, lässt diese Frage aber letztlich mit den Worten offen, von seiner Aussage, die Zusatzvereinbarung habe ihm nicht vorgelegen, solle "ausgegangen" werden. Selbst nach dem Inhalt der Aussage des Zeugen L meint das BerGer. nämlich nicht feststellen zu können, dass weniger als die zehn Seiten, die sich aus einem Vorblatt sowie dem Mietvertrag nebst Staffelmietvereinbarung, der Anlage vom 25. 7. 1996 und der Zusatzvereinbarung vom 8. 8. 1996 ergeben übersandt wurden. Da sich aus dem Protokoll des Telefaxgeräts des Zeugen A und den mit der Telefaxkennung verbundenen Seitenzahlen ergebe, dass zehn Seiten per Telefax übermittelt worden seien, müsse es bei der denkbaren und praktisch nicht ausschließbaren Möglichkeit einer vollständigen Übersendung und des nachträglichen Verlustes einzelner Blätter vor der Vorlage an den Zeugen L verbleiben. Zwar ist es unter den Besonderheiten des konkreten Falls von dem tatrichterlichen Ermessen gedeckt, dass das BerGer. den Zugang von zehn Seiten beim Empfänger angenommen hat. Ein Verlust der einzelnen Seiten ist dann aber nur vorstellbar, wenn die Bürokräfte des Zeugen L gegen die ihnen erteilte - und von dem Zeugen ebenfalls bekundete - Weisung, ihm alle eingehenden Telefaxe ohne Vorsortierung zu übergeben, verstoßen hätten. Wird weiter berücksichtigt, dass in diesem Fall gerade und ohne erkennbaren Grund die aus Sicht von Kaufinteressenten nachteiligen Vertragsbestandteile, insbesondere die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag, ausgesondert worden wären, und ferner beachtet, dass die nicht fortlaufende Seitennummerierung bei der Telefaxkennung eher für eine Manipulation - etwa durch Übersendung unbeschriebener oder doppelter Seiten. - als für eine komplette Übersendung in ungeordneter Reihenfolge spricht, so ist der für das praktische Leben brauchbare Grad der Gewissheit hinsichtlich der unvollständigen Unterrichtung über den Inhalt des Mietvertrags erreicht. Insoweit schadet es - entgegen der offenbar von dem BerGer. vertrete-

nen Ansicht - nicht, dass die Möglichkeit einer vollständigen Übersendung nicht völlig ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 567 [568]). Das BerGer. wird daher eine Entscheidung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen L sowie erforderlichenfalls auch zur Glaubhaftigkeit seiner Aussage (vgl. BGH, NJW 1991, 32 84) nachzuholen haben.

b. Unerheblichkeit des Absenders

Unerheblich für die Entscheidung des Rechtsstreits gegenüber der Bekl. zu 1 ist die - von dem BerGer. problematisierte - Frage, ob der Bekl. zu 2 oder der Zeuge A den Mietvertrag per Telefax an den Auktionator übermittelte. Nach der eigenen, im Verhandlungstermin vor dem BerGer. gemachten Darstellung des Bekl. zu 2 war der Zeuge A für die Bekl. zu 1 bei dem fraglichen Geschäft als Verhandlungsgehilfe tätig, so dass sie sich auch dessen Verschulden bei der Anknüpfung der Vertragsbeziehungen nach § 278 BGB zurechnen lassen muss (BGHZ 72, 92 [97] = NJW 1978, 2146 = LM § 278 BGB Nr. 80 L; BGHZ 114, 263 [269] = NJW 1991, 2556 = LM § 459 BGB Nr. 109).

c. Schadenshöhe

Mit der Höhe eines Schadensersatzanspruchs hat sich das BerGer. - folgerichtig - noch nicht befasst. Sollten hierzu Feststellungen erforderlich werden, wird zu beachten sein, dass der Anspruch aus culpa in contrahendo regelmäßig auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist (BGHZ 114, 87 [94] = NJW 1991, 1819 = LM H. 1/1992 § 276 [Fb] BGB Nr. 57; BGHZ 142, 51 [62] = NJW 1999, 3335 = LM H. 11/1999 § 276 [Fa] BGB Nr. 154). Schaden ist danach der Betrag, um den die Kl. im Streitfall wegen der fehlenden Unterrichtung über die Zusatzvereinbarung das Grundstück zu teuer erworben hat (vgl. Senat, NJW 2001, 2875 [2877] = LM H. 9/2001 § 276 [Fa] BGB Nr. 163 m. w. Nachw.). Schwierigkeiten bei der Ermittlung dieses Betrags sind nicht zu erwarten. Die Kl. ist nämlich über Umstände getäuscht worden, die für den Verkehrswert maßgeblich sind. So können bei der Wertermittlung nach dem Ertragswertverfahren nur nachhaltig erzielbare Mieteinnahmen Berücksichtigung finden (Senat, NJW 1997, 129 [130]; vgl. auch § 17 I WertV 1988, sowie zur Anwendbarkeit der WertV 1988 Senat, NJW-RR 2001, 732). Durch die Zusatzvereinbarung wird aber die Nachhaltigkeit der Mieterträge, nämlich deren Erzielbarkeit bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung in überschaubarer Zukunft (vgl. Senat, NJW 1997, 129 [130] = LM H. 2/1997 § 472 BGB Nr. 10), in Frage gestellt.

IV. Klageanspruch gegenüber dem Bekl. zu 2

Auch die Abweisung der gegen den Bekl. zu 2 gerichteten Klage ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

1. Deliktische Haftung

Die Haftung des Bekl. zu 2 kann im Falle eines Scheingeschäfts wegen der damit verbundenen arglistigen Täuschung über die Mieterträge aus Deliktsrecht, insbesondere gem. § 823 II BGB i. V. mit § 263 StGB, begründet sein (vgl., Senat, NJW-RR 1992, 253 [254]). Auch wenn die Bekl. zu 1 - entsprechend dem vorrangigen Ziel der Kl. - auf Minderung haften sollte, steht dies einer Gesamtschuldnerschaft mit dem Bekl. zu 2 nicht entgegen (vgl. BGHZ 51, 275 [278]; auch Senat, NJW-RR 1992, 253 [254]). Sollte sich eine Täuschung über den Mietertrag beweisen lassen, schuldet der Bekl. zu 2 der am Vertrag festhaltenden Kl. als Schadensersatz den Betrag, um den sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben über die Mieterträge das Wohn- und Geschäftshaus zu teuer erworben hat. Insoweit hat für die Eigenhaftung des gesetzlichen Vertreters aus unerlaubter Handlung nichts anderes zu gelten als für die aus derselben arglistigen Täuschung infolge deren Zurechnung für die Verkäuferin sich ergebende vertragliche Gewährleistungshaftung aus § 463 S. 2 BGB oder für die quasi vertragliche Haftung aus culpa in contrahendo (vgl. Senat, NJW-RR 1992, 253 [254] = LM H. 7/1992 § 286 [D] ZPO Nr. 10). Eine deliktsrechtliche Haftung des Bekl. zu 2 kommt auch dann in Betracht, wenn sich zwar ein Scheingeschäft nicht feststellen lassen, der Bekl. zu 2 die Kl. als Kaufinteressentin aber durch die unvollständige Übermittlung des Mietvertrags ohne die Zusatzvereinbarung vorsätzlich getäuscht haben sollte.

2. Eigenhaftung aus c.i.c.

Daneben ist eine Eigenhaftung des Bekl. zu 2 wegen Verschuldens bei Vertragsschluss möglich, wenn er selbst an dem Vertragsabschluss wirtschaftlich stark interessiert war und aus dem Geschäft eigenen Nutzen erstrebte (Senat, NJW 1987, 2511 [2512] = LM § 459 BGB Nr. 85 m. w. Nachw.). Sollte diese Anspruchgrundlage für die Entscheidung Bedeutung erlangen, wird zu beachten sein, dass die Revision mit ihrer Rüge, das BerGer. habe die Voraussetzungen einer Eigenhaftung des Bekl. zu 2 aus culpa in contrahendo zu Unrecht verneint, auf der Grundlage des bisherigen Sachvortrags nicht durchdringen kann. Für ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Bekl. zu 2 als Vorstand der Bekl. zu 1 ist erforderlich, dass er gleichsam in eigener Sache handelte, insbesondere schon bei Abschluss des Kaufvertrags mit der Kl. die Absicht hatte, deren Gegenleistung nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zum eigenen Nutzen geeigneten Zwecken zuzuführen (vgl. BGHZ 126, 181 [184 f.] ; BGH, NJW 1986, 586 [588]; NJW 1995, 1544). Für eine von Anfang an beabsichtigte Vereinnahmung der Gelder durch den

Bekl. zu 2 besteht aber - mangels eines planmäßigen Vorgehens - zumindest dann kein Anhalt, wenn der Zeuge A die Kl. eigenmächtig durch die unvollständige Unterrichtung über den Mietvertrag täuschte. Der nach Ablösung der Grundstücksbelastung und Abzug der Kosten verbleibende Restbetrag des Kaufpreises wurde bereits am 19. 2. 1997 von dem Notar unstrei-

tig an die Bekl. zu 1 gezahlt. Danach vergingen bis zum Wechsel im Amt des Vorstands und zur anschließenden Beantragung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der Bekl. zu 1 nahezu neun Monate, in denen diese erwerbswirtschaftlich tätig werden und eine Investition der vereinnahmten Gelder beabsichtigt gewesen sein konnte.

Standort: Verbraucherrecht

Problem: VerbrKrG und Finanzierungsleasing

BGH, URTEIL VOM 12.09.2001
VIII ZR 109/00 (NJW 2002, 133)

Problemdarstellung:

Der Bekl. hatte im Wege eines sog. Mietkaufvertrages die Einrichtung eines Ladenlokals von der Kl. erworben; dieser Mietkaufvertrag sah eine Laufzeit von 66 Monaten mit einem Monatsmietzins von ca. 23.000 DM vor, wobei am Ende der Vertragszeit das Eigentum an der Einrichtung automatisch auf den Bekl. übergehen sollte. Während des laufenden Vertrages trat nun die EB-GmbH in diesen Mietkaufvertrag ein und übernahm die Rolle des Mietkäufers vom Bekl., der jedoch die Verantwortung für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten der EB-GmbH übernahm. Als die EB-GmbH später in Zahlungsverzug geriet, verlangte nunmehr die Kl. vom Bekl. den Ausgleich für die aufgelaufenen Monatsmieten.

Der BGH hat solch einen Anspruch der Kl. bejaht trotz der Berufung des Bekl. auf das VerbrKrG. Auf den vorliegenden Fall ist das VerbrKrG (= §§ 491 ff., 499 ff. BGB n.F.) sachlich anwendbar. Bei solchen Mietkaufverträgen, wo am Ende der Vertragszeit das Eigentum entschädigungslos auf den Mieter übergeht, stellen eine sonstige Finanzierungshilfe gem. § 1 II VerbrKrG dar. Auf den Schuldbeitritt zu einem solchen Kreditvertrag findet dann das VerbrKrG nach gefestigter Rechtsprechung entsprechende Anwendung. Einen Widerruf gem. § 7 I VerbrKrG (= § 355 BGB) hat der Bekl. zumindest nicht rechtzeitig ausgeübt. Ein Rücktritt der Kl. von diesem Mietkaufvertrag lag jedoch nicht in der Rücknahme der Einrichtung, da § 13 III VerbrKrG (= § 503 BGB n.F.) im Verhältnis zu einem Verbraucher als Gesamtschuldner neben dem eigentlichen Kreditnehmer keine Anwendung findet, da der Schutzzweck dieser Norm - Bewahrung der Nutzung bei weiterer Zahlungspflicht - ihm gegenüber nicht erreicht wird. Im Übrigen war der Mietkaufvertrag auch gem. §§ 4, 6 VerbrKrG (= §§ 493, 495 BGB n.F.) wirksam, wobei diese Regeln erst im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung Anwendung gefunden haben.

Prüfungsrelevanz:

Ständige Problematik im Verbraucherschutzrecht ist die Beteiligung Dritter am Vertrag (Bürgschaft, Schuldbeitritt, § 1357 BGB, etc.), da die einzelnen Vorschriften im Verbraucherschutzrecht immer nur von dem klassischen Zwei-Personen-Verhältnis zwischen dem Verbraucher und Unternehmer ausgehen, aber nicht die Beteiligung Dritter mit regeln. Wenn aber erst einmal die grundsätzliche Anwendbarkeit des Verbraucherrechts geklärt ist, muss weiterhin geprüft werden, ob auch jede einzelne Norm nach ihrem Sinn und Zweck dem Schutz auch des Dritten dient. In diesem Fall musste dies bezüglich § 13 III VerbrKrG (= § 503 BGB n.F.) verneint werden.

Fast allen verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften liegen entsprechende europäische Richtlinien zugrunde, die auf diese Weise von den Nationalstaaten umgesetzt werden. Dieses Urteil zeigt deutlich, dass bei Auslegung und Anwendung von solchen Normen dieselben im Lichte der entsprechenden Richtlinien zu interpretieren sind, um den Vorgaben aus Brüssel zu entsprechen (sog. "richtlinienkonforme Auslegung").

Vertiefungshinweis:

" Anmerkungen zu BGHZ 144, 370: v. Rottenburg, LM H. 1/2001 § 535 BGB Nrn. 165-168

" Anmerkungen zu BGHZ 133, 71: Pfeiffer, LM H. 10/1996 § 1 VerbrKrG Nr. 5

" Schuldbeitritt zum Kreditvertrag: BGH, NJW 2000, 3496 = RA 2001, 23

Kursprogramm:

" Examenskurs: "Existenzgründung auf Raten"

" Examenskurs: "Hubschrauber-Leasing"

" Assessorkurs: "Partnersuche"

Leitsätze:

1. Nimmt der Kreditgeber die gelieferte Sache bei dem nicht durch das Verbraucherkreditgesetz geschätzten Kreditnehmer wieder an sich, findet § 13 III VerbrKrG zu Gunsten eines Verbrauchers, der lediglich neben dem Kreditnehmer als Gesamt-

schuldner mithaftet, jedoch selbst aus dem Kreditvertrag nicht berechtigt ist, keine Anwendung.

2. § 3 II Nr. 1 VerbrKrG ist im Wege der richtlinienkonformen Auslegung dahin einzuschränken, dass § 4 I 4 und 5 VerbrKrG sowie § 6 VerbrKrG von der Anwendung auf Finanzierungsleasingverträge, die einen Eigentumserwerb des Leasingnehmers vorsehen, nicht ausgeschlossen sind.

Sachverhalt:

Durch Vertrag vom 3. 8. 1992 erwarb der Bekl., ein Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt und Steuerberater, einen Anteil an der "Grundstücksverwaltung H, M und S BGB-Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung" (im Folgenden: GbR), deren Gegenstand der Erwerb, die Verwaltung und die wirtschaftliche Verwertung, insbesondere Vermietung, Verpachtung und Veräußerung des mit einem Geschäfts- und Wohnhaus bebauten Grundstücks K-Straße in E ist. Durch den gleichen Vertrag übernahm der Bekl. die Einrichtung und das Rollgitter des in dem Erdgeschoss des Hauses gelegenen Ladenlokals. Zur Finanzierung seines Erwerbs verkaufte der Bekl. unter dem 16. 10./3. 12. 1992 die Ladeneinrichtung und das Rollgitter an die Kl. Gleichzeitig mietete er diese Gegenstände durch "Mietkaufvertrag" vom 29. 9./3. 12. 1992 zurück. Dieser Vertrag sieht eine Laufzeit von 66 Monaten und auf einer "Mietberechnungsgrundlage" von 234 263,20 DM eine Monatsmiete von 23 426,32 DM im ersten Monat und 4524,20 DM in den Folgemonaten vor. Die auf der Rückseite des Vertragsformulars abgedruckten "Allgemeinen Mietbedingungen" der Kl. lauten unter anderem:

1. Vertragsabschluss und Eigentumsverhältnisse. Dem Mieter ist bekannt, dass der Vermieter das juristische Eigentum an dem Mietgegenstand erwirbt. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass das wirtschaftliche Eigentum an dem Mietgegenstand bei dem Mieter liegt. Der Mieter hat demzufolge den Mietgegenstand in seiner Bilanz auszuweisen, abzuschreiben und kann gegebenenfalls mögliche öffentliche Fördermittel selbst beantragen.

11. Außerordentliche Kündigung und Schadensersatz. Kommt der Mieter mit zwei Mietraten ... in Verzug..., so hat der Vermieter das Recht, den Mietkaufvertrag fristlos zu kündigen und vom Mieter Schadensersatz zu fordern. Dieser wird wie folgt berechnet: Der Vermieter belastet den Mieter mit der Summe der bis zum Ablauf der Vertragsdauer noch fällig werdenden Mietraten und Verwertungskosten. Hiergegen bringt der Vermieter dem Mieter den Verwertungserlös des Mietgegenstands bis zur Höhe der Restforderung gut und erteilt ihm eine angemessene Zinsgutschrift. Etwa ersparte Verwaltungskosten sind mit der Zinsgutschrift abgegolten. [...] Sofern auf diesen Vertrag das Verbraucherkreditgesetz Anwendung findet, gelten

für die Kündigung wegen Zahlungsverzugs des Mieters die §§ 11, 12 VerbrKrG.

12. Beendigung des Mietkaufvertrags. Der Mietkaufvertrag endet nach vollständiger und vereinbarungsgemäßer Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen durch die Vertragsparteien. Das juristische Eigentum an dem Mietgegenstand geht sodann entschädigungslos vom Vermieter auf den Mieter über.

Durch gemeinsames Schreiben mit dem Bekl. vom 28. 12. 1994 beantragte die EB-GmbH, die das Ladenlokal von der GbR gemietet hatte, bei der Kl. den Eintritt in den Mietkaufvertrag ab 1. 1. 1995 (Vertragsübernahme). Weiter heißt es in dem Schreiben in Bezug auf den Bekl.: "Der bisherige Mietkäufer gewährleistet der Leasinggesellschaft die Erfüllung des Vertrags durch den Mietkäufer. Er bleibt neben diesem für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten als Gesamtschuldner verpflichtet." Unter dem 23. 1. 1995 teilte die Kl. dem Bekl. mit, "dass wir den o. g. Vertrag vereinbarungsgemäß zum 1. 1. 1995 auf die Firma EB-GmbH umgeschrieben haben [...] Wir machen darauf aufmerksam, dass Sie neben dem jetzigen Mietkäufer für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten verantwortlich bleiben." In der Folgezeit zahlte die EB-GmbH wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten gemäß einer Stundungsabrede mit der Kl. nur die Hälfte der vereinbarten Mietraten. Durch Schreiben vom 21. 11. 1995 erklärte die - inzwischen umbenannte - GbR der EB-GmbH die fristlose Kündigung des Mietvertrags über das Ladenlokal. Unter dem 30. 11. 1995 unterrichtete die Kl. den Bekl. von der teilweisen Stundung der Mietraten. Mit Schreiben vom 22. 12. 1995 bat sie ihn unter Hinweis auf seine fortbestehende Mitverpflichtung um Ausgleich des Rückstands bis zum 4. 1. 1996. Durch Schreiben vom 8. 1. 1996, das der Kl. am folgenden Tag zuzuging, erklärte der Bekl. unter anderem die Anfechtung seiner Mithaftungserklärung vom 28. 12. 1994 wegen arglistiger Täuschung über die Vermögensverhältnisse der EB-GmbH. Mit Schreiben vom 26. und 30. 1. 1996 kündigte die Kl. gegenüber der - inzwischen aus dem Ladenlokal ausgezogenen - EB-GmbH bzw. dem Bekl. das Vertragsverhältnis fristlos. Nachdem die GbR die Kl. zweimal, zuletzt mit Schreiben vom 29. 8. 1996, zur Abholung der Mietkaufsachen aufgefordert hatte, ließ die Kl. diese verwerten.

Die Kl. beehrte von dem Bekl. rückständige Mietraten und Schadensersatz gem. Nr. 11 ihrer Allgemeinen Mietbedingungen nach näherer Berechnung i. H. von 149 059,71 DM nebst Zinsen. Der Bekl. hat unter anderem eingewandt, dass der Mietkaufvertrag und seine Mitverpflichtung mangels der nach dem VerbrKrG erforderlichen Angaben nichtig seien, dass er seine Mitverpflichtungserklärung wirksam widerrufen habe, dass die Kl. durch die Ansichnahme und Verwertung der Mietkaufsachen vom Vertrag zurück-

getreten sei und dass die Klageforderung verjährt sei. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Revision der Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat, soweit in der Revisionsinstanz von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt: Der zwischen den Parteien geschlossene Mietkaufvertrag falle als sonstige Finanzierungshilfe i. S. von § 1 II VerbrKrG in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes. Der Bekl. sei sowohl bei Abschluss des Vertrags Ende 1992 als auch bei der späteren Vertragsergänzung gem. § 1 I VerbrKrG Verbraucher gewesen. Die Kl. könne auf Grund ihrer Kündigung wegen Zahlungsverzugs keinen Schadensersatz verlangen, weil dem ein über § 13 III 1 VerbrKrG fingierten Rücktritt vom Mietkauf entgegenstehe, der allenfalls einen - hier nicht eingeklagten nach § 13 II VerbrKrG auslöse.

Dies gelte unabhängig davon, ob in der Vertragsübernahmevereinbarung ein neuer Mietkaufvertrag (der EB-GmbH) bzw. eine eigenständige Schuldübernahme (des Bekl.) oder eine modifizierte Fortsetzung des ursprünglichen Mietkaufvertrags zu sehen sei. Die Anwendung des § 13 III 1 VerbrKrG scheitere nicht an § 3 II Nr. 1 VerbrKrG. Diese Bestimmung sei richtlinienkonform dahin einzuschränken, dass die dort vorgesehenen Ausnahmen von den Bestimmungen des VerbrKrG nicht bei Finanzierungsleasingverträgen zum Tragen kämen, die wie bei einem Mietkaufvertrag der vorliegenden Art ein letztendliches Erwerbsrecht des Mieters vorsähen. Die Kl. habe die Mietkaufgegenstände i. S. von § 13 III 1 VerbrKrG wieder an sich genommen, indem sie sie im Herbst 1996 zum Zwecke der Verwertung aus den Mieträumen entfernt habe.

Die Kündigung der Kl. vom 26. bzw. 30. 1. 1996 stehe einem Übergang zum Rücktrittsrecht nicht entgegen. Die durch den Rücktritt ausgelöste Umwandlung des Mietkaufvertrags in ein Rückabwicklungsschuldverhältnis schließe im Verhältnis zum Bekl. das in Nr. 11 der Allgemeinen Mietbedingungen vorgesehene Schadensersatzverhältnis aus. Zu keinem anderen Ergebnis komme man, wenn im Verhältnis zum Bekl. die Kündigungsvoraussetzungen des § 12 VerbrKrG zu verneinen seien. Denn dann fehle es an einer Grundvoraussetzung des Schadensersatzverhältnisses nach Nr. 11 der Allgemeinen Mietbedingungen.

B. Entscheidung der Revision

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das BerGer. hat den von der Kl. geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von

rückständigen Mietraten und Schadensersatz aus dem Mietkaufvertrag der Parteien sowie Nr. 11 der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Mietbedingungen, der Kl. in Verbindung mit der Übernahme der Mithaftung durch den Bekl. in der dreiseitigen Vereinbarung der Parteien und der EB-GmbH vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 teilweise zu Unrecht verneint. Zwar hat das BerGer. der Kl. eine Schadensersatzforderung gegen den Bekl. im Ergebnis zu Recht versagt. Hingegen ist der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung rückständiger Mietraten in einer noch festzustellenden Höhe gegeben.

I. Kein Ausschluss durch Rücktritt

Entgegen der Ansicht des BerGer. sind die vorbezeichneten Ansprüche nicht durch einen Rücktritt der Kl. nach § 13 III 1 VerbrKrG und ein dadurch begründetes Rückabwicklungsschuldverhältnis ausgeschlossen.

1. Anwendbarkeit des VerbrKrG

Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das BerGer. auf die Übernahme der Mithaftung durch den Bekl. in der dreiseitigen Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 das VerbrKrG - gem. § 19 VerbrKrG in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung - angewandt hat. Insoweit kann wie im Berufungsurteil offen bleiben, ob es sich bei der dreiseitigen Vereinbarung um eine "modifizierte Fortsetzung" des ursprünglichen Mietkaufvertrags oder um den Abschluss eines "neuen Mietkaufvertrags" zwischen der Kl. und der EB-GmbH und eine "eigenständige Schuldübernahme" des Bekl. handelt.

Im erstgenannten Fall ist die Verpflichtung des Bekl. aus dem Mietkaufvertrag der Parteien neben der EB-GmbH als Vertragsübernehmerin aufrechterhalten geblieben. Bei diesem Mietkaufvertrag, der dadurch gekennzeichnet ist, dass das Eigentum an der Mietsache gem. Nr. 12 der Allgemeinen Mietbedingungen der Kl. bei Vertragsende "entschädigungslos vom Vermieter auf den Mieter über(geht)", handelt es sich nach zutreffender Ansicht des BerGer. um eine sonstige Finanzierungshilfe i. S. des § 1 II VerbrKrG (zum Mietkaufvertrag mit Erwerbsoption des Mieters vgl. Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 127, Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Bearb. [2001] § 3 VerbrKrG Rdnr. 28; Ulmer, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdnr. 88; Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 195). Die erforderliche Kreditfunktion liegt darin, dass die Kl. als Vermieterin dem Bekl. als Mieter die Ladeneinrichtung und das Rollgitter als Mietsachen überlassen, den Kaufpreis jedoch durch die Verteilung auf Mietraten kreditiert hat. Insoweit entspricht der Mietkaufvertrag der Parteien einem Abzahlungskauf im Sinne des früheren Abzahlungsge-

setzes (AbzG), das durch das VerbrKrG abgelöst worden ist.

Dagegen, dass das BerGer. den Bekl. bei Abschluss und Änderung des vorbezeichneten Vertrags als Verbraucher i. S. des § 1 I VerbrKrG angesehen hat, erhebt die Revision ausdrücklich keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken. Die Verträge der Parteien dienten der Finanzierung des Erwerbs eines Anteils an der GbR durch den Bekl. Die von der GbR betriebene Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen ist in der Regel kein Gewerbe (BGHZ 63, 32 [33] = NJW 1974, 1462 = LM § 196 BGB Nr. 27; BGHZ 74, 273 [276f.] = NJW 1979, 1650 = LM § 196 BGB Nr. 35). Dafür, dass sich der Bekl. als Beteiligter an der GbR mit der Vermietung eine berufsmäßige Erwerbsquelle schaffen wollte, hat die Kl. nichts dargetan. Der Umstand, dass der Bekl. Rechtsanwalt ist und deswegen möglicherweise des Schutzes durch das VerbrKrG nicht bedarf, ist nach § 1 I VerbrKrG für die Verbrauchereigenschaft unerheblich.

Handelt es sich bei der dreiseitigen Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 dagegen um einen neuen Mietkaufvertrag zwischen der Kl. und der EB-GmbH sowie einen Schuldbeitritt des Bekl., findet auf letzteren nach der Rechtsprechung des BGH das VerbrKrG entsprechende Anwendung, weil der Mietkaufvertrag gemäß den vorstehenden Ausführungen eine sonstige Finanzierungshilfe i. S. des § 1 II VerbrKrG darstellt, die dem Bekl. als Verbraucher gewährt wurde (vgl. BGHZ 133, 71 [74 ff.]; 133, 220 [222 ff.]; 134, 94 [97]).

2. Kein Ausschluss gem. § 3 II Nr. 1 VerbrKrG

Weiter kann im vorliegenden Zusammenhang unterstellt werden, dass der Ansicht des BerGer. entsprechend die Anwendung des § 13 III VerbrKrG nicht durch § 3 II Nr. 1 VerbrKrG ausgeschlossen ist, weil es sich entweder bei dem Mietkaufvertrag der Parteien nicht um einen Finanzierungsleasingvertrag handelt oder weil § 3 II Nr. 1 VerbrKrG gegebenenfalls im Wege der richtlinienkonformen Auslegung dahin einzuschränken ist, dass § 13 III VerbrKrG doch gilt.

3. Kein Ausschluss des Rücktritts durch vorangegangene Kündigung

Schließlich ist die Annahme des BerGer. nicht zu beanstanden, einem Rücktritt der Kl. nach § 13 III 1 VerbrKrG stehe ihre vorherige Kündigung vom 26. bzw. 30. 1. 1996 deren Wirksamkeit in diesem Zusammenhang ebenfalls unterstellt werden kann - nicht entgegen (vgl. Bülow, § 13 Rdnr. 10; Staudinger/Kessal/Wulf, § 13 VerbrKrG Rdnr. 7).

4. Kein Entzug von Besitz und Nutzung i.S.d. § 13 III VerbrKrG

Das BerGer. hat jedoch verkannt, dass § 13 III VerbrKrG nach seinem Schutzzweck nur eingreift, wenn dem Verbraucher Besitz und Nutzung der gelieferten Sache entzogen werden, und dass dies in Bezug auf den Bekl. nicht der Fall ist. § 13 III VerbrKrG soll wie der hierdurch abgelöste § 5 AbzG, auf den die Gesetzesbegründung demgemäß verweist (BT-DR 11/5462, S. 28 zum damaligen § 12 RegE), den Verbraucher davor schützen, dass er Besitz und Nutzung der gelieferten Sache verliert, gleichwohl aber an den Kreditvertrag mit der daraus folgenden Zahlungspflicht gebunden bleibt (so bereits zu § 5 AbzG BGHZ 15, 171 [173] = NJW 1955, 64; BGHZ 15, 241 [245] = NJW 1955, 139 = LM § 5 AbzG Nr. 4; BGHZ 47, 248 [251] = NJW 1967, 1035 = LM § 6 AbzG Nr. 11; BGHZ 55, 59 [61] = NJW 1971, 191 = LM § 5 AbzG Nr. 18; zu § 13 III VerbrKrG Bülow, § 13 Rdnr. 37; Habersack, in: MünchKomm-BGB, § 13 VerbrKrG Rdnr. 45; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, § 13 VerbrKrG Rdnr. 12, jew. m.w. Nachw.). Dadurch, dass die Kl. die Mietkaufsache zwecks Verwertung an sich genommen hat, sind dem Bekl. weder Besitz und Nutzung entzogen worden, noch steht ihm hierauf ein Anspruch zu. Das durch den Mietkaufvertrag begründete Recht auf Besitz und Nutzung der Mietkaufsache ist vielmehr auf die EB-GmbH übergegangen, die durch die dreiseitige Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 an Stelle des Bekl. in den Mietkaufvertrag eingetreten ist, während der Bekl. danach aus dem Mietkaufvertrag nicht mehr berechtigt, sondern nur noch als Gesamtschuldner neben der EB-GmbH verpflichtet ist. Ein Rücktritt der Kl. nach § 13 III VerbrKrG gegenüber der EB-GmbH, der dem Bekl. zugute kommen könnte, scheidet schon deswegen aus, weil die EB-GmbH als Gesellschaft keine natürliche Person ist und das VerbrKrG daher gem. § 2 I VerbrKrG für sie nicht gilt.

II. Kein Schadensersatzanspruch, aber Anspruch auf Zahlung der rückständigen Miete

Das Berufungsurteil stellt sich nur insofern dem Grunde nach als richtig dar, als das BerGer. einen Schadensersatzanspruch der Kl. in einer aus ihrer Schadensberechnung noch zu ermittelnden Höhe verneint hat. Dagegen ist der Kl. der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung rückständiger Miete zuzubilligen.

1. Wirksamkeit und Inhalt des Mietvertrages

Der Mietkaufvertrag der Parteien ist entgegen der Ansicht des Bekl. nicht nichtig, sondern - mit niedrigeren Mietraten - wirksam zu Stande gekommen.

a. Ursprüngliche Nichtigkeit des Mietvertrages wegen fehlender Inhaltsangaben gem. §§ 4, 6 VerbrKrG
Allerdings war der dem VerbrKrG unterliegende Ver-

trag ursprünglich gem. § 6 I VerbrKrG wegen Fehlens der in § 4 I 2 Nr. 2 c VerbrKrG a. F. (=§ 4 I 4 Nr. 2 c VerbrKrG in der hier geltenden Fassung; im Folgenden wird zur Vereinfachung einheitlich nur noch diese Fassung genannt) vorgeschriebenen Angabe des Teilzahlungspreises nichtig. Auch in diesem Zusammenhang kann dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem Mietkaufvertrag der Parteien um einen Finanzierungsleasingvertrag im Sinne der Ausnahmeregelung des § 3 II Nr. 1 VerbrKrG handelt, was deswegen fraglich ist, weil nach Nr. 1 III der Allgemeinen Mietbedingungen der Kl. "das wirtschaftliche Eigentum an dem Mietgegenstand bei dem Mieter liegt" und dieser "demzufolge den Mietgegenstand in seiner Bilanz auszuweisen, abzuschreiben (hat) und ... gegebenenfalls mögliche öffentliche Fördermittel selbst beantragen (kann)" (vgl. insoweit Graf v. Westphalen, Der Leasingvertrag, 5. Aufl., Rdnrn. 179 f.; ders., in: Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 1 Rdnr. 195; dagegen wohl Bülow, § 1 Rdnr. 128, § 3 Rdnr. 67) und weil nach Nr. 12 der Allgemeinen Mietbedingungen der Kl. das juristische Eigentum an dem Mietgegenstand bei Vertragsende automatisch vom Vermieter auf den Mieter übergeht. Unabhängig davon finden § 4 I 4 und 5 sowie § 6 VerbrKrG Anwendung, weil § 3 II Nr. 1 VerbrKrG im Wege der richtlinienkonformen Auslegung (vgl. dazu z. B. BGHZ 138, 55 [59 ff.] = NJW 1998, 2208 = LM H. 11/1998 § 1 UWG Nr. 773; WM 1996, 384 unter IV 1, jew. m.w. Nachw. auch auf die Rechtsprechung des EuGH; Ulmer, in: MünchKomm-BGB, Vorb. § 1 VerbrKrG Rdnrn. 16f.) dahin einzuschränken ist, dass § 4 I 4 u. 5 sowie § 6 VerbrKrG von der Anwendung auf Finanzierungsleasingverträge, die - wie der Mietkaufvertrag der Parteien nach Nr. 12 der Allgemeinen Mietbedingungen der Kl. - einen Eigentumserwerb des Leasingnehmers vorsehen, nicht ausgeschlossen sind. Durch das Verbraucherkreditgesetz ist die Richtlinie des Rats vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit - Verbraucherkreditrichtlinie - (87/102/ EWG, ABIEG Nr. L 42 v. 12. 2. 1987, S. 48) umgesetzt worden. § 4 I 4 VerbrKrG beruht auf Art. 4 der Richtlinie, wonach der effektive Jahreszins in der Vertragsurkunde anzugeben ist (II) und diese auch die weiteren wesentlichen Vertragsbestimmungen enthalten soll (III), darunter gemäß der Liste im Anhang der Richtlinie unter anderem den Barzahlungspreis und den Preis, der im Rahmen des Kreditvertrags zu zahlen ist, den Betrag einer etwaigen Anzahlung, Anzahl und Betrag der Teilzahlungen und Termine, zu denen sie fällig werden, sowie etwaige Sicherheiten und Versicherungskosten. Im Anschluss an § 4 I 4 VerbrKrG regeln § 4 I 5 VerbrKrG die Freistellung von den Pflichtangaben wegen besonderer Schwierigkeiten und § 6 VerbrKrG

die Folgen von Formmängeln und des Fehlens von Pflichtangaben. Die Ausnahmeregelung des § 3 II Nr. 1 VerbrKrG für Finanzierungsleasingverträge ist dadurch gerechtfertigt, dass diese Verträge nach der Rechtsprechung des BGH rechtlich in erster Linie der Miete zuzuordnen sind (z. B. BGHZ 106, 304 [309] = NJW 1989, 1279 = LM § 536 BGB Nr. 31; BGHZ 128, 255 [261] = NJW 1995, 1019 = LM H. 7/1995 § 138 [Bc] BGB Nr. 81; Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbl. Miet-, Pacht- und LeasingR, 8. Aufl., Rdnr. 1793 m. w. Nachw.), die Verbraucherkreditrichtlinie aber gem. ihrem Art. 2 I lit. b auf Mietverträge grundsätzlich keine Anwendung findet. Das gilt nach der vorgenannten Bestimmung indessen nicht für solche Mietverträge, die vorsehen, dass das Eigentum letzten Endes auf den Mieter übergeht. Derartige Verträge - und damit auch der Mietkaufvertrag der Parteien - unterliegen daher der Verbraucherkreditrichtlinie. Deswegen ist § 3 II Nr. 1 VerbrKrG insoweit in richtlinienkonformer Auslegung einzuschränken. Das gilt jedenfalls für den auf Art. 4 II u. III der Richtlinie beruhenden § 4 I 4 VerbrKrG und die hieran anknüpfenden Folgeregelungen in § 4 I 5 und § 6 VerbrKrG. Ob darüber hinaus auch alle anderen in § 3 II Nr. 1 VerbrKrG genannten Bestimmungen nicht von der Anwendung auf die in Rede stehenden Finanzierungsleasingverträge ausgeschlossen sind (so Bülow, § 3 Rdnrn. 68 f.; Staudinger/Kessal-Wulf, § 3 VerbrKrG Rdnrn. 29f.; Ulmer, in: MünchKomm-BGB, § 3 VerbrKrG Rdnr. 25), bedarf im vorliegenden Zusammenhang keiner Entscheidung.

Finden hier mithin § 4 I 4 u. 5 sowie § 6 VerbrKrG Anwendung, war der Mietkaufvertrag der Parteien ursprünglich nichtig. Zwar bedurfte es nach § 4 I 5 VerbrKrG nicht der Angabe des Barzahlungspreises und des effektiven Jahreszinses, da die Kl. als Leasingunternehmen nur gegen Teilzahlungen Sachen liefert. Unverzichtbar war jedoch die Angabe des Teilzahlungspreises. Nicht ausreichend ist, dass in der Vertragsurkunde die erste Rate und die Folgeraten sowie die Laufzeit des Vertrags aufgeführt sind, so dass sich daraus mangels weiterer Bestandteile der Teilzahlungspreis errechnen lässt. Vielmehr muss der Teilzahlungspreis in einer Summe aufgeführt werden, um dem Verbraucher die Gesamtbelastung sofort deutlich vor Augen zu führen (Bülow, § 4 Rdnr. 127; Ulmer, in: MünchKommBGB, § 4 VerbrKrG Rdnr. 60, jew. m. w. Nachw.).

b. Heilung des nichtigen Vertrages gem. § 6 VerbrKrG

Der nach § 6 I VerbrKrG nichtige Vertrag ist jedoch gem. § 6 III 1 VerbrKrG sofort gültig geworden, da der Bekl. bei dem hier gewählten Verfahren des Verkaufens und gleichzeitigen Zurückmietens bereits im Besitz der (Miet-)Sachen war. Allerdings gilt nicht

der sich aus den vereinbarten Mietraten ergebende Teilzahlungspreis. Da dieser in der Vertragsurkunde nicht angegeben ist, ist gem. § 6 III 2 VerbrKrG der Barzahlungspreis, der hier der "Mietberechnungsgrundlage" i. H. von 234 263,20 DM entspricht, höchstens mit den gesetzlichen Zinssatz (§ 246 BGB) zu verzinsen. Die Raten sind entsprechend herabzusetzen (Bülow, § 6 Rdnr. 65). Hieran hat sich durch die dreiseitige Vereinbarung der Parteien und der EB-GmbH vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995, mit der die EB-GmbH an Stelle der Bekl. in den Mietkaufvertrag eingetreten ist, nichts geändert. Durch diese Vertragsübernahme ist der Inhalt des Mietkaufvertrags unberührt geblieben (vgl. BGH, NJW 1996, 2094 = LM H. 9/1996 § 1 AbzG Nr. 33 = WM 1996, 1546).

2. Wirksame Begründung der Gesamtschuldnerschaft

Auch die Übernahme der gesamtschuldnerischen Mithaftung neben der EB-GmbH durch den Bekl. in der dreiseitigen Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 ist wirksam zu Stande gekommen. Insbesondere ist sie nicht gem. § 6 I VerbrKrG nichtig, weil es in der Vereinbarung an den in § 4 I 4 VerbrKrG genannten Angaben fehlt. Das käme nur dann in Betracht, wenn es sich bei der Übernahme der Mithaftung durch den Bekl. um einen selbstständigen Schuldbeitritt handeln würde, bei dem diese Angaben zur Wirksamkeit erforderlich sind (BGH, NJW 2000, 3496 = LM H. 1/2001 § 4 VerbrKrG Nr. 6 = WM 2000, 1799) und eine Heilung gem. § 6 III 2 VerbrKrG durch Übergabe der Sache an den Kreditnehmer ausscheidet (BGHZ 134, 94 [98f.] = NJW 1997, 654 = LM H. 4/1997 § 1 VerbrKrG Nr. 7; BGH, NJW 1997, 1443 = LM H. 7/1997 § 1 VerbrKrG Nr. 8 = WM 1997, 710; NJW 1997, 3169 = LM H. 3/1998 § 1 VerbrKrG Nr. 9 = WM 1997, 2000). Ein solcher Schuldbeitritt ist hier jedoch nicht gegeben. Das BerGer. hat ausdrücklich offen gelassen, ob in der Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 ein neuer Mietkaufvertrag zwischen der Kl. und der EB-GmbH und eine Schuldübernahme des Bekl. oder eine modifizierte Fortsetzung des ursprünglichen Mietkaufvertrags zu sehen sei. Da insoweit weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind, kann der Senat die erforderliche Auslegung selbst vornehmen.

Danach kann schon auf Grund des Wortlauts der Vereinbarung kein Zweifel daran bestehen, dass die EB-GmbH unter Fortbestand der Verpflichtung des Bekl. in den Mietkaufvertrag im Wege der ausdrücklich so bezeichneten "Vertragsübernahme" eingetreten ist. Auf diesen Vertrag wird in dem gemeinsamen Schreiben des Bekl. und der EB-GmbH vom 28. 12. 1994 eingangs ausdrücklich Bezug genommen. Weiter wird auf die "Restlaufzeit" des Vertrags verwiesen.

Sodann heißt es, dass die EB-GmbH den "Eintritt in den Vertrag" beantragt. Der Fortbestand der Verpflichtung des Bekl. ergibt sich in diesem Zusammenhang daraus, dass der Bekl. der Kl. "die Erfüllung des Vertrags" durch die EB-GmbH "gewährleistet" und neben dieser "für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten als Gesamtschuldner verpflichtet bleibt". Danach kann von dem Abschluss eines neuen Mietkaufvertrags zwischen der Kl. und der EB-GmbH nebst Schuldbeitritt des Bekl. keine Rede sein.

Allein eine Vertragsübernahme durch die EB-GmbH und der Fortbestand der Verpflichtung des Bekl. entspricht auch der Interessenlage. Die Kl. hatte keine Veranlassung, den Bekl. auch nur für eine juristische Sekunde aus seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entlassen, zumal die EB-GmbH bereits vor Abschluss der Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 mit Schreiben vom 2. 11. 1994 eine Streckung der Mietraten erbeten hatte, "um weiterhin zahlungsfähig zu bleiben". Demgemäß hatte die Kl. dem Bekl. mit Schreiben vom 23. 12. 1994 mitgeteilt, sie könne "einer Vertragsübernahme ... nur unter der Bedingung zustimmen, dass Sie auch weiterhin für die Erfüllung dieses Vertrags mitverpflichtet bleiben". Damit übereinstimmend heißt es in dem Schreiben der Kl. vom 23. 1. 1995, mit dem sie der Vertragsübernahme zugestimmt hat, sie mache den Bekl. darauf aufmerksam, dass Sie neben dem jetzigen Mietkäufer für die Erfüllung der vertraglichen Pflichten verantwortlich bleiben".

3. Kein wirksamer Widerruf des Bekl. bezüglich des Mietkaufvertrages

Der Bekl. hat seine auf den Abschluss des Mietkaufvertrags gerichtete Willenserklärung nicht wirksam gem. § 7 I VerbrKrG widerrufen.

a. Vorliegen einer Widerrufserklärung

Nicht zu beanstanden ist, dass das BerGer. das Schreiben des Bekl. vom 8. 1. 1996, in dem er unter anderem die Unwirksamkeit des Mietkaufvertrags geltend gemacht hat, als Widerrufserklärung ausgelegt hat. Dass der Bekl. das Wort "Widerruf" nicht gebraucht hat, ist unerheblich. Vielmehr reicht es aus, dass er deutlich gemacht hat, er wolle den Vertragsschluss nicht mehr gelten lassen (vgl. BGH, NJW 1993, 128 = WM 1993, 416 [zu § 1 b AbzG] m.w. Nachw.; NJW 1997, 2184 = LM H. 6 § 301 ZPO Nr. 57 = WM 1997, 1356).

b. Verfristung des Widerrufsrechts

Zum Zeitpunkt seines Widerrufs vom 8. 1. 1996 hat dem Bekl. aber unabhängig davon, dass die EB-GmbH zwischenzeitlich durch die dreiseitige Vereinbarung vom 28. 12. 1994/23. 1. 1995 an seiner Stelle in den Mietkaufvertrag eingetreten war (vgl. insoweit

BGH, NJW 1996, 2094 = LM H. 9/1996 § 1 AbzG Nr. 33 = WM 1996, 1546), ein Widerrufsrecht nicht mehr zugestanden. Die Kl. hat den Bekl. zwar nicht über sein Widerrufsrecht belehrt, so dass die Wochenfrist des § 7 I VerbrKrG gem. § 7 II 2 VerbrKrG nicht in Gang gesetzt worden ist. Gem. § 7 II 3 VerbrKrG ist das Widerrufsrecht des Bekl. jedoch ein Jahr nach Abgabe seiner auf den Abschluss des Mietkaufvertrags gerichteten Willenserklärung vom 29. 9. 1992, mithin mit Ablauf des 29. 9. 1993 erloschen.

4. Kein wirksamer Widerruf des Bekl. bezüglich der Übernahme der gesamtschuldnerischen Mithaftung

Der Bekl. hat auch die Übernahme der gesamtschuldnerischen Mithaftung neben der EB-GmbH in der dreiseitigen Vereinbarung vom 28.12.1994 / 23. 1.1995 nicht wirksam gem. § 7 I VerbrKrG widerrufen. Durch die Übernahme der Mithaftung ist kein Widerrufsrecht des Bekl. begründet worden. Zwar steht einem Verbraucher im Falle des Schuldbeitritts zu einem Kreditvertrag ein eigenes Widerrufsrecht zu (BGHZ 133, 71 [78] = NJW 1996, 2156 = LM H. 10/1 996 § 1 VerbrKrG Nr. 5; BGHZ 133, 220 [224] = NJW 1996, 2865 = LM H. 1/1997 § 1 VerbrKrG Nr. 6). Hier sind jedoch durch, die Übernahme der Mithaftung keine neuen Verpflichtungen des Bekl. begründet worden, die insoweit ein Widerrufsrecht rechtfertigen könnten. Vielmehr ist lediglich die bestehende Verpflichtung des Bekl. aus dem Mietkaufvertrag - nunmehr gesamtschuldnerisch mit der EB-GmbH - aufrechterhalten worden.

5. Keine wirksame Kündigung der Kl. gem. § 12 VerbrKrG

Da die Kl. aber die Vereinbarung über die gesamtschuldnerische Mithaftung des Bekl. neben der EB-GmbH durch ihr Schreiben vom 30. 1. 1996 nicht wirksam gem. § 12 I 1 VerbrKrG gekündigt hat, steht ihr der gegen den Bekl. geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht zu. Erhalten bleibt ihr hingegen der daneben geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der rückständigen Mietraten.

a. Anwendbarkeit von § 12 VerbrKrG bei bloßer Mithaftung

Ist bei einem in den sachlichen Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes fallenden Kreditvertrag einer von mehreren Kreditnehmern Verbraucher i. S. des § 1 I VerbrKrG, so ist ihm gegenüber eine außerordentliche Kündigung wegen Zahlungsverzugs

nur unter den Voraussetzungen des § 12 I 1 VerbrKrG wirksam (BGHZ 144, 370 [379] = NJW 2000, 3133 = LM H. 1/2001 § 535 BGB Nrn. 165-168 für den Fall eines Finanzierungsleasingvertrags mit mehreren Leasingnehmern). Hier ist der Bekl. allerdings nicht einer von mehreren Mietern, sondern lediglich gesamtschuldnerisch Mithaftender neben der EB-GmbH, die den Mietkaufvertrag übernommen hat. Insoweit kann jedoch nichts anderes gelten. Auch die Vereinbarung über die Mithaftung des Bekl. kann nur unter den Voraussetzungen des § 12 I 1 VerbrKrG gekündigt werden (vgl. Bülow, § 12 Rdnr. 33; Graf v. Westphalen, MDR 1997, 307 [310], jew. für den Schuldbeitritt). Denn das Schutzbedürfnis des Mithaftenden ist nicht geringer, sondern eher größer als das eines Kreditnehmers, weil der Mithaftende trotz voller Mitverpflichtung keine Rechte (hier: mehr) gegen den Kreditgeber hat (BGHZ 133, 71 [75]).

Unterliegt die Kündigung der Kl. gegenüber dem Bekl. mithin den Anforderungen des § 12 I 1 VerbrKrG, ist sie mangels eines qualifizierten Schreibens unwirksam. Das Schreiben der Kl. an den Bekl. vom 22. 12. 1995 erfüllt die Anforderungen des § 12 I Nr. 2 VerbrKrG nicht, da die Kl. darin weder dem Bekl. eine zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags gesetzt noch damit die Erklärung verbunden hat, dass sie bei Nichtzahlung innerhalb der Frist die gesamte Restschuld verlange.

b. Rechtsfolgen

Mangels wirksamer Kündigung ist der von der Kl. geltend gemachte Schadensersatzanspruch aus Nr. 11 ihrer Allgemeinen Mietbedingungen in Verbindung mit der Vereinbarung über die Mithaftung des Bekl. neben der EB-GmbH nicht begründet, da hierfür eine wirksame Vertragskündigung Voraussetzung ist. Der (Erfüllungs-)Anspruch der Kl. auf Zahlung der gem. § 6 III 2 VerbrKrG herabgesetzten Mietraten bleibt dagegen unberührt, so dass der Kl. ein Anspruch auf den geltend gemachten Mietrückstand dem Grunde nach zusteht (vgl. Graf v. Westphalen, MDR 1997, 307).

Der vorgenannte Anspruch ist auch nicht nach §§ 196 I Nr. 6, 198, 201 BGB verjährt. Die betreffenden Mietraten sind im Jahr 1995 fällig geworden. Gem. § 209 II Nr. 1 BGB i. V. mit § 693 II ZPO ist die Verjährung insoweit vor ihrem Eintritt mit Ablauf des Jahres 1997 durch die Einreichung des Antrags auf Erlass eines Mahnbescheids am 19. 12. 1997 unterbrochen worden.

Standort: Vindikations-/Bereicherungsrecht

Problem: Nicht-so-Berechtigter

BGH, URTEIL VOM 21.09.2001

V ZR 228/00 (NJW 2002, 60)

Problemdarstellung:

Der Bekl. war aufgrund einer früheren DDR-Vorschrift berechtigt, von der Kl. die kostenlose Überlassung ihres Grundstücks - bebaut mit einer Berufsschule und Lehrlingswohnheimen - zu verlangen (§ 8 III DDR-BerufsschulG). Teilweise nutzte der Bekl. entgegen dem Sinn dieser Vorschrift die fraglichen Gebäude jedoch zu privatwirtschaftlichen Zwecken in Form von Vermietung als Wohnung bzw. Arztpraxis. Die Kl. verlangt deshalb die Herausgabe des erzielten Mietzinses. Eine Anwendung von § 988 BGB scheidet aus, weil der Bekl. zwar die Befugnisse, die ihm sein gesetzliches Besitzrecht gab, überschritt, dies aber seine Besitzberechtigung als solche nicht automatisch entfallen ließ. Allerdings ergibt sich ein entsprechender Mietzinsherausgabeanspruch aus § 812 I 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition, da der Bekl. durch die zweckwidrige Nutzung in das der Kl. verbliebene Eigentumsrecht eingegriffen hat. Die ständige Rechtsprechung des BGH, dass im Falle unberechtigter Untervermietung durch den Mieter ein Untermietzinsherausgabeanspruch durch Vermieter gem. § 812 I 1 BGB nicht besteht (vgl. zuletzt BGHZ 131, 297 [304 ff.]), ist in diesem Fall nicht zu berücksichtigen. Die Kl. hat sich ihrer Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeiten hinsichtlich des Grundstücks nicht vertraglich begeben, sondern war dazu insoweit gesetzlich gezwungen als dem Zweck von § 8 III DDR-BerufsschulG entsprach. Im übrigen standen die Gebrauchs- und Verwertungsrechte an dem Grundstück weiterhin der Kl. zu.

Darüber hinaus benutzte der Bekl. die übrigen Gebäude länger als gem. § 8 III DDR-BerufsschulG vorgesehen und war daher als sog. "Nicht-mehr-Berechtigter" zur Herausgabe von Nutzungen gem. § 988 BGB verpflichtet. Dabei traf der BGH noch Ausführungen zur Berechnung des Umfangs der herauszugebenden Nutzungen.

Prüfungsrelevanz:

Angesiedelt im Grenzbereich zwischen Vindikations- und Bereicherungsrecht ist dieses Urteil von examensrelevanter Bedeutung. Zum einen wird die Abgrenzung zwischen diesen beiden prüfungswichtigen Themengebieten (Vorrang der Vindikationslage, § 993 I BGB) angesprochen; zum anderen wird der Inhalt bzw. Umfang von Nutzungsherausgabeansprüchen - sei es aus § 988 BGB, sei es aus § 812 I 1 BGB - klar abgegrenzt.

Vertiefungshinweis:

" Vgl. zur Herausgabe von Nutzungen auch *BGH*, NZM 2000, 183 = NJW-RR 2000, 382; NJW 1995, 2627; *KG*, NZM 2000, 1229.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Der gestohlene PKW"

Leitsätze:

1. Der "nicht so berechnigte" Besitzer kann zur Herausgabe von Nutzungen, die er unter Überschreitung eines ihm gesetzlich zugewiesenen Besitzrechts gezogen hat, unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition (§ 812 I 1 BGB) verpflichtet sein (Abgrenzung zu BGHZ 131, 297).
2. Der Anspruch aus § 988 BGB kann nur im Fall des Eigengebrauchs nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile berechnet werden; anderenfalls können nach dieser Vorschrift nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen herausverlangt werden.

Sachverhalt:

Die Kl. ist Rechtsnachfolgerin des VEB S und N. Dieser unterhielt auf einem volkseigenen Grundstück, dessen Rechtsträger er war, eine Berufsschule mit Lehrlingswohnheim. Die Kl. ist nach § 11 II TreuhandG mit der Umwandlung des VEB zum 1. 7. 1990 Eigentümerin des Grundstücks geworden. Das Grundbuch ist entsprechend berichtigt. Am 31. 8. 1990 überließ die Kl. dem bekl. Landkreis (im Folgenden: Bekl.) Berufsschule und Lehrlingswohnheim zur Nutzung. Anlass dazu gab das DDR-Berufsschulgesetz vom 13. 8. 1990 (GBI I, 919), dessen § 8 III die kostenlose Übergabe zur Nutzung spätestens bis zum 31. 12. 1990 vorschrieb. Der Bekl. nutzte in der Folgezeit die Gebäude durch Vermietung einer Wohnung und einer Arztpraxis, zum Teil durch weiteren Betrieb der Lehrlingsausbildung. Die Kl. verlangt Nutzungsent-schädigung. Zum einen begehrt sie die Auskehr der gezogenen Mieten für die Wohnung und die Arztpraxis in einer Gesamthöhe von 76 720 DM. Es geht dabei um den Zeitraum vom 1. 4. 1993 (Arztpraxis) bzw. 1. 7. 1990 (Wohnung) bis zum 30. 4. 1997. Zum anderen macht sie hinsichtlich des übrigen Lehrlingswohnheims Nutzungsent-schädigung für die Zeit von September 1993 bis August 1997 in einer Höhe von 136 000 DM geltend, wobei sie sich in erster Linie auf einen in dieser Höhe gutachtlich ermittelten Ertragswert stützt, daneben aber auch auf tatsächlich gezogene Mieteinnahmen in diesen Betrag übersteigendem Umfang verweist.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat die Verurteilung nur in Höhe eines Betrags von 67970 DM aufrechterhalten. Die Revision der Kl. war teilweise erfolgreich.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hält den Bekl. nach § 988 BGB für verpflichtet, die gezogenen Mieten für die -Wohnung und die Arztpraxis an die Kl. auszukennen, allerdings erst ab dem 1. 8. 1992. Bis zu diesem Zeitpunkt habe nämlich § 8 III des DDR-Berufsschulgesetzes dem Bekl. ein Recht zum Besitz gewährt, das erst mit Außerkrafttreten des Gesetzes erloschen sei.

Der geltend gemachte Anspruch von 76 720 DM sei daher nur in dem zugesprochenen Umfang von 67 970 DM begründet.

Hinsichtlich des übrigen Lehrlingswohnheims hält das BerGer. die Klage nur unter den hier nicht gegebenen Voraussetzungen des § 987 II BGB für begründet, da die Kl. nicht die Auskehr gezogener Nutzungen verlangt habe, sondern eine am Ertragswert berechnete Entschädigung für schuldhaft nicht gezogene Nutzungen. Unter diesem Gesichtspunkt hafte der Bekl. indes nicht, da er vom Wegfall seines Besitzrechts keine Kenntnis gehabt habe (§ 990 I 2 BGB).

B. Entscheidung der Revision

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

I. Herausgabe der gezogenen Mieten als Nutzungen bezüglich der Wohnung und der Arztpraxis

Hinsichtlich der gezogenen Mieten für die Wohnung und die Arztpraxis ist der geltend gemachte Anspruch in voller Höhe, das heißt auch bezüglich des Zeitraums der Geltung des DDR-Berufsschulgesetzes, begründet.

1. Kein Recht zum Besitz und Nutzung als Wohnung bzw. Arztpraxis

a. Nichtigkeit des einschlägigen DDR-Rechts

Das ist zweifelsfrei dann anzunehmen, wenn das DDR-Berufsschulgesetz dem Bekl. kein Recht zur kostenlosen Nutzung gewährt hat, weil - wie die Revision annimmt - § 8 III dieses Gesetzes wegen Verstoßes gegen höherrangiges DDR-Verfassungsrecht nichtig war. § 988 BGB erfasst dann auch den vom BerGer. nicht berücksichtigten Zeitraum (Mehrbetrag von 8750 DM). Soweit die Revisionserwiderung meint, ein Recht zum Besitz ergebe sich aus einer die Regelungen des DDR-Berufsschulgesetzes überlagernden Vertragsbeziehung, steht dem die rechtsfehlerfreie Würdigung "der Umstände durch das LG entgegen, die sich das BerGer. zu eigen gemacht hat.

b. Kein kostenloses Besitzrecht nach DDR-Recht

Im Ergebnis ändert sich nichts, wenn man von der Wirksamkeit des § 8 III DDR-BerufsschulG ausgeht. Die Norm billigt dem Bekl. nämlich die kostenlose Nutzung des Lehrlingswohnheims mit seinen Räumlichkeiten nicht schlechthin, sondern nur zweckge-

bunden zu. Der Bekl. wurde nach § 8 II DDR-BerufsschulG neuer Träger der Berufsschule und des Lehrlingswohnheims. Er sollte die damit verbundenen Aufgaben weiterführen und erhielt deswegen die Gebäude kostenlos zur Nutzung übergeben. Wohnheime, die als solche nicht weitergenutzt werden konnten, erhielt er zwar ebenfalls übergeben, aber nicht zur freien Verwendung, sondern mit der Möglichkeit, sie einer anderen öffentlichen Nutzung zuzuführen (§ 8 III 2 DDR-BerufsschulG). Eine privatwirtschaftliche Nutzung zur Gewinnerzielung sah das Gesetz demgegenüber nicht vor. Dies lag außerhalb der Aufgaben, die das Gesetz den neuen Schulträgern zuwies (vgl. §§ 2, 7 DDR-BerufsschulG). Gemessen daran war die Vermietung der Räumlichkeiten als Wohnung und als Arztpraxis vom Gesetz nicht gedeckt. Der Bekl. verfolgte damit weder Zwecke des Schul- und Ausbildungsbetriebs noch andere öffentliche Aufgaben.

2. Anwendbarkeit von § 988 BGB zwecks Nutzungsherausgabe

Zweifelhaft ist, ob bei dieser Konstellation § 988 BGB angewendet werden kann. Die Norm setzt an sich eine Vindikationslage voraus. Daran fehlt es. Denn bei - unterstellter Wirksamkeit des DDR-Berufsschulgesetzes war der Bekl. zum Besitz berechtigt. Er überschritt zwar die Befugnisse, die ihm das Besitzrecht gab, zog Nutzungen aus Rechtsgeschäften, zu denen ihn das Gesetz nicht legitimierte. Das ließ aber die Besitzberechtigung nicht automatisch entfallen. Die ganz herrschende Meinung lehnt daher die Anwendung des § 988 BGB, auch die entsprechende Anwendung der Norm, auf den", Fall der "Nicht-so-Berechtigung" ab (BGHZ 59, 51 [58]; Staudinger/Gursky, BGB, 1999, Vorb. §§ 987 bis 993 Rdnr. 13; Medicus, in: MünchKomm, 3. Aufl., Vorb. §§ 987 bis 1003 Rdnr. 11; Baur/Stürner, SachenR, 17. Aufl., § 11 Rdnr. 27).

3. Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts gem. § 812 I 1 BGB zur Nutzungsherausgabe

Ob im vorliegenden Fall anders zu entscheiden ist, kann dahinstehen. Hält man § 988 BGB für nicht anwendbar, so ergibt sich der Anspruch jedenfalls aus § 812 I 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondition (vgl. auch Staudinger/Gursky, Vorb. §§ 987 bis 993 Rdnr. 13). Der Bekl. hat durch die zweckwidrige Nutzung nämlich in die der Kl. als Eigentümerin verbliebene Rechtsposition eingegriffen, ohne dazu berechtigt zu sein. Das Gesetz hat ihm nur die Nutzung als Schul- und Ausbildungseinrichtung oder zu anderen öffentlichen Zwecken zugewiesen. Jede nicht diesen Zwecken dienende Nutzung blieb dem Eigentümer vorbehalten.

a. Untermietzins als Bereicherung

Allerdings entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass der Vermieter im Falle unberechtigter Untervermietung keinen Anspruch aus § 812 I 1 BGB gegen den Mieter auf Herausgabe eines durch die Untervermietung erzielten Mehrerlöses hat (NJW 1964, 1853 = LM § 549 BGB Nr. 2 a; LM § 535 BGB Nr. 42 = WM 1969, 298 [300]; BGHZ 131, 297 [304 ff.] = NJW 1996, 838 = LM H. 6/1996 § 549 BGB Nr. 18). Diese Auffassung begründet der BGH damit, dass es an dem erforderlichen Merkmal der Bereicherung des Mieters auf Kosten des Vermieters fehle. Die Untervermietung sei auch dann, wenn sie unberechtigt vorgenommen werde, ein dem Mieter zugewiesenes Geschäft. Denn der Vermieter habe sich durch den Abschluss des Hauptmietvertrags der Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeit begeben, die der Mieter durch die Untervermietung wahrnehme (vgl. BGHZ 131, 297 [306]).

b. Überlassung des Besitzes aufgrund gesetzlicher Anordnung zu bestimmten Zwecken

Im vorliegenden Fall liegen die Dinge anders. Die Rechtsprechung zur unberechtigten Untervermietung kann hierauf nicht angewendet werden. Die Kl. hat sich ihrer Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeiten nicht vertraglich zu Gunsten des Bekl. begeben, sondern sie hat ihm den Besitz auf Grund einer gesetzlichen Anordnung überlassen. Das Gesetz forderte die Überlassung - wie dargelegt - nur zur Verwirklichung bestimmter öffentlicher Zwecke. Nur insoweit wies es die Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeiten dem Bekl. zu. Die Möglichkeit der Nutzung durch Vermietung und Verpachtung blieb demgegenüber der Kl. als Eigentümerin zugeordnet. In diese Rechtsposition griff der Bekl. ein, als er die Gebäude zweckwidrig zur Gewinnerzielung nutzte. Infolgedessen erlangte er die damit verbundenen Vermögensvorteile auch auf Kosten der Kl.

Wollte man das anders sehen, führte dies zu einer unangemessenen Benachteiligung der Kl. als Eigentümerin. Anders als in den Fällen der unberechtigten Untervermietung hätte sie nämlich der Vermietung durch den Bekl. nicht mit hinreichender Wirkung entgegenreten können. Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien wurde durch das DDR-Berufsschulgesetz bestimmt. Es sah für den Fall der unberechtigten Nutzung weder die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung noch einen Unterlassungsanspruch vor. Anders als der Vermieter, dem diese Rechte nach §§ 550, 553 BGB gegenüber dem unberechtigt untervermietenden Mieter zustehen, konnte die, Kl. auf die zweckwidrige Nutzung durch den Bekl. daher nicht in vergleichbarer Weise reagieren. Dass möglicherweise ein Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB gegeben war, verbessert zwar die Position der Kl., stellt

diese aber nicht einem Vermieter in solchen Fällen gleich.

c. Irrelevanz des Zeitpunkts der Besitzerlangung

Soweit die Revisionserwiderung meint, jedenfalls für die Monate Juli und August 1990 bestehe kein Anspruch auf Herausgabe der gezogenen Miete, da der Bekl. den Besitz nach den Feststellungen des BerGer. erst am 31. 8. 1990 übertragen erhalten habe, verkennt sie, dass dies für den Anspruch aus § 812 I 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Eingriffskondiktion ohne Belang ist. Der Bekl. hat auch dann (erst recht) in das der Kl. nach der Güterzuordnung verbliebene Nutzungsrecht eingegriffen.

II. Herausgabe der Nutzungen für das Lehrlingswohnheim

Hinsichtlich der Nutzung des Lehrlingswohnheims rügt die Revision zu Recht, dass das BerGer. den geltend gemachten Anspruch - rechtsfehlerhaft - nur unter dem Gesichtspunkt des § 987 II BGB geprüft hat. Der Anspruch ist nämlich dem Grunde nach aus § 988 BGB begründet.

1. Berechnung der herauszugebenden Gebrauchsvorteile

Allerdings ist der Revision nicht zu folgen, wenn sie meint, die nach dieser Vorschrift herauszugebenden Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB) könnten nach dem gutachtlich festgestellten Ertragswert berechnet werden. Zwar ist anerkannt, dass bei der Bewertung der Gebrauchsvorteile deren objektiver Wert maßgeblich ist, der sich in geeigneten Fällen am Ertragswert bemessen kann (s. nur Soergel/Mühl, BGB, 12. Aufl. 987 Rdnr. 2; vgl. auch Senat, NJW 1978, 1578 = LM § 347 BGB Nr. 7). Es geht bei dieser Bewertung aber nur um die Vorteile des Eigengebrauchs einer Sache (Staudinger/Gursky, § 987 Rdnr. 16), also etwa um die Vorteile, die der Besitzer einer Wohnung daraus zieht, dass er sie nicht vermietet, sondern selbst nutzt (s. auch Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 100 Rdnr. 1). Demgegenüber kann der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile bemessen werden, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten (z. B. Mietzins) gezogen worden sind. Dann kann vielmehr allein die Herausgabe dieser Nutzungen verlangt werden. Anderenfalls geriete man in einen Widerspruch zu § 987 II BGB, der die Herausgabe nicht gezogener Nutzungen nur nach Rechtshängigkeit bzw. Bösgläubigkeit (§ 990 I BGB) und unter der zusätzlichen Voraussetzung des Verschuldens anordnet. Denn diese Regelung liefe leer, wenn der Eigentümer schon nach § 988 BGB stets den objektiven Ertragswert herausverlangen könnte.

2. Anwendbarkeit von § 988 BGB

Die Kl. kann aber nach § 988 BGB die tatsächlich gezogenen Nutzungen herausverlangen. Soweit das BerGer. eine Erstreckung der Klage auf diese Rechtsfolge vermisst, verkennt es, dass es insoweit nur um die Frage der Berechnung des erhobenen Anspruchs geht. Da der Bekl. in erheblichem Umfang Mieteinnahmen von den Lehrlingen erhalten hat, gezogene Nutzungen also vorliegen, bedarf es keiner Stellung eines darauf ausgerichteten Zahlungsantrags. Der Antrag auf Zahlung von 136 000 DM erfasst ohne weiteres die Herausgabe, der Nutzungen in dieser Höhe, bedurfte lediglich - als Teilklage - der Konkretisierung.

C. Zurückverweisung wegen mangelnder Entscheidungsreife

Die Klage ist hinsichtlich der aus dem Betrieb des Lehrlingswohnheims gezogenen Nutzungen nicht entscheidungsreif. Zum einen muss die Kl. den geltend gemachten Teilanspruch den gezogenen Nutzungen zeitlich und der Höhe nach konkret zuordnen.

Ferner ist der Anspruch - worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist - auf Herausgabe der durch die Nutzung der Gebäude erzielten Vorteile beschränkt. Enthalten die von den Lehrlingen gezahlten Beträge eine Vergütung für andere Leistungen, etwa für die pädagogische Betreuung, so stellen diese Einnahmen keine der Kl. zugeordneten Vermögensvorteile dar. Schließlich bedarf es der Prüfung - wie das BerGer. nicht verkennt - inwieweit der Bekl. ihm entstandene Kosten unter dem Gesichtspunkt des § 818 III BGB (auf den § 988 BGB verweist) abziehen kann. Diese letztere Frage stellt sich nicht hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe der erwirtschafteten Mieten für die Wohnung und die Arztpraxis, da - wie das BerGer. zutreffend dargelegt hat - insoweit ein Sachzusammenhang mit den von dem Bekl. geltend gemachten Ausgaben nicht besteht (§ 818 III BGB) und eine gesonderte Aufrechnung mit selbstständigen Ansprüchen vom BerGer. nach § 530 II ZPO rechtsfehlerfrei nicht zugelassen worden ist. Insoweit war der Klage daher stattzugeben.

Standort: Kreditkartenwesen**Problem: Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses**

BGH, ANFRAGEBESCHLUSS VOM 25.09.2001
XI ZR 375/00 (NJW 2002, 285)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste sich der XI. Zivilsenat mit der Frage nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen einem Kreditkartenunternehmen und einem Vertragsunternehmen beschäftigen, wozu eine entsprechende Anfrage beim VIII. Zivilsenat gestellt wurde. Die jeweilige Rechtsnatur eines solchen Vertrages entscheidet dann auch über die Frage, ob das Kreditkartenunternehmen das Vertragsunternehmen in Regress nehmen kann, wenn der Kunde/Karteninhaber sich der Zahlung verweigert, weil er z.B. vom Vertrag zurückgetreten ist oder die Echtheit seiner Unterschrift bestreitet.

Der VIII. Zivilsenat hat einen solchen Rahmenvertrag als Forderungskauf bewertet. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut des Vertrages, in dem die Parteien ausdrücklich den Begriff "Kauf" verwandt und einen dem Rückforderungsrecht gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB a.F. entsprechenden Erstattungsanspruch vorgesehen hätten. Das Vertragsunternehmen werde

durch die Übertragung des Veritätsrisikos aufgrund der Gewährleistungsregelung in § 437 BGB a.F. nicht unangemessen benachteiligt, da bei Bargeschäften das gleiche Risiko bestünde. Dieses Urteil hat in Rechtsprechung und Literatur sowohl Zustimmung als auch Kritik erfahren. Der XI. Zivilsenat möchte im Einklang mit den Kritikern Verträge zwischen Kreditkarten- und Vertragsunternehmen als abstraktes Schuldanerkenntnis gem. § 780 BGB bewerten. Das Kreditkartenunternehmen soll dem Vertragsunternehmer in erster Linie und nicht erst nach vergeblicher Inanspruchnahme des Karteninhabers verpflichtet sein. Allein das Verständnis dieser Zahlungszusage als abstraktes Schuldanerkenntnis wird dem Vertragwillen der Parteien gerecht. Eine Abwälzung des Veritätsrisikos würde dann eine ungemessene Benachteiligung darstellen, weil ein verfahrensimmanentes Risiko des Kreditkartenunternehmens abgewälzt würde.

Prüfungsrelevanz:

Die rechtlich-dogmatische Einordnung eines Vertragsverhältnisses ist die wichtigste aller Fragen, die

man sich zu Beginn eines jeden Falls stellen muss. Die Rechtsnatur eines Vertrages entscheidet über die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Folgen bei Leistungsstörungen. Auch bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die Vertragsnatur von elementarer Bedeutung, da gem. § 9 AGBG a.F. / § 307 BGB n.F. eine unangemessene Benachteiligung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen dann vorliegt, wenn dadurch von wesentlichen Grundgedanken der entsprechenden gesetzlichen Regelung abgewichen wird oder der Vertragszweck gefährdet wird.

Vertiefungshinweis:

" Zur zitierten Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH: *LG Heidelberg*, NJW 1988, 1273; *Huff*, EWIR § 9 AGBG 18/88, 943

Leitsatz:

An den VIII. Zivilsenat des BGH wird folgende Anfrage gerichtet: Wird an der Rechtsauffassung festgehalten, dass das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen (Kartemittenten oder Acquiring-Unternehmen) und Vertragsunternehmen als Forderungskauf anzusehen ist?

Sachverhalt:

Die Kl., ein Acquiring-Unternehmen des Kreditkartengewerbes, nimmt den Bkl., der als Inhaber eines Vertragsunternehmens einen EDV-Handel betreibt, auf Rückgewähr von vier Zahlungen für Kreditkartengeschäfte im so genannten Telefon- oder Mailorderverfahren in Anspruch. Die Parteien schlossen am 11.10.1995 einen "VISA/ELECTRON-Exklusiv-Vertrag" und am 21.1.1997 einen zusätzlichen Vertrag über die Akzeptanz von VISA/ELECTRON-Karten bei so genannter Telefon- oder Mailorder, das heißt bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung ohne Vorlage der Karte. Nach den zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Kl. ist der Bkl. verpflichtet, Waren an Inhaber der VISA/ELECTRON-Karte bei Vorlage der Karte ohne Barzahlung zu verkaufen. Die Kl. "kauft" gem. Nr. 2 der AGB "alle fälligen Forderungen des Vertragsunternehmens gegen Karteninhaber gem. diesem Vertrag". Das Vertragsunternehmen "verkauft" die Forderungen ausschließlich an die Kl. Nach Nr. 5 der AGB tritt das Vertragsunternehmen "alle Forderungen gegen Karteninhaber aus Lieferungen und Leistungen, die unter Verwendung einer Karte gem. diesem Vertrag begründet wurden", an die Kl. ab; diese wiederum trifft die Pflicht, dem Vertragsunternehmen die aus den eingereichten Karten-Transaktionen sich ergebenden Beträge abzüglich einer Servicegebühr "zur Zahlung anzuweisen". Während Karteninhaber bei

Ladengeschäften einen Belastungsbeleg zu unterzeichnen haben, brauchen sie im Telefon- oder Mailorderverfahren nur die Nummer und die Gültigkeitsdauer ihrer Kreditkarte anzugeben. Für das Vertragsunternehmen entfällt dann gem. Nr. 15 der AGB die Prüfung der Unterschrift. Die Rückbelastung von Vertragsunternehmen regelt Nr. 7 II der AGB wie folgt:

7. (2) Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung von Waren oder Dienstleistungen ohne Vorlage der Karte (Telefonorder/Mailorder) ist B zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt, wenn der Karteninhaber sich weigert, den gesamten Rechnungsbetrag zu zahlen, weil er von der Bestellung zurückgetreten ist, der Ware oder Leistung schriftlich zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder sie nicht einer schriftlichen Produktbeschreibung entspricht, oder weil er die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Dieses Rückgriffsrecht wird nicht durch eine erteilte Genehmigungsnummer eingeschränkt.

Die von der Kl. einbehaltene Servicegebühr beträgt bei Ladengeschäften 3,3% und im Mailorder-Verfahren 3,5%. Gegenstand des Rechtsstreits sind vier Telefon- bzw. fünf Mailorder-Transaktionen, die am 2., 21. und 23. 4. 1997 unter Verwendung verschiedener VISA-Kartennummern erfolgten. Die Kl. zahlte hierauf insgesamt 20 423,83 DM an den Bkl. In allen Fällen bestritten die jeweiligen Karteninhaber die Bestellungen, so dass die kartenausgebenden Banken gegenüber der Kl. die Zahlung verweigerten. Die Kl. verlangt deshalb die Rückzahlung der 20 423,83 DM nebst Zinsen.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt die Kl. ihren Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

A. Kernaussage für die vorliegende Anfrage

Die Entscheidung über die Revision hängt davon ab, ob das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien als Forderungskauf anzusehen ist und der Kl. gegen den Bkl. ein Anspruch gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB auf Rückgewähr der gezahlten Beträge zusteht.

B. Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats: Forderungskauf

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat in einem vergleichbaren Fall (NJW 1990, 2880) den Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenausgeber und Vertragsunternehmen als Forderungskauf angesehen. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut des Vertrags, in dem die Parteien ausdrücklich den Begriff "Kauf" verwandt und einen dem Rückforderungsrecht gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB entsprechenden Erstattungs-

anspruch vorgesehen hätten. Der zwischen Kartenausgeber und -inhaber üblicherweise vereinbarte Ausschluss von § 404 BGB stehe der Annahme eines Forderungskaufs nicht entgegen. Die Vereinbarung eines Forderungskaufs sei auch nicht gem. § 9 AGBG unwirksam. Das Vertragsunternehmen werde durch die Übertragung des Veritätsrisikos auf Grund der Gewährleistungsregelung gem. § 437 BGB nicht unangemessen benachteiligt. Das Risiko, in Fällen der Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Karteninhaber keinen Entgeltanspruch für schon erbrachte Leistungen zu erwerben, bestehe für das Vertragsunternehmen bei Bargeschäften in gleicher Weise.

C. Entgegenstehende Ansicht des XI. Zivilsenats: abstraktes Schuldversprechen

Der XI. Zivilsenat möchte dieser Rechtsprechung nicht folgen. Er ist der Ansicht, dass das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen nicht als Forderungskauf anzusehen, sondern dass die vertragliche Zahlungszusage des Kreditkartenunternehmens gegenüber Vertragsunternehmen als abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 BGB auszulegen ist. Er ist ferner der Auffassung, dass die in den Vertragsbedingungen des Akquisitionsvertrags zum Telefon-/Mailorderverfahren getroffene Vereinbarung eines Erstattungsanspruchs des Kreditkartenunternehmens in Fällen, in denen der Karteninhaber - wie vorliegend - die Bestellung beim Vertragsunternehmen bestreitet, gem. § 9 I und 11 Nr. 2 AGBG unwirksam ist. Der XI. Zivilsenat möchte die Revision der Kl. deshalb zurückweisen. Daran sieht er sich jedoch durch die genannte Entscheidung des VIII. Zivilsenats gehindert. Dies ist der Grund für die auf § 132 III GVG beruhende Anfrage.

D. Rechtliche Lösung des vorliegenden Falls bei Anerkennung eines Forderungskaufs

Die Kl. hat gegen den Bekl. keinen Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB, weil die Partei, keinen Kaufvertrag über Forderungen geschlossen haben.

I. Reaktionen auf die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats

Das Urteil des VIII. Zivilsenats vom 2. 5. 1990 (vgl. NJW 1990, 2880), das einen Forderungskauf bejaht, hat in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der Literatur Zustimmung (OLG Schleswig, WM 1991, 453; OLG Köln, WM 1995, 1914 [1916]; OLG Frankfurt a. M., ZIP 2001, 1583 [1586]; Hüffer, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 783 Rdnr. 80e; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., Vorb. § 433 Rdnr. 304 a; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdnr. 454 a; Schwintowski/Schäfer, BankR, § 6 Rdnrn. 25 ff.; Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Sur-

rogate, 2. Aufl., S. 221 f.; Ahrens, Wertpapiere in bargeldlosen Zahlungssystemen, S. 31 ff.; Eckert, EWiR 1990, 1059; Hönn, ZBB 1991, 6 [12]; Köndgen, NJW 1992, 2263 [2271 f.]; Häde, ZBB 1994, 33 [37]; Reinfield, WM 1994, 1505 [1506]), aber auch Kritik erfahren (vgl. Staudinger/Martinek, BGB, 13. Bearb., § 675 Rdnrn. B 99 ff.; Staudinger/Köbler, BGB, Vorb. §§ 433 ff. Rdnr. 51; Martinek / Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 67 Rdnrn. 64 ff.; Hadding, in: Münch Komm-HGB, Zahlungsverträge Rdnr. G 22; Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17, BankR 2000, S. 51, 58; Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Hrsg., VertragsR und AGB-Klauselwerke, Kreditkartenvertrag Rdnrn. 16 f.; Hammann, Die Universalkreditkarte, S. 41 ff.; Kienholz, Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, S. 153 ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [114ff.]; ders., BB 1997, 480 [484f.]; Einsele, WM 1999, 1801 [1802]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1614 f.]).

II. Rechtsansicht und Begründung durch den XI. Zivilsenat: Auslegung des Vertrages

In Übereinstimmung mit dem zuletzt zitierten Schrifttum möchte der Senat Verträge zwischen Kreditkarten- und Vertragsunternehmen nicht als Forderungskauf auslegen.

1. Kein Forderungskauf aufgrund des Wortlauts der Vertragsvereinbarung erforderlich

Die Auslegung hat, da sie AGB betrifft, nach objektiven Maßstäben, das heißt nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen der an den Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise zu erfolgen (st. Rspr., zuletzt BGH, NJW-RR 2001, 987 = LM H. 11/2001 § 415 BGB Nr. 14 = WM 2001, 1028 [1030]). Dabei ist der Wortlaut der Vertragsklausel, in dem der Begriff "Kauf" verwandt wird, lediglich der Ausgangs-, aber nicht der allein entscheidende Gesichtspunkt. Die Bedeutung des Vertragswortlauts wird bereits dadurch eingeschränkt, dass er früher vor allem auch dem Zweck diente, Kreditkartenunternehmen der Erlaubnispflicht zu entziehen, die § 32 I i. V. mit § 1 I Nr. 8 KWG für Garantiegeschäfte betreibende Kreditinstitute vorschrieb (vgl. Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., § 67 Rdnr. 64). Nach Inkraft-Treten des § 1 III Nr. 4 KWG am 1. 1. 1993 ist dieser Zweck entfallen. Zudem ist der Wortlaut der von den verschiedenen Kreditkartenunternehmen verwandten AGB nicht einheitlich. Neben dem Begriff des Kaufs findet auch der der Garantie Verwendung (vgl. die Nachw. bei Hammann, S. 40; Kienholz, S. 184 ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [114]), ohne dass damit wesentliche Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und Durchführung der Vertragsverhältnisse einhergingen. Nichts spricht da-

für, dass die daraus resultierende Gefahr der Rechtszersplitterung von den an Akquisitionsverträgen typischerweise beteiligten Verkehrskreisen gewollt ist und als interessengerecht angesehen wird. Geschäftswille und Interessenlage von Kreditkarten- und Vertragsunternehmen legen es vielmehr nahe, Akquisitionsverträge generell einem einheitlichen Vertragstyp zuzuordnen.

2. Kein Forderungskauf nach dem Sinn und Zweck der Vertragsvereinbarung erforderlich

Dies kann nach dem Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens nicht der Forderungskauf sein. Das Kreditkartenverfahren soll die bargeldlose Zahlung des Karteninhabers an das Vertragsunternehmen ermöglichen, weist der Kreditkarte also die Funktion eines Bargeldersatzes zu. Da das Vertragsunternehmen dem Karteninhaber eine Vorleistung erbringt, ohne unter Berufung auf § 320 BGB die sofortige Gegenleistung zu verlangen, muss der Anspruch gegen das Kreditkartenunternehmen, den es an Stelle der Barzahlung erwirbt, einer solchen wirtschaftlich gleichwertig sein. Dies wird durch einen Forderungskauf nicht gewährleistet, weil sich das Vertragsunternehmen, das bereits vorgeleistet hat, zusätzlich seines Anspruchs auf die Gegenleistung begeben würde. Es unterläge ferner gegenüber dem Kreditkartenunternehmen der Veritätshaftung gem. § 437 BGB, die mit der Bargeldersatzfunktion des Kreditkartenverfahrens nicht vereinbar ist. Während das Vertragsunternehmen im Barzahlungsfall Kunden, die Ansprüche wegen Nichtigkeit des Grundgeschäfts geltend machen, Einwendungen gem. § 818 III BGB (Saldotheorie) entgegenhalten könnte, wäre ihm dies gegenüber dem Gewährleistungsanspruch des Kreditkartenunternehmens gem. § 437 BGB nicht möglich (vgl. Pfeiffer, in: Graf v. Westphalen, Rdnrn. 18, 112). Es müsste - anders als im Barzahlungsfall, in dem der Kunde die Initiativlast trägt - deshalb nach Rückerstattung des Kaufpreises an das Kreditkartenunternehmen seinerseits den Karteninhaber in Anspruch nehmen. Auch aus der Sicht des Kreditkartenunternehmens dient seine Zahlung an das Vertragsunternehmen als Bargeldsurrogat der Befriedigung des Anspruchs des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber, nicht aber der Bezahlung einer vom Vertragsunternehmen erworbenen Forderung. Das Kreditkartenunternehmen ist auf den Erwerb dieser Forderung nicht angewiesen, weil es als kartenemittierendes Unternehmen ohnehin einen Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 675 I, 670 BGB gegen den Karteninhaber hat bzw. als Acquiring-Unternehmen - wie im vorliegenden Fall - Erstattung seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen vom Kartenemittenten erhält (vgl. hierzu Reinfeld, S. 1510; Hellner/Steuer/Haun, BankR und Bankpraxis, Rdnr. 6/1862). Zusätzliche

Sicherheiten, deren Übergang mit der Abtretung der Forderung des Vertragsunternehmens gem. § 401 I BGB verbunden sein könnte, werden durch Nr. 1 der AGB der Kl. ausgeschlossen. Schließlich erwartet auch der Karteninhaber, dass das Kreditkartenunternehmen mit seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen seine - des Karteninhabers - Verbindlichkeit, nicht aber eine eigene Verbindlichkeit auf Grund eines Forderungskaufs erfüllt.

III. Begründung für ein abstraktes Schuldanerkenntnis gem. § 780 BGB

Welche Qualifizierung der Zahlungszusage eines Kreditkartenunternehmens gegenüber Vertragsunternehmen an Stelle eines Forderungskaufs rechtlich zutreffend ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Während ein Teil des Schrifttums (Möschel, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., Vorb. § 414 Rdnr. 19; Kümpel, Bank- und KapitalmarktR, 2. Aufl., Rdnrn. 4.950ff.; Esser/Weyers, SchuldR, 8. Aufl., Bd. II/1, S. 361; Zahrt, NJW 1972, 1077 [1078 f.]; Bitter, ZBB 1996, 104 [119]; für Garantie mit Forderungskauf: Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., Vorb. §§ 765 ff. Rdnr. 419) eine Garantieverpflichtung annimmt, sieht die überwiegende Auffassung die Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB an (vgl. Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnr. G 22; Staudinger/Marburger, BGB, § 780 Rdnr. 42, § 783 Rdnr. 49; Martinek/Oechsler, Rdnr. 66; Pfeiffer, Rdnr. 20; Hammann, S. 59ff.; Kienholz, S. 160ff.; Bröcker, WM 1995, 468 [475]; Pichler, NJW 1998, 3234 [3237]; Einsele, WM 1999, 1801 [1809f.]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1614ff.]). Der Senat teilt die überwiegend vertretene Meinung. Allein das Verständnis der Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen wird dem Vertragswillen der Parteien des Akquisitionsvertrags gerecht, der auf die primäre, von einer vorherigen Inanspruchnahme des Karteninhabers unabhängige Leistungspflicht des Kreditkartenunternehmens gerichtet ist. Mit dieser Intention ist die Annahme eines Garantieverprechens, das das Kreditkartenunternehmen lediglich verpflichten würde, für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs einzustehen und die Gefahr eines künftigen Schadens zu übernehmen (vgl. BGH, NJW 1996, 2569 und NJW-RR 2001, 1611 = WM 2001, 1565 [1566]), unvereinbar. Das Kreditkartenunternehmen soll dem Vertragsunternehmen in erster Linie und nicht erst nach vergeblicher Inanspruchnahme des Karteninhabers verpflichtet sein. Seine Leistungspflicht beruht mithin auf einem abstrakten Schuldversprechen gem. § 780 BGB. Das im schriftlichen Akquisitionsvertrag rahmenmäßig vereinbarte Versprechen ist aufschiebend bedingt (§ 158 I BGB) durch die Einreichung ordnungsgemäßer Belastungsbelege, die in jedem Einzelfall die Zahlungspflicht des Kre-

ditkartenunternehmens entstehen lassen (vgl. Hadding, in MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnr. G 22). Dies gilt auch im Telefon- oder Mailorderverfahren, wenn sich das Acquiring-Unternehmen - wie hier - durch besondere Vereinbarung mit der Abwicklung telefonischer oder schriftlicher Bestellungen ausdrücklich einverstanden erklärt hat (vgl. hierzu Pfeiffer, Rdnr. 21; Meder, ZBB 2000, 89 [97f.]). Soweit dabei bestimmungsgemäß keine Unterzeichnung eines Belastungsbelegs durch den Karteninhaber erfolgt, tritt an die Stelle dieses Belegs die vom Vertragsunternehmen nach den jeweiligen Telefon- oder Mailorder-Bestimmungen erstellte Belegausfertigung (vgl. Meder, ZBB 2000, 89 [981]).

IV. Auswirkungen auf die rechtliche Lösung, insb. den Anspruch gem. § 437 BGB

Da somit zwischen den Parteien ein, abstraktes Schuldversprechen gem. § 780 BGB, nicht aber ein Forderungskauf vereinbart worden ist, steht der Kl. ein Anspruch gem. § 437 BGB nicht zu.

E. Keine Anspruchsgrundlage im weiteren

Die Anwendbarkeit des § 437 BGB ist entscheidungserheblich, weil die Klage auch unter keinem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist.

I. Kein Anspruch nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl.

Nr. 7 II der AGB der Kl. kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, sondern ist, wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, gem. § 9 I und II Nr. 2 AGBG insoweit unwirksam, als die Kl. dadurch im Telefon- oder Mailorderverfahren zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt ist, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet und deshalb die Bezahlung des Rechnungsbetrags verweigert.

1. Keine ausdrückliche Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage

Der BGH hat über die Wirksamkeit von Klauseln, die dem Kreditkartenunternehmen das Recht einräumen, bereits geleistete Zahlungen vom Vertragsunternehmen zurückzufordern, wenn sich der Karteninhaber darauf beruft, die Karte nicht selbst verwendet zu haben, noch nicht ausdrücklich entschieden. In seinem Urteil vom 2. 5. 1990 (NJW 1990, 2880) hat der VIII. Zivilsenat des BGH die Wirksamkeit einer solchen Klausel allerdings für den Fall der Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen Geschäftsunfähigkeit des Käufers vorausgesetzt. In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Frankfurt a. M., NJW 2000, 2114; ZIP 2001, 1583 [1584f.]; LG Heidelberg, NJW 1988, 1273) und von einem Teil des Schrifttums (Wolf/Horn/ Lindacher, AGBG, 4. Aufl., Rdnr. K 67;

Schwintowski / Schäfer, Rdnrn. 54 ff.; Weller, Das Kreditkartenverfahren, S. 157ff.; Hammann, S. 189 f.; Horn/Schimansky/Gößmann, RWS-Forum 12 BankR 1998, S. 67, 110 f.; Reifner, VuR 1988, 181 [182]) werden solche Klauseln für wirksam erachtet. Dagegen verneinen andere Stimmen in der Literatur teilweise schon die wirksame Einbeziehung in den Akquisitionsvertrag wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG (Heymann/ Horn, Anh. Rdnr. 157; Welter, WuB I D 5.-3.88; Bitter, ZBB 1996, 104 [121 f.]) oder halten § 9 AGBG für verletzt (Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnr. G 30; Martinek/Oechsler, Rdnrn. 73 f.; Pfeiffer, Rdnr. 118; Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S. 114ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [121]; Pichler, NJW 1998, 3234 [3239]).

2. Ansicht des Senats: Unwirksamkeit gem. § 9 AGBG

Der Senat erachtet Nr. 7 II der AGB der Kl. jedenfalls gem. § 9 I AGBG für unwirksam, weil sie die Vertragsunternehmen der Kl. entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Eine solche Benachteiligung ist gem. § 9 II Nr. 2 AGBG im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird. Das ist hier der Fall.

a. Unwirksamkeit wegen Abwälzung des Kreditkartenrisikos

Die Unwirksamkeit der Rückbelastungsklausel ergibt sich zwar nicht schon daraus, dass die Kl. ihre abstrakte und damit von Einwendungen aus Valuta- und Deckungsverhältnis grundsätzlich unabhängige Zahlungszusage überhaupt durch Rückforderungsvorbehalte eingeschränkt hat. Die Klausel ist aber deshalb unwirksam, weil sie das Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Kreditkarte und dadurch mit einem verfahrensimmanenten Risiko belastet, das grundsätzlich die Kartenunternehmen als Betreiber des Kreditkartensystems zu tragen haben (vgl. BGHZ 114, 238 [245] = NJW 1991, 1886 = LM H. 43/1991 § 9 [Bl] AGBG Nr. 31). Nach dem Inhalt der Klausel muss der Bekl. nämlich eine Rückbelastung schon dann hinnehmen, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Das Risiko, dass dieses Bestreiten wahrheitswidrig erfolgt, soll der Bekl. auch dann tragen, wenn er allen Vorschriften des Telefon- oder Mailorderverfahrens Rechnung getragen hat. Darüber hinaus wird er mit dem Risiko einer missbräuchlichen Benutzung der Kreditkartennummer durch einen unberechtigten Dritten selbst für den Fall belastet, dass der Missbrauch für ihn weder erkennbar noch zu verhindern war. Eine

derart einseitige Risikoverlagerung kann keinen Bestand haben, zumal die Kl. als Acquiring-Unternehmen das Telefon- und Mailorderverfahren durch Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Bekl. ausdrücklich gestattet hat und sich die damit verbundenen Risiken in Form einer erhöhten Servicegebühr vergüten lässt. Hierbei ist es entgegen der Ansicht der Revision ohne Belang, ob im Telefon- und Mailorderverfahren - anders als bei Kreditkartengeschäften unter Vorlage der Karte - keine Akzeptanzpflicht des Vertragsunternehmens besteht (vgl. Kienholz, S. 57 f., 76; Meder, NJW 2000, 2076 [2077]). Denn die daran geknüpfte Folgerung, das von der Pflicht zur Kartenakzeptanz entbundene Vertragsunternehmen könne Umsatzchance und Abwicklungsrisiko in jedem Einzelfall gegeneinander abwägen, wird den praktischen Gegebenheiten nicht gerecht. Zu einer substantiellen Abwägung und Prüfung der Vertrauenswürdigkeit seiner Vertragspartner ist das Vertragsunternehmen wegen der räumlichen Distanz regelmäßig nicht in der Lage (vgl. Kienholz, S. 65 f.). Hinzu kommt weiter, dass die Kartenunternehmen das weit gestreute Missbrauchsrisiko beim Mailorderverfahren wesentlich besser auffangen können als die einzelnen Vertragsunternehmen (vgl. für das Scheckfälschungsrisiko BGHZ 135, 116 [122 f.] = NJW 1997, 1700 = LM H. 7/1997 § 9 [BI] AGBG Nr. 53). Die Kartenunternehmen können in ihre Servicegebühr für das Mailorderverfahren eine gehörige Risikoprämie für Schäden einkalkulieren, die durch dieses sehr missbrauchsanfällige Verfahren entstehen. Auf diese Weise kann das für das einzelne Vertragsunternehmen kaum kalkulierbare Missbrauchsrisiko wirtschaftlich breit verteilt werden. Dem kann nicht etwa entgegen gehalten werden, die Kalkulation einer Risikoprämie führe zu so hohen Servicegebühren, dass Vertragsunternehmen an einer Teilnahme am Mailorderverfahren wirtschaftlich kein Interesse mehr hätten. Wenn dies der Fall sein sollte, so ist dies lediglich ein weiterer Beleg dafür, dass die Einführung des Mailorderverfahrens mit der streitigen Rückbelastungsklausel Vertragsunternehmen unangemessen benachteiligt.

Anders als die Revision meint, sind Vertragsunternehmen im Bereich des Fernabsatzes durch Telefon- oder Mailorder auch unter dem Gesichtspunkt des Vorleistungsrisikos nicht weniger schutzwürdig als bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte. Zwar hat der Karteninhaber beim Telefon- oder Mailorderverfahren - anders als beim Ladenkauf - zum Zeitpunkt des Karteneinsatzes die Gegenleistung des Vertragsunternehmens in der Regel noch nicht empfangen. Entscheidend ist aber nicht der Zeitpunkt des Karteneinsatzes, sondern der der Aufdeckung des Kartenmissbrauchs. Wenn diese die Rückerstattungsforderung des Kreditkartenunternehmens auslöst, hat

das Vertragsunternehmen seine Leistung in aller Regel erbracht und damit das Vorleistungsrisiko ebenso wie bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte übernommen. Auch der Umstand, dass für den Kartenmissbrauch ein Vertragspartner des Vertragsunternehmens verantwortlich ist, hat vor dem Hintergrund, dass der Missbrauch erst durch das vom klagenden Acquiring-Unternehmen durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem beklagten Vertragsunternehmen auf Telefon- und Mailorder-Bestellungen ausgedehnte Kreditkartenverfahren ermöglicht wird, keine entscheidende Bedeutung.

b. Keine Kompensation dieser unangemessenen Behandlung durch andere Punkte im Kreditkartenvertrag

Eine gegen Treu und Glauben verstoßenes unangemessene Benachteiligung der Vertragsunternehmen ist damit indiziert. Gründe, die die Klausel gleichwohl nicht als unangemessen erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die Vertragsunternehmen erhielten durch das Kreditkartenverfahren die Möglichkeit, ihren Kundenkreis, insbesondere ins Ausland, zu erweitern und so ihren Umsatz zu steigern. Diese Werbefunktion der Kreditkarte für die Vertragsunternehmen, denen überwiegend die Gesamtkosten des Kreditkartenverfahrens zur Last fallen (vgl. Hönn, ZBB 1991, 6 [9]), wird durch die zu zahlende Servicegebühr, den Zinsverlust, durch die hinausgeschobene Zahlung sowie die Kosten der Systemausstattung relativiert. Außerdem besteht das Interesse an einer Umsatzsteigerung ebenso auf Seiten der Kreditkartenunternehmen, die das Kreditkartengeschäft vor allem in ihrem eigenen Provisionsinteresse betreiben (vgl. BGH, NJW 1983, 1328 = WM 1983, 335 [336]); ihren Gewinn erwirtschaften sie in erster Linie aus der Servicegebühr, nicht aus den von den Karteninhabern zu zahlenden Jahresgebühren (vgl. Hammann, S. 35; Kienholz, S. 71 Fußn. 179). Jede Ausweitung der Möglichkeiten des Kreditkarteneinsatzes verbessert somit auch ihre Einnahmemöglichkeiten.

II. Kein Anspruch der Kl. nach sonstigen Vorschriften

Die Klage ist ferner nicht gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB bzw. § 813 I 1 BGB i. V. mit § 242 BGB begründet. Ein solcher Anspruch kommt in Betracht, wenn das Vertragsunternehmen das Kreditkartenunternehmen entgegen Treu und Glauben rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Vertrag des Vertragsunternehmens mit seinem Kunden gem. §§ 134, 138 BGB (vgl. Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17, BankR 2000, S. 51, 60 f.) nichtig ist. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Hier nimmt das Acquiring-Unternehmen das Vertragsunternehmen auf Rückerstattung seiner Zahlun-

gen in Anspruch, weil die Karteninhaber die zu Grunde liegenden Bestellungen bestreiten. Damit realisiert sich ein typisches Risiko des Kreditkartenverfahrens, das bei Barzahlungsgeschäften nicht auftritt und vor dem - wie dargelegt - Vertragsunternehmen durch das

abstrakte Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmens gerade geschätzt werden sollen. Von einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Kl. auf Grund ihres Schuldversprechens kann somit keine Rede sein.

Strafrecht

Standort: §§ 185, 186, 193 StGB Problem: Abgrenzung von Tatsache und Werturteil

BAYOBLG, BESCHLUSS VOM 13.07.2001
I ST RR 75/01 (NSTZ-RR 2002, 40)

Problemdarstellung:

Der angeklagte Rechtsanwalt hatte in einem Zivilprozess dem zuständigen Richter mehrfach Rechtsbeugung vorgeworfen. Während das Tatgericht den Angekl. wegen übler Nachrede (§ 186 StGB) und Beleidigung (§ 185 StGB) verurteilte, hat das BayObLG gem. § 354 I StPO in der Sache selbst entschieden und den Angekl. freigesprochen. Seine Äußerungen seien nicht als Tatsachenbehauptungen, sondern als Werturteile zu beurteilen. Da sie sich weder als Angriff auf die Menschenwürde noch als Schmähkritik oder Formalbeleidigung darstellten, müsse eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz erfolgen. Diese falle vorliegend zugunsten des Angekl. aus, insbesondere da ein Richter sich als Träger eines öffentlichen Amtes auch unsachlicher und unberechtigter Kritik stellen muss, zumal diese häufige gar nicht so sehr auf seine Person und Ehre ziele, sondern sich eher die getroffene Entscheidung und die Rechtslage selbst richte.

Prüfungsrelevanz:

Die Ehrdelikte sind zwar selten zentraler Gegenstand von Prüfungsarbeiten, doch besitzen sie in Kombination mit anderen Tatbeständen (z.B. bei einer tätlichen Beleidigung mit §§ 223 f. StGB; zur Sexualbeleidigung Sick, JZ 1991, 330) oder als Anknüpfungspunkt für Probleme des Allgemeinen Teils (z.B. Irrtumsproblematik, s. BayObLG, JR 1987, 431 m. Anm. Streng) nicht unerhebliche Examensrelevanz (s. zur Übersicht Geppert, Jura 1983, 530/580; Küpper, JA 1985, 453). Wichtig für eine gelungene Fallbearbeitung ist die Systematik der wesentlichen Tatbestände der §§ 185, 186, 187 StGB: Während § 185 StGB die Kundgabe eigener Miss- oder Nichtachtung unter Strafe stellt und sowohl unwahre Tatsachenbehauptung (gegenüber dem Verletzten) als auch ehrverletzende Werturteile umfasst, stellen die §§ 186, 187 StGB abstrakte Rufgefährdungsdelikte dar, die allein durch Tatsachenbehauptungen gegenüber Dritten verwirklicht werden können. § 187 StGB bestraft dabei unwahre Tatsachenbehauptungen, die der Täter wider besseres Wissen aufgestellt hat, und qualifiziert damit § 186 StGB, der bereits bei Nichterweislichkeit der

Wahrheit (objektive Bedingung der Strafbarkeit!) erfüllt sein kann. Insoweit kommt der teilweise schwierigen Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen besondere Bedeutung zu (vgl. Küper, BT, 3. Aufl., S. 267 ff.). Tatsachenbehauptungen sind regelmäßig strafbar, wenn sie bewusst oder erwiesen unwahr sind. Bei der Abgabe von Werturteilen ist für die Beurteilung der Ehrenrührigkeit - nach h.M. bereits auf der Tatbestandsebene (!) - eine Abwägung der Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG) und des Ehrenschatzes erforderlich, wobei nach der maßgeblichen Rechtsprechung des BVerfG (NJW 1994, 1779; 1996, 1529; 1999, 2262) der Meinungsfreiheit tendenziell ein Vorrang zukommt. Lediglich wenn es sich um Angriffe auf die Menschenwürde, Schmähkritik oder Formalbeleidigungen (§ 192 StGB) handelt, muss die Meinungsfreiheit zurücktreten. In diesem Rahmen hat das BayObLG den vom Angekl. geäußerten Vorwurf der Rechtsbeugung als zulässige Meinungsäußerung angesehen.

Vertiefungshinweise:

" Zu Beleidigungen "im Kampf ums Recht": OLG Bamberg, NJW 1994, 1977 ("Reichsparteitagsgesellschaft"), OLG Hamburg, NJW 1990, 1246 ("Volksgerichtshof"), OLG Düsseldorf, NJW 1998, 3214

" Beleidigung durch ironischen Kommentar eines Journalisten: BVerfG, RA 2002, 17 = NJW 2001, 3613

Leitsatz:

Bei dem gegen einen Richter von einem Verfahrensbeteiligten erhobenen Vorwurf der Rechtsbeugung handelt es sich jedenfalls dann nicht nur um eine selbstständig zu beurteilende Tatsachenbehauptung, wenn er lediglich als Teil einer Argumentationskette der Begründung einer (komplexen) Meinungsäußerung zur Durchsetzung einer Rechtsposition dient.

Sachverhalt:

Der Angekl., der Rechtsanwalt ist, vertrat in einem beim LG anhängigen Zivilverfahren die beiden Bekl., bei denen es sich um seine Kinder handelte. Nachdem er den bestellten Einzelrichter B wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt und die zuständige Zivilkammer dieses Gesuch am 24. 3. 1998 für unbegründet

erklärt hatte, trug er mit einem Schriftsatz vom 1. 4. 1998 dem LG nochmals seine Bedenken gegen den Richter vor. Darin beklagte er sich nicht nur, "so (werde) mit der Ehre eines Anwalts umgegangen", sondern äußerte auch mit Bezug auf ein 1997 ebenfalls beim LG anhängiges Zivilverfahren, in dem er von einer früheren Mandantin auf Auskehrung von Mandantengeldern in Anspruch genommen worden war und in dem ihn der abgelehnte Richter, nachdem die Kammer Prozesskostenhilfe bewilligt hatte, mit Endurteil vom 12. 5. 1979 nach Klageantrag verurteilt hatte, über den Richter: "... stellt es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine dienstliche, wenn nicht gar eine strafrechtlich relevante Verfehlung eines Richters dar, wenn er Prozesskostenhilfe bewilligt, in voller Kenntnis nämlich, dass eine solche nicht bewilligt werden darf. Eine klarere Rechtslage kann man sich kaum vorstellen". Die Besorgnis der Befangenheit leitete der Angekl. im Wesentlichen zum einen daraus her, dass der Richter als früherer Staatsanwalt gegen ihn ermittelt und auch eine Durchsuchung seiner Kanzleiräume veranlasst habe, zum anderen aus dessen Mitwirkung an der PKH-Bewilligung (und wohl auch aus dem Erlass des Endurteils vom 12. 5. 1997). Er hielt diese Entscheidungen deshalb für falsch, weil dem Anspruch der Klägerin Honoraransprüche seinerseits entgegengestanden hätten, über die er teilweise noch nicht habe abrechnen können, die aber jedenfalls ein "Zurückbehaltungsrecht" seinerseits begründet hätten. Seine Berufung gegen das Endurteil vom 12. 5. 1997 hatte das OLG am 23. 1. 1998 zurückgewiesen. Mit einem Schriftsatz vom 13. 2. 1998 hatte der Angekl. beim AG Ka die Bestellung eines Betreuers ("Pflegschaft") für eine frühere Mandantin, mit der er sich zerstritten hatte, beantragt; daraufhin wurde er von dieser im Weg einstweiliger Verfügung beim AG K auf Unterlassung der Verbreitung dieses Antrags in Anspruch genommen, nachdem Abschriften an Dritte gelangt waren. Diesem Antrag gab der Richter am AG K mit am 21. 4. 1998 verkündeten Endurteil statt. Nachdem der Richter im Rahmen der mündlichen Urteilsbegründung am 21. 4. 1998 darauf hingewiesen hatte, im Fall eines neuerlichen Erscheinens des "Pflegschaftsantrags" müsse daraus "nicht unbedingt darauf geschlossen werden ..., dass Rechtsanwalt S dies nochmals weitergegeben habe", rief der Angekl. "mit hochrotem Kopf": "Was Sie jetzt gesagt haben, ist eigentlich eine Rechtsbeugung!" Die Aufforderung des Richters, sich zu entschuldigen, beantwortete der Angekl. dahin, dass er sich "nur formell entschuldige, weil das, was Sie hier gesagt haben, eine Rechtsbeugung ist". Den schriftlichen Urteilsgründen zufolge hatte der Angekl. als Bekl. bestritten, dass das Betreuungsschreiben "von ihm selbst oder seiner Kanzlei direkt ... versandt wurde", sich jedoch nicht zu dem Vorbrin-

gen der Kl. geäußert, "dass er das Schreiben vom 13. 2. 1998 an fremde Dritte versandt hat bzw. das Schreiben neben der Übermittlung an das AG Ka noch auf anderem Wege die Kanzlei des Verfügungsbekl. verlassen hat". Am 22. 4. 1998 richtete der Angekl. ein als "Vertraulich/Persönlich" bezeichnetes Schreiben an den Richter am AG K, in dem es einleitend heißt: "... am 21. 4. 1998 haben Sie gegen 15.55 Uhr erklärt, dass Ihnen voll bewusst sei, dass die von Frau BS beanstandeten Schreiben, die offensichtlich Fotokopien einer Abschrift sind, von einer dritten Person verschickt worden sind, nämlich einer Person, die am Verfahren 3 C ... des AG K nicht beteiligt ist. Damit steht fest, dass allenfalls eine dritte Person möglicherweise etwas getan hat, was nicht zulässig ist, jedenfalls nicht der Bekl. jenes Verfahrens. Dennoch haben Sie den Unterzeichner verurteilt." Anschließend führte der Angekl. aus: "Sie haben damit vorsätzlich verurteilt, obwohl Sie wissen, dass Sie dazu nicht berechtigt sind. Damit ist der dringende Verdacht der Rechtsbeugung erfüllt." Schließlich forderte der Angekl. den Richter noch auf, "vor Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens und zur Vermeidung desselben" eine Erklärung dahin abzugeben, dass ihm "bewusst (sei), vorsätzlich entgegen Ihrer eigenen Wahrnehmung entschieden zu haben". "Obwohl die Rechtslage ausführlich erörtert wurde, haben Sie entschieden wie geschehen, was die Möglichkeit einer fahrlässigen Fehlentscheidung ausschließt".

Das AG verurteilte den Angekl. am 17. 2. 1999 wegen übler Nachrede in 2 Fällen sowie wegen Beleidigung zu einer Gesamtgeldstrafe. Die hiergegen gerichtete Berufung des Angeklagten verwarf das LG am 19. 2. 2001 als unbegründet. Die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. führte zum Freispruch durch den Senat.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel hat Erfolg. Das angefochtene Urteil kann keinen Bestand haben, weil das LG die beanstandeten Äußerungen zu Unrecht lediglich als Tatsachenbehauptungen und nicht auch als Werturteile eingestuft und daher verkannt hat, dass die Äußerungen des Angekl. (noch) in den Schutzbereich des Grundrechts auf Meinungsfreiheit fallen und der Angekl. daher aus rechtlichen Gründen freizusprechen ist.

Der *Senat* bemerkt vorab, dass die Entscheidung nicht als Billigung der Äußerungen und der Vorgehensweise des Angekl. missverstanden werden darf. Die Auseinandersetzung mit tatsächlich oder vermeintlich falschen Entscheidungen der Gerichte hat grundsätzlich allein mit den Mitteln zu erfolgen, die die jeweilige Verfahrensordnung zur Verfügung stellt, ohne dass Anlass und Raum für verletzend und kränkende, die

gebotene sachliche Atmosphäre lediglich vergiftende Angriffe auf die Person der entscheidenden Richter wäre.

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die Prüfung einer ehrverletzenden Äußerung auf ihre Strafbarkeit hat nach den Vorgaben des Verfassungsrechts und der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in der Regel in folgenden Schritten zu erfolgen:

1. Unterscheidung zwischen Tatsachenbehauptungen und Werturteilen

Zunächst ist zu untersuchen, ob die Äußerung eine Tatsachenbehauptung oder die Kundgabe eines Werturteils, einer Meinung, darstellt. Dabei steht bei der Tatsachenbehauptung die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Realität im Vordergrund, weshalb sie auch einer Überprüfung auf ihren Wahrheitsgehalt zugänglich ist, während Meinungen, auf die sich der grundgesetzliche Schutz in erster Linie bezieht, durch die subjektive Beziehung des Einzelnen zum Inhalt seiner Aussage und durch die Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind (BVerfG, NJW 1994, 1779; BVerfG, StV 2000, 416 [418]). Unter Umständen fallen aber auch Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 5 I GG, nämlich dann, wenn sie im Zusammenspiel die Voraussetzung für die Bildung von Meinungen sind, weil sich diese in der Regel auf tatsächliche Annahmen stützen oder zu tatsächlichen Verhältnissen Stellung beziehen (BVerfG, NJW 1994, 1779; BGH, NJW 1997, 2513 [2514]).

Diese zunächst dem Tatrichter obliegende Einstufung unterliegt in rechtlicher Hinsicht uneingeschränkt der Nachprüfung durch das RevGer., weil der sich Äußernde durch eine unzutreffende Beurteilung möglicherweise den Schutz des ihm zustehenden Grundrechts verlieren würde (vgl. BVerfG, NJW 1991, 1529; BVerfG, NJW 1999, 2262 [2263]; BayObLGSt 1994,152 [153]; BayObLGSt 2000,69 [71]).

2. Voraussetzungen der Strafbarkeit

a) Tatsachenbehauptung

Ergibt die Prüfung, dass es sich um eine Tatsachenbehauptung handelt, hängt ihre Zulässigkeit von ihrem Wahrheitsgehalt ab. Ihr Schutz endet da, wo sie zu der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Meinungsbildung nichts beitragen können, so dass jedenfalls die bewusst oder erwiesen unwahren Tatsachenbehauptungen nicht vom Schutz der Meinungsfreiheit umfasst sind (BVerfG, NJW 1991, 2339; BVerfG, NJW 1994, 1779; vgl. Berkemann, JR 1999, 177). Bei bewusst unwahren Tatsachenbehauptungen scheidet daher auch eine Berufung auf den Recht-

fertigungsgrund des § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) grundsätzlich aus.

b) Werturteil

Erweist sich die Äußerung dagegen als Werturteil bzw. als Meinungskundgabe, geht die Meinungsfreiheit grundsätzlich dem Persönlichkeitsschutz vor, ohne dass es darauf ankommt, ob die Äußerung begründet oder grundlos, emotional oder rational, scharf oder verletzend formuliert ist, als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingestuft wird (BVerfG, NJW 1994, 1779). Im "Kampf um das Recht" darf ein Verfahrensbeteiligter auch starke, eindringliche Ausdrücke und sinnfällige Schlagworte benutzen, um seine Rechtsposition zu unterstreichen, selbst wenn er seine Kritik anders hätte formulieren können (BVerfG, StV 1991, 458).

Zurücktreten muss die Meinungsfreiheit allerdings dann, wenn sich die Äußerung als Angriff auf die Menschenwürde oder als Formalbeleidigung oder Schmähung darstellt (BVerfG, NJW 1999, 2262 [2263]). Gleiches kann gelten, wenn Meinungsäußerungen mit Tatsachenbehauptungen verbunden und letztere erwiesen unwahr sind.

Handelt es sich hiernach um eine Meinungsäußerung, die die vorgenannten Grenzen nicht verletzt, ist eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz geboten, deren Ergebnis verfassungsrechtlich nicht vorgegeben ist, bei der jedoch alle wesentlichen Umstände des Falls zu berücksichtigen sind und bei der es auf die Schwere der Beeinträchtigung der betroffenen Rechtsgüter ankommt (BVerfG, NJW 1996, 1529; NJW 1999, 2262).

II. Die Beurteilung des Vorwurfs der Rechtsbeugung in der bisherigen Rechtsprechung

Der gegen Richter und Staatsanwälte erhobene Vorwurf der Rechtsbeugung hat die Rechtsprechung wiederholt beschäftigt. In einem die Verfassungsbeschwerde eines Rechtsanwalts betreffenden Beschluss vom 20. 5. 1999 (1 BvR 1294/96) hat das BVerfG diesen Vorwurf dahin beurteilt, dass "jedenfalls dann, wenn (er) in Zusammenhang mit einem bestimmten, den sich Äußernden betreffenden Urteil steht, in sachliche Einwände gegen das Urteil eingebettet ist und damit als - wenn auch scharfe - Zusammenfassung der Urteilkritik dient, ... dem Begriff der Rechtsbeugung nicht die Qualität einer selbstständigen, allein in der Wortwahl liegenden Ehrverletzung zu (kommt), welche die Annahme einer Formalbeleidigung rechtfertigt".

Das BVerfG hat demnach die Verwendung des Begriffs offensichtlich jedenfalls in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall im Ergebnis als Meinungsäußerung qualifiziert. Ebenso hat das BayObLG in einem Beschluss vom 22. 8. 1994 (BayObLGSt

1994, 152 [153]) angenommen, die Äußerungen eines zu einer Freiheitsstrafe verurteilten Angekl. - darunter die Behauptung einer Rechtsbeugung - "(stellten) weder offenkundig noch sonst eindeutige Tatsachenbehauptungen dar, vielmehr (bedürfe) es zu solcher Qualifizierung einer ... nachprüfaren Auslegung".

Den in einer Dienstaufsichtsbeschwerde eines Rechtsanwalts geäußerten, mit einer bestimmten Entscheidung in Zusammenhang stehenden Vorwurf, dem erkennenden Richter sei entweder eine bestimmte Vorschrift nicht bekannt oder es liege ein Fall der Beugung des Rechts vor, der Richter sei entweder zu dumm oder er habe absichtlich ein Fehlurteil gesprochen, wertete das KG in einem Urteil vom 20. 9. 1996 (StV 1997, 485) insgesamt als Meinungsäußerung.

Der BGH hat allerdings in einer neueren Entscheidung vom 17. 10. 2000 (BGHR StPO § 138 a I Nr. 1 Tatbeteiligung 3 Verjährung) den Vorwurf, "dass Ihr Urteil ... den Tatbestand der Rechtsbeugung erfüllt und Ihr Verhalten daher ein Verbrechen gem. §§ 336, 12 StGB ist", als beleidigende Tatsachenbehauptung beurteilt. Dies betraf jedoch einen Fall, in dem nicht nur neben dem Rechtsbeugungsvorwurf auch der Vorwurf eines Verbrechens ausdrücklich erhoben worden war, sondern auch die Verbreitung dieser Behauptung mittels Flugblatts erfolgte und ferner lediglich der dringende Tatverdacht i. S. von § 138 a I Nr. 1 StPO zu prüfen war. Fehlt es jedoch an einer ausdrücklichen Verwendung des Begriffs eines Verbrechens, darf dieser nicht schon ohne weiteres aus dem Rechtsbeugungsvorwurf abgeleitet werden (vgl. BVerfG, Beschl. v. 20. 5. 1999 - 1 BvR 1294/96).

III. Zur Beurteilung des vorliegenden Falles

Die Anwendung dieser Grundsätze auf die dem Angekl. vorgeworfenen Äußerungen hat zunächst folgendes Ergebnis:

1. Der Schriftsatz vom 1.4.1998

a) Beurteilung als Werturteil

Im Fall des Schriftsatzes vom 1. 4. 1998 hat sich das LG - auch wenn man ihm darin folgt, dass implizit dem Richter Rechtsbeugung vorgeworfen wird - den Weg zu einer zutreffenden Lösung von vornherein dadurch verstellt, dass es die Äußerung aus ihrem Zusammenhang genommen und so bei der sich dann ergebenden isolierten Betrachtung zur ausschließlichen Annahme einer Tatsachenbehauptung gelangt ist. Dabei hat die StrK aber verkannt, dass der Vorwurf lediglich ein Glied einer Argumentationskette des Angekl. war: Der Richter habe als Staatsanwalt gegen ihn - den Prozessbevollmächtigten der Bekl. und deren Vater - ermittelt, der Richter habe in einem gegen ihn persönlich gerichteten Verfahren wissentlich eine falsche Entscheidung zu seinem Nachteil getroffen

bzw. daran mitgewirkt, deshalb halte er den Richter für befangen. Die tatsächlichen Elemente dieser Argumentationskette dienen daher lediglich der Begründung eines typischen (prozessualen) Werturteils, nämlich der vom Standpunkt des Ablehnenden aus zu beurteilenden Besorgnis, der Richter stehe ihm bzw. seinen Kindern nicht unparteiisch und unvoreingenommen gegenüber (§ 41 I, II ZPO; § 24 I, II StPO). Diese Herauslösung eines einzelnen Elements aus einer komplexen Äußerung und ihre vereinzelte Betrachtung ist daher unzulässig, weil dies den Charakter der Äußerung verfälscht und ihr damit den ihr zustehenden Grundrechtsschutz von vornherein versagt (BGH, NJW 1997, 2513).

b) Zulässigkeit des Werturteils

Stellen sich somit die Auslassungen des Angekl. in seinem Schriftsatz vom 1. 4. 1998 als eine auf Tatsachelementen beruhende, komplexe Meinungsäußerung dar, die insgesamt dem Schutz des Art. 5 I GG unterliegt (BVerfG, StV 2000, 416 [418]), erweisen sie sich aber auch nicht als Angriff auf die Menschenwürde, Schmähkritik oder Formalbeleidigung:

Von einem Angriff auf die Menschenwürde des Richters in dem Sinn, dass ihm die personale Würde abgesprochen, er als unterwertiges Wesen beschrieben werden sollte (vgl. BVerfG, NJW 1987, 2661 [2662]; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl., § 130 Rdnr. 7 m. w. Nachw.), kann im Hinblick auf die Umstände der Äußerung, ihren Inhalt und ihr Argumentationsziel nicht die Rede sein.

Der Äußerung fehlen aber auch die Merkmale der Schmähung. Sie ist gegeben, wenn in ihr nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person und ihre Herabsetzung im Vordergrund stehen (BVerfGE 93, 266 [294]; BVerfG, NJW 1994, 2413 [2414]). Auch das trifft vorliegend nicht zu; dem Angekl. ging es um die Durchsetzung einer prozessualen Position und ihre Begründung.

Ebenso verhält es sich im Ergebnis bei der Frage nach dem Vorliegen einer Formalbeleidigung, deren Kennzeichen es ist, dass sich die Kränkung bereits aus der Form der Äußerung ohne Rücksicht auf ihren Inhalt ergibt. Auch davon kann keine Rede sein; der Angriff auf den abgelehnten Richter ergibt sich aus dem Inhalt der dem Angekl. vorgeworfenen Äußerung und nicht aus ihrer Form (zu der hiernach lediglich noch erforderlichen Grundrechtsabwägung s.u.).

2. Äußerung im Anschluss an die mündliche Urteilsbegründung

a) Beurteilung als Tatsachenbehauptung

Auch die Beurteilung der Äußerung des Angekl. im Anschluss an die mündliche Urteilsbegründung vom

21. 4. 1998 gegenüber Richter K setzt zunächst voraus, dass ihr Sinn zutreffend erfasst wird (BVerfGE 93, 266 [295]). Das ist aber nicht der Fall, wenn das LG auch diesen Angriff unter Vereinzelung des Vorwurfs lediglich als Tatsachenbehauptung qualifiziert, ohne den Sinnzusammenhang und ohne das eigentliche Angriffsziel in die Bewertung einzubeziehen oder erst im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 193 StGB zu berücksichtigen.

Die Äußerung des Angekl. auf den Vorwurf der Rechtsbeugung zu reduzieren und isoliert zu betrachten, führt auch hier dazu, ihrem Sinn nicht gerecht zu werden und den dem Angekl. zustehenden Grundrechtsschutz zu verkürzen. Nach den vom LG mitgeteilten Umständen handelte es sich um eine spontane Reaktion des Angekl. auf das von ihm für falsch gehaltene Urteil und auf eine - von ihm möglicherweise missverstandene - Passage in der mündlichen Urteilsbegründung. Der bereits hiernach naheliegende Schluss, dass es sich letztlich nur um eine - wenn auch völlig unangemessene - Urteilsschelte handelte, wird bestätigt durch die Feststellungen des LG zum weiteren Sitzungsablauf dahin, "der Angekl. setzte weiterhin mit seiner Kritik am verkündeten Urteil fort", wie auch durch den Inhalt des Schreibens an Richter K vom 22. 4. 1998, das hiermit in engem Zusammenhang steht und daher zur Auslegung herangezogen werden kann und muss. Aus ihm ergibt sich als Kern der Urteilskritik die Überzeugung des Angekl., er habe nicht verurteilt werden dürfen, weil feststehe, dass nicht er das Antragsschreiben den Empfängern zugänglich gemacht habe, sondern allenfalls ein Dritter, und das wisse auch der Richter.

Der gegen den Richter erhobene Vorwurf der Rechtsbeugung stellt sich daher wiederum lediglich als Teil einer Argumentationskette und damit als Teil einer (komplexen) Meinungsäußerung etwa dahin dar, dass das Urteil falsch sei und der Richter dies auch wisse. Der Rechtsbeugungsvorwurf steht daher nicht selbstständig im Raum, sondern dient lediglich der Untermauerung der Urteilskritik. Welche Bedeutung hierbei der Einschränkung "eigentlich" und der "nur formellen Entschuldigung" zukommt, braucht hierbei noch nicht einmal untersucht zu werden.

b) Zulässigkeit des Werturteils

Das Vorliegen eines Angriffs auf die Menschenwürde, von Schmähkritik oder einer Formalbeleidigung ist aus den gleichen Gründen wie im Fall des Schriftsatzes vom 1. 4. 1998 zu verneinen; hierauf kann verwiesen werden (zur Abwägung s.u.).

3. Schreiben an den Richter K vom 22.4.1998

Das gleiche Ergebnis ergibt sich im Fall der Auslassungen des Angekl. in seinem Schreiben an Richter K vom 22. 4. 1998. Die tatsächlichen Behaup-

tungen stellen sich als Elemente einer Argumentationskette dar, die in ein Unwerturteil über die Entscheidung vom 21. 4. 1998 mündet. Auf das vorstehend Gesagte kann daher Bezug genommen werden (zur Abwägung nachfolgend).

IV. Abwägung der widerstreitenden Grundrechte

Mit der Verneinung eines Angriffs auf die Menschenwürde wie auch der Voraussetzungen von Schmähkritik oder einer Formalbeleidigung wird daher eine Abwägung zwischen dem Recht des Angekl. auf Meinungsfreiheit und den Persönlichkeitsrechten der angegriffenen Richter unter Berücksichtigung aller wesentlichen Umstände erforderlich.

I. Für die Meinungsfreiheit streitende Gesichtspunkte

Dabei ist auf der Seite der Meinungsfreiheit zunächst wesentlich, dass der Angekl. seine Äußerungen nicht als unbeteiligter Dritter, sondern als Beteiligter an einem gerichtlichen Verfahren im Kampf um Rechtspositionen gemacht hat, wobei es nicht darauf ankommt, dass der Angekl. seine Kritik auch anders hätte formulieren können (BVerfG StV 1991, 458 [459]). Dabei kann allerdings einschränkend nicht übersehen werden, dass über das Ablehnungsgesuch von der Kammer bereits entschieden worden und auch im Unterlassungsverfahren bereits ein Urteil ergangen war, so dass die Äußerungen des Angekl. nicht mehr geeignet sein konnten, die Entscheidungen zu beeinflussen. Darauf kann es jedoch nicht entscheidend ankommen, denn jedenfalls waren die Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen, und der Angekl. mag sich eine positive Auswirkung und Fortwirkung seiner Kritik im weiteren Ablauf der Verfahren versprochen haben. Schließlich ficht zugunsten der Meinungsfreiheit noch, dass der Angekl. in beiden Verfahren nicht nur als Prozessbevollmächtigter, sondern auch persönlich involviert war: im einen Verfahren als Vater der beiden Bekl., im anderen selbst als Bekl.. Seine hohe emotionale Beteiligung ergibt sich deutlich aus der Feststellung des LG, er habe den Rechtsbeugungsvorwurf gegenüber Richter K "mit hochrotem Kopf" erhoben. Hinzu kommt schließlich, dass der Angekl. die Besorgnis der Befangenheit im Hinblick auf die frühere Tätigkeit des abgelehnten Richters und den Erlass eines ihm nachteiligen, aus seiner subjektiven Sicht falschen Urteils nicht völlig aus der Luft gegriffen hatte und er im Fall des Endurteils vom 21. 4. 1998 die mündliche Urteilsbegründung, möglicherweise auch eine weitere Bemerkung des Richters, nicht verstanden oder missverstanden hatte und hierüber empört war, so dass jedenfalls aus seiner subjektiven Sicht und aus seiner Betroffenheit eine scharfe Reaktion nicht ganz unverständlich erscheint.

2. Für das Persönlichkeitsrecht streitende Gesichtspunkte

Der Grundrechtsposition des Angekl. steht die Schwere der Ehrkränkung der angegriffenen Richter und ihr Anspruch auf Wahrung ihrer Persönlichkeitsrechte gegenüber; wenn die Angriffe des Angekl. auch (gerade noch) nicht die Qualität von Wertungsexzessen erreichen (BayObLG NJW 2001, 1511 m. w. Nachw.), kann nicht zweifelhaft sein, dass der ausdrücklich oder implizit erhobene Vorwurf der Rechtsbeugung für jeden Richter eine schwere, nicht akzeptable Kränkung bedeutet.

3. Abwägung

Gleichwohl muss jedenfalls in Fällen wie hier, in denen der Vorwurf nicht selbstständig im Raum steht, vielmehr lediglich Teil einer (komplexen) Meinungsäußerung ist, die der Durchsetzung legitimer prozessualer Rechte dient und jedenfalls aus der Sicht des Äußernden auch nicht völlig aus der Luft gegriffen ist und daher nicht die Qualität eines Wertungsexzesses erreicht oder sonst missbräuchlich erscheint, der Meinungsfreiheit der Vorzug gegeben werden. Bei der Abwägung muss nicht zuletzt ins Gewicht fallen, dass an einer unparteilichen und objektiven, ausschließlich Gesetz und Recht folgenden Rechtsprechung ein überragendes öffentliches Interesse besteht; ein Beteiligter muss und darf daher - sofern nur die aufgezeigten Grenzen eingehalten werden - Kritik üben und angebliches oder tatsächliches Fehlverhalten aufzeigen dürfen, ohne sogleich befürchten zu müssen, Strafverfolgung ausgesetzt zu sein (vgl. KG, StV 1997, 485 [486]).

Schließlich ist es aber auch deshalb hinnehmbar, den Ehrenschatz in Fällen wie hier im Rahmen der Abwägung zurücktreten zu lassen, weil Richter derartigen Angriffen jedenfalls in der Regel auch unterhalb der Schwelle der strafrechtlichen Ahndung keineswegs schutzlos ausgesetzt sind. Kaum einem Richter wird es im Lauf seines Berufslebens erspart bleiben, sich

unberechtigten und haltlosen, ja maßlosen Vorwürfen ausgesetzt zu sehen. In der Reaktion hierauf wird er im Spannungsfeld zwischen der Wahrnehmung eines öffentlichen Amtes einerseits und seiner privaten Berührtheit andererseits bedenken müssen, dass seine Entscheidungen für die Betr. häufig überaus schmerzhaft und einschneidend sind und daher zu Reaktionen führen können, die sich - trotz gegenteiliger oder auch nur missverständlicher oder ungeschickter Formulierung - letzten Endes gar nicht gegen seine Person und seine Ehre, sondern vielmehr gegen die getroffene Entscheidung selbst und die Rechtslage als solche richten. Als durchaus angemessene Mittel der Verteidigung hiergegen werden daher beispielsweise die - auch scharfe - Zurückweisung oder Zurechtweisung, eine Unterbrechung der Sitzung und Protokollierung des Vorgangs, die Anregung berufsrechtlicher Maßnahmen bei Rechtsanwälten und dergleichen zur Verfügung stehen und ausreichen, ohne dass die Persönlichkeitsrechte weitergehende Sanktionen verlangen und ohne dass das Ansehen des Richters Schaden nimmt.

V. Eigene Entscheidung des Senats

Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil im Hinblick auf die umfangreichen Darlegungen des LG weitere erhebliche Feststellungen nach einer Zurückverweisung ausgeschlossen werden können und weil die Aufhebung des Urteils nur wegen fehlerhafter Rechtsanwendung auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt (§ 354 I StPO).

Der Angekl. ist aus rechtlichen Gründen freizusprechen, weil seine Äußerungen aus den aufgezeigten Gründen nicht als Tatsachenbehauptungen, sondern als Werturteile zu beurteilen sind, die sich weder als Angriffe gegen die Menschenwürde, noch als Schmähkritik oder Formalbeleidigung darstellen, und der Persönlichkeitsschutz im Rahmen der Abwägung der jeweiligen Grundrechtspositionen zurücktreten muss.

Standort: § 224 I Nr. 2 StGB Problem: Brennende Zigarette als gefährliches Werkzeug

BGH, URTEIL VOM 04.09.2001

1 STR 232/01 (StV 2002, 21)

BGH, URTEIL VOM 27.09.2001

4 STR 245/01 (StV 2002, 22)

Problemdarstellung:

In den beiden nachstehenden Entscheidungen hatte sich der BGH mit den Anforderungen an ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 224 I Nr. 2 StGB zu befassen. In beiden Fällen hatten die Angeklagten u.a. ih-

ren Opfern Wunden mit brennenden Zigaretten im Gesicht bzw. am Arm oder an der Brust zugefügt. Unter Berufung auf eine Entscheidung des OLG Köln vertrat der Generalbundesanwalt die Auffassung, die Gefährlichkeit von Körperverletzungen mittels einer brennenden Zigarette sei nicht so erheblich, dass dies bereits den Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB verwirkliche. Der 1. und der 4. Senat gehen dagegen davon aus, dass das Ausdrücken einer brennenden Zigarette auf der Haut des Opfers eine gefährliche Körperverletzung darstelle. Es komme insoweit nicht auf die

eingetretenen Verletzungsfolgen, sondern die potenzielle Gefährlichkeit des Werkzeugs im konkreten Fall an. Da eine Zigarette, die auf der Haut ausgedrückt werde, regelmäßig zu schmerzhaften Brandverletzungen führe, die vielfach mit Narbenbildung verbunden seien, und es häufig auch zu schmerzbedingt unkontrollierten Abwehrbewegungen komme, sei der Tatbestand verwirklicht.

Prüfungsrelevanz:

Die Voraussetzungen der gefährlichen Körperverletzung gem. § 223, 224 I StGB gehören zum Standardwissen im Bereich der Nichtvermögensdelikte, wobei § 224 I Nr. 2 und 5 StGB besondere Examensrelevanz zukommt. Die vorliegenden Entscheidungen sind sowohl wegen ihrer Einordnung einer brennenden Zigarette als gefährliches Werkzeug (abweichend etwa OLG Köln, StV 1994, 246; Schönke/Schröder/Stree, StGB, 25. Aufl., § 223 a, Rn. 4; Rengier, BT II, 14/7) als auch wegen der Ausführungen zu den Anforderungen an eine gefährliche Körperverletzung bedeutsam.

Da die Strafandrohung des § 224 I StGB n.F. (6 Monate bis 10 Jahre) durch das 6. Strafrechtsreformgesetz gegenüber § 223 a StGB a.F. (3 Monate bis 5 Jahre) verdoppelt worden ist, stellt die Literatur zum Teil auch erhöhte Anforderungen an die Gefährlichkeit der jeweiligen Tathandlung. Im Rahmen der Nr. 2 werden insoweit besondere Voraussetzungen an die Erheblichkeit der drohenden Verletzungen gestellt. So wird z.B. die Erheblichkeit nur bei drohenden Körperschäden, die mit den in § 226 StGB genannten vergleichbar sind, angenommen (so SK-Horn, StGB, § 224, Rn. 4) oder es wird die Gefahr einer gravierenden Verletzung verlangt (vgl. Küper, BT, 3. Aufl., S. 413 f.). Der BGH sieht angesichts der Gesetzgebungsgeschichte und fehlenden Anhaltspunkten im Wortlaut keine Veranlassung, die Strafbarkeit derart einzuschränken. Dies laufe dem Anliegen der Gesetzesreform gerade entgegen.

Vertiefungshinweise:

- " Zur gefährlichen Körperverletzung allgemein: Stree, Jura 1980, 281; Heinrich, JA 1995, 601 und 798; Wolters, JuS 1998, 583

" Zum gefährlichen Werkzeug: BGH, NStZ 1999, 616; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 920; OLG Hamm, StV 2001, 350

Kursprogramm:

" Examenskurs: "Hooligan"

Leitsatz:

Das Ausdrücken einer brennenden Zigarette auf der Gesichtshaut erfüllt den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs.

Sachverhalt:

Die StrK hat u.a. festgestellt: Am 13.4.2000 hielt sich der Nebenkl. R. in der Wohnung des Angekl. auf, weil ihm dieser einen Arbeitsplatz versprochen hatte. Als sich nichts ergab und R. wieder gehen wollte, war die Tür verschlossen und der Angekl. bedrohte R. mit einer von diesem für echt gehaltenen Pistolenattrappe und einem Messer, beschimpfte ihn und kündigte ihm an, "er sei bald tot". Damit begann ein mehrtägiges, von der StrK im einzelnen geschildertes Martyrium R's. In dessen Verlauf mußte R. nicht nur Haus- und Küchenarbeiten verrichten und nackt in eine Badewanne mit kaltem Wasser steigen, sondern auch nackt herumkriechen, Schuhe und Fußboden ablecken, Zigarettenkippen schlucken und den Urin des Angekl. trinken: Bei alledem wurde er nicht nur ständig mit dem Tod bedroht, sondern auch körperlich schwer mißhandelt. Der Angekl. drückte unmittelbar über der Nase des R. eine brennende Zigarette aus - nach etwa zehn Tagen war noch eine gerötete Narbe festzustellen -, schlug auf den nackt herumkriechenden R. mit Holzprügeln ein und schoß jeweils aus der Nähe mit einem Luftgewehr in seinen rechten Zeh und seine linke Hand und mit einem Gasrevolver in seine Genitalien.

Das Geschehen zum Nachteil des R hat die StrK als Freiheitsberaubung in Tateinheit mit Bedrohung und Nötigung in sieben Fällen angesehen sowie als gefährliche Körperverletzung in fünf Fällen, die hierzu jeweils in Tatmehrheit stehen, weil sie auf Spontanentschlüsse zurückgingen.

Aus den Gründen:

I. Vorbringen der Revision

Die Revision meint, eine brennende Zigarette sei "mangels Eignung der Hervorrufung erheblicher Verletzungen" kein gefährliches Werkzeug i. S. d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Sie verweist auf die Auffassung des OLG Köln, wonach die Möglichkeit erheblicher Verletzungen nicht naheliegt, wenn mit Zigarettenglut eine Brandverletzung auf der Wade herbeigeführt wird (StV 1994, 244, 246; Zweifel hieran bei Tröndle/Fischer, StGB, 50. A., § 224 Rdnr. 9).

II. Beurteilung durch den Senat

1. Bisherige Rechtsprechung des BGH

Diese Bewertung von Brandverletzungen widerspricht schon im Ansatz der Rspr. des BGH, die ge-

Teil 1: Das Urteil des BGH vom 04.09.2001

fährliche Körperverletzung bei Zufügung von Brandwunden durch glimmende Zigaretten ohne weiteres bejaht hat (Beschl. v. 25.4.2001 3 StR 7/01 [mitgeteilt in dem Urteil, das gegen einen an diesem Tatkomplex nicht beteiligten Mittäter in jener Sache am selben Tag ergangen ist]). Damit vergleichbar wurde gefährliche Körperverletzung ebenfalls ohne weiteres in einem Fall bejaht, in dem ein brennendes Feuerzeug einige Sekunden unter vier Finger der Hand eines Kindes gehalten wurde, was zu schmerzhaften Verletzungen mit Blasen und Narben führte.

2. Beurteilung des vorliegenden Falles

Der Senat sieht keinen Anlaß, von dieser Rspr. abzuweichen: Ein gefährliches Werkzeug i. S. d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der konkreten Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH NSTZ 1999, 616). Es kommt also nicht allein auf die letztlich eingetretene Verletzung an, es genügt vielmehr schon die potentielle Gefährlichkeit des Werkzeugs im konkreten Fall (Tröndle/Fischer, a.a.O.).

Eine brennende Zigarette, die auf der Haut ausgedrückt wird, führt regelmäßig zu schmerzhaften Brandverletzungen, die vielfach mit Narbenbildung - hier war die Narbe des Geschädigten nach zehn Tagen noch gerötet - verbunden sind; auch darüber noch hinausgehende Komplikationen sind niemals auszuschließen. Im konkreten Fall kommt im übrigen [zusätzlich] noch hinzu, daß die Zigarette unmittelbar über der Nase ausgedrückt wurde, so daß wegen der [nicht] auszuschließenden Möglichkeit schmerzbedingt unkontrollierter Bewegungen sogar die Gefahr einer Augenverletzung bestand.

3. Zum Konkurrenzverhältnis

Wie die Revision und der GBA im einzelnen ausgeführt haben, stehen sämtliche Taten zum Nachteil R. in Tateinheit. Er befand sich aufgrund des Verhaltens des Angekl. in einer Zwangslage und konnte sich nicht frei bewegen, was der Angekl. bei den Verletzungshandlungen ausgenutzt hat. Auch wenn diese Handlungen auf Spontanentschlüsse zurückgehen sollten, ist daher das gesamte Geschehen tateinheitlich verbunden (vgl. BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 16 in. w. N.). Schon weil auch die unverändert zugelassene Anklage von Tateinheit zwischen allen Delikten auch in diesem Tatkomplex ausgegangen ist, ändert der Senat den Schuldspruch selbst.

Teil 2: Das Urteil des BGH vom 27.09.2001

Leitsätze (der Redaktion):

1. Auch im Hinblick auf die Verschärfung der

Strafandrohung des Tatbestands der gefährlichen Körperverletzung gem. § 224 Abs. 1 StGB durch das 6. StrRG sind an die Annahme der Gefahr einer erheblichen Verletzung keine höheren Anforderungen zu stellen als bei § 223 a StGB a. F.

2. Die Benutzung einer brennenden Zigarette als Werkzeug einer Körperverletzung begründet die für die Annahme eines gefährlichen Werkzeugs erforderliche potentielle Gefährlichkeit, wenn sie auf der Haut des Tatopfers ausgedrückt wird.

3. Die Herbeiführung einer Körperverletzung mittels eines Messers begründet jedenfalls dann die Voraussetzungen der Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges, wenn das Messer als schneidendes oder stechendes Instrument verwendet wird.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen kam es im August 2000 häufig zu brutalen, Übergriffen des Angekl. und teilweise auch seines Bruders Karl-Heinz auf den seit mehr Monaten bei dem Angekl. wohnenden Peter H. Dieser war aufgrund seiner Alkoholprobleme und schwachen Persönlichkeit nicht zur Gegenwehr fähig und wurde wegen angeblicher Verfehlungen oder auch nur aus einer Laune heraus mißhandelt, zum Teil so heftig, daß eine ärztliche Behandlung erforderlich wurde. Bei einem dieser Vorfälle drückte der Angekl. eine Zigarette auf der Brust oder dem Arm des Zeugen H aus. Der Zeuge erlitt da bei heftige Schmerzen und behielt eine Brandwunde zurück. Bei anderer Gelegenheit verletzte der Angekl. den Zeugen unter Verwendung eines Messers am linken Knie.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung des Bf. und des GBA ist nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe, in denen zudem ergänzend auf Lichtbilder verwiesen wird, (§ 267 Abs. 1 S. 3 StPO), die am 24. 8. 2000 von den damals noch nicht verheilten Verletzungen gefertigt wurden, die Annahme gerechtfertigt, der Angekl. habe diese Körperverletzungen jew. mittels eines gefährlichen Werkzeuges begangen.

I. Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S. des § 224 I Nr. 2 StGB

Ein gefährliches Werkzeug i. S. d. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (st. Rspr., vgl. BGH NSTZ 1999, 616; BGH, Urt. v. 4.9.2001 - 1 StR 232/01; zu § 223 a StGB a. F vgl. BGHSt 3, 105, 109; 14, 152, 155). Entgegen einer im Schrifttum im Hinblick auf die Verschärfung der Strafandrohung des § 224 Abs. 1 StGB durch das 6. StrRG vertretenen Auffassung sind an

die Annahme der "Gefahr einer erheblichen" Verletzung keine höheren Anforderungen zu stellen als bisher (so aber u. a. Rengier, Strafrecht BT II, 3. A., § 14 Rdnr. 7 a m. N.: "Gefahr einer gravierenden Verletzung"), denn der, Gesetzgeber hat bei der Fassung des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB abweichend von dem Gesetzentwurf (vgl. § 223 Abs. 3 Nr. 2 StGB in d. F des Entwurfs eines 6. StrRG, BT-Drucks. 13/8587, S. 6, 36) bewußt auf die zunächst vorgesehene im Vergleich zu § 223 a StGB a. F. einschränkende Bedingung verzichtet, daß durch die Tat die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung der verletzten Person vorliegen muß. Dies hätte entgegen dem Anliegen des Gesetzentwurfes zu einer teilweisen Rücknahme der Strafdrohung geführt (vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 60, 82; 13/9064, S. 15).

II. Die brennende Zigarette als gefährliches Werkzeug

Der GBA stützt seine Auffassung, daß die Beibringung einer Brandwunde auf dem Arm oder der Brust nicht als gefährliche Körperverletzung zu werten sei, auf eine Entscheidung des OLG Köln (StV 1994, 244, 246), in der u. a. ausgeführt wird, wenn mit Zigaretteglut eine Brandverletzung auf der Wade des Opfers herbeigeführt werde, liege es nicht nahe, daß dies geeignet sei, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Diese Beurteilung der potentiellen Gefährlichkeit von Körperverletzungen mittels einer brennenden Zigarette widerspricht der Rspr. des BGH, die das Zufügen von Brandwunden durch glimmende Zigaretten und das Ausdrücken einer Zigarette auf der Stirn unmittelbar über der Nase ebenso wie das Zufügen von Verletzungen mittels eines brennenden Feuerzeuges jew. ohne weiteres als gefährliche Körperverletzung gewertet hat (vgl. BGH, Urt. v. 4.9.2001 - 1 StR 232/01; BGHR StGB § 170 d [a. F.] Fürsorgepflichtiger 1).

Der vorliegende Fall gibt keinen Anlaß zu einer hiervon abweichenden Beurteilung. Maßgebend ist nicht (allein) die eingetretene Verletzungsfolge, sondern die potentielle Gefährlichkeit (vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50. A., § 224 StGB Rdnr. 9) der konkreten Benutzung des Werkzeugs. Diese potentielle Gefährlichkeit ist, wenn eine brennende Zigarette, wie hier - auf der Haut des Tatopfers ausgedrückt wird, schon im Hinblick auf die nicht sicher absehbaren Folgen gegeben

III. Das Messer als gefährliches Werkzeug

Auch im Fall II C 2 der Urteilsgründe hat das LG im Ergebnis zu Recht den, Tatbestand des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB bejaht. Allerdings ist die, Annahme des LG, bei dem vom Angekl. benutzten Messer habe es sich um eine Waffe gehandelt, durch die Feststellungen nicht belegt. Waffen i. S. dieser Vorschrift sind nur Waffen im technischen Sinne. Ein Messer kann aber jedenfalls dann, wenn es als schneidendes oder stechendes Instrument verwendet wird, als anderes gefährliches Werkzeug angesehen werden (vgl. Stree in: Schönke/Schröder, StGB, 26. A., § 224 Rdnr. 9). Entgegen er Auffassung des GBA belegen die - insoweit allerdings sehr knappen - Urteilsausführungen, daß die Art der Benutzung des Messers durch den Angekl. geeignet war, dem Tatopfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen. Nach den Ausführungen zur rechtlichen Würdigung fügte der Angekl. dem Tatopfer die Verletzung am linken Knie durch einen Schnitt mit dem Messer zu. Bei einer solchen Benutzung eines Messers besteht die Gefahr erheblicher Schnittverletzungen, insbes. auch der Sehnen, zumal es zu schmerzbedingten Abwehrbewegungen und damit, zu einem unkontrollierten Verlauf des Schnittes kommen kann.

Standort: §§ 210 II, 304 StPO Problem: Untätigkeitsbeschwerde wegen Nichteröffnung

OLG FRANKFURT A.M., BESCHL. VOM 29.10.2001
3 Ws 987/01 (NJW 2002, 453)

OLG FRANKFURT A.M., BESCHL. VOM 17.09.2001
3 Ws 905/01 (NJW 2002, 454)

Problemdarstellung:

Das OLG Frankfurt hatte sich in zwei vergleichbaren Fällen mit einer sog. Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wegen Nichteröffnung des Hauptverfahrens zu befassen. Die Staatsanwaltschaft hatte jeweils Anklage beim Landgericht - Wirtschaftsstrafkammer, vgl. § 74 c GVG - erhoben, erhielt vom Gericht jedoch lediglich die Stellungnahme, dass "die Sache in absehbarer Zeit nicht bearbeitet werden"

könne. Als nach weiterem Schriftverkehr keine sachliche Förderung des Verfahrens seitens der Strafkammer erfolgte, legte die Staatsanwaltschaft wegen der Untätigkeit Beschwerde ein. Sie machte insbesondere geltend, dass bei einer weiteren Verzögerung die Verjährung der angeklagten Straftaten drohe.

In beiden Fällen sah das OLG die Beschwerde als begründet an. Zwar kenne die StPO keine reine Untätigkeitsbeschwerde, doch könne die Unterlassung einer Entscheidung dann angefochten werden, wenn die Entscheidung selbst anfechtbar wäre und der Unterlassung die Bedeutung einer endgültigen Ablehnung zukomme. Dies sei bei der Weigerung das Hauptverfahren zu eröffnen jedenfalls dann der Fall,

wenn die Verjährung der Straftaten und damit ein endgültiger Verfahrensabschluss drohe.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidungen sind insbesondere für das Assessorexamen von Relevanz. Neben den klassischen Aufgabenstellungen aus dem Ermittlungs-, Haupt- und Rechtsmittelverfahren können auch Fragestellungen im Rahmen des Zwischenverfahrens Bedeutung erlangen. So war z.B. in NRW bereits mehrfach die Abfassung eines Eröffnungsbeschlusses Prüfungsgegenstand. In Betracht kommt aber auch eine staatsanwaltschaftliche Aufgabenstellung, z.B. hinsichtlich der Erfolgsaussichten einer Beschwerde (vgl. zum Beschwerderecht die Übersicht bei Schmehl/Vollmer, S. 209 ff.).

In diesem Zusammenhang ist auch die sog. Untätigkeitsbeschwerde gem. §§ 210 II, 304, 311 StPO zu sehen. Während der Eröffnungsbeschluss vom Angeklagten nicht angefochten werden kann (§ 210 I StPO), kann die Staatsanwaltschaft den Beschluss, durch den die Eröffnung des Hauptverfahrens ganz oder teilweise abgelehnt oder abweichend von dem Antrag der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen wurde (vgl. § 209 I StPO), mit der sofortigen Beschwerde gem. § 210 II StPO anfechten. Wenn das angerufene Gericht über die Eröffnung des Hauptverfahrens allerdings überhaupt nicht beschließt, steht der Staatsanwaltschaft grundsätzlich auch kein Rechtsmittel zu. Unter Berufung auf eine Entscheidung des BGH (NJW 1993, 1297) geht die h.M. jedoch inzwischen davon aus, dass das Unterlassen einer rechtlich gebotenen Entscheidung dann angefochten werden kann, wenn die Entscheidung selbst anfechtbar wäre und ihrer Unterlassung die Bedeutung eines endgültigen Ablehnung der Entscheidung zukäme. Da der Eintritt der Verfolgungsverjährung gemäß § 78 I 1 StGB ein gesetzliches Prozesshindernis darstellt, ist die Untätigkeitsbeschwerde folglich bei drohender Verjährung statthaft.

Vertiefungshinweise:

" Zur Untätigkeitsbeschwerde: *BGH*, NJW 1993, 1297; *LG Stuttgart*, NStZ 1991, 204

" Im Sozialgerichtsverfahren: *LSG Rheinland-Pfalz*, NZS 2000, 626

" Im Zivilprozess: *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 1999, 138

Teil 1: Der Beschluss des OLG Frankfurt/Main vom 29.10.2001

Leitsätze (der Redaktion):

Das Hinausschieben einer Entscheidung über die

Eröffnung des Hauptverfahrens durch das Gericht steht einer Ablehnung der Eröffnungsentscheidung gleich, weil es zwangsläufig einen endgültigen Verfahrensabschluss nach sich zieht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn bei weiterer Untätigkeit der Kammer Verjährung droht. In diesen Fällen ist eine Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zulässig.

Sachverhalt:

Am 4. 4. 2000 hatte die StA bei dem LG Darmstadt - Wirtschaftskammer - Anklage erhoben, mit der den Angeschuldigten zur Last gelegt wird, sich in der Zeit vom 4. 2. 1992 bis zum 1. 11. 1996 in 703 Fällen des gemeinschaftlichen Betrugs schuldig gemacht zu haben. Nach Zustellung der Anklage im Mai 2000 erfolgte seitens der Angeschuldigten, die laut Anklage "in vollem Umfang" bzw. "prinzipiell" geständig sind, keine Stellungnahme. Eine Förderung des Verfahrens ist seitens der StK seither nicht mehr erfolgt. Die Akten wurden auf Anforderung an die StA Ravensburg bzw. an das LG Mannheim versandt sowie mehreren Geschädigtenvertretern zur Verfügung gestellt. Im Übrigen aber finden sich in der Akte immer wieder vom Vorsitzenden kommentarlos verfügte Wiedervorlagetermine bis zu drei Monaten. Ein Berichterstatter wurde ersichtlich nicht bestimmt. Mit einem offensichtlich standardisierten auf den 9. 10. 2000 datierten Schreiben stellte der Vorsitzende unter Hinweis und unter Beifügung einer an den Präsidenten des LG Darmstadt gerichteten Überlastungsanzeige vom 24. 7. 2000 fest, dass "die Sache in absehbarer Zeit nicht bearbeitet werden kann" und verfügte eine Wiedervorlage von drei Monaten. Mit Schreiben vom 13. 6. 2001 wies die StA nochmals auf die unter dem 4. 4. 2000 erhobene Anklageschrift hin und beantragte - unter Hinweis auf § 78 b IV StGB - das Hauptverfahren alsbald zu eröffnen. Eine Reaktion erfolgte hierauf nicht. Mit Schreiben vom 17. 8. 2001 wiederholte die StA ihren Antrag, bat für den Fall, dass nicht bis zum 15. 9. 2001 entschieden würde, um Rückleitung der Akten und kündigte an, Untätigkeitsbeschwerde zu erheben. Mit Verfügung vom 30. 8. 2001 wurden die Akten offensichtlich von einem der Beisitzer der 13. StrK an die StA mit dem Bemerken übersandt, wegen einer vorrangigen Haftsache sehe sich die Kammer nicht in der Lage, über die Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum 15. 9. 2001 zu befinden.

Am 12. 9. 2001, eingegangen bei Gericht am 14. 9. 2001, erhob die StA daraufhin Untätigkeitsbeschwerde. Mit Verfügung vom 18. 9. 2001 verfügte der "Stellvertreter im Vorsitz", Richter am LG S, die Übersendung der Akten an die StA zur Vorlage an das OLG. Unter Nr. 1 dieser Verfügung heißt es "Vermerk nach Beratung: Der Beschwerde wird nicht

abgeholfen". Zur Begründung heißt es weiter: "Die Beantwortung der Frage, ob der nach § 203 StPO erforderliche Tatverdacht besteht, setzt zwangsläufig voraus, dass der Tatrichter im Zwischenverfahren die Akte durcharbeitet, bevor über die Frage der Eröffnung des Verfahrens entschieden werden kann". Unter Hinweis auf die exemplarisch an einem anderen Fall aus Sicht der Kammer aufgezeigte Überlastung heißt es weiter, sei die Kammer hierzu nicht in der Lage. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. Allgemeine Voraussetzungen einer Untätigkeitsbeschwerde

Die Beschwerde, der die StA beim OLG beigetreten ist, ist zulässig. Zwar ist der Strafprozessordnung eine reine Untätigkeitsbeschwerde fremd, weil in der bloßen Untätigkeit keine sachliche Entscheidung liegt, nur eine solche aber Gegenstand der Überprüfung durch das BeschwGer. sein kann (vgl. RGSt 19, 333 [337]; Plöd, KMR-StPO, Stand: April 2001, § 304 Rdnr. 3; LG Stuttgart, NStZ 1991, 204). Die Unterlassung einer von Amts wegen oder auf Antrag zu treffenden Entscheidung ist jedoch dann anfechtbar, wenn die unterlassene Entscheidung selbst bzw. deren Ablehnung anfechtbar ist und der Unterlassung die Bedeutung einer Sachentscheidung im Sinne einer endgültigen Ablehnung und nicht einer bloßen Verzögerung der zu treffenden Entscheidung zukommt (vgl. BGH, NJW 1993, 1279; Kleinknecht/ Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 304 Rdnr. 3; Plöd, in: KMR-StPO, § 304 Rdnr. 2; Senat, NJW 2002, 454).

II. Untätigkeitsbeschwerde wegen Nichteröffnung

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Gegen die Ablehnung bzw. gegen eine von der Anklage abweichende Eröffnung des Hauptverfahrens steht der StA gem. § 210 II StPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Das Hinausschieben einer Entscheidung über die Eröffnung durch die Kammer steht hier einer Ablehnung der Eröffnungsentscheidung gleich, weil es zwangsläufig einen endgültigen Verfahrensabschluss nach sich zieht (BGH, NJW 1993, 1279). Denn bei weiterer Untätigkeit der Kammer droht Verjährung einzutreten: Der Anklageschrift liegen Straftaten zu Grunde, die in der Zeit vom 4. 2. 1992 bis 1. 11. 1996 begangen worden sein sollen. Die doppelte Verjährungsfrist des § 78 c III 2 i. V. mit § 78 III Nr. 4 StGB wird demnach ab dem 4. 2. 2002 sukzessive ablaufen.

Die weitere Zurückstellung der Entscheidung mit der Verjährungsfolge hat damit die Wirkung, dass das Hauptverfahren nicht mehr eröffnet werden kann. In dieser Folge zugleich eine der Ablehnung der Eröffnung gleichzustellende Sachentscheidung zu sehen,

erscheint dem Senat auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Denn die weitere Untätigkeit würde zur endgültigen Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs führen. Dessen unbedingte Durchsetzung obliegt indes den Verfolgungsorganen und Gerichten als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips von Verfassungs wegen (s. auch BVerfGE 51, 324 [343]; 80, 367 [375]; 77, 65 [76]; Senat, StV 1993, 292 [294]).

III. Überlastung der Strafkammer als Ausnahmegrund

Die von der StrK geltend gemachte Überlastung rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil § 78 b IV StGB verhindern soll, dass große Strafverfahren, denen Taten von erheblichem Unrechtsgehalt zu Grunde liegen, wegen Eintritts der absoluten Grenze nach § 78 c III 2 StGB und wegen der abstrakten Betrachtungsweise des § 78 IV StGB nicht mit einer Sachentscheidung enden können. Ob die Kammer wegen Überlastung des Spruchkörpers - auch unter Berücksichtigung des Gebots der besonders zügigen Bearbeitung in Haftsachen (BGH, NJW 2001, 3275) - nicht in der Lage ist, unverzüglich in die gebotene sachliche Prüfung des Hauptverfahrens einzutreten, hat bei der Entscheidungsfindung des Senats unberücksichtigt zu bleiben. Der Senat ist mit Blick auf die verfassungsrechtliche Gewährleistung des staatlichen Strafanspruchs lediglich gehalten, diesem durch die getroffene Entscheidung Geltung zu verschaffen.

Die Kammer hat hingegen selbst über die Reihenfolge der Bearbeitung der ihr zugewiesenen Verfahren zu befinden. Die Frage des Zuständigkeitszuschnitts und der ausreichenden personellen Ausstattung des Spruchkörpers ist allein Sache des Präsidiums des LG (§ 21 e III GVG). Im Übrigen obliegt es der Landesjustizverwaltung, die zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs erforderlichen sachlichen und personellen Mittel zur Verfügung zu stellen.

IV. Eigene Entscheidung des Senats

An einer eigenen Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ist der Senat gehindert, er hat die Kammer lediglich anzuweisen, nunmehr in die Sachprüfung einzutreten. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass von einer Entscheidung nach § 309 II StPO abzusehen ist, wenn die erste Instanz in die Sachprüfung nicht eingetreten ist (wenn sie z. B. von einem unzulässigen Antrag ausgegangen ist) oder ein Verfahren gewählt hat, das mit einer ordnungsgemäßen Justizgewährung unvereinbar ist (vgl. Kleinknecht/ Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 309 Rdnr. 8; Engelhardt, in: KK-StPO, § 309 Rdnr. 11).

Beide Fälle sind hier gegeben. Die Kammer hat sich mit der Frage der Eröffnung bisher sachlich nicht befasst. Bei einer Entscheidung durch den Senat würde dem hiervon beschwerten Beteiligten (Angekl. oder StA) zudem der Verlust einer Instanz drohen. Da als

Folge weiterer Untätigkeit die Vereitelung des staatlichen Strafanspruchs droht, ist das eingeschlagene Verfahren ferner mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang zu bringen.

Teil 2: Der Beschluss des OLG Frankfurt/Main vom 17.9.2001

Leitsätze (der Redaktion):

Zwar ist der Strafprozessordnung eine reine Untätigkeitsbeschwerde fremd; die Unterlassung einer von Amts wegen oder auf Antrag zu treffenden Entscheidung ist jedoch dann anfechtbar, wenn die unterlassene Entscheidung selbst bzw. deren Ablehnung anfechtbar ist und deren Unterlassung die Bedeutung einer endgültigen Ablehnung und nicht einer bloßen Verzögerung der zu treffenden Entscheidung zukommt. Die Weigerung der Strafkammer, das Verfahren weiter sachlich zu fördern, zieht jedenfalls dann einen endgültigen Verfahrensabschluss nach sich und steht der ablehnenden Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Folge der Anfechtbarkeit gleich, wenn die Verjährung der Straftaten droht.

Sachverhalt:

Am 14. 3. 1997 erhob die StA bei dem LG Darmstadt - Wirtschaftskammer - Anklage, mit der den beiden Angeschuldigten zur Last gelegt wird, sich in der Zeit vom 24. 10. 1990 bis zum 16. 12. 1991 durch 14 rechtlich selbstständige Taten strafbar gemacht zu haben und zwar der Angeschuldigte G in neun Fällen wegen Betrugs, Bankrotts und Verstoßes gegen § 84 I GmbHG sowie der Angeschuldigte F in zwölf Fällen wegen Betrugs. Nach Zustellung der Anklagen hatten die Angeschuldigten über ihre Verteidiger mit umfangreichen Schriftsätzen vom 23. 5. und 7.10.1997 (für den Angeschuldigten F) und vom 25.7. und 15.10.1997 (für den Angeschuldigten G) die Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens beantragt, ferner hatte der Angeschuldigte F gem. § 201 StPO die Vernehmung von Zeugen beantragt. Nachdem die Akten der StA im Oktober 1997 zur Kenntnis- und Stellungnahme übersandt worden waren, sandte diese die Akten der StrK am 19.10.1998 mit ihrer Stellungnahme zurück, wonach die Ausführungen der Angeschuldigten keinen Anlass gäben, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen und mit dem Hinweis, dass die benannten Zeugen zur Hauptverhandlung geladen werden könnten. Eine sachliche Förderung des Verfahrens seitens der StrK ist seither nicht mehr erfolgt. Die StrK sieht sich infolge ihrer Geschäftsbelastung durch anderweitige Strafsachen und der vom Präsidium des LG Darmstadt angesichts der Auslastung der übrigen StrK verneinten Möglichkeit zur Entlastung

außer Stande, die Sache in absehbarer Zeit zu bearbeiten.

Hiergegen richtet sich die am 6. 7. 2001 eingegangene "Untätigkeitsbeschwerde" der StA, die sich auf die Entscheidung des BGH in NJW 1993, 1279, stützt und geltend macht, über die Eröffnung des Hauptverfahrens sei bisher nicht entschieden worden, so dass § 78 b IV StGB keine Anwendung finde und hinsichtlich der angeklagten Tathandlungen seit dem 24. 10. 2000 sukzessive Verjährung eintrete. In der Nichtabhilfeentscheidung hat die StrK ihr Vorbringen der Überlastung und der fehlenden Entlastung durch das Präsidium des LG wiederholt und ferner darauf hingewiesen, dass vorliegend wohl bereits im Zwischenverfahren im erheblichen Umfang Beweise erhoben werden müssten. Die Beschwerde hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Zulässigkeit der Untätigkeitsbeschwerde

1. Allgemeine Voraussetzungen

Die Beschwerde, der die StA bei dem OLG beigetreten ist, ist zulässig. Zwar ist der Strafprozessordnung eine reine Untätigkeitsbeschwerde fremd, die Unterlassung einer von Amts wegen oder auf Antrag zu treffenden Entscheidung ist jedoch dann anfechtbar, wenn die unterlassene Entscheidung selbst bzw. deren Ablehnung anfechtbar ist und der Unterlassung die Bedeutung einer endgültigen Ablehnung und nicht einer bloßen Verzögerung der zu treffenden Entscheidung zukommt (vgl. BGH, NJW 1993, 1297; Kleinkecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 304 Rdnr. 3; Plöd, in: KMR-StPO, Stand: April 2001, § 304 Rdnr. 2).

2. Untätigkeitsbeschwerde wegen Nichteröffnung

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Gegen die Ablehnung bzw. gegen eine von der Anklage abweichende Eröffnung des Hauptverfahrens steht der StA gem. § 210 II StPO das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Die Weigerung der StrK, das Verfahren weiter sachlich zu fördern führt auch nicht zu einer bloßen weiteren zeitlichen Verzögerung, vielmehr zieht sie einen endgültigen Verfahrensabschluss nach sich. Denn der Anklageschrift liegen Straftaten zu Grunde, die in der Zeit vom 24. 10. 1990 bis zum 16. 12. 1991 begangen worden sein sollen. Die doppelte Verjährungsfrist der § 78 c III 2 i. V. mit § 78 III Nr. 4 StGB ist hinsichtlich einer Reihe der angeklagten Taten bereits abgelaufen. Hinsichtlich der verbleibenden Straftaten droht der Eintritt der Verjährung sukzessiv bis zum 16. 12. 2001. Im Falle der drohenden Verjährung ist aber die Gleichstellung von zeitlicher Zurückstellung der Entschließung und ablehnender Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens

rens mit der Folge der Anfechtbarkeit geboten, denn die Wirkung der Unterlassung besteht darin, dass das Hauptverfahren nicht mehr eröffnet werden kann.

II. Begründetheit der Untätigkeitsbeschwerde

Wegen des drohenden endgültigen Verfahrensabschlusses infolge unmittelbar drohender Verjährung ist deshalb die Beschwerde der StA zugleich begründet. Die von der StrK geltend gemachte Überlastung rechtfertigt keine andere Beurteilung, weil § 78 b IV StGB verhindern soll, das große Strafverfahren, denen Taten von erheblichem Unrechtsgehalt zu Grunde liegen, wegen Eintritts der absoluten Grenze nach § 78 c III 2 StGB und wegen der abstrakten Betrachtungsweise des § 78 IV StGB nicht mit einer

Sachentscheidung enden können.

III. Entscheidung des Senats

Als die in der Sache erforderliche Entscheidung (§ 309 II StPO) war hiernach die StrK zu verpflichten, unverzüglich in die sachliche Prüfung einzutreten, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist. Dabei wird seitens der StrK neben der Frage, inwieweit bei den angeklagten Taten bereits Verjährung und damit ein Verfahrenshindernis eingetreten ist, ggf. auch zu prüfen sein, ob vor einer Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens hinsichtlich der nicht verjährten Taten noch von der Aufklärungsmöglichkeit des § 202 StPO Gebrauch zu machen ist.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Videoüberwachung öffentlicher Plätze

VG KARLSRUHE, URTEIL VOM 10.10.2001
11 K 191/01 (NVWZ 2002, 117)

Problemdarstellung:

Das VG Karlsruhe hält im vorliegenden Urteil die Videoüberwachung öffentlicher Plätze in der Stadt Mannheim für rechtmäßig. Die Möglichkeit, solche Überwachungsmaßnahmen durchführen zu können, wird den Polizeibehörden in einigen Bundesländern neuerdings durch in die jeweiligen Polizeigesetze eingefügte Standardmaßnahmen (hier: § 21 III PolG BW; zu Regelungen in anderen Bundesländern s. Lösung) eröffnet. In der Literatur sind diese Regelungen umstritten: Zum einen wird bereits die Gesetzgebungskompetenz der Länder hierfür verneint, da es nicht - wie von den Ländern vorgegeben - um Gefahrenabwehr, sondern um Strafverfolgung geht, wie die häufig erlaubte Verwendung der Aufnahmen zu eben diesem Zweck zeige. In materieller Hinsicht wird diskutiert, ob die Überwachung unter Abwägung mit dem Recht der Passanten auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG zulässig (verhältnismäßig) ist. Hierzu wird alles vertreten: Teilweise wird bereits in Abrede gestellt, dass der Schutzbereich des Grundrechts überhaupt betroffen sei; im anderen Extrem wird eine Grundrechtsverletzung bejaht und die Regelung für verfassungswidrig erklärt. Auf diese Fragen geht auch das VG ein, welches mit einer wohl h.M. davon ausgeht, dass zwar in den Schutzbereich des Art. 2 I i.V.m. 1 I GG eingegriffen

wird, dieser Eingriff aber gerechtfertigt ist. Kommt man mit der Gegenansicht zu dem Ergebnis, dass schon keine Schutzbereichsbetroffenheit vorliegt, müsste man i.Ü. konsequenterweise bereits die Frage verneinen, ob die Überwachung überhaupt einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, da diese mangels Grundrechtsrelevanz dann nicht "wesentlich" i.S.d. Wesentlichkeitstheorie des BVerfG (BVerfGE 40, 237, 248 ff.) und damit nicht geeignet wäre, den Gesetzesvorbehalt des Art. 20 III GG auszulösen.

Prüfungsrelevanz:

Der hier angesprochene Problemkreis ist relativ neu. Die Landesgesetzgeber gehen erst nach und nach dazu über, in ihren Polizeigesetzen die Videoüberwachung öffentlicher Plätze als Standardmaßnahme auszuformen. Entsprechend aktuell sind die hiermit verbundenen Probleme, wie auch die einschlägigen Aufsätze in der Fachliteratur - sämtlich aus dem Jahr 2000 oder später - beweisen. Überhaupt erlangt die präventive Bekämpfung von Straftaten als Teil der Gefahrenabwehr immer mehr Bedeutung, wie auch die Aufenthaltsverbote für Drogendealer - hierüber hatte die RA (zuletzt VGH München, RA 2001, 599 = BayVBl 2001, 529) mehrfach berichtet - zeigt. Für die Prüfung in den juristischen Staatsexamen kommt hinzu, dass sich der Stoff hervorragend zum Einbau in Klausuren eignet und es sich beim Polizei- und Ordnungsrecht ohnehin schon um den vielleicht beliebtesten Prüfungsstoff im öffentlichen Recht überhaupt

handelt.

Vertiefungshinweise:

" Zur Grundrechtsrelevanz der Überwachungsmaßnahmen: *Vahle*, DVP 2000, 396, 398; *Hasse*, ThürVBl 2000, 169; *Röger/Stephan*, NWVBl 2001, 201, 206; *Waechter*, NdsVBl 2001, 77, 79

" Zur Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen allgemein: *Maske*, NVwZ 2001, 1248; *Dolderer*, NVwZ 2001, 130, 131; *Roggan*, NVwZ 2001, 134

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Ohne Hehl und Tadel"

Leitsatz (der Redaktion):

Zur Rechtmäßigkeit der offenen Videoüberwachung öffentlicher Räume und Plätze.

Sachverhalt:

Ausgehend von der Erkenntnis, dass die Stadt Mannheim (M.) trotz rückläufiger Straftaten statistisch immer noch zu den Städten und Gemeinden in Baden-Württemberg mit der höchsten Kriminalitätsbelastung zählt, beschloss das Innenministerium Baden-Württemberg im Mai 2000 die Einrichtung eines Modellversuchs zur Videoüberwachung auf öffentlichen Plätzen in der Stadt M. Zur Verwirklichung dieses Modellversuchs wurden durch die zuständigen Polizeibehörden am "Paradeplatz" drei Kameras, am "Marktplatz" und am "Neckartor" jeweils eine Kamera aufgestellt und in Betrieb genommen. Die Passanten wurden durch entsprechende Hinweisschilder auf diese Maßnahme aufmerksam gemacht. Die gewonnenen Bilder werden nach Auswertung durch die Polizeibehörden gelöscht, es sei denn, es finden sich auf den Bändern Anhaltspunkte für das Vorliegen von Straftaten.

Zur Begründung der Überwachungsmaßnahmen verweist das bekl. Land auf die hohe Kriminalitätsrate in M. und die Begehung zahlreicher Straftaten in den genannten Bereichen der Innenstadt, denen wirksamer als bisher vorgebeugt werden müsse. Nach Erkenntnissen des Polizeipräsidiums M. kam es im Jahr 2000 am Marktplatz zu 682, am Paradeplatz zu 838 und am Neckartor zu 656 Einsätzen. Nach einer weiteren Statistik für Straftaten ergab sich, dass im Jahr 2000 am Paradeplatz 88, am Marktplatz 77 und am Neckartor 54 Straftaten begangen worden sind. Die Gesamtkriminalität betrug im Stadtgebiet M. im Jahr 2000 34.351 Straftaten und die Straßenkriminalität lag im gleichen Zeitraum bei 8.232.

Der Kl. wendet sich mit seiner vor dem VG erhobe-

nen Klage gegen die in M. installierten Kameras zur Überwachung der öffentlichen Verkehrsräume. Er trägt vor, diese selbst häufig zu passieren und nicht damit einverstanden zu sein, dass dabei Aufnahmen von ihm gemacht und gespeichert würden. Weder von ihm noch von 99% der übrigen Passanten ginge auch nur der Verdacht strafbaren oder sonstwie gefährlichen Handelns aus. Er habe daher einen Anspruch darauf, dass diese Maßnahmen unterblieben.

Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist vor dem VG zulässig, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und die Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Spezialzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art voraussetzt. Die Streitigkeit ist nach der modifizierten Subjektstheorie öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen ausschließlich einen Hoheitsträger berechnen bzw. verpflichten. Dies ist mit § 21 III PolG BW, welcher die Frage der Überwachung öffentlicher Verkehrsflächen durch Videokameras regelt, der Fall, da hierüber ein Hoheitsträger - die Polizeibehörde - zu entscheiden hat. Ferner ist die Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, da vorliegend über Verwaltungs- und nicht über Verfassungsrecht gestritten wird und zudem nicht ausschließlich Verfassungsorgane oder deren Teile am Rechtsstreit beteiligt sind.

Als abdrängende Sonderzuweisungen kämen §§ 23 EGGVG bzw. 98 II 2 StPO analog in Betracht, wenn es sich um eine repressive Maßnahme handelte. Die Installation der Kameras mag auch der Verfolgung begangener und aufgezeichneter Straftaten dienen und diese erleichtern. Primär dient sie nach dem Willen der handelnden Behörden - und auf diesen kommt es bei der Einordnung solcher "doppelfunktionaler Maßnahmen" allein an (st. Rspr. seit BVerwGE 47, 255, 265) - jedoch der Gefahrenabwehr, also präventiven Zwecken. Potentielle Straftäter sollen abgeschreckt werden und auf die Begehung von Straftaten von vornherein verzichten, weil sie damit rechnen müssen, bei deren Begehung gefilmt zu werden. Mithin bleibt der Verwaltungsrechtsweg einschlägig.

[Anm.: Nach § 21 III PolG BW können der Polizeivollzugsdienst und die Ortspolizeibehörde zur Abwehr von Gefahren, durch die die öffentliche Sicherheit bedroht wird, oder zur Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit die in § 26 I Nr. 2 genannten Orte, soweit sie öffentlich zugängliche Orte sind, offen mittels Bildübertragung beobachten und Bildaufzeichnungen von Personen anfertigen. Orte i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW sind solche, an denen erfahrungsgemäß Straftäter sich verbergen, Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben, sich ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen oder der Prostitution nachgehen. Nach § 21 IV 2 PolG BW sind Bildaufzeichnungen nach Abs. 3 nach 48 Stunden zu löschen, soweit nicht die Voraussetzungen für eine Verwendung nach Satz 1 vorliegen.]

In vielen Ländern findet sich mittlerweile eine § 21 PolG BW vergleichbare Regelung, z.B. §§ 15a PolG NW, 14 HessSOG, 32 III MV-SOG, 38 SächsPolG. Sofern die Videoüberwachung öffentlicher Plätze im Polizeigesetz eines Bundeslandes bisher nicht als Standardmaßnahme geregelt ist, könnte allenfalls die Generalklausel als Ermächtigungsgrundlage erwogen werden.]

II. Statthaftigkeit

Das VG nimmt die in der VwGO zwar nicht geregelte, aber in vielen Normen erwähnte (vgl. §§ 43 II, 111 VwGO) und damit als statthaft vorausgesetzte allg. Leistungsklage an: "Die Klage ist als allgemeine Leistungsklage (Unterlassungsklage) zulässig, da es sich bei der Videoüberwachung, auch soweit die Bilder aufgezeichnet werden, mangels einer rechtlichen Regelung nicht um Verwaltungsakte handelt."

III. Klagebefugnis

Fraglich ist, ob der Kl. auch klagebefugt ist, § 42 II VwGO analog. Dies setzt voraus, dass zumindest die Möglichkeit einer Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Kl. besteht. Als subjektiv-öffentliches Recht kommen insbes. Grundrechte, hier das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG in Betracht. Das VG reißt den Streit über die Grundrechtsrelevanz solcher Überwachungsmaßnahmen zwar kurz an, lässt eine Entscheidung in weiter Anwendung der Möglichkeitstheorie an dieser Stelle jedoch noch offen:

"Zwar bestehen auf Grund der auch hier gebotenen analogen Anwendung von § 42 II VwGO (siehe hierzu Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rdnr. 62) gewisse Zweifel bezüglich der Klagebefugnis, da für das bloße Beobachten öffentlicher Plätze mittels Kameras mit so genannten Übersichtsaufnahmen ein grundrechtsrelevanter Eingriff verneint wird (siehe

hierzu VG Halle, LKV 2000, 164; ebenso Dolderer, NVwZ 2001, 130, 131), bei der in M. verwendeten Technik werden jedoch die Aufnahmen auf einem Server (höchstens für 48 Stunden) gespeichert und können in dieser Zeit auch digital so bearbeitet werden, dass eine Identifizierung der aufgenommenen Personen möglich ist. Auf Grund dieses Umstandes scheint ein Eingriff in das vom BVerfG im Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1) aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung jedenfalls nicht ausgeschlossen."

IV. Klagegegner

Die allg. Leistungsklage ist gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde, hier also gegen das Land Baden-Württemberg als Träger der Polizeibehörden zu richten.

Die Klage ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Kl. einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch bzgl. der weiteren Videoüberwachung an den öffentlichen Plätzen in M. hat. Daran würde es jedenfalls fehlen, wenn für die angegriffene Videoüberwachung eine Rechtsgrundlage existierte, sie also rechtmäßig wäre.

I. Ermächtigungsgrundlage

Die in M. installierte Videoüberwachung findet ihre Rechtsgrundlage in § 21 III PolG BW. Diese Vorschrift müsste aber ihrerseits wirksam, insbes. verfassungsgemäß sein. Ob dies der Fall ist, ist in formeller wie materieller Hinsicht streitig.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht wird über die Gesetzgebungskompetenz des Landes gestritten. Diente § 21 III PolG BW tatsächlich der Gefahrenabwehr, wäre sie über Art. 70 GG gegeben. Handelte es sich hingegen um eine repressive Maßnahme, stünde dem Bund über Art. 72, 74 I Nr. 1 GG die Kompetenz zu. Das VG nimmt eine Präventivmaßnahme und damit die Kompetenz des Landesgesetzgebers an:

"Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung dient die Überwachung öffentlicher Orte i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW ausschließlich der Abwehr von Gefahren und Störungen der öffentlichen Sicherheit, sonstige Verhaltensweisen sollen weder erfasst noch verhindert werden. Dies entspricht der ausdrücklichen Zielsetzung der vom Landtag Baden-Württemberg am 19. 12. 2000 beschlossenen Änderung des Polizeigesetzes durch Einfügen des § 21 III. Ziel des beabsichtigten Einsatzes der Videotechnik ist nicht

die gezielte Überwachung oder Observation konkreter Einzelpersonen, sondern der Schutz von Personen und Rechtsgütern durch die Überwachung bestimmter Örtlichkeiten. Die Videoüberwachung soll demnach vor allem präventive Wirkung entfalten, indem potenzielle Straftäter durch die offenen und daher erkennbaren Überwachungsmaßnahmen von der Begehung von Straftaten in den überwachten Bereichen abgeschreckt werden (LT-DR 12/5706, S. 7). Die Videotechnik wird als ergänzende Maßnahme verstanden, die den Einsatz von Polizeikräften zielgerichteter und effektiver ermöglichen kann.”

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht wird vor allem über die Verhältnismäßigkeit der Videoüberwachungen gestritten. Das VG macht sich allerdings die Mühe, auch auf den Bestimmtheitsgrundsatz einzugehen:

a. Bestimmtheitsgrundsatz

“Die Vorschriften entsprechen dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit (BVerfGE 45, 400, 420). Dieser Grundsatz fordert, dass die von einer gesetzlichen Regelung Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einzurichten vermögen. Die Notwendigkeit der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift nimmt ihr nicht die Bestimmtheit, die das Rechtsstaatsprinzip von einem Gesetz fordert. In Anwendung dieser vom BVerfG entwickelten Grundsätze genügt die Regelung des § 21 III PolG BW dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsanforderung, da die Voraussetzungen und der Umfang der hier fraglichen Bildbeobachtung und Bildaufzeichnung von Personen tatbestandlich hinreichend umrissen und die Dauer der Bildaufzeichnungen genau geregelt worden ist. Danach dürfen zunächst nur an den in § 26 I Nr. 2 PolG BW genannten Orten Bildüberwachungen bzw. -Aufzeichnungen vorgenommen werden.”

aa. Kriminalitätsschwerpunkte

“Der Verweis auf die gesetzliche Definition in § 26 I Nr. 2 PolG BW begegnet dabei keinen Bedenken. Die gesetzliche Umschreibung ist hinreichend klar und bedeutet, dass eine Überwachung nur an Orten zulässig ist, die auf Grund polizeilicher Erfahrung als so genannte Kriminalitätsschwerpunkte angesehen werden können.“

bb. Öffentliche Sicherheit

“An diesen Orten können dann zur Abwehr von Gefahren, durch die die öffentliche Sicherheit bedroht wird oder zur Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit Bildbeobachtungen und Bildaufzeichnungen von Personen vorgenommen werden.

Auch diese, auf die Regelung in § 1 I 1 PolG BW Bezug nehmende Vorschrift begegnet keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Begriffe der Abwehr von Gefahren bzw. der Beseitigung von Störungen der öffentlichen Sicherheit, wie sie in der Aufgabennorm des § 1 I 1 PolG BW umschrieben sind, haben in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung eine ständige Ausformung erfahren. Dies ist auch in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung gebilligt worden, wonach die Verwendung der polizeilichen Generalklausel unbedenklich erscheint, weil sie in jahrzehntelanger Entwicklung durch Rechtsprechung und Lehre nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend präzisiert, in ihrer Bedeutung geklärt und im juristischen Sprachgebrauch verfestigt ist (siehe BVerfGE 54, 143, 144). Öffentliche Sicherheit ist demnach der Bestand der durch die Rechtsordnung geschützten Güter.”

b. Verhältnismäßigkeit

“Auch sonstige gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 21 III PolG BW erhobene Bedenken bestehen nicht. Die Regelung genügt insbesondere dem vom Gesetzgeber zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (BVerfGE 65, 1). Dieser mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz folgt bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist.”

aa. Legitimer Zweck

“Die Videoüberwachung gefährlicher Orte dient in erster Linie der Verhinderung und ggf. besseren Verfolgung der Straßensriminalität und leistet damit entsprechend den bislang bekannt gewordenen, durchaus positiven Erfahrungen in anderen Bundesländern und im Ausland - vor allen Dingen in Großbritannien - einen erheblichen Beitrag zur Verbesserung der Sicherheit in besonders gefährdeten Bereichen (Keller, Kriminalprävention 2000, 197 [190]; Wohlfahrt, RDV 2000, 101 [104], LT-DR 12/5706, S. 7).”

bb. Geeignetheit

“Die Verfassungsmäßigkeit des § 21 III PolG BW [kann] auch nicht mit dem Hinweis in Frage gestellt werden, eine Videoüberwachung der fraglichen Räume sei gänzlich ungeeignet, den gewünschten Erfolg, nämlich dauerhaften Rückgang der Kriminalität, zu erreichen. Dem stehen zum einen die Erfahrungen in anderen Ländern, insbesondere in Großbritannien entgegen, zum anderen belegt auch der von den Vertretern des Polizeipräsidiums M. dargelegte Rückgang

der Straßenkriminalität in der M. Innenstadt, der durch einen verstärkten Einsatz von Polizeikräften bewirkt worden ist, dass polizeiliche Maßnahmen, die die Präsenz von Polizeikräften erhöhen, durchaus von Erfolg gekrönt sind. Es ist deshalb mit einiger Sicherheit zu erwarten, dass viele Formen der Straßenkriminalität in den überwachten Räumen erst gar nicht mehr stattfinden. Die Geeignetheit solcher Maßnahmen wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, weil gegebenenfalls mit gewissen Verdrängungseffekten gerechnet werden müsste. Hierfür fehlen bislang signifikante Erfahrungen. Sie sind mit hinreichender Sicherheit auch nicht zu erwarten (LT-DR 12/4988, S. 4, vgl. auch Keller, Kriminalprävention 2000, 190). Dem stehen zum einen die Eigenart der als gefährlich eingestuften Orte i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW entgegen, zum anderen können im Einzelfall unter Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen neue Gefährdungsbereiche in das Überwachungskonzept aufgenommen werden. Insofern fällt auf, dass sich der Kl. selbst für den Einsatz von mobilen Sicherheitskräften ausspricht. Dass ein solcher Einsatz durch technische Hilfsmittel wie der Videoüberwachung erleichtert wird, dürfte auch dem Kl. einleuchten.“

cc. Erforderlichkeit

“[Die Erreichung des legitimen Zwecks] wäre sicherlich auch durch einen verstärkten Einsatz von Polizeikräften vor Ort möglich, der damit verbundene personelle Aufwand wäre aber ungleich höher und in diesem Umfang wohl auch kaum leistbar. Warum ein solcher - in der Praxis kaum durchführbarer - verstärkter Einsatz von Polizeikräften für die Bürger verhältnismäßiger sein soll, wie der Kl. meint, ist nicht nachvollziehbar.“

dd. Angemessenheit

Fraglich bleibt im Rahmen der Angemessenheit die Abwägung der geschützten mit den beeinträchtigten Rechten, also der Straftatenprävention mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Passanten. Hatte das VG oben in der Klagebefugnis noch offen gelassen, ob und wann das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Videoüberwachung tangiert ist, bezieht es nunmehr Stellung:

(1). Eingriff in den Schutzbereich

“Soweit bloße Übersichtsaufnahmen in Frage stehen, die eine individuelle Identifizierung nicht ermöglichen, fehlt es bereits an einem Eingriff in das vom BVerfG aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da in diesem Stadium noch gar keine Daten über Personen erhoben werden (siehe dazu LT-DR 12/4988, S. 5;

Hasse, ThürVBl 2000, 169; Vahle, DVP 2000, 396, 397; Keller, Kriminalprävention 2000, 187, 188; Wohlfahrt, RDV 2000, 101, 102). Werden dagegen Personen in individualisierbarer Weise erfasst und durch entsprechende Markierung auf dem Datenträger gespeichert, so liegt hierin [...] ein grundrechtsrelevantes Erheben von Daten über die erfasste Person bzw. Personen.“

(2). Rechtfertigung

“Dies geschieht aber entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Regelung nur zur Abwehr von Gefahren bzw. zur Beseitigung von Störungen für die öffentliche Sicherheit. Sonstige Verhaltensweisen werden weder besonders erfasst, geschweige denn gespeichert oder in sonstiger Weise weitergegeben. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Der Einzelne hat nach der Rechtsprechung des BVerfG (E 65, 1) nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, uneinschränkbaren Herrschaft über "seine" Daten; er ist vielmehr eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit. Informationen, auch soweit sie personenbezogen sind, stellen ein Abbild sozialer Realität dar und machen die Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person deutlich. Der Einzelne muss deshalb Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung insbesondere dann hinnehmen, wenn er durch sein Verhalten in der Öffentlichkeit Gefahren oder Störungen für die öffentliche Sicherheit auslöst. Nur in diesen Fällen werden die Personen, die sich an überwachten Orten bewegen, erfasst und ggf. gespeichert. Insoweit wird die Rechtsposition der Betroffenen nicht stärker beeinträchtigt als dies bei einer Beobachtung durch Polizeibeamte vor Ort der Fall wäre. Aus Art. 2 I GG folgt kein Recht auf "unbeobachtete" Gefahren bzw. Störungen auslösende Verhaltensweisen, die die öffentliche Sicherheit tangieren.“

(3). Abwägung

“Da nach der Regelung des § 21 III PolG BW eine Videoüberwachung nur an gefährlichen Orten i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW stattfindet, liegt die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit im öffentlichen Interesse. Da dies offen (durch entsprechende Hinweisschilder) geschieht, können sich die von der Überwachung Betroffenen darauf einstellen und ihr Verhalten entsprechend einrichten. Eine unverhältnismäßige Einschränkung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit ist damit nicht verbunden. Das Gericht hält demnach die vorliegende gesetzliche Regelung für verfassungsrechtlich unbedenklich.“

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die formelle Rechtmäßigkeit der Videoüberwachung unterliegt vorliegend keinem Zweifel; insbes. haben lt. Sachverhalt die zuständigen Polizeibehörden die Aufstellung der Kameras und die Auswertung der Bilder vorgenommen.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

I. Tatbestand

a. Offene Überwachung

§ 21 III PolG BW ermächtigt nur zum offenen Einsatz von Überwachungskameras. Es müsste also sicher gestellt worden sein, dass die Maßnahme für Passanten erkennbar war. Dies ist durch die gut sichtbar angebrachten Hinweisschilder der Fall.

b. Kriminalitätsschwerpunkt

“Zu Recht ist das bekl. Land davon ausgegangen, dass es sich beim Paradeplatz, dem Marktplatz und der Breiten Straße bis zum Neckartor um Orte i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW handelt. Solche Orte sind entsprechend der gesetzlichen Definition dadurch gekennzeichnet, dass dort erfahrungsgemäß Straftäter sich verbergen, Personen Straftaten verabreden, vorbereiten oder verüben, sich ohne erforderliche Aufenthaltserlaubnis treffen oder der Prostitution nachgehen. Auch wenn die Zahl der Straftaten in der Innenstadt seit 1998 von 10.032 um etwa 1.000 pro Jahr zurückgegangen ist, so liegt sie mit etwa 25% im Bereich der Innenstadt im Verhältnis zu anderen Bereichen der Stadt M. vergleichsweise hoch, wobei der

Anteil der Wohnbevölkerung in der Innenstadt an der Gesamtbevölkerung nur 7,8% beträgt. Diese Anziehungskraft von Innenstädten für kriminelle Aktivitäten entspricht auch den Erkenntnissen in anderen Großstädten. Dabei nimmt M. im Landesdurchschnitt immer noch einen Spitzenplatz ein. [...] Dem steht nicht entgegen, dass [...] am Neckartor im Jahr 2000 nur 54, am Marktplatz 77 und am Paradeplatz 88 Straftaten begangen worden sind, da sich die Gefährlichkeit eines Ortes i. S. von § 26 I Nr. 2 PolG BW nicht nur nach der Zahl der begangenen Straftaten bestimmt. [...] Das Gericht hat deshalb insgesamt keine Zweifel, dass es sich auf Grund der polizeilichen Erkenntnisse bei dem hier fraglichen Bereich um gefährliche Orte i. S. der gesetzlichen Regelung des § 26 I Nr. 2 PolG BW handelt.”

2. Rechtsfolge

§ 21 III PolG BW stellt die zu treffenden Maßnahmen in das Ermessen der Behörden. Dessen Ausübung unterliegt in den Grenzen des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle. Ermessensfehler im Sinne dieser Vorschrift sind jedoch nicht ersichtlich. Insbesondere ergeben sich zur Verhältnismäßigkeitsabwägung im konkreten Einzelfall keine zu den obigen, generellen Ausführungen abweichenden, besonderen Umstände dergestalt, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Kl. nun in besonderem Maße schützenswert oder die öffentliche Sicherheit hier weniger schützenswert wäre als im Regelfall.

Mithin ist die Videoüberwachung der Plätze rechtmäßig; folglich hat der Kl. keinen Anspruch auf Unterlassen. Seine Klage ist unbegründet und hat somit keinen Erfolg.

Standort: Zivilrecht

Problem: Verjährungsdurchgriff

BGH, URTEIL VOM 25.09.2001
XI ZR 109/01 (NJW 2002, 137)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte der BGH sich mit der bis dato höchstrichterlich noch nicht erörterten Frage auseinander zu setzen, ob beim finanzierten Kauf sich der Verbraucher gem. § 9 III VerbrKrG (= § 359 BGB n.F.) auch gegenüber der Darlehensrückzahlungsforderung der kreditgewährenden Bank auf die im Verhältnis zum Verkäufer geltende kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren berufen kann.

Während unter der Geltung des AbzG dies noch von

der Rechtsprechung verneint wurde, wird dies von der heute h.M. in Rechtsprechung und Literatur wegen des weitgehenden Wortlauts von § 9 III VerbrKrG bejaht. Der hier erkennende XI. Zivilsenat folgt nach ausführlicher Auslegung der fraglichen Vorschrift der h.M. Nach der wörtlichen Auslegung werden alle rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Einwendungen und Einreden von § 9 III VerbrKrG erfasst denn der Käufer / Darlehensnehmer ist beim verbundenen Geschäft so zu stellen, wie er bei einem nicht finanzierten Teilzahlungsgeschäft, bei dem er den Kaufpreis in Raten unmittelbar an den Verkäufer entrichten würde, stehen würde. Auch die systemati-

sche Auslegung gebietet diesen Schluss, zumal nur in Sätzen 2 und 3 von § 9 III VerbrKrG Ausnahmen zum Einwendungsdurchgriff geregelt sind. Letztlich entspricht es auch dem Sinn und Zweck dieser Norm, den Verbraucher vor den Risiken der rechtlichen Aufspaltung zwischen Finanzierungsgeschäft und finanzierten Geschäft umfassend zu schützen.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist in zweierlei Hinsicht für die Vorbereitung zum Staatsexamen interessant. Zum einen werden die verschiedenen Auslegungsmethoden zur Gesetzesanwendung dargestellt und wiederholt. Zum anderen wird die - nicht ganz leicht verständliche - Vorschrift zum Einwendungs- bzw. Einrededurchgriff (§ 9 III VerbrKrG = § 359 BGB n.F.) erläutert. Nach dem Wortlaut des § 9 III 1 VerbrKrG stellt das Gesetz beim Einwendungsdurchgriff auf die hypothetische Rechtslage ab, die bestehen würde, wenn der Verbraucher nur dem Verkäufer gegenüberstünde. Dies bedeutet, dass alle rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Einwendungen und Einreden, einschließlich der Einrede der Verjährung des Kaufpreisanspruchs, die der Verbraucher bei Ausblendung des Kreditvertrags gegen den Verkäufer hätte, dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Teilzahlungsbank entgegengesetzt werden können

Vertiefungshinweise:

" Zur Neuregelung des Verjährungsrechts: *Mansel*, NJW 2002, 89.

" Zum Einwendungsdurchgriff: *Füller*, ZBB 2001, 157; *OLG Dresden*, NZM 2000, 207 (Anm. *Staudinger*, NZM 2000, 689); *Kessal-Wulf*, EWiR § 9 VerbrKrG 2/2000, 251; *Eckert*, ZFiR 2000, 621.

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Hubschrauberleasing"

Leitsatz:

Beim finanzierten Kauf kann sich der Verbraucher gem. § 9 III 1 VerbrKrG auch gegenüber der Darlehensrückzahlungsforderung der kreditgebenden Bank auf die im Verhältnis zum Verkäufer geltende kurze Verjährungsfrist des § 196 I Nr. 1 BGB berufen (Abgrenzung von BGHZ 60, 108 = NJW 1973, 611 = LM § 6 AbzG Nr. 17; BGHZ 71, 322 = NJW 1978, 1581 = LM § 196 BGB Nr. 33 L zum damaligen Abzahlungsgesetz).

Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 22. 11. 1991 gewährte die klagende

Bank dem Bekl. zur Finanzierung des Erwerbs eines Opel Kadett ein Darlehen über 29 440,80 DM, das in 72 Raten von je 408,90 DM zu tilgen war. Nach direkter Auszahlung der Darlehenssumme an den Verkäufer, einem örtlichen Autohaus, das den Darlehensvertrag zur Klägerin vermittelt hatte, wurde das Fahrzeug dem Bekl. unter Vereinbarung von Sicherungseigentum zu Gunsten der Kl. übergeben. In der Folgezeit geriet der Bekl. mit den Ratenzahlungen in Verzug und ließ auch die von der Kl. gesetzte zweiwöchige Frist zur Zahlung des rückständigen Betrags von 9692,67 DM trotz angedrohter Fälligkeit der gesamten Restschuld verstreichen. Die Kl. kündigte daher mit Schreiben vom 4. 10. 1994 den Darlehensvertrag fristlos und forderte die Herausgabe des von ihr finanzierten Fahrzeugs. Ob sie dieses im Herbst 1994 gegen den Willen des Bekl. zurücknahm, ist streitig. Der auf Vermittlung der Kl. zu Stande gekommene Kaufvertrag vom 21. 8. 1996 weist als Verkäufer des Fahrzeugs den Bekl. aus. Den Nettoerlös von 1639 DM verrechnete die Kl. mit der Darlehensrestschuld. Mit ihrer Klage nimmt sie den Bekl. nach Erwirkung eines Mahnbescheids im Jahre 2000 auf Zahlung von 26 627,07 DM zzgl. Zinsen in Anspruch. Der Bekl. hat sich auf die Einrede der Verjährung berufen. Er meint, die kurze zweijährige kaufrechtliche Verjährung des § 196 I Nr. 1 BGB gelte wegen des in § 9 III 1 VerbrKrG normierten Einwendungsdurchgriffs auch für die Darlehensrückforderung.

Hat das gem. § 696 ZPO an das zuständige Landgericht abgegebene Verfahren auf Zahlung von 26.627,07 DM nebst Zinsen Aussicht auf Erfolg?

Lösung:

Gem. § 696 ZPO gibt das Amtsgericht, das den Mahnbescheid verfügt hat, auf Antrag einer der beiden Parteien das Verfahren nach Widerspruchseinlegung an das zuständige Gericht zwecks Fortführung der streitigen Verhandlung ab. Die Erfolgsaussichten unterliegen denselben Voraussetzungen wie bei einer originär erhobenen Klage. Da an der Zulässigkeit des Verfahrens keine Zweifel bestehen, kommt es lediglich für die Begründetheit darauf an, ob die Kl. gegen den Bekl. einen entsprechenden Zahlungsanspruch hat.

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens in Höhe von 26.627,07 DM nebst Zinsen gem. §§ 607 I, 609 BGB (= § 488 I 2 BGB n.F.) haben.

A. Anspruch entstanden

Damit ein solcher Anspruch entsteht, bedarf es des

Abschlusses eines entsprechenden wirksamen entgeltlicher Darlehensvertrages sowie der Darlehensvalutierung.

I. Darlehensvertrag

Mit Vertrag vom 22.11.1991 gewährte die Kl. dem Bekl. ein Darlehen in Höhe von 29.44,80 DM, für das der Bekl. Zinsen zahlen sollte. Damit liegt ein entsprechender Vertragsabschluss (§§ 145 ff. BGB) zwischen den Parteien vor.

Dabei müsste der Darlehensvertrag auch wirksam sein, wobei sich seine Wirksamkeit am VerbrKrG (= §§ 491 ff. BGB n.F.) messen lassen muss.

1. Anwendbarkeit des VerbrKrG

In sachlicher Hinsicht müsste ein Kreditvertrag vorliegen, der in diesem Fall in Form des abgeschlossenen Darlehensvertrages gem. § 1 I, II VerbrKrG (= § 491 I BGB) gegeben ist.

Auch die persönlichen Anforderungen sind erfüllt, da die Parteien sich in einer Verbraucher-Unternehmer-Situation gem. §§ 13, 14 BGB befinden. Folglich ist das VerbrKrG anwendbar.

2. Unwirksamkeit wegen eines Mangels in der Form bzw. bei den erforderlichen Mindestangaben

Ein Kreditvertrag unterliegt gem. §§ 4, 6 VerbrKrG (= §§ 492, 494 BGB n.F.) bestimmten Formerfordernissen und Mindestangaben, die - mangels entgegenstehender Anhaltspunkte - als eingehalten zu unterstellen sind.

3. Kein Widerruf

Ein Widerruf des Bekl. hinsichtlich des Kreditvertrages gem. § 7 I VerbrKrG ist nicht erfolgt.

[Anm.: Nach § 7 I VerbrKrG a.F. stellte das Widerrufsrecht des Verbrauchers eine rechtshindernde Einwendung dar, da es den bis dato schwebend unwirksamen Vertrag nur endgültig beseitigte. Seit dem 01.10.2000 stellt das Widerrufsrecht gem. § 361 a BGB (= § 355 BGB n.F.) eine rechtsvernichtende Einwendung dar, die erst auf der Ebene des Anspruchsuntergangs zu prüfen ist.]

4. Ergebnis

Ein wirksamer Darlehensvertrag liegt damit vor.

II. Darlehensvalutierung

Die Darlehenssumme wurde nach Vertragsabschluss am 22.11.1991 an den Bekl. ausgezahlt, so dass auch Valutierung erfolgte

III. Ergebnis

Folglich ist ein entsprechender Rückzahlungs-

anspruch der Kl. auf die Darlehensvaluta nebst Zinszahlung gem. §§ 607, 609 BGB entstanden.

B. Anspruch untergegangen

In Höhe der bis dato gezahlten monatlichen Raten ist der Rückzahlungsanspruch teilweise gem. §§ 362 I, 266 BGB, in Höhe des Veräußerungserlöses (1.639,- DM) durch Verrechnung bis auf einen Restbetrag von 26.627,07 DM untergegangen.

C. Anspruch durchsetzbar

Allerdings könnte der Darlehensrückzahlungsanspruch wegen zwischenzeitlicher Verjährung nicht mehr durchsetzbar sein, wobei der Verjährungseinwand im Wege des Einwendungsdurchgriffs gem. § 9 III VerbrKrG (= § 359 BGB n.F.) aus dem mit dem Darlehen finanzierten Kaufvertrag hergeleitet werden kann.

I. Bestehen der Verjährungseinrede im Kaufvertrag

Nach § 196 I Nr. 1 BGB verjähren die Ansprüche eines Kaufmanns für die Lieferung von Waren in zwei Jahren. Der Bekl. hat den Wagen bei einem Autohaus, also einem Gewerbebetreibenden gekauft, gegen den gem. § 1 I, II HGB die Vermutung greift, dass er deswegen Kaufmann ist. Würde also der Autohändler nunmehr den Kaufpreis verlangen, könnte sich der Bekl. unproblematisch auf die zwischenzeitliche Verjährung berufen.

II. Einwendungsdurchgriff auf den Darlehensvertrag gem. § 9 III VerbrKrG (= § 359 BGB n.F.)

Gem. § 9 III VerbrKrG kann der Verbraucher die Rückzahlung des Kredits verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Kaufvertrag ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen würde.

1. Verbundenes Geschäft

Voraussetzung für einen solchen Einwendungsdurchgriff ist zunächst, dass der Darlehensvertrag mit der Kl. und der Kaufvertrag mit dem Autohaus ein verbundenes Geschäft darstellen. Gem. § 9 I VerbrKrG (= § 358 III BGB n.F.) bildet ein Kaufvertrag mit dem Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft, wenn der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises dient und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Das von der Kl. gewährte Darlehen diene dazu, den Kaufpreis für den angeschafften Wagen zu finanzieren. Fraglich ist daher nur noch, ob Kauf- und Darlehensvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilden. Diese Frage wird - orientiert am Einzelfall - anhand von Indizien geklärt. Ein wichtiges Indiz ist in § 9 I 2 VerbrKrG (= § 358 III 2 BGB n.F.) geregelt, wonach

eine wirtschaftliche Einheit insbesondere anzunehmen ist, wenn der Kreditgeber sich bei der Vorbereitung oder beim Abschluss des Kreditvertrages der Mitwirkung des Verkäufers bedient. Ein weiteres, wenn auch nicht geregeltes Indiz ist die Direktvalutierung des Darlehens an den Verkäufer. Beide Indizien sind in diesem Fall erfüllt. Damit stellen Kaufvertrag und Darlehensvertrag ein verbundenes Geschäft dar.

2. Umfang des Einwendungsdurchgriffs

Fraglich ist jetzt, ob die Verjährung vom Einwendungsdurchgriff von § 9 III VerbrKrG (= § 359 BGB n.F.) erfasst wird. Diese Frage ist allerdings umstritten.

a. Frühere Rechtsprechung zum AbzG

Zwar hat der III. Zivilsenat des BGH unter der Geltung des aufgehobenen Abzahlungsgesetzes angenommen, beim finanzierten Abzahlungskauf verjähre der Anspruch der Teilzahlungsbank auf Rückzahlung des Darlehens nicht gem. § 196 I Nr. 1 BGB in zwei, sondern nach § 195 BGB in dreißig Jahren. Die zum finanzierten Abzahlungskauf von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zielten lediglich darauf ab, den Käufer gegen die Rechtsnachteile zu sichern, die er durch die Aufspaltung des Ratenzahlungsgeschäfts erleide, nämlich die Darlehensforderung tilgen zu müssen, ohne Einwendungen aus Mängeln in der Entstehung und Erfüllung des Kaufvertrags erheben zu können. Dass der Teilzahlungskäufer die Verjährung des Kaufpreisanspruchs geltend machen könnte, wenn dieser nicht durch die Auszahlung der Darlehenssumme getilgt worden wäre, sei ohne Belang (BGHZ 60, 108 [110 f.] = NJW 1973, 611 = LM § 6 AbzG Nr. 17; s. auch BGHZ 71, 322 [325] = NJW 1978, 1581 = LM § 196 BGB Nr. 33 L).

b. Auffassung der Literatur zu dieser Rechtsproblematik des Verjährungsdurchgriff

An dieser Rechtsauffassung kann aber unter der Geltung des Verbraucherkreditgesetzes nicht mehr festgehalten werden. Nach § 9 III 1 VerbrKrG kann der Verbraucher die Rückzahlung des Kredits verweigern, soweit Einwendungen aus dem verbundenen Kaufvertrag ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung seiner Leistung berechtigen "würden". Nach h. M. bedeutet dies, dass alle rechtshindernden, -vernichtenden und -hemmenden Einwendungen und Einreden, einschließlich der Einrede der Verjährung des Kaufpreisanspruchs, die der Verbraucher bei Ausblendung des Kreditvertrags gegen den Verkäufer hätte, dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Teilzah-

lungsbank entgegengesetzt werden können (LG Gera, BB 1999, 2215; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Bearb. [2001], § 9 VerbrKrG Rdnr. 75; Habersack, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 9 VerbrKrG Rdnr. 96; Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl., § 9 VerbrKrG Rdnr. 14; Compensis/Reiserer, BB 1991, 2457 [2462]; Coester, Jura 1992, 617 [622]; Martis, MDR 1999, 65 [69]; a. A. Vortmann, VerbrKrG, § 9 Rdnr. 28; Drescher, Verbrauchercredit u. Bankpraxis, Rdnr. 267; Mues, EWIR 2001, 783 [784]).

c. Ansicht des erkennenden Senats

Der erkennende Senat, der mit der Frage bisher nicht befasst war, teilt im Ergebnis die h. M. Für sie sprechen der Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte und der Sinn und Zweck des in § 9 III VerbrKrG normierten weit reichenden Einwendungsdurchgriffs. Dazu führt er folgende Gesetzesauslegung aus:

aa. Wörtliche Auslegung

Nach dem Wortlaut des § 9 III 1 VerbrKrG stellt das Gesetz beim Einwendungsdurchgriff auf die hypothetische Rechtslage ab, die bestehen würde, wenn der Verbraucher nur dem Verkäufer gegenüberstünde (Staudinger/Kessal/Wulf, § 9 VerbrKrG Rdnr. 75; Bruchner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb. II, 2. Aufl. [2001], § 81 Rdnr. 129; Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 9 Rdnr. 121; Franz, S. 125). Das ergibt sich aus der vom Gesetzgeber gewählten Konjunktiv-Formulierung "berechtigten würden". Der Käufer und Darlehensnehmer ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut beim verbundenen Geschäft also so zu stellen, wie er bei einem nicht finanzierten Teilzahlungsgeschäft, bei dem er den Kaufpreis in Raten an den Verkäufer zu entrichten hätte, stehen würde. Eine Begrenzung des Einwendungsdurchgriffs auf Fälle der Schlecht- oder Nichterfüllung des Kaufvertrags, wie sie nach Art. 11 II 1 lit. d, 2 Richtlinie 87/102/EWG vom 22. 12. 1986 (ABIEG Nr. L 42 v. 12. 2. 1987, S. 48) möglich gewesen wäre, hat in § 9 III 1 VerbrKrG keinen Niederschlag gefunden. Dies wird von der Mindermeinung, die, den Einwendungsdurchgriff nach § 9 III 1 VerbrKrG auf solche Fälle beschränken will (Drescher, Rdnr. 267; Mues, EWIR 2001, 783 [784]), nicht hinreichend beachtet.

Ausgehend vom Wortlaut des § 9 III 1 VerbrKrG sind noch offene Darlehensraten vielmehr grundsätzlich wie Kaufpreistraten zu behandeln. Das in der Rechtsprechung zum Abzahlungsgesetz gegen die Anwendung des § 196 I Nr. 1 BGB auf den Darlehensrückzahlungsanspruch angeführte Argument, die Kaufpreisforderung sei nicht verjährt, sondern durch die

von der Bank an den Verkäufer geleistete Zahlung erloschen (BGHZ 60, 108 [110] = NJW 1973, 611), greift unter der Geltung des Verbraucherkreditgesetzes nicht mehr, da es jetzt auf die hypothetische Rechtslage ankommt, die bestehen würde, wenn der Kaufpreis nicht finanziert worden wäre (Franz, S. 148).

bb. Systematische Auslegung

Für die Ansicht, dass der Teilzahlungskäufer dem Darlehensrückzahlungsanspruch auch die Einrede entgegensetzen kann, ohne die Auszahlung des finanzierten Kaufpreises durch die Teilzahlungsbank an den Verkäufer wäre dessen Kaufpreisanspruch verjährt, spricht außerdem die Systematik des Gesetzes. Von dem in § 9 III 1 VerbrKrG enthaltenen Grundsatz, dass der Darlehensrückzahlungsforderung alle Einwendungen aus dem verbundenen Kaufvertrag entgegengehalten werden können, die dem Käufer und Darlehensnehmer ohne die Aufspaltung des Geschäfts in einen Kauf- und einen Darlehensvertrag zustehen würden, macht das Gesetz nur in § 9 III 2, 3 VerbrKrG Ausnahmen. Die Einrede der Verjährung des Kaufpreisanspruchs nach § 196 I Nr. 1 BGB gehört nicht dazu.

cc. Historische Auslegung

Nach der Entstehungsgeschichte liegt dieser Systematik die erklärte Absicht des Gesetzgebers zu Grunde, durch das an die Stelle des Abzahlungsgesetzes tretende Verbraucherkreditgesetz den Schutz des Verbrauchers zu erweitern und bis auf die Fälle der so genannten partiellen Subsidiarität i. S. des § 9 III 3 VerbrKrG und die Ausnahmetatbestände des § 9 III 2 VerbrKrG grundsätzlich jegliche Schlechterstellung des Käufers und Kreditnehmers aus der Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs in einen finanzierten Kauf und einen Darlehensvertrag zu vermeiden. Im Regierungsentwurf zum Verbraucherkreditgesetz heißt es insoweit ausdrücklich: Der Verbraucher soll durch die rechtliche Aufspaltung nicht schlechter gestellt werden, als wenn ihm - wie bei einem einfachen Abzahlungskauf - nur ein Vertragspartner gegenüberstünde" (BT-DR 11/5462, S. 23).

dd. Teleologische Auslegung

Ausgehend davon, dass § 9 III 1 VerbrKrG den Verbraucher vor den Risiken der rechtlichen Aufspaltung eines Teilzahlungskaufs grundsätzlich umfassend schützen will, gebieten auch Sinn und Zweck des Gesetzes eine Berücksichtigung der kaufrechtlichen Verjährungseinrede gem. § 196 I Nr. 1 BGB gegenüber dem Darlehensrückzahlungsanspruch der Teilzahlungsbank. Für verbundene Geschäfte ist die Leistung des Verbrauchers durch Anweisung an die kreditgebende Bank, die Darlehenssumme direkt an den Verkäufer zu zahlen, typisch. Da der Kaufvertrag dadurch den Charakter eines Bargeschäfts erhält, bei einem verbundenen Geschäft nach dem Sinn und Zweck des § 9 III 1 VerbrKrG aber nicht haben soll, ist der Verbraucher bei einem finanzierten Kauf auf einen dem Kaufrecht entsprechenden Schutz gegenüber dem Darlehensrückzahlungsanspruch angewiesen. Nichts spricht dafür, ihm diesen Schutz im Falle der Verjährung des Kaufpreisanspruchs zu versagen (vgl. Staudinger/Kessal/Wulf, § 9 VerbrKrG Rdnr. 75).

ee. Entscheidung des BGH

Da der Kaufvertrag über den Opel Kadett mit dem zwischen den Parteien geschlossenen Kreditvertrag, wovon das BerGer. - von der Revision unbeanstandet - ohne weiteres ausgegangen ist, ein verbundenes Geschäft i. S. des § 9 I VerbrKrG bildet, kann der Bekl. der Kl. gem. § 9 III 1 VerbrKrG auch entgegengehalten, bei einem normalen Teilzahlungskauf wäre der gesamte noch streitige Anspruch nach § 196 I Nr. 1 BGB verjährt. Dass es sich bei der kaufrechtlichen Verjährung i. S. des § 196 I Nr. 1 BGB um eine Einrede aus dem mit dem Kreditvertrag verbundenen Kaufvertrag handelt, ist unzweifelhaft. Diese greift hier durch, da seit Fälligkeit der gesamten Darlehensrestforderung im Jahre 1994 mehr als zwei Jahre vergangen sind, ohne dass die Kl. verjährungsunterbrechende Maßnahmen veranlassen hat. Feststellungen und ausreichendes Vorbringen der Kl., dass der Bekl. eine rechtzeitige Unterbrechung der Verjährung durch häufigen Wohnungswechsel in den Jahren 1995 und 1996 treuwidrig verhindert hat, fehlen. Aufgrund des Verjährungsdurchgriffs wird die Zahlungsklage der Kl. also erfolglos sein.

Standort: Strafrecht

Problem: Betrug durch Angebotsschreiben

OLG FRANKFURT A.M., BESCHL. VOM 31.10.2001
2 Ws 106/01 (NSTZ-RR 2002, 47)

Problemdarstellung:

Der Senat hatte im Rahmen eines Klageerzwingungsverfahrens über den hinreichenden Tatverdacht hinsichtlich eines versuchten Betrugs zu entscheiden. Der Angekl. hatte zahlreiche als Rechnung erschei-

nende, tatsächlich aber Vertragsofferten enthaltende Schreiben an Gewerbetreibende versandt. Die StA hat das wegen des Verdacht des versuchten Betrugs eingeleitete Ermittlungsverfahren nach § 170 II StPO eingestellt. Nach erfolgloser Beschwerde beantragte die Anzeigerstatterin gerichtliche Entscheidung. Das OLG ist der Ansicht, die Beschwerde sei unbegründet, da der erforderliche Tatentschluss hinsichtlich eines Vermögensschadens nicht hinreichend konkret dargelegt worden sei.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz, da sie die aktuellen Entscheidungen des BGH zur Täuschung durch "richtige Erklärungen" bestätigt und fortführt. In der grundlegenden Entscheidung vom 26.04.2001 (4 StR 439/00) hat der 4. Senat die insbesondere zu § 315 b StGB entwickelte Rechtsprechung des BGH zur Strafbarkeit von "verkehrsgerechtem Verhalten" auf § 263 StGB ausgedehnt. Wie in der Entscheidung vom 19.07.2001 (4 StR 457/00) bestätigt, kann danach auch eine Täuschung durch wahre Tatsachenbehauptungen, namentlich durch die Verwendung von Rechnungsmerkmalen in Angebotsschreiben begangen werden (vgl. zu den Einzelheiten RA 2001, 438 ff., 652 ff.). Daneben betrifft der Beschluss mit dem Klageerzwingungsverfahren eine examensrelevante prozessuale Konstellation.

Vertiefungshinweise:

" Täuschung durch Verwendung von Rechnungsmerkmalen in Angebotsschreiben: *BGH*, NStZ 2001, 430 m. Anm. *Geisler*, NStZ 2002, 86

Kursprogramm:

" *Examenskurs*: "Listigs Lotterieg Glück"

Leitsätze:

Wer Angebotsschreiben planmäßig durch Verwendung typischer Rechnungsmerkmale so fasst, dass der Eindruck einer Zahlungspflicht entsteht, während die - überwiegend kleingedruckten oder auf der Rückseite befindlichen - Hinweise auf den Angebotscharakter völlig in den Hintergrund treten, begeht eine (versuchte) Täuschung i.S. des § 263 I StGB. Dies gilt auch, wenn die Schreiben an im Geschäftsverkehr erfahrene Adressaten, insbesondere an Kaufleute gerichtet sind.

Sachverhalt:

Der Beschuldigte A hatte als verantwortlicher Ge-

schaftsführer eines Unternehmens als Rechnung erscheinende, tatsächlich aber Vertragsofferten enthaltende Schreiben an Gewerbetreibende versandt. In den Schreiben des Beschuldigten wird der Eindruck erweckt, dass es sich hierbei um eine Rechnung für eine bereits in Auftrag gegebene Leistung handelt, namentlich für die Eintragung in eine sog. Markendatei. Die optische Gestaltung erweckt für den Empfänger auf den ersten Blick den Eindruck einer Rechnung. Die gesamte Mitte des Schreibens nimmt farblich herausgehoben die Spalte für den zu zahlenden Betrag und die einzelnen Positionen, aus denen er sich zusammensetzt, ein. Gleichfalls farblich herausgehoben und zudem durch rote Pfeile besonders gekennzeichnet sind im oberen rechten Bereich des Schreibens Angaben zur "zeichnenden Bank", zur "Leitklasse", nochmals der Gesamtbetrag sowie die Buchungsnummer. Beigefügt ist ein ausgefüllter Überweisungsträger. Im unteren linken Bereich des Schreibens, gekennzeichnet durch schwarze Pfeile, finden sich die Daten bezüglich der kurz zuvor erfolgten Eintragung der Ast. in einem Markenblatt. Durch Fettdruck besonders herausgehoben und hierdurch deutlich erkennbar sind die Zahlungsfrist "binnen 10 Tagen" und etwas kleiner gehalten der Hinweis auf die beigefügten Zahlungsvordrucke und die Buchungsnummer. Die insgesamt standardisierte Fassung, welche Spalten für einzelne Vertragsmerkmale wie Nummern, Daten und Beträge enthält, und die ganz besondere Hervorhebung der zu leistenden Zahlung weisen deutlich auf einen Rechnungscharakter des Schreibens hin.

Die zuständige Staatsanwaltschaft hat das eingeleitete Ermittlungsverfahren gem. § 170 II StPO eingestellt. Die Gewerbetreibende G, die ebenfalls ein Schreiben erhalten und das Geschehen zur Anzeige gebracht hat, hat gegen die Einstellung des Verfahrens fristgemäß Beschwerde eingelegt. Diese wurde von der zuständigen Generalstaatsanwaltschaft verworfen.

G fragt, was sie gegen die Entscheidung der Generalstaatsanwaltschaft unternehmen kann und bittet um Prüfung der Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfs.

Lösung:

Gegen den ablehnenden Bescheid der GenStA könnte die G gerichtliche Entscheidung gem. § 172 II 1 StPO beantragen (Klageerzwingungsverfahren). Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 172 II StPO setzt die ordnungsgemäße Durchführung eines Verfahrens nach § 172 I StPO voraus. G hat fristgemäß Beschwerde gegen den Einstellungsbescheid der Staatsanwaltschaft erhoben und die Beschwerde ist zurückgewiesen worden.

II. Antrag beim zuständigen Gericht; Form und Frist

G müsste einen Antrag beim örtlich zuständigen Oberlandesgericht einreichen (§ 172 III 3, IV StPO). Der Antrag ist binnen eines Monats nach der Bekanntmachung der gerichtlichen Entscheidung zu stellen (§ 172 II 1 StPO). Er muss von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein (§ 172 III 2 StPO) und die Tatsachen, welche die Erhebung der öffentlichen Klage begründen sollen, und die Beweismittel angeben (§ 172 III 1 StPO).

III. G als Antragstellerin und Verletzte

G ist Antragstellerin (§ 158 StPO). Sie ist auch Verletzte, da sie durch den Erhalt des Schreibens möglicherweise unmittelbar in ihren eigenen Rechtsgütern betroffen ist.

IV. Kein Ausschluss gem. § 172 II 3 StPO

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist auch nicht gem. § 172 II 3 StPO ausgeschlossen. Es besteht der Verdacht des Betrugs, so dass das Legalitätsprinzip gilt.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, sofern ein genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage besteht (§ 175 StPO). Das ist der Fall, wenn die im Antrag angegebenen Tatsachen einen hinreichenden Tatverdacht i.S. des § 170 I StPO begründen. A könnte eines versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB hinreichend verdächtig sein.

I. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet. Der Versuch des Betrugs ist auch gem. §§ 263 II, 23 I, 12 I StGB mit Strafe bedroht.

*II. Tatentschluss**1. Täuschungshandlung*

Zum insoweit erforderlichen Tatentschluss führt der Senat aus:

a. Täuschung über Tatsachen

“Der Beschuldigte als Verantwortlicher der Gewerbedatei, Kassel, hatte den Tatentschluss zu einer

Täuschungshandlung. Eine Täuschungshandlung besteht in der Vorspielung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen. Als Tatsache in diesem Sinne ist nicht nur das tatsächlich, sondern auch das angeblich Geschehene oder Bestehende anzusehen, sofern ihm das Merkmal der objektiven Bestimmtheit und Gewissheit eigen ist. Hiernach ist die Täuschung jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt. Eine Täuschung kann auch konkludent erfolgen, nämlich durch irreführendes Verhalten, das nach der Verkehrsanschauung als stillschweigende Erklärung zu verstehen ist. Davon ist auszugehen, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht expressis verbis zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (BGH, NStZ 2001, 430 m. w. Nachw.).”

*b. Beurteilung des Schreibens des Beschuldigten**aa. Rechnungselemente des Schreibens*

“In dem Schreiben des Beschuldigten wird auf diese Weise “miterklärt”, dass es sich um eine Rechnung handelt. Der festgestellte optische Eindruck begründet hingegen keinen Hinweis darauf, dass es sich lediglich um ein Angebotsschreiben handelt. Ein Angebot ist demgegenüber typischerweise in ein persönliches Anschreiben in werbender Form gefasst, das schon nach seiner optischen Gestaltung mindestens in gleichem Maße auf die Hervorhebung einer Beschreibung der angebotenen Leistung ausgerichtet ist wie auf die Bezifferung des geforderten Entgelts.

Der Text des von dem Beschuldigten versandten Schreibens enthält weitere typische Rechnungsmerkmale. Es fehlen Anrede und persönliche Grußformel. Die mit einer standardisierten Grußformel überschriebene kleingedruckte Erläuterung in einem verhältnismäßig klein gehaltenen Kästchen im unteren rechten Bereich des Schreibens weist zunächst in zwei Sätzen wiederum auf die bereits erfolgte Eintragung im Markenblatt hin. Erst dann erfolgt die Angabe, dass es sich um eine Leistungsangebote handelt. Die angebotene Leistung wird inhaltlich nicht beschrieben; statt dessen wird auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bezug genommen, bei denen allerdings nicht darauf hingewiesen wird, dass diese sich auf der Rückseite des Schreibens befinden.

bb. Anforderung an ein Angebotsschreiben

Von einem Angebotsschreiben wird allgemein erwartet, dass der Absender in erster Linie die angebotene Leistung beschreibt. Der Leser des von dem Beschuldigten verfassten Schreibens hat hingegen fast keinen

Hinweis darauf, dass er zu der Entschließung veranlasse werden soll, eine angebotene Leistung zu dem hierfür geforderten Entgelt in Anspruch zu nehmen. Auch ist - anders als üblich - eine Unterschrift des Kunden nicht zu einer ausdrücklichen Auftragserteilung oder Auftragsbestätigung, sondern nur auf dem beigefügten Überweisungsträger vorgesehen. Der Empfänger wird das Schreiben zunächst für eine Rechnung halten. Alle für eine Rechnung wichtigen Daten, nämlich den Absender des Schreibens, den vermeintlichen Gegenstand, für den eine Zahlung gefordert wird, den Rechnungsbetrag und die Zahlungsfrist, kann er bei oberflächlichem Lesen erfassen. Ein Leser, der normalerweise zu fristgemäßen von ihm geschuldeten Zahlungen bereit ist, hat danach grundsätzlich gar keine Veranlassung, die übrigen Passagen des Schreibens genau zu lesen, insbesondere ist es in diesem Fall überflüssig, sich mit auf der Rückseite einer Rechnung befindlichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu befassen. Durch die genannten deutlich hervorgehobenen Rechnungsmerkmale wird der Empfänger des Schreibens vielmehr gerade davon abgehalten, die im wesentlichen im Kleingedruckten versteckten Hinweise auf den Angebotscharakter des Schreibens zur Kenntnis zu nehmen, es sei denn er hat ungewöhnlich viel Zeit oder studiert jedes eingegangene Schreiben grundsätzlich äußerst genau. Hiermit ist jedoch ganz üblicherweise nicht zu rechnen. Dies gilt auch für im Geschäftsverkehr erfahrene Adressaten, insbesondere Kaufleute (ebenso Mahnkopf/Sonnberg, NStZ 1997, 187 f.; Garbe, NJW 1999, 2868 [2870] m. w. Nachw.; vgl. auch BGH, NJW 1995, 1361 [1362]; a.A. noch OLG Frankfurt a. M., NStZ 1997, 187; LG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2000, 7 [8]). Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn der Empfänger des Schreibens Veranlassung hat, sich insbesondere über den Grund der Rechnungsstellung zu vergewissern. Gerade insoweit erweckt das Schreiben aber den Eindruck, es beziehe sich auf die kurz zuvor erfolgte Bekanntmachung im Markenblatt. Die zwar fett gedruckte, aber in dem oben genannten farblich hervorgehobenen Kästchen mit für die Zahlung erheblichen Daten und zudem in nicht besonders deutlicher Schrift hinter dem Begriff "Markenregistrierung" versteckte Bezeichnung als "Offerte" ist nicht dazu geeignet, den hervorgerufenen Gesamteindruck einer Rechnung zu beseitigen; vielmehr soll dieser Begriff ersichtlich dazu dienen, dem Schreiben den Anschein zu geben, es erfülle die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Deutlichkeit des Hinweises auf seinen Angebotscharakter."

cc. Würdigung des Schreibens nach dem Empfänger-

horizont

"Diese Würdigung des Erklärungsinhalts des Schreibens erfolgt mithin nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Gesichtspunkten, allerdings unter Berücksichtigung seiner Wirkung auf den durchschnittlichen Erklärungsempfänger. Sie trägt auch dem einer freiheitlich verfassten Gesellschaft inhärenten Grundsatz Rechnung, dass in normalen Geschäftsbeziehungen jeder Beteiligte für sich selbst zu sorgen und sich vor Benachteiligung zu schützen hat (a.M. LG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2000, 7 [8], das Hinweisse im Kleingedruckten und auf der Rückseite eines solchen Schreibens jedenfalls bei im geschäftlichen Verkehr erfahrenen Adressaten für ausreichend hält und im Ergebnis für zulässig erachtet). Die dargelegte Auslegung des Schreibens stellt nicht auf den subjektiven Willen des Erklärenden selbst ab, sondern berücksichtigt die objektiven Umstände, die sich aus der gewählten Gestaltung des Schreibens und der mehr oder weniger deutlichen Darstellung einzelner Erklärungselemente ergeben (a.M. wohl LG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2000, 7 [8]). Die Einschätzung, dass der Verfasser eines solchen Schreibens subjektiv planmäßig vorgeht, resultiert gleichfalls aus einer Würdigung der objektiven Umstände, nämlich der Gestaltung des Schreibens."

dd. Schutzwürdigkeit der Antragstellerin G

"Ohne Bedeutung für die Würdigung des Inhalts eines derartigen Schreibens als irreführend ist es, ob die möglichen Empfänger durch Hinweisschreiben der amtlichen Register vorgewarnt sind, falls diese die Anmelder auf derartige Praktiken ausdrücklich hinweisen (anders LG Frankfurt a. M., NStZ-RR 2000, 7 [8]). Eine Warnung vor Irreführung und möglichem Betrug hat nicht den Zweck, die Schutzwürdigkeit der Gewarnten zu vermindern. Vielmehr kann sie allenfalls das Entstehen eines Irrtums bei demjenigen, der getäuscht werden soll, ausschließen. Es verbliebe jedoch bei dem täuschenden Charakter des Schreibens und damit bei der Möglichkeit des Vorliegens eines versuchten Betruges."

ee. Vorstellung des Beschuldigten

Der in dem Schreiben somit planmäßig erweckte Gesamteindruck der Aufmachung "nach Art einer Rechnung" begründet die Eignung des Schreibens zur Irreführung. Die Annahme einer Täuschung i. S. des Betrugstatbestandes setzt dabei eine Einwirkung auf die Vorstellung des Getäuschten voraus, nämlich ein Verhalten des Täters, das objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Das kann aber selbst dann gegeben sein, wenn die

Adressaten des von dem Beschuldigten veranlassten Schreibens bei sorgfältiger Prüfung den wahren Charakter des Schreibens als Angebot anstatt als Rechnung hätten erkennen können (vgl. BGH, NStZ 2001, 430 [431]). Zur tatbestandlichen Täuschung wird das Verhalten hierbei dann, wenn der Täter die Eignung der - inhaltlich richtigen - Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein "äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens" gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloß, Folge, sondern der Zweck der Handlung ist. Erforderlich ist hierbei ein Handeln mit direktem Vorsatz.

Diese Voraussetzungen liegen nach dem Antragsvorbringen vor. Das von dem Beschuldigten verfolgte Konzept war gerade darauf angelegt, mit dem an sich inhaltlich wahren Schreiben bei den Adressaten Missverständnis und Irrtum hervorzurufen. Dies ergibt sich daraus, dass der Beschuldigte bei der Gestaltung des Schreibens solche Merkmale, die auf den Angebotscharakter hindeuten würden, gerade vermieden und statt dessen deutliche Rechnungsmerkmale gewählt und damit eine zweideutige Form des Vertragsangebots anstelle der möglichen eindeutigen gewählt hat. Hieraus wird deutlich, dass der Beschuldigte gerade eine vermeintlich noch zulässige Fassung des Schreibens wählte, um trotz des angestrebten Irrtums auf Seiten des Empfängers des Schreibens in juristisch möglichst wenig angreifbarer Weise einen Vertragsschluss zu erreichen (vgl. Mahnkopf/Sonnberg, NStZ 1997, 187 [188]). Der isoliert wahre Inhalt des Schreibens diene unter diesen Umständen lediglich als "Fassade", um die von vornherein in betrügerischer Absicht angestrebte Zahlung nach außen hin als vertraglich geschuldet und damit als rechtmäßig erscheinen lassen zu können. Dass sich der Angebotscharakter des Schreibens bei genauem Hinsehen insbesondere aus den beigelegten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergab, beseitigt die - für den angestrebten Irrtum kausale - tatbestandliche Täuschung nicht (vgl. BGH, WPR 1998, 383 [431] m.w.Nachw.)."

2. Tatentschluss bzgl. eines Vermögensschadens

"Aus dem Antragsvorbringen ergeben sich jedoch nicht hinreichend die Voraussetzungen für eine Schadensverursachung. Die Annahme eines Vermögensschadens setzt voraus, dass ein Vergleich der Vermögenslagen vor und nach der Vermögensverfügung in Gestalt des vermeintlichen Eingehens einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit ergibt, dass die Ast. durch die herbeigeführte Situation wirtschaftlich schlechter gestellt ist; denn der Betrugstatbestand schützt nicht die Dispositionsfreiheit eines Getäuschten, sondern

allein das Vermögen.

a. Fehlender Vertragsschluss

Ein Vermögensschaden liegt nicht schon deshalb vor, weil die Ast. zu einer Zahlung veranlasst werden sollte, ohne dass ihr sodann ein wirksamer Anspruch auf eine Gegenleistung zustünde. Zwar wäre im Falle der von dem Beschuldigten angestrebten Zahlung durch die Ast. ein wirksamer Vertrag zwischen den Beteiligten möglicherweise nicht zustande gekommen, obwohl die Zahlung nach den Geschäftsbedingungen der AGR als Annahme der Vertragsofferte gelten sollte. Dem Zustandekommen eines wirksamen Vertrages stünde es schon entgegen, wenn ein Mitarbeiter der Ast., welcher eine Zahlung veranlassen hätte, zum Abschluss eines derartigen Vertrages nicht bevollmächtigt wäre (§ 164 BGB; vgl. BGH, NJW 1990, 1656 [1658]). Auch im Übrigen fehlte es an einer wirksamen Willenserklärung der Ast.. Denn auch nach den Vorstellungen des Beschuldigten hätte den Vertretern der Ast. das Erklärungsbewusstsein gefehlt, da sie infolge des Irrtums über die Bedeutung der Zahlung als Annahmeerklärung nicht das Bewusstsein hätten, eine rechtsgeschäftliche Erklärung abzugeben. Das Fehlen des Erklärungsbewusstseins wäre ausnahmsweise relevant, da der Beschuldigte selbst mit dem Fehlen des Erklärungsbewusstseins rechnete (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl. 2001, Einf. v. § 116, Rdnr. 17). Soweit einem tatsächlichen Verhalten auch ohne ein Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt werden, geschieht dies zum Schurze des redlichen Rechtsverkehrs und setzt einen Zurechnungsgrund voraus, der nur dann gegeben ist, wenn der sich in missverständlicher Weise Verhalten bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGH, NJW 1995, 953 m. w. Nachw.). Hieran fehlt es aber auf Grund der bewussten Täuschung durch den Beschuldigten."

b. Anschein einer vertraglichen Verpflichtung

"Für die strafrechtliche Beurteilung ist es aber ohne Bedeutung, ob ein wirksamer Vertrag zustande kommt oder ob nur der Anschein eines solchen Vertrages erzeugt wird. In beiden Fällen ist die Lage des Getäuschten tatsächlich und wirtschaftlich betrachtet gleich. Er kann sich von dem wirksamen oder nur scheinbaren Vertrag lossagen, muss die Voraussetzungen dafür aber beweisen und läuft Gefahr, das

nicht zu können (BGH, NStZ 2001, 430 [432] = NJW 2001, 2187; BGHSt 22, 88 f.; Lackner, in: LK-StGB, 10. Aufl. § 263, Rdnr. 226). Bei der Prüfung, ob ein Vermögensschaden vorliegt, muss jeweils von dem ausgegangen werden, was der Getäuschte nach der Sachlage, die durch die Täuschung entstanden ist, und abgesehen von seinen bürgerlich-rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten, leisten soll; es muss mit dem verglichen werden, was ihm dafür zugesagt ist (BGH, NStZ 2001, 430 [432]).

c. Wertvergleich der gegenüberstehenden Ansprüche

“Danach kommt es darauf an, ob der Wert einer eingegangenen Verpflichtung nach objektiv individuellem Maßstab den Wert der zu erlangenden Gegenleistung übersteigt (BGH, NStZ 2001, 430 [432] = NJW 2001, 2187; vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 263, Rdnrn. 30ff., 32a, 35f.; Cramer in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 263, Rdnr. 106 ff., 121 ff., 128 m. w. Nachw.). Die Antragschrift enthält hierzu keinen konkreten Vortrag. Im Schriftsatz vom 27. 9. 2001 ist lediglich ausgeführt, dass die Ast. die angebotene Leistung überhaupt nicht gewollt habe und die Aufmachung der "Offerte" gerade zeige, dass einem seriösen Angebotsschreiber keine hinreichende Erfolgsaussicht beigemessen worden wäre. Zwar mag es sein, dass die auf der Grundlage der geführten Markendatei angebotenen Leistungen nahezu wertlos sind, da die Zusammensetzung des Verzeichnisses von dem Zufall abhängt, welche Unternehmen sich haben (täuschen und) eintragen lassen, und da

das Verzeichnis nicht mehr Informationen enthält, als sie aus dem Handelsregister oder dem örtlichen Telefonbuch ohnehin ersichtlich sind (so Garbe, NJW 1999, 2868 [2870]). Mangels konkreter Informationen kann aber nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass das geforderte Entgelt für die angebotenen Leistungen objektiv doch als angemessen angesehen werden könnte.

Der Abschluss eines nach dem objektiven Verkehrswert an sich ausgewogenen Vertrages kann einen Schaden ausnahmsweise dann begründen, wenn die Leistung, die der Getäuschte als Gegenwert erhält, gerade im Hinblick auf die speziellen Bedürfnisse und Zwecke kein ausreichendes Äquivalent darstellt. Auch hierzu fehlt es aber an konkretem Vortrag.”

C. Ergebnis

“Der Antrag ist im Ergebnis nicht begründet. Aus dem Antragsvorbringen ergibt sich zwar der hinreichende Verdacht eines Tatenschlusses des Beschuldigten, bei den Vertretern der Ast. durch eine Täuschungshandlung einen Irrtum zu erregen, durch welchen diese zu einer Vermögensverfügung veranlasst werden sollten; nicht ausreichend dargelegt ist aber, dass hierdurch ein Vermögensschaden bei der Ast. eintreten würde. Sollte die Ast. gegenüber der StA hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme eines Vermögensschadens darlegen, könnte die StA erwägen, die Ermittlungen wieder aufzunehmen und gegebenenfalls Anklage zu erheben.”

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	RA Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Markus Schmülling (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 € (Einzelpreis: 4 € / Heft) inkl. 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.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 € / Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 € / Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 € / Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 € Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	UWZ Schnelldruck GmbH, Oderstr. 40, 48155 Münster, Tel.: 0251/284850; Fax: 0251/2848529