

Öffentliches Recht

Standort: Art. 85 GG

Problem: Wahrnehmungskompetenz der Länder

BVERFG, URTEIL VOM 19.02.2002
2 BVG 2/00 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im Bereich der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG), zu der nach Art. 87c GG i.V.m. dem AtomG weite Teile des Atomrechts zählen, ist zwischen der sogen. "Sachkompetenz" und der "Wahrnehmungskompetenz" zu unterscheiden. Erstere betrifft die Frage, wer in der Sache zu entscheiden, d.h. die anstehenden Rechtsfragen zu beurteilen hat, während letztere die Kompetenz zur Durchführung der getroffenen Sachentscheidungen gegenüber dem Bürger (z.B. den Erlass oder die Verweigerung von Genehmigungen, den Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge usw.) meint.

Das BVerfG geht in st. Rspr. davon aus, dass zunächst beide Kompetenzen den Ländern zustehen. Im Bereich der Sachkompetenz könne der Bund diese allerdings durch Ausübung seines Weisungsrechts nach Art. 85 III, IV GG vollumfänglich an sich ziehen. Grenze dieses Weisungsrechts, dass sich auf die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit einer Sachentscheidung erstreckt (Art. 85 IV GG) sei allein das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens (auch "Bundestreue" genannt). Demgegenüber sei die Wahrnehmungskompetenz uneingeschränkt Sache der Länder, da sich das Weisungsrecht nur auf die Sachkompetenz beziehe.

Im vorliegenden Fall hatte der Bund nun gegenüber dem Energieversorger RWE im Rahmen des sogen. "Atomkonsenses" bestimmte Zusagen gemacht, die das Kernkraftwerk Biblis A in Hessen betrafen, ohne das Land Hessen hieran zu beteiligen. Das Land ist der Auffassung, die Vereinbarungen mit RWE stellten einen unzulässigen Eingriff in seine alleinige Wahrnehmungskompetenz dar, da es sich hierbei um Außenwirkung (den Abschluss von Vereinbarungen mit Dritten) handele. Zudem liege ein Verstoß gegen die Bundestreue vor, da man an den Gesprächen über den Atomkonsens und das weitere Schicksal von Biblis A nicht beteiligt worden sei, mithin keine Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt habe. Der Bund verwies hingegen auf den unverbindlichen Charakter des Atomkonsenses, der keine Rechtsverbindlichkeit ha-

be, sondern nur eine Absichtserklärung von Bund und Energieversorgern beinhalte. Das BVerfG hielt diese i.E. für zulässig, verneint also eine Verletzung der Wahrnehmungskompetenz. Auch sei das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens nicht verletzt, da das Land zwar an der konkreten Vereinbarung nicht beteiligt worden sei, eine "Gesamtschau" des Verfahrens jedoch ergebe, dass auf die Länderinteressen ausreichend Rücksicht genommen worden sei.

Dem Urteil sind Sondervoten der Richter DiFabio und Mellinghoff beigefügt, die - mit beachtlichen Gründen - sowohl hinsichtlich der Verletzung der Wahrnehmungskompetenz der Länder als auch bzgl. der Bundestreue zum gegenteiligen Ergebnis kommen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung wird hohe Wellen schlagen, stellte der Bund-Länder-Streit doch den gesamten Atomkonsens in Frage. In der Sache handelt es sich bei dem Urteil um eine Fortschreibung der "Kalkar II"-Entscheidung des BVerfG. Dort hatte das Land gegen eine Weisung des Bundesumweltministers geklagt. Vorliegend stand nun erstmals ein Verhalten des Bundes gegenüber Dritten in Rede, durch welches sich das Land übergangen fühlte. Das BVerfG geht nach wie vor davon aus, dass der Bund die Sachkompetenz - und nur diese - auf sich überleiten dürfe; allerdings umfasse diese auch das Recht, sich in jeder vom Bund für zweckmäßig gehaltenen Weise Informationen zu beschaffen, um die Sachkompetenz ausüben zu können. Diese Komponente der Sachkompetenz arbeitet das BVerfG vorliegend erstmals klar heraus. Sie umfasse auch informelle Gespräche mit Dritten. Die Wahrnehmungskompetenz der Länder sei erst betroffen und - da schrankenlos - auch verletzt, wenn der Bund *rechtsverbindliche* Absprachen mit Dritten treffe. Der Atomkonsens sei aber nur eine unverbindliche Absichtserklärung. Aus diesem Grund sei auch das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens nicht verletzt. Wolle man dem Bund die Pflicht auferlegen, die Länder bereits an unverbindlich-informellen Gesprächen zu beteiligen, würde dessen Sachkompetenz beschränkt, die jedoch - nachdem der Bund sie an sich gezogen hat - allein diesem zuzukomme.

Der vorliegende Fall könnte ohne weiteres als Bund-Länder-Streit in einer Examensklausur verwertet werden. Ferner könnte die Fallkonstellation der "Kalkar II"-Entscheidung, also eine Klage des Landes gegen eine bundesaufsichtlich Weisung, wieder an Aktualität gewinnen.

Vertiefungshinweise:

- "Kalkar II"-Entscheidung des BVerfG: *BVerfGE* 81, 310
- Länderrechte in der Bundesauftragsverwaltung allgemein: *Dieners*, DÖV 1991, 923;
- Bundesauftragsverwaltung nach dem Atomgesetz: *Steinberg*, AöR 110 (1985), 419; *Winter*, DVBl 1985, 993

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der widerspenstige Minister"

Leitsätze:

- 1. Der Bund darf im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich hält, soweit er dadurch die Wahrnehmungskompetenz der Länder nicht verletzt.**
- 2. Der Bund muss jedoch zuvor die ihm zunächst nur in Form einer "Reservезuständigkeit" verliehene Sachentscheidungsbefugnis erst aktualisieren, indem er diese auf sich überleitet.**
- 3. Bestandteil der Aktivitäten des Bundes zur Vorbereitung und Ausübung seines Direktions- und Weisungsrechts können auch unmittelbare Kontakte nach außen, einschließlich etwaiger informaler Absprachen sein. Allerdings ist dem Bund auch auf dem Feld informalen Handelns ein Selbsteintrittsrecht (vgl. BVerfGE 81, 310, 332) verwehrt.**
- 4. Die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt der Bund erst dann, wenn er nach außen gegenüber Dritten rechtsverbindlich tätig wird oder durch die Abgabe von Erklärungen, die einer rechtsverbindlichen Entscheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz der Länder an sich zieht.**

Sachverhalt:

Am 14. Juni 2000 paraphierten Vertreter der Bundesregierung und der deutschen Atomwirtschaft eine als

"Atomkonsens" bekannt gewordene Vereinbarung, welche den schrittweisen Ausstieg aus der Atomenergie regelt. Das Kernkraftwerk Biblis A (Hessen) betreffend wurde mit der Betreibergesellschaft (RWE) in Anlage 2 des Atomkonsenses vereinbart, dass das Bundesumweltministerium (BMU) prüfen wolle, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Weiterbetrieb des Reaktors möglich sei. Hintergrund war, dass bestimmte Sicherheitslücken bekannt geworden waren, die das Land Hessen bereits 1991 zu nachträglichen Auflagen für den Weiterbetrieb veranlasst hatten, denen aber nicht - bzw. jedenfalls nicht im erforderlichen Umfang - nachgekommen worden war, weil die hierzu erforderlichen Genehmigungen nicht vorlagen. In der Anlage äußerte das BMU daher seine Absicht, bis spätestens Ende August 2002 gegenüber der hessischen Genehmigungsbehörde Maßnahmen zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren zu ergreifen, zu denen insbes. eine Strukturierung der Verfahren und eine Definition der Genehmigungsmaßstäbe gehörten.

Das Land Hessen wurde an den Verhandlungen über den Atomkonsens nicht beteiligt. Es sieht dadurch das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens verletzt. Ferner habe der Bund unzulässigerweise in die Wahrnehmungskompetenz des Landes eingegriffen, indem er mit RWE die in Anlage 2 des Atomkonsenses niedergelegte Vereinbarung getroffen habe. Der Bund sei im Rahmen der für das Atomrecht weithin geltenden Bundesauftragsverwaltung zwar zu Weisungen gegenüber den Ländern berechtigt, nicht aber zu Verhandlungen oder gar zum Abschluss von Vereinbarungen mit Dritten. Dies gelte unabhängig davon, ob es sich um verbindliche Absprachen oder - wie beim Atomkonsens - um rechtlich unverbindliche, politisch-faktisch aber bindende Absichtserklärungen handele.

Das Land Hessen beantragte vor dem BVerfG im Wege eines Bund-Länder-Streits festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die mit RWE in Anlage 2 des Atomkonsenses getroffene Vereinbarung gegen Art. 30 und 85 GG verstoßen und durch Nichtbeteiligung des Landes Hessen an den Verhandlungen das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens verletzt hat. Das BVerfG hat den Antrag zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Das im Bund-Länder-Streit-Verfahren zulässig verfolgte Begehren bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Das Land Hessen wird bei Vollzug des Gesetzes über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 1985 (BGBl I

S. 1565), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. September 2001 (BGBl I S. 2331), im Auftrage des Bundes tätig (Art. 87c GG in Verbindung mit § 24 Abs. 1 Satz 1 AtG). Entgegen der Ansicht der Hessischen Landesregierung hat der Bund nicht die ihm für den Bereich der Auftragsverwaltung nach Maßgabe der Regelungen des Art. 85 GG gezogenen Grenzen überschritten; die behaupteten Verstöße liegen nicht vor.

A. Verletzung von Art. 30, 85 GG

I. Rechte des Bundes und der Länder im Rahmen der Auftragsverwaltung

Die Eigenständigkeit des Landes ist bei der Auftragsverwaltung deutlich begrenzt, obwohl es sich um eine Form der Landesverwaltung handelt und die Länder hierbei Landesstaatsgewalt ausüben. Der Bund hat bei der Auftragsverwaltung im Vergleich zur landeseigenen Ausführung der Bundesgesetze weit stärkere Einwirkungsmöglichkeiten. Seine Aufsicht erstreckt sich nicht nur auf Gesetzmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Gesetzesausführung; vielmehr unterstehen die Landesbehörden von vornherein den Weisungen der obersten Bundesbehörden (vgl. im Einzelnen hierzu BVerfGE 81, 310, 331 f.).

Die Verwaltungskompetenz des Landes ist schon nach der ursprünglichen Zuweisung eingeschränkt. Unentziehbar steht dem Land nur die Wahrnehmungskompetenz, das Handeln und die Verantwortlichkeit nach außen im Verhältnis zu Dritten, zu. Sie bleibt stets Landesangelegenheit. Ein Eintrittsrecht des Bundes ist in Art. 85 GG nicht vorgesehen. Für die Sachbeurteilung und Sachentscheidung gilt dies hingegen nicht. Die Sachkompetenz liegt zwar zunächst ebenfalls beim Land. Der Bund kann sie aber nach eigener Entscheidung dadurch an sich ziehen, dass er das ihm zuerkannte Weisungsrecht in Anspruch nimmt. Diese Inanspruchnahme ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig. Sie ist nach Maßgabe des Art. 85 Abs. 3 GG als reguläres Mittel gedacht, damit sich bei Meinungsverschiedenheiten das hier vom Bund zu definierende Gemeinwohlinteresse durchsetzen kann. Die Sachkompetenz steht dem Land sonach von vornherein nur unter dem Vorbehalt ihrer Inanspruchnahme durch den Bund zu (BVerfGE 81, 310, 332).

II. Zulässigkeit der Kontaktaufnahme des Bundes mit Dritten

Diese Grundsätze hat der Senat in BVerfGE 81, 310 - Kalkar II - vor dem Hintergrund entwickelt, dass sich das antragstellende Land gegen eine erteilte Weisung zur Wehr gesetzt hat. Hierum geht es im vorliegenden

Rechtsstreit nicht. Die antragstellende Hessische Landesregierung beanstandet zunächst verschiedene Handlungen und Vorgehensweisen des BMU gegenüber einem Dritten und nicht auch ein Vorgehen des Bundes gegenüber Hessen. Diesem Handeln soll nach insoweit übereinstimmender Ansicht von Bund und Land nicht die Eigenschaft einer bundesaufsichtlichen Weisung zukommen. Die in BVerfGE 81, 310 (331 ff.) entfaltenen Überlegungen des Senats bedürfen deshalb mit Rücksicht auf den hier zu beurteilenden Sachverhalt der Fortentwicklung.

Der Bund darf im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) alle Aktivitäten entfalten, die er für eine effektive und sachgerechte Vorbereitung und Ausübung seines grundsätzlich unbeschränkten Direktions- und Weisungsrechts für erforderlich hält, soweit er dadurch die Wahrnehmungskompetenz der Länder nicht verletzt. Allerdings steht dem Bund die auf der Sachkompetenz gründende Geschäftsleitungsbefugnis nicht per se zu; er muss die ihm zunächst nur in Form einer "Reservezuständigkeit" verliehene (potentielle) Sachentscheidungsbefugnis erst aktualisieren, indem er diese ausdrücklich oder konkludent auf sich überleitet; denn auch die Sachentscheidungsbefugnis liegt - jedenfalls "zunächst" - ebenfalls beim Land (vgl. BVerfGE 81, 310, 332).

1. Recht des Bundes zur unverbindlichen, informellen Information

Bestandteil der Aktivitäten des Bundes zur Vorbereitung und Ausübung seines Direktions- und Weisungsrechts können auch unmittelbare Kontakte nach außen zu (betroffenen) Dritten, einschließlich etwaiger "informeller" Absprachen sein. Allerdings ist dem Bund auch auf dem Feld informalen Handelns ein Selbsteintrittsrecht zu verwehren. Unter welchen konkreten Voraussetzungen der unerlaubte Versuch eines die Wahrnehmungskompetenz des Landes verdrängenden Selbsteintritts anzunehmen ist, kann vorliegend jedoch offen bleiben.

Im Gegensatz zur Sachkompetenz ist die Wahrnehmungskompetenz des Landes unentziehbar (BVerfGE 81, 310, 332). Das bedeutet konkret, dass dem Land die gesetzesvollziehende rechtsverbindliche Entscheidung mit Außenwirkung, vor allem der Erlass von Verwaltungsakten und der Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen, vorbehalten bleibt. Welche Schranken dem sonstigen Handeln des Bundes nach außen im Bereich der Bundesauftragsverwaltung kraft Verfassung im Einzelnen gezogen sind, bedurfte bisher keiner Entscheidung.

Der Bund ist in Kontakt mit RWE, der Betreiberin des Kernkraftwerks Biblis, getreten, ohne sich hierbei der

herkömmlichen verwaltungsrechtlichen Entscheidungsformen zu bedienen. Für die Wahrnehmung ihrer jeweiligen Kompetenzen können sowohl das Land als auch der Bund ein Spektrum unterschiedlicher Handlungsformen in Anspruch nehmen. Das gilt v.a. im Vorfeld möglicher Entscheidungen.

Auch im Bereich solchen informalen Verwaltungshandelns ist es dem Bund aber verwehrt, gleichsam eine "Schattenverwaltung" neben der der Länder aufzubauen. Der Bund darf die Materie "friedliche Nutzung der Kernenergie" nicht im Widerspruch zu Art. 87c GG der Sache nach dadurch an sich ziehen, dass er für alle Länder den Vollzug des Atomgesetzes über den Einzelfall hinaus gleichsam generell durch Kontakte nach außen reguliert. Hier geht es zwar allein und ausschließlich um die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, auf der Grundlage des Bescheides vom 27. März 1991. Auch in jedem konkreten Einzelfall muss jedoch das informale Handeln des Bundes die vom Grundgesetz getroffene Kompetenzordnung wahren, damit die in Art. 85 GG niedergelegte Struktur der Bundesauftragsverwaltung unangetastet bleibt und eine verfassungsrechtlich unzulässige "Doppelzuständigkeit" von vornherein vermieden wird (vgl. BVerfGE 36, 193, 202 f.; 61, 149, 204; 67, 299, 321).

2. Vorherige Überleitung der Sachkompetenz erforderlich

Aus diesem Grunde ist es unabdingbar, dass der Bund deutlich erkennbar - ausdrücklich oder konkludent - die ihm nach Art. 85 Abs. 3 GG zukommende Sachkompetenz an sich zieht und auf diese Weise das Land auf seine Wahrnehmungskompetenz beschränkt (hierzu BVerfGE 81, 310, 332).

Hat der Bund im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung die Sachkompetenz auf sich übergeleitet, so ist er berechtigt, sich in jeder von ihm für zweckmäßig gehaltenen Weise Informationen zu beschaffen - sei es von der Betreiberin, sei es von den Ländern selbst, sei es durch Sachverständigenkommissionen -, die er zur Ausübung seiner Sachkompetenz für erforderlich erachtet. Jeder Versuch, den Bund bei der Wahrnehmung seiner Sachkompetenz an die Mitwirkung des Landes zu binden und ihn in seiner Informationsbeschaffung einzuengen, würde dessen Geschäftsleitungsbefugnis und Direktionsmacht, auf die die Wahrnehmung der Sachkompetenz letztlich ausgerichtet ist, entgegen der vom Grundgesetz vorgenommenen Aufgabenverteilung beschränken. Die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzt der Bund erst dann, wenn er nach außen gegenüber Dritten und gleichsam an Stelle der auf Grund der Wahrnehmungskompe-

tenz des Landes für eine Entscheidung gegenüber Dritten berufenen Landesbehörde rechtsverbindlich tätig wird oder durch die Abgabe von Erklärungen, die einer rechtsverbindlichen Entscheidung gleichkommen, die Wahrnehmungskompetenz des Landes an sich zieht.

III. Wahrung der Zulässigkeitsvoraussetzungen

Es bedarf auf Grund des zur Entscheidung stehenden Sachverhalts keiner auf weitere Einzelheiten eingehenden Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Bund im Bereich vorbereitenden informalen Verwaltungshandelns in verfassungswidriger Weise die Wahrnehmungskompetenz des Landes verletzen könnte. Für ein Handeln, das seinem Gewicht nach einer rechtsverbindlichen Entscheidung gleichkommt, bestehen vorliegend keine Anhaltspunkte. Der Bund hat im Streitfall die Wahrnehmungskompetenz des Landes Hessen in Bezug auf die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, nicht verletzt.

1. Überleitung der Sachkompetenz

Der Bund hat durch seine Weisung vom 29. Oktober 1999 seine Sachkompetenz in Anspruch genommen und dies dem zuständigen Landesministerium jedenfalls konkludent angezeigt; denn dieses wurde angewiesen, "Genehmigungen nach § 7 Abs. 1 des Atomgesetzes zur Veränderung des Atomkraftwerks Biblis, Block A oder seines Betriebs erst nach bundesaufsichtlicher Zustimmung zu erteilen". Damit war für das HMULF offenkundig, dass sich das BMU aktiv in das Verfahren zur Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, einzuschalten gedachte, das seit dem Störfall vom 16./17. Dezember 1987 ausgelöst worden war und durch den Bescheid vom 27. März 1991 eine Konkretisierung erfahren hatte. Ein Mehr an Förmlichkeiten war entbehrlich. Es ist auf den Empfängerhorizont abzustellen. Die Weisung über einen umfassenden Zustimmungsvorbehalt war von der zuständigen Landesbehörde ohne vernünftige Zweifel über deren Tragweite dahin aufzunehmen, dass der Bund die Genehmigungsverfahren maßgeblich im verfassungsrechtlichen Binnenverhältnis zu begleiten denkt.

2. Unverbindlicher Charakter des Atomkonsenses

Bezüglich der Vereinbarung vom 14. Juni 2000 hat das Land Hessen insoweit keine Rechtsposition. Der "Atomkonsens" ist Angelegenheit des Bundes und er kann deshalb völlig unabhängig von den Ländern agieren. Beteiligungsrechte der Länder, die in der Verfassung eine Stütze finden könnten, sind insoweit weder

dargetan noch ersichtlich.

Der Aussagegehalt der Anlage 2 zu dieser Vereinbarung, die das Kernkraftwerk Biblis betrifft, fällt in die vom Bund in Anspruch genommene Sachkompetenz. Deren materieller Aussagewert ist gering; es handelt sich um typische und politisch übliche Absichtserklärungen, an denen kein vernünftig und verantwortlich Handelnder ein "Tau festbinden" würde. Es ist nicht zu erkennen, welches Informationsinteresse das Land Hessen insoweit hätte haben können, vor allem auch unter dem Gesichtspunkt, dass es später nicht zu einer Weisung gekommen und das Land selbst auf die Linie des Bundes eingeschwenkt ist.

Auch die Erklärung vom 29. August 2000 gegenüber RWE hat keinen anderen als einen politischen und unverbindlichen Inhalt. Die Antragstellerin vermochte einen anderen Gehalt nicht plausibel darzulegen; er erschließt sich dem Senat auch nicht. Ihr Verhalten ist insoweit widersprüchlich. Hätte die Erklärung vom 29. August 2000 gegenüber RWE die von der Antragstellerin behauptete Bedeutung, hätte sie konsequenterweise das "Festlegungsschreiben" vom 29. August 2000 angreifen müssen.

Vor diesem Hintergrund und vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass die Antragstellerin inzwischen auf die Linie des Bundes bezüglich der Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis eingeschwenkt ist, läuft ihr Begehren darauf hinaus, dass das Weisungsrecht des Bundes und die ihm vorausgehenden informalen Handlungen und Maßnahmen an die Mitwirkung des jeweils betroffenen Landes gebunden werden und damit das Weisungsrecht des Art. 85 Abs. 3 GG der Sache nach im Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Struktur der Bundesauftragsverwaltung in eine Landesaufsicht über den Bund umgekehrt würde.

Die Antragstellerin hat keine Gesichtspunkte dafür vorgetragen, dass ihre Wahrnehmungskompetenz in Bezug auf die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, in irgendeiner rechtlich erheblichen Weise beeinträchtigt oder gar verletzt worden wäre. Sie hat nicht darzulegen vermocht, auf Grund welcher der von ihr angegriffenen Maßnahmen oder Handlungen des Bundes einschließlich der von ihm gepflogenen Gespräche, die im Antrag im Einzelnen bezeichnet sind, ihre Wahrnehmungskompetenz nach Maßgabe des Art. 85 GG und ihre auf dem Vollzug des Atomgesetzes beruhende Entscheidungszuständigkeit über die Genehmigungsanträge der RWE rechtlich oder sachlich gebunden worden wären.

B. Verletzung des Gebots bundesfreundlichen Verhaltens

Die Möglichkeit des Bundes, die Sachkompetenz an

sich zu ziehen und das Land auf seine Wahrnehmungskompetenz zu beschränken, bedeutet allerdings nicht, dass der Bund bei deren Inanspruchnahme keinerlei Bindungen unterläge. Er unterliegt auch bei Ausübung seiner Sachkompetenz der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten. Diese verlangt, dass sowohl der Bund als auch die Länder bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen die gebotene und ihnen zumutbare Rücksicht auf das Gesamtinteresse des Bundesstaates und auf die Belange der Länder nehmen (vgl. hierzu auch BVerfGE 81, 310, 337 m.w.N.). Der Bund verstößt gegen diese Pflicht nicht schon dadurch, dass er von einer ihm durch das Grundgesetz eingeräumten Kompetenz Gebrauch macht; vielmehr muss deren Inanspruchnahme missbräuchlich sein (BVerfGE 81, 310, 337) oder gegen prozedurale Anforderungen verstoßen, die aus diesem Grundsatz herzuleiten sind (BVerfGE 81, 310, 337).

I. Anforderungen des Gebots bundesfreundlichen Verhaltens

Welche Folgerungen aus dem Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens konkret zu ziehen sind, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Mit Blick auf den hier zur Entscheidung stehenden Streitfall gilt:

1. Auswahl der Informationsquellen grds. Sache des Bundes

Die in BVerfGE 81, 310 (337) - Kalkar II - entwickelten Maßstäbe lassen sich nicht ohne Weiteres auf das hier zu beurteilende informale Handeln des Bundes übertragen, weil sie auf die Weisung nach Maßgabe des Art. 85 Abs. 3 GG abgestimmt sind. Hier ist jedoch der einer Weisung vorgelagerte Bereich der Informationsbeschaffung durch den Bund angesprochen. Es obliegt insoweit allein dessen Entscheidung, ob er sich im jeweils zu betrachtenden Einzelfall überhaupt noch veranlasst sieht, eine Weisung zu erteilen, nachdem er sich umfassend sachlich informiert und das allein von ihm zu definierende Gemeinwohlinteresse - beispielsweise in Form einer bundesaufsichtlichen Stellungnahme - dem betroffenen Land zur Kenntnis gebracht hat. Eine derartige Sachverhaltskonstellation haben die Ausführungen von Antragstellerin und Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung zutage gefördert; denn die Hessische Landesregierung ist bezüglich der Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, auf die Linie des BMU eingeschwenkt, weshalb dieses eine Weisung für dessen Nachrüstung für entbehrlich gehalten und sich - nach einmütiger Ansicht aller Beteiligten - auf eine bloße bundesaufsichtliche Stellungnahme beschränkt hat. Schon vor den von der Antragstellerin

angegriffenen Maßnahmen und Vorgehensweisen hatte das BMU am 31. März 1999 seine früheren Weisungen an das HMULF aufgehoben und diesem damit auch freie Hand gelassen, den Betrieb des Kernkraftwerks vorläufig einzustellen, bis die Nachrüstung durchgeführt sein werde.

2. Mögliche Beeinträchtigung der Länderinteressen bei laufenden Verwaltungsverfahren

Gleichwohl ist im Bereich informalen Handelns wegen des Kontakts zu Dritten ein gewisses Gefahrenpotential nicht zu verkennen, aus dem sich grundsätzliche Beeinträchtigungen der Wahrnehmungskompetenz des Landes ergeben können, ohne dass dies dem Land bekannt und dieses in die Lage versetzt wird, den Bund mit den für die Länder bei einer solchen Konstellation vorgesehenen verfassungsprozessualen Rechtsbehelfen "in die Schranken weisen" zu lassen.

Der hier zu entscheidende Streitfall zeigt indes Besonderheiten auf. Das vorliegend zwischen Bund und Land begründete Verfassungsrechtsverhältnis im Sinne des Art. 85 GG - Bundesauftragsverwaltung - bezieht sich allein und ausschließlich auf die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, auf der Grundlage des Bescheides vom 27. März 1991. Hierauf ist zugleich die Wahrnehmungskompetenz des Landes Hessen beschränkt. Dieses verfassungsrechtliche Binnenverhältnis zwischen Bund und Land und das verwaltungsrechtliche Außenverhältnis zwischen dem Land Hessen und RWE als Betreiberin des Kernkraftwerks Biblis werden gleichsam durch den "Atomkonsens" und den von der Bundesregierung beabsichtigten Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie überlagert. Hinsichtlich dieser Ziele und Maßnahmen des Bundes kann jedoch das Land Hessen keinerlei Rechtspositionen entsprechend den vom Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 81, 310 (337 f.) aufgestellten Grundsätzen in Anspruch nehmen; denn der Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie sowie die Vereinbarung vom 14. Juni 2000 liegen außerhalb der Bundesauftragsverwaltung nach Maßgabe des Art. 85 GG. Legitime Interessen des Landes Hessen, die in der verfassungsrechtlich gebotenen Achtung seiner Wahrnehmungskompetenz wurzeln, sind allein bezüglich der Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, in Ausführung des Bescheides vom 27. März 1991 anzuerkennen. Das Land kann Informations- und Beteiligungsrechte nur in Bezug auf dieses der Bundesauftragsverwaltung zuzurechnende Verwaltungsverfahren beanspruchen.

3. Lösung des Kompetenzkonflikts

In einem Überlagerungsbereich, wie er im Streitfall

gegeben ist, in dem ein konkretes Verwaltungsverfahren anhängig ist und der Bund zugleich außerhalb dieses Verfahrens agiert, was nicht notwendig im Rahmen der Vorbereitung eines Gesetzes geschehen muss, können die Sphären von Bund und Land nicht eindeutig gegeneinander abgegrenzt werden. Allerdings gibt es Eckpunkte, deren Einordnung verfassungsrechtlich zweifelsfrei möglich ist. Zieht der Bund die ihm zukommende Sachkompetenz ausdrücklich oder konkludent an sich, ist das Land zugleich informiert. Es ist verfassungsrechtlich nicht geboten, dass der Bund seine weiteren Schritte in Wahrnehmung seiner Sachkompetenz dem Land offen legt oder es gar hieran beteiligt; denn die Inanspruchnahme der Sachkompetenz ist nicht auf Ausnahmefälle begrenzt und auch nicht weiter rechtfertigungsbedürftig (vgl. BVerfGE 81, 310, 332). Die Sachkompetenz verbleibt dem Bund ungeschmälert und ist nicht nur gefiltert durch eine Beteiligung des betroffenen Landes eröffnet. Das Land selbst genießt wirksamen, aber auch ausreichenden Schutz durch die prozeduralen Anforderungen vor Erteilung einer Weisung, wie sie in BVerfGE 81, 310 - Kalkar II - niedergelegt sind. Kommt es zu keiner Weisung und verbleibt das informale Handeln des Bundes im Vorfeld, muss es durch die Sachkompetenz gedeckt sein. Der Bund kann deshalb alle die informalen Handlungen und Maßnahmen ohne Beteiligung des Landes vornehmen, die ihm auch zur Vorbereitung einer Weisung zur Verfügung stünden. Ist das informale Handeln des Bundes von dem konkreten Verwaltungsverfahren und der Wahrnehmungskompetenz des Landes in Bezug auf dieses so weit entfernt, wie dies hier der Fall ist, bedarf es keiner näheren Unterrichtung im Allgemeinen und schon gar nicht einer Unterrichtung über Einzelschritte bezüglich der gepflogenen Gespräche, die die Antragstellerin hier angeht. Vielmehr ist eine ganzheitliche Betrachtung geboten. Diese ganzheitliche Betrachtung verlangt, das Vorgehen des Bundes im Zeitraum von der verfahrensleitenden Weisung am 29. Oktober 1999 bis zu dem "Festlegungsschreiben" am 29. August 2000 insgesamt und nicht lediglich punktuell zu würdigen. Auch wenn es zu keiner Weisung gekommen ist, war das Land Hessen auf Grund dieses Schreibens, der vorangegangenen Presseberichte und auf Grund des Schreibens vom 31. März 1999 über die Aufhebung der vormals erteilten Bundesweisungen in der Lage, fortwährend seine Auffassung über die Nachrüstung des Kernkraftwerks Biblis, Block A, in geeigneter Weise gegenüber dem Bund geltend zu machen und in den Entscheidungsfindungsprozess einzubringen.

Standort: Art. 46 GG**Problem: Immunität eines Bundestagsabgeordneten**

BVERFG, URTEIL VOM 17.12.2001

2 BVE 2/00 (DVBL 2002, 193)

Problemdarstellung:

Der CDU-Bundestagsabgeordnete Profalla sah sich wenige Tage vor der Landtagswahl in NRW, für die er im Schattenkabinett der CDU als Justizminister aufgestellt war, mit einem staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahren gegen sich wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung konfrontiert. Das Verfahren hat nach seinem Bekanntwerden unmittelbar vor der Wahl hohe Wellen geschlagen und - vorsichtig formuliert - die Wahlchancen Profallas und der CDU insgesamt zumindest nicht verbessert. Nachdem sich die Vorwürfe gegen ihn als haltlos herausgestellt hatten, klagte Profalla im Wege des Organstreitverfahrens vor dem BVerfG gegen den Dt. Bundestag (BT), weil dieser seine Immunität aufgehoben (Art. 46 II GG) bzw. das gegen ihn laufende Ermittlungsverfahren nicht ausgesetzt habe (Art. 46 IV GG).

Nachfolgend ist die Entscheidung des BVerfG wiedergegeben, in der sich der 2. Senat inhaltlich mit der Frage auseinandersetzen musste, ob und in welchem Umfang Art. 46 II, IV GG i.V.m. Art. 38 I 2 GG dem einzelnen Abgeordneten subjektive, im Wege des Organstreitverfahrens einklagbare Rechte vermitteln. Das Gericht beschreitet einen Mittelweg, indem es Art. 46 II und IV GG i.V.m. Art. 38 GG zunächst den Charakter eines subjektiven Rechts zuspricht - was zur Bejahung der Antragsbefugnis des Abgeordneten und damit zur Zulässigkeit des Organstreitverfahrens führt -, dieses aber inhaltlich auf eine reine Willkürkontrolle reduziert. Der BT sei in seiner Entscheidung nach Art. 46 GG weitgehend frei und genieße einen Beurteilungsspielraum, der nur auf evidente Verstöße, also willkürliche, sachfremde Entscheidungsgründe hin überprüfbar sei. Gemessen an diesen Maßstäben weist das Gericht sodann die Anträge Profallas als unbegründet zurück, da die Entscheidung des BT trotz einiger Bedenken nicht willkürlich gewesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Das BVerfG hat die Frage nach Ansprüchen des Abgeordneten aus Art. 46 II bis IV GG ("Immunität") mit der vorliegenden Entscheidung unter Einbeziehung des Art. 38 I 2 GG nun im Sinne der bisher h.M. in der Literatur beantwortet, die schon immer (nur, aber immerhin) einen Anspruch auf willkürfreie Entschei-

dung angenommen hatte. Nicht zu verwechseln ist die Immunität übrigens mit der sogen. Indemnität des Art. 46 I GG, die als persönlicher Strafausschließungsgrund zum Schutz der Redefreiheit des Abgeordneten fungiert.

Beachtet werden sollte auch, dass das Bestehen eines Rechts des Abgeordneten aus Art. 46 GG keine Frage der Begründetheit, sondern unter "Antragsbefugnis" bereits der Zulässigkeit des Organstreitverfahrens ist. Zwar gilt auch im Rahmen des § 64 I BVerfGG die sogen. "Möglichkeitstheorie", nach der bereits die Möglichkeit einer Rechtsverletzung des ASt. genügt; diese setzt aber gerade voraus, dass das Recht, welches möglicherweise verletzt sein soll, in der Person des ASt. überhaupt besteht!

