

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 14 GG**

**Problem: Öffentl.-rechtl. Leistungen**

BVERwG, BESCHLUSS VOM 18.12.2001  
9 BN 5.01 (BAYVBL 2002, 282)

### **Problemdarstellung:**

Der Beschluss streift zwei wichtige Fragen: Zum einen geht es darum, wann und in welchem Umfang öffentlich-rechtliche Leistungen in den Schutzbereich des Art. 14 I GG (Eigentumsgarantie) fallen. Zum anderen wird das Rückwirkungsverbot (Art. 20 III GG) angesprochen.

1. Nach st. Rspr. des BVerfG fallen öffentlich-rechtliche Leistungen (nur, aber immerhin) dann in den Schutzbereich des Art. 14 I GG, wenn sie als Äquivalent eigener Leistungen des Anspruchsinhabers erbracht werden. So fließen bspw. Rentenansprüche dem Rentner gerade deshalb zu, weil er Beiträge in entsprechender Höhe entrichtet hat. Rentenanwartschaften sind daher von Art. 14 I GG geschützt. Demgegenüber haben bspw. die Bezieher von BAföG oder Sozialhilfe diese Leistungen nicht durch Leistung erworben. Kürzungen in diesem Bereich griffen daher nicht in Art. 14 I GG ein. Es handelt sich vielmehr um reine Leistungsverwaltung; Grundrechte sind aber primär Abwehrrechte und geben daher nur ganz ausnahmsweise und dann auch nur in sehr eingeschränktem Umfang originäre Ansprüche auf staatliche Leistungen (z.B. auf ein Existenzminimum, vgl. auch Vertiefungshinweise).

Im vorliegenden Fall war fraglich, ob ein entgeltlich erworbenes Grabnutzungsrecht auf einem öffentlichen Friedhof in den Schutzbereich des Art. 14 I GG fällt. Wegen des Entgelts könnte es dem Inhaber als Äquivalent einer eigenen Leistung zugeflossen sein. Dies verneint das BVerwG aber mit der Begründung, man "kaufe" die Grabstelle nicht, sondern entrichte mit dem Entgelt nur einen Kostenbeitrag, der nichts daran ändere, dass das Betreiben eines Friedhofs eine staatliche Leistung (Daseinsvorsorge) sei. Zudem wurde im vorliegenden Fall nicht das Nutzungsrecht entzogen, sondern nur eine Gebühr erhoben, also letztlich nur

das Vermögen belastet. Dieses ist als solches von Art. 14 I GG ebenfalls nicht geschützt.

2. Hinsichtlich der Rückwirkung unterscheidet das BVerwG mit dem ersten Senat des BVerfG zwischen "echter" und "unechter" Rückwirkung. Erstere knüpft an einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt an und ist aus Gründen des Vertrauensschutzes wegen eines Verstoßes gegen Art. 20 III GG (Entwicklung des Rückwirkungsverbots aus dem Gebot der Rechtssicherheit, welches sich wiederum aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet) unzulässig, sofern nicht besonders wichtige Gründe ausnahmsweise den Vertrauensschutz überwiegen. Letztere betrifft hingegen einen bereits begonnenen, aber noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt. Hier ist der Vertrauensschutz i.d.R. geringer, so dass eine "unechte" Rückwirkung zulässig sein soll, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände einen höheren Vertrauensschutz gebieten. Solche konnte das BVerwG, welches von einer "unechten" Rückwirkung ausging, vorliegend nicht finden.

### **Prüfungsrelevanz:**

Hinreichende Kenntnisse im Bereich des Art. 14 GG und zum Rückwirkungsverbot sind Grundlagenwissen und sollten daher zum Rüstzeug jedes Examenskandidaten gehören. Beide Bereiche haben auch die jüngere Rechtsprechung immer wieder beschäftigt (s. Vertiefungshinweise) und lassen sich hervorragend in Examensaufgaben einbauen.

Zum Rückwirkungsverbot sei vertiefend angemerkt, dass der zweite Senat des BVerfG seit einiger Zeit die Begriffe "echte" bzw. "unechte" Rückwirkung meidet und statt dessen von "Rückbewirkung von Rechtsfolgen" für die echte und "tatbestandlicher Rückanknüpfung" für die unechte Rückwirkung spricht. Damit soll der abweichende dogmatische Ansatz des zweiten Senats verdeutlicht werden, der wegen der stets erforderlichen Abwägung zwischen Vertrauensschutz und staatlichem Interesse die "tatbestandliche Rückanknüpfung" nicht im Gebot der Rechtssicherheit ver-

ankert sieht, sondern sie im Rahmen der Grundrechtsprüfung an der Verhältnismäßigkeit messen will. In der Sache erhebliche Abweichungen sind hiermit jedoch nicht verbunden.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Rückwirkungsverbot nach dem 2. Senat des BVerfG: *BVerfGE* 72, 200, 242; *Fiedler*, NJW 1988, 1624, 1626
- Grundfälle zum Rückwirkungsverbot: *Wernsmann*, JuS 1999, 1177 und JuS 2000, 39
- Aktuelle Rspr. zum Eigentumseingriff: *BVerfG*, RA 2001, 563 = *NVwZ* 2001, 1023 (Entzug als Inhalts- und Schrankenbestimmung); *BGH*, DVBl 2001, 1671 (Tierkörperbeseitigung)
- Grundlegendes zu Art. 14 GG: *Schoch*, Jura 1989, 113
- Aktuelle Rechtsprechung zum Rückwirkungsverbot: *BVerwG*, RA 2000, 104 = *NVwZ* 2000, 929 mit Anm. *Jahn*, JuS 2001, 334; *BayVGH*, RA 2000, 227 = *BayVBl* 2000, 180

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Die R-GmbH"
- Examenskurs: "Der Lottokönig"

#### **Leitsatz:**

**Die nachträgliche Einführung einer Friedhofsunterhaltungsgebühr für Grabstellen, deren vertraglich vereinbarte Ruhezeit noch nicht abgelaufen ist, beurteilt sich nicht nach Art. 14 I GG.**

#### **Sachverhalt:**

Der ASt. ist Inhaber eines von ihm noch zu DDR-Zeiten entgeltlich erworbenen, befristeten Grabnutzungsrechts an einer Grabstelle auf dem Friedhof der Ag. Diese belegte alle Inhaber von Grabnutzungsrechten, so auch den ASt., durch eine Änderung der Friedhofsgebührenordnung rückwirkend mit einer höheren "Friedhofsunterhaltungsgebühr". Der ASt. sieht sich hierdurch in seinem Grundrecht auf Eigentumsschutz aus Art. 14 I GG verletzt und rügt zudem, dass der Rückwirkung Gründe des Vertrauensschutzes entgegen stünden. Sein Normenkontrollantrag gegen die Änderung der Friedhofsgebührenordnung blieb in allen Instanzen ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die vom Antragsteller beanstandete Regelung der Friedhofsgebührenordnung unterliegt dem Anwendungsbereich der Grundrechte; denn sie betrifft keine innerkirchliche Angelegenheit, sondern das öffentlich-rechtlich geregelte Nutzungsverhältnis an einer Grabstelle (vgl. *BVerwGE* 25, 364, 365).

#### **A. Eigentumsgarantie**

Die Frage, ob ein gegen Entgelt erworbenes Grabstellennutzungsrecht der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt, ist vom Bundesverwaltungsgericht mit der Begründung verneint worden, es handele sich nicht um eine durch Arbeit oder Kapitaleinsatz geschaffene vermögenswerte Rechtsposition, sondern im Wesentlichen um eine von der öffentlichen Hand erbrachte Leistung (vgl. *BVerwGE* 11, 65, 74). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass selbst ein insoweit entrichteter „Kaufpreis“ nicht ein Entgelt für die Überlassung der Grabstelle, sondern nur einen Unkostenbeitrag darstellt, der dazu dienen soll, die Unterhaltung der Friedhofsanlage zu gewährleisten (vgl. zum Fall des sog. "Erbbegräbnisses" *BGHZ* 25, 200, 210). Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach sich die Bewertung vermögenswerter subjektiver öffentlicher Rechte als Eigentum danach richtet, inwieweit sie sich als Äquivalent eigener Leistung erweisen oder auf staatlicher Leistung beruhen (vgl. *BVerfGE* 53, 257, 292; 58, 81, 112). Die Verfassungsmäßigkeit der streitigen Friedhofsunterhaltungsgebühr beurteilt sich danach nicht nach Art. 14 Abs. 1 GG.

Die Eigentumsgarantie schützt das Vermögen ohnehin nicht vor einer Auferlegung öffentlich-rechtlicher Geldleistungspflichten, solange diese nicht eine „erdrosselnde“ Wirkung zeitigen (vgl. *BVerfGE* 82, 159, 190; 95, 267, 300).

#### **B. Rückwirkungsverbot**

Zu fragen ist vielmehr, ob die Anknüpfung der Gebühr an bestehende Grabstellenverträge mit den Einschränkungen vereinbar ist, die sich bei einer rückwirkenden Einführung von Geldleistungspflichten aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben. Dies ist die Frage, auf die die Beschwerde möglicherweise abzielt, wenn sie rügt, der Abschluss von Grabstellenverträgen werde "zum unkalkulierbaren Risiko" und führe zu erheblicher Rechtsunsicherheit.

*I. "Echte" Rückwirkung*

Auch insoweit ist jedoch ein Verfassungsverstoß nicht erkennbar. Das Normenkontrollgericht hat festgestellt, dass die in Rede stehenden Grabstellenverträge nur die Grabnutzung selbst regelten, nicht aber auch den für die Pflege des Friedhofs insgesamt anfallenden Aufwand. Mangels einer durchgreifenden Verfahrensrüge steht damit für das Revisionsgericht bindend fest, dass gegen die Friedhofsunterhaltungsgebühr nicht mit Erfolg der Einwand erhoben werden kann, die für eine Grabstellennutzung geleisteten Gebühren hätten den zur Friedhofsunterhaltung erforderlichen Aufwand bereits umfassend und unabhängig von späteren Kostensteigerungen abgelten sollen. Wenn das Normenkontrollgericht aus dieser Tatsache gefolgert hat, im vorliegenden Fall stelle sich die Frage nach einer - im echten Sinne - rückwirkenden Vertragsänderung nicht, ist dagegen aus revisionsgerichtlicher Sicht nichts zu erinnern.

*II. "Unechte" Rückwirkung*

Zur Frage, ob der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes eine sog. unechte Rückwirkung verbietet

(vgl. BVerwGE 110, 265, 269 m.w.N.), hat das Normenkontrollgericht - ebenfalls ohne erkennbaren Rechtsverstoß - festgestellt, es fehle schon an einem in dieser Hinsicht vertrauensbildenden Tatbestand. Dafür spricht insbesondere, dass die Nutzungsberechtigten bei Abschluss der "Grabstellenverträge" sich einer Nutzungsordnung unterwarfen, die geändert werden konnte (vgl. BVerwG, a.a.O., S. 72). Letzteres gilt zumindest dann, wenn - wie hier - die Änderung der Benutzungsbestimmungen den Fortbestand des Nutzungsrechts für die Dauer der zugesicherten Ruhezeit nicht in Frage stellt. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die in Rede stehenden „Grabstellenverträge“ vor der Wiedervereinigung Deutschlands abgeschlossen wurden und deswegen - wie das Normenkontrollgericht zutreffend hervorhebt - „die nachfolgenden durchgreifenden Veränderungen der Wirtschafts- und Finanzordnung keine Berücksichtigung finden konnten und gefunden haben“. Es handelt sich dabei um eine unvorhersehbare Entwicklung, die Kostensteigerungen zur Folge hatte, die jenseits jeder Erwartung lagen (vgl. BayVGH, BayVBl 1985, 720, 721).

**Standort: Verfassungsbeschwerde****Problem: "Unmittelbare" Beschwer**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 10.10.2001  
1 BvR 1970/95 (NVwZ 2002, 465)

**Problemdarstellung:**

Das BVerfG verneint vorliegend die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen das Ausländerzentralregistergesetz (AZRG) wegen fehlender unmittelbarer Beschwer der Beschwerdeführer. Die "unmittelbare" Betroffenheit des Beschwerdeführers einer Verfassungsbeschwerde wird i.d.R. in der Beschwerdebefugnis (§ 90 I BVerfGG) geprüft. Die hinreichende "Behauptung" einer Grundrechtsverletzung setzt eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer voraus. Gleichwohl leitet das BVerfG häufig - so auch vorliegend - das Unmittelbarkeitsmerkmal auch aus der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ab, die sich wiederum aus § 90 II BVerfGG ergeben soll. In vielen Entscheidungen bleibt daher unklar, unter welchem Zulässigkeitsmerkmal genau die Unmittelbarkeit geprüft wird. Lehrbücher und Kommentare behandeln sie jeden-

falls durchgehend bei der Beschwerdebefugnis, so dass sich eine Prüfung dort auch in einer Klausur oder Hausarbeit empfiehlt.

Die Unmittelbarkeit ist besonders bei Gesetzesverfassungsbeschwerden kritisch zu prüfen, da Normen als abstrakt-generelle Regelungen regelmäßig erst noch eines Umsetzungsaktes im Einzelfall bedürfen. Dies gilt in besonderem Maße für Ermächtigungsgrundlagen, die ja geradezu auf den Erlass weiterer Maßnahmen gerichtet sind. Allein die Notwendigkeit eines solchen Umsetzungsaktes - mag es sich auch um einen Realakt handeln und/oder die Behörde in ihrer Entscheidung gebunden sein - genügt, von den vom BVerfG nachstehend selbst angesprochenen Ausnahmen (Unzumutbarkeit, fehlende Rechtswegeröffnung, Verfehlung des Zweckes vorgeschalteter fachgerichtlicher Kontrolle) abgesehen, für die Verneinung der Unmittelbarkeit. Für Gesetze, die keiner weiteren Umsetzung bedürfen, die sich also quasi selbst ausführen, hat sich der Terminus "self-executing" eingebürgert, der in einer Prüfungsaufgabe in

diesem Zusammenhang verwendet werden kann und soll.

### **Prüfungsrelevanz:**

Das hier als "Aufhänger" der Zulässigkeitsproblematik dienende AZRG steht gegenwärtig übrigens im Blickpunkt datenschutzrechtlicher Fragestellungen. Dies ergibt sich zum einen aus den auch vom BVerfG in der vorliegenden Entscheidung angesprochenen, in der Literatur vorgebrachten Bedenken gegen seine Verfassungsmäßigkeit im Hinblick auf das allg. Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG), sowie auf seine Vereinbarkeit mit Europarecht. Es bietet daher idealen Prüfungsstoff für verfassungs- wie europarechtliche Aufgabenstellungen.

Hinzu kommt, dass das AZRG seit der vorliegenden Entscheidung des BVerfG durch Art. 13 des Gesetzes zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 9.1.2002 (BGBl. I, 361; bekannt geworden unter dem Titel „Sicherheitspaket II“,) bereits wieder maßgeblich geändert worden ist, wobei die behördlichen Befugnisse zur Erhebung und Verwendung der Daten nochmals erweitert worden sind, was zwangsläufig eher zur Erhöhung als zur Abschwächung der datenschutzrechtlichen Bedenken geführt hat.

### **Vertiefungshinweise:**

Zum AZRG: *Bäumler*, NVwZ 1995, 239; *Schriever-Steinberg*, ZAR 1990, 62

Zur Unmittelbarkeit der Verfassungsbeschwerde: *BVerfGE* 65, 1, 39 ff. (Volkszählung); 70, 35, 52 ff. (Bebauungsplan)

### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Reiten im Walde"

### **Leitsatz (der Redaktion):**

**Zur Unzulässigkeit einer Gesetzes-Verfassungsbeschwerde wegen fehlender Unmittelbarkeit der Beschwer (hier: Ausländerzentralregistergesetz).**

### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde der Bf. richtet sich un-

mittelbar gegen Bestimmungen des Gesetzes über das Ausländerzentralregister (AZRG). Das Ausländerzentralregister, das beim Bundesverwaltungsamt eingerichtet ist, dient der Speicherung der Daten aller Ausländer, die sich nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten oder aufgehalten haben. Der allgemeine Datenbestand des Registers enthält zur Zeit rund 11,7 Mio. Datensätze. Mit der Speicherung und Übermittlung von Daten über Ausländer unterstützt das Register in erster Linie öffentliche Stellen, unter bestimmten Voraussetzungen können aber auch nichtöffentliche Stellen bei der Wahrnehmung humanitärer oder sozialer Aufgaben oder im Rahmen von Aufenthaltsermittlungen sowie Behörden anderer Staaten und zwischenstaatliche Stellen Daten aus dem Register erfragen. Neben der Nutzung der personenbezogenen Daten hat das Register eine Statistikfunktion.

Mit dem am 1.10.1994 in Kraft getretenen Gesetz über das Ausländerzentralregister (AZRG) vom 2.9.1994 (BGBl. I, S. 2265) hat das Ausländerzentralregister eine umfassende Rechtsgrundlage erhalten. Das AZRG regelt die Verarbeitung von zwei unterschiedlichen Datenbeständen - dem allgemeinen Datenbestand (§§ 2-27) und der Visadatei (§§ 28-33) - in voneinander unabhängigen Kapiteln. Das Auskunftsrecht (§ 34) und die Vorschriften zur Berichtigung, Löschung, Sperrung und Unterrichtung (§§ 35-38) gelten für beide Datenbestände. Hinsichtlich des allgemeinen Datenbestandes sind Regelungen über Anlass und Inhalt der Speicherung (§§ 2-5), Datenübermittlung an die Registerbehörde, Verantwortlichkeit und Aufzeichnungspflicht (§§ 6-9) sowie Datenübermittlung durch die Registerbehörde (§§ 10-27) getroffen worden.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Bf. die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I, Art. 3 GG sowie Verstöße gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG). Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Annahmeveraussetzungen des § 93 a II BVerfGG liegen nicht vor. Die - rechtzeitig erhobene - Verfassungsbeschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg, da sie unzulässig ist. [...]

Die Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde für die Bf. insgesamt [folgt] daraus, dass es an einer Unmittelbarkeit der Beschwer fehlt. Über die von der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen, durchaus gewichtigen verfassungsrechtlichen Fragen kann daher nicht entschieden werden.

### *I. Definition der unmittelbaren Betroffenheit*

Das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit bedeutet, dass das Gesetz unmittelbar, also ohne einen weiteren vermittelnden Akt, in den Rechtskreis des Bf. einwirken muss (vgl. BVerfGE 72, 39 [43] m.w.N.). Setzt die Durchführung der angegriffenen Vorschriften rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen besonderen Vollzugsakt voraus, muss der Bf. grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt (vgl. BVerfGE 1, 97; 58, 81; 68, 376). Diese besonderen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde beruhen auf dem in § 90 III BVerfGG zum Ausdruck kommenden und dieser Vorschrift zu Grunde liegenden Gedanken der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (vgl. BVerfGE 68, 376, 379 f.). Die damit bezweckte vorrangige Anrufung der Fachgerichte soll eine umfassende Vorprüfung des Beschwerdevorbringens gewährleisten (vgl. BVerfGE 4, 193, 198; 16, 124, 129; 51, 386, 396). Dem BVerfG soll vor seiner Entscheidung ein regelmäßig in mehreren Instanzen geprüftes Tatsachenmaterial unterbreitet und die Fallanschauung der Gerichte, insbesondere der obersten Bundesgerichte, vermittelt werden.

Diese Gesichtspunkte fallen vor allem dann ins Gewicht, wenn das Gesetz der Verwaltung einen Entscheidungsspielraum lässt, gelten grundsätzlich aber auch, wenn ein solcher Spielraum fehlt (vgl. BVerfGE 58, 81, 104; insoweit teilweise abweichend die früheren Entscheidungen BVerfGE 43, 108, 117; 45, 104, 117). In beiden Fällen entspricht es dem Grundsatz der Subsidiarität, dass zunächst die für das jeweilige Rechtsgebiet zuständigen Fachgerichte eine Klärung insbesondere darüber herbeiführen, ob und in welchem Umfang der Bürger durch die beanstandete Regelung konkret in seinen Rechten betroffen und ob sie mit der Verfassung vereinbar ist; dabei ist nach Maßgabe der Voraussetzungen des

Art. 100 I GG zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Vorschriften gegebenenfalls eine Entscheidung des BVerfG einzuholen (vgl. BVerfGE 1, 97, 103; 72, 39, 43; 79, 29, 34; st. Rspr.).

### *II. Subsumtion*

Eine unmittelbare Betroffenheit der Bf. durch das AZRG liegt nicht vor, weil erst die zu seiner Durchführung erfolgenden behördlichen Maßnahmen in den Rechtskreis der Betr. eingreifen und ein fachgerichtlicher Rechtsschutz hiergegen in Anspruch genommen werden kann.

Entgegen der Auffassung der Bf. bedürfen die angegriffenen gesetzlichen Regelungen des ARZG einer Umsetzung durch Einzelakte der vollziehenden Gewalt, denn diese entfalten ihre Wirkung auf die Bf. nicht von selbst. Zu ihrer Wirksamkeit bedarf es vielmehr behördlicher Maßnahmen unter Anwendung der gesetzlichen Regelungen im konkreten Einzelfall. Die jeweiligen Einzelakte der zur Mitwirkung am Ausländerzentralregister berufenen Behörden bestehen insbesondere in der Datenübermittlung an das Ausländerzentralregister (vgl. §§ 6, 7 AZRG), der Speicherung der Daten im Ausländerzentralregister (vgl. § 2 AZRG) und schließlich der Übermittlung von Daten durch die Registerbehörde an öffentliche und nichtöffentliche Stellen (vgl. §§ 10 ff. AZRG).

#### *1. Entscheidungsspielraum nicht erforderlich*

Der Bewertung dieser Umsetzungsmaßnahmen als vorrangig anzugreifende Vollzugsakte steht nicht entgegen, dass der Verwaltung insbesondere bei der Übermittlung nach § 6 AZRG kein Entscheidungsspielraum verbleibt, da es nach den vorbezeichneten Grundsätzen der Rechtsprechung des BVerfG hierauf nicht ankommt.

#### *2. Verwaltungsaktsqualität nicht erforderlich*

Auch der Umstand, dass es sich bei den hier relevanten Maßnahmen der Datenverarbeitung nach dem AZRG um tatsächliches Verwaltungshandeln und nicht um Verwaltungsakte handelt (vgl. Gola/Schomerus, BDSG, 6. Aufl., § 15 Anm. 12 für die Datenübermittlung nach dem BDSG; Weichert, AZRG, 1998, § 35 Rdnr. 4 und § 36 Rdnr. 3), spricht nicht gegen die Heranziehung des Grundsatzes der Subsidiarität. Entscheidend ist, dass ein Vollzugsakt gerichtlich angreifbar ist. Dazu braucht er

nicht Verwaltungsakt zu sein. Nicht die Rechtsnatur des Vollzugsakts, sondern allein sein Eingriffscharakter ist dafür von Bedeutung. Für die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist maßgebend, dass die das Gesetz vollziehende Maßnahme im Rechtswege angreifbar ist, der Rechtsweg also auch in diesem Falle erschöpft werden kann.

### 3. Gerichtliche Überprüfbarkeit

Diese Voraussetzungen sind im Hinblick auf die nach dem AZRG erfolgenden Datenverarbeitungsmaßnahmen gegeben. So können die Betr. die Rechtmäßigkeit der einzelnen Datenverarbeitungsmaßnahmen vor den Verwaltungsgerichten klären lassen, da mit ihnen Eingriffe in Rechte einhergehen können (vgl. BVerfG, NJW 1993, 415). Das AZRG legt im Einzelnen den Rahmen fest, innerhalb dessen eine Datenübermittlung und -speicherung erlaubt ist. Soweit diese Maßnahmen keine Verwaltungsakte sind, scheidet Widerspruch und Anfechtungsklage aus. Damit entfällt jedoch nicht die Möglichkeit, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu erlangen. Die VwGO stellt neben der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage zur Verfügung (§§ 42, 43 VwGO). Insbesondere kommt eine allgemeine Leistungsklage auf Unterlassung einer Datenübermittlung an das Ausländerzentralregister und einer dortigen Speicherung der Daten in Betracht. Hat eine Datenspeicherung hingegen bereits stattgefunden, wäre zunächst ein Antrag auf Berichtigung oder Löschung der Daten gem. §§ 35, 36 AZRG zu stellen. Kommt die Registerbehörde dem begründeten Verlangen des Betr. nicht nach, so kann er sein hierauf gerichtetes Begehren vor dem Verwaltungsgericht verfolgen. Entsprechender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz besteht letztlich auch gegen Übermittlungen von Daten durch die Registerbehörde. Auch der Anspruch auf Auskunft nach § 34 AZRG ist verwaltungsgerichtlich durchsetzbar (Weichert, § 34 Rdnr. 12). Die jeweiligen Klagen können gegebenenfalls mit Eilanträgen verbunden werden, um bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache eine Sperrung der Daten zu erreichen und dadurch effektiv gegen etwaige unzulässige Datenverarbeitungen geschützt zu sein (vgl. §§ 4 III, 37 AZRG).

Die Bf. können mithin die Rechtspositionen, die ih-

nen aus den als verletzt gerügten Grundrechten zu stehen, im Rahmen der aufgezeigten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten geltend machen. Die Verwaltungsgerichte hätten im Falle eines Rechtsstreits auch die Verfassungsmäßigkeit der jeweils im Einzelnen angegriffenen Datenverarbeitungsakte und ihrer gesetzlichen Grundlagen zu überprüfen, denn die zu erhebenden Klagen hätten Erfolg, wenn eine Verletzung der Grundrechte der Bf. vorläge.

### III. Keine Ausnahmen

Es sind auch keine Umstände gegeben, die trotz der einfachgerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die nach dem AZRG vorgesehenen Einzelakte eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz ausnahmsweise zu rechtfertigen vermögen.

#### 1. Kein Rechtsschutz möglich

In der Rechtsprechung des BVerfG ist zwar anerkannt, dass die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz erhoben werden kann, soweit die nach dem Gesetz erfolgenden Vollzugsakte aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht angefochten werden können. Dies ist etwa der Fall, wenn dem Betr. die Möglichkeit, sich gegen einen Vollzugsakt zu wenden, verwehrt ist, weil er von dem Eingriff in seine Rechte nichts erfährt (vgl. BVerfGE 30, 1; 67, 157; 100, 313).

So verhält es sich aber für die Bf. in Hinblick auf die Maßnahmen nach dem AZRG nicht. Zwar weisen die Bf. zutreffend darauf hin, dass eine Unterrichtung der Betr. über die Datenerhebung, -speicherung und -übermittlung, wie in Art. 10 und 11 der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (nachfolgend: EG-Datenschutzrichtlinie) allgemein geregelt, nach dem AZRG bisher nicht vorgesehen ist. Die fehlende Unterrichtung hat indes nicht zur Folge, dass ein fachgerichtlicher Rechtsschutz wegen fehlender Kenntniserlangung von den Vollzugsakten ausgeschlossen wäre. In der Rechtsprechung des BVerfG ist nur dann vom Grundsatz der Subsidiarität wegen fehlender Kenntnisnahme des Vollzugsakts abgesehen worden, wenn die behördlichen Maßnahmen nach den gesetzlichen Regelungen auch nach ihrer Beendigung in aller Re-

gel den Betr. nicht mitgeteilt werden (vgl. BVerfGE 30, 1; 67, 157; 100, 313). Ist bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme - wie für Überwachungsmaßnahmen nach dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses in den vorstehenden Entscheidungen festgestellt - von vornherein ausgeschlossen oder zumindest unwahrscheinlich, kann ein fachgerichtlicher Rechtsschutz nicht effektiv in Anspruch genommen werden.

Um heimliche Maßnahmen in diesem Sinne handelt es sich vorliegend jedoch nicht. Aus § 2 i.V. mit § 6 AZRG ergibt sich, welche Daten von welchen Behörden an das Ausländerzentralregister übermittelt und dort gespeichert werden. Nach den klaren und detaillierten gesetzlichen Regelungen kann daher schon anhand des Gesetzes festgestellt werden, ob der jeweilige Ausländer von Datenverarbeitungsakten nach dem Ausländerzentralregistergesetz betroffen ist oder zukünftig betroffen sein wird. Die Maßnahmen stehen daher auf Grund des Gesetzes fest und liegen - worauf die Bf. selbst hinweisen - nicht im Ermessen der Behörden. Allein diese nach dem Gesetzeswortlaut bestehende überwiegende Wahrscheinlichkeit von Datenverarbeitungsakten ist ausreichend, um gegen die nach dem AZRG stattfindenden oder unmittelbar bevorstehenden Maßnahmen vor den Verwaltungsgerichten vorgehen zu können.

Hinzu kommt, dass die von Maßnahmen nach dem AZRG betroffenen Personen eine Datenauskunft nach § 34 AZRG beantragen und auf diese Weise feststellen können, ob und in welchem Umfang Daten gespeichert sind. Es entspricht deshalb nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, wenn die Bf. vortragen, dass sich die Speicherung und weitere Verarbeitung von Daten nach dem AZRG notwendig ohne Kenntnis der Betr. vollziehe. Eine fehlende Unterrichtung ist nicht gleichbedeutend mit einer fehlenden Kenntnisnahmemöglichkeit. Eine Kenntnisnahme ist hier aber - und nur darauf kommt es in diesem Zusammenhang an - hinreichend gewährleistet (dazu vgl. auch BVerfG, NVwZ 2001, 1261). [...]

## 2. Zweck der Subsidiarität nicht erreichbar (Volkszählungsurteil)

Die vorherige Anrufung der Fachgerichte ist vorliegend auch nicht vor dem Hintergrund entbehrlich, dass das BVerfG die Zulässigkeit einer unmittelbar

gegen das Gesetz gerichteten Verfassungsbeschwerde ausnahmsweise vor Erlass des Vollzugsaktes bejaht, wenn der mit dem Grundsatz der Subsidiarität verfolgte Zweck, eine fachgerichtliche Klärung der Sach- und Rechtsfragen herbeizuführen, nicht erreichbar ist (vgl. BVerfGE 65, 1, 38). Eine dem Volkszählungsurteil (vgl. BVerfG 65, 1) vergleichbare Fallkonstellation liegt hier nicht vor.

Bezüglich der behördlichen Maßnahmen nach dem AZRG ist es möglich und sinnvoll, die aufgeworfenen Rechtsfragen vorab fachgerichtlich klären zu lassen.

Reichweite und Umfang des Datenschutzes im Ausländerrecht sind in erster Linie, wie in anderen Rechtsgebieten auch, eine Frage des einfachen Rechts. Für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der einzelnen Datenverarbeitungsakte nach dem AZRG ist die Beantwortung einer Vielzahl von Einzelfragen bedeutsam. Klärungsbedürftig ist zunächst, aus welchen konkreten Anlässen und in welchem Umfang Daten gespeichert und welchen Behörden die gespeicherten Daten aus welchen Anlässen zur Verfügung gestellt werden. Die Zulässigkeit der auf den hier als verfassungswidrig gerügten Normen des AZRG beruhenden Maßnahmen der Übermittlung, Speicherung, Abfrage und Veränderung von Daten kann nicht unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Datenverarbeitung beurteilt werden. Für die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung kommt es nicht allein auf die Art der Daten an. Entscheidend sind vielmehr ihre Nutzbarkeit und Verwendungsmöglichkeiten. Erst wenn Klarheit darüber besteht, zu welchem Zweck Daten erhoben werden und welche Verknüpfungs- und Verwendungsmöglichkeiten jeweils bestehen, lässt sich beantworten, ob die Beschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als zulässig anzusehen ist (vgl. BVerfG 65, 1, 39 ff.). Deshalb kann nicht außer Acht bleiben, wie die Registerbehörde mit den fraglichen Daten nach ihrer Übermittlung in Auslegung und Anwendung des angegriffenen Gesetzes umgeht und welche Schutzvorkehrungen sie getroffen hat.

Einer fachgerichtlichen Klärung bedarf ferner die Auslegung des angegriffenen Gesetzes in Ansehung der europarechtlichen Vorgaben. Kontroversen bestehen etwa über die Frage, inwieweit die generelle Speicherung der Daten von EU-Ausländern, die sich im Bundesgebiet aufhalten, mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 6 des EG-Vertrags und den

Vorschriften über die Unionsbürgerschaft (Art. 8 ff. EG-Vertrag) vereinbar ist (vgl. hierzu Streit/Srocke, ZAR 1999, 109; Weichert, Einf. Rdnrn. 47 ff.). Weitere Rechtsprobleme dürften sich mit Blick auf die EG-Datenschutzrichtlinie stellen, da sie die Zulässigkeit der Datenverarbeitung in den Mitgliedsstaaten umfassend geregelt hat. Für den Bereich des Bundesdatenschutzgesetzes ist eine Umsetzung dieser Richtlinie durch das Gesetz zur Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes vom 18. 5. 2001 (BGBl I, 904) erfolgt. Eine Anpassung des AZRG soll beabsichtigt sein, hat aber bisher nicht stattgefunden (vgl. Streit/Srocke, ZAR 1999, 109). Von Belang ist in diesem Zusammenhang daher auch die umstrittene und von den Fachgerichten gegebenenfalls durch Vorlage an den EuGH zu klärende Frage, ob hier nach Ablauf der Umsetzungsfrist eine unmittelbare Anwendung der EG-Datenschutzrichtlinie oder zumindest eine richtlinienkonforme Interpretation der Vorschriften des AZRG in Betracht kommt (vgl. Haslach, DuD 1998, 693; Frankenberg, in: Simon/Weiss [Hrsg.], Zur Autonomie des Individuums, 2000, S. 99 ff., m.w.Nachw.). Gerade wegen der in Art. 10 und 11 der EG-Datenschutzrichtlinie festgelegten umfangreichen Unterrichtungspflichten und der hohen Anforderungen, die an die Verarbeitung bei besonderen Kategorien personenbezogener Daten durch Art. 8 der EG-Datenschutzrichtlinie gestellt werden (vgl. Frankenberg, S. 115 ff. zum Differenzierungsmerkmal der Staatsangehörigkeit), wird die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht zuletzt davon abhängen, inwieweit die EG-Datenschutzrichtlinie in Bezug auf die Maßnahmen nach dem AZRG zu

berücksichtigen ist.

Die Rechtsanwendung bedarf dementsprechend umfangreicher Ermittlungen, Einschätzungen und Wertungen. Hierzu sind in erster Linie die Fachgerichte wegen ihrer besonderen Sachnähe, ihrer umfassenden Erfahrung und der ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Erhebung von Beweisen berufen. Hält das angerufene Gericht danach die von den Beschwerdeführern vorgebrachten, auch in der Literatur erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken für begründet (vgl. Frankenberg, S. 99 ff.; Weichert, Einf. Rdnrn. 13 ff.; ders., InfAuslR 1989, 1; Schriever-Steinberg, ZAR 1990, 62; Bäumler, NVwZ 1995, 239) und kommt es zu dem Ergebnis, dass Normen des AZRG nicht verfassungskonform ausgelegt werden können, sondern verfassungswidrig sind, hat es gem. Art. 100 I GG die Entscheidung des BVerfG einzuholen.

### 3. Unzumutbarkeit

Die Vorrangigkeit des fachgerichtlichen Rechtsschutzes entfällt hier schließlich auch nicht deshalb, weil die angegriffenen Regelungen die Bf. zu Dispositionen zwingen, die später nicht mehr korrigiert werden könnten (vgl. BVerfGE 43, 291, 387; 60, 360, 372), oder weil die Anrufung der Fachgerichte den Bf. nicht zuzumuten ist, weil dies offensichtlich aussichtslos wäre (vgl. BVerfGE 55, 154, 157). Dem Vortrag der Bf. lassen sich hierzu keine Anhaltspunkte entnehmen. Es ist insbesondere nicht dargelegt, dass die maßgeblichen Fragen bereits von den Fachgerichten entschieden worden wären.

## Standort: § 47 VwGO

## Problem: Präventiver Rechtsschutz gegen Bebauungsplan

BVERWG, BESCHLUSS VOM 15.10.2001  
4 BN 48/01 (NVwZ-RR 2002, 256)

### Problemdarstellung:

Der Antragsteller wendete sich mit seinem Normenkontrollantrag gegen einen von der Gemeinde bereits beschlossenen, aber noch nicht bekannt gemachten Bebauungsplan. Die Bekanntmachung wollte er nicht abwarten, weil er befürchtete, die Gemeinde könne bis dahin bereits eine Vielzahl von Baugenehmigungen auf der Grundlage des § 33 BauGB erteilt ha-

ben. Das BVerwG erteilt der Zulässigkeit einer "präventiven" Normenkontrolle entgegen einer m.M. in der Literatur jedoch eine deutliche Absage. Zum einen sei eine solche in § 47 I Nr. 1 VwGO nicht vorgesehen. Zum anderen könne der Nachbar selbst dann, wenn der rlass von Baugenehmigungen nach § 33 BauGB in Rede stehe, jedenfalls mit Anfechtungsklagen gegen diese vorgehen. Der Senat erkennt allerdings auch, dass dieser Weg ungleich mühsamer wäre, hält einen Verweis auf repressiven Rechtsschutz aber gleichwohl für mit der Effektiv-

tätsgarantie des Art. 19 IV GG für vereinbar. Gleichzeitig stellt das Gericht jedoch klar, dass eine eventuelle Praxis der Gemeinde, zur Verhinderung möglicher Normenkontrollanträge einfach auf die Bekanntmachung eines bereits beschlossenen Bebauungsplans zu verzichten und sämtliche Baugenehmigungen nach § 33 BauGB zu erteilen, rechtswidrig wäre.

Unausgesprochen steht hinter dem Ausschluss präventiven Rechtsschutzes das Gewaltenteilungsprinzip, Art. 20 II GG. Die Gerichte sind zur Kontrolle der Verwaltung berufen, nicht zur präventiven Verhinderung von Verwaltungshandeln. Deshalb ist der gesamte Rechtsschutz der VwGo repressiv ausgestaltet; nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen kommt überhaupt präventiver Rechtsschutz in Betracht (s. Vertiefungshinweise).

#### **Prüfungsrelevanz:**

Präventive Normenkontrollen können nicht nur im Rahmen des § 47 VwGO, sondern auch vor dem BVerfG vorkommen, indem etwa eine abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG) gegen ein bereits vom Bundestage beschlossenes, aber noch nicht in Kraft getretenes Gesetz eingebracht wird. Das BVerfG hat hierzu ebenfalls entschieden, dass eine solche wegen des Gewaltenteilungsprinzips ausgeschlossen ist. Hiervon gibt es allerdings eine vielbeachtete Ausnahme, nämlich Vertragsgesetze, mit denen das Legislativorgan (Bundestag/Landtag) nach Art. 59 II GG der völkerrechtlichen Verbindlichkeit eines internationalen Vertrages zustimmt. Hier soll wegen der ansonsten eintretenden völkerrechtlichen Bindungswirkung des Vertrages vor Inkrafttreten des Vertragsgesetzes eine Normenkontrolle möglich sein.

Die Entscheidung sollte ferner zum Anlass genommen werden, sich mit § 33 BauGB und den dort genannten Voraussetzungen für den Erlass von Baugenehmigungen auf der Grundlage eines zukünftigen Bebauungsplans vertraut zu machen. In einem Gutachten empfiehlt es sich i.d.R., zunächst die Vereinbarkeit eines Vorhabens mit dem gegenwärtig geltenden Planungsrecht (§§ 30, 34, 35 BauGB) zu überprüfen. Sollte das Vorhaben insoweit bereits genehmigungsfähig sein, bedarf es eines Rückgriffs auf § 33 BauGB nicht. Erst dann, wenn die gegenwärtige Rechtslage das Vorhaben nicht zulässt, ist zu

prüfen, ob als Ausnahme zu §§ 30, 34, 35 BauGB nicht doch eine Genehmigung bereits jetzt über § 33 BauGB in Betracht kommt. Umgekehrt ist die Baugenehmigungsbehörde allerdings nicht befugt, unter Hinweis auf § 33 BauGB und einen zukünftigen Bebauungsplan Genehmigungen für gegenwärtig noch zulässige Vorhaben schon jetzt unter Hinweis auf § 33 BauGB und die zukünftige Rechtslage zu verweigern. § 33 BauGB ist kein Element der Plansicherung, wie schon seine systematische Stellung im 3. Teil (und nicht im mit "Plansicherung" überschriebenen 2. Teil) des BauGB beweist. Zudem würden ansonsten die Voraussetzungen der Veränderungssperre nach § 14 BauGB unterlaufen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Keine präventiv-Normenkontrolle: *BVerwG*, NVwZ 1992, 1088; LKV 1996, 336; NVwZ 1992, 1088; *OVG Bautzen*, NVwZ 1998, 527; *VGH München*, NVwZ-RR 2000, 469
- Präventive Normenkontrolle von Vertragsgesetzen durch das BVerfG: *BVerfGE* 36, 1, 15
- Zu § 33 BauGB: *BVerwGE* 20, 127, 132

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Das Kulturabkommen"
- Examenskurs*: "Die Eissporthalle"

#### **Leitsätze:**

**Ein Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO gegen einen als Satzung beschlossenen, aber noch nicht bekannt gemachten Bebauungsplan ist auch dann nicht statthaft, wenn der Planentwurf Grundlage für Genehmigungen nach § 33 BauGB sein kann. Etwas anderes kommt allenfalls dann in Betracht, wenn der Antragsteller durch Nachbarklagen gegen derartige Baugenehmigungen keinen hinreichenden Rechtsschutz erlangen könnte.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Das Normenkontrollgericht hat den Antrag der Ast., den Bebauungsplan "O." der Ag. für nichtig zu erklären, als derzeit unzulässig abgelehnt, weil der Bebauungsplan noch nicht bekannt gemacht und demgemäß noch nicht in Kraft getreten sei. Gegen die Nichtzulassung der Revision richtete sich die Be-

schwerde der Ast., die erfolglos blieb.

### **Aus den Gründen:**

Die auf sämtliche Zulassungsgründe des § 132 II VwGO gestützte Beschwerde bleibt erfolglos. Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich kein Grund, der die Zulassung der Revision rechtfertigen könnte.

#### *A. Ansicht der Rechtsprechung*

Dass eine Satzung nach den Vorschriften des Baugesetzbuchs i.S. von § 47 I Nr. 1 VwGO noch nicht erlassen ist und deshalb nicht Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens sein kann, wenn der Normgeber sie zwar beschlossen und die Genehmigungsbehörde sie genehmigt hat, sie aber noch nicht bekannt gemacht worden ist, bedarf nicht erst der Klärung in einem Revisionsverfahren. Denn in der Rechtsprechung des BVerwG ist bereits geklärt, dass eine Satzung i. S. von § 47 I Nr. 1 VwGO erst erlassen ist, wenn sie aus der Sicht des Normgebers bereits Geltung für sich in Anspruch nimmt.

#### *I. Grds. keine präventive Normenkontrolle*

Rechtsvorschriften, die erst im Stadium ihrer Entstehung sind, können nicht Gegenstand einer Normenkontrolle sein (BVerwG, NVwZ 1992, 1088). Die Satzung muss also als Rechtsnorm mit formellem Geltungsanspruch veröffentlicht worden sein. Dies setzt eine förmliche Verkündung oder eine sonstige tatsächliche Handlung voraus, aus der sich ergibt, dass die Satzung als Rechtsnorm gelten soll (BVerwG, LKV 1996, 336 = NVwZ 1996, 999 L = ZfBR 1996, 231). Dabei ist es allerdings unerheblich, ob die Bekanntmachung korrekt vorgenommen worden ist; die Normenkontrolle kann gerade der Klärung dienen, ob die Norm rechtsgültig erlassen worden ist (BVerwG, NVwZ 1992, 1088 = ZfBR 1992, 238). Fehlt es jedoch - wie im vorliegenden Fall - an der Bekanntmachung des Bebauungsplans und geht dementsprechend auch die Gemeinde davon aus, dass der Plan noch nicht in Kraft gesetzt worden sei, so kann er nicht Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens sein.

*II. Keine Ausnahme wegen bevorstehender Erteilung von Baugenehmigungen nach § 33 BauGB*  
Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Ag. - wie die Ast. geltend macht - den Bebauungsplan

nicht gem. § 10 III BauGB bekannt machen will, sondern beabsichtigt, Baugesuche unter Zugrundelegung des Bebauungsplans über § 33 BauGB zuzulassen.

#### *1. Verbot der Umgehung des § 47 I Nr. 1 VwGO*

Eine derartige Praxis - möglicherweise sogar mit dem Ziel, den Betroffenen den Rechtsschutz durch ein Normenkontrollverfahren abzuschneiden - wäre allerdings rechtswidrig. In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass der Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens eines Bebauungsplans grundsätzlich nicht zur Disposition der Gemeinde steht. Die gesetzliche Regelung, nach der der Bebauungsplan mit seiner Bekanntmachung in Kraft tritt, geht davon aus, dass mit dem Satzungsbeschluss der Gemeinde regelmäßig die Erwartung verbunden ist, der Bebauungsplan werde nun auch alsbald in Kraft gesetzt werden (vgl. BVerwG, NVwZ 2001, 203 = DVBl 2000, 1861 = BauR 2001, 71). Zwar darf die Gemeinde ihr Planungsverfahren abbrechen, etwa wenn sie nachträglich Rechtsmängel der Planung erkennt. Das schlichte Unterlassen der Bekanntmachung ist hierfür jedoch nicht das richtige Mittel; vielmehr sollte die Gemeinde aus Gründen der Rechtsklarheit den Satzungsbeschluss wieder aufheben (BVerwGE 54, 211 = NJW 1978, 554). Sieht die Gemeinde dagegen lediglich davon ab, den Bebauungsplan in Kraft zu setzen, obwohl die Planung sachlich abgeschlossen ist, so läuft sie Gefahr, dass mit zunehmendem zeitlichen Abstand die materielle Planreife i. S. des § 33 I Nr. 2 BauGB fraglich wird und damit die Möglichkeit entfällt, Vorhaben auf der Grundlage dieser Vorschrift zuzulassen (BVerwG, Buchholz 406.11 § 33 BBauG/BauGB Nr. 7).

#### *2. Keine Ersetzung der Bekanntmachung durch faktischen Vollzug des Bebauungsplans*

Aber auch in diesem Fall wäre ein Normenkontrollverfahren hinsichtlich des Planentwurfs nicht statthaft. Denn eine Bekanntmachung des Bebauungsplans würde in der - rechtmäßigen oder rechtswidrigen - Zulassung von Bauvorhaben nach § 33 BauGB nicht liegen. Auch würde der Bebauungsplan nicht etwa „ohne Bekanntmachung bereits in Vollzug gesetzt“. § 33 BauGB ist nur anwendbar, wenn der neue Bebauungsplan noch nicht förmlich in Kraft getreten ist; die Vorschrift gilt für Vorhaben während der

Planaufstellung und setzt gerade voraus, dass sich der Bebauungsplan noch im Entwurfsstadium befindet.

### B. Gegenansicht in der Literatur

Vereinzelt wird in der Literatur gefordert, in erweiternder oder analoger Auslegung des § 47 I Nr. 1 VwGO auch gegen noch nicht existente Bebauungspläne die Normenkontrolle zuzulassen, wenn von ihnen wegen ihrer materiellen Planreife Wirkungen wie von einem bekannt gemachten Bebauungsplan ausgehen (Jäde, BayVBl 1985, 225 und BayVBl 1986, 499; ders., in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB/BauNVO, 2. Aufl., § 30 Rdnr. 53; Uechtritz, BauR 1999, 572; vgl. auch OVG Schleswig, NVwZ 1994, 916; a. A. die herrschende Lehre, vgl. Ziekow in: Sodan/Ziekow, VwGO, § 47 Rdnrn. 63 f.; Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 47 Rdnr. 16; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., Rz. 15, 22; OVG Bautzen, NVwZ 1998, 527; VGH München, NVwZ-RR 2000, 469).

### C. Stellungnahme des Senats

Einer abschließenden Entscheidung des Senats hierzu bedarf es im vorliegenden Verfahren nicht. Denn eine erweiternde Auslegung wäre jedenfalls nur dann in Betracht zu ziehen, wenn anderenfalls hinreichender Rechtsschutz nicht gewährt werden könnte (so auch OVG Schleswig, NVwZ 1994, 916). An dieser Voraussetzung fehlt es hier. Wenn eine nach § 33

BauGB erteilte Baugenehmigung Rechte eines Dritten verletzt, kann dieser nämlich eine öffentlich-rechtliche Nachbarklage erheben. Auch wenn der Rechtsschutz durch ein Normenkontrollverfahren im Einzelfall möglicherweise weiter reichen kann als der Rechtsschutz durch eine Nachbarklage (vgl. dazu auch BVerwG, NVwZ 1995, 598 = ZfBR 1995, 53) und zudem einfacher zu praktizieren ist, weil der Nachbar nur ein einziges Verfahren anhängig zu machen braucht, so steht dem Nachbarn doch zumindest im Regelfall auch über das Institut der Nachbarklage effektiver Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) zur Verfügung. Dass es hier anders sein könnte, ist nicht ersichtlich; auch die Beschwerde trägt nicht substantiiert vor, weshalb ihre subjektiven Rechte allein in einem Normenkontrollverfahren gewahrt sein könnten.

Die geltend gemachte Abweichung von dem Beschluss des Senats vom 2. 6. 1992 (NVwZ 1992, 1088 = ZfBR 1992, 238) besteht nicht. Das Normenkontrollgericht hat nicht in Zweifel gezogen, dass eine Norm i. S. von § 47 I Nr. 1 VwGO erlassen ist und Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens sein kann, wenn sie aus der Sicht des Normgebers bereits Geltung für sich in Anspruch nimmt. Soweit es die Genehmigung von Bauvorhaben im Plangebiet für möglich gehalten hat, ist es nicht von der Normqualität des noch nicht bekannt gemachten Bebauungsplans ausgegangen, sondern hat § 33 BauGB als Rechtsgrundlage genannt.

## Standort: Baurecht

## Problem: Gebot der Rücksichtnahme

OVG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 29.5.2001  
2 BS 98/01 (NVwZ 2002, 494)

### Problemdarstellung:

Das OVG Hamburg nimmt vorliegend zum Drittschutz im Baunachbarrecht Stellung. Betroffen war eine Veränderung des unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) bzgl. des Maßes der baulichen Nutzung. Hierzu vertritt das OVG im Anschluss an das BVerwG (entgegen der Vorinstanz) die Ansicht, dass das "Maß" der baulichen Nutzung nicht für sich genommen Drittschutz entfalte. Es fehle im Gegensatz zur "Art" der baulichen Nutzung, welche nach heute ganz h.M. Drittschutz entfaltet, bzgl. des Ma-

ßes an einer "Schicksalsgemeinschaft" der Grundstückseigentümer, da von abweichenden Maßen der Bauwerke auf dem Nachbargrundstück deutlich weniger Belastungen ausgingen als durch andere Nutzungsarten.

Das OVG bejaht jedoch Drittschutz aus § 34 I BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme. Selbiges verleiht grds. nicht drittschützenden Normen im Einzelfall Drittschutz, wenn und soweit ein qualifizierter, d.h. besonders belastender Eingriff in die Rechte des Betroffenen vorliegt. Das Rücksichtnahmegebot lasse sich auch aus § 34 I BauGB aus dem Erfordernis des "Einfügens" des Vorhabens auch seiner Art nach ableiten.

**Prüfungsrelevanz:**

Baunachbarrecht, häufig verbunden mit vorläufigem Rechtsschutz nach § 80a VwGO, gehört zu den beliebtesten Prüfungsgegenständen überhaupt. Dabei ist im Rahmen der i.d.R. bereits in der Klage- bzw. Antragsbefugnis des Nachbarrechtsbehelfs vorzunehmende Prüfung des Drittschutzes der streitentscheidenden Normen immer dann auf das Gebot der Rücksichtnahme zurückzugreifen, wenn die Normen selbst keinen Drittschutz entfalten. Zu beachten ist, dass das Gebot der Rücksichtnahme kein eigenes, selbst Drittschutz verleihendes Rechtsinstitut darstellt, sondern immer nur in Verbindung mit einer (ansonsten nicht drittschützenden) Norm - hier § 34 I BauGB bzgl. des Maßes der baulichen Nutzung - angeführt werden kann, aus der es sich ableiten lässt. Neben dem "Einfügen" bzgl. des Maßes nach § 34 I BauGB ist z.B. für die "nachbarlichen Interessen" in § 31 II BauGB, die "schädlichen Umwelteinwirkungen" in § 35 III Nr. 3 BauGB und die "Unzumutbarkeit" in § 15 I 2 BauNVO anerkannt, dass sie ein Rücksichtnahmegebot enthalten.

Nochmals angemerkt sei, dass es nach der Rspr. für die "Art" der baulichen Nutzung eines Rückgriffs auf das Rücksichtnahmegebot in aller Regel nicht bedarf, weil die diesbezüglichen Regelungen (z.B. §§ 2 - 14 BauNVO; insoweit auch § 34 I BauGB) bereits für sich genommen drittschützend sind.

Da baunachbarrechtliche Fälle erhebliche praktische Relevanz haben, finden sich in der Rspr. laufend auch Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot. Die RA hat hierüber immer wieder berichtet (zuletzt RA 2001, 453; vgl. auch Vertiefungshinweise).

**Vertiefungshinweise:**

Zum Gebot der Rücksichtnahme bei § 34 I BauGB: *BVerwG*, NVwZ 1999, 879; NVwZ-RR 1998, 540; NVwZ-RR 1997, 516; *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2000, 570.

Zum Gebot der Rücksichtnahme aus § 15 I 2 BauNVO: *BVerwG*, RA 2001, 453 = NVwZ 2001, 813

Weitere Entscheidungen zum Rücksichtnahmegebot: *OVG Münster*, RA 1999, 242 = NWVBl 1999, 141 (Stellplätze); *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 2000, 144 (Spielplatz)

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"

*Examenskurs*: "Das Asylbewerberwohnheim"

**Leitsätze:**

**1. Ein Vorhaben, mit dem der Dachfirstabschnitt eines Mittelreihenhauses zur Vergrößerung des Dachgeschosses um 1,60 m angehoben werden soll, ist mit seiner unmittelbaren Umgebung, der bisher insoweit einheitlichen Reihenhauszeile, nicht verträglich und fügt sich deshalb nach dem Maßstab des § 34 I BauGB nicht ein.**

**2. Das in § 34 I BauGB enthaltene Gebot der Rücksichtnahme kann den übrigen Reiheneigentümern innerhalb einer Reihenhauszeile Nachbarschutz gegen eine sich nicht einfügende Veränderung eines Reihenhauses auch dann vermitteln, wenn die Auswirkungen der Veränderung zwar nicht die Wohnqualität beeinträchtigen, aber Vorgaben für mögliche Veränderungen der übrigen Häuser der Zeile zur Folge haben.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. und die Beigel. sind Eigentümer von Reihenhausgrundstücken, die sich in der selben, aus zwölf Reihenhäusern bestehenden Reihenhauszeile befinden. Die Grundstücke sind mit zweigeschossigen Reihenhäusern mit Satteldach bebaut. Anlässlich eines - von der Ag. abgelehnten - Bauantrags der Beigel., ihr Mittelreihenhaus um ein Vollgeschoss aufzustocken, entwickelte die Ag. den von ihr so benannten „Gestaltungsrahmen“ vom 14.4.1999 „für den Bereich der Reihenhäuser im Wohnungseinzeleigentum der 60er Jahre Siedlung Karlshöhe“. Danach sind Aufstockungen um ein Vollgeschoss nicht genehmigungsfähig, aber bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen - unter anderem der Zustimmung aller Hauseigentümer der betroffenen Zeile - Staffelgeschosse. Ferner heißt es in dem Papier: „Die Wohnungseigentümer der gesamten Zeile müssen darauf hingewiesen werden, dass alle Auf- und Anbauten einer Zeile in gleicher Art und Weise auszuführen sind. Insbesondere sind Dachneigung, Firsthöhe, Traufhöhe und Tiefe gleich zu wählen. Die erste Baugenehmigung gibt die Maße vor“.

In einem Vermerk vom 14.4.1999 führte die Ag. dazu unter anderem aus, dass ein Staffelgeschoss sich im Gegensatz zu einem Vollgeschoss noch in das Ortsbild einfüge, wenn die Staffel sich in Form und Materialwahl der Zeile unterordne. Ein häufiges Verspringen der First- und Traufhöhen u.ä. würde dem widersprechen. Daher müssten alle Staffelgeschosse einer Zeile gleich gestaltet werden. Um den sozialen Frieden zu erhalten und bodenrechtlich beachtlichen Spannungen vorzubeugen, könne das Aufstocken um ein Staffelgeschoss jedoch nicht ohne Zustimmung aller Hauseigentümer der Zeile erfolgen. Mit Baugenehmigungsbescheid vom 14.2.2000 erteilte die Ag. den Beigel. die Genehmigung, ihr Reihenhaus um ein Staffelgeschoss in der Weise aufzustocken, dass der Dachfirst und der überwiegende Teil der Dachflächen um 1,60 m angehoben werden. Die Vorgaben des Gestaltungsrahmens vom 14.4.1999 wurden mit Ausnahme des Zustimmungserfordernisses der übrigen Eigentümer der Reihenhauszeile nach Ansicht der Ag. eingehalten. Widersprüche gegen die Baugenehmigung von 20 Nachbarn aus der selben Reihenhauszeile und der nördlich davon gelegenen Reihenhauszeile wies die Ag. zurück. Von diesen widersprechenden Nachbarn erhoben 13 Klage und beantragten, die aufschiebende Wirkung ihrer Klage anzuordnen. Das VG gab dem Antrag statt. Die vom OVG zugelassene Beschwerde der Ag. und der Beigel. blieb ohne Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Beschwerden der Ag. und der Beigel. sind unbegründet, weil das VG Hamburg zu Recht die aufschiebende Wirkung der Klagen der Ast. gegen die den Beigel. erteilte Baugenehmigung vom 14.2.2000 zur Aufstockung ihres Reihenhauses um ein Staffelgeschoss angeordnet hat.

Das Abwehrrecht der Ast. ergibt sich zwar nicht schon - wie das VG Hamburg in seiner angefochtenen Entscheidung unter Berufung auf Entscheidungen des BVerwG angenommen hat - aus einem Verstoß gegen die nach seiner Ansicht bestehende bodenrechtliche Lebens- und Schicksalsgemeinschaft innerhalb einer Reihenhauszeile. Aber die Genehmigung zur Aufstockung des Reihenhauses der Beigel. ist wegen Verstoßes gegen § 34 I BauGB rechtswidrig und verletzt die Ast. auch in ihrem Recht auf die gebotene Rücksichtnahme.

#### *I. Grundsätzlich kein Drittschutz beim "Maß" der baulichen Nutzung*

Soweit das VG einen von § 34 I BauGB unabhängigen Abwehrenspruch der Ast. bereits wegen einer wesentlichen einseitigen Veränderung eines Reihenhauses annimmt, weil eine Reihenhauszeile in hohem Maße durch die Gleichartigkeit der Bebauung geprägt werde und die Aufstockung eines Reihenhauses mit einem Staffelgeschoss die prägende einheitliche Dachform als Gestaltungselement zerstöre, ist dem nicht zu folgen. Die Rechtsprechung des BVerwG zum Abwehrenspruch eines Nachbarn gegen ein Bauvorhaben trägt diese Auffassung nicht.

#### *1. Rechtsprechung des BVerwG*

Das BVerwG hat in seiner grundlegenden Entscheidung zum Nachbarschutz durch Baugebietsfestsetzungen vom 16. 9. 1993 (BVerwGE 94, 151) unter anderem ausgeführt, dass bauplanungsrechtlicher Nachbarschutz - im Hinblick auf den Ausgleich möglicher Bodennutzungskonflikte - auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses beruhe; weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen sei, könne er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen. Den Hauptanwendungsfall für diesen Grundsatz hat das BVerwG in den Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art [Hervorhebung d. Red.] der baulichen Nutzung gesehen, weil die Planbetroffenen durch sie im Hinblick auf die Art der Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbunden werden (vgl. BVerwG, NJW 1994, 1546). Aus dem gleichen Grunde besteht auch im faktischen Baugebiet des § 34 II BauGB grundsätzlich ein Abwehrenspruch der Nachbarn gegen der Art der Nutzung nach unzulässige Vorhaben. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 23. 6. 1995 (NVwZ 1995, 170) ergänzend darauf hingewiesen, dass diese Erwägungen zur nachbarschützenden Funktion der Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung sich nicht in gleicher Weise auf die Festsetzungen über das Maß [Hervorhebung d. Red.] der baulichen Nutzung übertragen lassen, weil die Planbetroffenen durch die Maßfestsetzungen nicht in gleicher Weise zu einer Schicksalsgemeinschaft verbunden werden wie bei den Festsetzungen

über die Art der Nutzung. Abweichungen von den Festsetzungen über das Maß der baulichen Nutzung lassen in der Regel den Gebietscharakter unberührt und haben nur Auswirkungen auf das Baugrundstück und anschließende Nachbargrundstücke (vgl. BVerwG, NVwZ 1995, 170). Da es bei der Aufstockung eines Reihenhauses nicht um ein der Art der Nutzung nach baugebietswidriges Vorhaben geht, sondern um das Maß der Bebauung mit deren Auswirkungen auf die Grundstücksnutzungen in der Nachbarschaft, und ein Bebauungsplan als mögliche Grundlage nachbarlicher Abwehrrechte nicht vorhanden ist, regelt allein § 34 I BauGB Umfang und Grenzen des Nachbarschutzes (vgl. BVerwG, NVwZ 1996, 888).

## 2. Interpretation der Rspr. durch das VG

Anderes lässt sich auch aus der vom VG herangezogenen Entscheidung des BVerwG vom 10.1.1994 (Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 163) nicht entnehmen. Die Entscheidung befasst sich mit der als grundsätzlich aufgeworfenen Frage, welchen Einfluss ein in einem unwirksamen Bebauungsplan enthaltenes Planungskonzept, das vollständig verwirklicht wurde, auf das Merkmal in § 34 I BauGB hat, dass ein Vorhaben sich in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muss. Nach der Beantwortung dieser Frage hat der Senat - nach eigener Aussage lediglich ergänzend - bemerkt, dass die Entscheidung des Berufungsgerichts (das Begehren des Klägers auf Erteilung eines Bauvorbescheids für die Aufstockung seines Flachdachreihenhauses mangels bauplanungsrechtlicher Zulässigkeit als unbegründet anzusehen) sich zumindest auch aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig darstellen würde: Die Aufstockung nur eines einzelnen Gebäudes innerhalb einer Reihenhauszeile führe zumindest zu städtebaulichen Spannungen innerhalb dieser Reihenhauszeile, weil durch die Vergrößerung nur eines der Reihenhäuser sich die Situation der übrigen Grundstücke, die mit dem Grundstück der Kläger *in der Art* [Hervorhebung im Original] einer bodenrechtlichen Lebens- und Schicksalsgemeinschaft verbunden seien, wie das BerGer. unter Bezugnahme auf das erstinstanzliche Urteil ausführe, nachteilig verändere.

Aus diesen Ausführungen des BVerwG zu den objektivrechtlichen Voraussetzungen des § 34 I BauGB lässt sich jedoch nichts für die Auffassung

des VG herleiten, es gäbe unabhängig von § 34 I BauGB oder von Festsetzungen der Bebauungspläne ein besonderes öffentlich-rechtliches Beziehungsgeflecht von Eigentümern derselben Reihenhauszeile. Für eine so verstandene „bodenrechtliche Lebens- und Schicksalsgemeinschaft“, aus der öffentlich-rechtliche Abwehrrechte entstehen könnten, ist eine rechtliche Grundlage nicht erkennbar. Diese Frage war für das BVerwG ohne Bedeutung. Aussagen hat es insoweit nicht gemacht.

## II. Drittschutz über § 34 I BauGB i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme

Die Aufstockung des Reihenhauses um ein Staffelgeschoss verletzt die benachbarten ASt. in ihren Rechten, wenn sich das vorgesehene Vorhaben objektiv-rechtlich nicht i.S.d. § 34 I BauGB in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und das Vorhaben zusätzlich subjektiv-rechtlich die gebotene Rücksichtnahme speziell auf die in seiner unmittelbaren Nähe vorhandene Bebauung vermissen lässt (vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 879). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

### 1. Nichteinfügen in die Eigenart der näheren Umgebung

Die beabsichtigte Aufstockung fügt sich hinsichtlich des Maßes der baulichen Nutzung nicht in die Eigenart der näheren Umgebung ein, die durch die gleichartige Reihenhausbebauung in der Umgebung geprägt wird. Hierfür reicht nicht aus, dass in der weiträumigen Siedlung angesichts der an einigen Stellen bereits vorhandenen Dachaufstockungen möglicherweise in diesen größeren Rahmen bodenrechtliche Spannungen nicht zu befürchten sein mögen. Vielmehr ist zusätzlich zu prüfen, ob das Vorhaben auch mit seiner unmittelbaren Umgebung vereinbar ist (vgl. BVerwG, Buchholz 406.11 § 34 BauGB Nr. 163; BVerwGE 55, 369). Das ist hier nicht der Fall.

Durch die erstmalige Dachaufstockung in der Reihenhauszeile entsteht vor allem durch das Anheben des Dachfirstes ein augenfälliger, überdeutlich hervortretender Bruch in dem Erscheinungsbild der sonst einheitlichen Reihenhauszeile. Dieser löst mehr als sonst vorkommende individuelle Abweichungen wie etwa unterschiedliche Farben und Materialien oder kleine An- und Vorbauten o.ä. städtebauliche Spannungen aus und weckt das Bedürfnis, die Ein-

heitlichkeit der Zeile durch gleichartige Maßnahmen an allen Häusern wiederherzustellen oder eventuell auch die Einheitlichkeit durch konzeptionell aufeinander abgestimmte Maßnahmen soweit aufzulösen, dass sich eine einzelne Veränderung wie das Vorhaben der Beigel. nicht mehr als Bruch der Einheitlichkeit darstellt.

## *2. Rücksichtslosigkeit*

Das Vorhaben der Beigel. lässt auch die gebotene Rücksichtnahme auf die in der gleichen Reihenhauszeile befindliche bisher gleichartige Reihenhausbebauung vermissen.

Eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots setzt voraus, dass für das Nachbargrundstück Beeinträchtigungen zu erwarten sind, die sich als unzumutbare Störung der nachbarlichen Grundstücksnutzung darstellen. Bei der Interessengewichtung zur Bestimmung des Inhalts der im Einzelfall gebotenen Rücksichtnahme ist darauf abzustellen, was einerseits dem Rücksichtnahmebegünstigten und andererseits dem Rücksichtnahmeverpflichteten nach Lage der Dinge zuzumuten ist. Dabei geht es bei Wohngebäuden typischerweise um Beeinträchtigung der Wohnqualität, etwa durch Verschattungen und Immissionen, jedoch erschöpft sich das Rücksichtnahmegebot nicht in solcher Bewertung der Veränderung der

Wohnqualität. Sie erscheint im vorliegenden Fall auch nicht so gravierend, dass sie den Ast. nicht zugemutet werden könnte. Entscheidend ist vielmehr, dass die Ast. in der künftigen Nutzung ihres Reihenhausgrundstücks unzumutbar beeinträchtigt werden, weil sie eine eigene Aufstockung ihres Reihenhauses nur noch erreichen könnten, wenn sie sich entweder an die Vorgaben der hier im Streit befindlichen Aufstockung um ein Staffelgeschoss, mit der in Bezug auf das Maß der Erweiterung die Möglichkeiten des Gestaltungsrahmens der Ag. voll ausgeschöpft werden, anpassen oder eventuell ein Konzept zu einer aufeinander abgestimmten Auflösung der Einheitlichkeit der Zeile entwickeln. Insbesondere erscheint es unzumutbar, dass die Ast., die sich den Vorgaben der ersten Aufstockung nicht anpassen können oder wollen, weil sie zum Beispiel aus finanziellen Gründen eine geringere Vergrößerung ihres Wohnraums anstreben, auf das Vorhaben ganz verzichten müssten.

Demgegenüber rechtfertigt das verständliche Interesse der Beigel. an der Erweiterung ihres Wohnraumes es nicht, den durch § 34 I BauGB bestimmten Rahmen in dieser Weise zu sprengen. Die Interessenbewertung hätte allerdings zu einem anderen Ergebnis für solche Ast. führen können, die der Aufstockung zugestimmt hätten.

*Zivilrecht***Standort: Allgemeiner Teil des BGB****Problem: Falsa demonstratio**

BGH, URTEIL VOM 07.12.2002  
V ZR 65/01 (NJW 2002, 1038)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit ging es um Umfang und Reichweite einer Auflassung. Der Bekl. erwarb per notariellen Kaufvertrag von der Stadt W. ein Grundstück, das im Kaufvertrag und der anschließenden Auflassung mit seiner kataster- bzw. grundbuchmäßigen Bezeichnung umschrieben wurde. Der Kl., ein Grundstücksnachbar, berief sich darauf, dass ihm im Wege eines Tauschvertrages ein Teil dieses Grundstücks zur Nutzung überlassen worden ist. Diese Teilberechtigung hat nach außen deutlich durch Pflastersteine und massiven Steinpollern gekennzeichnet, was dem Bekl. bei einer vorvertraglichen Besichtigung bewusst war. Umstritten ist, ob Kaufobjekt nun das grundbuchmäßig umschriebene Grundstück oder nur der Grundstücksteil, wie er sich bei der Besichtigung darstellte, ist.

Der BGH folgt der Klägersicht und sieht den Kaufvertrag bzw. die Auflassung beschränkt auf den besichtigten Grundstücksteil. Der Wortlaut der notariellen Urkunde beziehe sich zwar auf die Grundbuchbezeichnung, jedoch sind insoweit die Grundsätze zur "Falsa demonstratio" anzuwenden. Folglich bezieht sich die Auflassung nur auf das Objekt, auf das sich der gemeinsame Wille erstreckt. Um ihren Verpflichtungen gegenüber dem Kl. aus dem Tauschvertrag nicht zu verletzen, konnte der vernünftige Wille der Stadt W. als Verkäuferin nur darauf gerichtet sein, den unbelasteten Grundstücksteil zu veräußern. Diesen Willen hat der Bekl. nach der Besichtigung auch erkannt.

**Prüfungsrelevanz:**

In examensrelevanter Hinsicht eignet sich das Studium dieses Urteils, um sich die Grundlagen der Auslegung von Willenserklärungen vor Augen zu führen.

Nach § 133 BGB ist der wirkliche - möglicherweise ungenau oder sogar unzutreffend geäußerte - Wille des Erklärenden als eine so genannte innere Tatsache zu ermitteln. Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung festgestellt, und hat der andere Teil die Erklärung ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt dieser Wille den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf Weiteres ankommt. Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass sich der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklärenden zu Eigen macht. Ausreichend ist vielmehr, dass er ihn erkennt und in Kenntnis dieses Willens das Geschäft abschließt. Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, so geht der wirkliche Wille des Erklärenden dem Wortlaut vor.

**Vertiefungshinweise:**

☐ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2000, 1006; *BGH*, NJW-RR 1997, 136; *Martinek*, JuS 1997, 136; *OLG Köln*, NJW-RR 1997, 94

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Traumgrundstücke"

**Leitsatz:**

**Wird der Gegenstand der Auflassung von den Beteiligten versehentlich falsch bezeichnet, so finden die allgemeinen Regeln zur rechtlichen Behandlung einer Falschbezeichnung („falsa demonstratio non nocet“) Anwendung. Die Auflassung ist danach nur hinsichtlich des Objekts erklärt worden, auf das sich der übereinstimmende Wille erstreckte, während für den durch die Erklärungen äußerlich umschriebenen Gegenstand nur scheinbar eine Einigung vorliegt, es insoweit aber in Wirklichkeit an einer Auflassung fehlt.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. ist Eigentümer zweier nebeneinander liegender Grundstücke (Flurstücke Nr. 64/2 und Nr. 66/2) in der Innenstadt von W. (Sachsen). Das benachbarte Grundstück (Flurstück Nr. 64/1), eingetragen im Grundbuch von W. Blatt 543 unter lfd. Nr. 4 des Bestandsverzeichnisses, stand im Eigentum der Stadt W. Eine etwa 20 m<sup>2</sup> große, an seine Anwesen grenzende Teilfläche dieses Grundstücks nutzte mit Zustimmung der Stadt W. allein der Kl. Grundlage hierfür soll nach den Behauptungen des Kl. ein 1989 zwischen ihm und der Stadt W. mündlich geschlossener und später in privatschriftlicher Form bestätigter Tauschvertrag gewesen sein. Danach habe er, der Kl., der Stadt W. eine 8 m<sup>2</sup> große Teilfläche des Flurstücks 64/2 überlassen und von dieser im Gegenzug die etwa 20 m<sup>2</sup> große Teilfläche des Flurstücks 64/1 erhalten. Dieser angebliche Geländetausch wurde jedoch weder im Liegenschaftskataster noch im Grundbuch gewahrt. Am 1. 11. 1995 schlossen die Stadt W. und der Bekl. einen notariell beurkundeten Kaufvertrag. In der Urkunde wird als Kaufgegenstand das „im Grundbuch von W. Blatt 543 eingetragene Grundstück, Flurstück 64/1 (lfd. Nr. 4) mit einer Größe von 633 m<sup>2</sup>“ genannt. Als Kaufpreis wurden 250 000 DM vereinbart, wovon 31 650 DM „auf den Grund und Boden“ entfallen sollten. Die Urkunde enthält überdies die Einigung der Erschienenen hinsichtlich des Übergangs des Eigentums an dem Kaufgegenstand. Nach der Beurkundung erhielt der Bekl. von der Stadt W. eine Kopie der Katasterkarte, auf der unter anderem das Flurstück 64/1 dargestellt war. In Abänderung des zuvor geschlossenen Kaufvertrages vereinbarten die Vertragsparteien mit notarieller Urkunde vom 6. 2. 1996 ein Rücktrittsrecht zu Gunsten des Bekl. für den Fall von Finanzierungsschwierigkeiten. Vor Vertragsschluss hatte der Bekl. gemeinsam mit dem Bürgermeister der Stadt W. das Anwesen besichtigt. Zu diesem Zeitpunkt war von dem Kl. die Hofffläche der ihm gehörenden Grundstücke und die von ihm für Parkplätze genutzte Teilfläche des Nachbargrundstücks bereits einheitlich mit roten Steinen gepflastert worden. Dagegen bestand das Pflaster der übrigen Hofffläche des Grundstücks der Stadt W. aus grauen, bogenförmig verlegten Natursteinen. Am Rand der von ihm genutzten Teilfläche hatte der Kl. zur Abgrenzung von dem verbleibenden Grundstück der

Stadt W. im Anschluss an eine auf der Grenze verlaufende halbhohe Mauer zwei massive Steinpoller setzen lassen. Der inzwischen als Eigentümer des Flurstücks Nr. 64/1 eingetragene Bekl. nahm die von dem Kl. genutzte Teilfläche im Sommer 1998 in Besitz. Der Kl. ist der Ansicht, der Bekl. sei nicht Eigentümer dieser Teilfläche geworden. Kaufobjekt habe nur das Grundstück sein sollen, wie es sich bei der Besichtigung tatsächlich dargestellt habe. Er hat von dem Bekl. die Auflassung der näher umschriebenen Teilfläche an die Stadt W. verlangt, hilfsweise die Auflassung an sich selbst und weiter hilfsweise die Feststellung, dass ihm an der Teilfläche ein Nutzungsrecht zustehe.

Das LG hat der Klage im Hauptantrag stattgegeben. Ein erstes Urteil des OLG, das die Verurteilung im Wesentlichen bestätigt hat, ist von dem VerfGH des Freistaats Sachsen wegen Verletzung des Bekl. in seinem Grundrecht aus Art. 78 II der Sächsischen Verfassung aufgehoben worden. Nach Zurückverweisung der Sache durch den VerfGH hat der Kl. weitere Hilfsanträge gestellt, mit denen er die Verurteilung des Bekl. zur Bewilligung der Eintragung der Stadt W., hilfsweise seiner selbst, als Eigentümer der noch zu vermessenden bzw. nach nicht bestandskräftigem Veränderungsnachweis bereits vermessenen Teilfläche erstrebt. In einem zweiten Urteil hat das OLG die Klage abgewiesen. Hiergegen richtete sich die zugelassene Revision des Kl., mit der er seine Anträge weiter verfolgt und mit zusätzlichen Hilfsanträgen von dem Bekl. die Genehmigung des Veränderungsnachweises hinsichtlich der umstrittenen Teilfläche, weiter hilfsweise dessen Zustimmung zur Abmessung und Abschreibung einer Fläche von ca. 20 m<sup>2</sup> entsprechend dem Veränderungsnachweis, sowie jeweils die Bewilligung zu seiner Eintragung als Eigentümer des Teilgrundstücks verlangt. Die Revision hatte Erfolg und führte mit klarstellender Maßgabe zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Aus den Gründen:****A. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer. hält den Kl. zwar für befugt, einen etwaigen Anspruch der Stadt W. im Wege gewillkürter Prozessstandschaft geltend zu machen. Die Klage sei jedoch nicht begründet, weil weder die Voraus-

setzungen eines Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB noch die eines Bereicherungsanspruchs nach § 812 BGB erfüllt seien.

Die Stadt W. habe dem Bekl. nämlich das gesamte Flurstück Nr. 64/1 verkauft und übereignet und nicht etwa nur eine durch die „natürlichen Grenzen“ umschriebene Teilfläche dieses Grundstücks. Allerdings sei eine Falschbezeichnung auch bei Grundstücksgeschäften unschädlich, hier hätten die Vertragsparteien aber nichts von der Vertragsurkunde Abweichendes gewollt. Nach der Aussage des Zeugen S habe bei der Besichtigung des Anwesens das streitige Teilstück keine Rolle gespielt und sei nicht in die Überlegungen einbezogen worden. Die Vertragsparteien hätten keinen besonderen rechtsgeschäftlichen Willen gehabt, sondern sich einfach vorgestellt, dass das Grundstück „im Ganzen“ verkauft werden solle. Auch die Vertragsauslegung ergebe keinen von dem Wortlaut der Vertragsurkunde abweichenden Inhalt des Vertrags. Wer ein Grundstück kaufe, könne regelmäßig davon ausgehen, dass der tatsächliche Grenzverlauf und nicht die natürlichen Grenzen maßgeblich seien. Auch juristischen Laien sei bekannt, dass nicht die natürlichen Grenzmarken verbindlich seien. Der zwischen dem Kl. und der Stadt W. formunwirksam vereinbarte Tausch der Grundstücksflächen könne keine Bedeutung erlangen, weil die Vertragsparteien daran bei Vertragsschluss nicht gedacht hätten. Unerheblich sei auch die Nutzung der Teilfläche durch den Kl., wie schon der Vergleich mit der Einräumung eines bloßen Nutzungsrechts oder einer irrtümlichen Überbauung zeige. Aus den weiteren Umständen habe sich für den Bekl. ebenfalls nicht ergeben, dass das Grundstück nur teilweise habe verkauft werden sollen. Insbesondere sei der Kaufpreis offenbar nach der Fläche des gesamten Grundstücks errechnet worden. Schließlich ergebe auch eine ergänzende Vertragsauslegung nicht, dass die streitige Teilfläche von dem Verkauf ausgenommen sei.

### *B. Entscheidung der Revision*

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

#### *I. Prozessführungsbefugnis des Kl.*

Das BerGer. bejaht allerdings zu Recht die Prozessführungsbefugnis des Kl. Der Kl. kann einen nur der

Stadt W. als Eigentümerin des betroffenen Grundstücks zustehenden Grundbuchberichtigungsanspruch im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft geltend machen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf ein Kl. im Prozess ein fremdes Recht auf Grund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (s. nur BGHZ 100, 217 [218] = NJW 1987, 2018 = LM § 51 ZPO Nr. 15 m. w. Nachw.) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn ein Grundbuchberichtigungsanspruch, der nicht selbstständig abtretbar ist, geltend gemacht werden soll (Senat, NJW-RR 1988, 126 [127]).

Vorliegend ist die Ermächtigung des Kl. in schlüssiger Weise durch die von der Stadt W. in der Vereinbarung vom 30. 9. 1998 erklärte Abtretung erfolgt (vgl. Senat, NJW-RR 1988, 126 [127]). Unter den gegebenen Umständen ist das BerGer. zutreffend von einem eigenen Interesse des Kl. ausgegangen, den Anspruch auf Grundbuchberichtigung gegenüber dem Bekl. geltend zu machen. Dieses Interesse des Kl. ist auch schutzwürdig, insbesondere wird der Bekl. durch die gewählte Art der Prozessführung nicht unbillig benachteiligt.

#### *II. Auslegung des Hauptantrages*

Der von dem Kl. gestellte Hauptantrag bedarf allerdings einer interessengerechten Auslegung. In Anbetracht der inzwischen veränderten Umstände ist der Hauptantrag dahin zu verstehen, dass der Kl. die Genehmigung des nun vorliegenden Veränderungsnachweises durch den Bekl. erstrebt (vgl. Senat, NJW 1986, 1867 [1868], zur Auslegung eines vergleichbaren Antrags bei fehlender Zulässigkeit), und der Antrag im Übrigen auf die Zustimmung des Bekl. zur Eintragung der Stadt W. als Eigentümerin der umstrittenen Teilfläche im Wege der Grundbuchberichtigung gerichtet ist (vgl. Senat, Urt. v. 17.11.2000 - V ZR 294/99, unveröff.). Während des anhängigen Rechtsstreits ist nämlich die Abvermessung der umstrittenen Teilfläche erfolgt und Gegenstand eines Veränderungsnachweises geworden. Damit ist zwar dem Kl. die an sich für eine Verurteilung erforderliche Bezeichnung nach Maßgabe des § 28GBO (vgl. BGHZ 37, 233 [242]) noch nicht möglich. Der Veränderungsnachweis bildet aber die Grundlage der Grundstücksabschreibung (§ 2 III

GBO) und erlaubt es, durch entsprechende Bezugnahme das noch nicht abbeschriebene Grundstück übereinstimmend mit dem (künftigen) Inhalt des Grundbuchs festzulegen, weil das Grundbuchamt bei der Abschreibung die Angaben im Veränderungsnachweis übernimmt. Auch in einem solchen Fall wird daher dem Zweck des § 28 GBO genügt, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern (BGHZ 90, 323 [327f.] = NJW 1984, 1959 = LM § 925 BGB Nr. 14; BGH, NJW 1986, 1867; NJW-RR 1988, 266). Die hier erhobene Leistungsklage ist daher ausnahmsweise zulässig, wobei es unschädlich ist, dass der Bekl. den Veränderungsnachweis nicht genehmigt hat. Der Kl. ist nämlich nicht gehalten, zunächst allein die Genehmigung des Veränderungsnachweises zu erstreiten, sondern kann dieses Ziel mit der auf Verurteilung zur Eintragungsbewilligung gerichteten Klage verbinden (vgl. BGHZ 90, 323 [328] = NJW 1984, 1959 = LM § 925 BGB Nr. 14).

### *III. Bestehen eines Grundbuchberichtigungsanspruchs gem. § 894 BGB*

Die Klage hat bereits mit diesem Hauptantrag Erfolg. Rechtsfehlerhaft verneint das BerGer. einen Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) gegenüber dem Bekl. Ein solcher Anspruch ist vielmehr gegeben, weil sich die am 1. 11. 1995 erklärte Auflassung nicht auf das gesamte Grundstück (Flurstück Nr. 64/1) erstreckte, sondern die nun im Streit befindliche Teilfläche (nach dem Veränderungsnachweis Flurstück Nr. 64/4) nicht deren Gegenstand war. Da der Bekl. insoweit mangels Auflassung kein Eigentum erworben hat (§ 925 II BGB), ist dieses bei der Stadt W. verblieben, die ihrerseits das Eigentum mangels Eigentumsumschreibung (§ 26 II DDR-ZGB, § 873 I BGB) nicht an den Kl. verloren hatte. Damit stimmt die im Grundbuch dargestellte Rechtslage, die den Bekl. als Eigentümer des gesamten Flurstücks Nr. 64/1 ausweist, nicht mit der tatsächlichen Rechtslage überein.

#### *1. Anwendung der Grundsätze zur "falsa demonstratio" bei Auflassungen*

Der Wortlaut der in der notariellen Urkunde vom 1. 11. 1995 erklärten Auflassung ist zweifelsfrei auf die Übereignung des gesamten Flurstücks Nr. 64/1 gerichtet. Allerdings finden die allgemeinen Regeln zur

rechtlichen Behandlung einer Falschbezeichnung (falsa demonstratio) auch dann Anwendung, wenn die Beteiligten den Gegenstand der Auflassung versehentlich falsch bezeichnen. Die Auflassung ist dann hinsichtlich des Objekts erklärt worden, auf das sich der übereinstimmende Wille erstreckte, während für den durch die Erklärungen äußerlich umschriebenen Gegenstand nur scheinbar eine Einigung vorliegt, es insoweit aber in Wirklichkeit an einer Auflassung fehlt (RGZ 46, 225 [227 f.]; Senat, DNotZ 1966, 172 [173]; WM 1978, 194 [196]; vgl. auch RGZ 133, 279 [281]; Senat, LM § 256 ZPO Nr. 83; NJW 1986, 1867; Urt. v. 17. 11. 2000 - V ZR 294/99, unveröff.; OLG Nürnberg, DNotZ 1966, 542 [544]; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152 [153]; Staudinger/Pfeifer, BGB, 1995, § 925 Rdnr. 68; Kanzleiter, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 925 Rdnr. 22; Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl., § 925 Rdnr. 37; Hagen/Brambring, Der Grundstückskauf, 7. Aufl. [2000], Rdnr. 1a).

#### *2. Feststellung eines vom Vertragsinhalt abweichenden Willens der Parteien durch Auslegung*

All das verkennt das BerGer. nicht grundsätzlich, meint aber, ein von dem Wortlaut der Urkunde abweichender Wille der Vertragsparteien lasse sich nicht feststellen. Dies ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Die Revision rügt zu Recht, dass sich das BerGer. mit dem festgestellten Sachverhalt und den Beweisergebnissen nicht umfassend auseinander gesetzt hat. Durch ein zu enges Verständnis des gem. § 133 BGB maßgeblichen wirklichen Willens hat sich das BerGer. den Blick auf den entscheidungserheblichen Tatsachenstoff verstellt.

##### *a. Grundsätze zur Auslegung gem. § 133 BGB*

Nach § 133 BGB ist der wirkliche - möglicherweise ungenau oder sogar unzutreffend geäußerte - Wille des Erklärenden als eine so genannte innere Tatsache zu ermitteln (vgl. BGH, NJW 1984, 721). Wird der tatsächliche Wille des Erklärenden bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung festgestellt, und hat der andere Teil die Erklärung ebenfalls in diesem Sinne verstanden, dann bestimmt dieser Wille den Inhalt des Rechtsgeschäfts, ohne dass es auf Weiteres ankommt (BGH, NJW 1984, 721). Es ist insbesondere nicht erforderlich, dass sich der Erklärungsempfänger den wirklichen Willen des Erklä-

renden zu Eigen macht. Ausreichend ist vielmehr, dass er ihn erkennt und in Kenntnis dieses Willens das Geschäft abschließt (Senat, NJW-RR 1993, 373; BGH, NJW-RR 1989, 931 [932]). Haben alle Beteiligten eine Erklärung übereinstimmend in demselben Sinn verstanden, so geht der wirkliche Wille des Erklärenden dem Wortlaut vor (Senat, NJW-RR 1988, 265; NJW-RR 1993, 373; BGH, NJW 1984, 721; vgl. auch Mayer-Maly/Busche, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 133 Rdnr. 14), und auch eine abweichende Auslegung kommt nicht in Frage (Senat, DtZ 1997, 193 = LM H. 7/1997 Art. 233 EGBGB 1986 Nr. 22 = WM 1997, 777 [778]; NJW 1999, 486 [487] = LM H. 6/1999 § 133 [A] BGB Nr. 26).

### *b. Fehlanwendung dieser Grundsätze durch das BerGer.*

Das BerGer. stellt jedoch nicht auf den solchermaßen nach § 133 BGB maßgeblichen wirklichen Willen ab, sondern richtet seine Feststellungen auf einen gemeinsamen „besonderen rechtlichen Willen“ der Vertragsparteien, der gegenüber dem wirklichen Willen offensichtlich dadurch qualifiziert sein soll, dass sich die Vertragsparteien bei der Besichtigung des Kaufobjekts „besondere Vorstellungen über die ‚natürliche Grenze‘ des Grundstücks gemacht haben“ müssen. Es lässt dabei außer Acht, dass sich das von den Beteiligten bei Abgabe der Auflassungserklärungen gemeinsam Gewollte nicht etwa nur aus deren aktuellen Vorstellungen oder - wie das BerGer. an anderer Stelle ausführt - den „gemachten Gedanken“ bei einer vorangegangenen Besichtigung des Anwesens erschließt. Heranzuziehen sind vielmehr alle Umstände, die zur Aufdeckung oder Aufhellung des Parteiwillens dienlich sein können, damit das Gericht auf dieser Grundlage seine Überzeugung von dem wirklichen Willen bilden kann (vgl. BGHZ 20, 109 [110 f.] = NJW 1956, 665 = LM § 282 ZPO Nr. 3; BGH, NJW 1984, 721).

### *3. Rechtsstreitsentscheidung durch den BGH*

Das angefochtene Urteil kann hiernach keinen Bestand haben. Der Senat kann aber gem. § 565 III Nr. 1 ZPO in der Sache abschließend entscheiden, weil der Sachverhalt geklärt ist und die weiteren Feststellungen des BerGer. ausreichen, um dem Senat das Nachholen der von dem BerGer. versäumten

zwingenden Schlussfolgerungen zu ermöglichen (vgl. Senat, NJW 1991, 1180 [1181]; NJW 1992, 183 [184]).

### *a. Auslegung der Willenserklärung der Stadt W. als Verkäuferin nach dem Grundsatz der Vernünftigkeit*

Das BerGer. stellt fest, dass die Stadt W. mit der Übereignung der umstrittenen Teilfläche an den Bekl. ihre eigenen Interessen missachtet hätte, weil dieses Areal im Wege des Tauschs Eigentum des Kl. habe werden sollen. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen, ist insbesondere von der Aussage des Zeugen S, des Bürgermeisters der Stadt W., gedeckt. Da es keinen Hinweis dafür gibt, dass die Verkäuferin abweichend von dem Regelfall nicht das Vernünftige wollte (vgl. BGHZ 134, 325 [329] = NJW 1997, 1003 = LM H. 5/1997 § 765 BGB Nr. 114), ist aus diesem Umstand zu schließen, dass ihr Wille bei Erklärung der Auflassung nicht dahin ging, dem Bekl. das Eigentum auch an der von dem Kl. genutzten Teilfläche zu verschaffen. Dieser Schlussfolgerung steht nicht entgegen, dass sich, wie das BerGer. feststellt, der Bürgermeister der Stadt W. bei der Besichtigung des Anwesens und wohl auch die bei der Beurkundung als Vertreterin handelnde Zeugin B keine Vorstellungen von dem genauen Grenzverlauf machten, also keine (aktuelle) Kenntnis von dem gegenüber der Darstellung im Liegenschaftskataster abweichenden Kauf- und Auflassungsgegenstand hatten. Für den die Verkäuferin nach § 51 I 2 SächsGemO vertretenden Bürgermeister stand, wie er selbst als Zeuge bekundet hat, außer Frage, dass ungeachtet der Rechtslage an dem Flächentausch mit dem Kl. festgehalten werden sollte, die fragliche Teilfläche also nicht mehr zur Disposition der Verkäuferin stand. Mithin war, auch ohne dass er sich dies bei der Besichtigung nochmals vergegenwärtigte, sein Wille nicht auf die Übereignung der umstrittenen Teilfläche an den Bekl. gerichtet. Dass die Willensrichtung der bei Erklärung der Auflassung mit Einzelvollmacht (§ 59 II SächsGO) handelnden Zeugin B eine andere war, hat das BerGer. nicht festgestellt. Falls die Willensrichtung der nach Weisung handelnden Zeugin überhaupt maßgeblich sein sollte (vgl. BGHZ 51, 141 [147] für den Geschäftswillen bei arglistiger Täuschung des Vollmachtgebers), war für sie - wie sie bekundet hat - doch klar, dass die fragliche Flä-

che dem Kl. „gehört“ und damit nicht Gegenstand des Geschäfts mit dem Bekl. sein konnte.

*b. Auslegung der Willenserklärung des Bekl.*

Aus den Feststellungen des BerGer. ist ferner zu schließen, dass der Bekl. diesen Willen der Verkäuferin erkannte und sich in dessen Kenntnis mit ihr über den Eigentumsübergang einigte. Durch die der Beurkundung vorangehende Besichtigung des Anwesens hatte sich der Bekl. über den Gegenstand des Kaufvertrags und der Eigentumsverschaffung informiert. Auch das BerGer. geht davon aus, dass die Besichtigung nicht nur den Zweck hatte, den Bekl. über den Zustand des Grundstücks zu unterrichten, sondern ihm auch dessen Lage und ungefähre Größe vermitteln sollte. Hierbei war aber, wie das BerGer. weiter feststellt, die Nutzung der umstrittenen Teilfläche durch den Kl. „visuell erkennbar“.

Überdies hatte sich der Kl. nicht nur auf die offensichtliche Nutzung beschränkt, sondern das Areal durch die einheitliche, deutlich zu unterscheidende Pflasterung für jedermann ersichtlich in seine Grundstücke einbezogen und durch die massiven Poller zum verbleibenden Nachbargrundstück abgegrenzt. Die aufwendige und erkennbar dauerhaft gewollte bauliche Gestaltung vermittelte den Eindruck, die Fläche zähle zum Grundstückseigentum des Kl. Auf dieser Grundlage ging nicht nur der Zeuge S davon aus, dass „jeder normale Mensch“ das durch Pflaster und Poller abgegrenzte „andere Grundstück“ erkannte. Vielmehr war auch der über die Hintergründe, insbesondere über den Flächentausch, nicht informierten Zeugin B klar, dass die fragliche Fläche dem Kl. „gehörte“ und nicht verkauft werden sollte. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass der Bekl., der in gleicher Weise wie die Zeugin informiert war und sich wie diese bei der Besichtigung Kenntnis von dem Gegenstand des beabsichtigten Geschäfts verschaffen wollte, eine andere Vorstellung gewonnen hätte. Tritt wie hier einem Erwerbsinteressenten bei der Besichtigung des Objekts auf Grund der tatsächlichen Situation klar vor Augen, welche Flächen Teil eines Nachbargrundstücks sind, so kann er ohne weitere Anhaltspunkte nicht davon ausgehen, dass ihm der Veräußerer weitergehendes Eigentum verschaffen kann und will, als sich das Grundstück nach seiner Umgrenzung in der Natur darstellt (vgl. Soergel/Stürner, § 925 Rdnr. 37; Lutter, AcP 164

[1964], 122 [140]; auch OLG Oldenburg, Recht 1920, Nr. 1220; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152 [153]). Eine solche zweifelsfreie Zuordnung wird allerdings nicht möglich sein, soweit der Interessent lediglich nicht auf der Grenze stehende Grenzeinrichtungen vorfindet, die den richtigen Grenzverlauf nur ungenau wiedergeben (vgl. Säcker, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 912 Rdnr. 15), jedoch unerkannt bleiben oder wegen Geringfügigkeit hingenommen werden. Gleiches gilt im Falle eines Überbaus, der nach § 912 BGB geduldet werden muss. Geht es aber wie hier um eine größere zusammenhängende Fläche, deren Inbesitznahme als Eigentum durch den Nachbarn dem Grundstückseigentümer weder verborgen bleibt noch regelmäßig von ihm geduldet wird, so kann ein Interessent im Zweifel nur davon ausgehen, dass dieser Bereich nicht mehr zum Eigentum des Veräußerers zählt und daher auch nicht übereignet werden soll.

Der Kenntnis des Bekl. steht die von dem BerGer. in anderem Zusammenhang erörterte Frage der Bemessung des Kaufpreises nicht entgegen. Zwar ergibt sich auf der Grundlage eines - von der Verkäuferin als angemessen erachteten - Kaufpreises von 50 DM/m<sup>2</sup> bei der Grundfläche von 633 m<sup>2</sup>, die in der notariellen Urkunde bei der Beschreibung des Objekts für das gesamte Flurstück Nr. 64/1 genannt wird, genau der Betrag von 31 650 DM, der als Kaufpreisanteil für „Grund und Boden“ vereinbart worden ist. Daraus folgt aber nicht, dass die Beteiligten auch die dem Kl. überlassene Teilfläche einbeziehen wollten. Nachdem sie davon ausgingen, dass das verbliebene Anwesen dem Flurstück Nr. 64/1 entsprach, war es nur folgerichtig, die hierfür in dem Liegenschaftskataster vermerkte Grundfläche auch der Preisermittlung zu Grunde zu legen. Eigenständige Bedeutung für die Bestimmung des Vertragsgegenstands kann diese Angabe mithin nicht erlangt haben. Die Unmaßgeblichkeit des Kaufpreises folgt im Übrigen auch daraus, dass - was das BerGer. nicht beachtet hat - die tatsächliche Grundfläche des Flurstücks Nr. 64/1 unstreitig nicht nur 633 m<sup>2</sup>, sondern 645 m<sup>2</sup> betrug. Hätte der von der Stadt W. zur Ermittlung des Kaufpreises hinzugezogene Sachverständige mithin die Grundstücksgröße nicht aus den vorhandenen Unterlagen übernommen, sondern selbst ermittelt, so könnten sich die genannten 633 m<sup>2</sup> nur durch die Berücksichtigung eines Tauschs der

Teilflächen zwischen der Stadt W. und dem Kl. ergeben, also wiederum keine Einbeziehung des umstrittenen Areals in das Geschäft mit dem Bekl. begründen.

*c. Keine Veränderung dieser Willenseinigung bei der späteren Auflassung*

An dem geschilderten Willen der Verkäuferin und an der Kenntnis des Bekl. hiervon hat sich bis zur Erklärung der Auflassung nichts geändert. Insbesondere kann der Bekl. nicht auf Grund der Katasterkarte eine andere Vorstellung gewonnen haben, weil ihm deren Kopie erst nach der Beurkundung vom 1. 11. 1995 und damit erst nach der Auflassung ausgehändigt wurde. Die nachfolgende Abänderung zuvor getroffener Vereinbarungen durch die notarielle Urkunde vom 6. 2. 1996 kann insoweit keine Bedeutung erlangen, weil sie die Auflassungserklärungen nicht zum Gegenstand hatte und diese durch den Hinweis auf das unveränderte Bestehenbleiben der „übrigen Vertragsvereinbarungen“ unberührt ließ (vgl. Soergel/Stürmer, § 925 Rdnr. 37).

*4. Auslegung nach dem Empfängerhorizont*

Die von dem BerGer. weiter vorgenommene Auslegung des objektiven Erklärungswerts aus der Sicht

des Erklärungsempfängers (vgl. BGH, NJW 1998, 384 [385] = LM H. 3/398 ZPO Nr. 43) bleibt danach ohne Bedeutung. Gegenüber dem übereinstimmend Gewollten kommt eine abweichende Auslegung nicht in Betracht (Senat, WM 1997, 777 [778]; NJW 1999, 486 [487]).

*IV. Keine Einrede wegen schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung der Teilfläche*

Der Bekl. kann gegen den Berichtigungsanspruch nicht einwenden, dass ihm ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung der umstrittenen Teilfläche zustehe. Zwar vermag eine solche Verpflichtung den Einwand unzulässiger Rechtsausübung zu begründen (vgl. Senat, NJW 1974, 1651), die Stadt W. schuldet aber dem Bekl. jedenfalls insoweit keine Eigentumsverschaffung, weil die vorstehenden Überlegungen zur Falschbezeichnung bei Erklärung der Auflassung wegen der Identität von Auflassungs- und Kaufgegenstand in gleicher Weise auch für den zu Grunde liegenden Kaufvertrag gelten. Insbesondere ist eine versehentliche Falschbezeichnung auch im Rahmen des § 313 BGB unschädlich (vgl. BGHZ 87, 150 [153]; Hagen, DNotZ 1984, 267 [283 ff.]).

**Standort: Verbraucherrecht**

**Problem: Umfang der Leistungsbenennung**

BGH, URTEIL VOM 18.12.2001  
XI ZR 156/01 (NJW 2002, 957)

**Problemdarstellung:**

Die Kl. haben bei der Bekl. ein Darlehen i.H.v. 42.000 DM aufgenommen, wobei die Rückzahlung des Kredits bei monatlichen Zahlungen i.H.v. 487 DM bis zum 01.01.2004 durch die Beleihung einer Lebensversicherung, die Zuteilung eines Bausparvertrages und/oder die Fälligkeit von sonstigen Guthabenbeträgen erfolgen (sog. „Tilgungersatz“). Umstritten war nun zwischen den Parteien, ob die Bekl. im Rahmen des Darlehensvertrages den Gesamtbetrag aller zu erbringender Leistungen, inkl. dieses Tilgungersatzes, gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a.F. hätte benennen müssen oder nicht.

Diese Frage ist in der Literatur umstritten. Nach herrschender Meinung im Schrifttum besteht diese

Angabepflicht auch bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung, die bei Fälligkeit mittels in der Zwischenzeit angesparter Bauverträge oder Lebensversicherungen abgelöst werden sollen. Ein kleiner Teil der Literatur hingegen vertritt die Rechtsansicht, dass in diesen Fällen keine Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrages bestehe, da ein solcher Betrag mangels feststehender Bedingungen im Zeitpunkt des Darlehensvertragsabschlusses noch nicht angegeben werden könne.

Der BGH schließt sich der herrschenden Meinung in der Literatur an. Für den Verbraucher macht es keinen Unterschied, ob er die zur Tilgung erforderlichen Leistungen in monatlichen Tilgungsraten an den Kreditgeber selbst oder in Form von monatlichen Beiträgen an einen Dritten aufbringt. Der Umstand der Ungewissheit über die zu benennende Gesamtbelastung ändert insofern nichts, weil ansonsten die Banken

durch entsprechende Vertragsgestaltung ihre Informationspflichten aus § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG a.F. umgehen könnten. Folge dieser fehlenden Gesamtbelastungsangabe ist aber nur die Belastungsreduzierung gem. § 6 VerbrKrG a.F..

### **Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil eignet sich nicht nur, um sich die verschiedenen Kreditformen vor Augen zu führen. Es gibt Kreditverträge mit festen Bedingungen oder mit veränderlichen Bedingungen, insb. hinsichtlich des Zinssatzes. Es gibt Kreditverträge, deren Rückzahlung erst am Ende erfolgt (sog. Endfälligkeit) oder bereits von Anfang in Raten erfolgt. Des weiteren wird unterschieden zwischen Kreditverträgen, wo die Rückzahlung unmittelbar gegenüber dem Kreditgeber erfolgt bzw. zwischenfinanziert wird durch einen Dritten mittels Bausparvertrag, Lebensversicherung oder Ähnlichem. Aber unabhängig von diesen verschiedenen Fallgestaltungen trifft jeden Kreditgeber die Informationspflicht nach § 4 VerbrKrG a.F. (= § 492 BGB n.F.), da ansonsten die Gefahr besteht, dass der Kreditgeber durch geschickte Vertragsgestaltung seiner Informationspflicht entgehen könnte. Dem steht aber das Umgehungsverbot gem. § 18 VerbrKrG (= § 506 BGB n.F.) entgegen.

Die Entscheidung geht i.Ü. auf Sinn und Zweck des § 4 VerbrKrG a.F. (= § 492 BGB n.F.) ein. Durch diese Angaben, insb. der Benennung der Gesamtbelastung, soll der Verbraucher einen Überblick über seine wirtschaftliche Belastung durch den Vertragsabschluss erhalten, um dann ggf. von seinem Widerrufsrecht gem. § 7 VerbrKrG a.F. (= §§ 495, 355 BGB n.F.) Gebrauch zu machen.

### **Vertiefungshinweise:**

Zu diesem Urteil die Anmerkung: v. *Rottenburg*, LM H. 5/2002 § 4 VerbrKrG Nr.10

Zu § 4 VerbrKrG: *BGH*, NJW 2001, 2963; NJW 2002, 1931

### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

**von der Auszahlung eines Bausparvertrags oder einer Kapitallebensversicherung abhängt, durch die der Kredit ganz oder teilweise getilgt werden soll, muss die vom Verbraucher zu unterzeichnende Vertragserklärung den Gesamtbeitrag aller von ihm zu erbringenden Leistungen angeben.**

### **Sachverhalt:**

Die Kl. verlangen von der Bekl. die Unterlassung der Einziehung sicherungshalber abgetretener Lohn- und Gehaltsforderungen. Mit Vertrag vom 13/20. 12. 1996 nahmen die Kl. bei der bekl. Genossenschaftsbank ein Darlehen in Höhe von 42000 DM auf zur Finanzierung eines Fondsanteils an einem geschlossenen Immobilien-Fonds. Die Rückzahlung des Kredits, dessen jährliche Verzinsung mit 10% für die gesamte Vertragslaufzeit festgeschrieben war, sollte bei monatlichen Zahlungen in Höhe von 487 DM bis spätestens 1. 1. 2004 „durch die Beleihung einer Lebensversicherung, die Zuteilung eines Bausparvertrags und/oder die Fälligkeit von sonstigen Guthabenbeträgen“ erfolgen; Sondertilgungen waren jederzeit möglich. Gleichzeitig unterzeichneten die Kl. eine Zusatzvereinbarung, die die Fälligkeit des Kredits bei vorzeitiger Auszahlung des Bausparvertrags oder der Lebensversicherung vorsah, sowie nacheinander Abtretungen von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung, aus zwei Bausparverträgen und von Lohn- und Gehaltsansprüchen. Die Darlehenstilgung wurde, abgesehen von den in den monatlichen Raten von 487 DM enthaltenen Tilgungsanteilen, im Gegenzug bis zum vertraglich vorgesehenen Laufzeitende ausgesetzt, wobei der Bekl. unter anderem bei Verzug der Kreditnehmer mit zwei aufeinander folgenden Bausparraten oder Lebensversicherungsprämien ein Recht zum Widerruf der Tilgungsaussetzung zustand. Die Bekl. zahlte die Kreditvaluta vereinbarungsgemäß an den Fonds aus. Nachdem die Kl. die Zahlung der monatlichen Raten von 487 DM eingestellt hatten und keine Leistungen mehr auf die Bausparverträge und die Lebensversicherung erbrachten, widerrief die Bekl. mit Schreiben vom 9. 12. 1999 die Tilgungsaussetzung und verlangte von den Kl. die Zahlung einer monatlichen Leistungsrate von 1033,30 DM. Mit Schreiben vom 24. 3. 2000 kündigte sie das Kreditverhältnis mit Wirkung zum 17. 4. 2000 und stellte den Kapitalsaldo zur Zahlung

### **Leitsatz:**

**Bei einem Verbraucherkredit, dessen Fälligkeit**

fällig für den Fall, dass die Kl. die bestehenden Rückstände nicht ausgleichen würden. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist begann sie damit, die Einziehung der abgetretenen Forderungen zu betreiben.

Das LG hat die auf Unterlassung der Einziehung aller abgetretenen Forderungen gerichtete Klage wegen fehlender örtlicher Zuständigkeit als unzulässig abgewiesen. Nach teilweiser Rücknahme der hier-gegen gerichteten Berufung verfolgen die Ki. nur noch den Anspruch auf Unterlassung der Einziehung der Lohn- und Gehaltsforderungen. Diesem Antrag hat das BerGer. stattgegeben (OLG Dresden, WM 2001, 1854). Die Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat die örtliche Zuständigkeit des LG bejaht und zur Begründung seiner Entscheidung in der Sache im Wesentlichen ausgeführt:

Die Bekl. sei zur Einziehung der Lohn- und Gehaltsforderungen nicht berechtigt, weil sich die Kl. mit der Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Kreditvertrag mit Rücksicht auf ein ihnen zustehendes Zurückbehaltungsrecht nicht in Verzug befunden hätten. Das Zurückbehaltungsrecht folge daraus, dass den Kl. wegen fehlender Angabe des zu leistenden Gesamtbetrags im Kreditvertrag ein Anspruch auf Neuberechnung unter Berücksichtigung eines auf 4% verminderten Zinssatzes zustehe (§ 4 I 4 Nr. 1 lit. b a. F., 6 II 2 VerbrKrG, § 246 BGB). § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. finde auch auf einen Festkredit mit Tilgungsaussetzung Anwendung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung liege auch in Fällen, in denen ein Kreditnehmer zunächst nur Teilleistungen auf Zinsen und Kosten zu erbringen habe, während die eigentliche Tilgung erst bei Endfälligkeit des Darlehens aus einem parallel zum Darlehensvertrag angesparten Bauspar- oder Lebensversicherungsvertrag erfolgen solle, eine Tilgung in Teilzahlungen vor. Für den Verbraucher mache es keinen Unterschied, ob er die zur Tilgung erforderlichen Leistungen in monatlichen Tilgungsraten an den Kreditgeber oder in Form von monatlichen Beiträgen an einen Dritten aufbringe. Auch wenn bei einer vereinbarten Endtilgung aus einer Lebensversicherung Ungewissheit über die Höhe der Versicherungsprämien und einer möglichen Überschussbeteiligung bestehe, lasse sich

der Gesamtbetrag unter Zugrundelegung des Nennbetrags des Kredits berechnen. Soweit die Laufzeit des Darlehensvertrags im Hinblick auf die Zuteilungsreife eines parallel anzusparenden Bausparguthabens nicht feststehe, handele es sich um einen Fall veränderlicher Bedingungen, für den Satz 2 des § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. eine Angabepflicht vorsehe. Die fehlende Endgültigkeit der Gesamtbetragsangabe bei Krediten mit veränderlichen Bedingungen habe der Gesetzgeber im Interesse eines effektiven und umfassenden Verbraucherschutzes hingenommen. Der Befürchtung, der Verbraucher werde durch die Angabe eines fiktiven Gesamtbetrags eher irreführt denn zuverlässig informiert, werde durch den erforderlichen Hinweis auf die der Angabe zu Grunde liegenden Konditionen sowie deren Veränderlichkeit hinreichend Rechnung getragen. Insbesondere wenn die Unsicherheit des Gesamtbetrags wie hier aus der Abhängigkeit der Fälligkeit des Kredits von der Zuteilungsreife eines Bausparvertrags folge, sei die Angabe der Gesamtbelastung auf der Grundlage des feststehenden Zinssatzes und des spätest möglichen Laufzeitendes nahe liegend und der Bekl. zumutbar.

#### *B. Entscheidung der Revision*

Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung stand.

#### *I. Anwendbarkeit des VerbrKrG auf den vorliegenden wirksamen Kreditvertrag*

Das BerGer. ist zu Recht davon ausgegangen, dass auf den geschlossenen Kreditvertrag das Verbraucherkreditgesetz Anwendung findet. Auch seine Annahme, das Fehlen der nach § 4 I 4 Nr. 1 lit. g VerbrKrG a. F. erforderlichen Angaben über die zu bestellenden Sicherheiten habe die Wirksamkeit des Kreditvertrags unberührt gelassen, begegnet keinen Bedenken. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 4 I 4 Nr. 1 lit. g VerbrKrG a. F. ist nach § 6 II 6 VerbrKrG lediglich, dass die nicht angegebenen Sicherheiten nicht gefordert werden können. Die Streitfrage, ob gleichwohl geleistete Sicherheiten vom Kreditgeber gem. § 812 BGB zurück zu gewähren sind (so Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 6 VerbrKrG Rdnr. 28; Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 6 Rdnr. 53) oder ob § 6 II 6 VerbrKrG lediglich ein Recht begründet, die Bestellung von nicht im Kreditvertrag angegebenen Sicherheiten zu verweigern (so

Soergel/Häuser, BGB, 12. Aufl., § 6 VerbrKrG Rdnrn. 22 f.), bedarf hier keiner Entscheidung.

## *II. Keine Benennung des Gesamtbetrags aller vom Verbraucher zu erbringender Leistungen*

Die Klage ist jedenfalls deshalb begründet, weil der Kreditvertrag keine Angabe des Gesamtbetrags aller von den Kl. zu entrichtenden Teilzahlungen enthält, daher gegen § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. E. verstößt, die Kl. deshalb gem. § 6 II 2 VerbrKrG nur die gesetzlichen Zinsen schulden, die Neuberechnung der vereinbarten Teilleistungen verlangen (§ 6 II 4 VerbrKrG) und bis zu deren Vornahme weitere Leistungen verweigern können (§ 273 BGB).

### *1. Pflicht der Bekl. zur Benennung des Gesamtbetrags*

Das BerGer. ist der zutreffenden Ansicht, dass die Bekl. den Gesamtbetrag gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. im Kreditvertrag hätte angeben müssen.

#### *a. Literaturansicht zur Pflicht zur Benennung der Gesamtbelastung*

Nach herrschender Meinung im Schrifttum besteht die Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags i. S. des § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. auch bei endfälligen Krediten mit Tilgungsaussetzung, die bei Fälligkeit mittels in der Zwischenzeit angesparter Bausparverträge oder Lebensversicherungen abgelöst werden sollen (Peters, in: Schimansky/Bunte/ Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 81 Rdnr. 80; ders., WM 1994, 1405 [1406 ff.]; Gößmann, in: Heilner/Steuer, BankR und Bankpraxis, Rdnr. 3/435; Wagner-Wieduwilt, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, VerbrKrG, 2. Aufl., § 4 Rdnrn. 31, 42 f., 74 f.; Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 4 Rdnrn. 71 f.; v. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 4 Rdnrn. 66, 79 f.; Ulmer, in: MünchKomm, § 4 VerbrKrG Rdnr. 34; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Bearb., § 4 VerbrKrG Rdnr. 40; Erman/Rebmann, BGB, 10. Aufl., § 4 VerbrKrG Rdnr. 11 a).

Ein kleiner Teil des Schrifttums vertritt demgegenüber unter Hinweis auf die gesetzgeberischen Vorstellungen bei der Neufassung der Vorschrift die Ansicht, in diesen Fällen bestehe keine Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags, da ein solcher Betrag man-

gels feststehender Bedingungen noch nicht angegeben werden könne (Drescher, VerbrKrG und Bankenpraxis, Rdnrn. 92ff.; Steppeler, VerbrKrG, 2. Aufl., 5. 106, 108).

### *b. Rechtsansicht des BGH zur Pflicht der Gesamtbelastungsbenennung*

Der erkennende Senat schließt sich der herrschenden Meinung an. Auch endfällige Festkredite mit (teilweisem) Tilgungersatz unterfallen der Angabepflicht des § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F.

#### *aa. Auslegung der Vorschrift zur Benennung der Gesamtbelastung*

Nach dem Wortlaut des Satzes 1 dieser Vorschrift ist der Gesamtbetrag der vom Verbraucher zu entrichtenden Teilzahlungen für alle Kredite anzugeben, bei denen die für die Berechnung des Gesamtbetrags maßgeblichen Eckdaten (Tilgungsleistung, Zinsen, Kosten etc.) für die gesamte Laufzeit der Höhe nach feststehen. Nach Satz 2 ist aber auch bei Krediten mit veränderlichen Bedingungen, die in Teilzahlungen getilgt werden, ein Gesamtbetrag anzugeben, und zwar auf der Grundlage der bei Abschluss des Vertrags maßgeblichen Kreditbedingungen. Der Angabe eines Gesamtbetrags bedarf es lediglich nicht bei End- und Zwischenfinanzierungen i.S. von § 3 II Nr.2 VerbrKrG und - gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b S. 3 VerbrKrG a. F. - bei Krediten, bei denen die Inanspruchnahme bis zu einer Höchstgrenze freigestellt ist. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. enthält insofern ein geschlossenes System von Angabepflichten: Alle Kreditverträge, die nicht dem Grundtatbestand des Satzes 1 oder dem Ausnahmetatbestand des Satzes 3 sowie der Regelung des § 3 II 2 VerbrKrG unterfallen, unterliegen der modifizierten Angabepflicht des Satzes 2 (Staudinger/Kessal-Wuif, § 4 VerbrKrG Rdnr. 42), sofern dessen tatbestandliche Voraussetzungen vorliegen.

#### *bb. Anwendung auf den vorliegenden Kreditvertrag*

Dies hat für endfällige Festkredite, bei denen - wie hier - eine enge Verbindung zwischen dem Kreditvertrag und dem Ansparvertrag etwa in der Weise hergestellt wird, dass eine Tilgungsaussetzung gegen Abtretung der Ansprüche aus dem Ansparvertrag (Lebensversicherung, Bausparvertrag o.Ä.) verein-

bart wird, zur Folge, dass sie der Angabepflicht § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. unterfallen. Sie erfüllen keinen der genannten Ausnahmetatbestände und weisen die § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. für die Angabepflicht vorgesehenen Tatbestandsmerkmale auf. Sofern alle Konditionen feststehen, folgt die Angabepflicht aus Satz 1 (vgl. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, Rdnr. 66; Bülow, § 4 VerbrKrG Rdnr. 71). Soweit der Darlehensvertrag veränderliche Bedingungen enthält - hier Laufzeit des Darlehens im Hinblick auf die noch unbekanntem Zuteilungszeitpunkte der parallel anzusparenden Bausparguthaben - ergibt sich die Angabepflicht entsprechend Satz 2 (v. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/Rottenburg, VerbrKrG, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 69; Erman/Rebmann, § 4 VerbrKrG Rdnr. 11 a; Ulmer, in: MünchKommB, § 4 VerbrKrG Rdnr. 35).

*cc. Gesamtbetrachtung von Kreditvertrag und Bausparvertrag, Lebensversicherung o.Ä.*

Dem kann nicht entgegengehalten werden, Festkredite Tilgungsaussetzung sähen die gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. F. erforderliche Rückzahlung in Teilbeträgen nicht vor. Dies entbindet den Kreditgeber nicht von der Angabe des Gesamtbetrags (a. A. Bülow, § 4 VerbrKrG nr. 74), wenn der Festkredit mit einem Bausparvertrag, einer Lebensversicherung oder einem sonstigen Ansparvertrag derart verbunden wird, dass die Tilgung des Kredits für Laufzeit ausgesetzt wird und dafür parallel Zahlungen einen der genannten Ansparverträge geleistet werden. Aus der maßgeblichen Sicht des Kreditnehmers, dessen Information § 4 I 4 Nr. 1 VerbrKrG a. F. dient, um ihm eine sachechte Entscheidung über die Kreditaufnahme und einen Vergleich mit anderen Angeboten zu ermöglichen, ist es nur von nachrangiger Bedeutung, ob er Tilgungsraten direkt an den Kreditgeber oder zunächst Zahlungen an eine Versicherung oder Bausparkasse erbringt, wenn nur von vornherein feststeht, dass diese Zahlungen zur Rückzahlung des Kredits verwendet werden (Peters: in: Schimansky/Bunte/Lwowski, VerbrKrG Rdnr. 80; ders., WM 1994, 1405 [1406]; Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, Rdnr. .80; Wagner-Wieduwilt, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 4 Rdnr. 74).

Der erkennende Senat hat bereits in seinem Urteil

vom 4. 1990 (BGHZ 111, 117 [121] = NJW 1990, 1844 = LM .38 [Rc] BGB Nr. 64) zur Frage des Effektivzinsvergleichs eines Ratenkredits gegenüber einem mit einer Kapitallebensversicherung verbundenen Festkredit entschieden, dass auf Sicht des Kreditnehmers abgestellt werden müsse. Aus dessen Sicht bestehe wirtschaftlich kein Unterschied zwischen dem marktüblichen Ratenkredit und einem Kredit mit Kapitallebensversicherung. In beiden Fällen habe der Darlehensnehmer als Ausgleich für die Nettokreditsumme in der vereinbarten Laufzeit monatliche Leistungen zu erbringen. Dass diese Leistungen in einem Fall Zinsen und Tilgung beinhalten, im anderen Zinsen und Prämien, mit denen ein Guthaben „angespart“ werde, sei aus Sicht des Kreditnehmers von nachrangiger Bedeutung. Sein Interesse konzentriere sich darauf, welche Gesamtlast er jeweils zu tragen habe. Diese Ausführungen gelten hier entsprechend.

*dd. Berücksichtigung des Annuitäteneffekts*

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Kreditvertrag monatliche Raten vorsieht, die wie bei einem Annuitätendarlehen nicht nur Zahlungen auf die laufenden Zinsen, sondern auch kontinuierlich steigende Tilgungsanteile enthalten. Von der ersten monatlichen Rate über 487 DM entfiel ausgehend von einem Darlehensbetrag von 42 000 DM und dem vereinbarten Zinssatz von 10% nur ein Betrag von 350 DM auf Zinsen, der Rest führte zu einer teilweisen Tilgung des Darlehens. Es kann danach keinem Zweifel unterliegen, dass es sich hier um einen teilweise in Teilzahlungen zu tilgenden Kredit i. S. des § 4 I 4 Nr. 1 lit. b S. 2 VerbrKrG a. F. handelt. Wollte man dies mit Rücksicht auf die teilweise Tilgungsaussetzung und die durch die Ungewissheit der Zuteilungsreife des Bausparvertrags bedingte Unsicherheit über die Laufzeit des Kredits anders sehen, hätte es die kreditgebende Bank in der Hand, sich durch eine besonders unübersichtliche Gestaltung der Kreditkonditionen der Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags zu entziehen. Das kann insbesondere auch unter Berücksichtigung des Umgehungsverbots des § 18 S. 2 VerbrKrG nicht hingenommen werden.

*ee. Kein Einwand der Ungewissheit über die künftige Gesamtbelastung*

Der Umstand, dass der Gesamtbetrag wegen der

Ungewissheit über die Laufzeit des Kreditvertrags nicht endgültig angegeben werden kann, ändert an dieser Beurteilung nichts. Diese Unsicherheit hat der Gesetzgeber gesehen und in § 4 I 4 Nr. 1 lit. b 2 VerbrKrG a. F. im Interesse eines umfassenden Verbraucherschutzes hingenommen. Der Hinweis der Revision, die Bundesregierung habe sich seinerzeit dem Vorschlag des Bundesrats angeschlossen, der für Kredite wie den vorliegenden keine Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags vorsah, trifft zwar zu. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b VerbrKrG a. E sollte danach nur aus dem jetzigen Satz 1 bestehen. Dieser Entwurf ist aber nicht Gesetz geworden. Abweichend von der Vorstellung der Bundesregierung wollte der Gesetzgeber der sich verstärkenden Tendenz zu variablen Konditionen Rechnung tragen und hat mit Blick auf etwaige Umgehungsversuche auch solche Kredite in die Pflicht zur Angabe des Gesamtbetrags einbezogen, bei denen einzelne Bedingungen veränderlich gestaltet sind (Peters, WM 1994, 1405 [1406]; v. Rottenburg, in: v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, § 4 Rdnr. 68; Wagner-Wieduwilt, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 4 Rdnrn. 46ff.). Zu diesem Zweck ist er über den Novellierungsvorschlag von Bundesrat und Bundesregierung hinaus gegangen und hat mit Satz 2 der Vorschrift auch Verträge mit veränderlichen Bedingungen einer - allerdings modifizierten - Angabepflicht unterworfen (vgl. Bericht des BT-Rechtsausschusses vom 3. 3. 1993, BT-Dr 12/4S26, abgedr. in ZIP 1993, 477). Soweit ursprünglich beabsichtigt gewesen sein mag, die Angabepflicht aus Satz 2 auf Kreditverträge mit variabler Verzinsung zu beschränken (vgl. hierzu Wagner-Wieduwilt, in: Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt, § 4 Rdnrn. 46 ff.), hat dies in dem Gesetzestext keinerlei Niederschlag gefunden. Satz 2 spricht vielmehr allgemein und ohne Einschränkungen von „veränderlichen Bedingungen“. Er ist daher auch anzuwenden, wenn - wie hier - veränderliche Laufzeiten vereinbart werden (Erman/Rebmann, § 4 Rdnr. 11a).

*ff. Kein entgegen stehendes Recht durch die zugrunde liegenden europäischen Richtlinien*

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaf-

ten (90/88IEWG) vom 22. 2. 1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten über den Verbraucherkredit (Änderungsrichtlinie zur Verbraucherkreditrichtlinie), auf die die Novelle 1993 zum Verbraucherkreditgesetz zurückzuführen ist. Soweit die Änderungsrichtlinie in Art. 1 Nr. 4 die Angabe eines Gesamtbetrags vorsieht, wenn dies möglich ist, ist die Entscheidung, wann die Angabe als möglich erachtet wird, in das Ermessen des nationalen Gesetzgebers gestellt. Dieser hat hier sein Ermessen in der dargestellten Weise ausgeübt. Im Übrigen wird durch die Richtlinie ohnedies nur ein Mindestschutz statuiert. Dem nationalen Gesetzgeber wird in Art. 15 der Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (Verbraucherkreditrichtlinie) die Möglichkeit eines über die Richtlinie hinausgehenden Verbraucherschutzes ausdrücklich eröffnet.

## *2. Folgen der fehlenden Angabe zur Gesamtbelastung*

Die danach gem. § 4 I 4 Nr. 1 lit. b 2 VerbrKrG a. F. erforderliche Angabe des Gesamtbetrags fehlt im Kreditvertrag. Dies hat, da die Darlehensvaluta vereinbarungsgemäß ausgezahlt wurde, nach § 6 II 2 VerbrKrG zur Folge, dass sich der im Kreditvertrag vereinbarte Zinssatz von 10% auf den gesetzlichen Zinssatz von 4% ermäßigt. Die Kl. können deshalb gem. § 6 II 4 VerbrKrG unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen eine Neuberechnung der monatlichen Leistungsraten und gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung überzahlter Zinsen verlangen (Senat, NJW 2002, 368 = WM 2001, 2379 [2381 f.]). Da die Bekl. die Neuberechnung der Leistungsraten abgelehnt hat, haben die Kl. die Zahlung weiterer Raten zu Recht verweigert (§ 273 I BGB). Die Bekl. ist deshalb zur Einziehung der ihr zur Sicherheit abgetretenen Lohn- und Gehaltsansprüche nicht befugt (vgl. BGH, NJWRR 1995, 1369 m.w. Nachw.).

**Standort: Stellvertretung****Problem: Unerkanntes Eigengeschäft des Vertreters**

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 19.01.201  
22 U 98/00 (NJW 2002, 971)

**Problemdarstellung:**

Der Kl., der Geschäftsführer der T-GmbH, verbrachte ein KFZ zur Bekl., die bereits ein anderes KFZ der T-GmbH gleichen Modells und Farbe zuvor repariert und der T-GmbH in Rechnung gestellt hatte. Bei dem fraglichen zweiten KFZ ist zwischen den Parteien nun aber umstritten, wer als Auftraggeber für den Reparaturauftrag anzusehen ist, der Kl. oder die T-GmbH.

Das OLG Düsseldorf ist der Rechtsauffassung, dass ein etwaiger Reparaturauftrag allein mit der T-GmbH zu Stande gekommen ist. Maßgeblich war dabei die Sicht der Bekl. als Erklärungsempfängerin. Bereits zuvor war der Bekl. ein KFZ gleichen Typs, das auf die T-GmbH zugelassen war, zur Reparatur überlassen worden. Die ihr seinerzeit unter Übergabe des Fahrzeugscheins erteilten Aufträge konnte die Bekl. nur in dem Sinne verstehen, dass Auftraggeberin die T-GmbH als Fahrzeughalterin war, zumal bei der Übergabe des Fahrzeugs eine andere Person als Auftraggeber nicht benannt worden ist. Der Wille des Kl., in diesem Fall nicht als Stellvertreter der T-GmbH aufzutreten, sondern ein Eigengeschäft vorzunehmen, ist insofern unbeachtlich.

**Prüfungsrelevanz:**

Für eine Stellvertretung gem. § 164 I 1 BGB muss der Vertreter zur Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips erkennbarerweise für den Dritten seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgeben. Dafür bedarf es - wie dieser Fall zeigt - keiner ausdrücklichen Erklärung; der Wille, im fremden Namen zu handeln, kann sich gem. § 164 I 2 BGB auch aus den äußeren Umständen ergeben. Unbeachtlich ist der innere, unerklärt gebliebene Wille. Tritt der Vertreter nach außen im fremden Namen auf, will er aber in Wahrheit für sich selbst abschließen, wird allein der Vertretene berechtigt und verpflichtet (BGHZ 36, 33). Der Name des Vertretenen braucht nicht genannt zu werden; es genügt, wenn die Person des Vertretenen gem. § 164 I 2 BGB bestimmbar

ist. Bei unternehmensbezogenen Geschäften geht der Wille der Parteien im Zweifel dahin, dass der Betriebsinhaber Vertragspartner werden soll (BGH NJW 1984, 1347).

In analoger Anwendung von § 164 II BGB gilt, dass derjenige, der im eigenen Namen handeln will, aber nach außen im fremden Namen auftritt, nicht seinen Irrtum gem. § 199 I BGB anfechten kann (Palandt/Heinrichs, § 164, Rz. 16; a.A. MünchKomm./Schramm, § 164, Rz. 57).

**Vertiefungshinweis:**

Zur Abrechnung für Reparaturkosten: *OLG Hamm*, NJW-RR 1999, 253

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Stibitzki"

Examenskurs: "Hausverwaltung"

**Leitsätze:**

**1. Den Auftrag zur Reparatur eines Kraftfahrzeugs unter Übergabe des Kraftfahrzeugscheins kann der Auftragnehmer als Auftrag des Kraftfahrzeughalters verstehen, wenn bei der Übergabe keine andere Person als Auftraggeber benannt worden ist.**

**2. Wenn der Geschäftsführer einer GmbH, die mit Kraftfahrzeugen handelt, ein nicht zugelassenes Kraftfahrzeug in Reparatur gibt, nachdem vorher bereits ein gleichartiges, auf die GmbH zugelassenes Fahrzeug von dem Auftragnehmer repariert worden war, kann der Auftragnehmer auch den neuen Auftrag als im Namen der GmbH erteilt verstehen.**

**3. Bei einem gewerblich genutzten Kraftfahrzeug müssen entgangene Gebrauchsvorteile konkret nachgewiesen werden.**

**Sachverhalt:**

Die T-GmbH, deren Geschäftsführer der Kl. war, hatte von einem spanischen Händler zwei gleichfarbige, bereits in Spanien zugelassene Suzuki Vitara erworben, welche die Fahrzeugidentitätsnummern (FIN) ... 320 und ... 321 hatten. Nachdem die

Bekl., eine Suzuki-Vertragshändlerin, schon Arbeiten an dem Kfz mit der FIN... 320 ausgeführt hatte, brachte der Kl. das Kfz mit der FIN ... 321 zur Bekl.; zwischen den Parteien ist streitig, wann und zu welchem Zweck. Jedenfalls befand sich dieses Kfz seit Anfang August 1996 bei der Bekl. Wegen einer nicht bezahlten früheren Rechnung verweigerte die Bekl. die Herausgabe des Kfz bis zum 7. 1. 1998. Der Kl. verlangt aus eigenem und aus abgetretenem Recht der T-GmbH Nutzungsausfall von 82 DM/Tag für die Zeit vom 16. 8. 1996 bis 6. 1. 1998 sowie 2134,08 DM Schadensersatz wegen während der Standzeit an dem Kfz angeblich entstandener Beschädigungen insgesamt 43626,08 DM. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Kl. hatte keinen Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Der Kl. kann von der Bekl. weder Gebrauchsvorteile ersetzt verlangen, die ihm dadurch entgangen sind, dass die Bekl. den Pkw der Marke "Suzuki", Typ „Vitara-JLX“ mit der Fahrzeugidentitätsnummer V02 (FIN ... 321) vom 16. 8. 1996 bis zum 6. 1. 1998 zurückbehalten hat, noch Schäden ersetzt verlangen, die nach seiner Darstellung in dem vorgenannten Zeitraum an dem Fahrzeug entstanden sind.

#### **A. Anspruch auf Ersatz von Gebrauchsvorteilen**

Als Anspruchsgrundlage für den mit der Klage verfolgten Anspruch auf Ersatz entgangener Gebrauchsvorteile kommen § 286 I BGB und die §§ 990 II BGB i. V. mit § 286 I BGB in Betracht.

Hat zwischen den Parteien ein Werkvertrag bestanden, durch den die Bekl. die Ausführung von Reparaturarbeiten an dem Fahrzeug übernommen hatte, war die Bekl. verpflichtet, dem Kl. das Fahrzeug nach Abschluss der Reparaturarbeiten wieder herauszugeben. Ist sie mit dieser vertraglichen Verpflichtung in Verzug geraten, so hat sie dem Kl. den durch die Vorenthaltung des Fahrzeugs entstandenen Schaden, der in der entzogenen Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs besteht, als Verzugsschaden zu ersetzen (vgl. BGHZ 85, 11 = NJW 1982, 2304 = LM § 249 [Hd] BGB Nr. 31).

Ist dagegen kein Reparaturvertrag zu Stande gekommen, weil die Parteien sich - wofür immerhin die Aussage der Zeugin W spricht, die Bekl. sei nicht mehr bereit gewesen, den Defekt der Tankanzeige

„auf Garantie zu erledigen, als auch noch der Kl. gekommen sei“ - nicht über Entgeltlichkeit geeinigt haben, konnte der Kl., sofern er Eigentümer war, als solcher, anderenfalls als Geschäftsführer der T-GmbH für diese gem. § 985 BGB die Herausgabe des Fahrzeugs von der Bekl. verlangen, sofern der Bekl. kein Recht zum Besitz i. S. des § 986 BGB zustand. Der Anspruch aus § 990 II BGB auf Ersatz des in den entgangenen Gebrauchsvorteilen bestehenden Verzugsschadens setzt in diesem Falle aber gem. § 990 I BGB zusätzlich voraus, dass die Bekl. beim Erwerb des Besitzes nicht in gutem Glauben war oder später erfahren hat, dass sie nicht zum Besitz berechtigt war (vgl. BGHZ 120, 204 = NJW 1993, 389 [392] = LM H. 4/1993 § 70 DDR-ZGB Nr. 4; BGH, NJW-RR 1993, 626 [628] = LM H. 8/1993 § 347 BGB Nr. 13). Beide Ansprüche bestehen, sofern die für sie erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind, nebeneinander. Die Vorschriften der §§ 987ff. BGB stellen insoweit keine abschließende Regelung dar und verdrängen den Schadensersatzanspruch aus § 286 I BGB nicht (vgl. BGHZ 85, 11 = NJW 1982, 2304 = LM § 249 [Hd] BGB Nr. 31).

#### **I. Eigener vertraglicher Anspruch des Kl.**

Ein eigener vertraglicher Anspruch des Kl. auf Ersatz von Gebrauchsvorteilen besteht nicht. Es kann schon nicht festgestellt werden, dass zwischen den Parteien ein Vertrag über die Durchführung von Reparaturarbeiten an dem Fahrzeug mit der FIN... 321 bestanden hat. [...]

Die Frage, ob ein Vertrag über die (entgeltliche oder unentgeltliche) Ausführung von Reparaturarbeiten zu Stande gekommen ist, nachdem der Kl. das Fahrzeug mit der FIN 321 im Juni, Juli oder August 1996 zur Werkstatt der Bekl. gebracht hatte, kann jedoch letztlich unentschieden bleiben. Wenn ein solcher Reparaturauftrag über das Fahrzeug mit der FIN ... 321 tatsächlich erteilt worden ist, dann ist er nicht mit dem Kl. persönlich, sondern mit der T-GmbH zu Stande gekommen.

Unstreitig war bereits im Februar 1996 ein Fahrzeug vom gleichen Typ, das unter dem amtlichen Kennzeichen X-Y 888 auf die T-GmbH zugelassen war, der Bekl. zur Reparatur gegeben worden. Die ihr seinerzeit unter Übergabe des Fahrzeugscheins erteilten Aufträge konnte die Bekl. nur in dem Sinne verste-

hen, dass Auftraggeberin die T-GmbH als Fahrzeughalterin war, zumal, wie die Zeugin W bekundet hat, bei der Übergabe des Fahrzeugs eine andere Person als Auftraggeber nicht benannt worden ist.

Tatsächlich hat die Bekl. die Auftragserteilung seinerzeit auch so verstanden und die Rechnung vom 13. 3. 1996 ebenso wie offenbar die über die Beseitigung der Unfallschäden erteilte Rechnung vom gleichen Tage (vgl. dazu das Urteil des AG Krefeld im Vorprozess) an die T-GmbH adressiert. Wenn der Kl. deshalb in der Folgezeit den Auftrag erteilt hat, an dem Fahrzeug mit der FIN ... 321 die Tankanzeige zu reparieren, war das unter den gegebenen Umständen aus der maßgeblichen Sicht der Bekl. als Erklärungsempfängerin so zu verstehen, dass der Kl. den Auftrag als Geschäftsführer der T-GmbH in deren Namen erteilte. Im Hinblick darauf, dass die T-GmbH mit Fahrzeugen handelte (vgl. die in der Rechnung der Bekl. vom 11. 3. 1996 - Bl. 8 BeiA - wiedergegebene Firma) und das übergebene Fahrzeug mit der FIN ... 321 nicht zum Straßenverkehr zugelassen war, konnte daran aus der Sicht der Bekl. kein Zweifel bestehen. Dass er bei der Auftragserteilung ausdrücklich darauf hingewiesen habe, er erteile den Auftrag im eigenen Namen, trägt der Kl. nicht vor.

## *II. Abgetretener vertraglicher Anspruch der T-GmbH*

Auch aus von der T-GmbH abgetretenem Recht kann der Kl. den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz entgangener Nutzungen nicht herleiten. Abgesehen davon, dass der Kl. die nicht näher konkretisierte, von der Bekl. bestrittene Abtretung nicht unter Beweis gestellt hat, ist ein solcher Anspruch nicht hinreichend dargetan.

Das Fahrzeug mit der FIN ... 321 gehörte, wenn es nicht schon - wie der Kl. nunmehr im Berufungszug behauptet - an den Kl. veräußert worden war, zum Betriebsvermögen der T-GmbH und wurde demgemäß, sofern überhaupt, gewerblich genutzt. Als Kraftfahrzeughändlerin hat die T-GmbH bei Beschädigung eines gewerblich genutzten Kraftfahrzeugs keinen Anspruch auf Ersatz entgangener Gebrauchsvorteile nach der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch. Sie muss vielmehr ihren Ausfallschaden konkret nachweisen (vgl. den Senatsbeschl., OLG-Report 1994, 148 = NZV 1994, 317

- betreffend einen Vorführwagen; und das Senatsurteil v. 18. 6. 1999 - 22 U 265/98 - betreffend einen Lastzug). Schon daran fehlt es.

Auf die weitere Frage, ob die Bekl. die Herausgabe des Fahrzeugs gegenüber der T-GmbH unter Berufung auf ein Unternehmerpfandrecht (§ 647 BGB) für ihre Werklohnforderung aus der Rechnung vom 6.6.1996 verweigern konnte, kommt es hiernach nicht mehr an.

## *III. Schadensersatzanspruch des Kl. aus § 990 II BGB*

Ein Schadensersatzanspruch des Kl. ist auch nicht nach den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses (§§ 987ff. BGB) begründet.

Es kann schon nicht festgestellt werden, dass der Kl. Eigentümer des Fahrzeugs mit der FIN... 321 war, als er dieses im Juni, Juli oder August 1996 in die Werkstatt der Bekl. brachte. Der Beweis dafür, dass die T-GmbH dem Kl. das Fahrzeug schon im November 1995 verkauft und ihm das Eigentum daran verschafft hat, wird durch den mit der Berufungsbegründung vorgelegten Vertrag (Bl. 108 GA) nicht erbracht. Die Echtheit des Vertrags kann allerdings kaum in Zweifel gezogen werden. Dafür, dass die auf dem vom Kl. vorgelegten Vertrag angebrachten eigenen Unterschriften gefälscht sein könnten, fehlt jeder Anhaltspunkt.

Die Echtheit des Vertrags (§ 440 II ZPO) beweist aber noch nicht die inhaltliche Richtigkeit der in ihm enthaltenen Erklärungen. Als Privaturkunde begründet sie gem. § 416 ZPO lediglich den Beweis, dass die in ihr enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind. Damit ist aber noch nicht bewiesen, dass sie richtig und insbesondere - was die Bekl. bestreitet - bereits am 2. 11. 1995 abgegeben worden sind. Weitere Beweise hat der Kl. nicht angetreten.

Dem Wortlaut des Vertrags kann im Übrigen nicht entnommen werden, dass es sich bei dem verkauften Fahrzeug tatsächlich um das hier in Rede stehende Fahrzeug mit der FIN ... 321 gehandelt hat. Die T-GmbH handelt mit Kraftfahrzeugen und hatte seinerzeit nach den Angaben des Kl., die auch von den im Vorverfahren gehörten Zeugen bestätigt worden sind, mehrere gleichartige Fahrzeuge erworben. Gerade unter diesen Umständen hätte es deshalb nahe gelegen, zur Unterscheidung die FIN des verkauften

Fahrzeugs, wie es auch sonst im Kraftfahrzeughandel üblich ist, im Vertrag anzugeben. Das ist aber nicht geschehen.

Im Übrigen hat der Kl. im ersten Rechtszug die Sachlage so dargestellt, als sei die T-GmbH Eigentümerin des Fahrzeugs. Er hat nämlich, nachdem die Bekl. im Schriftsatz vom 25. 1. 2000 bestritten hatte, dass der Kl. jemals Eigentümer dieses Fahrzeugs gewesen sei, und unter Hinweis auf das Beweisergebnis des Vorverfahrens behauptet hatte, Halterin des Fahrzeugs sei die T-GmbH gewesen, mit Schriftsatz vom 21. 2. 2000 vorgetragen, er sei in dem Zeitraum, um den es hier gehe, geschäftsführender Gesellschafter der T-GmbH und als solcher auch Nutzungsberechtigter des Fahrzeugs gewesen. Daraus hat er alsdann seine Berechtigung hergeleitet, eine Nutzungsentschädigung wegen der Vorenthaltung des Fahrzeugs gegen die Bekl. geltend zu machen. Wäre er tatsächlich schon seit November 1995 Eigentümer des Fahrzeugs gewesen, hätte es dieser Begründung nicht bedurft.

#### *B. Schadensersatz wegen Beschädigung des Fahrzeugs*

Schließlich kann der Kl. von der Bekl. auch nicht Schadensersatz für Beschädigungen verlangen, die das Fahrzeug nach seiner Darstellung während der

Standzeit auf dem Werkstattgelände der Bekl. erlitten hat, und zwar weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht der T-GmbH.

#### *I. Ansprüche aus eigenem Recht*

Als Anspruchsgrundlage kommen, da vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien nicht bestanden haben, allenfalls die §§ 987ff. BGB in Betracht. Auch insoweit liegen indes die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch des Kl. nicht vor, denn dieser war zur Zeit der Entstehung der behaupteten Schäden nicht Eigentümer des angeblich beschädigten Fahrzeugs.

#### *II. Ansprüche aus abgetretenem Recht*

Die Schadensersatzansprüche des Kl. sind auch nicht aus abgetretenem Recht der T-GmbH gerechtfertigt. Die behauptete Abtretung von Ansprüchen der T-GmbH ist nicht bewiesen. Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass die behauptete Abtretung von Ansprüchen der T-GmbH auch einen etwaigen Anspruch der T-GmbH gegen die Bekl. wegen Beschädigungen umfasste. Der Vortrag, „die Ansprüche der T-GmbH“ seien an den Kl. abgetreten, ist nicht ausreichend bestimmt, zumal im Kontext ausschließlich von einer Nutzungsentschädigung die Rede ist.

### **Standort: Gestaltungsrechte**

### **Problem: Verwirkung gem. § 242 BGB**

BGH, URTEIL VOM 18.10.2001  
I ZR 91/99 (NJW 2002, 669)

#### **Problemdarstellung:**

Die Parteien schlossen am 26.08./12.09.1994 einen Lizenzvertrag, wonach die Kl. als Lizenznehmerin das Recht zustand, Fotomaterial, Drehbücher, Synchronfassungen, etc. einer geplanten Fernsehserie für eine begleitende Buchreihe zu verwenden. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen dieses Vertrages war u.a. bestimmt, dass die Kl. vom Vertrag zurücktreten durfte, wenn es der Bekl. nicht innerhalb eines Jahrs gelang, diese Fernsehserie zur Ausstrahlung durch einen in Deutschland ansässigen Vollprogrammssender zu bringen. Die bekl. Lizenzgeberin schaffte es allerdings erst am 30.11.1995 bzw. 22.08.1997, die Senderechte an einen entsprechen-

den deutschen Sender zu veräußern. Jedoch erklärte die Kl. erst am 17.12.1996 den Rücktritt und verlangt nunmehr die Rückzahlung ihrer bereits erbrachten Lizenzgebühren.

Das BerGer. hat die Klage abgewiesen, da es den Rücktritt für verfristet, zumindest für verwirkt (§ 242 BGB) hält. Der BGH tritt unter Aufhebung des Berufungsurteils diesen Ausführungen entgegen. Die Ausübung dieses vertraglichen Rücktrittsrechts war nach den Bestimmungen des Lizenzvertrages nicht fristgebunden. Die Auslegung durch das BerGer., das Rücktrittsrecht hätte nach seiner Entstehung zeitnah ausgeübt werden müssen, ist rechtsfehlerhaft; sie findet weder im Wortlaut des Vertrages noch im tatsächlichen Vorbringen der Parteien eine Stütze. Die vom BerGer. vorgenommene Vertragsauslegung verletzt zudem das Gebot der möglichst nach beiden

Seiten hin interessengerechten Auslegung. Es hätte bedacht werden müssen, dass bei der geplanten Fernsehserie zur Bibelverfilmung eine langwierige Planung und Produktion auf beiden Seiten erfolgen musste. Eine zeitnahe Ausübung des Rücktritts stünde dem entgegen. Diese Erkenntnis steht auch der Möglichkeit, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung eine solche Rücktrittsfrist festzustellen, entgegen. Auch kann die Rücktrittsübung nicht als verwirkt angesehen werden.

Das BerGer. hat nur unzureichende Feststellungen dazu getroffen, ob die Bekl. darauf vertrauen durfte, dass das Rücktrittsrecht nicht mehr geltend gemacht werde, und keine Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergeben könnte, dass sie sich darauf eingerichtet hat. Die Prüfung des Parteivorbringens zur Frage der Verwirkung, die dem Senat als RevGer. verwehrt ist, deshalb im erneuten Berufungsverfahren nachzuholen sein.

Im vorliegenden Fall spricht gegen die Annahme, das Rücktrittsrecht habe, um seine Verwirkung zu vermeiden, binnen kurzer Frist ausgeübt werden müssen, bereits der Umstand, dass sich die Bekl. selbst - notfalls durch Fristsetzung nach § 355 BGB - Sicherheit darüber verschaffen konnte, ob sie noch mit der Ausübung des Rücktrittsrechts rechnen musste.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil des BGH ist in zweierlei Hinsicht von examensrelevanter Bedeutung. Zum einen werden die Grundsätze zur Vertragsauslegung, insbesondere der erläuternden und der ergänzenden Vertragsauslegung aufgezeigt. Zum anderen geht es um die Frage, wann die Ausübung eines Gestaltungsrechts - hier am Beispiel eines Rücktrittsrechts - als verwirkt zu bewerten ist.

Der Verwirkungseinwand ist ein Anwendungsfall allgemeinen Einwands aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich ein Schuldner über einen gewissen Zeitraum hin wegen der Untätigkeit seines Gläubigers bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt. Das Verstreichen eines längeren Zeitraums kann allein die Verwirkung von Rechten nicht begründen. Für Gestaltungsrechte gilt

kein allgemeiner Grundsatz, dass eine Verwirkung bereits nach einem kurzen Zeitablauf eintritt

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu einem vergleichbaren Fall: *OLG München*, GRUR 2002, 280

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"

#### **Leitsätze:**

**Für Gestaltungsrechte gilt kein allgemeiner Grundsatz, dass eine Verwirkung bereits nach einem kurzen Zeitablauf eintritt. Treu und Glauben können es allerdings verlangen, dass der Berechtigte im Interesse der anderen Vertragspartei alsbald Klarheit darüber schafft, ob er beabsichtigt, sein Gestaltungsrecht auszuüben, und damit nicht länger zögert als notwendig. Bei der Frage der Verwirkung eines Rücktrittsrechts, für dessen Ausübung keine Frist vereinbart ist, kann zu berücksichtigen sein, dass sich der Berechtigte durch Frist-Setzung nach § 355 BGB selbst vergewissern kann, ob er noch mit der Erklärung des Rücktritts rechnen muss.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bekl. räumte in einem Lizenzvertrag vom 26.8/12. 9. 1994 der Kl. das Recht ein, das Fotomaterial, die Drehbücher und die Synchronfassungen der geplanten Fernsehserie „Die Bibel - Das Alte Testament“ für eine Buchreihe zu verwenden. Nach dem Vertrag hatte die Kl. eine Garantiesumme von 1,5 Mio. DM zu zahlen, von der (zzgl. Mehrwertsteuer) 500000 DM bei Unterzeichnung des Vertrags durch die Kl., je 350000 DM am 30. 6. 1995 und 30. 6. 1996 sowie 300000 DM am 30. 6. 1997 zu entrichten waren. In den Besonderen Vertragsbedingungen des Lizenzvertrags ist (unter Nr. 1) bestimmt: „Teilt der Lizenzgeber dem Lizenznehmer nicht binnen zwölf Monaten nach Abschluss dieses Vertrags mit, dass die TV-Produktion zur Ausstrahlung in Deutschland durch einen hier ansässigen Vollprogrammssender erworben wurde, so kann der Lizenznehmer von diesem Vertrag zurücktreten. Im Falle des Rücktritts zahlt der Lizenzgeber geleistete Lizenzvergütungen an den Lizenznehmer zurück;

weitergehende Ansprüche sind beiderseits ausgeschlossen".

Federführende Koproduzentin der geplanten 21 Episoden der Fernsehserie war die T-Film GmbH & Co. Diese vergab die Senderechte an zehn Folgen der Fernsehserie mit Vertrag vom 30. 11. 1995 und die Senderechte an elf weiteren Folgen mit Vertrag vom 22. 8. 1997 an die D-Film GmbH. Von der vereinbarten Garantiesumme bezahlte die Kl. an die Bekl. insgesamt 1,2 Mio. DM. Mit Schreiben vom 17. 12. 1996 erklärte die Kl. gegenüber der Bekl. den Rücktritt von dem Lizenzvertrag vom 26.8/12. 9. 1994.

Mit ihrer Klage verlangt die Kl. die Rückzahlung der von ihr als Garantiesumme gezahlten Lizenzvergütungen. Die Kl. hat beantragt, die Bekl. zur Zahlung von 1,2 Mio. DM nebst Zinsen in Höhe von 10% seit dem 17. 3. 1997 zu verurteilen. Die Bekl. ist der Klage entgegengetreten und hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Kl. zur Zahlung von 321 000 DM nebst 5% Zinsen seit dem 27. 12. 1997 zu verurteilen. Das LG hat der Klage in Höhe von 1112513,07 DM (1,2 Mio. DM abzüglich 87486,93 DM Lizenzgebühr für verkaufte Bücher) nebst 5% Zinsen hieraus seit dem 17. 3. 1997 stattgegeben und sie im Übrigen - ebenso wie die Widerklage - abgewiesen. Auf die Berufung der Bekl. hat das BerGer. das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage hat es die Kl. verurteilt, an die Bekl. 321 000 DM nebst 5% Zinsen hieraus seit dem 27. 12. 1997 zu bezahlen. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Kl. erfolgreich mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Bekl. beantragt. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat ausgeführt, die Kl. sei nicht berechtigt, die Rückzahlung ihrer als Garantiesumme gezahlten Lizenzvergütungen zu verlangen, weil sie nicht wirksam von dem Lizenzvertrag vom 26.8/12. 9. 1994 zurückgetreten sei.

#### *I. Verfristung des Rücktrittsrechts*

Die Kl. sei unstreitig nach dem 12. 9. 1995 zunächst

befugt gewesen, von dem Lizenzvertrag zurückzutreten. Der erst mit Schreiben vom 17. 12. 1996 erklärte Rücktritt sei jedoch unwirksam gewesen. Die Parteien hätten zwar keine Frist für die Ausübung des Rücktritts vereinbart, dem Vertrag sei aber zu entnehmen, dass das Rücktrittsrecht nur zeitnah zur Entstehung des Rücktrittsrechts habe ausgeübt werden können. Die Parteien hätten vereinbart, dass im Fall des Rücktritts nur die entrichteten Lizenzvergütungen zurückzuzahlen seien und weitergehende Ansprüche beiderseits ausgeschlossen sein sollten. Die Kl. habe somit das Recht gehabt, sich von dem Lizenzvertrag zu lösen, wenn die Fernsehrechte an der Serie nicht wie vorgesehen binnen eines Jahres verkauft worden seien; sie habe sich jedoch nach einem Jahr entscheiden müssen. Bei einer anderen Auslegung des Vertrags wäre es der Kl. dagegen theoretisch möglich gewesen, in Auswertung der eingeräumten Nutzungsrechte riesige Umsätze und Gewinne zu machen, dann aber, falls die Fernsehrechte nicht, nicht rechtzeitig oder nur teilweise verkauft worden seien, irgendwann zurückzutreten und die gezahlten Lizenzvergütungen vollständig zurückzuverlangen. Der erst über 15 Monate nach Entstehung des Rücktrittsrechts erklärte Rücktritt sei nicht - wie erforderlich - zeitnah ausgesprochen worden.

#### *II. Verwirkung des Rücktrittsrechts*

Unter den gegebenen Umständen sei das Rücktrittsrecht zumindest verwirkt. Die Kl. habe nach Ablauf der Jahresfrist am 12. 9. 1995 die am 30. 6. 1996 fällige Rate der Garantiesumme vorbehaltlos gezahlt und vor der Fälligkeit der letzten Rate - ein Jahr später - mit Schreiben vom 24. 6. 1996 noch eine verbesserte Qualität des ihr zu liefernden Materials gefordert. Sie habe damit zu erkennen gegeben, dass sie ihr Rücktrittsrecht nicht ausüben werde. Von der Bekl. habe nicht erwartet werden können, selbst eine Klärung herbeizuführen, ob die Kl. ihr Rücktrittsrecht ausüben wolle, da sie im Fall eines Rücktritts leer ausgehen sollte.

Da der Lizenzvertrag somit fortbestehe, sei die Kl. auf die Widerklage antragsgemäß zur Zahlung der letzten Rate der Garantiesumme zu verurteilen.

#### *B. Entscheidung der Revision*

Diese Beurteilung hält den Revisionsangriffen nicht stand. Diese führen zur Aufhebung des Berufungs-

urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

### *I. Entstehung des Rücktrittsrechts für die Kl.*

Das BerGer. ist im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass das im Lizenzvertrag vom 26.8./12. 9. 1994 vereinbarte Rücktrittsrecht am 12. 9. 1995 entstanden ist, weil nicht - wie vorgesehen - binnen eines Jahres nach Vertragsschluss ein Vertrag mit einem inländischen Vollprogrammssender über die Rechte zur Ausstrahlung der gesamten Fernsehserie in Deutschland zu Stande gekommen ist. Diese Beurteilung steht im Einklang mit dem klaren Wortlaut der vereinbarten Rücktrittsklausel und wird von der Revisionserwiderung auch nicht angegriffen.

### *II. Keine Frist bezüglich der Rücktrittsübung*

Die Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts war nach dem Lizenzvertrag der Parteien nicht fristgebunden; dieses Gestaltungsrecht konnte lediglich verwirkt werden. Die Auslegung des BerGer., das Rücktrittsrecht habe nach seiner Entstehung zeitnah ausgeübt werden müssen, ist rechtsfehlerhaft. Sie ist für das RevGer. nicht bindend, weil sie weder im Wortlaut des Vertrags noch in dem tatsächlichen Vorbringen der Parteien eine Stütze findet (vgl. dazu BGH, NZG 2001, 940 = WM 2001, 1623 ). Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass sich die BeKl. nicht damit verteidigt hat, das Rücktrittsrecht sei nach dem Vertrag mangels zeitnaher Ausübung erloschen. Das Vorbringen der BeKl. ging vielmehr dahin, das Rücktrittsrecht sei nicht entstanden, weil ein Sendevertrag mit der D-Film GmbH - wenn auch zunächst nur über zehn Folgen der Fernsehserie - geschlossen worden sei, oder - sollte es entstanden sein - jedenfalls verwirkt sei.

Die Vertragsauslegung des BerGer. verletzt im Übrigen im Hinblick auf den unstreitigen Sachverhalt das Gebot der möglichst nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung (vgl. BGHZ 131, 136 = NJW 1996, 248 = LM H. 3/1996 § 157 (C) BGB Nr. 46; BGHZ 146, 280 = NJW 2001, 1928 = LM H. 10/2001 § 133 (B) BGB Nr. 62; BGH, NJW-RR 1998, 1639 = GRUR 1998, 673 = LM H. 9/1998 § 8 UrhG Nr. 5 - Popmusikproduzenten m. w. Nachw.). Das Vorhaben, Episoden des Alten Testaments für das Fernsehen zu verfilmen, hatte einen außergewöhnlichen Umfang. Es sollten 21 Fol-

gen (mit je 90 Minuten Spielzeit) gedreht werden; die Produktion - mit einem veranschlagten Aufwand von 200 Mio. DM - musste sich dementsprechend über mehrere Jahre hinziehen. Die Parteien gingen weiterhin unstreitig davon aus, dass die Senderechte an der Serie nicht "durch einen einzigen Vertrag" vermarktet werden könnten. Die Kl. konnte die geplanten Bücher zur Fernsehserie dann erfolgreich absetzen, wenn die Serie auch tatsächlich durch einen inländischen Vollprogrammssender ausgestrahlt wurde, musste aber die Bücher rechtzeitig vorbereiten, wenn sie diese parallel zu den Fernsehausstrahlungen der Serie vertreiben wollte. Sie konnte mit ihren Vorbereitungen nicht warten, bis die Senderechte vergeben waren, zumal nach Lizenzvertrag der Parteien dafür nur eine Frist von einem Jahr vorgesehen war. Bei dieser Sachlage war für die Part offensichtlich, dass beide Seiten nach Abschluss des Vertrages wegen ihrer Aufwendungen für das Projekt ein Interesse hatten, dieses nach Möglichkeit zum Erfolg zu führen, selbst wenn sich bei der Vermarktung der Senderechte zunächst Schwierigkeiten ergeben sollten. Es wäre deshalb mit Interessenlage beider Parteien nicht vereinbar gewesen, Kl. bei Entstehen des Rücktrittsrechts zu zwingen, zeitnah eine Entscheidung über dessen Ausübung zu treffen.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist die Vertragsauslegung des BerGer. auch nicht als Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung haltbar. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist nur zulässig, wenn eine Lücke im Vertrag festzustellen ist (vgl. BGH, NJW 2001, 600 m. w. Nachw.). Dies ist jedoch nach dem Vorbringen beider Parteien in den Tatsacheninstanzen nicht der Fall. Eine ergänzende Vertragsauslegung wäre zudem nur in der Weise möglich, dass zu ermitteln wäre, was die Parteien im Fall Erkennens einer Regelungslücke bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten (vgl. BGH, NJW 1998, 1219 = LM H. 11/1998 § 157 (Hb) BGB Nr. 6 m. W. Nachw.). Eine Auslegung der Voraussetzungen für das Rücktrittsrecht der Kl., wie sie das BerGer. vorgenommen widerspräche aber - wie dargelegt - der bei Vertragsschluss gegebenen Interessenlage beider Parteien. Die Interessen der BeKl. waren vielmehr ausreichend dadurch gewahrt, diese nach § 355 BGB befugt war, für die Ausübung Rücktrittsrechts

gegebenenfalls eine Frist zu setzen, nach deren Ablauf das Recht erloschen wäre. Zudem waren Interessen der Bekl. dadurch geschützt, dass die Ausübung des Rücktrittsrechts in jedem Fall dem Grundsatz von Treu und Glauben unterstand und deshalb gegebenenfalls verwirkt werden konnte.

### *III. Keine Verwirkung des Rücktrittsrechts*

Die Hilfsbegründung des BerGer., das Rücktrittsrecht der Kl. sei zumindest verwirkt, hält den Angriffen der Revision ebenfalls nicht stand. Die Entscheidung über die Frage der Verwirkung ist zwar grundsätzlich dem Tatrichter behalten, der den ihm dazu vorgetragenen Sachverhalt eigenverantwortlich zu würdigen hat. Das RevGer. hat aber nachzuprüfen, ob der Tatrichter alle erheblichen Gesichtspunkte berücksichtigt hat und die Bewertung dieser Gesichtspunkte von den getroffenen tatsächlichen Feststellungen getragen wird (BGHZ 146, 217 = GRUR 2001, 323 = H. 8/2001 § 242 (Cc) BGB Nr. 64 - Temperaturwächter m.w. Nachw.). Dabei erweist sich die Beurteilung des BerGer. als rechtsfehlerhaft.

#### *I. Grundsätzliches zur Verwirkung*

Der Verwirkungseinwand ist ein Anwendungsfall allgemeinen Einwands aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) Ein Recht ist verwirkt, wenn sich ein Schuldner über einen gewissen Zeitraum hin wegen der Untätigkeit seines Gläubigers bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (BGH, GRUR 2001, 323). Das Verstreichen eines längeren Zeitraums kann allein die Verwirkung von Rechten nicht begründen (vgl. BGH, NJW 2001, 2). Für Gestaltungsrechte gilt - entgegen der Annahme des BerGer. - kein allgemeiner Grundsatz, dass eine Verwirkung bereits nach einem kurzen Zeitablauf eintritt. Treu und Glauben können es allerdings bei Gestaltungsrechten verlangen, dass der Berechtigte im Interesse der anderen Vertragspartei alsbald Klarheit darüber schafft, ob er beabsichtigt seine Rechte auszuüben, und damit nicht länger zögert als notwendig (vgl. BGH, WM 1969, 721 ). Entscheidend sind aber letztlich immer die Umstände des Einzelfalls (vgl. BGH, NJW-RR 1996, 949; Roth, in: Münch-Kom BGB, 4. Aufl., § 242 Rdnr. 471).

#### *2. Überprüfung des vorliegenden Falls*

Die Revision rügt danach mit Erfolg, dass die vom BerGer. getroffenen Feststellungen die Annahme einer Verwirkung des Rücktrittsrechts nicht rechtfertigen. Das BerGer. hat nur unzureichende Feststellungen dazu getroffen, ob die Bekl. darauf vertrauen durfte, dass das Rücktrittsrecht nicht mehr geltend gemacht werde, und keine Tatsachen festgestellt, aus denen sich ergeben könnte, dass sie sich darauf eingerichtet hat. Die Prüfung des Parteivortragens zur Frage der Verwirkung, die dem Senat als RevGer. verwehrt ist, deshalb im erneuten Berufungsverfahren nachzuholen sein.

Im vorliegenden Fall spricht gegen die Annahme, das Rücktrittsrecht habe, um seine Verwirkung zu vermeiden, binnen kurzer Frist ausgeübt werden müssen, bereits der Umstand, dass sich die Bekl. selbst - notfalls durch Fristsetzung nach § 355 BGB - Sicherheit darüber verschaffen konnte, ob sie noch mit der Ausübung des Rücktrittsrechts rechnen musste. Gegen die Annahme, die Bekl. habe auf die Nichtausübung des Rücktrittsrechts vertrauen dürfen, spricht weiter der Zweck des Lizenzvertrags. Dieser sollte es der Kl. ermöglichen, „Bücher zur Fernsehserie" auf den Markt zu bringen. Es lag daher nicht der übliche Fall der Vergabe einer Unterlizenz vor, in dem das Vermarktungsrisiko ganz bei dem Lizenznehmer liegt, weil dieser es auch selbst in der Hand hat, sein Nutzungsrecht so gut wie möglich auszuwerten. Der wirtschaftliche Erfolg der Kl. war vielmehr, wie auch in der vertraglichen Regelung des Rücktrittsrechts zum Ausdruck gekommen ist, davon abhängig, dass die Fernsehserie im Inland durch einen Vollprogrammsender ausgestrahlt wird. Die Kl. konnte sich zudem nicht ohne Verlust durch Rücktritt von dem Lizenzvertrag lösen, weil sie, um die erworbenen Nutzungsrechte im Zusammenhang mit der Ausstrahlung der Serie auswerten zu können, rechtzeitig Vorbereitungen treffen musste und die dazu erforderlichen Aufwendungen bei einem Rücktritt verloren hätte.

Nachdem es der T-Film GmbH & Co. gelungen war, durch Vertrag vom 30. 11. 1995 die Senderechte wenigstens an zehn Folgen der Fernsehserie zu vergeben, hatte die Kl. danach - auch für die Bekl. offensichtlich - gute Gründe, mit der Entscheidung über die Ausübung ihres am 12. 9. 1995 entstandenen Rücktrittsrechts noch zuzuwarten. Der

Bekl. war jedoch bekannt, dass der Erfolg des Lizenzvertrags unverändert davon abhing, dass die Serie vollständig von einem Vollprogrammssender ausgestrahlt wird und die Kl. deshalb nach wie vor ein erhebliches Interesse hatte, das ihr vertraglich eingeräumte Rücktrittsrecht ausüben zu können, falls dies nicht erreicht werden konnte. Ein anderer Lizenznehmer wäre bei der gegebenen Sachlage ohnehin kaum zu finden gewesen, weil auch der wirtschaftliche Er-

folg jedes anderen Lizenznehmers von der Vergabe der Senderechte an einen Vollprogrammssender abhängig sein musste. Bei dieser Sachlage konnte das Zuwarten der Kl. bei der Bekl. kaum ein Vertrauen darauf begründen, das Rücktrittsrecht werde auch dann nicht mehr ausgeübt werden, wenn es nicht gelinge, die Fernsehrechte an den restlichen elf Folgen der Serie zu vergeben.

#### IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	RA Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	RA Carsten Scheen ( <i>Zivilrecht</i> ); Markus Schmülling ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	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.
<b>DRUCK:</b>	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge; Tel. 02505/930811

*Strafrecht***Standort: § 211 StGB****Problem: Verdeckungsmord**

BGH, URTEIL VOM 12.06.2001  
5 STR 432/00 (NSTZ 2002, 253)

**Problemdarstellung:**

Der 5. Strafsenat hatte sich in der am 12.06.2001 getroffenen Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, inwieweit ein Verdeckungsmord in Betracht kommt, wenn der Täter von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer gehandelt hat. Die Angeklagten hatten zunächst mit einer Eisenstange auf das Opfer eingeschlagen. Sie handelten dabei mit einem im Zuge der Schläge gebildeten Tötungsvorsatz. Die Angeklagten wollten das Opfer töten, um eine befürchtete Anzeige zu verhindern. Nachdem sie dachten, das Opfer sei tot, ließen sie es am Tatort zurück. Einer der Angeklagten kehrte zurück, entdeckte dass das Opfer noch lebte und versetzte ihm todbringende Tritte. Der Senat führt aus, dass hinsichtlich des ersten Tatabschnitts eine zu verdeckende Vortat fehle, da jedenfalls nicht auszuschließen sei, dass die Angeklagten von Anfang an mit Tötungsvorsatz handelten und damit lediglich eine Tat vorliege. Allerdings liege bezüglich des zweiten Tatabschnitts eine zu verdeckende Tat vor, da zwischen den letztlich tödlichen Tritten und der Vortat eine erhebliche zeitliche Zäsur liege.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Mordmerkmale der 3. Gruppe sind Gegenstand zahlreicher Kontroversen und beliebter Prüfungsgegenstand (vgl. etwa Otto, Jura 1994, 141 ff.; Wessels/Hettinger, BT 1, Rn. 123 ff.; RA 1999, 207/450/692; 2000, 356). Immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Frage, ob es sich bei dem jeweils zu verdeckenden Geschehen um eine andere Straftat handelt. Zwar geht die Rechtsprechung seit BGHSt 35, 116 davon aus, dass eine identische Angriffsrichtung, d.h. eine eben-

falls gegen Leib und Leben gerichtete Vortat, einen Verdeckungsmord nicht grundsätzlich ausschließt. Doch nimmt der BGH spätestens seit der in NSTZ 1990, 385 veröffentlichten Entscheidung (wieder) regelmäßig an, dass jedenfalls dann keine andere Tat verdeckt werde, wenn der Täter von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer handele. Es wird argumentiert, dass allein das Hinzutreten des Verdeckungsmotivs die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat mache. Etwas anderes gelte nur dann, wenn zwischen erster und weiterer Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liege (vgl. etwa BGH, NSTZ 2000, 498).

**Vertiefungshinweise:**

Zum Verdeckungsmord: *BGHSt* 35, 116; *BGH*, NSTZ-RR 2002, 139; NSTZ 2000, 498; *Schmidhäuser*, NSTZ 1989, 55; *Saliger*, NSTZ 1997, 302; *Momsen*, JR 2000, 29.

Zum minder schweren Fall des Totschlags (§ 213 StGB): *BGH*, NSTZ-RR 2002, 140; *LG Erfurt*, NSTZ 2002, 260.

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Ein Mann für gewisse Stunden"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**Handelt der Täter bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer, fehlt eine zu verdeckende Vortat, selbst wenn der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich auch deshalb herbeiführen will, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken. Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als eines weiteren Tötungsmotivs macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat.**

**Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen des LG gerieten die Angeklagten am 10. 10. 1995 nach einem gemeinsamen Lokalbesuch mit dem später getöteten R. in Streit. Dabei schlugen die Angekl. mit einer Eisenstange auf den Kopf des Opfers ein. Im Zuge der Gewalttätigkeiten - einen genauen Zeitpunkt hat das Schwurgericht nicht feststellen können - entschlossen sich die Angeklagten, den Geschädigten zu töten, weil sie befürchteten, dass er sie wegen der Misshandlungen bei der Polizei anzeigen würde. Sie schlugen und traten in der Folge dem schon am Boden liegenden Opfer ins Gesicht und drosselten es mit einem Gürtel. In der Annahme, R. sei bereits tot oder werde alsbald versterben, ließen sie ihn in einer Grünanlage zurück. In seiner Wohnung angekommen, erzählte der Angekl. Be seiner Freundin, er habe zusammen mit seinem Bruder jemanden umgebracht. Als diese das nicht glauben wollte, fuhr er mit ihr zum Tatort zurück. Dort bemerkte der Angekl. Be, dass das Opfer noch röchelte. Um es endgültig zu töten und eine Strafanzeige zu verhindern, trat und sprang er sodann mit großer Wucht mehrfach auf den Kopf des am Boden liegenden Opfers. Dieses verstarb kurze Zeit später.

Das LG hat den Angekl. Be wegen Mordes und versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt und die besondere Schwere der Schuld festgestellt. Den Angekl. M, einen Halbbruder des Angekl. Be, hat es wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung - ebenfalls unter Einbeziehung rechtskräftiger Einzelstrafen, eine davon zu 13 Jahren und 6 Monaten wegen des oben genannten, gemeinsam mit Be begangenen Mordes - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 15 Jahren verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten führten mit der Sachrüge hinsichtlich des versuchten Tötungsdelikts zu einer Schuldspruchänderung zu ihren Gunsten und zur Aufhebung der hierfür festgesetzten Einzelstrafen sowie der gebildeten Gesamtstrafen; i.ü. blieben die Rechtsmittel ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:***I. Die gemeinschaftlichen Misshandlungen der beiden Angeklagten*

Die vom LG getroffenen Feststellungen tragen hin-

sichtlich der gemeinschaftlichen Misshandlungen der Angeklagten die Verurteilung wegen eines (versuchten) Verdeckungsmordes nicht.

*1. Zu den Voraussetzungen eines Verdeckungsmordes gem. § 211 II StGB*

Die Annahme dieses Mordmerkmals setzt gemäß § 211 II StGB voraus, dass der Täter die Tötungshandlung vornimmt, um eine andere Straftat zu verdecken. Dabei kann die Tötungshandlung unmittelbar an die zu verdeckende Straftat anschließen (vgl. BGHSt 35, 116; BGHR StGB § 211 II - niedrige Beweggründe 37). Als Vortat eines Verdeckungsmordes i.S. des § 211 II StGB kommt auch ein gegen die körperliche Unversehrtheit gerichtetes Delikt in Betracht (BGH aaO).

*a. Keine "andere Straftat" bei durchgängigem Tötungsvorsatz*

Handelt der Täter allerdings bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer, fehlt eine zu verdeckende Vortat, auch wenn der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich auch deshalb herbeiführen will, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH NStZ 2000, 498 f. m.w.N.). Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als eines weiteren Tötungsmotives macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat. Handelt der Täter mit einem durchgängigen Tötungsvorsatz, ist für die Annahme eines Verdeckungsmordes deshalb kein Raum. Dabei ist auch unerheblich, ob er zunächst mit bedingtem und erst später mit direktem Tötungsvorsatz auf das Opfer eingewirkt hat (BGHR StGB § 211 II - Verdeckung 5; BGH Beschl. v. 11. 5. 2000 - 5 StR 114/00). Hat der mit jedenfalls bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter bereits den Versuch eines Tötungsdelikts begangen, dann verdeckt er, wenn er auch aus Angst vor Strafverfolgung die Gewalteinwirkung fortsetzt, lediglich die Tat, die er gerade begeht. Dies ist aber keine andere Tat, sondern das nämliche Tötungsdelikt (BGH NStZ 2000, 498).

*b. Ausnahme bei zeitlicher Zäsur*

Anders ist die Rechtslage nur zu beurteilen, wenn zwischen einer (erfolglosen) Tötungshandlung und der erneuten mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen zweiten Tötungshandlung eine deutliche zeitliche

Zäsur liegt. Fasst der Täter dann den Entschluss, das (zumindest aus seiner Sicht zunächst überlebende) Opfer auch deshalb zu töten, um die Aufdeckung des versuchten Tötungsdelikts zu verhindern, ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt (BGHR StGB § 211 II - Verdeckung 11). Die spätere Tötungshandlung bezieht sich dann auf eine zunächst abgeschlossene Tat, mithin also auf eine andere Tat i. S. des § 21111 StGB.

## 2. Zum vorliegenden Fall

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

## 3. Änderung des Schuldspruchs durch den Senat

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

## II. Gewalteinwirkungen gegen das Opfer allein durch den Angekl. Be

Bezüglich des zweiten Tatabschnitts (Gewalteinwirkung gegen das Opfer Rö allein durch den Angekl. Be) entnimmt der Senat dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe die tatsächlichen Voraussetzungen eines vollendeten Mordes. Hiefür sprechen insbesondere die vom LG getroffenen Feststellungen, dass das Opfer vor den weiteren Gewalteinwirkungen Be noch gelebt hat und danach alsbald verstorben ist, sowie die Feststellungen zu Zielrichtung und Massivität dieser Gewalthandlungen und zum Spurenbild am Tatort. Danach haben die Gewalthandlungen des Angekl. Be den Tod des Opfers mindestens beschleunigt. Der Schuldspruch gegen diesen Angekl. wegen Mordes ist daher rechtsfehlerfrei.

Hinsichtlich dieses Tatkomplexes hat das KG das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht rechtsfehlerfrei bejaht. Die Fahrt zur Wohnung und der erst dort gefasste Entschluss zur Rückkehr zum Tatort bildeten eine ausreichende Zäsur zwischen der zu verdeckenden Vortat und den späteren tödlichen Misshandlungen.

**Standort: § 244 I Nr. 2 StGB****Problem: Gehilfe als Bandenmitglied**

BGH, BESCHLUSS VOM 15.01.2002  
4 STR 499/01 (STV 2002, 191)

**Problemdarstellung:**

Nachdem der Große Senat für Strafsachen in BGHSt 46, 321 die Voraussetzungen des Bandendiebstahls grundlegend neu formuliert hat, hatte sich der für die Änderungen maßgeblich verantwortliche 4. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung mit der bisher in der Rechtsprechung noch nicht behandelten Frage zu befassen, ob Bandenmitglied i.S. der §§ 244 I Nr. 2, 244 a StGB auch sein kann, wer im Rahmen des Zusammenschlusses nur Gehilfenfunktionen ausüben soll. Im Anschluss an den Großen Senat führt das Gericht aus, dass die erhöhte Gefährlichkeit einer Bande allein durch die zugrundeliegende Bandenabrede, die eine wechselseitige Bindung und den erhöhten Anreiz zur Tatbegehung bewirke, begründet werde. Diese besondere Ausführungsgefahr bestehe indessen unabhängig davon, ob dem einzelnen Bandenmitglied eine täterschaftliche Rolle zufallen solle. Vielmehr sei - im Gegensatz zur Verbrechensverabredung nach § 30 II StGB - auch die Zusage künftiger dauerhafter Gehilfentätigkeit geeignet, die erhöhte Gefährlichkeit des Zusammenschlusses von Straftätern hervorzurufen. Zudem spreche für eine Einbeziehung der auf Dauer eingebundenen Gehilfen dem vom Großen Senat verfolgten Anliegen, die praktische Rechtsanwendung zu erleichtern. Denn es entfalle die oftmals schwierige Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme.

**Prüfungsrelevanz:**

Als Fortführung der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zu den grundsätzlichen Voraussetzungen des Bandendiebstahls (s. dazu BGHSt 46, 321) besitzt die vorliegende Entscheidung erhebliche Prüfungsrelevanz. Der Große Senat hatte entgegen der zuvor herrschenden Literaturansicht und auch der bisherigen Rechtsprechung vertreten, dass die erhöhte Gefährlichkeit einer Bande nicht in der auf dem Zusammenwirken mehrerer Bandenmitglieder am Tatort beruhenden "Aktionsgefährlichkeit" - der BGHSt 33, 50 sogar noch täterschaftsbegründende

Wirkung zugesprochen hat -, sondern allein in der Bandenabrede liegt, die eine enge Bindung sicherstellt, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildet. Daraus leitete er u.a. die Konsequenz ab, dass es für das Tatbestandsmerkmal "unter Mitwirkung" nicht auf das zeitliche und örtliche Zusammenwirken von mindestens zwei Bandenmitgliedern am Tatort ankommt, sondern vielmehr jede Form des Zusammenwirkens ausreichend ist. Folgerichtig dehnt der 4. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung diese teleologische Auslegung auf das Merkmal der Bande bzw. der Bandenmitgliedschaft aus: Die gefährerhöhende innere Verbundenheit der Bandenmitglieder besteht unabhängig davon, ob diesen eine täterschaftliche Rolle zukommen soll.

Die für diese Lösung angeführten Erleichterungen bei der praktischen Rechtsanwendung erscheinen allerdings fraglich. Denn der Senat führt an entscheidender Stelle aus: "...sofern die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen nicht gänzlich untergeordneter Natur sind, ist auch die Zusage künftiger dauerhafter Gehilfentätigkeit - nicht anders als die Zusage täterschaftlicher Tatbeiträge - in erheblicher Weise geeignet, die erhöhte Gefährlichkeit des Zusammenschlusses von Straftätern zu begründen." Dies deutet darauf hin, dass das Gericht möglicherweise nicht jedwede, sondern nur eine nicht völlig untergeordnete Gehilfenfunktion ausreichen lassen möchte. Damit würden aber lediglich die Abgrenzungslinien von derjenigen zwischen Täterschaft und Teilnahme zu der zwischen erheblicher und bloß untergeordneter Gehilfentätigkeit verschoben. Hier bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

Für die Fallbearbeitung ist ohnehin zu beachten, dass um man die genaue Feststellung der jeweiligen Beteiligungsform regelmäßig nicht umhinkommt. Denn die Frage der Bandenmitgliedschaft von Gehilfen ist in erster Linie bedeutsam für die Existenz einer "Dreierbande" und bedarf somit auch nur dann einer Entscheidung, wenn keine drei täterschaftlich beteiligten Personen als Bandenmitglieder vorhanden sind. Für die individuelle Bestrafung des einzelnen Betei-

ligten kommt es neben der Bandenmitgliedschaft, die von der Rechtsprechung als besonderes persönliches Merkmal i.S. des § 28 II StGB eingestuft wird, dagegen maßgeblich auf die verwirklichte Beteiligungsform an. Erbringt ein Bandenmitglied also nur Gehilfentätigkeiten, kann es auch nur gem. § 27 StGB i.V.m. §§ 244 I Nr. 2 bzw. § 244 a StGB bestraft werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu den Voraussetzungen des Bandendiebstahls: *BGHSt* 46, 321; *BGH*, *NStZ* 2000, 255; *NStZ* 2001, 35; *Erb*, *NStZ* 2001, 561; *Sya*, *NJW* 2001, 343; *Engländer*, *JR* 2001, 78.

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das eingespielte Team"

#### **Leitsatz:**

**Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (im Anschluss an BGHSt - GS - 46, 321).**

#### **Sachverhalt:**

Das LG hat den Angekl. u. a. wegen vielfachen schweren Bandendiebstahls unter Einbeziehung einer durch ein früheres Urteil wegen Raubes rechtskräftig verhängten Freiheitsstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 7 J. 6 M. verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angekl. mit seiner Revision, mit der er allgemein die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Zu dem den Bandendelikten zugrundeliegenden Tatplan hat das LG folgende Feststellungen getroffen:

"Der Angekl. T. plante nach Deutschland zu fahren, um dort Fahrzeuge für den Eigengebrauch zu entwenden, in Wohnungen einzubrechen, die Beute im wesentlichen nach Rumänien zu schicken und sie dort gewinnbringend zu verkaufen. Er wollte jedoch die geplanten Diebestouren nicht allein unternehmen. Er vereinbarte deshalb in Alba Iulia mit dem gesondert verfolgten Romeo A., dass dieser mit nach Deutschland fährt und mit ihm gemeinsam Einbrüche und Autodiebstähle begeht, wobei A., dem er ein festes Entgelt i. H. v. 1.500 DM im Monat versprach, vor allem die Aufgabe zukommen sollte,

Schmiere zu stehen.

Mit der Angekl. B. vereinbarte der Angekl. T., dass diese mit Hilfe ihrer Deutschkenntnisse und ihres legalen Aufenthaltsstatus in Deutschland die Unterkunft für T. und A. besorgen, lohnende Einbruchsgegenstände ausfindig machen und die beiden Männer erforderlichenfalls per Mobiltelefon zu den Tatobjekten und zurück leiten sollte. Außerdem sollte sie helfen, die jeweilige Tatbeute im Hotelzimmer zu sortieren, zu verpacken und - unter Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift als Absender - nach Rumänien zu versenden. Der Angekl. T., die Angekl. B. und A. waren sich einig darüber, dass vom Erlös der Diebesbeute vorab die Kosten für die Unterkunft in den Hotels, für den Lebensunterhalt, für Kleidung und ähnliches in Deutschland bestritten werden sollte".

In Ausführung dieses Plans kam es zu zahlreichen Diebstahlstaten, an deren unmittelbarer Tatausführung jeweils nur der Bf. und der gesondert verfolgte A. "als Mittäter des schweren Bandendiebstahls" beteiligt waren. Die frühere Mitangekl. B., die keine Revision eingelegt hat, hat das LG in den sie betreffenden Fällen jeweils lediglich wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl verurteilt.

#### **Aus den Gründen:**

Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat zum Schuld- und zum Rechtsfolgenausspruch keinen den Angekl. belastenden Rechtsfehler ergeben. Näherer Erörterung bedarf lediglich die Verurteilung des Angekl. wegen Diebstahls "als Mitglied einer Bande" nach § 244 a Abs. 1 i. V. m. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

#### **I. Der Begriff der Bande**

Das LG nimmt zu Recht das Vorliegen einer Bande i. S. d. § 244 a Abs. 1 i. V. m. § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB an. Hierfür ist nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH v. 22.3.2001, *GSSt* 1/00 (*NJW* 2001, 2266), zum Abdruck in *BGHSt* 46, 321 bestimmt, m. krit. *Bspr.* *Erb*, *NStZ* 2001, 561) der Zusammenschluss von mindestens drei Personen erforderlich, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten der im Gesetz genannten Art zu begehen. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Soweit nach den vom LG bislang getroffenen Feststellungen nicht

ausgeschlossen werden kann, dass sich aufgrund der Bandenabrede der Beitrag der Mitangekl. B. innerhalb der kriminellen Betätigung der Gruppe von vornherein nur auf eine Gehilfenfötigkeit beschränken sollte, steht dies der Annahme einer "Dreierbande" nicht entgegen. Auch dann, wenn die Mitangekl. B. lediglich eine Gehilfenfunktion ausüben sollte, wäre sie in den auf Dauer angelegten deliktischen Zusammenschluss als deren Mitglied eingebunden gewesen.

## II. Die Bandenmitgliedschaft eines Gehilfen

In der Rspr. ist bislang die Frage, ob Bandenmitglied auch derjenige sein kann, der im Rahmen des Zusammenschlusses nur Gehilfenfunktion ausüben soll, nicht entschieden; auch der Große Senat für Strafsachen des BGH (a. a. O.) hat sich hierzu nicht geäußert. Die Frage ist in dem hier entschiedenen Sinn zu beantworten.

### 1. Die Begründung der Mitgliedschaft durch die sog. Bandenabrede

Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich allein nach der deliktischen Vereinbarung, der sog. Bandenabrede. Die Begründung der Mitgliedschaft folgt nicht aus der Bandentat, sondern geht dieser regelmäßig voraus. Beides - Mitgliedschaft in der Bande einerseits und bandenmäßige Begehung andererseits - ist auch begrifflich voneinander zu trennen. Dies findet seinen Niederschlag darin, dass die Rspr. das Tatbestandsmerkmal "als Mitglied einer Bande" - im Unterschied zum tatbezogenen Mitwirkungserfordernis - als ein besonderes persönliches Merkmal i. S. d. § 28 Abs. 2 StGB betrachtet (BGHSt - GS - 12, 220, 226; BGH - Anfragebeschl. des 3. Strafsenats - NStZ 2000, 255, 257 [= StV 2000, 310 m. Anm. Otto], m. zust. Anm. Hohmann; Ruß in LK-StGB, 11. Aufl., § 244 Rdnr. 13; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 28 Rdnr. 9).

#### a. Erhöhte "Ausführungsgefahr" auch bei Zusage künftiger Gehilfenfötigkeit

Die Bandenabrede begründet die erhöhte abstrakte Geföhrlichkeit der Bande, denn sie stellt die enge Bindung sicher, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tötigkeit bildet (BGH- GSSt - a.a.O. unter Hinweis auf BGHSt 23, 239, 240). Diese der Bande innewoh-

nende erhöhte "Ausführungsgefahr" (BGH- Vorlagebeschluss des 4. Strafsenats - NStZ 2001, 35, 36 m. krit. Anm. Englönder, JR 2001, 78 f. und Sya, NJW 2001, 343 f.) besteht unabhängig davon, ob dem einzelnen Mitglied bei der Verwirklichung des durch die Bandenabrede bestimmten deliktischen Zwecks eine "töterschaftliche" Beteiligung zufällt. Denn sofern die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen nicht gänzlich untergeordneter Natur sind, ist auch die Zusage künftiger dauernder Gehilfenfötigkeit nicht anders als die Zusage töterschaftlicher Tatbeiträge in erheblicher Weise geeignet, die erhöhte Geföhrlichkeit des Zusammenschlusses von Straftätern hervorzurufen.

#### b. Möglicher Einwand aus § 30 II StGB

Ein begründeter Einwand gegen die hier vertretene Auffassung läßt sich auch nicht aus den Voraussetzungen der Strafbarkeit der Verabredung zu einem Verbrechen nach § 30 Abs. 2 StGB (zu diesem Gesichtspunkt im Zusammenhang mit der Bande Schild, GA 1982, 55, 78 f.: ebenso schon zum früheren Recht Goldammer, Materialien zum StGB für die Preußischen Staaten, 1851, Teil 1 5. 332 f., Teil II S.486, zitiert in RGSt 66, 236, 241) herleiten. Zwar ist nach in Rspr. und Lit. herrschender Ansicht die Anwendung des § 30 Abs. 2 StGB davon abhängig, daß der in Aussicht genommene Tatbeitrag töterschaftliche Qualität erreichen soll (BGH NStZ 1993, 137 f.; BGH, Urt. v. 31. 10.2001 - 2 StR 3 15/01; Lackner/Kühl, StGB, § 30 Rdnr. 6). Doch findet diese Einschränkung ihre Rechtfertigung schon darin, dass § 30 Abs. 2 StGB die Verabredung zu einem bestimmten geplanten Verbrechen als solche unter Strafe stellt, weil diese Beteiligung im Vorbereitungsstadium ein konkretes geschütztes Rechtsgut in Gefahr bringt. Demgegenüber ist die auf die Begehung von im einzelnen noch unbestimmten Straftaten ausgerichteten Bandenabrede als solche nicht strafbewehrt. Eine dem § 30 Abs. 2 StGB vergleichbare restriktive Auslegung des Begriffs der Mitgliedschaft in der Bande ist von daher nicht veranlasst.

### 2. Würdigung der bisherigen Rechtsprechung zur Gegenüberstellung von Mittöterschaft und bandenmäßiger Begehung

Soweit in der bisherigen Rspr. der Gegensatz zwischen (bloßer) Mittöterschaft und bandenmäßiger

Begehung herausgestellt wird (vgl. BGH - GSSt - a. a. O.), ist dies nicht dahin zu verstehen, daß als Bandenmitglied nur derjenige anzusehen ist, der innerhalb der Gruppe eine bezogen auf die in Aussicht genommenen Straftaten mindestens (mit-)täterschaftliche Stellung haben soll; vielmehr soll damit allein das für die Bande kennzeichnende Element der auf eine gewisse Dauer angelegten Verbindung mehrerer Personen zu künftiger gemeinsamer Begehung von im einzelnen noch unbestimmten Straftaten betont werden, was sie von der Mittäterschaft unterscheidet (vgl. BGH - GSSt - a.a.O.). Die Mitgliedschaft in einer Bande ist - wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zu 1) ergibt - keine intensivere Form der Mittäterschaft: sie ist ihr gegenüber vielmehr ein aliud.

### *3. Zur Bedeutung der Beteiligungsform für die Auslegung des Bandenbegriffs*

Die Beteiligungsformen der §§ 25 ff. StGB bieten insgesamt keine geeigneten Maßstäbe für den Bandenbegriff. Im Einklang mit der hier zur Bandenabrede vertretenen Auffassung hat der Große Senat für Strafsachen für die - wie dargelegt - von der "Verbrechensverabredung" (BGH - GSSt - a.a.O.) zu trennende bandenmäßige Begehung entschieden, daß die besondere Gefährlichkeit des Bandendiebstahls und damit der Grund für seine höhere Strafwürdigkeit von der Form der Beteiligung der an der jew. Bandentat Mitwirkenden unabhängig ist. Das Mitwirkungserfordernis in den Straftatbeständen, die - wie Bandendiebstahl in den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB - die Begehung der Bandentat "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" voraussetzen, ist danach schon immer dann erfüllt, "wenn ein Bandenmitglied mit einem anderen Bandenmitglied in irgendeiner Weise, etwa als Gehilfe, zusammenwirkt" (BGH - GSSt - a.a.O.; im selben Sinne schon BT- Drucks. IV/650 - E 1962 - a.a.O.; ebenso Ruß in LK, a.a.O.). Findet das spezifische Gefährlichkeitspotential der Bande aber auch in einem solchen Zusammenwirken von Täter und Gehilfen seinen Niederschlag, so spricht nichts dafür, an die Mitgliedschaft selbst in bezug auf die bei den Bandentaten in Aussicht genommene Beteiligungsform erhöhte Anforderungen zu stellen und diejenigen Personen von der Qualifizierung "als Mitglied" auszunehmen, die zwar auf Dauer in die deliktische

Gruppierung eingebunden sind, deren Beitrag sich aber in wertender Betrachtung nur als Gehilfentätigkeit darstellt (a. A. Schmitz, NStZ 2000, 477, 478). Die Annahme einer Bande ist gerade nicht davon abhängig, daß deren Mitglieder gleichrangig in die Bandenstruktur eingegliedert sind. Vielmehr zeichnet sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur aus, in der ganz im Sinne der Arbeitsteilung neben dem das Geschehen beherrschenden "Bandenchef" andere Mitglieder ihre jeweiligen Tatbeiträge erbringen, die deshalb aber in gleicher Weise zum Zusammenhalt der Bande und zur Verwirklichung des Bandenzwecks beitragen.

### *III. Einbeziehung von Gehilfen als Erleichterung der Rechtsanwendung*

Die Einbeziehung von in die Bande organisatorisch und auf Dauer eingebundenen Gehilfen als deren Mitglieder trägt zugleich dem Anliegen des Großen Senats für Strafsachen Rechnung, die praktische Rechtsanwendung für die Tatgerichte zu erleichtern. Der Große Senat hat die Erhöhung der Mindestmitgliederzahl von früher zwei auf drei Personen als einfaches und erfolgversprechendes Mittel vorgenommen, "um die Abgrenzung der wiederholten gemeinschaftlichen Tatbegehung durch Personen, die nur Mittäter sind, von derjenigen der bandenmäßigen Begehung zu vereinfachen" (BGH - GSSt - a.a.O.). Die nach der früheren Rspr. für die Bandendelikte konstitutiven Merkmale eines "gefestigten Bandenwillens" und eines "Tätigwerdens im übergeordneten Bandeninteresse" hat er als inhaltlich zu unbestimmt und nur unpräzise fassbar (dazu der Anfragebeschl. des 4. Strafsenats des BGH NStZ 2000, 474, 475 f. [= StV 2000, 315] m. Anm. Schmitz = JZ 2000, 628, 629 m. Anm. Engländer) aufgegeben. Wäre die Mitgliedschaft in der Bande von einer "mittäterschaftlichen" Einbindung abhängig, würde dies die angestrebte Rechtsklarheit erneut gefährden. Ob die Einbindung in die Bande ein Näheverhältnis zu den in Aussicht genommenen eigentlichen Tathandlungen hat, das die Qualifizierung als "täterschaftlich" rechtfertigt, wird sich schon deshalb nur schwer beurteilen lassen, weil oftmals im Zeitpunkt der deliktischen Vereinbarung noch gar nicht feststeht, welcher Art die später bei den konkreten Taten im einzelnen zu erbringenden arbeitsteiligen Tatbeiträge sein werden. Zudem muss die Bandenabrede nicht ausdrücklich

getroffen werden; vielmehr genügt jede Form auch stillschweigender Vereinbarung (BGH - Vorlagebeschl. des 4. Strafsenats NStZ 2001, a.a.O., S.37; Lackner/Kühl, a.a.O., § 244 Rdnr. 6; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 244 Rdnr. 23 jew. m. w. N.). Häufig wird deshalb die Feststellung einer entsprechenden Bandenabrede überhaupt nur aus dem konkret feststellbaren wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen herzuleiten sein. Unter diesen Umständen könnte die eine "mittäterschaftliche" Mitgliedschaft begründende Bandenabrede nur schwerlich nachgewiesen werden, wenn die objektiven Tatbeiträge einzelner als Mitglieder der Gruppierung in Betracht kommender Personen bei den Ausführungshandlungen - zumal in Anwendung des Zweifelsgrundsatzes (vgl. BGHS 32, 48, 56 f.) - jew. nur als Gehilfentätigkeit zu werten wären. Es liegt auf der Hand, dass hierdurch die Beteiligung derjenigen innerhalb der kriminellen Gruppe, die bei der eigentlichen Tatausführung im

Hintergrund bleiben (sollen), in ihrem Unrechtsgehalt nur unzureichend erfasst würde.

#### *IV. Zum vorliegenden Fall*

Danach hat das LG die frühere Mitangekl. B. im Ergebnis zu Recht als Bandenmitglied angesehen und hat es deshalb den Bf. in den betreffenden Fällen jew. zutreffend des schweren Bandendiebstahls für schuldig befunden. Nach den zur Bandenabrede getroffenen Feststellungen ist nicht zweifelhaft, dass der früheren Mitangekl. B. für die Verwirklichung des Bandenzwecks wesentliche Aufgaben zufielen und sie in die aus dem Angekl. A. und ihr bestehende "Dreier-Bande" dauerhaft eingebunden war. Weitergehender Feststellungen dahingehend, ob der von ihr zu erbringende Tatbeitrag innerhalb der Bandenabrede die Annahme "täterschaftlicher" Beteiligung trägt, bedurfte es danach nicht. Somit hat es bei dem angefochtenen Urteil sein Bewenden.

## *Urteile in Fallstruktur*

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Verwarnung eines Sachverständigen**

VG NEUSTADT A.D.W., URTEIL VOM 26.01.2001  
7 K 589/00 (NVwZ-RR 2002, 272)

**Problemdarstellung:**

Die bekl. Kammer hatte dem Kl., einem Sachverständigen, eine "Verwarnung" wegen unzulässiger Erstellung eines Gutachtens erteilt. Die hiergegen erhobene Klage bietet eine Vielzahl von Problemen. Zunächst ist die VA-Qualität der Maßnahme fraglich, namentlich das Vorliegen einer "Regelung". Eine solche würde fehlen, wenn die Verwarnung lediglich ein unverbindlicher Hinweis auf ein Fehlverhalten, also nicht auf unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet wäre. Das VG erblickt hierin jedoch einen grundrechtsrelevanten Eingriffsakt. Solche erfordern eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage, da nach der "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG unter den Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG jedenfalls grundrechtsrelevante Maßnahmen fallen. Eine gesetzliche Grundlage für die Verwarnung vermochte das VG jedoch nicht zu finden. Hierbei setzte sich das Gericht insbes. mit der Möglichkeit auseinander, die Verwarnung als ein "Weniger" zum Widerruf der Sachverständigenbestellung zu interpretieren und daher von § 49 II Nr. 3 VwVfG als gedeckt anzusehen. Es verwarf diese Möglichkeit jedoch u.a. unter Hinweis darauf, dass § 49 II Nr. 3 VwVfG der Gefahrenabwehr (also präventiven Zwecken) diene, die Verwarnung aber repressiven Charakter gehabt habe.

**Prüfungsrelevanz:**

Die RA hat bereits verschiedentlich über Maßnahmen berichtet, die in Ermangelung einer besonderen Ermächtigung ihre Grundlage als ein "Weniger" in einer umfassenderen Norm finden sollen (zuletzt: VG Stuttgart, RA 2001, 354 zur Rüge eines Ratsmitglieds, die nach Ansicht des VG Stuttgart allerdings keinen Eingriffsakt darstellte). Solche Konstruktionen sind grds. zulässig, aus Gründen der Verhältnis-

mäßigkeit z.T. sogar geboten. So ist etwa allgemein anerkannt, dass der vom Wortlaut her nur zum Verbot einer Versammlung ermächtigende § 5 VersG im Wege des "Erst-Recht-Schlusses" auch zum Erlass von weniger belastenden Auflagen ermächtigt. Genügen solche, wäre ein Verbot nicht das relativ mildeste Mittel, also unverhältnismäßig und daher rechtswidrig. Man wird allerdings stets zu prüfen haben, ob es sich bei der fraglichen Maßnahme tatsächlich um ein "Weniger" handelt, oder nicht vielmehr - wie hier - um etwas völlig anderes (ein aliud).

**Vertiefungshinweise:**

- Zu Disziplinarmaßnahmen gegen Sachverständige: *BVerwG*, *NVersZ* 2000, 420; *OVG Münster*, *NJW* 1992, 1580
- Zu Auflagen als milderer Mittel zum Verbot einer Versammlung nach § 5 VersG: *BVerfGE* 90, 241, 246
- Zum Vorbehalt des Gesetzes: *Detterbeck*, *Jura* 2002, 235

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Wird ein schuldhaftes Fehlverhalten eines Sachverständigen durch eine Verwarnung sanktioniert, bedarf es hierfür einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.**
- 2. Eine solche Verwarnung ist nicht als ein Weniger durch die Ermächtigung zum stärker belastenden Widerruf der Bestellung zum Sachverständigen gedeckt.**
- 3. Eine gesetzliche Ermächtigung ergibt sich auch nicht aus anderen Vorschriften, insbesondere nicht aus solchen der Gewerbeordnung oder der auf ihrer Grundlage erlassenen Sachverständigenordnung.**

**Sachverhalt:**

Der Kl. ist seit 1994 öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Ziegeleiprodukte. Seine

Hauptniederlassung befindet sich in Rheinland-Pfalz, im Kammerbezirk der Bekl. Am 4.9.1999 erstellte er im Auftrag einer Wohnungseigentümergeinschaft ein Sachverständigengutachten im Rahmen eines Gewährleistungstreits mit einem Bauunternehmen zu „Mängeln der Wohngebäude und der Tiefgarage“ auf einem Anwesen in T. Im Briefkopf wies er sich als „von der IHK Pfalz in L. öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Ziegeleiprodukte“ aus und unterzeichnete das Gutachten unter Verwendung seines ihm von der Bekl. ausgehändigten Rundstempels.

Mit Schreiben vom 27.10.1999 zeigte die Bauträgerin der Wohnanlage der Bekl. an, dass der Kl. außerhalb seines Fachgebiets das fragliche Gutachten erstellt habe. Daraufhin schrieb die Bekl. den Kl. an, teilte ihm die Anzeige mit, wies ihn darauf hin, dass er nicht als Sachverständiger für allgemeine Baumängel öffentlich vereidigt und bestellt sei und deswegen nach der Sachverständigenordnung bei der Erstellung des fraglichen Gutachtens nicht seinen Stempel und seine Bezeichnung haben verwenden dürfen und gab ihm vor der „Ergreifung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen“ Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Kl. wies den Vorwurf zurück. Dennoch sprach die Bekl. mit Schreiben vom 9.11.1999 eine Verwarnung wegen der Gutachtenerstellung vom 4.9.1999 aus. Das am 4.9. erstellte Gutachten sei „ein schwerer Verstoß gegen § 12 III der Sachverständigenordnung“. Der Kl. sei hierfür persönlich verantwortlich und habe auch schuldhaft gehandelt.

Der hiergegen gerichtete Widerspruch des Kl. wurde als unbegründet zurückgewiesen. Hat die anschließend erhobene Klage Erfolg?

### **Lösung:**

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

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art eröffnet, soweit die Streitigkeit nicht durch Gesetz einem anderen Gericht zugewiesen ist. Vorliegend ist allein fraglich, ob es sich

um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Mit der modifizierten Subjektstheorie ist dies der Fall, wenn die streitentscheidenden Normen öffentlich-rechtlicher Natur sind, was wiederum der Fall ist, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Dies ist bei den hier einschlägigen Normen der Gewerbe- und der Sachverständigenordnung sowie des VwVfG (§§ 36 GewO, 12 SvO, 49 VwVfG) der Fall. Zudem liegt jedenfalls ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis zwischen Bekl. und Kl. vor, so dass auch nach der Subordinationstheorie eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit anzunehmen ist.

##### *II. Statthafte Klageart*

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Vorliegend könnte eine Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO statthafte sein. Dann müsste die Verwarnung einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 RhPfvwVfG darstellen. Diesbezüglich ist fraglich, ob die Verwarnung Regelungswirkung entfaltet, d.h. auf unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist. Das VG bejaht dies, indem es vom unverbindlichen, nicht regelnden Hinweis abgrenzt:

„Die Klage ist als Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO zulässig. Bei der ohne Rechtsbehelfsbelehrung erteilten Verwarnung vom 9.11.1999 handelt es sich um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 RhPfvwVfG, den die Bekl. selbst als regelnde Disziplinarmaßnahme versteht und auch so in einem Widerspruchsverfahren behandelte, als man den Widerspruch des Kl. als unbegründet zurückwies. Die Bekl. brachte damit gerade zum Ausdruck, dass sie nicht lediglich unverbindlich auf ein Fehlverhalten und mögliche Konsequenzen einer Fortsetzung dieses Verhaltens hinweisen wollte, ohne einen Rechtserfolg zu erzielen. Wäre dem nämlich so gewesen, so hätte sie auch den Widerspruch als unzulässig zurückweisen müssen, da ein solcher Hinweis keinerlei Regelungswirkung mit rechtlicher Außenwirkung aufweist und daher keinen Verwaltungsakt darstellt. Da sie dann aber selbst spätestens mit Erlass des Widerspruchsbescheids der Verwarnung vom 9.11.1999 die Form eines Verwaltungsakts gegeben hatte, steht dem Kl. nur die Anfechtungsklage zur Vermeidung nachteiliger Rechtsfolgen aus einer sonst bestandskräftigen Regelung einer Verwarnung als Verwal-

tungsakt zur Verfügung (vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 1988, 51).“

### III. Klagebefugnis

Es erscheint möglich und damit nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Kl. als Adressat der ihn belastenden Verwarnung durch sie in seinen Grundrechten aus Art. 12, 2 I GG verletzt ist. Mithin kann er die Verletzung eigener Rechte geltend machen und ist daher i.S.d. § 42 II VwGO auch klagebefugt.

### IV. Vorverfahren

Das gem. § 68 I 1 VwGO erforderliche Vorverfahren ist ordnungsgemäß durchgeführt worden.

### V. Frist

Für Verstöße gegen die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO liegen im Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte vor.

### VI. Klagegegner

Die Anfechtungsklage ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger, hier die IHK als Körperschaft des öffentlichen Rechts (vgl. § 3 I IHKG) zu richten. Diese ist auch verklagt worden.

[Anm.: Der Landesgesetzgeber in Rheinland-Pfalz hat von der Ermächtigung des § 78 I Nr. 2 VwGO keinen Gebrauch gemacht.]

### B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

#### I. Rechtswidrigkeit der Verwarnung

Die Verwarnung ist rechtswidrig, soweit sie einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf und eine solche nicht vorliegt oder die formellen oder materiellen Voraussetzungen einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage nicht erfüllt sind.

##### 1. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes, welcher sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG in Form der Gesetzesbindung der Verwaltung ableiten lässt, bedürfen jedenfalls wesentliche Verwaltungsmaßnahmen einer gesetzlichen Grundlage. “Wesentlich” in

diesem Sinne sind jedenfalls belastende, d.h. grundrechtsrelevante Eingriffsakte. Einen solchen stellt die Verwarnung nach Ansicht des VG dar:

“Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der ausgesprochenen Verwarnung nicht nur um einen bloßen Hinweis oder eine rechtsunverbindliche Abmahnung. Vielmehr erweist sich die Verwarnung nach der von der Bekl. verfolgten Intention tatsächlich als eine in die Rechtsstellung des Kl. eingreifende Disziplinarmaßnahme, die einer besonderen Rechtsgrundlage bedarf. So wollte die Bekl. nicht nur zur Vermeidung von Gefahren für die Rechtspflege und den Rechtsverkehr vor unsachgemäß erstellten Sachverständigengutachten den Kl. auf ein Fehlverhalten hinweisen, sondern ihn mit einem rechtsförmlichen Tadel für sein von der Bekl. missbilligtes Verhalten belegen. Über die bloße Feststellung eines rechtswidrigen Verhaltens hinaus ist in der ausgesprochenen Verwarnung quasi als repressive Ahndung des missbilligten Verhaltens ein persönlicher Schuldvorwurf in Gestalt eines Tadels enthalten, der in die berufliche Freiheit und Ehre des Kl. eingreift und als rechtsförmlicher Akt ausgestaltet ist (vgl. hierzu BVerwG, GewArch 2000, 197). Dies lässt sich bereits der Ausdrucksweise in der angefochtenen Verfügung vom 9.11.1999 entnehmen. Nach einer umfangreichen Tatsachenfeststellung gelangt die Bekl. zur Wertung, dass das am 4.9. erstellte Gutachten „ein schwerer Verstoß gegen § 12 III der Sachverständigenordnung“ darstelle und dem Kl. wegen dieser, ihm persönlich anzulastenden „Pflichtverletzung“ eine Verwarnung zu erteilen sei. So wird die Verwarnung schon rein sprachlich als Sanktionsmittel der Bestrafung für ein schuldhaftes Fehlverhalten gebraucht. Auch die von der Bekl. gewählte Förmlichkeit des Verfahrens, nämlich die zuvor erfolgte Androhung von „Ergreifung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen“, und auch der erlassene Widerspruchsbescheid, mit dem der Widerspruch als unbegründet zurückgewiesen wurde, lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Bekl. [...] eine rechtsförmliche und an ein entsprechendes Verfahren gebundene Disziplinierung des Kl. gewählt und auch vorgenommen hat.

Eine derartige rechtsförmliche, in die Berufsfreiheit und Berufsehre des Kl. eingreifende Disziplinarmaßnahme ist der Bekl. aber nur erlaubt, wenn sie über eine entsprechende, ausreichende Rechtsgrund-

lage dafür verfügt (vgl. BVerwG, GewArch 2000, 197; OVG Münster, NJW 1992, 1580).“

*2. Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage*  
Fraglich ist, ob eine gesetzliche Ermächtigung zum Ausspruch der von der Bekl. vorgenommenen Verwarnung existiert.

*a. § 36 III GewO i.V.m. der Sachverständigenordnung (SvO)*

Eine gesetzliche Ermächtigung kann nach Ansicht des VG zunächst nicht aus § 36 III GewO i.V.m. der Sachverständigenordnung entnommen werden: “Zwar eröffnet § 36 GewO der Bekl. die Möglichkeit, für bestimmte Sachgebiete Sachverständige öffentlich zu bestellen und zu vereidigen und darüber hinaus auch eine Satzung mit den Regelungsgegenständen nach § 36 III GewO zu erlassen. Von dieser Satzungsbefugnis hat die Bekl. auch mit der Sachverständigenordnung vom 13. 5. 1996 (SvO) Gebrauch gemacht. Allerdings betrifft keine der im § 36 III GewO eingeräumten Regelungsbefugnisse die Voraussetzungen und Möglichkeiten von disziplinarischen Maßnahmen gegenüber Sachverständigen. Dementsprechend wurden auch derartige Regelungen von Disziplinarbefugnissen gegenüber den von der Bekl. bestellten Sachverständigen in der Sachverständigenordnung nicht geregelt.”

*b. § 49 II Nr. 3 RhPfvwVfG*

Fraglich ist jedoch, ob die Befugnis zur Erteilung einer Verwarnung als ein “Weniger” in der Befugnis zum Widerruf des auf Bestellung zum Sachverständigen gerichteten Verwaltungsakts nach § 49 II Nr. 3 RhPfvwVfG enthalten ist. Das VG verneint auch diese Möglichkeit:

“Die Bekl. kann [...] nicht mit Erfolg geltend machen, dass ihr bei einem Verstoß gegen die Pflichten der Sachverständigenordnung sogar die Möglichkeit des Widerrufs der öffentlichen Bestellung als Sachverständiger möglich wäre, ihr mithin auch erlaubt sein müsse, als milderes Mittel aus Verhältnismäßigkeitsgründen auch eine Verwarnung als Disziplinierungsmaßnahme auszusprechen.”

*aa. Eignungsmangel als Widerrufsgrund*

“Zwar erkennt die Bekl. insoweit zutreffend, dass § 49 II Nr. 3 RhPfvwVfG tatsächlich erlaubt, die

Sachverständigenbestellung zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen bekannt werden, die sie berechtigt hätten, die öffentliche Bestellung und Vereidigung als Sachverständiger zu verweigern. Ebenso beanstandungsfrei geht die Bekl. davon aus, dass bei nachhaltigen Verstößen des Sachverständigen gegen die Vorschriften der Sachverständigenordnung erhebliche Bedenken gegen seine Eignung als Sachverständiger bestehen, mithin deswegen auch ein Widerruf nach § 49 II Nr. 3 RhPfvwVfG in Betracht kommt, da Voraussetzung für eine Bestellung nach § 36 I GewO auch gerade ist, dass keine solche Bedenken hinsichtlich der Eignung als Sachverständiger bestehen (vgl. hierzu Landmann/Rohmer, § 36 Rdnr. 86).“

*bb. Verwarnung jedoch kein “Weniger” zum Widerruf*

“Selbst wenn aber der Kl. durch die Erstellung des Sachverständigengutachtens vom 4. 9. 1999 [...] pflichtwidrig handelte, und selbst wenn man der Bekl. zugestehen muss, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei einem solchen einzelnen Verstoß gegen eine Vorschrift der Sachverständigenordnung noch keinen Widerruf nach § 49 II Nr. 3 RhPfvwVfG erlaubt, so ist die Ahndung der Pflichtverletzung durch eine disziplinarische Maßnahme nicht als Minus des stärker belastenden Widerrufs der Bestellung [...] gedeckt. Zwar ist es der Bekl. grundsätzlich gestattet, eine “Verwarnung” i. S. einer unverbindlichen Abmahnung, die auf einen Pflichtverstoß hinweist und vor weitergehenden Sanktionen warnt, auszusprechen, wenn aus Gründen der Verhältnismäßigkeit der Widerruf der Bestellung als Sachverständiger nicht geboten ist (vgl. hierzu Landmann/Rohmer, § 36 Rdnr. 88). Diese Verwarnung darf aber nicht als rechtsförmliche Disziplinarmaßnahme angewandt werden, die in Rechtspositionen des Sachverständigen bereits eingreift. Denn aus den bereits genannten Gründen steht der Bekl. das Instrumentarium des Disziplinarrechts mangels Regelung nicht zur Verfügung.”

*cc. Verwarnung auch keine Präventivmaßnahme*

“Zudem weist auch die der Bekl. zukommende Aufgabenstellung im Zusammenhang mit der Bestellung und der Überwachung von Sachverständigen ihr eine derartige Disziplinarfunktion nicht zu. Es ist näm-

lich gerade nicht Aufgabe der Bekl., auf von ihr bestellte Sachverständige disziplinierend zur Wahrung der Integrität des "Sachverständigenstandes" einzuwirken. Die ihr eingeräumten Kontrollbefugnisse und Widerrufsrechte nach [...] § 49 RhPfVwVfG dienen allein der Abwehr von Gefahren für die Rechtspflege und den Rechtsverkehr durch unsachgemäße Gutachtenerstellung. So darf ein Widerruf der Bestellung nur ausgesprochen werden, wenn nach § 49 II Nr. 3 RhPfVwVfG ohne Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet wäre. Wie im gesamten Gewerberecht dienen die in diesem Zusammenhang den zuständigen Behörden verliehenen Sanktionsmöglichkeiten für vorschriftswidriges Verhalten lediglich der Gefahrenabwehr, nicht aber der Disziplinierung (vgl. hierzu BVerwG, NVersZ 2000, 420). Dient aber der Widerruf einer Sachverständigenbestellung nach § 49 II Nr. 3 VwVfG i. V. mit § 36 GewO nur einem Gefahrenabwehrzweck, so kann eine Verwarnung nur dann als Minus des Widerrufs [...] gedeckt sein, wenn sie allein Gefahrenabwehrzwecken, nicht aber einem dem Widerruf fremden Disziplinierungszweck dient (vgl. hierzu BVerwG, NVersZ 2000, 420; OVG Münster, NJW 1992, 1580). Ein solcher Disziplinierungszweck kann demgegenüber allenfalls nur dann bestehen, wenn die Bekl. von ihrem Aufgabenbereich her auch berufen ist, die Einhaltung besonderer öffentlicher Pflichten des Sachverständigen gegenüber der Allgemeinheit sicherzustellen. Derartige besondere öffentliche Verpflichtungen gibt es schon deswegen

nicht, weil es auch einen Sachverständigenstand nicht gibt, der mit Berufsgruppen, deren besondere Berufspflichten und besondere Disziplinarverfahren entsprechend geregelt wurden, wie z. B. Rechtsanwälte und Notare, vergleichbar ist. Die in der Sachverständigenordnung auf der Grundlage des § 36 GewO geregelten Sachverständigenpflichten zielen allein auf die ordnungsgemäße Gutachtenerstellung, nicht aber auf die Wahrung der Integrität des Sachverständigenstandes ab. Mithin können alle Sanktionsmöglichkeiten der Bekl. bei Pflichtverletzungen nur den Zweck der Abwehr von Gefahren durch unsachgemäße Gutachtenerstellung im Auge haben, nicht aber die Disziplinierung eines Sachverständigen legitimieren."

### 3. Zwischenergebnis

Damit war die Bekl. lediglich berechtigt, den Kl. formlos auf die begangene Pflichtverletzung hinzuweisen und vor möglichen Konsequenzen eines weiteren Fehlverhaltens zu warnen. Die von ihr vorgenommene Disziplinierungsmaßnahme war hingegen mangels gesetzlicher Ermächtigung rechtswidrig.

### II. Rechtsverletzung des Kl.

Der Kl. müsste durch die angegriffene Maßnahme auch in seinen Rechten verletzt sein, was hier über die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG der Fall ist.

Die Klage ist folglich auch begründet. Sie hat Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Nachträgliche Mangelkenntnis

OLG NAUMBURG, URTEIL VOM 27.11.2001  
9 U 186/01 (NJW 2002, 1132)

### Problemdarstellung:

In dem vorliegenden Rechtsstreit hatte der Mieter einer mangelhaften Sache in Kenntnis des Mangels den Mietzins vorbehaltlos und ungekürzt über einen längeren Zeitraum (hier: fast ein Jahr) weitergezahlt. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der Mieter sich nachträglich auf Minderung berufen konnte.

Schon zu Zeiten des RG wurde in solchen Fällen durch analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. (= § 536 b BGB n.F.) ein Verlust des Minderungsrecht

angenommen, da kein gravierender Unterschied zwischen der anfänglichen und der nachträglichen Kenntnis vom Mietmangel besteht. Diese analoge Anwendung des § 539 BGB a.F. war in Rechtsprechung und Literatur die vorherrschende Ansicht, so dass in der Regel in neueren Entscheidungen nur noch auf ältere Urteile Bezug genommen wurde. Das OLG Naumburg hatte nunmehr die Frage zu klären, ob auch nach der Mietrechtsreform vom 01.09.2001 an dieser Rechtsprechung festzuhalten ist. Das Gericht entschied sich dafür, die bisherige Rechtsprechung im Rahmen des § 536 b BGB n.F. fortzusetzen. Dem Gesetzeswortlaut von § 536 b BGB n.F.

ist eine inhaltliche Änderung gegenüber § 539 BGB nicht zu entnehmen. Auch den Gesetzesbegründungen zum § 536 b BGB n.F. ist nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber der bisherigen h.M. entgegen treten wollte. Für eine Analogie besteht auch eine entsprechende Regelungslücke, da die §§ 536 c n.F. (= § 55 a.F.), 814 BGB nicht eingreifen würden.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Lösung dieses Rechtsstreits hängt sich an der Frage auf, ob man als Mieter sein Recht auf Minderung nachträglich analog § 536 b BGB n.F. verliert, wenn man den ungekürzten Mietzins vorbehaltlos, aber in Kenntnis des Mangels über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten weiterhin bezahlt.

Nach seinem Wortlaut enthält § 536 b BGB nur eine Regelung über die Kenntnis des Mieters vom Mangel bei Vertragsabschluss (vgl. §§ 442, 640 II BGB n.F.). Bei einem Mietvertrag ist jedoch davon auszugehen, dass der Fall des nachträglich auftretenden Mangels eher vorkommt; eben dieser Fall wird aber von § 536 b BGB n.F. nicht erfasst.

Die bisherige h.M. hat in solchen Fällen des nachträglich auftretenden Mangels in Analogie zur Vorgängerregelung des § 539 BGB a.F. einen Verlust des Minderungsrechts angenommen. Bereits das RG hatte ausgeführt, dass es bei der Bewertung des Verhaltens des Mieters keinen Unterschied zwischen der bei Vertragsabschluss ursprünglichen Kenntnis vom Mangel und der erst nachträglich eintretenden Kenntnis gibt. Aufgrund der gleich gelagerten Sachverhalte sei daher eine analoge Anwendung von § 536 b BGB n.F. / § 539 BGB a.F. geboten. Infolge der Mietrechtsreform sieht ein Teil der Literatur ein Umdenken in dieser Frage für geboten. Unterstützt von den Aussagen der Gesetzgebungsorgane lehnt diese Ansicht eine weiterhin analoge Anwendung von § 536 b BGB n.F. auf die Fälle der nachträglichen Kenntnis ab, zumal der Gesetzgeber trotz der jahrzehntelangen Rechtsprechung dazu im Rahmen der Mietrechtsreform dieselbe nicht mit aufgenommen hat. Außerdem könnte man den Mieter, der trotz Kenntnis vom Mangel die Miete vorbehaltlos weiterbezahlt, bereits die §§ 536 c n.F. (= § 545 BGB a.F.), 814 BGB entgegen halten, so dass es einer Analogie zu § 536 b BGB n.F. nicht bedürfte.

### **Vertiefungshinweis:**

Zur Gegenansicht: *Rudolstadt*, NZM 2002, 163

### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das Geschäftshaus"

*Assessorkurs*: "Das vermietete Geschäftslokal"

### **Leitsatz:**

**Die Rechtsprechung zu § 539 BGB a. F., dass der Mieter, auch wenn der Mangel erst nach Übergabe der Mietsache entsteht, sein Recht zur Minderung des Mietzinses verliert, wenn er in Kenntnis des Mangels den Mietzins vorbehaltlos und ungekürzt über einen Zeitraum von wenigstens sechs Monaten weiterzahlt, ist nach In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes vom 1. 9. 2001 auch bei der Anwendung des § 536 b BGB zu berücksichtigen.**

### **Sachverhalt (der Redaktion):**

Die Parteien schlossen am 11.05.1995 einen Mietvertrag über eine 4-Zimmer-Wohnung in der Stadt B., wobei der Beginn des Mietverhältnisses zum 01.06.1995 erfolgen sollte.

Nach Bezugnahme der Wohnung stellte der Bkl. im Februar 1997 fest, dass die Heizungsanlage für die Wohnung defekt war, so dass lediglich eine maximale Raumtemperatur von 18 Grad Celsius erreicht wurde. Der Bkl. zeigte diesen Mangel dem Kläger an, jedoch zahlte er weiterhin den vollen Mietzins. Erst im August 1997, nachdem der Kläger den Mangel immer noch nicht behoben hatte, kürzte der Bkl. den Mietzins entsprechend der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit der Wohnung. Erst im Juli 1998 nahm der Bkl., nachdem die Heizung endgültig und erfolgreich repariert worden war, die vollständige Mietzahlung wieder auf.

Im Wege der Klage fordert der Kl. nunmehr seinen Anspruch auf Zahlung des restlichen Mietzinses für die Zeit von August 1997 bis Juli 1998 in Höhe von insgesamt 67.926,50 DM ein. Der Bkl. beruft sich auf Mietminderung wegen des Heizungsausfalls in dieser Zeit.

Besteht der geltend gemachte Anspruch des Kl.?

### **Lösung:**

Der Kl. könnte gegen den Bkl. einen Anspruch auf

Zahlung des restlichen Mietzinses gem. § 535 II BGB haben.

#### *A. Anwendbarkeit des neuen Mietrechts*

Zunächst stellt sich die Frage, ob auf diesen im Jahre 1995 geschlossenen Mietvertrag altes oder das am 01.09.2001 reformierte Mietrecht anzuwenden ist. Gem. Art. 229 § 3 EGBGB sind grundsätzlich auch auf bereits zu diesem Zeitpunkt (01.09.2001) bestehende Mietverhältnisse die neuen Regeln anzuwenden.

#### *B. Anspruch entstanden*

##### *I. Vertragsabschluss*

Zur Entstehung eines solchen Mietzinszahlungsanspruch ist der Abschluss eines entsprechenden Mietvertrages erforderlich. Die Parteien schlossen am 11.05.1995 einen Mietvertrag über jene 4-Zimmer-Wohnung, der am 01.06.1995 beginnen sollte. Damit ist diese Voraussetzung erfüllt.

*[Anm.: Die Formvorschrift des § 550 BGB ist keine konstitutive Regelung. Denn ein Verstoß gegen dieses Schriftlichkeitsgebot führt nicht zur Unwirksamkeit des Mietvertrages.]*

##### *II. Fälligkeit*

Gem. § 556 b BGB ist die Miete im voraus, spätestens bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist. Damit ist spätestens mit Ablauf der Monate August 1997 bis Juni 1998 der vereinbarte Mietzins fällig zur Zahlung gewesen.

##### *III. Ergebnis*

Der Anspruch auf Mietzinszahlung gem. § 535 II BGB ist damit entstanden.

#### *C. Anspruch untergegangen*

Dieser Mietzinszahlungsanspruch könnte allerdings untergegangen sein.

##### *I. Teilweise Erfüllung*

Durch die Zahlung eines - wenn auch gekürzten - Mietzinses seitens des Bekl. ist der Mietzahlungsanspruch gem. §§ 362 I, 266 BGB in dieser Höhe untergegangen, so dass nur noch der Restbetrag von

67.926.50 DM verbleibt.

#### *II. Minderung gem. § 536 I BGB*

Hinsichtlich des restlichen Mietzinses könnte sich der Bekl. jedoch auf Minderung gem. § 536 I BGB berufen und insofern von einer weiteren Mietzinszahlungspflicht frei sein.

##### *1. Mangel an der Mietsache*

Zunächst müsste an der Mietsache ein Mangel bestehen, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder zumindest mindert, § 536 I 1, 2 BGB. Ein Mangel in diesem Sinne liegt vor, wenn eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich geschuldeten Zustand vorliegt (vgl. §§ 434, 633 BGB).

Auch ohne dass darüber eine ausdrückliche vertragliche Einigung zwischen den Parteien erzielt wurde, gehören bei einer Wohnung auch unausgesprochen Wasser- und Stromversorgung sowie Beheizbarkeit zur ordnungsgemäßen Gebrauchsüberlassung. Dabei muss die Zimmertemperatur grundsätzlich zwischen 20 - 22 Grad Celsius liegen (OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 1992, 398). Da diese Raumtemperaturen hier nicht erreicht werden können, liegt ein Mangel an der Mietsache vor.

##### *2. Zur Zeit der Überlassung oder später*

Dieser Mietmangel muss entweder bereits bei der Überlassung der Mietsache an den Mieter vorliegen oder zumindest später entstehen. Hier ist der Mietmangel später im Februar 1997 erst entdeckt worden.

##### *3. Keine Unerheblichkeit gem. § 536 I 3 BGB*

Gem. § 536 I 3 BGB darf der Mietmangel nicht unerheblich sein. Angesichts der maximal nur zu erzielenden Raumtemperatur von 18 Grad Celsius kann von einer unerheblichen Beheizungsproblematik nicht gesprochen werden.

##### *4. Kein Ausschluss gem. § 536 b BGB analog*

Jedoch könnte das Recht des Bekl. zur Minderung gem. § 536 b BGB analog verloren gegangen sein, weil er zunächst für einen längeren Zeitraum trotz Kenntnis des Mangels den Mietzins ungekürzt weiter gezahlt hat.

Das OLG Naumburg führt dazu aus:

“Dem Bekl. steht kein Recht zur Minderung des Mietzinses zu. Er hat ein Minderungsrecht durch die vorbehaltlose Zahlung des Mietzinses gem. § 536 b BGB (analog) verloren. Der Senat hält an seiner ständigen Rechtsprechung zu § 539 BGB a.F. fest, dass der Mieter, auch wenn der Mangel erst nach Übergabe der Mietsache entsteht, sein Recht zur Minderung des Mietzinses verliert, wenn er in Kenntnis des Mangels den Mietzins vorbehaltlos und ungekürzt über einen Zeitraum von wenigstens sechs Monaten weiterzahlt. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung auch des BGH zu § 539 BGB a. F. (zuletzt NZM 2000, 825 = NJW 2000, 2663 = ZMR 2000, 666; zur Sechsmonatsfrist NJW 1997, 2674 = NJWE-MietR 1997, 247 L = ZMR 1997, 505 [506]).

*a. Kritik an dieser Rechtsprechung infolge der Mietrechtsreform*

Den dagegen erhobenen Einwänden (z. B. Wichert, ZMR 2000, 65) vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Die genannte Rechtsprechung ist nach Inkraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes vom 1. 9. 2001 auch bei der Anwendung des § 536 b BGB zu berücksichtigen (a. A. Wichert, ZMR 2001, 262).

*b. Keine Veränderung der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber gewollt*

Dem Gesetzeswortlaut ist eine inhaltliche Änderung gegenüber § 539 BGB nicht zu entnehmen. Der Senat sieht sich auch nicht durch die Begründung des Regierungsentwurfs (zu § 536 b BGB-E, abgedr. in NZM 2000, 802 [812]) zum Mietrechtsreformgesetz an der Übernahme der Rechtsprechung zu § 539 BGB a. E. gehindert. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich in der Begründung der Wille des Gesetzgebers hinreichend dokumentiert (der ursprüngliche Referentenentwurf enthielt ebenso wenig eine gesonderte Begründung zu § 536 b BGB-E [abgedr. bei Lützenkirchen, Neue Mietrechtspraxis, Rdnrn. 1134/1135] wie die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses [BT-Dr 14/5663 vom 27. 3. 2001, abgedr. in NZM 2001, 798], die Stellungnahme des Bundesrats [abgedr. in NZM 2001, 20 = WuM 2000, 6521 und die Gegenäußerung der Bundesregierung [abgedr. in NZM 2001, 35 = WuM

2000, 661]), da sie von unzutreffenden Voraussetzungen ausgeht. § 545 BGB a. F. (= § 536 c BGB) behandelt den Fall, dass ein vorhandener Mangel dem Vermieter nicht angezeigt wird. § 814 BGB ist lediglich einschlägig, wenn der Mieter infolge der automatischen Minderung des Mietzinses die zuviel gezahlten Beträge trotz Kenntnis des Mangels zurückverlangt.

*c. Erfordernis für eine analoge Anwendung von § 536 b BGB*

Im Übrigen enthält § 536 b BGB nur eine Regelung über die Kenntnis bei Vertragsschluss, wie sie in ähnlicher Form auch die §§ 464, 640 II BGB vorsehen. Beim Kauf- und Werkvertrag handelt es sich um Austauschverträge, bei denen sich die Leistungspflichten mit dem einmaligen Austausch der Leistungen erschöpfen. Dies trägt den Anforderungen an die Durchführung eines Dauerschuldverhältnisses nicht hinreichend Rechnung. Bei einem Mietvertrag ist davon auszugehen, dass der Fall des nachträglich auftretenden Mangels häufiger vorkommt, als der im Gesetz geregelte Fall (vgl. Voelskow, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 539 Rdnr. 5). Da auch das Rechtsinstitut der Verwirkung nicht im Gesetz geregelt ist, liegt eine Regelungslücke vor, die mit einer interessengerechten Lösung zu schließen ist, zumal in der Begründung der Bundesregierung ausdrücklich ausgeführt wird, dass auf die Regelung der nachträglichen Kenntnis verzichtet worden ist.

*d. Darstellung und Begründung der bisherigen Rechtsprechung*

Die analoge Anwendung des § 539 BGB a. F. war ganz herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, so dass in der Regel in neueren Entscheidungen lediglich auf ältere Urteile Bezug genommen wurde (BGH, NZM 2000, 825 = NJW 2000, 2663 = ZMR 2000, 666; NJW 1997, 2674 = NJWE-MietR 1997, 247 L = ZMR 1997, 505; NJW-RR 1992, 267; NJW 1974, 2233; WM 1967, 850; ZMR 1961, 358). In der zuletzt genannten Entscheidung nimmt der BGH Bezug auf eine des RG vom 15. 6. 1936 (JW 1936, 2706), die als Ausgangspunkt der Rechtsprechung angesehen werden kann. Das RG führt aus:

“Der Mieter oder Pächter, der trotz Kenntnis von Mängeln den Miet- oder Pachtvertrag abschließt,

ohne das Entstehen der Gegenpartei für diese Mängel zum Vertragsinhalt zu machen, bringt damit zum Ausdruck, dass er die mangelhafte Sache als vertragsgemäße Leistung anerkennt, also keinerlei rechtliche Folgerungen aus ihm ziehen will. Diesem Sachverhalt entspricht die Vorschrift § 539 S. 1 BGB, die dem Mieter oder Pächter in solchem Falle auf Minderung und Schadensersatz endgültig nimmt. Er kann diese Rechte nicht geltend machen, weil er sich mit dem Zustand der Sache zufrieden gegeben und einverstanden erklärt hat. Nichts anderes ist es, wenn der Mieter oder Pächter die Mängel zwar beim Vertragsschluss oder bei Übernahme des Miet- oder Pachtbesitzes noch nicht kennt, diese Kenntnis aber später erlangt und doch, ohne irgendwelche Beanstandungen zu erheben, den Vertrag fortsetzt und erfüllt. Beobachtet er ein solches Verhalten so lange, dass er nur als Ausdruck seines Willens gedeutet werden kann, auf die Rechte wegen der Mängel zu verzichten, dann kann er wegen der ihm bekannten Mängel Rechte aus den §§ 537, 538 BGB weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit geltend machen.“

Das RG legt damit zutreffend dar, dass es bei der Bewertung des Verhaltens (Unterlassens) des Mieters keinerlei Unterschiede zwischen der ursprünglichen Kenntnis vom Mangel und der erst nachträglichen eintretenden Kenntnis gibt. Liegt im Übrigen - wie dargelegt - eine Lücke in der gesetzlichen Regelung vor, gebietet es bereits der allgemeine Gleichheitsgrundsatz, gleich gelagerte Sachverhalte auch gleich zu behandeln, was über die analoge Anwendung auch des § 536 b BGB erfolgt. Demgegenüber ist der in der Begründung genannte Gesichtspunkt (ersichtlich übernommen aus: Wichert, ZMR 2000, 65 [67]), den vorsichtigen, abwartenden Mieter zu

schützen, als Unterscheidungsmerkmal beider Fallkonstellationen schon deshalb nicht tragfähig, weil er auf den Fall der ursprünglichen Kenntnis in gleicher Weise anzuwenden wäre (der vorsichtige Mietinteressent, der das Objekt unbedingt anmieten will, behält sich bei Vertragsschluss die Mängel nicht vor, weil er fürchtet, dass der Vermieter dann den Vertrag mit ihm nicht abschließen wird, wird unmittelbar mit dem Gewährleistungsausschluss „bestraft“). Bei der nachträglichen Kenntnis wird der Mieter ohnehin besser gestellt; statt des unmittelbaren Rechtsverlusts tritt dieser nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH) erst nach einer Frist von sechs Monaten ein. Der Senat geht damit im Ergebnis davon aus, dass allein durch die inhaltlich nicht durchgreifende Begründung des Entwurfs der Bundesregierung nicht feststeht, dass der Gesetzgeber eine entsprechende Anwendung von § 536 b BGB ausdrücklich ausschließen wollte. Die zu § 539 BGB a. F. entwickelten Grundsätze können mithin auch auf § 536 b BGB übertragen werden.

#### 5. Ergebnis

Der restliche Mietzinszahlungsanspruch des Kl. ist nicht durch Minderung gem. § 536 I 1, 2 BGB untergegangen.

#### D. Anspruch durchsetzbar

Einreden, die die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs hemmen könnten, sind nicht ersichtlich.

#### Endergebnis

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Zahlungsanspruch in Höhe von 67.926,50 DM gem. § 535 II BGB.

### Standort: Strafrecht

### Problem: Untreue durch Sportförderung

BGH, URTEIL VOM 06.12.2001  
1 STR 215/01 (WISTRA 2002, 143)

#### Problemdarstellung:

Bei der nachstehenden Entscheidung handelt es sich um ein grundlegendes Urteil des BGH zur Strafbarkeit von Organen juristischer Personen wegen Untreue durch unentgeltliche Zuwendungen aus dem

Vermögen der Gesellschaft zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport. Grundlage waren die auch in den Medien behandelten Zuwendungen zu Gunsten des Sportvereins SSV Reutlingen. Der Senat legt in seiner ausführlich begründeten Entscheidung zunächst dar, dass dem Vorstand einer Aktiengesellschaft grundsätzlich ein Gestaltungsspielraum hinsichtlich des Ob und Wie

von sozialen Förderaktivitäten zukomme, dieser aber insbesondere durch die Unternehmensinteressen begrenzt werde. Verletze der Vorstand seine so bestimmten gesellschaftsrechtlichen Pflichten, begründe dies aber erst dann eine Untreuestrafbarkeit, wenn es sich um eine gravierende Pflichtverletzung handle. Ob eine solche gravierende Pflichtverletzung vorliege, bestimme sich anhand einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien.

### **Prüfungsrelevanz:**

Der Untreuetatbestand besitzt nicht nur für das Examen, sondern auch in der Praxis eine zunehmende Bedeutung. Der Zugang zum nicht leicht verständlichen § 266 I StGB erschließt sich, wenn man sich vor Augen führt, dass die Vorschrift mit dem Missbrauchs- (1. Fall) und dem Treuebruchtatbestand (2. Fall) zwei verschiedene Delikte normiert. Diese schützen zwar beide das Vermögen (daher: Nachteil = Vermögensschaden), das aber vor unterschiedlichen Angriffsrichtungen: Während der Missbrauch der Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis i.S. der 1. Variante stets ein rechtsgeschäftliches Handeln im Rahmen einer eingeräumten Rechtsmacht nach außen, aber unter Überschreitung der Bindungen im Innenverhältnis erfordert, erfasst die 2. Variante jedwede Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht. Das Verhältnis der beiden Varianten wird nun maßgeblich dadurch bestimmt, ob man eine solche Vermögensbetreuungspflicht auch zur Einschränkung des Missbrauchstatbestandes fordert. Nimmt man das mit der h.M. an, stellt sich die 1. Variante als -vorrangig zu prüfende - lex specialis dar (zum Streitstand s. etwa Tröndle/Fischer, § 266, Rn. 1 b; Jo-ecks, StGB, § 266, Rn. 23).

Die Behandlung des § 266 StGB wird dadurch erschwert, dass insbesondere der Missbrauchstatbestand maßgeblich durch zivilrechtliche Vorfragen geprägt wird, namentlich, ob der Handelnde in rechtlich wirksamer Weise von seiner Befugnis Gebrauch gemacht hat. Hier sind auch in strafrechtlichen Arbeiten ggfs. umfassende und gründliche zivilrechtliche Prüfungen durchzuführen.

### **Vertiefungshinweise:**

Allgemein zu § 266 StGB: *Kohlmann*, JA 1980, 288; *Labsch*, Jura 1987, 341

Zur Untreue durch pflichtwidrige Kreditvergabe: *BGHSt* 46, 30; *BGH*, NStZ 2002, 262; NJW-RR 1986, 371; *Dierlamm/Links*, NStZ 2000, 655; *Otto*, JR 2000, 515; *Luttermann*, ZIP 2000, 1210

Zur Vermögensbetreuungspflicht eines Versicherungsvertreters: *BGH*, NStZ-RR 2002, 107

### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Perlenkette"

### **Leitsätze:**

**1. Vergibt der Vorstand einer Aktiengesellschaft aus deren Vermögen Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport, genügt für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung; diese muss vielmehr gravierend sein.**

**2. Ob eine Pflichtverletzung gravierend ist, bestimmt sich aufgrund einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien. Bedeutsam sind dabei: Fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive namentlich Verfolgung rein persönlicher Präferenzen. Jedenfalls dann, wenn bei der Vergabe sämtliche dieser Kriterien erfüllt sind, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vor.**

### **Sachverhalt (vereinfacht):**

#### *I. Das Tatgeschehen*

Der Angeklagte K. war Vorstandsvorsitzender der Südwestdeutschen Verkehrs AG (SWEG). Alleinaktionär der Gesellschaft ist das Land Baden-Württemberg. Die SWEG erlitt über mehrere Jahre erhebliche Bilanzverluste. Der Angeklagte S. war Verkehrsminister des Landes Baden-Württemberg und wurde in dieser Eigenschaft zum Aufsichtsratsvorsitzenden der SWEG gewählt. Darüber hinaus war der Angeklagte S. auch Präsident des Sportvereins SSV Reutlingen. Der Verein litt seit einigen Jahren unter erheblichen finanziellen Problemen. Nachdem S bereits in den 80er Jahren eine Vielzahl von Sponsoren

aus dem Bereich der Wirtschaft dazu gebracht hatte, dem Verein Darlehen oder Spenden zukommen zu lassen, trat er Mitte des Jahres 2000 an den Angeklagten K. als Vorstandsvorsitzenden der SWEG heran und forderte ihn zu einer Spende für den SSV Reutlingen auf. Der Angeklagte K. ließ daraufhin einen Betrag von 20.000 DM von der Hauptkasse der SWEG auf das Konto der Sekretariatskasse überweisen, die überwiegend für Barausgaben für die Mitglieder des Aufsichtsrats und ähnliche Aufwendungen bestimmt war. Die Sekretariatskasse lief nicht über die Hauptbuchhaltung. Seine Sekretärin hob einen Betrag von 20.000 DM ab und der Angeklagte K. übergab dem Angeklagten S. das Geld, das - wie dieser wusste - aus dem Vermögen der SWEG stammte, in einem neutralen Briefumschlag in einem Hotel in Reutlingen. Dem Angeklagten S. war bewusst, dass allein seine Aufforderung den Angeklagten K. zu der Spende veranlasste, weil K. sich ihm als Verkehrsminister und Vorsitzenden des Aufsichtsrates gewogen zeigen und ihm einen Gefallen erweisen wollte. Der Angeklagte K. ließ zur Verbuchung des Betrages für die Hauptkasse einen Beleg mit dem Vermerk: "Zuwendung für Jugendarbeit des SSV Reutlingen" erstellen. Der Angeklagte S. hinterlegte die 20.000 DM in zwei Briefumschlägen in dem Hotel in Reutlingen, wo sie von einer Mitarbeiterin des Reutlinger Wochenblattes, dessen Anzeigenleiter für die Herausgabe der Stadionzeitung und Werbemaßnahmen verantwortlich war, abgeholt wurde. Die Briefe wurden in den Verlagsräumen in das Fach des SSV Reutlingen gelegt, wo sie von nicht näher festzustellenden Verantwortlichen des Vereins abgeholt wurden. Die weitere Verwendung der Gelder konnte nicht aufgeklärt werden; in den Geschäftsbüchern des Vereins erfolgte keine Verbuchung.

In der Folgezeit erbat der Angeklagte S. vom Angeklagten K. zwei weitere Zahlungen von 15.000 DM bzw. 10.000 DM für den Sportverein. Der Angeklagte K. wollte dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden wiederum einen Gefallen erweisen. Die Beschaffung des Betrages erfolgte erneut über das Konto der Sekretariatskasse. Der Angeklagte K. übergab das Geld in bar an den Angeklagten S. bzw. einen Dritten. Auf den jeweiligen Belegen für die Buchhaltung war als Zweck auch diesmal die Jugendarbeit des SSV Reutlingen vermerkt. Tatsäch-

lich kam der Betrag dem Verein nur auf Umwegen zugute. Die anderen Funktionäre des Vereins erfuhren von dieser Zahlung nichts, in der Buchhaltung des Vereins ist der Betrag als teilweise Kreditrückführung nicht enthalten.

## *II. Die strafrechtliche Bewertung durch die Strafkammer*

Den strafrechtlichen Vorwurf der Untreue leitet die Strafkammer hinsichtlich des Angeklagten K. daraus her, dass er seine Befugnisse als Vorstandsvorsitzender der SWEG missbraucht habe. Er habe die Zahlungen an den SSV Reutlingen aus Mitteln der SWEG nur deshalb getätigt, um dem damaligen Verkehrsminister und späteren Aufsichtsratsvorsitzenden einen Gefallen zu tun; deshalb sei die von ihm vertretene SWEG bei keiner Geldübergabe in Erscheinung getreten und die Empfänger der Gelder hätten von der wahren Person des Spenders nichts erfahren. Dem Angeklagten stehe zwar aufgrund seiner Leitungsbefugnis als Vorstand einer Aktiengesellschaft für sein unternehmerisches Handeln ein Ermessensspielraum zu (§ 76 AktG). Dazu könnten auch Spenden der Aktiengesellschaft für wissenschaftliche, künstlerische oder sportliche Zwecke u.a. gehören. Dabei mußten immer die Interessen der Anteilseigner der Gesellschaft gewahrt sein. Dies sei aber nur der Fall, wenn die Zuwendungen einen betrieblichen Bezug hätten.

Der Angeklagte S. sei der Anstiftung zur Untreue schuldig, weil er den Angeklagten K. zu der ersten Zahlung bestimmt habe. Dieser habe sich zu der Zahlung verleiten lassen, weil der seinerzeitige Verkehrsminister und Angeklagte S. als Vorsitzender des Aufsichtsrats vorgesehen und für das Verkehrsunternehmen SWEG von erheblicher Bedeutung gewesen sei. Nachdem der Angeklagte S. Aufsichtsratsvorsitzender geworden war und den Angeklagten K. zu zwei weiteren Zahlungen veranlasst habe, habe er gegen seine Aufsichtsratspflichten nach § 116 AktG verstoßen, indem er kollusiv mit dem Vorstandsvorsitzenden zum Nachteil der Gesellschaft zusammengewirkt habe.

## *III. Die Einwände der Revisionen*

Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten, die Auffassung der Strafkammer, wonach Ausgaben der SWEG für unternehmensfremde Zwecke nur dann

statthaft seien, wenn ihnen ein betrieblicher Bezug jedenfalls unter dem Aspekt von "public relations" für das Unternehmen zukomme, werde dem Geschäftsführungsermessen des Vorstands nicht gerecht. Es sei selbstverständlich, daß eine Aktiengesellschaft unter Werbeaspekten auch hohe Ausgaben für das Sponsoring von Sportlern oder Sportvereinen tätigen dürfe. Der Aspekt des Vorteils für das Unternehmen sei jedoch nicht allein maßgeblich. Eine Aktiengesellschaft dürfe auch "non-profit-Ausgaben" tätigen, und zwar auch dann, wenn sie nicht nach außen in Erscheinung trete. Dabei dürften auch persönliche Präferenzen eine Rolle spielen. Hiervon unabhängig habe jedenfalls die erste Zahlung von 20.000 DM zugunsten des SSV Reutlingen nicht zu einem Vermögensschaden bei der SWEG geführt, weil nach der festgestellten Gesamtsituation die "Landschaftspflege" im politischen Bereich der Gesellschaft wirtschaftliche Vorteile bringen konnte, die die eingesetzten Mittel aufgewogen oder sogar weit übertroffen hätten.

Beurteilen Sie vor diesem Hintergrund die Strafbarkeit von K und S wegen Untreue gem. § 266 StGB!

### **Lösung:**

#### *A. Strafbarkeit des K wegen Untreue gem. § 266 I, 1. Fall StGB zum Nachteil der SWEG durch die Zuwendungen an den SSV Reutlingen*

Soweit der Angeklagte K. aus dem Vermögen der SWEG Zuwendungen an den SSV Reutlingen getätigt hat, könnte sich eine Strafbarkeit nach dem Missbrauchstatbestand des § 266 StGB ergeben.

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis für fremdes Vermögen; Vermögensbetreuungspflicht*

K müsste zunächst eine ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags oder Rechtsgeschäfts eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, besessen haben.

Darüber hinaus fordert der BGH auch für den Missbrauchstatbestand eine sog. "Vermögensbetreuungspflicht" (vgl. zum Meinungsstreit Joecks, StGB, § 266, Rn. 23). Zu den genannten Voraussetzungen führt der Senat aus:

"Als Vorstandsvorsitzender hatte der Angeklagte K. die Befugnis, über das Vermögen der SWEG zu verfügen. Zwar ist nicht ausdrücklich festgestellt, dass er im Außenverhältnis alleinvertretungsbefugt war (vgl. § 78 Abs. 2 AktG). Das kann jedoch im Ergebnis dahingestellt bleiben. Die Vermögensbetreuungspflicht des Angeklagten K. im Sinne des Missbrauchstatbestands und seine Vermögensfürsorgepflicht im Sinne des Treubruchtatbestandes stimmten hier überein (vgl. BGH NJW 1984, 2539, 2540). Hat er bei im Außenverhältnis wirksamen Verfügungen gegen seine Vermögensbetreuungspflicht verstoßen, so hätten die Maßnahmen auch einen Verstoß gegen seine Vermögensfürsorgepflicht im Sinne des Treubruchtatbestands dargestellt."

##### *2. Missbrauch dieser Befugnis*

K hätte die ihm eingeräumte Befugnis missbraucht, wenn die Zuwendungen an den SSV Reutlingen sich als rechtsgeschäftliches Handeln im Rahmen des rechtlichen Könnens (wirksames Außenverhältnis) unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens (im Innenverhältnis zur AG) darstellt. Zu der Frage, ob die im Außenverhältnis von der umfassenden Vertretungsmacht des Vorstands nach §§ 78, 82 AktG gedeckten Zuwendungen sich im Innenverhältnis als pflichtwidrig darstellen, führt der Senat grundlegend aus: "Die gesellschaftsrechtlichen internen Pflichten des Vorstands sind von §§ 76, 93 AktG umschrieben. Nach § 76 AktG hat der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten; gemäß § 93 AktG hat er dabei die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Weiter ins einzelne gehende Regelungen enthält das Aktiengesetz dagegen nicht. Satzungsrechtliche Konkretisierungen dieser Pflichten hat das Landgericht nicht festgestellt."

##### *a. Grundsatz des weiten Handlungsspielraums*

"Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zur Frage der Schadensersatzpflicht des Vorstandes gegenüber der Aktiengesellschaft dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Gesellschaftsunternehmens einen weiten Handlungsspielraum zugebilligt. Ohne ihn sei eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar (BGHZ 135, 244, 253 "ARAG"; Henze, NJW 1998, 3309, 3310)."

*b. Anwendbarkeit des Grundsatzes auch bei Förderaktivitäten*

"Dieser weite Handlungsspielraum gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Vorstand als Ganzes oder einzelne seiner Mitglieder Zuwendungen leisten zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen und Sport. In der aktienrechtlichen Diskussion ist es heute unumstritten, dass eine Beteiligung am Sozialleben durch mildtätige, politische, kulturelle oder an den Sport gerichtete Zuwendungen auch für Aktiengesellschaften im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gesellschaftsrechtlich grundsätzlich zulässig ist (nur beiläufig BGHZ 23, 150, 157; Hüffer, AktG 4. Aufl. § 76 Rdn. 14; Hopt in Großkomm. AktG 4. Aufl. § 93 Rdn. 120; Mertens in Kölner Kommentar zum AktG 2. Aufl. § 76 Rdn. 32; Fleischer AG 2001, 171, 175; Mertens AG 2000, 157ff. zur Beteiligung von Aktiengesellschaften an der Stiftungsinitiative der Deutschen Wirtschaft: "Erinnerung, Verantwortung und Zukunft"; Kind NZG 2000, 567 ff. zur Zulässigkeit von Parteispenden durch den Vorstand einer Aktiengesellschaft; H.P Westermann ZIP 1990, 771 ff.; Vorderwülbecke BB 1989, 505 if. jeweils m.w.N.). Die Erscheinungsformen dieser Unternehmensförderung werden generell nach dem jeweils primär verfolgten eigennützigen, steuerlichen oder altruistischen Zweck in drei große Gruppen eingeteilt."

*aa. Das klassische Sponsoring*

"Beim klassischen Sponsoring werden Geld oder geldwerte Vorteile durch Unternehmen zur Förderung von Personen, Gruppen und/oder Organisationen in sportlichen, kulturellen, kirchlichen oder ähnlichen bedeutsamen gesellschaftspolitischen Bereichen vergeben, damit aber zugleich eigene unternehmensbezogene Ziele der Werbung oder Öffentlichkeitsarbeit verfolgt. Häufig werden die gegenseitigen Leistungen von Sponsor und Gesponsortem vertraglich vereinbart (Bruhn-Mehlinger, Rechtliche Gestaltung des Sponsoring 2. Aufl. 1995 Bd 1 S. 3 if.; Krome DB 1999, 2030)."

*bb. Die Spendenvergabe an gemeinnützige Organisationen*

"Dagegen erfolgt die Spendenvergabe an gemeinnützige Organisationen in der Regel ohne die Erwartung auf eine unmittelbare Gegenleistung. Die Gesellschaft

kann die Aufwendung jedoch steuerlich absetzen (§ 10 b EStG, § 9 KStG oder § 9 Nr. 5 GewStG)."

*cc. Das Mäzenatentum*

"Beim Mäzenatentum erwartet der Mäzen regelmäßig keine Gegenleistung für seine Unterstützung; häufig verzichtet er auch darauf, über seine Förderung öffentlich zu sprechen."

*c. Zur Beurteilung der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit von Förderaktivitäten*

"Für die Beurteilung der gesellschaftsrechtlich zulässigen Förderaktivitäten eines Unternehmens kommt es nicht auf die Bezeichnung an. Maßgeblich ist, wie sich die Maßnahme aufgrund der gesamten Umstände, unter denen sie vorgenommen wurde, darstellt. Dabei werden insbesondere die Motive der betroffenen Personen oder Organisationen, der Umfang der Leistungen und der Gegenleistungen sowie die Bedingungen, unter denen sie erbracht wurden, eine Rolle spielen (vgl. Bruhn-Mehlinger aaO., S.7)."

*aa. Zur näheren Bestimmung des gerichtsfreien Gestaltungsspielraums des Vorstands*

"Welche Geschäftsstrategien der Vorstand einer Aktiengesellschaft bei der Vergabe derartiger Leistungen einschlagen und welche Ziele er zur Förderung des Unternehmenszweckes anstreben darf, regelt das Aktiengesetz nicht im Detail. Gewinnstreben und Freigebigkeit werden dabei aber nicht stets als sich widersprechende, sondern durchaus als komplementäre Ziele angesehen. Würden unentgeltliche Zuwendungen ausschließlich wegen ihrer direkt gewinnsteigernden Zielsetzung zugelassen, so käme der Vorstand nicht umhin, die eigennützige Motivation hinter jeder Fördertätigkeit herauszustellen, weil sich deren vielberufene Werbewirkung keineswegs immer in Mark und Pfennig beziffern und schon gar nicht bilanziell abbilden lässt (Fleischer aaO. S. 174).

Unternehmen nutzen deshalb heute die Förderung von Kultur- oder Sportveranstaltungen für Werbezwecke, ohne dass der wirtschaftliche Nutzen im einzelnen genau bestimmt werden kann. Gerade das Sportsponsoring dient zu einem großen Teil der Imagewerbung von Großunternehmen (Daimler-Benz, BMW, Deutsche Post und ihr Engagement im Automobilport; Deutsche Telekom und der Mann-

schaftsradspport). So erkennt der Bundesgerichtshof unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten die Kompetenz des Vorstands des Sportartikelherstellers Adidas für das entgeltliche Sponsoring ausdrücklich an, aufgrund dessen die Gesellschaft durch den Abschluss von Lizenzverträgen mit Sportvereinen deren Namen und Logos verwerten darf, um dann einen Werbeeffect für die eigenen Produkte zu erzielen (BGHZ 144, 290). Durch das Auftreten eines Unternehmens als Sponsor, etwa des Fußballvereins "Bayer Leverkusen", soll die Öffentlichkeitswirksamkeit gerade dieser Dauerverbindung genutzt werden. Auch solche Zuwendungen an Sportvereine, die nicht offen zu Werbezwecken eingesetzt werden, können als verdecktes Sponsoring den "public relations" dienen, wenn sie nach dem Grundsatz eingesetzt werden: "Tue Gutes und rede darüber" (vgl. Rittner, FS Gessler [1971] S. 139, 155; ähnlich Kind aaO. S. 568).

Darüber hinaus kann und darf sich der Vorstand als Träger der Unternehmensfunktion nicht der Einsicht verschließen, dass die Aktiengesellschaft für ein dauerhaft erfolgreiches Wirtschaften auf den Rückhalt aller Bezugsgruppen angewiesen ist. Zwischen einem rein altruistischen und einem - langfristig - egoistischen Verhalten, das auf eine für den Erfolg des Unternehmens wesentliche Umweltstabilisierung - "good will-Verfestigung" - zielt, wird sich daher kaum je eine scharfe Unterscheidung treffen lassen. Es ist mit den Verhaltenspflichten des Vorstands als eines ordentlichen Geschäftsleiters daher durchaus vereinbar, dass er unentgeltliche Zuwendungen allein mit dem Ziel ausreicht, die soziale Akzeptanz der Aktiengesellschaft zu verbessern, sie als "good corporate citizen" darzustellen und dadurch indirekt ihr wirtschaftliches Fortkommen zu verbessern (vgl. Westermann, ZIP 1990,771,774). § 93 Abs. 1 AktG gewährt dabei einen breiten Spielraum unternehmerischen Ermessens dafür, auf welche Art der Vorstand Loyalität für die Gesellschaft und deren gutes Ansehen zu gewinnen trachtet. Ebensowenig wie Werbemaßnahmen für einzelne Produkte unterliegt daher die Frage, welche Form der Imagewerbung für das Gesamtunternehmen als erfolgsversprechend anzusehen ist, einer gerichtlichen Kontrolle (Fleischer aaO. S. 175). Dem Vorstand ist damit in der Frage, welchen Aufwand er für soziale Zwecke treibt, auf welche Gewinne er aus ethischen Gründen verzichtet

und für welche sozialen, politischen und kulturellen Zwecke er Mittel der Gesellschaft einsetzt, ein breiter Ermessensspielraum zuzuerkennen."

*bb. Die gerichtlich überprüfbaren Grenzen des Entscheidungsermessens*

"Allerdings ergibt sich für die aus der Leitungsbefugnis abgeleitete Vorstandskompetenz zur Ausreichung von Unternehmensspenden kein unbegrenzter Frei- raum; vielmehr sind seinem Ermessen äußere Grenzen gesetzt. Zu erwarten ist, dass der Vorstand auch soziale Entscheidungen mit der Sorgfalt eines pflicht- bewussten Unternehmers trifft und Vermögensopfer mit der Sorgfalt eines Treuhänders erbringt, der über Geld verfügt, das ihm nicht gehört, sondern der ju- ristischen Person. Insbesondere darf er privaten Prä- ferenzen („pet charities", vgl. Fleischer aaO. 5. 179) keinen unangemessenen Raum geben, er hat auch insofern sorgsam zu wirtschaften, und er muss seine Entscheidung jeweils in Abwägung der ihm obliegen- den Verantwortung für den Unternehmenserfolg tref- fen (vgl. BGHZ 135, 244, 253)."

*cc. Die Anbindung an den Unternehmensgegen- stand als maßgebliches Entscheidungskriterium*

"Die Abgrenzung, inwieweit im Einzelfall Unterneh- mensinteressen verfolgt oder ob mit dem Geld der Gesellschaft ausschließlich Privatbelange gefördert werden, obliegt grundsätzlich der Beurteilung des Vorstands. Zwar darf er mit dem Geld der Gesell- schaft auch seine eigene politische Überzeugung, pri- vate Liebhaberei für Kunst und Wissenschaft oder seine Begeisterung für eine bestimmte Sparte des Sports verfolgen. Hier gilt aber: Je loser die Verbin- dung zwischen dem Geförderten und dem Unterneh- mensgegenstand, desto enger ist der Handlungsspiel- raum des Vorstands und desto größer sind die An- forderungen an die interne Publizität. Bei unentgeltli- chen, nicht erkennbar mit dem Unternehmensgegen- stand zusammenhängenden Zuwendungen an Dritte muss sich der Vorstand an dem möglichen Nutzen orientieren, den ein solches Verhalten der sozialen Akzeptanz - dem "standing" - des Unternehmens in der allgemeinen oder auch nur in der interessierten Öffentlichkeit sowie dem Ansehen der Unter- nehmensleitung bei der Belegschaft und dergleichen bringt (Breuer [FAZ Nr. 273 vom 23. November 2000] spricht bei der finanziellen Förderung des

Fußballvereins Eintracht Frankfurt durch die Deutsche Bank vom "Vierklang der Interessen von Aktionären, Mitarbeitern, Kunden und Öffentlichkeit")."

*dd. Zum Verfahren in Zweifelsfällen über die Unternehmensinteressen*

"Bestehen bei bedeutsameren Zuwendungen Zweifel, ob sie im Interesse des Unternehmens liegen, oder erfüllt das einzelne Vorstandsmitglied damit seine ganz persönlichen Vorlieben oder Interessen, so kann das betroffene Vorstandsmitglied die Entscheidung nicht allein treffen, auch wenn es nach der internen Geschäftsverteilung für die Vergabe von Fördermitteln zuständig wäre (vgl. Hopt aaO. § 93 Rdn. 132ff.). Darüber hinaus ist der Vorstand - als Kehrseite seines Ermessensspielraums - gegenüber den anderen Gesellschaftsorganen zur Offenheit verpflichtet, um ihnen Kontroll- und Rügemöglichkeiten zu eröffnen für den Fall, dass ihrer Meinung nach Mittel der Gesellschaft ausschließlich für andere als durch den Gesellschaftsgegenstand vorgegebene Zwecke verwendet werden (vgl. Westermann aaO. 5. 776; Mertens FS Goerdeler [1987] 5. 349, 358). Dies folgt auch aus dem sich aus § 77 AktG ergebenden Prinzip der Gesamtverantwortung des Vorstandes für die Geschäftsleitung und der nicht delegierbaren Pflicht des Gesamtorgans zur Selbstkontrolle (Hüffer aaO. § 77 Rdn. 15, 18)."

*ee. Das Gebot der Angemessenheit von Spenden*

"Hinsichtlich des Spendenvolumens gilt das Gebot der Angemessenheit: Die korporative Freigebigkeit muss sich insgesamt im Rahmen dessen halten, was nach Größenordnung und finanzieller Situation des Unternehmens als angemessen angesehen werden kann (vgl. nur Mertens AG 2000 S. 157, 162 Fn. 28). Dafür bieten der Zuschnitt und die Ertragslage der Aktiengesellschaft wichtige Anhaltspunkte. Besondere Beurteilungsschwierigkeiten ergeben sich schließlich bei einer angespannten Finanzlage. So wie es in Krisenzeiten nicht tunlich sein kann, den Werbeetat drastisch zu kürzen, wird man vom Vorstand in Verlustjahren weder ökonomisch noch juristisch verlangen können, auf Unternehmensspenden gänzlich zu verzichten. Allerdings ist bei dauerhafter oder längerfristiger Ertragsschwäche eine sorgfähige Prüfung der Spendenpraxis unter dem Gesichtspunkt des Unternehmensinteresses erforderlich."

*d. Zum Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung*

"Vergibt der Vorstand aus dem Vermögen einer Aktiengesellschaft Zuwendungen zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, Sozialwesen oder Sport, genügt für die Annahme einer Pflichtwidrigkeit im Sinne des Untreuetatbestandes des § 266 StGB nicht jede gesellschaftsrechtliche Pflichtverletzung; diese muss vielmehr gravierend sein.

Ob eine Pflichtverletzung gravierend ist, bestimmt sich aufgrund einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien. Bedeutsam sind dabei: Fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie Vorliegen sachwidriger Motive, namentlich Verfolgung rein persönlicher Präferenzen. Jedenfalls dann, wenn bei der Vergabe sämtliche dieser Kriterien erfüllt sind, liegt eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 StGB vor."

*e. Zur Beurteilung der Zuwendungen des Angeklagten K an den SSV Reutlingen*

"Nach diesen Maßstäben hat der Angeklagte K. mit seinen Verfügungen zu Lasten des Vermögens der SWEG seine Befugnisse als Vorstandsvorsitzender in gravierender Weise missbraucht. Die Zuwendungen waren pflichtwidrig i.S. des § 266 StGB, weil der Angeklagte K. mit der Ausreichung der Zahlungen die Grenzen seines Ermessens nach den oben genannten Kriterien überschritten hat."

*aa. Zur Einordnung der Zuwendungen*

"Es handelte sich um unentgeltliche, nicht erkennbar mit dem Unternehmensgegenstand zusammenhängende Zuwendungen an Dritte. Nach den Feststellungen des Landgerichts waren die Zahlungen jedenfalls kein offenes oder verdecktes Sportsponsoring des SSV Reutlingen. Weder wurde eine vertragliche Vereinbarung oder sonstige Abrede über eine Gegenleistung getroffen, noch erbrachte der SSV Reutlingen tatsächlich eine Gegenleistung.

Da das altruistische Motiv der Sportförderung nur äußerst mittelbar zum Tragen kam, waren die Zuwendungen bereits aus diesem Grund kaum geeignet, zumindest das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit oder bei interessierten Sportkreisen zu stärken. Nach den festgestellten Umständen ist auch

objektiv kein Bezug der Unternehmenstätigkeit der SWEG zum SSV Reutlingen erkennbar."

*bb. Unangemessenheit der Zuwendungen*

"Die mit dem Unternehmensgegenstand nicht zusammenhängenden Zuwendungen waren angesichts der wirtschaftlichen Lage der SWEG sowohl dem Grunde nach als auch in der Höhe nicht angemessen. Das öffentliche Unternehmen erwirtschaftete zwar in den Jahren 1992 bis 1996 Überschüsse, jedoch mußte das Land Baden-Württemberg der SWEG auch in diesen Jahren zum Ausgleich des jährlichen Bilanzverlustes jeweils mehrere Millionen DM zuführen. Diese Spendenpraxis hat auch der Landesrechnungshof im Jahr 1998 beanstandet."

*cc. Zu den privaten Interessen des Angeklagten S*

"Ihrem eigentlichen Sinn nach dienten die Zuwendungen den privaten Interessen des Angeklagten S., der Verantwortlichen des Vereins angeboten hatte, Gelder von potenten Gönnern zu besorgen. Er verfügte nach eigenem Belieben über die Beträge und verwendete sie - ohne dass sie in der Buchhaltung des Vereins auftauchten - zum Stopfen finanzieller Löcher und zur Beeinflussung der Mäzene. Die Beschaffung und die Verwendung der Zuwendungen gingen damit sogar über die Verfolgung privater Interessen hinaus, denn sie waren durchaus eigennützig, weil sie dazu dienten, die Stellung des Angeklagten S. im Verein und im örtlichen Umfeld als Beschaffer von dringend benötigten Hilfen und damit als möglichem Retter des Vereins zu unterstreichen.

Die Verfügung über das Vermögen des landeseigenen Unternehmens war auch nicht durch das von der Revision für Zahlung der ersten 20.000 DM herangezogene Motiv der "Landschaftspflege im politischen Bereich" gerechtfertigt. Der Senat hat nicht zu entscheiden, ob und inwieweit sich ein landeseigenes Unternehmen durch Spenden zugunsten von politischen Parteien oder Politikern überhaupt an der "politischen Landschaftspflege" beteiligen darf. Auf die Beurteilung der Zuwendung bei der Prüfung der Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 266 StGB kann dieses Motiv hier jedenfalls keinen Einfluss haben. Es gehört zu den ureigenen Aufgaben des Verkehrsministers, selbst wenn er noch nicht Mitglied des Aufsichtsrats ist, die wirtschaftlichen Interessen der SWEG als öffentlichem Verkehrsunternehmen zu

wahren. Für "politische Landschaftspflege" gegenüber dem Minister war deshalb kein Raum. Obwohl es offenkundig war, dass die Zuwendungen privaten Zwecken des Angeklagten S. dienten, hat der Angeklagte K. die Angelegenheit lediglich allein entschieden."

*dd. Verschleierung der Zuwendungen*

"Die Zuwendungen wurden verschleiert. Sie wurden nicht in einer Art unternehmensintern offengelegt, die eine Kontrolle durch die Gesellschaftsorgane ermöglicht hätte. Die Auszahlung erfolgte nicht auf dem üblichen Weg über die Hauptbuchhaltung, um einen Erklärungsbedarf gar nicht erst aufkommen zu lassen, und auf dem Beleg über die Auszahlung wurde die Verwendung unzutreffend angegeben."

*f. Ergebnis*

K hat Verfügungsbefugnis missbraucht und dadurch die ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verletzt.

*3. Vermögensnachteil*

Schließlich mußte K durch sein Verhalten der SWEG einen Nachteil zugefügt, mithin einen Vermögensschaden verursacht haben. Dazu führt der Senat aus: "Durch die Vermögensverfügung des Angeklagten K. ist der SWEG auch ein Schaden entstanden. Sowohl das Fehlen objektiver Gesichtspunkte für die Annahme einer der Formen des Sponsoring, erst recht aber die Umstände der Beschaffung und der Verwendung der 45.000 DM schließen es aus, dass die Zuwendungen einen ideellen Wert in sich trugen, der für das Unternehmen einen auch nur annähernd gleichwertigen Vermögensvorteil erbracht hat. Der Senat schließt aus, dass sich aus der Sicht des durchschnittlichen, informierten Betrachters der "good will" des Unternehmens verbessert hat. Eher legen die Umstände nahe, dass zu der eingetretenen Vermögensminderung zusätzlich eine vorhersehbare Ansehensminderung eingetreten ist."

*4. Vorsatz*

Der Angeklagte K. handelte vorsätzlich. Insbesondere war ihm die Pflichtwidrigkeit seines Handelns und der dadurch bei der SWEG entstandene Schaden bewusst gewesen. Das wird u.a. durch die Ab-

wicklung der Zahlungen über die Sekretariatskasse sowie die unterlassene Offenlegung gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern und dem Aufsichtsrat belegt.

## *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

K handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## *III. Ergebnis*

K hat sich wegen Untreue gem. § 266 I, 1. Fall StGB (Missbrauchstatbestand) strafbar gemacht. Der mit verwirklichte Treuebruchtatbestand tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (Spezialität) zurück.

### *B. Strafbarkeit des Angeklagten S wegen Untreue gem. § 266 I, 1. Fall StGB zum Nachteil der SWEG durch die Veranlassung der Zahlungen*

Eine Strafbarkeit des Angeklagten S gem. § 266 I, 1. Fall StGB (Missbrauchstatbestand) kommt nicht in Betracht, da S keine Befugnis besaß, über das Vermögen der SWEG zu verfügen oder die SWEG zu verpflichten. Eine solche Befugnis stand ihm gem. §§ 111 ff. AktG auch nicht in seiner Eigenschaft als Aufsichtsratsvorsitzender zu.

### *C. Strafbarkeit des Angeklagten S wegen Untreue gem. § 266 I, 2. Fall StGB zum Nachteil der SWEG durch die Veranlassung der Zahlungen*

#### *I. Tatbestand*

S könnte sich jedoch gem. § 266 I, 2. Fall StGB strafbar gemacht haben.

#### *1. Objektiver Tatbestand*

Der objektive Tatbestand des Treuebruchtatbestandes erfordert, dass durch die Verletzung einer dem Täter obliegenden Vermögensbetreuungspflicht ein Vermögensnachteil verursacht wird. Dazu führt der Senat aus: "Soweit der Angeklagte S. als Aufsichtsratsmitglied der SWEG das Vorstandsmitglied K. veranlasste, aus dem Vermögen der Gesellschaft Zuwendungen an ihn auszureichen, beurteilt die Kammer seine Strafbarkeit zutreffend nach dem Treuebruchtatbestand des § 266 StGB."

#### *a. Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht*

"Als Aufsichtsratsvorsitzender hatte der Angeklagte S. zwar nicht die Rechtsmacht, in der geschehenen

Weise über das Vermögen der SWEG zu verfügen. Eine Strafbarkeit aus dem Missbrauchstatbestand scheidet daher aus. Jedoch verletzte er die aus seiner Stellung als Aufsichtsratsvorsitzender folgende Vermögensfürsorgepflicht, indem er den Angeklagten K. zu Untreuehandlungen gegenüber der Gesellschaft bestimmte.

Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Nach § 116 AktG gilt für die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder § 93 AktG über die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder sinngemäß. Dem Aufsichtsrat obliegt gegenüber der Aktiengesellschaft eine Vermögensfürsorgepflicht (BGH wistra 1999, 418 lfd. Nr. 2; BGHSt 9,203,217 zu § 81a GmbHG a.F.; Tiedemann in FS für Tröndle [1989] S. 319, 327, Schmid in Müller-Gugenberger/Bieneck Wirtschaftsstrafrecht 3. Aufl. § 31 Rdn. 75, 97; vgl. auch Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 266 Rdn. 35a, Schünemann in LK 11. Aufl. § 266 Rdn. 60). Den Umfang dieser Pflichten regelt das Aktiengesetz in § 116 AktG durch einen Verweis auf die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die Sorgfalt der Vorstandsmitglieder (§ 93 AktG).

Im gegebenen Fall kann dahinstehen, ob die gesellschaftsrechtliche Treupflicht des Aufsichtsrates zur Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaft bei einer Betätigung außerhalb der Geschäftssphäre der Gesellschaft und bei Rechtsgeschäften mit ihr nur in einem beschränkten Umfang gilt, weil in Rechnung gestellt werden muss, dass die Tätigkeit dort eine typische Nebentätigkeit ist, so dass Interessenkollisionen mit anderen Tätigkeiten des Aufsichtsratsmitglieds absehbar sind und mitunter zwangsläufig eintreten (Hüffer aaO. § 116 Rdn. 1, Tiedemann aaO. 5. 319, 320, Fleck in FS für Heinsius [1991] 5. 89, 90). Denn das Verhalten des Angeklagten S. berührt den eigentlichen Aufgabenbereich und die Hauptpflicht des Aufsichtsrates, die gemäß § 111 Abs. 1 AktG in der Überwachung der Geschäftsführung besteht. Grundsätzlich wird danach vom Aufsichtsrat verlangt, fehlerhaftes oder gesellschaftsschädigendes Verhalten des Vorstandes abzuwenden. Die Verpflichtung bezieht sich nicht nur auf abgeschlossene Geschäftsvorgänge, sondern auch auf laufende Geschäfte und Maßnahmen (Henze, Aktienrecht 4.

Aufl. Rdn. 620). Zwar mag auch in diesem Zusammenhang nicht eindeutig feststehen, welche Einzelmaßnahmen zu ergreifen sind, ob der Aufsichtsrat etwa Anzeige erstatten muss, wenn er ein strafbares Verhalten des Vorstandes feststellt. Aus der Überwachungspflicht des Aufsichtsrates ergibt sich jedoch notwendig die Pflicht, den Vorstand nicht von sich aus zu Handlungen zu veranlassen, die er aufgrund seiner Überwachungspflicht gerade abwenden müsste (BGH NJW 1980, 1629). Eine Verletzung dieser Pflicht stellt damit den Verstoß gegen eine spezifische Treupflicht im Sinne von § 266 StGB dar (vgl. dazu zuletzt nur BGH wistra 2001, 304, 305)."

#### *b. Pflichtverletzung durch den Angeklagten S*

"Der Angeklagte S. verletzte diese Pflicht, als er an das Vorstandsmitglied K. herantrat und ihn vor dem Hintergrund seiner Einwirkungsmöglichkeiten als Aufsichtsratsvorsitzender zu "Spenden" aus dem Vermögen der SWEG an den SSV Reutlingen aufforderte. Er veranlasste damit Untreuehandlungen des Vorstands, die der Angeklagte S. aufgrund seiner Überwachungspflicht als Aufsichtsrat hätte verhindern müssen."

#### *c. Kausaler Vermögensschaden*

"Der SWEG entstand durch das vom Angeklagten S. veranlasste pflichtwidrige Verhalten des Angeklagten K. bei der ersten Zuwendung an den SSV Reutlingen und durch das eigene pflichtwidrige Verhalten des Angeklagten S. bei der zweiten und dritten Zuwendung auch ein Schaden."

#### *d. Täterschaft*

"Der Angeklagte S. erfüllte bei den Zuwendungen an den SSV Reutlingen durch sein eigenes Handeln sämtliche Tatbestandsmerkmale der Untreue in der Treubruchsalternative und ist bereits deshalb insoweit Täter (Tiedemann aaO. S. 322, 325; vgl. auch BGHSt 38, 315, 317). Weil daher eine Zurechnung von Tatbeiträgen des Angeklagten K. nach § 25 Abs. 2 StGB nicht erforderlich ist, kann die Frage dahinstehen, ob sich die Tat des Angeklagten S. im Verhältnis zu der des Angeklagten K. als Mit- oder

Nebentäterschaft darstellt. Zwar verwirklichte die Aufforderung des Angeklagten S. daneben in beiden Fällen zugleich den Tatbestand einer Anstiftung des Angeklagten K. zu einer Untreue in der Missbrauchsalternative. Da aber insoweit jeweils eine Tat i.S.d. § 52 StGB vorliegt, geht diese Anstiftung nach ständiger Rechtsprechung in der Verurteilung wegen täterschaftlichen Handelns auf, das die schwerere Tat darstellt (vgl. BGH NStZ 2000,421; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. vor § 25 Rdn. 12)."

#### *2. Subjektiver Tatbestand*

Zur Verwirklichung des subjektiven Tatbestandes führt der Senat aus:

"Auch der Schluss der Kammer, der Angeklagte S. habe seine Vermögensfürsorgepflicht vorsätzlich verletzt, ist nicht zu beanstanden. Nach ihren Feststellungen war dem Angeklagten bewusst, dass die Leistungen des Vorstands K. keinerlei Bezug zur Geschäftstätigkeit der SWEG hatten und dieser die Zahlungen ausschließlich in seinem, des Angeklagten S., Interesse vornahm. Auch wurde die Übergabe der beträchtlichen Beträge bar und ohne Quittungen abgewickelt, so dass der Geldfluss nicht mehr nachvollziehbar war. Diese Umstände belegen rechtsfehlerfrei die Annahme, dass der Angeklagte sich der Pflichtwidrigkeit auch seiner eigenen Handlung bewusst war."

#### *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

S handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### *III. Ergebnis*

S hat sich wegen Untreue gem. § 266 I, 2. Fall StGB strafbar gemacht. Die mit verwirklichte Anstiftung tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz (materielle Subsidiarität) zurück.

#### *D. Gesamtergebnis*

K und S haben sich jeweils wegen Untreue strafbar gemacht, wobei K wegen Missbrauchs gem. § 266 I, 1. Fall StGB und S wegen Treubruchs gem. § 266 I, 2. Fall StGB verantwortlich ist.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Ehlers, Dirk: "Auseinandersetzung im Flugzeug"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 345 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Original-Examensklausur aus Nordrhein-Westfalen mit hohem Schwierigkeitsgrad. Der Schwerpunkt liegt auf den Themenbereichen "Verwaltungsvollstreckung" und "Amtshaftung", der Fall streift aber auch so exotische Themen wie die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit und das LuftVG.

<b>Autor/Titel:</b>	Schoch, Friedrich: "Die einstweilige Anordnung"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 318 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Dritter Teil des Beitrags von Schoch zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO. Der Antrag nach § 123 VwGO wird in aller Ausführlichkeit dargestellt. Probleme werden anhand von Beispielfällen aufgezeigt und gelöst. Wie schon die ersten beiden Teile ein absolutes "Muss" für jeden Examenskandidaten.

<b>Autor/Titel:</b>	Fischer, Kristian: "Das polizeiliche Abschleppen von Kraftfahrzeugen"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 447 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Keine andere Materie des öffentlichen Rechts ist in Praxis und Examen so relevant wie das Abschleppen von KfZ. Der vorliegende Beitrag beleuchtet das polizeiliche Abschleppen einschließlich der Kostenfolgen, der Haftung für Schäden usw. Sehr lesenswert.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Schubel, Christian: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Kaufrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 313 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Das Kaufrecht bildet neben dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht den zweiten großen Schwerpunkt der am 01.01.2002 in Kraft getretenen Schuldrechtsmodernisierung. Der Beitrag vermittelt einen umfassenden Überblick über diese Neuregelung.

<b>Autor/Titel:</b>	Zeranski, Dirk: "Prinzipien und Systematik des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 340 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag stellt die Prinzipien des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen und darauf aufbauend die Gesetzssystematik der §§ 932 ff. BGB dar.

<b>Autor/Titel:</b>	Führich, Ernst: "Reisevertrag nach modernisiertem Schuldrecht"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2002, 1082 (Heft 15)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor verschafft neben einem Einblick in das Reisevertragsrecht, das regelmäßig in der universitären Ausbildung vernachlässigt wird, einen direkten Bezug zum Gesetz zur Schuldrechtsmodernisierung, um den Einfluss der Neuregelungen auf diesen Vertragstyp darzustellen.

<b>Autor/Titel:</b>	Hau, Wolfgang: "Zur Übung - Bürgerliches Recht: Die entdeckten Pandekten des Ferdinand Regelsberger"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 337 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Gutachterliche Aufarbeitung einer Examensklausur aus Anwaltssicht mit den Themengebieten Vertragsabschluss, Anfechtung, Bereicherungsrecht

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Wallschläger, René: "Die Körperverletzungsdelikte nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2002, 390 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Strukturierte Darstellung der durch das 6. StrRG neu aufgeworfenen Streitfragen im Bereich der §§ 223 ff. StGB.

<b>Autor/Titel:</b>	Britz: Guido: "Der praktische Fall- Strafrecht: errare humanum est?"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 465 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Anspruchsvolle Anfängerklausur zur Notwehr und Irrtumsfragen im Bereich der Rechtfertigungsgründe.

<b>Autor/Titel:</b>	Eisele, Jörg / Fad, Frank: "Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Missbrauch kartengestützter Zahlungssysteme"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 305 (Heft 5)
<b>Inhalt:</b>	Systematische Übersicht zum aktuell wegen BGH, RA 2001, 246 besonders relevanten Problem des Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs.