

Öffentliches Recht

Standort: Art. 4 GG

Problem: Kopftuch

BVERWG, URTEIL VOM 04.07.2002
2 C 21.01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der "Kopftuch"-Fall geht mit der vorliegenden Entscheidung des BVerwG in die (vor)letzte Runde. In dem Rechtsstreit geht es um die Frage, ob die Einstellung einer angehenden Lehrerin an staatlichen, bekenntnisfreien Grund- und Hauptschulen allein deswegen abgelehnt werden kann, weil sie darauf besteht, auch während des Unterrichts ein Kopftuch als Ausdruck ihres islamischen Glaubens zu tragen.

Das VG Stuttgart und VGH Mannheim haben dies in den Vorinstanzen - im Gegensatz zu einer Entscheidung des VG Lüneburg zu einem identischen Fall (Urteil vom 16.10.2000, 1 A 98/00 (RA 2001, 181 = NJW 2001, 767) - bejaht. Das BVerwG bestätigt diese Auffassung in der vorliegenden Revisionsentscheidung, gegen welche die betroffene Lehrerin nur noch mittels Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG vorgehen kann. Eine solche ist sicher zu erwarten und wäre auch zu begrüßen, damit die seit Jahren schwelende Kontroverse endlich beigelegt werden kann.

Das BVerwG wägt die Religionsfreiheit der Lehrerin mit der staatlichen Neutralitätspflicht, der negativen Religionsfreiheit der Schüler sowie dem Erziehungsrecht der Eltern ab. Dabei komme es - geleitet vom Grundsatz der "praktischen Konkordanz" und unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit - vor allem darauf an, dass die Grund- und Hauptschüler wegen ihres jungen Alters noch besonders leicht beeinflussbar seien, und allein das Tragen des Kopftuchs bereits eine gewisse Konfrontations- und Vorbildwirkung haben könne.

Interessant ist i.Ü., dass das BVerwG mehrfach davon spricht, dass die Glaubensfreiheit des Art. 4 GG "nur verfassungsimmanent beschränkbar" sei. Dies überrascht, da der 3. Senat des BVerwG in seiner nicht minder bedeutsamen Entscheidung zum Schächten von Tieren (Urteil vom 23.11.2000, 3 C 40.99 - RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485) sich noch ausdrücklich der Literaturansicht angeschlossen hatte, die aus Art. 136 I WRV i.V.m. 140 GG einen (allgemeinen) Gesetzesvorbehalt ableiten will. Der 2. Senat bewegt sich mit der vorliegenden Entscheidung demgegenüber ganz auf der Linie des BVerfG, das in st.Rspr. von der lediglich verfassungsimmanenten Beschränkbarkeit des Art. 4

GG ausgeht. Leider wird diese Abweichung zur Entscheidung des 3. Senats nicht erwähnt, geschweige denn begründet. Das Urteil sollte jedenfalls zum Anlass genommen werden, diese Problematik noch einmal - am besten anhand des "Schächten-Falles" - sorgfältig zu wiederholen.

Prüfungsrelevanz:

Das Tragen von Kopftüchern oder anderen religiösen Symbolen (beliebt: Symbole von Sekten) hat sich mittlerweile zu einer unendlichen Geschichte entwickelt, die sich wie ein roter Faden seit Jahren durch die Rechtsprechung, Literatur und immer wieder auch durch Examensaufgaben zieht. Die Probleme um Art. 4 GG werden ihre überragende Examensrelevanz auch weiterhin behalten, zumal die vorliegende "Kopftuch"-Entscheidung des BVerwG wieder zahlreiche Literaturstimmen nach sich ziehen wird. Nachstehend ein kurzer Überblick über die verschiedenen Fallkonstellationen:

1. Wohl am prominentesten ist die vorliegende Konstellation der verweigerten Aufnahme in das Beamtenverhältnis. Ob ein Aufnahmeanspruch besteht, wird kontrovers beurteilt. Teilweise wird die Glaubensfreiheit der Bewerberin in den Vordergrund gestellt, teilweise die ihr widerstreitenden Verfassungsgüter wie Neutralitätspflicht des Staates, Erziehungsrecht der Eltern und negative Glaubensfreiheit der Schüler. Im Examen kann diese Fallgestaltung hervorragend sowohl in verfassungsrechtliche (Verfassungsbeschwerde gegen die verweigerte Berufung in das Beamtenverhältnis) als auch in verwaltungsrechtliche (Verpflichtungsklage auf Berufung) Aufgaben übernommen werden. Ein Berufungsanspruch kann sich übrigens unmittelbar aus Art. 33 II, III GG ergeben (ggf. in Verbindung mit den einfach-gesetzlichen Vorschriften über die Voraussetzungen für die Berufung in das Beamtenverhältnis wie deutsche Staatsangehörigkeit, Verfassungstreue usw., vgl. §§ 2 II, 4 BRRG, i.d.R. konkretisiert durch Landesrecht).

2. Nicht minder examensrelevant sind die Fälle, in denen der Schulleiter einem bereits verbeamteten Lehrer verbietet, im Unterricht ein bestimmtes religiöses Symbol zu tragen. Auch hier sind verwaltungs- wie verfassungsrechtliche Konstellationen denkbar. Ermächtigungsgrundlage für ein solches Verbot werden häufig die Vorschriften über die Amtsführung und Gehorsampflicht des Beamten (vgl. §§ 36, 37 BRRG,

i.d.R. konkretisiert durch Landesrecht) sein.

3. Schließlich ist auf die umgekehrte Fallkonstellation hinzuweisen, in der eine Betroffene das Kopftuch gerade nicht tragen will. So akzeptiert bspw. der Iran bei der Einreise von Frauen nur noch Pässe, in denen das Passfoto mit Kopftuch aufgenommen wurde. Deutsche Behörden haben sich daher z.T. genötigt gesehen, abgelehnte und in den Iran abzuschickende Asylbewerberinnen zu zwingen, zum Zwecke der Anfertigung entsprechender Fotos für die Reisedokumente ein Kopftuch umzubinden, wogegen sich diese unter Berufung auf ihre (negative) Religionsfreiheit wandten.

Vertiefungshinweise:

- Einen Berufungsanspruch verneinend: *VG Stuttgart*, NVwZ 2000, 959; *VGH Mannheim*, NJW 2001, 2899 = DVB1 2001, 1534 (Vorinstanzen)
- Einen Berufungsanspruch bejahend: *VG Lüneburg*, RA 2001, 181 = NJW 2001, 767; *Böckenförde*, NJW 2001, 723
- Verpflichtung zur Ablichtung mit Kopftuch: *VGH München*, RA 2000, 491 = NVwZ 2000, 952
- Zur Neutralitätspflicht des Staates: *Holzke*, NVwZ 2002, 903

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Opferlamm"
- Examenskurs: "Der Lehrer und die Sekte"

Leitsatz:

Die Einstellung einer Lehrerin an Grund- und Hauptschulen im Beamtenverhältnis auf Probe darf abgelehnt werden, wenn die Bewerberin nicht bereit ist, im Unterricht auf das Tragen eines "islamischen Kopftuchs" zu verzichten.

Sachverhalt:

Die 1972 in Kabul als Tochter afghanischer Eltern geborene Klägerin lebt seit 1987 in Deutschland und wurde 1995 eingebürgert. 1998 bestand sie die Zweite Staatsprüfung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen. Ihren Antrag auf Übernahme in den Schuldienst lehnte das Oberschulamt Stuttgart mit der Begründung ab, ihr fehle die persönliche Eignung, weil sie nicht bereit sei, während des Unterrichts darauf zu verzichten, aus religiösen Gründen ein Kopftuch zu tragen. Mit der Klage begehrt die Klägerin ihre Einstellung in den Schuldienst des Beklagten, hilfsweise die Neubescheidung ihres Antrags. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Auch die Berufung ist erfolglos geblieben. Die Revision blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Revision ist unbegründet. Das angefochtene Urteil verletzt kein revisibles Recht (§§ 137 Abs. 1 VwGO, §

127 Nr. 2 BRRG). Der Beklagte hat die Einstellung der Klägerin als Lehrerin an Grund- und Hauptschulen im Beamtenverhältnis auf Probe zu Recht abgelehnt.

I. Berufungsvoraussetzungen

Zu der für die Berufung in ein Beamtenverhältnis erforderlichen Eignung (Art. 33 Abs. 2 GG, § 11 Abs. 1 LBG BW) gehört es, dass erwartet werden kann, der Bewerber werde als Beamter seine Pflichten erfüllen (vgl. u.a. BVerwGE 81, 365 [369]). Diese Voraussetzung hat der Beklagte rechtsfehlerfrei verneint.

II. Tragen des Kopftuchs als Versagungsgrund

Nach den im angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen, an die der erkennende Senat mangels beachtlicher Verfahrensrügen gebunden ist (§ 137 Abs. 2 VwGO), befolgt die Klägerin die von ihr als für sie verbindlich bezeichneten Bekleidungs Vorschriften des Korans, wie sie diese versteht, und trägt in der Öffentlichkeit ein Kopftuch. Darauf will sie auch im Schulunterricht ausnahmslos nicht verzichten. Von der Bereitschaft, das Kopftuch im Unterricht abzulegen, darf der Beklagte aber die Einstellung der Klägerin in den öffentlichen Schuldienst abhängig machen.

III. Keine entgegenstehenden Grundrechte der Klägerin

Allerdings ist nach Art. 33 Abs. 3 Satz 1 GG die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis. Diese Gewährleistung hat grundrechtsgleichen Charakter, wie Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG verdeutlicht (BVerfGE 79, 69 [75]). Die Unabhängigkeit des Zugangs zu öffentlichen Ämtern von religiöser und weltanschaulicher Überzeugung folgt bereits inhaltsgleich aus Art. 4 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und Art. 33 Abs. 2 GG. Der Zugang zu öffentlichen Ämtern ist nicht nur von der Zugehörigkeit zu einer organisierten Religionsgemeinschaft unabhängig, sondern von jedem - auch individuell besonderen - religiösen Bekenntnis (BVerfGE 79, 69 [75]). Der Klägerin darf deswegen die begehrte Einstellung nicht aus Gründen verwehrt werden, die auch unter Berücksichtigung der sich aus dem Lehramt ergebenden zwingenden Erfordernisse mit der durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Glaubensfreiheit unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 79, 69 [75]; BVerwGE 81, 22 [24 f.]).

1. Schutzbereich betroffen

Da die Klägerin das für sie als verpflichtend angesehene Bekleidungsgebot aus ihrem Glauben herleitet, genießt sie den Grundrechtsschutz des Art. 4 Abs. 1 GG (BVerwGE 94, 82 [87 f.]) und des Art. 33 Abs. 3 Satz 1 GG. Das Tragen eines Kopftuchs aus religiöser Überzeugung fällt in den Schutzbereich der Glaubensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG), die durch die Gewährleistung der ungestörten Religionsausübung (Art. 4 Abs. 2 GG) noch verstärkt hervorgehoben wird (BVerfGE

24, 236 [245 f.]). Das Grundrecht umfasst die Freiheit nach den eigenen Glaubensüberzeugungen zu leben und zu handeln (BVerfGE 32, 98 [106]; 93, 1 [15]).

2. Schranken

Die Glaubensfreiheit wird zwar ohne Gesetzesvorbehalt, aber nicht schrankenlos gewährleistet. Einschränkungen ergeben sich aus der Verfassung selbst (BVerfGE 52, 223 [246 f.] m.w.N.; 93, 1 [21]). Namentlich findet die positive Bekenntnisfreiheit dort ihre Grenzen, wo ihre Ausübung durch den Grundrechtsträger auf kollidierende Grundrechte Andersdenkender trifft (BVerfGE 52, 223 [247] m.w.N.).

a. Neutralitätspflicht im staatlichen Schulwesen

Art. 4 Abs. 1 GG verleiht dem Einzelnen auch keinen uneingeschränkten Anspruch darauf, seine Glaubensüberzeugung im Rahmen staatlicher Einrichtungen zu betätigen oder mit staatlicher Unterstützung zum Ausdruck zu bringen (BVerfGE 93, 1 [16, 24]). Aus der umfassend gewährleisteten Glaubensfreiheit folgt vielmehr das Gebot staatlicher Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Religionen und Bekenntnissen (BVerfGE 93, 1 [16]). Um in einer pluralistischen Gesellschaft ein friedliches Zusammenleben der Anhänger unterschiedlicher oder sogar gegensätzlicher religiöser und weltanschaulicher Überzeugungen zu gewährleisten, muss der Staat in Glaubensfragen Neutralität bewahren und alles vermeiden, was den religiösen Frieden und eine gedeihliche Koexistenz in der Gesellschaft gefährden kann (BVerfGE 93, 1 [16 f.]). Das gilt insbesondere im Bereich des staatlichen Schulwesens. In öffentlichen Schulen, die keine Bekenntnisschulen sind, treffen wegen der allgemeinen Schulpflicht die unterschiedlichen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen der Schüler und ihrer Eltern sowie der Lehrer unvermeidlich und besonders intensiv aufeinander (BVerfGE 93, 1 [21]). Der gemeinsame Unterricht von Kindern der verschiedensten Weltanschauungs- und Glaubensrichtungen führt zu Spannungsverhältnissen zwischen negativer und positiver Bekenntnisfreiheit (BVerfGE 52, 223 [247]; 93, 1 [22]). Da in einer staatlichen Pflichtschule nicht alle ihre grundsätzlich gleichrangige negative und positive Religionsfreiheit konfliktlos voll verwirklichen können, kann sich der Einzelne dort nicht uneingeschränkt auf Art. 4 Abs. 1 und 2 GG berufen (BVerfGE 93, 1 [22]). Das trifft vor allem für Lehrer an öffentlichen Pflichtschulen zu.

b. Religiöses Erziehungsrecht der Eltern und negative Glaubensfreiheit der Schüler

Art. 4 Abs. 1 GG kommt in dem vom Staat organisierten und gestalteten Lebensbereich der bekenntnisfreien Pflichtschule (Art. 7 Abs. 1 GG) freiheitssichernde Bedeutung und Wirkung vornehmlich zugunsten der schulpflichtigen Kinder und ihrer Eltern zu (BVerfGE 93, 1 [16. ff.]). Der Staat, der die Eltern verpflichtet,

ihre Kinder in die staatliche Schule zu schicken, muss auch auf die Religionsfreiheit der Eltern Rücksicht nehmen. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gewährt zuvörderst den Eltern das Recht und die Pflicht, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder frei und - vorbehaltlich des Art. 7 GG - mit Vorrang vor anderen Erziehungsträgern zu gestalten. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG umfasst in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 GG das Recht zur Kindererziehung in religiöser und weltanschaulicher Hinsicht. Es obliegt den Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen zu vermitteln, die sie für richtig halten (BVerfGE 41, 29 [44, 47 f.]; 93, 1 [17]). Sie haben auch das Recht, ihre Kinder von Glaubensüberzeugungen fern zu halten, die den Eltern falsch oder schädlich erscheinen (BVerfGE 93, 1 [17]). Religiöse und weltanschauliche Einflüsse, die von Eltern in Ausübung ihres Grundrechts aus Art. 4 Abs. 1 GG abgelehnt werden, darf der Staat im öffentlichen Schulwesen nicht fördern oder unterstützen. Er muss eine derartige Einflussnahme seinerseits vielmehr soweit wie irgend möglich ausschalten und darf sich nicht mit einer Religionsgemeinschaft identifizieren (BVerfGE 93, 1 [17]). Kinder sind in öffentlichen Pflichtschulen ohne jegliche Parteinahme des Staates und der ihn repräsentierenden Lehrkräfte für christliche Bekenntnisse wie für andere religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu unterrichten und zu erziehen. Der Staat ist von Verfassungs wegen verpflichtet, die Neutralität der Schule insoweit sicherzustellen. Er muss auf die in einer pluralen Gesellschaft sehr unterschiedlichen Elternauffassungen Rücksicht nehmen und jede religiöse Einflussnahme durch Lehrer unterbinden. Deshalb gewinnt das Neutralitätsgebot mit wachsender kultureller und religiöser Vielfalt - bei einem wachsenden Anteil bekenntnisloser Schüler - zunehmend an Bedeutung und ist nicht etwa im Hinblick darauf aufzulockern, dass die kulturelle, ethnische und religiöse Vielfalt in Deutschland inzwischen auch das Leben in der Schule prägt, wie die Klägerin meint.

3. Eingriff von Schranken gedeckt

a. Gewichtung der verfassungsimmanenten Schranken

Das "islamische Kopftuch" ist Symbol einer bestimmten religiösen Überzeugung. Es kann nicht seines spezifischen Bezuges auf die Glaubensinhalte des Islam entkleidet und auf ein lediglich allgemeines Zeichen einer Kulturtradition reduziert werden. Wegen der Bedeutung, die Muslime dem Kopftuch beilegen, ist es auch für andere sinnbildlicher Ausdruck einer bestimmten Glaubensüberzeugung. Es wird allgemein als Bekenntnis der Trägerin zum islamischen Glauben verstanden.

aa. Konfrontationswirkung

Vor dem Hintergrund der allgemeinen Schulpflicht führt das Tragen eines Kopftuchs durch eine Lehrerin

im Unterricht dazu, dass die Schüler während des Unterrichts von Staats wegen ständig und unausweichlich mit diesem offenkundigen Symbol einer bestimmten Glaubensüberzeugung konfrontiert werden. Bei dem Tragen eines "islamischen Kopftuchs" im Unterricht handelt es sich nach Dauer und Intensität auch nicht um eine für die Glaubensfreiheit der Schüler unerhebliche bloße Bagatelle. Eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Schüler einer Grundschule kann dem Kopftuch nicht abgesprochen werden.

bb. Leichte Beeinflussbarkeit junger Schüler

Die Lehrerin tritt den Schülern als vom Staat berufene und ihn repräsentierende Autoritätsperson gegenüber. Ob ihr sichtbares Zeichen eines religiösen Bekenntnisses Einfluss auf die von ihr unterrichteten Schüler hat, ist zwar schwierig einzuschätzen. Einwirkungen der durch das Kopftuch einer Lehrerin symbolisierten Glaubensinhalte auf Schüler im Grund- und Hauptschulalter von vier bis vierzehn Jahren lassen sich aber jedenfalls nicht ausschließen. Kinder dieser Altersgruppe - vor allem noch im Grundschulalter - sind mental besonders leicht zu beeinflussen (BVerfGE 52, 223 [249]; 93, 1 [20]). Ihnen stellen sich viele Fragen. In ihren Anschauungen sind sie noch nicht gefestigt. Kritikvermögen und Ausbildung eigener Standpunkte sollen sie erst erlernen. Zur gegenseitigen Achtung vor der Überzeugung des anderen, zur Duldsamkeit und Toleranz sollen sie erst erzogen werden. Die durch das Kopftuch symbolisierte und ständig sinnfällig zum Ausdruck gebrachte Glaubensüberzeugung ihrer Lehrerin mag Kindern in diesem Alter durchaus vorbildhaft und befolgungswürdig erscheinen (vgl. auch Schweizerisches Bundesgericht, Entscheidung vom 12. November 1997, BGE 123 I 296, und EGMR, Entscheidung vom 15. Februar 2001, NJW 2001, 2871 [2873]).

b. Abwägung mit der Glaubensfreiheit der Kl.

Die verfassungsrechtlich gebotene Rücksichtnahme des Staates auf die Glaubensfreiheit grundschulpflichtiger Kinder und ihrer Eltern rechtfertigt es, Lehrerinnen an öffentlichen Grund- und Hauptschulen, die keine Bekenntnisschulen sind, das religiös motivierte Kopftuchtragen im Unterricht zu untersagen. Das Recht der Lehrerin, sich nach ihrer religiösen Überzeugung zu verhalten, muss während des Schulunterrichts gegenüber der konkurrierenden Glaubensfreiheit der Schüler und ihrer Eltern zurücktreten.

aa. Grundsatz der praktischen Konkordanz

Das Grundrecht der positiven und negativen Bekenntnisfreiheit steht zwar unter dem Gebot der Toleranz für Andersdenkende (BVerfGE 52, 223 [251] m.w.N.). Auch fordert der Grundsatz praktischer Konkordanz einen möglichst schonenden Ausgleich der widerstreitenden Rechtspositionen (BVerfGE 93, 1 [21] m.w.N.). Das Gebot praktischer Konkordanz zwingt aber nicht

dazu, das Elternrecht und die Glaubensfreiheit der Eltern und Schüler einer öffentlichen Schule zurückzudrängen, um einer Lehrerin das Kopftuchtragen auch im Schulunterricht zu ermöglichen.

Die Pflicht zur religiösen und weltanschaulichen Neutralität im öffentlichen Schulwesen ist von Verfassungs wegen dem Staat und den für ihn handelnden Lehrkräften auferlegt. Diese haben in jedem Fach auf die religiösen und weltanschaulichen Empfindungen aller Schüler gleichermaßen Rücksicht zu nehmen. Einschränkungen ihrer positiven Bekenntnisfreiheit, die erforderlich sind, um einen Schulunterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität sicherzustellen, müssen Lehrer an öffentlichen Schulen hinnehmen. Grundrechtsbeschränkungen, die durch Sinn und Zweck des konkreten Dienst- und Treueverhältnisses des Beamten gefordert werden (BVerfGE 19, 303 [322]), sind nach Art. 33 Abs. 5 GG zulässig. Die besonderen Amtspflichten der Lehrer ergeben sich aus dem Leitbild, das die Verfassung für das Lehramt an Schulen vorgibt. Das Gebot der religiösen Neutralität des Lehrers entspricht dem Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 GG) und dessen Verhältnis zum verfassungsrechtlich bestimmten Erziehungsauftrag der Schule (Art. 7 Abs. 1 GG) sowie den möglicherweise kollidierenden Grundrechten von Eltern und Schülern.

bb. Verhältnismäßigkeit

Das verfassungsrechtliche Gebot religiöser Neutralität fordert jedenfalls bei Lehrern an Grund- und Hauptschulen den Verzicht auf das Tragen eines "islamischen Kopftuchs" im Unterricht. Die Maßnahme ist nicht unverhältnismäßig.

(1). Geeignetheit

Der Konflikt zwischen verschiedenen Trägern eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts lässt sich anders nicht lösen.

(2). Erforderlichkeit

Ein schonenderer Ausgleich zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen ist nicht möglich. Eine gewissermaßen versuchsweise Zulassung des Kopftuchtragens im Unterricht bis zu etwaigen Einsprüchen von Eltern religionsunmündiger Schüler kommt nicht in Betracht. Bereits die Eröffnung einer Einwirkungsmöglichkeit auf die Kinder verletzt Glaubensfreiheit und Elternrecht. Ein Grundrechtseingriff durch Zuwarten, bis sich Einflüsse des Tragens eines Kopftuchs auf die Kinder zeigen und Eltern dagegen Abwehrrechte geltend machen, ist unzulässig. Auf den Grad der Wahrscheinlichkeit einer Beeinflussung der Schüler und des Eintritts konkreter Konflikte mit Eltern kommt es nicht an. Die Grundrechtskonkurrenz kann nicht in dieser Weise zu Lasten der Kinder gelöst werden. Sie müssen durch einen Unterricht in einem Umfeld religiöser Neutralität von vornherein vor unzulässigen

Einwirkungen geschützt werden.

(3). *Angemessenheit*

Dem erhöhten Schutzbedürfnis von Kindern an Grund- und Hauptschulen, die überwiegend noch nicht reli-

gionsmündig sind, gebührt gegenüber dem Recht der Lehrerin, ihre Religion auch äußerlich zu bekennen, im Unterricht an bekenntnisfreien staatlichen Pflichtschulen der Vorrang.

Standort: POR

Problem: Aufenthaltsverbot für Hütchenspieler

VG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 21.02.2002
5 E 4962/01 (V) (NVwZ-RR 2002, 575)

Problemdarstellung:

Das vorliegende Urteil des VG Frankfurt fügt sich nahtlos in die Kette von Entscheidungen zu sogen. "Aufenthaltsverboten" ein, mit denen viele Städte und Gemeinden versuchen, bestimmten Verhaltensweisen Herr zu werden. Ursprünglich wurden Aufenthaltsverbote gegenüber Drogendealern ausgesprochen, um die Drogenszene zu bekämpfen bzw. zu verlagern. In anderen Fällen ergingen Aufenthaltsverbote aber auch gegenüber Neonazis, Obdachlosen oder - wie hier - sogen. Hütchenspielern. Sie haben gemeinsam, dass sie - um überhaupt eine Wirkung zu erzielen - sich auf einen längeren Zeitraum von i.d.R. zwischen drei Monaten und einem Jahr erstrecken.

Problematisch ist in allen Fällen, auf welche Ermächtigungsgrundlage eine solche Maßnahme gestützt werden kann. Enthalten die Polizei- und Ordnungsgesetze der Länder bereits entsprechende Standardmaßnahmen (so z.B. § 17 II NdsGefAG), ist die Suche nach der Ermächtigungsgrundlage einfach (zu den verfassungsrechtlichen Zweifeln an ihrer Wirksamkeit siehe unten in der Prüfungsrelevanz). Ist dies - wie in den meisten Bundesländern - nicht der Fall, so besteht weitgehend Einigkeit, dass Aufenthaltsverbote jedenfalls nicht auf die Normen über den Platzverweis gestützt werden können, weil sie nicht - wie Platzverweise - "vorübergehend" sind. Fraglich ist dann, ob ein Rückgriff auf die Generalklausel möglich ist. Diese könnte jedoch durch die Vorschriften über den Platzverweis gesperrt sein, da diese spezieller sind (vgl. die Subsidiaritätsklauseln in den jeweiligen Landesgesetzen). Eine Anwendbarkeit wird von der wohl h.M. jedoch mit dem Argument bejaht, dass Platzverweis und Aufenthaltsverbot zwei wesensverschiedene Maßnahmen seien, so dass die Vorschriften über den Platzverweis gar nicht einschlägig seien, mithin auch keine Sperrwirkung entfalten könnten. Das VG Frankfurt vertritt in seinem Urteil die Gegenansicht.

Prüfungsrelevanz:

Die "RA" hat bereits mehrfach über die sogen. "Aufenthaltsverbote" und die damit zusammenhängenden Probleme berichtet. Hierzu sind auch zahlreiche Aufsätze veröffentlicht worden (siehe zu allem die Ver-

tiefungshinweise). Aufenthaltsverbote sind gerade wegen der Aktualität und der hervorragenden Eignung der Materie für Examensklausuren gegenwärtig *das* Thema im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts.

Neben der oben angesprochenen Frage nach dem Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage stellen sich vor allem noch folgende Probleme:

1. Streitig ist, ob Aufenthaltsverbote in die Freizügigkeit nach Art. 11 GG eingreifen. Die wohl h.M. fasst unter Freizügigkeit nicht nur die Freiheit des Ortswechsels, sondern auch das Verweilen an einem Ort von gewisser Dauer (vgl. zum Meinungsstand Kunig in: v.Münch, GG, Art. 11 Rz. 11 ff.). Wird jemandem also für mehrere Monate verboten, sich an bestimmten Plätzen aufzuhalten, spricht viel für einen Eingriff in Art. 11 GG. Wenn dem so ist, stellen sich folgende weitere Fragen:

a. Haben die Länder überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für Eingriffe in die Freizügigkeit? Art. 73 I Nr. 3 GG spricht hierfür zumindest seinem Wortlaut nach die ausschließliche Kompetenz dem Bund zu. Eine Erstreckung des Landes-Ordnungsrechts auf Aufenthaltsverbote könnte sich daher schon aus Kompetenzerwägungen verbieten. Dem könnte man allenfalls entgegenhalten, dass Art. 11 II GG als Schranke der Freizügigkeit gerade Maßnahmen der Gefahrenabwehr vorsieht.

b. Für Eingriffe in Art. 11 GG gilt das Zitiergebot des Art. 19 I 2 GG. Nicht alle Länder zitieren in ihrem Ordnungsrecht den Art. 11 GG (so fehlt ein solches Zitat bspw. in § 44 OBG NW bzw. § 7 PolG NW). Auch deshalb könnte eine Anwendung des Ordnungsrechts zur Einschränkung des Art. 11 GG bereits aus formellen Gründen ausscheiden.

2. In formeller Hinsicht kann die Bestimmtheit (§ 37 I VwVfG) des Verbots problematisch sein, wenn nur von "der Innenstadt" o.ä. die Rede ist. Wird der Verfügung hingegen - wie hier - ein Plan beigelegt, auf dem die verbotenen Straßen und Plätze genau eingezeichnet sind, dürfte dies bestimmt genug sein.

3. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist ebenfalls problematisch.

a. Zweifelhaft ist schon die Geeignetheit. Aufenthaltsverbote gegen einzelne Drogendealer werden zur Gefahrbeseitigung überwiegend für ungeeignet gehalten, weil sich die Konsumenten dann bei anderen Dealern

bedienen. Hingegen werden sie überwiegend für geeignet gehalten, wenn sie kollektiv, also gegen alle bekannten Mitglieder der Szene ausgesprochen werden. Zwar zweifelt eine m.M. dies auch dann noch mit dem Hinweis an, dass nur eine Verlagerung der Szene bewirkt würde; die h.M. geht allerdings davon aus, dass schon eine gewisse Erschwernis der Drogenbeschaffung - und sei es auch nur übergangsweise - den Zweck der Bekämpfung des Drogenmissbrauchs zumindest fördert, was für die Geeignetheit ja bereits genügt.

b. Probleme bereitet ferner die Angemessenheit. Die Dauer von einem Jahr - wie im vorliegenden Fall - dürfte auch im Wiederholungsfalle viel zu lang sein. Drei bis sechs Monate hingegen werden überwiegend für zulässig gehalten. Allerdings muss immer gesichert sein, dass der Betroffene die Möglichkeit hat, zu besonderen Anlässen (Gerichtstermine, Arbeit, Behördengänge etc.) Ausnahmen vom Aufenthaltsverbot zu bekommen. Sind solche nicht vorgesehen, ist die Maßnahme unangemessen.

Vertiefungshinweise:

Zum Aufenthaltsverbot gegenüber Drogenhändler und Konsumenten: *VGH München*, RA 2001, 599 = BayVBl 2001, 529; *OVG Bremen*, NVwZ 1999, 314; *OVG Münster*, NVwZ 2001, 459

Zum Aufenthaltsverbot gegenüber (ehemaligen) Neonazis: *VG Leipzig*, RA 2001, 726 = NVwZ 2001, 1317

Aus der Literatur: *Hecker*, NVwZ 1999, 261; *Deger*, VBIBW 1996, 90; *Götz*, NVwZ 1998, 679

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Anordnung eines Platzverweises ist nur vorübergehend rechtlich zulässig. Längere Aufenthaltsverbote können nicht auf § 31 HessSOG gestützt werden.

2. Für ein Aufenthaltsverbot scheidet auch ein Rückgriff auf die allgemeine Befugnisnorm des § 11 HessSOG aus.

Sachverhalt:

Der Kl. zählt zur Hütchenspielerzene im Bereich des Frankfurter Bahnhofsviertels. Im Jahre 1999 wurde er mehrfach beim Hütchenspielen angetroffen; aus diesem Anlass wurden ihm zehn Platzverweise erteilt. Am 26. 1. 2000 erließ die Bekl. gegenüber dem Kl. ein sechsmonatiges Aufenthaltsverbot in einem auf einem Plan näher bezeichneten Bereich des Frankfurter Bahnhofsviertels. Gleichwohl wurde der Kl. im Zeitraum April bis Juni 2000 mehrfach im verbotenen Bereich angetroffen. Nach Anhörung des Kl. erließ die Bekl. am 13. 12. 2000 erneut ein Aufenthaltsverbot für einen bestimmten, auf einem Plan im Einzelnen bezeichneten Teil des Frankfurter Bahnhofsvier-

tels. Das Aufenthaltsverbot wurde für die Dauer von zwölf Monaten angeordnet, zeitlich wurde es von 14 bis 4 Uhr beschränkt. Begründet wurde das Aufenthaltsverbot als Maßnahme der Gefahrenabwehr, um die durch den Kl. unmittelbar bestehende Gefahr von Straftaten durch Hütchenspiele zu beseitigen. Dabei stützte sich die Bekl. darauf, dass das Hütchenspiel jedenfalls kein unbedenkliches Geschicklichkeitsspiel sei, sondern vielmehr eine Straftat bzw. Ordnungswidrigkeit darstelle. Eine konkrete Gefahr durch den Kl. wurde insbesondere wegen der erheblichen und mehrfachen Verstöße gegen die in der Vergangenheit erlassenen Platzverweise und Aufenthaltsverbote gesehen, die ein erneutes Einschreiten erforderlich machten. Die Maßnahme sei, so heißt es in dem Bescheid weiter, auch verhältnismäßig, da durch den Aufenthalt des Kl. im bezeichneten Bereich wichtige Rechtsgüter beeinträchtigt würden und er diese Orte ausschließlich zum Zweck des Hütchenspiels aufsuche; seinen Wohnsitz habe der Kl. außerhalb dieses Bereichs.

Das VG gab der nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhobenen Klage statt.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet, denn die angegriffenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen den Kl. in seinen Rechten.

A. Ermächtigungsgrundlage

I. Erforderlichkeit

Die Verfügung vom 13. 12. 2000, mit der gegen den Kl. ein Aufenthaltsverbot für einen näher bezeichneten Bereich der Innenstadt von Frankfurt a. M. ausgesprochen wurde, verstößt gegen den Vorbehalt des Gesetzes, da er sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen kann. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung und ist in der Lehre ebenso anerkannt, dass Eingriffe in die Freiheit eines Bürgers einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, weil die grundgesetzlich festgelegten Grundrechte, die die Freiheit des Bürgers umfassend schützen, nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkt werden können. Von daher müssen die Eingriffsbefugnisse der Verwaltung gesetzlich nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt und begrenzt sein, so dass Beschränkungen voraussehbar und berechenbar sind. Dabei sind, wie das BVerfG in seiner Rechtsprechung immer wieder betont hat (vgl. BVerfGE 42, 1 [41]), im Bereich der Eingriffsverwaltung strenge Maßstäbe an die „Regelungsdichte“ zu stellen [...]

II. Vorhandensein

1. Platzverweis, § 31 HessSOG

§ 31 HessSOG regelt die Platzverweisung, also das

Gebot, vorübergehend einen Ort zu verlassen (Wegweisung) oder nicht zu betreten (Betretungsverbot).

a. Zitiergebot

Dabei hat sich der Gesetzgeber von dem Gedanken leiten lassen, dass Ortswahl und Ortsaufenthalt umfassenden grundgesetzlichen Schutz nach Art. 2 II GG und nach Art. 11 I GG genießen, so dass für eine Einschränkung die Vorschrift des Artikels 19 I GG beachtet werden muss, ein Umstand, dem der Gesetzgeber in § 10 HessSOG Rechnung getragen hat.

b. "Vorübergehend"

Unabhängig von dem generellen Grundsatz, dass die Vorschrift des § 31 HessSOG wegen des mit einer Platzverweisung verbundenen Grundrechtseingriffs eng auszulegen ist (vgl. hierzu Hornmann, HessSOG, § 31 Rdnr. 1), hat der Gesetzgeber darüber hinaus eindeutig geregelt, dass ein Platzverweis nur vorübergehend zulässig ist. Hieraus folgt bereits, dass (lang-)andauernde Aufenthaltsverbote auf die Befugnisnorm des § 31 HessSOG nicht gestützt werden können.

2. Generalklausel, § 11 HessSOG

Zutreffend hat die Bekl. in ihrer Verfügung vom 1. 7. 2001 auch deshalb nicht auf die Vorschrift des § 31 HessSOG, sondern — wenngleich im Ergebnis unzutreffend — auf die Generalklausel des § 11 HessSOG zurückgegriffen.

a. Subsidiaritätsklausel

§ 11 HessSOG, der den Gefahrenabwehrbehörden die Möglichkeit einräumt, erforderliche Maßnahmen zu treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren, schreibt den Anwendungsbereich dieser Norm jedoch dahingehend verbindlich fest, dass die Generalklausel nur Anwendung findet, „soweit nicht die folgenden Vorschriften der Befugnisse der Gefahrenabwehr und der Polizeibehörden besonders regeln“. Hieraus folgt, dass die Befugnisse des § 11 HessSOG hinter den Spezialregelungen über Befugnisse der §§ 12 bis 43 HessSOG zurücktreten (Grundsatz der Subsidiarität) und dass andererseits die in den §§ 12 bis 43 HessSOG normierten Einzelermächtigungen abschließende Sachverhaltsregelungen enthalten und daher nicht über die Generalklausel des § 11 HessSOG ausgeweitet werden dürfen; dies entspricht h.M. (vgl. Hornmann, HessSOG, § 11 Rdnr. 3; Meixner, HessSOG, 6. Aufl., § 11 Rdnr. 2; Rachor, in: Lisken/Denninger, Hdb. des PolR, 3. Aufl., F 453).

b. Sperrwirkung bei Aufenthaltsverboten

Soweit die Bekl. diesem auch vom Kl. vertretenen Ansatz entgegen getreten ist, lässt sich der Rückgriff auf § 11 HessSOG auch nicht unter Hinweis auf die

Rechtsprechung des OVG Bremen (NVwZ 1999, 314) mit der Argumentation rechtfertigen, es handle sich bei dem Versuch der Bekl., die Hütchenspielerzone aus dem Frankfurter Bahnhofsviertel zu vertreiben, um eine komplexe, neu aufgetretene Gefahrenlage; Platzverweis und Aufenthaltsverbot seien zwei qualitativ unterschiedliche Maßnahmen, so dass § 31 HessSOG keine Sperrwirkung gegenüber § 11 HessSOG entfalte.

Zwar ist der Bekl. zuzugestehen, dass für komplexe und atypische, insbesondere nach Art und Maß bislang nicht bekannte Gefahrenlagen die Generalklausel des § 11 HessSOG nach wie vor eine wichtige Auffangfunktion besitzt. Dies gilt jedoch zum einen nicht für jede neu aufgetretene Gefahrenlage, zum anderen ergibt sich aus § 31 HessSOG, dass das Aufenthaltsverbot eine besondere Form eines Betretungsverbot (Aufenthaltsbeschränkung) ist, welches in dieser Vorschrift abschließend geregelt ist. Die Bedeutung, die der Gesetzgeber selbst dem Subsidiaritätsgebot beimisst, folgt zum einen aus der Gesetzesbegründung zu § 11 HessSOG (vgl. LT-Dr 12/5794, S. 52, 61) sowie daraus, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit einem „Hausverbot für Ehepartner und Partner einer Lebensgemeinschaft“ eine spezielle Befugnisnorm für erforderlich hält, den Rückgriff auf die Generalklausel also nicht für ausreichend ansieht (so auch Rachor, in: Lisken/Denninger, Hdb. des PolR, 3. Aufl., F 454, der eine gesetzliche Regelung für notwendig erachtet).

III. Ergebnis

Lässt sich mithin das gegenüber dem Kl. verfügte Aufenthaltsverbot weder auf § 31 HessSOG noch auf § 11 HessSOG stützen, so mangelt es der Verfügung der Bekl. vom 13. 12. 2000 an einer Rechtsgrundlage mit der Folge, dass die Verfügung als rechtswidrig zu erachten ist.

B. Verhältnismäßigkeit

Über die o.g. Ausführungen hinaus ergibt sich die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung jedoch auch daraus, dass das Aufenthaltsverbot für den Zeitraum von einem Jahr ausgesprochen worden ist. Maßnahmen der Gefahrenabwehrbehörden stehen, wie sich aus § 4 HessSOG ergibt, unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Unter mehreren und geeigneten Maßnahmen ist daher nur diejenige zu treffen, die den Einzelnen und die Allgemeinheit voraussichtlich am wenigsten beeinträchtigen. Dabei darf die Maßnahme nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem erstrebten Erfolg erkennbar außer Verhältnis steht; sie ist nur solange zulässig, bis der Zweck erreicht ist oder sich zeigt, dass er nicht erreicht werden kann. Die Dauer des gegen den Kl. verfügten Aufenthaltsverbots genügt dem in § 4 HessSOG verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der seine

Grundlage im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) und den einzelnen Grundrechten findet, mithin also Verfassungsrang hat, nicht. Er rechtfertigt sich insbesondere auch nicht aus der Überlegung der Bekl., dass ein bereits in der Vergangenheit gegen den Kl. verhängtes Aufenthaltsverbot von sechs Monaten sich aus der Sicht der Behörde als erfolglos erwiesen hat. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist immanent der Grundsatz des Verbotes zeitlichen Übermaßes, wie er in § 4 III HessSOG seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Die Behörde kann sich ihrer Verpflichtung, Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung abzuwehren, nicht dadurch entziehen,

dass sie einem in ihren Augen potenziellen Handlungsstörer für ein die Dauer eines Jahres umfassenden Zeitraum ein Aufenthaltsverbot auferlegt, ohne jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die aus ihrer Sicht das Verbot rechtfertigenden Umstände, mit hin die Gefahrenlage, weiterhin bestehen. Ob unter Berücksichtigung dieser Grundsätze allenfalls ein Zeitraum von höchstens vier Wochen in Betracht gezogen werden dürfte, braucht vorliegend abschließend nicht entschieden zu werden. Jedenfalls verstößt die zwölf Monate umfassende Anordnung gegen die oben genannten Grundsätze.

Standort: VerwR AT

Problem: Anordnung eines "Drogenscreenings"

BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.07.2002

1 BvR 2428/95 (NJW 2002, 2381)

BVERFG, BESCHLUSS VOM 20.06.2002

1 BUR 2062/96 (NJW 2002, 2378)

Problemdarstellung:

Die vorliegenden Entscheidungen des BVerfG beschäftigen sich mit der Frage, ob und wann Cannabis-Konsum Zweifel an der Eignung des Konsumenten zum Führen von Kraftfahrzeugen im Straßenverkehr begründen und damit zum Verlust der Fahrerlaubnis führen kann.

Die bisher ständige Verwaltungspraxis, welche auch von den Verwaltungsgerichten abgesegnet wurde, ging dahin, schon beim Besitz kleiner Mengen bzw. gelegentlichen Konsum von Cannabis-Produkten eine fachärztliche Untersuchung (sogen. "Drogenscreening") auf Kosten des Betroffenen anzuordnen. Brachte dieser das Gutachten nicht bei oder fiel dieses für ihn negativ aus, wurde in aller Regel die Fahrerlaubnis entzogen. Dies geschah selbst dann, wenn der Drogenkonsum bzw. -besitz in keinerlei Zusammenhang mit dem Straßenverkehr stand. Die Betroffenen könnten unter Drogeneinfluss u.U. nicht mehr objektiv über ihre Fahrtauglichkeit entscheiden; auch sei die charakterliche Eignung fraglich. Ferner bestünde die Gefahr sogen. "Flashbacks", die auch bei Drogenkonsum außerhalb des Straßenverkehrs zu plötzlich auftretenden Blackouts während der Fahrt führen könnten.

Im Anschluss an eine aktuelle Entscheidung des BVerwG erteilt das BVerfG dieser Praxis eine Absage (siehe hierzu die zweite der nachfolgend wiedergegebenen Entscheidungen). Sofern nur gelegentlicher Drogenkonsum nachgewiesen worden sei, der in keinerlei Zusammenhang mit dem Straßenverkehr gestanden habe, sei die Anordnung eines "Drogenscreenings" auf Kosten des Betroffenen mangels hinrei-

chend konkreten Verdachts der Fahruntauglichkeit ebenso unzulässig wie der Entzug der Fahrerlaubnis bei Nichtbeibringung des Gutachtens. Liegen dagegen weitere Anhaltspunkte vor, die auf einen regelmäßigen Drogenkonsum schließen lassen (z.B. einschlägige Vorstrafen), oder wurde der Betroffene mit Drogen im Straßenverkehr angetroffen, kann ein "Drogenscreening" durchaus angezeigt sein (siehe hierzu die erste Entscheidung).

Prüfungsrelevanz:

Die hier angesprochene Problematik lässt sich mit vielen examensrelevanten Problemen aus dem allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts und des Staatshaftungsrechts verbinden. So stellt die Anordnung der Straßenverkehrsbehörden, zur Klärung der Fahrtauglichkeit des Betroffenen ein fachärztliches Gutachten beizubringen, nach h.M. keinen selbstständig anfechtbaren Verwaltungsakt dar, da der Anordnung die Regelungswirkung fehlt. Es handelt sich vielmehr um eine nicht selbstständig anfechtbare (§ 44a VwGO) verfahrensrechtliche Obliegenheit. Dem Betroffenen steht es nämlich frei, das Gutachten beizubringen; die Anordnung ist nicht verbindlich und kann auch nicht vollstreckt werden. Sie dient lediglich der Vorbereitung der abschließenden Entscheidung über den Entzug der Fahrerlaubnis. Bringt der Betroffene das Gutachten nicht bei, muss er allerdings die Konsequenzen tragen. Wird ihm infolge dessen die Fahrerlaubnis entzogen, kann er hiergegen dann im Wege der Anfechtungsklage vorgehen.

Staatshaftungsrechtlich lässt sich etwa der Fall bilden, dass der Betroffene infolge der Nichtbeibringung des Gutachtens und des darauf folgenden Entzuges der Fahrerlaubnis Schäden erleidet (z.B. Berufskraftfahrer) und diese nun liquidieren will oder er das Gutachten beibringt, um so den Entzug der Fahrerlaubnis abzuwenden, anschließend jedoch die Kosten des Gutachtens vom Staat ersetzt verlangt. In beiden Fäl-

len kommen Amtshaftungsansprüche (Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB) in Betracht, die u.a. eine Amtspflichtverletzung voraussetzen. Diese wäre gegeben, wenn die Anordnung der Beibringung des Gutachtens rechtswidrig war. An dieser Stelle wäre dann auf die vorliegende Rechtsprechung und die von dieser aufgestellten Voraussetzungen einzugehen.

Für Referendare sind die Entscheidungen ebenfalls sehr relevant, da sich hieraus in idealer Weise Aktentücke für Vorträge oder schriftliche Prüfungsaufgaben (z.B. in Form einer Anwaltsklausur über das weitere Vorgehen nach Anordnung der Gutachtenbeibringung) erstellen lassen.

Vertiefungshinweise:

Zur Entziehung der Fahrerlaubnis bei Drogenkonsum: *VG Augsburg*, NZV 1997, 534; *VG Berlin*, NZV 1996, 423; *Epping*, NZV 1994, 129; *Lotze/Seidl*, NZV 1997, 421; *Gehrmann*, NZV 1997, 457

Gleich lautende Entscheidung des BVerwG: *BVerwG*, NJW 2002, 78

Zur (fehlenden) VA-Qualität der Anordnung der Gutachtenbeibringung: *BVerwGE* 34, 248 gegen *OVG Koblenz*, DAR 1968, 138

Kursprogramm:

Examenskurs: "Rentnerführerschein"

1. Teil: BVerfG, Beschluss vom 08.07.02, 1 BvR 2428/95 (NJW 2002, 2381):

Leitsatz (der Redaktion):

Besteht der hinreichend konkrete Verdacht, dass jemand im Straßenverkehr unter dem Einfluss von Cannabis-Konsum ein Kraftfahrzeug geführt hat, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, ihn einer Fahreignungsprüfung zu unterziehen, die auch die Anforderung eines fachärztlichen Gutachtens auf der Grundlage eines sogen. "Drogenscreenings" umfassen kann.

Sachverhalt:

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen die verwaltungsgerichtlich bestätigte Entziehung von Fahrerlaubnissen im Zusammenhang mit dem Besitz von Haschisch. Im vorliegenden Fall wendet sich der Bf. gegen die Entziehung von Fahrerlaubnissen, die ihm in den Jahren 1988 und 1991 erteilt worden waren. Sie bezogen sich auch auf die Fahrgastbeförderung und das Führen eines Taxis. Grund für die Entziehung war insbesondere, dass im Verlauf einer polizeilichen Kontrolle im Aschenbecher des Fahrzeugs des Bf. die Reste eines mit Haschisch versetzten Joints gefunden worden waren, der Bf. Haschisch in geringen Mengen mit sich führte und er einen früheren Drogenkonsum eingestanden hatte, wenngleich er

(unter Beifügung eines entsprechenden Attests seines Hausarztes) angab, diesen mittlerweile eingestellt zu haben. Der daraufhin angeordneten Beibringung eines fachärztlichen Gutachtens auf der Basis eines sogen. "Drogenscreenings" kam er nicht nach.

Im Mai 1996 sind ihm auf seinen Antrag hin Fahrerlaubnisse neu erteilt worden, die den entzogenen inhaltlich entsprechen. Seine aktuelle Beschwer besteht vor allem noch darin, dass er die im Ausgangsverfahren angefallenen Kosten zu tragen hat.

Aus den Gründen:

Die Annahmenvoraussetzungen des § 93a II BVerfGG liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist die Annahme zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Grundrechte angezeigt. Die Verfassungsbeschwerde bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Sie ist bereits unzulässig. Denn mit der Neuerteilung der dem Bf. zuvor entzogenen Fahrerlaubnisse ist sein Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Verfassungsbeschwerde entfallen.

A. Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse bei Kostenlast als alleiniger Beschwer

Eine Verfassungsbeschwerde gegen Behörden- und Gerichtsentscheidungen ist im Allgemeinen unzulässig, wenn der Bf. nicht mehr durch die Entscheidungen zur Hauptsache, sondern nur noch durch die Nebenentscheidungen über die Kosten belastet wird. Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine verfassungsgerichtliche Prüfung der gesamten Behörden- und Gerichtsentscheidungen wird hier nur ausnahmsweise anzunehmen sein (vgl. *BVerfGE* 33, 247 [256]; 37, 305 [312]; 38, 206 [212]; 39, 276 [292]; 59, 336 [349]; 70, 180 [190]; 85, 109 [113f.]). Dies wäre etwa der Fall, wenn der geltend gemachten Grundrechtsverletzung besonderes Gewicht zukäme oder wenn der Bf. durch die angegriffenen Entscheidungen trotz zwischenzeitlich erfolgten Wegfalls der Hauptsachebeschwerde weiterhin existenziell betroffen wäre.

B. Besonderes Gewicht der Grundrechtsverletzung

Der geltend gemachten Grundrechtsverletzung kommt kein besonderes Gewicht zu (vgl. zu diesem Begriff *BVerfGE* 90, 22 [25]). Zwar stand die frühere behördliche und fachgerichtliche Praxis zur Überprüfung von Fahrerlaubnisinhabern mit Verfassungsrecht — insbesondere dem grundrechtlichen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit — nicht in Einklang, soweit die Feststellung des unerlaubten Besitzes einer kleinen Menge Cannabis für sich allein bereits zum Anlass genommen worden ist, dem Betroffenen ein fachärztliches Gutachten auf der Grundlage eines "Drogenscreenings" abzuverlangen (vgl. hierzu *BVerfG*, RA 2002,

453 [in diesem Heft] = NJW 2002, 2378; BVerwG, NJW 2002, 78). Solche Bedenken bestehen jedoch nicht, wenn über den bloßen Besitz von Cannabis hinaus konkrete tatsächliche Verdachtsmomente dafür ermittelt worden sind, dass der Betroffene den Konsum von Cannabis und die aktive Teilnahme am Straßenverkehr nicht zuverlässig zu trennen vermag oder zu trennen bereit ist.

I. Ungeeignetheit zum Führen von KfZ nach Cannabis-Konsum

Heute wird weit gehend übereinstimmend davon ausgegangen, dass die Fahrtüchtigkeit eines Kraftfahrzeugführers im akuten Haschischrausch und während der Dauer einer mehrstündigen Abklingphase aufgehoben ist (vgl. etwa Kannheiser, NZV 2000, 57 [59]; vgl. hierzu ferner BVerfGE 89, 69 [77 ff.]; BVerfGE 90, 145 [181]). Sind hinreichend konkrete tatsächliche Verdachtsmomente festzustellen, dass jemand während der Teilnahme am Straßenverkehr Cannabis konsumiert oder sonst wie unter Cannabis-Einfluss ein Kraftfahrzeug geführt hat, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken, ihn einer Fahreignungsüberprüfung zu unterziehen. Diese kann auch die Anforderung eines fachärztlichen Gutachtens auf der Grundlage eines "Drogenscreenings" umfassen. Verweigert der Betroffene die Mitwirkung an der Überprüfung, darf dies in dem Verfahren zur Entziehung der Fahrerlaubnis zu seinen Lasten gewürdigt werden.

II. Konkrete Verdachtsmomente im vorliegenden Fall

Die Verkehrsbehörde hat im vorliegenden Fall die ihrer Gutachtensanforderung zu Grunde gelegte Gefahrenprognose nicht allein auf den beim Bf. festgestellten unerlaubten Besitz einer kleinen Menge Haschisch gestützt. Vielmehr hat sie im Zuge einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Gesamtschau mehrere tatsächliche Erkenntnisse gewürdigt, die Zweifel am Vermögen und an der Bereitschaft des Bf. begründeten, zwischen dem Konsum von Haschisch und der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr zu trennen. Maßgebend war insbesondere, dass im Verlauf einer polizeilichen Kontrolle im Aschenbecher des Fahrzeugs des Bf. die Reste eines mit Haschisch versetzten Joints gefunden worden waren. Dies legte die Annahme nahe, dass im Fahrzeug selbst und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch in engem zeitlichem Zusammenhang mit einer Teilnahme am Straßenverkehr Haschisch konsumiert worden war. Da der Bf. hierzu keine Erklärungen abgegeben hat, konnte der Verdacht nicht entkräftet werden, dass er selbst Konsument gewesen war. Die polizeilichen Feststellungen anlässlich der Kontrolle des Bf., also der Fund einer kleinen Menge Haschisch an dessen Person und die Feststellung frischer Konsumspuren in seinem Fahrzeug, legten in hinreichender Weise den

Verdacht nahe, dass der Bf. — entgegen der Annahme seines Hausarztes — den für einen früheren Zeitpunkt unstreitigen Konsum von Drogen nicht eingestellt hatte.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Bf. durch die angegriffenen Behörden- und Gerichtsentscheidungen ungeachtet der Neuerteilung der ihm entzogenen Fahrerlaubnisse anhaltend existenziell betroffen ist. Sonstige Umstände, aus denen ein Rechtsschutzbedürfnis des Bf. abgeleitet werden könnte, sind nicht ersichtlich.

2. Teil: BVerfG, Beschluss vom 20.06.2002, 1 BuR 2062/96 (NJW 2002, 2378):

Leitsatz (der Redaktion):

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die Fachgerichte davon ausgehen, dass der nachgewiesene einmalige oder nur gelegentliche Konsum von Cannabis-Produkten ohne Bezug zum Straßenverkehr allein als Verdachtselement nicht ausreicht, um eine Fahreignungsprüfung anzuordnen.

Sachverhalt:

Nach § 3 StVG und nach den Vorschriften der Fahrerlaubnisverordnung (FeV) ist eine Fahrerlaubnis zu entziehen, wenn sich der Erlaubnisinhaber zum Führen von Kraftfahrzeugen als ungeeignet erweist. Bei hinreichendem Verdacht des Vorliegens erheblicher Eignungsmängel ist die zuständige Behörde ermächtigt, dem Erlaubnisinhaber aufzugeben, bestimmte Gutachten über seine Kraftfahreignung beizubringen. Die Missachtung einer solchen Anordnung hat regelmäßig die Entziehung der Fahrerlaubnis zur Folge.

Dem Bf. ist im Jahre 1975 nach damaligem Recht eine Fahrerlaubnis der Klasse 3 erteilt worden. Im März 1994 wurde er anlässlich einer Einreise aus den Niederlanden nach Deutschland einer polizeilichen Personenkontrolle unterzogen. Hierbei wurden bei ihm insgesamt fünf Gramm Haschisch aufgefunden. Das gegen den Bf. eingeleitete strafrechtliche Ermittlungsverfahren ist Ende März 1994 durch die StA eingestellt worden. Mit Schreiben vom 29.04.1994 teilte die Stadt Freiburg i. Br. als zuständige Verkehrsbehörde dem Bf. unter Hinweis auf die ihr übermittelten Daten mit, dass erhebliche Bedenken hinsichtlich seiner Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen bestünden. Es bestehe der Verdacht, dass seine körperlich-geistige Leistungsfähigkeit drogenkonsumbedingt ständig unter das erforderliche Maß herabgesetzt sei. Die Stadt forderte den Bf. in Anwendung des nach damaligem Recht einschlägigen § 15 b II StVZO auf, der Behörde ein so genanntes "Drogenscreening" vorzulegen. Hierzu habe der Bf. innerhalb von drei Tagen ab Zugang des Schreibens eine Urinprobe beim

Rechtsmedizinischen Institut der Universität Freiburg abzugeben und diese auf seine Kosten umfassend auf Drogenrückstände untersuchen zu lassen. Für den Fall der Weigerung oder nicht fristgerechten Abgabe der Urinprobe wurde dem Bf. die Entziehung seiner Fahrerlaubnis angedroht. Der Bf. legte hiergegen Widerspruch ein. Die angeordnete Untersuchung ließ er nicht vornehmen. Über den Widerspruch ist bislang nicht entschieden worden. Statt dessen entzog die Stadt Freiburg i. Br. dem Bf. unter Bezugnahme auf die Weigerung mit für sofort vollziehbar erklärtem Bescheid vom 19. 7. 1994 die Fahrerlaubnis. Der Bf. legte auch gegen diesen Bescheid Widerspruch ein und beantragte beim VG die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dieses Rechtsbehelfs.

Das VG wies den Antrag des Bf. auf vorläufigen Rechtsschutz zurück. Das Regierungspräsidium wies daraufhin durch Bescheid vom 8. 3. 1995 auch den Widerspruch des Bf. gegen die Entziehung seiner Fahrerlaubnis zurück. Die vom Bf. gegen die Bescheide erhobene Klage wurde mit Gerichtsbescheid abgewiesen. Auf Berufung des Bf. hielt der VGH in seinem — die Revision nicht zulassenden — Urteil an den im Eilrechtsschutzverfahren getroffenen Feststellungen zur Rechtmäßigkeit der behördlichen Anforderung des "Drogenscreenings" fest. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision gegen das Berufungsurteil wies das BVerwG durch Beschluss vom 23. 8. 1996 zurück (NJW 1997, 269). In einem späteren, nicht die Person des Bf. betreffenden Verfahren entwickelte das BVerwG seine Rechtsprechung zur Anwendung von § 15 b StVZO bei festgestelltem Cannabiskontakt mit Urteil vom 5. 7. 2001 fort. Es entschied, dass ein einmaliger oder gelegentlicher Cannabiskonsum ohne konkrete Verknüpfung mit der Teilnahme am Straßenverkehr für sich allein keinen nach § 15 b II StVZO ausreichenden Anlass zur Anforderung eines "Drogenscreenings" gebe. Der Bf. hat gegen die ihn belastenden Entscheidungen Verfassungsbeschwerden erhoben. Diese hatten Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen einer stattgebenden Kammerentscheidung sind gegeben (§ 93 c I BVerfGG). Der Erste Senat des BVerfG hat in seinem Beschluss vom 24. 6. 1993 (BVerfGE 89, 69) die für den vorliegenden Fall maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen geklärt. Nach den in dieser Entscheidung niedergelegten Grundsätzen sowie der Senatsrechtsprechung zum grundrechtlichen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG (vgl. BVerfGE 80, 137 [152 ff.]) ist die Verfassungsbeschwerde begründet.

A. Schutzbereich des Art. 2 I GG betroffen

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen den Bf. in seinem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG. Ob darüber hinaus auch das all-

gemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG) verletzt worden ist, bedarf keiner Entscheidung. Art. 2 I GG gewährleistet die allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne (vgl. BVerfGE 6, 32, [36]; 97, 332 [340]; st. Rspr.). Von dieser Handlungsfreiheit ist auch das Führen von Kraftfahrzeugen im öffentlichen Straßenverkehr erfasst.

B. Eingriff

Die angegriffene Verfügung der Fahrerlaubnisentziehung und die darauf bezogenen Behörden- und Gerichtsentscheidungen enthalten einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts.

C. Verhältnismäßigkeit

Die Handlungsfreiheit ist allerdings nicht unbegrenzt gewährleistet. Zum Schutz eines kollidierenden Rechtsguts dürfen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Beschränkungen vorgenommen werden. Sie sind verfassungsmäßig, wenn sie zum Schutz des Rechtsguts nicht nur geeignet und erforderlich sind, sondern auch zur Art und Intensität der Rechtsgütergefährdung in einem angemessenen Verhältnis stehen (vgl. BVerfGE 16, 194 [201 f.]; 92, 277 [327 f.]; st. Rspr.). Dies setzt eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe voraus (vgl. BVerfGE 94, 372 [390]; st. Rspr.).

Dieser Eingriff war verfassungswidrig, weil er in keinem angemessenen Verhältnis zu der Intensität der Rechtsgütergefährdung stand. Denn es fehlte als Grundlage der Überprüfung der Fahreignung des Bf. nach § 15 b II StVZO ein hinreichender Gefahrenverdacht, der einen Eignungsmangel als nahe liegend erscheinen lässt (vgl. BVerfGE 89, 69 [85 f.]). Die Weigerung des Bf., sich der Begutachtung zu stellen, durfte im Fahrerlaubnisentziehungsverfahren daher nicht zu seinen Lasten gewürdigt werden.

I. Prüfungsumfang des BVerfG in Abhängigkeit von der Eingriffsintensität

Die Auslegung des einfachen Rechts, die Beweiswürdigung und die Subsumtion des Sachverhalts im einzelnen Fall sind Sache der dafür zuständigen Fachgerichte. Haben sie ihre Rechtsprechung im Verlauf des Verfahrens fortentwickelt, ist der grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen fachgerichtlicher und verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung dadurch Rechnung zu tragen, dass im Verfassungsbeschwerde-Verfahren auf die aktuelle fachgerichtliche Rechtsprechung abgestellt wird (vgl. auch BVerfGE 104, 337). Eine solche Fortentwicklung der Rechtsprechung ist vorliegend im Hinblick auf die Voraussetzungen von Gefahrerforschungseingriffen bei Cannabiskonsum erfolgt (vgl. BVerwG, NJW 2002, 78). Die fachrichterliche Rechtsprechung ist der Nachprüfung durch das BVerfG grundsätzlich entzo-

gen (vgl. BVerfGE 18, 85 [92]; 89, 1, [10]; st. Rspr.). Je nachhaltiger ein Akt hoheitlicher Gewalt in die Grundrechtssphäre des Bürgers eingreift, desto weiter reichen jedoch die Überprüfungsbefugnisse des BVerfG (vgl. BVerfGE 83, 130 [145]; st. Rspr.). Die einem belastenden Hoheitsakt zu Grunde gelegten Sachverhaltswürdigungen und darauf aufbauenden Abwägungen sind insbesondere eingehender verfassungsgerichtlicher Prüfung zugänglich, wenn der Hoheitsakt den betroffenen Bürger dauerhaft an der Ausübung von Grundrechten hindert, denen für seine persönliche Lebensgestaltung Bedeutung zukommt. So liegt es bei der Entziehung einer Fahrerlaubnis.

II. Tatsachengrundlage für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

1. Gefährdung der Fahrtüchtigkeit bei Cannabiskonsum

[...] Unstreitig kann Cannabiskonsum die Fahreignung i.S. von § 15 b StVZO ausschließen. Hierbei spielt es keine Rolle, in welcher Verkehrsform (Haschisch, Marihuana, Haschisch-Öl) die in der Cannabispflanze enthaltenen Cannabinoide aufgenommen werden. Von unzureichender Kraftfahreignung infolge drogenkonsumbedingter körperlich-geistiger Leistungsdefizite ist insbesondere auszugehen, wenn der Konsum von Drogen beim Betroffenen dazu geführt hat, dass seine Auffassungsgabe, seine Konzentrationsfähigkeit, sein Reaktionsvermögen oder seine Selbstkontrolle ständig unter dem für ein sicheres und verkehrsgerechtes Führen von Kraftfahrzeugen im Straßenverkehr erforderlichen Maß liegen. Fahruntauglichkeit ist ferner anzunehmen, wenn der Betroffene grundsätzlich außer Stande ist, eine drogenkonsumbedingte zeitweilige Fahrtüchtigkeit rechtzeitig als solche zu erkennen oder trotz einer solchen Erkenntnis von der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr abzusehen. [...] In Ausnahmefällen kann der Konsum von Cannabis auch eine dauerhafte fahreignungsrelevante Absenkung der körperlich-geistigen Leistungsfähigkeit des Konsumenten nach sich ziehen. Diese Fälle sind in der Regel dadurch gekennzeichnet, dass über einen längeren Zeitraum erheblicher Drogenmissbrauch geübt worden ist. Darüber hinaus wird der Eintritt chronischer Beeinträchtigungen der Leistungsfähigkeit bei besonders gefährdeten Personengruppen — etwa bei Jugendlichen in der Entwicklungsphase oder bei Personen, die mit latent vorhandenen Psychosen belastet sind — als möglich angesehen. In den — zahlenmäßig überwiegenden — übrigen Fällen besteht nach heutiger Erkenntnis in aller Regel kein Anlass zu der Befürchtung, dass der Konsum von Haschisch bei den Betroffenen zu einer permanenten fahreignungsrelevanten Absenkung ihrer körperlich-geistigen Leistungsfähigkeit führt.

2. Fähigkeit zum Erkennen der eigenen Fahrtüchtigkeit

Nach aktuellem Erkenntnisstand ist es bei einmaligem oder gelegentlichem Haschischkonsum auch nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Betroffene außer Stande ist, eine drogenkonsumbedingte zeitweilige Fahrtüchtigkeit rechtzeitig als solche zu erkennen oder trotz einer solchen Erkenntnis von der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr abzusehen. In der einschlägigen Fachliteratur wird zwar darauf hingewiesen, dass der Verlauf eines Haschischrauschs und die Dauer seines Abklingens von zahlreichen Faktoren bestimmt werden, weshalb sie vom Konsumenten im Vorhinein kaum zuverlässig abgeschätzt werden können. Es gibt allerdings keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte dafür, dass der einmalige oder gelegentliche Cannabiskonsum im Regelfall drogenkonsumbedingt außer Stande ist, die seine Fahrtüchtigkeit ausschließenden Wirkungen des Haschischkonsums als solche zu erkennen oder besserer Erkenntnis zuwider eine Teilnahme am Straßenverkehr zu unterlassen. Ein bei jedem, auch dem einmaligen oder gelegentlichen Haschischkonsumenten bestehender Eignungsmangel lässt sich auch nicht mit einem relevanten Risiko des späteren Eintritts unvorhersehbarer Echoräusche (Flashbacks) begründen, wie sie bei Konsumenten mancher „harter“ Drogen verzeichnet werden können. Insofern bedarf die in der Literatur umstrittene Frage keiner Klärung, ob der Konsum von Haschisch überhaupt mit einem Flashbackrisiko verbunden ist. Denn selbst wenn dies der Fall sein sollte, so wäre das Risiko eines nicht vorhersehbaren plötzlichen Verlusts der Fahrtüchtigkeit als sehr gering einzuschätzen. Nach Mitteilung der hierzu um Stellungnahme gebetenen Bundesregierung und der Landesregierungen sowie sachkundiger Dritter sind bislang nur sehr wenige Fälle bekannt geworden, in denen Anlass zu der Annahme bestand, ein Unfall im Straßenverkehr oder eine Verkehrsgefährdung könnte möglicherweise auf den haschischkonsumbedingten Echorausch eines Verkehrsteilnehmers zurückgeführt werden; lediglich in einzelnen Fällen konnte die Möglichkeit eines Echorauschs nicht vollständig ausgeschlossen werden, der aber in keinem Fall nachweisbar war.

III. Subsumtion

Die Abwägung der Schwere des durch die Fahrerlaubnisentziehung bewirkten Grundrechtseingriffs und des Gewichts sowie der Dringlichkeit der zu seiner Rechtfertigung benannten Gründe ergibt unter Berücksichtigung dieses allgemeinen Kenntnisstands, dass der Bf. in unverhältnismäßiger Weise in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit beschränkt worden ist.

1. Legitimer Zweck der Maßnahme

Die Entziehung einer Fahrerlaubnis nach § 4 StVG

und § 15 b I StVZO dient dem legitimen Zweck, den fahrungseigneten Erlaubnisinhaber davon abzuhalten, aktiv mit einem Kraftfahrzeug am öffentlichen Straßenverkehr teilzunehmen. Dadurch sollen von ihm ausgehende Gefahren für die Sicherheit des Straßenverkehrs und damit verbundene Gefahren für Leben, Gesundheit und Eigentum anderer Bürger abgewendet werden. Ein auch verfassungsrechtlich tragfähiger Anlass zur Entziehung einer Fahrerlaubnis besteht zum einen bei einem dauerhaften, generell die Fahreignung (und nicht lediglich situationsbedingt die Fahrtüchtigkeit) ausschließenden Eignungsmangel; der Gesetzgeber hat dem durch § 4 StVG und § 15 b I StVZO Rechnung getragen. In Betracht kommen hier die schon erwähnten körperlich-geistigen Mängel, also Defizite der körperlich-geistigen Leistungsfähigkeit oder Fehlfunktionen, die das Unvermögen des Betroffenen zur Folge haben, ein Kraftfahrzeug sicher und verkehrsgerecht im Straßenverkehr zu führen. Zum anderen können charakterlich-sittliche Mängel die Fahreignung ausschließen. Solche Mängel liegen vor, wenn der Betroffene bereit ist, das Interesse der Allgemeinheit an sicherer und verkehrsgerechter Fahrweise den jeweiligen eigenen Interessen unterzuordnen und hieraus resultierende Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Verkehrs in Kauf zu nehmen. Ausdruck eines Mangels dieser Art ist es, wenn ein Fahrerlaubnisinhaber ungeachtet einer im Einzelfall anzunehmenden oder jedenfalls nicht auszuschließenden drogenkonsumbedingten Fahruntüchtigkeit nicht bereit ist, vom Führen eines Kraftfahrzeugs im öffentlichen Straßenverkehr abzusehen (unzureichende Trennungsbereitschaft).

2. Interessen des Betroffenen

Dem öffentlichen Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs steht das private Interesse eines Bürgers am Erwerb und Bestand einer Fahrerlaubnis gegenüber. Ihr Wegfall kann die persönliche Lebensführung und damit die Wahrnehmung grundrechtlicher Freiheiten des Erlaubnisinhabers und seiner Familie nachhaltig beeinflussen. Die Fahrerlaubnis hat für den Bürger nicht selten existenzsichernde Bedeutung (vgl. BVerwG, NJW 2002, 78 [79]). Ihre Entziehung kann insbesondere dazu führen, dass die Ausübung des Berufs eingeschränkt oder ganz aufgegeben werden muss.

3. Abwägung

Diese absehbaren Folgen einer Fahrerlaubnisentziehung muss der Betroffene hinnehmen, wenn hinreichender Anlass zu der Annahme besteht, dass aus seiner aktiven Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr eine Gefahr für dessen Sicherheit resultiert. Das Sicherheitsrisiko muss deutlich über demjenigen liegen, das allgemein mit der Zulassung von Personen zum Führen von Kraftfahrzeugen im öffentlichen

Straßenverkehr verbunden ist.

Das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherheit des Straßenverkehrs und der aus Art. 2 II 1 GG ableitbare Auftrag zum Schutz vor erheblichen Gefahren für Leib und Leben (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]) gebieten es, hohe Anforderungen an die Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen zu stellen. Eine darauf bezogene präventive Kontrolle von Kraftfahrern, wie sie in § 4 I StVG, § 15 b II StVZO vorgesehen war, ist verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. BVerfGE 89, 69 [85]). Auch darf der Fortbestand der Voraussetzungen einer einmal erteilten Erlaubnis überprüft werden. Setzt die Überprüfung belastende, in Grundrechte eingreifende Maßnahmen voraus, ist bei der Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit das Spannungsverhältnis zu berücksichtigen, das zwischen dem Interesse an der Sicherheit des Straßenverkehrs einerseits und dem Interesse des Fahrerlaubnisinhabers andererseits besteht, von Gefahrerforschungseingriffen verschont zu bleiben, die mit erheblichen Belastungen für ihn verbunden sind (zu den Belastungen vgl. BVerwG, NJW 2002, 78 [79]).

a. Keine Rechtfertigung der Anordnung des "Drogenscreenings" allein wegen bestehender Nachweisprobleme

Mit Blick auf dieses Spannungsverhältnis kann auf das Erfordernis eines hinreichenden Verdachts fehlender Fahreignung nicht schon allein deshalb verzichtet werden, weil es für die zuständigen Behörden schwer ist, verdachtsauslösende Momente zu entdecken, noch bevor es zu einem drogenkonsumbedingten Verkehrsunfall oder einer Verkehrsgefährdung gekommen ist. Vorangegangener Cannabiskonsum lässt sich am Verhalten des Konsumenten zwar regelhaft schwerer erkennen als Alkoholkonsum. Polizeibeamten ist es jedoch bei entsprechender Schulung in der Regel möglich, Anzeichen des Cannabiskonsums — etwa bei einer Fahrzeugkontrolle — anhand des Aussehens und Verhaltens des Konsumenten festzustellen und dies dann zum Anlass weiterer Aufklärungsmaßnahmen zu nehmen. Die entsprechenden Verdachtsmomente sind zwar andere als beim Alkoholkonsum und die Anforderungen an deren Feststellung dürfen auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Erkennbarkeit von Mängeln der Fahrtüchtigkeit und -eignung festgelegt werden. Ein gänzlicher Verzicht auf hinreichende Verdachtsindikatoren ist in einem Rechtsstaat jedenfalls bei einem für die persönliche Lebensführung gewichtigen Eingriff ausgeschlossen. Besteht ein hinreichender Verdacht und können mögliche Eignungsmängel nur unter aktiver Mitwirkung des Fahrerlaubnisinhabers aufgeklärt werden, ist es unbedenklich, diese Mitwirkung einzufordern und bei ihrer Verweigerung die dadurch bewirkte Vereitelung der abschließenden Aufklärung zum Nachteil des Betroffenen zu würdigen.

b. Konkreter Verdacht als Anordnungsvoraussetzung

Die gesetzlichen Anforderungen an die Art und Intensität des Verdachts, der solche Folgen auslösen kann, müssen allgemein und ihre Rechtsanwendung muss im Einzelfall dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden. Die Beschränkungen sind nur angemessen, wenn die Behörde im Zuge der Ausübung der gesetzlichen Ermächtigung zur Fahreignungsüberprüfung hinreichend konkrete Verdachtsmomente feststellt, die einen Eignungsmangel als nahe liegend erscheinen lassen (vgl. BVerfGE 89, 69 [85 f.]).

c. Einmaliger oder gelegentlicher Konsum von Cannabis außerhalb des Straßenverkehrs genügt nicht für konkreten Verdacht

Es trägt dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Angemessenheit der eingreifenden Maßnahme im Verhältnis zum Anlass des Einschreitens Rechnung, wenn das BVerwG in seiner neueren Rechtsprechung davon ausgeht, dass der einmalige oder nur gelegentliche Cannabiskonsum ohne Bezug zum Straßenverkehr nicht als hinreichendes Verdachtselement zu bewerten ist (vgl. BVerwG, NJW 2002, 78 [80]).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze durften der beim Bf. einmalig festgestellte Haschischbesitz und die Weigerung der Teilnahme am "Drogenscreening" nicht als alleinige Grundlage der Entziehung der Fahrerlaubnis genommen werden. Die Annahme der Verkehrsbehörde, dass die Feststellung des unerlaubten Besitzes einer kleinen Menge Haschisch als deutliches Indiz für beabsichtigten Eigenkonsum gewertet werden kann, stößt zwar auf keine Bedenken. Es fehlen jedoch Anhaltspunkte dafür, beim Bf. aus der einmaligen Feststellung beabsichtigten Eigenkonsums einer kleinen Menge Haschisch auf das ständige Vorhandensein fahreignungsrelevanter körperlich-geistiger Leistungsdefizite zu schließen. Ebenso wenig wäre es tragfähig, aus dieser Feststellung den

Schluss zu ziehen, dass der Bf. entweder nicht in der Lage oder aber nicht Willens ist, zuverlässig zwischen dem Drogenkonsum und der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr zu trennen. Ergänzende Anhaltspunkte etwa derart, dass der Bf. unter Drogeneinfluss ein Kraftfahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr geführt oder über einen längeren Zeitraum erheblichen Haschischmissbrauch geübt hat oder einer der besonders gefährdeten Personengruppen angehört, sind von der Verkehrsbehörde nicht ermittelt worden. Es gibt auch keine Anzeichen für den Konsum „harter“ Drogen durch den Bf. und darauf aufbauende Zweifel an der Fahreignung. Denn Feststellungen zum Umgang des Bf. mit „harten“ Drogen sind im Ausgangsverfahren nicht getroffen worden. Der bloße Verdacht auf Haschischkonsum rechtfertigt für sich allein aber nicht den Schluss auf bereits erfolgten oder absehbaren Konsum „harter Drogen“ (vgl. hierzu bereits BVerfGE 90, 145 [180 f.]).

D. Entscheidung

Die angegriffene Fahrerlaubnisentziehungsverfügung der Stadt Freiburg i. Br., wie auch die diesen Bescheid im Widerspruchs- und nachfolgenden Verwaltungsstreitverfahren bestätigenden Behörden- und Gerichtsentscheidungen beruhen auf der festgestellten Grundrechtsverletzung. Die Entscheidungen sind daher aufzuheben (§ 95 II BVerfGG. Da die angegriffenen Entscheidungen keinen Bestand haben, braucht der Frage nicht nachgegangen zu werden, ob mit ihnen auch gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 I GG) verstoßen wurde, indem die behördliche Praxis beim bloßen Verdacht auf Haschischkonsum Ermittlungsmaßnahmen nach § 15 b II StVZO ergreift, bei Verdacht auf Alkoholkonsum hingegen von solchen Maßnahmen regelmäßig absteht.

Standort: Wahlrecht**Problem: Einwurf von Flugblättern in Hausbriefkasten**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 01.08.2002

2 BvR 2135/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hält es in dem vorliegenden Beschluss für verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn einer politischen Partei durch die Fachgerichte verboten wird, Flugblätter in den Hausbriefkasten einzuwerfen, wenn der Hauseigentümer diesen mit einem Aufkleber "Keine Werbung einwerfen" versehen hatte. Das BVerfG sieht Wahlwerbung in Form von Flugblättern zwar als von der Meinungsfreiheit der Partei (Art. 5 I 1 GG i.V.m. Art. 21 I GG) geschützt an; allerdings sei dieses Recht mit den Grundrechten

des Betroffenen aus Art. 2 I GG (allg. Handlungsfreiheit) und Art. 14 I GG (Eigentum an Grundstück und Briefkasten) abzuwägen. Diese Abwägung führe zum Verbot unerwünschter Werbung, obwohl nur ein verhältnismäßig geringfügiger Eingriff in die Rechte des Betroffenen vorliege. Dokumentiere dieser durch einen Aufkleber o.ä., dass er keine (Wahl-)Werbung wünsche, müsse dies respektiert werden, da ansonsten der Eigentümer schutzlos bliebe. Die Partei müsse sich dabei das Verhalten ihrer Zusteller grds. zurechnen lassen.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat vor allem vor dem aktuellen

Hintergrund der Bundestagswahl erhöhte Bedeutung. Ansprüche eines Hauseigentümers gegen unerwünschte Werbung sind zunächst zivilrechtlicher Natur (z.B. Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB). Daran ändert sich auch nichts, wenn es sich um Wahlwerbung einer politischen Partei (hier die Partei der "Republikaner") handelt, denn Parteien sind als bürgerlich-rechtliche Vereine organisiert. Dementsprechend lag der Verfassungsbeschwerde der Republikaner auch ein Urteil des Kammergerichts Berlin zugrunde.

Die Grundrechtsbetroffenheit des Eigentümers in Art. 2 I GG und Art. 14 I GG wird vom BVerfG ohne Begründung inzidenter bejaht, indem diese Grundrechte mit der Meinungsfreiheit der Partei abgewogen werden und von einem zwar nur geringen, aber doch bestehenden Eingriff die Rede ist. In der Literatur und von den Fachgerichten (z.B. BVerwGE 82, 29, 30 ff.; Pieroth/Schlink, Grundrechte, 14. Aufl. Rz. 249) wird unerwünschte Werbung hingegen häufig als Beispiel für eine bloße Belästigung genannt, welche die Schwelle zum Grundrechtseingriff (erforderlich hierfür ist mit der modernen Eingriffslehre eine spürbare Beeinträchtigung, also nicht nur eine Bagatelle) gerade nicht überschreite, sofern der Betroffene nicht gerade mit Werbung "überschwemmt" werde und diese leicht beseitigen könne. Der Unterschied zu dem vom BVerwG entschiedenen Fall liegt darin, dass der Betroffene sich hier ausdrücklich durch einen Aufkleber gegen den Einwurf von Werbung gewehrt hatte, während es sich dort um einen unaufgefordert zugesandten Werbebrief handelte, ohne dass bereits im Vorfeld eine Ablehnungsbekundung des Adressaten erfolgt war.

Jedenfalls müsste auf die Überschreitung der Bagatellschwelle in einem Gutachten eingegangen werden, bevor die widerstreitenden Grundrechte im Wege der "praktischen Konkordanz" abgewogen werden können.

Vertiefungshinweise:

- Wahlplakate als straßenrechtliche Sondernutzung: VG Gießen, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418
- Zugangsanspruch zu einer Wahlsendung: BVerfG, Beschluss vom 30.8.2002 (als Urteil in Fallstruktur in diesem Heft); VG Weimar, RA 2000, 441 = NVwZ-RR 2000, 406

Leitsatz (der Redaktion):

Eine politische Partei wird nicht dadurch in ihren Grundrechten verletzt, dass ihr der Einwurf von Flugblättern in den Hausbriefkasten von den Fachgerichten untersagt wird, wenn der Hauseigentümer am Briefkasten einen Aufkleber mit der Aufschrift "keine Werbung einwerfen" angebracht hatte.

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin, die politische Partei "Republikaner", wendet sich mit der Verfassungsbeschwerde dagegen, dass sie unter Androhung von Ordnungsgeld gerichtlich verurteilt wurde, den Einwurf ihrer Flugblattwerbung in den Hausbriefkasten des Klägers des Ausgangsverfahrens zu unterlassen, solange dort der Aufkleber "keine Werbung einwerfen" angebracht ist. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen für die Annahme der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor, denn der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Rechte angezeigt (vgl. BVerfGE 90, 22 <24 ff.>; 96, 245 <248 ff.>). Die Verfassungsbeschwerde ist ohne Aussicht auf Erfolg. Die Rüge der Beschwerdeführerin, das Kammergericht habe im Rahmen der vorgenommenen Abwägung die Bedeutung ihrer durch Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG geschützten Betätigungsfreiheit als politische Partei verkannt, und die damit zusammenhängenden Rügen einer Verletzung der Parteiengleichheit und des Willkürverbots sind unbegründet.

A. Prüfungsumfang des BVerfG

Ob die Beschwerdeführerin verpflichtet ist, den Einwurf von Flugblättern in den Hausbriefkasten des Klägers des Ausgangsverfahrens zu unterlassen, ist zunächst eine Frage des einfachen Rechts (vgl. BVerfG, NJW 1991, S. 910 f.). Die Auslegung und Anwendung einfachrechtlicher Regelungen unter Würdigung des konkreten Sachverhalts obliegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie den dafür zuständigen Fachgerichten. Deren Beurteilung ist vom Bundesverfassungsgericht nur daraufhin nachzuprüfen, ob die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs, beruhen und auch in ihrer Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind (BVerfGE 18, 85 <92 f.>; st.Rspr., vgl. in neuerer Zeit BVerfG, NVwZ-RR 1999, 217 <218>). [...]

B. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 i.V.m. 21 I GG der Partei

Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert den Parteien das Recht, bei der politischen Willensbildung des Volkes mitzuwirken. In den Schutzbereich der Parteifreiheit fällt dementsprechend auch die Werbung mit Plakaten und mittels Informationsständen sowie die Verteilung und Zusendung von Flugblättern und anderem Wer-

bematerial (vgl. BVerfG, NJW 1991, 910 f.; ebenso: Morlok in: Dreier [Hrsg.], GG, Art. 21 Rz. 59). Die Werbung mit Flugblättern dient, auch wenn sie außerhalb von Wahlkampfzeiten stattfindet, der Einflussnahme auf die politische Willensbildung und ist damit von der Betätigungsfreiheit der politischen Parteien umfasst. Insbesondere kleinere Parteien wie die Beschwerdeführerin, die in den Medien kaum Gehör finden, bedürfen dieses Mittels, um in der Öffentlichkeit Aufmerksamkeit zu erlangen und ihre Meinung zu verbreiten. Die angegriffene Entscheidung des Kammergerichts hat dies nicht verkannt; sie lässt keine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung und der Tragweite des Rechts der politischen Parteien auf freie Betätigung erkennen. Das Gericht hat das Interesse der Beschwerdeführerin an der Verbreitung und Verteilung von Flugblättern mit ihren politischen Ansichten (Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 21 Abs. 1 Satz 1 GG) und das Interesse des Betroffenen, von unerwünschter politischer Werbung in seinem Hausbriefkasten verschont zu bleiben (Art. 2 Abs. 1 GG), in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise gegeneinander abgewogen.

C. Abwägung mit Art. 2 I GG und Art. 14 I GG des Betroffenen als Grundrechtsschranke

Dass das Kammergericht trotz des geringen Gewichts des Eingriffs in die Rechte des Betroffenen aus Art. 2 Abs. 1 GG - der Betroffene wird durch den Einwurf der Werbesendung nicht gezwungen, deren Inhalt zur Kenntnis zu nehmen oder sich gar mit ihm auseinanderzusetzen - zu keinem anderen Ergebnis bei seiner Abwägung gelangte, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

I. Kein faktisches Werbeverbot

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führt das angegriffene Urteil nicht zu einem faktischen

Verbot der Flugblattwerbung oder zu einer Benachteiligung gegenüber politischen Mitbewerbern. Das Kammergericht hat allein entschieden, dass die Beschwerdeführerin es zu unterlassen hat, Wahlwerbung in den Hausbriefkasten des Klägers des Ausgangsverfahrens einzuwerfen oder einwerfen zu lassen, solange dort der Aufkleber "keine Werbung einwerfen" angebracht ist. Dass dies praktisch darauf hinausläufe, der Beschwerdeführerin eine Flugblattwerbung generell unmöglich zu machen, ist nicht ersichtlich.

II. Zurechnung des Verhaltens der Verteiler auf die Beschwerdeführerin zumutbar

Die Beschwerdeführerin hat nach dem angegriffenen Urteil allein für die ihrem Einfluss unterliegende unerwünschte und damit rechtswidrige Flugblattverteilung und Versendung von Informationsmaterial durch ihre Mitglieder und mit der Verteilung oder Versendung von Werbematerial beauftragte Dritte einzustehen. Die angegriffene Entscheidung fußt auf der Annahme, dass die Beschwerdeführerin sich das Verhalten der in ihre Werbemaßnahmen eingeschalteten Organisationen und Personen zurechnen lassen muss, sofern sie sich nicht durch die Darlegung entlasten kann, dass sie alles ihr Zumutbare unternommen hat, um Rechtsbeeinträchtigungen des Klägers des Ausgangsverfahrens auszuschließen.

Dass das Kammergericht insoweit die bloße nicht näher substantiierte Anweisung der Beschwerdeführerin an ihren Landesverband, Briefkastenaufkleber mit der Aufschrift "keine Werbung einwerfen" zu beachten, nicht als ausreichend erachtet hat, begegnet angesichts der in Rede stehenden gegenläufigen Rechte der betroffenen Personen aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. [...] Von einer weiteren Begründung wird nach § 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG abgesehen.

*Zivilrecht***Standort: Bürgschaft****Problem: Sittenwidrigkeit der Ehegattenbürgschaft**

BGH, URTEIL VOM 14.05.2002
XI ZR 50/01 (NJW 2002, 2228)

Problemdarstellung:

In dieser Entscheidung hat der BGH weiterhin seine Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften durch einkommens- und vermögenslose Personen aus dem näheren Umfeld des Hauptschuldners, insbesondere dessen Ehegatten, konkretisiert.

Dabei stellt er nochmals fest, dass für die Frage der krassen finanziellen Überforderung des Bürgen auf seine Vermögensverhältnisse allein abzustellen ist. Bei dieser Überprüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen sind die zur Zeit auf seinem Grundstück liegenden Belastungen, z.B. Grundschulden, Hypotheken, etc., als Minusposten abzuziehen. Eine frühere Rechtsprechung des BGH, die noch die gegenteilige Ansicht vertreten hat, wird damit ausdrücklich aufgegeben. Denn die Nichtberücksichtigung solcher Belastungen würde dazu führen, einen Bürgen als leistungsfähig einzustufen, obwohl er dies ersichtlich nicht ist.

Im Weiteren stellt der BGH eindeutig klar, dass allein die krasse finanzielle Überforderung des Bürgen, die regelmäßig schon vorliegt, wenn der Bürge durch sein pfändbares Einkommen und Vermögen nicht einmal die Zinslast tragen könne, die widerlegliche Vermutung auslöst, dass der die Bürge diese ruinöse Bürgschaft nur aus emotionalen Gründen abgegeben hat und daher sittenwidrig gem. § 138 I BGB ist.

Schließlich konkretisiert der BGH seine Rechtsprechung, was das schutzwürdige Interesse der Banken vor Vermögensverschiebungen unter Ehegatten oder sonstigen nahstehenden Personen betrifft. Ein Interesse des Kreditgebers, sich durch eine an sich wirtschaftlich sinnlose Bürgschaft vor solchen Vermögensverschiebungen zu schützen, ist jetzt nur noch geeignet die Sittenwidrigkeit derselben auszuschließen, wenn dieser Haftungsgrund ausdrücklich in der Bürgschaft aufgenommen worden ist.

Prüfungsrelevanz:

An der klausurrelevanten Bedeutung der Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger hat sich nichts geändert. Das Studium des Bürgschaftsrechts ist nämlich heutzutage kaum noch allein anhand von Lehrbüchern und dem Gesetzestext möglich; die in den letzten Jahren ergan-

gene Rechtsprechung an die Anforderungen einer Bürgschaft zwingt den Examenskandidaten dazu, die höchstrichterliche Rechtsprechung auf diesem Gebiet stets im Auge zu behalten. Eine Klausur aus diesem Themengebiet ermöglicht es dem Justizprüfungsamt, den Examenskandidaten nicht nur auf die dogmatischen Grundlagen, sondern auch auf die aktuelle Judikatur zu testen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Ehegattenbürgschaft: *OLG Köln*, NJW-RR 2001, 139; *OLG München*, NJW-RR 2000, 639; *Oberhammer*, DZW 2000, 45; *Tonner*, JuS 2000, 17

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"

Leitsätze:

1. Bei der Beurteilung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen oder Mithaftenden sind die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf seinem Grundbesitz ruhenden dinglichen Belastungen grundsätzlich wertmindernd zu berücksichtigen.

2. Ein Interesse des Kreditgebers, sich durch einen an sich wirtschaftlich sinnlosen Bürgschafts- oder Mithaftungsübernahmevertrag vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, vermag die Sittenwidrigkeit grundsätzlich nur bei einer ausdrücklichen Haftungsbeschränkung zu vermeiden. Das gilt auch für eine vor dem 1. 1. 1999 übernommene Bürgschaft (Aufgabe von BGH, NJW 1999, 58).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Bürgschaft. Die klagende Sparkasse schloss am 13/14. 4. 1994 mit der R-Bau-GmbH (nachfolgend: R-GmbH), dem früheren Bekl. zu 1 und einem weiteren Gesellschafter der R-GmbH fünf Darlehensverträge, darunter einen Kontokorrentkreditvertrag über einen Höchstbetrag von 200 000 DM zu einem Zinssatz von 12,5% p. a. Gleichzeitig übernahm die Bekl. zu 2 (nachfolgend: Bekl.), Ehefrau des früheren Bekl. zu 1, eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von 100 000 DM zur Sicherung für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten und befristeten Forderungen der Kl. gegen die Darlehensnehmer.

Zuvor hatte die B-Bank GmbH eine Ausfallbürgschaft über 80% für die gewährten Kredite bestellt. Nachdem eine Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der R-GmbH am 31. 5. 1996 mangels Masse abgelehnt worden war, kündigte die Kl. sämtliche Darlehensverträge fristlos. In der Folgezeit zahlte die B-Bank GmbH der Kl. einen Betrag von 207 471,01 DM und ermächtigte sie zur gerichtlichen Geltendmachung der ihr als Ausfallbürgin zustehenden Forderungen gegen die Darlehensnehmer und die Bekl. als Mitbürgin. Nach Verwertung verschiedener Sicherheiten hat die Kl. Zahlungsklage erhoben.

Das LG hat der Klage gegen den früheren Bekl. zu 1 teilweise und der gegen die Bekl. antragsgemäß in Höhe von 100 000 DM zuzüglich Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist weitgehend erfolglos geblieben. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer., soweit zum Nachteil der Bekl. erkannt wurde.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.,

Das BerGer. hat die Bürgschaftsübernahme der Bekl. für wirksam erachtet und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Der Bürgschaftsvertrag der Parteien verstoße entgegen der Ansicht der Bekl. nicht gegen die guten Sitten. Eine krasse finanzielle Überforderung bei Abgabe der Bürgschaftserklärung lasse sich nach dem Vortrag der Bekl. nicht feststellen. Zwar seien die Mieteinkünfte aus ihrer Immobilie nur zu erzielen, wenn zugleich das auf ihr lastende Hypothekendarlehen ordnungsgemäß zurückgezahlt werde. Solange sie aber mit ihren gesamten Einnahmen und der Schuldentilgung eigenes Vermögen bilden könne, sei die Annahme einer krassen finanziellen Überforderung sachlich nicht gerechtfertigt.

Überdies komme nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH eine Anwendung des § 138 I BGB auch deswegen nicht in Betracht, weil das Interesse der Klägerin, sich vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, die Bürgschaft rechtfertige. Die vom XI. Zivilsenat des BGH vertretene Gegenmeinung überzeuge nicht. Wie die Regeln über die Anfechtung von Rechtsgeschäften des Schuldners in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz zeigten, seien Vermögensverschiebungen unter Eheleuten nicht nur eine abstrakte Möglichkeit, sondern eine von der Rechtsordnung wahrgenommene, ernsthaft bestehende Gefährdung der Gläubigerinteressen. Wenn ein Gläubiger nach den Grundsätzen der Privatautonomie diesem rechtlich anerkannten Interesse Rechnung trage und sich durch einen Bürgschaftsvertrag einen eigenständigen Zahlungsanspruch gegen

den finanzschwachen Ehegatten des Hauptschuldners verschaffe, könne die Rechtsordnung diesem Handeln grundsätzlich nicht das Urteil der Sittenwidrigkeit entgegenhalten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Entgegen der Auffassung des BerGer. verstößt der Bürgschaftsvertrag der Parteien nach dem streitigen Vorbringen der Beklagten, von dem für die Revisionsinstanz auszugehen ist, gegen die guten Sitten und ist infolgedessen nichtig.

I. Sittenwidrigkeit einer Ehegattenbürgschaft wegen wirtschaftlicher Überforderung

Nach der inzwischen übereinstimmenden Rechtsprechung des IX. und des XI. Zivilsenats des BGH hängt die Anwendung des § 138 I BGB auf von Kreditinstituten mit privaten Sicherungsgebern geschlossene Bürgschafts- oder Mithaftungsverträge regelmäßig entscheidend vom Grad des Missverhältnisses zwischen dem Verpflichtungsumfang und der finanziellen Leistungsfähigkeit des dem Hauptschuldner persönlich nahe stehenden Bürgen oder Mitverpflichteten ab (BGHZ 125, 206 [211] = NJW 1994, 1278 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nr. 91; BGHZ 136, 346 [351] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGHZ 137, 329 [333 f.] = NJW 1998, 597 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 121; BGHZ 146, 37 [42] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; Senat, NJW 2002, 746 = LM H. 6/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 104 = WM 2002, 125, und NJW 2002, 744 = LM H. 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101 = WM 2002, 223 [224]). Zwar reicht selbst der Umstand, dass der Betroffene voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens oder Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls dauerhaft tragen kann, regelmäßig nicht aus, um das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit zu begründen. In einem solchen Falle krasser finanzieller Überforderung ist aber nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass er die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (st. Rspr., s. Senat, NJW 2002, 746 = LM H. 6/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 104 = WM 2002, 125 [126], und NJW 2002, 744 = LM H. 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101 = WM 2002, 223 [224]).

II. Feststellung einer solchen Überforderung im vorliegenden Fall

Anders als das BerGer. angenommen hat, war die Bekl. nach ihrem Vorbringen bei Übernahme der

Bürgschaft voraussichtlich nicht in der Lage, die in den Kreditverträgen, welche Anlass der Höchstbetragsbürgschaftserklärung über 100 000 DM waren, vereinbarten Zinsen aus eigenem pfändbaren Einkommen und/oder Vermögen dauerhaft allein zu tragen. Es spricht deshalb eine von der Kl. zu widerlegende tatsächliche Vermutung dafür, dass sie die Bürgschaft nur aus emotionaler Verbundenheit mit ihrem Ehemann übernommen hat.

I. Einkommensverhältnisse der Bürgin

Nach ihren unwidersprochen gebliebenen Angaben verdiente die Bekl. bei Übernahme der Bürgschaft im März 1994 als teilzeitbeschäftigte Lehrerin lediglich 1470 DM netto im Monat. Dieses Einkommen war unter Berücksichtigung ihrer Unterhaltungspflicht gegenüber ihrem damals sieben Jahre alten Sohn unpfändbar (§ 850 c I ZPO). Ihren Einkünften aus der Vermietung eines Mehrfamilienhauses in Höhe von 1232,50 DM monatlich standen nach ihrem streitigen Vorbringen Aufwendungen von 2143 DM für Zinsen und Tilgung des angeblich mit rund 300 000 DM valutierenden Hypothekendarlehens gegenüber. Diese Aufwendungen waren, wie auch das BerGer. nicht erkennt, notwendig, um die Mieteinnahmen erzielen zu können. Dass von den Aufwendungen weniger als 1232,50 DM monatlich auf Zinsen entfielen, ist nicht festgestellt und angesichts der Höhe des Hypothekendarlehens auch nicht ersichtlich. Nach dem Vorbringen der Bekl. ist vielmehr davon auszugehen, dass von ihren Mieteinnahmen nicht einmal ein Teil zur Bedienung der laufenden Zinsen aus der verbürgten Darlehenssumme von 100 000 DM zur Verfügung stand. Die Annahme des BerGer., die Bekl. sei mit Hilfe ihres Arbeitseinkommens und ihrer Mieteinnahmen in der Lage, Vermögensbildung zu betreiben, entbehrt danach jeder Grundlage.

II. Vermögensverhältnisse der Bürgin

Auch über pfändbares Vermögen, das bei der Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen wäre, verfügt die Bekl. nach ihren Angaben nicht. Ihr Mehrfamilienhausgrundstück hat nach ihrem unter Beweis gestellten Vorbringen, dem das BerGer., wie die Revision zu Recht rügt, verfahrensfehlerhaft nicht nachgegangen ist, lediglich einen Verkehrswert von 300 000 DM und ist wertausschöpfend belastet. Diese Belastung ist bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bürgen zu berücksichtigen. Der IX. Zivilsenat des BGH hat in zwei älteren Entscheidungen zwar die gegenteilige Ansicht vertreten (BGH, NJW 1996, 1470 = LM H. 8/1 996 § 767 BGB Nrn. 31, 32 = WM 1996, 766 [768], und NJW 1998, 450 = LM H. 6/1998 § 765 BGB Nr. 124 = WM 1998, 67 [69], insoweit in BGHZ 137, 153, nicht ab. gedr.). Diese Ansicht ist angesichts der jetzt auch vom IX. Zivilsenat geteilten Auffassung, dass sich die Wirksamkeit einer Bürgschaft nur nach der tatsächlichen wirtschaftli-

chen Leistungsfähigkeit des Bürgen richtet (BGHZ 146, 37 [43 f.] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412]), aber überholt. Nach dieser neuen Rechtsprechung ist es allein folgerichtig, das verbürgte Risiko nur um den im Einzelfall effektiv verfügbaren Sicherungswert des mitverhafteten dinglichen Vermögens zu mindern, also valutierende dingliche Belastungen vermögensmindernd zu berücksichtigen. Deren Nichtberücksichtigung widerspräche auch der banküblichen Praxis und würde insbesondere bei wertausschöpfenden dinglichen Belastungen dazu führen, dass ein Bürge als finanziell leistungsfähig behandelt werden müsste, obwohl er dies ersichtlich nicht ist (Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 1 [9 f.]). An der vorgenannten älteren Rechtsprechung des IX. Zivilsenats kann deshalb nicht festgehalten werden. Zu dieser Änderung der Rechtsprechung ist der erkennende Senat ohne Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen gem. § 132 GVG in der Lage, da er nach dem Geschäftsverteilungsplan des BGH seit dem 1. 1. 2001 an Stelle des IX. Zivilsenats für Bürgschaftssachen zuständig ist

3. Keine zu erwartende Verbesserung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bürgin

Aus der maßgeblichen Sicht eines rational handelnden Kreditinstituts war bei Hereinnahme der Bürgschaft im März 1994 auch mit einer alsbaldigen wesentlichen und dauerhaften Verbesserung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bekl. nicht zu rechnen. Angesichts des Alters des von ihr betreuten Sohns von sieben Jahren erschien eine ganztätige berufliche Tätigkeit der Bekl. in naher Zukunft vielmehr eher unwahrscheinlich. Dass sich die Einkommens- und Vermögensverhältnisse günstiger entwickelt hätten, als dies bei Übernahme der Bürgschaft zu erwarten war, ist weder substantiiert vorgetragen noch festgestellt, so dass sich die von der Revisionserwiderung erörterte Streitfrage, ob auch die finanzielle Situation des Bürgen bei Eintritt des Bürgschaftsfalls bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit Berücksichtigung finden muss, nicht stellt.

III. Sittenwidrigkeit auch bei Vorbeugung von Vermögensverschiebungen

Anders als das BerGer. unter Berufung auf die Rechtsprechung des vormaligen für das Bürgschaftsrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH angenommen hat, ändert auch ein Interesse des Gläubigers, sich vor Vermögensverschiebungen zwischen Eheleuten zu schützen, an der Sittenwidrigkeit einer den bürgenden Ehegatten finanziell krass überfordernden Bürgschaft nichts. Überdies hat das BerGer. übersehen, dass eine Klage gegen einen krass finanziell überforderten bürgenden Ehegatten auch nach der Rechtsprechung

des IX. Zivilsenats — als derzeit unbegründet — abzuweisen ist, wenn eine Vermögensverschiebung — wie hier — nicht stattgefunden hat (BGHZ 128, 230 [235 f.] = NJW 1995, 592 = LM H. 6/1995 § 765 BGB Nr. 98; BGHZ 134, 325 [328 ff.] = NJW 1997, 1003 = LM H. 5/1997 § 765 BGB Nr. 114; BGH, NJW, 2000, 362 = LM H. 5/2000 § 765 BGB Nr. 141 = WM 2000, 23 [25]).

1. Rechtsprechung des XI. Zivilsenat

Wie der erkennende Senat bereits in seinem Vorlagebeschluss vom 29. 6. 1999 an den Großen Senat für Zivilsachen (Senat, NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138a = WM 1999, 1556 [1558]) ausgeführt hat, rechtfertigt allein das Ziel, etwaigen Vermögensverschiebungen vorzubeugen, ein unbeschränktes Mithaftungsbegehren nicht. Ohne besondere, vom Kreditgeber darzulegende und notfalls zu beweisende Anhaltspunkte kann grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden, dass eine krass überfordernde Bürgschaft oder Mithaftungsübernahme inhaltlich von vornherein nur eine erhebliche Vermögensverlagerung zwischen Hauptschuldner und Sicherungsgeber verhindern soll. Eine solche Vereinbarung, die der Personalsicherheit einen ganz besonderen Sinn verleiht, ist keineswegs üblich oder den außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Umständen zu entnehmen. Wer unter Berufung auf den wirklichen Willen verständiger Vertragsparteien eine solche einschränkende Auslegung der Bürgschaft oder Mithaftungsabrede vornimmt, setzt sich daher über allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze hinweg und verstößt überdies gegen das Verbot einer geltungserhaltenden Reduktion formularmäßiger Bürgschafts- oder Mithaftungsverträge. Nimmt der Kreditgeber den Betroffenen — wie hier — in Anspruch, ohne auch nur ansatzweise zu behaupten, dass und in welchem Umfang eine im Verhältnis zur Kreditsumme erhebliche Vermögensverschiebung stattgefunden hat, so zeigt auch dieses im Rahmen der Vertragsauslegung zu berücksichtigende nachvertragliche Verhalten (vgl. dazu etwa BGH, NJW-RR 1998, 259 = LM H. 7/1998 § 133 {B} BGB Nr. 49 = WM 1997, 2305 [2306] rn. w. Nachw.), dass die Annahme einer stillschweigend getroffenen Haftungsbeschränkung nicht gerechtfertigt ist.

2. Anschluss an diese Rechtsprechung durch den IX. Zivilsenat

Diese Auffassung wird inzwischen im Grundsatz auch vom IX. Zivilsenat des BGH geteilt. Er sieht sich jedoch daran gehindert, die von ihm für die Zukunft anerkannten Grundsätze auch auf Bürgschaftsverträge aus der Zeit vor dem 1. 1. 1999 anzuwenden (NJW 1999, 58 = LM H. 3/1999 § 765 BGB Nr. 132 = WM 1998, 2327 [2329f.]), weil für die Kreditinstitute nicht hinreichend klar gewesen sei, inwieweit sie ihr Inter-

esse an einem möglichst wirksamen Schutz vor Vermögensverschiebungen über die bloße Hereinnahme einer Bürgschaft hinaus durch geeignete vertragliche Regelungen absichern mussten. Dieser differenzierenden Betrachtungsweise vermag sich der erkennende Senat nicht anzuschließen.

Dabei kann offen bleiben, ob und inwieweit das Vertrauen einer Prozesspartei in den Fortbestand höchstrichterlicher Rechtsprechung überhaupt schutzwürdig ist (s. dazu Schimansky, WM 2001, 1889 m.w. Nachw.). Auf die Beantwortung dieser Frage kommt es hier nicht entscheidend an, weil sich bei einem vernünftigen Gläubiger kein für einen etwaigen Dispositionsschutz unerlässliches Vertrauen bilden konnte. Der Gesichtspunkt der Verhinderung von Vermögensverschiebungen des Hauptschuldners als ein die Sittenwidrigkeit vermeidendes Moment ist erstmals als Reaktion auf die Grundsatzentscheidungen des BVerfG vom 19. 10. 1993 (BVerfGE 89, 214 [229ff.] = NJW 1994, 36) und 5. 8. 1994 (BVerfG, NJW 1994, 2749) vom IX. Zivilsenat des BGH berücksichtigt worden (vgl. BGHZ 128, 230 [234f.] = NJW 1995, 592 = LM H. 6/1995 § 765 BGB Nr. 98; BGHZ 132, 328 [331] = NJW 1996, 2088 = LM H. 9/1996 § 765 BGB Nr. 108; BGHZ 134, 325 [327f.] = NJW 1997, 1003 = LM H. 5/1997 § 765 BGB Nr. 114). Er hat dabei ausdrücklich der abweichenden Rechtsprechung des XI. Zivilsenats (BGHZ 120, 272 [278f.] = NJW 1993, 322 = LM H. 4/1993 § 138 Ebd BGB Nr. 75, und NJW 1991, 923 = LM § 55 GewO Nr. 8 = WM 1991, 313 [315]) widersprochen. Der XI. Zivilsenat hat auch in der Folgezeit stets daran festgehalten, dass allein das Ziel, etwaigen Vermögensverschiebungen vorzubeugen, ein wirtschaftlich sinnloses Mithaftungsbegehren des Kreditgebers grundsätzlich nicht rechtfertigt (BGHZ 134, 42 [49] = NJW 1997, 257 = LM H. 2/1997 § 5 AGBG Nr. 25; BGHZ 135, 66 [69] = NJW 1997, 1773 = LM H. 9/1997 § 138 [Bbl BGB Nr. 80; NJW 1999, 2584 = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 138a = WM 1999, 1556 [1558]). Von einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Berücksichtigungsfähigkeit des Schutzinteresses des Gläubigers vor Vermögensverschiebungen ohne eine ausdrückliche Beschränkung von Bürgschaften auf diesen Zweck konnte daher keine Rede sein (BGH, NJW 1999, 2584).

C. Ergebnis

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 I ZPO a. F.). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil insbesondere tatrichterliche Feststellungen zum Wert des Mehrfamilienhauses der Bekl., der Valutierung des Hypothekendarlehens und zu den monatlichen Zins- und Tilgungslasten der Bekl. bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags fehlen. Zur weiteren Sachaufklärung war die Sache deshalb an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 565 I 1 ZPO a. F.).

Standort: Vertragsrecht**Problem: Gebrauch von Kreditkarten**

BGH, URTEIL VOM 16.04.2002
VI ZR 227/01 (NJW 2002, 2232)

Problemdarstellung:

Bereits in einer früheren Entscheidung musste sich der BGH mit der Frage nach der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen einem Kreditkartenunternehmen und einem Vertragsunternehmen beschäftigen, wozu damals eine entsprechende Anfrage der Senate gestellt wurde (vgl. BGH NJW 2002, 285 = RA 2002, 96). Die jeweilige Rechtsnatur eines solchen Vertrages entscheidet auch dann über die Frage, ob das Kreditkartenunternehmen das Vertragsunternehmen in Regress nehmen kann, wenn der Kunde/Karteninhaber sich der Zahlung verweigert, weil er z.B. vom Vertrag zurückgetreten ist oder die Echtheit seiner Unterschrift bestreitet oder eine missbräuchliche Verwendung durch einen Dritten vorliegt.

Nach der früheren Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats wurde dieses Vertragsverhältnis als Forderungskauf bewertet. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut des Vertrages, in dem die Parteien ausdrücklich den Begriff "Kauf" verwendeten und einen dem Rückforderungsrecht gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB a.F. entsprechenden Erstattungsanspruch vorgesehen hätten. Das Vertragsunternehmen würde durch die Übertragung des Veritätsrisikos aufgrund der Gewährleistungsregelung in § 437 BGB a.F. nicht unangemessen benachteiligt.

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur vor allem auf scharfe Kritik gestossen. Der nunmehr erkennende Senat teilt diese Kritik, nachdem der VIII. Zivilsenat mitgeteilt hat, dass er nicht unbedingt an seiner Rechtsprechung festhalten will. Allein das Verständnis der Zahlungszusage des Kreditkartenunternehmens als abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB) wird dem Vertragswillen der Parteien gerecht, der auf die primäre, von einer vorherigen Inanspruchnahme des Karteninhabers unabhängige Leistungspflicht des Kreditkartenunternehmens gerichtet ist. Es soll dem Vertragsunternehmen in erster Linie und nicht erst nach vergeblicher Inanspruchnahme des Karteninhabers verpflichtet sein.

Auf dieser Vertragsbasis sind Klauseln, die das Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Kreditkarte auf das Vertragsunternehmen abwälzen, gem. § 9 I AGBG (= § 307 I BGB n.F.) unwirksam.

Prüfungsrelevanz:

Die rechtlich-dogmatische Einordnung eines Vertragsverhältnisses ist die wichtigste aller Fragen, die an sich zu Beginn eines jeden Falls stellen muss. Die

Rechtsnatur eines Vertrages entscheidet über die Rechte und Pflichten der Parteien sowie die Folgen bei Pflichtverletzungen, auch wenn durch die Schuldrechtsmodernisierung ein gewisser Grad an Harmonisierung eingetreten ist.

Auch bei der rechtlichen Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die jeweilige Vertragsnatur von elementarer Bedeutung, da gem. § 9 AGBG (= § 307 BGB n.F.) eine unangemessene Benachteiligung durch AGB dann vorliegt, wenn dadurch von wesentlichen Grundgedanken der dispositiven gesetzlichen Regelungen für das jeweilige Vertragsverhältnis abgewichen wird oder der Vertragszweck gefährdet wird.

Vertiefungshinweise:

Vgl. hierzu: *Möllers/Leisch*, LM H. 9/2002 § 437 BGB Nr. 10; *Meder*, NJW 2002, 2215; *BGH*, NJW 2002, 285; *Pfeiffer*, LM H. 4/2002 § 437 BGB Nr. 9a; *BGH*, NJW-RR 2001, 1611; *Schaub*, JABl 2002, 92.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Verfolgung"

Leitsätze:

- 1. Das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen ist nicht als Forderungskauf, sondern als abstraktes Schuldversprechen anzusehen (Aufgabe von BGH, NJW 1990, 2880)**
- 2. Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Kreditkartenunternehmen, die Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem vollen Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Kreditkarte durch unberechtigte Dritte im so genannten Telefon- oder Mailorderverfahren belasten, verstoßen gegen § 9 AGBG.**

Sachverhalt:

Die Kl., ein Acquiring-Unternehmen des Kreditkartengewerbes, nimmt den Bekl., der als Inhaber eines Vertragsunternehmens einen EDV-Handel betreibt, auf Rückgewähr von vier Zahlungen für Kreditkartengeschäfte im so genannten Telefon- oder Mailorderverfahren in Anspruch. Die Parteien schlossen am 11. 10. 1998 einen „V-Exklusiv-Vertrag“ und am 21. 1. 1997 einen zusätzlichen Vertrag über die Akzeptanz von V-Karten bei so genannter Telefon- oder Mailorder, das heißt bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung ohne Vorlage der Karte. Nach den zu Grunde liegenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kl. (im Folgenden: AGB) ist der Bekl. verpflichtet, Waren an Inhaber der V-Karte bei Vorlage der Karte oh-

ne Barzahlung zu verkaufen. Die Kl. „kauft“ gem. Nr. 2 der AGB „alle fälligen Forderungen des Vertragsunternehmens gegen Karteninhaber gern. diesem Vertrag“. Das Vertragsunternehmen „verkauft“ die Forderungen ausschließlich an die Kl. Nach Nr. 5 der AGB tritt das Vertragsunternehmen „alle Forderungen gegen Karteninhaber aus Lieferungen und Leistungen, die unter Verwendung einer Karte gem. diesem Vertrag begründet wurden“ an die Kl. ab; diese wiederum trifft die Pflicht, dem Vertragsunternehmer die aus den eingereichten Karten-Transaktionen sich ergebenden Beträge abzüglich einer Servicegebühr „zur Zahlung anzuweisen“. Während Karteninhaber bei Ladengeschäften einen Belastungsbeleg zu unterzeichnen haben, brauchen sie im Telefon- oder Mailorderverfahren nur die Nummer und die Gültigkeitsdauer ihrer Kreditkarte anzugeben. Für das Vertragsunternehmen entfällt dann gem. Nr. 15 der AGB die Prüfung der Unterschrift. Die Rückbelastung von Vertragsunternehmen regelt Nr. 7 II der AGB wie folgt: „Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung von Waren oder Dienstleistungen ohne Vorlage der Karte (Telefonorder/Mailorder) ist B zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt, wenn der Karteninhaber sich weigert, den gesamten Rechnungsbetrag zu zahlen, weil er von der Bestellung zurückgetreten ist, der Ware oder Leistung schriftlich zugesicherte Eigenschaften fehlen, oder sie nicht einer schriftlichen Produktbeschreibung entspricht, oder weil er die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Dieses Rückgriffsrecht wird nicht durch eine erteilte Genehmigungsnummer eingeschränkt“. Die von der Kl. einbehaltene Servicegebühr beträgt bei Ladengeschäften 3,3% und im Mailorderverfahren 3,5%. Auf vier Telefon- bzw. fünf Mailorder-Transaktionen, die am 2., 21. und 23. 4. 1997 unter Verwendung verschiedener V-Kartennummern erfolgten, zahlte die Kl. insgesamt 20423,83 DM an den Bekl. In allen Fällen bestritten die jeweiligen Karteninhaber die Bestellungen, so dass die kartenausgebenden Banken gegenüber der Kl. die Zahlung verweigerten. Die Kl. verlangt deshalb die Rückzahlung der 20423,83 DM nebst Zinsen. Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat die Abweisung der Klage im Wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kl. könne die Rückzahlung der dem Bekl. gutgebrachten Beträge nicht gem. Nr. 7 II ihrer AGB verlangen. Diese Klausel sei gem. § 9 I und II Nr. 2 AGBG unwirksam, soweit sie allein das Vertragsunternehmen mit dem Risiko belaste, dass im Mailorderverfahren der Karteninhaber die Bestellung bestreitet.

Sie schränke wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergäben, ein und gefährde dadurch die Erreichung des Vertragszwecks.

Der Vertrag zwischen den Parteien sei ein Vertrag eigener Art, der den Bekl. verpflichte, Kreditkarten an Stelle von Bargeld als Zahlungsmittel zu akzeptieren. Die Kl. verspreche, die dem Bekl. aus Warenverkäufen zustehenden Beträge zur Zahlung anzuweisen. Zur Erfüllung dieser Garantieverpflichtung kaufe sie die Forderungen des Bekl. gegen seinen Kunden.

Die Garantieverpflichtung der Kl. werde durch Nr. 7 II ihrer AGB in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise eingeschränkt. Die Klausel belaste das Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem vollen Risiko einer missbräuchlichen Benutzung der Kreditkarte im Telefon- bzw. fünf Mailorderverfahren. Diese Risikoabwälzung sei im Vergleich zur Risikoverteilung beim Ladengeschäft, bei dem das Vertragsunternehmen für die missbräuchliche Verwendung der Kreditkarte durch Unbefugte nicht verschuldensunabhängig hafte, unangemessen

Die Risikoabwälzung sei nicht durch höherrangige Interessen der Kl., insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Beherrschbarkeit des Risikos, gerechtfertigt. Der Kartenmissbrauch erfolge zwar durch Kunden des Vertragsunternehmens. Dieses habe aber keine praktikable Möglichkeit, die Berechtigung der Kunden zu überprüfen. Eine solche Prüfung wäre mit dem Sinn der Kreditkartenbenutzung, die eine schnelle und unkomplizierte Geschäftsabwicklung ermöglichen solle, unvereinbar. Letztlich habe die Kl. das Missbrauchsrisiko veranlasst, indem sie durch die Zulassung des Karteneinsatzes bei Telefon- bzw. fünf Mailorder-Transaktionen ein in hohem Maße missbrauchsanfälliges Verfahren eingeführt habe, auf dessen Ausgestaltung das Vertragsunternehmen keinen Einfluss habe.

Die Haftung des Vertragsunternehmens als Forderungsverkäufer gem. § 437 I BGB für den rechtlichen Bestand der Forderung rechtfertige die Risikoverteilung gem. Nr. 7 II der AGB des Kartenunternehmens ebenfalls nicht. Diese Haftung belaste das Vertragsunternehmen zwar — ebenso wie bei Bargeschäften — mit dem Risiko, bei Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts mit dem Karteninhaber wegen Geschäftsunfähigkeit, Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit keinen Entgeltanspruch zu erwerben. Scheitere der Vertrag aber aus Gründen, die sich aus seiner Eigenschaft als Kreditkartengeschäft ergeben, greife die Garantieverpflichtung des Kartenunternehmens ein, so dass es auf die Risikoverteilung beim Forderungskauf nicht ankomme.

Die Abwälzung des Missbrauchsrisikos werde auch nicht durch Vorteile, die das Telefon- bzw. fünf Mailorderverfahren dem Vertragsunternehmen biete, aufgewogen. Die einfachere Abwicklung von Versandgeschäften falle gegenüber dem Risiko, Waren ohne

Bezahlung, insbesondere auch ins Ausland, liefern zu müssen, kaum ins Gewicht. Hingegen habe die Kl. ein hohes Interesse an der Erweiterung der Einsatzmöglichkeiten der Kreditkarte.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand. Die Kl. hat gegen den Bekl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Rückgewähr der gezahlten Beträge in Höhe von 20423,83 DM.

I. Kein Anspruch gem. §§ 437 I, 440 I, 325 I BGB mangels Forderungskauf

§§ 437 I, 440 I, 325 I BGB a. F. kommen als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien nicht als Forderungskauf anzusehen ist.

1. Bisherige Rechtsprechung zum Kreditkartenvertrag durch den VIII. Zivilsenat

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat zwar in einem vergleichbaren Fall (BGH, NJW 1990, 2880 = LM § 437 BGB Nr. 7 = WM 1990, 1059) den Rahmenvertrag zwischen Kreditkartenherausgeber und Vertragsunternehmen als Forderungskauf beurteilt. Er hat aber auf eine Anfrage des erkennenden Senats (NJW 2002, 285 LM H. 4/2002 § 437 BGB Nr. 9 a = WM 2001, 2158) gem. § 132 III GVG mitgeteilt, dass er an dieser Rechtsauffassung nicht festhalte. Die bisherige Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats, die einen Forderungskauf bejahte, hat bei den Instanzgerichten und in der Literatur Zustimmung (OLG Schleswig, WM 1991, 453; OLG Köln, WM 1995, 1914 [1916]; OLG Frankfurt a. M., ZIP 2001, 1583 [1586]; Hüffer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 783 Rdnr. 80 e; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., Vorb. § 433 Rdnr. 304 a; Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., Anh. §§ 9-11 Rdnr. 454a; Schwintowski/Schäfer, BankR, § 6 Rdnrn. 25 ff.; Eckert, EWiR 1990, 1059; Hönn, ZBB 1991, 6 [12]; Köndgen, NJW 1992, 2263 [2271 f.]; Häde, ZBB 1994, 33 [37]; Reinfeld, WM 1994, 1505 [1506]; Langenbacher, BKR 2002, 119 [121 f.]; Grundmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, BankR II, Rdnr. 384), aber auch Kritik erfahren (vgl. Staudinger/Martinek, BGB, 13. Bearb., § 675 Rdnrn. B 99ff.; Staudinger/Köhler, Vorb. zu §§ 433 ff. Rdnr. 51; Martinek/Oechsler, in: Schimansky, BankR-Hdb., 2. Aufl., § 67 Rdnrn. 64ff.; Hadding, in: MüKo-HGB, Zahlungsverkehr Rdnr. G 22; ders., in: Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17, BankR 2000, S. 51 [58]; Pfeiffer, in: v. Westphalen, VertragsR und AGB-Klauselwerke, Kreditkartenvertrag Rdnrn. 16 f.; Hammann, Die Universalkreditkarte, S. 41 ff.; Kienholz, Die Zahlung mit Kreditkarte im Nah- und Fernabsatz, 5. 153ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [114ff.]; ders., BB 1997, 480 [484f.]; Schön, AcP 198

[1998], 401 [409ff.]; Einsele, WM 1999, 1801 [1802]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1614 f.]).

2. Ablehnung der rechtlichen Einordnung als Forderungskauf

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

a. Auslegung nach dem Wortlaut der AGB

Die Auslegung hat, da sie Allgemeine Geschäftsbedingungen betrifft, nach objektiven Maßstäben, das heißt nach dem typischen Verständnis redlicher Vertragspartner unter Abwägung der Interessen, der an den Geschäften dieser Art normalerweise beteiligten Kreise zu erfolgen (st. Rspr., zuletzt BGH, NJW-RR 2001, 987 = LM H. 11/2001 § 415 BGB Nr. 14 = WM 2001, 1028 [1030]). Dabei ist der Wortlaut der Vertragsklausel, in dem der Begriff „Kauf“ verwandt wird, lediglich der Ausgangs-, aber nicht der allein entscheidende Gesichtspunkt. Die Bedeutung des Vertragswortlauts wird bereits dadurch eingeschränkt, dass er früher vor allem auch dem Zweck diente, Kreditkartenunternehmen der Erlaubnispflicht zu entziehen, die § 32 I i.V. mit § 11 Nr. 8 KWG für Garantiegeschäfte betreibende Kreditinstitute vorschrieb (vgl. Martinek/Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 67 Rdnr. 64). Nach Inkraft-Treten des § 1 III Nr. 4 KWG am 1. 1. 1993 ist dieser Zweck entfallen. Zudem ist der Wortlaut der von den verschiedenen Kreditkartenunternehmen verwandten Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht einheitlich. Neben dem Begriff des Kaufs findet auch der der Garantie Verwendung (vgl. die Nachw. bei Hammann, S. 40; Kienholz, 5. 184 ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [114]), ohne dass damit wesentliche Unterschiede in der praktischen Ausgestaltung und Durchführung der Vertragsverhältnisse einhergingen. Nichts spricht dafür, dass eine unterschiedliche rechtliche Ausgestaltung verschiedener Akquisitionsverträge von den an diesen Verträgen typischerweise beteiligten Verkehrskreisen gewollt ist und als interessengerecht angesehen wird. Dass verschiedene Kreditkartenunternehmen zu Wettbewerbszwecken unterschiedliche Instrumente des bargeldlosen Zahlungsverkehrs anbieten (vgl. Langenbacher, BKR 2002, 119 [122]), ist von den Parteien weder vorgetragen worden noch sonst ersichtlich. Geschäftswille und Interessenlage von Kreditkarten- und Vertragsunternehmen legen es vielmehr nahe, Akquisitionsverträge generell einem einheitlichen Vertragstyp zuzuordnen.

b. Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens

Dies kann nach dem Sinn und Zweck des Kreditkartenverfahrens nicht der Forderungskauf sein. Das

Kreditkartenverfahren soll die bargeldlose Zahlung des Karteninhabers an das Vertragsunternehmen ermöglichen, weist der Kreditkarte also die Funktion eines Bargeldersatzes zu. Da das Vertragsunternehmen dem Karteninhaber eine Vorleistung erbringt, ohne unter Berufung auf § 320 BGB die sofortige Gegenleistung zu verlangen, muss der Anspruch gegen das Kreditkartenunternehmen, den es an Stelle der Barzahlung erwirbt, einer solchen wirtschaftlich gleichwertig sein. Dies wird durch einen Forderungskauf nicht gewährleistet, weil sich das Vertragsunternehmen, das bereits vorgeleistet hat, zusätzlich seines Anspruchs auf die Gegenleistung begeben würde. Es unterläge ferner gegenüber dem Kreditkartenunternehmen der — durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001 (BGBl. I, 3138) ersatzlos gestrichenen — Veritätshaftung gem. § 437 BGB a. F., die mit der Bargeldersatzfunktion des Kreditkartenverfahrens nicht vereinbar ist. Während das Vertragsunternehmen im Barzahlungsfall Kunden, die Ansprüche wegen Nichtigkeit des Grundgeschäfts geltend machen, Einwendungen gem. § 818 III BGB (Saldotheorie) entgegenhalten könnte, wäre ihm dies gegenüber dem Gewährleistungsanspruch des Kreditkartenunternehmens gem. § 437 BGB a. F. nicht möglich (vgl. Pfeiffer, in: v. Westphalen, RdNr. 18, 112). Es müsste — anders als im Barzahlungsfall, in dem der Kunde die Initiativlast trägt — deshalb nach Rückerstattung des Kaufpreises an das Kreditkartenunternehmen seinerseits den Karteninhaber in Anspruch nehmen.

Dieser haftet indes bei einer missbräuchlichen Angabe seiner Kreditkartennummer durch einen unbefugten Dritten im Telefon- bzw. Mailorderverfahren nicht (Langenbacher, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, S. 259). Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass das Vertragsunternehmen das Risiko des Kreditkartenmissbrauchs allein tragen müsste. Beim missbräuchlichen Einsatz der Kreditkarte durch einen unbefugten Dritten im Ladengeschäft wird dieses — unangemessene — Ergebnis, wie das BerGer. zutreffend ausgeführt hat, dadurch vermieden, dass die Kl. Rechnungen des Vertragsunternehmens auch bei missbräuchlicher Verwendung der Kreditkarte durch einen Dritten auszugleichen hat, wenn die Bestimmungen der Nrn. 2-4 der AGB der Kl. eingehalten wurden. Das ist mit einem reinen Forderungskauf nicht befriedigend zu erklären. Bei missbräuchlicher Verwendung der Kreditkarte durch einen unbefugten Dritten besteht, wie der rechtskundigen Kl. bekannt ist, keine ankauf- und abtretbare Kaufpreisforderung des Vertragsunternehmens gegen den wahren Kreditkarteninhaber, und die — in aller Regel völlig wertlose — Forderung des Vertragsunternehmens gegen den unbekanntenen Dritten wird von Nr. 2 der AGB der Kl. nicht erfasst.

Auch aus der Sicht des Kreditkartenunternehmens

dient seine Zahlung an das Vertragsunternehmen anders als beim Forderungskauf als Bargeldsurrogat der Befriedigung des Anspruchs des Vertragsunternehmens gegen den Karteninhaber, nicht aber der Bezahlung einer vom Vertragsunternehmen erworbenen Forderung. Das Kreditkartenunternehmen ist auf den Erwerb dieser Forderung nicht angewiesen, weil es als kartenemittierendes Unternehmen ohnehin einen Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 675 I, 670 BGB gegen den Karteninhaber hat, bzw. als Acquiring-Unternehmen — wie im vorliegenden Fall — Erstattung seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen vom Kartenemittenten erhält (vgl. hierzu Reinfeld, WM 1994, 1505 [1510]; Haun, in: Hellner/Steuer, BankR u. Bankpraxis, RdNr. 6/1862). Zusätzliche Sicherheiten, deren Übergang mit der Abtretung der Forderung des Vertragsunternehmens gem. § 401 I BGB verbunden sein könnte, werden durch Nr. 1 der AGB der Kl. ausgeschlossen.

Schließlich erwartet auch der Karteninhaber, dass das Kreditkartenunternehmen mit seiner Zahlung an das Vertragsunternehmen seine — des Karteninhabers — Verbindlichkeit, nicht aber eine eigene Verbindlichkeit auf Grund eines Forderungskaufs erfüllt.

3. Rechtliche Qualifizierung des Kreditkartenvertrages

a. Meinungsstreit in der Literatur

Welche Qualifizierung der Zahlungszusage eines Kreditkartenunternehmens gegenüber Vertragsunternehmen an Stelle eines Forderungskaufs rechtlich zutreffend ist, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Während ein Teil des Schrifttums (Möschel, in: MünchKomm, 3. Aufl., Vorb. § 414 RdNr. 19; Kumpel, Bank- u. KapitalmarktR, 2. Aufl., RdNr. 4.950 ff.; Esser/Weyers, SchuldR, 8. Aufl., Bd. II Teilbd. 1, 5. 361; Zahn, NJW 1972, 1077 [1078 f.]; Bitter, ZBB 1996, 104 [119]; für Garantie mit Forderungskauf: Heymann/Horn, HGB, Anh. § 372 Bankgeschäfte III RdNr. 144; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., Vorb. zu §§ 765 ff. RdNr. 419) eine Garantieverpflichtung annimmt, sieht die überwiegende Auffassung die Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB an (vgl. Hadding, WuB 1 D 5 a.-1.02; Hadding, MünchKomm-HGB, Zahlungsverb. RdNr. G 22; Staudinger/Marburger, BGB, 13. Bearb., § 780 RdNr. 42, § 783 RdNr. 49; Staudinger/Köhler, Vorb. §§ 433 ff. RdNr. 51; Hüffer, in: MünchKomm, BGB, 3. Aufl., § 783 RdNr. 80 d; Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., [7] BankGesch F 12; Martinek/Oechsler, in: Schimansky, § 67 RdNr. 66; Pfeiffer, in: v. Westphalen, RdNr. 20; Hammann, S. 59ff.; Kienholz, S 160ff.; Bröcker, WM 1995, 468 [475]; Pichler, NJW 1998, 3234 [3237]; Einsele, WM 1999, 1801 [1809 f.]; Oechsler, WM 2000, 1613 [1614ff.]).

b. Abstraktes Schuldversprechen

Der Senat teilt die überwiegend vertretene Meinung. Allein das Verständnis der Zahlungszusage als abstraktes Schuldversprechen wird dem Vertragswillen der Parteien des Akquisitionsvertrags gerecht, der auf die primäre, von einer vorherigen Inanspruchnahme des Karteninhabers unabhängige Leistungspflicht des Kreditkartenunternehmens gerichtet ist. Mit dieser Intention ist die Annahme eines Garantieverprechens, das das Kreditkartenunternehmen lediglich verpflichten würde, für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs einzustehen und die Gefahr eines künftigen Schadens zu übernehmen (vgl. BGH, NJW 1996, 2569 = LM H. 10/1996 Art. 28 EGBGB 1986 Nr. 3 = WM 1996, 1467 [1469], und NZG 2001, 888 = NJW-RR 2001, 1611 = WM 2001, 1565 [1566]), unvereinbar. Das Kreditkartenunternehmen soll dem Vertragsunternehmen in erster Linie und nicht erst nach vergeblicher Inanspruchnahme des Karteninhabers verpflichtet sein. Seine Zahlungspflicht beruht mithin auf einem abstrakten Schuldversprechen gem. § 780 BGB.

Das im schriftlichen Akquisitionsvertrag rahmenmäßig vereinbarte Versprechen ist aufschiebend bedingt (§ 158 I BGB) durch die Einreichung ordnungsgemäßer Belastungsbelege, die in jedem Einzelfall die Zahlungspflicht des Kreditkartenunternehmens entstehen lassen (vgl. Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnr. G 22). Dies gilt auch im Telefon- oder Mailorderverfahren, wenn sich das Acquiring-Unternehmen — wie hier — durch besondere Vereinbarung mit der Abwicklung telefonischer oder schriftlicher Bestellungen ausdrücklich einverstanden erklärt hat (vgl. hierzu Pfeiffer, in: v. Westphalen, Rdnr. 21; Meder, ZBB 2000, 89 [97 f.]). Soweit dabei bestimmungsgemäß keine Unterzeichnung eines Belastungsbelegs durch den Karteninhaber erfolgt, tritt an die Stelle dieses Belegs die vom Vertragsunternehmen nach den jeweiligen Telefon- oder Mailorder-Bestimmungen erstellte Belegausfertigung (vgl. Meder, ZBB 2000, 89 [98]).

4. Ergebnis

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

II. Kein Anspruch gem. Nr. 7 II der AGB der Kl.

Die Klage ist auch nicht gern. Nr. 7 II der AGB der Kl. begründet. Diese Klausel ist, wie das BerGer. zu Recht angenommen hat, gem. § 9 I und II Nr. 2 AGBG insoweit unwirksam, als die Kl. dadurch im Telefon- oder Mailorderverfahren zur Rückbelastung des Vertragsunternehmens berechtigt ist, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet und deshalb die Bezahlung des

Rechnungsbetrags verweigert.

1. Bisherige Rechtsprechung

Der BGH hat über die Wirksamkeit von Klauseln, die dem Kreditkartenunternehmen das Recht einräumen, bereits geleistete Zahlungen vom Vertragsunternehmen zurückzufordern, wenn sich der Karteninhaber darauf beruft, die Karte nicht selbst verwendet zu haben, noch nicht ausdrücklich entschieden. In seinem Urteil vom 2. 5. 1990 (NJW 1990, 2880 = LM H. 7/1991 § 437 BGB Nr. 7 = WM 1990, 1059 [1060 f.]) hat der VIII. Zivilsenat des BGH die Wirksamkeit einer solchen Klausel allerdings für den Fall der Nichtigkeit des Kaufvertrags wegen Geschäftsunfähigkeit des Käufers vorausgesetzt.

In der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Frankfurt a. M., NJW 2000, 2114; ZIP 2001, 1583 [1584f.]; LG Heidelberg, WM 1988, 773) und von einem Teil des Schrifttums (Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., Rdnr. K 67; Hüffer, in: MüKo, 3. Aufl., § 783 Rdnr. 80 j; Schwintowski/Schäfer, § 6 Rdnrn. 54ff.; Weiler, Das Kreditkartenverfahren, S. 157 ff.; Hammann, 5. 189 f.; Gößmann, in: Horn/Schimansky, RWS-Forum, 12 BankR 1998, 5. 67 [hOf.]; Reifner, VuR 1988, 181 [182]; Langenbucher, BKR 2002, 119 [122]) werden solche Klauseln für wirksam erachtet. Dagegen verneinen andere Stimmen in der Literatur teilweise schon die wirksame Einbeziehung in den Akquisitionsvertrag wegen Verstoßes gegen § 3 AGBG (Heymann/Horn, § 372 Bankgeschäfte III Rdnr. 157; Weiter, WuB 1 D S.-3.88; Bitter, ZBB 1996, 104 [121 f.]) oder halten § 9 AGBG für verletzt (Hadding, in: MünchKomm-HGB, Zahlungsverf. Rdnr. G 30; ders, WuB 1 D 5 a.-1.02; Martinekl Oechsler, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 67 Rdnrn. 73 f.; Pfeiffer, in: v. Westphalen, Rdnr. 118; Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, S. 114ff.; Bitter, ZBB 1996, 104 [121]; Pichler, NJW 1998, 3234 [3239]).

2. Rechtsansicht des erkennenden Senats

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

a. Unwirksamkeit wegen Abwälzung des Missbrauchsrisikos

Die Unwirksamkeit der Rückbelastungsklausel ergibt sich zwar nicht schon daraus, dass die Kl. ihre abstrakte und damit von Einwendungen aus Valuta- und

Deckungsverhältnis grundsätzlich unabhängige Zahlungszusage überhaupt durch Rückforderungsvorbehalte eingeschränkt hat. Die Klausel ist aber deshalb unwirksam, weil sie das Vertragsunternehmen verschuldensunabhängig mit dem vollen Risiko einer missbräuchlichen Verwendung der Kreditkarte belastet und das Kartenunternehmen, das als Betreiber des Kreditkartensystems das verfahrensimmanente Missbrauchsrisiko grundsätzlich selbst zu tragen hat (vgl. BGHZ 114,238 [245] = NJW 1991, 1886 = LM H. 43/1991 § 9 [Bl] AGBG Nr. 31), vollständig entlastet. Nach dem Inhalt der Klausel muss der Bekl. nämlich eine Rückbelastung schon dann hinnehmen, wenn der Karteninhaber die Bestellung oder die Echtheit der Unterschrift bestreitet. Das Risiko, dass dieses Bestreiten wahrheitswidrig erfolgt, soll der Bekl. auch dann tragen, wenn er allen Vorschriften des Telefon- oder Mailorderverfahrens Rechnung getragen hat. Darüber hinaus wird er mit dem Risiko einer missbräuchlichen Benutzung der Kreditkartennummer durch einen unberechtigten Dritten selbst für den Fall belastet, dass der Missbrauch für ihn weder erkennbar noch zu verhindern war. Eine derart einseitige Risikoverlagerung kann keinen Bestand haben, zumal die Kl. als Acquiring-Unternehmen das Telefon- und Mailorderverfahren durch Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung mit dem Bekl. ausdrücklich gestattet hat und sich die damit verbundenen Risiken in Form einer erhöhten Servicegebühr vergüten lässt.

Hierbei ist es entgegen der Ansicht der Revision ohne Belang, ob im Telefon- und Mailorderverfahren — anders als bei Kreditkartengeschäften unter Vorlage der Karte — keine Akzeptanzpflicht des Vertragsunternehmens besteht (vgl. Kienholz, S. 57f. [76]; Meder, NJW 2000, 2076 [2077]). Denn die daran geknüpfte Folgerung, das von der Pflicht zur Kartenakzeptanz entbundene Vertragsunternehmen könne Umsatzchance und Abwicklungsrisiko in jedem Einzelfall gegeneinander abwägen, wird den praktischen Gegebenheiten nicht gerecht. Zu einer substantiellen Abwägung und Prüfung der Vertrauenswürdigkeit seiner Vertragspartner ist das Vertragsunternehmen wegen der räumlichen Distanz regelmäßig nicht in der Lage (vgl. Kienholz, S. 65 f.).

Hinzu kommt weiter, dass die Kartenunternehmen das weit gestreute Missbrauchsrisiko beim Mailorderverfahren wesentlich besser auffangen können als die einzelnen Vertragsunternehmen (vgl. für das Scheckfälschungsrisiko (BGHZ 135, 116 [122f.] = NJW 1997, 1700 = LM H. 7/1997 § 9 [Bl] AGBG Nr. 53). Die Kartenunternehmen können in ihre Servicegebühr für das Mailorderverfahren eine gehörige Risikoprämie für Schäden einkalkulieren, die durch dieses sehr missbrauchsanfällige Verfahren entstehen. Auf diese Weise kann das für das einzelne Vertragsunternehmen kaum kalkulierbare Missbrauchsrisiko wirtschaftlich breit verteilt werden. Dem kann nicht etwa entgegen-

gehalten werden, die Kalkulation einer Risikoprämie führe zu so hohen Servicegebühren, dass Vertragsunternehmen an einer Teilnahme am Mailorderverfahren wirtschaftlich kein Interesse mehr hätten. Wenn dies der Fall sein sollte, so ist dies lediglich ein weiterer Beleg dafür, dass die Einführung des Mailorderverfahrens mit der streitigen Rückbelastungsklausel Vertragsunternehmen unangemessen benachteiligt.

Anders als die Revision meint, sind Vertragsunternehmen im Bereich des Fernabsatzes durch Telefon- oder Mailorder auch unter dem Gesichtspunkt des Vorleistungsrisikos nicht weniger schutzwürdig als bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte. Zwar hat der Karteninhaber beim Telefon- oder Mailorderverfahren — anders als beim Ladenkauf — zum Zeitpunkt des Karteneinsatzes die Gegenleistung des Vertragsunternehmens in der Regel noch nicht empfangen. Entscheidend ist aber nicht der Zeitpunkt des Karteneinsatzes, sondern der der Aufdeckung des Kartenmissbrauchs. Wenn diese die Rückerstattungsforderung des Kreditkartenunternehmens auslöst, hat das Vertragsunternehmen seine Leistung in aller Regel erbracht und damit das Vorleistungsrisiko ebenso wie bei Geschäftsabschlüssen unter Vorlage der Kreditkarte übernommen. Auch der Umstand, dass für den Kartenmissbrauch ein Vertragspartner des Vertragsunternehmens verantwortlich ist, hat vor dem Hintergrund, dass der Missbrauch erst durch das vom klagenden Acquiring-Unternehmen durch ausdrückliche Vereinbarung mit dem Bekl. Vertragsunternehmen auf Telefon- und Mailorder-Bestellungen ausgedehnte Kreditkartenverfahren ermöglicht wird, keine entscheidende Bedeutung.

b. Kein Ausgleich der unangemessenen Benachteiligung durch andere Aspekte

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

den Karteninhabern zu zahlenden Jahresgebühren erwirtschaften (vgl. Hammann, S. 35; Kienholz, S. 71 Fußn. 179). Jede Ausweitung der Möglichkeiten des Kreditkarteneinsatzes verbessert somit auch ihre Einnahmemöglichkeiten. Angesichts des beiderseitigen Interesses an einer Umsatzsteigerung bestehen allerdings keine rechtlichen Bedenken gegen Klauseln, die das Missbrauchsrisiko zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen angemessen aufteilen. Die vollständige Abwälzung dieses Risikos auf das Vertragsunternehmen verstößt jedoch gegen § 9 II Nr. 2 AGBG.

III. Kein Anspruch gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB

Die Klage ist ferner nicht gem. § 812 I 2 Alt. 1 BGB bzw. § 813 I 1 BGB i. V. mit § 242 BGB begründet. Ein solcher Anspruch kommt in Betracht, wenn das Vertragsunternehmen das Kreditkartenunternehmen

entgegen Treu und Glauben rechtsmissbräuchlich in Anspruch nimmt. Dies ist etwa der Fall, wenn der Vertrag des Vertragsunternehmens mit seinem Kunden gem. §§ 134, 138 BGB (vgl. Hadding, in: Hadding/Nobbe, RWS-Forum 17, BankR 2000, 5. 51 [60 f.]) nichtig ist. Damit ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar. Hier nimmt das Acquiring-Unternehmen das Vertragsunternehmen auf Rückerstattung seiner Zahlungen in Anspruch, weil die Karteninhaber die zu Grunde liegenden Bestellungen bestreiten. Damit realisiert sich ein typisches Risiko des Kreditkartenverfahrens, das bei Barzahlungsgeschäften nicht auftritt und vor dem - wie dargelegt - Vertragsunternehmen durch das abstrakte Schuldversprechen des Kreditkartenunternehmens gerade geschützt werden sollen. Von einer rechtsmissbräuchlichen Inanspruchnahme der Kl. auf Grund ihres Schuldversprechens kann somit keine Rede sein.

Standort: Kreditsicherungsrecht

Problem: Auskehr eines Übererlöses

BGH, URTEIL VOM 16.05.2002
III ZR 330/00 (NJW 2002, 2316)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsfall hatte sich der BGH mit der Abwicklung einer Kollision von Globalsicherung und verlängertem Eigentumsvorbehalt auseinander setzen. Die klagende Bank hatte sich zur Absicherung eines Darlehens im Rahmen eines globalen Sicherungsvertrages u.a. das Geschäftsinventar ihres Kunden übereignen lassen. Eben dieses Geschäftsinventar hatte der Bankkunde von der Bekl. unter verlängertem Eigentumsvorbehalt erworben. Nach Eintritt der Insolvenz verkaufte der Bankkunde das Inventar durch Vermittlung der Bekl., die den Kaufpreis auch einzog und mit ihrer restlichen Kaufpreisforderung gegen den Bankkunden verrechnete. Den Übererlös aus dem Verkauf des Inventars händigte die Bekl. aber entgegen telefonischer Ankündigungen nicht an die Kl. aufgrund der Sicherungsübereignung, sondern an den Verwalter nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens aus.

Der BGH hatte nunmehr zu prüfen, ob die Bekl. verpflichtet war, den Übererlös an die klagende Bank auszuzahlen. Ein solcher Auszahlungsanspruch wurde durch den BGH u.a. gem. § 667 BGB bejaht. Hatte die Kl. die Bekl. mit der Einziehung der Forderungen aus dem Verkauf der Einzelhandelsmärkte und der Auskehrung des Übererlöses beauftragt, so hatte sie gem. § 667 BGB einen Herausgabeanspruch. Hierzug gehörte der von der Bekl. eingezogene und von ihr nicht zur Erfüllung eigener Forderungen benötigte Kaufpreis. Die Abführung dieses Mehrerlöses an den Verwalter entlastet die Bekl. insofern nicht. Hingegen

wurde durch den BGH ein konkurrierender Anspruch gem. § 816 BGB verneint. Die Bekl. war, sofern sie über den Warenbestand bzw. das Inventar der Ladengeschäfte verfügt hat, zur Veräußerung berechtigt, da ihr Vorbehaltseigentum dem Anwartschaftsrecht der Kl. vorging. Schließlich hatte der Bankkunde im Rahmen des Sicherungsvertrages mit der Kl. alle seine Ansprüche aus einem konkurrierenden verlängerten Eigentumsvorbehalt an dieselbe abgetreten, soweit Restansprüche des Bankkunden gegen die Bekl. bestehen würden.

Prüfungsrelevanz:

Zu den klassischen und daher examensrelevanten Themen im Mobiliarsachenrecht gehört die Kollisionsproblematik zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt. Zur Absicherung von Krediten an Gewerbetreibende lassen sich vor allem Banken alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb zur Sicherheit abtreten (Globalzession); gleichzeitig lassen sich Lieferanten der Gewerbetreibende zur Sicherung ihrer Kaufpreisforderungen die Forderungen aus dem Weiterverkauf ihrer Waren im Geschäftsbetrieb ebenfalls abtreten (verlängerter Eigentumsvorbehalt). Folglich entsteht insbesondere für zukünftige Forderungen aus dem Geschäftsbetrieb aufgrund der divergierenden Abtretungen ein Kollisionsproblem. Es stellt sich dann nämlich die Frage, welche der beiden vorangegangenen Abtretungen wirksam ist. In der Literatur wird als Mindermeinung teilweise die Ansicht vertreten, dass - unabhängig von der chronologischen Reihenfolge - die Abtretung zugunsten des Eigentumsvorbehaltverkäufers vorzugswürdig ist (Flume:

“Surrogationstheorie”; Esser: “Teilungstheorie”).

Die h.M. hält jedoch grundsätzlich aufgrund des Prioritätsgrundsatzes die erste der beiden Abtretungen für wirksam. Ausnahmsweise ist jedoch die erste Abtretung, die regelmäßig an die Bank erfolgt, gem. §§ 138 I, 307 I BGB unwirksam, wenn durch die Globalzession der Bankkunde dazu verleitet wird, gegenüber seinem späteren Vertragspartner, dem Warenlieferanten, vertragsbrüchig zu werden (“Lehre von der Verleitung zum Vertragsbruch”; st. Rspr. vgl. bereits BGH DB 1977, 949). Denn der Bankkunde müsste dem Warenlieferanten eigentlich bei Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts die vorangegangene Abtretung an die Bank offenlegen. Aus Furcht, den Lieferanten aus diesem Grund aber zu verlieren, werden die Gewerbetreibende regelmäßig eher dazu geneigt sein, diese Tatsache zu verschweigen und ihre Lieferanten dadurch zu täuschen.

Vertiefungshinweis:

Zur Auskehrung des Mehrerlöses: *BGH*, NJW 1994, 2885, m. Anm. *Neuhof*, WiB 1994, 833

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Handbibliothek Kunst”
 Examenskurs: “Die Globalzession der Bank”

Leitsatz:

Zum Anspruch des Sicherungsnehmers (Darlehensgebers) gegen den Vorbehaltsverkäufer (Warenlieferanten) auf Auskehrung des aus der Verwertung von Sicherheiten erzielten Übererlöses.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um den Übererlös aus der Verwertung von Sicherheiten. Die klagende Kreissparkasse gewährte dem Einzelhändler S für seine beiden Einkaufsmärkte in S. und M. in laufender Rechnung Kredit. Mit Vertrag „Raumsicherungsübertragung Waren“ vom 14.8./26. 10. 1995 übereignete S der Kl. zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen die in beiden Läden vorhandenen sowie die später einzubringenden Waren. Forderungen aus dem Weiterverkauf der Waren wurden nach näherer Bestimmung in Nr. 5 an die Kl. abgetreten. gemäß einem weiteren Vertrag „Sicherungsübereignung Sachen“ vom 14.9./24. 10. 1995 übereignete S der Kl. ferner zur Absicherung aller bestehenden und künftigen Forderungen das gesamte Inventar des Geschäftes S. Im Falle einer Verwertung des Sicherungsguts verpflichtete er sich, das Erlangte an die Kl. herauszugeben. Die Bekl. war Lieferantin des Kaufmanns S, von der er unter Eigentumsvorbehalt auch die Ladeneinrichtungen erworben hatte. Den Warenlieferungen lag nach den AGB der Bekl. ein verlängerter Eigentumsvorbehalt zu Grunde. Ende Dezember 1995 musste S

wegen Vermögensverfalls seine Einkaufsmärkte aufgeben. Er verkaufte sie durch Vermittlung der Bekl. zu einem Preis von insgesamt 449 342,34 DM. Die Bekl. zog den Kaufpreis ein und verrechnete ihn mit eigenen Forderungen gegen S in Höhe von 185 881,05 DM. Den Überschuss von 263 461,29 DM zahlte sie, nachdem S die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens beantragt und das AG am 9. 2. 1996 die Sequestration seines Vermögens angeordnet hatte, in zwei Teilbeträgen am 15.3. und 17. 6. 1996 an den Streithelfer der Bekl. als Sequester. Am 4. 10. 1996 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des Kaufmanns S eröffnet und der Streithelfer zum Verwalter bestellt. Die Kl. hat in diesem Verfahren eine nicht bestrittene Forderung von 482 771,56 DM angemeldet.

Im vorliegenden Rechtsstreit beansprucht die Kl. von der Bekl. den Übererlös in Höhe von 263 461,29 DM. Sie hat behauptet, die Parteien hätten am 5. 12. 1995 vereinbart, dass der Restkaufpreis aus der Geschäftsveräußerung an sie fließen sollte. Das habe ihr die Bekl. nochmals in zwei Telefonaten vom 8. und 16. 1. 1996 zugesichert. In diesen Gesprächen sei die Bekl. auch über die Sicherungsübereignungen und die Forderungsabtretungen zu Gunsten der Kl. unterrichtet worden; mit Schreiben vom 5. 2. 1996 habe sie der Bekl. außerdem ihre Verträge mit S übersandt.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Kl. Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Nach Auffassung des BerGer. hat die Kl. unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte.

Die von der Kl. behauptete Vereinbarung sei als Auftrag i. S. des § 662 BGB zu qualifizieren, da die Bekl. sich dann der Kl. gegenüber verpflichtet hätte, in deren Interesse den Kaufpreis auch insoweit einzuziehen, als er ihre eigenen Forderungen gegen den Gemeinschuldner überstieg, und den Überschuss an die Kl. auszukehren. Durch eine möglicherweise weisungswidrige Auszahlung an den Sequester sei der Kl. indes kein Schaden entstanden. Habe ihr auf Grund von Vorausabtretungen das alleinige Forderungsrecht an dem an den Sequester gezahlten Anteil des Verkaufserlöses zugestanden, könne sie gem. § 12 I GesO vom Gesamtvollstreckungsverwalter Aussonderung verlangen. Sei sie hingegen nicht Forderungsinhaberin geworden, fehle es bereits deshalb an einem Vermögensverlust.

Ein Zahlungsanspruch ergebe sich auch nicht aus § 816 I BGB. Die Einziehung von Forderungen sei keine Verfügung im Sinne dieser Bestimmung. Ebenso wenig habe die Bekl. über das Inventar und die Waren als Nichtberechtigte verfügt, da sie Vorbehaltseigentümerin gewesen sei. Außerdem sei nicht ersichtlich, inwiefern die Bekl. dabei überhaupt selbst verfügt oder an Verfügungen mitgewirkt habe. Die Bekl. habe im Übrigen den herausverlangten Erlösanteil nicht erlangt, sondern nur für S eingezogen, so dass der Erlös keinen Eingang in ihr Vermögen gefunden habe; sie habe bei alledem auch im Einverständnis mit der Kl. gehandelt.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in mehreren Punkten nicht stand.

I. Anspruch auf Herausgabe des Erlöses gem. § 667 BGB

Die Revision hält die Auslegung der von der Kl. behaupteten Absprache zwischen den Parteien als Auftrag für zutreffend und rügt auf dieser Grundlage, der Kl. stehe ein vom BerGer. nicht geprüfter Herausgabeanspruch nach § 667 BGB zu. Das ist richtig. Hatte die Kl., wie zu ihren Gunsten für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, die Bekl. mit der (teilweisen) Einziehung der Forderungen aus dem Verkauf der Einzelhandelsmärkte und der Auskehrung des Übererlöses beauftragt, so hatte sie gem. § 667 BGB Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten. Hierzu gehörte der von der Bekl. eingezogene und von ihr nicht zur Erfüllung eigener Forderungen benötigte Kaufpreis. Die Abführung dieses Mehrbetrags an den Sequester entlastet die Bekl. insofern nicht. Die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe des Erlangten ist zwar nach der Rechtsprechung des BGH keine gewöhnliche Geldschuld und kann daher, wenn der Beauftragte über den empfangenen Betrag anderweitig verfügt, wegen nachträglicher Unmöglichkeit entfallen (vgl. BGHZ 143, 373 [378 ff.] = JZ 2001, 254 [256] rn. Anm. Beuthien/Hieke). Ob diese Voraussetzung hier vorliegt, kann dahinstehen. Jedenfalls spricht nichts dafür, dass die Bekl. — unabhängig von der Frage, inwieweit auf diesen Anspruch § 279 BGB a. E. anzuwenden wäre (dazu BGHZ 143, 373 [378 ff.] = JZ 2001, 254 [256] m. Anm. Beuthien/Hieke) — eine derartige Unmöglichkeit nicht zu vertreten hätte (§§ 280 I, 282 BGB a. F.). Auf die vom BerGer. behandelte Frage, ob die Kl. infolge der weisungswidrigen Auszahlung an den Sequester einen Vermögensschaden erlitten hat, kommt es nicht an.

II. Kein Herausgabeanspruch gem. § 816 BGB

Ohne durchgreifenden Rechtsfehler hat das BerGer. allerdings einen konkurrierenden bereicherungsrecht-

lichen Herausgabeanspruch aus § 816 BGB verneint. Die Bekl. war, sollte sie selbst über den Warenbestand und das Inventar der beiden Ladengeschäfte verfügt haben, zur Veräußerung berechtigt, da, wie das BerGer. rechtsfehlerfrei festgestellt hat, ihr Vorbehaltseigentum dem Anwartschaftsrecht der Kl. aus den Sicherungsübereignungen vorging. Entgegen der Revision war die Kl. auch nicht Gläubigerin der von der Bekl. eingezogenen Kaufpreisforderung und somit auch nicht Berechtigte i. S. des § 816 II BGB. Nr. 8.2 III 2 des Vertrags „Sicherungsübereignung Sachen“ vom 14.9./25. 10. 1995, auf den die Revision sich beruft, enthält keine Abtretung der Ansprüche auf den Veräußerungserlös, sondern begründet lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch der Sparkasse gegen den Sicherungsgeber auf Herausgabe des aus der Verwertung Erlangten. Soweit es um den Warenbestand geht, sollten gem. Nr. 5.1 S. 2 der „Raumsicherungsübertragung Waren“ Forderungen, die dem verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Lieferanten unterlagen, der Sparkasse erst mit dem Zeitpunkt abgetreten sein, in dem sie nicht mehr von dem verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst waren. Diese Bedingung war aber bis zur Zahlung des Käufers an die Bekl. nicht eingetreten, ungeachtet dessen, dass sich zu diesem Stichtag eine Übersicherung der Bekl. herausstellte (vgl. zur Übersicherung BGHZ 137, 212 [218 ff.] = NJW 1998, 671 = LM H. 5/1998 § 138[Bb]BGBNr. 86).

III. Anspruch auf Herausgabe aus abgetretenem Freigabeanspruch

Die Revision rügt indessen weiter mit Recht, dass die Klage — teilweise — auch aus einem von S an die Kl. abgetretenen Freigabeanspruch gegen die Bekl. begründet sein kann.

1. Inhalt des Vertrages zur Raumsicherung

In Nr. 5.1 S. 4 der „Raumsicherungsübertragung Waren“ hatte der Sicherungsgeber bezüglich der einem verlängerten Eigentumsvorbehalt unterliegenden Forderungen seine gegen den Lieferanten gerichteten Ansprüche auf Übertragung (Freigabe) dieser Forderungen im Voraus an die Sparkasse abgetreten. Demzufolge konnte die Kl. nach dem Verkauf der Ladengeschäfte zunächst Abtretung des auf den Warenbestand entfallenden Teils der Kaufpreisforderungen verlangen, soweit er die Restansprüche der Bekl. gegen S überstieg. Nach der Einziehung dieser Forderungen trat an die Stelle einer nicht mehr möglichen Abtretung ein Anspruch auf Zahlung des anteiligen Geldbetrags (§ 281 BGB a. F.). Dasselbe würde gelten, wenn der Käufer, wie die Revisionserwiderung geltend macht, den Kaufpreis bar gezahlt hätte. Aus den von der Kl. vorgelegten Rechnungen für den Verkauf der Einzelhandelsmärkte lassen sich Teilkaufrispreise für den Warenbestand in Höhe von 156 809,64 DM

(M.) und 80375,22 DM (S.) ersehen, zusammen (netto) 237 184,86 DM.

2. Verteilung gem. § 366 II BGB

Die von der Bekl. gegen S geltend gemachten Forderungen in Höhe von 185 881,05 DM sind von diesem Teilbetrag nicht abzusetzen. Mangels vertraglicher Regelung einer Anrechnung von Sicherungserlösen auf verschiedene gesicherte Forderungen findet § 366 II BGB entsprechende Anwendung (RGZ 144, 206 [211]; BGH, NJW 1997, 2514 [2516]). Unter mehreren fälligen, unterschiedlich gesicherten Schulden wird danach zunächst diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, getilgt. Im Streitfall war dies der auf Einrichtungen, Einbauten und sonstige Betriebsmittel entfallende Teilkaufpreis in Höhe von 76502 DM (M.) und 140 199 DM (S.), insgesamt (netto) 216 701 DM; denn insoweit war die Bekl., weil hinsichtlich des Inventars nur ein einfacher Eigentumsvorbehalt vereinbart war, nach der Veräußerung des Inventars ungesichert. Dieser Teilbetrag allein reicht aus, um alle Restansprüche der Bekl. gegen S abzudecken.

III. Keine Beeinträchtigung durch das allgemeine Verfügungsverbot

Das am 9. 2. 1996 vom AG erlassene allgemeine Ver-

fügungsverbot gegen S ist im Verhältnis der Parteien ohne Belang. Bereits mit der Einziehung der Kaufpreisforderungen durch die Bekl. im Januar 1996 und ihrer damit einhergehenden vollständigen Befriedigung war der an die Kl. vorausabgetretene Freigabeanspruch des nachmaligen Gemeinschuldners entstanden und spätestens zu diesem Zeitpunkt aus dessen Vermögen ausgeschieden. Daher konnte er durch das anschließende Veräußerungsverbot nicht mehr erfasst werden.

IV. Keine Berufungsmöglichkeit zur Erfüllung gem. § 407 I BGB

Auf der Grundlage des Klagevorbringens, von dem mangels gegenteiliger Feststellungen des BerGer. für das Revisionsverfahren hier gleichfalls auszugehen ist, muss die Kl. auch insoweit die Zahlung der Bekl. an den Sequester nicht gegen sich — als Erfüllung (§ 407 I BGB) — gelten lassen. Die Kl. hat behauptet, sie habe die Bekl. schon vor der Weiterleitung des Mehrerlöses an den Sequester am 15.3. und 17. 6. 1996 über ihre Sicherungsrechte vollständig unterrichtet und ihr auch die zu Grunde liegenden Verträge übersandt. Bei dieser Sachlage hätte die Bekl. aber die Abtretung der Freigabeansprüche ihres Abnehmers an die Kl. gekannt.

Standort: Allg. Schuldrecht

Problem: Umfang eines Freistellungsanspruchs

BGH, URTEIL VOM 19.04.2002
V ZR 3/01 (NJW 2002, 2382)

Problemdarstellung:

Der Kl. verkaufte dem Bekl. ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück, durch die eine Kreditforderung der Bayerischen Handelsbank abgesichert wurde. Der Kaufpreis sollte durch Schuldübernahme dieser dinglich gesicherten Kreditforderung gem. § 415 BGB erfolgen. Die Bank lehnte jedoch ihre Genehmigung zu dieser Schuldübernahme ab. Für diesen Fall hatten die Parteien eine interne Freistellungspflicht des Bekl. gegenüber Ansprüchen der Bayerischen Handelsbank vereinbart (vgl. §§ 415 III, 329 BGB). Dieser Verpflichtung kam der Bekl. trotz Aufforderung durch den Kl. nicht nach mit der Begründung, dass die Forderung der Bank nicht nachprüfbar sei. Daraufhin musste der Kl. selbst die Bank ausbezahlen und verlangt nunmehr vom Bekl. Regress.

Bezüglich der Anspruchsgrundlage hat der BGH zunächst danach differenziert, ob der Kl. als Inhaber eines Freistellungsanspruchs dem Bekl. die Gelegenheit gegeben hat, ihn von den Forderungen des Gläubigers freizustellen. Sofern er ihm diese Möglichkeit einräumt, aber der Freistellungsverpflichtete dem

nicht nachkommt, dann kommen Regressansprüche aus Verzug oder p.F.V (§§ 280 ff. BGB n.F.) in Betracht. Gibt er ihm diese Möglichkeit nicht, dann kommen Regressansprüche nur aus GoA gem. §§ 677 ff. BGB in Frage.

Diese Anspruchsabgrenzung ist auch wichtig, wenn zwischen den Parteien Streit über die Berechtigung der vom Gläubiger gestellten und zu befriedigenden Ansprüche besteht. Hat der Freistellungsberechtigte dem Verpflichteten die Möglichkeit zur Freistellung gegeben, dann berührt der Einwand der Unbegründetheit der Gläubigerforderung den Regressanspruch nicht. Denn eine Verletzung der Freistellungspflicht kann nicht dazu führen, dass der Freizustellende auf eigene Gefahr zu prüfen hat, ob die Ansprüche des Gläubigers zu Recht bestehen. Die vertragliche Verpflichtung zur Freistellung umfasst auch die Pflicht, unbegründete Ansprüche vom Berechtigten abzuhalten. Hat jedoch der Freistellungsberechtigte keine Gelegenheit zur Freistellung gewährt, dann muss er auch den Bestand und die Richtigkeit der Gläubigerforderung darlegen und notfalls beweisen.

Prüfungsrelevanz:

Das Verhältnis zwischen einem Freistellungsberech-

tigten und -verpflichteten ist gesetzlich nicht geregelt, unterliegt daher den Grundsätzen des allgemeinen Schuldrechts. Insbesondere die Frage der Pflichtverletzung des Schuldners, wenn er den anderen trotzdem nicht von Forderungen eines Gläubigers freistellt, taucht als Klausurfrage in solchen Fällen dann auf.

Der BGH macht mit dieser Entscheidung deutlich, dass es dabei auch auf das Verhalten des Freistellungsberechtigten ankommt; vor allem auf die Frage, ob er dem Freistellungsverpflichteten die Chance zur Freistellung gewährt hat. Kommt der Freistellungsverpflichtete trotz entsprechender Aufforderung der Freistellung nicht nach, so verletzt er seine Pflichten und muss gem. §§ 280 ff. BGB n.F. dafür haften. Gibt man ihm diese Chance aber erst gar nicht, dann kann man ihm auch keine Pflichtverletzung vorwerfen. In diesem Fall kommen dann nur gesetzliche Ansprüche (GoA, Bereicherung) in Frage.

Vertiefungshinweis:

- Weitere Gerichtsentscheidungen: *BGH*, NJW 1983, 1729 *OLG Köln*, NJW-RR 1995, 1282
- Urteilsanmerkung von *Armbrüster*, LM H. 9/2002 § 241 BGB Nr. 17

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der ratsuchende Ehemann"

Leitsätze:

- 1. Die vertragliche Verpflichtung zur Freistellung umfasst auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche Dritter vom Freistellungsberechtigten abzuwehren.**
- 2. Die Nichterfüllung der Abwehrrpflicht hat nur unter den Voraussetzungen des Verzugs oder der positiven Forderungsverletzung einen Schadensersatzanspruch zur Folge. Gegenüber diesem Anspruch kann der Freistellungsschuldner nicht mehr einwenden, dass der Gläubiger die Forderung des Dritten zu Unrecht befriedigt habe.**
- 3. Hat der Freistellungsberechtigte den Dritten befriedigt, ohne dem Freistellungsschuldner Gelegenheit zur Freistellung zu geben, kann er Ersatz seiner Aufwendungen nur unter den von ihm zu beweisenden Voraussetzungen eines Anspruchs aus Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen.**

Sachverhalt:

Der Kl. und R verkauften als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein ihnen gehörendes Grundstück in S. mit notariell beurkundetem Vertrag vom 24. 7. 1998 an den Bekl. Das Grundstück war in Abteilung III des Grundbuchs zu Gunsten der Bayerischen Handelsbank AG mit einer Grundschuld über 1 950 000 DM belastet. Der Kauf-

preis in Höhe von 1 300 000 DM sollte vollständig durch Übernahme der der Grundschuld zu Grunde liegenden Verbindlichkeit beglichen werden. Im Fall eines Scheiterns der Schuldübernahme und der dann nach Maßgabe von § 2 IV des Kaufvertrags vereinbarten Fälligkeit des Kaufpreises sollte der Bekl. die Verkäufer gegenüber der Bayerischen Handelsbank AG hinsichtlich etwaiger Ansprüche auf Vorfälligkeitsentschädigung — bezogen auf den Valutenstand bei Vertragsabschluss — freistellen, sofern die Bank die Schuldübernahme aus Gründen ablehnt, die in der Person des Käufers liegen. Die Bank lehnte eine Schuldübernahme durch den Bekl. ab und berechnete die Vorfälligkeitsentschädigung für einen Betrag von 1 300 000 DM mit 83 634,83 DM. Mit anwaltlichem Schreiben vom 26. 5. 1999 forderte der Kl. den Bekl. unter Fristsetzung bis zum 11. 7. 1999 zur Zahlung dieses Betrags auf. Der Bekl. lehnte dies ab, weil die Berechnung nicht prüffähig sei. Mit der Behauptung, die Bayerische Handelsbank AG habe die Übernahme des Darlehens auf Grund der erfolgten Bonitätsprüfung abgelehnt, worauf er an sie zur Ablösung 83634,38 DM gezahlt habe, hat der Kl. auch aus abgetretenem Recht des Mitgesellschafters R beantragt, den Bekl. zur Zahlung von 83 634,38 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Klage ist in beiden Vorinstanzen erfolglos geblieben. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, es könne dahinstehen, ob dem Kl. dem Grunde nach ein Anspruch auf Erstattung der Vorfälligkeitszinsen zustehe. Jedenfalls habe er einen solchen Anspruch nicht schlüssig dargetan.

Der Bekl. sei nach § 11 II des Vertrags nur verpflichtet, den Kl. von begründeten Ansprüchen der Bank auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung freizustellen. Den geltend gemachten Betrag in Höhe von 83 634,38 DM habe der Kl. indes nicht nachvollziehbar dargetan. Die Bezugnahme auf die Aufstellung der Bank vom 16. 4. 1999 sei dafür unzureichend. Aus ihr ergebe sich die Berechnungsweise nicht und die Berechnung könne auf Grund der angegebenen Zinsen, Abzinsungstage und Abzinsungssätze auch nicht nachvollzogen werden. Dies ergebe sich auch daraus, dass die von der Bank vorgenommene Berechnung sich auf den 20. 12. 1998 beziehe, während der Bekl. nach dem Vertrag eine auf den 24.7. bezogene Vorfälligkeitsentschädigung schulde.

B. Unterstellung der Schuldübernahmeverweigerung und Auszahlung durch den Kl.

Das BerGer. lässt offen, ob dem Kl. gegen den Bekl. grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung von an

die Bank gezahlten Vorfälligkeitszinsen zusteht. Es unterstellt damit, dass die Bank die Genehmigung zur befreienden Schuldübernahme aus Gründen verweigert hat, die in der Person des Bekl. liegen, und dass der Kl. die geltend gemachte Vorfälligkeitsentschädigung an die Bank gezahlt hat. Hiervon ist demnach bei der revisionsgerichtlichen Prüfung auszugehen.

C. Inhalt des Freistellungsanspruchs

Fehlerfrei legt das BerGer. § 11 des Kaufvertrags außerdem dahin aus, dass von der Freistellungsverpflichtung nur begründete Ansprüche der Bank auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung erfasst werden.

D. Risikoverteilung von unbegründeten Ansprüchen zwischen Freistellungsverpflichteten und -berechtigten

Nicht zu folgen ist dem BerGer. dagegen darin, dass bei einem möglichen Schadensersatzanspruch die Darlegungslast dafür, dass der von der Bank geltend gemachte Vorfälligkeitsentschädigungsanspruch der Höhe nach begründet ist, bei dem Kl. liege. Denn eine Verletzung der Freistellungsverpflichtung führt nicht dazu, dass der Freizustellende auf seine Gefahr zu prüfen hat, ob die Ansprüche des Drittgläubigers zu Recht bestehen. Der Gefahr, entweder eine unbegründete Forderung zu erfüllen oder sich wegen einer begründeten Forderung mit Klage überziehen zu lassen, soll der Freizustellende nach dem Sinn der Freistellung gerade enthoben sein. Verweigert der Freistellungsschuldner daher die Freistellung und stellt der Freistellungsgläubiger den Dritten deswegen selbst frei, so kann der Freistellungsschuldner gegenüber dem Schadensersatzanspruch des Freistellungsgläubigers nicht mehr einwenden, dass dieser die Forderung des Dritten zu Unrecht befriedigt habe (BGH, NJW 1970, 1594 [1596] = LM § 157 [Ge] BGB Nr. 13). Dies setzt allerdings voraus, dass dem Freistellungsschuldner Gelegenheit gegeben wurde, seiner Freistellungsverpflichtung durch Verhandlungen mit dem Drittgläubiger nachzukommen. Denn für den Freistellungsanspruch ist es gerade typisch, dass der gegen den Freistellungsgläubiger erhobene Anspruch abgewehrt werden soll. Die

Nichterfüllung der Abwehrrpflicht hat daher grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des Verzugs oder der positiven Forderungsverletzung einen Schadensersatzanspruch zur Folge (BGH, NJW 1983, 1729 [1730]). Diese Voraussetzungen hat das BerGer. nicht festgestellt. Wenn der Kl. dem Bekl. aber keine Gelegenheit eingeräumt hat, ihn von dem Anspruch auf Zahlung einer Vorfälligkeitsentschädigung gemäß der Berechnung der Bank freizustellen, der Kl. den ihm von der Bank berechneten Betrag vielmehr selbst an diese gezahlt und den Bekl. mit Schreiben vom 26. 5. 1999 auf Erstattung dieses Betrags in Anspruch genommen hat, kommt als Anspruchsgrundlage nicht ein Schadensersatzanspruch, sondern nur ein Aufwendungsersatz- oder Bereicherungsanspruch wegen berechtigter oder unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht (§§ 683, 667 BGB oder §§ 684, 812 BGB). Für einen solchen Anspruch verbleibt es dann allerdings bei der von dem BerGer. angenommenen Darlegungslast des Kl. Er muss also darlegen, dass ein Vorfälligkeitsentschädigungsanspruch in der geltend gemachten Höhe entstanden ist, weil nur insoweit dessen Tilgung dem mutmaßlichen Willen des Bekl. entsprach oder dieser hierdurch bereichert ist. Das hat er durch Bezugnahme auf die KAPO-Berechnung der Bank vom 16. 4. 1999 ausreichend getan. Dass das BerGer. diese Berechnung nicht nachvollziehen kann, lässt sie noch nicht hinreichend als un schlüssig erscheinen. Etwas anderes hätte nur dann zu gelten, wenn sich auch mit sachverständiger Hilfe nicht hätte klären lassen, ob und inwieweit das für die Berechnung grundsätzlich geeignete KAPO-Programm (BGH, NJW 2001, 509 = LM H. 4/2001 § 249 [Hd] BGB Nr. 54 = WM 2001, 20 [24]) richtig angewendet wurde. Das hat das BerGer. aber nicht dargelegt. Dass sich die Berechnung der Vorfälligkeitsentschädigung nicht auf den Valutenstand zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses (20. 7. 1998), sondern auf den 20. 12. 1998 bezieht, reicht nicht aus, um die Berechnung als un schlüssig erscheinen zu lassen. Denn insoweit hätte das BerGer. von der ihm durch § 287 II ZPO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen können, wenn es nicht einen entsprechenden Hinweis an den Kl. für erforderlich hielt.

Standort: Mietrecht**Problem: Anpassung einer Staffelmiete**

BGH, URTEIL VOM 08.05.2002
XII ZR 8/00 (NJW 2002, 2384)

Problemdarstellung:

Die Parteien hatten bezüglich beruflich genutzter Räumlichkeiten einen Mietvertrag mit Staffelmiete abgeschlossen, d.h. jedes Jahr erhöhte sich die Miete automatisch um 5 %. Da der marktübliche Mietzins nunmehr aber nicht wie erwartet gestiegen, sondern drastisch gesunken war, verlangte der beklagte Mieter eine entsprechende Anpassung des Mietvertrages an diese geänderten Umstände.

Der BGH musste sich infolgedessen in diesem Fall mit den Voraussetzungen einer Vertragsanpassung durch "Wegfall der Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB n.F.) auseinandersetzen. Die entscheidende Frage war dabei, ob das Risiko, dass der marktübliche Mietzins sich anders entwickelt als vorgestellt, nicht von einer der beiden Parteien allein zu tragen ist. Bei Vereinbarung einer Staffelmiete besteht grundsätzlich das Risiko, dass der vereinbarte Mietzins im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Mietzinses abweicht. Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Partei; es ist jeweils Sache der einzelnen Vertragspartei eines Mietvertrages abzuschätzen, ob sich die vereinbarte Staffelmiete im Vergleich zur Entwicklung des Mietmarkts als für sie günstig erweisen wird oder nicht. Nur weil regelmäßig beide Parteien von steigenden Mieten ausgehen, wird dadurch das Risiko einer abweichenden Entwicklung nicht auf beide Parteien verlagert.

Zur objektiven Geschäftsgrundlage gehört auch die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung, sodass eine Störung des Äquivalenzverhältnisses ebenfalls zu einer Vertragsanpassung durch WGG (§ 313 BGB n.F.) führen kann. Voraussetzung dafür ist aber, eine nachträgliche Störung des Äquivalenzverhältnisses, die die Grenzen der Zumutbarkeit für eine der beiden Parteien übersteigt. Eine solche Unzumutbarkeit lag in diesem Fall aber nicht vor, da der Mietvertrag ohnehin in vier Jahren auslief.

Prüfungsrelevanz:

Zum Zwecke der Examensvorbereitung ist dieses Urteil interessant, weil es sich mit wichtigen Voraussetzungen zur Vertragsanpassung durch "Wegfall der Geschäftsgrundlage" (§ 313 BGB n.F.: Störung der Geschäftsgrundlage) beschäftigt.

Geschäftsgrundlage sind nach st. Rspr. die bei Vertragsabschluss zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemein-

samen Vorstellungen beider Parteien vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien darauf aufbaut (so schon: RGZ 103, 332). Diese Geschäftsgrundlage muss nach Vertragsabschluss wesentlich gestört, wenn nicht sogar weggefallen sein. Wo die Wesentlichkeitsgrenze zu ziehen ist, hängt vom Einzelfall ab; grundsätzlich ist eine Störung wesentlich, wenn eine oder sogar beide Parteien bei vorheriger Kenntnis über diese Störung den Vertrag nicht oder nicht mit dem Inhalt abgeschlossen hätten. Jedoch auch wesentliche Störungen der zugrunde gelegten Verhältnisse begründen kein Recht auf Vertragsanpassung, wenn sich - wie dieser Fall deutlich zeigt - durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei allein zu tragen hat (BGHZ 74, 373). Wie die Risikosphären der Parteien untereinander abzugrenzen sind, ergibt sich aus dem jeweiligen Vertrag, dem Vertragszweck und dem anzuwendenden dispositiven Recht. Nur wenn das Risiko von beiden Parteien zu tragen ist oder allgemeiner Natur ist (Krieg, Geldentwertung, etc.), dann kann eine Vertragsanpassung gem. § 313 BGB n.F. erfolgen. Darin zeigt sich deutlich der Ausnahmecharakter des Rechtsinstituts.

Vertiefungshinweise:

Zur Störung der Geschäftsgrundlage: BGHZ 146, 280 = NJW 2001, 1928; BGH, NJW 2002, 2383

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Schwert"
- Examenskurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Zur Frage der Anpassung einer Staffelmiete für Gewerberaum bei unvorhergesehenem Absinken des Mietpreinsniveaus nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage.

Sachverhalt:

Mit Mietvertrag vom 23. 4. 1991 vermietete die Kl. (zunächst mit einem weiteren Miteigentümer) dem Bekl. Gewerberäume in B. für die Zeit vom 1. 6. 1991 bis 31. 5. 2001 (mit Verlängerungsklausel) „zur Benutzung als Rechtsanwaltspraxis“. Der Mietvertrag sah eine Staffelmiete vor. Danach erhöhte sich der Mietzins zum 1.6. um jeweils fünf Prozent. Der Bekl. hat ab Juni 1997 den Mietzins nicht mehr in voller Höhe entrichtet. Er hat dies unter anderem damit begründet, der vereinbarte Staffelmietzins sei nach Treu und Glauben an den marktüblichen Mietzins, der zwischenzeitlich wider Erwarten drastisch gesunken sei, anzupassen. Die ortsübliche Nettokaltmiete habe im

April 1998 nur noch 26,60 DM/m² betragen, bei Neuvermietungen sei der Mietzins sogar auf 22,30 DM/m² gefallen, während er nach dem Staffelmietvertrag ab Juni 1997 53,60 DM und ab Juni 1998 56,28 DM/m² zahlen müsse. Die Zahlung eines im Vergleich zur Marktüblichkeit derart überhöhten Mietzinses sei ihm nicht zuzumuten. Mit der vorliegenden Klage macht die Kl. die Mietdifferenz bis einschließlich Juni 1998 geltend, die sie mit 13335,02 DM beziffert hat.

Das LG hat der Klage in Höhe von 12 814,02 DM stattgegeben. Das BerGer. hat die Berufung des Bekl. zurückgewiesen. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Entgegen der Auffassung der Revision ist der Bekl. nicht nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 242 BGB) auf Grund des geltend gemachten Verfalls der allgemeinen Mietpreise für vergleichbare Gewerberäume ganz oder teilweise von seiner Pflicht, den vereinbarten Mietzins zu entrichten (§ 535 S. 2 BGB a. F.), frei geworden.

A. Risikoverteilung bei Störung der Geschäftsgrundlage

Es kann dahinstehen, ob der bei Vertragsschluss vorhandene Geschäftswille beider Parteien auf der Vorstellung aufbaute, der marktübliche Mietzins vergleichbarer Objekte in B. werde weiterhin kontinuierlich ansteigen, wie die Revision geltend macht. Denn auch in diesem Fall wäre der Mietzins für den fraglichen Zeitraum nicht im Wege der Vertragsanpassung herabzusetzen. Auch wesentliche Änderungen der Geschäftsgrundlage — hier etwa die bei Vertragsschluss vorhandene Vorstellung und Erwartung der Parteien, der marktübliche Mietzins werde weiter ansteigen — führen nicht zur Anpassung des Vertrags, wenn sich durch die Störung ein Risiko verwirklicht, das eine Partei zu tragen hat (vgl. BGHZ 74, 370 [373] = NJW 1979, 1818 = LM § 242 [Bb] BGB Nr. 95; Senat, NJW 2000, 1714 [1716] = NZM 2000, 492 = LM H. 10/2000 § 537 BGB Nr. 51).

I. Risikoverteilung bei Staffelmiete zu Lasten des Mieters

Bei Vereinbarung einer Staffelmiete besteht regelmäßig die nicht fern liegende Möglichkeit, dass der vereinbarte Mietzins im Laufe der Zeit erheblich von der Entwicklung des marktüblichen Mietzinses abweicht. Dieses typische Vertragsrisiko trägt grundsätzlich die jeweils benachteiligte Vertragspartei (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbli. Miet-, Pacht- und LeasingR., 8. Aufl., Rdnr. 429). Der Mieter bleibt daher grundsätzlich auch bei einem gravierenden Absinken des allgemeinen Mietniveaus an die vertraglich vereinbarten Staffelerhöhungen gebunden, es sei denn die Parteien haben eine — hier nicht festgestellte und

auch nicht ersichtliche — abweichende Regelung getroffen.

II. Keine Umverteilung zu Lasten des Vermieters

Diese der Staffelmietvereinbarung immanente Risikoverteilung ändert sich nicht dadurch, dass nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter erwartet, das allgemeine Mietniveau werde im gesamten Zeitraum der Staffelmietvereinbarung weiterhin steigen. Es ist grundsätzlich Sache der jeweiligen Partei des Mietvertrags abzuschätzen, ob sich die vereinbarte Staffelmiete im Vergleich zur Entwicklung des Markts als ihr günstig erweisen wird oder nicht. Die Vereinbarung einer langfristigen Staffelmiete schafft beiden Parteien eine zuverlässige Kalkulationsgrundlage. Allein der Umstand, dass auch der Vermieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von weiter ansteigenden Mietpreisen ausgeht, verlagert das Risiko der Entwertung der Sachleistung während der Dauer der Staffelmietvereinbarung nicht vom Mieter auf den Vermieter.

B. Keine Äquivalenzstörung als Störung der Geschäftsgrundlage

Die Staffelmietvereinbarung ist auch nicht aus Gründen der Äquivalenzstörung abzuändern. Zwar gehört bei gegenseitigen Verträgen der Gedanke der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zur objektiven Geschäftsgrundlage. Wird dieses Gleichgewicht nach Vertragsschluss durch unvorhergesehene Veränderungen so schwer gestört, dass damit das von einer Partei normalerweise zu tragende Risiko in unzumutbarer Weise überschritten wird, ist der Vertrag an die veränderten Umstände anzupassen (Senat, NJW-RR 1993, 773 [774]; Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 242 Rdnrn. 135 bis 139 m. w. Nachw.). Eine solch schwer wiegende, die Unzumutbarkeitsgrenze überschreitende Äquivalenzstörung liegt hier jedoch nicht vor.

I. Revisionseinwand: Äquivalenzstörung bei Mietzinsverfall um mehr als 60 %

Die Revision vertritt hierzu die Auffassung, bei einer Staffelmietvereinbarung mit einer Laufzeit von „lediglich“ zehn Jahren seien für die Annahme eines Anpassungsgrunds wegen des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage nicht so strenge Anforderungen zu stellen, wie sie die Rechtsprechung für über mehrere Jahrzehnte fest abgeschlossene Verträge aufgestellt habe.

Staffelmietvereinbarungen von solcher Dauer seien vielmehr schon dann unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenzstörung an die geänderten Verhältnisse anzupassen, wenn der vereinbarte Mietzins um mehr als einen bestimmten Prozentsatz unter das Niveau der (bei Vertragsschluss erwarteten) ortsüblichen Mieten absinke. In Anlehnung an die Rechtsprechung

des BGH zur Anpassung des Erbbauzinses bei drastischem Geldwertschwund (vgl. etwa BGHZ 97, 171 = NJW 1986, 2698 [2699] = LM § 9 ErbbauVO Nr. 28) sei diese Grenze bei einem Mietzinsverfall um mehr als 60% zu ziehen. Im Streitfall sei diese Grenze bei weitem überschritten, mithin sei eine entsprechende Vertragsanpassung vorzunehmen.

II. Würdigung durch den BGH in der Revision
Damit hat die Revision keinen Erfolg.

1. Keine Äquivalenzstörung wegen Kurzfristigkeit der Mietdauer und entgangenem Gewinn

Im Gegensatz zur Meinung der Revision ist eine unzumutbare Überschreitung des übernommenen Risikos im dargelegten Sinne eher anzunehmen, wenn die Bindung an den Vertrag, wie zum Beispiel bei Erbbauverträgen, noch viele Jahre besteht. Im vorliegenden Fall war der Bekl. an die vereinbarte Staffelmiete nur noch vier Jahre gebunden, als er die hier streitige Herabsetzung begehrte. Welcher Maßstab bei der Entscheidung der Frage, ob Unzumutbarkeit vorliegt, anzulegen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Die zur Unzumutbarkeit führenden Umstände müssen jedenfalls auf die in Frage stehende Äquivalenzstörung zurückzuführen sein. Bereits daran fehlt es hier.

Der Bekl. hat insoweit geltend gemacht, seine Einnahmen aus seiner Anwaltspraxis hätten sich nicht in gleichem Maße erhöht wie die Mietzinsstaffel. Durch die Belastung mit der sehr hohen Miete sei er gehindert, weiteren benötigten Gewerberaum anzumieten, um vorhandenes oder weiteres Personal angemessen unterbringen zu können, was für eine etwaige Erhöhung seiner Einnahmen unerlässlich sei.

Diese Entwicklung ist jedoch nicht durch das Absinken der marktüblichen Mietpreise verursacht worden. Hierzu wäre es vielmehr auch dann gekommen, wenn die Mietpreise allgemein entsprechend der vereinbarten Staffelmiete — wie vom Bekl. ursprünglich erwartet — gestiegen wären. Die Vertragsvorteile, insbesondere die Möglichkeit, Gewinne zu erzielen, sind dem Bekl. trotz des behaupteten Verfalls der Mietpreise unverändert erhalten geblieben (vgl. auch BGH, NJW 1960, 240 [242 f.] = LM Ges. üb. d. Verpachtung u. d. Verwaltung öff. Apotheken Nr. 1).

2. Keine Äquivalenzstörung durch Vergleichsmieten

Allein die Tatsache, dass der Bekl. mittlerweile vergleichbare Geschäftsräume zu einem wesentlich günstigeren Mietzins anmieten könnte, rechtfertigt nicht die Annahme einer zur Vertragsanpassung führenden Äquivalenzstörung. Überhaupt genügt der Umstand, dass jemand durch eine nachträgliche Veränderung der Verhältnisse wirtschaftlich ungünstiger steht, als nach den getroffenen Vereinbarungen zu erwarten war, regelmäßig nicht, um ihm aus Billigkeitsgründen ein auch nur teilweises Abgehen vom Vertrag zu erlauben. Eine andere Beurteilung wäre eine Verletzung der gesetzlichen Grundentscheidung, dass Verträge, so wie sie geschlossen sind, gehalten werden müssen (BGH, NJW 1976, 142 = LM § 242 [Bb] BGB Nr. 76). Eine Anpassung eines langfristigen abgeschlossenen Mietvertrags wegen einer nachträglich eingetretenen Äquivalenzstörung kann nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommen, beispielsweise wenn das Festhalten am Vertrag für eine Partei existenzgefährdend wäre. Dies ist hier nicht der Fall.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: Kausalität des Unterlassens**

BGH, BESCHLUSS VOM 13.06.2002
4 STR 51/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte sich der 4. Senat des BGH mit Fragen der Kausalität beim Unterlassen zu beschäftigen. Die Angeklagten hatten das Opfer zusammengeschlagen. Später kehrten sie an den Tatort zurück. Das Landgericht hatte festgestellt, dass das Opfer mit einiger Wahrscheinlichkeit hätte gerettet werden können, wenn die Angeklagten nach ihrer Rückkehr Hilfe geholt hätten und diese deswegen (u.a.) wegen Totschlags durch Unterlassen verurteilt. Der BGH hat dieses Urteil aufgehoben und betont, für die Kausalität eines Unterlassens reiche es nicht aus, dass der konkrete Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung "wahrscheinlich" vermieden worden wäre. Vielmehr müsse feststehen, dass bei rechtzeitigem Handeln des Täters der konkrete Erfolg "mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" verhindert worden wäre.

Prüfungsrelevanz:

Die unechten Unterlassungsdelikte stellen einen Problembereich dar, der in der jüngeren Vergangenheit wiederholt der Gegenstand von Examensarbeiten gewesen ist.

In diesem Zusammenhang ist gerade die Kausalitätsprüfung von großer Bedeutung. Gegenüber der im Zivilrecht vertretenen Adäquanztheorie (vgl. Nachweise bei Palandt/Heinrichs, Vor § 249 Rn. 58 ff.) herrscht im Strafrecht die Äquivalenztheorie vor. Nach dieser ist ein Unterlassen dann kausal für einen Erfolg, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugegacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (sog. "conditio-sine-qua-non"-Formel, Schönke/Schröder-Lenckner, § 13 Rn. 61 m.w.N.). Diese Formel führt jedoch zu Ungewissheiten, weil stets ein hypothetischer Kausalverlauf gebildet werden muss, dessen Verlauf naturgemäß nicht sicher bewiesen werden kann und es - anders als beim aktiven Tun - einen echten Bedingungs-zusammenhang zwischen einem Unterlassen und einem Erfolg nicht wirklich gibt (was auch ein wiederholt vorgebrachter Kritikpunkt hieran ist, vgl. SK-Rudolphi, Vor § 1 Rn. 15; Spindel, Engisch-Festschrift S. 515; Herzberg, MDR 1971, 882). Der BGH hat jedoch stets klarge-

stellt, dass diese Unsicherheiten den Täter jedenfalls dann nicht über den Grundsatz in dubio pro reo entlasten können, wenn der "konkrete" Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung mit "an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit" ausgeblieben wäre und wenn insbesondere an den Grad der Wahrscheinlichkeit der Erfolgshinderung hohe Anforderungen gestellt werden.

Vertiefungshinweise:

Zur Kausalität des Unterlassens: *BGHSt* NJW 1998, 573, NJW 2000, 2757; *Puppe*, JR 1992, 30; *Larenz*, NJW 1953, 686

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der eiskalte Engel"

Leitsatz (der Redaktion):

Ein Unterlassen ist nur dann kausal für einen konkreten Todeseintritt, wenn der Tod, so wie er konkret eingetreten ist, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch ein Eingreifen des Täters verhindert worden wäre.

Sachverhalt:

Die Angeklagten wollten gemeinsam mit den Mitangeklagten M., J. und A. in einem Abrisshaus Obdachlosen - notfalls mit Gewalt - Geld abnehmen (Fall II 1). In Ausführung dieses Vorhabens weckte der Mitangeklagte A. den dort schlafenden Jürgen Se. und verlangte von ihm die Herausgabe von Geld. Als dieser angab, kein Geld zu haben, schlug A. ihm mit der Faust mehrmals ins Gesicht und durchsuchte seine Jackentaschen, fand aber nichts. Daraufhin misshandelten ihn auch die übrigen Angeklagten. Nachdem sie das Haus verlassen hatten, befürchteten die Angeklagten, die Verletzungen könnten möglicherweise zum Tod des Jürgen Se. geführt haben. Sie kehrten später zu dem Gebäude zurück, auch, um sich über den Gesundheitszustand des Se. zu vergewissern (Fall II 2). Als sie ihn noch lebend vorfanden und er (wahrheitswidrig) angab, ihm seien gerade 2000.- DM geraubt worden, misshandelten ihn die Mitangeklagten J., M. und A. - insbesondere durch Tritte - weiter, diesmal mit (mindestens) bedingtem Tötungsvorsatz. Die Angeklagten B. und S. beteiligten sich hieran nicht, sondern schauten wortlos zu. Dann verließen die Angeklagten das Haus. Zu diesem Zeitpunkt lebte

Jürgen Se. noch. Er verstarb schließlich aufgrund der erlittenen massiven Gewalteinwirkungen, wobei ihm die todbringenden Verletzungen möglicherweise bereits im ersten Tatkomplex (Fall II 1) beigebracht worden sind, die Misshandlungen im zweiten Tatkomplex (Fall II 2) haben den Todeseintritt jedoch beschleunigt. Das Leben des Jürgen Se. hätte "mit einiger Wahrscheinlichkeit gerettet werden können, wenn er noch im zweiten Tatkomplex umgehend ärztlicher Hilfe zugeführt worden wäre".

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Angeklagten B. und S. wegen Totschlags und versuchten Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, den Angeklagten S. darüber hinaus wegen versuchten Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in einem weiteren Fall zu Gesamtfreiheitsstrafen von sechs Jahren (B.) und sechs Jahren und neun Monaten (S.) verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen [...]

I. Feststellungen des Landgerichts

Das Landgericht geht davon aus, dass sich die Angeklagten B. und S. im Fall II 2 jeweils des (vollendeten) Totschlags durch Unterlassen (§§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB) schuldig gemacht haben, weil sie wegen ihrer Beteiligung an der lebensgefährlichen Behandlung des Opfers im ersten Tatkomplex die Pflicht gehabt hätten, weitere Gefahren für dessen Leben abzuwenden. Den beiden Angeklagten sei es auch zumutbar und möglich gewesen, wenigstens verbal zu versuchen, das Tun der anderen aufzuhalten. Wenn sie den Tatort verlassen hätten, nachdem offenbar geworden sei, dass der Geschädigte erneut tätlich angegriffen wurde, so wären "die weiteren massiven Tritte wahrscheinlich unterblieben". Außerdem hätten die Angeklagten einen Notarzt alarmieren können. Mit der Todesfolge hätten sie gerechnet und sie billigend in Kauf genommen.

II. Zur Kausalität beim Unterlassen

Diese rechtliche Wertung hält der Nachprüfung insofern nicht stand, als - was die Revisionen zu Recht

beanstanden - nicht festgestellt ist, dass durch ein Eingreifen der Angeklagten B. und S. der Tod des Jürgen Se. , so wie er konkret eingetreten ist (vgl. BGH NStZ 1981, 218; 1985, 26, 27; StV 1986, 59), mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert worden wäre, denn nur dann könnte das Unterlassen für den konkreten Todeseintritt ursächlich geworden sein (vgl. BGHSt 6, 1, 2; 43, 381, 397; BGH NStZ 2000, 583). Allein, dass die Misshandlungen im zweiten Tatkomplex durch die Angeklagten "wahrscheinlich" hätten unterbunden werden können und das "einige Wahrscheinlichkeit" der Lebensrettung bestanden hat, reicht hierfür nicht aus. Nach der Gesamtheit der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen haben sich die Angeklagten B. und S. im Fall II 2 jeweils (lediglich) wegen versuchten Totschlags (durch Unterlassen) strafbar gemacht (vgl. BGHSt 38, 356, 358 ff.; 40, 257, 270 ff.; BGH NStZ 2000, 414, 415).

III. Abänderung des Schuldspruchs und Aufhebung der verhängten Strafen

Da in einer neuen Hauptverhandlung weitere Feststellungen, die eine Verurteilung wegen vollendeten Totschlags (durch Unterlassen oder durch aktives Tun in Mittäterschaft) tragen könnten, nicht zu erwarten sind, ändert der Senat die Schuldsprüche entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich die Angeklagten gegen die geänderten Schuldsprüche nicht wirksamer als bisher hätten verteidigen können.

Die Änderung der Schuldsprüche führt zur Aufhebung der im Fall II 2 verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafen, weil nicht auszuschließen ist, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Bewertung niedrigere Strafen verhängt hätte. Die übrigen Einzelstrafen können bestehen bleiben, denn sie werden von dem Rechtsfehler nicht berührt.

IV. Zurückverweisung zur Strafzumessung

Da sich das weitere Verfahren nur noch gegen Erwachsene richtet, verweist der Senat die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurück (BGHSt 35, 267).

Standort: § 16 StGB**Problem: Irrtum über den Kausalverlauf**

BGH, URTEIL VOM 10.4.2002
5 STR 613/01 (NSTZ, 2002, 475)

Problemdarstellung:

Der BGH hatte in diesem Fall die Frage zu beantworten, ob es Auswirkungen auf den Vorsatz hat, wenn der Täter eines Tötungsdeliktes, der den Tod des Opfers erst durch eine zweite Handlung herbeiführen will, diesen tatsächlich bereits durch die vorher vorgenommene erste Handlung bewirkt.

Der BGH hält dies für einen normalen Fall des Irrtums über den Kausalverlauf, der nach seiner ständigen Rechtsprechung unbeachtlich ist (und den Vorsatz nicht entfallen lässt), wenn die Abweichung des vorgestellten vom tatsächlichen Kausalverlauf unwesentlich ist, was insb. dann der Fall sein soll, wenn beide Kausalverläufe gleichwertig sind. Dies hat der BGH im vorliegenden Fall deswegen angenommen, weil die Täter bereits bei ihrer ersten Handlung mit Tötungsvorsatz gehandelt hatten und deswegen in diesem Zeitpunkt bereits ein strafbarer Versuch eines Totschlags vorlag. Deswegen stellen beide Tathandlungen eine Einheit dar, so dass es die Täter im Ergebnis nicht entlasten kann, wenn entgegen ihrer Vorstellung nicht die zweite, sondern die erste ihrer Handlungen den Tod des Opfers herbeiführt.

Prüfungsrelevanz:

Alle Irrtumsprobleme sind in Strafrecht stets einer der ganz großen Examensschwerpunkte. Der hier relevante Irrtum über den Kausalverlauf stellt insofern eine Problematik dar, mit der sich Rechtsprechung und Lehre seit geraumer Zeit immer wieder befassen müssen, so dass sie im Examen als Grundlagewissen unbedingt präsent sein muss.

Kennzeichnend für den vorliegenden Fall ist, dass die Täter die Tat in zwei Akten begehen wollen, wobei sie sich vorstellen, dass einer der Akte den Erfolg unmittelbar herbeiführt, tatsächlich aber der Erfolg durch den anderen Akt eintritt. Üblicherweise stellt sich dieses Problem in der Form, dass der erste Akt den Erfolg herbeiführen soll, dieser tatsächlich aber erst durch den zweiten Akt eintritt (diese Fallgruppe wird häufig auch als "dolus generalis" bezeichnet, vgl. Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben § 15 Rn. 58; Welzel S. 74). In diesem Fall liegt nach herrschender Meinung eine vollendete Vorsatztat vor, sofern die Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf sich im Rahmen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt (BGH NJW 2002, 1057; Wessels/Beulke S. 80 f.

mwN), wobei teilweise danach differenziert wird, ob beide Akte von vorne herein geplant waren (SK-Rudolphi § 16 Rn. 35; Hruschka JuS 1982, 319 f.). Die Gegenauffassung hingegen nimmt nur einen Versuch (und ggf. eine Fahrlässigkeitstat) an, da beide Teilakte selbstständige Handlungen seien und deswegen im gem. § 8 StGB maßgeblichen Zeitpunkt des den Erfolg unmittelbar herbeiführenden zweiten Aktes der Vorsatz fehle (Herzberg ZStW 1985, 890; Hettinger JuS 1992, L 8 f.). Der BGH stellt im vorliegenden Fall erneut klar, dass die Kriterien der hM auch im umgekehrten Fall gelten, wenn der Erfolg erst durch den zweiten Akt herbeigeführt werden sollte, tatsächlich aber bereits als Folge des ersten Aktes eintritt, sofern sich der Täter auch bereits im Zeitpunkt des ersten Aktes im Stadium des Versuches befand (so bereits BGH GA 1955, 123).

Vertiefungshinweise:

Zum den Fällen des dolus generalis: BGH, NJW 2002, 1057; Geppert, Jura 1992, 163; Toelpel, JA 1997, 556; Wolter, ZfsW 1977 649

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schäferstündchen"

Leitsatz (der Redaktion):

Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen bereits durch eine frühere Handlung, so schließt dies den Vorsatz dann nicht aus, wenn er bereits vor Vornahme der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet.

Sachverhalt:

Die Angeklagten waren "Trinkkumpane" und kannten den Verstorbenen Ha sowie das Tatopfer K, die beide in demselben Haus wie der Angeklagte D wohnten und wie die Angeklagten im Übermaß Alkohol tranken. Nach dem Tod des Ha bezichtigte K den Angeklagten Z zu Unrecht mehrfach in der Öffentlichkeit, Ha durch Beibringung von Gift oder Säure getötet zu haben. So geschah es auch am Vormittag des Tattages, als sich die Angeklagten und K an einem "Getränkstützpunkt" trafen. Der darüber verärgerte Angeklagte Z geriet mit K in einen Streit und äußerte vor den beiden anderen Angeklagten, dass er K "kaltmachen" werde. Später gab der Angeklagte Z den beiden Mitangeklagten zu verstehen, "dass K heute noch sterben muss". Dabei verwies er auf eine vorgezeigte

Einwegspritze, mit der er K Luft in eine Armvene injizieren wollte, um ihn dadurch zu töten. Die Angeklagten D und W nahmen das in dieser Situation noch nicht ernst. Am Abend trafen die Angeklagten mit K in der Wohnung des Angeklagten D zusammen. K machte den Angeklagten Z erneut für den Tod des Ha verantwortlich. Es entstand ein lauter Streit zwischen beiden. Der Angeklagte D forderte beide auf, Ruhe zu geben. Darauf erfasste K den Angeklagten D am Hals, der sich befreien konnte und K zwei bis dreimal mit der Faust ins Gesicht schlug. K taumelte in Richtung des Angeklagten W, der ihn mindestens zweimal mit der Faust an Kopf und Hals schlug. In dieser Situation "entschloss sich der Angeklagte Z, sein Vorhaben, K mit einer Luftinjektion in eine Armvene zu töten, in die Tat umzusetzen." Er holte die dafür mitgebrachte Einwegspritze hervor, was die beiden Mitangeklagten erkannten. Ihnen war auf Grund der vorangegangenen Äußerungen des Angeklagten Z auch klar, was er damit vorhatte. Unter dem unmittelbaren Eindruck der von K ausgegangenen Auseinandersetzung "wollten jetzt auch die Angeklagten D und W den K töten, seinen Tod in der vom Angeklagten Z vorgesehenen Art und Weise herbeiführen." Der Angeklagte W ergriff ein Tuch, führte es K über den Mund und hielt ihn daran von hinten fest. Die Angeklagten D und Z schlugen derweil weiter, jeder mindestens zweimal, auf das sich immer noch wehrende Opfer im Kopf- und Halsbereich ein, um dessen Widerstandsfähigkeit zu brechen. K lag am Boden, blutete aus Mund und Nase und war im Gesicht erheblich verletzt. Während der Angeklagte W das Opfer immer noch mit dem Tuch fixierte, hielt der Angeklagte D dessen linken Arm fest und der Angeklagte Z stach ihm mit der Spritze mindestens einmal in die linke Armbeuge und drückte die Luft aus der Spritze. Danach ließ der Angeklagte W los. Der Angeklagte Z fühlte bei dem sich nicht mehr rührenden K keinen Puls mehr und äußerte, dass "die Sau jetzt tot ist". Die Angeklagten gingen davon aus, dass K so, wie sie es wollten, infolge der Luftinjektion gestorben war. Tatsächlich erstickte K. Aufgrund der Schläge war sein Kehlkopffortsatz abgebrochen und er atmete Blut ein. Selbst wenn die Spritzenadel in die Armvene eingedrungen wäre, was nicht der Fall war, hätte noch nicht einmal das zweifache Luftvolumen für die Herbeiführung des Todes ausgereicht. Das hatten die Angeklagten nicht erkannt.

Aus den Gründen:

Das LG hat in dem Verhalten der Angeklagten – lediglich – einen versuchten Totschlag in Tateinheit mit Körperverletzung mit Todesfolge gefunden. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. [...] Gegen das Urteil richten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft mit der Sachrüge und dem Ziel einer Verurteilung der Angeklagten wegen vollendeten Totschlags.

Die Revisionen haben Erfolg.

Aus den Feststellungen ergibt sich, dass die Angeklagten gemeinschaftlich einen vollendeten Totschlag begangen haben. Die Angeklagten haben durch gemeinsames Tun den Tod des Opfers verursacht. Dies war bei jedem von ihnen durch – direkten – Vorsatz gedeckt.

A. Unerheblichkeit der Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf

I. Allgemeine Kriterien für die Unbeachtlichkeit

In der Rechtsprechung ist als Rechtsfigur der unerheblichen Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorgestellten Kausalverlauf anerkannt, dass eine Divergenz zwischen dem eingetretenen und dem vom Täter gedachten Geschehensablauf unter Gesichtspunkten des Vorsatzes regelmäßig dann unbeachtlich ist, wenn sie unwesentlich ist, namentlich weil beide Kausalverläufe gleichwertig sind (BGHSt 7, 325, 329; 23, 133, 135; BGH GA 1955, 123, 125; BGH NJW 1960, 1261; BGH NJW 2002, 1057; ebenso schon RGSt 67, 258; RG DStR 1939, 177, 178). Danach gilt insbesondere folgendes: Bewirkt der Täter, der nach seiner Vorstellung vom Tatablauf den Taterfolg erst durch eine spätere Handlung herbeiführen will, diesen bereits durch eine frühere Handlung, so kommt eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Taterfolges dann in Betracht, wenn er bereits vor der Handlung, die den Taterfolg verursacht, die Schwelle zum Versuch überschritten hat oder sie zumindest mit dieser Handlung überschreitet (BGH GA 1955, 123, 124; BGH NJW 2002, 1057; RG DStR 1939, 177, 178). Dies alles findet weitgehend Zustimmung im Schrifttum (Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 15 Rdnr. 58; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 16 Rdnr. 7; Baumann/Weber/Mitsch AT 10. Aufl. § 20 Rdnr. 24; Jeschek/Weigend AT 5. Aufl. S. 312; Maurach/Zipf AT 8. Aufl. § 23 Rdnr. 36; Roxin AT 3. Aufl. § 12 Rdnr. 170; a.A. LK/Schroeder 11. Aufl. § 16 Rdnr. 34; Jakobs AT 2. Aufl. S. 300 f.).

II. Beurteilung des vorliegenden Falles

So wie zuvor beschrieben liegt es hier: Die Angeklagten begingen die todesursächlichen Verletzungshandlungen, nachdem sie sich jeweils zur Tötung des Opfers – durch Luftinjektion – entschlossen hatten. In der darauf erfolgten tödlichen Gewaltanwendung liegt bereits das unmittelbare Ansetzen zur Tötung i.S. des § 22 StGB, da die gewaltsame Wehrlosmachung des Opfers und die Beibringung der Injektion in jeder Hinsicht eine Einheit bilden. Die beiden zu vergleichenden Kausalverläufe sind gleichwertig.

Auf die Faustschläge, die der Angeklagte W vor der Fassung des Tötungsvorsatzes dem Opfer gegen Kopf und Hals versetzte, kommt es deshalb nicht an, weil nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe

auszuschließen ist, dass etwa schon diese Schläge für sich allein todesursächlich gewesen wären.

B. Kein Vorliegen von Mordmerkmalen

Rechtsfehler zum Vorteil der Angeklagten enthält das angefochtene Urteil nicht, ebenso wenig wie Rechtsfehler zu deren Nachteil (§ 301 StPO).

Insbesondere hat das LG das Vorliegen von Mordmerkmalen nach § 211 II StGB ohne Rechtsfehler verneint. Namentlich hat es für alle Angeklagte das Merkmal niedriger Beweggründe letztlich mit dem hinzunehmenden Argument ausgeschlossen, dass Zweifel daran bestünden, "ob sich die Angeklagten bei ihrer Tat der Umstände bewusst waren, die den Antrieb zur Tat als verwerflich erscheinen lassen".

C. Zulässigkeit der Abänderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht ohne Zurückverweisung

Danach kann der Senat den Schuldspruch ändern. Dem steht nicht etwa der Gesichtspunkt entgegen, dass die Rechtsfigur der Unerheblichkeit der Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs vom vorge-

stellten Kausalverlauf eine "Gleichwertigkeit" der beiden in Betracht zu ziehenden Geschehensabläufe impliziert. Die Entscheidung über diese "Gleichwertigkeit", nach Jeschek/Weigend aaO eine "rechtlich-sittliche Bewertung der Tat", ist nicht etwa als Tatsachenentscheidung dem Tatgericht vorbehalten, steht vielmehr als Subsumtionsentscheidung auch dem Revisionsgericht zu.

Auch Gesichtspunkte des § 265 StPO stehen hier der Schuldspruchänderung nicht entgegen [wird ausgeführt].

D. Zurückverweisung zur erneuten Strafzumessung

Da das Schwurgericht die Strafen wegen einer für § 212 I StGB vorgenommenen Strafraumenverschiebung gem. § 23 II, § 49 I StGB jeweils dem Strafraumen des § 227 I StGB entnommen hat, muss ein neuer Tatrichter über die gegen die Angeklagten zu verhängenden Rechtsfolgen umfassend neu befinden, und zwar – auch – auf der Grundlage der von ihm neu zu treffenden Feststellungen zur Person eines jeden Angeklagten. [...]

Standort: §§ 250 II Nr. 1, 46 III StGB

Problem: Straferschwerung bei Schusswaffen

BGH, BESCHLUSS VOM 11.04.2002

4 StR 537/01 (NStZ 2002, 480)

Problemdarstellung:

Im diesem Fall lag dem BGH ein Urteil des LG Bochum zur Überprüfung vor. Der Angeklagte hatte zusammen mit einem weiteren Mittäter zwei Banken überfallen, wobei die Täter die Bankangestellten und die anwesenden Kunden mit automatischen Pistolen bedrohten, die jeweils mit scharfer Munition geladen waren. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB in zwei Fällen verurteilt. Bei der Strafzumessung hatte das Landgericht es weiterhin als straferschwerend berücksichtigt, dass

der Angeklagte bei der Tat eine funktionsfähige, geladene Schusswaffe verwendet und eine Vielzahl von Personen bedroht hatte. Der Angeklagte hatte hiergegen Revision eingelegt und insbesondere gerügt, wenn das Gericht einerseits die Verwendung von Schusswaffen zur Annahme des Qualifikationstatbestandes § 250 II Nr. 1 StGB heranziehe, dürfe es denselben Umstand nicht auch noch straferschwerend berücksichtigen. Hiermit verstoße es gegen das Verbot der Doppelbewertung aus § 46 III StGB, nach dem Tatbestandsmerkmale nicht noch einmal straferschwerend berücksichtigt werden dürfen.

Der BGH hat diese Revision verworfen. § 250 II Nr. 1 StGB setze - anders als § 250 I Nr. 1 StGB a.F. - nur das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges voraus, ohne des Begriff der Schusswaf-

fe zu nennen. Zwar seien Schusswaffen natürlich auch Waffen im Sinne dieser Vorschrift, jedoch liege in der Verwendung einer Schusswaffe im Vergleich zur Verwendung anderer unter § 250 II Nr. 1 StGB fallenden Waffen ein so sehr erhöhter Unwert, dass dies auch noch strafschwerend berücksichtigt werden könne.

Prüfungsrelevanz:

Das Doppelverwertungsverbot des § 46 III StGB spielt nur im Rahmen der Strafzumessung eine Rolle und ist deshalb im ersten Staatsexamen nur von untergeordneter Bedeutung. Die materiell-rechtliche Komponente des vorliegenden Urteils hingegen, der Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB, ist von sehr großer Examensrelevanz auch im ersten Examen. Raub und räuberische Erpressung zählen zu den immer wieder geprüften Delikten. Somit erlangen auch die Qualifikationen dieser Tatbestände (§§ 250, 251 StGB) eine erhebliche Bedeutung. Hinzu kommt, dass Probleme im Rahmen dieser Tatbestände in der jüngsten Vergangenheit wiederholt höheren Gerichten zur Entscheidung vorgelegt wurden. So beabsichtigt der 2. Senat des BGH, auch eine Schreckschusspistole als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB anzusehen, sofern diese innerhalb kürzester Zeit am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht werden könne. Diese Frage wurde wegen möglichen Widerspruchs zur Rechtsprechung der anderen BGH-Senate dem Großen Strafsenat zur Entscheidung vorgelegt (RA 2002, 417). Das OLG Braunschweig hat dem

BGH die Frage zur Entscheidung vorgelegt, unter welchen Voraussetzungen von einem "gefährlichen Werkzeug" i.S.v. § 244 I Nr. 1 StGB gesprochen werden könne (NJW 2002, 1735 = RA 2002, 349). Wegen des identischen Wortlauts von § 244 I Nr. 1 a StGB und § 250 I Nr. 1 a StGB hat diese Vorlage auch im Rahmen der Raubqualifikationen große Bedeutung. Die im Rahmen von § 224 I Nr. 2 StGB zum Begriff "Waffe und gefährliches Werkzeug" entwickelten Grundsätze, nach denen für die Gefährlichkeit eines Werkzeuges vor allem die konkrete Verwendung maßgeblich ist (vgl. BGH MDR 1952, 273; Schröder, JZ 1967, 523; Dencker, JR 1999, 34), können auf § 250 I Nr. 1 a StGB nicht ohne weiteres übertragen werden, da § 250 I Nr. 1 a StGB eine konkrete Verwendung nicht voraussetzt. Insofern besteht eine größere Parallelität zwischen § 224 I Nr. 2 StGB und § 250 II Nr. 1 StGB, da beide Tatbestände eine Verwendung des Werkzeugs verlangen. Jedoch kann fraglich sein, wie der Begriff des "Verwendens" i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB zu verstehen ist (vgl. BGH NStZ 1999, 301; StV 1999, 151 = RA 1999, 339).

Vertiefungshinweise:

Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs in §§ 244, 250 StGB: *BayObLG*, NStZ-RR 2001, 202 m. Anm. *Erb*, NStZ 2001, 202 und *Kindhäuser/Wallau*, StV 2001, 17; *Küper*, JZ 1999, 187; *Streng*, GA 2001, 359; *Geppert*, Jura 1999, 599

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Elektromeister"
 Examenskurs: "Der Bankräuber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB sind nicht nur Schusswaffen, sondern alle Waffen im technischen Sinn sowie sonstige Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art ihrer Benutzung im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

2. Das Verbot der Doppelverwertung des § 46 III StGB verbietet es nicht, eine im Einzelfall aufgrund des verwendeten Tatwerkzeuges besonders gefährliche Art der Tatausführung, durch die das geschützte Rechtsgut in besonders intensiver Form gefährdet wird, straferschwerend zu berücksichtigen.

Sachverhalt:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von acht Jahren verurteilt. Ferner hat es gegen ihn Maßregeln gemäß §§ 69, 69 a StGB ausgesprochen und die Einziehung zweier

Schusswaffen nebst Munition und eines Schalldämpfers angeordnet. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, die er wirksam auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt hat und mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung hat zum Maßregelausspruch und zur Einziehungsanordnung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Auch der Strafausspruch hält rechtlicher Nachprüfung stand.

Das Landgericht hat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtsfehlerfrei die Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB angenommen. Es hat bei der Strafrahenbestimmung das Vorliegen minder schwerer Fälle im Sinne des § 250 Abs. 3 StGB verneint und die verhängten Einzelstrafen dem Strafrahen des § 250 Abs. 2 StGB entnommen. Hierbei hat es zu Lasten des Angeklagten die Verwendung funktionsfähiger, geladener Schusswaffen berücksichtigt, "die im Vergleich zu sonstigen tatbestandsmäßigen Tatmitteln des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB höchstes Gefährdungspotenzial aufweisen". Ferner hat es straferschwerend gewertet, dass es der Angeklagte bei den beiden Banküberfällen in Kauf genommen habe, "eine größere Zahl von Menschen in das Geschehen einzubeziehen und in Angst und Schrecken zu versetzen". Dies ist entgegen der Auffassung der Revision und des Generalbundesanwalts rechtlich nicht zu beanstanden.

I. Zur Frage der Doppelverwertung bei straferschwerender Berücksichtigung der Verwendung einer Schusswaffe bei einer Tat i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB

1. Zu § 250 I Nr. 1 StGB a.F.

Zwar hat der Bundesgerichtshof zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. wiederholt entschieden, dass es gegen das Verbot der Doppelverwertung des § 46 Abs. 3 StGB verstößt, wenn bei einer Verurteilung strafschärfend berücksichtigt wird, dass bei der Tat eine Schusswaffe benutzt worden ist, da es sich bei einer solchen um das im Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB (a.F.) genannte (alleinige) Tatmittel handelt (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 2; BGH StV 1996, 206).

2. Zu § 250 II Nr. 1 StGB n.F.

In der durch das 6. Strafrechtsreformgesetz neu gefassten Bestimmung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird jedoch der Kreis der potentiellen Tatmittel erheblich weiter gezogen: danach unterliegt der erhöhten Strafandrohung nach dieser Vorschrift, wer bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet. Erfasst werden damit nicht nur - wie bei § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. - Schusswaf-

fen, sondern alle Waffen im technischen Sinn sowie sonstige Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit und der Art ihrer Benutzung im Einzelfall geeignet sind, erhebliche Verletzungen zuzufügen (vgl. BGH NStZ 1998, 567; NStZ-RR 1998, 224). Der Regelung des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB unterfällt daher der Einsatz eines einfachen Schlaginstruments ebenso wie die Verwendung einer aufmunitionierten vollautomatischen Selbstladeschusswaffe oder einer scharfen Handgranate; sie erfasst daher ohne weitere Differenzierung Tatmodalitäten, die sich in ihrer Gefährlichkeit für die betroffenen Tatopfer sehr unterschiedlich darstellen können. In einem solchen Fall verbietet es § 46 Abs. 3 StGB nicht, eine im Einzelfall aufgrund des verwendeten Tatwerkzeuges besonders gefährliche Art der Tatausführung, durch die das geschützte Rechtsgut in besonders intensiver Form gefährdet wird, straferschwerend zu berücksichtigen (vgl. auch BGHSt 44, 361, 368; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 46 Rdn. 300). Aus der Entscheidung BGH StV 1999, 597 ergibt sich nichts Gegenteiliges; sie betrifft den im Tatsächlichen ganz anders gelagerten - unter den Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB fallenden - Fall der Bedrohung mit einer ungeladenen und damit für das Tatopfer ungefährlichen Gaspistole. Es ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht im vorliegenden Fall die konkrete Art und Weise der Tatausführung, bei der der Angeklagte und sein Mittäter jeweils mit 14 Patronen

geladene Schusswaffen einsetzten, mit denen sie sowohl die Bankangestellten als auch mehrere anwesende Kunden bedrohten, als besonders gefährlich eingestuft und dem Angeklagten strafscharfend angelastet hat (vgl. auch BGH, Beschl. vom 15. März 2001 - 3 StR 54/01 a.E.).

II. Zur strafschwerenden Berücksichtigung der Tatbegehung gegenüber einer Vielzahl von Opfern

Auch die strafschärfende Erwägung, der Angeklagte habe es in Kauf genommen, durch die Tat eine größere Anzahl von Menschen in Furcht und Schrecken zu versetzen, lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Zwar ist bei der Begehung einer Straftat nach § 255 StGB die Angst des Tatopfers regelmäßig nur die Folge der für die Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben; sie stellt daher grundsätzlich keinen selbständigen Strafschärfungsgrund dar (§ 46 Abs. 3 StGB; vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 3; BGH StV 1996, 206; NStZ 1998, 404; offen gelassen in BGHR StGB § 46 Abs. 3 Raub 5). Erkennbar wollte das Landgericht dem Angeklagten jedoch insoweit nur besonders anlasten, dass bei den Banküberfällen jeweils mehrere Menschen, darunter auch unbeteiligte Bankkunden, in Angst um ihr Leben versetzt worden sind. Dies ist nicht zu beanstanden (vgl. auch BGH NStZ 1998, 404, 405).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: TV-Duell ohne Westerwelle

BVERFG, BESCHLUSS VOM 30.8.2002
2 BvR 1332/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Mit dem vorliegenden Beschluss hat das BVerfG die Annahme der Verfassungsbeschwerde der Freien Demokratischen Partei (FDP) gegen die Nichtzulassung ihres Vorsitzenden, Dr. Guido Westerwelle, zum sogen. "TV-Duell" der Kanzlerkandidaten von SPD und CDU/CSU, Schröder und Stoiber, abgelehnt und damit gleichzeitig einen entsprechenden Eilantrag für erledigt erklärt.

Die FDP hatte im Wege des Eilrechtsschutzes (Antrag nach § 123 I VwGO) vor den Verwaltungsgerichten versucht, die Teilnahme ihres Kanzlerkandidaten Westerwelle am o.g. TV-Duell zu erzwingen. Gestützt wurden die Anträge insbes. auf § 5 I 1 PartG, wonach Hoheitsträger bei Leistungsgewährung alle Parteien gleich zu behandeln haben. Fraglich ist jedoch schon, ob das Veranlassen einer Sendung überhaupt "Leistungsgewährung" in diesem Sinne ist, oder ob nicht die "Leistung" der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vielmehr allein darin besteht, dass sie überhaupt Sendezeiten für Wahlwerbung zur Verfügung stellen. Dann hätte die FDP schon aus diesem Grund keinen Anspruch auf Mitwirkung an einer konkreten Sendung. Darüber hinaus stünde ein solcher Zugangsanspruch im Spannungsverhältnis zur redaktionellen Gestaltungsfreiheit des Rundfunkveranstalters, die über Art. 5 I 2 GG verfassungsrechtlich abgesichert ist, und müsste mit dieser abgewogen werden. Entscheidend war aber letztlich die in § 5 I 2 PartG enthaltene Einschränkung, dass die soziale Bedeutung der Partei bei der Vergabe zu berücksichtigen ist, d.h. nur ein Anspruch auf *abgestufte* Gleichbehandlung besteht. Da die soziale Bedeutung der Parteien sich primär nach den Ergebnissen vorausgegangener Wahlen (§ 5 I 2 PartG: "insbesondere"), aber auch nach Mitgliederzahl usw. richtet, lässt sich die FDP nicht mit CDU/CSU und SPD vergleichen. Die Fachgerichte haben Eilantrag und Beschwerde der FDP daher zurückgewiesen. Das BVerfG sah hiergegen keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall hat in den Medien hohe Wellen geschlagen.

Sein juristischer Hintergrund sollte daher für mündliche Prüfungen unbedingt bekannt sein. Er eignet sich aber auch für Klausuren, und zwar zum einen in der hier gelösten Konstellation einer Verfassungsbeschwerde, zum anderen aber auch als fachgerichtlicher Eilantrag nach § 123 I VwGO auf Zulassung mit § 5 I 1 PartG als Anspruchsgrundlage. Auf die Beteiligtenfähigkeit von Parteien in Gerichtsverfahren nach § 3 PartG sei hingewiesen. Über weitere Fälle aus dem Bereich der Wahlwerbung hat die RA in früheren Heften bereits mehrfach berichtet; vgl. hierzu die nachfolgenden Vertiefungshinweise.

Vertiefungshinweise:

- Weiterer Fall eines Zugangsanspruchs zu einer Wahlsendung: VG Weimar, RA 2000, 441 = NVwZ-RR 2000, 406
- Zur Chancengleichheit der politischen Parteien: BVerfGE 14, 121, 137; 24, 300, 354; 34, 160, 163; 48, 271, 277
- Wahlplakate als straßenrechtliche Sondernutzung: VG Gießen, RA 2001, 445 = NVwZ-RR 2001, 418
- Äußerung im Wahlkampf als Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts: BVerfG, DVBl 2001, 985 = RA 2001, 428 ("Wilhelm Kaisen")

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Krampf mit dem Wahlkampf"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Nichtzulassung des Parteivorsitzenden der Freien Demokratischen Partei (FDP), Dr. Guido Westerwelle, zum sogen. "TV-Duell" der Kanzlerkandidaten durch ARD und ZDF verletzt die FDP nicht in ihren Grundrechten.

Sachverhalt:

Die Freie Demokratische Partei (FDP) erstrebt die Teilnahme ihres Vorsitzenden Dr. Guido Westerwelle an der Fernsehsendung "TV-Duell der Kanzlerkandidaten", welche die Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (ARD) und das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF) am Abend des 8. September 2002 - zwei Wochen vor der auf den 22. September 2002 angesetzten Wahl zum 15. Deutschen Bundestag - auszustrahlen beabsichtigen. In dieser Sen-

dung sollen der Bundeskanzler und der Ministerpräsident des Freistaates Bayern als von ihren Parteien für das Amt des Bundeskanzlers nominierte Kandidaten von zwei Moderatorinnen für die Dauer von 75 Minuten zu Themen des Wahlkampfes befragt werden. Ein Begehren der FDP, ihrem Vorsitzenden ebenfalls die Teilnahme an der Sendung zu ermöglichen, wurde von den Intendanten des Westdeutschen Rundfunks und des ZDF abgelehnt. Der hiergegen gerichtete Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes blieb vor den Fachgerichten ohne Erfolg. Hiergegen wendet sie sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde.

Mit Erfolg?

Lösung:

Die Verfassungsbeschwerde (Vb.) hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden zuständig.

II. Beteiligtenfähigkeit

Gem. § 90 I BVerfGG kann "jedermann" eine Vb. erheben. Da die Vb. zur Abwehr von Grundrechtsverletzungen dient, kann "jedermann" nur sein, wer grundrechtsfähig ist. Dies sind zunächst alle natürlichen Personen sowie inländische juristische Personen nach Maßgabe des Art. 19 III GG dann, wenn die Grundrechte "dem Wesen nach" auf sie anwendbar sind. Bei der Beschwerdeführerin (Bf.), der FDP, handelt es sich um eine politische Partei, die in Form eines eingetragenen Vereins organisiert und daher juristische Person ist.

[Anm.: Im Gegensatz zur FDP sind die meisten anderen politischen Parteien aus historischen Gründen nicht eingetragene Vereine. Dies ändert jedoch nichts an ihrer Eigenschaft als "juristische Person" i.S.d. § 19 III GG, da dieser Begriff weiter zu verstehen ist als der des einfachen Rechts, der nur eingetragene Vereine umfasst (vgl. § 21 BGB).]

"Dem Wesen nach anwendbar" ist ein Grundrecht auf eine juristische Person dann, wenn sie in gleicher Weise betroffen ist, wie es eine natürliche Person an ihrer Stelle wäre (so die von der Lit. geforderte "grundrechtsgleiche Gefährdungslage) bzw. ihre Betroffenheit auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen durchschlägt (so das vom BVerfG geforder-

te "personale Substrat"). Vorliegend rügt die Bf. eine Verletzung des Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG. In dem TV-Duell, an dem sie durch ihren Vorsitzenden teilnehmen will, sind natürliche Personen beteiligt. Ein Ausschluss der Bf. von diesem Duell mindert durch verringerte Medienpräsenz ihre Wahlchancen. Dies trifft die hinter ihr stehenden Mitglieder, repräsentiert durch ihren Vorsitzenden, so dass das "personale Substrat" gegeben ist. Gleiches gilt für die "grundrechtsgleiche Gefährdungslage", wenn man sich an Stelle der Bf. die betroffenen natürlichen Personen (die jeweiligen Kanzlerkandidaten) setzte. Die Beteiligtenfähigkeit der Bf. ist also in jedem Fall gegeben, ohne dass es einer näheren Erörterung des Streits zwischen Lit. und BVerfG über die genauen Voraussetzungen derselben bedarf.

[Anm.: Das BVerfG erkennt in st.Rspr. die Beteiligtenfähigkeit politischer Parteien im Rahmen der Vb. an, vgl. BVerfGE 3, 19, 22; 3, 383, 390; 6, 273, 277; 27, 152, 158.]

III. Prozessfähigkeit

Die Bf. ist, vertreten durch ihren Vorstand, dieser wiederum vertreten durch seinen Vorsitzenden, auch prozessfähig.

IV. Beschwerdegegenstand

Die Vb. kann gem. § 90 I BVerfGG nur gegen einen Akt "öffentlicher Gewalt" gerichtet werden. Die öffentliche Gewalt gliedert sich gem. Art. 20 II GG in Legislative, Exekutive und Judikative. Die fachgerichtlichen Entscheidungen, mit denen VG und OVG die Eilanträge der Bf. abgelehnt haben, sind Judikativakte und somit tauglicher Beschwerdegegenstand.

V. Beschwerdebefugnis

Gem. § 90 I BVerfGG müsste die Bf. ferner behaupten können, in einem Grundrecht oder einem der dort aufgeführten, sogen. "grundrechtsgleichen" Rechte verletzt zu sein. Zur schlüssigen Behauptung einer Grundrechtsverletzung ist zumindest die Möglichkeit einer solchen erforderlich; ferner müsste die Bf. selbst, gegenwärtig und unmittelbar von den Eingriffsakten betroffen sein.

Infolge der Gerichtsbeschlüsse kann der Vorsitzende und Kanzlerkandidat der Bf. im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern von SPD und CDU/CSU nach wie vor nicht an dem TV-Duell teilnehmen. Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Bf. dadurch in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aus Art. 3 I GG verletzt sein könnte. Auch eine Verletzung gleicher Wahlchancen nach Art. 38 I GG kommt in Betracht. Die Bf. ist als Partei der Gerichtsverfahren durch die ihre Anträge ableh-

nenden Beschlüsse auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen und daher beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung

Die Bf. hat gegen die Ablehnung ihres Eilantrages durch das VG die Beschwerde zum OVG eingelegt. Gegen deren Zurückweisung ist kein weiteres Rechtsmittel statthaft, so dass der nach § 90 II BVerfGG zu erschöpfende Rechtsweg beschritten worden ist.

VII. Grundsatz der Subsidiarität

Das BVerfG geht davon aus, dass sich aus § 90 II BVerfG über die Rechtswegerschöpfung hinaus ein allgemeiner Grundsatz der Subsidiarität der Vb. ableiten lässt, Kraft dessen der Bf. alles in seiner Macht stehende veranlassen muss, um eine Vb. zu vermeiden. gerade für den hier in Rede stehenden Fall der Vb. gegen Entscheidungen des vorläufigen Rechtsschutzes hat das BVerfG vielfach gefordert, dass deshalb zunächst noch die Hauptsache durchgeführt werden müsse (z.B. BVerfG, RA 1999, 1 = NVwZ 1998, 1173). Dies gilt jedoch nicht, wenn dem Bf. eine solche Pflicht unzumutbar wäre, vgl. § 90 II 2 BVerfGG. Eine Hauptsacheklage der Bf. auf Zugang ihres Vorsitzenden zum TV-Duell könnte vor der Bundestagswahl am 22.9.02 nicht mehr entschieden werden. Legte man ihr die Pflicht zur Erhebung derselben auf, käme dies faktisch einer Rechtsvereitelung gleich. Jedenfalls wegen Unzumutbarkeit steht folglich auch der Subsidiaritätsgrundsatz der Vb. nicht entgegen.

VIII. Form und Frist

Für eine Verletzung der Formalien nach §§ 23, 92 BVerfGG oder eine Versäumung der Beschwerdefrist des § 93 I BVerfGG sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

Die Vb. ist mithin zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. durch den angegriffenen Hoheitsakt in ihren Grundrechten und/oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt worden ist.

I. Art. 3 I GG

Zunächst kommt eine Verletzung von Art. 3 I GG in Betracht. Für politische Parteien erhält der allgemeine Gleichheitssatz eine gewisse Verstärkung durch Art. 21 I GG, der ihnen die Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes und damit eine unentbehrliche Rolle in der Demokratie zuweist. Parteienpluralismus setzt aber für alle Parteien gleiche Startbedingungen voraus. Das BVerfG hat daher aus Art. 3 I GG i.V.m. Art. 21 I GG den Grundsatz der "Chancen-

gleichheit der Parteien" entwickelt. Dieser wäre verletzt, wenn eine Partei bezüglich eines wesentlich gleichen Sachverhalts ohne sachlichen Grund im Verhältnis zu anderen Parteien ungleich behandelt worden ist. Fraglich ist, ob dies bzgl. der verweigerten Teilnahme des Vorsitzenden der Bf. am TV-Duell der Kanzlerkandidaten der Fall ist.

1. Wesentlich Gleiches

Gleichheit i.S.d. Art. 3 I GG liegt vor, wenn sich für die zu vergleichenden Sachverhalte ein gemeinsamer Oberbegriff finden lässt, der diese hinreichend konkret umschreibt. Hier geht es um die Teilnahme von Spitzenkandidaten politischer Parteien an einem TV-Duell. Sowohl der Vorsitzende der Bf. als auch die Kandidaten von SPD und CDU/CSU bewerben sich um das Amt des Bundeskanzlers und wollen in diesem Rahmen an dem TV-Duell teilnehmen. Insoweit sind die Sachverhalte vergleichbar.

2. Ungleichbehandlung

Indem der Vorsitzende der Bf. im Gegensatz zu seinen Mitbewerbern von SPD und CDU/CSU nicht zu dem TV-Duell eingeladen wurde, liegt auch eine Ungleichbehandlung vor. Die Gerichtsbeschlüsse halten diese aufrecht.

3. Sachliche Rechtfertigung

Fraglich ist jedoch, ob sich diese Ungleichbehandlung nicht sachlich rechtfertigen lässt. Ein sachlicher Grund könnte darin liegen, dass es den Rundfunkanstalten freistehen muss, ihre Sendungen redaktionell nach ihrem Belieben zu gestalten.

a. Schutz der redaktionellen Gestaltungsfreiheit der Sendeanstalten über Art. 5 II 2 GG

Das BVerfG sieht das redaktionelle Konzept des TV-Duells, nur die Spitzenkandidaten von SPD und CDU/CSU einzuladen, als von Art. 5 II 2 GG geschützt an:

"Nach den tatsächlichen Feststellungen der angegriffenen Entscheidungen, gegen die die Beschwerdeführerin beachtliche Einwände nicht erhoben hat, beruht die umstrittene Sendung auf einem schlüssigen und folgerichtig umgesetzten journalistischen Konzept, das unter dem Schutz von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG steht (vgl. BVerfGE 97, 298 <310> m.w.N.). Diesem Konzept zufolge sollen in einer Befragung durch zwei Moderatorinnen die beiden Politiker einander gegenüber gestellt werden, die allein ernsthaft damit rechnen können, zum Bundeskanzler gewählt zu werden. Demnach scheidet eine Teilnahme des Vorsitzenden der Beschwerdeführerin aus, weil er - was die Beschwerdeführerin letztlich selbst nicht bestreitet - keine realistische Aussicht hat, nach der Wahl am 22.

September 2002 das Amt des Bundeskanzlers zu übernehmen. Diese Tatsache ist von der Beschwerdeführerin als Folge der bestehenden politischen Kräfteverhältnisse hinzunehmen [...]”

[Anm.: Da die Sendung von öffentlich-rechtlichen Anstalten (namentlich den in der ARD organisierten Anstalten und dem ZDF) ausgestrahlt wird, stellt sich die Frage, ob diese sich als Teil des Staates überhaupt auf Grundrechte berufen können, oder ob dem nicht das Konfusionsargument entgegen steht, da Grundrechte ihrer Funktion nach Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat sind. Das BVerfG sieht jedoch - von der Lit. unbestritten - wegen des spezifischen historischen Zuschnitts der Rundfunkfreiheit auf die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten diese in st. Rspr. ausnahmsweise bzgl. des Art. 5 II 2 GG als grundrechtsberechtigt an, BVerfGE 59, 231, 255; 78, 101, 102.)]

b. Verhältnismäßigkeit

Allerdings ist angesichts der erheblichen Bedeutung des Mediums Fernsehen für den Transport politischer Inhalte, damit für die Mitwirkung der Parteien an der politischen Willensbildung der Wähler und infolge dessen letztlich auch für ihre Wahlchancen nicht jeder sachliche Grund zur Rechtfertigung ausreichend. Vielmehr sind Chancengleichheit der Parteien und Rundfunkfreiheit in Bezug zueinander zu setzen und abzuwägen. Das BVerfG kommt dabei zu dem Ergebnis, dass jeder Partei jedenfalls ausreichend Sendezeit zur Verfügung stehen muss, diese aber keinen Anspruch auf Teilnahme an bestimmten Sendungen haben. Für die Bf. stünde ausreichend Sendezeit zur Verfügung:

“Allerdings dürfen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ein redaktionelles Konzept, das die Erfolgsaussichten von Beteiligten am Wahlwettbewerb nachhaltig mindern kann, nicht ohne Rücksicht auf diesen Umstand durchsetzen (vgl. BVerfGE 82, 54 <59>; BVerfG, NVwZ 1991, S. 560 f.). Welches Maß an rechtlichen Verpflichtungen hieraus folgt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn das Verwaltungs- und das Oberverwaltungsgericht konnten, ohne

gegen Art. 3 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 GG zu verstoßen, eine Verletzung des Grundsatzes der Chancengleichheit mit der Begründung verneinen, die Beschwerdeführerin sei in der Gesamtheit der wahlbezogenen Sendungen von ARD und ZDF ihrer Bedeutung gemäß berücksichtigt worden (vgl. in diesem Zusammenhang: BVerfGE 13, 204 <206>): Das "TV-Duell der Kanzlerkandidaten" findet am 8. September 2002 statt. Die bis zum Wahltag verbleibende Spanne von zwei Wochen ist in der "heißen Phase" des Wahlkampfes ein Zeitraum von nicht unerheblicher Länge. Ihn kann die Beschwerdeführerin nutzen, indem sie an mehreren gewichtigen redaktionellen Beiträgen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten zu Themen des Wahlkampfes teilnimmt. Insbesondere hat ihr Vorsitzender die Gelegenheit der Selbstdarstellung im Rahmen der Diskussionsrunde "Die Favoriten" am Abend des 17. September 2002. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin in weiteren redaktionellen Beiträgen der betroffenen Rundfunkanstalten, z.B. in einem Sommerinterview des ZDF mit ihrem Vorsitzenden am 25. August 2002, aber auch in anderen Medien, insbesondere im privaten Rundfunk, Gelegenheit hatte und haben wird, die Gunst der Wähler zu gewinnen.”

Demzufolge ist die Bf. nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 3 I GG i.V.m. Art. 21 I GG verletzt.

B. Art. 38 I GG

Schließlich könnte der Grundsatz der "gleichen" Wahl betroffen sein, weil sich die Wahlchancen der Bf. im Vergleich zu SPD und CDU/CSU verschlechtern könnten. Das BVerfG geht jedoch davon aus, dass bzgl. dieses Gleichheitssatzes jedenfalls keine strengeren Anforderungen gelten als bzgl. der Art. 3 I GG i.V.m. Art. 21 I GG, so dass insoweit auf oben verwiesen werden kann:

“Aus Art. 38 Abs. 1 GG ergeben sich im vorliegenden Zusammenhang keine Rechte, die über diejenigen aus Art. 3 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1 GG hinausgingen.”

Die Vb. ist demnach zwar zulässig, aber unbegründet und hat deshalb keinen Erfolg.

Standort: Schadensersatzrecht**Problem: Zurechnung trotz Selbstschädigung**

BGH, URTEIL VOM 16.04.2002
VI ZR 227/01 (NJW 2002, 2232)

Problemübersicht:

In diesem Revisionsfall musste sich der BGH mit einem Kausalitätsproblem im Rahmen einer deliktischen Haftung auseinander setzen. Aufgrund des gewaltsamen Eindringens des Bekl. in eine fremde Wohnung, wo er seine von ihm getrennt lebende Ehefrau vermutete, sprang der Kl. aus Furcht vor weiteren Gewalttätigkeiten gegen seine Person aus dem Fenster und erlitt diverse Verletzungen. Fraglich war in diesem Rechtsstreit zum einen, ob diese Verletzungen noch dem Verhalten des Bekl. - also seinem gewaltsamen Hausfriedensbruch - adäquat kausal zugerechnet werden konnten und ob ihn dafür ein Verschulden traf, sodass er dafür haftbar gemacht werden konnte.

Entgegen der Auffassung des BerGer. bejaht der BGH beide Punkte und damit eine deliktische Haftung des Bekl. für die sturzbedingten Verletzungen des Kl. Die Haftung scheidet insbesondere nicht daran, dass der Kl. diese Verletzungen durch seinen Sprung selbst herbeigeführt hat. Bestand nämlich für die Handlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass oder wurde sie durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert, so bleibt der Zurechnungszusammenhang trotz des Eingreifens des Geschädigten bestehen, weil sich seine Reaktion nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen darstellt. Der Bekl. hat durch sein gewaltsames Eindringen eine im Ansatz billigenwürdige Motivation zum selbstgefährdenden Verhalten des Kl. gesetzt

Ebenfalls ein Verschulden des Bekl. wird durch den BGH bejaht. Ausreichend ist, dass der Schädiger voraussehen kann, es könne aufgrund seines Verhaltens irgendwie eine Person körperlich zu Schaden kommen; nicht erforderlich ist, dass der Schädiger die konkrete Schädigung des tatsächlich Verletzten vorhersehen konnte. Es ist daher nicht entscheidend, ob der Bekl. mit der Gegenwart des Kl. rechnen musste oder nicht, da sein Auftreten bei jedermann eine solche Reaktion hätte auslösen können.

Prüfungsrelevanz:

In prüfungsrelevanter Hinsicht ist dieses Urteil von Bedeutung, da es in fast gutachterlicher Darstellung die Grundsätze zur Kausalität bei deliktischem Verhalten aufzeigt. Der BGH geht streng dogmatisch die verschiedenen Aspekte einer solchen Kausalitätsprüfung durch.

Der BGH beginnt die Kausalitätsprüfung mit der Äquivalenztheorie, d.h. der Ursächlichkeit im logisch-wissenschaftlichen Sinne. Danach ist ein Verhalten für einen bestimmten Erfolg kausal, wenn es nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass zugleich der Erfolg entfällt (st. Rspr.; vgl. BGHZ 96, 157 [172]). Die Äquivalenztheorie zur Kausalitätsbestimmung bedarf aber einer Ergänzung durch weitere Zurechnungskriterien, um eine zu weit gehende Kausalitätsannahme einzudämmen. Nach st. Rspr. muss daher das zum Schaden führende Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonderen eigenartigen, unwahrscheinlichen Umständen geeignet sein, einen derartigen Erfolg herbeizuführen; vollkommen außergewöhnliche Kausalverläufe sollen außer Betracht bleiben (Adäquanztheorie).

Trotz eines solchen Kausalzusammenhangs kann eine Durchbrechung aufgrund des selbstständigen und eigenmächtigen Eingreifens des Opfers selbst stattfinden. Unter Umständen kann danach, wenn der Schaden entscheidend durch ein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Geschädigten ausgelöst worden ist, die Grenze überschritten sein, bis zu der dem Schädiger der Eingriff und seine kausalen Folgen zugerechnet werden können. Dies bedarf aber stets einer Beurteilung der Umstände des Einzelfalls, sodass der Zurechnungszusammenhang trotz einer solchen Selbstgefährdung bestehen bleiben kann (sog. "Nacheilfälle", vgl. BGHZ 132, 164 [166]).

Vertiefungshinweise:

Zum Mitverschulden bei Selbstgefährdung: *OLG Hamm*, NJW-RR 2000, 1552; *OLG München*, ZfS 2001, 491

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Verfolgung"

Leitsatz:

Zum haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang bei selbstschädigendem Verhalten des Verletzten.

Sachverhalt:

Der Bekl. und seine Ehefrau, die Zeugin S, lebten seit 25. 5. 1997 getrennt. Die Zeugin unterhielt nach der Trennung eine freundschaftliche Beziehung zum Bruder des Kl. Am Abend des 30. 5. 1997 hielt sich S in der im zweiten Obergeschoss gelegenen Einzimmerwohnung ihres Freundes auf. Der Kl. leistete ihr Ge-

sellschaft. Sein Bruder hatte zuvor die Wohnung verlassen, um Getränke zu holen. Der Bekl. vermutete, seine Ehefrau könne sich in der Wohnung ihres Freundes aufhalten. Er kam daher zwischen 22.30 Uhr und 23 Uhr dort hin und verlangte laut schimpfend Einlass, weil er mit seiner Ehefrau reden wollte. Er trat die Wohnungseingangstür und sodann die Tür vom Flur zum Wohnzimmer ein. Als der Bekl. mit der Flurtüre in das Wohnzimmer „hineinkrachte“, riss der Kl. das Fenster auf und sprang aus ca. acht bis zehn Meter Höhe hinaus. Dabei zog er sich unter anderem eine Kompressionsfraktur des dritten Lendenwirbelkörpers und eine Trümmerfraktur der Speichenbasis des linken Handgelenks zu. Der Kl. beehrte ein Schmerzensgeld von mindestens 30 677 Euro und Attestkosten von 303,55 Euro. Zu Recht?

Lösung:

A. Anspruch gem. § 823 I BGB

Der Kl. könnte gegen den Bekl. ein entsprechendes Schmerzensgeld und Attestkostenersatz gem. § 823 I BGB verlangen.

I. Rechtsgutsverletzung

Zunächst müsste beim Kl. eine Rechtsgutsverletzung eingetreten sein. In diesem Fall kommt eine Körper- und/oder Gesundheitsverletzung in Betracht. Eine Körper- oder Gesundheitsverletzung ist ein Eingriff, er zu einer Störung der körperlichen, geistigen oder seelischen Lebensvorgängen führt (Palandt/Thomas, BGB, 61. Aufl., § 823 Rz. 4). Die Kompressionsfraktur des Lendenwirbelkörpers bzw. die Trümmerfraktur am linken Handgelenk stellen solche Eingriffe in die körperliche Integrität dar. Folglich liegt eine Rechtsgutsverletzung vor.

II. Verhalten des Bekl.

Anknüpfungspunkt für eine deliktische Haftung des Bekl. kann jegliches Verhalten sein, also entweder ein Tun oder ein pflichtwidriges Unterlassen. Als Handlung des Bekl. kommt in diesem Fall das gewaltsame Eindringen durch Eintreten der Wohnungseingangs- und der Wohnzimmertür in Betracht.

III. Haftungsbegründende Kausalität

Zwischen der beim Kl. eingetretenen Rechtsgutsverletzung und dem Verhalten des Bekl. muss ein haftungsbegründender Kausalzusammenhang bestehen. Dabei erfolgt die zivilrechtliche Kausalitätsprüfung in mehreren Schritten.

1. Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie

Zunächst muss ein Kausalzusammenhang im Sinne der Äquivalenztheorie vorliegen („*conditio sine qua*

non“). Der BGH führt dazu aus:

“Allerdings geht das BerGer. ohne Rechtsfehler davon aus, dass das rechtswidrige (und sogar als Hausfriedensbruch strafbewehrte, vgl. § 123 StGB) Verhalten des Bekl. ursächlich im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne für den lebensgefährdenden Sprung des Kl. aus dem acht bis zehn Meter über dem Erdboden liegenden Fenster der Wohnung war. Das OLG stellt — von der Revision unbeanstandet — fest, dass der Kl. nicht aus dem Fenster gesprungen wäre, wenn der Bekl. nicht gewaltsam in die Wohnung eingedrungen wäre. Das gewaltsame Eindringen kann mithin nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Schädigung des Kl. entfielen (vgl. BGHZ 96, 157 [172] = NJW 1986, 576 = LM § 19 BNotO Nr. 29; BGH, NJW 1995, 126 [127] = LM H. 2/1995 § 249 [Bb] BGB Nr. 57).”

2. Kausalität im Sinne der Adäquanztheorie

Aufgrund der Reichweite äquivalenter Kausalität bedarf diese Feststellung eine Beschränkung in Form der zusätzlichen Kausalitätsprüfung im Sinne der Adäquanztheorie, um ganz unwahrscheinliche und nicht dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge entsprechende Kausalverläufe auszusortieren. Diesbezüglich stellt der BGH im Gegensatz zum BerGer. fest:

“Dem BerGer. kann jedoch nicht gefolgt werden, soweit es in Zweifel zieht, der Zusammenhang zwischen dem Eindringen des Bekl. in die Wohnung und dem Sprung des Kl. sei adäquat kausal. Zwar ist der Ansatzpunkt nicht zu beanstanden, dass die Kausalität im logisch-naturwissenschaftlichen Sinne allein zur Schadenszurechnung nicht ausreicht. Sie bedarf vielmehr, um eine zu weit gehende Ausdehnung der Schadensersatzpflicht zu verhindern, einer Ergänzung durch weitere Zurechnungskriterien. Nach ständiger Rechtsprechung muss deshalb das zum Schaden führende Ereignis im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet sein, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen (vgl. BGHZ 137, 11 [19] = NJW 1998, 138 = LM H. 4/1998 § 53b FGG Nr. 11; BGH, NJW 2001, S14 = NZM 2001, 253 = LM H. 10/2001 § 328 BGB Nr. 101 = VersR 2001, 1388 [1389]; NJW-RR 1999, 98 = NVersZ 1999, 27 = LM H. 6/1999 § 2 AVBf. Unfallvers. Nr. 10 = VersR 1998, 1410 [1411]). Mit dem Erfordernis der Adäquanz sollen nämlich nur ganz außerhalb des zu erwartenden Verlaufs stehende Schädigungen herausgefiltert werden. Hiernach ist die Adäquanz zu bejahen, wenn durch das Verhalten des Schädigers eine gesteigerte Gefahrenlage geschaffen worden ist, die generell geeignet ist, Schädigungen der eingetretenen Art herbeizuführen.

Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze kann der Beurteilung des BerGer., es sei zweifelhaft, ob das Verhalten des Bekl. hier adäquat kausal für den eingetretenen Schaden war, nicht beigetragen werden. Als der Bekl. zunächst die Wohnungseingangstür und sodann die vom Flur zum Wohnzimmer führende Tür eingetreten hatte, war dieses Toben geeignet, eine in der Wohnung befindliche Person im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zu verängstigen und zum Sprung aus dem Fenster zu veranlassen. Daran ändert es nichts, dass der Bekl. möglicherweise keine Drohungen geäußert und noch nicht zu erkennen gegeben hatte, er werde den Kl. körperlich angreifen. Mit einem solchen Angriff musste der Kl. nach dem vorausgegangenem Verhalten des Bekl. zumindest rechnen, zumal dieser den Bruder des Kl. nicht persönlich kannte und deshalb damit zu rechnen war, dass er den Kl. für den Nebenbuhler halten werde. Das legt auch der von der Revision im Anschluss an die Bekundung der Zeugin S behauptete Ruf des Bekl. nach dem Sprung des Kl. ("Ich bringe Dich um, Du Sau") nahe."

3. Keine Kausalität durchbrechung durch selbstständiges Dazwischentreten des Geschädigten

Problematisch erscheint bei der Frage nach dem Zusammenhang zwischen der Rechtsgutsverletzung des Kl. und dem Verhalten des Bekl., dass die Verletzungen aufgrund der eigenen "Fluchtmaßnahmen" des Kl. und nicht unmittelbar durch den Bekl. verursacht worden sind. Zu der Problematik des Zurechnungsdurchbrechung meint jedoch der BGH:

"Die Haftung des Bekl. scheidet ferner nicht daran, dass der geschädigte Kl. die Verletzungen durch seinen Sprung aus dem Fenster selbst mit herbeigeführt hat. Der Sachverhalt ist dadurch geprägt, dass der Bekl. selbst durch sein schuldhaftes Verhalten für die Personen in der Wohnung nur eine Gefährdung herbeigeführt hat, während der Schaden — die Verletzung des Kl. — erst durch den Kl. selbst verwirklicht worden ist. Für die haftungsrechtliche Würdigung derartiger Fallgestaltungen hat der Senat Beurteilungsgrundsätze entwickelt. Danach kann zwar unter Umständen dann, wenn ein Schaden bei rein naturwissenschaftlicher Betrachtung mit der Handlung des Schädigers in einem kausalen Zusammenhang steht, dieser Schaden jedoch entscheidend durch ein völlig ungewöhnliches und unsachgemäßes Verhalten des Geschädigten ausgelöst worden ist, die Grenze überschritten sein, bis zu der dem Schädiger der Eingriff und dessen Auswirkungen als haftungsausfüllender Folgeschaden seines Verhaltens zugerechnet werden können. Eine für den Schaden mitur-

sächliche willentliche Handlung des Verletzten schließt aber nicht stets und ohne weiteres aus, den Schaden demjenigen zuzurechnen, der die schädigende Kausalkette in Gang gesetzt hat. Bestand nämlich für die Handlung des Geschädigten ein rechtfertigender Anlass oder wurde sie durch das haftungsbegründende Ereignis herausgefordert, so bleibt der Zurechnungszusammenhang mit dem Verhalten des Schädigers bestehen, weil sich die Reaktion dann nicht als ungewöhnlich oder gänzlich unangemessen erweist (vgl. Senat, NJW 1997, 865 = LM H. 5/1997 § 249 [Bb] BGB Nr. 65 = VersR 1997, 458 [459] m. w. Nachw.). So kann nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats jemand, der durch vorwerfbares Tun einen anderen zu selbstgefährdendem Verhalten herausfordert, diesem anderen dann, wenn dessen Willensentschluss auf einer mindestens im Ansatz billigen Motivation beruht, zum Ersatz des Schadens verpflichtet sein, der infolge des durch die Herausforderung gesteigerten Risikos entstanden ist. Eine auf solcher Grundlage beruhende deliktische Haftung hat der Senat besonders in Fällen bejaht, in denen sich jemand der (vorläufigen) Festnahme durch Polizeibeamte oder andere dazu befugte Personen durch die Flucht zu entziehen versucht und diese Personen dadurch in vorwerfbarer Weise zu einer sie selbst gefährdenden Verfolgung herausgefordert hat, wobei sie dann infolge der gesteigerten Gefahrenlage einen Schaden erlitten haben (vgl. BGHZ 132, 164 [1661 = NJW 1996, 1533 = LM H. 7/1996 § 823 [C] BGB Nr. 70 m. w. Nachw.).

Um einen solchen Fall der „Nacheile“ geht es vorliegend allerdings nicht. Die genannten Erwägungen kommen indes nicht nur in den so genannten „Verfolgungsfällen“ zum Tragen. Sie sind vielmehr Ausdruck eines auf rechtlichen Wertungen beruhenden Zurechnungsverständnisses, das allgemein gilt, wie der Senat bereits dargelegt hat (vgl. Senat, LM H. 9/1993 § 823 [C] BGB Nr. 69 = VersR 1993, 843 [8441]). Der erkennende Senat hat deshalb auch in anderen Fallkonstellationen die Schadenszurechnung nach diesen Kriterien bestimmt (vgl. BGHZ 101, 215 [220 ff.] = NJW 1987, 2925 = LM § 823 [L] BGB Nr. 60; BGH, NJW 1978, 1005 = LM § 249 [Bb] BGB Nr. 25 = VersR 1978, 540 [541]; NJW 1981, 570 = LM § 249 [Bb] BGB Nr. 29 = VersR 1981, 192 [193]; NJW 1981, 760 = LM § 539 RVO Nr. 5 = VersR 1981, 260 [261]; LM H. 9/1993 § 823 [C] BGB Nr. 69 = VersR 1993, 843 [844]). Dabei setzt der Begriff der Herausforderung voraus, dass der Schädiger durch ein vorwerfbares Tun bei dem Geschädigten eine mindestens im Ansatz billigen Motivation zu dem selbstgefährdenden Verhalten gesetzt hat, die etwa auf Pflichterfüllung, Nothilfe oder Abwehr beruhen kann (vgl. BGHZ 101, 215 [220 f.]

= NJW 1987, 2925 und BGH, NJW 1978, 1005).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Bekl. hat dadurch, dass er zunehmend lauter und aggressiver gegen die Wohnungstür geklopft und sodann diese sowie die vom Flur zum Wohnzimmer führende Tür eingetreten hat, in vorwerfbarer Weise für den Kl. eine gesteigerte Gefahrenlage geschaffen. Vergeblich versucht die Revisionserwiderung das Handeln des Kl. als von einer nicht billigen Motivation getragen darzustellen. Unter den dargestellten Umständen musste der Kl. befürchten, er Bekl. werde ihn körperlich angreifen. Durch das Eintreten der Türen hatte der Bekl. eine Gewaltbereitschaft gezeigt, durch die der Kl. sich in seiner körperlichen Integrität schon bedroht fühlen durfte, bevor er tätlich angegriffen worden war. Wenn der Kl. zum Schutz vor den befürchteten Gewalttätigkeiten den Sprung aus dem Fenster wagte, war dies eine zumindest verständliche und unter dem Gesichtspunkt des Selbstschutzes auch im Ansatz billigen Motivation, die auf der schon angebahnten Linie des Verhaltens des Bekl. lag und sich als Folge des Verhaltens des Bekl. darstellte, und dies auch dann, wenn der Kl. entsprechend dem Vortrag des Bekl. von athletischer Statur sein sollte.

Das Verhalten des Kl. war bei der hier vom Bekl. gezeigten Gewaltbereitschaft nach allem der vom Bekl. geschaffenen Gefahrenlage nicht soweit entrückt und so tief in den Bereich des allgemeinen Lebensrisikos des Kl. hineinverlagert, dass der Bekl. dafür gerechterweise nicht mehr haftbar zu machen wäre (vgl. BGHZ 57, 25 [29 ff.] = NJW 1971, 1980 = LM § 823 [C] BGB Nr. 38; BGH, NJW 1991, 3275)."

4. Ergebnis zur Kausalität

Das Verhalten des Bekl. durch sein gewaltsames Eindringen in die Wohnung ist adäquat kausal für die beim Kl. eingetretenen Verletzungen.

IV. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Bekl. wird durch die adäquat kausal verursachte Rechtsgutsverletzung indiziert; Rechtfertigungsgründe sind zudem nicht ersichtlich.

V. Verschulden des Bekl.

Der Bekl. müsste schuldhaft gehandelt haben, d.h. entweder vorsätzlich oder fahrlässig. In diesem Fall könnte der Bekl. fahrlässig gehandelt haben. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Schädiger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat (§ 276 II BGB). Dieser Fahrlässigkeitsvorwurf muss sich dabei auf Tatbestand und Rechtswidrigkeit beziehen.

Im Gegensatz zum BerGer. erachtet der BGH hier eine Fahrlässigkeit des Bekl. für gegeben.

"Rechtsfehlerhaft verneint das BerGer. schließlich ein Verschulden des Bekl., wenn es meint, der Bekl. habe nicht damit rechnen müssen, gerade bei dem Kl., den der Bekl. nicht gekannt und von dessen Anwesenheit in der Wohnung er nichts gewusst habe, eine Schreckreaktion auszulösen. Hierbei wird verkannt, dass sich das Verschulden des Bekl. nicht auf den eingetretenen Schaden erstrecken muss. Ausreichend ist vielmehr, dass der Schädiger voraussehen kann, es könne auf Grund seines Verhaltens irgendwie eine Person körperlich zu Schaden kommen; nicht erforderlich ist, dass der Schädiger die konkrete Schädigung des tatsächlich Verletzten vorhersehen konnte (vgl. BGHZ 57, 25 [33]; 59, 30 [39]; 75, 328 [329 f.]). Es ist daher nicht maßgebend, ob der Bekl. mit der Anwesenheit des Kl. in der Wohnung seines Nebenbuhlers und mit dem schädigenden Sprung aus dem Fenster rechnete oder rechnen musste. Ein Verschulden im Sinne der Fahrlässigkeit ist dem Bekl. schon deshalb vorzuwerfen, weil er die Verletzung irgendeiner Person etwa beim Eintreten der Türen in Betracht ziehen musste. Eine Verwechslung des Tatopfers (error in persona) wäre schon nach allgemeinen Grundsätzen unerheblich. Ausreichend für den Fahrlässigkeitsvorwurf ist daher, dass bei dem Vorgehen des Bekl. für diesen vorhersehbar eine Person zu Schaden kommen konnte. Insoweit spielt es keine Rolle, ob und welche Person auf welche Weise verletzt wurde."

VI. Ersatzfähiger Schaden

Der Bekl. hat als Schädiger alle durch die Rechtsgutsverletzung adäquat kausal und zurechenbar entstandenen Schäden zu ersetzen. Ein Schaden liegt nach der Differenzmethode in der Differenz zwischen zwei Güterlagen; der tatsächlich durch das Schadensereignis geschaffenen und der unter Ausschaltung dieses Ereignis gedachten. Die erlittenen Schmerzen sind als immaterielle Schäden auf die Körperverletzung zurückzuführen und gem. § 253 II BGB (§ 847 BGB a.F.) zu ersetzen. Die im Zusammenhang mit der ärztlichen Behandlung entstandenen Attestkosten sind gem. § 249 II BGB zu ersetzen. Eine Kürzung des Anspruchs unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens gem. § 254 I BGB kommt hier nicht in Betracht.

VII. Ergebnis

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schmerzensgeld und Attestkostenersatz gem. § 823 I BGB.

B. Anspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

Der Kl. hat gegen den Bekl. einen gleich lautenden Ersatzanspruch gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB.

Standort: Strafrecht**Problem: Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Bereicherung**

BGH, BESCHLUSS VOM 21.02.2002

4 STR 578/01 (NSTZ 2002, 481)

Problemdarstellung:

Die Mitangeklagte G hatte dem Angeklagten vorge spiegelt, sie habe noch Forderungen gegen das Opfer, weil sie diesem in ihrer Tätigkeit als Prostituierte sexuelle Dienste erbracht habe. Der Angeklagte schlug daraufhin das Opfer zusammen und zwang es zur Herausgabe von Bargeld und Schmuck. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten unter anderem wegen schwerer räuberischer Erpressung. Der BGH hat insofern gerügt, dass das Urteil der Vorinstanz keine hinreichenden Feststellungen bzgl. des Vorsatzes des Angeklagten hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der erstrebten (Dritt-) Bereicherung der G enthalte. Der Angeklagte habe sich zwar nur einen Anspruch der G aus einem Prostitutionsvertrag vorgestellt. Ein solcher Vertrag sei jedoch mittlerweile (nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (ProstG, BGBl I 3983) am 01.01.2002) nicht mehr sittenwidrig, so dass aus diesem Vertrag ein durchsetzbarer Anspruch erwachse. In diesem Fall wäre eine Bereicherung der G nicht rechtswidrig. Auch wenn die Rechtslage zum Tatzeitpunkt im Jahre 2001 noch eine andere gewesen sei, so könne man es nicht als selbstverständlich voraussetzen, dass der Angeklagte davon ausgegangen sei, dass aus einem Prostitutionsvertrag wegen Sittenwidrigkeit kein durchsetzbarer Anspruch erwachse.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall verbindet Probleme aus zwei der beliebtesten Themenbereiche im Examen: Vermögensdelikte und Irrtümer.

Bei der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung i.S.v. §§ 253, 255 StGB (ebenso wie bei § 263 StGB und bei der Rechtswidrigkeit der (beabsichtigten) Zueignung i.S.v. §§ 242; 249; 246 StGB) handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, auf das sich also gem. § 16 I StGB auch der Vorsatz beziehen muss. Hat der zu Bereichernde also tatsächlich einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch gegen das Opfer, so ist i.R.v. § 253 StGB (sofern man nicht bereits den Vermögensschaden verneint, vgl. Übersicht bei Jo-ecks, StudKomm, § 263 Rn. 86) jedenfalls die beabsichtigte Bereicherung nicht rechtswidrig, so dass allenfalls eine Strafbarkeit wegen Nötigung in Betracht kommt. Glaubt der Täter hingegen nur an das Vorliegen eines tatsächlich nicht bestehenden Anspruchs, so fehlt ihm der Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der

erstrebten Bereicherung. Er befindet sich also in einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB (BGH, NSTZ 1988, 216; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 22 mwN; a.A. Hirsch, JZ 1963, 153). Weiß der Täter hingegen nichts von einem objektiv bestehenden Anspruch, so kommt nur eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs in Betracht (BGHSt 42, 268 m. Anm. Arzt JR 97, 469).

Vertiefungshinweise:

- Zur Erpressung bei Durchsetzung von Forderungen: *BGH*, StV 2000, 79; *Lausen*, wistra 1991, 283
- Zur (fehlenden) Sittenwidrigkeit des Dirnenlohnanspruchs: *BGH*, NJW 2002, 361; *BFH*, NJW 2000, 2919; *BVerwG*, DVBl 2002, 54
- Zur Zweiaktigkeit des § 239 a StGB: *Renzikowski*, JR 1995, 349; *Martin*, JuS 1999, 1239

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Bankräuber"
- Examenskurs*: "Die Geldeintreiber"

Leitsatz (der Redaktion):

- 1. Die Rechtswidrigkeit des beabsichtigten Bereicherung ist ein - normatives - Tatbestandsmerkmal der (räuberischen) Erpressung, auf das sich der Vorsatz des Täters erstrecken muss.**
- 2. Ein Täter, der sich für den erstrebten Vermögensvorteil eine Anspruchsgrundlage vorstellt, die in Wirklichkeit nicht besteht oder von der Rechtsordnung nicht geschützt ist, handelt somit in einem Tatbestandsirrtum i.S.d. § 16 I 1 StGB.**

Sachverhalt:

Die Mitangeklagte G., die der Prostitution nachging, spiegelte dem Angeklagten A im Februar 2001 wahrheitswidrig vor, der Kaufmann K. schulde ihr insgesamt einen Betrag in Höhe von ca. 20.000 DM als Gegenleistung für erbrachte sexuelle Handlungen, den sich dieser zu zahlen weigere. Auf Vorschlag der Mitangeklagten suchten beide den K. in dessen Lagerhalle auf, um die angeblichen Schulden gewaltsam einzutreiben. Die Angeklagten versetzten ihm, u.a. mit einem Gummiknüppel, mehrere Schläge, woraufhin er aus Angst vor weiteren Misshandlungen diverse Schmuckstücke sowie 1.300 bis 1.500 DM Bargeld an die Angeklagten übergab. [...]

Hat sich A durch das Verhalten in der Lagerhalle strafbar gemacht?

Lösung:**A. Strafbarkeit gem. §§ 249, 250 II Nr. 1 StGB**

Eine Wegnahme liegt hier weder nach dem nach der Rechtsprechung maßgeblichen äußeren Erscheinungsbild (vgl. BGHSt 14, 387) noch nach dem nach der Literatur ausschlaggebenden inneren Willensrichtung des Opfers (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2) vor, so dass der Tatbestand des Raubes ausscheidet.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB**I. Tatbestand****1. Raubmittel**

Durch die Schläge mit dem Gummiknüppel hat A Gewalt gegen eine Person angewandt.

2. Opferverhalten

Als Folge der Handlung des A hat K das Geld und den Schmuck herausgegeben. Da er dadurch auch unmittelbar zumindest Besitz und Gewahrsam an den Gegenständen verlor und somit sein Vermögen minderte, stellt diese Handlung auch eine (nach Ansicht der Literatur erforderliche, vgl. Krack, JuS 1996, 497) Vermögensverfügung dar.

3. Vermögensnachteil

Fraglich ist, ob K einen Vermögensnachteil erlitten hat. Da K für den Verlust der Sachen kein Äquivalent erhalten hat, insbesondere nicht von einer Verbindlichkeit befreit wurde, denn es bestand ja objektiv keine, ist ein Vermögensnachteil bei K gegeben.

4. Kausalität

Die im Rahmen von §§ 253 I, 255 erforderliche Kausalität liegt vor.

5. Vorsatz bzgl. 1. - 4.

A müsste auch vorsätzlich gehandelt haben, insbesondere müsste er auch Vorsatz gehabt haben bzgl. des Vorliegens eines Vermögensnachteiles bei K. Ein Vermögensnachteil i.S.v. § 253 StGB ist dann gegeben, wenn der Vermögensinhaber eine Vermögensminderung erleidet, ohne hierfür ein Äquivalent zu erhalten (Tröndle/Fische, § 253 Rn. 11 a, § 263 Rn. 30).

A hatte sich vorgestellt, dass G gegen K einen Anspruch aus einem Prostitutionsvertrag in mindestens der Höhe des Wertes des herausgegebenen Geldes und Schmucks habe. Selbst wenn K jedoch Schuldner eines (durchsetzbaren) Anspruchs der G wäre, wie A es sich evtl. vorstellt, wäre trotzdem ein Vermögensnachteil gegeben, da das Vermögen des A durch das Bestehen des Anspruches nicht so sehr gemindert

wird wie durch den Verlust des Geldes und des Schmucks (vgl. Schröder, JZ 1965, 513) und deswegen das (teilweise) Erlöschen des Anspruchs der G durch die Übergabe der Wertsachen kein Äquivalent für deren Verlust darstellt.

6. Bereicherungsabsicht

Ziel des A war es, der G das Geld und den Schmuck verschaffen, so dass er mit der Absicht handelte, einen Dritten zu bereichern.

7. Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Die von A beabsichtigte Bereicherung ist Spiegelbild des Schadens bei K, da beide auf dasselbe Opferverhalten (die Übergabe des Geldes und des Schmucks) zurückzuführen sind, so dass sie stoffgleich ist (vgl. Schünemann, JA 1980, 490). G hatte auch keinen Anspruch auf die Bereicherung; diese ist also auch rechtswidrig.

8. Vorsatz bzgl. 7.**a. Stoffgleichheit**

A wusste um die Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung, so dass Vorsatz diesbezüglich gegeben ist.

b. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob A auch wusste, dass diese Bereicherung rechtswidrig war.

aa. Bzgl. des Geldes

A glaubte, die G habe einen Anspruch gegen K auf Zahlung von 20.000 DM wegen der Leistung sexueller Dienste. Die beabsichtigte Bereicherung ist dann nicht rechtswidrig, wenn der Täter einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat (Joecks, StudKom, § 253 Rn. 17). Nach der Vorstellung des A ergäbe sich ein Anspruch der G lediglich aus einem Prostitutionsvertrag. In diesem Fall ist fraglich, ob A sich einen Anspruch vorstellte, der auch durchsetzbar wäre.

Hierzu der BGH: "Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist es nicht 'selbstverständlich', dass der Angeklagte von der Sittenwidrigkeit des angeblichen Anspruchs der Mitangeklagten und damit von dessen rechtlicher Undurchsetzbarkeit ausging. Vielmehr ist es nicht fernliegend, dass der Beschwerdeführer, der nach den Feststellungen nicht dem Zuhälter- und Prostituiertenmilieu zugehörte, sich aufgrund des Wandels der Moralvorstellungen in weiten Teilen der Bevölkerung für die erstrebte Bereicherung einen rechtsgültigen Anspruch der Mitangeklagten G vorstellte. Es hätte deshalb der Erörterung der Frage bedurft, ob

er nicht nur an den Bestand, sondern irrtümlich auch an die Rechtswirksamkeit der Forderung glaubte. Dafür könnte sprechen, dass seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20.12.2001 (ProstG, BGBl I. 3983) am 01.01.2002 Ansprüche Prostituerter auf Zahlung des vereinbarten Entgelts für sexuelle Leistungen rechtsgültig sind. Dieser Rechtszustand bestand zwar noch nicht zur Tatzeit im Februar 2001. Jedoch begann sich bereits im Vorfeld des Inkrafttretens dieses Gesetzes die bisherige Rechtsprechung [...] des Bundesgerichtshofs, des Bundesfinanzhofs und des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage der Sittenwidrigkeit von Vereinbarungen oder Tätigkeiten wegen Verstoßes gegen die Standards der herrschenden Sexualmoral zu modifizieren. Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, dass sich der Angeklagte in einem Tatbestandsirrtum befand. Dass der Anspruch nach der Vorstellung des Angeklagten mit Nötigungsmitteln durchgesetzt werden sollte, macht den angestrebten Vermögensvorteil nicht rechtswidrig (vgl. BGH StV 2000, 79, 80)."

Somit ist davon auszugehen, dass der A sich vorstellte, dass G einen fälligen, durchsetzbaren Anspruch gegen K hatte auf Zahlung von 20.000 DM aus dem Prostituiertenvertrag.

Zwar würde auch dies der G auch nur einen allgemeinen Zahlungsanspruch geben; sie hätte immer noch keinen Anspruch auf Übereignung der von K konkret erhaltenen Geldscheine. Die Rechtsprechung geht jedoch insoweit davon aus, dass ein so differenziertes Wissen von einem Laien nicht erwartet werden könne und dass sich deswegen ein Täter, der glaubt, er habe aus einem Zahlungsanspruch heraus auch ein Recht auf bestimmte Geldscheine, ebenfalls in einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB befindet, der den entsprechenden Vorsatz entfallen lässt (vgl. BGHSt 17, 87, 91).

bb. Bzgl. der Schmucks

A hatte sich jedoch nicht vorgestellt, dass G einen Anspruch auf Übereignung des Schmucks habe, so dass er jedenfalls wusste, dass die entsprechende Bereicherung bgl. des Schmucks rechtswidrig war. Trotzdem ist der o.a. Irrtum des A im Ergebnis nicht völlig irrelevant.

Der BGH führt insoweit nämlich aus: "Sollte der neue Tatrichter einen Tatbestandsirrtum in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der Geldforderung nicht ausschließen können, bliebe der auch auf die erzwungene Herausgabe von Schmuck gestützte Schuldspruch der schweren räuberischen Erpressung davon zwar unberührt, der Schuldumfang wäre jedoch deutlich herabgesetzt."

9. Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB

A hatte den K mit einem Gummiknüppel geschlagen, er hat also vorsätzlich ein gefährliches Werkzeug bei der Tat verwendet.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte auch rechtswidrig.

II. Schuld

A könnte sich vorgestellt haben sollte, die Durchsetzung der Ansprüche der G sei durch Selbsthilfe (§ 229 BGB) gerechtfertigt. Hierbei könnte es sich um einen Erlaubnistatbestandsirrtum handeln. Ein solcher setzt jedoch voraus, dass der Täter sich einen Sachverhalt vorstellt, der, wenn er wirklich vorläge, den Täter rechtfertigen würde (Joecks, StudKomm, § 16 Rn. 32). Selbst wenn aber die G, wie von A angenommen, einen durchsetzbaren Anspruch gegen K hätte, wäre das Verhalten des A trotzdem nicht über § 229 BGB gerechtfertigt, da jedenfalls obrigkeitliche Hilfe rechtzeitig zu erlangen gewesen wäre und die Voraussetzungen des § 229 BGB somit nicht vorgelegen hätten. Ein entsprechender Irrtum des A stellt somit allenfalls einen Erlaubnisirrtum dar, der gem. § 17 StGB zu beurteilen ist und hier infolge seiner Vermeidbarkeit (A hätte fachkundigen Rat einholen können) nicht zum Schuldausschluss sondern nur zur Möglichkeit einer Strafminderung führt.

III. Ergebnis

A ist strafbar wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB.

C. Strafbarkeit gem. § 239 a I StGB

I. Tatbestand

1. Tathandlung

Ein Entführen des K ist während des Verhaltens in dem Lagerhaus nicht gegeben, da dies eine Ortsveränderung des Opfers voraussetzt (LK-Schäfer, § 239 a Rn. 6). Es könnte jedoch ein Sichbemächtigen gegeben sein. Dies setzt eine Erlangung der physischen Gewalt über das Opfer durch den Täter voraus (BGH MDR 1978, 987). Durch die heftigen Schläge mit dem Gummiknüppel gegen den wehrlosen K hat A die physische Gewalt über diesen erlangt.

2. Einschränkende Auslegung des § 239 a StGB

Nach herrschender Rechtsprechung bedarf jedoch der weite Tatbestand des § 239 a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis einer Einschränkung, um Überschneidungen mit den klassischen Delikten mit Nötigungselementen (insb. §§ 249 I, 253 I, 255 StGB) zu vermeiden (vgl. BGHSt 40, 350 ff.). Wegen des Cha-

racters des § 239 a StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt ist deswegen ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten objektiven Teilakt des Sichbemächtigen und dem zweiten, in die Vorstellung des Täters verlagerten Teilakt, der angestrebten weitergehenden Erpressung, erforderlich. Der Täter muss beabsichtigen, die durch das Sichbemächtigen für das Opfer geschaffene Lage für sein weiteres Vorgehen auszunutzen. (vgl. BGH NStZ 1999, 509; NStZ 2002, 31 = RA 2002, 43).

Im vorliegenden Fall werden jedoch sowohl das Sichbemächtigen als auch die Gewaltanwendung im Rahmen der geplanten Erpressung durch die Schläge mit dem Gummiknüppel verwirklicht, so dass A nicht erst durch das Sichbemächtigen eine Lage schaffen und diese dann für eine spätere Erpressung ausnutzen will. Das einschränkende Kriterium der unvollkommenen Zweiaktigkeit der Tat, das in einem Zwei-Personen-Verhältnis (wie in diesem Fall) i.R.v. § 239 a StGB erforderlich ist, liegt somit nicht vor, so dass der Tatbestand des § 239 a StGB hier nicht anwendbar ist.

II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. § 239 a I StGB strafbar gemacht.

D. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB

Durch die Schläge mit dem Gummiknüppel hat A den K vorsätzlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt und hierbei auch vorsätzlich einen Gegenstand gebraucht, nämlich den Gummiknüppel, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Verwendung konkret geeignet ist, erhebliche körperliche Verletzungen hervorzurufen und deswegen ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 darstellt (vgl. LK-Lilie, § 224 Rn. 20). Anhaltspunkte für die Annahme einer lebensgefährlichen Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB bietet der Sachverhalt nicht. A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft. A hat sich dennoch wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit gem. § 240 I StGB

Die Strafbarkeit wegen Nötigung tritt hinter §§ 253 I, 255 StGB zurück.

F. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1; 223 I, 224 I Nr. 2; 52 StGB.

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

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Hellermann, Johannes: "Das gemeindliche Einvernehmen (§ 36 BauGB)"
Fundstelle:	Jura 2002, 589 (Heft 9)
Inhalt:	Darstellung aller examensrelevanten Probleme im Zusammenhang mit § 36 BauGB. Die RA hat immer wieder über Entscheidungen der Gerichte zu diesem Thema berichtet (z.B. VGH München, RA 2001, 313 = NVwZ-RR 2001, 364 zur Ersetzung gem. § 36 II 2 BauGB; BVerwG, RA 2000, 545 = NVwZ 2000, 1048 zu Rechtsschutzmöglichkeiten der Gemeinde), die zeigen, wie examensrelevant die Problematik ist.

Autor/Titel:	Sydow, Gernot: "Ausnahmegenehmigung für das Schächten"
Fundstelle:	Jura 2002, 615 (Heft 9)
Inhalt:	Besprechung von BVerfG, DVBl 2002, 328 ff. zum betäubungslosen Schlachten von Tieren durch einen Metzger moslemischen Glaubens. Eine weitere Urteilsanmerkung findet sich bei Volkmann, NJW 2002, 663 ff. Vgl. auch die Parallelentscheidung des BVerwG, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Meinhof, Alexander: "Neuerungen im modernisierten Verbrauchervertragsrecht durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz"
Fundstelle:	NJW 2002, 2273 (Heft 32)
Inhalt:	Aufgrund der EuGH-Entscheidung vom 13.12.2001 war der deutsche Gesetzgeber aufgefordert, das eben erst reformierte Verbraucherschutzrecht, insb. die Höchstfristen für Widerrufsrechte gem. § 355 III BGB, zu überarbeiten. Der Beitrag erläuterte die weitreichenden Folgen dieser Änderungen bei Haustür- und Verbraucherdarlehensgeschäften.

Autor/Titel:	Däubler, Wolfgang: "Die Reform des Schadensersatzrechts"
Fundstelle:	JuS 2002, 625 (Heft 7)
Inhalt:	Das neue Schadensersatzrecht, das zum 01.08.2002 in Kraft getreten ist, bringt erhebliche Neuerungen in diversen Bereichen des Haftungs- und Schadensersatzrechts mit sich, die in diesem Aufsatz dargelegt und erläutert werden.

Autor/Titel:	Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan: "Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform"
Fundstelle:	JuS 2002, 833 (Heft 9)
Inhalt:	Infolge der Schuldrechtsmodernisierung sind beim Eigentumsvorbehalt gem. § 449 BGB n.F. sowohl ausbildungs- wie praxisrelevante Änderungen zu verzeichnen, die in diesem Beitrag erörtert werden; insbesondere werden die Fragen nach dem Rücktrittsrecht und dem Konzernvorbehalt geklärt.

Autor/Titel:	Walker, Wolf-Dietrich: "Die eingeschränkte Haftung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der Schuldrechtsmodernisierung"
Fundstelle:	JuS 2002, 736 (Heft 8)
Inhalt:	In diesem Aufsatz wird die arbeitnehmerrechtliche Haftung für verursachte Schäden gegenüber dem Arbeitgeber, Kollegen oder Dritten anhand der Schuldrechtsmodernisierung, vor allem dem Zusammenspiel von § 280 I BGB und § 619 a BGB, dargestellt.

Strafrecht

Autor/Titel:	Matzky, Ralph: "§ 241 a BGB - ein neuer Rechtfertigungsgrund im Strafrecht?"
Fundstelle:	NStZ 2002, 458 (Heft 9)
Inhalt:	Interessante Ausführungen zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform im Strafrecht, bei denen sich der Verfasser bemüht, eine Lösung zu finden für möglicherweise divergierende Ergebnisse als Folge der zivilrechtlichen Befugnisse aus § 241 a BGB und dem Tatbestand des § 246 StGB.

Autor/Titel:	Brögelmann, Jens: "Methodik der Strafzumessung"
Fundstelle:	JuS 2002, 903 (Heft 9)
Inhalt:	Eine kurze Übersicht über die bei der Strafzumessung zu berücksichtigenden Punkte, die vor allem für Referendare, die im Rahmen einer Sitzungsververtretung für die Staatsanwaltschaft ein Plädoyer halten müssen, hilfreich sein kann.

Autor/Titel:	Marberth-Kubicki, Annette: "Internet und Strafrecht"
Fundstelle:	StraFo 2002, 277 (Heft 9)
Inhalt:	Darstellung der spezifischen und allgemeinen Straftatbestände, die im Zusammenhang mit Internet, Online-Diensten und ähnlichem relevant werden können