In persönlicher Hinsicht gilt Art. 46 GG i.Ü. trotz des offenen Wortlauts ("ein Abgeordneter") nur für Abgeordnete des Deutschen Bundestages, wie die systematische Stellung der Vorschrift im III. Abschnitt des GG zeigt. Für Landtagsabgeordnete muss auf die entsprechenden Vorschriften der jeweiligen Landesverfassung (z.B.: Art. 47 und 48 LVerf NW) zurückgegriffen werden.

Vertiefungshinweise:

Recht auf willkürfreie Entscheidung des Abgeordneten aus Art. 46 II, IV GG: *BayVerfGHE* 19, 1; *Maunz* in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 46 Rz. 71; *AK-Schneider*, Art. 46 Rz. 16; a.A. *Achterberg/Schulte* in: *v.Mangoldt/Klein*, GG, Art. 46 Rz. 51

Überblick zu Indemnität und Immunität: *Walter*, *Jura* 2000, 496

Gutachterliche Falllösung zu Art. 46 GG: *Erbguth/Stollmann*, *JuS* 1993, 488

Leitsätze:

1. Aus Art. 46 Abs. 2 GG können sich nicht ohne weiteres Rechte eines einzelnen Abgeordneten gegenüber dem Bundestag ergeben; der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung von Abgeordneten dient vornehmlich dem Parlament als Ganzes.

2. Der einzelne Abgeordnete hat aber aus Art. 46 Abs. 2 i. V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG einen Anspruch darauf, dass sich das Parlament bei der Entscheidung über die Aufhebung der Immunität nicht - den repräsentativen Status des Abgeordneten grob verkennend - von sachfrem-

den, willkürlichen Motiven leiten lässt.**Sachverhalt:**

Der Ast. ist als Angehöriger der CDU/CSU-Fraktion Mitglied des 14. Deutschen Bundestags (BT). Für den Fall eines Wahlsieges der CDU bei der Landtagswahl in NRW am 14. 5. 2000 war er für das Amt des Justizministers NRW vorgesehen.

Mit Schreiben vom 17. 4. 2000 teilte der Leitende Oberstaatsanwalt (LOStA) in K. dem Präsidenten des BT (Ag. zu 2) mit, es sei beabsichtigt, gegen den Ast. ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung einzuleiten. Der Anfangsverdacht ergebe sich aus einem Vergleich des von dem Ast. in den Jahren 1993 bis 1997 für Immobiliengeschäfte und Kapitalanlagen aufgewendeten Vermögens und den für diesen Zeitraum in den Steuererklärungen angegebenen Einkünften. Er bitte, soweit erforderlich, eine Entschließung des BT über die Genehmigung des Vollzugs von Durchsuchungen und Beschlagnahmen herbeizuführen.

Am 4.5.2000 ordnete das AG K. die Durchsuchung der Wohnräume des Ast. in W. und B., seiner Büroräume in B. und seines Wahlkreisbüros in K. sowie die Durchsuchung von Wohn- und Büroräumen seiner geschiedenen Ehefrau und in den Geschäftsräumen verschiedener Kreditinstitute an. Mit Schreiben vom 5.5.2000 bat der LOStA in K. den Ag. zu 2 unter Beifügung der Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse, eine Entschließung des BT (Ag. zu 1) über die Genehmigung des Vollzugs der angeordneten Maßnahmen herbeizuführen. Auf einstimmige Empfehlung des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung beschloss der Ag. zu 1 am 11.5.2000 ohne Aussprache und in sofortiger Abstimmung die beantragten Genehmigungen zu erteilen. Die Durchsuchungen fanden noch am selben Tag, drei Tage vor der Landtagswahl in NRW, statt.

Am 12.5.2000 teilte der Ast. auf einer Pressekonferenz mit, dass er seine Vermögensverhältnisse freiwillig gegenüber der Staatsanwaltschaft offengelegt habe. Den Vorwurf der Steuerhinterziehung wies er zurück. Auf seine Beschwerde stellte das LG K. durch Beschluss vom 11.8.2000 rechtskräftig fest, dass die Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse des AG rechtswidrig gewesen seien. Am 14.8.2000 stellte die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren wegen fehlenden Tatverdachts ein. Am 19.9.2000 entschuldigte sich der Justizminister des Landes NRW beim Ast. für das rechtswidrige Vorgehen seiner Behörden. Der zuständige Generalstaatsanwalt wurde in den einstweiligen Ruhestand versetzt.

Am 26.10.2000 hat der Ast. das Organstreitverfahren

anhängig gemacht und u.a. die Feststellung beantragt, dass [...]

1b) der Ag. zu 1) in der 102. Sitzung der 14. Wahlperiode am 11.5.2000 die Genehmigung zum Vollzug von Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüssen des AG K. vom 4.5.2000 gegen den Ast. erteilt und

1c) es unterlassen hat, gemäß Art. 46 Abs. 4 GG die Aussetzung des Strafverfahrens gegen den Ast. zu verlangen. Das BVerfG hat die Anträge zurückgewiesen.

Aus den Gründen:**A. Zulässigkeit**

Die Anträge zu 1. b) und c) sind zulässig.

I. Antragsfrist

Insoweit hat der Ast. mit seiner am 26.10.2000 eingegangenen Antragschrift die Antragsfrist des § 64 Abs. 3 BVerfGG gewahrt. Die Frist für den Antrag zu 1b) begann mit Kenntnis des Ast. von der Genehmigung vom 11.5.2000 zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen zu laufen. Die mit dem Antrag zu 1c) begehrte Aussetzung des Strafverfahrens hätte der Ag. zu 1 frühestens nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens, also nach dem 30.4.2000, verlangen können, so dass auch die Frist frühestens dann zu laufen begann.

II. Antragsbefugnis

Der Ast. ist auch antragsbefugt. Im Organstreit kann der einzelne Abgeordnete die behauptete Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts, das mit seinem Status verfassungsrechtlich verbunden ist, geltend machen. Sein Antrag ist zulässig, wenn nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Ag. Rechte des Ast., die aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsen, durch die beanstandete rechtserhebliche Maßnahme verletzt oder unmittelbar gefährdet hat, § 64 Abs. 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 94, 351, 362; 99, 19, 28).

1. Mögliche Verletzung des Ast. in seinem Recht aus Art. 38 I 2 i.V.m. 46 II GG

Der Ast. rügt eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 i. V. mit Art. 46 Abs. 2 GG. Diese Rüge ist zulässig.

a. Herleitung und Umfang des subjektiven Rechts

Zwar können sich aus Art. 46 Abs. 2 GG nicht ohne weiteres Rechte eines einzelnen Abgeordneten gegenüber dem BT ergeben. Denn der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung von Abgeordneten dient vornehmlich dem Parlament als Gan-

zes. Der einzelne Abgeordnete hat aber aus Art. 46 Abs. 2 i.V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG einen Anspruch darauf, dass sich das Parlament bei der Entscheidung über die Aufhebung der Immunität nicht - den repräsentativen Status des Abgeordneten grob verkennend - von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt.

aa. Auslegung nach dem Wortlaut

Gemäß Art. 46 Abs. 2 GG darf ein Abgeordneter wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung grundsätzlich nur mit Genehmigung des BT zur Verantwortung gezogen oder verhaftet werden. Aus diesem Wortlaut allein lässt sich ein subjektives Recht des Abgeordneten gegenüber dem BT auf den Fortbestand oder die Aufhebung der Immunität nicht herleiten. Allerdings begründet der Genehmigungsvorbehalt ein Verfahrenshindernis zu Gunsten des Abgeordneten (vgl. Magiera, in: Sachs, GG, 2. Aufl., Art. 46 Rdnr. 12; Klein, in: Schneider/Zeh, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 17 Rdnr. 38). Gegenüber Maßnahmen der Strafverfolgungsorgane kann er sich auf das Fehlen der erforderlichen Genehmigung berufen.

bb. Historische Auslegung

Auch aus der Geschichte des Immunitätsrechts lässt sich ein Recht des Abgeordneten gegenüber dem Parlament auf Aufrechterhaltung oder Aufhebung seiner Immunität nicht herleiten [wird ausgeführt]. Auch die Anerkennung eines Anspruchs des Abgeordneten darauf, dass sich das Parlament bei seiner Immunitätsentscheidung nicht von sachfremden, willkürlichen Motiven leiten lässt, wird zwar durch die historische Entwicklung des Immunitätsrechts und die Entstehungsgeschichte des Art. 46 Abs. 2 GG nicht gestützt; sie stehen einem solchen Anspruch aber auch nicht entgegen. Ein Schutz des einzelnen Abgeordneten gegenüber dem Gesamtparlament ist erst unter Geltung des GG durch die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit und des Organstreitverfahrens möglich geworden. Im parlamentarischen Rat ging es zudem um eine besondere Konstellation, nämlich um Rechtsschutz gegen die Aufrechterhaltung der Immunität. Dass der Abgeordnete über die Immunität nicht disponieren, insbesondere nicht auf sie verzichten kann, ist unbestritten (vgl. Schulze-Fielitz, in: Dreier, GG, Bd. II, 1998, Art. 46 Rdnr. 23).

cc. Teleologische Auslegung

Sinn und Zweck der Immunität bestätigen ebenfalls, dass die Immunität dem Schutz des Parlaments dient.

Der den Genehmigungsvorbehalt des Art. 46 Abs. 2 GG rechtfertigende und in Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG zum Ausdruck kommende Gedanke der Repräsentation begründet jedoch auch einen Anspruch des Abgeordneten: Das Parlament muss die Entscheidung über die Aufhebung der Immunität im Hinblick auf den repräsentativen Status des Abgeordneten frei von Willkür treffen.

(1). Kritik am Fortbestand der Immunität

Spätestens seit der Weimarer Republik wird geltend gemacht, dass die Immunität ein Anachronismus und ihr geschichtlicher Zweck seit dem Übergang von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie entfallen sei. Angesichts der Tatsache, dass die Regierung - einschließlich des Justiz- und des Innenministers - vom Vertrauen des Parlaments abhängig sei, könne die Gefahr "tendenziöser Verfolgung" von Abgeordneten durch die Exekutive kaum mehr praktisch werden (Bockelmann, Die Unverfolgbarkeit der deutschen Abgeordneten nach deutschem Immunitätsrecht, 1951, S. 11). Die Ansicht, dass die Immunität im demokratischen Rechtsstaat überholt und überflüssig sei, unterstellt ein ideales Verhältnis von geschriebenem Recht und Verfassungswirklichkeit. Die Gefahr willkürlicher Verfolgung von Abgeordneten mag in einem funktionierenden Rechtsstaat wenig wahrscheinlich sein. Gänzlich auszuschließen ist sie nicht. Die Geschichte lehrt, wie bereits der BayVerfGH zutreffend festgestellt hat (NF 11, 146, 155), dass in Zeiten politischer Spannungen keine sichere Gewähr dafür besteht, dass das Parlament frei von Übergriffen der Behörden seinen Aufgaben nachkommen kann. Die Schutzvorkehrung der Immunität soll gerade dazu beitragen, dass das Parlament in kritischen Situationen handlungsfähig bleibt.

Im Übrigen sind selbst korrekte, nicht in politischer Absicht veranlasste behördliche Maßnahmen geeignet, die Arbeit des Parlaments zu beeinträchtigen. Das gilt gleichermaßen für jene Ermittlungen, die entweder durch Anzeigen, die Streitlust Privater oder durch Verdächtigungen seitens der Medien ausgelöst worden sind (vgl. BayVerfGH, a.a.O., S. 157; Klein, a.a.O., § 17 Rdnr. 68). Art. 46 Abs. 2 GG macht den Genehmigungsvorbehalt nicht davon abhängig, ob die behördliche Maßnahme korrekt oder rechtswidrig ist. Selbst die rechtlich einwandfreie Strafverfolgungsmaßnahme gegen einen Abgeordneten setzt die vorherige Genehmigung des Parlaments voraus. Auch in diesem Falle kann das Parlament mit Rücksicht auf seine Belange die Genehmigung verweigern.

(2). *Rechtfertigung der Immunität im demokratischen Rechtsstaat*

(a). *Repräsentative Demokratie*

Die Immunität findet heute ihre Rechtfertigung vor allem im Repräsentationsprinzip. Auch wenn das GG den einzelnen Abgeordneten als "Vertreter des ganzen Volkes" bezeichnet, so kann er dieses doch nur gemeinsam mit den anderen Parlamentsmitgliedern repräsentieren. Wird das Volk bei parlamentarischen Entscheidungen nur durch das Parlament als Ganzes, d. h. durch die Gesamtheit seiner Mitglieder, angemessen repräsentiert, so muss die Mitwirkung aller Abgeordneten bei derartigen Entscheidungen nach Möglichkeit und im Rahmen des im demokratisch-parlamentarischen System des GG Vertretbaren sichergestellt sein (vgl. BVerfGE 44, 308, 316; 80, 188, 217; 84, 304, 321; vgl. auch Klein, a.a.O., § 17 Rdnr. 68; Magiera, in: BK, Art. 46 Rdnr. 15). Durch eine Behinderung der parlamentarischen Arbeit des einzelnen Abgeordneten werden nicht nur die vom Volke festgelegten Mehrheitsverhältnisse verändert. Der Strafverfolgungsmaßnahmen ausgesetzte Abgeordnete wird möglicherweise auch gehindert, seine Sachkompetenz, seine Erfahrungen, seine Überzeugungen und die Interessen seiner Wähler in die parlamentarische Arbeit einzubringen. Auch dadurch wird die parlamentarische Willensbildung, die auf einen Ausgleich sozialer Gegensätze zielt, beeinträchtigt (vgl. Wurbs, Regelungsprobleme der Immunität und der Indemnität in der parlamentarischen Praxis, 1988, S. 24-27).

(b). *Gewaltenteilung*

Nach wie vor soll die Immunität auch davor schützen, dass missliebige Abgeordnete durch Eingriffe der anderen Gewalten in ihrer parlamentarischen Arbeit behindert werden (vgl. Wurbs, a.a.O., S. 23). Der durch Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistete repräsentative verfassungsrechtliche Status des Abgeordneten ist zugleich die Garantie für die repräsentative Stellung des BT. Zwar übt dieser die vom Volke ausgehende Staatsgewalt als "besonderes Organ" aus. Doch nimmt der BT seine Aufgaben und Befugnisse nicht losgelöst von seinen Mitgliedern, sondern in der Gesamtheit seiner Mitglieder wahr. Demgemäß ist jeder Abgeordnete berufen, an der Arbeit des BT, seinen Verhandlungen und Entscheidungen teilzunehmen (vgl. BVerfGE 80, 188, 217; 102, 224, 237). Durch strafrechtliche Verfolgungsmaßnahmen wird der Abgeordnete in der ungestörten Wahrnehmung seiner Aufgaben behindert. Daraus folgt, dass der BT bei der Freigabe der Ermittlungen auch auf die aus dem Mandat folgenden Mitwirkungsrechte des betroffenen

Abgeordneten Bedacht nehmen muss. So darf er sich über evident sachfremde behördliche Maßnahmen, die offensichtlich die parlamentarische Arbeit eines missliebigen Abgeordneten erschweren sollen, nicht hinwegsetzen. Jeder einzelne Abgeordnete zählt und ist ein unentbehrliches Element der Gesamtheit.

Bei der Entscheidung über die Genehmigung der Strafverfolgung sind die Interessen des Parlaments und die des betroffenen Abgeordneten gegenüber den anderen Staatsgewalten nicht in jedem Falle gleichgerichtet. Der Abgeordnete kann je nach dem parlamentarischen Kräfteverhältnis auch gegenüber dem Parlament schutzbedürftig sein. Parlament und Regierung stehen heute nicht in Frontstellung einander gegenüber. Vielmehr verläuft die Grenze quer durch das Plenum: Regierung und die sie unterstützende Parlamentsmehrheit bilden gegenüber der Opposition politisch eine Einheit (BVerfGE 102, 224, 236). Es kann deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Parlamentsmehrheit sich bei der Entscheidung über die Genehmigung des Strafverfahrens sachfremde Erwägungen der Strafverfolgungsorgane zu Eigen macht. In einem solchen Fall bedarf der Abgeordnete eines verfassungsgerichtlich durchsetzbaren Schutzes. Um diesen Schutz zu gewährleisten, hat der einzelne Abgeordnete aus Art. 46 Abs. 2 i. V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG einen Anspruch darauf, dass der BT die Entscheidung über die Genehmigung von gegen ihn gerichteten Strafverfolgungsmaßnahmen frei von Willkür trifft.

b. *Möglichkeit einer Verletzung durch den Ag.*

Dass der Ag. zu 1 diesen Anspruch durch die Erteilung der Genehmigung vom 11.5.2000 zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen verletzt hat, kann jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

2. *Mögliche Verletzung des Ast. in seinem Recht aus Art. 38 I 2 i.V.m. 46 IV GG*

Antragsbefugt ist der Ast. auch, soweit er eine Verletzung von Art. 38 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 46 Abs. 4 GG geltend macht. Das Recht, die Aussetzung des Strafverfahrens zu verlangen, steht nach Art. 46 Abs. 4 GG allein dem BT zu. Ebenso wie der Genehmigungsvorbehalt für die Einleitung eines Strafverfahrens dient dieses Recht jedoch nicht nur dem BT selbst, sondern auch seinen Mitgliedern, durch deren Gesamtheit der BT seine Aufgaben wahrnimmt. Art. 46 Abs. 4 gewährt i.V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG dem Abgeordneten dementsprechend ein Recht gegenüber dem BT auf willkürfreie Entscheidung über das Verlangen, das Strafverfahren auszusetzen. Dass

der Ag. zu 1 dieses Recht verletzt hat, indem er in Kenntnis der gegen den Ast. gerichteten strafprozessualen Maßnahmen von einem solchen Aussetzungsverlangen abgesehen hat, ist jedenfalls nicht ausgeschlossen.

III. Allg. Rechtsschutzinteresse

Das im Organstreitverfahren auf Seiten des Ast. erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (st. Rspr.; vgl. BVerfGE 87, 207, 209) ist gegeben. Dass die angegriffenen Maßnahmen inzwischen keine Wirkungen mehr entfalten, schadet nicht (vgl. BVerfGE 10, 4, 11; 41, 291, 303; 49, 70, 77). Der Streit zwischen den Beteiligten über die Genehmigung von Strafverfolgungsmaßnahmen kann sich jederzeit wiederholen. Konkrete Anhaltspunkte für ein weiteres gegen den Ast. gerichtetes Ermittlungsverfahren sind insoweit nicht erforderlich.

B. Begründetheit

Die Anträge sind, soweit zulässig, nicht begründet.

I. Antrag zu 1b)

Der BT hat durch die Erteilung der Genehmigung vom 11.5.2000 zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen den Anspruch des Ast. aus Art. 46 Abs. 2 i. V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auf willkürfreie Entscheidung nicht verletzt.

I. Beurteilungsspielraum des Parlaments

Die Aufhebung der Immunität eines Abgeordneten ist eine Maßnahme im Rahmen der Parlamentsautonomie, die der BT grundsätzlich in eigener Verantwortung trifft (vgl. BVerfGE 102, 224, 235 f.). Die dem Parlament zustehende Autonomie erstreckt sich nicht nur auf Angelegenheiten der Geschäftsordnung. Autonomie bezeichnet die allgemeine Befugnis des Parlaments, seine eigenen Angelegenheiten selbst zu regeln (BVerfGE 102, 224, 235). Die Genehmigung der Durchführung von Strafverfahren gegen seine Mitglieder ist eine eigene Angelegenheit des Parlaments; der Genehmigungsvorbehalt dient vornehmlich dazu, die Arbeits- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu erhalten. Daher entscheidet das Parlament grundsätzlich in eigener Verantwortung, ob es die Genehmigung erteilt oder versagt.

Nach Nr. 4 Satz 2 der vom Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung beschlossenen Grundsätze ist die Entscheidung über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der Immunität eine "politische Entscheidung". Der Kern dieser Entscheidung beruht auf einer Interessenabwägung zwischen den Belangen des Parlaments und den Belangen der an-

deren hoheitlichen Gewalten (Nr. 4 Satz 3 der Grundsätze). Bei dieser Abwägung kommt dem BT ein weiterer Entscheidungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 80, 188, 220; 84, 304, 322). Der Abgeordnete hat keinen Anspruch darauf, dass im Rahmen der Abwägung eine Überprüfung stattfindet, die seine Interessen in den Vordergrund rückt. Denn in erster Linie dient der Genehmigungsvorbehalt für die strafrechtliche Verfolgung eines Abgeordneten dem Schutz des Parlaments als Ganzes.

2. Willkürgrenze

Der Anspruch des Abgeordneten auf eine willkürfreie Entscheidung über die Genehmigung der gegen ihn gerichteten Strafverfolgungsmaßnahmen ist erst dann verletzt, wenn das Parlament bei der erforderlichen Interessenabwägung den verfassungsrechtlichen Status des betroffenen Abgeordneten in grundlegender Weise verkannt hat.

Bereits das Prinzip der Repräsentation fordert die Prüfung, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass versucht wird, durch bewusst sachfremde Eingriffe die vom Wähler gewollte Zusammensetzung des Parlaments zu verändern. Jedenfalls wenn dies eindeutig und offensichtlich der Fall ist, darf der BT die Genehmigung nicht erteilen. Das Interesse des Abgeordneten an einem Schutz seiner Mandatsausübung erfordert jedoch keine darüber hinaus gehende Prüfung und Abwägung. Der BT ist insbesondere nicht verpflichtet, die nachteiligen Folgen zu überdenken, die sich aus der Genehmigung der Strafverfolgung für einen Landtagswahlkampf des Abgeordneten und für die Übernahme weiterer politischer Ämter ergeben können. Art. 38 Abs. 1 Satz 2 i.V. mit Art. 46 Abs. 2 GG schützt den Abgeordneten nur bei der Wahrnehmung der sich aus seinem verfassungsrechtlichen Status als Mitglied des BT ergebenden Rechte und Pflichten.

Der BT ist auch nicht verpflichtet, im Rahmen der Abwägung die Schlüssigkeit des gegen den Abgeordneten erhobenen Tatvorwurfs und die Verhältnismäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme zu prüfen. Die Haltlosigkeit des strafrechtlichen Vorwurfs und die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahmen können allerdings - zusammen mit weiteren Indizien - auf ein politisches Motiv für die Strafverfolgung hinweisen. Der BT ist deshalb nicht gehindert, die Schlüssigkeit des erhobenen Vorwurfs über eine Evidenzkontrolle hinaus zu prüfen; verpflichtet ist er hierzu nicht. Er darf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahmen den hierfür zuständigen Gerichten überlassen. Das gilt selbst dann, wenn sich Anhaltspunkte für eine politische Motivierung des Strafverfahrens

nicht ausschließen lassen. In einer solchen Situation kann es im Interesse sowohl des BT als auch des betroffenen Abgeordneten liegen, zunächst den Ausgang des Ermittlungsverfahrens abzuwarten und eine gerichtliche Kontrolle der Ermittlungsmaßnahmen zu ermöglichen. Das Recht und ggf. die Pflicht, gemäß Art. 46 Abs. 4 GG die Aussetzung des Strafverfahrens zu verlangen, wenn sich im Laufe des Verfahrens die Anhaltspunkte für eine politische Motivierung der Strafverfolgung verdichten, bleibt unberührt.

Etwas anderes gilt erst dann, wenn vernünftigerweise kein Zweifel bestehen kann, dass das Strafverfahren gegen den Abgeordneten aus sachfremden, insbesondere politischen Motiven durchgeführt wird. Würde der BT auch in einem solchen Fall die strafprozessualen Maßnahmen gestatten, so würde er sich die sachfremden Erwägungen der Strafverfolgungsorgane zu Eigen machen und dadurch selbst willkürlich handeln.

3. Subsumtion

Nach diesem Maßstab ist die Erteilung der Genehmigung vom 11.5. 2000 zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen nicht zu beanstanden. Für den Verdacht, diese Maßnahmen könnten politisch motiviert sein, gab es im Zeitpunkt der Entscheidung des BT keine augenfälligen Anhaltspunkte.

a. Keine evidente Unschlüssigkeit der Anträge der StA

Der Antrag der Staatsanwaltschaft vom 5.5.2000 auf Erteilung der Genehmigung zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen war nicht offensichtlich unschlüssig. Die Staatsanwaltschaft stützte den Verdacht einer Steuerhinterziehung auf einen nach den Steuererklärungen von 1993 bis 1997 nicht nachvollziehbaren Vermögenszuwachs. Sie verglich die Aufwendungen des Ast. und seiner damaligen Ehefrau für den Kauf - in zwei Fällen auch den anschließenden Verkauf - von insgesamt drei Immobilien und die Aufwendungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen einerseits mit den in den Steuererklärungen angegebenen Einkünften andererseits. Das LG K. hat insoweit keine Einwendungen erhoben. Ob die in die Vergleichsrechnung eingestellten Einzelpositionen tragfähig begründet waren, ließ sich - wie die 15 Seiten umfassende Begründung des Beschlusses des LG K. zeigt - nur aufgrund einer vertieften Auseinandersetzung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit den einzelnen Zahlungsvorgängen feststellen. Eine solche Prüfung ist nicht Aufgabe des BT bei seiner Entscheidung über die Aufhebung der Immunität [...].

b. Keine evidente Unverhältnismäßigkeit der Anordnungen

Die angeordneten Durchsuchungen beim Ast. waren auch nicht evident unverhältnismäßig. Eine weitere Aufklärung des Sachverhalts durch Rückfrage beim Ast., die insoweit allein in Betracht gekommen wäre, hätte den Erfolg der Durchsuchungen gefährdet. Aus diesem Grund brauchten auch der BT und der Ausschuss für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung dem Ast. vor der Erteilung der Genehmigung kein rechtliches Gehör zu gewähren (vgl. BVerfGE 9, 89, 98; 57, 346, 358; 83, 24, 35). Ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Verpflichtung in Immunitätsangelegenheiten überhaupt bestehen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden.

c. Kein Politikum wegen zeitlicher Nähe zur Landtagswahl

Die zeitliche Nähe zur Landtagswahl in NRW und die Benennung des Ast. als Kandidat für das Amt des Justizministers NRW für den Fall eines Wahlsiegs der CDU waren zwar Umstände, die eine besondere Aufmerksamkeit für eine etwaige politisch motivierte Einflussnahme auf das gegen den Ast. gerichtete Strafverfahren verlangten. Für sich allein genügten diese Umstände aber nicht, um die strafrechtliche Verfolgung des Ast. als willkürlich erscheinen zu lassen. Weitere greifbare Anhaltspunkte für eine politische Einflussnahme auf das Strafverfahren gab es nicht. Der möglicherweise irreführende Hinweis im ersten Schreiben des LOStA vom 17.4.2000 auf eine drohende Verfolgungsverjährung war, nachdem die Verjährung jedenfalls durch die richterlichen Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen vom 4.5.2000 unterbrochen war (vgl. § 78c Abs. 1 Nr. 4 StGB), im zweiten Schreiben des LOStA vom 5.5.2000 nicht mehr enthalten. Die Frage der Verjährung hat deshalb, wie die Vorsitzende des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, Abgeordnete Erika Simm, und das der CDU-Fraktion angehörende Mitglied des Ausschusses, MdB Eckart von Klaeden, in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend erklärt haben, für den Zeitpunkt der Genehmigung keine Rolle gespielt. Die zeitliche Nähe der Ermittlungsmaßnahmen zur Landtagswahl und die exponierte Stellung des Ast. im dortigen Wahlkampf waren im Übrigen allgemein bekannt.

II. Antrag zu 1c)

Der BT hat auch nicht den Anspruch des Ast. aus Art. 46 Abs. 4 i.V. mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auf eine willkürfreie Entscheidung über das Verlangen,

das gegen ihn gerichtete Strafverfahren auszusetzen, verletzt. Denn auch nach Erteilung der Genehmigung zum Vollzug der Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen gab es keine augenfälligen Anhalts-

punkte dafür, dass das gegen den Ast. gerichtete Strafverfahren sachfremden Zwecken diene und ihn in seiner parlamentarischen Arbeit behindern sollte [wird ausgeführt].

Standort: Kommunalrecht

Problem: Wettbewerbsklauseln und § 1 UWG

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 29.05.2001
20 U 152/00 (NVwZ 2002, 248)

Problemdarstellung:

Das OLG Düsseldorf hatte sich vorliegend mit der Wettbewerbswidrigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden nach § 1 UWG zu befassen, wobei es um die Beteiligung der Gemeinde an einer Gesellschaft nach § 108 NWGO ging. Das Gericht nimmt zu vielen in diesem Zusammenhang streitigen Fragen Stellung. Zunächst bejaht es die streitige Frage, ob ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Normen wie §§ 107 ff. NWGO überhaupt wettbewerbsrechtliche Konsequenzen haben kann. Weiter streitig ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist. Das OLG schließt sich insoweit der h.M. an, dass jedenfalls ein Verstoß gegen den Wettbewerb schützende Vorschriften genügen müsse, um auch die Sittenwidrigkeit i.S.d. § 1 UWG zu begründen. Die danach zu klärende Frage, ob § 107 I 1 NWGO, auf den § 108 I 1 Nr. 1 NWGO Bezug nimmt, drittschützend ist, bejaht das Gericht unter Hinweis auf die Subsidiaritätsklausel des § 107 I 1 Nr. 3 NWGO sowie die Motive des Gesetzgebers. Es greift damit die Rspr. des OLG Hamm auf, welches dies in seiner "Gelsengrün"-Entscheidung ebenso gesehen hatte. Auf die größtenteils abweichende Ansicht in der öffentlich-rechtlichen Rechtsprechung und Fachliteratur geht das Gericht nicht bzw. nur kurz ein. Insbes. die in den Gründen angeführte Erkenntnis, der Drittschutz erwerbswirtschaftlicher Regelungen in den GOen der Länder setzte sich "in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur allmählich durch", sollte mit Vorsicht genossen werden, da die hierzu als Beleg angeführte Entscheidung des VerfGH Rh-Pf. in Wahrheit eine Einzelentscheidung geblieben ist und - vom OLG leider verschwiegen - viele andere Entscheidungen das Gegenteil besagen.

Interessant sind schließlich noch diverse Randbemerkungen des OLG, so z.B. die Frage, was unter einem "öffentlichen Zweck" i.S.d. § 107 I 1 Nr. 1 NWGO zu verstehen sei, zur Zurechnung mittelbarer Störungen des Wettbewerbs durch die Gemeinde, zur Kausalität zwischen Rechtsverstoß und Wettbewerbsstörung und zum Verhältnis der GO-Regelungen zum

privatrechtlichen Gesellschaftsrecht.

Prüfungsrelevanz:

Da alle Gemeindeordnungen der Länder ähnliche Bestimmungen wie §§ 107 ff. NWGO enthalten, ist die hier erörterte Problematik auch über die Landesgrenzen hinaus beachtlich. Die RA hat hierüber zuletzt in RA 2001, 386 berichtet; dort ist die auch vom OLG Düsseldorf zitierte Entscheidung des OLG Karlsruhe (VBIBW 2001, 234) wiedergegeben, die für das Landesrecht Bad.-Württ. einen Drittschutz verneint, obwohl auch dort eine "Subsidiaritätsklausel" wie in § 107 I 1 Nr. 3 NWGO existiert.

Ist in einer Prüfungsaufgabe nach Unterlassungsansprüchen privater Konkurrenten gegen die sich erwerbswirtschaftlich betätigende Gemeinde gefragt, bietet sich folgender Aufbau an:

1. Anspruch aus der Wettbewerbsklausel (z.B.: § 107 NWGO). Hier wäre vorab zu prüfen, ob die Norm überhaupt Anspruchsqualität besitzt, also subjektiv-öffentliches Recht zugunsten des Konkurrenten ist. Bejahendenfalls ist mit der Prüfung des Tatbestandes (also der Rechtswidrigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung) fortzufahren.

2. Anspruch aus § 1 UWG. Hier wäre zu klären, ob und wann ein Rechtsverstoß zugleich ein sittenwidriger Wettbewerbsverstoß ist. Das OLG geht mit der ganz h.M. davon aus, dass dies ebenfalls von der drittschützenden Wirkung der Wettbewerbsklausel abhängt. § 1 UWG vermittelt - anders ausgedrückt - danach nur dann Ansprüche, wenn schon die verletzte Norm selbst Anspruchsqualität hat.

3. Öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch. Häufig dürfte es allerdings an einer Verletzung subjektiver Rechte des Privaten fehlen, wenn man einen Drittschutz unmittelbar aus der Wettbewerbsklausel ablehnt, da dann nur noch Grundrechtsverletzungen in Betracht kommen (Art. 14, 12, 2 I und 3 I GG), diese aber - außerhalb eines machtmisbräuchlichen Verdrängungswettbewerbs - sämtlich nicht vor Konkurrenz schützen.

Prozessual hat der Kläger die Wahl, ob er vor das VG (§ 107 GO direkt oder der öffentl.-rechtl. Unterlassungsanspruch begründen eine öffentl.-rechtl. Streitig-

keit i.S.d. § 40 I 1 VwGO) oder die Zivilgerichte (§ 1 UWG ist eine zivilrechtliche Norm) zieht (zur Rechtswegfrage bereits ausführlich RA 2001, 386). § 17 II 1 GVG ist zu beachten!

