

Öffentliches Recht

Standort: § 1 UWG

Problem: Teilnahme der Gemeinde am Wettbewerb

BGH, URTEIL VOM 25.04.2002

I ZR 250/00 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein privater Konkurrent von der Gemeinde das Unterlassen erwerbswirtschaftlicher Betätigung nach § 1 UWG verlangen kann, wenn diese gegen die Zulässigkeitsschranken der jeweiligen Gemeindeordnung (hier: Art. 87 BayGO; die Gemeindeordnungen der anderen Bundesländer enthalten diesbezüglich weitgehend identische Regelungen, vgl. z.B. § 107 GO NW; § 85 GO Rh.-Pfalz; § 102 GO BW u.v.m.) verstößt.

Der BGH traf eine Vielzahl sich widersprechender Entscheidungen der OLGe an, die - jeweils zu den Normen der jeweiligen Gemeindeordnung ihres Landes - zu unterschiedlichen Auffassungen gelangt waren. So verneint z.B. das OLG Karlsruhe einen Unterlassungsanspruch privater Mitbewerber aus § 1 UWG. Es setzt sich jedoch in Widerspruch zum VerfGH Rh.-Pfalz (DVBl 2000, 992, 995) und der berühmt gewordenen "Gelsengrün"-Entscheidung des OLG Hamm (NJW 1998, 3504). Die Gerichte begründen ihre unterschiedlichen Auffassungen mit den unterschiedlichen Motiven der jeweiligen Landesgesetzgeber beim Erlass der Normen.

Der BGH erteilt Ansprüchen aus § 1 UWG für den Regelfall eine Absage. Das Gericht unterscheidet grundsätzlich zwischen dem "Ob" und dem "Wie" der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden. Während § 1 UWG den Schutz der Mitbewerber vor unlauteren Methoden im Wettbewerb bezwecke, also das "Wie" der Betätigung regele, betreffen die Vorschriften der Gemeindeordnungen über die Frage, wann den Gemeinden eine erwerbswirtschaftliche Betätigung erlaubt sei, das "Ob" der Teilnahme am Markt. Deshalb sei es auch ohne Belang, ob die landesrechtliche Norm zumindest auch den Schutz der Privatwirtschaft im Auge habe (selbst wenn, gehe es eben wieder nur um das "Ob", nicht um das "Wie") und ob die Gemeinde sich vorsätzlich über die Normen der Gemeindeordnung hinweggesetzt habe. Von BGH GRUR 1965, 373, 375 ("Blockeis II") bis BGH GRUR 1996, 213, 216 ("Sterbegeld") wurde noch das Gegenteil vertreten; der BGH hält hieran aber ausdrücklich nicht mehr fest. Läge ein Verstoß gegen Normen der Gemeindeordnung vor (sei er vorsätzlich oder nicht, seien die Normen

drittschützend oder nicht), müsse ein Unterlassungsanspruch im öffentlichen Recht gesucht werden. Der lediglich auf das "Wie" bezogene § 1 UWG könne - so der BGH ausdrücklich - nicht zur Schließung möglicherweise unerwünschter Lücken herangezogen werden.

Der BGH nennt allerdings auch Fallgruppen, in denen die Wettbewerbsbetätigung der Gemeinde sittenwidrig i.S.d. § 1 UWG sein kann, nämlich

- wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden (vgl. BGH, WRP 1999, 650 - Holsteiner Pferd)
- die amtliche Autorität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht wird (vgl. BGH, MDR 2002, 654 - Elternbriefe) oder
- der Bestand des Wettbewerbs auf dem einschlägigen Markt gefährdet wird (vgl. BGHZ 82, 375 [395 ff.] - Brillen-Selbstabgabestellen).

Das Gericht stellt aber ausdrücklich klar, dass dies nichts mit einem Verstoß gegen die Normen der Gemeindeordnung zu tun habe. In den genannten Fallgruppen sei nämlich gerade das "Wie" der erwerbswirtschaftlichen Betätigung betroffen. Ob daneben auch noch ein Verstoß gegen die das "Ob" betreffenden Normen der Gemeindeordnung vorläge, sei ohne Belang.

Prüfungsrelevanz:

Die erwerbswirtschaftliche Betätigung von Gemeinden hat die Rechtsprechung in der jüngeren Vergangenheit immer wieder beschäftigt. Auch die RA hat hierüber ausführlich berichtet (zuletzt RA 2001, 386). Schon daraus resultiert die hohe Examensrelevanz. Die neben der Anwendbarkeit des § 1 UWG interessierenden Probleme können hier nur kurz angerissen werden (vgl. aber die Vertiefungshinweise m.w.N. auf frühere Ausgaben der "RA" und sonstige Fundstellen):

- Rechtswegproblematik: Wo sind die Unterlassungsansprüche einzuklagen? Da sowohl öffentlich-rechtliche (Gemeindeordnung, öffentl.-rechtl. Unterlassungsanspruch) wie zivilrechtliche Normen (§§ 823, 1004 BGB; § 1 UWG) anwendbar sind, hat der Kläger i.E. die Wahl, welchen Rechtsweg er beschreitet (Ehlers, NWVBl 2000, 1, 5). Gem. § 17 II 1 GVG prüft das Gericht jedenfalls alle Ansprüche durch.

- Anspruchsgrundlagen: Neben § 1 UWG kommen §§ 823, 1004 BGB analog ("quasinegatorischer Unterlassungsanspruch", vom BGH vorliegend angeprüft und

verneint), die entsprechende Vorschrift aus der jeweiligen Gemeindeordnung direkt sowie der öffentl.-rechtl. Unterlassungsanspruch in Betracht.

Vertiefungshinweise:

- Entscheidungen der Vorinstanzen: LG München I, GewArch 1999, 413; OLG München, MDR 2001, 896 = GewArch 2000, 279
- Zum Drittschutz der Wettbewerbsklauseln in den Gemeindeordnungen: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 1470, 1471; *Schoch*, DÖV 1993, 377, 380; *Cosson*, DVBl 1999, 891, 895; *Lux*, NWVBl 2000, 7, 8
- Zum Verhältnis des § 1 UWG zu Wettbewerbsklauseln in den Gemeindeordnungen: *Ötting*, DÖV 1999, 549 ff.
- Für einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG: VerfGH Rh.-Pfalz, DVBl 2000, 992, 995; OLG Hamm, RA 1999, 6 = NJW 1998, 3504
- Gegen einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG: OLG Karlsruhe, RA 2001, 386 = VBIBW 2001, 234

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Brot für M"

Leitsätze:

- 1. Ein Verstoß gegen die Vorschrift des Art. 87 BayGO, die der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden Grenzen setzt, ist nicht zugleich sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG.**
- 2. Es ist nicht Sinn des § 1 UWG, den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fern zu halten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lauterer Wettbewerbs nicht berühren.**
- 3. Die Vorschrift des § 1 UWG bezweckt nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch in den Fällen, in denen aus ihr Ansprüche zum Schutz des Bestandes des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt hergeleitet werden können, geht es nicht darum, bestimmte Marktstrukturen zu erhalten, sondern darum, wettbewerbliche Verhaltensweisen zu unterbinden, die nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktstruktur gerade auch als Wettbewerbsmaßnahmen unlauter sind.**
- 4. Die Vorschrift des Art. 87 BayGO ist kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.**

Sachverhalt:

Die beklagten Stadtwerke wurden am 3. 9. 1998 aus einem Eigenbetrieb der Landeshauptstadt M. in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt, deren Alleingesellschafterin die Landeshauptstadt M. ist. Seitdem führt die Beklagte auch für private Auf-

traggeber Elektroarbeiten aus, darunter auch das Aufstellen und das Entfernen von Verteilerschränken und Anschluss-Säulen für „fliegende Bauten“.

Die Klägerin betreibt in M. das Elektrikerhandwerk. Sie hat seit Jahren im Bereich der Landeshauptstadt M. für Marktkaufleute auf den Messen, Märkten und Festveranstaltungen Elektroarbeiten ausgeführt. Nach ihrer Umwandlung in eine GmbH erreichte die Beklagte binnen kurzer Zeit, dass eine Vielzahl von Kunden der Klägerin zu ihr überwechselten.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte durch die Übernahme von Aufträgen privater Unternehmen für Elektroarbeiten gegen die Vorschriften der Bayer. Gemeindeordnung verstoße, die zur Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden erlassen worden seien, und damit zugleich wettbewerbswidrig handele. Die Beklagte habe ihr nur deshalb so viele Kunden abwerben können, weil diese auf das Wohlwollen der Stadt angewiesen seien. Die Beklagte könne die Preise ihrer Wettbewerber nur unterbieten, weil sie nach wie vor die Unterlagen für die Ausschreibungen erstelle, auch wenn diese nunmehr vom Hochbaureferat der Landeshauptstadt M. durchgeführt würden.

Die Beklagte hat einen Verstoß gegen die Vorschriften der Bayer. Gemeindeordnung ebenso in Abrede gestellt wie einen Missbrauch amtlicher Autorität oder eine wettbewerbswidrige Ausnutzung amtlicher Beziehungen. Das LG hat der Klage stattgegeben, die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung der Vorinstanz

Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG begründet sei. Die Beklagte handele wettbewerbswidrig, wenn sie die Grenzen, die Art. 87 Abs. 1 BayGO der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ziehe, überschreite und für private Auftraggeber die in dem Antrag genannten Elektroarbeiten ausführe. Auch nach ihrer Privatisierung unterliege die Beklagte als gemeindliches Unternehmen im Alleinbesitz der Landeshauptstadt M. den Schranken des Art. 87 BayGO.

Die beanstandeten Elektroarbeiten dienten nicht der Daseinsvorsorge zur Versorgung der Bevölkerung mit Strom, sondern seien Handwerksleistungen für private Auftraggeber, die ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt werden könnten.

Die Vorschrift des Art. 87 BayGO sei zwar kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB. Bei einem planmäßigen, auf Dauer ausgerichteten Handeln, wie es hier gegeben sei, stehe dem Verletzten aber ein Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG zu. Dies ergebe sich aus dem Zweck des Art. 87 BayGO, wie er aus der Gesetzesbegründung zu dieser Vorschrift hervorgehe.

Aus anderen Gründen sei der wettbewerbsrechtliche

Unterlassungsanspruch dagegen nicht gegeben. Ob die Beklagte bei ihrer Tätigkeit amtliche Informationen ausnutze, die sie dadurch erlangt habe, dass sie vor ihrer Umwandlung in eine GmbH die städtischen Ausschreibungen durchgeführt habe, könne ohne nähere Aufklärung nicht festgestellt werden. Diese Möglichkeit sei ohnehin allenfalls vorübergehend gegeben. Auch ein wettbewerbswidriger Missbrauch amtlicher Autorität könne nicht allein damit begründet werden, dass jeder, der auf das Wohlwollen der Landeshauptstadt M. angewiesen oder um dieses bemüht sei, die Beklagte gegenüber anderen Handwerksbetrieben bevorzugen werde, weil sie im Alleinbesitz der Stadt sei. Andernfalls wäre jedes Gemeindeunternehmen in einer Rechtsform des Privatrechts von vornherein aus wettbewerbsrechtlichen Gründen am Tätigwerden gehindert.

B. Entscheidung des BGH

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe haben Erfolg.

I. Anspruch aus § 1 UWG

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts handelt die Beklagte auch dann nicht sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG, wenn sie selbst oder die Landeshauptstadt M. bei der Übernahme von Aufträgen privater Unternehmen gegen die Schranken verstoßen sollten, die sich aus Art. 87 BayGO für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von Gemeinden ergeben.

Ein Verstoß einer Gemeinde gegen die Vorschrift des Art. 87 BayGO ist nicht zugleich sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass eine Gemeinde nicht als Wettbewerberin auf dem Markt auftreten darf, soweit ihr eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit nach Art. 87 BayGO untersagt ist. Ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte wegen einer Verletzung des Art. 87 BayGO scheidet daher auch dann aus, wenn die beanstandete Tätigkeit der Beklagten mit dieser Vorschrift nicht vereinbar sein sollte, ohne dass es noch auf die Frage ankäme, ob die Beklagte als privatrechtliches Unternehmen im Alleinbesitz der Landeshauptstadt M. selbst den Beschränkungen des Art. 87 BayGO unterliegt oder ihre Störerhaftung in Betracht käme.

1. Wettbewerbsbezogene Auslegung des Merkmals der "guten Sitten"

Zweck des § 1 UWG ist es, dem unmittelbar betroffenen Wettbewerber einen Anspruch zu geben, damit dieser selbst gegen unlautere Mittel und Methoden des Wettbewerbs vorgehen kann und damit zugleich in die Lage versetzt wird, sich gegen Schädigungen zur Wehr zu setzen, die er durch Wettbewerbsverzerrungen infolge unlauteren Wettbewerbs erleidet oder befürchten muss. Die Anspruchsnorm ist so die Grundlage für einen deliktsrechtlichen Individualschutz (BGHZ 144,

255 [264] - Abgasemissionen; BGH, MDR 2001, 527 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner; WRP 2002, 434 - „H.I.V. POSITIVE“). Im Hinblick auf die Zielsetzung des § 1 UWG, die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen, ist der darin enthaltene Begriff der Sittenwidrigkeit wettbewerbsbezogen auszulegen (BGHZ 144, 255 [264] - Abgasemissionen; BGHZ 147, 296 [303] - Gewinn-Zertifikat).

Gemäß seiner beschränkten Zielsetzung ist § 1 UWG auch dann, wenn ein beanstandetes Verhalten gegen ein Gesetz verstößt, nur anwendbar, wenn von diesem Gesetzesverstoß zugleich eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausgeht. Es genügt nicht, dass bei einer Wettbewerbshandlung ein Gesetzesverstoß lediglich mitwirklich wird. Der Gesetzesverstoß muss die Handlung vielmehr in der Weise prägen, dass diese gerade auch als Wettbewerbsverhalten sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG ist (vgl. BGH, MDR 2001, 527 - Verbandsklage gegen Vielfachabmahner).

2. Grds. keine Gleichsetzung von Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit

Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Verstößen gegen Vorschriften, die den Zutritt zum Markt regeln, gilt nichts Anderes. Ein Anspruch aus § 1 UWG ist nicht immer schon dann gegeben, wenn ein Wettbewerber Vorschriften verletzt, bei deren Einhaltung er aus dem Markt ausscheiden müsste. Als Grundlage deliktsrechtlicher Ansprüche von Wettbewerbern bezweckt § 1 UWG nur den Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Es ist nicht Sinn des § 1 UWG, den Anspruchsberechtigten zu ermöglichen, Wettbewerber unter Berufung darauf, dass ein Gesetz ihren Marktzutritt verbiete, vom Markt fern zu halten, wenn das betreffende Gesetz den Marktzutritt nur aus Gründen verhindern will, die den Schutz des lautereren Wettbewerbs nicht berühren. Unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts, zu dessen Zielen der Schutz der Freiheit des Wettbewerbs gehört, ist vielmehr jede Belegung des Wettbewerbs, wie sie unter Umständen auch vom Marktzutritt der öffentlichen Hand ausgehen kann, grundsätzlich erwünscht (vgl. dazu auch BVerwG, NJW 1995, 2938 [2939]; Köhler, WRP 1999, 1205 [1209]).

3. Gesetzesverstoß muss zumindest auch Wettbewerbsverstoß sein

Auch bei einem Verstoß gegen Vorschriften über den Marktzutritt muss daher anhand einer - am Schutzzweck des § 1 UWG auszurichtenden - Würdigung des Gesamtcharakters des Verhaltens geprüft werden, ob es durch den Gesetzesverstoß das Gepräge eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Verhaltens erhält. Der Gesetzesverstoß kann dazu allein nicht genügen, wenn die verletzte Norm nicht zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene, d.h. - entsprechend dem Norm-

zweck des § 1 UWG - eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene, Schutzfunktion hat (BGHZ 144, 255 [264] - Abgasemissionen). Eine solche Schutzfunktion besitzen z. B. Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten - etwa ärztlicher Behandlungen - im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern (vgl. dazu auch Köhler, GRUR 2001, 777 [781]).

4. Subsumtion für Art. 87 BayGO

Eine Schutzfunktion dieser Art fehlt jedoch Art. 87 BayGO.

a. Schutzzweck der Norm

Wie in der Gesetzesbegründung zu Art. 87 BayGO (Begründung zu § 1 Nr. 9 des Gesetzentwurfs zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und anderer kommunalrechtlicher Vorschriften, LT-Drucks. 13/10828, 19), auf die sich das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung des Normzwecks dieser Vorschrift gestützt hat, näher dargelegt ist, hat Art. 87 BayGO den Zweck, die Kommunen vor den Gefahren überdehnter unternehmerischer Tätigkeit zu schützen und zugleich einer „ungezügelter Erwerbstätigkeit der öffentlichen Hand zu Lasten der Privatwirtschaft“ vorzubeugen (vgl. dazu auch BayVGH, BayVBl. 1976, 628 [629]; Widmann/Grasser/Glaser, Bayer. Gemeindeordnung, Art. 87 Rz. 3). Zweck der Schranken für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden ist danach nicht die Kontrolle der Lauterkeit des Marktverhaltens, sondern die Einflussnahme auf das unternehmerische Verhalten der Gemeinden und ggf. der Schutz der Privatwirtschaft vor einem Wettbewerb durch die öffentliche Hand.

Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten, die einer Gemeinde nach Art. 87 BayGO untersagt sein können, sind als solche nicht unlauter, und zwar auch dann nicht, wenn sie von einer Gemeinde ausgeübt werden. Derartige wirtschaftliche Tätigkeiten sind vielmehr innerhalb der Grenzen des Art. 87 BayGO grundsätzlich auch den Gemeinden erlaubt. Als Wettbewerbsverhalten ist die betreffende Tätigkeit dementsprechend auch bei Berücksichtigung des Zwecks des Art. 87 BayGO nicht schon dann unlauter, wenn die Gemeinde dabei die ihrer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit gezogenen Schranken nicht einhält (vgl. dazu auch Tomerius, LKV 2000, 41 [46 f.]; a. A. Gröning, WRP 2002, 17 [26]). Die Unlauterkeit einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit einer Gemeinde kann sich zwar gerade auch aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaft und der damit verbundenen besonderen Stellung gegenüber den anderen Marktteilnehmern, insbesondere den Verbrauchern, ergeben - etwa wenn öffentlich-rechtliche Aufgaben mit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit verquickt werden (vgl. BGH, WRP 1999, 650 - Holsteiner Pferd), die amtliche Auto-

rität oder das Vertrauen in die Objektivität und Neutralität der Amtsführung missbraucht wird (vgl. BGH, MDR 2002, 654 - Elternbriefe) oder der Bestand des Wettbewerbs auf dem einschlägigen Markt gefährdet wird (vgl. BGHZ 82, 375 [395 ff.] - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157 [160 ff.] - Abrechnungs-Software für Zahnärzte; BGH, MDR 1987, 114 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; MDR 1991, 221 - Kreishandwerkerschaft I). Auf derartige Umstände stellt Art. 87 BayGO aber nicht ab.

b. Auch Schutz der Privatwirtschaft nicht wettbewerbsbezogen

An der Beurteilung, dass eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit einer Gemeinde nicht deshalb sittenwidrig i. S. d. § 1 UWG ist, weil sie gegen Art. 87 BayGO verstößt, ändert auch der Umstand nichts, dass es - wie dargelegt - zu den Zwecken des Art. 87 BayGO gehört, die Privatwirtschaft vor dem Marktzutritt von Gemeinden zu schützen, wenn die in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen nicht vorliegen. In diesem Zusammenhang ist es auch unerheblich, ob Art. 87 BayGO ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist (vgl. dazu unter II. 2.). Soweit es zu den Zielen des Art. 87 BayGO gehört, die Privatwirtschaft vor einem Wettbewerb durch Gemeinden zu schützen, geht es nicht um die Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern allenfalls um die Erhaltung einer Marktstruktur, die von privaten Unternehmen geprägt ist. Es ist jedoch nicht Sinn des § 1 UWG, Wettbewerbern kommunaler Unternehmen Ansprüche zur Verwirklichung dieses Schutzzwecks des Art. 87 BayGO zu gewähren, die nach öffentlichem Recht etwa gegebene Ansprüche (vgl. dazu BVerwG NJW 1995, 2938, 2939; Tettinger, NJW 1998, 3473, 3474; Frenz, DÖV 2000, 802, 808) ergänzen könnten oder nach öffentlichem Recht bestehende Schutzlücken ausfüllen (vgl. dazu auch Henneke, NdsVBl. 1999, 1, 6 ff.; Pagenkopf, GewArch 2000, 177 [184 f.]; Köhler, GRUR 2001, 777 [781]; a. A. Cosson, DVBl. 1999, 891 [896]; Otting, DÖV 1999, 549 [552 ff.]; David, NVwZ 2000, 738 ff.). Die Vorschrift des § 1 UWG bezweckt nicht den Erhalt bestimmter Marktstrukturen. Auch in den Fällen, in denen aus ihr Ansprüche zum Schutz des Bestandes des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt hergeleitet werden können (vgl. BGHZ 82, 375 [395 ff.] - Brillen-Selbstabgabestellen; 123, 157 [160 f.] - Abrechnungs-Software für Zahnärzte), geht es nicht darum, bestimmte Marktstrukturen zu erhalten, sondern darum, wettbewerbliche Verhaltensweisen zu unterbinden, die nach den Gesamtumständen unter Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Marktstruktur gerade auch als Wettbewerbsmaßnahmen unlauter sind.

5. Verschulden ohne Belang für Sittenverstoß

Ohne Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß einer Gemeinde gegen Art. 87 BayGO ihre

erwerbswirtschaftliche Tätigkeit i. S. d. § 1 UWG sittenwidrig macht, ist es auch, ob dieser Verstoß vorsätzlich oder planmäßig begangen wird und ob das Vorgehen der Gemeinde bereits durch ihre Aufsichtsbehörden beanstandet worden ist. Da der Gesetzesverstoß die wettbewerbsrechtliche Lauterkeit der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit als solche nicht berührt, kann es für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung auch nicht darauf ankommen, ob der Verstoß bewusst und ggf. hartnäckig begangen wird. Soweit der Entscheidung des Senats „„Blockeis II““ (BGH, WRP 1965, 139; vgl. dazu auch - für diese Entscheidung allerdings nicht tragend - BGH, WRP 1974, 397 - Schilderverkauf) etwas Anderes entnommen werden kann, wird daran nicht festgehalten.

6. Ergebnis: Strenge Trennung zwischen „Ob“ und „Wie“

f) Das Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 87 BayGO für sich genommen keinen Anspruch aus § 1 UWG begründet, trägt dem Umstand Rechnung, dass dem Recht gegen unlauteren Wettbewerb bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Marktzutritts der öffentlichen Hand nur eine auf die Schutzfunktion seiner Anspruchsnormen begrenzte Kontrollfunktion zukommt. Bereits in seiner Entscheidung „Schilderverkauf“ (BGH, GRUR 1974, 733 [734]; vgl. weiter BGH, MDR 1996, 65 - Sterbegeldversicherung, m. w. N.) hat der Senat - zu niedersächsischen Vorschriften zur Beschränkung der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit kommunaler Gebietskörperschaften - dargelegt, dass sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur auf die Art und Weise der Beteiligung der öffentlichen Hand am Wettbewerb beziehen kann. Davon ist - wie in der Entscheidung weiter ausgeführt ist - die allgemeinpolitische und wirtschaftspolitische Frage zu unterscheiden, ob sich die öffentliche Hand überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen darf und welche Grenzen ihr insoweit gesetzt sind oder gesetzt werden sollen. Die Lösung dieser Frage ist Aufgabe der Gesetzgebung und Verwaltung sowie der parlamentarischen Kontrolle und für die Gemeinden und Landkreise ggf. der Kommunalaufsicht, nicht aber der ordentlichen Gerichte bei der ihnen zustehenden Beurteilung von Wettbewerbshandlungen nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Dies gilt auch dann, wenn besondere Vorschriften zur Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand erlassen worden sind. Denn auch diese regeln nur den Zugang zum Wettbewerb und sagen nichts darüber aus, wie er auszuüben ist (vgl. dazu weiter BGH, MDR 1987, 114 - Kommunaler Bestattungswirtschaftsbetrieb I; MDR 1991, 221 - Kreishandwerkerschaft I; MDR 1995, 596 - Schornsteinaufsätze; MDR 1996, 65 - Sterbegeldversicherung; vgl. auch Piper, GRUR 1986, 574 [578]; Pa-

genkopf, GewArch 2000, 177 [184 f.]).

Aus der Entscheidung „Sterbegeldversicherung“ (BGH GRUR 1996, 213, 216) ergibt sich nichts Anderes. Diese betraf einen Fall, in dem der Marktzutritt einer öffentlich-rechtlichen Krankenkasse gegen ein Gesetz verstieß, das im Interesse der privaten Versicherungen ein ganz bestimmtes Handeln auf dem Markt (den Abschluss von Sterbegeldversicherungsverträgen) untersagte und ein Zuwiderhandeln nach seinem Normzweck zugleich als unlauteres Wettbewerbsverhalten kennzeichnete.

II. Anspruch aus §§ 823 II i.V.m. 1004 BGB analog

Der Klageantrag ist auch nicht als quasinegatorischer Unterlassungsanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 1004 BGB analog i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB; vgl. BGH, NJW-RR 1997, 16 [17]) begründet, da Art. 87 BayGO, gegen den die Beklagte nach Ansicht der Klägerin verstößt, kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB ist (ebenso Bauer/Böhle/Masson/Samper, Bayer. Kommunalgesetze, 4. Aufl., Art. 87 GO Rz. 7; Hölzl/Hien, Gemeindeordnung mit Verwaltungsgemeinschaftsordnung, Landkreisordnung und Bezirksordnung für den Freistaat Bayern, 1999, Art. 87 GO Anm. 4; Köhler, WRP 1999, 1205 [1208]; vgl. auch Widtmann/Grasser/Glaser, Bayer. Gemeindeordnung, Art. 87 GO Rz. 3; Tomerius, LKV 2000, 41 [46] m. w. N.; vgl. weiter BGH, GRUR 1962, 159 [162] - Blockeis I).

1. Anforderungen an ein „Schutzgesetz“

Eine Vorschrift ist nicht schon dann ein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck die Belange eines anderen fördert. Erforderlich ist vielmehr, dass sie in der Weise einem gezielten Individualschutz gegen eine näher bestimmte Art der Schädigung dienen soll, dass an die Verletzung des geschützten Interesses die deliktische Einstandspflicht des Verletzers geknüpft wird (vgl. BGHZ 66, 388 [390]; 84, 312 [314]; 100, 13 [14]; 122, 1 [3]).

2. Subsumtion für Art. 87 BayGO

Bei Art. 87 BayGO lässt sich weder dem Wortlaut der Vorschrift noch der für sie im Gesetzgebungsverfahren gegebenen Begründung (vgl. dazu vorstehend) ein Anhaltspunkt für einen solchen Schutzzweck entnehmen. Die Vorschrift beschränkt zwar die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden auch deshalb, weil sich diese zu Lasten der Privatwirtschaft auswirken kann. Sie hat aber nicht den Zweck, die einzelnen Unternehmen dadurch vor einem Wettbewerb durch gemeindliche Unternehmen zu schützen, dass ein Verstoß Individualansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung begründen kann.

Standort: § 40 I 1 VwGO**Problem: Rechtsweg gegen Äußerung von Ratsfraktionen**

VGHMANNHEIM, BESCHLUSS VOM 12.12.2001

1 S 2410/01 (VBLBW 2002, 251)

Problemdarstellung:

Der VGH Mannheim hatte die Frage zu klären, auf welchem Rechtsweg gegen Äußerungen einer Fraktion im nichtamtlichen Teil des Amtsblattes einer Gemeinde (der CDU-Ratsfraktion gegen den Verein "universelles Leben") vorgegangen werden kann. Dabei kommt es zu dem Ergebnis, dass der Zivilrechtsweg gegeben sei. Mit der dem Rechtsstreit zugrunde liegenden Äußerung habe die Fraktion keine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrgenommen, da ihr eine solche nicht durch öffentlich-rechtliche Normen übertragen worden sei und die Äußerung angesichts der Tatsache, dass sie sich gerade im nichtamtlichen Teil des Amtsblattes befand, auch nicht über die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit der Gemeinde zugeordnet werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtswegfrage bei der öffentlichen Äußerung von Hoheitsträgern, mit denen diese vor bestimmten Gruppen oder Produkten warnen, hat sich zum Klassiker in Prüfung und Praxis entwickelt. In diesen Fällen versagt die gängige, nach der streitentscheidenden Norm fragende "modifizierte Subjektstheorie", da häufig für etwaige Unterlassungsansprüche mehrere Anspruchsgrundlagen (aus dem Zivilrecht §§ 823, 1004 BGB analog - "quasinegatorischer Unterlassungsanspruch", aus dem öffentl. Recht der öffentlich-rechtliche Unterlassungs- bzw. Folgenbeseitigungsanspruch) existieren. Deshalb hat die Rechtsprechung als Abgrenzungskriterium stets auf die Lehre vom Sachzusammenhang zurückgegriffen. Mit dieser ist danach zu fragen, ob die streitige Äußerung des Hoheitsträgers (bzw. seiner Organe) im Sachzusammenhang mit dessen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Aufgaben steht. Warnt z.B. ein Minister in seiner Eigenschaft als Minister in der Öffentlichkeit vor einer Jugendsekte, kann die Äußerung im Sachzusammenhang mit seinem öffentlichen Amt gesehen werden; für Unterlassungsansprüche wäre der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Äußert er sich hingegen als besorgter Familienvater im privaten Kreis, wäre dies nicht der Fall.

Neben den sogen. "Warnungsfällen" gehören hierher auch Abwehransprüche gegen staatliche Emissionen, wie etwa die Geruchsbelästigung durch eine gemeindliche Kläranlage oder den von Kirchenglocken ausgehenden Lärm. Der Betreiber der Kläranlage steht im Sachzusammenhang mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben (Daseinsvorsorge), ist also dem

öffentlichen Recht zuzuordnen. Für das Kirchengeläut ist danach zu differenzieren, ob es sich um sakrales Läuten oder das Schlagen der Uhrzeit handelt; jedenfalls letzteres ist keine öffentlich-rechtliche Aufgabe der Kirchen mehr, so dass hiergegen auf dem Zivilrechtsweg vorzugehen ist (BVerwG, DVBl 1994, 762).

Hingewiesen werden soll ferner darauf, dass in den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer im Gegensatz zu Baden-Württemberg durchaus Normen über den Status der Fraktionen und ihrer Befugnisse existieren, die z.T. sogar ausdrücklich die Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit enthalten (vgl. z.B. § 56 II 1 GO NW). Hierdurch dürfte sich am Ergebnis jedoch jedenfalls dann nichts ändern, wenn die Fraktionen ihre eigenen politischen oder gesellschaftlichen Ansichten äußern, da sie dann nicht als Repräsentanten des Staates (der Gemeinde) agieren.

Vertiefungshinweise:

- Zum Rechtsweg gegen Äußerungen von Fraktionen bzw. deren Mitgliedern: OLG München, NJW 1989, 910
- Zum Kriterium des Sachzusammenhangs: *GemS*, NJW 1974, 2087; *VGH BW*, VBIBW 1998, 100
- Allgemein zu staatlichen Warnungen: OLG Bremen, RA 2001, 561 = NVwZ 2001, 975; Frotzcher, JuS 1978, 505

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Für einen Unterlassungsanspruch wegen Äußerungen einer Gemeinderatsfraktion in der Rubrik des nichtamtlichen Teils eines Amtsblattes, die Fraktionen des Gemeinderats vorbehalten ist, ist der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben.

Sachverhalt:

Der Antragsteller, der Verein „Universelles Leben“, begehrt im Wege der einstweiligen Anordnung, der CDU-Fraktion im Gemeinderat der Stadt S. (Antragsgegner zu 1) und der Landeshauptstadt S. (Antragsgegnerin zu 2) kritische Äußerungen gegen die Glaubensgemeinschaft, wie sie durch die CDU-Fraktion im redaktionellen Teil des Amtsblatts der Stadt S. vom 19.7.2001 abgegeben wurden, zu untersagen. Das VG hat darauf erkannt, dass der Verwaltungsrechtsweg für den vorliegenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht eröffnet ist. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Zu Recht hat das VG S. durch Verweisungsbeschluss v. 8. 10. 2001 nach Anhörung der Beteiligten den Verwaltungsrechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das sachlich und örtlich zuständige Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit verwiesen.

A. Rechtsweg gegen hoheitliche Warnungen

Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. VGH Bad.-Württ., NJW 1990, 1808 ff.) sind öffentlich-rechtlicher Natur nur solche Klagen entsprechend § 1004 BGB auf Unterlassen ehrverletzender Äußerungen, die von einem Träger öffentlicher Verwaltung bei Erfüllung öffentlicher Aufgaben, gestützt auf vorhandene oder vermeintliche öffentlich-rechtliche Befugnisse, gegenüber einem außerhalb der Verwaltung stehenden Bürger abgegeben werden. Dagegen ist der ordentliche Rechtsweg gegeben, wenn die beanstandeten Äußerungen nicht in amtlicher Eigenschaft, sondern nur gelegentlich einer nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Tätigkeit gemacht werden, wenn sie allein Ausdruck einer persönlichen Meinung oder Einstellung sind.

B. Subsumtion

Danach sind die beanstandeten Äußerungen über den Antragsteller nicht nach öffentlichen, sondern nach privatem Recht zu beurteilen.

I. Keine öffentlich-rechtliche Aufgabenzuweisung an Fraktionen

Die umstrittene Veröffentlichung der Antragsgegnerin zu 1 im nichtamtlichen Teil des Amtsblatts der Stadt S. wurde nicht in Erfüllung öffentlicher Aufgaben abgegeben. Die Gemeindeordnung Baden-Württemberg enthält keine Regelungen über die Gemeinderatsfraktionen, insbesondere gibt es keine Vorschriften, die den Fraktionen besondere Aufgaben oder Befugnisse zuweisen. Die Fraktion als solche hat somit keine hoheitlichen Sonderrechte. Ihre Rechtsstellung ist, wie das VG zu Recht ausgeführt hat, allein in der Geschäftsordnung geregelt, die nach § 36 Abs. 2 GemO erlassen wird und insoweit keine Außenwirkung entfaltet (vgl. Kuntze/Brunner/Katz, Gemeindeord-

nung für Baden-Württemberg, § 6 RdNr. 9). Werden die Fraktionen als solche gegenüber Dritten tätig, tun sie dies daher grundsätzlich auf Grund jedermann zustehenden Rechts; ihre Rechtsbeziehungen zu diesen sind somit privatrechtlicher Natur. Dementsprechend ist die Rechtsprechung in einem ähnlich gelagerten Fall bei einem Unterlassungsanspruch wegen Äußerungen in der Pressemitteilung einer Landtagsfraktion von einer zivilrechtlichen Streitigkeit ausgegangen (vgl. OLG München, NJW 1989, 910 ff.; vgl. ferner OLG Köln, NVwZ 2000, 351 f.). Gleiches muss für Äußerungen einer Gemeinderatsfraktion in der Rubrik des nichtamtlichen Teils eines Amtsblattes gelten, die Fraktionen des Gemeinderats vorbehalten ist.

II. Kein Zusammenhang mit der Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung

Auch im Verhältnis zur Antragsgegnerin zu 2 wurde keine öffentlich-rechtliche Beziehung durch Wiedergabe der Äußerungen der CDU-Fraktion im Mitteilungsblatt der Antragsgegnerin zu 2 begründet. Zwar ist die Öffentlichkeitsarbeit der Verwaltung, die zur Erfüllung der Auskunfts- und Informationspflichten erfolgt, grundsätzlich öffentlich-rechtlicher Natur. Eine Veröffentlichung im Amtsblatt einer Gemeinde ist demzufolge dem öffentlich-rechtlichen Bereich zuzurechnen, wenn die Gemeinde damit ihrer Informationspflicht nach § 20 Abs. 1 GemO nachkommt. Dies ist hier indes nicht der Fall. Die strittige Äußerung ist außerhalb des amtlichen Teiles des Amtsblatts erfolgt. Sie diente nicht der Unterrichtungspflicht des § 20 Abs. 1 GemO; vielmehr gab der Bericht - für den Leser aus Inhalt und Kontext erkennbar - die Meinung der CDU-Fraktion wieder und lässt ihn nicht als Äußerung der Antragsgegnerin zu 2 erscheinen. Auf der betreffenden Seite des Amtsblatts findet sich zudem unter der Überschrift „Die Seite der Fraktionen“ ein Vermerk, wonach für den Inhalt der einzelnen Beiträge auf dieser Seite die jeweiligen Fraktionen selbst verantwortlich sind. Damit sind die umstrittenen Äußerungen der Antragsgegnerin zu 2 - unbeschadet einer etwaigen nach Zivilrecht zu beurteilenden presserechtlichen Haftung - nicht zuzurechnen.

Standort: § 79 VwGO**Problem: Materiell rechtswidriger Widerspruchsbescheid**

OVG BAUTZEN, URTEIL VOM 18.04. 2001
1 B 543/00 (NVwZ-RR 2002, 409)

Problemdarstellung:

Dem OVG Bautzen stellte sich die Frage, wie sich die Ermessensfehlerhaftigkeit des Widerspruchsbescheids im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids (§ 79 I Nr. 1 VwGO) auswirkt. Die wohl h.M. in der Literatur will in diesen Fällen nur den Widerspruchsbescheid durch Teilurteil (§ 110 VwGO) aufheben, um - unter Erhalt es an sich rechtmäßigen Ausgangsbescheids - der Widerspruchsbehörde Gelegenheit zu geben, erneut über den Widerspruch zu entscheiden. In der Rspr. herrscht seit BVerwGE 19, 327, 330 hingegen die Auffassung vor, dass auch der Ausgangsbescheid aufgehoben werden müsse, da dieser mit dem Widerspruchsbescheid eine prozessuale Einheit bilde. Während für die Literatur prozessökonomische Gründe angeführt werden (der erneute Erlass des für sich genommen rechtmäßigen Ausgangsbescheids erübrigt sich), spricht für die Rspr. der Wortlaut des § 79 I Nr. 1 VwGO, wonach der Widerspruchsbescheid auch dem Ausgangsbescheid eine neue "Gestalt" gibt; dies legt den Schluss nahe, dass Fehler der Widerspruchsbehörde auch auf den Ausgangsbescheid "durchschlagen". Hiergegen wendet die Lit. kritisch ein, dass dann eine Behörde (Ausgangsbehörde) für die Fehler einer anderen Behörde (Widerspruchsbehörde) "bestraft" werde. Dies sei besonders bedenklich, wenn hinter Ausgangs- und Widerspruchsbehörde verschiedene Rechtsträger stehen (etwa Gemeinde und Land). Das OVG Bautzen kontert diesen Einwand mit dem Hinweis, dass die Ausgangsbehörde umgekehrt aber auch von der Wachsamkeit der Widerspruchsbehörde profitieren könne, wenn diese rechtswidrige Ausgangsbescheide aufhebe und somit die uneinsichtige, dem Widerspruch nicht abhelfende Ausgangsbehörde davor schütze, in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden.

Prüfungsrelevanz:

Ist allein der Widerspruchsbescheid, nicht aber der Ausgangsbescheid rechtswidrig, müssen drei Fallgruppen streng unterschieden werden:

1. Der Kläger ficht ausdrücklich isoliert den Widerspruchsbescheid an, was in den Fällen der §§ 79 I Nr. 2, II VwGO statthaft ist. Dann kann (und muss) allein dieser aufgehoben werden, da nur dieser Gegenstand der Klage war. Hier stellt sich die Frage nach der Aufhebung des Ausgangsbescheids gar nicht.
2. Der Kläger ficht den Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids an, § 79 I Nr. 1

VwGO (Regelfall). Hier muss weiter unterschieden werden:

a. Der Widerspruchsbescheid ist wegen eines formellen Mangels (z.B.: fehlende Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde) rechtswidrig. In diesen Fällen wird auch nur der Widerspruchsbescheid aufgehoben (vgl. BVerwGE 13, 195; BVerfGE 70, 196 [197]), und dies auch nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 79 II 2 VwGO vorliegen, also der Widerspruchsbescheid auf diesem Mangel "beruht". Dies ist bei gebundenen Entscheidungen und im Fall einer Ermessensreduzierung auf null zwangsläufig nicht der Fall (im Beispiel: auch die zuständige Behörde hätte gar nicht anders entscheiden können), bei Ermessensentscheidungen hingegen häufig zu bejahen (im Beispiel: die tatsächlich zuständige Behörde hätte u.U. eine andere Ermessensentscheidung getroffen).

b. Der Widerspruchsbescheid ist wegen eines materiellen Mangels (z.B.: Ermessensausübung - vorliegender Fall) rechtswidrig. Dann kommt der hier erörterte Streit zum tragen, wobei selbstverständlich beide Ansichten vertretbar sind. Für die Rspr. spricht allerdings der eindeutige Wortlaut des § 79 I Nr. 1 VwGO, der für prozessökonomische Erwägungen keinen Raum lässt. Zudem müsste sich die Lit. mit der Frage auseinandersetzen, ob der Kläger, der seine Klage gem. § 79 I Nr. 1 VwGO ja ausdrücklich gegen den Ausgangsbescheid gerichtet hat, bei dessen Rechtmäßigkeit die isolierte Aufhebung des rechtswidrigen Widerspruchsbescheids überhaupt beantragt hat, § 88 VwGO. Dies kann nur bejaht werden, wenn man die isolierte Aufhebung des Widerspruchsbescheids als ein "Weniger" ansieht, das im Klageantrag nach § 79 I Nr. 1 VwGO enthalten ist.

Für den Gutachtenaufbau gilt folgendes:

Im Fall oben Nr. 1 ist allein der Widerspruchsbescheid Klagegegenstand. Deshalb ist in Zulässigkeit und Begründetheit auch allein dieser zu überprüfen.

Im Fall oben Nr. 2 ist der Ausgangsbescheid Klagegegenstand. Deshalb ist im Gutachten zunächst in Zulässigkeit und Begründetheit auch allein dieser zu überprüfen. Am Ende der Begründetheit empfiehlt es sich dann, in einem zusätzlichen Gliederungspunkt darauf hinzuweisen, dass zwar - wie zuvor festgestellt - der angegriffene Ausgangsbescheid für sich genommen rechtmäßig war, der Widerspruchsbescheid aber rechtswidrig sein könnte. Dies ist dann zu prüfen und - nach Bejahung - weiter zu fragen, wie sich dieser Umstand nun auf den Ausgangsbescheid auswirkt, was wiederum davon abhängt, ob oben Fall 2a) oder Fall 2b) vorliegt. Folgt man in Fall 2b) der Rspr., gibt es kein weiteres Problem (Aufhebung auch des Ausgangsbescheids - wie beantragt). Folgt man der Lit.,

müsste noch zusätzlich gefragt werden, ob das Gericht den Widerspruchsbescheid überhaupt aufheben kann, der Kläger dies also beantragt hat.

Vertiefungshinweise:

Zur isolierten Klage gegen Widerspruchsbescheid: Kopp, JuS 1994, 742

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der teure Wachhund"

Leitsatz:

Ist - wie im Regelfall - der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat, Gegenstand der Anfechtungsklage (§ 79 I Nr. 1 VwGO), führt ein Ermessensfehler (nur) des Widerspruchsbescheids zur Aufhebung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid (wie BVerwGE 19, 327 [330]).

Sachverhalt:

Die Kl. sind als Erben Eigentümer eines etwa 4.500 qm großen Flurstücks X. Das Grundstück stand ursprünglich im Eigentum des 1979 verstorbenen Vaters der Kl. zu 1; es wurde bis zur Überführung in Volkseigentum im Jahr 1972 mit dem angrenzenden Flurstück Y. als Betriebsgelände genutzt. Ab Mai 1972 führte der VEB den Betrieb fort, wobei seit Mitte der 70er Jahre bis 1984 Metallteile durch eine sogenannten "Tri-Wäsche", d. h. unter Einsatz von chlorierten Kohlenwasserstoffen, entfettet wurden. Im Jahre 1990 wurde der VEB in eine GmbH Z. umgewandelt. In diesem oder im Folgejahr stellte das Unternehmen die Produktion vollständig ein. Durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16.12.1991 wurde die GmbH Z. aufgelöst, die dabei bestellten Liquidatoren wurden im Februar 2000 durch die GmbH i.L. als alleinige Liquidatorin ersetzt. Mit Bescheid vom 24.5.1996 gab die Bkl. der aus der Kl. zu 1 und ihrer Schwester bestehenden ungeteilten Erbengemeinschaft umfangreiche Maßnahmen zur Erkundung des Bodens (einschließlich Bodenluft) sowie des Grundwassers auf; darüber hinaus sollte ein Sanierungskonzept erstellt werden. Zur Begründung der auf §§ 94 II, 97 I, II SächsWassG (a.F.) sowie auf §§ 9 I, 12 I, II EGAB gestützten Anordnung wurde u.a. ausgeführt, die Kl. zu 1 und ihre Schwester seien zur Gewährleistung einer effektiven Gefahrenabwehr in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens als Zustandstörerinnen heranzuziehen. Eine Inanspruchnahme der nunmehr in Liquidation befindlichen GmbH als „wahrscheinlicher Verursacherin“ der festgestellten Kontaminationen sei aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen schwierig und letztlich auch wenig erfolgversprechend. Nach schriftlicher Mitteilung des Liquidators vom 22.4.1996 sei die Liquidation weitgehend

abgeschlossen. Die Löschung der Gesellschaft stehe unmittelbar bevor; sie verfüge über keinerlei finanzielle Mittel mehr. Überdies berufe sich die GmbH i.L. auf die im Rückübertragungsverfahren getroffene Vereinbarung, nach der alle Rechte und Pflichten aus dem Grundstückseigentum auf die Erben des Alt-eigentümers übergangen. Gegen den an die Kl. zu 1 förmlich zugestellten Bescheid erhoben diese und ihre Schwester am 24.6.1996 Widerspruch, dem die Bkl. mit Bescheid vom 2.6.1997 insoweit abhalf, als sich die wasser- und bodenschutzrechtliche Anordnung auf Randbereiche benachbarter Grundstücke bezog. Mit Widerspruchsbescheid vom 7.7.1997 wies das Regierungspräsidium den Widerspruch zurück. Die sodann erhobene Anfechtungsklage hat das VG abgewiesen. Die vom OVG zugelassene Berufung der Kl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Kl. ist begründet. Das VG hat die Anfechtungsklage, die sich gegen die umweltrechtliche Anordnung der Bkl. richtet, soweit diese dem Widerspruch nicht durch Teilabhilfebescheid vom 2.6.1997 abgeholfen hat, zu Unfecht abgewiesen. Der angegriffene Bescheid ist rechtswidrig und verletzt sowohl die Kl. zu 1 als auch die Kl. zu 2 und 3 in ihren Rechten.

A. Rechtsnachfolge in die konkretisierte Zustandsverantwortlichkeit

Letztere treten kraft Erbfalls (§ 1922 I BGB) als Gesamtrechtsnachfolger in die gegenüber der Verstorbenen konkretisierte Zustandsverantwortlichkeit ein, ohne dass es dazu einer weiteren behördlichen Anordnung bedürfte. Für den Anwendungsbereich des Sächsischen Wassergesetzes folgt dies bereits aus § 94 II 3 SächsWassG (= § 94 III 2 SächsWassG a.F.), wonach die sich aus wasserrechtlichen Anforderungen ergebenden Verpflichtungen auf den Rechtsnachfolger übergehen, soweit im Einzelfall nichts anderes bestimmt wird. Im Übrigen ist die Gesamtrechtsnachfolge in konkretisierte Zustandspflichten der hier vorliegenden Art auch für die Fälle allgemein anerkannt, in denen das jeweilige Gesetz keinen eigenständigen Übergangstatbestand enthält (vgl. BVerwG, NJW 1971, 1624 [1625]; VGH Kassel, NVwZ 1998, 1315 [1316]).

B. Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheids

Wie der erkennende Senat bereits im Zulassungsbeschluss vom 21.8.2000 (1 B 743/00) ausgeführt hat, ist der Ausgangsbescheid in der hier maßgebenden Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat (§ 79 I Nr. 1 VwGO), ermessensfehlerhaft, weil die Widerspruchsbehörde - anders als die Ausgangsbehörde - bei der Störerauswahl zu Unrecht angenommen hat, dass die GmbH i.L. nicht mehr in

Anspruch genommen werden könne, weil sie „als juristische Person nicht mehr existent“ sei. Die Annahme, die GmbH i.L. komme als Verhaltensstörerin nicht mehr in Betracht, weshalb sie in die Störerauswahl nicht einzubeziehen sei, trifft ausweislich der bei den Verwaltungs- und Gerichtsakten befindlichen Handelsregisterauszüge nicht zu. Der letzte dem Gericht zur Verfügung stehende Registerauszug vom 16. 3. 2000 belegt, dass die GmbH, die durch Umwandlung des VEB entstanden ist, durch Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 60 I Nr. 2 GmbHG) vom 16.12.1991 aufgelöst wurde. Die dabei bestellten Liquidatoren wurden später (Tag der Eintragung: 21.2.2000) durch die neue Liquidatorin GmbH i.L. ersetzt. Daraus folgt, dass die GmbH i.L. auch bei Erlass des Widerspruchsbescheids vom 7.7.1997 durchaus noch als juristische Person vorhanden und deshalb in die Störerauswahl einzubeziehen war.

Bei einer GmbH ist, wie bei allen Handelsgesellschaften, zwischen der Auflösung und der Beendigung zu unterscheiden. Die Auflösung einer GmbH führt lediglich zu einer Ablösung bzw. Überlagerung des werbenden Zwecks der Gesellschaft durch den Abwicklungszweck. Bis zur Beendigung, insbesondere bis zum Abschluss des Abwicklungsverfahrens nach § 74 I GmbHG, bleibt die GmbH als juristische Person erhalten (vgl. nur Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 60 Rdnrn. 2 f., 8 m.w.Nachw.). Dies hat die Widerspruchsbehörde verkannt.

C. Durchschlag auf den Ausgangsbescheid

Ihre fehlerhafte Ermessenserwägung führt zur gerichtlichen Aufhebung sowohl des Ausgangsbescheids als auch des Widerspruchsbescheids. Ob die Ausgangsbehörde selbst ihr Auswahlmessen fehlerhaft ausgeübt hat oder der Ausgangsbescheid aus anderen Gründen rechtswidrig ist, wie die Kl. meinen, bedarf angesichts der - ihrem Klageantrag entsprechenden - vollständigen Aufhebung der angegriffenen Anordnung keiner abschließenden Entscheidung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

I. Ausgangs- und Widerspruchsbescheid als prozessuale Einheit

Wird ein Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) mit einem Widerspruchsbescheid beendet, ist Gegenstand der Anfechtungsklage gem. § 79 I Nr. 1 VwGO der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat. Ausgangs- und Widerspruchsbescheid bilden danach eine prozessuale Einheit, wobei der Widerspruchsbescheid als „letztes Wort der Verwaltung“ (so die prägnante Formulierung bei Happ, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 79 Rdnr. 5) dem Bescheid in Tenor und Begründung seine maßgebliche Gestalt gibt. Ändert die Widerspruchsbehörde den verfügenden

Teil eines Bescheids oder - wie hier - die eine Ermessensentscheidung tragenden Gründe, ist der „umgestaltete“ Bescheid Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung (vgl. BVerwGE 78, 3 [5]; 81, 356 [358]). Maßgebend sind dann die Ermessenserwägungen der Widerspruchsbehörde (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1997, 132 [133]; VGH Mannheim, NVwZ 1990, 1085 [1086]; OVG Münster, NWVBl 1998, 356; VGH Kassel, AgrarR 2000, 24; Happ, in: Eyermann, § 79 Rdnr. 10; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 79 Rdnr. 1; Dawin, NVwZ 1987, 872 [873]). Dies gilt auch dann, wenn der Widerspruchsbescheid inhaltliche Fehler aufweist, die im Ausgangsbescheid noch nicht enthalten waren. In einem solchen Fall ist nach der vom Senat geteilten Rechtsprechung des BVerwG (BVerwGE 19, 327 [330]; ebenso VGH Mannheim, NVwZ 1990, 1085; OVG Münster, Urt. v. 22. 1. 1998 - 8 A 940/96; Redecker/v. Oertzen, VwGO, 13. Aufl., § 79 Rdnr. 2b; Dawin, NVwZ 1987, 872 [873]; H.J. Müller, NJW 1982, 1370 [1371]) im Anfechtungsprozess sowohl der Ausgangs- als auch der Widerspruchsbescheid aufzuheben, nicht etwa - wie bei Verfahrensfehlern des Widerspruchsbescheids i.S. von § 79 II 2 VwGO (vgl. BVerwGE 13, 195; BVerfGE 70, 196 [197]) - allein der Widerspruchsbescheid.

II. Gegenansicht: Isolierte Aufhebung des Widerspruchs

Bei dieser Beurteilung verkennt der Senat nicht, dass verfahrensökonomische Erwägungen, wie sie die Bkl. mit Teilen des Schrifttums (vgl. Brenner, in: Sodan/Ziekow, VwGO, Stand: Juli 2000, § 79 Rdnr. 20; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, Stand: Januar 2000, § 79 Rdnr. 6; Kopp, JuS 1994, 742 [743 ff.]) hervorhebt, dafür sprechen können, den Widerspruchsbescheid durch Teilurteil (§ 110 VwGO) aufzuheben, um der Widerspruchsbehörde Gelegenheit zu geben, erneut über den Widerspruch zu entscheiden.

III. Stellungnahme

Eine solche Argumentation wird dem Regelungsgehalt des § 79 I Nr. 1 VwGO indessen nicht gerecht (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1990, 1085) und überzeugt für den vorliegenden Fall umso weniger, als sich die Gesetzeslage durch das zwischenzeitliche Inkraft-Treten des Gesetzes zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (BBodSchG) vom 17.3.1998 (BGBl I, 502), der Bundesbodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) vom 12.7.1999 (BGBl I, 1554), des Sächsischen Abfallwirtschafts- und Bodenschutzgesetzes (SächsABG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.5.1999 (SächsGVBl S. 261) und des Sächsischen Wassergesetzes (SächsWassG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 21.7.1998 (SächsGVBl S. 393) sowie des Gesetzes vom 25.6.2000 (SächsGVBl S.

398) geändert und das BVerfG mit Beschluss vom 16.2.2000 (BVerfGE 102, 1 [19ff.]; vgl. dazu Müggendorf, NVwZ 2001, 39) entschieden hat, dass Grundstückseigentümer im Hinblick auf die Eigentumsgarantie der Art. 14 I, II GG nur nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Zustandsstörer zur Altlastsanierung herangezogen werden können, wobei eine Einzelfallabwägung zwischen der Belastung des zustandsverantwortlichen Eigentümers und den betr. Gemeinwohlbelangen durchzuführen ist. Da die zahlreichen Änderungen der rechtlichen Grundlagen bei einer erneuten Verwaltungsentscheidung - sei es der Ausgangsbehörde, sei es der Widerspruchsbehörde - zu berücksichtigen sind, erscheint es auch unter verfahrensökonomischen Erwägungen zweckmäßig, die angegriffene Anordnung insgesamt aufzuheben, um eine erneute Prüfung durch die sachnähere Ausgangsbehörde zu ermöglichen. Dass dies letztlich zur Folge hat, dass die Ausgangsbehörde für Fehler der Widerspruchsbehörde - zumal eines ande-

ren Rechtsträgers - eintreten muss, weil die Anfechtungsklage gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger der Ausgangsbehörde zu richten ist (vgl. Kopp/Schenke, § 78 Rdnr. 12), gebietet keine von der Rechtsprechung des BVerwG abweichende Auslegung des § 79 I Nr. 1 VwGO, zumal es Ausgangsbehörden in nicht wenigen Fällen prozessual zum Vorteil gereicht, dass Widerspruchsbehörden Mängel von Ausgangsbescheiden beheben.

IV. Segelhinweis

Sollte die Bekl. eine erneute Anordnung erlassen, wären bei einer Ermittlung des Grundstücksverkehrswerts, dem im Rahmen der vom BVerfG geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung besonderes Gewicht zukommen kann, auch planungsbedingte Veränderungen des Grundstückswerts zu berücksichtigen, wie sie sich etwa aus einer Ausweisung als öffentliche Grünfläche (vgl. Entwurf des Bebauungsplans Nr. 132) ergeben können.

Standort: § 70 I VwGO

Problem: "Niederschrift" eines Widerspruchs

OVG WEIMAR, BESCHLUSS VOM 17.05.2001
4 ZKO 263/01 (NVwZ-RR 2002, 408)

Problemdarstellung:

Gem. § 70 I 1 VwGO kann ein Widerspruch schriftlich oder zur Niederschrift bei der Erlassbehörde erhoben werden. Der vorliegende Beschluss des OVG Weimar befasst sich nun mit der Frage, was genau unter "zur Niederschrift" zu verstehen ist. Das Gericht schließt sich zunächst der ganz h.M. an, die jedenfalls eine telefonische Einlegung nicht für ausreichend hält. Aber selbst wenn der Widerspruchsführer persönlich bei der Behörde vorspricht, soll dies - auch in Verbindung mit einer Aktennotiz des aufnehmenden Verwaltungsbeamten - nicht genügen. Vielmehr müsse ein Protokoll gefertigt und dieses dem Widerspruchsführer anschließend - ähnlich einem Vergleichsprotokoll vor Gericht - vorgelesen und von ihm genehmigt werden.

Prüfungsrelevanz:

Die Wahrung der Form bei der Einlegung von Rechtsbehelfen wie Widerspruch und Klage war zuletzt anlässlich der Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes zur (bejahten) Zulässigkeit des sogen. "Computerfaxes" Gegenstand der Diskussion. Zum umgekehrten Fall (Bekanntgabe eines der Schriftform unterliegenden Bescheids per Telefax durch die Behörde) hat sich kürzlich das OVG Lüneburg geäußert (ebenfalls bejaht), wobei es jedoch ausdrücklich offen gelassen hat, ob es dem OVG Hamburg darin folgt, dass auch eine

Zustellung gegen Empfangsbekanntnis via Telefax möglich sein soll.

Der nicht formgerechte Widerspruch ist nach ganz h.M. im Übrigen nicht unwirksam, sondern (nur) fehlerhaft (das OVG spricht insofern etwas unglücklich von "formwirksam"). Das bedeutet, dass ein Widerspruchsbescheid zu ergehen hat, der allerdings den Widerspruch als unzulässig (weil der Form des § 70 I VwGO nicht genügend) zurückweisen kann. Die Klage scheidet dann auch nicht am fehlenden, sondern am nicht ordnungsgemäß durchgeführten Vorverfahren.

Vertiefungshinweise:

- Zur Bekanntgabe von Bescheiden per Telefax: OVG Lüneburg, NJW 2002, 1969
- Zur Zustellung gegen Empfangsbekanntnis per Telefax: OVG Hamburg, NJW 1996, 1226; NJW 1997, 2626
- Entscheidung des gemeinsamen Senats zur Zulässigkeit des Computerfaxes: GS-OBG, RA 2000, 607 = NJW 2000, 2340
- Zu den Anforderungen an die "Niederschrift" eines Widerspruchs: VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 199; OVG Saarlouis, NVwZ 1986, 578 (nur Leitsatz)

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Ausgespielt"

Leitsatz:

Ein Widerspruch ist nicht „zur Niederschrift“ er-

hoben, wenn der Betroffene bei der Behörde anruft oder persönlich vorspricht und darauf vertraut, dass darüber bei der Behörde ein Aktenvermerk gefertigt werde.

Sachverhalt:

Der Kl. wurde per Bescheid zur Zahlung von Grundstücksabgaben nach dem ThürKAG herangezogen. Seine Bedenken gegen den Abgabenbescheid brachte der gegenüber den Behörde mündlich und fernmündlich vor. Diese nahm daraufhin eine Ortsbesichtigung vor, wies die Einwendungen des Kl. jedoch i.E. als unzulässig zurück, da es an der form- und fristgerechten Einlegung des Widerspruchs gefehlt habe. Die Anfechtungsklage blieb unter Hinweis auf §§ 68, 70 I VwGO ebenfalls ohne Erfolg. Den Antrag auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des VG hat das OVG abgelehnt.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des VG

Das VG hat sein Urteil damit begründet, dass weder das vom Kl. geführte Telefonat mit einer Mitarbeiterin des Bekl. noch seine persönliche Vorsprache die Anforderungen an einen formwirksamen Widerspruch erfüllten. Gem. § 70 VwGO könne der Widerspruch zwar auch zur Niederschrift erhoben werden. Lediglich mündliche Einwendungen genügten jedoch nicht dem Schriftlichkeitserfordernis, selbst wenn der entgegennehmende Mitarbeiter einen Aktenvermerk über den mündlichen oder telefonischen Vortrag niedergelegt habe. Eine Erklärung „zur Niederschrift“ erfordere, dass der Widerspruch in Anwesenheit des Widerspruchsführers oder seines Vertreters zu Protokoll genommen, vorgelesen und genehmigt werde. Dies sei auch nach dem Vortrag des Kl. nicht geschehen.

B. Gegenansicht des Kl.

Die Darlegungen im Zulassungsantrag zeigen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht auf. Darin wendet der Kl. ein, es reiche aus, wenn zum Ausdruck gebracht werde, dass kein Einverständnis mit dem Bescheid bestehe. Er habe darauf vertraut und vertrauen können, dass ein entsprechender Aktenvermerk gefertigt werde, der als Widerspruch zu werten sei. Dass auch der Bekl. von der Erhebung eines Widerspruchs ausgegangen sei, ergebe sich daraus, dass noch innerhalb der Widerspruchsfrist eine Begehung der Liegenschaft erfolgt sei.

C. Bewertung durch das OVG

Der vom VG vertretene Rechtsstandpunkt ist grundsätzlich richtig. Ob er in dieser Allgemeinheit und ausnahmslos zutrifft, mag fraglich sein. Im vorliegenden Fall unterliegt das vom VG gefundene Ergebnis jedoch keinen Bedenken.

I. Rechtslage bei Schriftlichkeit

Gem. § 70 I 1 VwGO ist der Widerspruch „schriftlich oder zur Niederschrift bei der Behörde zu erheben“. Die Erhebung des Widerspruchs zur Niederschrift ist eine Unterform der Schriftlichkeit (vgl. BVerwGE 17, 166 [168]).

1. Unterschrift grds. erforderlich

Zu der Frage, was unter „schriftlich“ im Sinne der Vorschrift zu verstehen ist, hat der Senat im Beschluss vom 27.4.2000 bereits Stellung genommen (ThürVGRspr. 2000, 161 f.). Darin hat er im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes und des BVerwG zum Schriftformgebot der Klageerhebung (GmSOGB, BVerwGE 58, 359 [364]; BVerwGE 81, 32) ausgeführt, das Merkmal der Schriftlichkeit schließe nach dem Sprachgebrauch nicht ohne weiteres notwendig die handschriftliche Unterzeichnung ein. Die Schriftlichkeit soll gewährleisten, dass nicht nur ein Entwurf, sondern eine gewollte Prozessklärung vorliegt, ferner dass die Erklärung von einer bestimmten Person herrührt und diese für den Inhalt die Verantwortung übernimmt. Deshalb erfordert die vorgeschriebene Schriftlichkeit der Klageerhebung in der Regel, dass die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet werden muss.

2. Ausnahmen möglich

Selbst das vollständige Fehlen einer Unterschrift schließt aber die Formgerechtigkeit nicht schlechthin aus, denn auch ohne jede eigenhändige Namenszeichnung kann sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen, das Schreiben in den Verkehr zu bringen, ergeben und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit genügt sein. Entscheidend ist, ob sich aus dem bestimmenden Schriftsatz allein oder in Verbindung mit beigelegten Unterlagen die Urheberschaft und der Wille, das Schreiben in den Rechtsverkehr zu bringen, hinreichend sicher ergeben, ohne dass darüber Beweis erhoben werden müsste (vgl. eingehend OVG Weimar, ThürVGRspr. 2000, 161 f.).

II. Übertragung auf Niederschrift

Diese Grundsätze sind ebenso auf den Fall zu übertragen, dass der Widerspruch „zur Niederschrift“ erhoben wird, und bei der Auslegung des § 70 I 1, Var. 2 VwGO zu berücksichtigen. Auch wenn der Widerspruch in dieser Form erhoben wird, muss grundsätzlich gewährleistet sein, dass eine gewollte Rechtsbehelfserklärung vorliegt, ferner dass die Erklärung von einer bestimmten Person herrührt und diese für den Inhalt die Verantwortung übernimmt. Daher hat es das BVerwG schon früher nicht genügen lassen, dass ein Rechtsbehelf fernmündlich durchgesagt und darü-

ber ein Vermerk angefertigt wird (vgl. BVerwGE 17, 166 [168f.]; 93, 45; a.A. für das Bußgeldverfahren BGH, NJW 1980, 1290). Auch ein Aktenvermerk über den persönlich vorgetragenen mündlichen „Widerspruch“ wurde in der Rechtsprechung als nicht ausreichend angesehen (vgl. VGH Kassel, NVwZ-RR 1991, 199; OVG Saarlouis, NVwZ 1986, 578 L; a.A. VGH Mannheim, Urteil vom 21.10.1992 - 6 S 1335/92, abrufbar über Juris). Wie das VG angenommen hat, werden die genannten Anforderungen in der Regel nur dann erfüllt sein, wenn der Widerspruch in Anwesenheit des Widerspruchsführers zu Protokoll genommen, vorgelesen und von ihm - günstigerweise durch Beifügung der Unterschrift - genehmigt wird.

1. Warn- und Beweisfunktion der Schriftform

Mit der oben dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung ist gleichwohl davon auszugehen, dass in einem besonders gelagerten Einzelfall auch dann ein wirksamer Widerspruch anzuerkennen sein kann, wenn über das mündlich vorgebrachte Begehren keine Niederschrift als förmliche öffentliche Urkunde aufgenommen wurde. Wird der Widerspruch zur Niederschrift erhoben, fehlt es allerdings von vornherein an einem vom Betroffenen eingereichten Schriftstück. Dadurch unterscheiden sich die Fälle der vorliegenden Art von dem schriftlichen, aber nicht unterschriebenen Widerspruch. Erforderlich ist daher, dass sich der Wille des Betroffenen, einen förmlichen Rechtsbehelf einzulegen, auf andere Weise manifestiert hat und nachweisen lässt. Diese Mindestanforderungen dienen nicht nur Beweis Zwecken. Auch der Betroffene muss auf Grund der jeweiligen Umstände die Bedeutung seines Handelns erkennen und sich darüber im Klaren sein können, dass er ein Widerspruchsverfahren in Gang setzt. Nur so wird er davor geschützt, dass etwa übereilte Äußerungen missverstanden werden. Ebenso muss für die Verwaltungsbehörde deutlich werden, ob ein gewollter Rechtsbehelf vorliegt, der sie zur Nachprüfung des erlassenen Verwaltungsakts zwingt (vgl. BVerwGE 17, 166 [169]).

2. Mündliche Äußerung unzureichend

Daher wird ein bloßer Aktenvermerk über die mündliche Vorsprache des Betroffenen in aller Regel nicht genügen. Erst recht reicht es nicht aus, wenn - wie

hier - der Kl. innerhalb der Widerspruchsfrist seine Einwände lediglich telefonisch und mündlich vorträgt, dies aber keinerlei schriftlichen Niederschlag findet. Das mündliche Vorbringen kann eine spontane Unmutsäußerung sein; es kann ebenso eine formlose Anregung an die Behörde darstellen, den Verwaltungsakt von Amts wegen zu überprüfen - was hier nicht einmal fern liegt - oder eine Billigkeitsentscheidung zu treffen. Daher lässt auch die Begehung der Liegenschaft keine weiteren Schlüsse zu. Vielmehr bleiben nach den vorliegenden Umständen die Urheberschaft und der Wille, einen Rechtsbehelf einzulegen, völlig im Ungewissen.

3. Keine Ausnahme im konkreten Fall

Die Einhaltung dieser Mindestvoraussetzungen liegt grundsätzlich im Verantwortungsbereich des Widerspruchsführers, sofern er durch die Rechtsbehelfsbelehrung ordnungsgemäß belehrt wurde. Davon ist nach den Feststellungen des VG und in Ermangelung anderweitiger Rügen im Zulassungsantrag auszugehen. Eine abweichende Beurteilung ist im Hinblick auf das Verhalten oder Unterlassen des Bekl. nicht ersichtlich. Zwar soll die Behörde bzw. der Abgabengläubiger die Abgabe von Erklärungen oder die Stellung von Anträgen anregen, wenn diese offensichtlich nur versehentlich oder aus Unkenntnis unterblieben, unrichtig abgegeben oder gestellt worden sind (§ 15 I Nr. 3 lit. a ThürKAG i.V. mit § 89 AO 1977; vgl. auch § 25 VwVfG). Für eine Verletzung dieser Hinweispflicht, deren Folgen im Einzelnen streitig sind, ist jedoch nichts zu erkennen oder vorgetragen.

D. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Schließlich scheidet auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus (§§ 70 II, 60 VwGO). Selbst wenn man unterstellt, dass der Kl. darauf vertraut hat und vertrauen durfte, alles Erforderliche zur Einlegung des Widerspruchs getan zu haben, ist die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag versäumt. Entgegen der Auffassung des Kl. hätte die Zweiwochenfrist gem. § 60 III VwGO bereits mit Zustellung des Widerspruchsbescheides zu laufen begonnen, durch den der Widerspruch als unzulässig zurückgewiesen wurde. Im Übrigen würde der Wiedereinsetzungsantrag vom 2.4.2001 auch die absolute Ausschlussfrist von einem Jahr gem. § 60 III VwGO nicht mehr wahren.

*Zivilrecht***Standort: Schuldrecht****Problem: Rücktritt bei Dauerschuldverhältnissen**

BGH, URTEIL VOM 19.02.2002
X ZR 166/99 (NJW 2002, 1870)

Problemdarstellung:

Die Parteien gingen mit Vertrag vom 04./06.07.94 ein Dauerschuldverhältnis zur Entwicklung und Vertrieb eines Luftschadstoff-Detektors ein. Die Kl. sollte dabei aufgrund ihres Know-how ein solches Gerät entwickeln und in Serienproduktion herstellen, während die Bekl. die Entwicklung und Produktion finanzierte und für den anschließenden weltweiten Vertrieb sorgen sollte. Am 10.04.1996 war die Entwicklungsphase abgeschlossen und die Serienproduktion angelaufen. An den ausgelieferten Geräten stellte die Bekl. jedoch Mängel in der Messgenauigkeit fest, worauf sie der Bekl. mit Schreiben vom 10.12.1996 eine Frist zur Nachbesserung mit Ablehnungsandrohung setzte. Rein vorsorglich sprach die Bekl. zudem die fristgerechte Kündigung des Vertrages zum 31.12. 1998 aus. Aufgrund des Fristversäumnis der Kl. erklärte die Bekl. mit Schreiben vom 01.04.1997 den Vertrag für beendet. In dem Rechtsstreit ging es daher vornehmlich um die Frage, ob und wann der Vertrag zwischen den Parteien beendet worden ist.

Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass die Bekl. mit ihrem Schreiben vom 01.04.1997 den Vertrag fristlos aus wichtigem Grund gekündigt habe. Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 326 I BGB a.F. stände der Bekl. neben dem Rücktrittsrecht nicht zu. Dieser Rechtsauffassung tritt der BGH mit dieser Entscheidung entgegen. Grundsätzlich tritt zwar bei einem Dauerschuldverhältnis an die Stelle des Rücktrittsrechts die Kündigung, wenn der Vertrag bereits vollzogen worden ist. Besteht aber ausnahmsweise ein Interesse an einer Rückabwicklung, kann auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen. Dabei besteht auch die Möglichkeit, ein Vorgehen nach § 326 I BGB a.F. bezüglich von Teilleistungen vorzunehmen, wenn - wie in diesem Fall - Leistungsstörungen eingetreten sind.

Prüfungsrelevanz:

Sofern ein gesetzliches Rücktritts eingreift (z.B. gem. § 326 BGB a.F.) tritt an die Stelle des Rücktritts bzw. Schadensersatzes wegen Nichterfüllung das Kündigungsrecht, wenn der Vertrag bereits vollzogen worden ist (BGHZ 50, 312 [315]). Diesen Grundsatz hat

der BGH aber nur für den Regelfall aufgestellt, weil die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses im Allgemeinen kein Interesse haben, wegen der nachträglich eingetretenen Leistungsstörung auch die bereits erbrachten Leistungsteile rückgängig zu machen. Besteht ausnahmsweise ein solches Interesse, kann auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht mit entsprechender Rückabwicklung oder ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung in Betracht kommen (BGH, NJW 1987, 2002 [2006]). Das Gleiche kann dann gelten, wenn - etwa bei Störung bereits der ersten Lieferung - eine vollständige Rückabwicklung des Vertrages unschwer möglich und nach der Interessenlage auch sachgerecht ist. Schließlich kommt ein Rücktritt bei einem vollzogenen Dauerschuldverhältnis hinsichtlich der jeweiligen einzelnen Teillieferung in Betracht, wenn insoweit Leistungsstörungen eingetreten sind.

Vertiefungshinweis:

☐ Vgl. zum Rücktritt bei einem Dauerschuldverhältnis: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 1998, 999; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 374

Leitsatz:

Bei einem bereits vollzogenen Dauerschuldverhältnis kann ein Rücktritt auch dann in Betracht kommen, wenn eine vollständige Rückabwicklung unschwer möglich und nach der Interessenlage der Beteiligten sachgerecht ist.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem am 4./6. 7. 1994 geschlossenen Vertrag und über die Frage, wann das Vertragsverhältnis beendet worden ist. In dem Vertrag verpflichtete sich die Kl., einen Multiwarn-Photo-Ionisations-Detektor (PID) zu entwickeln, herzustellen und an die Bekl. zu liefern. Bei diesem Detektor handelt es sich um ein tragbares batteriebetriebenes Gerät zur Aufdeckung und Messung von Luftschadstoffen, organisch ionisierbarer Gase und Dämpfe. In der Präambel des Vertrags erklärte die Kl., dass sie „das Know-how für die Entwicklung und die Produktion“ eines PID besitze, die Bekl., dass sie „das Wissen über die Anwendung und Märkte“ besitze. In § 2 des Vertrags übernahm die Bekl. von den Entwicklungskosten für das Vertragsprodukt, die dort mit insgesamt 191 950 DM angegeben werden, maximal einen Betrag von 115 170 DM. 40% der

Entwicklungskosten sollten „voraussichtlich“ im Rahmen des Programms „Auftragsforschung und -entwicklung West-Ost (AWO)“ übernommen werden. Die Kl. verpflichtete sich weiter, die Bekl. weltweit auf ausschließlicher Basis mit dem Vertragsprodukt zu beliefern. Die Parteien vereinbarten dazu eine Mindestabnahmemenge. Außerdem vereinbarten die Parteien, dass der von der Bekl. zu entrichtende Preis für die Basisversion des Geräts 2100 DM betragen sollte. Für die Bestellungen des Vertragsprodukts war Schriftform vorgesehen. Die Bekl. zahlte in der Zeit vom 8. 9. 1994 bis 16. 4. 1996 in Teilbeträgen Entwicklungskosten in Höhe von insgesamt 132 445,50 DM; außerdem zahlte die Bekl. für von ihr bestellte Geräte nach den Feststellungen des BerGer. 274 102,50 DM und 409 823,83 DM, insgesamt 683 926,33 DM. Ende des Jahres 1995 lieferte die Kl. die ersten Geräte. An diesen beanstandete die Bekl., dass die Messergebnisse von der jeweiligen Luftfeuchtigkeit abhängig seien. Die Kl. erklärte sich zur Behebung der Beanstandungen bereit, auf ihre Kosten Feuchte-Kalibratoren zu entwickeln, was die Bekl. auch akzeptierte. Nachdem die Kl. entsprechende Maßnahmen durchgeführt hatte und bei der Bekl. mit einem Prototyp Probemessungen vorgenommen worden waren, teilte die Bekl. der Kl. mit Schreiben vom 10. 4. 1996 mit, dass aus ihrer, der Bekl., Sicht die Entwicklungsphase abgeschlossen sei. Zugleich bestätigte sie, dass die Serienproduktion bei der Kl. angelaufen sei, obwohl es in Zukunft noch kleinere Nacharbeiten geben werde. In der Zeit nach dem 10. 4. 1996 stellte die Bekl. an ausgelieferten Geräten Messfehler fest, die von der Kl. auch eingeräumt wurden. Die Bekl. forderte sie daraufhin auf, die im schriftlichen Vertrag vom 4.16. 7. 1994 angegebene Fehlermarge von +/- 30% einzuhalten. Die Kl. erwiderte, dass auf der Grundlage weiterer Messreihen von maximalen Fehlern von - 80% bis zu + 100% ausgegangen werden müsse. Mit Schreiben vom 10. 12. 1996 bezeichnete die Bekl. diese Messungenauigkeiten als nicht akzeptabel und setzte eine Frist zur Nachbesserung bis zum 12. 3. 1997. Sie verband dies mit der Androhung, die Annahme des Geräts nach Fristablauf abzulehnen. Vorsorglich sprach sie die fristgerechte Kündigung des Vertrags zum 31. 12. 1998 aus. Nachdem die von der Bekl. nochmals bis zum 26. 3. 1997 verlängerte Frist erfolglos verstrichen war, erklärte die Bekl. mit Schreiben vom 1. 4. 1997 den Vertrag für beendet. Mit ihrer Klage hat die Kl. zunächst neben der Feststellung, dass ihr Vertrag mit der Bekl. nicht mit Ablauf des 26. 3. 1997 beendet gewesen sei, die Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde über 238 350 DM verlangt. Diese hatte die Kl. der Bekl. bei Vertragsschluss als Sicherheit für eine Vorauszahlung in Höhe von 238 350 DM zuzüglich Mehrwertsteuer für von der Kl. später zu liefernde Geräte gestellt. Außerdem hat die Kl. einen Betrag

von 12 615,73 DM für fünf gemäß Rechnung vom 15. 5. 1997 gelieferte Geräte und für diverse Ersatzteile beansprucht. Die Bekl. hat widerklagend die Erstattung der Entwicklungskosten und der Zahlungen verlangt, die sie für die von der Kl. gelieferten Geräte erbracht hat, Zug um Zug gegen Rückgabe der gelieferten Geräte und der Bürgschaftsurkunde. Das LG hat die Klage abgewiesen und auf die Widerklage die Kl. zur Zahlung von 696 061,83 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe von 237 Multiwarn-PID-Geräten und der Bürgschaftsurkunde verurteilt. Das LG hat die auf Zahlung gerichtete Widerklage in Höhe eines Betrags von 120 310 DM abgewiesen, weil die Bekl. nur noch zur Rückgabe von 237 Geräten in der Lage sei. Für diejenigen Geräte, die sie nicht mehr zurückgeben könne, sei der vereinbarte Preis von der Schadenssumme abzusetzen, was für 53 Geräte 120 310 DM ausmache. Auf die Berufung der Kl. hat das OLG das landgerichtliche Urteil abgeändert: Es hat die Bekl. zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt und die Klage im Übrigen sowie die Widerklage abgewiesen. Das OLG hat auch die Anschlussberufung der Bekl. zurückgewiesen, mit der diese die Feststellung begehrt hat, dass sich die Kl. mit der Rückgabe der 237 Geräte sowie der Bürgschaftsurkunde in Annahmeverzug befinde und dass die Rückgabe der vorbezeichneten Geräte sowie der Bürgschaftsurkunde am Geschäftssitz der Bekl. vorzunehmen sei. Mit der Revision - soweit der Senat sie angenommen hat - beehrte die Bekl. die Abweisung der Klage, soweit das BerGer. die Bekl. zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verurteilt hat, sowie auf die Widerklage die Verurteilung der Kl. zur Rückzahlung der für die Lieferung der PID-Multiwarngeräte gezahlten Beträge, ferner verfolgt sie die mit der Anschlussberufung erstrebte Feststellung weiter. Die Kl. verfolgte mit ihrer Anschlussrevision ihre Zahlungsklage, soweit diese 270 DM übersteigt, sowie ihren Antrag weiter festzustellen, dass der Vertrag vom 4.16. 7. 1994 zwischen den Parteien über die Entwicklung, Herstellung und Lieferung eines von der Bekl. unter der Bezeichnung D Multiwarn-PID auf den Marktgebrachten Photo-Ionisations-Detektors nicht mit Ablauf des 26. 3. 1997 beendet gewesen sei. Die Revision der Bekl. war im Umfang der Annahme begründet und führte insoweit zur Aufhebung und Zurückverweisung. Die Anschlussrevision hatte teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zur Revision der Bekl.

Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass die Bekl. mit ihrem Schreiben vom 1.4. 1997 das Vertragsverhältnis fristlos aus wichtigem Grund gekündigt habe. Es hat angenommen, der Bekl. stehe aus diesem Grunde weder ein Anspruch auf Schadensersatz we-

gen Nichterfüllung gem. § 326 I 2 BGB zu, noch könne sie Rückabwicklung des Vertrags nach erfolgtem Rücktritt verlangen. Neben dem Recht der Kündigung bestehe ein Rücktrittsrecht nicht. Diese Annahme des BerGer. rügt die Revision zu Recht, soweit es um die Vergütung für Geräte geht, die die Kl. der Bekl. geliefert hat. Zwar tritt bei einem Dauerschuldverhältnis, als das das BerGer. in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ausgelegt hat, auch nach der hier noch maßgeblichen, bis Ende 2001 geltenden Rechtslage in der Regel die Kündigung an die Stelle des Rücktritts, wenn der Vertrag bereits vollzogen ist (BGHZ 50, 312 [315] = NJW 1969, 37 = LM § 553 BGB Nr. 9; BGH, NJW 1986, 124 = LM § 326 [A] BGB Nr. 22; NJW 1987, 2004 [2006] = LM § 139 BGB Nr. 65). Diesen Grundsatz hat der BGH aber nur für den Regelfall aufgestellt, weil die Parteien eines Dauerschuldverhältnisses im Allgemeinen kein Interesse haben, wegen einer nachträglich eingetretenen Störung auch die bereits erbrachten Leistungsteile rückgängig zu machen. Besteht ausnahmsweise ein derartiges Interesse, kann auch bei einem Dauerschuldverhältnis ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen (BGH, NJW 1986, 124 = LM § 326 [A] BGB Nr. 22; NJW 1987, 2004 [2006] = LM § 139 BGB Nr. 65). Das Gleiche kann dann gelten, wenn - etwa bei Störungen bereits der ersten Lieferungen - eine vollständige Rückabwicklung des Vertrags unschwer möglich und nach der Interessenlage auch sachgerecht ist. Schließlich kommt ein Vorgehen nach § 326 BGB a. F. auch hinsichtlich der jeweiligen einzelnen Teillieferung in Betracht, wenn insoweit Leistungsstörungen eingetreten sind.

Ein solcher Sachverhalt kann hier auch dann vorliegen, wenn man mit dem BerGer. davon ausgeht, dass die Entwicklungskosten, die die Bekl. übernommen hatte, nach der Art der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehung von einer Rückforderung ausgeschlossen sein sollten. Ein Ausschluss des Rücktrittsrechts auch hinsichtlich der gelieferten Geräte lässt sich daraus nicht ohne weiteres herleiten. Waren diese mangelhaft, so folgt allein aus dem Umstand, dass die Parteien ein auf die Entwicklung solcher Vorrichtungen und deren Vertrieb gerichtetes Dauerschuldverhältnis vereinbart hatten, nicht, dass der Bekl. die in einem solchen Fall bestehenden allgemeinen Rechte, insbesondere die aus den §§ 325 f. a. F., 633 f. BGB, verwehrt bleiben sollten.

Nach Abschluss der Entwicklungsphase schuldete die Kl. die Lieferung von Geräten, die den vertraglichen Vorgaben entsprachen. Von diesem Risiko war sie nicht deswegen entlastet, weil sie sich der Bekl. gegenüber verpflichtet hatte, ein solches Gerät zu entwickeln. Die Geräte, die die Kl. geliefert hat, genügten nach Darstellung der Bekl. nicht den vertraglichen

Anforderungen. Demgemäß ist, da das BerGer. zu diesem Vortrag Feststellungen nicht getroffen hat, im Revisionsverfahren von deren Mangelhaftigkeit auszugehen. Insoweit hat das BerGer. auch nicht erörtert, ob die Bekl. mit Blick hierauf ein Interesse an der Rückabwicklung der bereits erbrachten Leistungsteile hat, sondern hat weitere Ansprüche neben dem Kündigungsrecht von vornherein ausgeschlossen.

Bei der mithin zu klärenden Frage, ob die von der Kl. gelieferten Geräte den vertraglichen Anforderungen genügten oder mangelhaft waren, kommt dem Schreiben der Bekl. vom 10. 4. 1996 besondere Bedeutung zu. Das BerGer. hat -allerdings ausgehend von der fehlerhaften Annahme, neben dem Kündigungsrecht kämen weitere Ansprüche der Bekl. nicht in Betracht - dem Schreiben zwar entnommen, dass damit die Entwicklungsphase abgeschlossen gewesen sei. Es hat dem aber keine Bedeutung beigemessen, weil auch nach Beginn der Serienproduktion beide Parteien verpflichtet gewesen seien, an der Verbesserung des Geräts zu arbeiten. Es hat insbesondere nicht geprüft, ob sich mit dieser Erklärung der Bekl. die Leistungspflicht der Kl. auf das Ergebnis ihrer Entwicklungsarbeit beschränken sollte und welche Anforderungen an dieses Gerät im Einzelnen zu stellen sind. Dazu bedarf es einer Auslegung dieser Erklärung, die dem Senat verschlossen ist. Nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags - wie ihn das BerGer. verstanden hat -war es Sache der Bekl. zu bestimmen, wann und unter welchen Voraussetzungen die Entwicklung des Geräts abgeschlossen war und die Serienproduktion aufgenommen werden sollte. Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, dass die Kl. der vom BerGer. festgestellten Erklärung der Bekl. im Schreiben vom 10. 4. 1996 hat entnehmen können, dass sich die Leistungspflicht auf Geräte nach Maßgabe der nunmehr vorliegenden von der Kl. nachgebesserten Prototypen beschränken sollten, deren Produktion also Gegenstand der nunmehr einsetzenden Herstellungspflichten war.

Sollte die Erklärung der Bekl. in ihrem Schreiben vom 10. 4. 1996 aus der Sicht der Kl. als Empfängerin des Schreibens nach §§ 133, 157 BGB so auszulegen sein, dass damit der Vertragsgegenstand auf den Prototyp des Geräts konkretisiert wurde, mit dem bei der Bekl. zuvor Probemessungen durchgeführt worden waren, so waren die im Anschluss an das Schreiben gelieferten Geräte mangelhaft, wenn sie von diesen Anforderungen abwichen. Bei der für eine Beurteilung erforderlichen weiteren Auslegung des Schreibens wird das BerGer. die Begleitumstände und die Interessenlage zu berücksichtigen haben. Die Beurteilung der Mangelhaftigkeit oder Mangelfreiheit hängt maßgeblich davon ab, ob und in welchem Umfang die Kl. der Äußerung der Bekl. entnehmen konnte, diese sei mit dem Erreichten zufrieden, oder davon ausgehen musste, dass die Bekl. mit ihrer Erklärung

die Vorstellung bestimmter Eigenschaften, insbesondere im Hinblick auf die Messtoleranzen verband. Dafür, dass sie auch aus der Sicht der Kl. insoweit die Einhaltung enger Toleranzen erwartete, könnte sprechen, dass diese nicht nur den Anlass für die vorausgegangenen Nachbesserungen der Kl. gebildet hatten, sondern nach den Feststellungen des BerGer. in den der Erklärung der Bekl. vorausgegangenen Versuchen, Fehler nur noch in engen Grenzen aufgetreten waren. Bei diesem Verständnis der Zustimmung der Bekl. hätte die Übereinstimmung der Serienmodelle mit dem Muster allein zur Feststellung der Mangelfreiheit nicht genügt. Auch für diese Bewertung reichen die bisher getroffenen Feststellungen nicht aus. Das BerGer. hat es für maßgeblich gehalten, dass das Risiko, das der Entwicklung eines neuen Produkts angehaftet habe, die Ungewissheit; ob im Ergebnis wirklich ein vermarktungsfähiges Gerät würde hergestellt werden können, sinngemäß von beiden Parteien gemeinsam zu tragen gewesen sei; denn bei einem Scheitern der Entwicklung habe die Kl. auf die gewinnträchtige und auf Dauer angelegte Produktion verkaufsfähiger Geräte, andererseits habe die Bekl. auf deren gewinnträchtige Vermarktung verzichten müssen. Hätte die Bekl. von der Kl. bei Vertragsabschluss die alleinige Übernahme des Risikos eines Scheiterns der Entwicklung verlangt, hätte die Kl. die gesamten Investitionen für das gescheiterte Entwicklungsprogramm zu tragen. Eine solche einseitige Risikoverlagerung sei dem Vertrag nicht zu entnehmen.

Wenn jedoch, wovon das BerGer. ausgegangen ist, die Entwicklungsphase mit dem Schreiben vom 10. 4. 1996 beendet worden ist, dann mag es zwar sein, dass beide Parteien verpflichtet waren, weiter an der Verbesserung des Geräts zu arbeiten. Diese Interessenlage steht aber einem Verständnis des Schreibens in dem Sinne, dass damit der Vertragsgegenstand bereits konkretisiert war und die Kl. von nun an verpflichtet war, diesen Vorgaben entsprechende Geräte zu liefern, nicht entgegen. Sie mutet der Kl. auch nicht das gesamte vertragliche Risiko zu. War, wovon das BerGer. bisher ausgegangen ist, die Entwicklungsphase mit dem Schreiben der Bekl. vom 10. 4. 1996 beendet, so ging es nicht mehr um das Risiko für ein Scheitern der Entwicklung, sondern um die Lieferung der nunmehr vertraglich geschuldeten Geräte. Das BerGer. wird daher in tatrichterlicher Würdigung festzustellen haben, welche Bedeutung dem Schreiben der Bekl. vom 10. 4. 1996 zukommt, und gegebenenfalls unter Heranziehung dieses Schreibens festzustellen haben, welchen vertraglichen Vorgaben die von der Kl. gelieferten Geräte zu entsprechen hatten.

Damit kann die Verurteilung der Bekl. zur unbedingten Herausgabe der Bürgschaftsurkunde keinen Bestand haben, denn der Bekl. steht für den Fall eines berechtigten Rücktritts von dem Liefervertrag ein Zu-

rückbehaltungsrecht an der Bürgschaftsurkunde im Hinblick auf die dann bestehenden Rückgewähransprüche gegen die Kl. zu. Kommt aber ein Rücktrittsrecht oder ein Schadensersatzanspruch der Bekl. in Betracht, so ist auch ihre auf Zahlung gerichtete Widerklage insoweit begründet, als es um die Zahlungen auf von der Kl. gelieferten PID-Geräte geht. Hinreichende Feststellungen zu seiner Wertung, nach der auch das Risiko, für fehlerhafte Geräte eine Vergütung entrichten zu müssen, allein der Bekl. oblag, hat das BerGer. nicht getroffen. Allerdings ist, was die Höhe der von der Bekl. erbrachten Zahlungen anlangt, ein Fehler, möglicherweise ein Rechenfehler unterlaufen. Die Zahlungen der Bekl. auf die PID-Geräte belaufen sich nach den Feststellungen des BerGer. auf 274 102,50 DM und 409 823,83 DM (zusammen 683 926,33 DM). Hiervon ist der durch das landgerichtliche Urteil rechtskräftig abgewiesene Betrag von 120 310 DM abzuziehen, so dass 563 616,33 DM verbleiben.

Auch soweit das BerGer. die mit der Anschlussberufung gestellten Anträge abgewiesen hat, ist die Revision begründet. Kommt ein Rücktrittsrecht oder Schadensersatzanspruch in Betracht, so trägt die Annahme des BerGer. nicht, die Bekl. habe nicht die Pflicht, die Geräte an die Kl. zurückzugeben.

B. Zur Anschlussrevision der Kl.

Die unselbstständige Anschlussrevision der Kl. ist zulässig.

I. Zulässigkeit einer unselbstständigen Anschlussrevision: Zusammenhang zum Streitgegenstand der Hauptrevision nötig

Die unselbstständige Anschlussrevision ist allerdings akzessorischer Natur (BGHZ 36, 162 [166] = NJW 1962, 797 = LM § 556 ZPO Nr. 8; BGH, NJW 1994, 801 [803] = LM H. 5/1994 § 286 [B] ZPO Nr. 98). Sie muss sich deshalb grundsätzlich auf einen der Überprüfung durch die Hauptrevision zugänglichen Gegenstand der angefochtenen Entscheidung beziehen (BGH, NJW 1987, 2997 = LM § 242 [Cd] BGB Nr. 293 = WM 1987, 834) oder jedenfalls in einem inneren Zusammenhang damit stehen. Eine unselbstständige Anschlussrevision ist daher unzulässig, wenn sie einen anderen Lebenssachverhalt betrifft als denjenigen der Revision und mit dem von dieser erfassten Streitgegenstand auch nicht in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang steht (BGHZ 148, 156 = NJW 2001, 3543). Soweit jedoch ein unmittelbarer rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang mit dem Streitgegenstand der Hauptrevision besteht, ist die Zulässigkeit bejaht worden (vgl. z.B. BGH, NJW-RR 1991, 1136 = LM § 561 ZPO Nr. 62 = GRUR 1991, 680 [681]; BGHZ 138, 55 [57] = NJW 1998, 2208 = LM H. 11/1998 § 1 UWG Nr. 773; BGH, NJW-RR 2001, 1177 = WM

2001, 1113 [1115]; NJW-RR 1986, 1298 = LM § 1 GWB Nr. 35 = GRUR 1986, 747 [749]; BGHZ 148, 156 = NJW 2001, 3543, m.w. Hinw. auf die Rspr. des BGH). Ein solcher Fall liegt hier vor. Der Streit der Parteien geht um die Frage der Beendigung ihrer vertraglichen Beziehungen durch die Kündigung der Bekl. und die an diese Kündigung sich knüpfenden Rechtsfolgen. Der Revision und der Anschlussrevision liegt daher derselbe Lebenssachverhalt zu Grunde, und die wechselseitigen Anträge stehen in unmittelbarem rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang.

II. Antrag auf negative Feststellung zur Beendigung des Vertrages zum 26.03.1997

Hinsichtlich des von der Kl. verfolgten Feststellungsantrags bleibt die Anschlussrevision jedoch ohne Erfolg. Das BerGer. hat den insoweit gestellten Antrag, festzustellen, dass der Vertrag vom 4./6. 7. 1994 nicht mit Ablauf des 26. 3. 1997 beendet worden ist, dahin ausgelegt, dass es der Kl. auf die Feststellung ankomme, der Vertrag sei nicht als Folge der Schreiben der Bekl. vom 10. 12. 1996 und 1. 4. 1997 beendet worden, sondern habe zumindest noch bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortbestanden, also bis zum 31. 12. 1998. Diese Auslegung rügt die Anschlussrevision ohne Erfolg. Das BerGer. ist zu Recht davon ausgegangen, dass es der Kl. bei ihrem Feststellungsantrag um die Klärung der Frage ging, ob der Vertrag von der Bekl. wirksam vorzeitig beendet worden war. Dies kommt in der Klageschrift unmissverständlich zum Ausdruck. Am 26. 3. 1997 endete die von der Bekl. gesetzte (nochmals verlängerte) Frist zur Nachbesserung. Dadurch wurde der Vertrag nicht ohne weiteres beendet, vielmehr konnte die Bekl. sich nach Ablauf der Frist entscheiden, welche rechtlichen Konsequenzen sie aus der unterlassenen Nachbesserung ziehen wollte. Dies ist mit Schreiben der Bekl. vom 1. 4. geschehen. Das Feststellungsinteresse der Kl. konnte sich, wovon das BerGer. ausgegangen ist, folglich nur darauf beziehen, dass mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 326 BGB a. F. der Bekl. ein daraus abgeleitetes Recht zur fristlosen Kündigung nicht zustand. Ein anders geartetes Interesse, insbesondere an der Feststellung der Fortdauer des Vertrags in der Zeit vor dem 1. 4. 1997, legt auch die Revision nicht dar.

Das BerGer. hat den Feststellungsantrag für unbegründet gehalten, weil der Vertrag durch die fristlose Kündigung der Bekl. wirksam beendet worden sei. Es hat angenommen, es sei für die Bekl. unzumutbar gewesen, weiter zuzuwarten, nachdem es binnen einer gesetzten Frist von einem Vierteljahr der Kl. nicht ge-

lungen war, die von ihr eingeräumte große Fehlermarge auf ein solches Maß zu reduzieren, dass das Gerät mit Aussicht auf Erfolg vermarktungsfähig erschienen sei. Das BerGer. hat dazu die vertragliche Vereinbarung ausgelegt und ausgeführt, für den Fall, dass das Vertragsprodukt nicht allen spezifizierten Anforderungen entsprochen habe, finde sich lediglich in § 4.3 des Vertrags die Möglichkeit, dass die Kl. bei der Bekl. die Tolerierung beantragen könne. Diese Regelung sei jedoch auf Ausnahmefälle beschränkt gewesen und habe sich nicht auf eine ganze Serie von Geräten erstrecken sollen. Gleichwohl habe die Kl. in sinnvoller Anwendung dieser Vorschrift von der Bekl. die Tolerierung der von ihr entwickelten Geräte mit den genannten Messfehlern von - 80% bis zu + 100% beantragt. Dies habe die Bekl. abgelehnt. Der Vertrag enthalte keine Regelung bezüglich der Rechtsfolgen im Falle einer solchen Ablehnung. Diese Regelungslücke sei jedoch dahin gehend zu schließen, dass bei Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrags die Kündigung aus wichtigem Grund eröffnet sei.

Diese rechtlich mögliche Auslegung des Vertrags der Parteien durch das BerGer. hat die Anschlussrevision nicht in revisionsrechtlich beachtlicher Weise angegriffen. Das BerGer. hat seine Überzeugung nicht darauf gegründet, dass die Bekl. die Fortsetzung des Vertrags für unzumutbar gehalten hat. Es hat vielmehr den Vertrag der Parteien ergänzend dahin ausgelegt, dass der Bekl., nachdem sie die Tolerierung von Messfehlern in der von der Kl. beantragten Größenordnung zurückgewiesen hatte, im Hinblick darauf jedenfalls ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grunde eröffnet war.

III. Erfolg des Zahlungsantrages der Kl.

Den mit der Anschlussrevision weiter verfolgten Zahlungsantrag hat das BerGer. zurückgewiesen. Zwar beruhe das Zahlungsverlangen der Kl. auf Warenlieferungen, die lange vor dem 1. 4. 1997 erfolgt seien, die den Lieferungen zu Grunde liegenden Bestellungen seien jedoch im Rahmen des Gesamtvertrags zu sehen. Das gesamte Vertragsverhältnis habe seine Beendigung durch die Kündigung vom 1. 4. 1997 dergestalt erfahren, dass gegenseitige Erfüllungsgeschäfte nicht mehr vorzunehmen gewesen seien. Dies rügt die Anschlussrevision mit Erfolg. Sind die Lieferungen lange vor dem 1. 4. 1997 erfolgt, dann schuldet die Bekl. grundsätzlich die vereinbarte Vergütung, falls nicht auch insoweit Ansprüche auf Schadensersatz oder ein wirksamer Rücktritt der Bekl. in Betracht kommen. Auch dazu hat das BerGer. aber Feststellungen nicht getroffen.

Standort: Bereicherungsrecht**Problem: Grundschuldherausgabe**

BGH, URTEIL VOM 15.03.2002
V ZR 396/00 (NJW 2002, 1872)

Problemdarstellung:

Die Parteien schlossen über Vertreter ohne Vertretungsmacht einen notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück, wobei die klagende Verkäuferin bereits vor der Auflassung ihre Ermächtigung (§ 185 BGB) dazu erteilt hatte, dass die beklagten Verkäufer zur Finanzierung des Kaufpreises eine Sicherungsgrundschuld an dem Grundstück bestellt. Die Bekl. nahmen bei einer Bank ein Darlehen auf, das durch eine entsprechende Grundschuldbestellung abgesichert wurde. Letztlich scheiterte der Vertrag daran, dass die gem. § 177 BGB erforderlichen Genehmigungen nicht erteilt wurden. Die Klägerin verlangt nunmehr Wertersatz für die erfolgte Belastung an ihrem Grundstück; die Wirksamkeit der Grundschuldbestellung erfolgte gem. § 185 II BGB.

Das BerGer. sah einen Wertersatzanspruch gem. §§ 812 I, 818 II BGB für gegeben, sodass die Kl. die hinterlegte Darlehensvaluta für die Wertminderung ihres Grundstücks verlangen dürfte. Der BGH tritt dieser Rechtsauffassung entgegen. Herausgabepflichtiger Bereicherungsgegenstand ist nicht das von den Käufern unbelastet erlangte Grundeigentum. Eigentümerin ist stets die Kl. geblieben. Von den Bekl. erlangt ist die Kreditsicherung, die durch die vor Eigentumsübertragung bestellte Grundschuld bewirkt wurde. Dieses Bereicherungsobjekt ist im Unterschied zu den Fällen der Belastung eines nach §§ 812 ff. BGB herauszugebenden Grundstücks noch unverändert vorhanden. Folglich geht der Bereicherungsanspruch auf Aufhebung oder Übertragung der Grundschuld, was voraussetzt, dass die Bekl. das gesicherte Darlehen (vorzeitig) abbezahlen. Sind sie dazu nicht in der Lage, bestimmen sich die Folgen dieser Illiquidität nach § 818 III BGB. Stehen der Rückgewähr nur finanzielle Gründe entgegen, kann dieser Anspruch nicht durch einen Wertersatzanspruch gem. § 818 II BGB ersetzt werden, der selbst wiederum Liquidität voraussetzt.

Prüfungsrelevanz:

In diesem Fall ging es um das Verhältnis der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsfolgen gem. §§ 812, 818 BGB bei Belastungen von Grundstücken.

Ist das Grundstück selbst Bereicherungsgegenstand und vom Bereicherten während seiner Zeit belastet worden, so entspricht es der (bisherigen) Rechtsprechung, dass Herausgabe des belasteten Grundstücks

in Natur und daneben Wertersatz in Höhe des Nominalbetrags des Grundpfandrechts Zug um Zug gegen Befreiung von der gesicherten Verbindlichkeit verlangt werden kann.

Ist der Bereicherungsgegenstand das Grundpfandrecht selbst, so ist der Bereicherte um die damit gewonnene Kreditsicherheit bereichert (Darlehensvaluta, Zinsersparnis gegenüber anderen Kreditformen, etc.). Inhalt des Bereicherungsanspruchs ist dann die Aufhebung oder Übertragung des Grundpfandrechts, wenn der Gläubiger dazu bereit ist, was die (ggf. vorzeitige) Befriedigung der gesicherten Forderung durch den Bereicherten erfordert. Reicht die Bereicherung des Bereicherten nicht aus, um die gesicherte Forderung abzulösen, besteht der Bereicherungsanspruch gem. § 818 III BGB auf Aufhebung bzw. Übertragung unter dem Vorbehalt der Restzahlung durch den Entreicherten selbst. Ein Wertersatzanspruch besteht insofern dann nicht.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 1997, 190; *Konzen*, LM H. 3/1997 § 268 BGB Nr. 5; *Wolfsteiner*, DNotZ 1997, 383

Kursprogramm:

Examenskurs: "Pferdehandel"

Leitsätze:

1. Haftet der Käufer wegen ungerechtfertigter Bereicherung, kann der Verkäufer, der zu Gunsten des Darlehensgebers des Käufers das Grundstück vor Eigentumsübertragung mit einer Grundschuld belastet hat, die Aufhebung oder Übertragung der Grundschuld verlangen, wenn der Gläubiger zu deren Ablösung bereit ist; ein Anspruch auf Wertersatz besteht (jedenfalls) dann nicht (Abgrenzung zu BGHZ 112, 376).

2. Reicht die Bereicherung des Käufers (Darlehensvaluta, Zinsersparnis gegenüber anderen Kreditformen, Grundstücksnutzungen, Ersatz für Verwendungen und anderes) zur Ablösung der Grundschuld nicht hin, steht der Anspruch des Verkäufers auf deren Aufhebung oder Übertragung unter dem Vorbehalt der Zahlung des Rests Zug um Zug.

Sachverhalt:

Die Kl., ein Treuhandunternehmen, ist seit 18. 1. 1993 im Grundbuch als Eigentümerin des in E. gelegenen, ehemals volkseigenen Grundstücks Flurstück 574/7 eingetragen. Mit notariellem Kaufvertrag vom

27. 8. 1992 verkaufte sie „das Grundstück Flurstück 574/7“ zum Preis von 875 000 DM an die Bekl. Die verkaufte Fläche wurde in einem der Vertragsurkunde beigefügten Lageplan schraffiert gekennzeichnet.. Die Kennzeichnung sollte im Falle von Abweichungen maßgebend sein. Bei Vertragsabschluss traten für die Kl. vollmachtlose Vertreter sowie als gesetzliche Vertreter die B (damals Treuhandanstalt) auf. Diese handelte zugleich für sich selbst. Mit notariellem Vertrag vom 17. 12. 1992 änderten die - von ihrem Liquidator vertretene - Kl. und die Bekl. die vertraglichen Fälligkeits- und Kaufpreiszahlungsregelungen ohne Beteiligung der Treuhandanstalt ab und bestimmten, dass es ansonsten bei dem Inhalt der Ursprungsurkunde verbleibe, der von der Kl. genehmigt werde. Sie vereinbarten insbesondere:

1. Der Besitz am Kaufgegenstand soll übergehen mit Eingang des vereinbarten Grundstückskaufpreises auf dem Notaranderkonto des amtierenden Notars.

2. Der Kaufpreis ist zur Zahlung fällig am 31. 12. 1992. Er ist bei Fälligkeit auf ein noch einzurichtendes Anderkonto des amtierenden Notars zur Auszahlung zu bringen ... Der amtierende Notar wird angewiesen, das Anderkonto als Festgeldkonto mit monatlicher Kündigungsfrist zu führen. Er soll den hinterlegten Kaufpreis inklusive zwischenzeitlich angefallener Zinsen an den Verkäufer auf das in der Ursprungsurkunde angegebene Bankkonto des Verkäufers zur Auszahlung bringen, wenn eine lastenfreie Eigentumsumschreibung auf die Käufer mit Ausnahme solcher Belastungen, an deren Entstehung sie mitgewirkt haben, erfolgt ist.

4. Zur Finanzierung des Kaufpreises bevollmächtigt der Verkäufer die Käufer unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, den Kaufgegenstand schon vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten bis zur Höhe von 1 500 000 DM zuzüglich Zinsen und Kosten zu belasten. Diese Belastungsvollmacht ist im Innenverhältnis dahin gehend beschränkt, dass von ihr in den Kaufpreis übersteigende Höhe nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn dem beurkundenden Notar eine Erklärung des Kreditinstituts vorgelegt wird, dass die den Kaufpreis übersteigenden Beträge nur objektbezogen für den in der Ursprungsurkunde erworbenen Grundbesitz valutiert werden.

Von der Belastungsvollmacht machten die Bekl. am 17. 12. 1992 Gebrauch und bestellten der Kreissparkasse L eine erstrangige Grundschuld über 1,5 Mio. DM, die am 23. 1. 1993 in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Sparkasse hinterlegte unter Auflagen den zu zahlenden Kaufpreis beim Notar, woraufhin die Bekl. das Grundstück in Besitz nahmen. Am 22. 7. 1995 erteilte die B für den Vertrag vom 27. 8. 1992 die Grundstücksverkehrsgenehmigung unter Bezeichnung des Flurstücks 574/7 als Vertragsgegenstand. Im Herbst 1995 stellte sich heraus, dass

das Flurstück 574/7 nicht deckungsgleich mit der im Lageplan ausgewiesenen Fläche ist. Diese umfasst vielmehr auch das an die öffentliche Straße angrenzende Zufahrtsgrundstück Flurstück 571/5. Deswegen traten die Bekl. von den notariellen Verträgen zurück. In der Folgezeit bemühte sich die Kl. vergeblich um den Erwerb des Grundstücks Flurstück 571/5. Ihr gelang es lediglich, einen befristeten Pachtvertrag über dieses Grundstück abzuschließen und eine Teilfläche des Flurstücks 577/2, das ebenfalls das Flurstück 574/7 mit der Straße verbindet, anzukaufen. Am 29. 2. 1996 verständigten sich die Parteien darauf, den Kaufpreis auf 650 000 DM herabzusetzen, den Bekl. die Pächterstellung zu überlassen und ihnen den erworbenen Teil des Flurstücks 577/2 zu übereignen. Diese Vereinbarungen wurden am 30. 5. 1996 notariell beurkundet, wobei für die Kl. und die B ein vollmachtloser Vertreter auftrat, dessen Erklärungen die B nicht genehmigte. Die Kl. hat die Bekl. auf Zustimmung in die Auszahlung des beim Notar hinterlegten Betrags in Anspruch genommen. Den Anspruch hat sie in erster Linie auf den Kaufvertrag gestützt, in zweiter Linie hat sie Ersatz für die Belastung ihres Grundstücks verlangt. Hilfsweise hat sie beantragt, die Wirksamkeit des am 27. 8. 1992 abgeschlossenen Kaufvertrags festzustellen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat dem Hauptantrag der Kl. durch Versäumnisurteil stattgegeben. Die Nebenintervenientin, die Rechtsnachfolgerin der Kreissparkasse L, ist dem Rechtsstreit auf Seiten der Bekl. beigetreten. Auf ihren Einspruch hat das OLG das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die Revision der Nebenintervenientin hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, die Nebenintervenientin sei wirksam auf Seiten der Bekl. beigetreten und habe ordnungsgemäß Einspruch gegen das ergangene Versäumnisurteil eingelegt. Das Versäumnisurteil sei jedoch aufrechtzuerhalten, da der Kl. aus ungerechtfertigter Bereicherung ein Anspruch auf Freigabe des hinterlegten Kaufpreises zustehe.

Der Kaufvertrag vom 27. 8. 1992 sei mangels Genehmigung durch den Liquidator der Kl. unwirksam. Auch der Änderungsvertrag vom 17. 12. 1992 entfalte keine Rechtswirkungen, denn die Treuhandanstalt sei bei Abschluss dieses Vertrags nicht beteiligt gewesen. Ein vertraglicher Anspruch auf Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Geldbetrags bestehe daher nicht. Die Kl. sei aber gem. §§ 812, 818 II BGB berechtigt, Wertersatz in Höhe der hinterlegten Darlehensvaluta für die Wertminderung ihres Grundstücks zu verlangen, die durch die Bela-

stung mit einer Sicherungsgrundschuld eingetreten sei. Das Grundpfandrecht sei wirksam entstanden, obwohl die Kl. keine rechtsgültige Belastungsvollmacht erteilt habe und die Bekl. bei der Grundschuldbestellung daher als Nichtberechtigte verfügt hätten. Denn die Kl. habe die Bestellung dieses Grundpfandrechts durch ihre Klage auf Herausgabe des hinterlegten Betrags nachträglich gem. § 185 II BGB genehmigt.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

I. Zulässigkeit der Berufungseinlegung durch die Nebenintervenientin

Die von der Nebenintervenientin eingelegte Revision ist zulässig, soweit sie zu Gunsten der Bekl. zu 1 und zu 3 erfolgte.

Der Senat hat die Wirksamkeit des Beitritts (§§ 66, 70 ZPO) nicht zu prüfen. Denn das BerGer. hat die von der Kl. und dem Bekl. zu 2 gegen die Zulässigkeit der Nebenintervention erhobenen Rügen als unbegründet erachtet und durch das im Endurteil enthaltene Zwischenurteil (§ 711 ZPO) den Beitritt zugelassen (vgl. Senat, NJW 1963, 2027 = LM § 71 ZPO Nr. 4; BGH, VersR 1985, 551). Dieses Zwischenurteil ist gem. § 71 II ZPO, § 567 IV ZPO a. F. unanfechtbar. Der im Berufungsrechtszug erklärte Beitritt wirkt für die Revisionsinstanz fort.

Die Befugnis der Nebenintervenientin, gegen das Berufungsurteil Revision einzulegen, ist allerdings auf die Bekl. zu 1 und zu 3 beschränkt; denn sie hat nicht die Stellung einer streitgenössischen Nebenintervenientin i. S. des § 69 ZPO erlangt. Die Rechtskraft der im Streit der Parteien ergehenden Entscheidung erstreckt sich nämlich nicht auf das Rechtsverhältnis der Nebenintervenientin zur Kl. (vgl. BGHZ 92, 275 [277] = NJW 1985, 386 = LM § 69 ZPO Nr. 5). Damit ist es der Nebenintervenientin verwehrt, gegen den ausdrücklichen oder sich aus dem Gesamtverhalten ergebenden Widerspruch der unterstützten Partei Rechtsmittel einzulegen (BGHZ 49, 183 [188] = NJW 1968, 743 = LM § 101 ZPO Nr. 8 L; Senat, NJW 1993, 2944 [2945] = LM H. 2/1994 § 67 ZPO Nr. 16). Der Bekl. zu 2 hat bereits dem Einspruch gegen das Versäumnisurteil des BerGer. und damit der Fortführung des Verfahrens widersprochen. Dies bindet die Nebenintervenientin nach § 67 ZPO.

II. Erstreckung der Revisionseinlegung auf den Bekl. zu 2

Gleichwohl erwächst das Berufungsurteil auch hinsichtlich des Bekl. zu 2 nicht in Rechtskraft. Denn mit ihrer Klage auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Kaufpreises macht die Kl. eine von den Bekl. nur gemeinschaftlich erfüllbare Verpflichtung geltend, so dass diese als materiell-

rechtlich notwendige Streitgenossen i. S. von § 62 I Alt. 2 ZPO in Anspruch genommen werden (vgl. Senat, NJW 2000, 291 [292] = LM H. 5/2000 § 265 ZPO Nr. 33, für den Fall von BGB-Gesellschaftern; Schilken, in: Münch-Komm-ZPO, 2. Aufl., § 62 Rdnr. 33; Musielak/Weth, ZPO, 2. Aufl., § 62 Rdnr. 11). Dies hat zur Folge, dass eine wirksam zu Gunsten der übrigen Bekl. eingelegte Revision auch den Eintritt der Rechtskraft des Berufungsurteils gegen den Bekl. zu 2 hindert (BGHZ 131, 376 [382] = NJW 1996, 1060 = LM H. 8/1996 § 62 ZPO Nr. 22) und dieser zwar nicht als Rechtsmittelkl., wohl aber gem. § 62 ZPO als Partei am Revisionsverfahren beteiligt ist (BGHZ 92, 351 [352 ff.] = NJW 1985, 385 = LM § 62 ZPO Nr. 15 = WM 2001, 1905).

III. Begründetheit der eingelegten Revision

Die Revision hat auch in der Sache Erfolg.

1. Kein Auszahlungsanspruch aus dem Kaufvertrag

Die Kl. kann die Einwilligung zur Auszahlung des hinterlegten Geldbetrags nicht als Erfüllung des Kaufvertrags (§ 433 II BGB) verlangen.

a. Vertragsabschluss vom 27.08.1992 durch falsus procurator

Der von den Parteien unter Einbeziehung der Treuhandanstalt geschlossene Kaufvertrag vom 27. 8. 1992 bietet hierfür keine Grundlage. Der Vertrag wurde von der Kl., für die im Beurkundungstermin vollmachtlose Vertreter aufgetreten waren, nicht genehmigt (§ 177 I BGB). Der Liquidator der Kl. hat die Genehmigungserklärung ausdrücklich nur unter erheblichen Abweichungen erteilt und damit nach den fehlerfreien Feststellungen des BerGer. dem ursprünglichen Kaufvertrag mit dem dort vereinbarten Inhalt endgültig seine Zustimmung verweigert (vgl. auch Senat, NJW 1999, 3704 = LM H. 4/2000 § 141 BGB Nr. 13). Ohne Zustimmung der Kl. sollte dem Vertrag nach dem Willen der Beteiligten keine Wirksamkeit zukommen (zu dreiseitigen Investitionsverträgen der Treuhandunternehmen vgl. Weimar, BB 1993, 378).

b. Rücktritt vom Vertrag vom 17.12.1992

Auch der unter Ausschluss der Treuhandanstalt unmittelbar zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag vom 17. 12. 1992 scheidet als Anspruchsgrundlage aus. Denn die Bekl. sind von diesem Geschäft am 4. 10. 1995 wirksam zurückgetreten. Die Kl., die bei Abschluss des Kaufvertrags die Garantie zur Übertragung des Eigentums an den verkauften Flächen übernommen hatte (BGHZ 129, 103 [105] = NJW 1995, 1737 = LM H. 9/1995 § 323 BGB Nr. 11), war weder bei Vertragsschluss noch in der Folgezeit in der Lage, neben der Verschaffung des Eigentums an dem Flurstück 574/7 auch die geschul-

dete Übereignung des Flurstücks 571/5 zu bewirken. Die sich damit aus §§ 440 I, 325 I BGB a. F. ergebende Rücktrittsbefugnis der Bekl. (vgl. BGHZ 62, 119 [120] = NJW 1974, 692; BGH, WM 1972, 656; NJW 1988, 2878; NJW 1997, 3164 [3165] = LM H. 10/1997 § 203 BGB Nr. 300) erstreckte sich auf den gesamten Vertrag, obwohl die Kl. ihrer Verschaffungspflicht nur hinsichtlich einer 78 m² großen Teilfläche (Rest 3036 m²) nicht nachgekommen war. Denn der Erwerb der Flächen bildete nach dem Willen der Vertragsparteien ein unteilbares, nur einheitlich rückabwickelbares Rechtsgeschäft (vgl. Senat, NJW 1976, 1931 [1932]; BGH, NJW-RR 1990, 1462 = LM § 326 [A] BGB Nr. 29 = WM 1990, 2000 [2003]). Der Senat kann diese, vom BerGer. unterlassene, Auslegung der vertraglichen Erklärung selbst vornehmen, da weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen (Senat, NJW 1999, 3704 [3705] = LM H. 4/2000 § 141 BGB Nr. 13): Der Wille der Parteien, die Kaufsache bei Vertragsabschluss als unteilbar zu bewerten, ergibt sich aus Zustand und Lage des verkauften Gesamtgrundstücks sowie aus dem Umstand, dass die Vertragsschließenden beiderseits davon ausgingen, Gegenstand des Geschäfts sei ein einheitliches Grundstück.

Ein Rücktrittsrecht vom gesamten Vertrag war dem Bekl. auch nicht wegen der Bemühungen der Kl. zur Ersatzbeschaffung verwehrt. Denn ohne die Übereignung des Flurstücks 571/5 fehlt dem Grundstück im Übrigen eine rechtlich gesicherte Anbindung an das öffentliche Straßennetz, die für dessen Nutzung von wesentlicher Bedeutung war (vgl. auch Senat, NJW 1997, 938 [939] = LM H. 4/1997 § 440 BGB Nr. 11, für den Fall eines Grabengrundstücks); der von der Kl. abgeschlossene Pachtvertrag konnte dies nicht in gleicher Weise gewährleisten. Die Bekl. waren auch nicht verpflichtet, der Kl. Gelegenheit zur Übereignung einer anderen Zufahrtsfläche zu geben, zumal der Abschluss eines solchen Ersatzgeschäfts ungewiss war, wie sich auch bei den später geschiederten Vergleichsverhandlungen zeigte.

c. Vergleichsabschluss vom 30.05.1996 durch falsus procurator

Schließlich kommt auch die auf die Vergleichsbemühungen der Parteien zurückzuführende notarielle Vereinbarung vom 30.5.1996 als Anspruchsgrundlage nicht in Frage. Dieser Vertrag sollte, wie das ursprüngliche Geschäft vom 27.8.92, dreiseitig, nämlich unter Einbeziehung der Treuhandanstalt, abgeschlossen werden. Die Treuhandanstalt hat die Genehmigung der Erklärungen, die für sie ohne Vertretungsmacht abgegeben worden waren, versagt.

2. Kein Auszahlungsanspruch als Wertersatz gem. §§ 812 I, 818 II BGB

Die Kl. kann die Freigabe des hinterlegten Betrags

auch nicht als Wertersatz für die Grundstücksbelastung im Zuge der Rückabwicklung des Kaufvertrags vom 17. 12. 1992 verlangen. Die Bekl., die den Rücktritt nicht zu vertreten haben, haften nach dem Grundgedanken des § 327 S. 2 BGB a. F. (BGHZ 53, 144 [148ff.] = NJW 1970, 656 = LM § 818 III BGB Nr. 15; Senat, WM 1987, 47 [48]) für die Rückgewähr der empfangenen Leistungen lediglich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. Sie haben - Zug um Zug gegen die Erfüllung der Rückgabepflichten der Kl. aus §§ 327 S. 1, 346ff. BGB a.F. (§ 348 BGB a.F.; zur Anwendung der Vorschrift bei unterschiedlichen Haftungsmaßstäben vgl. Janßen, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 348 Rdnr. 1) - neben dem Besitz des Grundstücks und dem sonst durch die Leistung der Kl. Erlangten auch die der Nebenintervenientin verschaffte Grundschuld herauszugeben. Denn deren Bestellung war in Erfüllung des mit den Bekl. geschlossenen Kaufvertrags (§ 362 II BGB) durch die Kl. erfolgt. Die Herausgabe hat nach § 812 BGB in Natur durch Aufhebung des Rechts oder durch dessen Übertragung auf die Kl. zu erfolgen. Ein Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB, der Grundlage des Freigabeverlangens sein könnte, scheidet aus.

a. Bereicherungsanspruch auf Grundschuldherausgabe gem. § 812 I BGB

Die Kl. hat die Grundschuld zur Absicherung des von den Bekl. aufgenommenen Kredits wirksam bestellt. Zwar steht nicht fest, ob die am 22. 7. 1995 erteilte Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung sich auch auf den Änderungsvertrag vom 17. 12. 1992 und das im Genehmigungsbescheid nicht genannte Flurstück 571/5 erstreckt hat (zur eingeschränkten Genehmigungsbedürftigkeit bei Änderungsverträgen vgl. Haegele/Schöner/Stöber, GrundbuchR, 12. Aufl., Rdnr. 4230; Frenz, DtZ 1994, 56 Fußn. 11). In diesen Fällen wäre der Vertrag aber bis zur Erteilung einer uneingeschränkten Grundstücksverkehrsgenehmigung lediglich schwebend und nicht endgültig unwirksam gewesen. Dieser Schwebzustand bliebe jedoch ohne Einfluss auf die Gültigkeit der am 17. 12. 1972 erteilten Belastungsvollmacht (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Rdnr. 4228; Wenzel, WE 1994, 1269 [1276]; Limmer, ZNotP 1998, 353 [356]). Denn die Parteien haben vereinbart, dass der Kaufpreis schon vor Erteilung der behördlichen Genehmigung zu hinterlegen ist (vgl. hierzu Senat, NJW 1999, 1329 = LM H. 7/1999 § 157 [Ge] 11GB Nr. 48; NJW 1999, 3040) und haben damit den Bekl. die Befugnis eingeräumt, das Grundstück unverzüglich mit einem Grundpfandrecht zu belasten.

Anders als in der vom BerGer. herangezogenen Senatsentscheidung (BGHZ 112, 376 = NJW 1991, 917 = LM § 812 BGB Nr. 218; ebenso BGHZ 140,

275 [277] = NJW 1999, 1626 = LM H. 8/1999 § 531 BGB Nr. 7) ist Bereicherungsgegenstand nicht das vom Käufer unbelastet erlangte Grundeigentum. Eigentümerin ist vielmehr die Kl. geblieben. Von den Bekl. erlangt ist die Kreditsicherung, die durch die vor Eigentumsübergang bestellte Grundschuld bewirkt wurde (BGHZ 145, 44 [50f.] = NJW 2000, 3128 = LM H. 5/2001 § 177 BGB Nr. 20; Erman/Westermann, BGB, 10. Aufl., § 818 Rdnr. 6; Schuler, NJW 1962, 2332). Dieses Bereicherungsobjekt ist im Unterschied zu den Fällen der Belastung eines nach §§ 812 ff. BGB herauszugebenden Grundstücks noch unverändert vorhanden. Aus diesem Grunde kann offen bleiben, ob an der für jene Sachverhalte entwickelten Rechtsprechung festzuhalten ist, wonach Herausgabe des belasteten Bereicherungsgegenstands in Natur und daneben Wertersatz in Höhe des Nominalbetrags des Grundpfandrechts Zug um Zug gegen Befreiung von der gesicherten Verbindlichkeit geschuldet wird. Allerdings fehlen den Bekl. nach Lage der Dinge die liquiden Mittel, das gesicherte Darlehen (vorzeitig) zu tilgen und damit ihrer Verpflichtung zur Löschung der Grundschuld nachzukommen. Dieser Umstand löst jedoch keinen Wertersatzanspruch nach § 818 II BGB unter Befreiung von der primär geschuldeten Beseitigungspflicht aus, sondern ist nach § 818 III BGB zu beurteilen. Denn die Regelung des § 818 II BGB soll die Unmöglichkeit der Herausgabe des Erlangten durch einen Wertersatzanspruch in Geld ausgleichen. Stehen aber der Rückgewähr des Bereicherungsgegenstands nur finanzielle Gründe entgegen, dann kann diese Illiquidität nicht durch einen Wertersatzanspruch kompensiert werden, dessen Erfüllung wiederum entsprechende Geldmittel voraussetzt. Es verbleibt damit bei dem allgemeinen - nur in den Fällen des § 818 III BGB durchbrochenen - Grundsatz, dass jeder für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat (BGHZ 107, 92 [102] = NJW 1989, 1276 = LM § 138 [Aa] BGB Nr. 38).

b. Keine Hinderungsgründe für den bereicherungsrechtlichen Grundschuldherausgabeanspruch

Andere Hinderungsgründe stehen der Löschung der Grundschuld nicht entgegen. Die Nebenintervenientin betreibt zwar die Zwangsversteigerung in das Grundstück, zu dessen Zuschlag ist es aber noch nicht gekommen. Eine Herausgabe an die Kl. ist mithin noch möglich (vgl. Kohler, Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, 1989, S. 651). Die Ablösung des Grundpfandrechts scheitert auch nicht daran, dass der Grundpfandgläubiger zur vorzeitigen Freigabe der Sicherheit nicht oder nur gegen Stellung eines anderen Sicherungsmittels bereit ist. Die Nebenintervenientin hat das notleidend gewordene Darlehen vorzeitig zur Rückzahlung fällig gestellt. Es braucht daher nicht geklärt zu wer-

den, ob vorübergehende Leistungshindernisse, die mit der Tilgung der gesicherten Forderung wegfallen, der in § 818 II BGB geregelten (endgültigen) Unmöglichkeit der Herausgabe des Bereicherungsobjekts gleichzustellen sind (im Grundsatz verneinend: Canaris, NJW 1991, 2513 [2514]; Kohler, NJW 1991, 1999 [2000]; Gursky, JR 1992, 95 [96]; Reuter, JZ 1991, 872; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, § 16 III, S. 565 f.; Löwenstein, BereicherungsR, 2. Aufl. S. 141; wohl auch Flume, in: GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 133; a.A. Cammerer, in: FS Lewald, 1953, S. 443 [452]; Wollschläger, AcP 194, 408).

c. Entreicherungseinwand gem. § 818 III BGB

In Fällen der vorliegenden Art verbietet sich das Festhalten des Gläubigers am Anspruch auf Herausgabe des Erlangten in Natur, also auf Aufhebung oder Übertragung des dinglichen Rechts, auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass seine Durchsetzung am Entreicherungseinwand des (redlichen und unverklagten) Schuldners scheiterte (§ 818 III BGB). Das durch die rechtsgrundlos hingeebene Sicherheit erlangte Darlehenskapital stellt im Verhältnis des Käufers zu dem die Sicherheit erbringenden Verkäufer einen ungerechtfertigten Vermögensvorteil dar. Seine Verwendung zu dem Zwecke, den Darlehensrückzahlungsanspruch zu tilgen und dadurch den Rückübertragungs- oder Lösungsanspruch aus dem Sicherungsvertrag mit dem Kreditgeber auszulösen, bleibt im Rahmen der dem Käufer zugewachsenen Bereicherung. Hat das Darlehenskapital zu Zwecken des Käufers anderweit Verwendung gefunden, so stellt sich, wie auch sonst bei Anwendung des § 818 III BGB, die Frage, ob sich die Bereicherung in dem eingetauschten Vermögenswert fortgesetzt hat (BGH, NJW 1984, 2095 = LM § 818 III BGB Nr. 30; NJW 2000, 740 = LM H. 6/2000 § 620 ZPO Nr. 16). Sie ist in den Regelfällen, in denen das Darlehenskapital zur Tilgung des Kaufpreises oder zu Investitionen auf das Kaufgrundstück Verwendung gefunden hat, zu bejahen. Dies wird auch im Streitverhältnis der Parteien deutlich:

Der bei dem Urkundsnotar zur Kaufpreistilgung hinterlegte Geldbetrag, der sich nach dem Vorbringen der Kl. durch Verzinsung auf 1 050 000 DM erhöht hat, steht zur Tilgung der gesicherten Forderung der Nebenintervenientin zur Verfügung. Aus dem Rückabwicklungsverhältnis können die Bekl. von der Kl. die Freigabeerklärung gegenüber dem Notar verlangen (§ 346 BGB a. F.). Soweit die Bekl., wozu allerdings nähere Feststellungen fehlen, einen direkt an sie ausgezahlten Teil der Valuta entsprechend den im Vertrag vom 17. 12. 1992 getroffenen Vereinbarungen für bauliche Investitionen auf dem überlassenen Grundstück verwendet haben, ist ihre Bereicherung in Höhe dieser, im inneren Zu-

sammenhang mit der dinglichen Absicherung erfolgten, Verwendung gemindert (vgl. auch BGHZ 137, 314 [317] = NJW 1998, 989 = LM H. 6/1998 § 988 BGB Nr. 10; BGH, NJW 2000, 1031 = LM H. 4/2000 § 283 BGB Nr. 8 = WM 2000, 1064 [1067]). Reicht die den Bekl. nach Abzug des Investitionsaufwands verbleibende Bereicherung, zu der auch aus dem Grundstück gezogene Nutzungen und Folgevorteile des Bodenkredits (etwa Zinsabschläge gegenüber anderen Kreditformen) zählen, zur Tilgung der Ansprüche der Nebenintervenientin nicht aus, so sind sie berechtigt, die Ablösung des Grundpfandrechts von der Erstattung der Verwendungen (§§ 327 S. 1, 347 S. 2 BGB a. F., §§ 994 ff. BGB) abhängig zu machen. Sollten sie trotz einer bei ihnen noch vorhandenen Bereicherung und unbeschadet der gegen die Kl. realisierbaren Verwendungsersatzforderungen zur vollständigen Tilgung des Darlehens mangels liquider Mittel außer Stande sein, sind sie verpflichtet, einen Ersatzkredit zu beschaffen und

die hierbei anfallenden zusätzlichen Kosten (höhere Zinsen, Bearbeitungsgebühren u. A.) bis zu ihrer Bereicherung selbst zu tragen. Denn insoweit tasten sie nicht ihr eigenes Vermögen an (vgl. auch Reuter, JZ 1991, 873 [874]; a.A. wohl Kohler, S. 654). Sofern die Kosten für eine solche Umschuldung die Bereicherung der Bekl. übersteigen sollten, kann die Kl. die Ablösung des Grundpfandrechts nur gegen Erstattung des Mehrbetrags verlangen (vgl. Kohler, NJW 1991, 2001; ferner Reuter, in: FS Gernhuber, 1993, S. 2381; Löwenstein, S. 142; a. A. Flume, S. 133). In vollem Umfang selbst aufzubringen haben die Bekl. jedoch die Aufwendungen, die zum Ausgleich des der Nebenintervenientin entstandenen Verzögerungs- oder Nichterfüllungsschadens erforderlich sind. Diese Verbindlichkeiten sind nämlich allein der Risikosphäre der Bekl. zuzurechnen und deshalb nicht nach § 818 III BGB abzugsfähig (vgl. BGHZ 116, 251 [256]).

Standort: Gesellschaftsrecht

Problem: Haftung einer GbR

BGH, URTEIL VOM 21.01.2002
II ZR 2/00 (NJW 2002, 1642)

Problemdarstellung:

Der BGH musste sich in dieser Entscheidung mit den Folgen seiner geänderten Rechtsprechung zur Möglichkeit von Haftungsbeschränkungen für die Gesellschafter einer GbR am Fall geschlossener Immobilienfonds beschäftigen. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH haften die Gesellschafter einer GbR grundsätzlich für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft persönlich und der Höhe nach unbeschränkt. Ein einseitiger Ausschluss oder eine Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag - auch bei entsprechender Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der GbR - unzureichend, selbst wenn sie dem Vertragspartner erkennbar ist (so die frühere Rspr.). Die persönliche unbeschränkte Haftung der Gesellschafter kann nur durch individuelle Abrede mit dem jeweiligen Vertragspartner eingeschränkt bzw. ausgeschlossen werden.

Diese neue Rechtsprechung gilt auch für geschlossene Immobilienfonds (= Gesellschaft mit festem Gesellschafterbestand zwecks Erwerb, Errichtung und Verwaltung von Immobilien), wo bis dato die Verwendung von Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsvertrag üblich war. Aus Gründen des Vertrauensschutzes hält der BGH es für angebracht, Gesellschafter bereits existierender Immobilienfonds für die von ihnen in der Vergangenheit bereits abge-

schlossenen Verträge die Berufung auf eine derartige gesellschaftsvertragliche Haftungsbeschränkung auch weiterhin zu gestatten, sofern dem Vertragspartner diese Haftungsbeschränkung auch erkennbar war. Darüber hinaus will der BGH für neu abgeschlossene Immobilienfonds bzw. für künftige Wohnungseigentümer bei Errichtung der Wohnungseigentumsanlage Ausnahmen zu seiner neuen Grundsatz-Rechtsprechung zulassen, um den Besonderheiten bzw. Eigenheiten dieser GbR gerecht zu werden.

Prüfungsrelevanz:

Bei gesellschaftsrechtlichen Klausuren ist vornehmlich nach der un- bzw. beschränkten Haftung des einzelnen Gesellschafters für Verbindlichkeiten aus der Gesellschaftstätigkeit gefragt. Nach § 714 BGB ist, soweit einem Gesellschafter einer GbR nach dem Gesellschaftsvertrag die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, derselbe im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten. Daher haben nach allg. Meinung für die eingegangenen Verbindlichkeiten grundsätzlich die Gesellschafter mit dem Gesellschafts- und ihrem jeweiligen Privatvermögen einzustehen. Dabei ist die Rechtsnatur dieser persönlichen Mithaftung der einzelnen Gesellschafter umstritten gewesen. Nach der herkömmlichen Auffassung ergibt sich die persönliche Mithaftung daraus, dass das Handeln des Vertreters den Gesellschaftern unmittelbar zugerechnet wird (einheitliche Verpflichtung mit doppelter Wirkung); für diejenigen, die in der GbR schon vorher

ein besonderes Zuordnungsobjekt sahen, ergab sich die persönliche Mithaftung der Gesellschafter entweder daraus, dass der vertretende Gesellschafter für das Gesellschaftsvermögen und jedes einzelne Privatvermögen mit Vollmacht handelt (Doppelverpflichtungstheorie) oder aus dem Grundsatz der akzessorischen Haftung (Akzessorietät).

Der BGH hat in seiner früheren Entscheidung sich dem Akzessorietätsgedanken angeschlossen, ohne dies ausdrücklich zu sagen (BGH RA 2000, 17 = NJW 1999, 3483). Darauf aufbauend sind seine Entscheidungen zur Beschränkung dieser Gesellschafterhaftung bzw. zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR folgerichtige Weiterentwicklungen.

Vertiefungshinweis:

Vgl. zu dieser Thematik: *BGHZ* 146, 341; *BGH* NJW 2002, 1207; *Schmidt*, NJW 2001, 993; *Dauner-Lieb*, DStR 2001, 356; *Drasdo*, NZM 2001, 258; *Westermann*, NZG 2001, 289; *Pfeifer*, NZG 2001, 296; *Jauernig*, NJW 2001, 2231

Vgl. zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft: *Schwörer*, NZM 2002, 421

Vgl. zur GbR als Partei bei gewerblicher Miete: *Kraemer*, NZM 2002, 465

Leitsätze:

1. Aus Gründen des Vertrauensschutzes dürfen sich Anlagengeschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds, die als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgestaltet sind, auch nach der durch die Entscheidungen BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341 eingetretenen Änderung der Rechtsprechung des Senats für die davor abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.

2. Für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen Immobilienfonds in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt als Ausnahme von den Grundsätzen der Senatsurteile BGHZ 142, 315, und BGHZ 146, 341, dass die persönliche Haftung der Anlagengeschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne dass darin grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 BGB n. F. (§ 9 AGBG) gesehen werden kann.

3. Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten („Bauherrengemeinschaften“) haften für die Herstellungskosten („Aufbauschulden“) auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen, auch wenn sie im Verkehr als Außengesellschaften bürgerlichen Rechts auftreten.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. gesamtschuldnerisch auf Freistellung von einer Darlehensverbindlichkeit gegenüber der Bausparkasse B in Höhe von 247 000 DM in Anspruch. Die Bekl. sind neben etwa 150 weiteren Personen Gesellschafter der GbR „Miteigentümergeinschaft S“ (kurz: Gesellschaft), die Eigentümer des Grundstücks ist. Dieses Anwesen sollte, als Grundlage eines geschlossenen Immobilienfonds, für ca. 2,4 Mio. DM saniert und anschließend vermietet werden. Die Sanierung ist inzwischen durchgeführt worden. Der Gesellschaftsvertrag sah vor, dass die Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern nur mit dem Gesellschaftsvermögen hafteten, und schloss eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter aus. Vertreten durch ihre Geschäftsführerin, die C-GmbH, an der die Kl. zu 50% beteiligt ist, nahm die BGB-Gesellschaft im August 1995 bei der B unter anderem ein Darlehen über 247 000 DM auf. Die Kl., die C-GmbH und deren Geschäftsführerin übernahmen die gesamtschuldnerische Mithaftung für diesen Kredit; zur weiteren Absicherung des Darlehens bestellte die Kl. der Kreditgeberin eine Grundschuld an ihrem Grundstück in U. Weil die Gesellschaft ihre Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag nicht erfüllte, erwirkte die Bausparkasse im März 1998 die Anordnung der Zwangsversteigerung des Grundstücks der Kl. Mit Rücksicht hierauf verlangt die Kl. von den Bekl., sie von der Verbindlichkeit aus dem Kredit freizustellen.

Das Begehren der Kl. blieb in beiden Vorinstanzen ohne Erfolg. Die Revision hatte Erfolg und führte zur antragsgemäßen Verurteilung der Bekl.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, dass der geltend gemachte Freistellungsanspruch der Kl. zwar gegen die Gesellschaft zustehe, nicht jedoch gegen deren einzelnen Gesellschafter - und damit die Bekl. - als Gesamtschuldner. Die Haftung der einzelnen Gesellschafter sei im Gesellschafts- und in dem Geschäftsbesorgungsvertrag mit der C-GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, eine gesamtschuldnerische Haftung ausgeschlossen worden. Diese Haftungsbeschränkung sei im Verhältnis zur Kl. wirk-

sam, weil sie für die Kl. auf Grund ihrer Beteiligung an der GmbH jedenfalls erkennbar gewesen sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

I. Zur Haftung bzw. deren Beschränkbarkeit von GbR-Gesellschaftern

Nach den Grundsatzentscheidungen des Senats vom 27. 9. 1999 (BGHZ 142, 315 [318 ff.] = NJW 1999, 3483 = NZG 1999, 1095 = NZBau 2000, 288 L) und vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 341 [358] = NJW 2001, 1056 = NZM 2001, 299 = NZG 2001, 311) haften die Gesellschafter einer GbR im Regelfall für die rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft in ihrem jeweiligen Bestand persönlich und der Höhe nach unbeschränkt. Ein einseitiger Ausschluss oder eine Beschränkung dieser gesetzlichen Haftung durch eine dahin gehende Bestimmung des Gesellschaftsvertrags ist - auch wenn sie mit einer entsprechenden Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers der Gesellschaft verbunden ist - grundsätzlich ausgeschlossen. Die persönlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter kann grundsätzlich nur durch eine individualvertragliche Vereinbarung mit dem Gläubiger eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.

Die danach für eine Beschränkung der Haftung der Bekl. auf das Gesellschaftsvermögen erforderliche Vereinbarung ist mit der Kl. nicht getroffen worden. Sie ist auch von den Bekl., die sich lediglich auf die in § 7 Gesellschaftsvertrag der „Miteigentümergeinschaft“ enthaltene Haftungsbeschränkung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen und die entsprechende Bestimmung in § 2 Geschäftsbesorgungsvertrag mit der C-GmbH berufen, nicht behauptet worden. Auch das BerGer. stützt die Wirksamkeit der Haftungsbeschränkung nicht auf eine dahin gehende von der Gesellschaft mit der Kl. getroffene, der Übernahme der Mithaftung und der Bestellung der Grundpfandrechthlichen Sicherung zu Grunde gelegte individualvertragliche Vereinbarung, sondern in Verkennung der von ihm zitierten Senatsentscheidung vom 27. 9. 1999, nach der bloße Erkennbarkeit gerade nicht genügt, allein darauf, dass der Wille der Gesellschafter zur Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen und ihren jeweiligen Beteiligungsbetrag und die entsprechende Regelung in § 2 des Vertrags mit der C-GmbH der Kl. auf Grund ihrer Beteiligung an dieser Gesellschaft erkennbar gewesen sei.

II. Ausnahmen für diese Rechtsprechung

Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht wegen der für den engen Bereich der geschlossenen Immobilienfonds und der auf die Schaffung von Wohnungseigentum gerichteten Bauherrengemeinschaften

in der Form der GbR gebotenen Ausnahmen von den oben genannten Grundsätzen im Ergebnis als richtig.

1. Geschlossene Immobilienfonds

Geschlossene Immobilienfonds sind Kapitalanlagegesellschaften, „deren Geschäftszweck auf die Errichtung, den Erwerb und die Verwaltung einer oder mehrerer Immobilienobjekte mit einem im Voraus feststehenden Investitionsvolumen ausgerichtet ist und die, sobald das Eigenkapital plaziert ist, mit einem festen Kreis von Anlegern geschlossen“ werden (King, Real Estate Investment Trusts, Offene u. geschlossene deutsche Immobilienfonds, 1999, S. 144 m.w. Nachw.). Um das bei einer GbR für den einzelnen Anleger kaum einzuschätzende, ihn möglicherweise wirtschaftlich völlig überfordernde Haftungsrisiko zu begrenzen, enthalten die Gesellschaftsverträge geschlossener Immobilienfonds, wenn sie ihrer Rechtsform nach GbR sind, üblicherweise Haftungsbeschränkungen, nach denen entweder die Haftung für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten der Gesellschaft auf das Fondsvermögen beschränkt ist und die Gesellschafter nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen haften oder die Gesellschafter nur quotale, das heißt mit einem ihrer Gesellschaftsbeteiligung entsprechenden Anteil, haften.

Aus Gründen des insoweit gebotenen Vertrauensschutzes hält der Senat es für angezeigt, Anlegern bereits existierender Immobilienfonds für die von ihnen in der Vergangenheit bereits abgeschlossenen Verträge die Berufung auf eine derartige gesellschaftsvertragliche Haftungsbeschränkung auch weiterhin unter der bis zur Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung zu gestatten, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner der Gesellschaft mindestens erkennbar war (Senat, NJW-RR 1990, 867 = ZIP 1990, 715 [716] m. w. Nachw.).

Für nach diesem Zeitpunkt abgeschlossene Verträge geschlossener Immobilienfonds in der Form der GbR ist angesichts der Eigenart dieser Gesellschaften eine Ausnahme von dem in der Senatsentscheidung vom 27. 9. 1999 ausgesprochenen Grundsatz geboten, dass die gesamtschuldnerische persönliche Haftung der Gesellschafter für aus Rechtsgeschäften herrührende Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur durch eine Individualvereinbarung ausgeschlossen werden kann. Wenn der Gesellschaftsvertrag des Fonds eine Haftungsbeschränkung der oben bezeichneten Art vorsieht, bedarf es keiner Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, um ihr Geltung zu verschaffen. Bei typisierter Betrachtung stellt der Erwerb einer Fondsbeteiligung eine reine Kapitalanlage dar. Die Übernahme der persönlichen Haftung für das gesamte Investitionsvolumen ist weder

dem einzelnen Anleger zumutbar noch kann sie vernünftigerweise vom Rechtsverkehr erwartet werden. Wenn der Gesellschaftsvertrag des Fonds wie üblich eine Haftungsbeschränkung der oben bezeichneten Art vorsieht, bedarf es deshalb keiner Individualvereinbarung mit dem Vertragspartner, um ihr Geltung zu verschaffen. Es genügt vielmehr in der Regel auch die formularmäßige Abbedingung der unbeschränkten gesamtschuldnerischen Haftung, wenn die Haftungsbeschränkung wirksam in den Vertrag einbezogen wird. Ein Verstoß gegen § 307 BGB n. F. (§ 9 AGBG) wird hierin im Allgemeinen nicht liegen. Die Beschränkung der persönlichen Haftung kann, da durch die Eigenart des Immobilienfonds als reine Kapitalanlagegesellschaft gerechtfertigt, im Regelfall nicht als Treu und Glauben widersprechende und unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners angesehen werden.

2. Bauherrengemeinschaft für Wohnungseigentumsanlage

Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten („Bauherrengemeinschaft“), haften für die Herstellungskosten („Aufbauschulden“) auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen (s. dazu grundlegend BGHZ 75, 26 = NJW 1979, 2101 = LM § 3 WohnungseigentumsG Nr. 4). Dies gilt auch dann, wenn eine solche Bauherrengemeinschaft im Verkehr als Außen-GbR auftritt.

III. Keine Übertragung dieser Ausnahmen auf den vorliegenden Fall

Einen derartigen nach den vorstehenden Grundsätzen zu gewährenden Vertrauensschutz können die Bekl. jedoch auf Grund der besonderen Umstände des vorliegenden Falls nicht für sich in Anspruch nehmen. Als Gesellschafter „Miteigentümergeinschaft“ haften sie der Kl. gegenüber als Gesamtschuldner, auch wenn ihre Haftung anderen Gläubigern der Gesellschaft gegenüber wirksam beschränkt wäre. Die Kl. hat gegen die „Miteigentümergein-

schaft“ auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einen vertraglichen Anspruch auf Freistellung von der Verbindlichkeit aus dem Darlehen über 247 000 DM, § 670 BGB. Die Übernahme der Mithaftung für den von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Kredit und dessen Besicherung auf dem privaten Grundstück der Kl. ist nach Sachlage nur mit einem zumindest durch das Einverständnis der Gesellschaft mit der Entgegennahme dieser beträchtlichen Finanzierungshilfe konkludent erteilten Auftrag erklärbar. Die Kl. war zu dieser für den Erfolg des Gesellschaftsprojekts wesentlichen Hilfsleistung nicht verpflichtet. Sie war nicht einmal an der Gesellschaft beteiligt. Auch ihre hälftige Beteiligung an der C-GmbH wiegt nicht so schwer, dass dies die Annahme rechtfertigen könnte, die Kl. habe die Sicherheiten auf Grund eines ins Gewicht fallenden Eigeninteresses einseitig ohne Auftrag und unter Verzicht auf Freistellung durch die Gesellschafter der Miteigentümergeinschaft“ stellen wollen.

Unter den gegebenen Umständen beinhaltete dieser Auftrag deshalb auch ohne eine entsprechende ausdrückliche Abrede die Zusage einer umfassenden, zudem jederzeit herbeizuführenden Freistellung der Kl. Dabei ist es selbstverständlich, dass die Kl. im Gegenzug für ihre aus Gefälligkeit gezeigte Bereitschaft, den Kredit abzusichern, nicht das Risiko eines Scheiterns des Projekts mittragen sollte, ohne dafür eine Vergütung oder Risikoprämie zu erhalten. Die Möglichkeit einer derartigen Freistellung war auch aus damaliger Sicht mit der notwendigen Sicherheit nur zu gewährleisten, wenn der Kl. neben der Gesellschaft auch deren Gesellschafter als Gesamtschuldner hafteten. Deshalb ist davon auszugehen, dass der Auftrag stillschweigend eine entsprechende Vereinbarung umfasste. Hierauf kann sich die Kl. ohne Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben berufen, weil nicht festgestellt ist und nach dem Ergebnis der vom LG durchgeführten Beweisaufnahme auch nicht festgestellt werden kann, dass ihr die eine Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter vorsehenden Regelungen des Gesellschaftsvertrags bekannt waren.

Standort: Erfüllung**Problem: Einreichen eines Schecks**

BGH, URTEIL VOM 07.03.2002
IX ZR 293/00 (NJW 2002, 1788)

Problemdarstellung:

Nachdem der Kl. zur Zahlung von 233.000 DM gegenüber dem Bekl. rechtskräftig verurteilt worden war, schlossen die Parteien einen außergerichtlichen Vergleich, um das weitere Betreiben der Zwangsvollstreckung auszusetzen. Laut diesem Vergleich sollte der Kl. Ratenzahlung vornehmen, dafür der Bekl. den bereits erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss (PfÜB) gegen den Kl. aufheben; sofern der Kl. aber nicht zahlt, sollte die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil fortgesetzt werden dürfen. Jedoch hatte der Bekl. nicht allen Drittschuldnern mitgeteilt, dass er auf seine Rechte aus dem PfÜB verzichte, damit dieser beim Vollstreckungsgericht (Amtsgericht) aufgehoben werden konnte. Streitig ist zwischen den Parteien zudem, ob die Ratenzahlung für den Monat Mai per Scheck ordnungsgemäß erfolgte. Der Kl. behauptet, den Scheck am 05.05 in den Briefkasten des Bekl. geworfen zu haben. Der Bekl. bestreitet dies, worauf der Kl. den Scheck sperren ließ. Nach dem Vortrag des Bekl. ist der Scheck erst am 11.05. im Briefkasten aufgetaucht, konnte aber wegen der Sperrung nicht eingelöst werden. Wegen nicht rechtzeitiger Ratenzahlung hat der Bekl. die Vollstreckung aus dem Urteil fortgesetzt, wogegen sich der Kl. mit dieser Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO wehrt.

Der BGH verneinte einen Schuldnerverzug des Kl. mit seiner Ratenzahlung als Voraussetzung für die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung, unabhängig vom streitigen Zugang des Schecks. Sofern der Scheck tatsächlich schon am 05.05. im Briefkasten des Bekl. gelangt war, habe der Kl. als Schuldner seine Leistungshandlung rechtzeitig bewirkt. Die Tatsache, dass der Scheck wegen der Sperrung nicht gutgeschrieben werden konnte, habe der Bekl. durch sein wahrheitswidriges Leugnen des Zugangs selbst hervorgerufen. Sofern der Scheck erst am 11.05. beim Bekl. zuzug, liegt ebenfalls kein Schuldnerverzug vor, weil der Kl. sowieso gem. § 320 BGB berechtigt war, die Leistung zu verweigern, weil der Bekl. seine Verpflichtungen aus dem Vergleich selbst nicht erfüllt hatte.

Prüfungsrelevanz:

Für die Prüfung des Schuldnerverzuges gem. § 286 BGB n.F. ist Voraussetzung, dass der Schuldner trotz fälliger und durchsetzbarer Verpflichtung nicht leistet. Erfüllt der Schuldner eine Zahlungspflicht mittels Scheck, so ist für die Frage der Rechtzeitigkeit der Leistung nicht auf den Zeitpunkt des Leistungserfol-

ges (Einlösen des Schecks), sondern den der Leistungshandlung abzustellen. Gem. §§ 270 IV, 269 I BGB bleibt der Leistungsort der Wohnsitz des Schuldners, so dass das Ausstellen und Versenden des Schecks an den Gläubiger genügt. Auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf das Konto des Gläubigers durch Scheckeinlösung kommt es insofern nicht an (BGHZ 44, 179 [179]). Der maßgebliche Erfolg tritt allerdings erst ein, wenn der im Scheck ausgewiesene Betrag dem Gläubiger durch Auszahlung oder Gutschrift zugeflossen ist. Eine Scheckhingabe erfolgt nur erfüllungshalber gem. § 364 II BGB, so dass Erfüllung erst mit Einlösung eintritt.

Ist der Schuldner berechtigt, die von ihm geforderte Leistung gem. § 320 BGB zu verweigern, so kann seine Leistungsverweigerung nicht zum Schuldnerverzug gem. § 286 BGB n.F. führen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Schuldner die Einrede (zunächst) erhebt (RGZ 126, 285; BGHZ 104, 11). Der Schuldnerverzug erfordert einen durchsetzbaren Anspruch, der schon durch das Bestehen eines Einrederechtes ausgeschlossen ist. Dieses Einrederecht kann vom Gläubiger nur dadurch ausgehebelt werden, indem er die Gegenleistung in Annahmeverzug begründende Weise anbietet; bloße Leistungsbereitschaft reicht nicht aus (BGHZ 116, 249).

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 1996, 80 und *BGH*, NJW-RR 1989, 802

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"
 Assessorkurs: "Kein Zutritt"

Leitsätze:

- Bestreitet der Gläubiger, dem der Schuldner am letzten Tag der vereinbarten Frist in Höhe des geschuldeten Betrags einen Scheck übersandt hat, wahrheitswidrig dessen Eingang und lässt der Schuldner deshalb den Scheck sperren, darf sich der Gläubiger nicht darauf berufen, der Schuldner habe die Frist versäumt, wenn der Scheck bei unverzüglicher Vorlage eingelöst worden wäre.**
- Nimmt der Schuldner eine Leistungshandlung vor, obwohl er weiß, dass er berechtigt wäre, sie zu verweigern, verzichtet er damit in der Regel nicht auf die Erhebung der Einrede für den Fall, dass der mit der Handlung bezweckte Erfolg nicht eintritt.**
- Hat der Gläubiger auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss verzichtet,**

können die Beteiligten dessen Aufhebung beim Vollstreckungsgericht beantragen.

Sachverhalt:

Der Kl. wurde durch rechtskräftiges Urteil des LG Köln vom 25. 11. 1997 verurteilt, an den Bekl. einen Betrag von mehr als 233 000 DM zuzüglich Zinsen Zug um Zug gegen Rückabtretung von zwei näher bezeichneten Forderungen zu zahlen. Der Bekl. betrieb aus diesem Urteil die Zwangsvollstreckung. Als gegen den Kl. wegen Nichtabgabe der eidesstattlichen Versicherung bereits Haftbefehl erlassen war, schlossen die Parteien am 24. 2. 1999 einen Vergleich. Danach hatte der Kl. zum Ausgleich aller titulierten Forderungen an den Bekl. insgesamt 282 000 DM zu bezahlen. Davon war ein Teilbetrag von 150 000 DM sofort fällig und wurde durch eine Scheckzahlung alsbald beglichen. Die restliche Forderung hatte der Kl. in Raten von 40000 DM bis 5. 5. 1999, 60000 DM bis 30. 12. 1999 und 32000 DM bis 30. 12. 2000 zu zahlen. Weiter wurde vereinbart: „(Der Bekl.) nimmt hiermit den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zurück und veranlasst außerdem, dass der Beschluss des AG, Geschäfts-Nummer 290 M 8316/98, umgehend aufgehoben wird. Mit Abschluss und Erfüllung dieses Vergleichs bestehen keine weiteren Forderungen zwischen den Vertragsschließenden. Wird der Vergleich nicht erfüllt bzw. ein Teilbetrag nicht gezahlt, bleibt das Urteil bestehen“. Durch den in dem Vergleich bezeichneten Beschluss waren Forderungen des Kl. gegen den Notar K, die Bauunternehmung N-GmbH, die W-GmbH und die R gepfändet und dem Bekl. zur Einziehung überwiesen worden. Die W hatte sich nicht geäußert. Die übrigen Drittschuldner hatten erklärt, dem Kl. stehe keine Forderung gegen sie zu. Am 5. 5. 1999 erhielt der Bekl. ein Fax des Kl., wonach dieser am selben Tage einen Verrechnungsscheck über 40000 DM in den Briefkasten des Bekl. geworfen habe. Der Kl. behauptet, diese Nachricht habe den Tatsachen entsprochen. Mit Schreiben vom 6. 5. 1999 teilten die Anwälte des Bekl. dem Gerichtsvollzieher mit, der Schuldner habe die Rate von 40000 DM am 5. 5. 1999 nicht bezahlt, und baten, die Zwangsvollstreckung gegen den Kl. fortzusetzen. Dessen Angabe, einen Scheck in den Briefkasten des Bekl. geworfen zu haben, sei nicht zutreffend. Der Gerichtsvollzieher benachrichtigte davon den Kl., der am 12. 5. 1999 die Sperrung des Schecks veranlasste. Der Scheck, der nach Darstellung des Bekl. erst am 11. 5. 1999 im Briefkasten seiner Lebensgefährtin gelegen hatte, wurde zunächst eingelöst, aber wegen der Sperrung dem Bekl. rückbelastet. Der Bekl., der der R mit Schreiben vom 9. 4. 1999 und den übrigen Drittschuldnern mit Schreiben vom 19. 5. 1999 mitgeteilt hat, die Pfändung sei als aufgehoben anzusehen, betreibt die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil. Der Kl. hat Vollstreckungs-

abwehrklage erhoben und den Betrag von 40000 DM am 27. 7. 1999 gezahlt.

Das LG hat entsprechend dem Anerkenntnis des Bekl. wegen der vom Kl. geleisteten Zahlung die Zwangsvollstreckung teilweise für unzulässig erklärt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Kl. wurde zurückgewiesen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Statthaftigkeit der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO

Durch das rechtskräftig gewordene Urteil des LG Köln vom 25. 11. 1997 waren die Parteien nicht gehindert, eine Vereinbarung zu treffen, die die Befugnis des Bekl., von dem zu seinen Gunsten ergangenen Titel Gebrauch zu machen, aufhob oder einschränkte. Eine solche vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung ist mit dem Vergleich vom 24. 2. 1999 zu Stande gekommen. Der Einwand, die Vollstreckung aus dem Urteil sei infolge dieses Vergleichs nicht zulässig, ist gem. § 767 II ZPO mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen (vgl. BGH, NJW 1991, 2295 [2296] = LM H. 2/1992 § 767 ZPO Nr. 83).

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das BerGer. hat zu den zwischen den Parteien streitigen Tatsachen keine Feststellungen getroffen und die Behauptungen des Kl. als wahr unterstellt. Für den Revisionsrechtszug ist daher zunächst von dessen Vorbringen auszugehen. Auf dieser Grundlage ist das Klagebegehren entgegen der Meinung des BerGer. gerechtfertigt.

I. Auslegung des Vergleichs

Der Kl. hat sich in dem Vergleich verpflichtet, sofort an den Bekl. 150 000 DM zu zahlen und drei weitere Teilbeträge bis zu bestimmten dort festgelegten Terminen zu leisten. Das BerGer. hat den Vergleich in dem Sinne ausgelegt, dass der Bekl. die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil fortsetzen dürfe, wenn der Kl. seine Zahlungsverpflichtungen nicht rechtzeitig erfülle. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden, soweit damit gesagt werden soll, die Vollstreckung sei schon dann zulässig, wenn der Kl. mit einer Ratenzahlung in Verzug gerate. Der Bekl. hat dem Kl. also keine Stundung bis zum 30. 12. 2000 gewährt.

II. Kein Verzug wegen Vereitelung der Erfüllung durch den Bekl.

Das BerGer. geht im Ergebnis zu Recht davon aus, dass der Kl. die bis zum 5. 5. 1999 geschuldete Rate von 40000 DM nicht fristgerecht gezahlt hat. Trotzdem ist der Bekl. nicht berechtigt, die Vollstreckung fortzusetzen, weil er den Leistungserfolg treuwidrig vereitelt hat (§ 162 BGB analog).

1. Zeitpunkt der Erfüllung bei Scheckhingabe

Erfüllt der Schuldner eine Zahlungsverpflichtung mittels Scheck, so ist für die Frage der Rechtzeitigkeit der Leistung nicht auf den Zeitpunkt des Leistungserfolgs, sondern den der Leistungshandlung abzustellen. Gemäß §§ 270 IV, 269 I BGB bleibt Leistungsort der Wohnsitz des Schuldners. Der Kl. hatte somit die ihm obliegende Leistungshandlung mit der Einlegung des Schecks in den Briefkasten des Bekl. am 5. 5. 1999 erbracht; auf den Zeitpunkt der Gutschrift auf dessen Konto kam es nicht an (vgl. BGHZ 44, 178 [179 f.] = NJW 1966, 46 = LM § 36 VVG Nr. 2; BGH, NJW 1998, 1302 = LM H. 11/1998 § 157 [Ge] BGB Nr. 47). Dies gilt allerdings nur dann, wenn die in dem Scheck verkörperte Leistung des Schuldners dem Gläubiger zugeflossen, der darin bezeichnete Betrag ihm also ausbezahlt, gutgeschrieben oder verrechnet ist. Der Bekl. hat den Scheck nur erfüllungshalber erhalten (vgl. § 364 II BGB). Erfüllung konnte erst mit dessen Einlösung eintreten (vgl. BGHZ 131, 66 [74]). Im Streitfall kam es dazu nicht, weil der Kl. den Scheck zwischenzeitlich hatte sperren lassen.

2. Einwand der Schecksperrung als Erfüllungshindernis unzulässig

Der Bekl. darf sich jedoch nach dem Vorbringen des Kl. nicht darauf berufen, dass er den Scheck nicht habe einlösen können und damit auf dem vom Kl. zunächst vorgesehenen Weg keine Erfüllung eingetreten ist. Der Bekl. hat danach den Erhalt des Schecks wahrheitswidrig geleugnet, das Papier auch nicht alsbald zur Einlösung vorgelegt, sondern seinen Rechtsanwalt beauftragt, die Vollstreckung fortzusetzen. Hätte er statt dessen den Scheck seinem Kreditinstitut vorgelegt, wäre der Betrag von 40000 DM alsbald seinem Konto gutgeschrieben worden. Der Kl. seinerseits hätte die vereinbarte Zahlungsfrist gewahrt. Die Rechtsfolge, dass die Übergabe des Schecks nicht zur rechtzeitigen Erfüllung der Zahlungspflicht geführt hat, beruht folglich darauf, dass der Bekl. eine von ihm geschuldete Mitwirkung, die Vorlage des Schecks zum alsbaldigen Erhalt der Zahlung des Kl., treuwidrig unterlassen hat. Der Bekl. darf infolgedessen entsprechend dem Rechtsgedanken des § 162 BGB nicht einwenden, dass die Leistung des Betrags von 40000 DM mittels dieses Schecks nicht erbracht worden ist (vgl. BGHZ 88, 240 [248]; BGH, NJW-RR 1989, 802 [803]; Westermann, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 162 Rdnr. 19).

3. Recht des Kl. zur Schecksperrung

Das Scheitern des Leistungserfolgs kann dem Kl. nicht deshalb zugerechnet werden, weil er den Scheck nach Kenntnis von der Behauptung des Bekl., diesen nicht am 5. 5. erhalten zu haben, alsbald hat sperren lassen. Der Kl. hatte, weil der Bekl. den Eingang des Schecks bestritten und erneut Vollstreckungsauftrag

erteilt hatte, Veranlassung zu befürchten, der Scheck sei in den Besitz eines unbefugten Dritten gelangt. Seine Reaktion wurde ausschließlich durch ein treuwidriges Verhalten des Bekl. ausgelöst und war demzufolge nicht vertragswidrig.

III. Keine Verpflichtung des Kl. zur Wiederholung der Scheckhingabe

Entgegen der Meinung des BerGer. hat der Kl. seine Pflichten aus dem Vergleich vom 24. 2. 1999 auch nicht deshalb verletzt, weil er dem Bekl. keinen neuen Scheck ausgestellt hat. Der Bekl. hatte sowohl die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Urteil fortgesetzt als auch den Scheck vorgelegt und in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, er werde, wenn er die Teilzahlung auf Grund eines neuen Schecks erhalte, diese als vertragsgerecht behandeln und die Vollstreckung einstellen. Vielmehr hat er das ihm mit Schreiben vom 17. 5. 1999 unterbreitete Angebot, 40000 DM zu zahlen, sobald er den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zurückgenommen habe, abgelehnt und in der Folgezeit - auch nach Erhalt des Betrags am 27. 7. 1999 - beständig an der Auffassung festgehalten, er dürfe aus dem Titel vollstrecken, weil der Kl. mit der Hingabe des Schecks seine Verpflichtung aus dem Vergleich nicht erfüllt habe. Da der Bekl. nicht bereit war, bei Erhalt der Rate zu einem vertragstreuen Verhalten zurückzukehren, hat der Kl. durch die Unterlassung, einen neuen Scheck zu übersenden, nicht vertragswidrig gehandelt.

IV. Voraussetzung des Verzuges für die weitere Vollstreckung trotz des Vergleichs

Das BerGer. meint, der Bekl. sei im Vergleich vom 24. 2. 1999 nicht die Verpflichtung eingegangen, keinen Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung mehr zu stellen, solange der Kl. seine Leistungen vertragsgerecht erfülle. Vielmehr habe es dem berechtigten Interesse des Bekl. entsprochen, bei Streitigkeiten über die Rechtzeitigkeit der Zahlungen des Kl. erneut Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einzuleiten. Gegen diese Auffassung wendet sich die Revision mit Erfolg. Nach dem letzten Satz des Vergleichs vom 24. 2. 1999 bleibt das Urteil bestehen, wenn der Vergleich nicht erfüllt bzw. ein Teilbetrag nicht gezahlt wird. Da die Parteien über die Rechtskraft des Urteils nicht verfügen konnten (vgl. BGH, NJW 1991, 2295 [2296]), sollte damit ersichtlich geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen der Bekl. die Vollstreckung aus dem Titel fortsetzen durfte. Dies war nach dem eindeutigen Wortlaut des Vergleichs nur dann der Fall, wenn der Kl. seine Zahlungspflicht nicht in der nach dem Vergleich geschuldeten Weise erfüllte. Sonstige Pflichten hatte der Kl. nicht übernommen. Das BerGer. stellt keine Umstände fest, die auf eine Befugnis des Bekl. zur Vollstreckung über

die in der Urkunde formulierte Regelung hinaus hindeuten. Der Vortrag der Parteien enthält solche Tatsachen nicht. Der Senat kann den Vergleich daher selbst auslegen. Nach dem Wortlaut und dem Zweck der getroffenen Abreden sollte der Kl. vor einer Vollstreckung aus dem Titel geschützt sein, solange er sich vertragskonform verhielt. Folglich darf der Bekl. die Vollstreckung nur bei Verstößen des Kl. gegen die im Vergleich geregelte Zahlungspflicht durchführen. Soweit es um den bis zum 5. 5. 1999 zu leistenden Teilbetrag geht, hat der Kl. seine vertraglichen Pflichten nicht verletzt; denn er hat dem Bekl. die Zahlung gegen Einstellung der Vollstreckung angeboten.

V. Kein Verzug wegen weiterer ausstehender Raten

Vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz wurde ein weiterer Teilbetrag von 60000 DM zum 30. 12. 1999 fällig, den der Kl. bisher nicht beglichen hat. Auch darin liegt kein Vertragsverstoß; denn der Kl. ist gem. § 320 BGB zur Verweigerung der Leistung berechtigt. Der Vergleich vorn 24. 2. 1999 ist als gegenseitiger Vertrag ausgestaltet. Der Bekl. hatte als Gegenleistung für die vom Kl. in vier Raten geschuldeten Zahlungen den Antrag auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zurückzunehmen und die Wirkungen des vom Vollstreckungsgericht erlassenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu beseitigen. Der Anspruch des Kl. darauf, dass der Bekl. entsprechend tätig wurde, war ebenso wie die Forderung des Bekl. auf den ersten Teilbetrag von 150 000 DM sofort fällig. Damit standen die beiderseitigen Verpflichtungen in dem gegenseitigen Verträge kennzeichnenden synallagmatischen Verhältnis zueinander (vgl. zur Rechtsnatur des Vergleichs BGHZ 116, 319 [330] = NJW 1992, 967 = LM H. 7/1992 § 779 BGB Nr. 58; BGH, WM 1974, 369 [370]). Der Bekl. hat nach dem 5. 5. 1999 die Vollstreckung aus dem Urteil vertragswidrig fortgesetzt und zu keiner Zeit angeboten, zu der im Vergleich vom 24. 2. 1999 getroffenen Regelung zurückzukehren, sobald er die vertraglich auf den 5. 5. 1999 festgesetzte Rate erhalte. Der Vertragsverstoß des Bekl. begründet die Einrede aus § 320 BGB, so dass der Kl. auch insoweit zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist, solange der Bekl. die Vollstreckung fortsetzt.

C. Begründetheit der Klage auch bei verspäteter Scheckeingabe des Kl.

Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO); denn die Klage ist selbst dann begründet, wenn das Vorbringen des Bekl. zutrifft.

I. Keine rechtzeitige Erfüllung, aber Einrede gem. § 320 BGB

In diesem Falle hat der Kl. allerdings den Scheck erst am 11. 5. 1999 auf den Weg gebracht und deshalb keine zur fristgerechten Erfüllung des bis 5. 5. 1999

geschuldeten Teilbetrags geeignete Handlung vorgenommen. Dem Kl. stand jedoch zum damaligen Zeitpunkt die Einrede aus § 320 BGB zu, weil der Bekl. seinerseits die in dem Vergleich übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt hatte.

1. Pflicht des Bekl. zur Aufhebung des PfÜB

Der Bekl. hatte zu veranlassen, dass der ergangene Pfändungsbeschluss „umgehend aufgehoben wird“. Die Aufhebung eines Beschlusses, durch den Ansprüche des Schuldners gegen Drittschuldner gepfändet worden sind, sieht das Gesetz nicht ausdrücklich vor. Der Gläubiger kann gem. § 843 ZPO auf die durch Pfändung und Überweisung zur Einziehung erworbenen Rechte verzichten; die Verzichtleistung erfolgt nach dieser Vorschrift durch eine dem Schuldner und dem Drittschuldner zuzustellende Erklärung. Auch ohne Einhaltung der in § 843 S. 2 und 3 ZPO vorgeschriebenen Form, die Beweisschwierigkeiten vermeiden soll, kann der Gläubiger auf die Rechte wirksam verzichten (BGH, NJW 1983, 886 [887] = LM § 135 BGB Nr. 4; NJW 1986, 977 [978] = LM § 398 BGB Nr. 56). Hat der Gläubiger die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgegeben, ist es nach der in der Rechtsprechung und im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung zulässig, beim Vollstreckungsgericht zu beantragen, den ergangenen Beschluss zur Klarstellung aufzuheben (OLG Köln, JurBüro 1995, 387 [388]; Musielak/Becker, ZPO, 2. Aufl., § 843 Rdnr. 3; Zöller/Stöber, ZPO, 22. Aufl., § 843 Rdnr. 3; Stöber, Forderungspfändung, 13. Aufl., Rdnr. 682; a. A. OLG München, BayJMBI 1954, 159). Dieser Auffassung ist zuzustimmen, weil der gerichtliche Ausspruch, dass der ergangene Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aufgehoben wird, der Sicherheit des Rechtsverkehrs dient und ein berechtigtes Interesse der Beteiligten, entsprechende Rechtsklarheit herbeizuführen, anzuerkennen ist.

2. Pflichtverletzung durch den Bekl.

Ob der Bekl. deshalb auf Grund des Vergleichs beim Vollstreckungsorgan einen Aufhebungsantrag zu stellen hatte, braucht indes nicht entschieden zu werden. Jedenfalls hatte er allein damit, dass er es in dem Vergleich übernahm, umgehend die Aufhebung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses zu veranlassen, seine vertraglichen Pflichten noch nicht erfüllt. Vielmehr war er zumindest verpflichtet, den Drittschuldnern, die den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zugestellt erhalten hatten, den Verzicht auf die daraus herrührenden Rechte mitzuteilen. Dies hat das BerGer. selbst im Ergebnis zutreffend so gesehen. Ein solches Verständnis entspricht dem Wortlaut und dem Zweck der vertraglich getroffenen Regelung. Der Vergleich legt dem Bekl. eine Handlungspflicht auf: Er soll die Aufhebung des Beschlusses des AG veranlassen. Da das Gesetz dazu in erster Linie das Ver-

fahren nach § 843 ZPO zur Verfügung stellt, hatte er die Drittschuldner entsprechend zu benachrichtigen. Eine solche Maßnahme war zudem infolge der aus dem Vergleich ersichtlichen berechtigten Interessen des Kl. geboten. Dem Kl. musste daran gelegen sein, die Wirkungen des § 836 II ZPO, wonach der Überweisungsbeschluss zu Gunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig gilt, bis der Drittschuldner von der Aufhebung erfahren hat, alsbald zu beseitigen. Davon abgesehen war der Pfändungsbeschluss geeignet, das Ansehen des Kl. bei den Drittschuldnern zu beeinträchtigen. Die geschäftlichen Beziehungen zu den genannten Personen blieben belastet, bis jene davon in Kenntnis gesetzt worden waren, dass sich die Zwangsvollstreckung erledigt hatte. Der Kl. hat behauptet, die N-GmbH sei im Hinblick auf den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht bereit gewesen, ihm persönlich den Vertriebsauftrag für insgesamt elf Objekte zu übertragen. Der Bekl. hat dies mit Nichtwissen bestritten; jedoch kann dahingestellt bleiben, ob die Darstellung des Kl. zutrifft. Jedenfalls hatte er finanzielle und persönliche Nachteile zu befürchten, falls die Drittschuldner nicht vom Verzicht auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss Kenntnis erhielten. Die Verpflichtung des Bekl. aus dem Vergleich, die Drittschuldner entsprechend zu benachrichtigen, hatte daher nicht bloß formalen Charakter.

3. Pflichtverletzung im Zeitpunkt der Schecksperrung

Zu dem Zeitpunkt, als der Bekl. nach seiner Darstellung den Scheck aus dem Briefkasten der Lebensgefährtin am 11. 5. 1999 erlangte, hatte er die Verpflichtung zur Benachrichtigung der Drittschuldner noch nicht erfüllt. Lediglich gegenüber der R war mit Schreiben vom 9. 4. 1999 die Aufhebung der Pfändung erklärt worden. Die übrigen Drittschuldner wurden erst durch Schreiben vom 19. 5. 1999 informiert, mithin zu einer Zeit, als der Scheck gesperrt und das Konto rückbelastet worden war. Als die Erfüllung durch Scheckzahlung scheiterte, hatte der Bekl. somit eigene, im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende fällige Vertragspflichten nicht erfüllt. Deshalb war der Kl. gem. § 320 BGB berechtigt, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, ohne dass er dies damals ausdrücklich erklären musste (vgl. BGHZ 84, 42 [44]).

II. Kein Verzicht des Kl. auf sein Einrederecht gem. § 320 BGB

Das BerGer. meint indes, der Kl. habe mit der Scheckhingabe auf seine Rechte aus § 320 BGB verzichtet, weil er gewusst habe, dass der Bekl. zum damaligen Zeitpunkt den Drittschuldnern noch nicht den Verzicht auf die Rechte aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss mitgeteilt hatte. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Anforderungen an einen Verzicht

Einen ausdrücklichen Verzicht hat der Kl. nicht erklärt. Beim Verzicht auf Forderungen, der nur im Wege des Erlassvertrags wirksam erfolgen kann, stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung an die Annahme einer konkludent erklärten Vereinbarung strenge Anforderungen. Da ein Verzicht auf Rechte im Allgemeinen nicht zu vermuten ist, muss sich deren Aufgabe aus einem unzweideutigen Verhalten ergeben (BGH, NJW 1994, 379 [380]; NJW-RR 1996, 237). Zwar kann auf die Rechte aus den §§ 273, 320 BGB einseitig verzichtet werden. Die Gründe, die dafür sprechen, nur unter strengen Voraussetzungen einen konkludenten Verzicht zu bejahen, gelten hier jedoch in gleicher Weise; denn auch insoweit trifft es zu, dass der Inhaber seine Rechte ohne einen nach außen deutlich hervortretenden Anlass in der Regel nicht schmälern will.

2. Kein Verzicht durch die Scheckeinreichung

Im Streitfall zeigt das Berufungsurteil keine Umstände auf, die es nahe legen, die Scheckhingabe als Verzicht auf die Einrede aus § 320 BGB zu verstehen. Der Bekl. trägt in dieser Hinsicht ebenfalls keine erheblichen Tatsachen vor. Mit der verspäteten Hingabe des Schecks verfolgte der Kl. den Zweck, den Bekl. zu veranlassen, die Leistung noch als Erfüllung anzunehmen, deshalb am Vergleich festzuhalten und die Vollstreckung einzustellen. Solange dieser Erfolg nicht ausgeschlossen schien, bestand für den Kl., der an dem ihm günstigen Vergleich vom 24. 2. 1999 festhalten wollte, keine Veranlassung, die Einrede aus § 320 BGB auszuüben. Die Hingabe besagt damit nichts darüber, wie sich der Kl. verhalten will, wenn es zu keiner einverständlichen Fortsetzung der im Vergleich getroffenen Regelung kommt. Aus der Zusendung des Schecks konnte der Bekl. nicht entnehmen, der Kl. werde unabhängig vom Eintritt des Leistungserfolgs seine Rechte aus § 320 BGB nicht ausüben. Die Übersendung des Schecks hindert den Kl. daher nicht, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben.

3. Kein Verzicht durch die Schecksperrung

Der Kl. hat die Einrede auch nicht dadurch verloren, dass er den Scheck hat sperren lassen. Unstreitig war der Bekl. nicht bereit, nach Erhalt der Zahlung die Vollstreckungsmaßnahmen aufzuheben und wieder die im Vergleich zu Umfang und Zeitpunkt der Zahlungspflicht des Kl. vereinbarte Regelung zu praktizieren. Er hat das am 17. 5. 1999 unmittelbar nach Verweigerung der Einlösung des Schecks infolge der Schecksperrung vom Kl. unterbreitete Angebot, alsbald nach Aufhebung der Pfändung und Rücknahme des Antrags auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung den Betrag von 40000 DM zu zahlen, abgelehnt. Da der Bekl. folglich in dem gesamten hier maßgeblichen

Zeitraum selbst nicht vertragstreu war, verteidigt sich der Kl. zu Recht mit der Einrede aus § 320 BGB.

III. Kein Recht des Bekl. zur Fortsetzung der Zwangsvollstreckung durch Loslösung vom Vergleich

Der Bekl. kann sich nicht deshalb vom Vertrag lösen, weil er die Zahlung des Teilbetrags von 40000 DM erst am 27. 7. 1999 bekommen hat. Der Kl. hat erst durch die Klageerwiderung, die ihm mit gerichtlicher Verfügung vom 9. 7. 1999 zugeleitet wurde, davon erfahren, dass der Bekl. zwischenzeitlich alle Drittschuldner benachrichtigt hatte. Ob die daraufhin geleistete Zahlung gleichwohl als nicht fristgerecht im Sinne der Vergleichsvereinbarung anzusehen wäre, wenn der Bekl. sich damals vertragsgerecht verhalten hätte, kann dahingestellt bleiben; denn diese Voraussetzungen waren nicht gegeben. Der Bekl. hatte sich bereits zu einem Zeitpunkt, als er selbst die Drittschuldner noch nicht benachrichtigt hatte, von dem Vergleich losgesagt und seitdem nie zu erkennen gegeben, bei nachträglicher Zahlung der Rate vom 5. 5. 1999 den Vergleich wieder für verbindlich erachten zu wollen. Er hatte somit die Einhaltung der die Erfüllung des Vergleichs betreffenden Abreden endgültig verweigert. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts nach Treu und Glauben ausgeschlossen, solange der Zurücktretende selbst nicht vertragstreu ist. Der Einwand eigener Vertragsuntreue („tu quoque“) aus § 242 BGB wird als Anwendungsfall der unzulässigen Rechtsausübung behandelt (vgl. BGH, NJW 1999, 352 = LM H. 4/1999 § 242 [Cd] BGB Nr. 362 = WM

1999, 551 [552]). Der Schlusssatz des Vergleichs, wonach das Urteil „bestehen bleibt“, wenn der Vergleich nicht erfüllt bzw. ein Teilbetrag nicht gezahlt wird, ist in seinen Rechtsfolgen der Ausübung eines vertraglichen Rücktrittsrechts vergleichbar. Nach dem Sinn und Zweck der am 24. 2. 1999 vereinbarten Regelung ist die Zwangsvollstreckung nur berechtigt, sofern der Kl. nicht leistet, obwohl sich der Bekl. vertragstreu verhält.

Aus den gleichen Gründen ist der Bekl. auch nicht berechtigt, deshalb die Vollstreckung fortzusetzen, weil der Kl. den bis zum 30. 12. 1999 zu zahlenden Teilbetrag von 60000 DM bisher nicht geleistet hat.

D. Ergebnis

Die Vollstreckung aus dem Urteil des LG Köln vom 25. 11. 1997 ist daher für unzulässig zu erklären. Da der Kl. jedoch mit seinem Begehren nur deshalb durchdringt, weil er die geschuldete Zahlung derzeit verweigern darf, schließt der in diesem Rechtsstreit erzielte Erfolg eine zukünftige Vollstreckung aus dem genannten Urteil nicht aus, sofern der Bekl. nach Wegfall des Leistungsverweigerungsrechts die restlichen Teilbeträge in Höhe von insgesamt 92000 DM nicht erhält.

Bei der Verteilung der erstinstanzlichen Kosten hat der Senat berücksichtigt, dass § 93 ZPO hinsichtlich des anerkannten Teils des Klagebegehrens Anwendung findet, sich der Streitwert jedoch infolge des Anerkenntnisses nur um rund 40000 DM verringert hat, weil die Zahlungen des Kl. auf Kosten und Zinsen verrechnet wurden.

Standort: Immobilienrecht

Problem: Baubeschränkung als Grunddienstbarkeit

BGH, URTEIL VOM 08.02.2002
V ZR 252/00 (NJW 2002, 1797)

Problemdarstellung:

Die Parteien sind Grundstücksnachbarn in einer abschüssigen Hanglage, wobei die Kl. Eigentümer des höher liegenden Hausgrundstückes sind, während den Bekl. das darunter befindliche Grundstück gehört. Das Grundstück der Bekl. ist mit einer Bebauungsbeschränkung belastet, wonach zugunsten des jeweiligen Eigentümers des höher gelegenen Grundstücks das tiefer gelegene Grundstück nur eineinhalbgeschossig bebaut werden darf. Nachdem die Bekl. das Grundstück erworben und eineinhalbgeschossig ausgebaut hatten, nahmen sie den Kl. die Sicht auf die Landschaft. Daraufhin verklagten die Kl. die Bekl. auf Abtragung des Hausbaus bis zu einer Höhe (konkret 5,50 m), die ihnen die freie Sicht wieder gewährleistet.

Das BerGer. hielt die Klage für erfolgreich, da nach

dem Sinn und Zweck der fraglichen Grunddienstbarkeit müsse die Firsthöhe des eineinhalbgeschossigen Nachbarhauses einen durchgehenden Blick auf die Umgebung gewährleisten. Der BGH hält die Revision gegen dieses Berufungsurteil für begründet. Entgegen der Auffassung des BerGer. verpflichtet eine solche Grunddienstbarkeit die Bekl. als Eigentümer des belasteten Grundstücks nur, auf diesem kein Bauwerk zu errichten, das eine eineinhalbgeschossige Bauweise übersteigt. Es ist nach dem Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht geboten, eine bestimmte Firsthöhe einzuhalten. Der für die Grunddienstbarkeit in Frage kommende Zweck - ungestörter Umgebungsblick - ist nicht mit dem Inhalt der Grunddienstbarkeit gleichzusetzen. Dieser Zweck findet nämlich in der Grundbucheintragung - auch unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden - keinen Ausdruck. Ein von der Eintragung abweichender Inhalt muss aber unbeachtet bleiben, weil sonst der Eintragung als konstitutives Element gem. § 873 BGB die eigenständige Bedeutung entzogen würde.

Prüfungsrelevanz:

Prüfungsrelevanter Punkt in dieser Entscheidung des BGH ist die Auslegung zur Ermittlung von Inhalt bzw. Umfang eines Immobilienrechts. Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen (§ 874 BGB) Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen nur insofern herangezogen werden, als sie nach den gegebenen Umständen für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr.: BGHZ 92, 351 [355]).

Im Übrigen wird der im Sachenrecht maßgebliche Bestimmtheitsgrundsatz deutlich hervor gehoben, weil eine Auslegung der Grunddienstbarkeit nach individuellem, ungetrübtem Blickgewähr für die Landschaft die Konturen des Rechts aufweicht.

Vertiefungshinweise:

Zu Baubeschränkungen als Grunddienstbarkeit: *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1996, 13; *BGH*, NJW 1993, 1384 und *OLG Hamburg*, MDR 1985, 1029

Kursprogramm:

Examenskurs: "Handbibliothek Kunst"

Leitsätze:

1. Eine Baubeschränkung auf „eineinhalbgeschossige“ Bauweise kann Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein.
2. Dem eingetragenen Inhalt einer Grunddienstbarkeit (hier: „eineinhalbgeschossige“ Bauweise) kann nicht auf Grund von Schlussfolgerungen aus der Lage der beteiligten Grundstücke ein veränderter Inhalt (Verbot, den freien Blick auf die Landschaft zu verbauen) beigemessen werden.

Sachverhalt:

Die Kl. begehren von den Bekl. die teilweise Abtragung eines von diesen aufgestockten Gebäudes. Die Parteien sind Nachbarn an der I.-Straße in I. Die Kl. sind Eigentümer des Hausgrundstücks Nr. 16, die Bekl. des darunter befindlichen Hausgrundstücks Nr. 8. Im Grundbuch ist zu Lasten des Grundstücks der Bekl. seit dem 26. 5. 1959 eine Bebauungs- und Bepflanzungsbeschränkung eingetragen. Die Eintragung nimmt auf die im Kaufvertrag vom 27. 7. 1957 von den Voreigentümern erteilte Bewilligung folgenden Wortlauts Bezug: „Die Käufer verpflichten sich hiermit mit Wirkung gegen sich und ihre Rechtsnachfolger im Eigentum der heutigen Vertragsfläche zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers der Restfläche der (damaligen) Fl. Nr. 50 den Bewuchs auf der Vertragsfläche so zu halten und zu gestalten, dass er nicht

höher als 3 m wird und außerdem nur mit Bauwerken zu bebauen, die eineinhalbgeschossig sind“. Die Bekl. erwarben im Jahre 1992 das Grundstück und nahmen einen Umbau vor. Die Kl. sind der Ansicht, die Bekl. hätten das vormals eineinhalbgeschossige Haus zweistöckig ausgebaut und ihnen den freien Blick auf die Landschaft verbaut. Sie haben (in erster Linie) beantragt, die Bekl. zu verurteilen, das Gebäude bis auf eine Gesamthöhe von 5,50 m, gerechnet ab der Fußbodenoberfläche des Erdgeschosses abzutragen.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Im Berufungszug haben die Kl. den erstinstanzlichen Antrag weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, die Bekl. zu verurteilen, das Gebäude so weit abzutragen, dass bei dem niedrigstmöglichen genehmigungsfähigen Dachneigungswinkel - unter größtmöglicher Erhaltung des Ausblicks auf die Alpenkette und des Einblicks in das Isartal vom Erdgeschoss des Gebäudes der Kl. aus - höchstens die Hälfte der Geschossfläche des Dachgeschosses eine lichte Höhe von 2,20 m aufweist. Das OLG hat unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels die Bekl. verurteilt, das Gebäude bis auf eine Höhe von 667,37 m über Normalnull abzutragen. Die Revision der Bekl. und die Anschlussrevision der Kl., die ihre zweitinstanzlichen Anträge weiter verfolgt, hatten Erfolg.

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

Das BerGer. ist der Auffassung, der Begriff der „eineinhalbgeschossigen“ Bauweise sei hinreichend bestimmt.

Der Ausbau des Obergeschosses auf dem Grundstück der Bekl. führe, wie sich aus den Berechnungen des beigezogenen Sachverständigen ergebe, zu einem zweiten Vollgeschoss. Das Gebäude sei auf 667,37 m über Normalnull abzutragen, denn nach dem Sinn und Zweck der Dienstbarkeit müsse die Firsthöhe des eineinhalbgeschossigen Bauwerks noch einen durchgehenden Blick auf die Alpenkette und in das Isartal zulassen. Hierbei sei auf den Blickwinkel einer im Wohnzimmer der Kl. aufrecht stehenden Person weiblichen Geschlechts mit durchschnittlicher Größe abzustellen, deren Augenhöhe das BerGer. mit 1,60 m veranschlagt. Ihm sei, wie das BerGer. sachverständig beraten feststellt, bei der angegebenen Differenz zur Meereshöhe Rechnung getragen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält den Angriffen von Revision und Anschlussrevision nicht stand.

I. Inhalt der Grunddienstbarkeit: Eineinhalbgeschossige Bauweise

Entgegen der Auffassung des BerGer. verpflichtet die

Grunddienstbarkeit die Bekl. als Eigentümer des belasteten Grundstücks lediglich, auf diesem kein Bauwerk zu errichten, das eine eineinhalbgeschossige Bauweise übersteigt. Es ist nach dem Inhalt der Dienstbarkeit nicht geboten, eine bestimmte Firsthöhe des Hauses einzuhalten. Diese richtet sich danach, was die Vorschriften des Bauordnungsrechts für die nach der Dienstbarkeit zulässige Bauweise erlauben. Die Kl. haben eine Bebauung, die sich in diesem Rahmen hält, hinzunehmen, auch wenn ihnen hierdurch der Alpen- und Isarblick eingeschränkt wird. Der in Frage kommende Zweck der Bebauungsbeschränkung („Alpen- und Isarblick“) ist nicht mit dem Inhalt der Grunddienstbarkeit gleichzusetzen.

1. Auslegung der Grunddienstbarkeit als Baubeschränkung

Die im Grundbuch eingetragene Baubeschränkung ist zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit i. S. von §§ 1018, 1019 BGB (vgl. nur Falckenberg, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 1018 Rdnrn. 35 ff. m. w. Nachw.). Zur Ermittlung des Inhalts der Dienstbarkeit ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen (§ 874 BGB) Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr. des Senats, vgl. BGHZ 92, 351 [355] = NJW 1985, 385 = LM § 62 ZPO Nr. 15; Senat, NJW 1992, 2885). Danach hat, wovon das BerGer. zu Recht ausgeht, der von den Bestellern der Dienstbarkeit verwendete Begriff der „eineinhalbgeschossigen“ Bauweise einen objektiv bestimmbar und damit hinreichend bestimmten (zutr. Staudinger/Ring, BGB, 1994, § 1018 Rdnr. 76 m.w. Nachw.) Sinn (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1996, 171; auch Erman-Küchenhoff/Grziwotz, BGB, 10. Aufl., § 1018 Rdnr. 8). Es genügt grundsätzlich, die Bebauung in Höhe und Länge oder durch Beschränkung auf eine konkrete Art und Weise festzulegen (vgl. Falckenberg, in: MünchKomm, Rdnr. 35; Rothe, in: RGRK, BGB, 12. Aufl., § 1018 Rdnr. 25; Staudinger/Ring, § 1018 Rdnr. 51). Das ist durch den Hinweis auf die Geschosshöhe geschehen. Die „Eineinhalbgeschossigkeit“ ist zwar in den bayerischen Baugesetzen und -verordnungen nicht definiert. Allein aus dem Fehlen einer solchen Definition kann aber nicht auf eine inhaltliche Unbestimmtheit geschlossen werden (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1996, 171 [172]). Für einen unbefangenen Betrachter ist aus der Eintragungsbewilligung ohne weiteres deren nächstliegende Bedeutung erkennbar, dass nämlich kein zweigeschossiges Gebäude errichtet werden darf. Dies stimmt mit der vom BerGer. eingeholten amtlichen Aus-

kunft des Landratsamts Bad T.-W. überein, wonach der Ausdruck „eineinhalbgeschossiges Bauwerk“ für Gebäude Eingang gefunden hat, die nicht mehr eingeschossig, aber auch noch nicht zweigeschossig sind, und inzwischen vielfach auch als „E + D-Gebäude“ oder „Kniestockhaus“ bezeichnet werden. Unter Berücksichtigung dieser Vorgabe lässt sich die Baugegestaltung im Übrigen nach den Vorschriften des Bauordnungsrechts festlegen. Dass diese einer inhaltlichen Veränderung zugänglich sind, berührt ihre Eignung, den Inhalt des dinglichen Rechts zu bestimmen, nicht. Die Befugnisse, die die Dienstbarkeit verleiht, oder die Beschränkungen, denen sie den Eigentümer des dienenden Grundstücks unterwirft, sind nicht ein für allemal und unwandelbar festgelegt. Sie können vielmehr einer Anpassung an technische, wirtschaftliche, aber auch rechtliche Entwicklungen unterliegen, solange die Art der Nutzung oder der Eigentumsbeschränkung unverändert bleibt (Senat, NJW 1960, 673; NJW 1992, 1101). In diesem Rahmen bleiben Änderungen der rechtlichen Anforderungen an eine unter zwei Vollgeschossen bleibende Bauweise. Bau-technisch sind ihnen zudem Grenzen gesetzt.

2. Keine Auslegung nach dem mit der Grunddienstbarkeit verfolgten Zweck

Entgegen der Meinung des BerGer. ist der Zweck, den die Besteller seinerzeit mit der Grunddienstbarkeit verbunden haben mochten, nicht geeignet, der Bebaubarkeit des dienenden Grundstücks weitere Schranken zu setzen.

a. Formalismus der Eintragung

Selbst wenn die Beteiligten, was das BerGer. nicht feststellt, den Zweck, den Blick auf Alpen und Isartal freizuhalten, übereinstimmend zum Inhalt der Dienstbarkeit hätten machen wollen (dingliche Einigung), wäre eine Dienstbarkeit dieses Inhalts nicht entstanden. Er findet nämlich in der Grundbucheintragung auch unter Berücksichtigung der zu ihrer Auslegung heranzuziehenden Umstände keinen Ausdruck. Ein von der Eintragung abweichender Wille muss aber unbeachtet bleiben, weil sonst der Eintragung ihre eigenständige Bedeutung als rechtsbegründender Akt (§ 873 BGB) entzogen würde (Senat, NJW 1960, 673 = LM § 242 [D] BGB Nr. 41). Zwar können die Verhältnisse der beteiligten Grundstücke, insbesondere Lage und Verwendungsart des herrschenden Grundstücks, Hinweise für die Auslegung des Eingetragenen geben. Dies wird vor allem der Fall sein, soweit das Eingetragene der Deutung bedarf und die äußeren Umstände dem Text eindeutig und offenkundig zu einem bestimmten Inhalt verhelfen (Senat, NJW 1992, 2885). Nicht zulässig ist es dagegen, dem eingetragenen Inhalt der Dienstbarkeit (hier: Baubeschränkung auf eineinhalbgeschossige Bauweise) auf Grund von Schlussfolgerungen, zu denen die Lage der Grund-

stücke Anlass gab, einen veränderten Inhalt (eineinhalbgeschossige Bauweise, die zusätzlich den Blick auf Alpenkette und Isartal nicht verstellt) zu verschaffen.

b. Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz

Abgesehen davon würde eine Baubeschränkung des Inhalts, den Blick freizuhalten, den Anforderungen an die Bestimmtheit des dinglichen Rechts nicht standhalten. Dies belegen die Versuche des BerGer., den Interessen der Parteien durch die Festlegung von Koordinaten gerecht zu werden, die den der Einsicht vorbehaltenen Landschaftsausschnitt und den Blickwinkel des Betrachters festlegen sollen (Blick aus dem Wohnzimmerfenster, dieser allerdings nicht aus Sitzhöhe, sondern im Stehen; Blickwinkel einer Person mit geschlechtsspezifisch bestimmter Augenhöhe). Sie weichen die Konturen des Rechts auf und weisen ihm einen Inhalt zu, der im Unbestimmten und letztlich Beliebigen zerfließt.

3. Kein Vergleich mit früheren Urteilen des BGH

Zu Unrecht nimmt das BerGer. für seine Meinung die Rechtsprechung des Senats zur Pflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks in Anspruch, eine Baulasterklärung im Interesse der Bebaubarkeit des herrschenden Grundstücks abzugeben (vgl. BGHZ 106, 348 = NJW 1989, 1607 = LM § 1018 BGB Nr. 38; BGH, NJW 1992, 2885). Die Pflicht zur Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung ist ungeeignet, Inhalt des dinglichen Rechts i. S. des § 1018 BGB zu sein. Die Zweckbestimmung der Dienstbarkeit begründet nach der Rechtsprechung des Senats lediglich eine besondere Nebenpflicht in dem zwischen den Eigentümern des herrschenden und dienenden Grundstücks bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis. Für eine Erweiterung des Pflichtenkreises aus diesem Schuldverhältnis besteht im Streitfalle kein Bedürfnis. Die gebotene Rücksichtnahme bei der Ausübung der Dienstbarkeit ist bereits gesetzlich, nämlich in dem vom BerGer. ebenfalls herangezogenen § 1020 BGB, angeordnet. Das BerGer. übersieht indessen, dass der von ihm angestrebte Erfolg, die Freihaltung des Ausblicks, nicht notwendig zu einer Schonung des Inter-

esses der Bekl. als Eigentümer des dienenden Grundstücks führt. Die Bauweise unterhalb zweier Vollgeschosse lässt nach der Bayerischen Bauordnung, wie die amtliche Auskunft des Landratsamts Bad T.-W. bestätigt, unterschiedliche Firsthöhen zu. In dem von dem Landratsamt zeichnerisch dargestellten Beispiel können sie bis ca. 1,70 m differieren. Maßgeblich ist lediglich, dass die in Art. 2 V BayBO 1998 vorgeschriebenen Mindestmaße eines Vollgeschosses nicht erreicht werden. In einem bestimmten Zusammenhang mit dem Blick vom herrschenden Grundstück auf die Landschaft stehen sie nicht.

C. Ergebnis

Danach hat das Berufungsurteil keinen Bestand. Nach § 565 III Nr. 1 ZPO a. F. kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Die Bayerische Bauordnung vom 17. 2. 1901, die bei der Bestellung der Grunddienstbarkeit im Jahre 1957 galt, verwendete zwar den Begriff des Vollgeschosses noch nicht ausdrücklich; gleichwohl waren aber auch seinerzeit bestimmte Höhenangaben vorgegeben, die (auch) aus den lichten Höhen von Aufenthaltsräumen (vgl. heute Art. 45ff. BayBO 1998) folgten (vgl. Rauscher, in: Simon, Bayerische Bauordnung, Stand: Juni 2001, Art. 2 Rdnrn. 1253 f.). Der seit der Bayerischen Bauordnung in der Fassung vom 1.8. 1962 ausdrücklich verwendete Begriff des Vollgeschosses setzt nach der gegenwärtigen Fassung des Gesetzes, Bayerische Bauordnung 1998, voraus, dass das Geschoss, das vollständig über der natürlichen oder festgelegten Gebäudegrundfläche zu liegen hat, über mindestens zwei Drittel seiner Grundfläche eine Höhe von mindestens 2,30 m einhält (Art. 2 V). Das sind die den Bekl. für den Ausbau des Obergeschosses gesetzten Grenzen. Gemäß § 1027 BGB i. V. mit § 1004 BGB können die Kl. die Abtragung des vorhandenen Bauwerks auf die danach mögliche Höhe verlangen. In diesem Rahmen steht es den Bekl., wovon sie jedenfalls teilweise Gebrauch gemacht haben, frei, das Obergeschoss als Dachgeschoss unter Einziehung eines Kniestocks (Aufmauerung der traufseitigen Außenwände im Bereich eines Dachgeschosses) auszubauen.

*Strafrecht***Standort: § 250 II Nr. 1 StGB****Problem: Schreckschusspistole als gefährl. Werkzeug**

BGH, BESCHLUSS VOM 15.05.2002

2 STR 441/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in der nachstehenden Entscheidung mit der Frage zu befassen, ob § 250 II Nr. 1 StGB anwendbar ist, wenn der Täter einer räuberischen Erpressung das Tatopfer mit einer mit Platzpatronen geladenen Schreckschusspistole bedroht. Der Angeklagte war zur Begehung einer räuberischen Erpressung in eine Bank eingedrungen und hatte gedroht, Mitarbeiter bzw. Kunden zu erschießen, falls er kein Geld ausgehändigt bekomme. Da es nach den Feststellungen des Landgerichts nicht zu einer Bedrohung einer Person aus kürzester Entfernung gekommen war, wäre nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH die Anwendbarkeit von § 250 II Nr. 1 StGB zu verneinen gewesen. Denn eine mit Platzpatronen geladene Schreckschusswaffe, bei welcher der Explosionsdruck nach vorne austritt, stellte danach nur dann ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB dar, wenn sie dem Opfer so nahe an den Kopf oder an den Körper gehalten wird, dass beim (bloßen) Abfeuern die Wahrscheinlichkeit erheblicher Verletzungen besteht. Wird eine Schreckschusspistole dagegen - wie im vorliegenden Fall - aus größerer oder nicht näher festgestellter Entfernung zum Tatopfer zur Drohung eingesetzt, so ist sie nach bisheriger Rechtsprechung weder als Waffe noch als gefährliches Werkzeug i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB zu qualifizieren. Der 2. Strafsenat beabsichtigt seine Rechtsprechung dahingehend zu ändern, dass mit Platzpatronen geladene Schreckschusspistolen, bei welchen der Explosionsdruck nach vorne austritt, bereits dann als gefährliche Werkzeuge angesehen werden können, wenn diese innerhalb kürzester Zeit unmittelbar am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht werden können. Da der Senat sich an der beabsichtigten Rechtsprechungsänderung durch entgegenstehende Entscheidungen anderer Strafsenate gehindert sieht und diese auf Anfrage erklärt haben, ihre Rechtsprechung nicht ändern zu wollen, legt der Senat die aus dem Leitsatz ersichtliche Rechtsfrage dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor (vgl. § 132 II GVG).

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungs-

relevanz! Nachdem bereits das OLG Braunschweig dem BGH die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt hat, unter welchen Voraussetzungen von einem "anderen gefährlichen Werkzeug" i.S. des § 244 I Nr. 1 a StGB gesprochen werden könne (s. NJW 2002, 1735 = RA 2002, 349), hat auch der vorliegende Vorlagebeschluss grundsätzliche Bedeutung für die durch das 6. StrRG neu eingefügten Begriffe „Waffe und anderes gefährliches Werkzeug“ (s. insbesondere §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a, 250 II Nr. 1 StGB). Die zu erwartenden Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen dürften jedenfalls für die Praxis zur Klärung der um das Begriffspaar entstandenen Streitfragen beitragen (vgl. zur Übersicht Geppert, Jura 1999, 599; Boettcher/Sander, NSStZ 1999, 292; Streng, GA 2001, 359).

Der vorliegende 2. Strafsenat ist der Ansicht, dass geladene Schreckschusspistolen wegen ihres erheblichen Gefährdungspotentials als gefährliche Werkzeuge anzusehen sind, wenn der Täter sie zur Bedrohung aus einer Entfernung von einigen Metern einsetzt und sich die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs im unmittelbaren Fortgang des konkreten Tatgeschehens in kürzester Zeit realisieren kann. Die der bisherigen Rechtsprechung zugrundeliegende Differenzierung insbesondere zwischen der drohenden Verwendung von Messern und geladenen Schreckschusspistolen überzeugt nicht; sie führt, da sachliche Unterschiede nicht gegeben sind, nach Auffassung des Senats entweder zu einer willkürlichen Besserstellung desjenigen, der zur Drohung eine abstrakt gefährliche Schreckschusspistole einsetzt, oder zur willkürlichen Schlechterstellung des Täters, der beim Raub ein Messer bei sich führt oder mit seinem Einsatz droht.

Der Senat geht grundsätzlich davon aus, dass die Begriffe „Waffe und gefährliches Werkzeug“ in § 250 I Nr. 1 a und § 250 II Nr. 1 StGB einen identischen Begriffsinhalt besitzen. Das erscheint insofern folgerichtig, als Abs. 2 Qualifikationsmerkmale zu Abs. 1 enthält und bei einer unterschiedlichen Auslegung, wie sich teilweise in der Literatur durchgeführt wird die Gefahr besteht, dass Tatmittel zwar unter § 250 II Nr. 1 StGB subsumiert werden können, aber nicht dem Anwendungsbereich von § 250 I Nr. 1 a StGB unterfallen. Dabei stellt der Senat nicht nur klar, dass eine entsprechende Berücksichtigung der zu § 224 I Nr. 2 StGB entwickelten Begriffsbestimmung ausgeschlossen ist, sondern macht auch grundsätzliche Ausführungen zur Bestimmung der Gefährlichkeit des

Werkzeugs. Bekanntlich herrscht darüber, ob diese Bestimmung anhand objektiver Kriterien zu erfolgen oder ob anhand einer „Verwendungsabsicht“ ein subjektives Kriterien zur Definition heranzuziehen ist. Der Senat spricht sich für eine objektive Betrachtung aus und deutet als Kriterien eine „objektive Zweckbestimmung“ bzw. Waffenersatzfunktion an.

Vertiefungshinweise:

Zur Schreckschusspistole als Tatmittel i.S. des § 250 StGB: *BGH*, NStZ 1998, 511; 1999, 102; 2002, 31; NStZ-RR 1999, 173; 2001, 136

Kursprogramm:

Examenskurs: "Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Der Senat legt gem. § 132 II GVG dem Großen Senat für Strafsachen folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vor: Ist § 250 II Nr. 1 StGB anwendbar in Fällen, in denen der Täter einer räuberischen Erpressung das Tatopfer mit einer mit Platzpatronen geladenen Schreckschusspistole bedroht, bei welcher der Explosionsdruck nach vorne austritt, wenn diese innerhalb kürzester Zeit unmittelbar am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht werden kann?

Sachverhalt:

Das LG hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt mit Vorwegvollzug einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren angeordnet.

Nach den Feststellungen betrat der Angeklagte mit einer geladenen Schreckschusspistole eine Bankfiliale, lud die Pistole durch und forderte von den beiden anwesenden Bankmitarbeiterinnen mit den Worten "Geld her, das ist ein Überfall, sofort Geld her, sonst schieße ich" die Herausgabe von Bargeld. Eine der Mitarbeiterinnen befand sich in der gesicherten Kassenbox, die zweite zunächst im Schalterraum; sie flüchtete später ebenfalls in den Kassenraum. Im angrenzenden Besprechungsraum führte der Filialleiter ein Kundengespräch. Der Angeklagte drohte, als ihm nicht sogleich Bargeld ausgehändigt wurde, mehrfach damit, "alle zu erschießen"; hierbei deutete er auf die Tür des Besprechungsraums. Die Mitarbeiterinnen, die die Drohung ernst nahmen, übergaben ihm daraufhin einen Bargeldbetrag in Höhe von 34.840 DM, mit welchem der Angeklagte flüchtete. Da sich nicht feststellen ließ, ob die von dem Angeklagten verwendete Pistole mit Gas- oder Schreckschussmunition geladen war, ist das LG zu seinen Gunsten davon ausgegangen, dass nur Schreckschussmunition verwendet wurde. Eine Bedrohung einer Person mit der

Schreckschusspistole aus kürzester Entfernung hat das LG nicht festgestellt. Es hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung unter Verwendung einer Waffe gem. §§ 253, 255, 250 II Nr. 1 StGB verurteilt; das Vorliegen eines minder schweren Falles i.S. von § 250 III StGB hat es verneint.

Aus den Gründen:

Der Senat will die hiergegen eingelegte Revision des Angeklagten im Schuldspruch sowie im Strafausspruch verwerfen und entgegenstehende eigene Rechtsprechung aufgeben, wonach es sich bei einer beim Raub zur Bedrohung verwendeten geladenen Schreckschusspistole nicht um eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB handelt, wenn der drohende Einsatz nicht unmittelbar am Körper des Tatopfers erfolgt.

I. Zur bisherigen Rechtsprechung

Nach der bisherigen Rechtsprechung auch des Senats (vgl. etwa NStZ 2002, 31, 33) stellt eine mit Platzpatronen geladene Schreckschusswaffe, bei welcher der Explosionsdruck nach vorne austritt, ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB nur dann dar, wenn sie dem Opfer so nahe an den Kopf oder an den Körper gehalten wird, dass beim (bloßen) Abfeuern die Wahrscheinlichkeit erheblicher Verletzungen besteht. Wird eine Schreckschusspistole - wie im vorliegenden Fall - aus größerer oder nicht näher festgestellter Entfernung zum Tatopfer zur Drohung eingesetzt, so ist sie nach bisheriger Rechtsprechung weder als Waffe noch als gefährliches Werkzeug zu qualifizieren, sondern nur als "sonstiges Werkzeug" anzusehen, dessen Verwendung von § 250 II Nr. 1 StGB nicht erfasst ist.

II. Zur beabsichtigten Änderung der Rechtsprechung

An dieser Differenzierung will der Senat nicht festhalten. Er ist vielmehr der Ansicht, dass eine zur Bedrohung des Raubopfers eingesetzte geladene Schreckschusspistole jedenfalls dann als gefährliches Werkzeug i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB anzusehen ist, wenn sie vom Täter innerhalb kürzester Zeit ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar am Körper der bedrohten Person zum Einsatz gebracht werden kann.

1. Entgegenstehende Rechtsprechung anderer Strafsenate

An der beabsichtigten Änderung seiner Rechtsprechung sieht sich der Senat durch die Rechtsprechung des 1. Strafsenats (vgl. Beschluss vom 3. 11. 1998 - 1 StR 529/98; Beschluss vom 14. 4. 1999 - 1 StR 642/98), des 3. Strafsenats (vgl. Beschluss vom 23. 12. 1998 - 3 StR 467/98; Beschluss vom 19. 8. 1998 - 3 StR 333/98 = NStZ-RR 1999, 173) und des 4. Strafsenats (vgl. Beschluss vom 19. 5. 1998 - 4 StR 204/98 = NStZ 1998, 511; Beschluss vom 30. 11. 2000 - 4

StR 493/00 = NStZ-RR 2001, 136; Beschluss vom 26. 11. 1998 - 4 StR 457/98 = NStZ 1999, 102) gehindert. Er hat daher mit Beschluss vom 7. 12. 2001 gem. § 132 III GVG bei den anderen Strafsenaten angefragt, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten werde. Hierauf haben der 1. Strafsenat mit Beschluss vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02 -, der 3. Strafsenat mit Beschluss vom 5. 3. 2002 - 3 ARs 5/02 -, der 4. Strafsenat mit Beschluss vom 21. 2. 2002 - 4 ARs 6/02 - mitgeteilt, es werde an der beabsichtigten Entscheidung entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten. Der 5. Strafsenat hat mit Beschluss vom 19. 2. 2002 - 5 ARs 6/02 - mitgeteilt, Rechtsprechung des 5. Strafsenats stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen, eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung des BGH erscheine jedoch wenig sinnvoll.

2. Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen (§ 132 II GVG)

Der Senat vermag den in den genannten Entscheidungen dargelegten Argumenten für ein Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung nicht beizutreten; er legt die Rechtsfrage daher gem. § 132 II GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor.

II. Schreckschusspistolen als Tatmittel i. S. des § 250 II Nr. 1 StGB

1. „Waffe und anderes gefährliches Werkzeug“

Durch das 6. Strafrechtsreformgesetz ist der Begriff der "Schusswaffe" in § 244 a.F. und § 250 a.F. StGB durch das Begriffspaar "Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug" ersetzt worden. Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte der genannten Normen ist zu schließen, dass Waffen oder gefährliche Werkzeuge i.S. der §§ 244 I Nr. 1 Buchst. a), 250 I Nr. 1 Buchst. a), II Nr. 1 und Nr. 2 StGB nur solche Gegenstände sein können, die objektiv gefährlich, d.h. geeignet sind, erhebliche Verletzungen zu verursachen. Objektiv ungefährliche Tatmittel, insbesondere solche, die nach dem Willen des Täters nur subjektive Zwangswirkung auf das Opfer entfalten sollen, unterfallen danach den Auffangtatbeständen der §§ 244 I Nr. 1 Buchst. b), 250 I Nr. 1 Buchst. b) StGB (vgl. etwa BGHSt 44, 103, 105; BGH NStZ-RR 1999, 173; zur gesetzgeberischen Intention vgl. Bericht des Rechtsausschusses zum 6. Strafrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 13/9064, S. 18).

2. Schreckschusspistole als Waffe

a. Begriff der Waffe

Der Begriff der Waffe - als tatbestandlich herausgehobenes Beispiel gefährlicher Werkzeuge (vgl. BGHSt 44, 103, 105; Geppert, Jura 1999, 599, 600; Küper in Festschrift für Hanack, 1999, S. 569, 572; ders., Strafrecht BT, 4. Aufl. 2000, S. 413;

Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 244 Rdnr. 3; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 244 Rdnr. 3; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 244 Rdnr. 6) - erfasst nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Ansicht in der Literatur solche Gegenstände, die ihrer Art und Bestimmung nach zur Herbeiführung erheblicher Verletzungen geeignet sind, insbesondere also die in § 1 WaffG bezeichneten Waffen im technischen Sinn.

b. Mit Schreckschussmunition geladene Pistole als Waffe

Eine mit Schreckschussmunition geladene Pistole unterfällt diesem Begriff auch dann nicht, wenn beim Abfeuern der Munition der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf austritt (vgl. Eser aaO m.w.Nachw.). Soweit der 3. Strafsenat hiervon abweichend eine an den Körper gehaltene Schreckschusspistole als Waffe bezeichnet hat (Beschlüsse vom 19. 8. 1998 - 3 StR 333/98 - und vom 23. 12. 1998 - 3 StR 467/98), hat er hieran in dem auf die Anfrage des Senats ergangenen Beschluss vom 5. 3. 2002 - 3 ARs 5/02 - nicht festgehalten. Dagegen hat der 1. Strafsenat im Beschluss vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02 - die Ansicht vertreten, eine geladene Schreckschusspistole - die nach Auffassung des 1. Strafsenats grundsätzlich als "sonstiges Werkzeug" i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. b StGB anzusehen ist - werde beim Abfeuern aus kurzer Distanz oder bei einer Drohung, dies zu tun, zu einer "Waffe" (BA S. 7). Diese Ansicht führt zu einer mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren Unterscheidung zwischen "gefährlichen" und "ungefährlichen" Waffen und damit zu weiterer Unklarheit, denn jedenfalls für die Auslegung von § 250 II Nr. 2 StGB steht das vom 1. Strafsenat herangezogene Unterscheidungskriterium der "konkreten Verwendung" nicht zur Verfügung.

3. Schreckschusspistole als anderes gefährliches Werkzeug i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB

a. Begriff des anderen gefährlichen Werkzeugs in § 250 II Nr. 1 StGB

Es kommt daher darauf an, ob die von dem Angeklagten verwendete Schreckschusspistole als "anderes gefährliches Werkzeug" i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. a), 2. Variante, II Nr. 1 StGB anzusehen ist.

aa. Der Wille des Gesetzgebers

Nach dem Willen des Gesetzgebers des 6. Strafrechtsreformgesetzes soll für eine Auslegung des Begriffs auf die zur Auslegung des § 223 a I StGB a.F. (= § 224 I Nr. 2 StGB n.F.) entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden (vgl. Bericht des Rechtsausschusses zum 6. Strafrechtsreformgesetz, BT-Drucks. 13/9064, S. 18), wonach ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 224 I Nr. 2 StGB ein körperlicher Gegen-

stand ist, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 224 Rdnr. 9, § 244 Rdnr. 7 m.w.Nachw.). Auf diese Definition hat der BGH in zu § 250 StGB n.F. ergangenen Entscheidungen verwiesen (vgl. z.B. BGHSt 45, 249, 250; BGH StV 1999, 92; BGH NSTZ 1999, 135; BGH NSTZ 1999, 301; BGHR StGB § 250 I Nr. 1 a Waffe 2). Hierbei handelte es sich freilich jeweils um Fälle, in welchen eine tatsächliche Verwendung des Werkzeugs vorlag, das Merkmal der Gefährlichkeit daher auf Grund der Feststellung einer konkreten Gefährdung oder Verletzung des Opfers beurteilt werden konnte.

bb. Zum Rückgriff auf die zu § 224 I Nr. 2 StGB entwickelte Definition

Während § 224 I Nr. 2 StGB einen "mittels" des gefährlichen Werkzeugs verursachten Verletzungserfolg voraussetzt, enthalten die Vorschriften, die in der Fassung des 6. Strafrechtsreformgesetzes das Merkmal aufführen, jeweils auch tatbestandliche Handlungsvarianten, in welchen es weder auf eine konkret gefährliche Verwendung noch auf eine entsprechende Verwendungsabsicht ankommt (vgl. § 177 III Nr. 1, § 244 I Nr. 1 Buchst. a), § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB); soweit eine Verwendung des Werkzeugs bei der Tat gegenüber dem bloßen Beisichführen mit höherer Strafe bedroht ist (§ 250 II Nr. 1, § 177 IV Nr. 1 StGB), kann diese Verwendung auch in einer nötigen Bedrohung des Tatopfers bestehen. Da das nach § 250 II Nr. 1 StGB als Mittel der Gewaltanwendung oder der Bedrohung eingesetzte gefährliche Werkzeug ein solches ist, dessen bloßes Beisichführen ohne die Absicht der Verwendung in § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB mit Strafe bedroht ist, kann zu seiner Bestimmung nicht, wie in § 224 I Nr. 2 StGB, auf die konkrete Art seiner Verwendung zurückgegriffen werden. In der strafrechtlichen Literatur wird daher die vom Gesetzgeber erwogene (vgl. BTDrucks. 13/9064, S. 18) Abgrenzung des "gefährlichen" vom "sonstigen" Werkzeug i.S. von § 244 I Nr. 1 Buchst. b, § 250 I Nr. 1 Buchst. b) anhand der konkreten Verwendung - soweit ersichtlich einhellig - als verfehlt und systematisch widersprüchlich angesehen (vgl. etwa Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 244 Rdnr. 5; Hoyer in SK-StGB § 244 Rdnr. 10; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 244 Rdnr. 7; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 244 Rdnr. 3; Kindhäuser LPK § 244 Rdnr. 7; Laufhütte/Kuschel in LK 11. Aufl., Nachtrag zu § 250 Rdnr. 6; Küper in Festschrift für Hanack 1999, S. 569, 578 ff.; ders. JZ 1999, 187 ff.; Graul Jura 2000, 204, 205; Jäger JuS 2000, 651, 653; Kargl StraFo 2000, 7, 9; Maatsch GA 2001, 75, 76; Streng GA 2001, 359, 360; jeweils m.w.Nachw.). Auch der 3. Strafsenat hat die Anknüp-

fung an § 224 I Nr. 2 in seiner Stellungnahme zu einer Anfrage des 4. Strafsenats als ungeeignet (NSTZ 1999, 301, 302) und in dem auf die Anfrage des Senats ergangenen Beschluss vom 5. 3. 2002 als dogmatisch verfehlt bezeichnet.

cc. Einheitliche Definition in § 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1 StGB

Nach Ansicht des Senats liegen § 250 I Nr. 1 Buchst. a), II Nr. 1 StGB einheitliche Begriffe der Waffe und des gefährlichen Werkzeugs zugrunde; es kann daher nicht für die Anwendung des § 250 II Nr. 1 StGB ohne weiteres auf die Rechtsprechung zu § 224 I Nr. 2 StGB zurückgegriffen, für die Qualifikation nach § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB aber ein hiervon unabhängiger Begriff verwendet werden. Eine solche einheitliche Auslegung entspricht, soweit ersichtlich, auch dem Willen des Reformgesetzgebers (BTDrucks. 13/9064 S. 18). Die gegenteilige Auffassung des 1. Strafsenats (Beschluss vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02), die sich auf einzelne Stimmen in der Literatur stützen kann (vgl. insbesondere Küper in Festschrift für Hanack 1999, S. 569, 579 ff. m.w. Nachw.), führt zu einer nicht sachgerechten Vermischung objektiv gefährlicher (§ 250 I Nr. 1 Buchst. a), II Nr. 1 StGB) und "sonstiger" Werkzeuge (§ 250 I Nr. 1 Buchst. b) StGB).

Eine Anknüpfung an die Auslegung des § 224 I Nr. 2 StGB scheidet, wenn der Täter ein von ihm mitgeführtes Werkzeug, das keine Waffe im technischen Sinn ist, bei der Tat zur Bedrohung verwendet. In diesem Fall muss zwischen "gefährlichen" und "sonstigen" Werkzeugen unterschieden werden, ohne dass für die Differenzierung auf eine über die Drohung selbst hinausgehende konkrete Art der (verletzungsgeeigneten) Verwendung abgestellt werden kann. In diesem Fall muss es nach Ansicht des Senats auf die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs ankommen, mit dessen Einsatz der Täter droht. Es ist daher nicht - in Anknüpfung an § 224 I Nr. 2 StGB - auf die Erheblichkeit einer mit einem beliebigen Gegenstand (§ 250 I Nr. 1 Buchst. b) StGB) möglicherweise zufügbaren Verletzung abzustellen, welche der Täter (ausdrücklich oder konkludent, ernstlich oder täuschend) androht, sondern auf die abstrakte Gefährlichkeit des von ihm verwendeten Werkzeugs. Es schiene nicht verständlich, die Drohung, das Opfer einer räuberischen Erpressung zu erwürgen oder aus einem hoch gelegenen Fenster zu stürzen, mit einer Mindeststrafe von einem Jahr zu ahnden, die Drohung, es mit Klebeband zu fesseln oder mit einer brennenden Zigarette zu verletzen (vgl. BGH NSTZ 2002, 86 - 4 StR 245/01), dagegen mit einer Mindeststrafe von fünf Jahren.

b. Definition des Senats

Für die Bestimmung der Gefährlichkeit eines zur Dro-

hing verwendeten Werkzeugs i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB ist daher nach Ansicht des Senats nicht an § 224 I Nr. 2 StGB, sondern an den Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB anzuknüpfen (vgl. BGH NJW 1998, 3130; NStZ 1999, 448, 449; Kindhäuser in LPK § 250 Rdnr. 23).

aa. Keine Verwendungsabsicht erforderlich

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. etwa Küper JZ 1999, 187, 192 und in Festschrift für Hanack 1999, 569, 585 ff.; Geppert Jura 1999, 602; Zopfs JR 1999, 1062, 1063; Graul Jura 2000, 204, 205; Hilgendorf ZStW 112 [2000] 811, 813; Erb JR 2001, 207; Rengier BT I, 5. Aufl., § 4 Rdnr. 25 ff.; Wessels/Hillenkamp BT II, Rdnr. 262 a ff.; ähnlich SK-Günther § 250 Rdnr. 8; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 244 Rdnr. 3) kann die Abgrenzung abstrakt gefährlicher, also den Waffen im technischen Sinn gleichstehender Werkzeuge von sonstigen Werkzeugen und Mitteln i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. b StGB nicht nach Maßgabe eines "Verwendungsvorbehalts" oder einer "konkreten Gebrauchsabsicht" erfolgen, also anhand einer Verwendungsabsicht, die nach dem eindeutigen Wortlaut des § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB gerade nicht erforderlich ist. Das gilt namentlich auch im Fall der Verwendung zur Drohung, denn ein ungefährliches Werkzeug wird nicht dadurch objektiv gefährlich, dass der Täter sich vornimmt, das Opfer unter Täuschung über die Verletzungstauglichkeit mit ihm zu bedrohen.

bb. Abgrenzung anhand objektiver Kriterien

Eine Abgrenzung gefährlicher von sonstigen Werkzeugen muss vielmehr nach Auffassung des Senats anhand objektiver Kriterien erfolgen. Eine solche Auslegung wird auch von Teilen der Literatur vorgeschlagen (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 244 Rdnr. 9; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 244 Rdnr. 5; Hoyer in SK StGB § 244 Rdnr. 11, 12; Dencker JR 1999, 33, 36; Schroth NJW 1998, 2861, 2864; Zieschang JuS 1999, 49; Mitsch ZStW 111 [1999] 65, 79; Otto BT 6. Aufl. § 41 Rdnr. 53; Kindhäuser/Wallau StV 2001, 18); hierbei wird überwiegend auf eine "objektive Waffenähnlichkeit", eine "Waffenersatzfunktion" oder eine "objektive Zweckbestimmung" abgestellt; der 3. Strafsenat hat im Beschluss vom 26. 2. 1999 (NStZ 1999, 301, 302) neben der objektiven Beschaffenheit "eine generelle, von der konkreten Tat losgelöste ... Bestimmung des Gegenstandes zur gefährlichen Verwendung" als Abgrenzungskriterium für § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB erwogen.

b. Schreckschusspistolen als gefährliches Werkzeug

Dieser zutreffenden objektiven Bestimmung des gefährlichen Werkzeugs folgt auch die Rechtsprechung

des BGH in Fällen, in denen der Täter mit dem Einsatz eines Messers droht; dieses wird in ständiger Rechtsprechung als abstrakt "gefährliches" Werkzeug angesehen, dessen drohender Einsatz ohne weiteres § 250 II Nr. 1 StGB unterfällt (vgl. etwa BGH NStZ 1999, 136; NStZ-RR 2001, 41; BGHR StGB § 250 II Nr. 1 Verwenden 1; vgl. auch BayObLG NJW 1999, 2535 f.; OLG Hamm NJW 2000, 351 f.). Hiervon löst sich die Behandlung einer zur Drohung verwendeten geladenen Schreckschusspistole, die nach bisheriger Rechtsprechung des BGH nur dann als gefährliches Werkzeug i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB anzusehen ist, wenn sie unmittelbar am Körper des Opfers zum (drohenden) Einsatz gebracht wird.

aa. Zum Gefährdungspotential von Schreckschusspistolen

Eine geladene Schreckschusspistole ist ein waffenähnliches Werkzeug mit hohem Gefährdungspotential. Zwar ist sie nicht im technischen Sinne zur Verletzung von Menschen bestimmt; sie ist aber objektiv geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. In der kriminaltechnischen und rechtsmedizinischen Literatur ist wiederholt auf ihre Gefährlichkeit hingewiesen worden. Art und Umfang möglicher Verletzungen hängen von äußeren Bedingungen und dem Waffentyp ab und sind so um so erheblicher, je näher sich die Waffe am Körper des Opfers befindet. Ein aufgesetzter Schuss mit einer Platzpatrone führt regelmäßig zu Aufplatzungen der Haut, je nach Waffenart auch zu schweren Verwundungen tieferliegenden Gewebes. Beim Ansetzen der Waffe an Kopf, Schläfe, Augen oder Hals kann ein Schuss auch tödliche Wirkung haben (vgl. etwa Apel Gewerbearchiv 1985, 295; Sattler/Wagner, Kriminalistik 1986, 485; Rothschild/Krause ArchKrim 1996, 65; Rothschild NStZ 2000, 406).

bb. Zu den erforderlichen Tatumständen

Bei der Tatbegehung unter drohender Verwendung eines derart verletzungsgeeigneten Gegenstands kann es für die Einordnung als gefährliches Werkzeug ebenso wie beim Einsatz eines Messers nach Auffassung des Senats nicht maßgeblich darauf ankommen, ob sich der Täter in einer räumlichen Entfernung zu dem Opfer befindet, welche die Zufügung einer erheblichen Körperverletzung (gerade) noch nicht gestattet, wenn sich die von dem Werkzeug ausgehende Gefahr innerhalb kürzester Zeit und im unmittelbaren Fortgang des Geschehens tatsächlich realisieren kann, also nicht etwa weitere Vorbereitungshandlungen zur Herbeiführung der Einsatzbereitschaft erfordert. Ein Täter, der eine durchgeladene und schussbereite Schreckschusspistole zunächst nur aus der Entfernung von wenigen Metern auf sein Opfer richtet, um eine echte Waffe vorzutäuschen, kann mit wenigen Schritten und in Sekundenschnelle das Opfer erreichen und

ihm erhebliche Verletzungen zufügen. Um gegebenenfalls die Drohungswirkung zu verstärken, wird eine weitere Annäherung an das Opfer in diesen Fällen regelmäßig näher liegen als etwa die Abgabe eines folgenlosen Schreckschusses aus größerer Entfernung. Es erscheint wenig sachgerecht, die Anwendung des Strafrahmens des § 250 II Nr. 1 StGB hier von der Unterschreitung einer - gegebenenfalls in Zentimetern zu bemessenden - Mindestdistanz abhängig zu machen. Die Rechtsprechung des BGH hat eine ähnliche Differenzierung zu Recht auch nicht bei der Verwendung anderer objektiv gefährlicher Werkzeuge (vgl. etwa BGHR StGB § 250 II Nr. 1 Verwenden 1 [Messer] - BGH NSTZ-RR 1999, 174 [Kampfhund]) vorgenommen. Für den Begriff der (einen Unterfall des gefährlichen Werkzeugs darstellenden) Waffe i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB hat auch die in BGHSt 45, 92, 94 abgedruckte Entscheidung des 4. Strafsenats mit überzeugenden Gründen von einer Berücksichtigung eines konkreten Einsatzes oder einer Einsatzabsicht abgesehen. Soweit der 1. Strafsenat in BGHSt 45, 249, 251 entschieden hat, ein Täter, der eine ungeladene Pistole zur Drohung gegenüber dem Opfer einsetze und das mit scharfer Munition geladene Magazin in seiner Jackentasche bei sich führe, verwende kein objektiv gefährliches Tatmittel i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB, kann diese Abgrenzung hier dahinstehen, denn anders als dort ließ sich im vorliegenden Fall die von der durchgeladenen Schreckschusspistole ausgehende Gefahr innerhalb von Sekundenbruchteilen realisieren. Die Schaffung einer Gefahr, welche sich nach Kenntnis des Täters in der tattypischen Belastungs- und Stresssituation ohne weiteres - etwa bei Bewegungen des Opfers, Hinzukommen weiterer Personen, u.s.w. - in schwerwiegenden Verletzungen realisieren kann, mag anders zu beurteilen sein als die Schaffung eines Verletzungspotentials, welches zu seiner Realisierung weiterer bewusster Entscheidungen des Täters und technischer Vorbereitungen bedarf.

III. Zu den Einwänden der anderen Strafsenate

1. Zur unterschiedlichen Behandlung der Drohung mit Messern und mit Schreckschusspistolen

a. Zum Abstellen auf den Inhalt der Täterdrohung durch die anderen Senate

Soweit der 1., 3., 4. und 5. Strafsenat in ihren Antworten auf die Anfrage des Senats für die unterschiedliche Behandlung von Messern und geladenen Schreckschusspistolen auf den Inhalt der Täterdrohung abstellen, vermischt dies objektive und subjektive Gesichtspunkte sowie die Verwendung von Werkzeugen zur Verletzung und zur Drohung und greift auf die frühere Rechtsprechung zur Verwendung sog. Scheinwaffen zurück; es ist nicht ersichtlich, wie da-

mit dem vom 1. Strafsenat gegen den Anfragebeschluss hervorgehobenen "Erfordernis der objektiven Gefährlichkeit bei solchen Gegenständen, die erst durch die konkrete Art der Verwendung gefährlich sind" (Beschluss vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02), genügt werden soll. Der 3. Strafsenat hat ausgeführt, ein Täter, der mit einer (geladenen) Schreckschusspistole aus größerer Distanz drohe, bringe damit nicht die Drohung zum Ausdruck, er werde sich auf das Opfer zu bewegen und ihm einen aufgesetzten Schuss versetzen; vielmehr drohe er an, aus der Distanz zu schießen, dies sei aber objektiv ungefährlich (BA S. 4; ebenso der 4. Strafsenat - 4 ARs 6/02, BA S. 4 f.; ähnlich 1. Strafsenat - 1 ARs 5/02, BA S. 7; 5. Strafsenat - 5 ARs 6/02, BA S. 3). Dagegen werde bei Bedrohung mit einem Messer aus größerer Distanz die Drohung zum Ausdruck gebracht, sich dem Opfer anzunähern und es aus naher Distanz zu verletzen, das Werkzeug also objektiv gefährlich einzusetzen.

b. Rechtliche Würdigung

Diese Differenzierung wird nach Ansicht des Senats weder der objektiven Gefährlichkeit der genannten Gegenstände noch der subjektiven Bedrohungssituation des Opfers gerecht, auf welche die Strafsenate mittelbar abstellen. Hinsichtlich ihrer abstrakten Gefährlichkeit besteht der behauptete Unterschied zwischen Messern und geladenen Schreckschusspistolen nicht; ein aus einer Entfernung von mehreren Metern vorgehaltenes Messer ist objektiv nur abstrakt, nicht aber konkret gefährlich. Es wird dies auch nicht dadurch, dass der Täter - täuschend oder nicht - androht, er werde es unter Umständen konkret gefährlich verwenden. Es gilt insoweit nichts anderes als für andere vom BGH als "gefährlich" angesehene Werkzeuge (vgl. etwa BGH StV 1999, 91 [Holzknüppel]; NSTZ-RR 1999, 355 [Besenstiel]; NSTZ 1999, 174 [Hund]; NSTZ 2000, 530 [Kraftfahrzeug]; NSTZ 2002, 86 [Zigarette]). Wer dagegen aus einer Entfernung von einigen Metern mit einer geladenen Schreckschusspistole droht, die das Opfer für eine echte Schusswaffe hält, droht mit einem gerade auch aus der Distanz unmittelbar lebensgefährlichen oder tödlichen Einsatz, übt also eine ungleich höhere Bedrohungswirkung aus. Die Ansicht, die hierin zusätzlich liegende Täuschung müsse zu einer Privilegierung des Täters führen, hat eine willkürlich wirkende Ungleichbehandlung zur Folge, für welche sachliche Gründe, nämlich Unterschiede in der vom Gesetz verlangten objektiven Gefährlichkeit der verwendeten Gegenstände, nicht erkennbar sind.

c. Tatsächliche Annahmen

Auch die tatsächlichen Annahmen der Senate überzeugen insoweit nicht: In der Mehrzahl der Fälle wird der Täter, der aus der Entfernung mit einem Messer droht, seine Entschlossenheit, das Opfer gegebenen-

falls zu erstechen, ebenso vortäuschen wie der mit einer Schreckschusspistole drohende Täter seinen Willen, das Opfer zu erschießen. Kommt das Opfer einer Bedrohung mit einer Schreckschusspistole dem Verlangen des Täters nicht ohne weiteres nach, so liegt es aus dessen Sicht fern, zur Verstärkung der Bedrohung aus größerer Distanz einen (Schreck-)Schuss abzugeben; vielmehr liegt es nach aller Erfahrung nahe, dass er, wenn seiner Forderung nicht bei der ersten Drohung Folge geleistet wird, nicht alsbald unverrichteter Dinge fliehen, sondern eine Verstärkung seiner Drohung unternehmen wird, indem er die Pistole unmittelbar am Körper zum (drohenden und ggf. verletzenden) Einsatz bringt. Auch insoweit ist daher der behauptete Unterschied zur Drohung mit einem Messer nicht gegeben. Wird statt dessen in der genannten Weise auf den (mehr oder minder zutreffenden) Erklärungsinhalt der (konkludenten) Drohung abgestellt, so wird die vom Gesetzgeber beabsichtigte Differenzierung anhand der objektiven Gefährlichkeit des Werkzeugs gerade aufgegeben; es wird damit an die Rechtsprechung zum "sonstigen Werkzeug" i.S. von § 250 I Nr. 2 a.F. StGB angeknüpft, diese aber in unklarer Weise mit der Problematik sog. "Scheinwaffen" vermenget.

2. Zum nicht verbotenen Verkauf von Schreckschusspistolen

Die Differenzierung kann entgegen der Ansicht des 5. Strafsenats (BA S. 3) auch nicht darauf gestützt werden, dass der Gesetzgeber bislang keinen Anlass gesehen habe, den Verkauf von Schreckschusspistolen einzuschränken. Auch Messer unterfallen - bis auf Ausnahmen - ebenso wie zahlreiche andere generell gefährliche Gegenstände den Regelungen des Waffengesetzes nicht; das am 10. 5. 2002 vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, BTDrucks. 14/7758; Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BTDrucks. 14/8933) sieht dagegen für Schreckschusswaffen die Einführung eines sog. "kleinen Waffenscheins" vor (vgl. Anlage 1 zu § 1 IV WaffG, Ziff. 2.7; Anlage 2 zu § 2 III WaffG, Abschnitt 2, Unterabschnitt 2, Ziff. 1.3; Unterabschnitt 3, Ziff. 2.1). Die Gesetzeslage spricht daher gerade für eine Einordnung von Schreckschusswaffen unter den Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. a), II Nr. 1 StGB.

3. Zu den praktischen Konsequenzen der Ansicht des Senats

a. Die Ansicht des Senats

Der Senat ist daher der Ansicht, dass jedenfalls eine geladene und schussbereite Schreckschusspistole auch dann ein gefährliches Werkzeug i.S. des § 250 II Nr. 1 StGB ist, wenn der Täter sie zur Bedrohung aus ei-

ner Entfernung von einigen Metern einsetzt, wenn sich die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs im unmittelbaren Fortgang des konkreten Tatgeschehens in kürzester Zeit realisieren kann. Die der bisherigen Rechtsprechung und den Antworten der anderen Strafsenate auf die Anfrage vom 7. 12. 2001 zugrundeliegende Differenzierung insbesondere zwischen der drohenden Verwendung von Messern und geladenen Schreckschusspistolen überzeugt nicht; sie führt, da sachliche Unterschiede nicht gegeben sind, nach Auffassung des Senats entweder zu einer willkürlichen Besserstellung desjenigen, der zur Drohung eine abstrakt gefährliche Schreckschusspistole einsetzt, oder zur willkürlichen Schlechterstellung des Täters, der beim Raub ein Messer bei sich führt oder mit seinem Einsatz droht.

b. Zum Einwand der Beweisschwierigkeiten

Die vom 1., 3., 4. und 5. Strafsenat hervorgehobenen praktischen Schwierigkeiten im Hinblick auf Beweisprobleme sieht der Senat nicht. Die Senate halten das Kriterium eines möglichen Einsatzes binnen kürzester Zeit für nicht sachgerecht, da es für die Tatgerichte zu unter Umständen schwierigen Beweiserhebungen über die örtlichen Gegebenheiten, den Abstand zwischen Täter und Opfer, die Behändigkeit des Täters sowie sonstige Umstände der Möglichkeit eines raschen Einsatzes des Werkzeugs führe. Diese möglichen Schwierigkeiten bestehen aber nach dem von den Senaten vertretenen "Entfernungs-Kriterium" gleichermaßen; die Feststellung, ob der Täter mit einer Schreckschusspistole aus einer Entfernung von 90 cm oder 1 m drohte, sowie die Beweiserhebung über seinen Kenntnisstand zur konkreten Verletzungsgefahr können mindestens ebenso schwierig sein wie die Feststellung, ob die Schreckschusspistole binnen kürzester Zeit hätte zum Einsatz gebracht werden können.

c. Strafzumessungserwägungen

Soweit der 4. Strafsenat ausgeführt hat, die Strafdrohung des § 250 I Nr. 1 Buchst. b) StGB reiche bei Verwendung einer Schreckschusspistole aus, weil die Verwendung zur Drohung im Strafraumen des I strafferhöhend gewertet werden könne, ist dies eine rechtspolitische Bewertung, die das Ergebnis schon voraussetzt. Da der Strafraumen des § 250 I StGB bis zu 15 Jahren reicht, könnte dasselbe Argument auch für Messer, Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge angeführt werden.

4. Zum Einwand des Widerspruchs gegen eine „gefestigte Rechtsprechung“

Übereinstimmend haben die anderen Strafsenate eingewandt, die beabsichtigte Änderung der Rechtsprechung widerspreche einer inzwischen gefestigten Rechtsprechung und biete dieser gegenüber keine

Vorteile. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Von einer gefestigten Rechtsprechung seit der Neufassung des Tatbestands im Jahre 1998 kann nach Ansicht des Senats nicht gesprochen werden. Ausdrückliche Entscheidungen zum Verhältnis des § 250 II Nr. 1 zu dem Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S. von § 250 I Nr. 1 Buchst. a) StGB liegen nicht vor; die Strafsenate haben sich vielmehr in einer Vielzahl von Einzelfallsentscheidungen mit einer - i.S. von § 224 I Nr. 2 StGB - konkret gefährlichen Verwendung einzelner Gegenstände befasst. Dabei ist diese Anknüpfung selbst ungeklärt geblieben (der 3. Strafsenat bezeichnet sie im Beschluss vom 5. 3. 2002 als "dogmatisch verfehlt"; der 4. Strafsenat im Beschluss vom 21. 2. 2002 als "nicht möglich"; der 1. Strafsenat hält den von ihm vertretenen Gefährlichkeitsbegriff dagegen für "kongruent" mit dem des § 224 I Nr. 2 StGB); auch die vom 3. und 1. Strafsenat verwendeten Begriffe der "Waffe" stimmen, wie sich aus den Beschlüssen vom 5. 3. 2002 - 3 ARs 5/02; BA S. 3 - und vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02, BA S. 7 - ergibt, nicht überein. Zutreffend ist allerdings, dass alle Strafsenate des BGH - wenngleich mit im einzelnen unterschiedlichen Begründungen - die Verwendung von Schreckschusswaffen zur Drohung aus größerer Distanz bislang nur als Fall des § 250 I Nr. 1 Buchst. b) StGB angesehen haben. Ob dieser in der kurzen Zeit seit der Neufassung in einzelfallsorientierter Rechtsprechung entstandenen Auffassung - die eine in sich geschlossene Systematik noch nicht formuliert hat, in der strafrechtlichen Literatur überwiegend abgelehnt, jedenfalls aber als unklar angesehen wird (vgl. Streng GA 2001, 359, 364) - das Gewicht einer an Kontinuität und Rechtssicherheit orientierten ständigen Rechtsprechung zukommt, mag bezweifelt werden. Ihr kommt jedenfalls dann geringeres Gewicht

zu, wenn sie zu sachlich nicht gerechtfertigten und ungerechten Ergebnissen führt. Das ist aber nach Auffassung des Senats der Fall: Folgt man der an eine Täuschungsabsicht anknüpfenden Auffassung zur Bestimmung der objektiven Gefährlichkeit eines zur Drohung verwendeten Werkzeugs, so führt das zu einer sachlich nicht erklärbaren unterschiedlichen Behandlung von (generell gefährlichen) Messern und (generell gefährlichen) geladenen Schreckschusswaffen: Die drohende Verwendung eines Messers aus größerer Entfernung in der Absicht, es keinesfalls einzusetzen, führt zur Mindeststrafe von fünf Jahren, die Drohung mit einer geladenen Schreckschusspistole aus 1,5 m Entfernung in der Absicht, sie bei Weigerung des Opfers für einen aufgesetzten Schuss einzusetzen, dagegen zur Mindeststrafe von drei Jahren.

IV. Zu Einwänden der Literatur

Die beabsichtigte Änderung der Rechtsprechung würde nach Ansicht des Senats auch nicht zu der in der Literatur gelegentlich befürchteten Ausuferung des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs und seine Erstreckung auf alle denkbaren Gegenstände des täglichen Gebrauchs führen. Eine solche Gefahr besteht nur dann, wenn der im Gesetzgebungsverfahren vertretenen Ansicht gefolgt wird, die Auslegung des Begriffs müsse sich an der Rechtsprechung zu § 223 a StGB a.F. orientieren. Die vom Senat beabsichtigte einheitliche Auslegung des Begriffs in § 250 StGB (sowie in §§ 177, 244 StGB) würde dagegen zu einer sachgerechten Begrenzung der Qualifikation auf generell gefährliche Gegenstände führen, ohne auf subjektive Vorstellungen des Opfers, mögliche Täuschungsabsichten des Täters sowie auf die im einzelnen schwierigen Differenzierungen zur Problematik der sog. "Scheinwaffen" zurückgreifen zu müssen.

Standort: § 253 StGB

Problem: Entgelt aus betrügerischem Geschäft

BGH, BESCHLUSS VOM 12.03.2002
3 STR 4/02 (NJW 2002, 2117)

Problemdarstellung:

Den Angekl. war zur Last gelegt worden, durch Entführung einer Zeugin die Rückgabe von Geldern erzwungen zu haben, die zuvor zur Durchführung eines Rauschgiftgeschäftes gegeben wurden. Da der Lieferant die Käufer jedoch betrogen hatte - er lieferte statt Haschisch lediglich Schokolade -, verneint der BGH die auch für eine Verurteilung nach § 239 a StGB erforderliche Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung. Dem Käufer von Rauschgift, der durch Betrug zu einer Geldzahlung veranlasst werde, könne ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass auch

derjenige, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts erbringe, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten, einen Vermögensschaden erleide. Der bestehende Schadensersatzanspruch könne der Absicht unrechtmäßiger Bereicherung somit entgegenstehen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft das Standardproblem des Vermögensschadens bei verbotenen und sittenwidrigen Geschäften und damit eine der examensrelevanten Fallgruppen zum Streit um den zutreffenden Vermögensbegriff. Während die Literatur überwiegend eine juristisch-ökonomische Vermittlungslehre vertritt, geht die Rechtsprechung grundsätzlich vom wirtschaftlichen Vermögensbegriff aus, macht aber "ge-

wisse" normative Einschränkungen. Beide Ansichten basieren auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, streiten aber darüber, ob nur solche wirtschaftlich wertvollen Positionen geschützt sind, die unter dem Schutz der Rechtsordnung stehen. Es haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen die Streitfrage bedeutsam wird (vgl. zur Übersicht Küper, BT, 3. Auflage, S, 332; Otto, Jura 1993, 424 ff.; Rengier, BT I, 13/56 ff.) Neben den Fällen des Einsatzes der Arbeitskraft zu sittenwidrigen Zwecken und des Schutzes von nichtigen Ansprüchen sind insbesondere solche Konstellationen relevant, in denen der rechtmäßig erlangte Vermögenswerte zu verbotenen Zwecken hingegeben werden. In der Rechtsprechung ist hierzu anerkannt, dass derjenige einen Vermögensschaden erleidet, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten (vgl. etwa BGH, NStZ 2002, 33 = RA 2002, S. 57; KG, NJW 2001, 86 = RA 2001, 31). Dem stehe auch die Vorschrift des § 817 BGB nicht entgegen, da sie lediglich Ausnahmecharakter habe und nicht auf das Strafrecht übertragbar sei (vgl. KG, NJW 2001, 86). Dem folgt auch ein großer Teil der Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes mit dem Argument, dass eine geldwerte Position grundsätzlich nicht dadurch schutzunwürdig werde, dass sie zur Verfolgung eines verbotenen Zwecks eingesetzt werde. Anderenfalls erhielte der Schädiger einen Freibrief, sich durch Täuschung beliebig zu bereichern. Auf der anderen Seite wird argumentiert, der Staat dürfe nicht die Verletzung von Verträgen strafrechtlich ahnden, wenn diese vor der Rechtsordnung keinen Bestand haben (vgl. zum Meinungsstand Bergmann/Freund, JR 1988, 191 ff.).

Der vorstehende Streit wirkt sich nicht nur auf den Vermögensschaden bei Hingabe des Geldes, sondern auch auf die Unrechtmäßigkeit der angestrebten Bereicherung beim Versuch der Rückerlangung mit Nötigungsmitteln aus.

Vertiefungshinweise:

- Zum Vermögensschaden bei Geldleistungen im Rahmen verbotener Geschäfte: *BGH*, NStZ 2002, 33; *KG*, NJW 2001, 86; *Bergmann/Freund*, JR 1988, 189
- Zur Bereicherungsabsicht bei bestehendem oder vorgestelltem Rückforderungsanspruch: *BGH*, NStZ-RR 1999, 6 m. Anm. *Graul*, JR 1999, 6

Kursprogramm:

- Examenkurs*: "Die Geldeintreiber"

Leitsatz:

Dem Käufer von Rauschgift, der durch Betrug zu einer Geldzahlung veranlasst wird, ohne das vereinbarte Rauschgift zu erhalten, kann gegen den

Verkäufer ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 II BGB i. V. mit § 263 I StGB zustehen. Dieser kann, wenn er mit Nötigungsmitteln durchgesetzt wird, der Absicht unrechtmäßiger Bereicherung entgegenstehen.

Sachverhalt:

Die Angekl. R und Y vermittelten ein Geschäft über die Lieferung von 35 Kilogramm Haschisch durch den gesondert verfolgten A an zwei Käufer, unter anderem an einen nicht näher festgestellten O. Gegen Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises von 87000 DM lieferte A nur vier Kilogramm Haschisch und hinsichtlich der Restmenge von 31 Kilogramm jedoch Schokolade statt Haschisch. O machte R und Y für das fehlgeschlagene Rauschgiftgeschäft verantwortlich und bedrohte sie mit dem Tode, wenn sie nicht innerhalb von 48 Stunden das bezahlte Geld zurückbringen würden. Daraufhin fuhren die Angekl. R und Y, die Angst um ihr Leben hatten, sowie der Angekl. S - ein Freund des Y - mit einem Pkw an den Wohnort des A, um diesen dort aufzuspüren und ihm die entrichtete Geldsumme - notfalls mit Gewalt - wieder abzunehmen. Nachdem es den drei Angekl. nicht gelungen war, A zu stellen, entführten Y und S die Zeugin C - die Freundin des A - aus deren Wohnung, indem sie diese mit einer ungeladenen Schreckschusspistole bedrohten. Die Zeugin C wurde im Fond des Pkw zwischen dem Angekl. R, der die Rolle eines Wächters übernahm, und dem Angekl. Y bzw. später dem Angekl. S plazierte. In der Folgezeit fanden Telefonate über die Rückzahlung des Geldes statt. Bei einem Gespräch mit A hielt der Angekl. S nach Aufforderung durch Y die Pistole aus kurzer Entfernung auf die Zeugin, so dass diese A unter Tränen bat, das Geld sofort herauszugeben. A, der das Leben seiner Freundin als bedroht ansah, lenkte ein. An einem vereinbarten Treffpunkt wurde die Zeugin C freigelassen, nachdem A den Angekl. eine Tüte mit 77000 DM hatte übergeben lassen.

Das LG verurteilte die Angekl. wie folgt: Den Angekl. R wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie Beihilfe zum erpresserischen Menschenraub zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten, den Angekl. S unter Freisprechung im Übrigen wegen erpresserischen Menschenraubs zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten; den Angekl. Y wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sowie erpresserischen Menschenraubs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten. Die Revisionen der Angekl. hatten teilweise Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Verurteilungen wegen unerlaubten Handeltreibens

mit Betäubungsmitteln

Soweit die Angekl. R und Y wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu Einzelstrafen von zwei Jahren und fünf Monaten (R) bzw. drei Jahren (Y) verurteilt worden sind, hat die Nachprüfung des Urteils keinen Rechtsfehler zu ihrem Nachteil ergeben (§ 349 II StPO).

2. Verurteilungen wegen erpresserischen Menschenraubs

Die Verurteilungen wegen erpresserischen Menschenraubs bzw. Beihilfe zum erpresserischen Menschenraub halten jedoch rechtlicher Überprüfung nicht Stand.

a. Die Ansicht des Landgerichts

Nach Ansicht des LG entführten die Angekl. S und Y die Zeugin C, um die Sorge des A um deren Wohl zu einer Erpressung auszunutzen (§ 239 a I, 253 I StGB). Es hat dies damit begründet, dass den Angekl. keine eigenen Ansprüche auf Rückzahlung zugestanden hätten, da sie nicht am Betäubungsmittelgeschäft beteiligt (Angekl. S) bzw. nicht Geldgeber für den Ankauf des Rauschgifts (Angekl. Y) gewesen seien. Ein Irrtum über die Unrechtmäßigkeit der Bereicherung sei auszuschließen.

b. Rechtliche Würdigung durch den Senat

Damit ist die für den Tatbestand der Erpressung erforderliche Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung jedenfalls hinsichtlich der zurückerhaltenen 77000 DM nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Zwar standen den Angekl. keine eigenen Ansprüche zu, aber das Urteil verhält sich weder zum Bestehen eines Rückforderungsanspruchs der betrogenen Rauschgiftkäufer, für die die Angekl. handelten, noch zu den Vorstellungen der Angekl. S und Y darüber. Die Rauschgiftkäufer waren berechtigt, von A den Kaufpreisanteil für die an Stelle von Haschisch gelieferte Menge von 31 kg Schokolade gem. § 823 II BGB i.V. mit § 263 I StGB, dem § 817 BGB wegen seines Ausnahmecharakters nicht entgegensteht (vgl. BGH, NJW 1992, 310; Palandt/Thomas, BGB, 61. Aufl., § 817 Rdnr. 2), zurückzufordern. A hat nach den getroffenen Feststellungen einen vollendeten Betrug begangen. Er täuschte dem Angekl. Y, der die Rauschgiftkäufer vertrat, bei Vertragsschluss die Lieferung von Haschisch vor, obwohl er - wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt - bereits zu diesem Zeitpunkt überwiegend Schokolade liefern wollte; Y übergab ihm in Erwartung der zugesagten Haschischlieferung

87000 DM und traf damit eine Vermögensverfügung. Die Geldgeber, insbesondere T, erlitten einen Vermögensschaden. Für den Tatbestand des Betrugs ist Identität zwischen Getäuschem und Verfügendem, nicht aber zwischen Verfügendem und Geschädigtem erforderlich (vgl. BGHSt 18, 221 [223]). Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch derjenige an seinem Vermögen geschädigt wird, der eine Geldleistung im Rahmen eines verbotenen oder sittenwidrigen Geschäfts erbringt, ohne die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Betrug ist daher auch beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln möglich (vgl. BGH, NSStZ 2002, 33; BGH bei Holtz, MDR 1979, 806). An der Absicht einer unrechtmäßigen Bereicherung würde es im Übrigen auch dann fehlen, wenn sich die Angekl. einen Rückforderungsanspruch lediglich vorgestellt und deshalb in einem den Vorsatz ausschließenden Tatbestandsirrtum über die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung gehandelt hätten (vgl. BGHR StGB § 253 Bereicherungsabsicht 6).

3. Keine Schuldspruchänderung durch den Senat

Zwar haben sich nach den Feststellungen die Angekl. S und Y wegen Geiselnahme gemäß § 239 b 1 StGB, der denselben Strafraumen wie der erpresserische Menschenraub hat, sowie der Angekl. R wegen Beihilfe hierzu strafbar gemacht. Der Senat ist aber gehindert, die Schuldsprüche entsprechend zu ändern, weil sich die Angekl. gegen den Vorwurf der Geiselnahme bisher nicht verteidigen konnten (§ 265 StPO).

4. Segelhinweis

Sollte auch das neue Tatgericht von einer gegenwärtigen Lebensgefahr ausgehen, liegt ein entschuldigender Notstand schon deshalb nicht vor, weil für die Angekl. R und Y. diese Gefahr anders als durch die Entführung und Bedrohung der am Rauschgiftgeschäft nicht beteiligten Zeugin C abwendbar war (§ 35 I 1 StGB). Insbesondere war es ihnen zuzumuten, polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen (vgl. BGHR StGB § 35 1 Gefahr, abwendbare 1). Im Übrigen besteht Anlass zu dem Hinweis, dass ein Gericht entlastende Angaben von Angekl., für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine ausreichenden Beweise gibt, deshalb nicht ohne weiteres seinem Urteil als unwiderlegbar zu Grunde legen muss; es muss sich vielmehr auf Grund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung bilden (vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 6).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Gesetzesvorbehalt bei Subventionen

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 31.10.2001
4 A 2239/99 (NWVBL 2002, 239)

Problemdarstellung:

Das OVG Münster hatte über die Klage eines Mannes zu entscheiden, der eine "Meistergründungsprämie" geltend machte. Deren Bewilligung wurde auf der Grundlage verwaltungsinterner Vergaberichtlinien i.V.m. der Festsetzung einer bestimmten Summe im Haushaltsplan des Landes vorgenommen. Diese Vergaberichtlinien differenzierten hinsichtlich der Antragsfrist nach dem Geschlecht, wobei der Kläger zwar die für Frauen geltende, längere Frist eingehalten hatte, die für Männer geltende, kürzere Frist jedoch verstrichen war. Das OVG verneint - in Übereinstimmung mit dem VG Düsseldorf als Vorinstanz - einen Anspruch des Klägers auf Bewilligung der Prämie. Die Begründungen unterscheiden sich allerdings fundamental:

Das VG Düsseldorf ging davon aus, dass die Vergabe der Meisterprämie nach der "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG dem Gesetzesvorbehalt unterliege. Da eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden sei, habe der Kläger keinerlei Ansprüche. Dass deswegen auch Frauen keine Prämie hätte bewilligt werden dürfen, nütze dem kl. nichts, da es "keine Gleichheit im Unrecht" gebe.

Das OVG Münster verneint demgegenüber einen Gesetzesvorbehalt. Zwar seien wegen der Ungleichbehandlung von Mann und Frau Art. 3 I, II und III GG betroffen; gleichwohl liege keine "wesentliche" Maßnahme vor. Warum dies allerdings so sein soll, wird aus der Entscheidung nicht recht deutlich. An der entscheidenden Stelle heißt es nur: "Obgleich die Entscheidungen über die Vergabe von Fördermitteln regelmäßig Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 GG tangieren, stellen sich allein deshalb noch keine grundlegenden Fragen." Eine weitere Begründung folgt nicht, so dass es sich mehr um eine Behauptung als um ein Argument handelt. Sodann werden Art. 3 II und III 1 GG mit Art. 3 I GG inhaltlich gleichgesetzt. Das OVG kommt aber zu dem Ergebnis, dass wegen des

Vorrangs des Gesetzes die Vergabe gleichwohl nicht gegen Art. 3 GG verstoßen dürfe. Dies sei aber der Fall, wenn ohne Berücksichtigung von Härtefällen nur nach dem Geschlecht unterschieden werde. Dem Kl. stand danach (nur, aber immerhin) ein Anspruch auf Neubescheidung zu.

Prüfungsrelevanz:

Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes lassen sich aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG herleiten:

"Vorbehalt des Gesetzes" bedeutet, dass die Verwaltung nicht *ohne* Gesetz handeln darf, d.h. ihr Handeln durch eine gesetzliche Ermächtigung abgedeckt sein muss. Nach der "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG gilt dies (anders als nach der von einer m.M. in der Lit. vertretenen "Lehre vom Totalvorbehalt") jedoch nur für wesentliche Maßnahmen, worunter insbes. solche zu verstehen sein sollen, die in Grundrechte eingreifen. Dies wird in der Eingriffsverwaltung (Belastungen) stets (zumindest Art. 2 I GG), in der Leistungsverwaltung (Begünstigungen) hingegen nur ganz ausnahmsweise der Fall sein, etwa dann, wenn ein Dritter durch die Leistung belastet wird (Konkurrentenfälle im Subventionsrecht).

Der "Vorrang des Gesetzes" bedeutet hingegen, dass die Verwaltung nicht *gegen* das Gesetz handeln darf, m.a.W. rechtmäßig handeln muss. Der Vorrang des Gesetzes gilt - im Gegensatz zum Vorbehalt - immer, also auch in der Leistungsverwaltung. Es kann folglich sein, dass für eine Leistung zwar keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist, sie aber gleichwohl rechtswidrig ist, weil ein Gesetz entsprechende Leistungen verbietet.

So verhielt es sich nach Ansicht des OVG Münster auch im vorliegenden Fall: Die Meistergründungsprämie wurde als Subvention der Leistungsverwaltung zugeordnet, weshalb der "Vorbehalt des Gesetzes" nicht gilt. Es ist also zulässig, die Prämie *ohne* gesetzliche Grundlage allein nach einer verwaltungsinternen Vergaberichtlinie zu vergeben. Die Vergabe selbst soll aber *gegen* Art. 3 III 1 GG verstoßen haben, da sie bzgl. der Antragsfrist ohne Ausnahme al-

lein nach dem Geschlecht differenzierte.

Die Entscheidung enthält darüber hinaus eine Reihe interessanter Ausführungen zu Art. 3 GG, insbes. zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung entgegen Art. 3 III 1 GG durch die Zielbestimmung des Art. 3 II 2 GG.

Vertiefungshinweise:

Für einen Gesetzesvorbehalt bei der Bewilligung einer Meistergründungsprämie: VG Düsseldorf, RA 1999, 132 = NWVBl. 1999, 66 (Vorinstanz); Oldiges, NVwZ 2001, 280, 286

Zum Verhältnis von Art. 3 III GG zu Art. 3 II 2 GG: BVerfGE 85, 191; 74, 163

Zur Prüfung von Art. 3 GG allgemein: Pieth/Görisch, NWVBl 2001, 282; Michael, JuS 2001, 866

Kursprogramm:

Examenskurs: "Stipendium"

Examenskurs: "Die Feuerwehrrabgabe"

Leitsätze:

1. Für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist auch bei einer auf Neubescheidung gerichteten Verpflichtungsklage grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend [nur Leitsatz].

2. Sollen bei der Gewährung von Zuwendungen zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern bestehende Nachteile beseitigt werden, so bedarf es dafür keiner gesetzlichen Grundlage.

3. Ein Förderungsprogramm, das überwiegend von Männern in Anspruch genommen wird, wirkt Frauen gegenüber nicht mittelbar geschlechtsdiskriminierend, wenn es durch gewichtige objektive Gründe gerechtfertigt ist, die mit der Geschlechtszugehörigkeit nicht im Zusammenhang stehen.

4. Die vom BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 GG entwickelten Grundsätze für eine zulässige Typisierung gelten auch für den Nachteilsausgleich gemäß Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG.

Sachverhalt:

Das Land NRW gewährt Handwerksmeistern und Handwerksmeisterinnen Zuwendungen, um ihnen die Gründung einer selbstständigen Existenz in einem Handwerk möglichst bald nach der Meisterprüfung zu erleichtern und die Entstehung von Arbeitsplätzen im

Mittelstand zu fördern (sog. Meistergründungsprämie). Eine gesetzliche Grundlage besteht hierfür nicht, vielmehr werden die Meistergründungsprämien allein nach einer verwaltungsinternen Vergaberichtlinie aus Haushaltsmitteln gewährt. Voraussetzung für eine Förderung ist nach der maßgeblichen Richtlinie unter anderem, dass die Zuschussempfänger sich innerhalb bestimmter Zeiträume nach Bestehen der Meisterprüfung selbstständig machen. Diese betragen für Handwerksmeisterinnen durchgängig fünf Jahre; für Handwerksmeister galt bis Ende 1997 eine Frist von zwei Jahren, während bei Existenzgründungen ab 1.1.1998 eine solche von drei Jahren festgelegt war.

Der Kläger (Kl.) legte am 20.5. 1992 seine Meisterprüfung als Kraftfahrzeug-Elektriker ab. Im Mai 1996 übernahm er in der V. KG die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters. Mitte August 1996 beantragte er die Gewährung einer Meistergründungsprämie. Dies lehnte die Beklagte durch Bescheid vom 19. 11. 1996 ab, weil der Kläger die Zwei-Jahresfrist überschritten habe. Den Widerspruch wies sie durch Widerspruchsbescheid vom 27. 1. 1997 ebenfalls unter Hinweis auf die Zwei-Jahresfrist zurück und führte ergänzend aus, die Richtlinien ließen insoweit einen Ermessensspielraum nicht zu. Mit seiner Verpflichtungsklage begehrt der Kl. die Bewilligung einer Meistergründungsprämie. Er meint, die Frist könne nicht gelten, da er hierdurch gegenüber Meisterinnen diskriminiert werde. Wenn schon Frauen bevorzugt würden, müsse es zumindest einen Ermessensspielraum für Abweichungen in Härtefällen geben, also etwa für den Fall, dass Männer in gleicher Weise wie sonst üblicherweise die Frau die Erziehung der Kinder übernommen hätten. Somit stehe ihm zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu, den die bekl. Behörde, welche sich durch die Richtlinie für gebunden hielt, nicht erfüllt habe. Die Behörde hingegen meint, durch die längere Frist würde die gesellschaftliche Schlechterstellung der Frauen im Beruf ausgeglichen, da diese oft geringere Verdienstmöglichkeiten hätten. Zudem würde eine Gleichbehandlung bzgl. der Frist i.E. auf eine mittelbare Diskriminierung der Frauen hinauslaufen, da die Prämie ganz überwiegend von Männern in Anspruch genommen werde. Schließlich und vor allem aber sei zu berücksichtigen, dass Frauen im Gegensatz zu Männern wegen ihrer familiären Verpflichtungen (Haushalt, Kinder usw.) zumindest nach der klassischen gesellschaftlichen Rollenverteilung, die immer noch überwiegend praktiziert werde, daran gehindert seien, sich in ähnlich kurzer Zeit wie Männer beruflich selbstständig zu machen.

Hat der Kl. einen Anspruch auf Gewährung einer Meistergründungsprämie bzw. Neubescheidung?

Lösung:

A. Anspruch auf Gewährung der Meistergründungsprämie aus der Förderungsrichtlinie

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Gewährung einer Meistergründungsprämie aus der entsprechenden Förderungsrichtlinie haben. Fraglich ist jedoch, ob die Richtlinie überhaupt eine Anspruchsgrundlage darstellt. Dies wäre jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Vergabe auf gesetzlicher Grundlage erfolgen müsste. Selbst wenn man dies nicht für erforderlich hielte, wäre weiter zu fragen, ob und wann Richtlinien, die zunächst reines Innenrecht der Verwaltung sind, Außenwirkung zum Bürger entfalten können.

I. Gesetzesvorbehalt

Wäre für die Bewilligung der Meistergründungsprämie eine gesetzliche Grundlage erforderlich, könnten Rechtsprechung und Verwaltung diese schon aus Gründen der Gewaltenteilung (Art. 20 II GG) nicht ohne eine solche zusprechen. Die Richtlinie schiefe als (alleinige) Anspruchsgrundlage bereits aus diesem Grunde aus. Fraglich ist also zunächst, ob nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) auch die Vergabe von Subventionen wie einer Meistergründungsprämie einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Das OVG hält dies i.E. nicht für erforderlich:

“Es entspricht herrschender Auffassung, dass die Gewährung von Subventionen grundsätzlich keiner (materiell) gesetzlichen Grundlage bedarf. Der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes, der sich aus Art. 20 Abs. 3 GG herleitet, gilt hier regelmäßig nicht (BVerwGE 90, 112, 126; BVerwG, NJW 1977, 1838; Dreier-Schulze-Fielitz, Grundgesetz, 1996, Art. 20 Rn.98).”

1. “Wesentlichkeitstheorie”

“Allerdings ist der Gesetzgeber verpflichtet, in grundlegenden Fragen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Das sind vor allem solche, die wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte sind. So verhält es sich etwa, wenn die Entscheidungen Maßnahmen betreffen, ohne die der Grundrechtsgebrauch unmöglich ist oder beträchtlich erschwert wird (BVerfG, DVBl. 1989, 869; BVerfGE 49, 89). Dies gilt auch für den Bereich der Subventionsgewährung (BVerwGE 90, 112, 122; vgl. auch Dickersbach, NVwZ 1993, 846, 847).

2. Vergabe der Meistergründungsprämie keine we-

sentliche Maßnahme

“Einer derartigen Entscheidung bedurfte es hier aber nicht. Der Gesetzgeber brauchte sich nicht damit zu befassen, ob bei der Vergabe der Meistergründungsprämien eine nach dem Geschlecht differenzierende Fristenregelung getroffen werden sollte. Denn dabei handelt es sich nicht um eine grundlegende Frage (a.A.: VG Düsseldorf, NWVBl. 1999, 66; vgl. dazu Oldiges, NVwZ 2001, 280, 286; ferner allgemein Schulze-Fielitz, a.a.O., Art. 20 Rn. 106 a.E., Osterloh, in: Sachs, GG, 1999, Art. 3 Rn. 290; Jarass/Piero, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 77 und 81).“

a. Art. 3 I GG

“Es ist allgemein anerkannt, dass die Exekutive bei Ermessensentscheidungen über die Vergabe von Fördermitteln ebenso wie der Gesetzgeber an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden ist. Dieser Vorschrift kommt im Subventionsrecht zentrale Bedeutung zu (BVerwG, NVwZ 1998, 273; ferner Jarass/Piero, a.a.O., Art.3 Rn. 34 f.). Obgleich die Entscheidungen über die Vergabe von Fördermitteln regelmäßig Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 GG tangieren, stellen sich allein deshalb noch keine grundlegenden Fragen. Für diese „Normalfälle“ der Subventionierung ist der Wesentlichkeitsvorbehalt ohne Bedeutung.

b. Art. 3 III 1 GG

Daran ändert sich auch nichts, wenn - wie hier - Fragen im Zusammenhang mit der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu beantworten sind. Denn das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG enthaltene Verbot, niemanden wegen seines Geschlechts zu benachteiligen oder zu bevorzugen, lässt sich im Prinzip bereits aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ableiten, so dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weithin nur klarstellt, was ohnehin schon gilt (BK-Rüfner, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 541 [Stand: Mai 1996]). Danach darf das Geschlecht grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Ausnahmsweise ist dies nur dann zulässig, wenn dies zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich ist (vgl. BVerfGE 97, 35; 92, 91; 85, 191). Die Erwägungen, die die Behörden insoweit anzustellen haben, unterscheiden sich qualitativ nicht von dem, was im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG zu bedenken ist.”

c. Art. 3 II 2 GG

“Schon vor der mit Wirkung vom 15. 11. 1994 erfolg-

ten Einfügung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG in das Grundgesetz war außerdem anerkannt, dass Art. 3 Abs. 2 (Satz 1) GG auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse zielt und dazu berechtigt und in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip möglicherweise auch dazu verpflichtet, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen (BVerfGE 74, 163; 59, 231).

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG, der bestimmt, dass der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern fördert und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirkt, enthält deshalb nur eine ausdrückliche Klarstellung, macht aber einen Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip entbehrlich (Osterloh, a.a.O., Art. 3 Rn. 262 und 263). Gleichzeitig stellt Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG einen Rechtfertigungsgrund für solche Diskriminierungen dar, die sich für andere Personen aus Förderungsmaßnahmen und Nachteilsausgleichen ergeben (vgl. BVerfG, a.a.O.; ferner Jarass/Pieroth, a.a.O., Art. 3 Rn. 76 f.). Die Anforderungen, die bei der typisierenden Nachteilsprüfung an die Verwaltung gestellt werden, sind auch hier prinzipiell keine anderen als im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG. Hier wie dort sind Sachverhalte zu ermitteln und vergleichend einander gegenüber zu stellen. Das Ergebnis der Prüfung determiniert im Falle des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG den Umfang des Nachteilsausgleichs, ohne dass insoweit grundlegende Fragen zu beantworten sind."

d. Art. 12 GG

"Bei alledem kommt hinzu, dass die nach der Geschlechtszugehörigkeit differenzierende Frist den Männern die Wahrnehmung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht unmöglich macht und sie auch nicht beträchtlich erschwert. Denn der Weg in die Selbstständigkeit lässt sich letztlich auch ohne staatliche Förderung beschreiten. Anders als in einem vom BVerwG entschiedenen Fall (BVerwGE 90, 112) können hier grundsätzlich auch Männer in den Genuss der Förderung gelangen und sind deshalb am Subventionsverhältnis beteiligt. Die Frage, ob eine gesetzliche Grundlage für die nach der Geschlechtszugehörigkeit differenzierende Mittelvergabe vorhanden ist, stellt sich deshalb nicht mehr."

Damit handelt es sich nicht um eine wesentliche Maßnahme, so dass der Vorbehalt des Gesetzes einem Anspruch des Kl. nicht entgegen steht.

II. Außenwirkung

Fraglich aber bleibt, ob der Kl. als Bürger sich auf die

lediglich verwaltungsintern wirkende Richtlinie i.V.m. dem Haushaltsplan berufen kann. Das OVG verneint dies:

"Bei den von der Beklagten vergebenen Mitteln handelt es sich um Zuwendungen, auf die kein Rechtsanspruch besteht. Die Bereitstellung von Mitteln im Haushaltsplan stellt lediglich eine (formelle) Legitimationsgrundlage für Ausgabenleistungen der Exekutive dar (vgl. § 3 Abs. 2 LHO). Die Förderrichtlinien geben als solche zur Stützung eines Förderanspruchs nichts her. Es handelt sich nicht um Rechtsnormen, sondern um (verwaltungsinterne) Verwaltungsvorschriften. Die Zuwendungen werden vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen vergeben."

Mithin besteht kein Anspruch des Kl. aus den Förderungsrichtlinien i.V.m. dem Haushaltsplan.

B. Anspruch auf Neubescheidung

Der Kl. könnte aber zumindest einen Anspruch auf Neubescheidung haben. Wird die Meistergründungsprämie nach pflichtgemäßem Ermessen vergeben (s.o.), so ist fraglich, ob die Behörde dieses ermessensfehlerfrei (§ 114 S. 1 VwGO) ausgeübt hat. Wäre dies nicht der Fall, müsste sie den Kl. erneut bescheiden, da sein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung dann fortbestünde.

I. Gebundene Entscheidung der Behörde

Die Behörde hielt sich bei ihrer Entscheidung für gebunden. Die Formulierung im Widerspruchsbescheid vom 27. 1. 1997, wonach die Richtlinien hinsichtlich der Zweijahresfrist keinen Ermessensspielraum zuließen, macht deutlich, dass die Bekl. sich insoweit streng an die Richtlinie hält, Ausnahmen wegen Mehrfachbelastungen für sie also nicht in Betracht kommen. Gebraucht sie ihr Ermessen nicht, liegt darin ein Ermessensfehler, sofern nicht tatsächlich das Ermessen auf "null" reduziert ist.

II. Ermessensspielraum

Fraglich ist also, ob trotz der strengen Formulierung der Richtlinie ein Ermessensspielraum bestand. Dies wäre dann der Fall, wenn die streng an der Richtlinie haftende, keine Ausnahmen zulassende Verwaltungspraxis gegen geltendes Recht verstieße ("Vorrang des Gesetzes, Art. 20 III GG). Als solches kommt hier wiederum der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 III 1 GG in Betracht. Das OVG führt hierzu aus:

"Wenngleich der Beklagten im Subventionsrecht ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt ist, ist ihr Ermessen aber dennoch insoweit begrenzt, als die von ihr getroffenen Entscheidungen nicht gegen höherran-

giges Recht verstoßen dürfen. Auch im Bereich der gewährenden Verwaltung sind die Behörden an das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG und dessen spezielle Ausprägungen in Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG gebunden.”

1. Verstoß gegen Art. 3 III 1 GG

“Die Verwaltungspraxis der Beklagten verstößt aber ihrerseits gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 GG. Danach darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden.”

a. Ungleichbehandlung

“Das ist hier aber der Fall, weil Männern allein auf Grund ihrer Geschlechtszugehörigkeit kürzere Fristen gesetzt werden, während Frauen allein auf Grund ihrer Geschlechtszugehörigkeit ein längerer Zeitraum zur Verfügung steht.”

b. Sachliche Rechtfertigung

aa. Durch objektiv-biologische Unterschiede

“Dass diese Ungleichbehandlung im Sinne der erwähnten Rechtsprechung des BVerfG zur Lösung von Problemen zwingend erforderlich ist, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, ist nicht erkennbar und wird von der Beklagten auch nicht geltend gemacht.”

bb. Durch Art. 3 II 2 GG

“Die Ungleichbehandlung ist auch nicht durch Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gerechtfertigt. Nach dieser Vorschrift fördert der Staat die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Der Gesetzgeber ist danach berechtigt, faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, durch begünstigende Regelungen auszugleichen (vgl. BVerfGE 92, 91). Entsprechendes gilt für Ermessensentscheidungen der Exekutive.”

(1). Nachteile für Frauen

Fraglich ist also zunächst, ob für Frauen im Bereich der Gründung von Meisterbetrieben tatsächlich Nachteile bestehen. Die Bekl. hat als solche die geringeren Verdienstmöglichkeiten von Frauen im Beruf, eine mittelbare Diskriminierung bei gleicher Frist wegen der vermehrten Inanspruchnahme der Prämie durch Männer sowie die gesellschaftliche Rollenverteilung, nach der die Frauen häufig Haushalt zu führen und Kinder zu betreuen haben, angeführt.

(2). Vorteilsausgleich durch längere Frist

Die in der Richtlinie und der Vergabepaxis der Bekl. bestehende längere Anspruchsfrist für Frauen müsste aber auch geeignet sein, gerade diese Nachteile für Frauen - unterstellt, dass sie tatsächlich bestehen - zu beseitigen, um über Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt zu sein.

(a). Schlechterstellung im Beruf

Nach Ansicht des OVG reichen die allgemeinen Ausführungen der Bekl. zur Schlechterstellung der Frauen im Beruf nicht aus. Vielmehr hätte es eines konkreten Nachweises einer solchen für das Handwerk bedurft:

“Welche konkreten faktischen Nachteile für Frauen damit ausgeglichen werden sollen, ist aber nicht erkennbar. [...] Dass vollzeitbeschäftigte weibliche Angestellte und selbstständige Frauen durchschnittlich deutlich weniger verdienen als vollzeitbeschäftigte männliche Angestellte und Selbstständige, mag zutreffen. Entscheidend ist aber allein, wie sich die Situation im Handwerksbereich darstellt. Es ist nicht erkennbar, dass die Beklagte insoweit entsprechende Ermittlungen durchgeführt und deren Ergebnis ihrer Ermessensentscheidung zu Grunde gelegt hat.”

(b). Mittelbare Diskriminierung

Das Gericht erkennt auch keine mittelbare Diskriminierung von Frauen für den Fall, dass den Anträgen von Frauen und Männern eine gleich lange Frist zugrunde gelegt wird:

“Als nicht tragfähig erweist sich auch die Erwägung der Beklagten, eine nicht nach dem Geschlecht differenzierende Förderpraxis würde die Frauen benachteiligen. Meistergründungsprämien würden ganz überwiegend von Männern in Anspruch genommen, so dass Frauen insoweit mittelbar diskriminiert würden.”

(aa). Geschlechtsneutrale Regelung kann diskriminierend sein

“Im Anschluss an die Rechtsprechung des BAG (BAGE 83,327; 80, 173), die ihrerseits auf die Spruchpraxis des EuGH zu Art. 119 Abs. 1 EGV a.F. zurückgeht, hat das BVerfG klargestellt, dass eine nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbotene Anknüpfung an das Geschlecht auch dann vorliegen kann, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zurückzuführen ist [faktische Benachteiligung] (BVerfGE 97, 35). Welche Voraussetzungen dafür im Einzelnen erfüllt sein müssen, hat das BVerfG bisher nicht entschieden.”

(bb). Voraussetzungen

“Der Senat vertritt im Anschluss an die erwähnte Rechtsprechung des BAG die Ansicht, dass eine Regelung, die zwar unterschiedslos auf Männer und Frauen anzuwenden ist, deren nachteilige Folgen aber erheblich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts treffen, nur dann geschlechtsdiskriminierend ist, wenn sie nicht durch gewichtige objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit der Geschlechtszugehörigkeit zu tun haben.”

(cc). Subsumtion

“Daran gemessen würde sich die Förderpraxis ohne die nach Geschlechtern differenzierende Fristenregelung nicht als mittelbar diskriminierend erweisen. Es mag zutreffen, dass überwiegend Männer die Fördermittel in Anspruch nehmen; in jedem Falle ist die Praxis aber im vorgenannten Sinne gerechtfertigt. Die Gewährung von Meistergründungsprämien soll, wie sich aus der der Förderpraxis zu Grunde liegenden Richtlinie ergibt, nicht gleichsam als Selbstzweck Existenzgründungen im Handwerk erleichtern. Die Förderung verfolgt vielmehr das weitergehende Ziel, zusätzliche Arbeitsplätze zu schaffen bzw. im Falle von Betriebsübernahmen vorhandene Arbeitsplätze zu sichern. Gründe der Arbeitsplatzschaffung und Arbeitsplatzsicherung rechtfertigen aber die Gewährung von Meistergründungsprämien selbst dann, wenn überwiegend Männer in ihren Genuss kommen. Eine mittelbare Diskriminierung von Frauen, die einen Nachteilsausgleich rechtfertigen könnte, liegt deshalb nicht vor.”

(c). Gesellschaftliche Schlechterstellung

“Nachvollziehbar ist allerdings die Erwägung, dass Frauen wegen Schwangerschaften und Mehrfachbelastungen durch Haushalt, Kinderbetreuung und Beruf Nachteile entstehen können. Ob dies im Bereich des Handwerks vor Absolvierung der Meisterprüfung tatsächlich der Fall ist und die von der Beklagten insoweit angestellten Ermittlungen ausreichen, ist aber durchaus zweifelhaft. Denn nach Mitteilung der Beklagten legen Männer wie Frauen die Meisterprüfung um das 30. Lebensjahr ab. Denkbar ist allerdings, dass viele Frauen erst nach Bestehen der Meisterprüfung eine Familie gründen und die beschriebenen Nachteile erst dann eintreten.”

(aa). Pauschale Differenzierung

“Hierauf kommt es letztlich aber nicht an. Denn die Förderpraxis der Beklagten erstreckt den Nachteilsausgleich nicht nur auf tatsächlich von Schwanger-

schaft, Kinderbetreuung usw. betroffene Frauen, sondern pauschal auf alle Frauen. Umgekehrt gelangen Männer auch dann nicht in den Genuss einer Fristverlängerung, wenn sie Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernehmen und daneben noch einen Beruf ausüben. Die Verwaltungspraxis der Beklagten verfährt insoweit typisierend und pauschalierend, als sie davon ausgeht, dass allen Frauen und nur Frauen die beschriebenen Nachteile entstehen. Das ist zu beanstanden.”

(bb). Voraussetzung für pauschale Differenzierung

“Das BVerfG hat mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass auch bei der Gewährung von Nachteilsausgleichen eine typisierende Betrachtungsweise möglich ist [“faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen”] (BVerfGE 92, 91). An welche Voraussetzungen eine Typisierung im Rahmen des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG im Einzelnen geknüpft ist, hat es noch nicht entschieden. Nach Auffassung des Senats können hier keine anderen Maßstäbe angelegt werden als bei Art. 3 Abs. 1 GG. Dort ist anerkannt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt ist, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne allein wegen der damit verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Vorausgehen muss dem aber eine möglichst weite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung (vgl. BVerfG, NJW 2001, 2786; NJW 2000, 572). Allerdings sind auch der Typisierung Grenzen gesetzt. Hinzunehmen ist sie nur, wenn die durch sie eintretenden Härten oder Ungerechtigkeiten nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist. Wesentlich für die Zulässigkeit einer typisierenden Regelung ist ebenfalls, dass eine durch sie entstehende Ungerechtigkeit nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wäre; dafür sind auch die praktischen Erfordernisse der Verwaltung von Gewicht (BVerfGE 63, 119; ähnlich BVerfGE 100, 59).“

(cc). Subsumtion

“Diesen Anforderungen genügt die Förderpraxis der Beklagten nicht. Es fehlen hinreichende Sachverhaltsermittlungen dazu, bei wie vielen Männern und Frauen im Handwerksbereich die befürchteten Nachteile überhaupt vorliegen können. Von diesem Ergebnis hängt es ab, ob die durch die Förderpraxis entstehenden Ungerechtigkeiten (Bevorzugung tatsächlich nicht benachteiligter Frauen und Benachteiligung tatsächlich benachteiligter Männer) nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen treffen. Immerhin ist

es nicht von der Hand zu weisen, dass die heute allgemein zu beobachtende Entwicklung eines Rückgangs von Eheschließungen und Geburten sich auch im Bereich der im Handwerk Tätigen vollzogen hat. Der Umstand, dass sowohl Frauen als auch Männer etwa im 30. Lebensjahr die Meisterprüfung ablegen, könnte darauf hindeuten. Außerdem ist nicht ersichtlich, dass Ungerechtigkeiten - unter Berücksichtigung praktischer Verwaltungserfordernisse - nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sind. Es war und ist ohne weiteres möglich, von Handwerksmeistern und Handwerksmeisterinnen, die in den Genuss einer Fristverlängerung kommen sollen, zumindest Heiratsurkunden sowie Geburtsurkunden ihrer Kinder anzufordern. Wesentlicher zusätzlicher Aufwand ist damit nicht

verbunden, zumal die Beklagte ohnehin jeden Antrag einer individuellen Prüfung unterzieht."

C. Ergebnis

Mithin ist eine pauschale, ausnahmslos nach dem Geschlecht differenzierende Unterscheidung bei der Frist auch nicht mit Blick auf Art. 3 II 2 GG gerechtfertigt und verstößt somit gegen Art. 3 III 1 GG. Die entsprechende Verwaltungspraxis ist daher rechtswidrig. Indem die Bekl. ihr Ermessen nicht gebraucht hat, handelte sie ermessensfehlerhaft i.S.d. § 114 S. 1 VwGO. Der Kl. hat somit einen Anspruch darauf, dass die Bekl. ihn unter Prüfung der Frage, ob in seinem Fall besondere Umstände eine Abweichung von der kürzeren Frist rechtfertigen, neu bescheidet.

Standort: Allg. Teil des BGB

Problem: Anfechtung durch falsus procurator

BGH, URTEIL VOM 22.02.2002
VZR 113/01 (NJW 2002, 1867)

Problemdarstellung:

Durch notariellen Kaufvertrag verkaufte die Kl. an den Sohn des Bekl. ein Grundstück, wobei im Termin vor dem Notar der Bekl. als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftrat. Nachdem der Sohn die erforderliche Genehmigung nach § 177 BGB verweigerte, nahm die Kl. den Bekl. als vollmachtlosen Vertreter gem. § 179 I BGB in Anspruch. Der Bekl. erklärte die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung gem. §§ 142 I, 123 I BGB, da die Kl. ihn über eine Ölkontamination auf dem Grundstück nicht hingewiesen habe.

Der BGH musste in diesem Fall zwei Fragen klären, zum einen das Bestehen eines Anfechtungsgrundes und zum anderen die Person des Anfechtungsberechtigten. Zur ersten Frage stellt der BGH fest, dass die Kl. eine entsprechende Aufklärungspflicht über die - wenn auch nur für möglich gehaltene - Ölkontamination des Bodens hatte. Den Verkäufer eines Grundstücks trifft die Offenbarungspflicht bezüglich aller Umstände, die für die Entschließung des Käufers von entscheidender Bedeutung sind und daher ihre Offenlegung gem. § 242 BGB geboten ist. Der Verkäufer täuscht arglistig durch Unterlassen, wenn er diesen Umstand verschweigt, obwohl er ihn kennt oder für möglich hält (BGH, NJW 2001, 64).

Zur zweiten Frage erklärt der BGH mit Zuspruch durch die Literatur, dass das damit begründete Anfechtungsrecht selbstständig dem in Anspruch ge-

nommenen Vertreter ohne Vertretungsmacht in Abwehr seiner Haftung gem. § 179 BGB zusteht.

Prüfungsrelevanz:

Gem. § 179 I BGB haftet der Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) dem Vertragspartner nach dessen Wahl auf Erfüllung oder auf Schadensersatz, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrages gem. § 177 BGB verweigert. Es handelt sich um eine schuldunabhängige Garantiehaftung wegen enttäuschem Vertrauen (BGHZ 39, 51). Die Wahl der Erfüllung macht den Vertreter aber nicht zum Vertragspartner, gibt ihm aber dessen tatsächliche Stellung. Er hat keinen eigenen Erfüllungsanspruch, kann aber die Einrede gem. § 320 BGB und die Rechte aus §§ 280 ff., 323 ff. BGB n.F. sowie Gewährleistungsrechte gelten machen. Der Schadensersatzanspruch umfasst das Erfüllungsinteresse und ist direkt auf Geldersatz, nicht Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) gerichtet. Die Ansprüche aus § 179 BGB verjähren in der Frist, die für den Erfüllungsanspruch aus dem nicht zustande gekommenen Vertrag sich ergibt. Konkurrierende Schadensersatzansprüche aus Delikt oder vorvertraglichem Verhalten (§§ 311 II, III, 280 I 1 BGB n.F.) konkurrieren mit dem Anspruch aus § 179 BGB.

Vertiefungshinweis:

☐ Vgl. zur Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht: *OLG Saarbrücken*, NJW-RR 2001, 453; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1995, 113

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Verkalkuliert"
- Examenskurs: "Hausverwaltung"

Leitsatz:

Das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung steht einem in Anspruch genommenen Vertreter ohne Vertretungsmacht in Abwehr einer Haftung nach § 179 BGB selbstständig zu.

Sachverhalt:

Die Kl. schloss am 29. 1. 1997 mit dem Sohn des Bekl. einen notariellen Vorvertrag über den Verkauf eines ihr gehörenden Grundstücks in O. Im Notartermin trat für sie die Ehefrau ihres Geschäftsführers, die Rechtsanwältin W, als Vertreterin ohne Vertretungsmacht und für seinen Sohn der Bekl. auf. Streitig ist, welche Erklärungen er dabei abgab. Der Sohn des Bekl. hat den Vertrag nicht genehmigt; die Kl. hat ihn erst im Berufungsrechtszug genehmigt. Mit der Klage nimmt die Kl. den Bekl. als vollmachtlosen Vertreter auf Schadensersatz nebst Zinsen seit 15. 4. 1997 und die Feststellung in Anspruch, ihr allen weiteren Schaden zu ersetzen. Der Bekl. hat behauptet, sein vollmachtloses Handeln offen gelegt zu haben. Außerdem hat er den Vertrag angefochten mit der Behauptung, die Kl. habe ihm eine ihr bekannte Ölverschmutzung des Grundstücks verschwiegen.

Erfolgt das Schadensersatzverlangen der Kl. zu Recht?

Lösung

Die Kl. könnte gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 179 I BGB haben.

A. Voraussetzungen

Für einen Anspruch gem. § 179 I BGB ist das Auftreten des Bekl. als Vertreter ohne Vertretungsmacht (falsus procurator) erforderlich, das der Vertretene nicht genehmigt und wodurch der Kl. ein Schaden widerfährt.

I. Abgabe einer eigenen Willenserklärung zum Vertragsabschluss

In Abgrenzung zur Botenschaft müsste der Bekl. eine eigene Willenserklärung abgegeben haben, nicht lediglich eine fremde Willenserklärung seines Sohnes übermittelt haben. Im Notartermin zwecks Abschluss des Vorvertrages für den Grundstücks-

kauf ist der Bekl. selbstständig aufgetreten und hat selbst verhandelt bzw. eigene Willenserklärungen abgegeben.

[Anm.: Zur analogen Anwendung von §§ 177 ff. BGB auf den Boten, der ohne Auftrag handelt oder bewusst eine andere als die auftragene Willenserklärung abgibt, vgl. OLG Oldenburg, NJW 1978, 951; Palandt/Heinrichs, § 179 BGB, Rz. 2.]

II. Im fremden Namen (Offenkundigkeitsprinzip)

Zur Wahrung des Offenkundigkeitsprinzips gem. § 164 I 1 BGB müsste der Bekl. seine Willenserklärung zum Abschluss des notariellen Vorvertrages im Namen seines Sohnes abgegeben haben. Der Bekl. trat für seinen Sohn auf, so dass auch die notwendige Offenkundigkeit gewahrt ist.

III. Ohne Vertretungsmacht

Des weiteren müsste der Bekl. bei diesem Vorvertragsabschluss ohne Vertretungsmacht, d.h. ohne die Rechtsmacht für seinen Sohn handeln zu können, aufgetreten sein. Die Vertretungsmacht kann sich durch Rechtsgeschäft ergeben (Vollmacht gem. § 167 BGB) oder kraft Gesetzes (z.B. § 1629 BGB). Sein Sohn hatte dem Bekl. keine Vollmacht erteilt; auch für eine gesetzliche Vertretungsmacht, z.B. als Vater eines minderjährigen Kindes, als Betreuer, bestehen keine Anhaltspunkte. Folglich fehlt es an einer Vertretungsmacht zugunsten des Bekl.

IV. Keine Genehmigung durch den Vertretenen gem. § 177 I BGB

Schließlich dürfte der Vertretene das Handeln seines Stellvertreters ohne Vertretungsmacht nicht gemäß § 177 I BGB nachträglich genehmigt haben. Durch sein nachträgliches Einverständnis kann der Vertretene das bis dato schwebend unwirksame Rechtsgeschäft ex tunc heilen und an sich ziehen. In diesem Fall hat aber der vertretene Sohn des Bekl. ausdrücklich die Genehmigung verweigert. Die Verweigerung der Genehmigung gemäß § 177 I BGB führt zur endgültigen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

V. Adäquat kausal verursachter Schaden

Infolge der verweigerten Genehmigung zugunsten den falsus procurators müsste der Kl. ein ersatzfähiger Schaden adäquat kausal entstanden sein. Gem. § 252 S. 1 BGB gehört zum ersatzfähigen Schaden auch der entgangene Gewinn. Als Folge des gescheiterten Vorvertrages für einen Grundstücksverkauf ist der Kl. der Kaufpreis entgangen, den sie bei Ab-

schluss des Hauptvertrages hätte erzielen können. Zwar verbleibt ihr anstelle dessen das Eigentum an dem fraglichen Grundstück, aber der in dem Kaufpreis liegende Gewinn bleibt unersetzt. Darin liegt der Schaden.

VI. Ergebnis

Demzufolge liegen die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gemäß § 179 I BGB vor.

B. Kein Ausschluss

Jedoch dürfte dieser Anspruch zwecks Geltendmachung nicht ausgeschlossen sein. Neben den Haftungsbeschränkungen bzw. -ausschlüssen gem. den Absätzen 2 und 3 von § 179 BGB kommt in diesem Fall möglicherweise eine Anfechtung des Bekl. in Betracht.

I. Anfechtungsgrund gem. § 123 I BGB

Voraussetzung für eine erfolgreiche Anfechtung ist zunächst ein entsprechender Anfechtungsgrund. Als Anfechtungsgrund kommt in diesem Fall eine arglistige Täuschung durch die Kl. gem. § 123 I BGB in Frage.

1. Täuschungshandlung

Die Täuschungshandlung muss sich auf Tatsachen beziehen, also auf objektiv nachprüfbare Umstände (Palandt/Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 3). In diesem Fall stellt die Ölkontamination des zu verkaufenden Grundstücks die vorgespiegelte bzw. entstellte Tatsache dar.

Die Täuschungshandlung kann auch durch Verschweigen erfolgen. Das Verschweigen von Tatsachen stellt aber nur dann eine Täuschung i.S.d. § 123 I BGB dar, wenn hinsichtlich der verschwiegenen Tatsache eine Aufklärungspflicht besteht. Die Rechtsgrundlage für diese Aufklärungspflicht ist § 242 BGB (§ 241 BGB n.F.). Entscheidend ist, ob der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise eine Aufklärung erwarten durfte (BGH NJW 1989, 764; BGH NJW-RR 1991, 440; Palandt/Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 5).

a. Ansicht des BerGer.

Das BerGer. hat zu dieser Frage ausgeführt:

“Ebenso wenig habe die Kl. arglistig eine Ölkontamination des Grundstücks verschwiegen. Sie habe sich auf die Ansicht eines Sachverständigen verlassen dürfen, die Verschmutzungen beschränkten sich auf einen geringen Bereich und seien leicht und fol-

genlos zu beseitigen. Sie habe zudem davon ausgehen dürfen, den Bekl. als Nachbarn nicht über eine etwaige frühere Nutzung des Grundstücks als Tankstelle unterrichten zu müssen.”

b. Ansicht des BGH

Der BGH hingegen hat eine Aufklärungspflicht mit folgender Argumentation bejaht:

“Entgegen der Auffassung des BerGer. hatte die Kl. eine Aufklärungspflicht in Bezug auf die - zumindest für möglich gehaltene - Ölkontamination des Bodens, wie die Revision zu Recht rügt. Den Verkäufer eines Grundstücks trifft nämlich eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die für die Entschließung des Käufers von entscheidender Bedeutung sind und deren Mitteilung er nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (st. Rspr. des Senats, vgl. nur NJW 2001, 64). Die Kontaminierung eines Grundstücks mit Öl stellt einen solchen offenbarungspflichtigen Umstand dar; der Verkäufer handelt arglistig, wenn er diesen Umstand verschweigt, obwohl er ihn kennt oder zumindest für möglich hält (vgl. Senat, NJW 2001, 64). Die Kl. ist nach ihrem eigenen, durch vorgelegte Urkunden untermauerten, Tatsachenvortrag durch Schreiben des Magistrats der Stadt O. (Umweltamt) vom 24. 10. 1996 über die „größenmäßig nicht unerhebliche Verunreinigung des Bodens“ auf dem in Rede stehenden Grundstück informiert gewesen. Sie beauftragte deshalb mit Schreiben vom 12. 11. 1996 - den Vorgaben des Umweltamts folgend - das Ingenieurbüro D mit der „Durchführung der erforderlichen Arbeiten und Erstellung eines Gutachtens“. Das Gutachten wurde am 21. 2. 1997, also erst nach Abschluss des Vorvertrags, fertiggestellt. Zu dieser Zeit befand sich das verunreinigte Erdreich noch auf dem Grundstück, wie das Gutachten ausdrücklich feststellt. Unter diesen Umständen hätte die Kl. die ihr bekannte und in ihrem Umfang zum Zeitpunkt des Vertragschlusses noch nicht definitiv geklärte Verunreinigung mit Öl nicht verschweigen dürfen. Das gilt umso mehr, als die Kl. ausweislich des Gutachtens nicht nur am 3. 12. 1996 sondern nochmals am 3. 2. 1997 den Gutachterauftrag unter anderem auf den Abbruch und die Zwischenlagerung des verölten Pflasters auf dem Grundstück sowie den Aushub und die Zwischenlagerung des verölten Bodens erweiterte. Sie sah also selbst Klärungs- und Handlungsbedarf.

Die Ansicht des BerGer., die Kl. habe schon auf Grund der Nachbarschaft des Bekl. annehmen dürfen, diesen nicht über eine etwaige frühere Nutzung des Grundstücks zum Betrieb einer Tankstelle unter-

richten zu müssen, ist rechtsfehlerhaft. Denn es geht nicht um die frühere Nutzung des Grundstücks, sondern um dessen Mangelhaftigkeit. Es fehlt insoweit aber bereits an tatsächlichen Anhaltspunkten, die der Kl. den Schluss gestattet hätten, dem Bekl. sei die Ölverschmutzung bekannt. Im Übrigen hätte die Kl. selbst dann noch eine Offenbarungspflicht getroffen, wenn dem Bekl. Umstände bekannt oder durch eine Besichtigung hätten bekannt werden können, aus denen sich lediglich ein Altlastenverdacht ergeben hätte (vgl. Senat, NJW 2001, 64 = LM H. 5/2001 § 123 BGBNr. 84).“

Damit liegt eine Täuschungshandlung der Kl. vor.

2. Arglist

Die Kl. müsste dabei arglistig gehandelt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt (RGZ 134, 53; Palandt/Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 11). Infolge des Sachverständigengutachten ist ein entsprechender Vorsatz der Kl. festzustellen.

II. Anfechtungserklärung gem. § 143 I, II BGB

Die nach § 143 I, II BGB erforderliche Erklärung zwecks Vollziehung des Anfechtungsrechts hat der Bekl. gegenüber der Kl. wirksam abgegeben.

III. Anfechtungsfrist gem. § 124 I, II BGB

Diese Anfechtungserklärung müsste auch fristgerecht erfolgt sein. Gem. § 124 I, II BGB beträgt die Anfechtungsfrist ein Jahr ab Aufdecken der Täuschung. Diese Jahresfrist ist mangels entgegenstehender Anhaltspunkte noch nicht abgelaufen.

IV. Anfechtungsberechtigung

Fraglich ist allerdings, ob der Bekl. überhaupt anfechtungsberechtigt ist, um seine Haftung gem. § 179 I BGB zu verhindern. Anfechtungsberechtigt ist zwar derjenige, der die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat; jedoch dient die Anfechtung gem. § 142 I BGB dazu ein Rechtsgeschäft zu vernichten.

Infolge der verweigerten Genehmigung des Sohnes des Bekl. ist aber das anvisierte Rechtsgeschäft - Vorvertrag zum Grundstückskauf - erst gar nicht zustande gekommen. Hier soll die Anfechtung benutzt werden, um einer gesetzlichen Haftung zu entgehen.

Der BGH stellt dazu im Einklang mit der vorherrschenden Ansicht in der Literatur fest:

“Das nach alledem bestehende Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung steht dem in Anspruch genommenen Vertreter ohne Vertretungsmacht, also dem Bekl., in Abwehr einer Haftung nach § 179 BGB selbstständig zu (Staudinger/ Schilken, BGB, 2001, § 179 Rdnr. 10; Erman/Palm, BGB, 10. Aufl., § 179 Rdnr. 5; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl., § 179 Rdnr. 6).“

Diese Ansicht rechtfertigt sich aus einem Vergleich mit der hypothetischen Rechtslage, wenn der Bekl. mit Vollmacht gehandelt hätte oder der vertretene Sohn den Vorvertrag gemäß § 177 I BGB genehmigt hätte. Dann wäre der Vorvertrag wirksam zwischen der Kl. und dem Sohn des Bekl. zustande gekommen, aber der Sohn hätte wegen der arglistigen Täuschung der Kl. bei Vertragsabschluss gem. §§ 123 I, 142 I, 166 I BGB anfechten können, so dass die Kl. keinen Gewinn erzielt hätte. Da die Kl. durch die Haftung des falsus procurator gemäß § 179 I BGB nicht besser stehen soll als bei erfolgreicher Vertretung, muss dem falsus procurator gestattet sein, Anfechtungsrechte selbstständig geltend zu machen.

V. Ergebnis

Damit hat der Bekl. erfolgreich gem. § 123 I BGB angefochten.

Endergebnis:

Die Kl. hat gegen den Bekl. keinen Schadensersatzanspruch als falsus procurator gem. § 179 I BGB.

Standort: Strafrecht**Problem: Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung**

BGH, URTEIL VOM 18.04.2002
3 STR 52/02 (NJW 2002, 2043)

Problemdarstellung:

Der 3. Strafsenat des BGH hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu entscheiden, der, um sich Geld für Drogen zu beschaffen, einer Rentnerin mit Wucht eine Handtasche entriss, wodurch diese zu Boden fiel und sich erhebliche Verletzungen zuzog. Auf der anschließenden Flucht bedrohte er einen aufmerksam gewordenen Passanten, um ihn zum Abbruch der Verfolgung zu bewegen. Im Zentrum der rechtlichen Ausführungen des Senats stand die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine schwere Gesundheitsschädigung i.S. des § 250 I Nr. 1 c StGB angenommen werden kann. Der BGH vertritt die Ansicht, dass die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung außer den Risiken, die generell für jeden Betroffenen von der Raubhandlung ausgehen, auch die konkreten Gefahren umfasst, denen das Opfer allein wegen seiner individuellen Schadensdisposition ausgesetzt ist. Aus der Absenkung der unteren Strafrahmengrenze von fünf auf drei Jahre könne darüber hinaus geschlossen werden, dass auch die Gefahr von Verletzungsfolgen ausreichen, die in ihrer Schwere nicht mit den in § 226 StGB genannten vergleichbar seien.

Daneben hatte sich der BGH mit dem Konkurrenzverhältnis von § 249 StGB und § 252 StGB zu befassen. Hier bestätigt das Gericht seine bisherige Rechtsprechung, wonach dann, wenn vom Täter nicht nur zur Erlangung des Gewahrsams an der Beute, sondern auch nach Gewahrsamsbegründung zu deren Sicherung eines der in §§ 249, 252 StGB genannten Nötigungsmittel eingesetzt, dem erneuten Angriff auf das Vermögen durch den räuberischen Diebstahl grundsätzlich keine selbständige Bedeutung mehr zukommt, da dieses Rechtsgut bereits durch die Raubtat geschädigt wurde.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung betrifft einige examensrelevante Problemkreise aus dem Bereich der §§ 249 ff. StGB. In Fällen, in denen der Täter dem Opfer eine Handtasche entreißt, liegen regelmäßig Grenzfälle zwischen Raub und sog. offenem Diebstahl vor: Während die frühere Rechtsprechung beim überraschenden Entreißen von Sachen bereits unter sehr geringen Voraussetzungen von einem Raub ausging (vgl. etwa BGHSt 18, 329), verlangt die herrschende Literatur seit langem eine restriktive Interpretation der erforderlichen Gewalt gegen Personen. Danach liegt zunächst keine Gewalt vor, wenn die Tat allein durch den Über-

schungseffekt und das schnelle und listige Vorgehen des Täters geprägt werde. Daneben reicht auch die für die Überwindung des bloßen Haltens erforderliche Einwirkung nicht für die Anwendung des § 249 aus. Erforderlich sei vielmehr, dass der Täter dem Opfer die Sache „mit Wucht“ entreißen müsse und die Wegnahme - neben List und Schnelligkeit - durch eine maßgeblich wirkende Gewalt wesentlich mitgeprägt werde (s. etwa Rengier, BT I, § 7, Rn. 7; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 320). Auf dieser restriktiven Linie liegen auch neuere Entscheidungen des BGH (vgl. StV 1990, 205/206, 262).

Hinsichtlich der Voraussetzungen der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung (§ 250 I Nr. 1 c StGB) ist bemerkenswert, dass der Senat nicht die Gefahr von Verletzungsfolgen fordert, die in ihrer Schwere mit den in § 226 StGB genannten vergleichbar sind. In der Literatur ist man sich zwar darüber einig, dass „schwere Gesundheitsschädigung“ nicht mit „schwerer Körperverletzung“ gleichzusetzen ist, so dass nicht erforderlich ist, dass eine der in § 226 StGB explizit genannten Folgen droht. Auch der Gesetzgeber hatte in seiner Gesetzesbegründung eine langwierige Krankheit oder eine erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitsunfähigkeit als Beispiele genannt. Doch ist in der Literatur umstritten, ob die Verletzungsfolgen den in § 226 StGB genannten an Schwere und Nachhaltigkeit gleichkommen müssen (so etwa Krey, BT 2, Rn. 200; Stein in: Dencker u.a., Einführung, 4/62) oder ob auch weniger schwerwiegende Gesundheitsgefahren zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen können (vgl. etwa Lackner/Kühl, § 250, Rn. 3; Schroth, NJW 1998, 2865; vgl. auch Küpper, BT, 3. Auflage, S. 152 ff.). Unter Berufung auf den herabgesetzten Strafrahmen entscheidet sich der BGH für die letztgenannte Ansicht.

Schließlich betrifft die Entscheidung das examensrelevante Probleme des Konkurrenzverhältnisses von Raub und räuberischem Diebstahl. Hier besteht im Wesentlichen Einigkeit, dass bei einem Raub als Vortat, § 252 StGB als mitbestrafte Nachtat hinter § 249 StGB zurücktritt. Dagegen geht der räuberische Diebstahl vor, wenn er über §§ 250, 251 StGB (stärker) qualifiziert ist, als der Raub. Tateinheit scheidet in beiden Fällen aus, da anderenfalls die Wegnahme zweifach in Ansatz gebracht würde.

Zum Teil wird in der Literatur allerdings erwogen, in allen Fällen eine Nötigung hinzutreten zu lassen, um die zweimalige Anwendung des qualifizierten Nötigungsmittels zum Ausdruck zu bringen (vgl. etwa Geppert, Jura 1990, 559). Dem schließt sich der Senat mit der vorliegenden Entscheidung jedenfalls für den Fall an, dass die nachfolgende Nötigungshandlung

sich nicht gegen das ursprüngliche Raubopfer, sondern einen zuvor unbeteiligten Dritten richtet.

Vertiefungshinweise:

- Zum „Handtaschenraub“ in Abgrenzung zum sog. offenen Diebstahl: *BGHSt* 18, 329; *BGH*, StV 1990, 205/262; *Krey*, BT 2, Rn. 185 ff.
- Zur Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung *Schroth*, NJW 1998, 2865
- Zum Konkurrenzverhältnis von § 249 StGB und § 252 StGB: *Zöller*, JuS 1997, L 89; *Geppert*, Jura 1990, 559

Kursprogramm:

- Examenkurs*: „Tode in der Fußgängerzone“

Leitsatz:

Die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung umfasst außer den Risiken, die generell für jeden Betroffenen von der Raubhandlung ausgehen, auch die konkreten Gefahren, denen das Opfer allein wegen seiner individuellen Schadensdisposition ausgesetzt ist.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen des LG hatte der Angeklagte am Abend vor der Tat Kokain konsumiert und gegen Mittag des Tattages eine halbe Tablette Ecstasy zu sich genommen. Die Wirkung der Drogen war abgeklungen, weswegen sich der Angeklagte in stark niedergeschlagener Stimmung befand. Ihn beschäftigte seine Mittellosigkeit sowie die Frage, wovon er sich neue, seine Stimmung aufhellende Betäubungsmittel beschaffen könne. Das LG vermag nicht auszuschließen, dass wegen dieses psychischen Zustands die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten bei dem folgenden Geschehen erheblich vermindert war.

Als der Angeklagte die 80-jährige Rentnerin D. sah, entschloss er sich spontan, dieser die Handtasche zu entreißen, um das darin vermutete Geld an sich zu bringen und für sich zu verwenden. Er erkannte dabei die Möglichkeit, dass das Opfer bei der Tat verletzt werden könnte, nahm dies aber billigend in Kauf. Er näherte sich von hinten und griff nach der Tasche, die die Geschädigte in der linken Hand hielt. Als diese die Tasche wider Erwarten nicht los ließ, riss der Angeklagte daran schließlich mit solcher Kraft, dass der schon beschädigte Tragriemen abriss und der Angeklagte mit der Tasche fliehen konnte. Durch das Entreißen der Handtasche erlitt die Geschädigte eine schmerzhaft und komplizierte Schulterverletzung mit Auskugelung und Verrenkung des Schultergelenks, einer Knochenabsplitterung und einer Zerrung des Nervenplexus, die zu einer - wahrscheinlich dauerhaften - erheblichen Bewegungseinschränkung des Arms in seitliche Richtung führte. Diese Verletzung

hatte der Angeklagte im einzelnen weder vorhergesehen noch wahrgenommen. Auch bemerkte er auf Grund seiner sofortigen Flucht nicht, dass die Geschädigte durch das Entreißen der Handtasche zu Boden stürzte und sich eine Platzwunde am Kopf zuzog.

Durch die Hilfeschreie der Geschädigten war der Zeuge G. auf das Geschehen aufmerksam geworden. Er nahm die Verfolgung des Angeklagten auf. Dieser setzte die Flucht fort und versuchte, vor allem um sich im Besitz der Beute zu halten, sich seines Verfolgers dadurch zu entledigen, dass er ihn mehrfach zum Zurückbleiben aufforderte und ihm drohte ihn "abzustechen". Dabei bewegte er sich einmal auf den Zeugen zu und tat so, als hole er ein - tatsächlich nicht vorhandenes - Messer aus der Tasche und versuche damit zuzustechen. Der Zeuge nahm die Drohungen ernst, hielt daher stets einen sicheren Abstand zum Angeklagten, gab die Verfolgung aber nicht auf. Er machte einen Passanten auf die Situation aufmerksam, der seinerseits die Polizei verständigte. Diese nahm den Angeklagten kurze Zeit später fest.

Strafbarkeit des Angeklagten A?

Lösung:

A. Strafbarkeit des A wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 c StGB durch das Entreißen der Handtasche

1. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei der Handtasche samt Inhalt handelt es sich um fremde und bewegliche Sachen.

2. Wegnahme

Durch das Entreißen hat A den zuvor bestehenden Gewahrsam der D aufgehoben und neuen, eigenen Gewahrsam begründet. Es lag auch kein tatbestandsausschließendes Einverständnis der D vor, da sie sich keine eigene Einwirkungsmöglichkeit auf den Gewahrsamswechsel zuschrieb bzw. nach dem äußeren Erscheinungsbild keine Weggabe vornahm.

3. Gewalt gegen eine Person

Gewalt gegen eine Person erfordert eine körperliche Zwangswirkung durch eine unmittelbare oder mittelbare Einwirkung auf einen anderen, die nach der Vorstellung des Täters bestimmt und geeignet ist, einen tatsächlich geleisteten oder erwarteten Widerstand zu überwinden oder unmöglich zu machen. Will der Täter dagegen Widerstand vermeiden oder ihm zuvor kommen, indem er durch List, Schnelligkeit oder Geschicklichkeit einen Überraschungseffekt ausnutzt, liegt lediglich ein Diebstahl vor, soweit nicht auch als wesentlicher Bestandteil der Wegnahme maßgeblich

Gewalt mitwirkt (h.M., vgl. BGH, StV 1990, 262; Rengier, BT I, § 7, Rn. 7; Krey, BT 2, Rn. 188; Wessels/Hillenkamp, BT 2, Rn. 320). Indem der Angeklagte sich von hinten der Geschädigten näherte und versuchte ihr die Tasche zu entreißen, wollte er lediglich ein schnelles und geschicktes Handeln ausnutzen und verübte somit keine Gewalt (s. BGH, MDR/D 1975, 22). Da die D die Tasche jedoch wider Erwarten festhielt, war A gezwungen, mit erheblicher Kraftentfaltung vorzugehen und die Handtasche mit einer so erheblichen Wucht zu entreißen, dass der Trageriemen zerstört wurde und D zu Boden stürzte. Damit verübte A Personengewalt (s. BGH, GA 1968, 337; Rengier, BT I, § 7, Rn. 7; Krey, NSTZ 1994, 323, 326).

4. Finalzusammenhang

A verübte die Gewalt, um die Wegnahme der Tasche samt Inhalts zu ermöglichen. Der erforderliche Finalzusammenhang ist damit gegeben.

5. Vorsatz

A handelte sowohl mit Gewalt- als auch mit Wegnahmevorsatz.

6. Zueignungsabsicht

Er hatte auch die Absicht, das in der Tasche vermutete Geld unter dauerndem Ausschluss der Berechtigten wenigstens vorübergehend seinem eigenem Vermögen einzuverleiben. Die angestrebte Zueignung war objektiv rechtswidrig, was A auch wusste.

7. Schwerer Raub gem. § 250 I Nr. 1 c StGB

Es könnte ferner ein schwerer Raub gem. § 250 I Nr. 1 c StGB gegeben sein. Dazu führt der BGH aus: „Die Ausführungen des LG, mit denen es eine Verurteilung des Angeklagten wegen schweren Raubes nach § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB zum Nachteil der Zeugin D. ablehnt, werden von der Bf. im Ergebnis mit Recht beanstandet. Sie lassen besorgen, dass das LG bei der Prüfung, ob der Angeklagte die Zeugin durch die Tat objektiv und vorsätzlich in die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht hat, von einem zu engen Verständnis des Tatbestands ausgegangen ist, weil es allein auf die Gefahr abgestellt hat, die sich in der eingetretenen Schulterverletzung der Zeugin verwirklicht hatte.“

a. Zum Begriff der schweren Gesundheitsschädigung

„Der Gesetzgeber hat durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26. 1. 1998 (BGBl I S. 164) den Qualifikationstatbestand des gefährlichen Raubes erweitert. Während es nach § 250 I Nr. 3 StGB aF erforderlich war, dass der Täter oder ein anderer am Raub Beteiligter durch die Tat einen anderen in die Gefahr des Todes (jetzt § 250 II Nr. 3 Buchst. b StGB nF) oder einer schweren Körperverletzung i.S. des § 224 StGB

aF brachte, genügt es nach § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB nF, dass durch die Raubtat ein anderer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung gebracht wird. Der Begriff der schweren Gesundheitsbeschädigung reicht weiter als derjenige der schweren Körperverletzung (§ 224 StGB aF bzw. § 226 StGB nF). Es kommt demgemäß nicht mehr darauf an, ob der Täter oder Tatbeteiligte durch den Raub für einen anderen die Gefahr einer der in § 226 StGB nF genannten Körperverletzungsfolgen begründet. Vielmehr reicht es beispielsweise aus, wenn die Raubtat das Opfer in die konkrete Gefahr einer ersten langwierigen Krankheit, einer ernsthaften Störung der körperlichen Funktionen oder einer erheblichen Beeinträchtigung seiner Arbeitskraft bringt (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum 6. StrRG BT-Drucks. 13/8587 S. 27 f.; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 250 Rdnr. 21; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 250 Rdnr. 3; Schroth NJW 1998, 2861, 2865). Es werden damit von dem Qualifikationstatbestand nunmehr nicht allein die Gefahren umfasst, die der konkreten Raubhandlung generell für jeden von ihr potentiell Betroffenen innewohnen würden; vielmehr sind auch die Gefahren einbezogen, denen das konkrete Opfer allein wegen seiner individuellen besonderen Schadensdisposition durch die Raubhandlung ausgesetzt ist (Schroth aaO). Dabei wird, wie aus der Absenkung der unteren Strafrahmengrenze von fünf auf drei Jahre geschlossen werden kann, auch die Gefahr von Verletzungsfolgen ausreichen, die in ihrer Schwere nicht mit den in § 224 StGB aF bzw. § 226 StGB nF genannten vergleichbar sind (so wohl auch Schroth aaO; aA Eser aaO m.w. Nachw.; offen Lackner/Kühl aaO).“

b. Voraussetzungen des § 250 I Nr. 1 c StGB

aa. Prüfung der individuellen Verfassung des Betroffenen

„Bei der Prüfung, ob eine Raubtat den Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB erfüllt, ist daher zunächst festzustellen, welchen konkreten Gefahren der durch die Raubhandlung Betroffene ausgesetzt war, wobei seine individuelle körperliche und gegebenenfalls auch seelische Verfassung ebenso mit in Betracht zu ziehen sind wie etwa die Auswirkungen, die sich bei Verwirklichung des drohenden Gesundheitsschadens für seine Berufsfähigkeit ergeben hätten (vgl. dagegen RGSt 62, 161, 162; 64, 201 zu § 224 StGB aF). So können etwa die Gesundheitsgefahren, die durch eine mit Gewaltausübung verbundene Raubhandlung für ein gesundes, im Vollbesitz seiner körperlichen und geistigen Kräfte befindliches Opfer begründet werden, sich deutlich von den Gefahren unterscheiden, die durch eine vergleichbare Handlung für ein Kind, einen alten Menschen, einen Behinderten oder einen durch Krankheit oder sonstige körperli-

che Gebrechen bereits geschwächten Betroffenen eintreten. Ist bei dem Opfer ein schwerer Gesundheitsschaden eingetreten, darf die Prüfung des subjektiven Tatbestandes nicht vorschnell allein auf die Gefahr verengt werden, die sich in diesem Schaden realisiert hat. Vielmehr ist zu klären, ob durch die Raubtat objektiv nicht noch andere erhebliche Gesundheitsgefahren begründet wurden, die nicht in einen entsprechenden Schaden umgeschlagen sind.“

bb. Anforderungen an den Gefährdungsvorsatz

„Erst wenn auf diese Weise alle durch die Raubtat für den Betroffenen nach den individuellen Gegebenheiten und dem jeweiligen Tatablauf objektiv gesetzten konkreten Gesundheitsgefahren festgestellt sind, kann - so sie dem § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB unterfallen - verlässlich geprüft werden, ob sie subjektiv von dem - zumindest bedingten - Vorsatz des Täters (vgl. BGHSt 26, 176, 180 ff. zu § 113 II Nr. 2 StGB) erfasst waren, insbesondere ob er eine individuelle Schadensdisposition des Opfers und die gegebenenfalls erst hieraus resultierende Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung erkannt hat.“

c. Zur rechtlichen Würdigung durch das Landgericht

aa. Die Ausführungen des Landgerichts

„Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Das LG scheint zwar die aus der Schulterverletzung der Zeugin D. resultierende dauernde Bewegungseinschränkung des Armes als schwere Gesundheitsschädigung anzusehen, verneint insoweit aber einen Gefährdungsvorsatz des Angeklagten, weil dieser die Möglichkeit einer derartigen Verletzung nicht im einzelnen vorhergesehen habe (UA S. 6 und 11). Sachverständig beraten folgt es der Einlassung des Angeklagten, ihm sei nur allgemein klar gewesen, dass es zu körperlichen Beeinträchtigungen des Opfers kommen könne, die Möglichkeit einer schweren Gesundheitsschädigung habe er aber nicht in Betracht gezogen; er habe sich über die Gefährlichkeit seines Handelns keinerlei Gedanken gemacht, weil er nur auf die Erlangung des für den Kauf neuer Drogen benötigten Geldes fixiert gewesen sei. Dies sei dem Angeklagten wegen seines "psychischen Ausnahmezustands" nicht zu widerlegen, weil das objektive Geschehen keinen gegenteiligen Schluss auf die subjektive Tatseite zulasse (UA S. 10).“

bb. Bewertung durch den Senat

„Diese Ausführungen lassen besorgen, dass das LG von einem zu engen Verständnis des § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB ausgegangen ist und wesentliche Umstände des Falles außer Betracht gelassen hat. Bei der Prüfung, ob der Angeklagte die Zeugin D. objektiv und subjektiv in die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung gebracht hat, befasst sich das

LG konkret nur mit der Schulterverletzung. Schon insoweit erscheint zweifelhaft, ob durch die Feststellung, der Angeklagte habe diese Verletzung "im einzelnen" (UA S. 6) nicht vorhergesehen, ein bedingter Gefährdungsvorsatz rechtsfehlerfrei ausgeschlossen wurde. Jedenfalls erörtert das LG nicht die naheliegende Frage, ob der Zeugin D. durch die Tathandlung - abgesehen von der Gefahr der Schulterverletzung, die sich realisiert hat - objektiv weitere Gefahren drohten, die unter § 250 I Nr. 1 Buchst. c StGB subsumierbar sind. So ist insbesondere nicht erkennbar, dass das LG den Sturz des Tatopfers und die daraus resultierende Kopfplatzwunde in seine diesbezüglichen Überlegungen miteinbezogen hat. Es hätte sich ihm jedoch die Frage aufdrängen müssen, ob mit dem Sturz für das 80-jährige Tatopfer erfahrungsgemäß nicht wesentlich größere Gefahren für die Gesundheit verbunden waren, als dies bei einem jungen Menschen der Fall gewesen wäre bzw. als sich in der tatsächlich (nur) eingetretenen Kopfplatzwunde realisiert haben.

Wegen dieses Erörterungsmangels bleibt auch offen, ob sich die allgemein gehaltenen Ausführungen des LG zum Vorsatz des Angeklagten außer auf die realisierte Gefahr der Schulterverletzung auch auf denkbare weitere objektive Gesundheitsgefahren beziehen. Nach den Urteilsgründen ist daher rechtsfehlerfrei weder ausgeschlossen, dass der Zeugin objektiv neben der Schulterverletzung weitere erhebliche Gesundheitsgefahren drohten, noch dass der Angeklagte diese billigend in Kauf nahm. Denn entgegen der Ansicht des LG sind im objektiven Tatbild durchaus Umstände vorhanden, die Rückschlüsse auf die subjektive Tatseite zulassen und möglicherweise geeignet sein könnten, auch unter Berücksichtigung der psychischen Befindlichkeit des Angeklagten zur Tatzeit dessen Einlassung zu seinen Vorstellungen über die dem Opfer durch die Tat drohenden Gesundheitsgefahren zu widerlegen. Dies gilt insbesondere für einen möglichen Sturz der Zeugin D. und der damit für sie begründeten Risiken. So hatte sich der Angeklagte ein Opfer ausgewählt, das wegen seines Alters erkennbar "besonders gefährdet" war. Er hat, als die Zeugin D. ihre Tasche wider Erwarten festhielt, mit solcher Kraft gezogen, dass der Trageriemen abriss, die Zeugin eine schwere Schulterverletzung erlitt, zu Boden stürzte und sich eine Kopfverletzung zuzog.“

cc. Ergebnis

Der Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1 c StGB ist verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

III. Schuld

Sein Verhalten war schließlich auch schuldhaft. Hier-

zu macht der Senat folgende Ausführungen:

„Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass nach ständiger Rechtsprechung des BGH eine erhebliche Verminderung der Steuerungs-fähigkeit bei Beschaffungskriminalität drogenabhängiger Täter nur dann in Betracht kommt, wenn langjähriger Betäubungsmittelgenuss zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen geführt hat oder der Täter starke Entzugserscheinungen erleidet bzw. auf Grund früheren Erlebens deren Eintritt befürchtet und dadurch dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu beschaffen, ferner unter Umständen dann, wenn er das Delikt in einem aktuellen Rausch verübt (s. nur BGHR StGB § 21 BtM-Auswirkungen 5 und 12 m. w. N.). Entsprechende Feststellungen sind in dem angefochtenen Urteil nicht getroffen, so dass die Annahme der Voraussetzungen des § 21 StGB der erforderlichen tatsächlichen Grundlage entbehrte. Ob eine Verminderung der Steuerungs-fähigkeit erheblich i.S. des § 21 StGB ist, ist im übrigen Rechtsfrage und vom Richter auch nach normativen Kriterien zu beurteilen. Diese Frage ist daher der Beurteilung des Sachverständigen entzogen. Er hat lediglich das zu ihrer Beantwortung notwendige medizinische Wissen dem Richter zu vermitteln.“

IV. Ergebnis

A hat sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 c StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 I Nr. 1 c StGB durch das Entreißen der Handtasche

Eine Strafbarkeit wegen schwerer räuberischer Erpressung ist dagegen nicht gegeben. Nach Ansicht der Literatur, die als abgenötigtes Opferverhalten eine Vermögensverfügung entsprechend § 263 StGB verlangt, stehen § 249 StGB und § 255 StGB in einem Exklusivitätsverhältnis. Die Rechtsprechung sieht zwar auch die duldende Preisgabe als tatbestandsmäßig i.S. der §§ 253, 255 StGB an, geht jedoch davon aus, dass § 249 StGB in einem solchen Fall als *Lex specialis* den § 255 StGB verdrängt.

C. Strafbarkeit wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB zum Nachteil der D durch das Entreißen der Handtasche

I. Tatbestand

Indem A der D mit Wucht ihre Handtasche entriss, führte er ihr eine schmerzhaft und komplizierte Schulterverletzung, die eine erheblichen Bewegungseinschränkung des Arms bewirkte, sowie eine sturzbedingte Kopfplatzwunde zu. Damit hat A die D an der Gesundheit geschädigt und sie körperlich misshandelt. A hatte diese Verletzungsfolgen zwar nicht im einzelnen vorgesehen, doch nahm er billigend in

Kauf, dass sein Opfer bei der Tat nicht unerheblich verletzt werden konnte. Damit handelt er auch mit dem erforderlichen Vorsatz.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sein Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich auch wegen einfacher Körperverletzung zum Nachteil der D strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit wegen räuberischen Diebstahls gem. § 252 StGB durch das Verhalten gegenüber dem Zeugen D

I. Tatbestand

1. Diebstahl

Dem als Vortat erforderlichen (vollendeten) Diebstahl dem. § 242 StGB genügt auch ein Raub gem. §§ 249 ff. StGB (Lackner/Kühl, § 252, Rn. 2 m.w.N.), da ein Diebstahl in diesem denkwürdig als ein "Weniger" enthalten ist. Ein solcher liegt mit der Tat gegenüber D vor.

2. Auf frischer Tat betroffen

Auf frischer Tat betroffen ist, wer alsbald nach Vollendung der Tat am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe von einem anderen bemerkt wird. G war durch die Hilfeschreie der D noch am Tatort auf den Angeklagten aufmerksam geworden.

3. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

Drohen ist das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, dass der Bedrohte sich nicht dem Willen des Drohenden beugt; diese muss es daher als in seiner Macht stehend hinstellen, das Übel zu verwirklichen. Ob der Täter die Drohung tatsächlich verwirklichen kann, ist unerheblich; es kommt nur darauf an, ob sie objektiv ernstlich erscheint, d.h. beim Bedrohten zumindest daran Zweifel zu erwecken geeignet ist, ob sie verwirklicht werden soll oder nicht (vgl. Lackner/Kühl, § 240, Rn. 12 m.w.N.). Der Angeklagte forderte den G mehrfach zum Zurückbleiben auf und drohte ihm "abzustechen". Dabei bewegte er sich einmal auf den Zeugen zu und tat so, als hole er ein Messer aus der Tasche und versuche damit zuzustechen. Der Zeuge nahm die Drohungen ernst, so dass eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben vorliegt, obwohl der Angeklagte die Drohung nicht realisieren konnte.

4. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

5. Beutesicherungsabsicht

Er strebte es auch, sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten. A wollte eine Gewahrsamsentziehung zugunsten der Betroffenen verhindern.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

Sein Verhalten war auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Konkurrenzen

Fraglich ist, ob der Angeklagte neben dem verwirklichten Raub auch noch wegen räuberischen Diebstahls bestraft werden kann. Dazu führt der Senat aus:

„Neben dem Schuldspruch nach § 249 StGB durfte wegen der Handlungen, die der Angeklagte in der Phase nach Vollendung und vor Beendigung des Raubes zur Sicherung der Beute beging, keine Verurteilung wegen räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) erfolgen. Das LG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass Vortat eines räuberischen Diebstahls (§ 252 StGB) auch ein Raub (§ 249 StGB) sein kann (BGHSt 21, 377). Es hat jedoch nicht bedacht, dass Schutzgüter sowohl des § 249 wie des § 252 StGB das Vermögen und die Freiheit der Willensbetätigung sind und sich beide Vorschriften lediglich dadurch tatbestandlich voneinander abheben, dass § 249 StGB die genannten Rechtsgüter vom Beginn des Versuchs bis zur Vollendung, § 252 StGB dagegen ab der Vollendung bis zur Beendigung der Wegnahme der Beute schützt (vgl. BGH NSTZ 1987, 453). Wird daher vom Täter nicht nur zur Erlangung des Gewahrsams an der Beute, sondern auch nach Gewahrsamsbegründung zu deren Sicherung eines der in §§ 249, 252 StGB genannten Nötigungsmittel eingesetzt, kommt dem erneuten Angriff auf das Vermögen durch den räuberischen Diebstahl grundsätzlich keine selbständige Bedeutung mehr zu, da dieses Rechtsgut bereits durch die Raubtat geschädigt wurde (vgl. BGH GA 1969, 347, 348). Zwischen beiden Tatbeständen besteht dann Gesetzeseinheit in der Weise, dass § 249 StGB grundsätzlich den § 252 StGB verdrängt (aA Dreher MDR 1976, 529, 532). Anders ist es nur, wenn die Nötigungshandlung in der Beendigungsphase schwerer wiegt, weil erst nach der Vollendung der Wegnahme ein Qualifikationstatbestand der §§ 250 oder 251 StGB verwirklicht wurde. In diesem Falle verdrängt der zur Beutesicherung begangene schwere räuberische Diebstahl bzw. räuberische Diebstahl mit Todesfolge den Raub (BGH aaO).“

IV. Ergebnis

Der mitverwirklichte § 252 StGB wird vom schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 c StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.

E. Strafbarkeit des A wegen versuchter Nötigung gem. §§ 240 I, II, III, 22, 23 I StGB durch die gegen G gerichteten Handlung

I. Vorprüfung

A ist nicht wegen vollendeter Nötigung verantwortlich, da der bezweckte Abbruch der Verfolgung durch G nicht eingetreten ist. Der Versuch der Nötigung ist gem. §§ 240 III, 23 I, 12 I StGB mit Strafe bedroht.

II. Tatentschluss

A handelte mit dem zielgerichteten Willen, den G mit einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben (s.o.) zum Abbruch der Verfolgung und damit zu einer Unterlassung zu bewegen.

III. Unmittelbares Ansetzen

Indem er ankündigte, den G „abzustechen“, falls dieser ihm weiter folge, hat A die Drohung bereits ausgesprochen und damit unmittelbar zur Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes angesetzt (§ 22 StGB).

IV. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten des A war auch rechtswidrig i.S. des § 240 II StGB, da die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zum Zweck des Abbruchs einer zulässigen Verfolgung als verwerflich erscheint.

V. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

VI. Ergebnis und Konkurrenzen

Da auch kein Rücktritt gegeben ist, hat A sich wegen versuchter Nötigung zum Nachteil des G strafbar gemacht. Die Tat wird auch nicht durch den Raub zum Nachteil der D verdrängt: Allerdings erscheint es dem Senat zweifelhaft, ob nach diesen Grundsätzen hier jegliche Bestrafung des Angeklagten wegen der gegen den Zeugen G. gerichteten Handlungen ausscheidet. Zwar wird sowohl durch den Raub, als auch durch die Nötigungs- und Bedrohungshandlungen gegen den Zeugen G. das Vermögen der Zeugin D. angegriffen. Jedoch war der Zeuge G. durch die Raubhandlung noch nicht betroffen. Seine Individualrechtsgüter der Freiheit der Willensbetätigung und des Gefühls der Rechtssicherheit (Lackner/Kühl aaO § 241 Rdnr. 1) wurden erst in der Beendigungsphase des Raubes durch die versuchte Nötigung und die Bedrohung beeinträchtigt. Der Senat neigt daher der Ansicht zu, dass jedenfalls beim Einsatz von Nötigungsmitteln gegen einen weiteren, bisher nicht Geschädigten eine Verurteilung nach §§ 240, 22, 23 StGB bzw. § 241 StGB in Betracht kommt (so etwa auch Eser in Schönke/Schröder, aaO § 252 Rdnr. 13; Kindhäuser in NK 2. Aufl. § 252 Rdnr. 39 jew. m.w. Nachw.).“

F. Strafbarkeit wegen Bedrohung gem. § 241 I StGB durch das Verhalten gegenüber G

Eine Strafbarkeit wegen Bedrohung (§ 241 I StGB) scheidet wegen der verwirklichten Nötigung aus. Es kann dabei dahinstehen, ob bereits der Bedrohungstat-

bestand ein Handeln ohne Nötigungsvorsatz voraussetzt (so z.B. SK-Horn, § 241, Rn. 3) oder der Tatbestand zwar verwirklicht ist, § 241 StGB aber im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der auch nur versuchten Nötigung zurücktritt (so die herrschende Meinung, vgl. etwa BGH, MDR/H 1979, 281; Tröndle/Fischer, § 240, Rn. 38 m.w.N.).

G. Ergebnis

A hat sich wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 c StGB in Tateinheit mit einfacher Körperverletzung gem. § 223 I StGB und wegen versuchter Nötigung (§§ 240 I, II, III, 22, 23 I StGB) strafbar gemacht.

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	RA Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	RA Dr. Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Markus Schmülling (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
BEZUGSPREISE:	Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet. Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 € (Einzelpreis: 4 € /Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 € /Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 € /Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 € /Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 € Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge; Tel.: (02505) 930811; drucke@wiermer.de

Gesetzgebungsauswertung

Zweites Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, in Kraft ab 01.08.2002

A. Einleitung

Am 18. April 2002 hat der Bundestag den Gesetzesentwurf des Bundesjustizministeriums zur Reform des Schadensersatzrechts angenommen. Nach der Zustimmung durch den Bundesrat wird das Gesetz am 01.08.2002 in Kraft treten. Neben den Erhöhungen des Haftungsumfanges in den Gesetzen zur Gefährdungshaftung (z.B. Arzneimittelgesetz, Straßenverkehrsgesetz) und Beweiserleichterungen durch Auskunftsansprüche (vgl. §§ 84, 84a ArzneimittelG) wurden die nachfolgenden examensrelevanten Veränderungen vorgenommen. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass bei einer fiktiven Abrechnung auf Gutachtenbasis die Umsatzsteuer künftig nicht mehr geltend gemacht werden kann (§ 249 II BGB n.F.). Ferner ist § 847 BGB aufgehoben worden. Das Schmerzensgeld ist jetzt in § 253 II BGB integriert. Der verfassungsrechtlich bedenkliche § 825 BGB, welcher in seiner a.F. nur von einer "Frauensperson" sprach, ist jetzt neutralisiert worden. Auf die Ausweitung der Gutachterhaftung in § 839a BGB sei ebenso hingewiesen wie auf die einschneidenden Veränderungen im StVG, insbesondere die revolutionäre Aufnahme eines Schmerzensgeldanspruchs bei Haftung lediglich aus Betriebsgefahr gem. § 11 StVG n.F.

Im Internet sind die Änderungen unter www.bmj.de/frames/ger/service/pressemitteilungen abrufbar.

B. Veränderungen im BGB

§ 249 BGB	<p>Absatz 1: "Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre"</p> <p>Absatz 2: "Ist wegen Verletzung der Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen. Bei der Beschädigung einer Sache schließt der nach Satz 1 erforderliche Geldbetrag die Umsatzsteuer nur mit ein, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist."</p>
§ 253 BGB	<p>Absatz 1: "Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden."</p> <p>Absatz 2: (§ 847 BGB infolgedessen aufgehoben) "Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden."</p>
§ 825 BGB	"Wer einen anderen durch Hinterlist, Drohung oder Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen bestimmt, ist ihm zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

§ 828 BGB	<p>Absatz 1: (unverändert)</p> <p>Absatz 2: “Wer das siebente, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für den Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kraftfahrzeug, einer Schienenbahn oder einer Schwebebahn einem anderen zufügt, nicht verantwortlich. Dies gilt nicht, wenn er die Verletzung vorsätzlich herbeigeführt hat.”</p> <p>Absatz 3: “Wer das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist, sofern seine Verantwortlichkeit nicht nach den Absätzen 1 oder 2 ausgeschlossen ist, für den Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.”</p>
------------------	---

§ 839 a BGB	<p>Absatz 1: “Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.”</p> <p>Absatz 2: § 839 III BGB ist entsprechend anzuwenden.</p>
--------------------	---

C. Veränderungen im StVG

§ 7 StVG	<p>Absatz 1: “Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.”</p> <p>Absatz 2: “Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.”</p> <p>Absatz 3, Satz 3: “Die Sätze 1 und 2 sind auf die Benutzung eines Anhängers entsprechend anzuwenden.”</p>
-----------------	---

§ 8 StVG	<p>“Die Vorschriften des § 7 gelten nicht,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. wenn der Unfall durch ein Kraftfahrzeug verursacht wurde, das auf ebener Bahn mit keiner höheren Geschwindigkeit als zwanzig Kilometer in der Stunde fahren kann, oder durch einen im Unfallzeitpunkt mit einem solchen Fahrzeug verbundenen Anhänger, 2. wenn der Verletzte bei dem Betrieb des Kraftfahrzeugs oder des Anhängers tätig war oder 3. wenn eine Sache beschädigt worden ist, die durch das Kraftfahrzeug oder durch den Anhänger befördert worden ist, es sei denn, dass eine beförderte Person die Sache an sich trägt oder mit sich führt.”
-----------------	--

§ 8 a StVG	<p>“Im Falle einer entgeltlichen, geschäftsmäßigen Personenbeförderung darf die Verpflichtung des Halters, wegen Tötung oder Verletzung beförderter Personen Schadensersatz nach § 7 zu leisten, weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Die Geschäftsmäßigkeit einer Personenbeförderung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Beförderung von einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts betrieben wird.”</p>
§ 11 StVG	<p>(Einfügung des folgenden Satzes:) “Wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann auch eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden.”</p>
§ 17 StVG	<p>Absatz 1: “Wird ein Schaden durch mehrere Kraftfahrzeuge verursacht und sind die beteiligten Fahrzeughalter einem Dritten kraft Gesetzes zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so hängt im Verhältnis der Fahrzeughalter zueinander die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist.”</p> <p>Absatz 2: “Wenn der Schaden einem der beteiligten Fahrzeughalter entstanden ist, gilt Absatz 1 auch für die Haftung der Fahrzeughalter untereinander.”</p>
§ 17 StVG (Forts.)	<p>Absatz 3: “Die Verpflichtung zum Ersatz nach Absatz 1 und 2 ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch ein unabwendbares Ereignis verursacht wird, das weder auf einem Fehler in der Beschaffenheit des Fahrzeugs, noch auf einem Versagen seiner Vorrichtungen beruht. Als unabwendbar gilt ein Ereignis nur dann, wenn sowohl der Halter als auch der Führer des Fahrzeugs jede nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt beobachtet hat. Der Ausschluss gilt auch für die Ersatzpflicht gegenüber dem Eigentümer eines Kraftfahrzeugs, der nicht Halter ist.”</p> <p>Absatz 4: “Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 sind entsprechend anzuwenden, wenn der Schaden durch ein Kraftfahrzeug und einen Anhänger, durch ein Kraftfahrzeug und ein Tier oder durch ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn verursacht wird.”</p>
§ 18 StVG	<p>Absatz 3: “Ist in den Fällen des § 17 auch der Führer eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so sind auf diese Verpflichtung in seinem Verhältnis zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Kraftfahrzeuge, zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Anhänger, zu dem Tierhalter oder Eisenbahnunternehmer die Vorschriften des § 17 entsprechend anzuwenden.”</p>

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Gusy, Christoph: "Gesetzesvorbehalte im Grundgesetz"
Fundstelle:	JA 2002, 610 (Heft 7)
Inhalt:	Der Autor grenzt zunächst zwischen Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes ab (vgl. dazu auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft). Sodann werden die geschriebenen und ungeschriebenen Gesetzesvorbehalte und ihre Bedeutung erörtert, wobei die "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG besondere Berücksichtigung findet.

Autor/Titel:	Meister, Johannes: "Die reformatio in peius im Widerspruchsverfahren"
Fundstelle:	JA 2002, 567 (Heft 7)
Inhalt:	Die reformatio in peius im Widerspruchsverfahren ist ein Evergreen unter den Klausurproblemen im öffentlichen Recht. Der Autor geht auf alle problematischen Fragen ein, löst die Probleme mit der jeweils h.M. und gibt am Ende ein kurzes Aufbauschema für die gutachterliche Prüfung der r.i.p.

Autor/Titel:	Spranger, Matthias: "Die Figur der "Schutzbereichsverstärkung"
Fundstelle:	NJW 2002, 2074 (Heft 29)
Inhalt:	Das BVerfG ist in der jüngeren Vergangenheit immer wieder dazu übergegangen, bei der Grundrechtsprüfung mehrere Grundrechte miteinander zu vermengen (vgl. zuletzt die Aufsehen erregende Entscheidung zum Schächten eines (ausländischen) Metzgers, für den Art. 2 I GG laut BVerfG eine gewisse "Verstärkung" durch Art. 4 GG erfahren soll, BVerfG, NJW 2002, 663). Diese - für den von Studenten erwarteten Gutachtenaufbau nur schwer zu bewältigende - Vorgehensweise wird im Beitrag von Spranger auf ihre Motive, ihre Zulässigkeit und ihre Auswirkungen auf die bisherige Grundrechtsdogmatik erörtert.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Krause, Rüdiger: "Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht (Teil 2)"
Fundstelle:	Jura 2002, 299 (Heft 5)
Inhalt:	Umfassender Fortsetzungsbeitrag zur Darstellung des durch die Schuldrechtsmodernisierung neu strukturierten Rechts der Leistungsverzögerung (Verzug), wobei schwerpunktmäßig die Unterschiede zwischen altem und neuem Recht aufgezeigt werden.

Autor/Titel:	Rimmelpacher, Bruno: "Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess"
Fundstelle:	NJW 2002, 1897 (Heft 27)
Inhalt:	Der Beitrag erläutert die in § 513 I ZPO genannten Berufungsgründe, die für die Entscheidung zur Berufungseinlegung, für die Berufungsbegründung sowie für die Überprüfungscompetenz des Berufungsgerichts von essenzieller Bedeutung.

Autor/Titel:	Teichmann, Christoph: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Das neue Werkvertragsrecht"
Fundstelle:	JuS 2002, 417 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag erörtert die Änderungen im Werkvertragsrecht im Rahmen der Schuldrechtsreform.

Autor/Titel:	Huber, Michael: "Verfahren und Urteile erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (Teil 1)"
Fundstelle:	JuS 2002, 483 (Heft 5)
Inhalt:	In Fortsetzungen erörtert dieser Beitrag die Auswirkungen des ZPO-RG auf das Prozessrecht erster Instanz ausführlich und gründlich. Vor allem für Referendare geeignet.

Strafrecht

Autor/Titel:	Müller, Henning Ernst: "Rechtsprechungsüberblick zu den Rechtspflegedelikten (1997-2001)"
Fundstelle:	NStZ 2002, 356 (Heft 7)
Inhalt:	Sehr lesenswerte Übersicht und Kommentierung der wichtigsten Entscheidungen zu den §§ 153 ff., 164, 258, 339, 356 StGB aus den vergangenen Jahren.

Autor/Titel:	Fahl, Christian: "BGH, Urt.v. 7.8.2001 - 1 StR 470/00 - Konsumtion der Sachbeschädigung"
Fundstelle:	JA 2002, 541 (Heft 7)
Inhalt:	Instruktive Anmerkung zur examensrelevanten BGH-Entscheidung zum Konkurrenzverhältnis von Einbruchsdiebstahl und Sachbeschädigung. Die Entscheidung selbst ist in RA 2002, 38 mit ausführlichen Anmerkungen wiedergegeben.

Autor/Titel:	Jahn, Matthias: "Die Zahnpasta des Leistungssportlers"
Fundstelle:	JA 2002, 560 (Heft 7)
Inhalt:	Durch den Doping-Fall des Leichtathleten Dieter Baumann inspirierte, interessante Übungsklausur, die sich insbesondere mit dem Problemkreis der sog. "Giftfalle" beschäftigt.