Vertiefungshinweise:

Für einen Drittschutz privater Konkurrenten aus dem Gemeinderecht: *OLG Hamm*, DVBl 1998, 792, 793; *Badura*, DÖV 1998, 818, 820; *Cosson*, DVBl 1999, 891, 895

Gegen einen Drittschutz privater Konkurrenten aus dem Gemeinderecht: *BVerwGE* 39, 329, 336; *VGH Mannheim*, NJW 1984, 251, 252; *Ehlers*, DVBl 1998, 497, 501; *Moraing*, NWVBl 1997, 353, 356

Zum Verhältnis des § 1 UWG zu den Wettbewerbsklauseln.: *Ötting*, DÖV 1999, 549

Kursprogramm:

Examenskurs: "Brot für M"

Leitsätze:

1. Der Verstoß einer Gemeinde gegen das gesetzliche Verbot des § 107 I NWGO, sich erwerbswirtschaftlich zu betätigen, kann einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG begründen. Das sogen. "Gebäudemanagement" ist kein Annex zur Energie- und Wasserversorgung. Es dient auch keinem öffentlichen Zweck.

2. Bei der unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung einer Gemeinde an einer Gesellschaft, die sich ihrerseits erwerbswirtschaftlich betätigt, hängt die aus einem Gesetzesverstoß hergeleitete Wettbewerbswidrigkeit davon ab, ob § 108 NWGO zuwider gehandelt worden ist.

3. Ein wettbewerbsrechtlich relevanter Gesetzesverstoß liegt dann nicht vor, wenn Vertreter der Gemeinde in einem Beteiligungsunternehmen einer Beteiligung dieses Unternehmens an einer weiteren Gesellschaft zwar entgegen § 108 V NWGO zugestimmt haben, die Beteiligung aber auch ohne ihre Zustimmung zustande gekommen wäre. Ein Wettbewerbsverstoß ist erst recht dann nicht anzunehmen, wenn die Zustimmung der Gemeindevertreter im - von ihnen nach dem Gesellschaftsrecht vorrangig zu wahrenden - Interesse ihres Unternehmens lag.

4. Gebäudemanagement eines Unternehmens, an dem eine Gemeinde gesellschaftsrechtlich nicht beteiligt ist, ist nicht schon deshalb wettbewerbswidrig, weil es in vertraglich begründeter Kooperation mit einer kommunalen Beteili-

gungsgesellschaft erfolgt.

Sachverhalt:

Die Kl. zu 1 (Handwerkskammer) und die Kl. zu 2 (Kreishandwerkerschaft) sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, der Kl. zu 3 und der Kl. zu 4 sind Innungsverbände und die Kl. zu 5 und 6 sind Unternehmen, die u.a. im Bereich des technischen Gebäudemanagements bzw. der Sanitärtechnik tätig sind. Gegenstand des Unternehmens der Bekl. ist "das Gebäude- und Energiemanagement im Bereich der Stadtwerke Düsseldorf sowie alle damit zusammenhängenden Geschäfte". Der Betrieb umfasst Gebäude- und Systemtechnik, Sicherheitsaufgaben, Reinigungs- und Versorgungsservices und die Entsorgung. Gesellschafter der Bekl. waren bis August 2000 mit einem Anteil von jeweils 50% die Stadtwerke Düsseldorf AG und die D.-GmbH. Mit notariellem Vertrag vom 11.8.2000 übertrugen die Stadtwerke ihren Anteil an der Bekl. auf die D.F.-Management GmbH. Nach Art. VIII Nr. 2 des Vertrages sind die Stadtwerke Düsseldorf AG berechtigt, von der D.-GmbH die Rückveräußerung des Anteils zu verlangen, sofern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung ergeht, aus der sich ergibt, dass die Beteiligung der Verkäuferin an der Gesellschaft nicht zu beanstanden ist. Am 26. 10. und 6.11.2000 schlossen die Stadtwerke Düsseldorf AG, D.-GmbH und die Bekl. einen Kooperationsvertrag.

Die Aktien der Stadtwerke Düsseldorf AG werden zu 20% von der RWE Energie AG und zu 80% von der Stadtwerke Düsseldorf Gesellschaft für Beteiligung mbH gehalten, deren Alleingesellschafterin die Stadt Düsseldorf ist. Auf Grund eines in § 10 Nr. 8 der Satzung der Stadtwerke Düsseldorf AG festgelegten Zustimmungsvorbehalts bedarf der Vorstand der Stadtwerke AG zur Errichtung von Unternehmen der Zustimmung des aus 20 Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrates. Zehn Mitglieder sind Vertreter der Arbeitnehmer, zwei entsendet die RWE Energie AG, die übrigen acht werden entsprechend den aktienrechtlichen Vorgaben von der Hauptversammlung auf Vorschlag des Aufsichtsrats bzw. auf Vorschlag eines Aktionärs gewählt. Die Stadtwerke Düsseldorf Gesellschaft für Beteiligung mbH machte bislang von ihren Aktionärsrechten Gebrauch und schlug acht Mitglieder des Aufsichtsrats vor, die im fraglichen Zeitraum 1998/1999 auch gewählt wurden. Diese Vertreter, die die Interessen der Stadt Düsseldorf repräsentierten, suchten die Zustimmung des Rates der Stadt Düsseldorf zur Neugründung und Beteiligung an der Bekl. Der Rat ermächtigte sie daraufhin am 18.12.1997, der Gründung der Bekl. und der Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Bekl.

zuzustimmen. Daraufhin kam es in der Sitzung des Aufsichtsrates der Stadtwerke Düsseldorf AG am 30. 1.98 zur Abstimmung, bei der alle zehn Arbeitnehmervertreter und die zwei Vertreter der RWE für die Vorlage stimmten. Von den acht Vertretern der Stadt stimmten sechs für die Vorlage, zwei dagegen.

In der Folgezeit wies die Bezirksregierung Düsseldorf mit Schreiben vom 27.11.1998 den damaligen Oberstadtdirektor an, den Ratsbeschluss vom 18.12.1997 zu beanstanden; der Ratsbeschluss wurde Anfang 1999 durch die Bezirksregierung aufgehoben und zudem am 25.11.1999 durch den Rat der Stadt Düsseldorf zurückgenommen.

Die Kl. sind der Ansicht, die Gründung der Bekl. und deren geschäftliches Handeln sei wettbewerbswidrig i.S. der §§ 1 UWG i.V. mit §§ 107, 108 NWGO. § 107 NWGO erlaube einer Kommune eine wirtschaftliche Betätigung nur zu einem "öffentlichen Zweck", d.h. zur Daseinsvorsorge. Die Gründung der Bekl. diene aber ausschließlich der Sicherung der Leistungsfähigkeit der Stadtwerke Düsseldorf AG, die auf Grund der Liberalisierung der Energiemärkte mit einer Stagnation im Kerngeschäft der kommunalen Energieversorgung zu rechnen habe. Der Gründungsverstoß setze sich im geschäftlichen Wirken der Bekl. fort. Das LG gab der Unterlassungsklage statt. Die Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Den Kl. steht gegen die Bekl. kein Anspruch auf Unterlassung bestimmter Tätigkeiten auf dem Gebiet des Gebäudemanagements zu. Insbesondere besteht kein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG wegen Verletzung der Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden gem. §§ 107 I, 108 I Nr. 1 NWGO.

I. Die frühere Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Bekl.

Die Kl. dringen nicht mit ihrem Begehren durch, soweit sie die früher bestehende Beteiligung der Stadtwerke Düsseldorf AG an der Bekl. von 50% sowie die Konsortialvereinbarung rügen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass allein der Vertrag vom 11.8.2000 als solcher eine Rechtsverletzung für die Zukunft nicht ausschließt. Zwar besteht danach wegen der Übertragung der Geschäftsanteile auf die D. die angeblich rechtswidrige Beteiligung der Stadt Düsseldorf an der Bekl. nicht mehr. Ein Gesetzesverstoß droht jedoch unter Umständen auf Grund der spezifischen Rückübertragungsregeln des Vertrages. Nach Art. VIII Nr. 2 des Vertrages sind die Stadtwerke berechtigt, von der D. die Rückveräußerung des An-

teils zu verlangen, sofern eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung ergeht, aus der sich ergibt, dass die Beteiligung der Verkäuferin an der Gesellschaft nicht zu beanstanden ist. Bei Erlass eines klageabweisenden Urteils würde damit die Gefahr einer Wiederholung des geltend gemachten Gesetzesverstößes bestehen.

Doch darauf kommt es vorliegend nicht an. Denn selbst wenn man sich die Beteiligungsverhältnisse anschaut, die vor dem Vertrag vom 11.8.2000 bestanden, fehlt es an einer den Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG rechtfertigenden Gesetzesverletzung. Zwar sind §§ 107 I, 108 I NWGO grundsätzlich auch im Rahmen von § 1 UWG anwendbar. Es fehlt jedoch an einem Verstoß gegen diese Vorschriften.

1. Anwendbarkeit der §§ 107,108 NWGO

Es ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, die Bestimmungen der nordrhein-westfälischen Gemeindeordnung zur Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen im Lauterkeitsrecht anzuwenden.

a. Verneinende Auffassung

Zwar vertritt ein Teil der Literatur die Auffassung, dass das "Ob" der wirtschaftlichen Betätigung nicht Gegenstand eines zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs aus § 1 UWG sein könne, sondern allein der öffentlich-rechtlichen Kompetenzordnung unterliege (Ehlers, DVBl 1998, 497, 503; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 185; Tettinger, NJW 1998, 3473; s. auch BVerwGE 39, 329, 336; VGH Mannheim, BB 1994, 1556 (zu § 102 BadWürttGO); OLG Karlsruhe, NVwZ 2001, 712. Diese Auffassung entspricht aber nicht den Vorgaben des Lauterkeitsrechts. § 1 UWG ist hiernach über die Kategorie des Rechtsbruchs anwendbar, wenn die verletzte Marktzutrittsregelung in dem Sinne wertbezogen ist, dass sie dem Schutz besonders wichtiger Individualinteressen dient. Hierzu zählt auch der Schutz der privaten Wirtschaft gegen eine privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinde.

b. Bejahende Auffassung

Der Zivilrichter muss eingreifen, wenn eine öffentlich-rechtliche Vorschrift die Zulässigkeit und die Grenzen privater Betätigung der öffentlichen Hand in einer Weise regelt, dass es der öffentlichen Hand verwehrt ist, in den Wettbewerb im Markt einzugreifen. Hier ist der Gesetzesverstoß regelmäßig auch als wettbewerbswidrig zu beurteilen (BGH, GRUR 1973, 655, 657; für § 30 I SGB IV bejaht in BGH, WRP 1995, 475, 479; Nichtannahme der Revision gegen bejahende Entscheidung bzgl. § 107 I GO a.F. des OLG Hamm, NJW 1998, 3504, 3504 - Gelsengrün; OLG

München, NVwZ 2000, 835; aus der Lit. Badura, DÖV 1998, 818, 822; Beckmann/David, DVBl 1998, 1041, 1046; Cosson, DVBl 1999, 891, 892; Hübschle, GewArch 2000, 186, 188; Otting, DÖV 1999, 549, 550; Schoch, DÖV 1993, 377, 380; Weidemann, VerwArch 1999, 533, 545). Diese Auffassung entspricht auch der Spruchpraxis mehrerer Senate des OLG Düsseldorf (ähnl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1470, 1471; NVwZ 2000, 111; NZBau 2000, 155).

In der verwaltungsrechtlichen Judikatur setzt sich der Grundgedanke, dass die Regelungen zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen dienen können, allmählich durch (s. VerfGH Rh-Pf, DVBl 2000, 992, 995 zu § 85 I der RhPfGO sowie die Anm. von Henneke, DVBl 2000, 997, 999).

aa. Subsidiaritätsklausel

Für die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung ist zu beachten, dass diese in § 107 I 1 Nr. 3 nunmehr eine Subsidiaritätsklausel enthält, wie sie bis zur Novelle des Jahres 1994 bereits im damaligen § 88 I NWGO enthalten war. Außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs und der Telekommunikationsdienste hängt die Zulässigkeit privatwirtschaftlicher Aktivitäten der Kommunen davon ab, ob der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Die Frage, ob eine solche Subsidiaritätsklausel in einer Gemeindeordnung vorgesehen ist oder nicht, war zu Recht von mehreren Verwaltungsgerichten zum entscheidenden Kriterium für die Annahme einer Drittbezogenheit gemacht worden (s. BVerwG, MDR 1972, 804, 805; VGH Mannheim, BB 1994, 1956, 1957; a.A. nur OLG Karlsruhe, NVwZ 2001, 712). Denn mit dieser Konstruktion werden die Interessen konkurrierender Unternehmen der Privatwirtschaft in die Prüfung einbezogen. Die Subsidiarität trägt gerade dem Gedanken Rechnung, dass sich die Kommune mit ihren erwerbswirtschaftlichen Aktivitäten in einem Bereich bewegt, der die schutzwürdigen Belange der Privatwirtschaft tangiert.

bb. Motive des Gesetzgebers

Diese Interpretation wird durch einen Blick in die Gesetzgebungsmaterialien unterstützt. So wurde im Landtag Nordrhein-Westfalen bei den Beratungen der Novellierung der Gemeindeordnung im Ausschuss für Verwaltungsstrukturreform ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Neufassung von § 107 NWGO "die Bedenken des Handwerks und der gewerblichen Wirtschaft zur wirtschaftlichen Betätigung der Kom-

munen" berücksichtige (LT-DR 12/3947, S. 93). Zudem sieht der Text des § 107 NWGO selbst in seinem Absatz 5 Satz 1 die Erstellung einer Marktanalyse vor, die sich auch über die Auswirkungen der Gründung von oder der Beteiligung an Unternehmen auf das Handwerk und die mittelständische Wirtschaft verhält.

2. Verstoß gegen §§ 107, 108 NWGO

Die Betätigung der Bekl. unter 50-prozentiger Beteiligung der Stadtwerke AG verstößt nicht gegen die Vorgaben der §§ 107, 108 NWGO.

a. Eigenaktivitäten der Bekl.

Zunächst ist zu beachten, dass die Bekl. als gemischt-wirtschaftlicher Betrieb bei ihren Aktivitäten im Bereich Gebäudemanagement nicht an die Vorgaben der Gemeindeordnung gebunden ist. Es handelt sich bei der Bekl. um ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, das als solches nicht in den Anwendungsbereich der Gemeindeordnung fällt. Zwar bejaht die h.M. eine Bindung auch gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, sofern die öffentliche Hand das Unternehmen beherrscht und somit die Vorgaben des öffentlichen Rechtes faktisch durchsetzen kann. Bei nicht beherrschten Unternehmen wird eine Bindung verneint, da anderenfalls die Privatautonomie der anderen Beteiligten verfassungswidrig eingeschränkt würde (so für die Frage der Grundrechtsbindung: BVerfG, JZ 1990, 335; Starck, in: von Mangoldt/Klein, GG, 4. Aufl., Art. 1 III Rdnrn. 196-199; Stern, StaatsR III/1, S. 1420-1422). Die Stadt Düsseldorf hat keinen beherrschenden Einfluss auf die Bekl. ausgeübt. Die Stadtwerke Düsseldorf vermittelten der Stadt Düsseldorf eine 50%-Beteiligung an der Bekl. Dies stellte zwar über die mittelbare 80-prozentige Beteiligung der Stadt an der Stadtwerke AG vermögensmäßig eine Beteiligung in Höhe von 40% an der Bekl. dar. Rein faktisch übte die Stadt aber auf Grund ihrer beherrschenden Stellung in der Stadtwerke Düsseldorf AG - entgegen der Auffassung der Bekl. - den allein bestimmenden Einfluss auf die volle 50%-Beteiligung an der Bekl. aus. Dies ist für einen beherrschenden Einfluss auf die Bekl. jedoch nicht ausreichend, da hierfür gem. § 478 I GmbHG ein über 50% liegender Anteil erforderlich ist.

b. Mitstörer hinsichtlich einer Rechtsverletzung der Stadt

Unter Umständen muss sich die Bekl. einen Verstoß der Stadt Düsseldorf gegen §§ 107, 108 NWGO als Störer zurechnen lassen. Störer im Sinne des UWG ist nämlich nicht nur derjenige, der selbst wettbewerbs-

widrig handelt, sondern auch, wer willentlich und adäquat-kausal an den wettbewerbswidrigen Handlungen eines eigenverantwortlich handelnden Dritten mitwirkt und diesen Verstoß zu eigenen Zwecken ausnutzt (BGH, NJW 1995, 2352, 2354). Insofern kann es sich auch als unlauter darstellen, wenn privatrechtliche Dritte einen Verstoß der Gemeinde gegen das Verbot der wirtschaftlichen Betätigung unterstützen (OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155, 156).

Eine solche Mitstörerverantwortlichkeit der Bekl. scheidet hier jedoch aus. Bei der Gründung der Bekl. kann es zwar zu einem Verstoß gegen den § 108 V 1 NWGO gekommen sein, der wegen der mittelbaren Beteiligung der Stadt Düsseldorf an der Bekl. einschlägig war; der Verstoß führt aber dennoch nicht zur Sittenwidrigkeit i.S. von § 1 UWG.

aa. Verletzung von § 108 V 1 NWGO

Die Frage der Beteiligung von Kommunen an Unternehmen ist vorrangig in § 108 NWGO geregelt; § 107 NWGO tritt demgegenüber als subsidiär zurück. § 108 I NWGO ist nicht unmittelbar einschlägig, da diese Vorschrift nur die direkte Unternehmensgründung oder Beteiligung seitens der Gemeinde regelt; die Bekl. ist aber nicht von der Bekl., sondern von der Stadtwerke AG mitbegründet worden. Einschlägig ist statt dessen § 108 V 1 NWGO. Hiernach dürfen Vertreter der Gemeinde in einer Gesellschaft, an der die Gemeinde unmittelbar oder mittelbar mit mehr als 25% beteiligt ist, einer Beteiligung der Gesellschaft an einer anderen Gesellschaft u.a. nur zustimmen, wenn für die Gemeinde selbst die Beteiligungsvoraussetzungen vorliegen. Diese Regelung gilt auch für mehrstufige mittelbare Beteiligungen einer Kommune (Rehn/Cronauge, NWGO, § 108 GO IX 3). Die Beteiligungsvoraussetzungen der Gemeinde sind in § 108 I 1 Nr. 1 NWGO geregelt und lassen eine Beteiligung der Gemeinden nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 107 I 1 NWGO zu. Letztere Regelung fragt wiederum als Generalklausel danach, ob die Tätigkeiten der Bekl. von einem öffentlichen Zweck gefordert werden und der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann. Auf letzteres kommt es nicht an, wenn die Tätigkeiten zur Energie- und Wasserversorgung gehören.

(1). Kein öffentlicher Zweck

Die Erbringung von Gebäudemanagement-Dienstleistungen durch eine Kommune ist weder durch einen öffentlichen Zweck gedeckt noch zulässige Annexfähigkeit zur Energieversorgung i.S. des § 107 I 1 Nr. 3 NWGO. Ein öffentlicher Zweck im Sinne des Geset-

zes liegt immer dann vor, wenn die Leistungen eines Unternehmens im Aufgabenbereich der Gemeinde liegen und eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohner zum Ziele hat. Der Begriff des öffentlichen Zweckes bringt insofern die Gemeinnützigkeit zum Ausdruck, der die Einrichtung dienen muss. Nicht gedeckt ist eine Betätigung, die allein erwerbswirtschaftlichen Zwecken bzw. der Sicherung der Finanzkraft der Gemeinde dient (Rebn/Cronauge, NWGO, § 107 III Nr. 1; Hösch, GewArch 2000, 1, 3). Soweit vertreten wird, dass die öffentliche Zwecksetzung einer gerichtlichen Überprüfung entzogen sei, da der Gemeinde vom Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative eingeräumt sei (BVerwGE 39, 329, 334; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 181; Ehlers, DVBl 1998, 497, 502), gilt dies jedoch nicht im Hinblick auf die rechtlichen Grenzen der gemeindlichen Entscheidung (Otting, DÖV 1999, 549, 555).

Nach einer Auffassung in der Literatur ist eine öffentliche Zwecksetzung bereits dann zu bejahen, wenn die jeweilige Betätigung der Wettbewerbssicherung oder der Arbeitsplatzsicherung dient (Rehn/Cronauge, NWGO, § 107 III Nr. 1; Pagenkopf, GewArch 2000, 177, 185). Hierauf beruft sich auch die Bekl. Dies widerspricht jedoch dem durch § 107 I NWGO statuierten Vorrang der Privatwirtschaft. Hinter dem Argument der Wettbewerbssicherung verbirgt sich letztlich ein rein erwerbswirtschaftlicher, also finanzieller Zweck, der kein öffentlicher ist. Das Argument der Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen vermag jedenfalls nicht zu greifen, soweit dies lediglich mittelbare Folge der Betätigung der Gemeinde ist, und es zudem auf Grund eines verdrängenden Wettbewerbs zur Bedrohung von Arbeitsplätzen in der Privatwirtschaft kommt. Würde man die von der Bekl. angeführten Zwecke in dieser Absolutheit als öffentliche i. S. des § 107 I 1 NWGO ansehen, ließe sich letztlich jede gemeindliche Betätigung durch einen öffentlichen Zweck begründen. Dies steht nicht in Einklang mit dem Gesetzeswillen.

(2). Subsidiarität

Zweifel bestehen auch an der Beachtung der Subsidiarität. Wie bereits die Bezirksregierung Düsseldorf in ihrer Verfügung vom 27.11.1998 betont hat, besteht im Düsseldorfer Raum ein gut funktionierendes privates Angebot an Gebäudemanagement. Die Bekl. hat ihrerseits wenig dazu vorgetragen, wieso andere, rein privatwirtschaftlich ohne mittelbare Beteiligung der Stadt Düsseldorf tätige Unternehmen den Zweck nicht besser und wirtschaftlicher erfüllen können.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass es

sich bei dem Betrieb von Gebäudemanagement nicht um eine privilegierte Annextätigkeit zur Energieversorgung i.S. des § 107 I 1 Nr. 3 NWGO handelt. Dies ergibt sich für den Bereich des Gebäudemanagements und entsprechend für das Vorliegen eines öffentlichen Zweckes bereits aus den Protokollen des Landtags zur Diskussion etwa im Ausschuss für Verwaltungsstrukturreform, wonach nach der Novellierung von § 107 NWGO "Erweiterungen in den Geschäftsfeldern des Handwerks [...] z.B. Gebäudemanagement und Installation von Leitungen" nicht zulässig sein sollten (LT-DR 12/3947, S. 94 f.). Ähnlich wird darauf verwiesen, dass "neue Geschäftsfelder wie zum Beispiel Gebäudemanagement ausgeschlossen" sind (LT-DR 12/3947, S. 96) [...].

bb. Sittenwidrigkeit i.S. von § 1 UWG

Wenn man somit in Bezug auf die angegriffene Tätigkeit der Bekl. als solche einen Verstoß gegen gemeinderechtliche Vorgaben bejahen muss, heißt das noch nicht, dass die Gründung der Bekl. unter mittelbarer Beteiligung der Stadt Düsseldorf auch die guten Sitten im Wettbewerb verletzt hat. Denn dazu müsste der Tatbeitrag der Stadt adäquat kausal für die Gründung der Bekl. gewesen sein und müsste es bei der Vermittlung des Einflusses der Stadt zu einem Gesetzesverstoß gekommen sein, was aber nicht der Fall war.

(1). Stimmabgabe

Zunächst sind die Besonderheiten der Stimmabgabe in den Entscheidungsgremien der Stadtwerke Düsseldorf zu beachten. Konkret vorgetragen ist nur das Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG, in dem sechs der acht Vertreter der Stadt der Beteiligung zugestimmt haben; Vortrag zu städtischen Vertretern im Vorstand fehlt. Das Abstimmungsverhalten im Aufsichtsrat ist jedoch für die Gründung der Bekl. in dem Sinne nicht kausal, als ohnehin eine Mehrheit im zwanzigköpfigen Aufsichtsrat durch die zehn Arbeitnehmervertreter und die zwei Vertreter des Minderheitsgesellschafters RWE bestand. Der Einfluss der Stadt auf die Stadtwerke AG war im Streitfall eben verhältnismäßig gering. Das gemeinderechtlich vorwerfbare Verhalten der Stadt Düsseldorf hatte folglich keine Auswirkungen auf das Geschehen. Auch wenn die städtischen Vertreter sämtlich - wie es § 108 V 1 NWGO vorsieht - gegen die Vorlage gestimmt hätten, wäre es zu einer mehrheitlichen Entscheidung im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG für eine Gründung der Bekl. gekommen.

(2). Vorrang des Gesellschaftsrechts

Schriftlich steht nicht einmal fest, dass § 108 V 1

NWGO im Streitfall die Aufsichtsratsmitglieder wirksam verpflichtete, gegen die Beteiligung an der Bekl. zu stimmen. Denn Aufsichtsratsmitglieder sind auch dann, wenn sie als Vertreter der Kommune in den Gremien tätig sind, vorrangig dem Gesellschaftsrecht unterworfen (§ 108 V 4 NWGO).

Die Aufsichtsratsmitglieder sind gesellschaftsrechtlich nur dem Wohl des Unternehmens verpflichtet und unterliegen keinen Weisungen Dritter (Lutter/Grunewald, WM 1984, 384, 395; Schmidt-Aßmann/Ulmer, BB 1988, Sonderbeil. 13, S. 15; Wolf, GewArch 1999, 177, 180). Diese Rechtsgrundsätze gelten auch für Aufsichtsräte, die öffentlich-rechtliche Aktionäre vertreten (BGHZ 36, 296, 306; 69, 334, 339). Auch die städtischen Vertreter im Aufsichtsrat der Stadtwerke AG waren nach § 111 IV 2 AktG i.V. mit §§ 83, 116 AktG dazu verpflichtet, ausschließlich im Interesse der Stadtwerke die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen. Sorgfaltspflichtverletzungen, etwa durch einseitige Priorisierung von Ratsentscheidungen zum Schaden der Gesellschaft, hätten zur Schadensersatzpflicht nach § 93 II AktG führen können. Die städtischen Vertreter bei den Stadtwerken Düsseldorf haben hinsichtlich der Entscheidung, über die Gründung der Bekl. ihre Sorgfaltspflichten offensichtlich in gleichem Sinne interpretiert. Trotz des Ratsbeschlusses vom 18.12.1997, der eine Zustimmung zur Gründung der Beklagten vorsah, stimmten zwei der städtischen Vertreter in der Aufsichtsratsitzung vom 30. 1. 1998 gegen die Gründung. Es wird damit deutlich, dass sich die städtischen Vertreter selbst nicht ausschließlich als Repräsentanten der städtischen Interessen sahen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Gründung der Bekl. dem Wohl der Stadtwerke AG widersprach.

Sofern § 108 V 1 NWGO entgegen den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben eine Bindung der Gemeindevertreter an vorherige Entscheidungen des Gemeinderats vorsieht, ist dies bereits unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten fragwürdig, da der Landesgesetzgeber mit solchen gesellschaftswidrigen Vorgaben in Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) eingreifen würde (so auch Rebn/Cronauge, § 108 IX 1; Cronauge, StGR 1994, 310, 314; Schmidt, ZGR 1996, 345, 350; Schwintowski, NJW 1995, 1316, 1318). Es gilt insofern auch § 108 V 4 NWGO zu würdigen, der von einem Vorrang des Gesellschaftsrechts gegenüber gemeinderechtlichen Bestimmungen ausgeht. Ein solcher Vorrang ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten (Art. 31 GG). [...]

II. Vermittlung von Aufträgen

Auch aus dem notariellen Vertrag vom 11.8.2000 und

der dazu gehörigen Kooperationsvereinbarung lässt sich entgegen dem Vorbringen der Kl. - vor allem in der Berufungsverhandlung selbst - kein Wettbewerbsverstoß der Bekl. ableiten. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Bekl. mit der Unterzeichnung und Ausnutzung dieser Vereinbarungen sittenwidrig verhalten habe, finden sich nicht. Auch finden sich keine Hinweise, die eine Mitstörerhaftung der Bekl. für ein Fehlverhalten der Stadt Düsseldorf rechtfertigen. Von Verfassung wegen ist der öffentlichen Hand ein gewerbliches Auftreten nicht durchweg verboten; es ist auch nicht ohne weiteres sittenwidrig (BGH, NJW 1971, 237; NJW 1974, 1333; NJW 1987, 60). Die Gemeindeordnung hat von den denkbaren Kooperationen von Gemeinden mit privaten Gewerbetreibenden nur die Gemeinschaftsunternehmen geregelt, nicht auch die Zusammenarbeit auf der Grundlage schuldrechtlicher Austauschverträge. Ein Verstoß gegen die ge-

setzlichen Bestimmungen zum Gemeindefirtschaftsrecht lässt sich danach von vornherein nicht feststellen.

Wenn die vertragliche Zusammenarbeit der Bekl. mit den Stadtwerken als Marktstörung beanstandet werden soll, bedarf es einer ins einzelne gehenden Vortrags zur Marktsituation. Es hätte verdeutlicht werden müssen, dass die Bekl. oder/und die Stadtwerke im Wettbewerb eine zu starke Stellung erhielten. Insbesondere haben die Kl. nicht konkret geltend gemacht, dass die Stadt Düsseldorf unter Ausnutzung ihrer besonderen Stellung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft vermittelt über die Stadtwerke Düsseldorf AG der Bekl. ungewöhnlich günstige Konditionen angeboten habe. Hierzu fehlt es an ausreichendem Vortrag seitens der Kl. Im Übrigen wäre es selbst bei hinreichenden Angaben fraglich, ob dies ein gänzlich Verbot der fraglichen Tätigkeiten gerechtfertigt hätte.

Standort: Europarecht

Problem: Freizügigkeit für Prostituierte?

BVERWG, BESCHLUSS VOM 18.09.2001
I C 17/00 (NVWZ 2002, 339)

Problemdarstellung:

Das BVerwG hatte sich mit der Rechtmäßigkeit der Ausweisung einer niederländischen Prostituierten aus der Bundesrepublik Deutschland zu befassen. Diese wäre trotz Vorliegens der nach nationalem Recht erforderlichen Voraussetzungen zu verneinen, wenn die Prostituierte ein europarechtlich begründetes Freizügigkeitsrecht genösse, denn in diesem Fall überlagerte das Europarecht die einschlägigen Vorschriften des Mitgliedsstaats (sogen. "Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts").

Der Senat wirft zunächst die Frage auf, ob Prostitution unter die Grundfreiheiten des EGV, namentlich die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit falle. Das Gericht verabschiedet sich dabei ausdrücklich von seiner bisherigen st.Rspr., der Prostitution fehle wegen ihrer Sittenwidrigkeit und Gemeenschädlichkeit offensichtlich jeder wirtschaftliche Bezug.

Sollten die Grundfreiheiten nicht betroffen sein, deutet der Senat an, ein eigenes Freizügigkeitsrechts für jeden Unionsbürger in jedem Mitgliedsstaat der EG aus Art. 18 I EG (vormals: Art. 8a EGV) ableiten zu wollen. Die dritte Vorlagefrage schließlich befasst sich mit der unmittelbaren Geltung nicht rechtzeitig umgesetzter Richtlinien im Verhältnis Bürger - Staat, da aus der RL 90/364 EWG, welche zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt trotz Ablaufs der Umsetzungs-

frist in der BRD noch nicht umgesetzt war, ein Aufenthaltsrecht folgen könnte.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsstellung der Prostituierten ist durch eine Aufsehen erregende Entscheidung des VG Berlin in den Blickpunkt geraten, welche Prostitution - genauer gesagt: die von einer Erwachsenen freiwillig und ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübte Prostitution - im Rahmen einer gegen den Entzug einer Gaststättenerlaubnis für ein Bordell gerichteten Anfechtungsklage nicht (mehr) als sittenwidrig angesehen hatte. Ferner haben sich in jüngerer Vergangenheit Literaturstimmen gemeldet, die in die selbe Richtung gehen. Besondere Beachtung verdient das Thema schließlich durch das zum 1.1.2002 in Kraft getretene "Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten" (BGBl I 2001, 3983). Danach hat die Prostituierte nach Leistungserbringung nunmehr einen Anspruch auf ihr Entgelt, wodurch der Rspr. des BGH zur Sittenwidrigkeit der Verträge zwischen Prostituierten und Freier gem. § 138 BGB die Grundlage entzogen ist. Zudem ist die Strafbarkeit der Förderung der Prostitution als solche durch Streichung des § 180a I Nr. 2 StGB entfallen, die Vorschriften über die Zuhälterei (§ 181a StGB) wurden liberalisiert.

Über das Verhältnis von Europarecht zu nationalem Recht (Anwendungsvorrang) hat die RA bereits in der letzten Ausgabe (RA 2002, 61) berichtet, worauf zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird.

Vertiefungshinweise:

- Rechtsprechung des EuGH zu vermeintlich sittenwidrigem Verhalten als Dienstleistung: *EuGH*, NJW 1993, 776 (Werbung für Schwangerschaftsabbruch); NJW 1994, 2013 (Werbung für Lotterie)
- Gegen Prostitution als sittenwidrige Tätigkeit: *VG Berlin*, NJW 2001, 983; *Wesel*, NJW 1999, 2865; *Rautenberg*, NJW 2002, 650
- Für Sittenwidrigkeit der Prostitution: *BVerwGE* 22, 286, 289; *BVerwG*, NJW 1981, 1169

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Eurolotto"
- Examenskurs*: "Schwangerschaftsberatung"

Leitsatz:

Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Klärung der Frage, ob die von einer Angehörigen eines Mitgliedstaats der Europäischen Union in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübte Prostitution durch die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit erfasst wird oder ob ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8a EGV (jetzt Art. 18 EG) oder der Richtlinie 90/364/EWG des Rats der EWG besteht.

Sachverhalt:

Die Kl. ist Staatsangehörige der Niederlande und hat ihren Wohnsitz in Amsterdam. Spätestens seit 1996 ging sie in der Bundesrepublik Deutschland der Prostitution nach, zunächst in Essen, später in Stuttgart. Seit dem 26.8.1996 hielt sie sich in einem Bordell in Villingen-Schwenningen auf.

Mit Verfügung vom 6.12.1996 ordnete die Ausländerbehörde der Bkl. die Ausweisung der Kl. an, da sie sich ohne erforderliche Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhalte. Damit seien die Voraussetzungen des § 46 Nr. 2 AuslG erfüllt. Die Kl. reiste am gleichen Tag aus dem Bundesgebiet aus. Der nach erfolglosem Widerspruchsverfahren - der Widerspruchsbescheid wurde der Kl. am 16.5.1997 zugestellt - erhobenen Klage gab das VG statt. Der VGH hat die Berufung der Bkl. zurückgewiesen (NVwZ 2000, 1070). Hiergegen wendet sich die Bkl. mit ihrer Revision. Das BVerwG hat das Verfahren ausgesetzt und um eine Vorabentscheidung des EuGH zu folgenden Fragen nachgesucht:

1. Wurde die durch eine Staatsangehörige des Mitgliedstaats A im Mitgliedstaat B selbstständig ausgeübte Prostitution bezogen auf die Rechtslage vom 16.5.1997 durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EGV) bzw. den freien Dienstleistungsverkehr (Art.

59 EGV) erfasst? Kommt es insoweit darauf an, ob die Prostitution zu dem genannten Zeitpunkt innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wurde?

2. Für den Fall der Verneinung der ersten Frage: Hatte die Staatsangehörige des Mitgliedstaats A nach der Rechtslage vom 16.5.1997 im Mitgliedstaat B ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8 a EGV?

3. Für den Fall der Verneinung der zweiten Frage: Hatte sie nach der Rechtslage vom 16.5.1997 ein Aufenthaltsrecht unter den Voraussetzungen von Art. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 des Rats der EWG über das Aufenthaltsrecht vom 28.6.1990, obwohl der Mitgliedstaat B diese Richtlinie zu dem genannten Zeitpunkt noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt hatte?

4. Für den Fall der Bejahung der dritten Frage: Musste sie zum Zeitpunkt der Einreise über ausreichende Existenzmittel verfügen und dies gegenüber der zuständigen Behörde nachweisen oder genügt es, wenn sie während ihres Aufenthalts im Mitgliedstaat B keine Sozialhilfe in Anspruch genommen hat?

Aus den Gründen:

Das Verfahren ist auszusetzen, weil von dem EuGH eine Vorabentscheidung einzuholen ist.

A. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefragen

Die Revision ist begründet, wenn man mit der Bkl. annimmt, dass die Kl. am 16.5.1997, dem für die Beurteilung der von ihr erhobenen Anfechtungsklage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung des Widerspruchsbescheids, nicht nach Europäischem Gemeinschaftsrecht freizügigkeitsberechtigt war. Die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Ausweisungsverfügung vom 6.12.1996 i.d.F. des Widerspruchsbescheids vom 14.5.1997 ist dann ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen. Danach kann die Kl. nicht die Aufhebung dieser Verfügung beanspruchen. Die Voraussetzungen der Ausweisungsbestimmung des § 46 Nr. 2 AuslG vom 9.7.1990 sind nämlich unter den vorliegenden Umständen erfüllt, weil sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Einreise die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung beantragt und damit gegen § 9 I 1 i. V. mit VI 1 DVAuslG vom 18.12.1990 in der hier maßgeblichen Fassung der Verordnung vom 2.4.1997 verstoßen hat.

Die Revision hat hingegen keinen Erfolg, wenn die Kl. am 16.5.1997 ein gemeinschaftsrechtliches Freizügigkeitsrecht genoss. Denn ein Verstoß gegen die für Einreise und Aufenthalt bestehenden gesetzlichen Formalitäten kann dann für sich allein nicht als eine die Ausweisung eines Unionsbürgers rechtfertigende Be-

einträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit i. S. des Art. 56 EGV bzw. der Richtlinie 64/221 vom 25.2.1964 angesehen werden (vgl. EuGH, NJW 1976, 2065 - Royer). Es kommt mithin für die Entscheidung des Falles darauf an, ob der Kl. bezogen auf die Rechtslage vom 16.5.1997 ein gemeinschaftsrechtliches Freizügigkeitsrecht zustand. Dies ist der Fall, wenn die von der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat selbstständig ausgeübte Prostitution nach der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtslage durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EGV; jetzt: Art. 43 EG) bzw. den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 59 EGV; jetzt: Art. 49 EG) erfasst war oder wenn ihr ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8a EGV (jetzt Art. 18 EG) oder nach Art. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 zustand.

B. Begründung der Vorlagefragen

I. Zur 1. Vorlagefrage

Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten nach Art. 52 und 59 EGV beziehen sich ebenso wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EGV (jetzt: Art. 39 EG) nur auf Betätigungen, die einen Teil des Wirtschaftslebens i.S. von Art. 2 EGV ausmachen (EuGH, Slg. 1974, 1405 - Walrave). Ob hierzu die von einer Unionsbürgerin in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Staatsangehörigkeit ausgeübte Prostitution gehört, bedarf der Klärung durch den EuGH.

Der beschließende Senat hat im Urteil vom 15.7.1980 (BVerwGE 60, 284, 288) dargelegt, die Prostitution sei als sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit nicht Teil des Wirtschaftslebens i.S. von Art. 2 EGV. An der in diesem Urteil vertretenen Ansicht, hieran sei ein vernünftiger Zweifel nicht möglich, hält der Senat nicht fest. Im Hinblick auf die seitherige Rechtsprechung des EuGH könnte vielmehr einiges für die Zugehörigkeit der Prostitution zum Wirtschaftsleben sprechen (vgl. auch Generalanwalt Liger, Schlussanträge v. 8.5.2001 - Rs. C-268/99 - Jany u.a.). Allerdings ist nicht klar, dass der Gerichtshof hiervon, wie das BerGer. meint, im Urteil vom 18.5.1982, Slg. 1982, 1665 - Adoui und Cornuaille - ausgegangen ist, indem er die damals vorgelegten Fragen als rechtserheblich angesehen hat. Die Ast. jenes Verfahrens genossen nämlich bereits als Serviererinnen und damit als Arbeitnehmerinnen Freizügigkeit nach Art. 48 EGV.

Bei der Prostitution handelt es sich nicht um eine in allen Mitgliedstaaten verbotene bzw. strafbare Tätigkeit, so dass es auf die insoweit geltenden Grundsätze nicht ankommt (vgl. auch EuGH, NJW 1994, 2013 -

Schindler). Auch nach innerstaatlichem deutschem Recht ist die Prostitution - auch soweit sie von Ausländern ausgeübt wird - nicht strafbar oder sonst verboten. Die Ausübung der Prostitution kann allerdings für In- und Ausländer besonderen Beschränkungen unterworfen werden (vgl. Berufungsurteil, NVWZ 2000, 1070, mit Hinweis u.a. auf Sperrbezirksverordnungen). Anders als nach der noch für das erwähnte Urteil des Senats vom 15.7.1980 maßgeblichen Rechtslage war zum Zeitpunkt der Zustellung des Widerspruchsbescheids eine Ausweisung wegen Ausübung der Prostitution nicht mehr generell, sondern nur noch dann möglich, wenn der Ausländer gegen eine für deren Ausübung geltende Rechtsvorschrift oder behördliche Verfügung verstieß (vgl. § 46 Nr. 3 AuslG).

Nicht abschließend geklärt ist dagegen, ob es für die Frage der Zugehörigkeit der Prostitution zum Wirtschaftsleben darauf ankommt, ob sie innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wird. Für andere Tätigkeiten hat der EuGH dies verneint. So hat er die Auffassung vertreten, dass die nach den Gesetzen eines Mitgliedstaats legale Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs unabhängig von der Bewertung als "höchst unmoralisch" (durch die damals klagende Society for the Protection of Unborn Children) unter die Dienstleistungsfreiheit - und damit unter Art. 2 EGV - fällt (NJW 1993, 776 - SPUC). Denn es sei nicht Sache des Gerichtshofs, die Beurteilung, die vom Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten vorgenommen worden sei, durch eine eigene Beurteilung zu ersetzen. In einer weiteren Entscheidung hat der Gerichtshof dargelegt, dass Lotterien für "sittlich zumindest fragwürdig" gehalten werden mögen, dass aber die Einfuhr von entsprechendem Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat, um die in diesem Mitgliedstaat wohnenden Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen, zu den "Dienstleistungen" i. S. des Art. 60 EGV gehört (EuGH, NJW 1994, 2013 - Schindler; vgl. auch EuGH, EuZW 2000, 148 - Läärä). Sittliche, religiöse oder kulturelle Erwägungen, die in allen Mitgliedstaaten angestellt würden, könnten es zusammen mit anderen Besonderheiten rechtfertigen, dass staatliche Stellen über ein nur durch das Diskriminierungsverbot begrenztes "ausreichendes Ermessen" verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich bezüglich der Art und Weise der Tätigkeit nach Maßgabe der soziokulturellen Besonderheiten jedes Mitgliedstaats aus dem Schutz der Sozialordnung ergeben (EuGH, NJW 1994, 2013 - Schindler). Damit ist indessen der Vorbehalt der öffentlichen Ordnung angesprochen, der - wie oben dargelegt - die Auswei-

sung hier nicht rechtfertigen kann.

In der bis zur Zustellung des Widerspruchsbescheids ergangenen deutschen Rechtsprechung zum innerstaatlichen Recht wurde die Prostitution grundsätzlich als sittenwidrig angesehen (vgl. hierzu und zum Folgenden die Nachweise im Berufungsurteil, NVwZ 2000, 1070). So verstößt eine Prostituierte durch ihre Tätigkeit nach der Rechtsprechung des BGH zumindest im Regelfall i.S. von § 138 I BGB gegen die guten Sitten (BGHZ 67, 119, 122). Unabhängig hiervon unterliegen die Einkünfte aus Prostitution der Steuerpflicht (vgl. BFH, NJW 1965, 79; NJW 1988, 935). Weiter stellt die Prostitution nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1990, 2207) eine Erwerbstätigkeit i.S. von § 1 II DVAuslG dar, ohne dass es darauf ankommt, wie sie in anderen Rechtsbereichen behandelt werde. Im Übrigen bestehen bereits seit einiger Zeit Anzeichen für einen Wandel der gesellschaftlichen Auffassungen zur Prostitution (anknüpfend daran neuerdings VG Berlin, NJW 2001, 983, 987; vgl. auch BFH, NJW 2000, 2919).

II. Zur 2. Vorlagefrage

Sollte ein wirtschaftlich bedingtes Freizügigkeitsrecht zu verneinen sein, ist die Frage erheblich, ob einer die Prostitution in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Staatsangehörigkeit ausübenden Unionsbürgerin am 16.5.1997 ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8 a I EGV zustand, der an die Unionsbürgerschaft anknüpft und nicht auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit abstellt. Die Beantwortung dieser Frage bedarf der Klärung durch den EuGH.

Der EuGH hat sich bisher zur Rechtsnatur des Art. 8 a EGV nicht näher geäußert. Nach Auffassung des 6. Senats des BVerwG (BVerwGE 110, 40) begründet die - mit dem Art. 8 a EGV wortgleiche - Vorschrift des Art. 18 I EG ein subjektiv-öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht. Es handle sich um eine politische Grundfreiheit, welche das aus den wirtschaftlich motivierten Verkehrsfreiheiten folgende Aufenthaltsrecht überlagere. Die Vorschrift gewährleiste das Recht, aus einem Mitgliedstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten. Andererseits wird auch die Auffassung vertreten, Art. 8 a I EGV wiederhole und bündle deklaratorisch nur die Rechte, die einzelnen Personen bereits vor In-Kraft-Treten dieser Bestimmung nach Maßgabe der "Beschränkungen und Bedingungen" des übrigen Primärrechts zuerkannt gewesen seien bzw. die Vorschrift formuliere nur ein Rechtsprinzip, das ohne anderweitige gemeinschafts-

rechtliche Konkretisierung nicht anwendbar sei.

Sollte Art. 8 a I EGV grundsätzlich unmittelbar ein Aufenthaltsrecht vermittelt haben, so ist zweifelhaft und bedarf der Klärung, ob es auch dann bestand, wenn die Unionsbürgerin - wie für die zweite Vorlagefrage unterstellt wird - eine nicht dem Wirtschaftsleben i. S. von Art. 2 EGV zuzurechnende Erwerbstätigkeit ausübte. Ebenso stellt sich die Frage, ob es sonst für die Anwendung des Art. 8 a I EGV von Bedeutung ist, ob die Prostitution innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wurde. Darüber hinaus ist zu klären, ob Art. 8 a I EGV unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1 I der Richtlinie Nr. 90/364 EWG anwendbar war.

III. Zur 3. Vorlagefrage

Falls die Unionsbürgerin am 16.5.1997 kein Aufenthaltsrecht nach Art. 8 a I EGV hatte, ist klärungsbedürftig, ob ihr ein solches Recht unter den Voraussetzungen von Art. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 EWG zustand. Diese Richtlinie war in der Bundesrepublik Deutschland entgegen der in ihrem Art. 5 ausgesprochenen Verpflichtung zu dem genannten Zeitpunkt noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden. Die Umsetzung erfolgte vielmehr erst durch die Freizügigkeitsverordnung/EG vom 17.7.1997 (BGBl. I, 1810).

Nach st. Rspr. des EuGH können sich Unionsbürger in Ermangelung von fristgemäß erlassenen Durchführungsmaßnahmen auf Bestimmungen einer Richtlinie, die inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, berufen (EuGH, EuZW 1990, 229 - Busse- ni). Ob diese Voraussetzungen am 16.5. 1997 hinsichtlich der Richtlinie Nr. 90/364 EWG vorlagen, ist in der Rspr. des EuGH noch nicht geklärt. [...]

IV. Zur 4. Vorlagefrage

Schließlich bestehen hinsichtlich des Erfordernisses ausreichender Existenzmittel nach Art. 1 I der Richtlinie Nr. 90/364 EWG in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht geklärte Fragen. Insoweit bedarf es der Klärung, ob diesem Erfordernis, durch das zusätzliche Belastungen des Aufnahmemitgliedstaats verhindert werden sollen, bereits genügt wird, wenn die Unionsbürgerin während ihres dortigen Aufenthalts keine Sozialhilfe bezieht. Sollte dies zu verneinen sein, so ist klärungsbedürftig, ob sie zum Zeitpunkt der Einreise in einen anderen Mitgliedstaat über ausreichende Existenzmittel verfügen und dies gegenüber der zuständigen Behörde nachweisen muss (vgl. dazu § 8 I 2, V der oben erwähnten Freizügigkeitsverordnung/EG vom 17.7.1997).

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht****Problem: Ausschluss der Vermieterhaftung durch AGB**

BGH, BESCHLUSS VOM 24.10.2001
VIII ARZ 1/01 (BGH-REPORT 2002, 145)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Verfahren ging es um die rechtliche Zulässigkeit einer Ausschlussklausel in einem Formularmietvertrag, wonach der Vermieter für leicht fahrlässig verursachte Schäden generell nicht haften sollte. Anlass für diese Überprüfung war ein Wasserschaden am Mobiliar des Mieters aufgrund eines defekten Dachs in der gemieteten Wohnung; der Vermieter lehnte unter Berufung auf die o.g. Ausschlussklausel eine Schadensersatzleistung ab.

Der BGH erkennt wie die Vorinstanzen die Unwirksamkeit dieser Klausel gem. § 9 AGBG (= § 307 BGB n.F.) an, wenn von dem Ausschluss Schäden an eingebrachten Sachen des Mieters umfasst sind, gegen die sich der Mieter üblicherweise nicht versichern kann. Die sich aus § 536 BGB (= § 535 I 2 BGB n.F.) ergebende Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, ist eine wesentliche Vertragspflicht. Zwar bleibt die Instandhaltungspflicht des Vermieters als solche unberührt; eine vertragliche Pflicht wird aber auch dann unangemessen eingeschränkt, wenn ihre Verletzung sanktionslos bleibt. Die übrigen Gewährleistungsrechte (Minderung z.B.) vermögen nämlich den Wegfall der Schadensersatzhaftung wegen einfacher Fahrlässigkeit nicht zu kompensieren. Außerdem ist der formularmäßige Ausschluss der Haftung von vertragstypischen, vorhersehbaren Schäden, die aus der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten entstehen, stets von der Rechtsprechung als unwirksam angesehen worden.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil eignet sich im Rahmen der Examensvorbereitung dazu, die zur Generalklausel von § 9 AGBG (= § 307 BGB n.F.) erforderliche Kenntnis der einschlägigen Judikatur zu vertiefen.

Nach § 9 AGBG (= § 307 BGB n.F.) sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unan-

gemessen benachteiligen. Zwar ist es nach der besonderen Regel des § 11 Nr. 7 AGBG (= § 309 Nr. 7 BGB n.F.) nicht von vornherein untersagt, die Haftung für einen Schaden, der auf einer mit nicht grober, also einfacher Fahrlässigkeit begangenen Vertragsverletzung des Verwenders beruht, formularmäßig abzubedingen. Gleichwohl kann der Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit für bestimmte Vertragsverletzungen oder für einzelne Schäden nach § 9 AGBG (= § 307 BGB) als unangemessen zu beurteilen sein (allg.M.; BGH, NJW 1990, 761). Ein Ausschluss der Haftung für die verschuldete Nichterfüllung von Vertragspflichten kann nach der Rechtsprechung des BGH nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG (= § 307 II Nr. 2 BGB n.F.) als eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anzusehen sein, wenn dadurch wesentliche Rechte und Pflichten so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist

Vertiefungshinweis:

Die Entscheidung der Vorinstanz: OLG Hamburg, OLG-Report 2001, 401.

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das vermietete Geschäftshaus"
 Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsätze:

Der vertragliche Ausschluss von Schadensersatzansprüchen des Mieters gegen den Vermieter wegen Sachschäden, welche durch Mängel der Mietsache verursacht sind, für die der Vermieter auf Grund leichter Fahrlässigkeit einzustehen hat, durch die in einem vom Vermieter gestellten Formularmietvertrag über Wohnraum enthaltene Klausel: "Führt ein Mangel des Mietobjekts zu Sach- oder Vermögensschäden, so haftet der Vermieter gegenüber dem Mieter [...] für diese Schäden - auch aus unerlaubter Handlung - nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit." ist wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam.

Sachverhalt:

Die Kläger machen im Rahmen eines Wohnraummietvertrages gegen die Beklagte als Vermieterin Schadensersatzansprüche wegen der Beschädigung ihnen gehörenden Mobiliars geltend. Auf Grund eines Defektes im Flachdach des Hauses war Wasser in die Wohnung eingedrungen. Im Mietvertrag ist die Haftung des Vermieters formularmäßig auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.

Das auf die Berufung der Kläger mit der Sache befasste LG Hamburg möchte der Klage stattgeben. Es sieht sich an einer dahingehenden Entscheidung jedoch durch den Rechtsentscheid des OLG Stuttgart v. 11.4.1984 (OLG Stuttgart v. 11.4.1984 - 8 RE-Miet 1/84, NJW 1984, 2226 = WuM 1984, 187 = MDR 1984, 669) gehindert, wonach eine Beschränkung der Haftung des Vermieters auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten für Schäden an Einrichtungsgegenständen des Mieters durch Feuchtigkeitseinwirkungen nicht gegen § 9 AGBG verstoße. Das LG hat deshalb dem OLG Hamburg folgende Frage zum Rechtsentscheid vorgelegt:

Ist die Formulklausel in einem Wohnraummietvertrag, "Führt ein Mangel des Mietobjektes zu Sach- oder Vermögensschäden, so haftet der Vermieter gegenüber dem Mieter und den in § 16 Ziff. 2 genannten Personen für diese Schäden - auch aus unerlaubter Handlung - nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.", die die Haftung des Vermieters für leicht fahrlässig verursachte Schäden generell ausschließt, wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG unwirksam?

Das Hanseatische OLG hat sich der Rechtsmeinung des LG Hamburg angeschlossen und dem BGH die vom LG formulierte Rechtsfrage zur Beantwortung vorgelegt und sie klarstellend dahin präzisiert, dass der zu beurteilende Haftungsausschluss Sach- und Vermögensschäden umfasst.

Aus den Gründen:

Der Senat beantwortet die Vorlagefrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich.

A. Darstellung des herrschenden Rechtsstreits um die Zulässigkeit eines Vermieterhaftungsausschlusses

Ob ein Vermieter von Wohnraum seine Schadensersatzhaftung für leicht fahrlässig verschuldete Mängel der Mietsache durch Formularvertrag wirksam abbedingen kann, ist umstritten. [...]

B. Generelle Ausführungen zu § 9 AGBG

Nach § 9 AGBG sind Bestimmungen in Allgemeinen

Geschäftsbedingungen unwirksam, die den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Zwar ist es nach der besonderen Regel des § 11 Nr. 7 AGBG nicht von vornherein untersagt, die Haftung für einen Schaden, der auf einer mit nicht grober, also einfacher Fahrlässigkeit begangenen Vertragsverletzung des Verwenders beruht, formularmäßig abzubedingen. Gleichwohl kann der Ausschluss der Haftung für einfache Fahrlässigkeit für bestimmte Vertragsverletzungen oder für einzelne Schäden nach § 9 AGBG als unangemessen zu beurteilen sein (allg.M.; etwa BGH, NJW 1990, 761; BGHZ 145, 203, 244). Ein Ausschluss der Haftung für die verschuldete Nichterfüllung von Vertragspflichten kann nach der Rechtsprechung des BGH nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG als eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners anzusehen sein, wenn dadurch wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist (BGHZ 89, 363, 367; NJW 1985, 3016; NJW 1993, 335; NJW-RR 1993, 560; NJW-RR 1998, 1426). Leitender Maßstab dafür ist die Frage, ob der Haftungsausschluss zu einer Aushöhlung derjenigen vertraglichen Pflichten (sog. Kardinalpflichten) führt, die die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen und auf deren Erfüllung der Vertragspartner des Verwenders deshalb vertraut und vertrauen darf (BGH, Ur. v. 23.2.1984 - VII ZR 274/82, NJW 1985, 3016 unter 11 2 = MDR 1984, 1018; v. 11. 11. 1992 - VIII ZR 238/91, NJW 1993, 335). Denn der Gesetzgeber hat bei der Fassung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG ausdrücklich an diesen schon zuvor in der Rechtsprechung (etwa BGHZ 49, 356 [363] = MDR 1968, 564; BGHZ 65, 364 [367] = MDR 1976, 297; BGHZ 71, 226 [228] = MDR 1978, 837) entwickelten Grundsatz des Verbots der Aushöhlung zentraler vertraglicher Pflichten angeknüpft (Begründung des Gesetzesentwurfs zum AGBG, in: BT-Drucks. 7/3919, 23).

C. Unzulässigkeit des Vermieterhaftungsausschlusses mangels Versicherungsmöglichkeit für den Mieter

Der Ausschluss der auf einfacher Fahrlässigkeit beruhenden Haftung des Vermieters von Wohnraum für Schäden des Mieters, die durch Mängel der Mietsache verursacht sind, stellt jedenfalls dann eine gegen § 9 Abs.2 Nr. 2 AGBG verstoßende Einschränkung der Rechte des Mieters dar, wenn von dem Ausschluss Schäden an eingebrachten Sachen des Mieters umfasst sind, gegen die sich der Mieter übli-

cherweise nicht versichern kann.

I. Gebrauchserhaltungspflicht des Vermieters gem. § 536 BGB als wesentliche Vertragspflicht

Die sich aus § 536 BGB ergebende Pflicht des Vermieters, die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu erhalten, ist eine wesentliche Vertragspflicht des Mietvertrages i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG. Sie ist nämlich, jedenfalls soweit sie den grundlegenden baulichen Zustand der Mietwohnung betrifft und insofern die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters ergänzt, eine im Gegenseitigkeitsverhältnis mit der Mietzinspflicht des Mieters stehende Hauptpflicht (BGHZ 108, 1 [6]; 92, 363 [367]). Nach der Zielrichtung der Vorschrift, eine Aushöhlung der den typischen Vertragszweck prägenden Pflichten zu verhindern, sind jedenfalls die im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Hauptpflichten eines Vertrages als wesentliche Vertragspflichten i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG anzusehen (BGH, NJW-RR 1996, 783; NJW 1994, 1060; Erman/Hefermehl/Werner, § 9 AGBG Rz. 14).

II. Keine Kompensation durch die übrigen Gewährleistungsrechte

Der Ausschluss der Haftung des Vermieters für Schäden durch Mängel der Mietsache, die der Vermieter fahrlässig zu vertreten hat, schränkt die Instandhaltungspflicht des Vermieters zum Nachteil des Mieters nicht unerheblich ein. Zwar bleibt die Instandhaltungspflicht des Vermieters als solche von der Freizeichnungsklausel unberührt. Eine vertragliche Pflicht wird aber auch dann eingeschränkt i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG, wenn ihre Verletzung sanktionslos bleibt (vgl. Staudinger/Coester, (1998), § 9 AGBG Rz.210). Der Ausschluss der Schadensersatzpflicht für Sachmängel hätte im Wohnraummietrecht allerdings nicht zur Folge, dass der Mieter bei einer fahrlässigen Verletzung der Instandhaltungspflicht seitens des Vermieters völlig rechtlos gestellt wäre. Dem Mieter steht das nach § 537 Abs. 3 BGB a. F. (§ 536 Abs. 4 BGB n. F.) unabdingbare Recht zur Minderung zu sowie die Verzugshaftung nach § 538 Abs. 1, 3. Alt. BGB a. F. (§ 536 a Abs. 1, 3. Alt. BGB n. F.), die meist auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruhen wird. Diese Rechte können jedoch den Wegfall der Verschuldenshaftung nicht hinreichend kompensieren. Das Minderungsrecht des Mieters gleicht nur die zeitweise geschmälerte Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus. Ein Mangel der Mietsache kann zunächst unerkannt bleiben und mit Eintritt seiner Wirkungen einen erheblichen Schaden verursachen, während die Gebrauchsminderung der Wohnung durch den Mangel nur ver-

gleichsweise geringfügig ins Gewicht fällt. Im Hinblick auf solche Fallgestaltungen ist dem Mieter bei Verletzung der Instandhaltungspflicht durch den Vermieter ein Schadensersatzanspruch zuzubilligen, um einer Vernachlässigung dieser Pflicht durch den Vermieter schon vorbeugend entgegenzuwirken. Eine Begrenzung dieses Anspruches auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Vermieters schränkt deshalb mittelbar den Anspruch des Mieters gegen den Vermieter auf Instandhaltung der Mietsache ein.

III. Schutzbedürftigkeit des Mieters mangels Versicherbarkeit

Die durch den Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit bewirkte Einschränkung der Instandhaltungspflicht des Vermieters gefährdet den Vertragszweck eines Wohnraummietvertrages, weil sie Sachschäden an Einrichtungsgegenständen des Mieters umfasst, gegen die dieser sich nicht in zumutbarer Weise schützen kann.

1. Notwendigkeit der Einbringung des eigenen Mobiliars

Vertragszweck des Wohnraummietvertrages ist auf Mieterseite die Nutzung der überlassenen Räume zur privaten Lebensgestaltung. Dafür ist der Mieter auf einen Grundbestand an eigenen Einrichtungsgegenständen angewiesen. Durch Mängel der Mietsache, insbesondere durch bauliche Mängel, können an den vom Mieter eingebrachten Hausratsgegenständen Schäden entstehen, deren Beseitigung dem Mieter wirtschaftlich nicht zuzumuten ist. Werden die beschädigten Gegenstände nicht repariert oder ersetzt, so kann ihm aber eine wesentliche Grundlage für die Nutzung der Mieträume als Wohnung entzogen sein. Der Ausschluss von Ansprüchen des Mieters auf Ersatz von Schäden, die ihm durch einen vom Vermieter leicht fahrlässig verschuldeten Mietmangel entstehen, ist deshalb geeignet, den Vertragszweck des Wohnungsmietvertrages erheblich zu beeinträchtigen.

2. Keine Absicherbarkeit für den Mieter

Diese Schäden kann der Mieter nicht durch eigene Vorsichtsmaßnahmen abwenden. Kann der Vertragspartner des Verwenders das Schadensrisiko in tatsächlicher Hinsicht beherrschen, so ist dies ein Gesichtspunkt, der für die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses spricht (vgl. BGHZ 103, 316 [329 f.]; ZIP 1991, 792). Das kommt bei der vorliegenden Freizeichnungsklausel aber schon deshalb nicht in Betracht, weil der Haftungsausschluss auch Mängel umfasst, die außerhalb der gemieteten Wohnung liegen können und nicht dem Zugriffsbereich des Mieters

unterliegen. Dem Mieter würden deshalb auch Schadensrisiken auferlegt, die er weder überschauen noch in irgendeiner Weise vermeiden kann (vgl. auch BGH, Urt. v. 28.6.2001 - 1 ZR 13/99).

D. Unwirksamkeit der Vermieterhaftungsausschlussklausel wegen vorhersehbarer, vertragstypischer Schäden

Der Ausschluss der Haftung für Schäden an Einrichtungsgegenständen des Mieters gefährdet auch deshalb den Vertragszweck des Mietvertrages, weil solche Schäden eine typische und deshalb für den Vermieter vorhersehbare Folge von Mängeln einer Mietwohnung sind. Ein formularmäßiger Ausschluss der Haftung für vertragstypische, vorhersehbare Schäden, die aus der Verletzung vertragswesentlicher Pflichten entstehen, ist darum von der Rechtsprechung wiederholt als unwirksam angesehen worden (BGH, NJW 1993, 335).

I. Keine Versicherungsmöglichkeit für den Mieter

Der Mieter kann sich vor diesem Schadensrisiko nicht durch den Abschluss eines allgemein angebotenen Versicherungsvertrages schützen. Die Freizeichnung eines Klauselverwenders von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit, die den Vertragszweck zu beeinträchtigen geeignet ist, kann zulässig sein, wenn sich der Vertragspartner des Verwenders üblicherweise dagegen versichern kann (vgl. BGHZ 103, 316 [326]; NJW 1968, 1718). Das LG hat jedoch, sachverständig beraten, rechtsfehlerfrei festgestellt, dass jedenfalls im Jahr 1997 keine Versicherungsverträge angeboten wurden, die Schäden am Hausrat des Mieters abdecken, wenn diese ihren Ursprung in Mängeln des Wohngebäudes, insbesondere einem undichten Dach bei Niederschlagswasser haben. Die Hausratversicherung nach den VHB 84 und 92 umfasst zwar den gesamten Hausrat des Versicherungsnehmers, mit Ausnahme von Leitungswasserschäden jedoch nicht solche Gefahren, die vom mangelhaften Zustand der Wohnung oder des Hauses ausgehen.

II. Versicherungsmöglichkeit für den Vermieter

Gegen die Angemessenheit des zu beurteilenden Haftungsausschlusses spricht darüber hinaus, dass es dem Vermieter als Klauselverwender durch den Abschluss einer weithin üblichen Versicherung möglich ist, den dem Vertragspartner drohenden Schaden abzudecken (vgl. etwa M. Wolf, NJW 1980, 2433 [2438 f.]). Auch insoweit hat das LG nach Hinzuziehung eines Sachverständigen festgestellt, dass ein Vermieter Schäden, die vom Zustand des Gebäudes oder der Wohnung ausgehen, weitgehend durch den Abschluss einer Haftpflichtversicherung absichern kann. So umfasst beispielsweise die Vermietern zum Abschluss empfohlene (vgl. Dallmayer in Bub/Treier, Abschn. IX Rz. 84) Haus- und Grundbesitzerhaftpflichtversicherung, von allmählich wirkenden Feuchtigkeitsschäden abgesehen, auch Schäden aus einer Verletzung der Pflicht des Eigentümers zur baulichen Instandhaltung (Ziff. 2.2 der besonderen Bedingungen der Haus- und Grundbesitzerhaftpflicht). Der Versicherungsschutz erstreckt sich für solche Pflichtverletzungen neben deliktischen Ansprüchen auch auf solche aus § 538 Abs. 1 BGB a. F. bzw. § 536a Abs. 1 n. F. (vgl. BGHZ 43, 88, 89). Die Notwendigkeit zum Abschluss einer solchen Versicherung ist für den Vermieter ohne Schwierigkeiten erkennbar, weil Schäden an Einrichtungsgegenständen des Mieters eine typische und deshalb voraussehbare Folge baulicher Mängel sind. Der Abschluss einer entsprechenden Haftpflichtversicherung ist dem Vermieter auch deshalb zumutbar, weil er die Kosten der Versicherung als Betriebskosten formularmäßig auf den Mieter umlegen kann (vgl. § 5 MHG i. V. in Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27 der II. BerechnungsVO). Aus diesem Grunde entsteht dem Vermieter, wenn die Schadensersatzhaftung für mit einfacher Fahrlässigkeit zu verantwortende Mängel bei ihm verbleibt, keine finanzielle Mehrbelastung, während andererseits dem Mieter durch einen Haftungsausschluss ein hohes, den Vertragszweck gefährdendes Risiko auferlegt würde, gegen das er sich nicht in zumutbarer Weise versichern kann.

Standort: Allgemeines Schuldrecht**Problem: Frustrierte Aufwendungen**

LG LÜNEBURG, URTEIL VOM 11.08.2000
8 S 411/00 (NJW 2002, 614)

Problemdarstellung:

Beim Ersatz von frustriert aufgebrauchten Aufwendungen tat sich das bisherige Schuldrecht - wie dieser Fall verdeutlicht - schwer. In diesem Fall begehrte der Kl. Ersatz für umsonst entstandene Fahrt- und Übernachtungskosten infolge eines Konzertausfalls. Eine Erstattung dieser nutzlos gewordenen Aufwendungen gem. § 325 BGB (= §§ 280 I, III, 283 BGB n.F.) oder aus p.F.V. (= § 280 I BGB n.F.) kam nicht in Betracht, da diese Aufwendungen beim Kl. auch im Falle einer ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung angefallen wären und folglich nicht auf die Nichterfüllung derselben zurückzuführen waren. Auch die von der Rechtsprechung entwickelte Rentabilitätsvermutung (vgl. u. Prüfungsrelevanz) verhalf in diesem Verfahren nicht weiter, weil für den Kl. keine Möglichkeit bestand, diese für den immateriellen Zweck des optimalen Konzertgenusses aufgewandten Kosten wieder zu erwirtschaften bei ordnungsgemäßer Leistungserbringung. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Regelung von § 253 BGB verwiesen, wonach die Vereitelung des bezweckten optimalen Konzertgenusses als immaterieller Schaden nicht ersatzfähig ist.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall ermöglicht es, die Veränderungen im Rahmen der Schuldrechtsreform deutlich zu machen. Es geht hier um die Ersatzfähigkeit von frustriert aufgebrauchten Aufwendungen infolge einer Leistungsstörung. Nach altem Recht lag die Problematik darin, dass der bei Leistungsstörung gewährte Schadensersatz wegen Nichterfüllung grundsätzlich keinen Aufwendungsersatz gab, da diese Kosten auch im Falle der ordnungsgemäßen Leistungserbringung angefallen wären. Nur ausnahmsweise wurden nutzlos gewordene Aufwendungen nach der sog. "Rentabilitätsvermutung" ersetzt. Es wurde dabei davon ausgegangen, dass der Geschädigte seine Aufwendungen durch Vorteile, die er aus der Durchführung des vereinbarten Geschäfts gezogen hätte, wieder eingebracht hätte. Der ersatzfähige Schaden liegt daher nicht in den getätigten Aufwendungen, sondern in dem Verlust dieser Kompensationsmöglichkeit.

Nach dem neuen Schuldrecht hat gem. §§ 280 ff. BGB n.F. die Wahl, ob er wegen einer Pflichtverletzung Schadensersatz statt der Leistung oder alternativ

Aufwendungsersatz haben will. Gem. § 284 BGB n.F. kann der Gläubiger Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, deren Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden. Dabei werden alle Aufwendungen erfasst, nicht nur die rentablen Aufwendungen.

Vertiefungshinweis:

Zur Frage, ob das vermittelnde Reisebüro verpflichtet ist, den Kunden über die Absage eines Konzerts zu informieren: *LG Bad Kreuznach*, RRA 2001, 191

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Hundenarr"
- Examenskurs: "Der nostalgische Ofen"

Leitsatz (der Redaktion):

Wurden im Zusammenhang mit dem geplanten Besuch eines Konzerts Fahrt- und Übernachtungskosten aufgewendet, so sind diese bei Ausfall des Konzerts nicht erstattungsfähig.

Sachverhalt:

Der Kl. hatte Fahrt- und Übernachtungskosten aufgewendet, um ein Konzert zu besuchen, das dann wegen der von der Bekl. unter Beweis gestellten Erkrankung der Solistin abgesetzt wurde. Seine Klage auf Erstattung dieser Kosten wurde vom AG abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Keine Aufwenderstattung gem. § 325 BGB (= §§ 280 I, III, 283 BGB n.F.)

Die Bekl. trägt als Schuldnerin der unmöglich gewordenen Leistung gem. § 282 BGB die Beweislast für ihr Nicht-Vertreten-Müssen. Die Klärung der Frage des Vertreten-Müssens kann dennoch dahinstehen, da die von dem Kl. aufgewandten und nun beanspruchten Fahrt- und Übernachtungskosten keinen nach § 325 I BGB ersatzfähigen Schaden darstellen.

Bei diesen Kosten handelt es sich um von dem Kl. im Hinblick auf den Vertrag mit der Bekl. getätigte Aufwendungen. Die schadensrechtliche Problematik liegt bei der Frage der Ersatzfähigkeit solcher so genannten "nutzlosen" Aufwendungen darin, dass diese

Aufwendungen bei dem Gläubiger auch im Falle einer ordnungsgemäßen Erbringung der Leistung angefallen wären. Der Kl. hätte bei Durchführung des Konzerts ebenfalls genau die nun beanspruchten Fahrt- und Hotelkosten aufgewandt.

Dem Kl. ist insofern zwar zuzugeben, dass im Bereich der vertraglichen Haftung in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass der Schadensersatz wegen Nichterfüllung als Mindestschaden auch die mit dem Vertragsschluss verbundenen (nutzlosen) Aufwendungen umfasst (BGH, NJW 1978, 1805 [1806]; NJW 1983, 442 [443]; NJW 1987, 831 [834]). Diese Auffassung beruht jedoch auf einer "Rentabilitätsvermutung". Es wird davon ausgegangen, dass der Geschädigte seine Aufwendungen durch Vorteile, die er aus der Durchführung des vereinbarten Geschäfts gezogen hätte, wieder eingebracht hätte. Der ersatzfähige Schaden liegt daher genau genommen nicht in den getätigten Aufwendungen, sondern in dem Verlust dieser Kompensationsmöglichkeit.

Gerade diese Rentabilitätsvermutung kann hier nicht herangezogen werden. Der Kl. verfolgte mit der Fahrt zum Konzertort und den Übernachtungen vor und nach dem Konzert das Ziel, das von der Bekl. geschuldete Konzert nach seinen individuellen Bedürfnissen und Vorstellungen optimal zu genießen. Für den Kl. bestand gerade keine Möglichkeit, im Sinne der Rentabilitätsvermutung diese für den immateriellen Zweck des optimalen Konzertgenusses aufgewandten Kosten wieder zu erwirtschaften. Insofern spricht auch die Regelung des § 253 BGB gegen eine Erstattung, da der Schaden des Kl. hier allein in der Vereitelung des bezweckten optimalen Konzertgenusses liegt und daher einen immateriellen Schaden darstellt (BGH, NJW 1987, 831 [834]).

Ein Ersatz der Fahrt und Übernachtungskosten kann aus § 325 I BGB auch nicht unter dem Gesichtspunkt erfolgen, dass die Aufwendungen allein im Vertrauen auf die vertragsgemäße Leistung der Bekl. getätigt worden sind. Gemäß § 325 I BGB wird die Haftung gerade nicht schon durch ein gesetztes Vertrauen, sondern erst durch spätere Vertragsverletzung ausgelöst. Selbst wenn man jedoch auch aus § 325 I BGB einen Ersatz des Vertrauensschadens entnehmen könnte, so wäre der Kl. entsprechend der Regelungen in §§ 122, 307 BGB auf das Erfüllungsinteresse beschränkt, da er bei enttäuschem Vertrauen nicht besser gestellt werden kann als bei erfüllttem (BGH, NJW 1987, 831 [835]).

B. Keine Erstattung aus pFV (= § 280 I BGB n.F.)

Dem Kl. stehen auch keine Ansprüche unter dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung wegen unterlassener Aufklärung über den Konzertausfall zu. Es kann insofern dahingestellt bleiben, welche Informationsmaßnahmen die Bekl. über den Konzertausfall getroffen hat, da der Kl. Ersatz der Fahrt- und Übernachtungskosten auch bei Vorliegen der von ihm behaupteten Pflichtverletzungen nicht beanspruchen kann bzw. einen kausalen Schaden nicht vorgetragen hat.

Unter dem Gesichtspunkt der nutzlosen Aufwendungen kann der Kl. auch aus positiver Forderungsverletzung keinen Anspruch herleiten. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Insbesondere hat der Kl. auch hier nicht den Anspruch, besser gestellt zu werden, als er bei pflichtgemäßem Verhalten der Bekl. gestanden hätte.

Standort: Vindikationsrecht

Problem: Haftung des Besitzmittlers

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 29.06.2000
5 U 1687/1999 (NJW 2002, 617)

Problemdarstellung:

Der Kl. hatte ein wertvolles Cello einem Bekannten (U) aus, um es schätzen zu lassen. Abredewidrig ließ der Bekannte (U) das Cello der Bekl., die ein Geschäft zum Erwerb und zur Weiterveräußerung von Musikinstrumenten betrieb, zwecks Veräußerung zukommen. Die Bekl. ließ sich das Cello durch einen Trickdiebstahl entwenden.

Gegenüber dem klagenden Eigentümer haftet die Bekl. mangels eines Vertragsverhältnisses gem. §§

991 II, 989 BGB auf Schadensersatz für das entwundene Cello. Zwischen den Parteien lag eine Vindikationslage gem. §§ 985, 986 BGB vor und die Bekl. als redliche Besitzmittlerin haftet dem klagenden Eigentümer für den Besitzverlust genauso streng wie nach den vertraglichen Absprachen mit dem mittelbaren Besitzer (U). Für die Frage des Verschuldensmaßstabs aus dem Vertragsverhältnis zwischen der Bekl. und dem mittelbaren Besitzer (U) stellt das Gericht fest, dass die im Einzelfall verkehrserforderliche Sorgfalt zu beachten ist und nicht die in Fachkreisen übliche Sorgfalt. Das Vertrauen auf die Identität eines potenziellen Käufers aufgrund von Nobelfahrzeugen, Visitenkarten und Führerschein wertet das Gericht

dabei als grob fahrlässig.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil eignet sich zur Examensvorbereitung, weil es die im Rahmen des Vindikationsrecht oft übersehene Haftung des gutgläubigen, redlichen Besitzmittlers gem. §§ 991 II, 989 BGB verdeutlicht. Grundsätzlich haftet nämlich der gutgläubige, unverklagte, unrechtmäßige Besitzer einer Sache nicht, wenn aufgrund seines Verschuldens die Sache beschädigt oder zerstört wird (Haftungsprivileg im Vindikationsrecht). Davon macht § 991 II BGB eine Ausnahme, wenn der unrechtmäßige Besitzmittler seinem Oberbesitzer gegenüber haftet. Das Gesetz gibt nicht dem Vertragspartner den Anspruch, sondern ermöglicht dem Eigentümer den unmittelbaren Zugriff gegen den Besitzmittler. Dabei kann der Oberbesitzer den Drittschaden des Eigentümers liquidieren (str.); der Besitzmittler wird bei Zahlung an den Oberbesitzer gem. § 851 BGB frei. Der Besitzmittler haftet aber dem Eigentümer aber nur insoweit, als seinem Oberbesitzer haftbar ist. Maßgebend für den Verschuldensmaßstab ist also das Verhältnis zum mittelbaren Besitzer (z.B. Verwahrungsverhältnis mit Haftungsprivilegierung gem. § 690 BGB).

Vertiefungshinweis:

Zum Einwand grober Fahrlässigkeit durch den Versicherer, wenn der Versicherungsnehmer ein Musikinstrument in der Eisenbahn vergessen hat: *OLG Karlsruhe*, NJW 1994, 1966

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der gestohlene VW-Bus"
 Examenskurs: "Der gestohlene PKW"

Leitsätze:

- 1. Der gutgläubige Besitzmittler schuldet dem Eigentümer Schadensersatz, wenn ein wertvolles Violoncello ohne die gebotenen Sicherungsmaßnahmen an einen Unbekannten übergeben wird, der sich durch einen gefälschten Führerschein legitimiert und das Musikinstrument nicht zurückbringt. Maßgeblich ist insoweit nicht die in Fachkreisen übliche, sondern die verkehrserforderliche Sorgfalt.**
- 2. Hat das erstinstanzliche Gericht ein Grund- und Teilurteil erlassen und hat die Teilentscheidung keine tragfähige Grundlage, ist das Berufungsgericht befugt, das gesamte Betraysverfahren an sich zu ziehen.**

Sachverhalt:

Der Kl. ist Eigentümer eines Violoncellos. Dieses Instrument ist nach dem Klagevorbringen bei der Bekl. durch einen Trickdiebstahl entwendet worden. Der Kl. begehrt daher 180 000 DM Schadensersatz von der Bekl., die unter der Firma „Musik - L" ein Geschäft betrieb, in dem sie sich mit dem Erwerb und der Weiterveräußerung von Musikinstrumenten befasste. Ihr Ehemann, der Zeuge L, war dort angestellt. Im Oktober 1994 hatte der Kl. sein Cello dem Zeugen U ausgehändigt. Der Zeuge sollte zum Wert des Instruments ein Attest eines Sachverständigen beschaffen. Nach dem Klagevorbringen hat U das Cello des Kl. abredewidrig dem Ehemann der Bekl. zur Veräußerung übergeben. Das von U erhaltene Instrument überließ der Ehemann der Bekl. am 9. 12. 1994 einem Unbekannten, der sich als "Eisenhöfer" vorgestellt, Kaufinteresse vorgespiegelt und mit einem gefälschten Führerschein ausgewiesen hatte. Seither ist das Instrument verschwunden. Der Kl. hat vortragen, bei dem von U an den Ehemann der Bekl. ausgehändigten Violoncello habe es sich um sein Eigentum gehandelt. Das Instrument sei mindestens 180 000 DM wert. Für den Verlust hafte die Bekl., die sich die Leichtfertigkeit ihres Ehemanns zurechnen lassen müsse. Die Bekl. hat bestritten, dass es sich um das Eigentum des Kl. gehandelt habe. U sei mit der Überlassung an Kaufinteressenten einverstanden gewesen; auch aus diesem Grund hafte sie nicht. Letztlich sei die Wertangabe des Kl. überhöht. Das LG hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und dem Kl. außerdem bereits 30000 DM zuerkannt, weil das Instrument jedenfalls diesen Wert habe. Die Berufung der Bekl. hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Haftung der Bekl. als Besitzmittlerin gem. §§ 991 II, 989 BGB

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das LG angenommen, dass die Bekl. dem Kl. schadensersatzpflichtig ist. Das folgt aus § 991 II BGB. Danach schuldet ein beim Besitzerwerb gutgläubiger Besitzmittler dem Eigentümer Schadensersatz (§ 989 BGB), sofern der Besitzmittler dem mittelbaren Besitzer gegenüber für den Besitzverlust verantwortlich ist. Diese Voraussetzungen sind sämtlich erfüllt. Der Kl. ist Eigentümer des Instruments, das der angebliche "Eisenhöfer" erschwindelt hat. Die Bekl. und nicht ihr Ehemann, der Zeuge L, war auch Besitzerin des Cellos. Letztlich hat die Bekl. den Besitzverlust gegenüber dem mittelbaren Besitzer, dem Zeugen U, auch

zu vertreten.

I. Eigentum des Klägers

Auf Grund der Aussage des Zeugen U steht fest, dass der Kl. dem Zeugen 1994 insgesamt drei Instrumente überließ. Ein barockes Cello hat der Zeuge U verkauft und den Erlös dem Kl. ausgehändigt. Ein weiteres Instrument (beschädigte italienische Geige) hat der Zeuge U in Absprache mit dem Kl. nach Mailand gesandt. Bei dem dritten Instrument handelte es sich "um ein italienisches Cello von Gagliano" (Zeugenaussage U). Dass der Kl. Eigentümer dieses Instruments ist, bestreitet die Bekl. ohne Erfolg mit Nichtwissen. Der Kl. war vor der Übertragung an U Besitzer des Cellos. Daher wird zu Gunsten des Kl. vermutet, dass er während der Dauer seines Besitzes Eigentümer war (§ 1006 II BGB). Die insoweit darlegungspflichtige Bekl. hat keinerlei Umstände aufgezeigt, die einen Eigentumsverlust mit oder nach der Besitzübertragung an den Zeugen U ergeben (vgl. BGH, NJW 1995, 1292; BB 1995, 276; WM 1995, 534). Mithin ist vom fortbestehenden Eigentum des Kl. auszugehen.

II. Besitz der Bekl.

Die Bekl. ist auch Besitzerin des italienischen Cellos des Kl. geworden. Das ergibt sich zur Überzeugung des Senats (§§ 523, 286 ZPO) aus der Aussage des Zeugen U, wonach er (U) das Instrument des Kl. dem Ehemann der Kl., dem Zeugen L, übergeben hat. Die Berufungsrüge, damit sei der Zeuge L, nicht jedoch die Bekl. Besitzerin geworden, hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet.

III. Kein Besitzrecht der Bekl. gem. § 986 BGB

Damit bestand zwischen den Prozessparteien eine Vindikationslage. Dem Kl. hätte die Bekl. ein vom Zeugen U abgeleitetes Besitzrecht nicht mit Erfolg entgegenhalten können. Denn der Zeuge U war zur Weiterübertragung des Besitzes zum Zwecke der Veräußerung des Instruments nicht ermächtigt. Er war lediglich befugt, den Besitz einem geeigneten Sachverständigen zu übertragen, der die vom Kl. gewünschte Expertise erstellen sollte. Von alledem hatte die Bekl. indes keine Kenntnis.

IV. Haftung gegenüber dem mittelbaren Besitzer

Als redliche Besitzmittlerin haftet sie dem Eigentümer (Kl.) für den Besitzverlust daher nicht strenger als nach den vertraglichen Absprachen mit dem mittelbaren Besitzer (U). Indes hat die Bekl. den Besitzverlust auch ihrem Oberbesitzer (U) gegenüber zu vertreten und wäre ihm daher - einen Schaden des Oberbesit-

zers unterstellt - ersatzpflichtig. Allerdings weist die Berufung zutreffend darauf hin, dass die Bekl. nach den vertraglichen Absprachen mit U befugt war, das Instrument Kaufinteressenten zu überlassen. Darauf kommt es jedoch entscheidend nicht an. Von Bedeutung ist allein, unter welchen Voraussetzungen und Bedingungen im jeweiligen Einzelfall die Bekl. befugt war, das Cello Kaufinteressenten mitzugeben, damit diese es den eigenen Vorstellungen entsprechend ausprobieren konnten.

1. Tatsächliche Feststellungen zum Verschulden der Bekl.

Dabei fällt hier ins Gewicht, dass der angebliche "Eisenhöfer" der Bekl. und ihrem Ehemann völlig unbekannt war. Dass er in einem teuren Fahrzeug einer süddeutschen Nobelmarke erschien, hält der Senat für bedeutungslos. Derartige Fahrzeuge können bekanntlich geliehen oder gemietet sein. Auch die in zweiter Instanz vorgelegte Visitenkarte besagt nichts. Derartige Karten kann man sich mit jedem gewünschten Text in Bahnhofsautomaten drucken lassen.

Halbwegs verlässliche Informationen über die Identität des Kaufinteressenten konnten nur bei Vorlage eines relativ fälschungssicheren Personalausweises gewonnen werden. Das hat der Zeuge L anscheinend auch selbst so gesehen. Denn im Kommissionsvertrag vom 9.12.1994 ist zur Identifizierung des Käufers das Wort "Personalausweis" handschriftlich vorgegeben, dann jedoch durchgestrichen und durch das Wort "Führerschein" ersetzt worden. Wenn der Zeuge L demnach ursprünglich die Vorlage eines Personalausweises für erforderlich hielt, ist nicht nachvollziehbar, warum er sich dann mit einem Führerschein abspeisen ließ. Allerdings behauptet die Berufung, bei diesem Führerschein habe es sich um eine perfekte Fälschung gehandelt. Das entlastet die Bekl. gegebenenfalls nicht. Nach Auffassung des Senats musste sie nicht nur Vorkehrungen gegen eine Verschleierung der Identität treffen, sondern auch sicherstellen, dass eine unbefugte Weitergabe des Instruments durch den Kaufinteressenten nicht zum völligen Verlust führte. Denn der Kl. stünde heute keinen Deut besser, wenn die Identität des (unterstellt nicht zahlungsfähigen) "Eisenhöfer" geklärt wäre, jedoch das Instrument ebenso verschwunden bliebe wie ein von "Eisenhöfer" erzielter Erlös.

2. Rechtliche Bewertung dieser Feststellungen: Grobe Fahrlässigkeit der Bekl.

Diese ganz nahe liegenden Überlegungen nicht ange stellt und die hiernach gebotenen Sicherungsvorkehrungen versäumt zu haben, hält der Senat für grob

fahrlässig. Das gilt umso mehr, als er der Klagerwiderrung eines anderen Verfahrens (Beiakte) entnimmt, dass der Zeuge L bereits im November 1994 bei einem Geschäftspartner K ergebnislos die Rückgabe mehrerer wertvoller Instrumente oder die Erfüllung der jeweiligen Kommissionsverträge angemahnt hatte. Warum der Zeuge L angesichts dieser schlechten Erfahrungen wenige Wochen später ein Instrument im geschätzten Wert von immerhin 180 000 DM an einen im Geschäft mit Musikinstrumenten völlig Unbekannten herausgab, ohne sich hinsichtlich Identität, Lauterkeit und Zahlungsfähigkeit des angeblichen Interessenten abzusichern, ist nicht nachvollziehbar.

Der demgegenüber in der mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens wiederholte Einwand, die gewählte Art der Geschäftsabwicklung sei im Handel mit Musikinstrumenten üblich, ist nicht stichhaltig. Im Rechtsverkehr kommt es nicht auf die übliche Sorgfalt, die von einem erheblichen Schlendrian geprägt sein kann, sondern auf die erforderliche Sorgfalt an.

Diesen Sorgfaltsanforderungen war die Bekl. auch nicht durch eine abweichende vertragliche Vereinbarung mit dem Zeugen U enthoben. Dass konkrete Absprachen über die Modalitäten einer Weitergabe getroffen wurden, ist der Aussage des Zeugen U nicht zu entnehmen. Wäre der Zeuge gefragt worden, hätte ihm die Vorlage eines Führerscheins wahrscheinlich nicht genügt. Bei dieser Sachlage bestand kein Anlass, die Beweisaufnahme zu wiederholen.

B. Prozessuale Ausführungen

I. Keine tragfähige Grundlage für ein Teilurteil

Dass dem Kl. zugleich bereits 30 000 DM zuerkannt

wurden, hat indes keine hinreichend tragfähige Grundlage. Die Bekl. hat behauptet, das von U erhaltene Cello sei voller Risse gewesen und habe Trümmerbrüche gehabt. Hieran anknüpfend hat sie erklärt, ein derartiges Instrument habe in einem ordentlichen Zustand (Hervorhebung durch den Senat) einen Wert von 30 000 bis 50 000 DM. Damit war der vom LG angenommene Mindestwert von 30 000 DM jedoch nicht zugestanden, da die Bekl. den maßgeblichen wertbestimmenden Faktor ausdrücklich bestritten hatte.

II. Entscheidungsbefugnis des BerGer. über das gesamte Betragsverfahren

Mit der Anfechtung des Teilurteils (30 000 DM) ist dem Senat auch die Entscheidung zum Umfang des Anspruchs teilweise angefallen. Das führt wegen der Bestätigung des Grundurteils zu der Frage, ob die Entscheidung über den Betrag des Anspruchs in Anwendung von § 538 I Nr. 3 ZPO insgesamt dem LG zu übertragen ist, oder ob die Entscheidung insoweit insgesamt "nach oben" in die zweite Instanz gezogen werden darf. Denn eine Aufspaltung des Betragsverfahrens (30 000 bei dem OLG, der Rest beim LG) wäre wegen der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen nicht statthaft. Der Senat hält es für sachdienlich (§ 540 ZPO), selbst insgesamt über den Betrag zu entscheiden und hat daher eine entsprechende Beweisanordnung getroffen. Diese Sachbehandlung ist - entgegen kritischen Literaturstimmen - nach der Rechtsprechung des BGH statthaft (vgl. BGH, NJW 1960, 339 [340] - bekräftigt durch BGH, MDR 1994, 613). Hievon abzuweichen, besteht kein Anlass.

Standort: Allgemeiner Teil des BGB

Problem: Vertragsabschluss via Internet

BGH, URTEIL VOM 07.11.2001
VIII ZR 13/01 (NJW 2002, 363)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hatte sich der BGH mit den Möglichkeiten eines Vertragsabschlusses per Internet auseinander zu setzen. Der Bekl. startete über einen Internetauktionsdienst eine private Auktion und bot einen reimportierten Neuwagen zum Startpreis von 10,- DM an. Interessierte Käufer konnten dann innerhalb einer Frist bieten, wobei sich der Bekl. von vornherein bereit erklärt hatte, das am Ende der Bietzeit höchste Angebot anzunehmen. Zum Fristablauf gab der Kl. das höchste Gebot ab, jedoch verweigerte der Bekl. die Lieferung des Wagens mit der Begrün-

dung, ein Vertrag sei nicht zustande gekommen.

Nach der Rechtsauffassung des BGH kam unzweifelhaft zwischen den Parteien online ein Vertrag zustande, wobei die Willenserklärung des Bekl. in der Freischaltung seiner Angebotsseite und die Willenserklärung des Kl. in der Abgabe seines Gebots liegt. Dabei kann es dahin stehen, welche von beiden als Angebot bzw. Annahme zu verstehen ist. Danach nimmt der BGH die Abgrenzung zur unverbindlichen invitatio ad offerendum vor und stellt zudem fest, dass auch ein fehlender aktueller Rechtsbindungswille des Bekl. für den Vertragsabschluss unerheblich ist. Schließlich setzt sich der BGH noch mit der Wirksamkeit des Vertragsabschlusses nach dem AGBG (= §§ 305 ff. BGB n.F.) auseinander.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von prüfungsrelevanter Bedeutung, da sie die Anwendbarkeit der allgemeinen Lehren zum Vertragsabschluss gem. §§ 145 ff. BGB auch beim Einsatz modernster Telekommunikationsmitteln verdeutlicht. Im Übrigen werden klassische Examensthemen des Allgemeinen Teils des BGB angesprochen: Vertragsabschluss, Willenserklärungen, invitatio ad offerendum, Fehlen des Rechtsbindungswillens, Geheimer Vorbehalt und die Geltung von AGB (= §§ 305 ff. BGB n.F.).

Vertiefungshinweise:

- Entscheidungen der Vorinstanzen: *OLG Hamm*, NJW 2001, 1142 = RA 2001, 269; *LG Münster*, NJW-CoR 2000, 167
- Zur weiteren Vertiefung: *Ulrici*, NJW 2001, 1112

Kursprogramm:

- Klausurenkurs*: "Die Internetauktion"
- Klausurenkurs*: "Der Anrufbeantworter aus dem Internet"

Leitsatz:**Zum Abschluss und zur Wirksamkeit eines Kaufvertrages bei einer Internet-Auktion.****Sachverhalt:**

Die Parteien streiten darüber, ob sie im Juli 1999 bei einer Internet-Auktion einen wirksamen Kaufvertrag über einen Pkw geschlossen haben. Die r.de AG in H. (im Folgenden: r.de) führte auf ihrer Web-Site unter der Bezeichnung "r. private Auktionen" Online-Auktionen durch, an denen (als Verkäufer oder Käufer) nur teilnehmen konnte, wer sich zuvor bei r.de angemeldet und dabei die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen für r.de Verkaufsveranstaltungen" (im Folgenden: AGB) anerkannt hatte.

Der Beklagte, der nebenberuflich mit EU-reimportierten Kraftfahrzeugen handelte, richtete unter seinem Benutzernamen für den Verkauf eines Neuwagens VW-Passat eine Angebotsseite mit einer Fahrzeugbeschreibung ein. Er legte den Startpreis (10 DM), die Schrittweiten der Gebote sowie die Dauer der Auktion fest und gab eine vorgegebene Erklärung ab, in der es unter anderem heißt: "Bereits zu diesem Zeitpunkt erkläre ich die Annahme des höchsten, wirksam abgegebenen Kaufangebotes." Einen Mindestkaufpreis setzte der Beklagte nicht fest. Die Angebotsseite wurde für fünf Tage auf der Web-Site von r.de freigeschaltet. Der Kläger gab unter seinem Benutzernamen acht Sekunden vor Auktionsende mit 26.350

DM das letzte und höchste Gebot ab. R.de teilte dem Kläger durch eine E-Mail mit, er habe den Zuschlag erhalten. Der Beklagte lehnte die Lieferung des Pkw zu dem Gebot des Klägers mit der Begründung ab, es sei noch kein Vertrag zu Stande gekommen; er war jedoch zu einem Verkauf des Fahrzeugs zum Preis von "ca. 39.000 DM" bereit. Der Kläger hat den Beklagten auf Übereignung des Pkw Zug um Zug gegen Zahlung von 26.350 DM in Anspruch genommen.

Das LG hat die Klage abgewiesen (LG Münster, JZ 2000, 730). Auf die Berufung des Klägers hat das OLG den Beklagten antragsgemäß verurteilt (OLG Hamm, JZ 2001, 764 = NJW 2001, 1142). Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Ein Vertrag ist nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zu Stande gekommen.

A. Vertragsabschluss durch den Austausch zweier korrespondierender Willenserklärungen

Außer Frage steht, dass das online abgegebene Höchstgebot des Klägers eine wirksame, auf den Abschluss eines Kaufvertrages mit dem Beklagten gerichtete Willenserklärung darstellt. Entgegen der Auffassung der Revision fehlt es auf Seiten des Beklagten nicht an einer entsprechenden Willenserklärung. Diese liegt nach den zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts darin, dass der Beklagte die von ihm eingerichtete Angebotsseite für die Versteigerung seines Pkw mit der (ausdrücklichen) Erklärung freischaltete, er nehme bereits zu diesem Zeitpunkt das höchste, wirksam abgegebene Kaufangebot an. Dabei kann - weil für die Rechtsfolgen ohne Bedeutung - dahingestellt bleiben, ob die Willenserklärung des Beklagten rechtlich, wie das Berufungsgericht gemeint hat, als Verkaufsangebot und das spätere Höchstgebot des Klägers als dessen Annahme zu qualifizieren sind oder ob, wie es der Wortlaut der vom Beklagten abgegebenen Erklärung nahe legt und vom Berufungsgericht hilfsweise angenommen wird, die Willenserklärung des Beklagten eine - rechtlich zulässige - vorweg erklärte Annahme des vom Kläger abgegebenen Höchstgebots darstellt. Die wechselseitigen Erklärungen der Parteien sind nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts r.de als Empfangsvertreter der Parteien (§ 164 Abs. 3 BGB) jeweils zugegangen und damit wirksam geworden (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Dadurch ist der Kaufvertrag zwischen den Parteien nach §§ 145 ff. BGB zu Stande gekommen.

B. Abgrenzung zur invitatio ad offerendum

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass

die vom Beklagten abgegebene Erklärung in Verbindung mit der zugleich bewirkten Freischaltung seiner Angebotsseite eine auf den Verkauf des angebotenen PKW gerichtete Willenserklärung darstellt und nicht lediglich eine unverbindliche Aufforderung zur Abgabe von Angeboten (*invitatio ad offerendum*).

I. Abgrenzung durch Auslegung

Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, die auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolges gerichtet ist (vgl. BGH, Urt. v. 24.5.1993 - II ZR 73/92, NJW 1993, 2100 = GmbHR 1993, 591 = MDR 1993, 959). Ob eine Äußerung oder ein schlüssiges Verhalten als Willenserklärung zu verstehen ist, bedarf der Auslegung. Das Berufungsgericht hat bei der Würdigung der vom Beklagten bewirkten Freischaltung seiner Angebotsseite im Verhältnis zum Kläger zu Recht nicht allein auf den Inhalt der Angebotsseite, der bei der Online-Auktion auf dem Bildschirm erscheint, abgestellt, sondern die Erklärung einbezogen, welche der Beklagte bei der Freischaltung abzugeben hatte, um die Freischaltung zu bewirken (§§ 3 Abs.5, 5 Abs.4 AGB), und die der Beklagte durch Anklicken der entsprechend vorformulierten Erklärung bei der Freischaltung auch tatsächlich abgegeben hat. Diese ausdrückliche Erklärung des Beklagten, die zwar auf der Angebotsseite selbst nicht erschien, aber r.de als Empfangsvertreter des Klägers zugegangen ist, stellte i. V. m. dem Inhalt der Angebotsseite, auf den sie sich bezog, die auf den Abschluss des Kaufvertrags mit dem Meistbietenden gerichtete Willenserklärung des Beklagten dar. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich in unzulässiger Weise über den eindeutigen Wortlaut der vom Beklagten bei der Freischaltung abgegebenen Erklärung hinweggesetzt, berührt dies nur die nicht entscheidungserhebliche Frage, ob die Willenserklärung des Beklagten als Angebot oder als vorweggenommene Annahme zu qualifizieren ist, nicht jedoch deren Charakter als rechtsgeschäftliche Willenserklärung.

II. Bestimmtheit der Willenserklärung

Die Willenserklärung des Beklagten war auch, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, hinreichend bestimmt. Zwar richtete sie sich an eine nicht konkret bezeichnete Person (*ad incertam personam*). Sie genügte aber dem Bestimmtheitsanfordernis, weil zweifelsfrei erkennbar war, mit welchem Auktionsteilnehmer der Beklagte abschließen wollte, nämlich (nur) mit dem, der innerhalb des festgelegten Angebotszeitraumes das Höchstgebot abgab (vgl. Sörgel/Wolf, BGB, 13. Aufl., § 145 Rz. 4; Staudinger/Bork, BGB, 13. Aufl., § 145 Rz. 19).

III. Irrelevanz der AGBs der Internetauktionsplattform

Für das Verständnis der bei der Freischaltung abgegebenen Erklärung des Beklagten bedarf es allerdings nicht, wie das Berufungsgericht gemeint hat, eines Rückgriffs auf § 5 Abs. 4 AGB. Zwar können Allgemeine Geschäftsbedingungen für Internet-Auktionen als Auslegungsgrundlage herangezogen werden, wenn Erklärungen der Auktionsteilnehmer nicht aus sich heraus verständlich sind. Verständnislücken können dann unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden. Die bei der Freischaltung gesondert abgegebene Erklärung des Beklagten ("Bereits zu diesem Zeitpunkt erkläre ich die Annahme des höchsten, wirksam abgegebenen Kaufangebotes.") ließ jedoch den Bindungswillen des Beklagten - unmissverständlich - bereits aus sich heraus erkennen, ohne dass für das Verständnis dieser Erklärung auf die entsprechende - gleich lautende - Bestimmung in § 5 Abs. 4 AGB zurückgegriffen werden musste.

C. Irrelevanz eines aktuellen Erklärungsbewusstseins für die Willenserklärung

Unerheblich ist, ob sich der Beklagte bei Abgabe seiner Willenserklärung und Freischaltung der Angebotsseite des verbindlichen Charakters seiner Erklärung bewusst war. Trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins (Rechtsbindungswillens, Geschäftswillens) liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende - wie der Beklagte - bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefaßt werden durfte (BGH v. 7.6.1984 - IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 = MDR 1984, 838-, v. 2.11.1989 - IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171 [177] = MDR 1990, 335). Ein für den Empfänger nicht erkennbarer Vorbehalt, sich nicht binden zu wollen, ist unbeachtlich (§ 116 BGB). Dem Erklärenden verbleibt nur die Möglichkeit einer Anfechtung seiner Willenserklärung nach §§ 119 ff. BGB in den dort bestimmten Grenzen.

D. Keine Unwirksamkeitsgründe für die Willenserklärung des Bekl.

Gründe für eine Unwirksamkeit der Willenserklärung des Beklagten und damit des Kaufvertrages liegen nicht vor und ergeben sich insbesondere nicht, wie die Revision geltend macht, aus dem AGB-Gesetz.

Nach Auffassung der Revision fehlt es an einer ver-

bindlichen Willenserklärung des Beklagten, weil die Klausel in § 5 Abs. 4 AGB nach § 9 AGBG unwirksam sei; sie benachteilige den Einlieferer unangemessen und sei auch mit wesentlichen Grundgedanken des § 156 BGB unvereinbar. Dem kann nicht gefolgt werden. Im Ausgangspunkt zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche die Parteien bereits bei ihrer Anmeldung als (künftige) Nutzer der Auktionsplattform gegenüber r.de anerkannt haben, im Verhältnis der Parteien zueinander von keiner Seite "gestellt" wurden, so dass keine Vertragspartei "Verwender" i. S. d. § 1 AGBG ist. Mit dieser Feststellung ist allerdings die Frage, ob Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Veranstalters von Internet-Auktionen einer Kontrolle nach dem AGB-Gesetz auch insoweit unterliegen, als sie das Vertragsverhältnis der Auktionsteilnehmer untereinander betreffen, nicht bereits abschließend zu verneinen. ... Die individuelle Willenserklärung, die der Beklagte selbst abgegeben hat, indem er die auf seine Angebotsseite bezogene Erklärung, er nehme bereits zu diesem Zeitpunkt das Höchstgebot an, unmittelbar vor der Freischaltung mit einem Häkchen versehen (" angeklickt ") und durch die Eingabe "Auktion starten" r.de zugeleitet hat, unterliegt jedenfalls keiner Inhalt-

skontrolle nach §§ 9ff. AGBG. Daran ändert auch nichts, dass die Willenserklärung des Beklagten teilweise vorformuliert war und insoweit der Formulierung in § 5 Abs. 4 AGB entsprach. Denn § 5 Abs. 4 AGB gibt der vom Beklagten bei der Freischaltung persönlich abgegebenen Willenserklärung - wie oben dargelegt - keinen anderen Inhalt als diese aus sich selbst heraus hat. Insoweit unterscheidet sich § 5 Abs. 4 AGB auch von Vertragsabschlussklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche die Voraussetzungen eines Vertragsabschlusses anders regeln wollen als in §§ 145 ff. BGB und eine unmittelbare Auswirkung auf das Zustandekommen eines Vertrages beanspruchen. Daran fehlt es bei § 5 Abs. 4 AGB, der die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Anbieters nicht ersetzt und ihr auch keine von §§ 145 ff. BGB abweichende rechtliche Wirkung verleiht. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Vertragsabschlussklauseln der vorgenannten Art bereits vor Vertragsschluss Wirkung für den Abschluss eines Vertrages haben können, bedarf deshalb im Streitfall keiner Erörterung (vgl. Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, a.a.O., § 2 Rz. 63; Staudinger/Schlosser, BGB, 13. Aufl., § 2 Rz. 39).

*Strafrecht***Standort: §§ 25, 27 StGB Problem: Beteiligung durch Mitwirkung an Vorbereitung**

BGH, BESCHLUSS VOM 07.11.2001
STR 455/01 (STV 2002, 83)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in der nachstehenden Entscheidung über die Strafbarkeit mehrerer Angekl. zu entscheiden, die nach Vorgabe der Scheckdaten durch die Hintermänner Scheckfälschungen herstellten, um sie dann später über einen Mittelsmann an diese weiterzuleiten. Der Senat führt aus, dass Planung und Begehung der Betrugstaten, soweit es sich um den Tatort, die Tatzeit und die zu Täuschenden handelt der Mitwirkung der Angekl. entzogen waren, sodass das die Mittäterschaft kennzeichnende "enge Verhältnis" zu den Betrugstaten nicht bestand. Es gab lediglich eine generelle Absprache zur Fertigung der Scheckfälschungen, während sich das weitere Geschehen dem Einfluss der Angekl. entzog und sie somit nur eine untergeordnete Rolle spielten.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft das Standardproblem der Annahme von Mittäterschaft bei bloßer Mitwirkung im Vorbereitungsstadium (auch sog. Bandenchefproblematik) und verdeutlicht die sog. "eingeschränkt-subjektive" Theorie des BGH, der in einer wertenden Gesamtschau ermittelt, ob der Täter einen vom Täterwillen getragenen nicht völlig untergeordneten Tatbeitrag erbracht hat. Kriterien sind danach insbesondere das Interesse am Taterfolg, das Gewicht des Tatbeitrags sowie die Tatherrschaft bzw. der Wille zur Tatherrschaft. Die Literatur beurteilt die Mitwirkung im Vorbereitungsstadium auf dem Boden der von ihr vertretenen Tatherrschaftslehre unterschiedlich: Während die sog. enge Tatherrschaftslehre einen wesentlichen Tatbeitrag im Ausführungsstadium und damit eine "Mitherrschaft" fordert, lässt es die überwiegend vertretene sog. weite Tatherrschaftslehre ausreichen, wenn der Beteiligte einen wesentlichen Tatbeitrag im Vorbereitungsstadium erbracht hat, der den fehlenden Beitrag während der Ausführung ausgleicht und dem Beteiligten so eine "Gestaltungsherrschaft" verleiht.

Im Zusammenhang mit Beteiligungsfragen im Rahmen des § 263 StGB ist auf zwei weitere aktuelle

Entscheidungen hinzuweisen:

Zunächst hat der BGH in einem Beschluss vom 22. August 2001 - 3 StR 287/01 (wistra 2002, 21) im Anschluss an die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 22. März 2001 (NStZ 2001, 421) festgestellt, dass auch beim gewerbsmäßigen Bandenbetrug gem. § 263 V StGB eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraussetzt. Das BayObLG hatte sich in seinem Beschluss vom 4.7.2001 - 5 St RR 176/2001 (NZV 2002, 49) mit der Frage der Wissenszurechnung bei Kollusion zwischen Versicherungsnehmer und einem Repräsentanten der verfügenden Versicherung (Versicherungsagenten) zu befassen. Der Senat stellte fest, dass der Versicherer sich die Kenntnisse seines Vertreters nicht zurechnen lassen muss, wenn dieser mit dem Versicherungsnehmer mittäterschaftlich gegenüber der Versicherung eine Täuschung begeht (s. allgemein zur Wissenszurechnung beim Betrug LK-Tiedemann, § 263, Rn. 82 m.w.N.).

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme: Küpper, GA 1986, 437
- Zur Mitwirkung im Vorbereitungsstadium: *BGHSt* 37, 289 m.Anm. *Roxin*, JR 1991, 206; *Herzberg*, JR 1991, 857; *Puppe*, NStZ 1991, 571.

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Eingespieltes Team"
- Examenskurs*: "Kein Humor"

Leitsatz:

Die Hersteller gefälschter Schecks sind nicht schon deshalb Mittäter der mit Hilfe dieser Fälschungen vorgenommenen Betrügereien, weil sie wussten, was mit den gefälschten Schecks geschehen sollte.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des LG fertigte die Angekl. und zwei weitere Mittäter im Tatkomplex I (Herstellen und verbreiten gefälschter Schecks) als Bande nach den Vorgaben von Hintermännern total ge-

fälschte Schecks über höhere Beträge, die auf die Bayerische Landesbank gezogen waren. Diese sollten nach Absprache über das Bandenmitglied De. an die Hintermänner weitergegeben werden, welche die Schecks einlösen wollten. Vom Erlös hatten diese der Fälscherbande um die Angekl. einen Anteil von drei Prozent versprochen. Entsprechend verfuhr die Angekl. in den abgeurteilten Einzelfällen. Die Versuche der Hintermänner, die Schecks einzulösen, scheiterten indessen, weil die Fälschungen noch rechtzeitig erkannt wurden. Das LG hat angenommen, die Angekl. seien nicht nur Mittäter der Urkundenfälschungen, sondern auch der von den Hintermännern mittels der Schecks ausgeführten Täuschungs- und mithin Betrugsversuche. Das beanstanden die Revisionen zu Recht.

Aus den Gründen:

I. Zur Annahme von Mittäterschaft

Der Annahme von Mittäterschaft bei den Betrugsversuchen steht zwar nicht entgegen, dass die Angekl. keine eigenen Täuschungshandlungen vorgenommen haben, sondern durch die Fertigung und Weitergabe der gefälschten Schecks nur die Voraussetzungen für das Handeln der Hintermänner geschaffen haben; auch die Beteiligung an Vorbereitungshandlungen kann Mittäterschaft begründen (BGHSt 40. 299. 301; BGH NSTZ 1999, 609). Es fehlt aber an den weiteren Voraussetzungen der Mittäterschaft. Das LG hat festgestellt, dass die Angekl. - durch De. vermittelt - die "Vorgaben" für die Scheckfälschungen, namentlich die "Scheckdaten" erhielten. Die erstellten Fälschungen wurden schließlich durch De. an die Hintermänner gegeben. Die als Zeugen vernommenen Hintermänner (Kn. und N.) haben glaubhaft bekundet, ein direkter Kontakt "zu den Leipziguern", also der Gruppe um die Angekl., habe nicht bestanden. Diesen Ausführungen und dem Zusammenhang der weiteren Urteilsgründe entnimmt der Senat, dass Planung und Begehung der Betrugstaten, soweit es sich um den Tatort, die Tatzeit und die zu Täuschenden handelte, der Mitwirkung der Angekl. entzogen waren. Sie hatten nicht das für die Mittäterschaft kennzeichnende "enge Verhältnis" zu den Betrugstaten (vgl. BGHSt 16, 12, 15). Eine gemeinschaftliche Tat

erfolgt notwendig auf der Grundlage gemeinschaftlichen Wollens. Hier gab es lediglich eine generelle Absprache. Die Angekl. wussten, was mit den gefälschten Schecks geschehen sollte. Eine nähere, mit ihnen abgestimmte Konkretisierung der Betrugstaten ergeben die Urteilsgründe indessen nicht. Vielmehr belegen sie in ihrer Gesamtheit, dass die Angekl. nach den Plänen ihrer Auftraggeber nicht deren "Partner" bei den in Aussicht genommenen Betrügereien werden sollten. Sie waren lediglich mit den Vorbereitungsakten der Scheckfälschungen beauftragt, für die sie genaue "Vorgaben" erhielten, während sich das weitere Geschehen ersichtlich ihrem Einfluss entzog (vgl. BGH NJW 1985, 1035). Sie spielten also insoweit nur eine untergeordnete Rolle. Das erhellt auch aus der vorgesehenen nur dreiprozentigen Beteiligung am Erlös aus den Betrugstaten. Diese begründete zwar ein eigenes Tatinteresse der Angekl., das aber die gegenläufigen Kriterien in ihrem gegen die Annahme von Mittäterschaft sprechenden Gewicht nicht aufzuwiegen vermag.

II. Zur Annahme von Beihilfe

Nach allem ist die Beteiligung der Angekl. an den Betrugsversuchen lediglich als Beihilfe zu würdigen; das ergibt sich ohne weiteres aus den getroffenen Feststellungen. Da Beihilfe nicht den Willen zu bestimmender Einflussnahme auf die Haupttat erfordert, sind auch die Anforderungen an deren Konkretisierung geringer als bei der Teilnahmeform der Anstiftung. Es genügt, wenn der Gehilfe weiß, dass seine Handlung, den Haupttäter zu einer sonst noch nicht näher konkretisierten Tat bestimmter Art instand setzen wird und er dies auch will; er braucht die Person des Haupttäters nicht notwendig zu kennen (vgl. BGH NJW 1996, 2517; Lackner/Kühl StGB, 23. A., § 27 Rdnr.7; Roxin in: FS für Salger, S. 129, 136).

III. Entscheidung des Senats

Der Senat ändert die Schuldsprüche selbst, weil er ausschließt, dass sich die Angekl. anders als geschehen hätten verteidigen können. Ihre Revisionen wenden sich ausdrücklich gegen die Annahme von Mittäterschaft in den Fällen des versuchten Betruges. Die Änderung der Schuldsprüche führt zur Aufhebung der Strafaussprüche.

Standort: § 240 StGB Problem: Nötigung durch Reduzierung der Geschwindigkeit

BAYOBLG, URTEIL VOM 06.07.2001

STRR 57/2001 (NJW 2002, 628)

Problemdarstellung:

Das BayObLG hatte über die Strafbarkeit eines Angekl. zu entscheiden, der die Geschwindigkeit seines PKW im Straßenverkehr ohne verkehrsbedingten Grund massiv reduziert hat, um den Fahrer des nachfolgenden Fahrzeugs zu einer unangemessen niedrigen Geschwindigkeit zu zwingen und ihn "verkehrs-erzieherisch" zu maßregeln. In Anlehnung an die neue Rechtsprechung des BGH hat der Senat entschieden, dass es sich bei diesem "Ausbremsen" um nötigende Gewalt i.S. des § 240 I StGB handele. Eine Nötigung kommt nach seiner Ansicht nicht nur in Betracht, wenn der nachfolgende Kraftfahrer zu einer Vollbremsung gebracht, sondern ist bereits dann möglich, wenn er zu einer massiven Geschwindigkeitsreduzierung gezwungen werde.

Prüfungsrelevanz:

Fälle der Nötigung im Straßenverkehr besitzen nicht nur erhebliche praktische Relevanz, sondern sind seit der zweiten Entscheidung des BVerfG zum sog. vergeistigten Gewaltbegriff (BVerfGE 92, 1) auch von erheblicher Examensbedeutung. In der Rechtsprechung der Fachgerichte ist umstritten, welche Reichweite der Sitzblockadenentscheidung des BVerfG zukommt, namentlich ob der Gewaltbegriff stets eine nicht unerhebliche körperliche Kraftentfaltung des Täters, sowie eine physische Zwangswirkung beim Opfer voraussetzt. Das BayObLG schließt insoweit der überwiegenden Rechtsprechung an, die es ausreichen lässt, wenn eine der beiden Komponenten des Gewaltbegriffs vorliegt bzw. zumindest eine körperliche Kraftentfaltung mittels eines kraftentwaltenden Werkzeugs gegeben ist (vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung die Zusammenfassung bei Küper, BT, 3. Aufl., S. 155 ff.).

Vertiefungshinweise:

Zur Nötigung im Straßenverkehr: *BGHSt* 41, 231; *OLG Düsseldorf*, NSTZ-RR 2000, 369; *OLG Köln*, NZV 2000, 99; *OLG Karlsruhe*, NSTZ-RR 1998, 58.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Verkehrsblockade"

Leitsatz:

Nötigung liegt nicht nur in den Fällen vor, in denen der Täter den Nachfolgenden zu einer so genannten "Vollbremsung" zwingt oder herunterbremst, mit der Folge, dass der Nachfolgende zum Anhalten gezwungen wird, sondern auch bereits dann, wenn der Täter seine Geschwindigkeit ohne verkehrsbedingten Grund massiv reduziert, um den Fahrer des nachfolgenden Fahrzeugs zu einer unangemessen niedrigen Geschwindigkeit zu zwingen und der Nachfolgende das ihm vom Täter aufgezwungene Verhalten nicht durch Ausweichen oder Überholen vermeiden kann.

Sachverhalt:

Der Angekl. fuhr am 14. 3. 2000 in der Zeit etwa gegen 7.15 Uhr mit seinem Pkw auf der Autobahn A8 von der Anschlussstelle Bad Aibling herkommend zunächst die Anhöhe Irschenberg in Richtung München hinauf. An dieser Stelle befindet sich ein Überholverbot für Lkw. In Missachtung dieses Überholverbots zog der Zeuge W mit dem belgischen Sattelzug auf die Überholspur und überholte einen vor ihm befindlichen Tanklastzug, scherte dann, noch im Steigungsstück, wieder auf die rechte Spur ein. Der Angekl. überholte nun den Sattelzug des Zeugen W und scherte etwa im nächsten Kilometer nach dem Kilometer 41,4 auf die rechte Fahrspur ein. Bis zu diesem Zeitpunkt kam es zu keinen Auffälligkeiten zwischen den beiden Kraftfahrzeugführern, so nicht zu Hupen, Anblinken oder sonstiger Beeinträchtigung der Fahrt. Die Geschwindigkeit von Pkw und Lkw betrug zu der Zeit der Fahrt unmittelbar nach dem Wiedereinscheren 92 km/h. Der Angekl. verringerte nunmehr seine Geschwindigkeit auf einer Wegstrecke von 99 m auf die neue Geschwindigkeit von 87 km/h. Der Zeuge W fuhr zunächst auf den Pkw auf und betätigte die Lichthupe. Durch Wegnehmen von Gas verzögerte auch der Zeuge W die Geschwindigkeit seines Lkw. Im weiteren Verlaufe der nächsten 169 m verringerte der Angekl. erneut die Geschwindigkeit auf nunmehr 80 km/h. Für beide geschilderten Vorgänge, aber auch für den nachstehenden Vorgang bis zum Anhalten der Kraftfahrzeuge gab es keinerlei verkehrsbedingten Anlass. So war der Angekl. nicht etwa durch vorausfahrende Fahrzeuge gezwungen, die Geschwindigkeit zu reduzieren. Dem Lkw-Fahrer W gelang ebenfalls die Verzögerung seines Kraftfahrzeugs durch Betätigen der Motorbremse. Im nachfol-

genden Wegestück, ca. 200 m, setzte der Angekl. die Geschwindigkeit nunmehr von 80 km/h auf 58 km/h herab. Der Lkw-Fahrer W musste hier eine deutliche Bremsung mit einer Bremsverzögerung von 3,06 m/s² vornehmen, um einen Auffahrunfall zu verhindern. Im Wegestück der nächsten 249 m verringerte der Angekl. die Geschwindigkeit weiterhin auf 43 km/h, was den Lkw-Fahrer W zu einer leichten Bremsung zur Unfallvermeidung zwang. Nach zunächst weiteren Wegstrecken 284 m mit einer Geschwindigkeit von 42 km/h wurde letztlich wieder auf 65 km/h erhöht. Der Angekl. wollte den Fahrer des Sattelzugs verkehrserzieherisch maßregeln, weil der Fahrer W zuvor im Überholverbot einen anderen Lkw überholt hatte. Weiter ärgerte sich der Angekl. darüber, dass der Zeuge W ihm nach dem Wiedereinschwenken auf die rechte Fahrspur so nahe auffuhr und auch noch mit der Lichthupe blinkte. Dies war der Grund, warum der Angekl. dann den Zeugen W zum Reduzieren der Geschwindigkeit veranlassen wollte. Das AG verurteilte den Angekl. am 20.11.2000 wegen einer im Straßenverkehr begangenen Nötigung zur Geldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 65 DM und verhängte gleichzeitig ein Fahrverbot für die Dauer von zwei Monaten. Die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angekl. hatte vorläufig Erfolg.

Aus den Gründen:

Nach den - rechtsfehlerfrei getroffenen - Feststellungen kommt eine Verurteilung des Angekl. wegen eines Vergehens der Nötigung nach § 240 I StGB in Betracht.

I. Zur Auslegung des Gewaltbegriffs

Auch nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1995 (BVerfGE 92, 1), in der die erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs im Zusammenhang mit Sitzdemonstrationen als Verstoß gegen Art. 103 I GG bewertet worden ist, ist daran festzuhalten, dass für die Fälle des so genannten "AusbremSENS", das heißt diejenigen Sachverhalte, in denen ein vorausfahrendes Fahrzeug das nachfolgende zu einer (Voll-)Bremsung zwingt, eine Strafbarkeit wegen Nötigung in Betracht kommt. Das OLG

Stuttgart (NJW 1995, 2647) hat hierzu die Auffassung vertreten, die genannte Entscheidung des BVerfG sei "nach ihrem Sinngehalt auf den Bereich der Sitzblockaden beschränkt". Es bestünden deshalb keine verfassungsrechtlichen und auch keine einfachrechtlichen Gründe, von der bisherigen Auslegung des Gewaltbegriffs im fließenden Verkehr abzuweichen. Dem Einsatz eines Fahrzeugs im Straßenverkehr könne das Moment der Kraftentfaltung nicht abgespro-

chen werden (vgl. hierzu auch Berz, NZV 1995, 297). Diese Kraftentfaltung wirke sich zwar nicht unmittelbar am Opfer, sondern auf dieses nur über eine psychisch determinierte Kausalkette aus; sie habe aber die der unmittelbaren Krafteinwirkung entsprechende Zwangswirkung. Auch der BGH hat das "AusbremSEN" für Nötigung gehalten, wobei der von ihm zu entscheidende Fall allerdings die Besonderheit aufwies, dass der Täter das folgende Fahrzeug sogar zum Anhalten gezwungen hatte (BGH, NJW 1995, 3131 [3133]). Das Verhalten des Täters habe sich, so der BGH, nicht auf seine bloße Anwesenheit beschränkt; von seinem plötzlich abgebremsten Fahrzeug sei nicht nur eine psychische Zwangswirkung ausgegangen, vielmehr habe der Täter auf die Entschlussfreiheit des nachfolgenden Fahrzeugs (jedenfalls auch) durch die Errichtung eines physischen Hindernisses eingewirkt. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass beim Blockieren eines Bewegungsablaufs eine Nötigung nicht deshalb ausscheidet, weil das Opfer selbst den Erfolg durch Stoppen der eigenen Bewegung verhindert und es deshalb nicht zu der vom Täter bezweckten körperlichen Einwirkung kommt (vgl. Rudolphi, in: SK-StGB, Stand: April 1996, § 105 Rdnr. 6). Eine Nötigung liegt deshalb nach Auffassung des Senats nicht nur in den von der Rechtsprechung anerkannten Fällen vor, in denen der Täter den Nachfolgenden zu einer so genannten "Vollbremsung" zwingt oder bis zum Stillstand herunterbremst, mit der Folge, dass der Nachfolgende zum Anhalten gezwungen wird, sondern auch bereits dann, wenn der Täter seine Geschwindigkeit ohne verkehrsbedingten Grund massiv reduziert, um den Fahrer des nachfolgenden Fahrzeugs zu einer unangemessen niedrigen Geschwindigkeit zu zwingen, und der Nachfolgende das ihm vom Täter aufgezwungene Verhalten nicht durch Ausweichen oder Überholen vermeiden kann.

II. Zur Beurteilung des vorliegenden Falles

So liegt es auch bei dem vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt. Auch hier hat der Angekl. auf die Entschlussfreiheit des Führers des nachfolgenden Sattelzugs durch Errichtung eines physischen Hindernisses und nicht nur durch psychische Zwangswirkung eingewirkt. Der auf dem rechten Fahrstreifen der Bundesautobahn fahrende Zeuge W war durch das - nicht verkehrsbedingte - Verhalten des Angekl. gezwungen, zur Vermeidung eines Auffahrunfalls seine Geschwindigkeit dem vorausfahrenden, über eine Strecke von einem Kilometer ständig langsamer werdenden Pkw anzupassen und sie von 92 km/h bis auf 42 km/h zu reduzieren, wobei das Herabsetzen der Geschwindigkeit teilweise nur durch eine deutliche

Bremung möglich war. Den Feststellungen des AG lässt sich jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit entnehmen, ob sich dieses Geschehen auf einer Strecke mit einem "Überholverbot für Lkw" abspielte und es dem Zeugen W daher jedenfalls aus rechtlichen Gründen nicht möglich war, dem ihm aufgezwungenen Fahrverhalten durch ein Ausweichen mit seinem Sattelzug auf den mittleren Fahrstreifen und ein Überholen des Angekl. zu entgehen. Da diese -

entscheidungserhebliche - Frage bisher nicht geklärt ist, kann das angefochtene Urteil aus diesem Grunde keinen Bestand haben. Soweit der Zeuge das ihm vom Angekl. aufgezwungene Verhalten nicht vermeiden konnte, wäre das nicht verkehrsbedingte Verhalten des Angekl., der den Zeugen lediglich disziplinieren wollte, als schikanös und damit auch verwerflich i.S.v. § 240 II StGB anzusehen.

Standort: § 263 StGB

Problem: Täuschung durch Scheckeinreichung

BGH, BESCHLUSS VOM 08.09. 2001
5 STR 318/01 (STV 2002, 82)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte zu entscheiden, ob sich ein Bankkunde wegen Betrugs strafbar macht, wenn er einen Scheck zum Zwecke der Einlösung einreicht, obwohl er weiß, dass der Aussteller des Schecks berechtigt wäre, diesen im Wege des Bereicherungsausgleichs zurückzuverlangen. Entgegen der Ansicht des LG geht der BGH davon aus, dass in dem Verhalten des Angekl. keine Täuschungshandlung gem. § 263 StGB zu sehen ist. Es sei für die den Scheck einlösende Bank nicht von Bedeutung, ob das der Scheckhingabe zugrundeliegende Schuldverhältnis bestehe oder nicht. Für die Bank seien lediglich die Umstände relevant, die eine wirksame Anweisung des Ausstellers begründen, da der Scheck ein vom Grundgeschäft unabhängiges Wertpapier darstelle. Die Vorlage des Schecks enthalte daher lediglich die konkludente Erklärung, dass die wesentlichen Scheckvoraussetzungen (Unterschrift des Ausstellers, Anweisung und Schecksumme) vorliegen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz, da sie die Voraussetzungen der (schlüssigen) Täuschung durch Einreichung eines Schecks in grundsätzlicher Weise verdeutlicht. Da eine Täuschung durch konkludentes Tun einen objektiven Erklärungswert voraussetzt, kommt es maßgeblich darauf an, wie das Täterverhalten nach der Verkehrsanschauung aufzufassen ist. Es hat sich inzwischen eine umfangreiche Kasuistik entwickelt, die – nicht immer ganz widerspruchsfrei (vgl. etwa die Kritik bei SK-Samson/Günther, § 263, Rn. 25 ff.) – sich insbesondere an der (zivilrechtlichen) Pflichten- und Risikoverteilung im Geschäftsverkehr orientiert. Eine Übersicht über die wichtigsten Fallgruppen findet sich bei

Schönke/Schröder/Cramer, § 263, Rn. 16 ff. Besondere Hervorhebung verdient die neuere Entscheidung des BGH zum Betrug durch Vorlage eines Überweisungsformulars (BGH, NJW 2001, 453 = RA 2001, 109), die die in BGHSt 39, 392 angesprochene unterschiedliche Behandlung von Fehlüberweisungen und Fehlbuchungen aufgehoben hat.

Vertiefungshinweise:

- Zum Betrug durch Eintauschen von Devisen: *OLG Frankfurt*, NJW 1971, 527; *OLG Hamm*, MDR 1968, 778
- Zum Betrug durch Unterlassen: *BGH*, NJW 2000, 313 = RA 2000, 635

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Missbrauch des Sparbuchs"

Leitsatz:

Wer einer Bank einen Scheck zum Zwecke der Einlösung vorlegt, obwohl der Aussteller des Schecks berechtigt wäre, diesen im Wege des Bereicherungsausgleichs zurückzuverlangen, nimmt gegenüber der Bank gleichwohl keine Täuschung vor, weil für die Bank nur relevant ist, dass der Scheck eine wirksame Anweisung des Ausstellers enthält, die sie verpflichtet, den Scheck einzulösen.

Sachverhalt:

Der Lebensgefährtin des Angeklagten stand aus einem Abfindungsvergleich nach einem Verkehrsunfall gegen die Versicherungsgesellschaft ein Zahlungsanspruch in Höhe von 65 000 DM zu. Nachdem es zunächst bei der Einlösung eines von der Versicherung übersandten Schecks Schwierigkeiten gegeben hatte, übermittelte die Versicherungsgesellschaft auf drängen des Angeklagten einen Verrechnungsscheck direkt an dessen Bank, die diesen Betrag dem Konto

des Angeklagten gutschrieb. Infolge eines Versehens sandte die Versicherungsgesellschaft dem Angeklagten sechs Tage später einen weiteren Scheck über den Betrag von 65 000 DM zu. Auf Veranlassung des Angeklagten reichte der anderweitig Verfolgte W. diesen Scheck bei der Bank ein, die kurze Zeit später den Betrag von 65 000 DM auch tatsächlich zur Einlösung brachte. In diesem Geschehensablauf hat das LG zu Unrecht einen Betrug gesehen, es fehlt bereits an einer Täuschungshandlung i.S.d § 263 StGB.

Aus den Gründen:

In diesem Geschehensablauf hat das LG zu Unrecht einen Betrug gesehen; es fehlt bereits an einer Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB.

I. Erklärungsgehalt bei Einreichung eines Schecks

1. Allgemeine Anforderungen

Die Vorlage eines Schecks, mit der eine nicht (mehr) bestehende Schuld eingefordert wird, kann eine Täuschungshandlung nur begründen, wenn sich zumindest aus den Umständen die konkludente Erklärung eines tatsächlichen Geschehens ergibt (vgl. BGHSt 46 196, 198). Nur die Täuschung über Tatsachen ist tatbestandsmäßig i.S.d. § 263 StGB (vgl. Ranft JuS 2001, 854, 855; zu weitgehend Hefendehl NSTz 2001, 281, der den Bestand einer Forderung schlechthin als eine dem Beweis zugängliche Tatsache behandeln will). Inwieweit eine Rechtsbehauptung zugleich einen Tatsachenkern enthält, bestimmt sich nach der Eigenart der jeweiligen Rechtsbezeichnung. Maßgeblich ist hierfür, wie nach der Verkehrsanschauung eine entsprechende Erklärung zu verstehen ist (BGH, NJW 1995, 539, 540). Der Verkehr wird vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung von Tatsachen im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruches erwarten. Soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann (vgl. BGHSt 46, 196, 199; 39, 392, 398). Damit kommt der Pflichten- und Risikoverteilung zwischen den Geschäftspartnern wesentliches Gewicht bei der Beantwortung der Frage zu, wann der Verkehr bei einem bestimmten Geschäftstyp der Behauptung eines Anspruchs schlüssig zugleich die Behauptung bestimmter anspruchsbegründender Tatsachen beimisst (vgl. Cramer in Schönke/Schröder, StGB. 26. A. § 263 Rdnr. 14 f.). Eine Tatsachenbehauptung wird deshalb immer dann vorliegen, wenn der Anspruch dem Grunde oder der Höhe nach von tatsächlichen Umständen abhängt, deren

Vorliegen dem Erklärungsgegner jedenfalls nicht ohne weiteres bekannt ist. Diesen werden regelmäßig nur solche Gesichtspunkte interessieren, die seine Vermögensinteressen berühren (BGH StV 2000, 477, 478). Umgekehrt bedeutet dies, dass bei einem Einfordern einer Leistung konkludent nur solche wahrheitswidrigen Umstände schlüssig miterklärt werden, die eine Vermögensgefährdung auf Seiten des Geschäftsgegners herbeiführen könnten. Auf den hier vorliegenden Fall bezogen lautet deshalb die Fragestellung, ob im Verhältnis zu der den Scheck einlösenden Bank der Umstand eine Rolle gespielt haben könnte, dass die Schuld aus dem Abfindungsvergleich mit Einlösung des früher bereits versandten Schecks getilgt war.

2. Kein Erklärungswert bezüglich des Bestehens des Grundverhältnisses

Danach liegt hier keine Täuschungshandlung vor, weil es für die den Scheck einlösende Bank ohne Bedeutung ist, ob das der Scheckhingabe zugrundeliegende Schuldverhältnis besteht. Der Einreichung eines Schecks kommt deshalb auch kein diesbezüglicher Erklärungsgehalt zu. Für die Bank ist nämlich nur von Relevanz, dass der Scheck eine wirksame Anweisung des Ausstellers enthält, die sie verpflichtet, den Scheck einzulösen. Deshalb wird der befasste Bankmitarbeiter nur die Umstände prüfen, die hierfür in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht von Bedeutung sind. Da der Scheck durch essentielle inhaltliche Erfordernisse bestimmt wird (Art. 1 bis 3 ScheckG), muss der Bankmitarbeiter im Falle der Scheckvorlage diese Voraussetzungen auch beachten. Die Vorlage des Schecks enthält deshalb die konkludente Erklärung, dass die wesentlichen Scheckvoraussetzungen (Unterschrift des Ausstellers, Anweisung und Schecksumme) durch die sich aus der Scheckurkunde ergebende Person getätigt worden sind. Insoweit lag keine Falscherklärung des Angekl. und der von ihm mit der Einreichung beauftragten Person vor, weil die Umstände, die eine die bezogene Bank schriftlich bindende Anweisung bewirkten, rechtlich und tatsächlich zutreffend gegenüber der Bank bezeichnet wurden.

II. Kein Abhandenkommen nach Art. 21 ScheckG

Der vorgelegte Scheck ist auch nicht nach Art. 21 ScheckG abhanden gekommen. Der Senat kann deshalb offen lassen - ob im Hinblick auf mögliche Regressforderungen - im Falle eines abhanden gekommenen Schecks etwas anderes gilt (vgl. Marxen, BayObLG EWIR § 263 StGB 1/99, 519 f.). Ein Abhandenkommen i.S.d. Art. 21 ScheckG läge vor,

wenn der Scheck ohne rechtswirksamen Begebungsvertrag in fremde Hände gelangt wäre (vgl. BGHZ 26, 268, 272; BGH NJW 1951, 402; Baumbach/Hefermehl, Wechsel- und Scheckgesetz, 22. A., Art. 21 ScheckG Rdnr. 3). Hier wollte die aus dem Abfindungsvergleich verpflichtete Versicherung jedoch den Scheck an den Angekl. übersenden. Der Umstand, dass durch die bereits vorher erfolgte Einlösung des ersten Schecks die Verbindlichkeit bereits erfüllt war, bildete lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum, der von § 119 BGB nicht erfasst wird.

III. Bestehen der Scheckverpflichtung

Dem Angekl. stand zum Zeitpunkt der Einlösung des Schecks ein wirksamer Anspruch aus dem Scheck zu. Allerdings fehlte im Grundverhältnis zwischen ihm als Gläubiger und der Versicherung als Schuldnerin im Zeitpunkt der Versendung des Schecks aufgrund der zwischenzeitlichen Tilgung der Schuld ein rechtlicher Grund i.S.d. § 812 BGB. Dieser Mangel hätte die

Versicherung ab dem Zeitpunkt der Versendung des Schecks berechtigt, den versehentlich ausgereichten Scheck, im Wege des Bereicherungsausgleiches zurückzuverlangen. Dies lässt jedoch das Verhältnis zwischen dem Angekl. als Scheckeinreicher und der bezogenen Bank unberührt, weil der Scheck ein vom Grundgeschäft unabhängiges Wertpapier darstellt (vgl. Bülow, Heidelberger Kommentar zum Wechsel- und Scheckgesetz, 3. A., Einf. vor ScheckG Rdnr. 6 f.). Die bloße Vorlage des Schecks konnte deshalb gegenüber der Bank konkludent auch keine Erklärung rechtlicher oder tatsächlicher Art enthalten, die sich auf ein anderes Rechtsverhältnis (zwischen anderen Personen) bezog, nämlich das Grundverhältnis zwischen Schecknehmer und Scheckaussteller. Umstände aus dem Grundverhältnis gehören bei einer wertenden Gesamtbetrachtung grundsätzlich nicht zum Erklärungsinhalt einer Scheckvorlage. Damit scheidet eine Täuschungshandlung i.S.d. § 263 StGB aus.

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 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/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 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Abschaffung des Branntweinmonopols

BVERFG, BESCHLUSS VOM 03.07.2001
1 BVR 2337/00 (NVWZ 2002, 197)

Problemdarstellung:

In den vorliegenden Verfahren ging es um die Verfassungsmäßigkeit von § 40 Abs. 4 und § 58a Abs. 1 bis 3 des Gesetzes über das Branntweinmonopol (im Folgenden: BranntwMonG), die durch Art. 12 des insoweit am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Haushaltssanierungsgesetzes vom 22. Dezember 1999 (BGBl I S. 2534) eingefügt worden sind und das Ausscheiden der gewerblichen Brennereien aus dem Branntweinmonopol vorsehen.

Das durch Gesetz vom 26. Juli 1918 (RGBl S. 887) geschaffene Branntweinmonopol war bei seiner Einführung ein Reichsmonopol, das von Reichsbehörden verwaltet wurde und dessen Einnahmen dem Reich zuflossen. Sinn und Zweck war es, den ruinösen Preiskrieg der Brennereien untereinander nach dem 1. Weltkrieg zu beenden und dem Staat Einnahmen zu bescheren. Gemäß Art. 105 Abs. 1, Art. 106 Abs. 1 und Art. 108 Abs. 1 GG ist das Branntweinmonopol ein Bundesmonopol geworden. Es umfasste lange Zeit auch ein generelles Einfuhrmonopol. Dadurch konnte die Bundesmonopolverwaltung den nationalen Markt von im Ausland wesentlich preisgünstiger hergestelltem Alkohol freihalten. Diese Marktabschottung ermöglichte es ihr, den zum selbstkostendeckenden Übernahmepreis erworbenen Branntwein mit Gewinn weiter zu veräußern und die erwirtschafteten Überschüsse an den Bundeshaushalt abzuführen.

Nachdem der EuGH in seiner legendären "Cassis de Dijon" - Entscheidung festgestellt hatte, dass das Einfuhrmonopol für Branntwein aus den Mitgliedstaaten der EG europarechtswidrig war, wurde das Einfuhrmonopol insoweit aufgehoben (§ 3 Abs. 2 BranntwMonG). Die Folge war, dass preiswerter Alkohol auf den nationalen Markt gelangte und die Monopolverwaltung ihre hohen Verkaufspreise nicht mehr halten konnte, so dass keine Gewinne mehr erwirtschaftet wurden, sondern die Monopolverwaltung seitdem ihrerseits auf Zuschüsse aus dem Bundeshaushalt angewiesen ist.

Um diese Defizite zu beseitigen bzw. zu minimieren, hat der Gesetzgeber mit der o.g. Novelle des BranntwMonG nun das stufenweise Ausscheiden aller gewerblichen Brennereien aus dem Monopol ge-

regelt, in dem danach nur noch landwirtschaftliche Brennereien verbleiben. Die hiergegen gerichteten Verfassungsbeschwerden zahlreicher Brennereien, gestützt auf Art. 12, 14 und 3 I GG, blieben ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Im Hinblick auf Art. 14 GG ist die Frage, ob und wann öffentlich-rechtliche Ansprüche in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen, interessant. Zu Art. 12 GG sind insbesondere die Ausführungen zur sogen. "berufsregelnden Tendenz" mittelbarer Eingriffe zu beachten. Bei Art. 3 I GG schließlich geht das BVerfG auf die sogen. "neue Formel" ein, die bei der sachlichen Rechtfertigung schwerwiegender Ungleichbehandlungen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anstellt, während es bei leichteren Beeinträchtigungen bei der ursprünglichen Willkürformel bleiben soll. Als Faustformel sollte man sich merken, dass immer dann ein schwerwiegender, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordernder Fall vorliegt, wenn neben Art. 3 I GG noch Freiheitsgrundrechte betroffen sind, es sich um Eingriffsverwaltung handelt und das Differenzierungskriterium für die Ungleichbehandlung vom Betroffenen nicht beeinflussbar ist (vgl. hierzu auch die Vertiefungshinweise). Der vorliegende Fall lag auf der Kippe, da zwar die Abschaffung des Monopols nicht vom Verhalten der Brennereien abhing, andererseits aber Leistungsverwaltung vorlag und die Schutzbereichsbetroffenheit (Art. 14 GG) bzw. der Eingriff (Art. 12) in Freiheitsgrundrechte zu verneinen waren. Das BVerfG nahm daher keine genaue Zuordnung vor, prüft aber i.E. nur die sachliche Rechtfertigung, ohne die für die Ungleichbehandlung sprechenden Umstände mit den Folgen für die Brennereien i.S. einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abzuwägen.

Abschließend kann anhand des vorliegenden Beschlusses allen am Europarecht Interessierten noch das Studium der "Cassis de Dijon" - Entscheidung des EuGH empfohlen werden, in der der EuGH die Anforderungen an eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit durch nationales Recht nachhaltig geprägt hat.

Vertiefungshinweise:

Branntweinmonopol: Jarsombek, ZfZ 1997, 371

- Cassis de Dijon: *EuGH*, Slg. 1979, 649
- Brennrechte nach dem BranntwMonG als subjektiv-öffentliche Rechte: *BFHE* 55, 536, 538; 58, 410, 412; 82, 267, 270; 87, 582, 586; *BGHZ* 114, 277, 281 (jew. verneinend)
- Zur "neuen Formel" bei Art. 3 I GG: *BVerfGE* 101, 54, 101; *Pieroth/Görisch*, *NWVB* 2001, 282; *Michael*, *JuS* 2001, 866

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Familiengrab"
- Examenskurs: "Eurolotto"

Leitsatz (der Redaktion):

Das Ausscheiden der gewerblichen Brennereien aus dem Branntweinmonopol ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Sachverhalt:

Die Bf. zu 1 betreibt im Gebiet der neuen Bundesländer eine gewerbliche Melassebrennerei, für die sie nach der Wiedervereinigung ein regelmäßiges Brennrecht im Billigkeitswege nach § 177 BranntwMonG erhalten hatte. Die Bf. zu 2 betreiben ebenfalls gewerbliche Korn- und Getreidebrennereien, teilweise in den alten, teilweise in den neuen Ländern.

Die §§ 40 Abs. 4 bis 5 und 58a Abs. 1 bis 3 BranntwMonG, welche durch Art. 12 des Haushalts-sanierungsgesetzes vom 22.12.1999 (*BGBI* I, 2534) in das BranntwMonG eingefügt worden sind, sehen das Ausscheiden der gewerblichen Brennereien aus dem staatlichen Branntweinmonopol zum Betriebsjahr 2006/07 vor. Hiergegen wenden sich die Bf. mit ihren Verfassungsbeschwerden (Vb.). Sie rügen insbesondere eine Verletzung von Art. 14, 12 und 3 I GG. Das Ausscheiden aus dem Branntweinmonopol sei eine Enteignung, da mit dem Wegfall der Ablieferungs- bzw. Überlassungspflicht auch der Wegfall der staatlichen, über dem Marktpreis liegenden Übernahmepreise verbunden sei. Diese sei schon wegen der fehlenden Entschädigungsregelung - Art. 58a BranntwMonG enthalte eine solche nicht bzw. jedenfalls nicht in ausreichendem Maße - verfassungswidrig, i.Ü. auch wegen der zu kurzen Übergangsfrist des § 40 V BranntwMonG unverhältnismäßig. Die Berufsfreiheit sei verletzt, da unter den Branntweinerzeugern nun eben jener ruinöse Preiskampf einsetzen werde, der bisher durch das BranntwMonG unterbunden worden sei. Dies werde insbesondere zu Lasten der kleineren Erzeuger gehen, zu denen sich auch die Bf. zählen. Zudem sei es willkürlich, die landwirtschaftlichen (nichtgewerblichen) Brennereien im Monopol zu belassen. Sind die Vb. begründet?

[Anm.: Die streitgegenständlichen Vorschriften des BranntwMonG lauten:

§ 40

(4) Jahresbrennrechte werden ab dem Betriebsjahr 2006/07 nur für landwirtschaftliche Brenne-

reien festgesetzt.

(5) Die Jahresbrennrechte für gewerbliche Brennereien werden für die Betriebsjahre 2000/01 bis 2005/06 auf 50 vom Hundert des regelmäßigen Brennrechts festgesetzt.

§ 58a

(1) Die Pflicht zur Ablieferung oder Überlassung entfällt für alle gewerblichen Brennereien ab dem Betriebsjahr 2006/07. [...]

(2) Gewerbliche Brennereien mit Brennrecht, die nach § 58 S. 2 von der Ablieferungs- oder Überlassungspflicht befreit werden und damit vor dem in Abs. 1 Satz 1 genannten Termin aus dem Branntweinmonopol ausscheiden, erhalten pro Hektoliter regelmäßiges Brennrecht und verbleibendem Betriebsjahr nach Maßgabe von Abs. 3 einen Ausgleichsbetrag. [...]

(3) Der Ausgleichsbetrag beträgt [es folgt eine nach Menge und Betriebsjahr gestaffelte Aufliesterung der Entschädigungshöhe.]

Lösung:

Die Vb. sind begründet, wenn die angegriffenen Vorschriften die Bf. in einem ihrer in Art. 93 I Nr. 4a GG genannten Rechte verletzen. Diesbezüglich kommen hier Art. 14 I, 12 I und 3 I GG in Betracht.

A. Verletzung der Eigentumsgarantie, Art. 14 I GG

Art. 14 I GG ist verletzt, wenn ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

I. Schutzbereich betroffen

Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie umfasst die Summe aller durch Gesetz gewährten vermögenswerten Rechte. Das Brennrecht der gewerblichen Brennereien könnten ein solches vermögenswertes Recht sein. Andererseits könnte es sich um reine Leistungsverwaltung handeln; da Freiheitsgrundrechte aber grds. keinen Anspruch auf Erbringung staatlicher Leistungen vermitteln (Grundrechte sind *Abwehrrechte* des Bürgers gegen den Staat), könnte es an der Schutzbereichsbetroffenheit fehlen. Das BVerfG differenziert bei subjektiv-öffentlichen Rechten danach, ob sie dem Bf. als Äquivalent eigener Leistung zugeflossen sind:

1. Subjektiv-öffentliche Rechte im Schutzbereich des Art. 14 I GG

"Vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte sind nur dann in den Schutzbereich des Art. 14 I GG einbezogen, wenn der Einzelne eine Rechtsstellung erlangt hat, die der des Eigentümers entspricht. Die Rechtsposition muss so stark sein, dass ihre ersatzlose Entziehung nach ihrer gesamten rechtlichen

Ausgestaltung und dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes ausgeschlossen ist. Entscheidend für die Bewertung eines Rechts als Eigentum ist danach, inwieweit es sich als Äquivalent eigener Leistung erweist oder lediglich auf staatlicher Gewährung beruht. Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz ist jedenfalls solchen öffentlich-rechtlichen Ansprüchen zu versagen, bei denen zu der einseitigen Gewährung des Staates keine den Eigentumsschutz rechtfertigende Leistung des Einzelnen hinzutritt (vgl. BVerfGE 18, 392, 397; 45, 142, 170; 48, 403, 412).

Trifft die Rechtsordnung Regelungen, durch die wirtschaftliche Lagen und Verhaltensweisen verrechtlicht werden, die ohne eine rechtliche Regelung der betroffenen Art innerhalb der allgemeinen Rechtsordnung bloße Erwerbchancen darstellen, ist größte Zurückhaltung geboten, die dadurch begründeten öffentlich-rechtlichen Rechtsstellungen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie einzubeziehen. Eine solche Einbeziehung kann dann in Betracht kommen, wenn schon bislang in den Schutzbereich des Art. 14 GG fallende Rechtsstellungen inhaltlich umgestaltet werden oder wenn eine durch die Neuregelung geschaffene Rechtsstellung sich speziell als Ausgleich für eine zugleich auferlegte neuartige vermögenswerte Verpflichtung oder Belastung darstellt (vgl. BVerfGE 45, 142, 170). Das gesetzliche Angebot von Subventionen ist kein Eigentum i.S. des Art. 14 I GG (vgl. BVerfGE 97, 67, 83 mit Hinweis auf BVerfGE 18, 392, 397)."

2. Brennrechte keine Eigentumspositionen

Nach diesen Maßstäben genießen die Brennrechte der Bf. nach Ansicht des BVerfG nicht den Schutz der Eigentumsgarantie:

a. Brennrechte in alten Bundesländern (Bf. zu 2)

Die Brennrechte der gewerblichen Kornbrennereien im alten Bundesgebiet sind aus dem Durchschnittsbrand hervorgegangen, der auf der Grundlage der durchschnittlichen bisherigen Erzeugung der einzelnen Brennereien bemessen worden war. Er ermöglichte es, die Branntweinerzeugung dem Bedarf anzupassen, den Unterschied der Herstellungskosten zwischen den Brennereien auszugleichen, den Branntwein für Gewerbe, Hausbedarf und Ausfuhr zu verbilligen und den Absatz dieses Branntweins zu fördern (vgl. Kuhn, ZfZ 1952, 65, 66). Die jährliche Festsetzung des Durchschnittsbrands diente also der Marktregulierung. Die selbe Funktion kommt der jährlichen Festlegung der Jahresbrennrechte zu. Nach § 74 BranntwMonG werden für außerhalb des Brennrechts hergestelltem Branntwein von der Monopolverwaltung Abzüge vom Branntweingrundpreis festgesetzt, die bei Kornbrennereien mindestens 20% betragen. Da die meisten Brennereien bestrebt sein wer-

den, einen solchen Abzug zu vermeiden, werden sie nur Branntwein innerhalb des jeweiligen Jahresbrennrechts produzieren. Damit haben die Jahresbrennrechte eine marktsteuernde Funktion, die unausweichliche Folge des Branntweinmonopols ist (vgl. BFHE 68, 318, 329; Vorsmann, Rechtsfragen des BranntwMonG, 1986, S. 58 ff.). Die bisherigen Regelungen des BranntwMonG über die Festsetzung der Jahresbrennrechte, die Ablieferungspflicht der Brennereien und die Bestimmung des Übernahmepreises setzen die mit der Einführung des Durchschnittsbrands durch das Branntweinsteuergesetz vom 15. 7. 1909 verfolgte Zielsetzung nahtlos fort, steuern damit die Verhaltensweisen der Brennereien und beeinflussen deren wirtschaftliche Lage. Ohne diese Regelungen hätten die Brennereien ihre Erzeugnisse auf dem freien Markt absetzen müssen. Wie das Bundesfinanzministerium dargelegt hat, hatte nach dem Ersten Weltkrieg unter den Kornbrennern ein ruinöser Verdrängungswettbewerb eingesetzt. Somit wurden mit dem Branntweinmonopol bloße Erwerbchancen aus Marktordnungsgesichtspunkten rechtlich geordnet. Die mit dem Monopol verbundene Ablieferungspflicht ist notwendiger Bestandteil des rechtlichen Instrumentariums. Deshalb kann die Gewährung des Übernahmepreises für den abgelieferten Branntwein nicht als spezieller Ausgleich für eine neuartige vermögenswerte Verpflichtung der Brennereien angesehen werden. Jahresbrennrechte, Ablieferungspflicht und Übernahmepreise dienten früher finanz- und wirtschaftspolitischen Zwecken und dienen heute nur noch den zuletzt genannten Zielen. Das Monopol hat [...] die Funktion, dem Staat Steuereinnahmen zu sichern und die Erzeugung von Alkohol zu begrenzen, verloren. Es enthält nur mehr eine Subventionsregelung zu Gunsten der dem Monopol unterfallenden Brennereien. Derartige Regelungen fallen aber, wie oben bereits ausgeführt, nicht unter den Schutzbereich des Art. 14 I GG. Die Brennrechte stellen daher auch kein Äquivalent für eigene Leistungen der Bf. zu 2 dar."

b. Brennrechte in neuen Bundesländern (Bf. zu 1)

"Nichts anderes gilt für die Bf. zu 1. Sie hat im Zuge der Wiedervereinigung auf eigenes Betreiben im Billigkeitswege gem. § 177 BranntwMonG ein regelmäßiges Brennrecht erlangt. Da ihre Referenzmenge 300.000 hl A überstieg und sie deshalb nach § 175 II 3 BranntwMonG von der Vergabe von Brennrechten ausgeschlossen war, ist die jeweilige Durchschnittserzeugung der Bf. aus den Jahren 1987 bis 1989 offenbar nicht maßgeblich für die Festsetzung dieses Brennrechts gewesen. Die Bf. zu 1 hat dies auch nicht behauptet. Daher beruht auch das ihr eingeräumte Brennrecht nicht auf eigener Leistung."

II. Zwischenergebnis

Der Entzug der Brennrechte ab 2006/07 sowie deren Rückführung auf 50% ab 2000/01 (§ 40 IV, V BranntwMonG) verletzt die Bf. nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG.

B. Verletzung der Berufsfreiheit, Art. 12 I GG

Auch eine Verletzung von Art. 12 I GG setzt einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich voraus.

I. Schutzbereich betroffen

“Die angegriffenen Vorschriften [...] betreffen eine Tätigkeit, die Beruf im Sinne dieser Regelung ist. Die in Art. 12 I GG gewährleistete Berufsfreiheit schützt jede Betätigung, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung einer Lebensgrundlage dient. Beruf ist danach jede auf Erwerb gerichtete Beschäftigung, die sich nicht in einem einmaligen Erwerbsakt erschöpft (vgl. BVerfGE 97, 228, 252 m.w.Nachw.). Der Betrieb einer gewerblichen Brennerei dient dem Erwerb des Betreibers und ist auf Dauer angelegt. Er fällt daher unter den Berufsbegriff des Art. 12 I GG.”

II. Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob die Abschaffung des Monopols für gewerbliche Brennereien den Schutzbereich des Art. 12 GG verkürzt. Dies wäre bestenfalls mittelbar - über vermehrten Wettbewerb und den Wegfall staatlicher Abnahme- und Preisgarantien - der Fall. Das BVerfG fordert für mittelbare Eingriffe in Art. 12 I GG eine “berufsregelnde Tendenz”, die es in §§ 40, 58a BranntwMonG nicht erkannte:

1. “Berufsregelnde Tendenz” als Eingriffsvoraussetzung

“Art. 12 I GG schützt nur vor solchen Beeinträchtigungen, die auf die berufliche Betätigung bezogen sind. Es genügt also nicht, dass eine Rechtsnorm unter bestimmten Umständen Rückwirkungen auf die Berufstätigkeit entfaltet. Diese muss aber auch nicht unmittelbar betroffen sein. Es kann vielmehr vorkommen, dass eine Norm die Berufstätigkeit selbst unberührt lässt, aber im Blick auf den Beruf die Rahmenbedingungen verändert, unter denen er ausgeübt werden kann. Eine solche Regelung berührt Art. 12 I GG dann, wenn sie infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung eines Berufs steht und objektiv berufsregelnde Tendenz hat (vgl. BVerfGE 95, 267, 302).”

2. Subsumtion

“Den angegriffenen Vorschriften fehlt eine den Beruf der gewerblichen Brenner regelnde Tendenz. Sie sind Bestandteil eines umfassenden Regelungskonzepts, mit dem der Bundeshaushalt durchgreifend konsoli-

diert werden soll (vgl. BT-DR 14/1523, S. 1 und 163). Mit den Änderungen des BranntwMonG sollen deutliche Einsparungen beim Zuschuss an die Monopolverwaltung erzielt werden. Zu diesem Zweck wird das Branntweinmonopol grundlegend umstrukturiert. Die staatliche Förderung wird künftig auf landwirtschaftliche Brennereien beschränkt (vgl. BT-DR 14/1523, S. 198). Dabei geht es nicht darum, zielgerichtet die Wettbewerbs- und Absatzchancen der gewerblichen Brennereien zu beeinträchtigen. Diese können durch die Umstrukturierung des Branntweinmonopols allerdings einem Konkurrenznachteil ausgesetzt werden. Dabei handelt es sich aber nur um faktische Auswirkungen der zum Zweck der Haushaltssanierung vorgenommenen Maßnahme. Solche nachteiligen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse sind nicht als Beeinträchtigung der Berufsfreiheit anzusehen (vgl. BVerfGE 98, 218, 258).

Der nachkonstitutionelle Gesetzgeber hatte das vorgefundene Branntweinmonopol nach eigener finanz- und wirtschaftspolitischer Einschätzung übernommen und beibehalten, ohne dazu verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen zu sein. Nunmehr hat er sich unter Nutzung seines Freiraums bei der Bestimmung finanz- und wirtschaftspolitischer Ziele entschieden, das Monopol im Hinblick auf dessen veränderten Charakter deutlich zu verkleinern und die Branntweinverwertung weitgehend zu privatisieren (vgl. BT-DR 14/1523, S. 198). Dem dienen die angegriffenen Vorschriften. Sie zielen nicht darauf ab, die berufliche Tätigkeit der gewerblichen Brenner zu steuern. Diese werden in der Wahl und Ausübung ihres Berufs nicht rechtlich beschränkt. Ihr Ausscheiden aus dem Branntweinmonopol führt zwar zu einem Verlust des bisher staatlich garantierten Übernahmepreises für innerhalb des jeweiligen Jahresbrennrechts hergestellten Alkohol und somit möglicherweise zu einer Verringerung ihres Geschäftsumfangs. Art. 12 GG gibt jedoch kein Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten, beispielsweise durch die weitere Gewährung staatlicher Subventionen (vgl. BVerfGE 34, 252, 256; 82, 209, 223).”

Mithin ist auch Art. 12 GG nicht verletzt.

C. Verletzung des allg. Gleichheitsgebots, Art. 3 I GG

Schließlich könnten die angegriffenen Regelungen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verstoßen. Dies wäre der Fall, wenn wesentlich Gleiches in sachlich nicht zu rechtfertigender Weise ungleich behandelt worden ist.

I. Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

“Das in [den §§ 40, 58a BranntwMonG] vorgesehene

Ausscheiden der gewerblichen Brennereien aus dem Branntweinmonopol führt [...] zu einer Benachteiligung der Bf. gegenüber landwirtschaftlichen Brennereien, weil diese weiterhin im Monopol verbleiben können und für den von ihnen innerhalb ihrer Jahresbrennrechte erzeugten Alkohol von der Monopolverwaltung einen über dem Marktpreis liegenden Übernahmepreis erhalten (vgl. dazu oben).“

II. Sachliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob diese Ungleichbehandlung sich sachlich rechtfertigen lässt. Der Umfang des Gleichbehandlungsgebots wurde früher auf ein reines Willkürverbot reduziert. Mit der sogen. „neuen Formel“ gehen BVerfG und h.M. aber mittlerweile davon aus, dass nicht mehr - wie beim Willkürverbot - jeder sachliche Grund für sich genommen zur Rechtfertigung ausreicht, sondern jedenfalls bei schwer wiegenden Belastungen des Betroffenen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattzufinden habe, in deren Rahmen der sachliche Grund für die vom Gesetzgeber getroffene Regelung mit den Interessen des Betroffenen abzuwägen ist:

1. Anforderungen

“Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Bei der Ungleichbehandlung von Personengruppen unterliegt der Gesetzgeber regelmäßig einer strengen Bindung. Das gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Das BVerfG prüft dann im Einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 101, 54, 101).“

Auf der anderen Seite hat der Gesetzgeber im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit eine größere Gestaltungsfreiheit als innerhalb der Eingriffsverwaltung. Das gilt besonders dann, wenn der Staat Leistungen nicht deshalb gewährt, weil er einer dringenden sozialen Notlage begegnen oder eine - mindestens moralische - Verpflichtung der Gemeinschaft erfüllen will, sondern aus freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist. In der Entscheidung darüber, welche Personen oder Unternehmen gefördert werden sollen, ist der staatliche Gesetzgeber weitgehend frei. Zwar darf der Staat seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilen. Subventionen müssen sich gemein-

wohlbezogen rechtfertigen lassen, damit sie vor dem Gleichheitssatz Bestand haben. Sachbezogene Gesichtspunkte stehen dem Gesetzgeber jedoch in sehr weitem Umfang zu Gebote; solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, insbesondere der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist, kann sie verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden (vgl. BVerfGE 17, 210, 216; 93, 319, 350).“

2. Subsumtion

“Gemessen an diesen Grundsätzen sind die angegriffenen Bestimmungen mit dem allgemeinen Gleichheitssatz vereinbar.“

Das Branntweinmonopol verfolgte von Anfang an auch agrarpolitische Ziele. Wie das Bundesfinanzministerium und der Bundesverband Deutscher Kornbrenner plausibel dargelegt haben, sind diese Ziele entgegen der Annahme der Bf. nicht überholt. Mit Hilfe landwirtschaftlicher Brennereien, deren Merkmale in § 25 BranntwMonG bestimmt sind, soll die Ertragfähigkeit der Böden gesteigert werden. Ferner fallen bei der Verarbeitung von Getreide zu Alkohol als Rückstände wertvolle, stark eiweißhaltige Futtermittel (Schlempe) an, durch die dem neben der Brennerei geführten landwirtschaftlichen Betrieb eine größere Viehhaltung ermöglicht wird, die wiederum zu einem vermehrten Düngereinsatz führt und die Bodenbeschaffenheit verbessert. Dieser so genannte Rohstoff-Schlempe-Dünger-Kreislauf ist gerade im Hinblick auf die angestrebte Neuorientierung der Agrarpolitik nicht obsolet geworden. Es ist daher sachlich gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber die Kreislaufwirtschaft für umweltfreundlich und agrarpolitisch erwünscht hält und sie weiterhin mit Subventionen unterstützt und damit zur Existenzsicherung vieler, vor allem kleiner und mittlerer, landwirtschaftlicher Betriebe beiträgt.

Entsprechende wirtschaftspolitische Gründe zur weiteren Förderung der gewerblichen Brennereien fehlen dagegen. Diese sind nicht an eine Landwirtschaft gebunden und in der Rohstoffbeschaffung und Schlempeverwertung frei. Sofern die gewerbliche Brennerei in der jüngeren Vergangenheit nachweislich wie eine landwirtschaftliche Brennerei betrieben wurde, konnte der Brenner gem. § 32 BranntwMonG zum 1.10.2000 sein gewerbliches Brennrecht in ein landwirtschaftliches umwandeln lassen und sich damit den Verbleib im Monopol sichern. Damit hat der Gesetzgeber dem Umstand, dass für einen Ausschluss dieser bisher gewerblichen Brennereien von der weiteren staatlichen Förderung sachliche Gründe nicht bestehen, angemessen Rechnung getragen. [...]“

Folglich ist auch Art. 3 I GG nicht verletzt. Die angegriffenen Normen verletzen die Bf. nicht in ihren

Grundrechten. Die Vb. sind daher unbegründet.

Standort: Zivilrecht

Problem: GbR als "Verbraucher"

BGH, URTEIL VOM 23.10.2001
XI ZR 631/01 (NJW 2002, 368)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren ging es um die Frage, ob man einer Außen-GbR, die inzwischen als partei- und rechtsfähig angesehen wird, auch die Verbrauchereigenschaft gem. § 13 BGB zusprechen kann, um sie z.B. unter den Schutzbereich des VerbrKrG (= §§ 491 ff. BGB n.F.) fallen zu lassen.

Der BGH schließt sich bei dieser Frage der vorherrschenden Ansicht im Schrifttum an, wonach Normadressat des VerbrKrG nicht nur eine einzelne natürliche Person, sondern auch eine Mehrzahl von natürlichen Personen, die sich zu einer GbR zusammengeschlossen haben und in Verfolgung ihres nicht kommerziellen Gesellschaftszwecks ein Darlehen aufnehmen. Diese Rechtsauffassung belegt der BGH durch wörtliche und teleologische Gesetzesauslegung. Nach dem Wortlaut von § 1 I VerbrKrG a.F. (= § 13 BGB n.F.) ist Verbraucher nur eine natürliche Person zur Unterscheidung von der juristischen Person. Eine GbR, zu der sich mehrere natürliche Personen zusammengeschlossen haben, ist keine juristische Person. Der II. Zivilsenat hat zwar die beschränkte Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt, aber gleichzeitig klargestellt, dass die GbR nicht den Status einer juristischen Person besitzt (BGHZ 146, 341 = RA 2001, 135). Auch der Schutzzweck des VerbrKrG gebietet es, die GbR als Verbraucherin anzusehen. Das VerbrKrG will alle natürliche Personen schützen, die mit dem Kredit nach dem Inhalt des Vertrages nicht eine bereits ausgeübte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit fördern wollen. An der Schutzwürdigkeit solcher Kreditnehmer ändert sich auch dadurch nichts, dass sie auf gesellschaftsvertraglicher Basis einen solchen Zweck gemeinsam verfolgen.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist sowohl in gesellschaftsrechtlicher als auch in verbraucherschutzrechtlicher Hinsicht interessant. Zum einen wird die gesellschaftsrechtliche Einordnung der GbR klar hervorgehoben. Zwar ist die Außen-GbR beschränkt rechtsfähig, aber genießt nicht den Status einer juristischen Person. Als Folge dieser Teilrechtsfähigkeit der GbR erkennt der BGH eine lediglich akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter gem. §§ 128 f. HGB für die Gesell-

schaftsverbindlichkeiten an.

Zum anderen wird der Verbraucherbegriff gem. § 13 BGB n.F. verdeutlicht, insb. hinsichtlich der Abgrenzung zur gewerblichen Tätigkeit. Eine gewerbliche Tätigkeit ist eine planmäßige und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb, also nicht die Verwaltung eigenen Vermögens. Dabei ist das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung der Umfang der damit verbundenen Geschäfte.

Vertiefungshinweis:

Zur Anwendbarkeit des Verbrauchercreditgesetzes: *Volmer*, ZfIR 1999, 891; *LG Bielefeld*, MDR 2000/1 200; *OLG Hamburg*, VuR 1999, 348; *OLG Naumburg*, NJW-RR 1998, 1351.

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"
 Examenskurs: "Endlich ins Internet"

Leitsätze:

- 1. Auf einen Kreditvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sich mehrere natürliche Personen zusammengeschlossen haben, kann das Verbrauchercreditgesetz anwendbar sein.**
- 2. Die Verwaltung eigenen Vermögens durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist unabhängig von der Höhe der verwalteten Werte grundsätzlich keine gewerbliche Tätigkeit i. S. von § 1 I VerbrKrG; etwas anderes kann sich aus dem Umfang der mit der Vermögensverwaltung verbundenen Geschäfte ergeben.**

Sachverhalt:

Die Kl. verlangen von der bekl. Volksbank die Rückzahlung eines Teils der von ihnen für ein Darlehen gezahlten Zinsen. Die Kl., vier Rechtsanwälte und ein Bankbetriebswirt, bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit dem Zweck des Erwerbs, des Umbaus, der Verwaltung und gegebenenfalls der Verwertung des Grundstücks S in E., genannt "R.". Zur Finanzierung des Umbaus mit einem Gesamtvolumen von ca. 9 500 000 DM nahm die GbR mit Vertrag vom 12./23. 8. 1996 bei der Bekl. ein Darlehen in Höhe von 2 400 000 DM auf, dessen jährliche Verzin-

sung mit 7% bis zum 24. 6. 2004 festgeschrieben und mit 1% p. a. vom ursprünglichen Darlehensbetrag zu tilgen war. Die monatliche Leistungsrate aus Zinsen und Tilgung von 16 000 DM war am 30. eines jeden Monats, erstmals am 30. 9. 1996, fällig. Ein Effektivzins war im Vertrag nicht angegeben. Die Kl. sind der Ansicht, wegen Nichtangabe des effektiven Jahreszinses schuldeten sie nach § 6 II 2 VerbrKrG nur Zinsen in Höhe von 4%; die neun Monatsraten, die sie zu den Fälligkeitsterminen vom 30.10.96 bis zum 30.6.97 gezahlt hätten, seien folglich um jeweils 6000 DM zu hoch gewesen. Die Kl. begehren von der Bekl. Rückzahlung von 54.000 DM zuviel gezahlter Darlehenszinsen.

Zu Recht?

Lösung:

Anspruch der Kl. als GbR auf Rückzahlung überhöhter Zinsen

Die Kl. könnten als GbR gegen die Bekl. einen Anspruch auf Rückzahlung überhöhter Darlehenszinsen in Höhe von 54.000 DM gem. § 812 I 1 1. Fall BGB haben.

A. Etwas erlangt

Zunächst müsste die Bekl. etwas erlangt haben. Unter den Begriff "etwas" versteht man jeden vermögenswerten Vorteil, d.h. es muss eine Verbesserung der Vermögenslage des Anspruchsgegners eingetreten sein (Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rz. 16). Die Bekl. hat 54.000 DM und damit ein vermögenswertes "etwas" erhalten.

B. Durch Leistung der Kl.

Dieser Erhalt von 54.000 DM müsste die Bekl. durch eine Leistung der Kl. erhalten haben. Leistung ist dabei jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rz. 3, m.w.N.). Zur Vergütung eines durch die Bekl. gewährten Darlehens (Gesamthöhe: 2.400.000 DM) zahlten die Kl. als Entgelt 54.000 DM Zinsen, um ihren Verpflichtungen als Darlehensnehmer nachzukommen (§ 488 I BGB n.F.). Folglich erbrachten sie eine Leistung gegenüber der Bekl.

C. Ohne Rechtsgrund

Die erbrachte Leistung müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein, d.h. es müsste das Fehlen eines die Vermögensverschiebung objektiv rechtfertigenden Grundes festgestellt werden; bei einem wirksamen Erfüllungsgeschäft fehlt eine Rechtsgrund für die Leistung, wenn das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft aus irgendeinem Grund von Anfang nichtig ist (Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rz. 68, 71).

Rechtsgrundlage für die Zinszahlung ist der Darlehensvertrag mit der Bekl. vom 12./23.08.1996, wonach die gewährte Darlehensvaluta mit 7 % pro Jahr zu verzinsen war. Fraglich ist jedoch, ob diese Zinsregelung wirksam ist oder ob nicht gem. §§ 6 II VerbrKrG a.F., 246 BGB (=§§ 494, 246 BGB n.F.) nur 4 % Zinsen wegen Nichtangabe des effektiven Jahreszinssatzes zu zahlen gewesen sind.

I. Anwendbarkeit des VerbrKrG

Zunächst müsste das VerbrKrG anwendbar sein. Dafür bedarf es des Abschlusses eines Kreditvertrages zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, § 1 VerbrKrG a.F. (= §§ 13, 14, 491 BGB n.F.) Der abgeschlossene Darlehensvertrag ist von der Bekl. als Bank, also als Unternehmerin gewährt worden. Problematisch erscheint hier nur die Frage, ob die GbR als Verbraucherin eingestuft werden kann.

1. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

"Der Rückforderungsanspruch der Kl. nach § 6 II VerbrKrG i.V. mit § 812 BGB bestehe in Höhe von 3% Zinsen auf die Darlehenssumme für die Zeit von neun Monaten. Der Zusammenschluss zu einer GbR stehe der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes im Streitfall nicht entgegen. Das Darlehen sei nicht für eine ausgeübte gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit aufgenommen worden. Die Verwaltung von auch unter Einsatz von Fremdmitteln erworbenem Grundbesitz sei keine solche Tätigkeit, soweit es sich -wie hier - nicht um die Verwaltung von ganz ungewöhnlich großem Immobilienbesitz handele, bei dem die Notwendigkeit und Angemessenheit einer berufsmäßigen Verwaltung anzunehmen sei.

Die Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes widerspreche nicht Treu und Glauben. Insbesondere könne nicht festgestellt werden, dass die Kl. bereits bei Abschluss des Kreditvertrags gewusst hätten, dass dieser dem Verbraucherkreditgesetz unterfalle.

Die Kl. könnten die Bekl. direkt auf Rückzahlung der zuviel gezahlten Zinsen in Anspruch nehmen und seien nicht auf einen Anspruch auf Neuberechnung der vereinbarten Teilzahlungen beschränkt. Statt einer aus 7% Zinsen und 1% Tilgung zusammengesetzten Monatsrate von 16 000 DM schuldeten die Kl. bei einem Zinssatz von nur 4% lediglich Monatsraten in Höhe von 10 000 DM. Die Differenz sei zu erstatten."

2. Umstrittene Rechtsansicht in der Literatur

Nach ganz herrschender Meinung im Schrifttum ist Normadressat des Verbraucherkreditgesetzes nicht nur eine einzelne natürliche Person, sondern auch eine Mehrzahl von natürlichen Personen, die sich zu einer GbR zusammengeschlossen haben und in Verfolgung

ihres nicht kommerziellen Gesellschaftszwecks ein Darlehen aufnehmen (Ulmer, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdnr. 20; Soergel/Häuser, BGB, 12. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdnr. 22; Erman/Rebmann, BGB, 10. Aufl. § 1 VerbrKrG Rdnr. 41; Gößmann, in: Hellner/Steuer, BankR und Bankpraxis, Rdnr. 3/376; Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 26; Bruchner/Ott/ Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 23; Müns-termann/Hannes, VerbrKrG, § 1 Rdnr. 25; Drescher, Verbrauchercreditgesetz und Bankenpraxis, Rdnr. 15; Scholz, Verbrauchercreditverträge, 2. Aufl., Rdnr. 84; Artz, Der Verbraucher als Kreditnehmer, 2001, S. 112 f.).

Ein kleiner Teil des Schrifttums vertritt demgegenüber die Ansicht, da der GbR als kollektiver Rechtseinheit jedenfalls beschränkte Rechtsfähigkeit beizumessen und sie keine natürliche Person sei, seien die Vorschriften des Verbrauchercreditgesetzes auf Kreditverträge einer GbR nicht anwendbar (Vortmann, ZIP 1992, 229 [232]; Marloth-Sauerwein, Leasing und das Verbrauchercreditgesetz, S. 173).

3. Rechtsansicht des BGH

Der erkennende Senat schließt sich der ganz herrschenden Meinung an. Unter "natürliche Person" i. S. von § 1 I VerbrKrG ist auch eine gesellschaftsrechtlich verbundene Gruppe von natürlichen Personen zu verstehen.

a. Wörtliche Auslegung von § 1 I VerbrKrG (= § 13 BGB n.F.)

“Nach dem Wortlaut des § 1 I VerbrKrG ist Verbraucher nur eine natürliche Person. Das Gesetz folgt damit Art. 1 II lit. a der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbrauchercredit (Richtlinie 87/102/EWG; ABI. Nr. L 42/48 v. 12. 2. 1987), deren Umsetzung das Verbrauchercreditgesetz dient. In der Verbrauchercreditrichtlinie wird der Begriff, wie Art. 1 II lit. b zu entnehmen ist, im Gegensatz zur juristischen Person gebraucht. Nichts spricht dafür, dass der deutsche Gesetzgeber den Begriff der natürlichen Person anders als im traditionellen Sinne zur Unterscheidung von der juristischen Person verwandt haben könnte. Nur Kredite an juristische Personen unterfallen danach von vornherein nicht dem Verbrauchercreditgesetz.

Eine GbR, zu der sich mehrere natürliche Personen zusammengeschlossen haben, ist keine juristische Person. Die Entscheidung des II. Zivilsenats vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341) hat daran nichts geändert. Der II. Zivilsenat hat darin zwar die beschränkte Rechtsfähigkeit der GbR anerkannt, aber gleichzeitig klargestellt, dass die GbR nicht den Status einer ju-

ristischen Person besitzt (BGHZ 146, 341 [347] = NJW 2001, 1056 = NZI 2001, 241 = NZM 2001, 299 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52). Die Anerkennung der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR mit der Folge, dass Kreditverträge einer Bank unmittelbar mit der GbR und nicht mit den Gesellschaftern zu Stande kommen, hindert danach nicht, die Vorschriften des Verbrauchercreditgesetzes anzuwenden.”

b. Teleologische Auslegung von § 1 I VerbrKrG (= § 13 BGB n.F.)

“Für dessen Anwendbarkeit kommt es vielmehr entscheidend auf den Schutzzweck an. Das Verbrauchercreditgesetz will alle natürlichen Personen schützen, die mit dem Kredit nach dem Inhalt des Vertrags nicht eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit fördern wollen (§ 1 I 2 VerbrKrG). Das gilt auch dann, wenn mehrere natürliche Personen den Kredit gemeinsam aufnehmen. An der Schutzwürdigkeit solcher Kreditnehmer ändert sich auch dann nichts, wenn sie auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage einen gemeinsamen Zweck verfolgen. Auf die rechtsdogmatisch richtige Einordnung der GbR kann es deshalb für die Anwendung des Verbrauchercreditgesetzes nicht ankommen (Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 1 Rdnr. 26; Soergel/Häuser, § 1 VerbrKrG Rdnr. 22).

Wollte man dies anders sehen, müsste bei dessen Anwendung zwischen Gemeinschaften und BGB-Innengesellschaften ohne Rechtsfähigkeit auf der einen und BGB-Außengesellschaften mit Rechtsfähigkeit auf der anderen Seite differenziert werden, auch wenn die Mitglieder dieser Vereinigungen in allen Fällen gleichermaßen schutzbedürftig sind. Nichts spricht dafür, dass der Gesetzgeber, dem die Änderung der Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZI 2001, 241 = NZM 2001, 299 LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52) bei der Verabschiedung des Verbrauchercreditgesetzes nicht bekannt war, dies gewollt haben könnte mit der Folge, dass sogar Ehegatten- oder Gelegenheitsgesellschaften dem Schutz des Verbrauchercreditgesetzes entzogen wären.”

c. Irrelevanz der organisatorischen Struktur der GbR

“Da es für die Anwendbarkeit des VerbrKrG allein auf dessen Schutzzweck ankommt, spielt es auch keine Rolle, wie eine GbR im Einzelfall intern strukturiert ist, insbesondere, ob ihre Organisation korporative Merkmale aufweist. Für die beschränkte Rechtsfähigkeit der GbR ist dies nach der Entscheidung des II. Zivilsenats vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZI 2001, 241 = NZM 2001, 299 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52) ohne jede Bedeutung. Es überzeugt deshalb nicht, wenn ein Teil der Literatur

(vgl. Staudinger/Kessal-Wulf, § 1 VerbrKrG Rdnr. 27) die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf Kreditverträge von GbR gerade mit Rücksicht auf deren Rechtsfähigkeit grundsätzlich verneinen, bei personal strukturierten Gesellschaften aber eine Ausnahme machen will. Das gilt besonders, da die genaue Struktur einer GbR dem Kreditgeber häufig nicht bekannt ist. Es ist deshalb der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit abträglich, für die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf die innere Struktur einer GbR abzustellen.“

d. Irrelevanz der Gesellschafterhaftung

“Kommt es für die Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes auf die Rechtsfähigkeit der GbR nicht an, so ist es auch ohne Bedeutung, dass der II. Zivilsenat als Folge der beschränkten Rechtsfähigkeit der GbR eine lediglich akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter entsprechend §§ 128 f. HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten anerkannt hat (BGHZ 146, 341 [358] = NJW 2001, 1056 = NZI 2001, 241 = NZM, 2001, 299 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52). Nach wie vor haften die Gesellschafter in aller Regel unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen und sind deshalb schutzwürdig, gleichgültig wie ihre Haftung rechtsdogmatisch erklärt wird.“

4. Keine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit der GbR

Auch die Ansicht des BerGer., der Kredit sei nach dem Inhalt des Vertrags nicht für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit aufgenommen worden, wird vom BGH nicht beanstandet.

a. Zum Inhalt und zur Abgrenzung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit

“Eine gewerbliche Tätigkeit i. S. von § 1 I VerbrKrG ist eine planmäßige und auf Dauer angelegte wirtschaftlich selbstständige Tätigkeit unter Teilnahme am Wettbewerb (Bülow, § 1 Rdnr. 34; Graf v. Westphalen, in: Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 11; Gößmann, in: Heller/Steuer, BankR und Bankpraxis, Rdnr. 3/400). Zu den gewerblichen Betätigungen gehört daher nicht die Verwaltung eigenen Vermögens (vgl. BGHZ 63, 32 [33] = NJW 1974, 1462 = LM § 196 BGB Nr. 27; BGHZ 74, 273 [276] = NJW 1979, 1650 = LM § 196 BGB Nr. 35; BGH, NJW 1963, 1397 = LM § 196 BGB Nr. 9), die auch dann grundsätzlich dem privaten Bereich zugerechnet wird, wenn es sich um die Anlage beträchtlichen Kapitals handelt. Die Aufnahme von Fremdmitteln kann insbesondere beim Immobilienerwerb zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören und lässt daher nicht zwangsläufig auf ein Gewerbe schließen (BGHZ 119, 252 [256] = NJW 1992,

3242 = LM H. 3/1993 AVBF. Rechtsschutz-Vers. Nr. 25; Staudinger/Kessal-Wulf, § 1 VerbrKrG Rdnr. 37). Das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung der privaten von einer berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung ist vielmehr der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (BGHZ 104, 205 [208] = NJW 1988, 2039 = LM BörsG Nr. 22; BGHZ 119, 252 [256] = NJW 1992, 3242 = LM H. 3/1993 AVBF. Rechtsschutz-Vers. Nr. 25; BGH, NJW 1967, 2353 = LM § 196 BGB Nr. 17; Lwowski, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 81 Rdnr. 7; Staudinger/Kessal-Wulf, § 1 VerbrKrG Rdnr. 37).

Die Höhe der verwalteten Werte oder des Kreditbetrags ist dabei nicht maßgeblich (Bülow, § 1 Rdnr. 34; Ulmer, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG Rdnr. 23), weil etwa bei einer Anlage in Aktien oder festverzinslichen Wertpapieren mit einem relativ geringen organisatorischen und zeitlichen Aufwand auch große Kapitalbeträge verwaltet werden können. Handelt es sich um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, so ist dementsprechend nicht deren Größe entscheidend, sondern Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen (Graf v. Westphalen, in: Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 1 Rdnr. 9). Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, bleibt eine im Einzelfall zu beurteilende Frage.“

b. Übertragung auf den vorliegenden Fall

“Das Berufungsurteil gelangt bei seiner diesen Grundsätzen entsprechenden Würdigung ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis, dass die Tätigkeit der GbR "R." im August 1996 eine nicht gewerbliche Verwaltung eigenen Vermögens darstellte.

Eine GbR verwaltet entgegen der Ansicht der Revision nicht fremdes Vermögen, weil sie - folgt man den in der Entscheidung BGHZ 146, 341 (342 ff.) = NJW 2001, 1056 = NZI 2001, 241 = NZM 2001, 299 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52 formulierten Grundsätzen - als mit eigener Rechtsfähigkeit ausgestattete Außen-GbR anzusehen ist. Gerade wenn man zwischen dem Privatvermögen der Gesellschafter und dem Gesellschaftsvermögen unterscheidet und diese verschiedenen Rechtssubjekten zuordnet, verwaltet

die GbR eigenes Vermögen, nämlich hier Immobilienvermögen in E.

Das BerGer. hat der erst nach der Kreditaufnahme vorgenommenen Übertragung von Gesellschaftsanteilen und der Bestellung des Kl. zu 5 zum Geschäftsführer der GbR zu Recht keine Bedeutung beigemessen. Maßgeblich für die Verbrauchereigenschaft ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGHZ 128, 156 [162]). Spätere Ereignisse sind bedeutungslos.

Die Tätigkeit der GbR war entgegen der Ansicht der Revision auch nicht darauf ausgerichtet, die einzelnen Einheiten der Immobilie alsbald nach Fertigstellung an eine größere Zahl von Erwerbern zu veräußern, wie das für einen gewerblichen Bauträger kennzeichnend ist (BGH, NJW 1981, 1665 = LM § 196 BGB Nr. 42 = WM 1981, 588 [5891]). Vielmehr sollten dauernde Einnahmen durch Vermietung des Objekts erzielt werden. Der Gesellschaftsvertrag wurde auf die Dauer von zehn Jahren fest abgeschlossen.

Eine Veräußerung des Grundbesitzes ist darin nur für den Fall vorgesehen, dass sich die Gesellschafter nach Ablauf von zehn Jahren und Kündigung des Vertrags durch einen Gesellschafter nicht einigen.

Die Feststellung des BerGer., nur der Kl. zu 5 habe sich neben seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt und Notar in nennenswertem Umfang mit den Angelegenheiten der GbR beschäftigt, ohne dass von einer berufsmäßigen Tätigkeit gesprochen werden könne, hat die Revision nicht angegriffen. Die von ihr angesprochene Beauftragung eines Hausmeisters auch mit kaufmännischen Aufgaben erfolgte erst auf Grund einer Verletzung des Kl. zu 5 im März 1997 und damit nach Abschluss des Kreditvertrags. Von einem für gewerbliche oder berufliche Zwecke aufgenommenen Kredit kann danach keine Rede sein."

5. Ergebnis zu I.

Das VerbrKrG ist auf den vorliegenden Fall sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht anwendbar.

II. Formmangel

Nach § 4 I 4 Nr. 1 lit. e VerbrKrG (= § 492 BGB n.F.) muss der effektive Jahreszinssatz zwingend im schriftlichen Kreditvertrag vermerkt sein. Dies ist im vorliegenden Fall nicht geschehen.

Grundsätzlich sind solche Kreditverträge wegen Formmangels gem. § 6 I VerbrKrG (= § 494 BGB) nichtig. Jedoch tritt gem. § 6 II VerbrKrG Heilung

ein, wenn der Verbraucher - wie in diesem Fall - das Darlehen empfängt. Jedoch ermäßigt sich dann der dem Kreditvertrag zugrunde gelegte Zinssatz auf den gesetzlichen Zinssatz gem. § 246 BGB (4 %), wenn die Angabe des effektiven Jahreszinssatzes fehlte. Darüber hinaus gehende Zinsen werden damit nicht geschuldet mangels Rechtsgrund.

III. Keine Treuwidrigkeit wegen Berufen auf einen Formmangel

Hinsichtlich des Einwandes von Treuwidrigkeit der Kl. führt der BGH aus:

"Anders als die Revision meint, ist die Berufung der Kl. auf die Formvorschrift des § 4 I 4 Nr. 1 lit. e VerbrKrG sowie auf § 6 II 2 VerbrKrG nicht treuwidrig (§ 242 BGB). Zwar kann das Geltendmachen eines Formmangels eine unzulässige Rechtsausübung sein, zum Beispiel wenn eine Partei, die längere Zeit aus einem formnichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, sich unter Berufung auf den Formmangel vertraglichen Verpflichtungen entziehen will (BGHZ 121, 224 [233]; BGH, NJW 1997, 3169 und NJW 1999, 2664 = LM H. 11/1999 § 1 VerbrKrG Nrn. 11, 12 WM 1999, 1412 [14161]). Eine unzulässige Rechtsausübung kommt aber nicht in Betracht, wenn durch Gesetz die Rechtsfolgen des Formverstößes unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen abweichend von § 125 S. 1 BGB geregelt sind.

So liegt der Fall hier. § 6 II 1 und 2 VerbrKrG schützt einerseits den Darlehensnehmer davor, das Darlehenskapital gem. § 812 BGB sofort zurückzahlen zu müssen, andererseits trägt die Vorschrift auch dem Interesse des Kreditgebers Rechnung, Zinsen für die vereinbarte Kreditlaufzeit zu erhalten (BGHZ 134, 94 [98 f.]). Dass dieser Zins regelmäßig niedriger liegt als der vertraulich vereinbarte, ist die vom Gesetzgeber gewollte Sanktion gegenüber dem Kreditgeber, der seiner Obliegenheit zur Angabe des effektiven Jahreszinses gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. e VerbrKrG nicht nachgekommen ist. Damit lässt es sich nicht vereinbaren, von der Herabsetzung des Zinssatzes aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben abzusehen (OLG München, OLG Report 1996, 245)."

Endergebnis:

Die Kl. haben gegen die Bekl. einen Rückzahlungsanspruch in Höhe von 54.000 DM gem. § 812 I 1 1. Fall BGB.

Standort: Strafrecht Problem: Realisierung eines verkehrstypischen Unfallrisikos

BGH, URTEIL VOM 15.11.2001
4 STR 233/01 (NJW 2002, 626)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit der Strafbarkeit eines Angekl. zu befassen, der zunächst aus Spaß Mülltonnen aus einem fahrendem Auto heraus ergriff und sie dann nach einiger Zeit wieder losließ, sowie in einem weiteren Fall sein Fahrzeug zielgerichtet gegen einen parkenden Pkw fuhr, um dem Eigentümer einen Denkmalszettel zu verpassen. Der Senat stellte zunächst fest, dass im erstgenannten Fall kein Unfall im Straßenverkehr i.S. des § 142 I StGB vorliegt, da sich kein verkehrstypisches Risiko realisiert habe. Des Weiteren führt das Gericht aus, dass im zweiten Fall auch keine Strafbarkeit wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315 b StGB) in Betracht komme, da es bei einem Eingriff, der sich in einer bloßen Schädigung erschöpfe an der erforderlichen "Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs" fehle.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung enthält grundlegende Ausführungen zu den wichtigen Tatbeständen der §§ 142 und 315 b StGB.

Zum Unfallbegriff in § 142 StGB bestätigt der BGH zunächst seine bisherige Rechtsprechung, wonach es für den Begriff des Unfalls im öffentlichen Straßenverkehr letztlich unerheblich ist, ob die Schädigung (im räumlichen Sinn) im Verkehrsraum stattfindet, sondern es maßgeblich auf den unmittelbaren Zusammenhang mit den im Straßenverkehr typischen Risiken ankommt. Problematisch ist insoweit insbesondere eine vorsätzliche Schadensverursachung. Während die Literatur solche Fälle z.T. generell aus dem Unfallbegriff herausnimmt, fragt die Rechtsprechung, ob sich noch ein verkehrstypisches Risiko niedergeschlagen hat (vgl. etwa BGHSt 24, 382; Geppert, Jura 1990, 80).

Geradezu umgekehrt erfordert § 315 b StGB die Realisierung eines verkehrsfremden Risikos, was bei einem Vorgang im fließenden Verkehr nur dann der Fall ist, wenn der Täter subjektiv sein Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckentfremdet und objektiv eine Einwirkung von grobem Gewicht vorliegt. Darüber hinaus geht der BGH in mittlerweile ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Tatbestandsstruktur eine räumliche und auch zeitliche Trennung der Eingriffshandlung i.S. der Nr. 1 bis 3 und des Eingriffserfolgs (konkrete Gefährdung) vor-

aussetzt, dergestalt, dass die konkrete Gefahr auf einem infolge der Einwirkung des Täters regelwidrig ablaufendem Verkehrsvorgang beruht (vgl. etwa BGH, NZV 1990, 77; 1998,36; NStZ-RR 1998, 7).

Vertiefungshinweise:

- Überblick zu § 142 StGB: Höfle, ZGS 1999, 458
- Zu den typischen Gefahren des Straßenverkehrs: OLG Stuttgart, NJW 1969, 1726; BayObLG, JR 1993, 114 m. Anm. Wiegand.

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Hoffentlich Allianz versichert"

Leitsätze:

Ein "Unfall im Straßenverkehr" ist jedes Schadensereignis, in dem sich ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert hat. Das kann jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn das Schadensereignis im Straßenverkehr schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild nicht die Folge des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung ist.

Sachverhalt:

Der Angekl. A beschloss zunächst mit einem Freund, "zum Zeitvertreib und Spaß auszuprobieren, ob es möglich sei, Mülltonnen aus dem fahrenden Auto heraus zu greifen und nach einer gewissen Strecke loszulassen". Diesen Entschluss setzten sie bei nächtlichen Fahrten um, wobei jeweils der Angekl. A seinen Pkw führte, während sein Freund vom Beifahrersitz aus die Mülltonnen ergriff und wieder losließ. Im ersten Fall prallte eine der Mülltonnen gegen einen abgestellten Pkw, an dem ein Reparaturschaden in Höhe von 2700 DM entstand; im zweiten Fall wurden zwei geparkte Pkw getroffen, wobei an einem ein Schaden von ca. 2000 DM verursacht wurde. In Kenntnis der von ihnen angerichteten Schäden fuhren die Angekl. jeweils sogleich davon.

Einige Tage später war der Angekl. A wieder mit seinem Pkw unterwegs. Mit in seinem dem Fahrzeug befand sich ein Mädchen, das sich mit seinem Freund zerstritten hatte. Es machte den Vorschlag, den Pkw dieses Freundes zu beschädigen. Der Angekl. A erklärte sich sofort hierzu bereit und fuhr zum Wohnanwesen des Freundes, vor dem dessen Pkw abgestellt war. Dort fuhr der Angekl. A "langsam gegen die Fahrtür des Honda, die hierdurch großflächig eingedrückt wurde".

Strafbarkeit des A?

Lösung:

1. Teil : Beschädigung der Pkws durch Ergreifen und anschließendem Fallenlassen der Mülltonnen

A. Strafbarkeit des A wegen unerlaubten Entfernen vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 2 StGB

I. Tatbestand

Der Tatbestand des § 142 I StGB setzt zunächst einen Unfall im Straßenverkehr voraus. Hierzu führt der BGH aus:

“Entgegen der Auffassung des LG handelt es sich bei der Beschädigung der geparkten Pkws nicht um “einen Unfall im Straßenverkehr”, wie ihn § 142 I StGB voraussetzt. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Unfall in diesem Sinne jedes schädigende Ereignis, das mit dem Straßenverkehr und seinen Gefahren ursächlich zusammenhängt. Unter dieser Voraussetzung hat es die Rechtsprechung stets als unbeachtlich angesehen, dass ein daran Beteiligter das Schadensereignis vorsätzlich herbeigeführt hat, wenn nur einem anderen ein von diesem ungewollter Schaden entstanden ist, weil es sich dann zumindest für diesen anderen um ein ungewolltes, ihn plötzlich von außen her treffendes Ereignis handelt (BGHSt 12, 253 [256]). Doch genügt nicht jedwede ursächliche Verknüpfung des Schadensereignisses mit einem Verkehrsgeschehen. Nicht jeder Unfall ist schon deshalb ein "Unfall im Straßenverkehr" i. S. des § 142 StGB, weil er sich im öffentlichen Verkehrsraum ereignet. Vielmehr setzt die Annahme eines "Verkehrsunfalls" nach dem Schutzzweck der Norm des § 142 StGB einen straßenverkehrsspezifischen Gefahrenzusammenhang voraus (vgl. BayObLG, VRS 71, 277 [278]). Die Rechtsprechung ist deshalb dahin zu verstehen, dass sich in dem "Verkehrsunfall" gerade die typischen Gefahren des Straßenverkehrs verwirklicht haben müssen (OLG Hamm, NJW 1982, 2456). Dass sich in dem Schadensereignis ein verkehrstypisches Unfallrisiko realisiert hat, kann jedenfalls dann nicht angenommen werden, wenn ein Verhalten schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild keine Auswirkung des allgemeinen Verkehrsrisikos, sondern einer deliktischen Planung ist (Rüth, in: LK-StGB, 10 Aufl., § 142 Rdnr. 19 m.w. Nachw.; krit. gegenüber der Einbeziehung von Vorsatztaten allgemein Roxin, NJW 1969, 2038; Hartmann-Hilter, NZV 1995, 340 m. w. Nachw.). Allein der Umstand, dass der Täter, wie hier die Angekl., dabei aus einem fahrenden Fahrzeug heraus handelt, vermag den notwendigen Zusammenhang mit den typischen Gefahren des Straßenverkehrs nicht herzustellen. Dementsprechend hat das OLG Hamm zu Recht den Fahrer eines Lkw, aus dem heraus ein PKW mit Flaschen beworfen und da-

durch beschädigt worden war, vom Vorwurf des § 142 StGB freigesprochen (NJW 1982, 2456; zust. Janiszewski, NStZ 1982, 369 [370]). Das Interesse des Geschädigten an der Ermittlung des Schadensverursachers rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Denn das Feststellungsinteresse besteht unabhängig davon, wo, auf welche Weise und mit welchen Mitteln der Schaden entstanden ist (Hartmann-Hilter, NZV 1995, 340 [341]), taugt aber für sich nicht zur inhaltlichen Bestimmung des Begriffs des "Unfalls im Straßenverkehr". Somit liegt hier kein Unfall im Straßenverkehr vor, denn der Schaden, den die Angekl. durch das Abwerfen der Mülltonnen an den fremden Pkw vorsätzlich angerichtet haben, beruht ersichtlich nicht auf einer besonderen Gefahr, die dem Straßenverkehr eigen ist.”

II. Ergebnis

A hat sich nicht wegen unerlaubten Entfernen vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Mangels eines “Unfalls” kommt auch keine Strafbarkeit nach § 142 II StGB in Betracht.

B. Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei den beschädigten Pkws handelt es sich um für den A fremde bewegliche Sachen.

2. Beschädigen

Als der Angekl. A an den Pkws einen Schaden in Höhe von insgesamt 4.700 DM verursachte, hat er sie in ihrer Substanz nicht nur unerheblich verletzt, mithin beschädigt.

3. Vorsatz

A handelte hinsichtlich der Beschädigung der Pkws auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

III. Ergebnis

A hat sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr.1, 3 StGB.

Eine Strafbarkeit des A gem. § 315 b I StGB kommt hier nicht in Betracht, da es an dem für die Vorschrift erforderlichen verkehrsfremden Eingriff fehlt. Bei

einem Vorgang im fließenden Verkehr ist erforderlich, dass der Täter sein Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Absicht bewusst zweckentfremdet. A wollte vorliegend lediglich zum Zeitvertreib die Mülltonnen ergreifen und später wieder loslassen ohne dass es ihm darauf ankam, den Verkehr zu beeinträchtigen oder zu gefährden.

2. Teil: Beschädigung des Pkw, indem der A seinen Wagen gegen die Fahrertür des anderen Pkw setzte.

A. Strafbarkeit des A wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315 b I Nr. 3 StGB

Hierzu führt der BGH aus:

“Das LG sieht den Tatbestand des § 315 b I Nr. 3 StGB als erfüllt an, weil der Angekl. “sein Fahrzeug zweckentfremdet als Werkzeug dazu benutzt hat den parkenden Pkw zu beschädigen”, wodurch sich “gleichzeitig die konkrete Gefahr für das fremde Fahrzeug verwirklicht” habe. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Dabei kann dahinstehen, ob das LG in dem Vorgehen des Angekl. zu Recht die Vornahme eines “ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriffs” i. S. von § 315 b I Nr. 3 StGB gesehen hat. Zwar kommt nach ständiger Rechtsprechung die Anwendung der Vorschrift grundsätzlich in Betracht, wenn der Täter das von ihm gesteuerte Fahrzeug bewusst zweckwidrig als “Waffe” oder “Schadenswerkzeug” missbraucht (st. Rspr.; BGHSt 28, 87 [88]). Jedoch setzt ein gefährlicher Eingriff im Sinne dieser Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung weiter eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht voraus (BGHSt 26, 176 [178]). Ob dies hier der Fall ist, könnte zweifelhaft sein, zumal das Urteil die Geschwindigkeit des Pkw des Angekl. lediglich pauschal als “langsam” beschreibt, die Höhe des Fremdschadens nicht mitteilt und im Rahmen der rechtlichen Würdigung die “Intensität” des “Eingriffs” selbst als “gering ... am unteren Ende des Straftatbestands” wertet. Darauf kommt es im Ergebnis aber nicht an, weil die Strafvorschrift schon nach ihrer Tatbestandsstruktur und ihrem Strafgrund nicht zur Anwendung gelangt. Denn danach genügt nicht jeder Eingriff im Straßenverkehr. § 315 b StGB ist vielmehr nur dann erfüllt, wenn die darin vorausgesetzte konkrete Gefahr die Folge des tatbestandsmäßigen “Eingriffs” ist, durch den die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt wird. Erschöpft sich dagegen der “Eingriff” in der konkreten Gefährdung bzw. Schädigung, scheidet der Tatbestand des § 315 b StGB aus (BGH, NZV 1990, 77). In diesen Fällen fehlt es an der Beeinträchtigung der “Sicherheit des Straßenverkehrs”. So verhält es sich hier. Die Verurteilung wegen ge-

fährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in diesem Fall kann danach nicht bestehen bleiben.”

B. Strafbarkeit des A wegen Sachbeschädigung gem. 303 StGB

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei dem beschädigten Pkw handelt es sich um einen körperlichen Gegenstand, der einem Dritten gehörte, mithin um eine für den A fremde und bewegliche Sache.

2. Beschädigen

Als der Angekl. A die Tür des Pkw großflächig eindrückte, hat er den Pkw in seiner Substanz nicht nur unerheblich verletzt, mithin beschädigt.

3. Vorsatz

A handelte hinsichtlich der Beschädigung des Pkw auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe sind nicht ersichtlich. A hat sich wegen Sachbeschädigung gem. § 303 StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit des A wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 2 StGB

I. Tatbestand

1. Unfall im Straßenverkehr

Trotz des vorsätzlichen Verhaltens des A handelt es sich um einen Unfall im Straßenverkehr, da sich in der Schädigung des Pkw ein allgemeines Verkehrsrisko realisiert hat.

2. Entfernen vom Unfallort trotz Nichterfüllung der Wartepflicht

A hat die ihm nach § 142 I Nr. 2 StGB obliegende Wartepflicht nicht erfüllt.

3. Vorsatz

Er handelte auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sein Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft.

3. Teil: Gesamtergebnis

A hat sich wegen Sachbeschädigung in zwei Fällen und wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort gem. § 142 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht.