

## Öffentliches Recht

**Standort: VerwR AT**

**Problem: Rechtswidrig gewordener Dauer-VA**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 24.09.2001  
8 S 641/01 (NVWZ-RR 2002, 621)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Rechtsstreit hatte die Behörde eine zugunsten der Anwohner erteilte Lärmschutzaufgabe zu einer Baugenehmigung für eine Sporthalle aufgehoben und sie durch eine mildere Auflage ersetzt. Hiergegen klagte ein Anwohner. Der VGH unterstellt in seinem Urteil, dass die Lärmschutzaufgabe ursprünglich rechtmäßig erteilt worden sei, mittlerweile aber rechtswidrig geworden sei, da sich die Lärmbelastigungen als weit geringer herausgestellt hätten als ursprünglich angenommen. Fraglich war dann, welche Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung der Auflage in Betracht kommt. Hier hatte sich das Gericht zwischen § 48 und § 49 VwVfG zu entscheiden. Es hält jedenfalls für Dauer-Verwaltungsakte § 48 VwVfG für anwendbar. Selbstverständlich ist dies jedoch keineswegs. Denn grundsätzlich komme es - so der VGH - für die Begründetheit einer Anfechtungsklage auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts (VA) an (siehe dazu Punkt 1. in der Prüfungsrelevanz). In diesem Zeitpunkt ist der rechtswidrig gewordene VA aber noch rechtmäßig. Da § 48 VwVfG nur die Rücknahme rechtswidriger VAe erlaubt, könnte er grds. nicht angewendet werden, zumal § 49 II Nr. 3 VwVfG genau diesen Fall zu regeln scheint. Deshalb wird von einer starken Gegenmeinung auch § 49 VwVfG für anwendbar gehalten. Dies führt nach Ansicht des VGH - der wohl h.M. folgend - allerdings zu unbilligen Ergebnissen, da § 49 II VwVfG sehr enge Widerrufsvoraussetzungen enthält und dort zudem ein Widerruf ausdrücklich nur für die Zukunft möglich ist. Über diese ergebnisorientierte Argumentation hinaus lässt sich die Anwendbarkeit des § 48 VwVfG auch dogmatisch damit rechtfertigen, dass gerade bei Dauer-VAen eine besondere Beobachtungspflicht der Behörde besteht, die dazu führt, dass es für deren Rechtmäßigkeitsprüfung ausnahmsweise nicht auf ihren Erlass, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht ankommt. In diesem Zeitpunkt ist der Dauer-

VA rechtswidrig geworden, so dass der Weg für eine Anwendung des § 48 VwVfG frei ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Kenntnisse im allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts sind für den Examenserfolg unerlässlich. Dies gilt umso mehr für Probleme, die sich mit Fragen des Verwaltungsprozessrechts (hier: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt bei der Anfechtungsklage) kombinieren lassen. Auf zwei "Ungenauigkeiten" der VGH-Entscheidung sei noch hingewiesen:

1. Der VGH führt aus, für die Begründetheit der Anfechtungsklage komme es auf den "Zeitpunkt des Erlasses des VA" an. Richtig ist hingegen, dass es nach ganz h.M. auf den Zeitpunkt der *letzten Behördenentscheidung* ankommt (siehe Vertiefungshinweise). Dies ist aber in aller Regel nicht der Erlass des VA, sondern der Erlass des Widerspruchsbescheids (zu den Ausnahmen vgl. § 68 I 2 VwGO).

2. Die Entscheidungsgründe erwecken den Eindruck, als sei für die Abgrenzung von §§ 48 und 49 VwVfG die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VAs entscheidend. Dies ist jedoch nur bedingt richtig, nämlich insoweit, als der VA rechtmäßig ist. Dann kommt allein § 49 VwVfG in Betracht. Ist der VA hingegen rechtswidrig, kann nach h.M. § 49 VwVfG trotz seines Wortlauts, der eindeutig von "rechtmäßigen" Verwaltungsakten spricht, angewendet werden. Nach diesem Verständnis wäre § 49 VwVfG also auch für rechtswidrige Verwaltungsakte vorrangig. Dies ergibt sich zunächst aus einem "erst-recht-Schluss": Wenn nach § 49 VwVfG schon rechtmäßig erworbene Rechtspositionen wieder entzogen werden können, dann erst recht rechtswidrig erworbene. Unerträglich wäre es zudem, dass sich der Inhaber einer rechtswidrigen Rechtsposition nach § 48 II VwVfG auf Vertrauensschutz berufen könnte, während § 49 VwVfG für den Inhaber rechtmäßiger Rechtspositionen einen solchen nicht kennt. Deshalb ist die Frage der Rechtswidrigkeit des aufzuhebenden VAs für die Anwendbarkeit des § 49 VwVfG letztlich bedeutungslos. Liegen die Widerrufsvoraussetzungen nach § 49 VwVfG vor, ist die

Vorschrift auch bei rechtswidrigen VAen anwendbar; anderenfalls bleibt der Rückgriff auf § 48 VwVfG möglich.

Anders ist es bei § 48 VwVfG, nach dessen Wortlaut nur rechtswidrige VAe zurückgenommen werden können. Hier bleibt es bei der Wortlautauslegung, da ein "erst-recht-Schluss" auf die Aufhebung rechtmäßiger VAe nicht möglich ist.

#### **Vertiefungshinweise:**

□ Letzte Behördenentscheidung als maßgeblicher Zeitpunkt bei der Anfechtungsklage: *BVerwG*, NVwZ 1990, 267; NVwZ 1993, 1185 (st.Rspr.); *VGH Kassel*, NVwZ-RR 1993, 435; *Kopp*, FS Menger, 1985, 699.

□ Aufsätze zur Aufhebung rechtswidrig gewordener Verwaltungsakte: *Schenke*, DVBl. 1989, 433; *Frohn*, Jura 1993, 393; *Kopp*, BayVB1 1989, 652 (alle m.w.N. zum Meinungsstand).

□ Für die Anwendbarkeit des § 48 VwVfG auf rechtswidrig gewordene Dauer-VAe: *BVerwG*, DVBl 1990, 304; *OVG NW*, NVwZ-RR 1988, 1; *VG München*, RA 2000, 614 = NVwZ-RR 2000, 722

#### **Kursprogramm:**

□ *Examenskurs*: "Stipendium"

□ *Examenskurs*: "Die Lehrerzulage"

#### **Leitsatz:**

**Die Aufhebung eines bei seinem Erlass rechtmäßigen begünstigenden Verwaltungsakts mit Dauerwirkung, der infolge einer Änderung der Sachlage rechtswidrig geworden ist, richtet sich nach § 48 I BadWürttVwVfG und nicht nach den Regeln über den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte in § 49 BadWürttVwVfG.**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. wandte sich gegen die Aufhebung einer Nebenbestimmung zu einer der Beigel. erteilten Baugenehmigung. Er ist Eigentümer des Grundstücks I.-Str. in B. Das Grundstück liegt im Geltungsbereich des Bebauungsplans „N.-Straße“ vom 8.5.1985, der den betreffenden Bereich als allgemeines Wohngebiet ausweist. Die zu diesem Wohngebiet gehörenden Grundstücke werden größtenteils von der I.-Straße erschlossen. Das dem Grundstück des Kl. gegenüberliegende Grundstück ist im Bebauungsplan „Schul- und Sportstätten N.-Straße“ als Fläche für den Gemeinbedarf ausgewiesen. Auf dem Grundstück befin-

det sich eine große Sporthalle sowie ein — nur von der I.-Straße anfahrbarer — Parkplatz mit 30 Stellplätzen. In der Begründung des Bebauungsplans „Schul- und Sportstätten N.-Straße“ heißt es in Bezug auf diesen Parkplatz:

„Für den Betrieb der Halle bei Veranstaltungen ist von einem Stellplatzbedarf von 40, bei Trainingsbetrieb von ca. 20 Stellplätzen auszugehen. Die für die Stellplätze vorgesehene Fläche im Planbereich dient ausschließlich dem Trainingsbetrieb. Bei Veranstaltungen sind diese Stellplätze zur Wahrung der Wohnruhe an der I.-Straße nicht zugänglich.“

Die für die Errichtung der Sporthalle am 20.3.1987 vom Gemeindeverband Mittleres S.-Tal erteilte Baugenehmigung wurde dementsprechend mit Auflagen versehen. Kurz nach der 1988 erfolgten Inbetriebnahme der Sporthalle beschwerte sich der Kl. bei der Beigel. darüber, dass die Stellplätze an der Sporthalle bei Veranstaltungen entgegen den Bestimmungen in der Baugenehmigung benutzt und die I.-Straße restlos zugesperrt werde. Nachdem auch in der Folgezeit die geforderte Sperrung der I.-Straße bei Veranstaltungen unterblieb bzw. von den Besuchern der Veranstaltungen nicht beachtet wurde, erhob der Kl. beim VG Klage mit dem Antrag, das bekl. Land zur Durchsetzung der Auflage Nr. 6 zu verpflichten. Im Rahmen dieses Verfahrens wurde von der Beigel. ein Gutachten vorgelegt, das auf der Grundlage von Geräuschmessungen, die bei einem Ringermannschaftswettkampf am 21.9.1996 durchgeführt worden waren, zu dem Ergebnis kam, dass der Betrieb der Sporthalle die Immissionsrichtwerte der 18. BImSchV nicht überschreite. Im Hinblick auf dieses Gutachten hob das Landratsamt auf Antrag der Beigel. mit Bescheid vom 12.8.1997 die der Baugenehmigung vom 20.3.1987 beigefügte Auflage Nr. 6 auf und ersetzte sie durch folgende Bestimmung:

„Die Gemeinde B. als Betreiberin der Sporthalle hat zukünftig insbesondere darauf zu achten, dass während der Dauer von Wettkämpfen und Veranstaltungen die Fenster der Sporthalle geschlossen sind, die Türen des Sportler- wie des Zuschauereinganges geschlossen bleiben und dass in der Sporthalle keine druckbetriebenen Lärmfanfaren, welche nach der 18. BImSchV — Sportanlagen-Lärmschutzverordnung — nicht zulässig sind, verwendet werden.“

Gegen den Bescheid legte der Kl. Widerspruch ein, der erfolglos blieb. Das VG hat der Klage teilweise stattgegeben. Der VGH hat die Klage insgesamt abgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Das VG hat der Klage zu Unrecht insoweit stattgegeben, als das Landratsamt mit der angefochtenen Ver-

fügung die Sätze 3 bis 5 der Auflage Nr. 6 zu der Baugenehmigung vom 20.3.1987 aufgehoben hat. Der angefochtene Bescheid ist auch insoweit rechtmäßig. Das VG hätte die Klage daher insgesamt abweisen müssen. [...]

Mit der angegriffenen Verfügung hat das Landratsamt auf das Ergebnis der nach Errichtung der Sporthalle durchgeführten Lärmmessungen reagiert, bei denen sich herausgestellt hat, dass — anders als bei der Erteilung der Baugenehmigung angenommen — bei Sportveranstaltungen in der Halle die maßgebenden Immissionsrichtwerte auch bei Benutzung der Parkplätze eingehalten bzw. sogar deutlich unterschritten werden. Entgegen der Ansicht des Kl. sind diese Lärmmessungen repräsentativ [wird ausgeführt]. Das Landratsamt hat somit die der Baugenehmigung für die Sporthalle beigefügte Auflage Nr. 6 zu Recht insgesamt aufgehoben und sie durch eine andere, nur auf die Eindämmung der bei Sportveranstaltungen zu erwartenden Lärmimmissionen abzielende Nebenbestimmung ersetzt.

### *I. § 48 I BadWürttVwVfG als Ermächtigungsgrundlage*

Die Rechtsgrundlage dafür ergibt sich aus § 48 I 1 BadWürttVwVfG, wonach ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder die Vergangenheit zurück genommen werden kann.

### *II. Anwendbarkeit auf rechtswidrig gewordene Verwaltungsakte*

Auf die Frage, ob in der Auflage ein von Anfang an rechtswidriger oder ein erst nachträglich durch das Bekanntwerden neuer Tatsachen rechtswidrig gewordener Verwaltungsakt zu sehen ist, kommt es dabei nicht an. Die Verfügung des Landratsamt findet vielmehr in beiden Fällen in § 48 I BadWürttVwVfG ihre Stütze.

### *1. Auflage als rechtswidrig gewordener Verwaltungsakt*

#### *a. Ansicht des VG*

Das VG ist der Meinung, dass die umstrittene Auflage ursprünglich rechtmäßig gewesen und lediglich im Nachhinein rechtswidrig geworden sei. Dies wird von ihm damit begründet, dass der „lärmschützende Teil“ der Auflage auf einer Lärmprognose beruhe und für deren Fehlerhaftigkeit nichts zu erkennen sei, auch wenn es zu den von ihrem Verfasser erwarteten Lärmpegeln in Wirklichkeit nicht gekommen sei.

#### *b. Bewertung durch das OVG*

Das erscheint fraglich. Wie das VG im Ansatz zutreffend bemerkt, gehört es zwar zum Wesen einer Prognose, dass das Vorhergesagte nicht immer eintritt. Angesichts der Diskrepanz zwischen den in der gutachtlichen Stellungnahme prognostizierten Lärmwerten und den später durch Messung ermittelten Werten drängt sich jedoch die Frage auf, ob die Lärmprognose tatsächlich fehlerfrei erstellt worden ist. Bezogen auf das Grundstück des Kl. wurde von den Gutachtern — auf der Grundlage der damals noch geltenden VDI-Richtlinie 2058 „Beurteilung von Arbeitslärm in der Nachbarschaft“ — bei Wettkämpfen mit Publikum ein durch den reinen Veranstaltungsbetrieb verursachter Beurteilungspegel von 40 dB(A) errechnet, weshalb sie der Meinung waren, dass der für die Nachtzeit geltende Immissionsrichtwert von 40 dB(A) nur dann eingehalten werde, wenn der bei der Halle befindliche Parkplatz bei Wettkämpfen nicht benutzt werde und es deshalb nicht zu zusätzlichen Immissionen durch den Parkplatzverkehr komme. Bei den am 21.9.1996 vor der Einfahrt zum Grundstück des Kl. durchgeführten Lärmmessungen wurden demgegenüber deutlich geringere Beurteilungspegel ermittelt. Obwohl der Parkplatz bei dieser Veranstaltung entgegen der Auflage nicht gesperrt, sondern voll belegt war und von den Gutachtern verschiedene Missstände beim Betrieb der Halle sowie dem Verhalten der Zuschauer festgestellt wurden, wurde von ihnen für die Zeit von 22 bis 2 Uhr ein Beurteilungspegel von lediglich 37,5 dB(A) errechnet, der deutlich unter dem entsprechenden Immissionsrichtwert der 18. BImSchV von 40 dB(A) liegt. Mit den jeder Prognose immanenten Unsicherheiten dürfte sich dieser Unterschied allein nicht hinreichend erklären lassen. Auch der Umstand, dass die Berechnung der Beurteilungspegel auf einer anderen Berechnungsgrundlage beruht, kann als Erklärung schwerlich genügen.

### *2. Anwendbarkeit bei Dauerverwaltungsakten*

Die Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung. Denn selbst wenn die Lärmprognose fehlerfrei erarbeitet worden sein sollte und die Auflage deshalb durch das Bekanntwerden neuer Tatsachen lediglich rechtswidrig geworden wäre, ist die richtige Rechtsgrundlage für deren Aufhebung nicht in § 49 II BadWürttVwVfG, sondern in § 48 I BadWürttVwVfG zu sehen.

Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich die Frage der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts nach den Verhältnissen im Zeitpunkt seines Erlasses richtet (Meyer, in: Knack, BadWürttVwVfG, 3. Aufl., Vor § 48 Rdnr. 24; Schäfer, in: Obermayer,

BadWürttVwVfG, 3. Aufl., § 48 Rdnr. 24). Etwas anderes gilt jedoch für Verwaltungskate mit Dauerwirkung, zu denen die umstrittene Auflage gehört. Für die gerichtliche Aufhebung eines solchen Verwaltungsakts ist anerkannt, dass es für die Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit abweichend von den sonst für Anfechtungsklagen geltenden Grundsätzen nicht auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, sondern auf den der gerichtlichen Entscheidung ankommt (BVerwGE 96, 372 = NJW 1995, 800; BVerwG, NJW 1988, 2056; OVG Münster, UPR 1996, 458; J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 113 Rdnr. 48). Das hat seinen Grund letztlich darin, dass es dem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht, wenn die Klage gegen einen Verwaltungsakt, dessen Regelung sich nicht in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpft, sondern auf eine unbestimmte Dauer angelegt ist und sich gewissermaßen ständig wiederholt, abgewiesen werden müsste, obwohl er sich — trotz anfänglicher Rechtmäßigkeit — nach dem im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Recht bzw. den in diesem Zeitpunkt vorhandenen Erkenntnissen als rechtswidrig darstellt. Ebenso wenig ist einzusehen, warum es der Behörde nur unter den engen Voraussetzungen des § 49 II BadWürttVwVfG — also etwa dann, wenn andernfalls das öffentliche Interesse gefährdet wäre (vgl. § 49 II Nrn. 4, 5 BadWürttVwVfG) — möglich sein soll, ei-

nen solchen Verwaltungsakt aufzuheben. Die Anwendung des § 49 BadWürttVwVfG wird den Gegebenheiten auch insoweit nicht gerecht, als die Vorschrift nur einen Widerruf des Verwaltungsakts für die Zukunft erlaubt und damit auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswidrigkeit rückwirkenden Aufhebung entgegensteht. Statt § 49 II BadWürttVwVfG ist daher in diesen Fällen von § 48 BadWürttVwVfG auszugehen (im Ergebnis ebenso OVG Münster, NVwZ-RR 1988, 1; Martens, NVwZ 1987, 832; vgl. ferner Schenke, DVBl 1989, 547; Schenke/Baumeister, JuS 1991, 547; a.M. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 48 Rdnr. 33 m.w.Nachw.).

### III. Rücknahmevoraussetzungen erfüllt

Gegen die Aufhebung der Auflage bestehen hiervon ausgehend keine Bedenken. Zwar handelt es sich bei der Auflage aus der Sicht des Kl. um einen begünstigenden Verwaltungsakt, weshalb eine Rücknahme nach § 48 I 2 BadWürttVwVfG nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 möglich ist. Aus diesen Bestimmungen ergeben sich jedoch für ihre Rücknahme keine Hinderungsgründe. Auch für einen Fehler bei der Ausübung des der Behörde bei der Entscheidung über die Rücknahme zustehenden Ermessens ist nichts zu erkennen. Insoweit werden auch von dem Kl. keine Einwendungen erhoben.

## Standort: VerwR AT

## Problem: Rücknahme des Widerspruchsbescheids

BVERWG, URTEIL VOM 28.02.2002

7 C 17.01 (BAYVBL 2002, 566)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte die Ausgangsbehörde nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens den Widerspruchsbescheid isoliert - d.h. unter ausdrücklicher Aufrechterhaltung des Ausgangsbescheids - zurückgenommen. Das BVerwG hält dies für rechtswidrig, da die Ausgangsbehörde hierfür nicht zuständig sei.

Die sachliche Zuständigkeit für die Rücknahme von Verwaltungsakten ist in § 48 VwVfG nicht geregelt. Nach dem actus-contrarius-Gedanken (auch "Kehrseitentheorie" genannt) geht man jedoch davon aus, dass die Rücknahmekompetenz der Erlasskompetenz folgt. Die Erlasskompetenz für die Sachentscheidung hat die Ausgangsbehörde. Sie kann den Ausgangsbescheid daher zurücknehmen, wenn die Rücknahme-

voraussetzungen des § 48 VwVfG (bzw. eines einschlägigen Spezialgesetzes) vorliegen. Daran ändert sich auch nach Erlass des Widerspruchsbescheids nichts. Selbst während des laufenden Widerspruchsverfahrens tritt die Zuständigkeit der Widerspruchsbehörde für die Sachentscheidung zwar hinzu, verdrängt die der Ausgangsbehörde - und damit ihre Rücknahmekompetenz - aber auch während dieser Zeit nicht (BVerwG, DÖV 1982, 941; OVG NRW, NVwZ-RR 1993, 289). Da die Rücknahme des Ausgangsbescheids auf den Widerspruchsbescheid durchschlägt - dieser wird ohne Ausgangsbescheid gegenstandslos und damit unwirksam (so ausdrücklich Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rz. 151; ferner Redeker, DVBl 1981, 56) - kann die Ausgangsbehörde also durchaus auch den Widerspruchsbescheid vernichten. Das BVerwG stellt allerdings klar, dass eine *isolierte* Rücknahme des Widerspruchsbescheids nicht möglich sein soll. Begründet wird dies damit, dass die Ausgangsbehörde es sonst in der Hand hätte, ihren rechtlichen Willen gegen die Widerspruchsbehörde durch-

zusetzen und damit letztlich ihre Kontrolle durch die Widerspruchsbehörde nach §§ 68 ff. VwGO auszuhebeln. Zudem könnte sie sonst das Widerspruchsverfahren, welches durch den Widerspruchsbescheid abgeschlossen worden ist, wieder eröffnen. Die verfahrensbeendende Wirkung kann aber schon deshalb nicht zur Disposition der Ausgangsbehörde stehen, weil diese am Widerspruchsverfahren gar nicht beteiligt ist.

### **Prüfungsrelevanz:**

Das Verhältnis von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid bereitet immer wieder Probleme. Für die Frage der Rücknahmekompetenz ergeben sich solche natürlich nur, wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde verschieden sind. In diesem (Regel-)fall sollte man sich Folgendes merken:

#### *I. Rücknahme des Ausgangsbescheids*

1. *Bis zur Einlegung des Widerspruchs* ist ausschließlich die Ausgangsbehörde für die Aufhebung des von ihr erlassenen Verwaltungsakts zuständig.

2. *Während des laufenden Widerspruchsverfahrens* kann die Ausgangsbehörde noch immer den Ausgangsbescheid zurücknehmen. Praktische Bedeutung dürfte diese Konstellation jedoch kaum erlangen, da die Ausgangsbehörde dann i.d.R. einen Abhilfebescheid (§ 72 VwGO) erlassen wird, in dessen Rahmen sie nicht an die Rücknahmevoraussetzungen des § 48 VwVfG gebunden ist. Während dieser Zeit tritt eine eigene Rücknahmekompetenz der Widerspruchsbehörde *neben* die der Ausgangsbehörde. Praktisch relevant werden dürfte dies aber ebenfalls nur selten, da die Widerspruchsbehörde statt eines Rücknahmebescheids im Normalfall einen Widerspruchsbescheid (§ 73 I 1 VwGO) erlassen wird.

3. *Nach Erlass des Widerspruchsbescheids* bleibt es solange bei der Doppelzuständigkeit, wie die Klagefrist noch läuft. Sie endet also, sobald Klage erhoben worden oder der Bescheid infolge des Ablaufs der Klagefrist bestandskräftig geworden ist.

4. *Nach Eintritt der Bestandskraft des Ausgangsbescheids* oder Klageerhebung ist nach h.M. wieder nur noch die Ausgangsbehörde zuständig (str., vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rz. 150 m.w.N.). Die Bestandskraft hindert die Rücknahme nicht (§ 48 I 1 VwGO).

#### *II. Rücknahme des Widerspruchsbescheids*

Eine isolierte Rücknahme des Widerspruchsbescheids durch die Ausgangsbehörde scheidet nach der vorlie-

genden Entscheidung aus. Zu beachten ist allerdings, dass die Rücknahme des Ausgangsbescheids zur Gegenstandslosigkeit und damit Unwirksamkeit des Widerspruchsbescheids führt. Ob der Widerspruchsbescheid von der Widerspruchsbehörde noch zurückgenommen werden kann, ist sehr umstritten (verneinend die wohl h.M., BVerwGE 39, 126; 100, 105: Die Sachkompetenz der Widerspruchsbehörde ende mit dem Erlass des Widerspruchsbescheids; a.A. z.B. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rz. 151: Möglich bis zur Bestandskraft des Widerspruchsbescheids).

### **Vertiefungshinweise:**

Zu den Auswirkungen der Rechtswidrigkeit des Widerspruchsbescheids auf den Ausgangsbescheid: *OVG Bautzen*, RA 2002, 388 = NVwZ-RR 2002, 409

Zur "Reformatio in peius" im Widerspruchsbescheid: *VGH Mannheim*, RA 2001, 456 = VBIBW 2001, 313

### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Der teure Wachhund"

### **Leitsätze:**

**1. Die Ausgangsbehörde ist zu einer isolierten Rücknahme des Widerspruchsbescheids nicht befugt.**

**2. Die Ausgangsbehörde kann nach § 48 Abs. 1 VwVfG die Sachentscheidung zurücknehmen, die durch den Ausgangsbescheid in der Fassung des hierzu ergangenen Widerspruchsbescheids gebildet wird. Kann sie keine neuen tatsächlichen oder rechtlichen Erkenntnisse für eine solche Rücknahme anführen, ist diese jedenfalls ermessenswidrig.**

### **Sachverhalt:**

In der vermögensrechtlichen Streitigkeit hatte das Landratsamt unter Aufrechterhaltung seines Ausgangsbescheids den Widerspruchsbescheid, welcher den Ausgangsbescheid abänderte, zurückgenommen. Die Beigeladenen rügen mit ihrer Revision die Verletzung von Bundesrecht durch die Vorinstanz, in der das Verwaltungsgericht diese Rücknahme als rechtmäßig angesehen hatte. Die Revision hatte Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Die Revision der Beigeladenen zu 1 und zu 2 ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht. [...] Die weitere Annahme des Verwaltungs-

gerichts, das Landratsamt D. habe den Widerspruchsbescheid jedenfalls rechtmäßig zurückgenommen, ist mit § 1 des Vorläufigen Verwaltungsverfahrensgesetzes für den Freistaat Sachsen (SächsVwVfG) vom 21.1.1993 (GVBl. S. 74) i.V.m. § 48 VwVfG nicht vereinbar. [...]

### *I. Isolierte Aufhebung des Widerspruchsbescheids durch die Ausgangsbehörde unzulässig*

Ebenfalls rechtsirrig ist die Auffassung des Verwaltungsgerichts, die auf § 48 VwVfG (hier: i.V.m. § 1 SächsVwVfG) gestützte Rücknahme des Widerspruchsbescheids durch den Änderungsbescheid des Landratsamts D. vom 20.9. 1995 sei rechtmäßig erfolgt. Dies ist schon deshalb nicht der Fall, weil das Landratsamt sich darauf beschränkt hat, nur den Widerspruchsbescheid des Beklagten zurückzunehmen. Der Abänderungsbescheid stellt in seiner Nummer 3 ausdrücklich fest, der Ausgangsbescheid vom 22. 10. 1992 werde von der Aufhebung nicht betroffen. Er schließt mit dem Hinweis, infolge der Aufhebung des Widerspruchsbescheids habe die Widerspruchsbehörde über den Widerspruch der Beigeladenen zu 1 und zu 2 gegen den Ausgangsbescheid vom 22. 10. 1992 erneut zu entscheiden. Zu einer solchen isolierten Aufhebung nur des Widerspruchsbescheids ist die Ausgangsbehörde nicht befugt.

### *1. Doppelfunktion des Widerspruchsbescheids*

Der Widerspruchsbescheid hat eine doppelte Funktion. Zum einen schließt er das Rechtsbehelfsverfahren ab. Als verfahrensbeendende Entscheidung über den Widerspruch verbraucht er diesen Rechtsbehelf. Er beseitigt den Suspensiveffekt, der mit dem Widerspruch verbunden war, trifft eine eigenständige Entscheidung über die Kosten des Widerspruchsverfahrens und eröffnet den Weg zum Verwaltungsgericht. Zum anderen enthält der Widerspruchsbescheid eine Sachentscheidung über den Regelungsgegenstand des Ausgangsbescheids. Der Widerspruchsbescheid bestätigt oder ändert diese Regelung. Ändert der Widerspruchsbescheid den Ausgangsbescheid, bilden beide Bescheide zusammen die einheitliche Sachentscheidung über den Verfahrensgegenstand. § 79 Abs. 1 Nr. 1 VwGO drückt dies dahin aus, dass der ursprüngliche Verwaltungsakt seine Gestalt durch den Widerspruchsbescheid findet.

### *2. Verfahrensbeendende Funktion steht nicht zur Disposition der Ausgangsbehörde*

In seiner Funktion als verfahrensabschließende Entscheidung steht der Widerspruchsbescheid nicht zur Disposition der Ausgangsbehörde. Für die Beendi-

gung des Widerspruchsverfahrens durch Erlass eines Widerspruchsbescheids ist allein die Widerspruchsbehörde zuständig. Diese Zuständigkeit kann nicht mit Abschluss des Widerspruchsverfahrens auf die Ausgangsbehörde übergehen. Sie kann nicht das abgeschlossene Widerspruchsverfahren wieder eröffnen, indem sie isoliert den Widerspruchsbescheid zurücknimmt.

### *II. Keine Umdeutung in Rücknahme (auch) des Ausgangsbescheids möglich*

Der als Rücknahme nur des Widerspruchsbescheids rechtswidrige Abänderungsbescheid lässt sich nicht gemäß § 1 SächsVwVfG i.V.m. § 47 VwVfG in einen Bescheid umdeuten, durch den der Bescheid des Landratsamtes vom 22.10.1992 in der Fassung des Widerspruchsbescheids des Beklagten vom 2.5.1994 gemäß § 1 SächsVwVfG i.V.m. § 48 VwVfG zurückgenommen wird. Der Senat kann offen lassen, ob eine solche Umdeutung schon an der Andersartigkeit der Rechtsfolgen scheitert (§ 47 Abs. 2 Satz 1 VwVfG). Eine Umdeutung ist jedenfalls deshalb nicht möglich, weil auch eine Rücknahme des Ausgangsbescheids vom 22.10.1992 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 2.5.1994 rechtswidrig wäre (§ 47 Abs. 1 VwVfG).

### *1. Befugnis zur Rücknahme des Ausgangsbescheids zu bejahen*

Die Ausgangsbehörde kann allerdings grundsätzlich nach § 48 Abs. 1 VwVfG die Sachentscheidung zurücknehmen, die durch den Ausgangsbescheid in der Fassung des hierzu ergangenen Widerspruchsbescheids gebildet wird. Die Ausgangsbehörde ist für den Erlass der Sachentscheidung zuständig und damit auch für deren Rücknahme. Daran ändert sich nichts, wenn die Sachentscheidung Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens und eines Widerspruchsbescheids war, unabhängig davon, ob der Widerspruchsbescheid die schon von der Ausgangsbehörde getroffene Sachentscheidung bestätigt oder ob erst der Widerspruchsbescheid der Sachentscheidung der Ausgangsbehörde die maßgebliche Gestalt gibt. Auch der Ausgangsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids wird der Ausgangsbehörde zugerechnet. Ihre Zuständigkeit ist nur für die Dauer des Widerspruchsverfahrens durch die Zuständigkeit (auch) der Widerspruchsbehörde überlagert. Mit dem Abschluss des Widerspruchsverfahrens, also spätestens mit Ablauf der Rechtsmittelfrist, ist wieder allein die Ausgangsbehörde für die Sachentscheidung und damit auch für deren Rücknahme zuständig.

## 2. Rücknahmevoraussetzungen lagen nicht vor

Das Landratsamt durfte aber den eigenen Ausgangsbescheid in der Fassung des Widerspruchsbescheids nicht zurücknehmen, weil es über keine neuen tatsächlichen oder rechtlichen Erkenntnisse für eine solche Rücknahme verfügte. In einem solchen Fall ist die Rücknahme stets ermessenswidrig; angesichts dessen kann offen bleiben, ob unter dieser Voraussetzung nicht schon die Befugnis der Ausgangsbehörde zur Rücknahme fehlt.

Die Ermächtigung zur Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsentscheidungen ist der Ausgangsbehörde nicht zu dem Zweck eingeräumt, die von der Widerspruchsbehörde als rechtswidrig beanstandete Rechtsauffassung nachträglich doch noch durchzusetzen. Im Verhältnis der Ausgangsbehörde zur Widerspruchsbehörde bestimmt die Widerspruchsbehörde, wie über den Restitutionsantrag zu entscheiden ist. Können keine neuen, bisher nicht berücksichtigten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkte angeführt werden, hat es aus Gründen der Rechtssicher-

heit, aber auch des Vertrauensschutzes begünstigter Dritter mit dieser Entscheidung sein Bewenden.

Das Landratsamt D. hat die Aufhebung des Widerspruchsbescheids nicht auf neue tatsächliche oder rechtliche Erkenntnisse gestützt. Solche Erkenntnisse ergaben sich namentlich nicht aus der Stellungnahme des Bundesamtes zur Regelung offener Vermögensfragen. Das Bundesamt hatte ohne Kenntnis der Akten und ohne abschließende Prüfung des Sachverhalts — wie in der Stellungnahme ausdrücklich hervorgehoben ist — bloße Hinweise zur Beurteilung des Falles gegeben, die nicht über das hinausgingen, was im Ausgangsbescheid des Landratsamtes und in dem zugehörigen Widerspruchsbescheid des Beklagten erörtert war. Das Landratsamt hat den eigenen Ausgangsbescheid in der nunmehr maßgeblichen Fassung des Widerspruchsbescheids allein aus den Gründen als rechtswidrig beurteilt, die es bereits in seinem Ausgangsbescheid angeführt und die der Beklagte in dem maßgeblichen Widerspruchsbescheid nicht geteilt hatte.

## Standort: VerwR AT

## Problem: Verfassungsmäßigkeit des Beurteilungsspielraums

BVERFG, BESCHLUSS VOM 29. 5. 2002

2 BVR 723/99 (DVBL 2002, 1203)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte vorliegend darüber zu entscheiden, in welchem Umfang die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG die gerichtliche Überprüfbarkeit von dienstlichen Beurteilungen eines Beamten umfasst. Das Gericht segnet dabei die St.Rspr. der Verwaltungsgerichte ab, wonach insoweit ein Beurteilungsspielraum des Dienstvorgesetzten bestehe, der gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sei.

Das BVerfG verneint daher eine Grundrechtsverletzung eines Beamten, der seine Dienststelle zu einer besseren Beurteilung seiner Leistungen verpflichten lassen wollte, wenn die angegriffene Beurteilung frei von Beurteilungsfehlern war. Etwas anderes ergebe sich insbes. nicht aus der Entscheidung des BVerfG zu Prüfungsbewertungen (s. Vertiefungshinweise), wo eine "Vertretbarkeitskontrolle" als Beurteilungsmaßstab eingeführt wurde. Zwar lässt das BVerfG eine Übertragbarkeit des Vertretbarkeitsmaßstabs auf beamtenrechtliche Beurteilungen offen; das BVerfG hatte dies jedoch in der Ausgangsentscheidung zu echt abgelehnt, da die Ausgangslage insoweit nicht vergleichbar sei. Während man die Lösung einer Prü-

fungsaufgabe durch einen Kandidaten anhand von Fachliteratur usw. auf ihre "Vertretbarkeit" hin überprüfen könne, fehle es für die Leistung eines Beamten an entsprechenden objektiven Wertungsmaßstäben.

### Prüfungsrelevanz:

Bei unbestimmten Rechtsbegriffen - hier die "Bewährung" bzw. "Beförderungseignung" des Klägers - stellt sich die Frage, ob und inwieweit diese gerichtlich überprüfbar sind. Während die in der Literatur vertretene "Lehre vom Beurteilungsspielraum" der Verwaltung bei *jedem* unbestimmten Rechtsbegriff einen Beurteilungsspielraum zubilligt, der analog der Ermessensentscheidung nur auf Beurteilungsfehler überprüfbar sei, lehnt die h. M. grundsätzlich einen eigenen Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene ab. Begründet wird dies mit der Kontrollfunktion der Gerichte, welche die Verwaltung bei Bejahung eines Beurteilungsspielraums nicht mehr effektiv kontrollieren könnten (Art. 19 IV GG), sowie damit, dass eine § 114 VwGO entsprechende Norm für Tatbestandsmerkmale gerade nicht existiere. Allerdings bejaht auch die h. M. in bestimmten Fallgruppen einen nur auf "Beurteilungsfehler" hin überprüfbaren Beurteilungsspielraum der Verwaltung. Neben den hier einschlägigen beamtenrechtlichen Beurteilungen seien Prüfungsentscheidungen, Entscheidungen paritätisch

besetzter Gremien sowie Prognoseentscheidungen genannt. Diese Fallgruppen haben gemeinsam, dass die Behörde grundsätzlich eine sachnähere und/oder ausgewogenere Entscheidung zu treffen in der Lage ist als das Gericht. Liegt eine solche Fallgruppe vor, darf in der Klausur, die eine gerichtliche Entscheidung zu begutachten hat, nicht einfach unter das Tatbestandsmerkmal subsumiert werden. Vielmehr ist darzustellen, dass vorliegend ein Beurteilungsspielraum existiert, der nur auf Beurteilungsfehler hin überprüfbar ist. Lediglich diese sind dann zu prüfen. Ein Beurteilungsfehler liegt vor, wenn die Verwaltung den anzuwendenden Begriff oder den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet, sachfremde Erwägungen angestellt oder gegen Verfahrensvorschriften verstoßen hat. Bei der Subsumtion selbst - dies ist gerade die "Beurteilung", bezüglich derer das Gericht an die Behördenentscheidung gebunden ist - findet (nur, aber immerhin) eine Evidenzkontrolle statt.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Beurteilungsspielraum: *OVG NW*, RA 1999, 306 = *NWVBl* 1999, 188; *VG Lüneburg*, RA 2000, 645 = *NdsVBl* 2000, 251; *Maurer*, *Allg. VerwR*, § 7 Rz. 31 ff.
- Entscheidung des BVerfG zu Prüfungsbewertungen: *BVerfGE* 84, 34

#### **Kursprogramm:**

- Assessorkurs*: "Das Prüfungsgespräch"

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

**Die eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte dienstlicher Beurteilungen von Beamten ist verfassungsgemäß.**

#### **Sachverhalt:**

Der Bf. ist zuletzt am 1.2.1993 im Alter von 37 Jahren zum Oberregierungsrat befördert worden. Zum Stichtag 30.9.1993 erfolgte seine Regelbeurteilung, die mit der Gesamtwertung "entspricht den Anforderungen" (= "e.d.A.") abschloss. Trotz verschiedener Einwendungen des Bf. lehnte es der bekl. Dienstherr mit Bescheid vom 2.2.1994 ab, die Regelbeurteilung in »tritt hervor« abzuändern, u.a. mit dem Hinweis, acht Monate nach seiner Beförderung zum Oberregierungsrat habe er sich im Vergleich zu anderen Beamten noch nicht in einem solchen Maße qualifiziert, dass er be-

reits mit der nächst höheren Stufe und damit geeignet für die Beförderung zum Regierungsdirektor hätte beurteilt werden können. Der Präsident der OFD fügte hinzu: "Die Zusammenarbeit mit ihm im Beurteilungszeitraum war auch in anderen Punkten nicht immer beanstandungsfrei." Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens forderte der Bf. vergeblich eine Konkretisierung des zuletzt genannten Satzes und die Abänderung der Beurteilung.

Das VG verpflichtete den bekl. Dienstherrn, unter Aufhebung des Bescheides vom 2.2.1994 und des Widerspruchsbescheides vom 5.12.1994, über den Antrag des Bf. auf Abänderung der dienstlichen Beurteilung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Die fehlende Erläuterung der pauschalen Bewertung: »Die Zusammenarbeit mit ihm im Beurteilungszeitraum war auch in anderen Punkten nicht immer beanstandungsfrei« sah das VG als wesentlichen Mangel des Beurteilungsverfahrens an. Den Hauptantrag des Bf., den bekl. Dienstherrn zu verpflichten, die dienstliche Beurteilung vom 3.12.1993 durch eine Beurteilung mit der Gesamtwertung "tritt hervor" zu ersetzen, wies das VG ab. Die dienstliche Beurteilung sei ein Akt wertender Erkenntnis, für den dem Beurteiler ein Beurteilungsspielraum eingeräumt sei. Dafür, dass ausnahmsweise der Beurteilungsspielraum auf Null reduziert und dem Bf. die von ihm gewünschte Gesamtwertung "tritt hervor" zu erteilen sei, spreche nichts. Den Antrag des Bf. auf Zulassung der Berufung lehnte der VGH ab. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen.

#### **Aus den Gründen:**

Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG für die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung liegen nicht vor (vgl. *BVerfGE* 90, 22).

#### **A. Verfassungsmäßigkeit des Beurteilungsspielraums**

Die Verfassungsbeschwerde spricht zwar mit der Forderung, die Kontrolldichte bei dienstlichen Beurteilungen sei zu verstärken, eine verfassungsrechtliche Frage von über den Einzelfall hinaus weisender Bedeutung an. Diese lässt sich jedoch anhand der bisherigen Rspr. des BVerfG beantworten.

#### **I. Stand der verwaltungsgerichtlichen Rspr.**

Dienstliche Beurteilungen von Beamten sind nach der st.Rspr. der Verwaltungsgerichte nur beschränkt überprüfbar. Die verwaltungsgerichtliche Rechtmäßigkeitskontrolle hat sich nur darauf zu erstrecken, ob die Verwaltung gegen Verfahrensvorschriften verstoßen,



anzuwendende Begriffe oder den rechtlichen Rahmen, in dem sie sich frei bewegen kann, verkannt hat oder ob sie von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeine Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (vgl. BVerwGE 60, 245 m.w.N.).

Auch nach Ergehen der Entscheidung des BVerfG zur Kontrolldichte bei berufsbezogenen Prüfungen (BVerfGE 84, 34) hat das BVerwG an seinem Standpunkt festgehalten und eine Übernahme der Rspr. des BVerfG zur weiter gehenden Kontrolle bei berufsbezogenen Prüfungen auf die gerichtliche Kontrolle von dienstlichen Beurteilungen unter Hinweis auf die Andersartigkeit des Kontrollgegenstandes grundsätzlich abgelehnt (vgl. dazu BVerwG, DVBl 1993, 956; BVerwGE 97, 128).

## II. Verfassungsrechtliche Überprüfung

Dies hält einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand.

### 1. Verbleibende Kontrolldichte

Auch im Rahmen der eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle erstreckt sich diese voll auf den Sachverhalt, soweit Einzelvorkommnisse in der dienstlichen Beurteilung konkret benannt werden (vgl. BVerwGE 97, 128, 129 und schon BVerwGE 60, 245, 246). Wird die Beurteilung auf allgemein gehaltene Tatsachenbehauptungen oder auf allgemeine oder pauschal formulierte Werturteile gestützt, hat der Dienstherr diese auf Verlangen des Beamten im Beurteilungsverfahren zu konkretisieren bzw. plausibel zu machen (so BVerwGE 60, 245, 251 m.w.N.). Im nachfolgenden Verwaltungsgerichtsprozess kann das Gericht auch insoweit voll kontrollieren, ob der Dienstherr von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist (so z.B. BVerwGE 21, 127, 130; 97, 128, 129; BVerwG, ZBR 2000, 303, 304). Soweit eine dienstliche Beurteilung auf reine Werturteile gestützt wird, kann das VG jedoch nicht die Darlegung und den Nachweis der einzelnen "Tatsachen" verlangen, die dem Werturteil untrennbar miteinander verschmolzen zugrunde liegen; diese Werturteile selbst sind einer beweismäßigen Prüfung nicht zugänglich (BVerwGE 60, 245, 249 f.). Insoweit eröffnet Art. 23 Abs. 2 GG [sic! Gemeint ist offenbar: Art. 33 II GG; Anm. der Red.] selbst mit den Begriffen "Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" einen Beurteilungsspielraum des Dienstherrn, der nur eingeschränkter Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte unterliegt. Für dienstliche Beurteilungen mit Prognosecharakter besteht schon von Verfassungs wegen nur eine begrenzte verwaltungsgerichtliche Kontrollbefugnis (vgl. BVerfGE 39, 334, 354).

### 2. Effektiver Rechtsschutz noch gewährleistet

Art. 19 Abs. 4 GG begründet zwar für jeden Bürger den Anspruch auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 382, 401). Daraus folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen. Andererseits können unbestimmte Gesetzesbegriffe wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung so schwierig sein, dass die gerichtliche Kontrolle an die Funktionsgrenzen der Rspr. stößt (vgl. BVerfGE 84, 34, 50). Der Behörde kann in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein begrenzter Entscheidungsfreiraum zuzubilligen sein (vgl. BVerfGE 54, 173, 197; 61, 82, 114; 83, 130, 148).

Die gegenwärtige, allgemeine Verwaltungspraxis im Beurteilungswesen (Bekanntgabe der Beurteilung; Besprechung derselben; Möglichkeit, Änderungen oder Konkretisierungen von pauschalen Tatsachen und zu pauschalen Werturteilen zu verlangen sowie das Widerspruchsverfahren) gewährleistet generell ausreichenden Grundrechtsschutz im Verfahren (vgl. dazu BVerwGE 60, 245, 251 f.; Schnellenbach, Die dienstliche Beurteilung der Beamten und der Richter, 3. Aufl., Rdnr. 319 ff., 325 ff., 330 ff.; Schröder/Lemhöfer/Krafft, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, 2001, § 41 Rdnr. 34 f.).

### 3. Übertragbarkeit der Vertretbarkeitskontrolle bei Prüfungsentscheidungen offen gelassen

Soweit der Bf. aus dem Prüfungsentscheidungen betreffenden Beschluss in BVerfGE 84, 34 ff. die Forderung nach verstärkter gerichtlicher Kontrolle auch von dienstlichen Beurteilungen ableiten will, ergibt sich auch hieraus keine entscheidungserhebliche Frage von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung. Ob der in dieser Entscheidung aufgestellte Grundsatz, wonach fachliche Meinungsverschiedenheiten zwischen Prüfer und Prüfling der gerichtlichen Kontrolle nicht generell entzogen werden dürfen (a.a.O., S. 34 f.), überhaupt auf dienstliche Beurteilungen übertragen werden kann, kann offen bleiben, weil die Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht erkennen lässt, inwiefern die Entscheidung von der Beantwortung dieser Frage abhängt und auch im Übrigen keinen grundrechtlich erheblichen Fehler in den angegriffenen Entscheidungen aufzeigt.

### B. Faires Verfahren: Rechtzeitige Beurteilung

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch nicht zur Durchsetzung der vom Bf. als verletzt gerüg-

ten Verfassungsrechte angezeigt (§ 93a Abs. 2 Buchst. b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22, 25 f.).

Der Bf. macht unter Berufung auf den Grundsatz des fairen Verfahrens geltend, das VG hätte die Beurteilung (Gesamtnotenbildung) selbst vornehmen müssen, weil der Dienstherr dem Konkretisierungsverlangen nicht in angemessener Zeit bzw. bis zur mündlichen Verhandlung nachgekommen und nach fünf Jahren ohnehin kaum mehr in der Lage gewesen sei, die pauschalen Vorwürfe noch zu konkretisieren. Hierfür ist aber der genannte Grundsatz, wonach der Richter u.a. nicht aus ihm zuzurechnenden Verfahrensversäumnissen Verfahrensnachteile für den dadurch Betroffenen ableiten darf (vgl. BVerfGE 78, 123, 126), nicht einschlägig.

### *C. Keine Reduzierung des Beurteilungsspielraums auf null*

Die Annahme des VG und des VGH, dass im Fall des

Bf. eine Reduzierung des Beurteilungsspielraums auf Null nicht vorliege, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Angesichts der eingeschränkten Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung dienstlicher Beurteilungen kommt eine Abänderung der Gesamtbewertung durch ein Gericht im Wege eines Verpflichtungsurteils (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO) — wenn überhaupt — nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Die hierfür erforderliche Spruchreife wurde von den angegriffenen Entscheidungen nachvollziehbar abgelehnt. Insbesondere haben die Gerichte aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens ohne Verfassungsverstoß den Schluss gezogen, dass es sich bei dem Vorbringen des Bf., seine Beurteilung vom 30.9.1993 als erst acht Monate zuvor beförderter Oberregierungsrat habe sich unbestrittenermaßen bereits am oberen Rand der Bandbreite einer Gesamtbewertung mit “e.d.A.” bewegt, um eine “Selbsteinschätzung” handele, die in den Bescheiden des Dienstherrn keine Stütze finde.

## **Standort: Polizei- und Ordnungsrecht**

## **Problem: Kostenlast bei Anscheinsgefahr**

OVG BERLIN, BESCHLUSS VOM 28.11.2001  
1 N 45/00 (NVWZ-RR 2002, 623)

### **Problemdarstellung:**

In der vorliegenden Entscheidung ging es um die Frage, ob und in welchen Fällen der Verdachts- bzw. Anscheinsstörer auf Erstattung der für eine Gefahrenabwehrmaßnahme angefallenen Kosten in Anspruch genommen werden kann. Das OVG bejaht dies mit der h.M. (nur) für die Fälle, in denen der Verdachts- oder Anscheinsstörer den Verdacht oder Anschein selbst gesetzt hat, d.h. er die Umstände zurechenbar selbst verursacht hat, die aus objektiver ex-ante-Sicht die Annahme einer Gefahr rechtfertigten. Es folgt damit der Entscheidung der Vorinstanz.

Grundsätzlich sieht das Polizei- und Ordnungsrecht der Länder eine Akzessorietät zwischen Ordnungspflicht und Kostenlast vor. Wer stört, muss auch die Kosten der Störungsbeseitigung tragen (vgl. z.B. § 77 I VwVG NW: “...werden *vom Pflichtigen* Kosten erhoben.”). Einen Sonderfall nehmen insoweit jedoch Anscheins- oder Verdachtsstörer ein. Diese Besonderheit beruht letztlich darauf, dass bei der Anscheinsgefahr und beim Gefahrenverdacht zwar aus objektiver ex-ante-Sicht, auf die es auf der sog. “Primärebene” - also der Frage nach der Rechtmäßigkeit der Gefahrenabwehrmaßnahme selbst - allein ankommt, eine “Gefahr” im polizei- und ordnungs-

rechtlichen Sinne bejahen ließ, während sich im nachhinein herausstellte, dass tatsächlich keine Gefahr gegeben war. Hält man letzteres auf Primärebene für irrelevant, so stellt sich doch die Frage, ob dieser Umstand nicht wenigstens auf “Sekundärebene” - d.h. bei der Frage nach der Kostenerstattung - berücksichtigt werden muss. Obwohl gesetzlich nicht vorgesehen, bejaht dies die h.M. mit der Überlegung, dass zumindest dann, wenn der vermeindliche Störer den Anschein bzw. den Verdacht nicht selbst hervorgerufen hat, er eher einem in Anspruch genommenen Nichtstörer gleichsteht als einem “Pflichtigen” i.S.d. Kostenrechts. Der Nichtstörer wäre aber nicht nur nicht zur Kostenerstattung verpflichtet; er hätte sogar Ausgleichsansprüche für die Kosten, die ihm infolge seiner Inanspruchnahme entstanden sind (vgl. z.B. § 39 I a OBW NW). Alles andere wäre im Lichte der Art. 14, 2 I GG i.V.m. dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch verfassungswidrig. Daher gebiete es eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften über die Kostenlast, diese insoweit einzuschränken, als Verdachts- und Anscheinsstörer nicht haften, wenn sie den Verdacht bzw. Anschein nicht selbst verursacht haben.

### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung spielt im Polizei- und Ordnungsrecht, der examensrelevantesten Materie überhaupt.

Für ihr Verständnis ist es wichtig, die besonderen Gefahrbegriffe zu kennen, denen gemeinsam ist, dass die handelnde Behörde vor Ort ("ex-ante-Sicht") eine Gefahr angenommen hat, sich im Nachhinein ("ex-post-Sicht") aber herausgestellt hat, dass keine Gefahr vorlag. In diesem Fall spricht man von

- "Anscheinsgefahr", wenn ex ante die hinreichende *Wahrscheinlichkeit* eines Schadenseintritts auch von einem objektiven Beobachter bejaht worden wäre,
- "Gefahrenverdacht", wenn ex ante zwar nicht die hinreichende Wahrscheinlichkeit, immerhin aber noch die *Möglichkeit* eines Schadenseintritts auch von einem objektiven Beobachter bejaht worden wäre,
- "Scheingefahr" oder "Putativgefahr", wenn ex ante weder die hinreichende Wahrscheinlichkeit noch auch nur die Möglichkeit eines Schadenseintritts von einem objektiven Beobachter bejaht worden wäre, sich also der Handelnde *irrig* eine Gefahr vorgestellt hat.

Zu den Folgen einer Anscheinsgefahr bzw. eines Gefahrenverdachts auf Sekundärebene sollte man sich unbedingt diese Entscheidung einprägen. Die besonderen Gefahrbegriffe ziehen aber auch schon auf Primärebene unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich:

- *Im Tatbestand*: Da es aus Gründen der Effektivität der Gefahrenabwehr für das Vorliegen einer "Gefahr" auf die ex-ante-Sicht ankommt, schadet es grds. nicht, wenn sich ex-post die Ungefährlichkeit der Situation herausstellt. Daher ist bei Anscheinsgefahr und Gefahrenverdacht durchaus eine "Gefahr" im Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage bejaht werden, bei der irrigen Annahme einer Scheingefahr hingegen nicht. Bei letzterer ist das Einschreiten also schon mangels Tatbestandsmäßigkeit rechtswidrig.
- *In der Rechtsfolge*: Während es bei der Anscheinsgefahr hier keine besonderen Einschränkungen gibt, zieht ein "Weniger" an Tatbestandsmäßigkeit beim Gefahrenverdacht (nur "Möglichkeit" statt "Wahrscheinlichkeit" einer Gefahrenlage, s.o.) aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch ein "Weniger" an Eingriffskompetenz nach sich. Angemessen sind beim Gefahrenverdacht daher nur sogen. "Gefahrerforschungseingriffe" (z.B.: Entnahme von Bodenproben) und Maßnahmen zur Gefahrunterbrechung (z.B. Errichtung eines Schutzwalls gegen auslaufendes Öl).

#### Vertiefungshinweise:

- Zu den besonderen Gefahrbegriffen: *BVerwGE* 39, 190; *OVG NRW*, NWVBl 1996, 340; *Erichsen*, Jura 1995, 219;
- Zur Kostenlast von Verdachts- und Anscheinsstörungen: *BGH*, DVBl 1992, 1158; *NJW* 1994, 2355; *OVG NRW*, RA 2001, 65 = NWVBl 2001, 142; *OVG Ham-*

*burg*, DVBl 1986, 734; *Schoch*, JuS 1995, 504; *Seibert*, DVBl 1992, 664

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die Hormonkälber"
- Examenskurs: "Der Großbrand"

#### Leitsatz (der Redaktion):

**Stellt sich nach einer polizeilichen Maßnahme heraus, dass nur der Anschein oder der Verdacht einer Gefahrenlage gegeben war, ohne dass tatsächlich eine solche bestand, können der vermeintlicher Störer und der durch die Maßnahme Begünstigte nur dann auf Kostenerstattung in Anspruch genommen werden, wenn sie die den Anschein oder den Verdacht hervorrufenden Umstände selbst geschaffen haben.**

#### Sachverhalt:

Am Abend des 11.8.1997 erhielt die Polizei einen anonymen telefonischen Hinweis, dass die Kl. Suizidabsichten geäußert habe. Als auf Klingeln und Klopfen der Beamten an der Wohnungstür keine Reaktion erfolgte, veranlassten diese die gewaltsame Türöffnung durch die Feuerwehr. In der Wohnung wurde niemand angetroffen. Die Kl. hatte ihre Wohnung nämlich bereits gegen 16 Uhr verlassen und sich zur stationären Behandlung in das nahe gelegene Krankenhaus begeben. Da die Wohnung durch die Beschädigung des Türschlosses bei der gewaltsamen Öffnung nicht mehr verschlossen werden konnte, ließen die Beamten durch ein privates Unternehmen eine provisorische Türsicherung in Gestalt einer Panzerfalle mit Vorhängeschloss anbringen. Die Kosten hierfür betrugen 250,01 DM. Durch Bescheid vom 2.10. 1997 forderte der Polizeipräsident in Berlin von der Kl. den Ersatz seiner Auslagen für die Türsicherung sowie die Zahlung einer Gebühr von 48 DM für Maßnahmen der Eigentumssicherung nach vermutetem Unglücksfall. Den Widerspruch der Kl. mit dem sie geltend machte, eine Gefahr für Leib oder Leben habe zur Zeit des polizeilichen Einschreitens nicht vorgelegen, wies die Senatsverwaltung für Inneres durch Widerspruchsbescheid vom 16. 4. 1998 mit der Begründung zurück, dass die Polizeibeamten dem nach den ihnen bekannten Umständen begründeten Verdacht eines Unglücksfalls hätten nachgehen müssen. Der daraufhin erhobenen Klage gab das VG statt. Das OVG hat die Berufung nicht zugelassen.

#### Aus den Gründen:

Der Antrag auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Die vom Bkl. geltend gemachten Zulassungs-

gründe liegen nicht vor. Das angefochtene Urteil begegnet weder ernstlichen Zweifeln an seiner Richtigkeit (§ 124 II Nr. 1 VwGO), noch hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung (§ 124 II Nr. 3 VwGO).

### *I. Rechtsansicht der Behörde: Einheitlichkeit von Ordnungspflicht und Kostenlast*

Der Bkl. trägt zur Begründung ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils im Wesentlichen vor, das VG habe zu Unrecht unterschiedliche Maßstäbe im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der polizeilichen Maßnahme und die Rechtmäßigkeit der Kostenforderung für die durch die Maßnahme erforderlich gewordenen Türsicherung angewendet. Der nach §§ 13 und 14 BerlASOG Verantwortliche dürfe nicht auf der Ebene der Gefahrenabwehr und der Ebene der Kostenerstattung nach unterschiedlichen Maßstäben ermittelt werden. Denn sowohl für § 15 I als auch für § 15 II BerlASOG bedürfe es gleichermaßen einer Bestimmung des nach §§ 13, 14 BerlASOG Verantwortlichen. Die Haftung des Verantwortlichen sei nach § 15 III BerlASOG akzessorisch zu seiner Verantwortlichkeit für die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. Auch bei einer nur irrtümlich angenommenen Gefahr sei für die Kosten der unmittelbaren Ausführung einer Maßnahme derjenige verantwortlich, der aus ex-ante-Sicht die Anscheinsgefahr hervorgerufen habe. Das VG sei dagegen bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme der Gefahrenabwehr nicht auf die Frage eingegangen, wer der Verantwortliche der vermeintlichen Gefahr gewesen sei, sondern habe diesen lediglich für die Frage der Kostenerstattung ermittelt. Richtigerweise habe es aber bereits bei der Prüfung der Maßnahme zur Gefahrenabwehr feststellen müssen, dass die Kl. die Verantwortliche nach §§ 13, 14 BerlASOG gewesen sei. Denn sie habe durch ihre Suizidabsichten den anonymen telefonischen Hinweis verursacht, der die Polizei zum Einschreiten gezwungen habe. Durch den abweichenden Maßstab zur Beurteilung der Verantwortlichkeit auf der Ebene der Kostenerstattung werde die Effektivität der Gefahrenabwehr beeinträchtigt.

### *II. Ansicht des OVG*

#### *1. Trennung zwischen Primär- und Sekundärebene*

Damit werden keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils aufgezeigt. Die vom Bkl. umschriebene Akzessorität der Haftung des Verantwortlichen für die Kosten einer Polizeimaßnahme zu seiner Verantwortung für die Maßnahme selbst, besteht nicht bei Maßnahmen der Gefahrerfor-

schung oder zur Abwehr einer Anscheinsgefahr.

Bei Maßnahmen zur Abwehr einer tatsächlich bestehenden Gefahr hat die polizeirechtliche Verantwortlichkeit einer Person nach § 13 oder § 14 BerlASOG zwar regelmäßig zur Folge, dass dem Verantwortlichen auch die Kosten der Vollstreckung auferlegt werden können. Bestand jedoch nur ein Gefahrverdacht, der sich bei späterer, rückwirkender Betrachtung als nicht begründet erweist, kann dies ebenso wenig gelten wie beim Vorliegen einer bloßen Anscheinsgefahr. Der in Verdacht geratene vermeintliche Störer oder der durch die Maßnahme Begünstigte kann nur dann für die Kosten in Anspruch genommen werden, wenn sich nachträglich herausstellt, dass er den Anschein einer Gefahr oder die den Gefahrverdacht begründenden Umstände hervorgerufen oder verursacht hat (vgl. OVG Hamburg, NJW 1986, 2005 [2006]).

#### *2. Keine Pflicht zur Störerermittlung auf Primärebene bei Kosten der Gefahrerforschung*

Zudem übersieht der Bkl., dass für das VG im vorliegenden Verfahren auch kein Anlass zu der Prüfung bestand, wer der Verantwortliche für die vermutete Gefahr, der durch das Öffnen der Wohnungstür begegnet werden sollte, gewesen ist, da Streitgegenstand nicht ein Bescheid wegen der Kosten der Türöffnung, sondern ein solcher wegen der Kosten der Türsicherung nach dem gewaltsamen Öffnen der Wohnungstür ist. Die Türöffnung als Maßnahme zur Aufklärung des gegebenen Gefahrverdachts war — wie das VG zutreffend ausgeführt hat — rechtmäßig. Dies setzt nicht voraus, dass ein Verantwortlicher für die Gefahr, die durch die polizeiliche Maßnahme abgewehrt werden sollte, festgestellt worden ist. Maßnahmen zur Gefahrerforschung sind häufig nicht gegen einen bestimmten Adressaten gerichtet, weil durch sie gerade erst ermittelt werden soll, ob tatsächlich eine Gefahr besteht und wer ggf. dafür verantwortlich ist.

#### *3. Veranlasserprinzip bei Kostenlast*

Im Hinblick auf die Kostentragungspflicht für die Folgekosten der Türsicherung ist das VG zutreffend davon ausgegangen, dass derjenige für die Kosten verantwortlich ist, der den Anschein einer Gefahr hervorgerufen oder verursacht hat. Das VG hat dies für die Kl. verneint, weil der anonyme Anrufer nicht zur Verfügung stand, so dass nicht geklärt werden konnte, ob die Kl. diesem gegenüber von Selbstmordabsichten gesprochen hatte. Das VG hat auch nicht festgestellt, dass bei der Kl. tatsächlich eine akute Selbstmordgefahr bestand, so dass die Frage dahinge-

stellt bleiben kann, ob dies ausgereicht hätte, um ihre Verantwortlichkeit für die Folgekosten der Türöffnung zu bejahen. Denn das OVG hat bei der Beurteilung der Frage, ob ernstliche Zweifel an der Rich-

tigkeit der angefochtenen Entscheidung bestehen, den vom VG festgestellten Sachverhalt zu Grunde zu legen (vgl. OVG Berlin, NVwZ 1998, 1093). [...]

## Standort: Baurecht

## Problem: Vereinfachtes Genehmigungsverfahren

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 27.12.2001

26 ZB 00.2890 (BAYVBL 2002, 499)

### Problemdarstellung:

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten ein Nachbar gegen eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung hat. Die Bauordnungen der Länder enthalten mittlerweile alle ein sogen. "vereinfachtes Genehmigungsverfahren", in dem zur Beschleunigung von Bauvorhaben nur bestimmte Vorschriften vor Erteilung der Baugenehmigung geprüft werden müssen. War das vereinfachte Genehmigungsverfahren früher die Ausnahme und nur für bestimmte Bauvorhaben vorgesehen, ist es heute vielfach zur Regel geworden (so nach der BayBO im vorliegenden Fall; vgl. ferner § 68 I BauO NW). Die Tendenz geht also ganz eindeutig dahin, die Behörden durch die Ausweitung der gänzlich genehmigungsfreien Vorhaben und des vereinfachten Genehmigungsverfahrens von der präventiven Überwachung von Bauvorhaben durch Erteilung von Genehmigungen zu entlasten. Fraglich ist nun, welche Rechtsschutzmöglichkeiten ein Nachbar in diesen Fällen hat:

1. Am einfachsten ist der Fall, dass er sich gegen ein nicht genehmigungspflichtiges oder zwar genehmigungspflichtiges, aber ohne Genehmigung errichtetes Bauwerk (sogen. Schwarzbau) wendet. In diesen Fällen kann schon deshalb keine Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung erhoben werden, weil es eine solche nicht gibt. Hier bleibt nur eine Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten (Abrissverfügung, Nutzungsuntersagung usw.).

2. Komplizierter wird es, wenn - wie im vorliegenden Fall - zwar eine Baugenehmigung vorhanden ist, diese aber im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilt worden ist, und der Kl. sich auf die Verletzung solcher Vorschriften beruft, die hierin nicht zu prüfen waren. In aller Regel sind die im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu prüfenden Vorschriften in einem Katalog enumerativ aufgeführt (hier: § 73 I BayBO; vgl. auch § 68 I 4 BauO NW). Der VGH geht in Übereinstimmung mit der übrigen Rspr. davon

aus, dass auch in diesen Fällen lediglich eine Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten möglich ist. Zwar wäre eine Anfechtungsklage (im Gegensatz zu oben 1.) nicht schon unstatthaft, weil immerhin ein Anfechtungsgegenstand (die Baugenehmigung) vorhanden ist; dem Kläger fehlte jedoch die Klagebefugnis, § 42 II VwGO. Die Baugenehmigung entfaltet nämlich hinsichtlich der nicht zu prüfenden Vorschriften keine Legalisierungswirkung, kann den Kläger daher auch insoweit nicht belasten. Eine Verletzung seiner Rechte durch die Baugenehmigung ist daher nicht möglich, auch wenn die gerügte Vorschrift selbst drittschützend sein sollte.

3. Am kompliziertesten schließlich ist der Fall, in dem der Kläger gegen eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung sowohl die Verletzung von zu prüfenden als auch von nicht zu prüfenden Vorschriften rügt. Legt er sich in seinem Klagebegehren dann nicht eindeutig fest, muss das Gericht die statthafte Klageart durch Auslegung des Begehrens ermitteln, §§ 86 I, III, 88, 2. Hs VwGO. In diesem Fall dürfte häufig eine Stufenklage mit Haupt- und Hilfsantrag anzunehmen sein, wobei die Anfechtung den Hauptantrag, die Verpflichtung den Hilfsantrag darstellt. Ginge nämlich schon das Anfechtungsbegehren durch, müsste die Baugenehmigung aufgehoben werden. Einer Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten fehlte das Rechtsschutzinteresse, da der Kläger mit der Anfechtung bereits auf einfachere und schnellere Weise zum Erfolg käme (vgl. §§ 80 I, 113 I 1 VwGO). Dieses Begehren dürfte er daher nur hilfsweise für den Fall verfolgen, dass sein Anfechtungsbegehren sich i.E. als unbegründet erweist.

### Prüfungsrelevanz:

Das Baurecht, insbesondere das Baunachbarrecht, ist immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben. Da das hier in Rede stehende vereinfachte Genehmigungsverfahren vom Gesetzgeber immer weiter ausgedehnt wird, gewinnt es auch für die Prüfung an Bedeutung. Der vorliegende Fall zeigt, wie eng materielles Recht und Prozessrecht miteinander verknüpft sein können.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass die hier angesprochene Problematik sich nicht nur im Hauptsacheverfahren, sondern vor allem auch im Rahmen des im Baunachbarrecht besonders wichtigen vorläufigen Rechtsschutz stellt. Ist in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben, läuft dieser über §§ 80, 80a VwGO; ist hingegen eine Verpflichtungsklage statthaft, ist § 123 I VwGO einschlägig. Auch hier gilt - schon von Gesetzes wegen - der Vorrang des Anfechtungsbegehrens, vgl. § 123 V VwGO.

#### *Vertiefungshinweis:*

Zum Nachbarrechtsschutz gegen im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Genehmigungen: *BVerwG, NVwZ 1998, 58*

#### *Kursprogramm:*

- Examenskurs:* "Garagenterrasse"
- Examenskurs:* "Windkraft contra Nachbarschaft"
- Examenskurs:* "Das illegale Wochenendhaus"

#### *Leitsätze (der Redaktion):*

- 1. Die im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung entfaltet keine Legalisierungswirkung hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Anforderungen, die von der Bauaufsichtsbehörde in diesem Verfahren nicht zu prüfen sind.**
- 2. Verstößt das Bauvorhaben gegen eine solche Vorschrift, führt dies deshalb nicht zur Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung. Sie kann daher insoweit auch nicht mit der Anfechtungsklage nach § 42 I, 1. Fall VwGO angegriffen werden.**
- 3. Rechtsschutz ist in diesen Fällen nur über eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I, 2. Fall VwGO auf bauaufsichtliches Einschreiten möglich.**

#### *Sachverhalt:*

Der Kl. erhob gegen die dem Beigel. im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung Anfechtungsklage. Zu deren Begründung berief er sich auf eine seiner Ansicht nach bestehende Rechtswidrigkeit der Baugenehmigung wegen der Verletzung u.a. von Vorschriften des Bundesbodenschutzgesetzes, des Schutzes gegen Einwirkungen nach § 14 BayBO und des Brandschutzes. Bei diesen Vorschriften handelt es sich sämtlich um solche, die nicht zum Katalog der in Art. 73 BayBO aufgeführten, im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu prüfenden

Vorschriften gehören. Das VG hat die Klage daher mangels ersichtlicher Rechtsverletzung des Kl. durch die Baugenehmigung des Beigel. abgewiesen. Der Antrag des Kl. auf Zulassung der Berufung hatte keinen Erfolg.

#### *Aus den Gründen:*

Der Antrag hat keinen Erfolg. Die innerhalb der Frist des § 124 a VwGO geltend gemachten Zulassungsgründe (§ 124 Abs. 2 Nrn. 1, 2 und 3 VwGO) rechtfertigen nicht die Zulassung der Berufung.

#### *I. Entscheidung des VG*

Zutreffend legt das Verwaltungsgericht dar, die vom Kläger geltend gemachten Fragen des Bundesbodenschutzgesetzes, des Art. 14 BayBO (Schutz gegen Einwirkungen) und von Problemen des Brandschutzes seien im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 73 Abs. 1 BayBO von der Bauaufsichtsbehörde nicht zu prüfen, so dass die erteilte Baugenehmigung in dieser Hinsicht keine Rechte des Klägers verletzen kann. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts sind insoweit nicht erkennbar:

#### *I. Gegenstand des vereinfachten Genehmigungsverfahrens*

Für das in Art. 73 BayBO (Fassung 1998) geregelte vereinfachte Genehmigungsverfahren, das mit der Bauordnungsnovelle 1994 in die Bayerische Bauordnung eingeführt worden ist (Art. 80 BayBO 1994) und infolge der Ausdehnung seines Anwendungsbereiches durch das Zweite Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung baurechtlicher Verfahren vom 26.7.1997 (GVBl. S. 323) für baugenehmigungspflichtige Vorhaben seitdem das Standardgenehmigungsverfahren darstellt, ist kennzeichnend, dass der Umfang der bauaufsichtlichen Prüfung und damit auch der Umfang der Baugenehmigung eingeschränkt ist. Diese Regelung ist wesentlicher Teil der mit beiden Gesetzesnovellierungen verfolgten Zielsetzung, die Eigenverantwortlichkeit des Bauherrn zu stärken und die behördliche Kontrolltätigkeit zurückzunehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Einschränkung der bauaufsichtlichen Prüfung insbesondere hinsichtlich der sicherheitsrechtlichen und bautechnischen Anforderungen durch Anforderungen an Entwurfsverfasser und Ersteller der bautechnischen Nachweise und ggf. durch Bescheinigungen von verantwortlichen (privaten) Sachverständigen im Sinn des Art. 69 Abs. 4 BayBO kompensiert werden (vgl. Jäde/Dirnberger/Bauer/Weiß, BayBO, Anm. 1 zu Art. 73).

*II. Beschränkter Prüfungsumfang*

Der von der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren vorzunehmende Umfang der Prüfung wird allein durch Art. 73 Abs. 1 BayBO bestimmt. Diese Vorschrift konkretisiert die „öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind“ (Art. 72 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 BayBO). Öffentlich-rechtliche Anforderungen, die nicht in Art. 73 Abs. 1 BayBO aufgezählt sind, sind von der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen. In einem solchen Verfahren werden daher etwa die Standsicherheit, der Schall-, Wärme- und vorbeugende Brandschutz nicht geprüft. Die im vereinfachten Genehmigungsverfahren ergehende Baugenehmigung stellt mithin keine (tendenziell) umfassende, sondern nur eine „beschränkte öffentlich-rechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung“ dar (Jäde, a.a.O., Anm. 1 zu Art. 73 BayBO).

*III. Auswirkungen auf den Nachbarrechtsschutz*

Die Einschränkungen des Prüfungsmaßstabes haben zur Folge, dass ein Dritter eine Baugenehmigung nur insoweit zulässigerweise mit Widerspruch und Anfechtungsklage anfechten kann, als er einen Verstoß gegen die in Art. 73 Abs. 1 BayBO aufgeführten Vorschriften geltend macht; wegen der Verletzung anderer Vorschriften — wie sie hier vom Kläger geltend gemacht werden — besteht allenfalls ein An-

spruch auf bauaufsichtliches Einschreiten, der hier aber nicht Verfahrensgegenstand ist (vgl. auch BayVGH vom 6.5.1996 - Az. 14 B 92.1192 -; vom 23. 5.2001 - Az. 2 B 97.2601 -). Im Gegensatz zu seiner im Zulassungsverfahren vertretenen Auffassung bliebe es dem Kläger auch unbenommen, hinsichtlich der nicht im vereinfachten Genehmigungsverfahren zu überprüfenden Belange nach dem Zivilrecht Abwehransprüche geltend zu machen. Das gilt auch für die Belange des Brandschutzes.

Der Einwand des Klägers, das Verwaltungsgericht habe zu der Frage, ob durch die Schleppergarage eine Bodenverseuchung verursacht werde, kein Sachverständigengutachten eingeholt, geht deshalb im vorliegenden Verfahren ebenso ins Leere wie der Einwand, durch die Baumaßnahme komme es für den Kläger zu Gefahren, Nachteilen und Belästigungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 BayBO. Diese Vorschrift, nach der bauliche Anlagen so zu errichten sind, dass durch chemische, physikalische, pflanzliche oder tierische Einwirkungen keine Gefahren, vermeidbaren Nachteile oder Belästigungen entstehen, enthält zwar eine dem Nachbarschutz dienende, bei der Bauausführung zu beachtende Voraussetzung. Sie begründet aber weder eine objektive noch eine im Interesse der Nachbarn liegende Verpflichtung der Bauaufsichtsbehörde, die Einhaltung dieser Forderung bereits im Baugenehmigungsverfahren (präventiv) sicher zu stellen (Art. 73 Abs. 1 BayBO).

**IMPRESSUM**

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

*Zivilrecht***Standort: Stellvertretung****Problem: Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers**

BGH, URTEIL VOM 14.05.2002  
XI ZR 155/01 (NJW 2002, 2325)

**Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit dem Inhalt und Grenzen von Rechtsscheinvollmachten - gesetzlicher und außergesetzlicher Art - beschäftigen.

Der Kl. und seine damalige Lebensgefährtin hatten unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz mit der H-GmbH einen umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrag mit entsprechender Vollmachtserteilung zum Erwerb einer Eigentumswohnung abgeschlossen, inklusive Darlehens- und Sicherungsverträge. Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages umfasst auch die Vollmacht, da zum einen Grundgeschäft und Vollmacht in diesem Fall gem. § 139 BGB ein einheitliches Rechtsgeschäft bilden und die Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes (Schutz des Rechtssuchenden vor unsachgemäßer Erledigung) dies gebietet.

Eine Vollmacht kraft Rechtsschein kam in diesem Fall zu Lasten des Kl. aber nicht in Betracht. Die Rechtsscheinhaftung gem. §§ 171 ff. BGB setzt voraus, dass die Vollmacht dem Vertragspartner im Original bzw. bei notarieller Beurkundung in entsprechender Ausfertigung vorgelegt wird. Hier wurde dem Vertragspartner aber nur eine beglaubigte Abschrift des notariellen Vollmachtsurkunde vorgelegt, welche diesen Anforderungen nicht genügt. Aber auch eine Rechtsscheinhaftung durch Duldungsvollmacht kommt nicht in Frage, da die maßgeblichen Umstände, auf die die Bekl. ihr Vertrauen auf das Bestehen einer Vollmacht hätte stützen können, erst nach Vertragsabschluss ihr vorgelegt worden sind. Folglich kann sie nicht bei Vertragsabschluss im Vertrauen darauf gehandelt haben.

**Prüfungsrelevanz:**

Zu den examensrelevanten Themengebieten des Allgemeinen Teils des BGB gehört vor allem das Recht der Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB, also die Möglichkeit für einen anderen rechtsgeschäftlich tätig werden zu können. Voraussetzung dafür ist ein eigen-

verantwortliches, unmittelbares Handeln in fremden Namen und eine entsprechende Vertretungsmacht. Die im Namen des Vertretenen abgegebene oder empfangene Willenserklärung wirkt sofort und unmittelbar für und gegen den Vertretenen, § 164 I und III BGB.

Die erforderliche Vertretungsmacht kann sich aus Gesetz herleiten (z.B. § 1629 BGB: elterliche Vertretung für das Kind) oder durch Rechtsgeschäft erteilt werden (Vollmacht gem. § 167 BGB). Fehlt die Vertretungsmacht oder überschreitet der Stellvertreter sie, dann liegt eine Vertretung ohne Vertretungsmacht vor. Die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hängt dann grundsätzlich von der Genehmigung des Vertretenen ab, § 177 BGB. Für den Stellvertreter besteht Haftungsgefahr gem. § 179 BGB.

Die Vollmacht wird durch einseitige Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigten (sog. Innenvollmacht) oder gegenüber dem zukünftigen Geschäftspartner bzw. der Allgemeinheit (sog. Außenvollmacht) erteilt; die Vollmachtserteilung bedarf grundsätzlich nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft erforderlich ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Die Vollmachtserteilung ist grundsätzlich jederzeit frei widerrufbar, § 168 S.2 BGB.

Die Vollmacht kraft Rechtsscheins - zum Schutz des guten Glauben an das Bestehen einer Vollmacht (§ 173 BGB) - beruht teilweise auf gesetzlich geregelten Fällen (vgl. §§ 169 ff. BGB) und teilweise auf gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstituten (Anscheins- und Duldungsvollmacht).

**Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Entscheidung: *BGH*, NJW 202, 60; *Reithmann*, DNotZ 2002, 51; *OLG Düsseldorf*, NZG 2002, 284; *Schultz*, NZG 1999, 89; *BGH*, NJW 1990, 827

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Hausverwaltung"

**Leitsätze:**

**1. Bei Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags und der dem Geschäftsbesorger erteil-**



**ten Vollmacht wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 I RBERG kommt eine Rechtsscheinhaftung des Vollmachtgebers nach §§ 171 I, 172 I BGB in Betracht, wenn dem Vertragspartner die Vollmacht im Original beziehungsweise bei notarieller Beurkundung in Ausfertigung vorgelegt wird; die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der notariellen Vollmachtsurkunde genügt nicht.**

**2. Eine nicht wirksam erteilte Vollmacht kann über die in §§ 171 ff. BGB geregelten Fälle hinaus dem Geschäftsgegner gegenüber aus allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten als wirksam zu behandeln sein, sofern das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint. Hierfür kommen nur Umstände in Betracht, die bei oder vor Vertragsschluss vorliegen.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit zweier Darlehensverträge zur Finanzierung einer Eigentumswohnung. Der Kl. und seine damalige Lebensgefährtin wurden im Jahre 1993 von einem Anlagevermittler geworben, ohne Einsatz von Eigenkapital eine Eigentumswohnung in einem Modernisierungsobjekt in M. zu kaufen. Die bekl. Sparkasse finanzierte das Gesamtobjekt für die Bauträgerin und übernahm auch bei einem großen Teil der Erwerber die Finanzierung. Mit notarieller Urkunde vom 21. 12. 1993 boten der Kl. und seine damalige Lebensgefährtin der H-GmbH (im Folgenden: Geschäftsbesorgerin) den Abschluss eines umfassenden Geschäftsbesorgungsvertrags zum Erwerb der Eigentumswohnung an. Zugleich erteilten sie ihr zur Ausführung des Geschäftsbesorgungsvertrags eine Vollmacht zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte, Rechtshandlungen und Maßnahmen, die für den Eigentumserwerb und gegebenenfalls die Rückabwicklung erforderlich oder zweckdienlich erschienen. Unter anderem wurde die Geschäftsbesorgerin bevollmächtigt, namens und für Rechnung der Erwerber den Kaufvertrag, Darlehensverträge und alle erforderlichen Sicherungsverträge abzuschließen. Die Geschäftsbesorgerin nahm das Angebot mit notarieller Erklärung vom 29. 12. 1993 an. Sie schloss namens der Erwerber mit der Verkäuferin einen notariellen Kaufvertrag über die Eigentumswohnung ab und zur Finanzierung des Kaufpreises von 143 424 DM sowie der Nebenkosten mit Datum vom 27./31. 12. 1993 mit der Bekl. zwei Darlehensverträge über 143 500 DM und 46500 DM. Mit der Klage begehrt der Kl., der seinen Darlehensver-

pflichtungen mehrere Jahre lang nachgekommen ist, aus eigenem und aus abgetretenem Recht seiner früheren Lebensgefährtin Feststellung, dass der Bekl. aus den Darlehensverträgen keine Ansprüche mehr zustehen.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG, dessen Urteil in WM 2001, 1210, veröffentlicht ist, hat sie abgewiesen. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Darlehensverträge seien wirksam, auch wenn man zu Gunsten des Kl. davon ausgehe, der Geschäftsbesorgungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes nichtig und die Nichtigkeit die notarielle Vollmacht erfasse, da sie mit dem Grundgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft bilde. Die Vollmacht sei nämlich der Bekl. gegenüber aus Rechtsscheingesichtspunkten wirksam, da dieser bei Abschluss der Darlehensverträge eine beglaubigte Abschrift des notariell beurkundeten Geschäftsbesorgungsvertrags nebst Vollmacht vorgelegen habe und das Gesamtverhalten des Kl. eine Reihe von Anhaltspunkten für eine zu Gunsten der Bekl. eingreifende Duldungsvollmacht erkennen lasse. Die Darlehensverträge seien zudem weder nach § 138 I BGB nichtig noch seien die Voraussetzungen des § 9 I VerbrKrG für ein verbundenes Geschäft erfüllt. Schließlich sei auch ein Schadensersatzanspruch des Kl. wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht nicht gegeben. Es stehe weder fest, dass die Bekl. in Bezug auf die speziellen Risiken des Objekts einen konkreten Wissensvorsprung gegenüber dem Kl. gehabt habe, noch hätten sich hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Bekl. ihre Rolle als Kreditgeberin überschritten habe. Der Bekl. könne insbesondere nicht zur Last gelegt werden, dass sie die Erwerber nicht auf die im Kaufpreis enthaltene Innenprovision hingewiesen habe. Ein etwaiges Fehlverhalten des Kreditvermittlers müsse sich die Bekl. nicht über § 278 BGB zurechnen lassen.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Revision wendet sich zu Recht gegen die Ansicht des BerGer., die der Geschäftsbesorgerin erteilte Vollmacht sei der Bekl. gegenüber als gültig zu behandeln, obwohl der Geschäftsbesorgungsvertrag selbst unwirksam sei.

### *I. Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages gem. § 134 BGB i.V.m. Art. 1 § 1 I RBerG*

Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des BerGer., der Geschäftsbesorgungsvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 I 1 RBerG nichtig (§ 134 BGB). Dieses Ergebnis steht im Einklang mit der neueren Rechtsprechung des BGH. Danach bedarf derjenige, der ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines Bauträgermodells für den Erwerber besorgt, der Erlaubnis nach Art. 1 § 1 RBerG. Ein ohne diese Erlaubnis abgeschlossener Geschäftsbesorgungsvertrag ist nichtig (BGHZ 145, 265 [269ff.] = NJW 2001, 70 = LM H. 2/2001 § 1 RechtsberatG Nr. 60; Senat, NJW 2001, 3774 = WM 2001, 2113 [2114f.]; BGH, NJW 2002, 60 = NZBau 2002, 92 = NZM 2002, 33 LM H. 4/2002 § 1 RechtsberatG Nr. 64 = WM 2001, 2260 [2261]). Auch der hier in Rede stehende Geschäftsbesorgungsvertrag erweist sich danach als unwirksam. Die Geschäftsbesorgerin hatte eine umfassende Rechtsbetreuung im Zusammenhang mit dem Erwerb der Eigentumswohnung zu erbringen. Sie sollte alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen vornehmen, die zum Erwerb der Eigentumswohnung notwendig waren oder zweckdienlich erschienen, insbesondere den Kaufvertrag, Darlehens- und Finanzierungsvermittlungsverträge, Miet- und Mietgarantieverträge sowie Sicherungsverträge abschließen. Bei den von ihr zu erbringenden Dienstleistungen ging es damit nicht primär um die Wahrnehmung wirtschaftlicher Belange der Käufer. Es handelte sich vielmehr ganz überwiegend um rechtsbesorgende Tätigkeiten von Gewicht. Der BGH hat denn auch einen mit dem hier in Rede stehenden Geschäftsbesorgungsvertrag übereinstimmenden Vertrag derselben Geschäftsbesorgerin bereits wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG als nichtig angesehen (BGHZ 145, 265 [269ff.] = NJW 2001, 70 = LM H. 2/2001 § 1 RechtsberatG Nr. 60).

### *II. Erstreckung der Nichtigkeit auf die Vollmachtserteilung*

Die Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags erfasst auch die der Geschäftsbesorgerin zur Ausführung des Vertrags erteilte Vollmacht. Mit dem BerGer. ist davon auszugehen, dass Grundgeschäft und Vollmacht hier ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB bilden. Im Übrigen erstreckt sich die auf einem Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz beruhende Nichtigkeit des Geschäftsbesorgungsvertrags nach Auffassung des III. Zivilsenats des BGH mit Rücksicht auf die Zweckrichtung des Rechtsberatungsgesetzes, die Rechtssuchenden vor unsachgemäß

ber Erledigung ihrer rechtlichen Angelegenheiten zu schützen, ohnedies regelmäßig auch auf die dem Geschäftsbesorger erteilte Vollmacht (BGH, NJW 2002, 60 = NZBau 2002, 92 = NZM 2002, 33 = LM H. 4/2002 § 1 RechtsberatG Nr. 64 = WM 2001, 2260 [2262]).

### *III. Erstreckung der Vollmachtenichtigkeit auch auf die Darlehensverträge*

Die Nichtigkeit der Vollmacht hat zur Folge, dass auch die beiden Darlehensverträge, die die Geschäftsbesorgerin für die Erwerber abgeschlossen hat, unwirksam sind.

#### *1. Vertreter ohne Vertretungsmacht gem. § 177 BGB; keine Rechtsscheinvollmacht*

Die Verträge wurden dem Kl. und seiner früheren Lebensgefährtin gegenüber nicht wirksam, weil die Geschäftsbesorgerin bei Abschluss mangels wirksamer erteilter Vollmacht als Vertreterin ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (§ 177 I BGB). Auch eine Rechtsscheinvollmacht bestand entgegen der Auffassung des BerGer. nicht.

#### *a. Keine Rechtsscheinhaftung gem. §§ 171 f. BGB*

Die an die Vorlage der Vollmachtsurkunde anknüpfende Rechtsscheinhaftung aus §§ 171 I, 172 I BGB greift, wie auch das BerGer. nicht verkannt hat, nicht ein. Dabei kann die von der Revision aufgeworfene Frage offen bleiben, ob eine Rechtsscheinhaftung nach §§ 171 ff. BGB hier schon deshalb ausscheidet, weil der Bekl. die Vollmacht nicht bei Unterzeichnung der Darlehensverträge, sondern erst bei der Bonitätsprüfung und Auszahlung der Darlehensvaluta vorlag. Nach den Feststellungen des BerGer. lag der Bekl. auch zu dieser Zeit keine Ausfertigung, sondern nur eine beglaubigte Abschrift der notariellen Vollmachtsurkunde vor. Diese reicht als Anknüpfungspunkt für einen zu Gunsten der Bekl. eingreifenden Rechtschein nicht aus. Die Rechtsscheinhaftung aus §§ 171 bis 173 BGB setzt vielmehr voraus, dass die Vollmacht dem Vertragspartner im Original bzw. bei notarieller Beurkundung in Ausfertigung vorgelegt wird (BGHZ 102, 60 [63] = NJW 1988, 697 = LM § 167 BGB Nr. 31; Senat, NJW 1997, 321 = LM H. 2/1997 § 164 BGB Nr. 80 = WM 1996, 2230 [2232]). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Senatsurteil vom 18. 9. 2001 (Senat, NJW 2001, 3774 = WM 2001, 2113 [2115]). In jenem Fall war die vorgelegte notariell beglaubigte Vollmachtsurkunde das Original.

#### *b. Keine Duldungsvollmacht*

Entgegen der Ansicht des BerGer. greifen auch die

Grundsätze über die Duldungsvollmacht zu Gunsten der Bekl. nicht ein.

*aa. Voraussetzungen für das Vorliegen einer Duldungsvollmacht*

Allerdings ist dem BerGer. im Ausgangspunkt darin zuzustimmen, dass eine nicht wirksam erteilte Vollmacht auch über die in §§ 171 bis 173 BGB geregelten Fälle hinaus aus allgemeinen Rechts-scheingesichtspunkten dem Geschäftsgegner gegenüber als wirksam zu behandeln sein kann (BGHZ 102, 60 [64ff.] = NJW 1988, 697 = LM § 167 BGB Nr. 31). Das ist der Fall, wenn das Vertrauen des Dritten auf den Bestand der Vollmacht an andere Umstände als an die Vollmachtsurkunde anknüpft und nach den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht schutzwürdig erscheint (BGHZ 102, 60 [64] = NJW 1988, 697 = LM § 167 BGB Nr. 31; Senat, NJW 1997, 321 = LM H. 2/1997 § 164 BGB Nr. 80 = WM 1996, 2230 [2232]). In Betracht kommen dabei nur bei oder vor Vertragsschluss vorliegende Umstände. Denn eine Duldungsvollmacht ist nur gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn als Vertreter auftritt und der Vertragspartner dieses Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist (BGH, LM § 167 BGB Nr. 4; NJW 1956, 460 = WM 1956, 154 [155], und VersR 1992, 989 [990]). Das Verhalten des Vertretenen nach Vertragsschluss kann nur unter dem Gesichtspunkt der Genehmigung des Vertrags rechtlich bedeutsam sein. -

*bb. Keine Erfüllung dieser Voraussetzungen durch den vorliegenden Fall*

Die Ansicht des BerGer., die Gegenzeichnung und Rücksendung des Schreibens der Geschäftsbesorgerin vom 4. 1. 1994, mit dem über den Abschluss der Darlehensverträge informiert wurde, durch den Kl. und sein jahrelanges vertragskonformes Verhalten rechtfertigten die Annahme einer Duldungsvollmacht, ist danach verfehlt. Der Kl. hat das Schreiben vom 4. 1. 1994 erst nach Abschluss der Darlehensverträge am 27.13. 12. 1993 zurückgesandt. Aus dem gleichen Grunde ist auch die jahrelange Erfüllung der Darlehensverträge durch den Kl. und seine damalige Lebensgefährtin kein geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Haftung aus wissentlich veranlasstem Rechts-schein.

Der Hinweis des BerGer. auf das Urteil des er-kennenden Senats vom 22. 10. 1996 (NJW 1997, 312 = LM H. 2/1997 § 164 BGB Nr. 80 = WM 1996, 2230 [2232]) rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dort

hat der Senat zwar die Rechtsscheinhaftung eines Vertretenen bejaht, der auf eine Mitteilung der Bank, sie werde für ihn Darlehenskonten einrichten, ge-schwiegen und in der Folge die Begründung der Dar-lehensverbindlichkeiten hingenommen hatte. Entschei-dend war dort aber, dass das maßgebliche Verhalten des Vertretenen — das Schweigen auf die Mitteilung von der bevorstehenden Bereitstellung der Darlehens-mittel — bereits vor Abgabe der Willenserklärung durch den Vertreter lag.

*2. Kein darüber hinausgehender Schutz des Ver-tragspartners nötig*

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist es auch nicht geboten, dem Vertragspartner bei Ver-stößen gegen das Rechtsberatungsgesetz einen über die §§ 171, 172 BGB und die allgemeinen Grundsätze der Rechtsscheinhaftung hinausgehenden Schutz zu-zubilligen. Mit ihrem Einwand, es belaste den Rechts-verkehr in unzumutbarer Weise, wenn selbst notariell beurkundete Vollmachten auf mögliche Verstöße ge-gen das Rechtsberatungsgesetz untersucht werden müssten, übersieht die Revisionserwiderung, dass das Gesetz eine solche Prüfung nicht verlangt. Der Ver-tragsgegner kann sich vielmehr vor der Unwirksam-keit einer Vollmacht ohne weitere Prüfung schützen, wenn er sich eine notarielle Ausfertigung der Voll-machtsurkunde vorlegen lässt.

*3. Keine Wirksamkeit der Darlehensverträge durch Genehmigung gem. § 177 BGB*

Die durch die vollmachtlose Vertreterin abgeschlos-senen Darlehensverträge sind auch nicht durch Geneh-migung der Erwerber (§§ 177 I, 184 I BGB) nachträg-lich wirksam geworden. Weder der Rücksendung des Schreibens vom 4. 1.1994 noch dem späteren ver-tragskonformen Verhalten des Kl. und seiner frühe-ren Lebensgefährtin kann Genehmigungscharakter zugemessen werden. Eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte durch schlüssiges Verhalten setzt regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und dass in seinem Verhalten der Ausdruck des Wil-lens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angese-hene Geschäft verbindlich zu machen (Senat, NJW 1997, 312 = LM H. 2/1997 § 164 BGB Nr. 80 = WM 1996, 2230 [2232] m. w. Nachw.). Diese Vorausset-zungen liegen nicht vor, da alle Beteiligten von der Wirksamkeit der erteilten Vollmacht ausgingen.

Ausnahmsweise kann zwar auch schlüssiges Verhal-ten ohne Erklärungsbewusstsein als wirksame Erklä-rung zu werten sein. Dies setzt aber voraus, dass der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderli-

chen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und dass der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGHZ 109, 171 [177] = NJW 1990, 454 = LM § 152 ZVG Nr. 4 m.w. Nachw.). An diesen beiden Voraussetzungen für eine Genehmigung durch schlüssiges Verhalten fehlt es hier. Das BerGer. weist zu Recht darauf hin, dass die Beteiligten

den Verstoß des Geschäftsbesorgungsvertrags und der Vollmacht gegen das Rechtsberatungsgesetz nicht erkennen konnten. Der IX. Zivilsenat des BGH hat sogar bei einem Notar, der im Dezember 1993 ein Angebot zum Abschluss eines gegen § 134 BGB, Art. 1 § 1 1 1 RBerG verstoßenden Geschäftsbesorgungsvertrags beurkundet hatte, ein Verschulden verneint (BGHZ 145,265 [275] = NJW 2001, 70 = LM H. 2/2001 § 1 RechtsberatG Nr. 60).

## Standort: Allg. Teil des BGB

## Problem: Beweislast für (un-)bedingte Verträge

BGH, URTEIL VOM 10.06.2002

II ZR 68/00 (NJW 2002, 2862)

### Problemdarstellung:

Auf einen Hinweis der Kl. hatte die Bekl., die sich u.a. mit der Versteigerung von kompletten Industrieanlagen beschäftigt, die Betriebsausstattung eines insolventen Unternehmens erworben. Zwischen den Parteien wurde vereinbart, dass der Kaufpreis für diese Betriebsausstattung von beiden getragen sowie der anschließende Weiterveräußerungserlös auf beide verteilt würde. Die Bekl. verweigert aber die Auszahlung des hälftigen Veräußerungserlöses mit der Begründung, dass die Kl. nicht im Vorfeld den hälftigen Kaufpreis entrichtet habe. Es handelt sich hierbei um ein sog. "Meta-Geschäft", wo der "Metist", hier die Bekl. alleine nach außen handelt, aber im Innenverhältnis Kosten und Gewinn geteilt würden. Es handelt sich dabei um eine Innengesellschaft des bürgerlichen Rechts, die nur vorübergehend zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte oder Arbeiten eingegangen wird ("Gelegenheitsgesellschaft").

Umstritten zwischen den Parteien war in diesem Fall die Frage, ob der Abschluss dieses Gesellschaftsvertrages unter der aufschiebenden Bedingung der vorherigen Entrichtung des hälftigen Kaufpreises erfolgte oder nicht. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang klar, dass die Beweislast für solche Fragen bei der Kl. liegt. Die Beweislast für einen unbedingt geschlossenen Vertrag trägt derjenige, der selbst Rechte aus diesem Vertrag herleitet. Denn der Gegner, der sich auf eine aufschiebende Bedingung beruft, macht keine Einwendung geltend, sondern leugnet bereits die Wirksamkeit des Vertragsabschlusses (st. Rspr.; vgl. schon BGH, NJW 1985, 497). Bei dieser Gelegenheit wird vom BGH auch festgestellt, dass das BerGer. zu Unrecht Beweisangebot wegen mangelnder Substanziierung des eigenen Vortrags abgelehnt hat. Es ist auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung

abzustellen, so dass im Laufe des Rechtsstreits der Vortrag einer Partei geändert, ergänzt oder berichtigt werden kann, ohne dass ihr Vortrag allein deshalb als unschlüssig wäre.

### Prüfungsrelevanz:

Das Studium dieses Urteils eignet sich vor allem, um die zivilprozessualen Grundsätze zur Darlegungs- und Beweislastverteilung zu wiederholen bzw. zu vertiefen. Im Zivilprozess sind aufgrund des Beibringungsgrundsatzes die Parteien dafür verantwortlich, den notwendigen Tatsachen- und Beweisstoff für die Urteilsfindung herbeizuschaffen. Dabei gilt nach dem sog. "Günstigkeitsprinzip" folgende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zwischen den Parteien: Jede Partei muss die Tatsachen darlegen und beweisen, die zur Anwendung einer ihr günstigen Rechtsnorm erforderlich sind. Will - wie in diesem Fall - jemand Rechte und Ansprüche aus einem Vertrag herleiten, dann muss er den Vertragsabschluss als Voraussetzung dafür darlegen und beweisen.

Seiner Darlegungslast kommt eine Partei nur ausreichend genug nach, wenn sie einen substantiierten und schlüssigen Vortrag liefert; dafür ist - wie dieses Urteil des BGH ausführt - auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen, um etwaige Änderungen, Berichtigungen oder Ergänzungen im Vortrag, die erst im Laufe des Prozesses erfolgen, zu berücksichtigen.

### Vertiefungshinweis:

Zur Beweislastverteilung bei Bedingungen: *OLG Düsseldorf*, BauR 2001, 406; *OLG Jena*, NZG 1998, 851; *AG Delmenhorst*, NJW-RR 1994, 823.

### Leitsatz:

**Ist streitig, ob ein Vertrag unbedingt oder unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden ist, trägt die Partei, die aus dem Vertrag**

## Rechte herleiten will, die Beweislast für einen unbedingten Vertragsschluss.

### Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von der Bekl. die hälftige Beteiligung am Erlös aus einer Versteigerung. Die Bekl., die sich unter anderem mit der Versteigerung von kompletten Industrieanlagen befasst, hatte auf einen Hinweis der Kl. am 25. 2. 1997 die Betriebsausstattung einer in Konkurs gefallenen Herstellerin für Drehteile erworben. Die Parteien vereinbarten die hälftige Teilung des von der Bekl. aufgewendeten Kaufpreises sowie des Versteigerungserlöses. Die Bekl. stellte der Kl. unter dem 3. 3. 1997 die Kaufpreishälfte mit 143 750,00 DM brutto in Rechnung. Die Kl. beglich diese Rechnung nicht. Einen ihr von der Kl. angebotenen Wechsel lehnte die Bekl. ab. Nach der Versteigerung vom 15. 4. 1997, auf der sie selbst Gegenstände zum Preise von 33 988,25 DM brutto erworben, aber noch nicht bezahlt hatte, verlangte die Kl. von der Bekl. Abrechnung und Auskehrung des hälftigen Erlöses. Das lehnte die Bekl. ab unter Hinweis darauf, dass die Kl. sich an den Erwerbskosten für das Versteigerungsgut nicht beteiligt habe. Die Kl. hat die Bekl. (unter Berücksichtigung der von ihr der Bekl. geschuldeten 33 988,25 DM) auf Zahlung von 78 851,97 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen und im Wege der Stufenklage Auskunft darüber, welche Erlöse die Bekl. aus dem nachträglichen Verkauf im Einzelnen bezeichneter nicht versteigert Gegenstände erzielt habe, sowie Auskehrung der Hälfte dieses Erlöses verlangt. Nachdem die Bekl. Auskunft erteilt hatte, hat die Kl. den Auskunftsantrag für erledigt erklärt und beantragt, die Bekl. zur Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit ihrer Auskunft an Eides Statt zu verurteilen. Die Bekl. ist der Klageforderung entgegengetreten und hat widerklagend die ihr unstreitig zustehenden 33 988,25 DM geltend gemacht.

Das LG hat durch Teilurteil dem Zahlungsbegehren der Kl. in Höhe von 43 729,25 DM nebst 5% Zinsen stattgegeben, die Erledigung des Auskunftsbegehrens festgestellt und den auf Verurteilung zur Versicherung an Eides Statt gerichteten Antrag der Kl. ebenso abgewiesen wie die Widerklage der Bekl. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG den von ihr zu zahlenden Betrag auf 33 267,63 DM herabgesetzt, der Kl. auf ihre Anschlussberufung jedoch eine höhere Verzinsung zuerkannt als das LG und ihre weitergehende Zahlungsklage abgewiesen. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

### Aus den Gründen:

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

Das BerGer. hat angenommen, die Parteien hätten die Ausführung eines Meta-Geschäfts vereinbart, bei dem der Metist, hier die Bekl., nach außen allein handelt und der Gewinn im Innenverhältnis hälftig geteilt werde. Sie hätten zu diesem Zweck eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts begründet, deren Zustandekommen nicht von einer Bedingung abhängig gewesen sei. Von der Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung der vorherigen Entrichtung des Kaufpreisanteils durch die Kl. könne der Senat nicht ausgehen. Soweit die Bekl. sich mit Blick auf eine angeblich konkludente Abrede erstmals im Berufungsverfahren auf die Existenz eines Handelsbrauchs berufe, demzufolge eine Meta-Vereinbarung erst verbindlich werde, wenn die Beteiligten ihre Beitragspflichten zur Aufbringung des Kaufpreises erfüllt hätten, sei dieses neue Vorbringen nicht schlüssig, weil es nicht hinreichend mit Tatsachenvortrag unterlegt sei. Auch eine einvernehmliche Bedingung der vorherigen anteiligen Kaufpreiszahlung an die Bekl. sei nicht erwiesen. Die Behauptung der Bekl., ihr Geschäftsführer habe den Abschluss eines gemeinsamen Geschäfts von der sofortigen Zahlung der auf die Kl. entfallenden Kaufpreishälfte abhängig gemacht, sei ebenfalls unschlüssig, weil sie in Widerspruch zu früherem Sachvortrag stehe. Die Bekl. habe erstinstanzlich zugestanden, der Kl. das Beteiligungsangebot ohne diese Einschränkung gemacht zu haben.

#### B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

##### I. Kein Revisionsgrund durch Teilurteils

Erfolgos rügt die Revision allerdings, der Erlass eines Teilurteils begründe einen wesentlichen Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens, der die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das LG erfordert hätte. Das LG hat einen Anspruch der Kl. auf hälftige Beteiligung am Verkaufserlös der Gegenstände, auf die sich ihr Auskunftsbegehren bezog, dem Grunde nach für gegeben erachtet. Das ergibt sich aus seiner Feststellung, dass der auf die Kl. entfallende Erlösanteil sich durch Einbeziehung der Positionen, die Gegenstand der Stufenklage seien, nur erhöhen, nicht aber vermindern könne.

##### II. Revisionsgrund wegen fehlerhafter Beweislastverteilung

Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit sie beanstan-

det, das Berufungsurteil beruhe auf einer Verkenning der Beweislast. Angesichts der Ausführungen des BerGer., der Senat könne von einer aufschiebenden Bedingung der vorherigen Entrichtung des Kaufpreisanteils durch die Kl. nicht ausgehen, eine einvernehmliche Bedingung dieses Inhalts sei nicht erwiesen, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass das OLG bei seiner Entscheidung nicht bedacht hat, dass die Beweislast für einen unbedingten Vertragsschluss bei der Partei — hier der Kl. — liegt, die aus ihm Rechte herleiten will. Denn der Gegner, der sich auf eine aufschiebende Bedingung beruft, macht keine Einwendung geltend, sondern leugnet bereits die Wirksamkeit des Vertragsschlusses (vgl. BGH, NJW 1985, 497 = LM § 282 ZPO Nr. 43; Baumgärtel/Laumen, Hdb. der Beweislast im PrivatR, 2. Aufl. [1999], § 158 Rdnrn. 5, 7; Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., Vorb. § 284 Rdnr. 19).

### *III. Revisionsgrund wegen Übergehen von Beweisangeboten*

Darüber hinaus übergeht das BerGer., wie die Revision ebenfalls zu Recht rügt, wesentliche von der Bekl. gegenbeweislich angebotene Beweise. Die Ansicht des BerGer., diese Beweise seien nicht zu erheben gewesen, weil der zu Grunde liegende Vortrag der Bekl. wegen mangelnder Substanziierung un schlüssig sei, beruht auf einem Verfahrensfehler. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Sachvortrag schlüssig, der in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet ist, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen (Senat, NJW 2001, 1500 = LM H. 10/2001 § 138 ZPO Nr. 49 = ZIP 2001, 28 [30]).

Dabei ist unerheblich, wie wahrscheinlich die Darstellung ist; der Substanziierungspflicht ist nur dann nicht genügt, wenn das Gericht auf Grund des Vorbringens nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolge erfüllt sind (Senat, NJW-RR 1998, 1488 = LM H. 1/1999 § 705 BGB Nr. 70 = ZIP 1998, 956 [957]). Da für die Beurteilung, ob ein Vortrag schlüssig ist, auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung abzustellen ist, kann eine Partei ihr Vorbringen — sofern es nicht ein Geständnis i. S. von § 288 ZPO ist, das nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO widerrufen werden kann — im Laufe des

Rechtsstreits auch ändern, ergänzen oder berichtigen, ohne dass ihr Vortrag allein deshalb un schlüssig wäre (BGH, NJW-RR 1998, 712 [713] m.w. Nachw.; NJW 2002, 1276). Nach diesen Grundsätzen ist das zweitinstanzliche Vorbringen der Bekl. schlüssig. Etwaige Widersprüche im Vortrag der Partei sind ebenso wie ein Wechsel ihres Vorbringens im Laufe des Prozesses allein im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen.

#### *1. Beweisangebot über die Handelsüblichkeit vorherigen Zahlung bei Meta-Geschäften*

Die Bekl. hat unter Beweisaustritt vorgetragen, dass es üblich sei und einem Handelsbrauch im Versteigerungsgewerbe entspreche, dass eine Vereinbarung über ein Meta-Geschäft erst verbindlich zu Stande gekommen sei, wenn der Vertragspartner des Metisten diesem die Hälfte des verauslagten Kaufpreises und sonstiger Erwerbskosten für das Versteigerungsgut erstattet habe. Damit hat sie eine nach ihrer Ansicht zwischen den Parteien geltende konkrete Regelung ausreichend substantiiert dargelegt. Darauf, dass es bei den unterschiedlichsten Meta-Geschäften eine Vielzahl von Regelungsmöglichkeiten geben mag, kann deshalb entgegen der Auffassung des BerGer. nicht abgestellt werden.

#### *2. Beweisangebot durch Aussage des Geschäftsführers bezüglich einer Bedingungsvereinbarung*

Auch der weitere, ebenfalls unter Beweis gestellte Vortrag der Bekl., ihr Geschäftsführer habe der Kl. eine Beteiligung an dem Geschäft nur unter der Bedingung sofortiger hälftiger Kaufpreiszahlung angeboten, ist schlüssig. Die Bekl. durfte ihren erstinstanzlichen Vortrag, in dem nur von einer Einigung der Parteien, den Kaufpreis gemeinsam hälftig aufzubringen und den Versteigerungserlös entsprechend zu teilen, nicht aber von jener Bedingung die Rede war, ohne weiteres ergänzen oder ändern. Dieser Vortrag hatte bezüglich des Fehlens einer aufschiebenden Bedingung nicht die Qualität eines Geständnisses nach § 288 ZPO. Dies gilt umso mehr, als das Vorbringen der Bekl. im Übrigen erkennen ließ, dass der Kl. aus ihrer Sicht ein Zahlungsanspruch nur zugestanden hätte, wenn sie ihrer Pflicht zur hälftigen Kaufpreiszahlung vor der Versteigerung nachgekommen wäre.

**Standort: Darlehen****Problem: Mitdarlehensnehmer und Mithaftender**

BGH, URTEIL VOM 28.05.2002

XI ZR 205/01 (NJW 2002, 2705)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit ging es vor allem über die Wirksamkeit einer Mitverpflichtung der beklagten Ehefrau aus einem Darlehensvertrag. Die klagende Bank hatte dem beklagten Ehemann ein Darlehen zwecks alleinigen Erwerbs eines Hausgrundstücks. Dieser Vertrag wurde von der beklagten Ehefrau mitunterzeichnet. Zur Absicherung des Darlehens wurde eine Grundschuld bestellt. Nach Zahlungseinstellung kündigte die Bank das Darlehen auf und verwertete die Grundschuld im Wege der Zwangsversteigerung. Von der beklagten Ehefrau verlangt sie nunmehr die restliche Darlehensrückzahlung, die durch die Verwertung des Darlehens nicht eingetrieben werden konnte.

Der BGH hatte zunächst die Frage zu klären, ob die beklagte Ehefrau infolge ihrer Mitunterzeichnung des Darlehensvertrages gleichberechtigte Kreditnehmerin oder bloß Mithaftende sein sollte. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein echter Mitdarlehensnehmer nur vor, wenn er eigenes sachliche und/oder persönliches Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf. Ob dies im Einzelfall vorliegt, bestimmt sich ausschließlich nach den für die finanzierende Bank erkennbaren Verhältnissen auf Seiten des Mitdarlehensnehmer. Allein die formale Bezeichnung im Darlehensvertragstext ist irrelevant. In diesem Fall sprach der Alleinerwerb des beklagten Ehemanns schon gegen eine Mitdarlehensnehmerschaft der Ehefrau. Die Tatsache, dass sie mit der Familie bis zur Zwangsversteigerung das fragliche Hausgrundstück mitbewohnt hat, stellt nur einen flüchtigen, mittelbaren Vorteil dar, der zur Begründung einer Mitdarlehensnehmerschaft nicht ausreicht. Im Weiteren wiederholt der BGH seine nunmehr zwischen den Senaten übereinstimmende Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von einkommens- und vermögenslosen nahen Angehörigen. Insbesondere stellt er klar, dass die Stellung anderweitigen Sicherheiten die krasse finanzielle Überforderung des Mithaftenden nur dann ausschließt, wenn sie das Mithaftungsrisiko des Betroffenen in rechtlich gesicherter Weise auf ein vertretbares Maß beschränken.

**Prüfungsrelevanz:**

Insbesondere im Recht der Kreditsicherheiten sind von den Examenskandidaten fundierte Kenntnisse der diesbezüglich ergangenen Judikatur notwendig, da sich die meisten Fallfragen und Problematiken nicht mehr allein anhand des Gesetzestextes lösen lassen. So lassen sich zum Beispiel ganze Arten von Kreditsicherungsmitteln nur durch das Studium von Rechtsprechung und Literatur erschließen (Sicherungsübereignung, -grundschuld, -zession, Schuldmitübernahme, Forderungsgarantie). Aber auch entsprechende Schutzinstrumente, um den die Sicherheit gewährenden Dritten vor dem Kreditgeber zu schützen, lassen sich nur durch die Kenntnis der hierzu ergangenen Rechtsprechung erlernen (z.B. Sittenwidrigkeit von Bürgschaften und Schuldmitübernahmen von einkommens- und vermögenslosen nahen Angehörigen oder Lebensgefährten).

Dem Justizprüfungsamt bietet sich durch Klausuren aus diesem Themengebiet die Möglichkeit, zu überprüfen, inwieweit der Prüfling sich auch mit der aktuellen Rechtsprechung auseinander gesetzt hat.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung zwischen Mithaftendem und Darlehensnehmer: *BGH*, NJW 2002, 744 und 755 = RA 2002, 211; *Bülow*, LM Heft 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101; *Tiedtke*, NJW 1999, 1201

**Kursprogramm:**

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

**Leitsatz:**

**Zur Abgrenzung zwischen Mitdarlehensnehmerschaft und einseitig verpflichtender Mithaftung eines einkommens- und vermögenslosen Ehepartners.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten vor allem noch über die Wirksamkeit einer Mitverpflichtung der Bekl. aus einem Darlehensvertrag. Am 15. 7. 1994 gewährte die klagende Sparkasse dem Bekl. zu 2, einem Immobilienmakler, ein variabel verzinsliches Darlehen über 800 000 DM zu einem Zinssatz von zunächst 6,75% p. a., rückzahlbar in monatlichen Zins- und Tilgungsraten von anfänglich 5170 DM. Der Vertrag wurde von der Bekl. zu 1 (nachfolgend: Bekl.), seiner Ehefrau, mit-

unterzeichnet. Nach dem Willen der Vertragsparteien sollte mit dem Kredit das von ihrem Ehemann am 19. 4. 1994 allein erworbene Hausgrundstück finanziert werden. Gesichert wurden das Darlehen sowie alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Kl. gegen die Darlehensnehmer durch eine Grundschuld über 1,07 Mio. DM an dem vom Ehemann der Bekl. erworbenen Grundstück. Nachdem mehrere Zins- und Tilgungsraten nicht geleistet worden waren, kündigte die Kl. den Darlehensvertrag mit Schreiben vom 24. 5. 1996 fristlos. In der Folgezeit betrieb sie die Zwangsversteigerung der belasteten Immobilie und verrechnete den ihr zugeflossenen Erlös von 730 101,86 DM vorrangig mit anderen Forderungen gegen den Ehemann der Bekl., so dass nur noch ein Betrag von 161 392,68 DM auf das ausgereichte Darlehen entfiel. Die vermögenslose Bekl., die nach ihren Angaben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im sechsten Monat schwanger und deshalb nicht mehr in der Lage war, ihrer mit maximal 1200 DM brutto monatlich vergüteten Halbtagsstätigkeit im Büro ihres Ehemanns nachzugehen, ist der Auffassung, die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags stelle eine sie finanziell krass überfordernde und überdies wegen besonders belastender Umstände sittenwidrige Schuldmitübernahme dar.

Das LG hat der Klage zum großen Teil stattgegeben und die beklagten Eheleute wegen des geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruchs als Gesamtschuldner zur Zahlung von 597255,45 DM zuzüglich Zinsen verurteilt. Ihre Berufungen sind erfolglos geblieben. Von den beiden Revisionen ist nur die der Bekl. angenommen worden. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte bezüglich des ihr gegenüber geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruchs zur Abweisung der Klage.

### **Aus den Gründen:**

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

Das BerGer. hat die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags durch die Bekl. für eine wirksame Mithaftungserklärung gehalten und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Die von der Bekl. übernommene Mithaftung überfordere sie trotz fehlenden eigenen Einkommens und Vermögens nicht in krasser Weise. Eine andere Betrachtungsweise lasse die Besonderheit außer Acht, dass das Darlehen nicht für lange Zeit habe aufgenommen werden müssen, sondern nur deshalb, weil der Kaufpreis von 3,3 Mio. DM für die von ihrem Ehemann veräußerte Gesellschaftsbeteiligung noch nicht bezahlt worden sei. Dass die Kaufpreisfor-

derung schon bei der Kreditaufnahme endgültig uneinbringlich gewesen sei, sei von der Bekl. nicht schlüssig vorgetragen. Vor allem stehe der Annahme einer krassen finanziellen Überforderung entgegen, dass sie auf Grund der mit ihrem Ehemann getroffenen Vereinbarungen über die Mithaftungsübernahme im Innenverhältnis einen gleich hohen Aufwendungsersatzungs- oder Ausgleichsanspruch erworben habe. Diese Ansprüche seien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses durchaus realisierbar gewesen, weil die Eheleute damals noch die Kaufpreiszahlung für die veräußerten Geschäftsanteile erwartet hätten. Außerdem sei nicht schlüssig vorgetragen, dass die Bekl. nicht bereits bei Abgabe der Mithaftungserklärung mit der finanziellen Unterstützung ihrer Schwiegereltern habe rechnen können. Dagegen sprächen zumindest die erheblichen Geldbeträge über rund 800 000 DM, die diese ihr ab Dezember 1995, also schon vor der Inanspruchnahme durch die Kl., hätten zukommen lassen. Den Beweis, dass die Mithaftungsübernahme nach einer verharmlosenden Erklärung der Kl. nur „pro forma“ habe erfolgen sollen oder von ihr erzwungen worden sei, sei die Bekl. schuldig geblieben.

#### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Die durch die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags über 800 000 DM übernommene Mithaftung der Bekl. verstößt, wie die Revision zutreffend rügt, gem. § 138 I BGB gegen die guten Sitten und ist damit nichtig. Die Ansicht des BerGer., die einkommens- und vermögenslose Bekl. sei nicht finanziell krass überfordert, ist unhaltbar.

#### *1. Stellung der Bekl. nur als Mithaftende und nicht als Mitdarlehensnehmerin*

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des BerGer., dass die Bekl. durch die Mitunterzeichnung des Darlehensvertrags nach dem Willen aller Beteiligten keine gleichberechtigte Kreditnehmerin, sondern bloße Mithaftende werden sollte.

#### *1. Zu den Abgrenzungskriterien zwischen Mitdarlehensnehmer und -haftenden*

Echter Mitdarlehensnehmer ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nur, wer ein eigenes — sachliches und/oder persönliches — Interesse an der Kreditaufnahme hat und als im Wesentlichen gleichberechtigter Partner über die Auszahlung sowie die Verwendung der Darlehensvaluta mitentscheiden darf (BGHZ 146, 37 [41] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; Senat, NJW 1999,



135 = LM H. 3/1999 § 138 [Bb] BGB Nr. 90 = WM 1998, 2366, und NJW 2002, 744 = LM H. 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101 = WM 2002, 223 [224]). Ob diese Voraussetzungen im konkreten Einzelfall erfüllt sind, beurteilt sich ausschließlich nach den für die finanzierende Bank erkennbaren Verhältnissen auf Seiten der Mitdarlehensnehmer. Die kreditgebende Bank hat es daher nicht in der Hand, etwa durch eine im Darlehensvertrag gewählte Formulierung wie zum Beispiel „Mitdarlehensnehmer“, „Mitantragsteller“, „Mitschuldner“ oder dergleichen einen bloß Mithaftenden zu einem gleichberechtigten Mitdarlehensnehmer zu machen und dadurch den Nichtigkeitsfolgen des § 138 I BGB zu entgehen (st. Rspr., z.B. Senat, NJW 2002, 744 = LM H. 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101 = WM 2002, 223 [224] m. w. Nachw.). Danach durfte das BerGer. die Willenserklärung der Bekl. bei wertender Betrachtung gem. §§ 133, 157 BGB durchaus als Schuldmitübernahme deuten. Zwar hat es seine Auffassung nicht einmal ansatzweise begründet, sondern eine Mitgläubiger- und gleichgründige Gesamtschuldnerschaft der Eheleute offenbar erst gar nicht in Betracht gezogen. Da in dieser Frage weiterer Sachvortrag der Prozessparteien nicht zu erwarten ist, kann der erkennende Senat aber die gebotene Vertragsauslegung selbst vornehmen (vgl. etwa BGHZ 124, 39 [45] = NJW 1994, 188 = LM H. 5/1994 § 229 BGB Nr. 3).

## 2. Abgrenzung im vorliegenden Fall

Nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden diente die Kreditaufnahme über 800 000 DM ausschließlich zur Finanzierung des Kaufpreises für das nur vom Ehemann der Bekl. bereits vor Abschluss des Darlehensvertrags erworbene Hausgrundstück. Dafür, dass die Bekl. gleichwohl über die Auszahlung und Verwendung der Darlehensvaluta als im Wesentlichen gleichberechtigte Vertragspartei mitbestimmen durfte und von einem solchen Recht ganz oder teilweise Gebrauch gemacht hat, ist nichts ersichtlich. Nach ihrer unwiderlegten Darstellung ist vielmehr davon auszugehen, dass sie, die mit dem Kauf der „Jugendstilvilla“ nicht einverstanden war, auf Grund der mit ihrem Ehemann getroffenen Vereinbarung lediglich die Mithaftung für das Darlehen übernehmen sollte. Der Umstand, dass die zu finanzierende Immobilie bis zur Zwangsversteigerung durch die Kl. von der ganzen Familie der Bekl. bewohnt wurde, deutet entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung keineswegs darauf hin, dass die Bekl. gleichberechtigte Mitdarlehensnehmerin sein sollte, sondern lenkt nur den Blick auf einen regelmäßig nicht einmal zuverlässig feststellbaren und häufig

nur flüchtigen mittelbaren Vorteil der Bekl. aus der Kreditaufnahme.

## II. Krasse finanzielle Überforderung der Bekl. durch die Darlehensmithaftung

Anders als das BerGer. angenommen hat, überforderte die Mithaftungsübernahme die Bekl. von Anfang an finanziell in krasser Weise, ohne dass sich für die Kl. entlastende Momente finden lassen.

### 1. Voraussetzungen für eine Sittenwidrigkeit durch krasse finanzielle Überforderung

Nach der inzwischen übereinstimmenden Rechtsprechung des IX. und des XI. Zivilsenats des BGH liegt eine solche Überforderung des Bürgen oder Mitverpflichteten bei nicht ganz geringen Bankschulden grundsätzlich vor, wenn er voraussichtlich nicht einmal die von den Darlehensvertragsparteien festgelegte Zinslast aus dem pfändbaren Teil seines Einkommens und Vermögens bei Eintritt des Sicherungsfalls dauerhaft tragen kann. In einem solchen Falle krasser finanzieller Überforderung ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung ohne Hinzutreten weiterer Umstände widerleglich zu vermuten, dass der dem Hauptschuldner persönlich nahe stehende Bürge oder Mithaftende die für ihn ruinöse Personalsicherheit allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und der Kreditgeber dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGHZ 136, 346 [351]; 146, 37 [47]; BGH, NJW 2000, 1182; Senat, NJW 2002, 746; Senat, NJW 2002, 744; NJW 2002, 2228; NJW 2002, 2230).

### 2. Feststellung einer solchen krassen finanziellen Überforderung im vorliegenden Fall

So ist es hier. Nach dem unwidersprochenen Sachvortrag der Bekl. war sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im sechsten Monat schwanger, nicht mehr halbtags in dem Betrieb ihres Ehemanns als Bürokräft tätig und infolgedessen ohne eigenes Einkommen. Da eine ganztägige Berufsausübung mit einem erheblich höheren Monatsgehalt als die vorher bezogenen 1200 DM brutto in absehbarer Zeit nicht realistisch erschien und ein eigenes nennenswertes Vermögen nicht vorhanden war, konnte sie aus der maßgebenden Sicht eines rational handelnden Kreditgebers voraussichtlich auch zukünftig nicht einmal die im Darlehensvertrag vereinbarten Zinsen von mehr als 4000 DM monatlich allein aufbringen. Entgegen der Auffassung des BerGer. liegen auch keine besonderen Umstände vor, die es rechtfertigen, eine krasse finanzielle Überforderung der Bekl. zu verneinen.

*a. Kurzweiligkeit des Kredits ohne Belang*

Darauf, ob der gesamte Kredit nach dem Willen der Vertragschließenden schon nach kurzer Zeit mit dem Erlös aus dem Verkauf der Gesellschaftsbeteiligung des Ehemanns der Bekl. wieder zurückgezahlt werden sollte, kommt es — wie die Revision zu Recht geltend macht — nicht entscheidend an. Wenn das BerGer. von der Bekl. den Nachweis verlangt, dass die Kaufpreisforderung über 3,3 Mio. DM bereits bei Abgabe der sonst ruinösen Mithaftung endgültig uneinbringlich gewesen sei, verkennt es, dass bei der Beurteilung der finanziellen Überforderung allein auf die Leistungsfähigkeit des Mithaftenden abzustellen ist (BGHZ 146, 37 [43] = 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]) und die Mithaftungserklärung gerade dann zum Tragen kommen soll, wenn der Hauptschuldner (unvorhergesehen) seiner Verpflichtung nicht nachkommt. Im Übrigen enthält der Darlehensvertrag, der die Zinsanpassung für einen Zeitraum von zehn Jahren regelt, keinerlei Hinweis darauf, dass es sich nach dem ursprünglichen Willen der Vertragsparteien nur um eine kurzfristige Zwischenfinanzierung handeln sollte.

*b. Interne Ausgleichsansprüche ohne Belang*

Auch die weitere Annahme des BerGer., der Bekl. habe als bloße Mithaftende jedenfalls zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Innenverhältnis ein die krasse finanzielle Überforderung voll ausgleichender Aufwendungsersatz- oder Ausgleichsanspruch gegen ihren primär haftenden Ehemann zugestanden, trägt die getroffene Entscheidung nicht. Eine Bürgschaft oder Mithaftung wird, wie dargelegt, von dem Betroffenen regelmäßig für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners oder anderer vergleichbarer Leistungshindernisse übernommen. Nach gefestigter Rechtsprechung sowohl des IX. als auch des XI. Zivilsenats des BGH (s. z. B. BGHZ 146, 37 [43] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99 m. w. Nachw.) ist bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Personalsicherheit daher die bei Vertragsabschluss vielleicht noch vorhandene Finanzkraft des Darlehensnehmers grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, sondern nur das pfändbare Einkommen und Vermögen des Sicherungsgebers. Davon ausgehend ist von vornherein ausgeschlossen, dass schuldrechtliche Befreiungs- oder Regressansprüche des Bürgen oder Mithaftenden gegen den Hauptschuldner, zumal wenn sie — wie hier — völlig ungesichert sind, bei der Prüfung der Wirksamkeit der Bürgschaft oder Mithaftung eine Rolle spielen.

*c. Zuwendungen der Schwiegereltern ebenfalls ohne Belang*

Rechtsfehlerhaft ist auch die Berücksichtigung von Zuwendungen der Schwiegereltern bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Bekl. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand keine hinreichend gesicherte Aussicht der Bekl. auf eine gegenüber der Darlehenssumme ins Gewicht fallende finanzielle Unterstützung durch ihre Schwiegereltern. Denn abgesehen davon, dass die Gelder nach ihrem unwidersprochen gebliebenen Vortrag erst ab Dezember 1995, also nach der bereits im Sommer 1994 abgegebenen Mithaftungserklärung geflossen sind, handelt es sich durchweg um Leistungen, auf die sie keinen Anspruch hatte und die auch nicht, wie es grundsätzlich erforderlich gewesen wäre (vgl. BGHZ 132, 328 [336] = NJW 1996, 2088 = LM H. 9/1996 § 765 BGB Nr. 108), zum Gegenstand von Verhandlungen über ihre künftig zu erwartende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemacht worden sind.

*d. Grundschuldbestellung als Sicherheit für das Darlehen ohne Belang*

An der krassen finanziellen Überforderung der Bekl. ändert schließlich auch die von ihrem Ehemann bestellte Grundschuld über 1,07 Mio. DM nichts. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind anderweitige Sicherheitsleistungen des Kreditnehmers — vor allem dingliche Sicherheiten — grundsätzlich nur dann zu berücksichtigen, wenn sie das Mithaftungsrisiko des Betroffenen in rechtlich gesicherter Weise auf ein vertretbares Maß beschränken (vgl. etwa BGHZ 136, 347 [3S2f.] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGHZ 146, 37 [44] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99 m. w. Nachw.). Diese engen Voraussetzungen erfüllt die Grundschuld, die — insoweit rechtlich unbedenklich — nicht nur das Darlehen über 800 000 DM, sondern auch alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen der Kl. gegen den Ehemann der Bekl. sichern sollte, nicht (vgl. Nobbe/Kirchhof, BKR 2001, 5 [10]).

*3. Keine Widerlegung der Vermutung zur Sittenwidrigkeit der Darlehensmithaftung durch die Kl.*

Nach der zitierten st. Rspr. des BGH (s. z. B. BGHZ 146, 37 [45] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; Senat, NJW 2002, 744 = LM H. 5/2002 § 138 [Bb] BGB Nr. 101 = WM 2002, 223 [225]) lag es demnach bei der Kl., im Einzelnen darzulegen und notfalls zu beweisen, dass die Bekl. die ruinöse Mithaftung entgegen der allgemeinen Lebenserfahrung nicht aus emotionaler Bindung an ihren Ehemann, sondern auf Grund eines im Wesentlichen

autonomen und eigenverantwortlichen Entschlusses übernommen hat. Dafür ist jedoch nichts vorgetragen oder den Umständen zu entnehmen.

### C. Entscheidung

Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 564 I

ZPO a. F.). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 565 III Nr. 1 ZPO a. F.) und die Klage gegen die Bekl. abweisen, soweit sie sich auf die Rückzahlung des restlichen Darlehens richtet.

## Standort: Familienrecht

## Problem: Schadensersatz bei Umgangsverweigerung

BGH, URTEIL VOM 19.06.2002  
XII ZR 173/00 (NJW 2002, 2566)

### Problemdarstellung:

Bei diesem Revisionsurteil musste sich der BGH mit der Frage auseinandersetzen, ob ein umgangsberechtigter Elternteil vom sorgeberechtigten Elternteil Schadensersatz für frustrierte Mehraufwendungen leisten muss, weil der sorgeberechtigte Elternteil den gerichtlich geregelten Umgang mit dem gemeinsamen Kind verhindert oder beeinträchtigt.

Der BGH hat die Frage, ob das Umgangsrecht des nicht-sorgeberechtigten Elternteils als ein "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I BGB verletzt werden kann und damit Schadensersatzpflichten auslösen kann, offen gelassen. Zumindest hat er diese Schadensersatzmöglichkeit nicht gänzlich ausgeschlossen, da das Umgangsrecht nicht nur gegenüber dem sorgeberechtigten Ehegatten, sondern auch gegenüber Dritten geltend gemacht werden kann und damit als absolutes Recht i.S.d. § 823 I BGB bewertet werden kann.

Jedoch entsteht zwischen dem sorgeberechtigten und dem umgangsberechtigten Elternteil ein gesetzliches Schuldverhältnis familienrechtlicher Art, das durch § 1634 I 2 BGB a.F. / §1684 II 1 BGB näher ausgestaltet wird und an dem das Kind als Begünstigter teilhat. Da die mit der Ausübung des Umgangsrechts verbundenen Kosten grundsätzlich vom Umgangsberechtigten zu tragen sind, umfasst dieses gesetzliche Rechtsverhältnis die Pflicht, bei der Gewährung des Umgangs auf die Vermögensbelange des Umgangsberechtigten Bedacht zu nehmen und diesem die Wahrnehmung seines Umgangsrechts mit dem Kind nicht durch die Auferlegung unnötiger Vermögensopfer zu erschweren oder gar — dem Kindeswohl und Kindesrecht zuwider — für die Zukunft zu verleiden. Eine Verletzung dieser Verpflichtung kann — unter Heranziehung der zur positiven Forderungsverletzung entwickelten Grundsätze (neu: § 280 I BGB) — Schadensersatzpflichten des Verletzers gegenüber dem umgangsberechtigten Elternteil auslösen.

Allenfalls das Bestehen eines sachlichen Grundes für

die Umgangsverweigerung mag eine solche Schadensersatzpflicht begründen. Da aber der Umgang familiengerichtlich festgelegt worden ist, besteht ein solcher sachlicher Grund nicht.

### Prüfungsrelevanz:

Zwar mag das Familienrecht als Nebengebiet nur eine untergeordnete Rolle im Staatsexamen spielen, jedoch ist das Studium dieser Entscheidung des BGH in zweifacher Hinsicht prüfungsrelevant.

Zum einen wird der Inhalt und Umfang der elterlichen Sorge als ein "sonstiges Recht", dessen Verletzung Schadensersatzpflichten gemäß § 823 I BGB begründen kann, Stellung genommen. Vor allem was an die mögliche Anwendbarkeit zwischen sorgeberechtigten und umgangsberechtigten Elternteil betrifft.

Zum anderen beschäftigt sich das Urteil mit der Anwendbarkeit des allgemeinen Schuldrechts in Form der p.F.V. (neu: § 280 I BGB) auf das gesetzliche Schuldverhältnis zwischen sorgeberechtigten und umgangsberechtigten Elternteil.

### Vertiefungshinweise:

☐ Zur vorliegenden Problematik: *BGH*, NJW 1995, 717; NJW 1992, 2014; *Teichmanis*, LM H. 11/1992 § 823 (Ac) BGB Nr. 56; *BVerfG*, NJW 2002, 1863; *Oelkers*, FPR 2002, 248.

### Leitsatz:

**Der umgangsberechtigte Elternteil kann vom anderen Elternteil Schadensersatz verlangen, wenn ihm der andere Elternteil den Umgang nicht in der vom Familiengericht vorgesehenen Art und Weise gewährt und ihm daraus Mehraufwendungen entstehen.**

### Sachverhalt:

Die Parteien sind die Eltern des am 12. 9. 1990 geborenen Kindes L. Der Kl. verlangt von der Bekl. den Ersatz von Mehraufwendungen, die ihm nach seiner Behauptung auf Grund des Verhaltens der Bekl. im

Zusammenhang mit der Wahrnehmung seines Rechts zum Umgang mit dem Kind entstanden sind. Das FamG hat durch Verbundurteil vom 2. 2. 1996 die Ehe der Parteien geschieden, die elterliche Sorge für L der Bekl. übertragen und den Umgang des Kl. mit L für die Zeit bis zu deren Einschulung geregelt. Nach dieser Regelung sollte der Kl. sein Umgangsrecht an genau bestimmten Wochenenden am Wohnsitz von Mutter und Kind in M. und Umgebung ausüben. An ebenfalls genau bestimmten anderen Wochenenden und zu bestimmten Ferienzeiten sollte das Kind den Kl. an dessen Wohnsitz in B. besuchen. Zu diesem Zweck sollte die Mutter das Kind zum Flughafen F. bringen. L sollte dann — mit einem Begleitservice der Fluglinie — nach B. fliegen und am Flughafen B. von dem Kl. in Empfang genommen werden. Für die Rückreise sollte umgekehrt verfahren werden. In einem isolierten Umgangsverfahren hat das FamG durch Beschluss vom 21. 2. 1996 den Umgang erneut und in gleicher Weise geregelt, weil die vorangehende Regelung im Verbundurteil nicht vor dessen Rechtskraft wirksam würde. Gegen beide Entscheidungen haben die Bekl. und das Jugendamt Beschwerde eingelegt. Auf diese Beschwerden hat das OLG am 4. 4. 1996 eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme einer bereits vom FamG befassten Sachverständigen eingeholt; mit Beschluss vom 26. 8. 1996 hat es unter Zurückweisung der Beschwerden im Übrigen den Umgang des Kl. mit dem Kind für die Zukunft neu geregelt:

Der regelmäßige Umgang wurde auf Besuche des Kl. in M. und Umgebung begrenzt; Flugreisen des Kindes nach B. wurden auf Ferienbesuche beim Kl. beschränkt. In der Zeit zwischen der Entscheidung des FamG (vom 21. 2. 1996) und dem abändernden Beschluss des OLG (vom 26. 8. 1996) lehnte die Bekl. es an insgesamt sechs der vom AG für einen Besuch des Kindes in B. festgelegten Termine ab, das Kind zum Flughafen F. zu bringen. Der Kl. holte daraufhin das Kind jeweils mit seinem Kraftfahrzeug in M. ab und fuhr mit ihm nach B.; von dort schickte er das Kind unter Inanspruchnahme des Begleitservice mit dem Flugzeug nach F. zurück, wo L von der Bekl. abgeholt wurde. Mit der Klage fordert der Kl. Ersatz von Aufwendungen, die ihm nach seiner Behauptung für seine Autofahrten und die Rückflüge des Kindes entstanden sind und diejenigen Kosten übersteigen, die ihm bei Einhaltung der vom AG getroffenen (Hin- und Rückflug-)Regelung entstanden wären.

Das AG — FamG — hat der Klage teilweise entsprochen. Das OLG hat auf die Berufung der Bekl. die Klage abgewiesen und die Berufung des Kl. zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt

der Kl. sein erstinstanzliches Anliegen weiter. Das Rechtsmittel führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### *Aus den Gründen:*

##### *A. Statthaftigkeit der Revision trotz Streitverfahren*

Das Rechtsmittel ist statthaft. Da das BerGer. die Sache als Streitverfahren — nicht als Familiensache — angesehen hat und diese (im Übrigen zutreffende, § 23 b GVG) Beurteilung das RevGer. bindet (§ 549 II ZPO, vgl. etwa Senat, BGHR ZPO § 549 Abs. 2 n. F. — Familiensache 2), konnte das OLG die Zulassung der Revision zwar nicht auf den von ihm angeführten § 621 e I 2 ZPO stützen. Der Ausspruch über die Zulassung der Revision rechtfertigt sich aber aus § 546 I 1 i. V. mit § 545 ZPO. Der Umstand, dass das erstinstanzliche Gericht die Sache als Familiensache behandelt und damit den Rechtszug zum OLG eröffnet hat, obwohl bei richtiger Verfahrensweise der zivilgerichtliche Rechtsweg vom AG als Prozessgericht zum LG als BerGer. geführt hätte, steht der Statthaftigkeit der Revision nicht entgegen.

##### *B. Ergebnis der Revision*

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Es führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das RevGer.

##### *I. Grundsatz zur Schadensersatzpflicht bei Umgangsverweigerung*

Nach Auffassung des OLG lässt sich zwar das elterliche Sorgerecht als ein „sonstiges Recht“, dessen Verletzung Schadensersatzpflichten aus § 823 I BGB begründen kann, verstehen. Dies folge aus der Funktion des Sorgerechts als eines absoluten Abwehrrechts: Es stehe dem Sorgerechtsinhaber gegenüber allen Dritten (einschließlich des anderen Elternteils) zu, umfasse insbesondere das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es widerrechtlich vorenthalte, und schließe außerdem die Befugnis ein, den Umgang des Kindes mit Wirkung für und gegen Dritte zu bestimmen. Demgegenüber sei die Umgangsbefugnis des nicht sorgeberechtigten Elternteils eine relative Rechtsposition, die nur im Verhältnis Umgangsberechtigter — Sorgerechtsinhaber Rechte und Pflichten entfalte und jedenfalls in der Regel von einem Dritten nicht gestört werden könne.

Es ist zweifelhaft, ob diese Sicht richtig ist (anders etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 21. 12. 2001 — 5 UF 78/01, zur Veröff. bestimmt in FamRZ H. 15/2002; Soergel/Strätz, BGB, 12. Aufl., § 1634 Rdnr. 5; Erikan/Michalski, BGB, 10. Aufl., § 1684 Rdnr. 5; Stau-

dinger/Rauscher, BGB, 13. Bearb., § 1684 Rdnr. 25; RGZ 141, 319 [320], auf der Grundlage der Annahme, das Umgangsrecht sei ein dem Berechtigten verbliebener Teil der elterlichen Gewalt; vgl. auch BGH, NJW 1999, 1344 = FamRZ 1999, 651 [652]: „absolutes... Recht“). Zum einen besteht das Umgangsrecht nicht nur gegenüber dem Sorgeberechtigten, sondern gegenüber jedem, in dessen Obhut sich das Kind befindet. Das Umgangsrecht stellt sich deshalb auch nicht als ein Gegenrecht zur elterlichen Sorge dar, sondern kann vielmehr auch dem Sorgerechtsinhaber selbst zustehen — so etwa gegenüber einem Dritten, bei dem das Kind sich berechtigterweise auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten aufhält (vgl. etwa §§ 1632 IV, 1682 BGB). Zum anderen sind ohne weiteres Situationen vorstellbar, in denen Bezugspersonen des Kindes oder Angehörige des sorgeberechtigten Elternteils versuchen, den Umgang des anderen Elternteils mit dem Kind zu verhindern oder zu beeinträchtigen; in solchen Fällen wird sich ein Bedürfnis, solchen Beeinträchtigungen — auch über den von der Wohlverhaltenspflicht des § 1684 II 1 BGB gezogenen Rahmen hinaus — nach Maßgabe des § 1004 I i. V. mit § 823 I BGB zu begegnen (Soergel/Strätz, § 1634 Rdnr. 5; Staudinger/Rauscher, § 1684 Rdnr. 25), nicht ohne weiteres von der Hand weisen lassen. Die Frage kann hier aber dahinstehen. Das jedem Elternteil von § 1634 I 1 BGB a. F. (§ 1684 I 1 BGB) eröffnete Recht zum Umgang mit dem Kind begründet nämlich — worauf auch das OLG zu Recht hinweist — zwischen dem Umgangsberechtigten und dem zur Gewährung des Umgangs Verpflichteten ein gesetzliches Rechtsverhältnis familienrechtlicher Art, das durch § 1634 I 2 BGB a. F. (§ 1684 II 1 BGB) näher ausgestaltet wird und an dem das Kind als Begünstigter teilhat. Da die mit der Ausübung des Umgangsrechts verbundenen Kosten grundsätzlich vom Umgangsberechtigten zu tragen sind (Senat, NJW 1995, 717 = LM H. 4/1995 § 1361 BGB Nr. 65 = FamRZ 1995, 215), umfasst dieses gesetzliche Rechtsverhältnis die — auch im wohlverstandenen Interesse des Kindes liegende — Pflicht, bei der Gewährung des Umgangs auf die Vermögensbelange des Umgangsberechtigten Bedacht zu nehmen und diesem die Wahrnehmung seines Umgangsrechts mit dem Kind nicht durch die Auferlegung unnötiger Vermögensopfer zu erschweren oder gar — dem Kindeswohl und Kindesrecht zuwider — für die Zukunft zu verleiden. Eine Verletzung dieser Verpflichtung kann — unter Heranziehung der zur positiven Forderungsverletzung entwickelten Grundsätze — Schadensersatzpflichten des Verletzers gegenüber dem umgangsberechtigten Elternteil auslösen.

## II. Überprüfung des vorliegenden Falls auf eine solche Schadensersatzpflicht

### 1. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das OLG geht allerdings davon aus, dass nicht jeder Verstoß gegen die Vermögensinteressen des umgangsberechtigten Elternteils eine Schadensersatzpflicht begründet.

Diese Einschränkung ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass der Wahrnehmung auch eines gerichtlich angeordneten Umgangsrechts eine Vielzahl von Umständen entgegenstehen könne, welche — je nach ihrem Gewicht — die Verweigerung eines konkreten Umgangstermins unter dem Aspekt des Kindeswohls als geboten, gerechtfertigt oder jedenfalls in einem milderen Licht erscheinen lassen könnten. Das für die notwendige Abgrenzung maßgebende Kriterium erblickt das OLG dabei im Rechtsmissbrauch. Zwar dürfe der Sorgerechtsinhaber das Umgangsrecht des anderen Elternteils nicht nach Lust und Laune verweigern. Der notwendige Schutz der Vermögensinteressen des anderen Elternteils sei jedoch ausreichend gewährleistet, wenn ein Schadensersatzanspruch nicht bei jeder Umgangsverweigerung, sondern nur bei einem missbräuchlichen Verhalten des Sorgerechtsinhabers in Betracht gezogen werde. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des BGH, die einen Schadensersatzanspruch unter Ehegatten wegen verweigerter steuerlicher Zusammenveranlagung ausdrücklich davon abhängig gemacht habe, dass diese ohne sachlichen Grund, also missbräuchlich, verweigert worden sei.

### 2. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht uneingeschränkt stand.

Ein Rechtsmissbrauch, auf den das OLG maßgebend abstellt, liegt vor, wenn der Inhaber einer formalen Rechtsposition von dieser in zu missbilligender Weise Gebrauch macht. Um einen solchen Rechtsmissbrauch geht es in den Fällen einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Umgangsrechts indes nicht, jedenfalls nicht notwendigerweise. Derjenige, in dessen Obhut sich das Kind berechtigterweise befindet und der dem Elternteil deshalb den Umgang zu gewähren hat, nimmt, wenn er dessen Umgang mit dem Kind ausschließt oder einschränkt, nämlich nicht ein eigenes Recht wahr, dessen Gebrauch anhand des Missbrauchskriteriums überprüft werden könnte. Er verhindert vielmehr — im Gegenteil — die Durchsetzung eines Rechts und die Erfüllung einer Pflicht (s. § 1684 I Halbs. 2 BGB) des anderen Elternteils. Soweit das OLG als Beleg für seine Auffassung das Urteil des

Senats vom 13. 10. 1976 (NJW 1977, 378 = LM § 1381 BGB Nr. 8 = FamRZ 1977, 38 [40 f.]) heranziehen will, geht es von einem unzutreffenden Verständnis dieser Entscheidung aus. Der Senat hat dort die Verpflichtung eines Ehegatten, einer gemeinsamen Einkommensteuerveranlagung mit dem anderen Ehegatten zuzustimmen, nicht — wie das OLG meint — an das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs geknüpft; er hat sie vielmehr davon abhängig gemacht, dass die Zusammenveranlagung dem anderen Ehegatten steuerliche Vorteile bringt, ohne den um Zustimmung ersuchten Ehegatten steuerlich zusätzlich zu belasten.

Auch das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Umgangsverweigerung, auf welches das OLG abstellt, bietet für sich genommen kein, geeignetes Kriterium, um nicht schadensersatzpflichtige Verhaltensweisen von schadensersatzbegründenden Verhaltensweisen im Zusammenhang mit einer Untersagung oder Beschneidung des Umgangsrechts auszuschließen. Bei Anknüpfung allein an dieses Merkmal würde nämlich in Fällen der vorliegenden Art übersehen, dass das Recht und die Pflicht (vgl. § 1684 I Halbs. 2 BGB) des Elternteils zum Umgang mit seinem Kind durch eine familiengerichtliche Entscheidung konkretisiert worden ist. Mit dem Wirksamwerden der familiengerichtlichen Entscheidung sind alle Beteiligten an diese Konkretisierung des Pflichtrechts gebunden. Das schließt grundsätzlich die Befugnis des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils aus, sich der Wahrnehmung des so konkretisierten Pflichtrechts durch den anderen Elternteil zu verweigern, mögen aus seiner Sicht auch beachtliche Gründe des Kindeswohls gegen die familiengerichtliche Regelung sprechen; denn die ordnende Wirkung dieser Regelung wäre obsolet, könnte jeder Elternteil seine eigene Bewertung des Kindeswohls an die Stelle der gerichtlichen Würdigung setzen.

Soweit ein Elternteil die gerichtliche Einschätzung der Belange des Kindeswohls durch das FamG nicht teilt, hat er die Möglichkeit, seiner abweichenden Beurteilung im Wege der Beschwerde Geltung zu verschaffen. Die von ihm eingelegte Beschwerde hindert die fortgeltende Verbindlichkeit der familiengerichtlichen Entscheidung allerdings nicht; sie erlaubt insbesondere nicht, der familiengerichtlichen Regelung in der Hoffnung auf eine der Beschwerde stattgebende Entscheidung des OLG bis auf weiteres die Gefolgschaft zu versagen. Das gilt auch dann, wenn — wie im vorliegenden Fall — das BeschwGer. vor einer Entscheidung über die Beschwerde weitere Ermittlungen für notwendig erachtet und die Beteiligten hiervon in Kenntnis setzt. Das BeschwGer. hat in solchen Fällen die Möglichkeit, durch einstweilige An-

ordnung die Vollziehung der familiengerichtlichen Entscheidung auszusetzen oder diese durch eine eigene vorläufige Regelung zu modifizieren (§ 24 III FGG). Macht das BeschwGer. von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, hat es — bis zur Entscheidung über die Beschwerde — bei der familiengerichtlichen Regelung sein Bewenden.

Unbeschadet bleibt auch die Möglichkeit des zur Gewährung des Umgangs verpflichteten Elternteils, bei dem FamG selbst auf eine Änderung der Umgangsregelung — in dringlichen Fällen im Wege der einstweiligen oder vorläufigen Anordnung — anzutragen. Das wird sich dann empfehlen, wenn neue, vom FamG nicht berücksichtigte Entwicklungen die strikte Einhaltung der bereits getroffenen Regelung erschweren oder aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls als unzulässig erscheinen lassen. Die dem FamG eröffnete Möglichkeit, auf Dauer angelegte Regelungen jederzeit zu ändern, ermöglicht es den Beteiligten nicht nur, auf neue Entwicklungen durch entsprechende Anregungen flexibel zu reagieren. Diese Möglichkeit begründet vielmehr — gleichsam als Kehrseite — auch das Verbot, eine vom FamG getroffene Regelung bei einem wirklichen oder vermeintlichen Änderungsbedarf einseitig und ohne erneute Befassung des Gerichts zu unterlaufen. Die grundsätzliche Bindung der Beteiligten an die familiengerichtliche Entscheidung schließt zwar nicht generell die Befugnis aus, zwingenden Belangen des Kindeswohls auch ohne vorherige familiengerichtliche Gestattung durch einseitige Maßnahmen Rechnung zu tragen. Für eine solche Befugnis ist jedoch regelmäßig nur insoweit Raum, als eine rechtzeitige erneute Befassung des FamG — auch im Wege eines Eilverfahrens — nicht möglich ist und die für eine Abweichung von der familiengerichtlichen Regelung geltend gemachten Belange erst nach dieser Regelung aufgetreten oder erkennbar geworden, jedenfalls aber vom FamG bei seiner Würdigung des Kindeswohls ersichtlich nicht bedacht worden sind. Eine von der Auffassung des FamG abweichende Beurteilung des Kindeswohls durch einen Beteiligten vermag dagegen auch in Eilfällen eine einseitige Abkehr von der familiengerichtlichen Regelung nicht zu rechtfertigen.

Angesichts dieser Möglichkeiten des zur Gewährung des Umgangs Verpflichteten erscheint die Befürchtung des OLG unbegründet, eine über den von ihm gezogenen Rahmen hinausgehende Schadensersatzpflicht könne zu einer Aushöhlung des § 33 FGG oder zu einer Umgehung der elterlichen Pflicht, auch die Belange des Kindes zu wahren, führen. Auch aus der Sicht des umgangsberechtigten und -verpflichteten Elternteils lässt dessen Möglichkeit, den Umgang mit

dem Kind — bei Verstoß des anderen Elternteils gegen eine bindende familiengerichtliche Regelung — auf dem Wege des § 33 FGG zu erzwingen, eine Schadensersatzpflicht nicht verzichtbar erscheinen. Das folgt nicht erst aus praktischen Schwierigkeiten, wegen des Umgangsrechts zu vollstrecken, zumal § 33 II 2 FGG n. F. eine gewaltsame Kindesherausgabe ohnehin verbietet; es ergibt sich bereits aus dem ganz unterschiedlichen Zweck dieser beiden rechtlichen Möglichkeiten. Die Zwangsmittel des § 33 FGG wollen die Wahrnehmung des Umgangsrechts ermöglichen; die Schadensersatzpflicht kompensiert die finanziellen Nachteile, die sich ergeben können, wenn der Umgang in der vorgesehenen Art und Weise nicht ermöglicht wird.

### III. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Bei Anlegung der dargestellten Maßstäbe hat die Bekl. mit ihrer Weigerung, die vom FamG festgelegte Umgangsregelung einzuhalten, gegenüber dem Kl. eine Pflichtverletzung begangen. Die — in den Gründen der angefochtenen Entscheidung angeführte — Überzeugung der Bekl., die in der familiengericht-

lichen Umgangsregelung vorgesehenen Flugreisen des Kindes von und nach B. seien dem Kindeswohl abträglich, vermögen diese Pflichtverletzung weder zu rechtfertigen noch zu entschuldigen. Die spätere, den Besorgnissen der Mutter teilweise Rechnung tragende Entscheidung des OLG ändert an der — nicht nur, wie das OLG meint, „formellen“ — Verbindlichkeit der familiengerichtlichen Entscheidung ebenso wenig wie an dem Gebot, eine vorläufige Änderung dieser Regelung nicht eigenmächtig, sondern nur mit den dafür vorgesehenen Mitteln einstweiligen oder vorläufigen Rechtsschutzes zu erwirken. Auch ein etwaiger Irrtum der Bekl. über diese Rechtslage hindert — weil vermeidlich (vgl. etwa BGHZ 118, 201 [208] = NJW 1992, 2014 = LM H. 11/1992 § 823 [Ac] BGB Nr. 56) — die Annahme einer schuldhaften Pflichtverletzung nicht.

Der Senat vermag allerdings in der Sache nicht abschließend zu entscheiden. Das OLG hat — von seinem Standpunkt aus folgerichtig — zur Höhe des vom Kl. geltend gemachten Schadens und zur Frage eines etwaigen Mitverschuldens des Kl. bei der Schadensentstehung keine Feststellungen getroffen. Die Sache war daher an das OLG zurückzuverweisen, damit es die erforderlichen Feststellungen nachholt.

## Standort: Bürgschaft

## Problem: Aufrechnungseinrede des Bürgen

BGH, URTEIL VOM 25.04.2002  
IX ZR 254/00 (NJW 2002, 2867)

### Problemdarstellung:

Die Kl. und die Streithelferin der Bekl. schlossen einen Vertrag, wonach die Kl. einen Ausbauhaus-Bausatz für ein von der Streithelferin durchzuführendes Bauvorhaben zu liefern; die Montage war Sache der Streithelferin. Zur Absicherung des Entgeltanspruchs der Kl. gab die Bekl. eine Bürgschaft ab. Nach Streitigkeiten zwischen der Kl. und der Streithelferin wegen Mängeln an dem gelieferten Bausatz wurde die Bekl. als Bürgin in Anspruch genommen, da die Streithelferin keine Zahlung wegen Aufrechnung mit Ersatzvornahmekosten und Minderungsrechten leistete. Die Bürgin berief sich auf die Aufrechnung durch die Streithelferin, während die Kl. auf einen vertraglichen Ausschluss von § 770 II BGB verwies.

Der BGH stellt in diesem Zusammenhang eine Abgrenzung zwischen § 770 II BGB und § 767 BGB dar. Nach § 770 II BGB kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich dieser durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner

befriedigen kann. Dieses Recht des Bürgen kann zwar vertraglich ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss hindert für sich allein den Bürgen aber nicht, sich darauf zu berufen, dass die Hauptschuld infolge einer — sei es durch den Gläubiger, sei es durch den Hauptschuldner — bereits erklärten Aufrechnung erloschen sei. Der Bürge haftet nach § 767 I BGB für die Hauptschuld nur in dem Umfang, in dem sie besteht; deshalb kann er auch etwaige dem Hauptschuldner zustehende Minderungsrechte geltend machen. Den Ausschluss dieser Rechte hat der Verzicht auf die Einrede nach § 770 BGB nicht zur Folge; denn anderenfalls würde es sich um die Vereinbarung einer Garantie handeln. Eine Garantieerklärung der Bekl. ist aber nicht festzustellen.

### Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH eignet sich dazu, die verschiedenen Verteidigungsmöglichkeiten als Bürge gegen eine Inanspruchnahme bei Aufrechnung durch den Hauptschuldner zu wiederholen. Als Bürge muss man zwischen der bereits vollzogenen Aufrechnung durch den Hauptschuldner und der bloßen Möglichkeit

zur Aufrechnung durch den Hauptschuldner differenzieren.

Hat der Hauptschuldner erfolgreich die Aufrechnung bereits erklärt, dann erlischt die Hauptschuld und aufgrund ihrer Akzessorietät auch die Bürgschaft zugleich. Denn gem. § 767 I BGB haftet der Bürge nur in dem Umfang, in dem auch der Hauptschuldner haftet. Folglich werden rechtsvernichtende Einwendungen gem. § 767 I BGB auch zum Untergang der Bürgschaftsverpflichtung führen.

Ist die Aufrechnung noch nicht vollzogen, so steht die Entscheidung über eine Aufrechnung durch entsprechende Erklärung (§ 388 BGB) durch den Hauptschuldner noch aus. Diese Aufrechnungsmöglichkeit ändert aber noch nichts am Bestand der Hauptforderung und damit auch nichts am Bestand der Bürgschaftsverpflichtung. Nur für diesen Fall greift die Einrede gem. § 770 II BGB ein, wonach der Bürge während der Überlegenszeit des Hauptschuldners, ob er von der Aufrechnung Gebrauch macht oder nicht, die Bürgschaftsverpflichtung verweigern darf.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zur Aufrechnungseinrede des Bürgen: *BGHZ* 139, 325; *OLG Köln*, ZIP 1998, 150; *BGH*, NJW 1991, 2908

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Endlich ins Internet"
- Examenskurs*: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"
- Assessorkurs*: "Der Ehelohn"

#### **Leitsatz:**

##### **Zur Tragweite des § 770 II BGB.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl., ein schwedisches Unternehmen, und die Streithelferin der Bekl. schlossen am 3./4. 12. 1997 einen Vertrag, wonach die Kl. einen Ausbauhaus-Bausatz für ein von der Streithelferin durchzuführenes Bauvorhaben der Eheleute P zu liefern hatte. Die Bauteile waren direkt auf der Baustelle abzuliefern; die Montage war Sache der Streithelferin. Von dem von dieser zu zahlenden Preis waren 10% bei Vertragsschluss und die restlichen 90% spätestens 18 Tage nach Lieferung zu zahlen. In einem zwischen den Vertragsparteien am 1. 12. 1997 geschlossenen „Rahmenvertrag“, auf den im Vertrag vom 3./4. 12. 1997 Bezug genommen wurde, war unter anderem auf die „VOB/Teil B, soweit auf einen Vertrag der vorliegenden Art anwendbar“, verwiesen (Nr. 2.2)

und als Zeitpunkt der Fälligkeit des „Kaufpreises“ die „Abnahme des Ausbauhaus-Bausatzes gem. § 7“ bestimmt (Nr. 3.6). In Nr. 7 des Rahmenvertrags, die im Übrigen Regelungen zur Geltendmachung von Mängeln während der Montage enthielt, heißt es (III): „In jedem Falle gilt die Abnahme nach Ablauf von 10 (zehn) Werktagen nach Lieferung als erfolgt. Im Übrigen ist § 12 VOB/Teil B anzuwenden“. Nach Nr. 9 des Rahmenvertrags hatte die Streithelferin eine „Zahlungsgarantie“ in Form einer unwiderruflichen Bankbürgschaft zu stellen, mit der die Bank die Zahlung innerhalb von drei Wochen nach Lieferung „garantiert“. Unter dem Datum vom 5. 2. 1998 übersandte die Bekl., ein Bankinstitut, der Kl. eine „Zahlungsbestätigung mit Bürgschaftsübernahme“, in der sie der Kl. bestätigte, von der Streithelferin angewiesen worden zu sein, für „ein Fertigteilhaus für das Bauvorhaben P... den vereinbarten Gesamtkaufpreis in Höhe von 140 440 ... nach folgendem Zahlungsplan an die ... (Kl.) zu überweisen: — 14 Tage nach Lieferung des Hauses und Abnahme durch die Bauherren oder einen vereidigten Sachverständigen“. Nach der sich daran anschließenden Bemerkung, dass das Geld auf ein noch anzugebendes Konto der Kl. bei einem deutschen Kreditinstitut überwiesen werde, heißt es sodann: „Wir übernehmen hiermit der ... (Kl.) gegenüber unter Verzicht auf die Einrede der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage die selbstschuldnerische Bürgschaft für alle Zahlungsverpflichtungen, die unserer Kundin auf Grund des abgeschlossenen Werkvertrages der... (Kl.) gegenüber obliegen bis zum Betrag der oben bezeichneten Hauptschuld zuzüglich Zinsen und Kosten. Die Verpflichtungen aus der Bürgschaft enden mit Erlöschen der Forderungen, spätestens am 30. 4. 1998“. Mit Schreiben vom 20. 5. 1998 teilte die Bekl. der Kl. mit, „dass die Laufzeit der... Zahlungsbestätigung über 140 440 DM bis zum 31. 8. 1998 verlängert wurde“. Nachdem die Streithelferin einen Teilbetrag des vertraglich vereinbarten Preises gezahlt hatte, schlossen die Vertragsparteien am 30. 6. 1998 eine zusätzliche Vereinbarung, in der sich die Streithelferin verpflichtete, den Restbetrag von 632 958 SEK bis spätestens 21. 7. 1998 an die Kl. zu überweisen. Die Lieferung fand Anfang Juli 1998 statt. Da die Streithelferin weitere Zahlungen wegen angeblich vorhandener Mängel verweigerte, nahm die Kl. mit Anwaltsschreiben vom 17. 8. 1998 die Bekl. aus deren Bürgschaft in Anspruch. Mit der Klage verlangt sie Zahlung von (umgerechnet) 131 838,82 DM nebst Zinsen.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das BerGer. hat ihr — bis auf einen Teil des geltend gemachten Zinsanspruchs — stattgegeben. Die Revision hatte Erfolg



und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

### *Aus den Gründen:*

#### *A. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die vom BerGer. gegebene Begründung trägt die Verurteilung der Bekl. nicht.

#### *I. Korrekte Wahl des deutschen Rechts als anzuwendendes Recht nach dem IPR*

Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanzen auf das Rechtsverhältnis zwischen den Prozessparteien auf Grund nachträglicher Rechtswahl (Art. 27 II EGBGB) deutsches Recht angewandt haben. Die Revision greift das Berufungsurteil in diesem Punkt nicht an.

#### *II. Keine Bürgschaftsverpflichtung der Bekl.*

Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme des BerGer., die Bekl. sei auf Grund der von ihr übernommenen Bürgschaft verpflichtet, die Verbindlichkeit der Streithelferin aus dem mit der Kl. geschlossenen Vertrag über die Lieferung des Bausatzes für das Bauvorhaben P, soweit eine solche besteht, zu erfüllen.

#### *1. Zur Begründung und zum Inhalt der Bürgschaft der Bekl.*

Das BerGer. ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. nach dem Wortlaut der Urkunde vom 5. 2. 1998 für eine etwa noch bestehende Verbindlichkeit der Streithelferin gegenüber der Kl. aus dem Vertrag vom 3./4. 12. 1997 einzustehen hat. Die Verpflichtung der Bekl. wird nach der Ansicht des BerGer. nicht dadurch eingeschränkt, dass die Bekl. nach der der eigentlichen Bürgschaftserklärung vorangestellten Zahlungsbestätigung von der Streithelferin angewiesen war, den Kaufpreis erst 14 Tage nach Abnahme durch die Bauherren oder einen vereidigten Sachverständigen zu überweisen. Das BerGer. hat dazu ausgeführt, durch diese Mitteilung über das Geschäftsbesorgungsverhältnis zwischen der Bekl. und der Streithelferin sei aus der objektiven Sicht des Erklärungsempfängers (also der Kl.) die durch die Bürgschaft übernommene Verpflichtung, die Forderung der Kl. nach Maßgabe des zwischen dieser und der Streithelferin geschlossenen Vertrags — der Vertrag macht die Fälligkeit nicht von den in der Zahlungsbestätigung genannten Voraussetzungen abhängig — zu erfüllen, nicht eingeschränkt. Eine solche Einschränkung der Bürgschaftsschuld hätte, so hat das BerGer. gemeint, klarer zum Ausdruck gebracht werden müssen.

Bei dieser Auslegung der Erklärung der Bekl. handelt es sich um eine tatrichterliche Würdigung, die jedenfalls möglich und deshalb aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist. Der Grund für die vom Inhalt des Vertrags zwischen der Streithelferin und der Kl. abweichende Zahlungsanweisung an die Bekl. war für die Kl. nicht zu erkennen. Diese hat während des Rechtsstreits die Vermutung geäußert, die Bekl. könne sich über den Inhalt jenes Vertrags geirrt haben. Die Streithelferin hat dagegen vorgetragen, es sei zur Absicherung der Bekl., die die Zwischenfinanzierung für die Endabnehmer übernommen habe, „vorgesehen (gewesen), dass erst eine entsprechende Werterhöhung auf dem Grundstück des Bauherren vorhanden sein musste, bevor eine Zahlung seitens der Bekl. an die Streithelferin für den Kunden der Streithelferin erfolgen konnte“. Das waren indessen Umstände, von denen die Kl. nichts wusste. Es ist deshalb nicht rechtsfehlerhaft, dass das BerGer. in der Art und Weise, wie die „Zahlungsbestätigung mit Bürgschaftsübernahme“ abgefasst war, keinen hinreichend deutlichen und für die Kl. erkennbaren Hinweis auf eine — von § 767 BGB abweichende, wenn auch möglicherweise von der Bekl. beabsichtigte — Einschränkung der dem Wortlaut nach umfassenden Bürgschaftserklärung gesehen hat. Eine solche Einschränkung durch außerhalb des eigentlichen Bürgschaftstexts — wenn auch in derselben Urkunde — enthaltene Mitteilungen, Präambeln und dergleichen ist nicht selbstverständlich und kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Auslegungswege festgestellt werden (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 1324 = LM § 765 BGB Nr. 69 = WM 1989, 1496 [1499]).

Die Rüge der Revision, das BerGer. habe rechtsfehlerhaft angenommen, der Text der Erklärung vom 5. 2. 1998 sei eindeutig, ist nicht berechtigt. Einen der Revisionsprüfung zugänglichen Rechtsfehler stellt es dar, wenn der Tatrichter eine Urkunde wegen angeblicher Eindeutigkeit zu Unrecht für nicht auslegungsfähig hält und sich aus diesem Grund einer Auslegung enthält (BGHZ 32, 60 [63] = NJW 1960, 959 = LM § 1967 BGB Nr. 1; BGH, NJW-RR 1996, 932).

Das BerGer. hat zwar ausgeführt, die Kl. habe „aus ihrer Sicht diese Erklärung nach ihrem objektiven Erklärungswert nur dahin verstehen“ können und müssen, dass die Bürgschaftserklärung durch den Inhalt der „Zahlungsbestätigung“ nicht habe eingeschränkt werden sollen. Das bedeutet aber nur, dass sich die Auslegung am objektiven Inhalt der Erklärung aus der Sicht des Empfängers zu orientieren habe. Dass das BerGer. nach diesem — zutreffenden — Maßstab eine Auslegung vorgenommen hat, zeigt sich darin, dass es geprüft hat, ob eine Einschränkung des um-

fassenden Inhalts der eigentlichen Bürgschaftserklärung im übrigen Teil der Urkunde hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist.

## 2. *Rechtzeitige Inanspruchnahme aus der Bürgschaft*

Die Kl. hat die Bekl. durch das Schreiben vom 17. 8. 1998 rechtzeitig aus der Bürgschaft in Anspruch genommen.

### a. *Verlängerung der befristeten Bürgschaft*

Die in der Urkunde vom 5. 2. 1998 enthaltene Begrenzung der Bürgschaft bis zum 30. 4. 1998 ist durch das Schreiben der Bekl. vom 20. 5. 1998 bis zum 31. 8. 1998 verlängert worden. Die Revision zieht das zu Unrecht in Zweifel, indem sie meint, die Verlängerung habe sich, wenn man schon — wie das BerGer. — zwischen der „Zahlungsbestätigung“ und der Bürgschaft unterscheiden wolle, nur auf die Erstere bezogen, weil nur sie im Schreiben vom 20. 5. 1998 erwähnt sei. Ein solches Verständnis des Verlängerungsschreibens ist in den Tatsacheninstanzen von niemandem geltend gemacht worden; es ist unrichtig. Die Bezeichnung „Zahlungsbestätigung“ in jenem Schreiben bezeichnet verkürzt die Urkunde vom 5. 2. 1998 insgesamt. Darüber kann schon deswegen kein Zweifel bestehen, weil in dieser Urkunde nicht die Zahlungsbestätigung, sondern ausdrücklich die Bürgschaft befristet worden ist.

### b. *Fälligkeit als Voraussetzung für die Inanspruchnahme*

Das BerGer. hat ohne Rechtsfehler die Bürgschaftserklärung so verstanden, dass innerhalb der Frist nicht nur der Bekl. die Inanspruchnahme angezeigt, sondern die verbürgte Forderung auch fällig geworden sein musste (vgl. BGHZ 91, 349 [351 f.] = NJW 1984, 2461 = LM § 777 BGB Nr. 6; BGH, NJW 2000, 3137 = LM H. 6/2001 § 777 BGB Nr. 13 = WM 2000, 1796). Diese Voraussetzung war, wie das BerGer. im Ergebnis zutreffend angenommen hat, im Zeitpunkt der Anzeige gegeben.

Über die Fälligkeit der Forderung der Kl. finden sich in den Vertragsunterlagen unterschiedliche Regelungen. Davon kommt der Fälligkeitstermin vom 21. 7. 1998, der in der nach Abgabe der Bürgschaftserklärung getroffenen Zusatzvereinbarung vom 30. 6. 1998 genannt ist, im Verhältnis zur Bekl. nicht in Betracht, soweit dadurch deren Rechtsstellung verschlechtert worden sein sollte (vgl. § 767 I 3 BGB). Nach dem Vertrag vom 3.14. 12. 1997 war die der Kl. zustehende — restliche — Vergütung spätestens 18 Tage nach Lieferung zu zahlen. Ob dadurch die im Rah-

menvertrag vom 1. 12. 1997 über die Fälligkeit enthaltenen Bestimmungen abgeändert worden sind, ist angesichts der Anfang Juli 1998 stattgefundenen Lieferung für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung. Nach Nr. 3.6 des Rahmenvertrags sollte die Fälligkeit bei Abnahme im Sinne der in Nr. 7 getroffenen Regelung eintreten. Nach § 7 III gilt die Abnahme nach Ablauf von zehn Werktagen als erfolgt; im Übrigen wird § 12 VOB/ Teil B für anwendbar erklärt. Die Revisionserwiderung weist zwar nicht ohne Berechtigung darauf hin, dass es sich um einen Werklieferungsvertrag i. S. des § 651 BGB handelte, der entgegen der Ansicht des BerGer. die Lieferung vertretbarer Sachen zum Gegenstand gehabt haben und deshalb insgesamt nach Kaufrecht zu beurteilen sein dürfte (vgl. BGHZ 78, 375 [378] = NJW 1981, 453 = LM § 1c AbzG Nr. 4; BGHZ 87, 112 [116] = NJW 1983, 1489 = LM § 1 AbzG Nr. 15). Das hinderte die Parteien aber nicht, für die Abnahme und deren Bedeutung für die Fälligkeit des Kaufpreises eine an die Bestimmungen der VOB angelehnte Regelung zu vereinbaren.

§ 12 Nr. 5 VOB/B fingiert die Abnahme innerhalb der dort genannten Frist von zwölf Werktagen, wenn keine Partei eine förmliche Abnahme verlangt und andererseits die Abnahme auch nicht verweigert wird (BGH, NJW 1979, 549 = LM VOB Teil B Nr. 102). Dem entspricht im Grundsatz die Regelung in Nr. 7 des zwischen der Kl. und der Streithelferin am 1. 12. 1997 geschlossenen Rahmenvertrags. Dort ist in Absatz 2 (II) bestimmt, was zu geschehen hat, wenn sich während der Montage Mängel zeigen; dann ist nach der Montage ein schriftliches Abnahmeprotokoll aufzustellen. Das ist hier aber, soweit es sich dem vorgetragenen Sachverhalt entnehmen lässt, nicht geschehen; die Streithelferin hat es — gleichgültig, ob und inwieweit sie während und nach der Montage Mängel gerügt hat — auch nicht verlangt. Sie hat andererseits die Abnahme nicht verweigert. Das BerGer. hat darüber hinaus festgestellt, die Streithelferin habe innerhalb der Frist von zehn Werktagen nach Lieferung keine Mängel gerügt. Auf die dagegen erhobenen Angriffe der Revision kommt es für die Frage der Abnahme nicht an. Ob rechtzeitig während der für die fiktive Abnahme maßgebenden Frist Mängel gerügt worden sind, spielt entgegen der Ansicht des BerGer. nur für den Erhalt etwaiger Rechte wegen solcher Mängel (vgl. Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 9. Aufl., Rdnrn. 1390, 2272 ff.), nicht aber für die Abnahme selbst und die daran geknüpfte Fälligkeit eine Rolle. Diese war danach hier unabhängig davon, welche Mängel vorhanden waren und ob und wann sie gerügt worden sind, jedenfalls Ende August

1998 und damit vor Ablauf der zeitlichen Befristung der Bürgschaft der Bekl. eingetreten.

### *III. Einwand der Aufrechnungseinrede gem. § 770 II BGB bzw. der erfolgten Aufrechnung*

Das BerGer. hat jedoch zu Unrecht gemeint, der Kl. stehe der Bürgschaftsanspruch unabhängig davon zu, ob der Streithelferin „aufrechenbare Gegenansprüche oder Minderungsrechte ... wegen der geltend gemachten Mängel“ zustehen. Das BerGer. hat dies damit begründet, dass der Bürgschaftsvertrag die Einrede der Aufrechenbarkeit zulässigerweise ausschließe; damit habe das Bürgschaftsverhältnis von Streitigkeiten zwischen der Kl. und der Streithelferin über dieser etwa zustehende Gegenrechte, die zu einer Herabsetzung der Vergütung führen könnten, freigestellt werden sollen. Das BerGer. hat deshalb offen gelassen, ob die Streithelferin „ihre zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen oder Minderungsrechte“ hinreichend dargetan habe.

Die dem zu Grunde liegende rechtliche Beurteilung ist, wie die Revision im Ergebnis zu Recht rügt, unzutreffend. Nach § 770 II BGB kann der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange sich dieser durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann. Dieses Recht des Bürgen kann zwar vertraglich ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss hindert für sich allein den Bürgen aber nicht, sich darauf zu berufen, dass die Hauptschuld infolge einer — sei es durch den Gläubiger, sei es durch den Hauptschuldner — bereits erklärten Aufrechnung erloschen sei. Der Bürge haftet nach § 767 I BGB für die Hauptschuld nur in dem Umfang, in dem sie besteht; deshalb kann er auch etwaige dem Hauptschuldner zustehende Minderungsrechte geltend machen. Den Ausschluss dieser Rechte hat der Verzicht auf die Einrede nach § 770 BGB nicht zur Folge; denn anderenfalls würde es sich um die Vereinbarung einer Garantie handeln (vgl. Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 770 Rdnr. 17). Auf eine garantieähnliche Haftung läuft in der Tat die Annahme des BerGer. hinaus, das Bürgschaftsverhältnis habe von der-

artigen Gegenrechten der Streithelferin freigehalten werden sollen. Hierfür fehlt es aber an einer tatsächlichen Grundlage. Die Verwendung des Ausdrucks „Garantie“ im Vertrag zwischen der Kl. und der Streithelferin reicht dafür — jedenfalls auf der Grundlage des vorgetragenen Prozessstoffs — nicht aus.

Die Streithelferin hat im Prozess mit einem Anspruch wegen angeblicher Ersatzvornahmekosten in Höhe von 55000 DM aufgerechnet und Minderungsrechte im Umfang von 88000 DM geltend gemacht. Das BerGer. hat dieses Vorbringen nicht geprüft. Im Revisionsverfahren ist deshalb zu Gunsten der Bekl. und der Streithelferin vom Bestehen solcher Rechte auszugehen. Die Ausführungen, mit denen das BerGer. im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Abnahme stattgefunden hat, eine rechtzeitige Rüge durch die Streithelferin verneint hat, greift die Revision zu Recht an, indem sie auf Schreiben der Streithelferin vom 12. 7. 1998 („Belastungsanzeige“) und vom 21. 7. 1998 („Mängelrüge“) sowie auf die schriftsätzliche Behauptung einer mündlich erhobenen Mängelrüge verweist. Nach dem weiteren Vorbringen der Streithelferin sind ferner Passungenauigkeiten und eine zu hohe Wärmeleitfähigkeit gerügt worden (vgl. Schreiben v. 18. 8. 1998). Inwieweit diese Mängelrügen rechtzeitig waren, hat das BerGer. bisher nicht geprüft.

### *B. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung*

Das Berufungsurteil ist aus den dargelegten Gründen aufzuheben. Das BerGer. wird nunmehr zu prüfen haben, ob und inwieweit die Lieferleistung der Kl. mangelhaft war und welche Rechte der Streithelferin und damit auch der Bekl. deswegen gegebenenfalls zustehen. Der Senat weist darauf hin, dass nach allgemeinen Grundsätzen Gewährleistungsrechte mangels rechtzeitiger Rüge nur insoweit verloren gehen, als sie dem Besteller bekannt sind (vgl. § 377 ff. HGB; § 640 II BGB; vgl. auch Werner/Pastor, Rdnr. 1390).

*Strafrecht***Standort: § 16 StGB****Problem: Tötungsvorsatz**

BGH, URTEIL VOM 11.12.2001  
1 STR 408/01 (NSTZ 2002, 541)

**Problemdarstellung:**

Der BGH hatte über die Revision gegen ein Urteil des LG Karlsruhe zu entscheiden, das den Angeklagten insb. wg. versuchten Totschlags verurteilt hatte. Der Angeklagte hatte nach einem Streit dem Opfer ein Messer mit einer 15 cm langen Klinge wuchtig in die Herzregion gestoßen. Später hatte der Angeklagte geäußert, eigentlich sei alles die Schuld der Freundin des Opfers, die die Ursache für den Streit gesetzt habe; es sei Pech für das Opfer, dass es deswegen jetzt sterben müsse. Die Revision hatte gerügt, die vom LG getroffenen Feststellungen deckten die Annahme eines Tötungsvorsatzes nicht. Der BGH hingegen hat das vorinstanzliche Urteil mit der Begründung bestätigt, der wuchtige Stich in die Herzregion, also eine äußerst gefährliche Handlung, die hier vom Täter auch willentlich als solche durchgeführt worden sei, reiche zur Annahme eines Tötungsvorsatzes aus. Dem stünde auch nicht entgegen, dass der Täter kein einsichtiges Tötungsmotiv gehabt habe. Insbesondere ließen auch seine Erklärungen nach der Tat erkennen, dass er den Tod des Opfers nicht nur als ganz unglückliche Folge seines Verhaltens sehe.

**Prüfungsrelevanz:**

Diese Entscheidung betrifft den äußerst examensrelevanten Bereich der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, die insb. im Rahmen der Tötungsdelikte zu den Standardproblemen des Allgemeinen Teils zählt (vgl. Übersicht bei Lackner/Kühl, § 15 Rn. 23 ff.; Geppert, Jura 1986, 610). Die Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen davon aus, dass beide Vorwerfbarkeitsformen ein identisches intellektuelles Moment aufweisen ("für möglich halten") und deswegen die Abgrenzung im Rahmen eines Willenselementes zu erfolgen habe (sog. voluntative Theorien), wogegen eine Literaturmeinung unter Berufung auf den Wortlaut des § 16 I StGB lediglich ein intellektuelles Element verlangt, das dann auch zur Abgrenzung zwischen Vorsatz und

Fahrlässigkeit dienen muss (sog. non-voluntative Theorien) (vgl. die Darstellung bei Küpper, ZStW 100, 758 ff. und Roxin, AT 1, 12/21 ff.).

Der BGH vertritt die sog. Billigungstheorie, wonach dolus eventualis vorliegt, wenn der Täter den Erfolg für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt. Beim Tötungsvorsatz stellt der BGH jedoch im Hinblick auf die hohe Hemmschwelle von Tötungshandlungen besonders hohe Anforderungen (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 m.w.N.). Jedoch hat der BGH - wie im vorliegenden Fall - auch in der Vergangenheit wiederholt bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen selbst bei Fehlen eines Tötungsmotivs einen Eventualvorsatz bejaht (BGH NSTz 1986, 550; NstZ-RR 1996, 355; StV 197, 7 f.)

**Vertiefungshinweise:**

- Rechtsprechungsübersicht zu den Tötungsdelikten: *Altwater*, NStZ 2002, 20
- Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit: *Schroth*, JuS 1992, 1

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Bienenstich"
- Examenskurs*: "Eiskalter Engel"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Bei willentlicher Vornahme einer äußerst gefährlichen Handlung (hier: aus nächster Nähe ausgeführter, kräftiger Messerstich in die Herzregion) kann vom Vorliegen eines Tötungsvorsatzes ausgegangen werden.**

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte hielt sich häufig im Obdachlosen-Milieu auf, wo er als spendabel geschätzt wurde. Auch am 5.9.2000 hatte er mit G. V., E. D und anderen Bekannten den ganzen Tag im Freien gezecht, wobei er die Getränke bezahlt hatte. Am Spätnachmittag forderte er E. D mit den Worten: "Du Schlampe gehst jetzt einkaufen!" auf, weitere Getränke zu besorgen und schwenkte dabei vor ihrem Gesicht ein "Bowie-

Messer" (Klingenlänge 15,5 cm). V trat an ihn heran, und erklärte ihm, dass er - der Angeklagte - seine - V's - Verlobte nicht als Schlampe zu bezeichnen habe und gab ihm dabei einen leichten Schlag ins Gesicht. Daraufhin beschwichtigte der Angeklagte, es sei schon alles in Ordnung. Für kurze Zeit kehrte darauf Ruhe ein; E. D entfernte sich, während V beim Angeklagten stehen blieb.

Plötzlich und unerwartet stieß der Angeklagte das Messer, das er immer noch in der Hand gehalten hatte, V in horizontaler Stichführung mit einem kräftigen und gezielten Stich in die linke Brust. V brach sofort zusammen. Mit den Worten: "Ich kann noch mehr!" stach der Angeklagte noch zweimal auf den zusammenbrechenden V ein und fügte ihm zwei weitere (oberflächliche) Verletzungen im Bereich des Schulterblatts und des Oberarms zu. Als die völlig überraschte E. D laut um Hilfe rief, trat der Angeklagte beiseite. Kurz darauf wurde er noch am Tatort festgenommen. Bei seiner Festnahme erklärte er gegenüber den Polizeibeamten, mehrfach auf V eingestochen zu haben; wörtlich sagte er u. a.: "Wenn er verreckt, hat er Pech gehabt. Die Alte ist schuld, der G kann nichts dafür."

V, der eine Herzmuskelverletzung im Bereich des rechten Ventrikels erlitten hatte, konnte nur durch eine Notoperation gerettet werden.

Der Angeklagte wurde wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu 6 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Seine auf die Sachrüge und eine Verfahrensrüge gestützte Revision blieb erfolglos.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Inhalt der Rügen der Revision*

Der Generalbundesanwalt und die Revision meinen im wesentlichen übereinstimmend, die Strafkammer habe den Tötungsvorsatz allein aus dem äußeren Tatgeschehen geschlossen und damit nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Zwar liege es nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. hierzu zusammenfassend nur S/S-Eser, 26. Aufl., § 212 Rn 5 mwN) bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit des Todes seines Opfers rechne und diesen Erfolg auch billigend in Kauf nehme, wenn er sein Verhalten gleichwohl fortsetze. Im Hinblick auf die hohe Hemmschwelle gegenüber einer Tötung könne es aber im Einzelfall auch so sein, dass der Täter die Gefahr des Todes entweder nicht erkenne, oder zumindest ernsthaft - nicht nur vage - darauf vertraue, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Die für die Bejahung eines Tötungsvorsatzes erforderliche Ge-

samtwürdigung aller Umstände sei nicht vorgenommen, insbesondere habe sich die Strafkammer nicht mit dem Fehlen eines nachvollziehbaren Motivs für eine so schwer wiegende Straftat auseinandergesetzt, und auch nicht geprüft, ob der Angeklagte trotz seiner erheblichen Alkoholisierung (die zur Bejahung der Voraussetzungen von § 21 StGB führte) erkennen konnte, dass er einen möglicherweise tödlichen Stich setzte.

#### *B. Bestätigung des Urteils des LG durch den BGH*

##### *I. Feststellungen des Urteils sind nicht unzureichend*

Der Senat sieht keinen durchgreifenden Rechtsfehler. Angesichts der Feststellungen nicht nur zum Tat-, sondern auch zum Nachtatgeschehen (zu deren Bedeutung vgl. S/S-Eser a.a.O.) waren weitere Ausführungen zu Erkenntnisfähigkeit, Hemmschwelle und dem voluntativen Element des Vorsatzes jedenfalls nicht zwingend geboten.

##### *II. Zum Tötungsvorsatz bei Vornahme äußerst gefährlicher Handlungen*

Es mag dahinstehen, unter welchen konkreten Umständen trotz eines aus nächster Nähe geführten kräftigen Messerstichs in die Herzregion von einem mehr als allenfalls vagen Vertrauen auf das Ausbleiben eines tödlichen Erfolgs ausgegangen werden kann oder sonst Zweifel am Tötungsvorsatz bestehen können (vgl. BGH NStZ 1999, 507; vgl. zusammenfassend auch Altvater, Rechtsprechung des BGH zu den Tötungsdelikten, NStZ 2001, 19; 2000, 18, 19). Hier hat der Angeklagte mit einem Messerstich in den Oberkörper nicht nur eine generell äußerst gefährliche Handlung vorgenommen, sondern er hat auf die Herzregion gezielt, also willentlich gerade dorthin gestochen. Dies spricht für einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz (vgl. BGHSt 39, 168, 181), dem der Umstand, dass er auf den zusammenbrechenden V nach dem ersten Stich noch weiter eingestochen hat, nicht entgegensteht.

##### *III. Äußerungen des Angeklagten nach der Tat als Indizien für den Vorsatz*

Die schon genannte Äußerung, es sei Pech für V, wenn er "verrecke", spricht in ihrem Zusammenhang auch nicht etwa dafür, dass der Angeklagte den Tod V's als unglückliche und von ihm eigentlich ungewollte Folge seines Verhaltens angesehen hätte. Vielmehr zeigt seine Äußerung, dass V nichts "dafür" könne und über die "Schuld" der "Alten", dass das "Pech" V's darin liege, dass er wegen des Stichs möglicher-

weise sterben müsse, obwohl er selbst aus der Sicht des Angeklagten keinen Anlass zu dem Stich gegeben hatte. Unter diesen Umständen waren auch Erwägungen dazu, dass sich aus dem Verhältnis zwischen V und dem Angeklagten kein Grund für ein Tötungsdelikt erkennen lässt, nicht geboten.

### III. Keine unzureichende Aufklärung durch das LG bzgl. des Zusammenhangs von Alkoholkonsum und Vorsatz

Hinsichtlich des Vorsatzes macht die Revision darüber hinaus mit einer Aufklärungsrüge (§ 244 II StPO) geltend, der gehörte Sachverständige sei nicht zur Auswirkung des Alkohols auf die Willensbildung befragt worden. Wäre dies geschehen, wäre ein Schuldanspruch allein wegen gefährlicher Körperverletzung

zumindest nicht auszuschließen gewesen. Auch unbeschadet der Fragen, unter welchen Voraussetzungen eine Aufklärungsrüge auf die Nichtausschöpfung eines Beweismittels gestützt werden kann (vgl. hierzu KK-Kuckein 4. Aufl., § 344 Rn 53 m.w.N.) und ob das nach Auffassung der Revision von der unterbliebenen Beweiserhebung zu erwartende Beweisergebnis hinreichend bestimmt mitgeteilt ist (vgl. hierzu KK-Kuckein aaO, Rn 51 m.w.N.), geht diese Rüge ins Leere. Angesichts der gesamten Feststellungen zu dem Verhalten des Angeklagten brauchte sich die Strakammer zu weiteren Beweiserhebungen über die Auswirkungen des Alkohols auf den Vorsatz des (zwar stark alkoholisierten, aber auch in hohem Maße alkoholgewohnten) Angeklagten nicht gedrängt zu sehen [...]

## Standort: § 25 II StGB

## Problem: Voraussetzungen der Mittäterschaft

BGH BESCHLUSS VOM 26.06.2002

1 STR 191/02 (NOCH UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der BGH hatte sich in diesem Fall mit Problemen der Mittäterschaft zu befassen. Der Angeklagte und zwei Freunde wollten die Handtasche einer Frau, die gerade ihr Auto ausparkte, entwenden. Als sie erkannten, dass der Angeklagte nicht an die Tasche gelangen würde, schlug sein Bekannter das Opfer mit dem Kopf auf das Lenkrad, ergriff die Tasche und beide flohen. Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung eine Mittäterschaft des Angeklagten zum schweren Raub verneint mit der Begründung, es fehle an einer Vereinbarung zur entsprechenden Tatbegehung. Auch habe der Angeklagte durch seine bloße Anwesenheit die Tat nicht in der für eine Mittäterschaft erforderlichen Weise gefördert. Bei dem Verhalten des anderen habe es sich deshalb um einen Exzess gehandelt.

### Prüfungsrelevanz:

Fragen der Täterschaft und Teilnahme stellen den examensrelevantesten Bereich des Allgemeinen Teils dar und sind als absolute Standardprobleme zu bewerten, deren Kenntnis als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme werden im Wesentlichen zwei Meinungen vertreten (vgl. Überblick bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, Vor

§§ 25 ff. Rn. 51 ff.): nach der Tatherrschaftslehre ist Täter, wer Tatherrschaft hat, d.h. wer die Tat nach seinem Willen beherrschen und ablaufen lassen kann und deswegen die Zentralgestalt des Geschehens darstellt (Jescheck/Weigend AT, S. 651; Wessels/Beulke AT Rn. 518). Die Rechtsprechung hingegen vertritt sie sog. subjektive Theorie, nach der grds. unabhängig von der Art des erbrachten Tatbeitrages derjenige Täter ist, der Täterwillen (animus auctoris) hat, d.h. der die Tat als eigene will (BGHSt 13, 166; 16, 14; NJW 1954, 1374; MDR 1964, 69). Hierbei hat der BGH jedoch auch gelegentlich auf die Tatherrschaft oder zumindest den Tatherrschaftswillen als Indiz für den Täterwillen abgestellt (BGH NJW 1994, 671). Im vorliegenden Fall betont der BGH noch einmal, dass der Schwerpunkt der Voraussetzungen für die Annahme einer Täterschaft zwar mit dem Täterwillen im Subjektiven liegen mag, dass es daneben jedoch unerlässlich ist, dass der Täter zusätzlich zum Vorliegen des Täterwillens einen eigenen (Förderungs-) Beitrag erbringt.

Des weiteren ist im Rahmen der Mittäterschaft die Fallgruppe des sog. Mittäterexzesses ein beliebtes Examensproblem, die auch im vorliegenden Fall vom BGH angenommen wurde. Ein Mittäterexzess ist gegeben, wenn einer der Mittäter eine Handlung vornimmt, die vom gemeinsamen Tatplan der Mittätergemeinschaft nicht mehr gedeckt ist. In diesem Fall haftet nur derjenige Mittäter, der die exzessive Handlung vornimmt, für das Übermaß. Den restlichen Mittätern werden die Handlung und der Vorsatz des Handelnden nicht zugerechnet (BGHSt 36, 234; LK-

Roxin, § 25 Rn. 121; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 95 mwN).

Schließlich erwähnt der BGH noch die Möglichkeit der sukzessiven Beteiligung an einer Straftat durch Erbringung eines Beitrags zwischen Vollendung und Beendigung der Tat. Während von der Literatur in den Fällen, in denen erst nach Vollendung der Tat ein Beitrag erbracht wird, teilweise jede Möglichkeit der Beteiligung (Schmitz, Unrecht und Zeit, S. 194 ff.), teilweise zumindest die Möglichkeit der Mittäterschaft (Otto, Jura 1987, 253) abgelehnt wird, bestätigt der BGH im vorliegenden Fall noch einmal seine bisherige Rechtsprechung, nach der auch ein nachträglich erbrachter Beitrag sowohl eine Mittäterschaft wie auch eine Beihilfe begründen kann (BGHSt 2, 344; NStZ 1985, 70; 1997, 272).

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme: Küpper, GA 1986, 437

Zum Mittäterexzess: Holtz, MDR 1993, 1041

Zur sukzessiven Mittäterschaft: BGH NStZ 2000, 594; Bitzilekis, ZStW 1999, 723; Küper, JuS 1986, 862

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Wankelmütigkeiten"

Examenskurs: "Nacht der offenen Tür"

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Wer bei der Tat eines anderen anwesend ist und sie billigt, wird nicht allein dadurch zum Mitäter.**

**2. Eine Beteiligung kann auch durch Erbringung eines Beitrags nach Vollendung der Tat (insb. in der die Tat beendenden Fluchtphase) begangen werden.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte hat, teilweise mit anderen bandenmäßig verbunden, insbesondere PKWs aufgebrochen und ist vor allem in Vereinsheime und Gaststätten eingebrochen. [...] Bei sämtlichen Taten ging es dem heroinabhängigen Angeklagten darum, sich Geld für Rauschgift zu beschaffen.

Am 27. November 2000 wollten der Angeklagte, K. und M. wieder PKWs aufbrechen und suchten geeignete Tatobjekte. Auf einem Parkplatz beobachteten sie eine Frau mit einer Handtasche, die ihr Fahrzeug bestieg, aber nicht zügig wegfahren konnte, weil

ihr Fahrzeug von anderen Fahrzeugen "extrem zugeparkt" war. Sie kamen stillschweigend überein, der Frau die Handtasche wegzunehmen. Der Angeklagte und K. gingen zum Fahrzeug und taten so, als ob sie beim Ausparken helfen wollten. K. stand auf der Fahrerseite, der Angeklagte auf der Beifahrerseite, M. beobachtete die Umgebung, um eventuell warnen zu können. Der Angeklagte konnte die auf dem Beifahrersitz liegende Tasche aber nicht wegnehmen, weil das Fenster der Beifahrerseite verschlossen und die Beifahrertür von innen verriegelt war. Dies gab der Angeklagte, von der mit Ausparken beschäftigten Fahrerin unbemerkt, K. über den Wagen hinweg zu verstehen. Dieser entschloss sich daraufhin, selbst die Tasche gewaltsam wegzunehmen. Er drückte seinen Oberkörper durch das geöffnete Fenster auf der Fahrerseite, stieß den Kopf der Fahrerin kräftig gegen das Lenkrad, ergriff die Handtasche und flüchtete.

Der Angeklagte hat den Entschluß K.s - offenbar schon vor dessen Umsetzung - "unter Vorwegnahme der weiteren Vorgehensweise seines Tatgenossen" gebilligt. Dieser - also K. - habe "nämlich erkannt, dass es nicht möglich sein werde, die Tasche ... ohne ... Gewalt wegzunehmen".

Nachdem K. die Tasche ergriffen hatte, flüchtete auch der Angeklagte, ebenso wie K., in "Richtung Mannheim-Feudenheim", allerdings waren K. und der Angeklagte dabei "getrennt voneinander", ehe sie sich dann "noch auf der Flucht" wieder trafen. Die Beute verbrauchten beide für sich.

#### **Aus den Gründen:**

Der Angeklagte wurde wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (§ 316a StGB) in Tateinheit mit schwerem Raub (§ 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB) sowie über 80 weiterer Straftaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt. Des weiteren hat die Strafkammer den Angeklagten in einer Entziehungsanstalt untergebracht (§ 64 StGB).

Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat hinsichtlich der Verurteilung wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer in Tateinheit mit schwerem Raub und damit auch hinsichtlich der Gesamtstrafe Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO) [...]

#### **A. Würdigung der Einlassung des Angeklagten**

Der Angeklagte hat behauptet, ihm sei es nur darum gegangen, der Geschädigten beim Ausparken zu helfen. Geflüchtet sei er "aus Angst, in Verdacht zu geraten", obwohl tatsächlich die Wegnahme der Tasche durch K. für ihn überraschend gekommen sei. Die Strafkammer sieht dies im wesentlichen auf Grund der - dessen "Wahrnehmungsbereich" entsprechen-

den - Angaben K. s als widerlegt an, der "den inkriminierten Sachverhalt unter Beteiligung des Angeklagten detailliert geschildert" hat. Die dabei angestellten rechtsfehlerfreien Erwägungen der Strafkammer belegen, dass es dem Angeklagten darum ging, die Tasche unbemerkt wegzunehmen. Es wird jedoch schon nicht deutlich, warum daraus, dass K. das Scheitern dieser Bemühungen erkannte, ohne weiteres ("nämlich") folgt, dass der Angeklagte eine Gewaltanwendung durch K. voraussah und billigte.

#### *B. Voraussetzungen der Mittäterschaft*

Selbst wenn man der Strafkammer aber insoweit folgt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Eine zumindest stillschweigend getroffene Vereinbarung zwischen dem Angeklagten und K., die Tasche gewaltsam wegzunehmen, ist nicht festgestellt. Ebenso wenig ist festgestellt, dass K. bei seiner - spontan und innerhalb eines ganz kurzen Zeitraums durchgeführten - Tat durch die Anwesenheit des Angeklagten psychisch bestärkt worden wäre. Wer bei der Tat eines anderen anwesend ist und sie billigt, wird nicht allein dadurch zum Mittäter (vgl. zu einer im Kern vergleichbaren Fallgestaltung BGH b. Dallinger MDR 1971, 545 f. m.w.N.; BGH NSTZ 1999, 454 zu einer spontan am Tatort getroffenen Verabredung eines Raubes durch Mitglieder einer Diebesbande; allgemein zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und dem Exzeß eines Tatbeteiligten Roxin in LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 175 m.w.N.).

#### *C. Sukzessive Beteiligung durch Verhalten nach Vollendung der Tat*

Unabhängig von alledem kann der Angeklagte sich

aber dadurch an der Tat K.s beteiligt haben, dass er sie in Kenntnis der von diesem vorgenommenen Abweichungen vom ursprünglichen Tatplan gemeinschaftlich fortgesetzt hat. Zur weiteren Begehung der Tat ist nämlich auch die diese erst beendende gemeinschaftliche Flucht zu rechnen (BGH b. Dallinger aaO).

Die eher beiläufigen Feststellungen, wonach der Angeklagte und K. offenbar gleichzeitig aber doch getrennt voneinander in die gleiche Richtung geflohen sind und sie sich erst auf der Flucht wieder trafen, ermöglichen dem Senat jedoch keine abschließende Beurteilung.

#### *D. Aufhebung des Urteils*

Die danach in diesem Punkt gebotene Aufhebung des Urteils führt zugleich zum Wegfall der Gesamtstrafe.

#### *E. Zurückweisung der Revision im Übrigen*

Im übrigen hat die auf Grund der Revisionsrechtfertigung gebotene Überprüfung des Urteils weder im Schuldspruch noch im Rechtsfolgenausspruch einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Der Senat kann ausschließen, dass die sehr maßvollen Einzelstrafen, die die Strafkammer gegen den vielfach vorbestraften, bewährungsbrüchigen Angeklagten verhängt hat, von der Höhe der Strafe in dem aufgehobenen Fall beeinflusst sind. Ebenso bleibt die rechtsfehlerfrei auf die Betäubungsmittelabhängigkeit des Angeklagten und die daraus resultierende Gefahr weiterer Beschaffungskriminalität gestützte Unterbringungsanordnung unberührt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 1998 - 1 StR 660/98).

### **Standort: § 249 StGB**

### **Problem: Finalzusammenhang**

BGH, BESCHLUSS VOM 17.07.2002  
2 STR 225/02 (NSTZ-RR 2002, 304)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte eine Frau bedroht und zur Herausgabe von Schmuck und Geld aufgefordert. Als diese erklärte, ihre Wertsachen befänden sich im Keller und den entsprechenden Schlüssel verwahre die Nachbarin, ließ er sie dorthin gehen, wo die beiden Frauen die Polizei riefen. Während der Bedrohung des Opfers oder kurz danach hatte der Angeklagte sich Geld des Opfers eingesteckt. Das LG hatte den Angeklagten deshalb u.a. wegen schweren Raubes verurteilt. Der BGH hob

das Urteil insoweit auf, da die Feststellungen die für den Raub erforderliche finale Verknüpfung von qualifiziertem Nötigungsmittel (Raubmittel) und Wegnahme nicht aufzeigten; für einen Raub sei es insoweit nämlich nicht bereits ausreichend, dass die Wegnahme nur der Raubmittelanwendung zeitlich nachfolge.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Innerhalb der im Examen sowieso beliebten Vermögensdelikte nehmen Raub und räuberische Erpressung eine herausragende Stellung ein und sind ständig Mittelpunkt diverser Prüfungsleistungen. Zwar wird insofern meist das (höchst streitige) Verhältnis von § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB problematisiert (vgl.



zum Streitstand Küpper, BT, S. 352 ff.; Rengier, JuS 981, 654 ff.; Geppert, Jura 1985, 276 ff.), jedoch enthält der Tatbestand des § 249 I StGB auch einige spezifische Probleme. Insbesondere stellt sich bei diesem zweiaktigen Tatbestand die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Teilakte (Gewalt bzw. Drohung und Wegnahme) zueinander stehen müssen (s. Übersicht bei Biletzki, JA 1997, 385 f.). Ein Teil der Literatur verlangt insofern eine objektive Beziehung, also Kausalität (SK-Günther, § 249 Rn. 36). Nach dieser Auffassung muss also der Einsatz des Raubmittels die Wegnahme tatsächlich ermöglicht haben. Die herrschende Meinung hingegen lässt eine subjektive Beziehung, also Finalität ausreichen (BGH StV 1990, 159; Otto, JZ 1993, 568; LK-Herdegen, § 149 Rn. 14 mwN). Hiernach ist es ausreichend, dass der Täter das qualifizierte Nötigungsmittel eingesetzt hat, um die Wegnahme zu ermöglichen. Ob die Nötigung die Wegnahme wirklich gefördert hat, spielt keine Rolle.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Finalzusammenhang im Rahmen des § 249 I StGB: BGH, NStZ 1993, 79 und StV 1995, 416, Biletzki, JA 1997, 385; Eser, NJW 1965, 377.

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Der Bankräuber"  
 Examenskurs: "Der Rembrandt-Liebhaber"

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

**Für einen vollendeten Raub ist eine finale Verknüpfung von Gewaltanwendung und Wegnahme erforderlich; erfolgt die Wegnahme nur gelegentlich der Nötigungshandlung oder folgt sie der Gewaltanwendung nur zeitlich nach, so kommt ein Raub nicht in Betracht.**

#### **Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen drang der Angeklagte in die Wohnung der Zeugin R ein, um gewaltsam an deren Schmuck und Geld zu gelangen. Er bedrohte sie mit einem ca. 15 cm langen Sprungmesser und drückte es ihr mit der stumpfen Seite an den Hals. Als sie erklärte, sie habe weder Schmuck noch Geld, wollte er ihr ein Schlafmittel einflößen. Da dies misslang, drückte er der am Boden liegenden Frau zweimal ein Kissen fest auf das Gesicht, anschließend fesselte er sie. In ihrer Todesangst erklärte sie dem Angeklagten dann, das Geld befände sich im Keller, den Schlüssel dafür verwahre eine Nachbarin. Daraufhin ließ der Angeklagte die Zeugin aus der Wohnung gehen und ver-

folgte sie bis in die Nähe der Wohnung der Nachbarin W. Diese ließ das Tatopfer ein und alarmierte die Polizei. Während des Tatgeschehens oder unmittelbar, nachdem die Geschädigte die Wohnung verlassen hatte, entnahm der Angeklagte ca. 80 DM aus einem Geldbeutel und ca. 400 DM aus einer Mappe.

#### **Aus den Gründen:**

Das LG verurteilte den Angeklagten wegen schweren Raubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren. Die Sachbeschwerde des Angeklagten führte zur Aufhebung des Urteils. Die Feststellungen des Landgerichts tragen die Verurteilung wegen vollendeten schweren Raubs nicht. Aus ihnen lässt sich nicht ausreichend entnehmen, dass der Angeklagte Gewalt als Mittel zur Wegnahme des Geldes angewendet hat.

#### **A. Finalzusammenhang zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme als Tatbestandsmerkmal des Raubes**

Der Tatbestand des Raubs setzt voraus, dass der Täter zum Zweck der Wegnahme Gewalt gegen eine Person anwendet oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht. Nicht ausreichend ist, dass die Wegnahme der Gewalt nachfolgt, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht. Eine solche Verknüpfung kann in Betracht kommen, wenn die zuvor ausgeübte Gewalt als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung fortwirkt. Erfolgt die Wegnahme dagegen nur „gelegentlich“ der Nötigungshandlung oder folgt sie der Nötigung nur zeitlich nach, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht, kommt ein Schuldspruch wegen vollendeten Raubs nicht in Betracht (vgl. BGH, NStZ 1999, 510; BGH, NStZ-RR 1997, 298).

#### **B. Finalität im vorliegenden Fall**

Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass der Angeklagte das Geld erst wegnahm, als das Tatopfer die Wohnung bereits verlassen hatte. Dass in diesem Zeitpunkt die Gewalteinwirkung fortgewirkt hat, belegen die Urteilsgründe nicht, zumal es dem Willen der Zeugin R entsprach, die Wohnung zu verlassen. Das LG hat auch nicht festgestellt, dass der Angeklagte die Zeugin R zum Verlassen der Wohnung gezwungen hat, um das Geld an sich nehmen zu können. Der ursprünglich geplante Raub von Schmuck und Geld war vielmehr nach der Flucht des Tatopfers gescheitert. Neben dem somit nur versuchten schweren Raub kann die Wegnahmehandlung nur noch als Diebstahl bewertet werden. Die Verurteilung wegen vollendeten schweren Raubs kann daher keinen Bestand haben. [...]

## Urteile in Fallstruktur

### Standort: Öffentliches Recht      Problem: Informationsanspruch von Ratsmitgliedern

OVG NRW, URTEIL VOM 05.02.2002

15 A 2604/99 (NWVBL 2002, 381)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Kommunalverfassungsstreitverfahren hatte das OVG NRW darüber zu entscheiden, ob einzelne Ratsmitglieder einen Anspruch darauf haben, im Vorfeld einer Ratssitzung bereits über Einzelheiten der späteren Beschlussfassung (hier: Über bereits vor der Wahl eines Beigeordneten von einem privaten Personalberatungsunternehmen aussortierte Gegenkandidaten) informiert zu werden. Das Gericht geht davon aus, dass aus dem Status der Ratsmitglieder (in NRW herzuleiten aus § 43 I GO NRW) auch ein Informationsanspruch folge. Dieser erstreckte sich nicht nur auf die später im Rat zur Entscheidung gestellte Frage selbst (Wahl des vorgeschlagenen Kandidaten), sondern alle für die Entscheidung relevanten Informationen, mögen sie auch nur am Rande oder nur im Vorfeld von Interesse gewesen sein. Daran ändere sich auch nichts, wenn diese Informationen von einem Privatunternehmen gewonnen wurden, und zwar selbst dann nicht, wenn sich der Bürgermeister gegenüber diesem Unternehmen zur Verschwiegenheit verpflichtet habe. Sei eine Information aus rechtlich-vertraglichen Gründen unmöglich, müsse dieser Mangel zunächst beseitigt - notfalls das gesamte Verfahren wiederholt - werden. Es könne jedenfalls nicht sein, dass nicht umfassend informierte Ratsmitglieder an einer Abstimmung mitwirken müssten.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Von besonderem Interesse für das Examen ist neben der materiell-rechtlichen Frage nach einem Informationsanspruch der Ratsmitglieder und dessen Grenzen die prozessuale Konstellation: Streiten sich Organe oder Organteile derselben Gemeinde über ihre wechselseitigen Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung, spricht man von einem sogen. "Kommunalverfassungsstreit" (hierzu bereits RA 2001, 509 und RA 1999, 663). Nach ganz. h.M. handelt es sich hierbei nicht um eine eigene Klageart, sondern um eine besondere Fallgestaltung der Leistungs- oder - wie

hier - Feststellungsklage.

In dieser Konstellation sind viele Sachurteilsvoraussetzungen problematisch. So ist z.B. fraglich, ob bei der Feststellungsklage eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu fordern ist. Während dies für den "Normalfall" der Feststellungsklage streitig ist, wird die Notwendigkeit einer Klagebefugnis gerade im Kommunalverfassungsstreitverfahren ganz überwiegend - wie auch hier vom OVG NRW - bejaht. Ist für die Zulässigkeit einer solchen Organklage demnach die Möglichkeit einer Verletzung eigener, subjektiv-organschaftlicher Rechte Voraussetzung, so ist weiter zu prüfen, ob eine Norm der Gemeindeordnung dem klagenden Organ ein solches Recht zur eigenen Wahrnehmung, Geltendmachung und Verteidigung gegenüber anderen Organen spezifisch zuweist. Man spricht dann von einer "wehrfähigen Innenrechtsposition" des Organs, die - da subjektives Recht - zugleich die Klagebefugnis begründet (vgl. zuletzt OVG NRW, RA 1999, 663 = NVwZ 1999, 1252 zum Anspruch eines Ratsmitglieds auf Akteneinsicht).

Besondere Beachtung verdient ferner die Frage nach dem richtigen Klagegegner, die nicht - wie sonst bei der Feststellungsklage üblich - mit dem allg. Rechtsträgerprinzip beantwortet werden kann, da im Organstreitverfahren sonst ein Insichprozess des klagenden Organs vorläge. Das OVG NRW löst diese Problematik im Einklang mit der übrigen Rspr., indem es auf den sachlichen Streitgegner, d.h. das andere Gemeindeorgan, als Klagegegner abstellt.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zur "wehrfähigen Innenrechtsposition": *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 1992, 373; *Schnapp*, VerwArch. 78 [1987], 407, 415
- Für eine Analogie zu § 42 II VwGO bei der Feststellungsklage: *BVerwG*, NVwZ 1989, 470; NJW 1990, 1805; DVBl 1993, 888 (st. Rspr.)
- Gegen eine Analogie zu § 42 II VwGO bei der Feststellungsklage: *Schoch*, JuS 1987, 780; *Krebs*, Jura 1981, 580
- Für eine Analogie zu § 42 II VwGO gerade im Kommunalverfassungsstreit: *Hufen*, VerwProzessR,

§ 18 Rz. 26 ff.; *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 42 II, Rz. 23 ff.

Zum Kommunalverfassungsstreit: *Ehlers*, JuS 1990, 105

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Rauchverbot"

Examenskurs: "Friedenstaube im Rathausfenster"

**Leitsätze:**

- 1. Den zur Wahl eines Beigeordneten berufenen Ratsmitgliedern steht das organschaftliche Recht zu, sich über den Kreis aller Bewerber um das Amt im Vorfeld der Wahl zu informieren. Dieses Recht schließt die Geheimhaltung von Bewerbern gegenüber dem Rat aus. Dies gilt auch dann, wenn zur Vorbereitung der Auswahl ein privates Personalberatungsunternehmen hinzugezogen bzw. eine Findungskommission des Rates gebildet wird.**
- 2. Eine unter Verletzung dieses Informationsanspruches der Ratsmitglieder erfolgte Wahl eines Beigeordneten ist rechtswidrig.**

**Sachverhalt:**

Die Kläger — Mitglieder des Rates der in Nordrhein-Westfalen gelegenen Stadt H. — beehrten mit der Klage die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Wahl des Beigeladenen zum Beigeordneten für den Vorstandsbereich „Personal, Organisation und Finanzen“ in der besonderen Funktion des Stadtkämmerers. Bei der Auswahl der Kandidaten für das Amt waren auf Grund eines entsprechenden Ratsbeschlusses eine Findungskommission gebildet und ein privates Personalberatungsunternehmen hinzugezogen worden. Dem Rat wurde der Beigeladene zur Wahl vorgeschlagen. Eine Möglichkeit zur Information über das übrige Bewerberfeld bestand für die Ratsmitglieder nicht.

Die Kläger sind der Auffassung, die Wahl sei unter Verletzung ihrer Mitwirkungsbefugnisse zustande gekommen. Insbesondere stünde ihnen das Recht zu, über den gesamten Bewerberkreis informiert zu werden. Dieser dürfe auch nicht im Vorfeld auf einen Bewerber reduziert werden, weil dann von einer "Wahl" des Beigeordneten i.S.d. Gemeindeordnung NRW nicht mehr die Rede sein könne.

Der beklagte Rat hingegen meint, die Information der Kläger über den schließlich vorgeschlagenen Kandidaten habe genügt. Die übrigen Bewerber habe man schon deshalb nicht offenlegen können, weil man nach den Allg. Geschäftsbedingungen des privaten Personalberatungsunternehmens zur strengsten Ge-

heimhaltung aller personenbezogenen Daten verpflichtet worden sei. Die Kläger hätten i.Ü. auf ihre Ansprüche auf Information im Vorfeld jedenfalls verzichtet, da sie dem Antrag auf Beauftragung des Privatunternehmens - und damit der Geheimhaltung der Daten - im Rat seinerzeit zugestimmt hätten. Im übrigen hätte die Fraktion der Kläger nach der zwischenzeitlich erfolgten Kommunalwahl 1999 im Rat ohnehin die Mehrheit, so dass es in ihrer Macht stünde, Wahlverfahren zukünftig in ihrem Sinne zu gestalten. Wie diesbezüglich in der Vergangenheit verfahren worden sei, spiele daher heute keine Rolle mehr.

Wie wird das Gericht entscheiden?

**Lösung:**

Das Gericht wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist.

*A. Zulässigkeit*

*I. Verwaltungsrechtsweg*

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Vorliegend kommt der Verwaltungsrechtsweg über § 40 I 1 VwGO in Betracht. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Mit der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Recht stammen. Hier streiten Gemeindeorgane bzw. deren Teile um ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung, mithin um öffentlich-rechtliche Normen. Die Streitigkeit ist ferner schon deshalb nichtverfassungsrechtlicher Art, da Streitgegenstand nicht Verfassungsrecht, sondern die Gemeindeordnung ist.

*II. Statthaftigkeit*

Fraglich ist, welche Klageart für das Begehren der Kläger (§ 88 VwGO) statthaft ist. Diese verlangen die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Ratsbeschlusses, nämlich der Wahl des Beigeladenen zum Beigeordneten der Stadt H. Hierfür könnte die Feststellungsklage gem. § 43 VwGO einschlägig sein, mit der das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden kann. Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen basierende Rechtsbeziehung zwischen Personen oder Person und Sache. Problematisch könnte hier sein, dass keine Personen, sondern Organe bzw. Organteile derselben Gemeinde, nämlich der Rat und seine Mitglieder, untereinander streiten, es sich also um eine reine Innenrechtsstreitigkeit handelt. Das OVG hält jedoch auch in diesem Fall die

Feststellungsklage in Form des sogen. "Kommunalverfassungsstreits" für anwendbar:

"[Die Kläger] können ihr Begehren mit der Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO verfolgen. Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des kommunalverfassungsrechtlichen Organstreits können Streitigkeiten, die aus dem kommunalen Organisationsrecht folgen und den organ-schaftlichen Funktionsablauf bestimmende Befugnisse und Pflichten bestimmter Organe untereinander betreffen, Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens sein. Grundsätzlich der gerichtlichen Klärung zugänglich sind dabei auch Streitigkeiten über die Mitwirkungsbefugnisse einzelner Mitglieder an der Beschlussfassung des Gesamorgans (vgl. OVG NRW, OVGE 41, 1, 18; 36, 154; NVwZ 1986, 851; VGH Bad.-Württ., VBIBW 1992, 375; OVG Rh.-Pf., DÖV 1985, 155; Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO [Stand: Januar 2001], Vorb. § 42 Abs. 1 Rn. 17 und § 43 Rn. 26). Denn der Begriff des Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO ist nicht auf Außenrechtsverhältnisse beschränkt, sondern umfasst ebenso die Rechtsbeziehungen innerhalb der kommunalen Vertretungskörperschaft (vgl. Eyermann, VwGO, 11. Auflage 2000, § 43 Rn. 14; Fehrmann, NWVBl. 1989, 303, 304; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Auflage 2000, § 43 Rn. 11; Pietzcker, a.a.O., § 43 Rn.26).

Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Feststellung im kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit kann dabei die Rechtswidrigkeit von Beschlüssen des Rates, insbesondere hinsichtlich einer erfolgten Wahl sein (vgl. OVG NRW, MittNWStGB 1988, 394)."

### III. Klagebefugnis

Streitig ist, ob auch im Rahmen der Feststellungsklage analog § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist (bejahend vor allem die Rspr., vgl. nur BVerwG, NVwZ 1989, 470; NJW 1990, 1805; DVBL 1993, 888; a.A. z.B. Schoch, JuS 1987, 780; Krebs, Jura 1981, 580). Der Streit könnte jedoch dahinstehen, wenn jedenfalls deren Voraussetzungen, also die Möglichkeit einer Rechtsverletzung der Kl., gegeben wären. Im kommunalen Organstreit müsste dabei gerade das klagende Organ mit spezifischen Rechten ausgestattet worden sein, die ihm eine "wehrfähige Innenrechtsposition" gegenüber anderen Organen oder deren Teilen vermittelt. Dieses Erfordernis prüft und bejaht auch das OVG:

"Eine organschaftliche Feststellungsklage setzt in diesem Fall voraus, dass der Beschluss des Rates unter Verletzung der gesetzlichen Mitwirkungsrechte des Ratsmitgliedes zustande gekommen ist. Denn das ge-

richtliche Verfahren dient nicht der Feststellung der objektiven Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses, sondern dem Schutz der dem klagenden Organ oder Organteil durch das Innenrecht zugewiesenen Rechtsposition. Ob eine solche geschützte Rechtsposition im Hinblick auf die Beschlussfassung des Rates besteht und ihre Verletzung die Rechtswidrigkeit des Beschlusses zu Folge hat, ist durch Auslegung der jeweils einschlägigen Norm zu ermitteln (vgl. OVG NRW, NWVBl. 2002, 31; OVGE 27, 258 [264]).

Zutreffend geht das VG in der angefochtenen Entscheidung davon aus, dass die Kläger sich auf das ihnen kraft ihrer organschaftlichen Stellung als Ratsmitglieder zukommende Recht auf Information über den Beschlussgegenstand — hier die Information über die übrigen Bewerber um die Position des Beigeordneten — berufen können. Hiermit machen die Kläger eine für den kommunalverfassungsrechtlichen Organstreit erforderliche wehrfähige Innenrechtsposition geltend. Träger des Informationsanspruches sind auch bei fraktionszugehörigen Ratsmitgliedern die Ratsmitglieder selbst. Ebenso wie das Rederecht und das Fragerecht (vgl. hierzu: VerfGH NRW, DVBL. 1994, 48 [49]; Schneider, AöR 99, 629 f.) steht es nicht dem Rat selbst oder einem Zusammenschluss seiner Mitglieder, sondern originär dem einzelnen Mitglied der Vertretungskörperschaft zu (vgl. Dieckmann/Heinrichs, GO NRW, 1996, § 43 Erl. 1.2; Erichsen, Kommunalrecht NRW, 2. Auflage 1997, S. 98 f.)."

### IV. Feststellungsinteresse

Ferner müsste ein Feststellungsinteresse der Kläger i.S.d. § 43 I VwGO a.E. bestehen. Dieses ist in einem weiten Sinn zu verstehen; es kann rechtlicher, tatsächlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art sein. Hier kommt eine Wiederholungsgefahr in ähnlichen Fällen in Betracht. Diese besteht nach Ansicht des OVG trotz der zwischenzeitlich geänderten Mehrheitsverhältnisse im Rat, da diese sich später wieder ändern könnten:

"Das berechtigte Interesse der im Rat verbliebenen Kläger an der begehrten Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ratsbeschlusses ist nicht dadurch entfallen, dass es infolge des Ergebnisses der Kommunalwahl 1999 im Rat der Stadt zu einer umfassenden Veränderung der Mehrheitsverhältnisse gekommen ist. Ungeachtet des Umstandes, dass der Umfang innerorganschaftlicher Mitwirkungs- und Informationsrechte nicht von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Partei oder Ratsfraktion abhängig ist, gehen die Kläger zutreffend davon aus, dass eine Wiederholung der

angegriffenen Wahlpraxis nach einer erneuten Änderung der Mehrheitsverhältnisse nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist.”

#### V. Richtiger Beklagter

Fraglich ist, ob mit dem Rat der richtige Beklagte gewählt worden ist. Im Rahmen der Feststellungsklage gilt in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung das allgemeine Rechtsträgerprinzip, nachdem hier grds. die Gemeinde als Gebietskörperschaft (vgl. § 1 II GO NRW) zu verklagen wäre. Dies würde jedoch zu einem In-Sich-Prozess der Kläger führen, da diese als Ratsmitglieder selbst Teil der Gemeinde sind. Dieses Problem erkennt und löst auch das OVG, indem es den Rat für den richtigen Beklagten hält:

“Die Klage ist auch richtigerweise gegen den Rat der Stadt gerichtet. Klagen im Organstreitverfahren sind gegen den intrapersonalen Funktionsträger zu richten, demgegenüber die mit der Organklage beanspruchte Innenrechtsposition bestehen soll (OVG NRW, NWVBl. 1989, 402). Dies ist vorliegend der Rat insgesamt als Beschluss fassendes Organ.”

#### VI. Beteiligtenfähigkeit

Fraglich ist die Beteiligtenfähigkeit von Kläger und Beklagtem, §§ 63, 61 VwGO. Der beklagte Rat ist eine Vereinigung i.S.d. § 61 Nr. 2 VwGO, der mit der hier in Rede stehenden Wahl des Beigeordneten gem. § 71 I GO NRW auch ein Recht zustehen kann. Für die Kläger als Ratsmitglieder ist demgegenüber keine Regelung der Beteiligtenfähigkeit ersichtlich. Sie treten hier insbes. nicht als natürliche Personen i.S.d. § 61 Nr. 1, 1. Fall VwGO auf; auch sind sie keine Behörde i.S.d. § 61 Nr. 3 VwGO. Wären sie jedoch nicht beteiligtenfähig, könnten sie ihre wehrfähige Innenrechtsposition nicht prozessual durchsetzen. Diese wäre i.E. schutzlos - eine vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollte Konsequenz. Aus diesem Grund ist eine Analogie zu § 61 Nr. 2 VwGO auch für Teile von Vereinigungen - hier die Kläger als Mitglieder der Vereinigung Rat - gerechtfertigt, soweit ihnen ein Recht zustehen kann. Dass Ratsmitglieder u.a. Informationsrechte haben können, wurde zur Klagebefugnis bereits ausgeführt. Beide Parteien sind somit auch beteiligtenfähig.

#### VII. Zwischenergebnis

Die Klage ist mithin zulässig. Sie kann für alle Kläger gemeinschaftlich verhandelt und entschieden werden, da die Voraussetzungen der §§ 64 VwGO, 59 ZPO für eine Streitgenossenschaft vorliegen. Von einer ordnungsgemäßen Beiladung des Beigeordneten nach § 65 VwGO ist auszugehen.

#### B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn das Rechtsverhältnis nicht besteht, d.h. der Beigeladene nicht ohne vorherige Information der Kläger über sonstige Bewerber hätte gewählt werden dürfen oder eine “Wahl” i.S.d. § 71 GO NRW mehr als einen Kandidaten voraussetzte.

##### I. Anzahl der Kandidaten

Streitig ist, ob nur ein Kandidat als Wahlvorschlag genügt. Das OVG geht auf diesen Streit ein, wobei es i.E. einen Wahlvorschlag für ausreichend hält:

“In Rechtsprechung und Schrifttum ist vertreten worden, dass eine Wahl im gemeindeverfassungsrechtlichen Sinne nicht vorliege, wenn dem Wahlgremium eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern nicht möglich sei. Werde lediglich ein Bewerber vorgeschlagen, liege nur eine Abstimmung im Sinne des § 50 Abs. 1 GO NRW vor (vgl. OVG NRW, DÖV 1968, 54; Rauball/Pappermann/Roters, GO NRW, 3. Auflage 1981, § 35 Rn. 11; Seeger, Handbuch für die Gemeinderatssitzung, 4. Auflage 1989, S. 135; Gutknecht, Der Städtetag 1963, 131). Der Senat folgt dieser älteren Auffassung nicht. § 50 Abs. 2 GO NRW setzt seinem Wortlaut nach nicht zwingend die Auswahl zwischen einer Mehrzahl von Kandidaten voraus. Denn nach Satz 2 der Vorschrift ist die Person gewählt, die mehr als die Hälfte der gültigen Stimmen erreicht hat. Damit ist es nicht ausgeschlossen, dass über lediglich eine Person abgestimmt wird. Kennzeichnend für eine Wahl im gemeindeverfassungsrechtlichen Sinne ist nicht die Auswahl zwischen mehreren Kandidaten, sondern das personale Element. Hiervon geht auch die neuere Rechtsprechung des Senats aus (vgl. OVG NRW, NVwZ 1992, 286; NVwZ 1993, 1223; ebenso: Dieckmann/Heinrichs, a.a.O., § 50 GO Erl. 3).”

##### II. Vorherige Information

Der streitbefangene Beschluss könnte jedoch deshalb verfahrensfehlerhaft zustande gekommen sein, weil den Mitgliedern des Rates die Möglichkeit auf Einsichtnahme in die Unterlagen der Bewerber um das Amt des Beigeordneten verwehrt war.

##### 1. Anspruch entstanden

Das OVG leitet zunächst einen ungeschriebenen Informationsanspruch aus der Stellung des Ratsmitglieds nach § 43 GO NRW ab:

“Den Klägern steht in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der kommunalen Vertretungskörperschaft das Recht zu, sich über das Ergebnis der Stellenausschreibung sowie über Werdegang und Qualifikation der Bewerber

ber für das Amt des Beigeordneten vor der Entscheidung des Rates frei zu informieren. Dieser Informationsanspruch umfasst alle Bewerber um die ausgeschriebene Position, soweit sie nicht aus eigenem Entschluss die Bewerbung zurückgezogen haben. Dies gilt auch hinsichtlich derjenigen Bewerber, denen zuvor abgesagt worden war. Denn zu einer solchen Absage waren weder die Findungskommission noch das Personalberatungsunternehmen befugt.“

*a. Sachgerechte Ausübung der Aufgaben eines Ratsmitglieds erfordert Information*

“Die sachgerechte Ausübung des Rechts der Mitglieder des Rates zur Entscheidung über den Beschlussgegenstand setzt die Möglichkeit zu umfassender Information über die Entscheidungsgrundlagen voraus. Im Falle einer Personalentscheidung gehört hierzu insbesondere die Möglichkeit zu einer eigenverantwortlichen Eignungseinschätzung des Bewerbers um die zu besetzende Position. Ob und weshalb ein vorgeschlagener Kandidat besser geeignet ist als andere, lässt sich für die allein zur Entscheidung berufenen Mitglieder nur bei Kenntnis des gesamten Bewerberfeldes beurteilen. Der Senat hat in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Möglichkeiten zur Einflussnahme vor der Beschlussfassung wesentlich von den Bedingungen abhängig sind, unter denen die Entscheidungsträger ihre Auffassung bilden und im Vorfeld der Entscheidung einbringen können. Bedeutsam ist hierbei insbesondere, in welchem Umfang, in welcher Form und zu welchem Zeitpunkt die zur Beurteilung des Abstimmungsgegenstandes erforderlichen Sachinformationen zur Verfügung gestellt werden. Dem kommunalen Beschlussorgan obliegt die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass für seine Mitglieder vermeidbare Unterschiede in den Bedingungen ihrer Mitwirkung an der Entscheidungsfindung nicht bestehen. Dies kann äußerstenfalls die Verpflichtung nach sich ziehen, eine Angelegenheit auf Antrag zu vertagen, um einzelnen Mitgliedern die Gelegenheit zu geben, ihre Informationsdefizite zu beseitigen. Eine im Widerspruch zu einer solchen Verpflichtung vorzeitig herbeigeführte Sachentscheidung ist wegen Verletzung der Mitwirkungsbefugnisse dieser Mitglieder rechtswidrig (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1990, 124 [125 f.]; NWVBl. 1992, 20). Hieran ist auch für den streitbefangenen Beschluss über die Wahl eines Beigeordneten durch den Rat der Stadt festzuhalten.“

*b. Informationsanspruch daher in § 43 I GO NRW enthalten*

“Das Informationsrecht des einzelnen Mitgliedes der kommunalen Vertretungskörperschaft hat in der Ge-

meindeordnung weder im Allgemeinen noch im Hinblick auf die Wahl der Beigeordneten eine ausdrückliche Regelung erfahren. § 43 Abs. 1 GO NRW verhält sich über die Rechte der einzelnen Ratsmitglieder nur mittelbar. Hiernach üben diese ihre Tätigkeit ausschließlich nach dem Gesetz und ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl bestimmten Überzeugung aus; sie sind an Aufträge nicht gebunden. Das Informationsrecht des einzelnen Ratsmitgliedes wird dabei ebenso wie das Recht auf Ausübung des Mandats als selbstverständlich vorausgesetzt (vgl. Dieckmann/Heinrichs, a.a.O., § 43 GO Erl. 1.2; Erichsen, a.a.O., S. 98). Zwar sind die Mitglieder des Rates ebenso wie die Gemeindevertretung insgesamt in erster Linie mit Verwaltungsaufgaben befasst. Sie sind daher nicht Parlamentarier, sondern Mitglieder des obersten Verwaltungsorgans der Gemeinde und folglich Teil der vollziehenden Gewalt (Frowein, DÖV 1976, 44; Müller, NVwZ 1994, 120). Ihre Rechtsstellung ist aber maßgebend von dem Umstand bestimmt, dass sie — insoweit mit Mitgliedern von Landtagen und Bundestag vergleichbar — von den Bürgern in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl gewählt (§ 42 Abs. 1 GO NRW) und mit eigenen organschaftlichen Rechten ausgestattet sind. Als Mitglieder des Gemeinderates sind sie Repräsentanten der Gemeindebevölkerung. Wie Parlamentariern steht ihnen nicht nur das Recht zu, in den Gremien, denen sie als Volksvertreter angehören, abzustimmen, sondern auch das Recht, über den Abstimmungsgegenstand zu beraten. Dieses Beratungsrecht setzt voraus, dass über den Beratungsgegenstand die notwendigen Informationen zur Verfügung stehen, wobei es den Ratsmitgliedern freisteht, ob sie von der gebotenen Informationsmöglichkeit Gebrauch machen oder nicht. Dies schließt es im Grundsatz aus, eine Frage zur Abstimmung zu stellen, zu der den Mitgliedern des Gemeinderats oder Einzelnen von ihnen keine oder unvollständige Informationen zur Verfügung standen. Das Informationsrecht des einzelnen Mitgliedes der Vertretungskörperschaft dient nicht nur einer größtmöglichen Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der zu treffenden Entscheidung, sondern auch dem Schutz etwaiger Minderheitenpositionen. Nur durch eine möglichst umfassende und unterschiedslose Informationsmöglichkeit aller Mitglieder wird eine praktikable Möglichkeit eröffnet, eigene und vom Mehrheitsvotum abweichende Vorstellungen einzubringen und eine geänderte Beschlussfassung zu erwirken (vgl. HessVGH, NVwZ 2001, 345). [...]”

*c. Umfang des Informationsanspruchs*

“Hierbei bestimmt sich der Umfang des Informations-

anspruchs nach der Art der anstehenden Entscheidung im Einzelfall. Stehen bei der Wahl eines Beigeordneten — wie vorliegend — Informationen nur zu einem Kandidaten aus einem Bewerberfeld zur Verfügung, ist dieser Informationsanspruch verletzt. Den Mitgliedern des Rates standen zur hier streitbefangenen Entscheidung lediglich ein kurzer Abriss des Bewerbungsverfahrens und ein als vertraulich bezeichneter Bericht des Personalberatungsunternehmens zur Verfügung, der sich zur Qualifikation und zum beruflichen Werdegang des Beigeladenen verhält und mit einem Kommentar des Beratungsunternehmens schließt. Informationen über die anderen Bewerber, insbesondere deren Bewerbungsunterlagen, waren den Ratsmitgliedern weder im Vorfeld der Abstimmung des Rates noch am Tag der Ratssitzung zugänglich. Aus der Sicht des einzelnen Ratsmitgliedes bestand folglich nur eine Informationsmöglichkeit über einen einzigen der Bewerber, obwohl sich auf die Ausschreibung und infolge persönlicher Ansprache durch das Personalberatungsunternehmen eine Vielzahl von Personen um die Stelle beworben hatten. Die Möglichkeit, andere Personen aus dem Bewerberfeld zur Wahl vorzuschlagen, war den Mitgliedern des Rates damit von vornherein verwehrt. [...] Diese Verfahrensweise ist mit dem Informationsrecht der Ratsmitglieder nicht zu vereinbaren.“

## 2. Anspruch nicht untergegangen

### a. Unmöglichkeit

Fraglich ist jedoch, ob sich hier etwas anderes daraus ergibt, dass nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Personalberatungsunternehmens der Oberbürgermeister sich zu strengster Verschwiegenheit bezüglich aller Daten der potenziellen Stellenanwärter verpflichtet hat. Hieraus könnte eine (rechtliche) Unmöglichkeit der Auskunftserteilung resultieren. Das OVG hält allerdings die Informationsrechte jedenfalls für vorrangig. Könnten diese rechtlich nicht erfüllt werden, dürfe solange eben keine Beigeordnetenwahl stattfinden:

#### aa. Unentziehbarkeit des Informationsanspruches

“Die Wahl der Beigeordneten gehört gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 lit. c) GO NRW zum unübertragbaren Vorbehaltsgut des Rates. Ist hiernach die Übertragung der Entscheidung auf andere Gremien innerhalb der Verwaltung ausgeschlossen, so darf die Hinzuziehung Privater bei der Vorbereitung der Wahl, die aus personalwirtschaftlichen Überlegungen im Sinne einer Bestenauslese erwünscht sein mag, erst recht nicht zu einer Einschränkung der den Ratsmitgliedern in Zu-

sammenhang mit dieser Wahl zukommenden Rechte führen. Dies gilt auch dann, wenn sich der vom Rat beauftragte Oberbürgermeister ausweislich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Unternehmens zu strengster Verschwiegenheit bezüglich aller Daten der potenziellen Stellenanwärter verpflichtet hat. Denn die Ausgestaltung privatrechtlicher Verträge hat auch in diesem Falle den kommunalverfassungsrechtlichen Vorgaben zu folgen. Ebenso wie die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private darf deren beratende und unterstützende Hinzuziehung nicht zu einer Beeinträchtigung demokratisch legitimer Mitwirkungs- und Kontrollrechte führen. Jede andere Handhabung würde eine kommunalverfassungsrechtlich unzulässige Verlagerung eines Teils der Auswahlentscheidung aus dem Rat auf hierzu nicht legitimierte Organe bedeuten. Dies gilt auch dann, wenn die Hinzuziehung Privater dem Ziel dient, Personen für die zu besetzende Position zu interessieren, die sich auf die öffentliche Ausschreibung von sich aus voraussichtlich nicht beworben hätten, etwa weil sie sich aus einer bestehenden herausgehobenen Position bewerben müssten.“

#### bb. Folgen bei rechtlicher Unmöglichkeit der Informationserteilung

“Ist die Ausübung dieser Rechte infolge der Hinzuziehung eines Privaten tatsächlich oder rechtlich unmöglich, führt dies zur Rechtswidrigkeit eines gleichwohl herbeigeführten Wahlbeschlusses des Rates. In einem solchen Fall besteht Anlass zu einer Verschiebung der Ratsentscheidung bis zu einer Behebung des Mangels. Sollte Klarheit über das Bewerberfeld endgültig nicht zu erlangen sein, kann dies Anlass zu einer Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens sein.“

#### b. Verzicht

Möglicherweise haben die Kläger aber dadurch, dass sie im Vorfeld der Einschaltung des privaten Personalberatungsunternehmens zugestimmt haben, auf das Recht zur Rüge der fehlenden Information zumindest konkludent verzichtet. Das VG als Vorinstanz hatte einen solchen Verzicht bejaht. Das OVG tritt dem entgegen:

#### aa. Dispositionsbefugnis zweifelhaft

“Der Senat folgt nicht der Auffassung des VG, diejenigen der Kläger, die an dem früheren Beschluss des Rates mitgewirkt hätten, hätten sich hierdurch ihrer Informationsrechte begeben. Es bestehen bereits Zweifel daran, ob ein derartiger bindender endgültiger Verzicht im Vorfeld der Entscheidung möglich ist. Das erkennende Gericht hat bereits in einer früheren

Entscheidung ausgeführt, dass die Mitgliedschaftsrechte eines Ratsmitgliedes keine subjektiv-öffentlichen Rechte sind, die dem Schutz des vom übergeordneten Interesse des Gesamtorgans zu unterscheidenden Individualinteresse des Ratsmitgliedes dienen (OVG NRW, OVGE 17, 261 [263 f.]). Das Ratsmitglied übt seine Befugnisse nicht um seiner selbst willen, sondern im Funktionsinteresse der Gemeinde und ihrer Organe aus (vgl. Müller, NVwZ 1994, 120 [122]). Es ist damit naheliegend, nur die tatsächliche Nichtausübung des Informationsrechts, nicht aber den endgültigen Verzicht auf Mitwirkungsrechte für zulässig zu halten.”

*bb. Jedenfalls keine (konkludente) Verzichtserklärung*

“Die aufgeworfene Frage bedarf aber keiner abschließenden Klärung, weil dem früheren Beschluss des beklagten Rates ein derartiger Verzicht schon inhaltlich nicht zu entnehmen ist. Ausweislich des Wortlauts war Gegenstand der Beschlussfassung lediglich die Einsetzung einer Findungskommission und die Beauftragung des Oberbürgermeisters zur Einschaltung eines privaten Personalberatungsunternehmens im Stellenbesetzungsverfahren. Nähere Rückschlüsse auf

das weitere Verfahren, insbesondere das Informationsrecht der Ratsmitglieder über die einzelnen Stellenbewerber, lässt der weit gefasste Wortlaut der Ratsentscheidung nicht zu. Die Auffassung des erstinstanzlichen Urteils wird auch nicht dadurch gestützt, dass die Findungskommission beauftragt wurde, einen oder mehrere qualifizierte Personalvorschläge zu unterbreiten, die Vorlage auch nur eines Vorschlages mithin durchaus vorgesehen war. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass sich die Mitglieder des Rates für diesen Fall ihres Informationsrechts hinsichtlich der übrigen Bewerber begeben hätten. [...] Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass für die Annahme des erstinstanzlichen Urteils, der Berufung auf das Recht stehe das Verbot widersprüchlichen Verhaltens entgegen, weil sich die Kläger, die an der Beschlussfassung des Rates mitgewirkt hätten, zu ihrem vorausgegangen Verhalten in Widerspruch setzten.”

*III. Ergebnis*

Mithin bestand ein Informationsanspruch der Kläger über die übrigen Kandidaten. Dessen Nichterfüllung macht den streitgegenständlichen Ratsbeschluss rechtswidrig. Die Klage ist begründet, das Gericht wird ihr stattgeben.

**Standort: Zivilrecht**

**Problem: Formbedürftigkeit eines Bauvertrages**

BGH, URTEIL VOM 13.06.2002  
VII ZR 321/00 (NJW 2002, 2559)

**Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren ging es um die Frage der Formbedürftigkeit eines Bauvertrages (Werkvertrag gem. § 631 I BGB), der im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag stand.

Die Parteien schlossen einen Bauvertrag, der auf ein Grundstück bezogen war, das der klagenden Bauunternehmerin nicht gehörte, aber mit dem sie die Bekl. angeworben hatte. Den Bekl. wurde im Bauvertrag ein Rücktrittsrecht eingeräumt, sofern der von der Kl. vermittelte Grundstückskaufvertrag nicht zustande kommen sollte. Auf Vermittlung der Kl. kam es zum notariellen Kaufvertrag über das fragliche Grundstück mit dem Eigentümer, jedoch wollten dann die Bekl. von dem Bauvertrag Abstand nehmen und kündigten. Die Kl. nimmt nun die Bekl. aus dem Bauvertrag heraus in Anspruch. Die Parteien streiten um die Formbedürftigkeit und damit um die Wirksamkeit dieses Bauvertrages gem. § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F.

Unmittelbar kommt eine Anwendung dieser Formvorschrift nicht in Betracht, da der Bauvertrag nicht unmittelbar zur Verpflichtung eines Grundstückserwerbes führt. Jedoch ist ein Vertrag trotzdem notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstückskaufvertrag im Sinne dieser Vorschrift eine rechtliche Einheit bildet. Eine rechtliche Einheit besteht dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Dabei reicht schon eine einseitige Abhängigkeit aus, wenn es sich dabei um die Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von dem anderen Vertrag handelt. Hingegen reicht die einseitige Abhängigkeit des formfreien Geschäfts vom Grundstückskaufvertrages nicht aus, um die notarielle Beurkundungspflicht von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. auszudehnen. Allein eine wirtschaftliche Einheit von Grundstückskauf- und Bauvertrag reicht nicht aus, da der Sinn und Zweck dieser Formvorschrift nicht gewahrt wäre.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Einhaltung von Formvorschriften ist ein typisches



Randproblem, das in Examensklausuren gerne geprüft wird. Dabei bietet sich vor allem die notarielle Beurkundungspflicht von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. an, da die Reichweite dieser Formvorschrift entsprechend ihrem Sinn und Zweck zu bestimmen ist. Diese Formvorschrift enthält Warn- und Schutzfunktion, Gewährsfunktion für die vollständige, richtige und wirksame Wiedergabe des Parteiwillens und Beweisfunktion.

Die Formvorschrift von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. erfasst alle Verträge, die eine unmittelbare Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthalten (Kaufverträge, Schenkungen, etc.). Aber auch mittelbare Verpflichtungen zum Grundstückserwerb / -veräußerung, z.B. durch Androhung von gewichtigen Nachteilen für das Unterlassen, reichen aus, um die Formbedürftigkeit auszulösen. Des weiteren wird die Formbedürftigkeit durch das Bestehen einer rechtlichen Einheit mit einem Grundstücksvertrag ausgelöst und damit auf entsprechend verbundene Rechtsgeschäfte ausgedehnt, wie dieser Fall zeigt. Die innere Abhängigkeit für eine rechtliche Einheit muss dann durch Auslegung des Parteiwillens ermittelt werden.

Zu beachten sind zudem die Heilungsmöglichkeiten für verletzte Formvorschriften, die nur in den gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen zur Anwendung kommen (vgl. §§ 311 b I, 766 S.2 BGB). Ansonsten sind solche formwidrigen Rechtsgeschäfte gem. § 125 BGB nichtig.

#### Vertiefungshinweis:

Formbedürftigkeit von Bauverträgen: *BGH*, NJW 2000, 951; *Battes*, LM H. 5/2000 § 313 BGB Nr. 151; *Löhnig*, JABl. 2000, 529

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Traumgrundstücke"

#### Leitsatz:

**Ist ein Bauvertrag von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, dieser aber nicht von ihm, ist er nicht gem. § 313 BGB a. F. zu beurkunden (im Anschluss an BGH, NJW 2000, 951 = LM H. 5/2000 § 313 BGB Nr. 151).**

#### Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. nach Kündigung eines Bauvertrags von April 2000 auf Zahlung in Anspruch. Die Parteien streiten über die Wirksamkeit dieses Vertrags. Die Bekl. meldeten sich auf eine Zeitungsanzei-

ge der Kl., in der diese angeboten hatte, in ruhiger, verkehrsgünstiger Ortsrandlage ein Haus zu planen und zu bauen. Die Parteien schlossen einen Bauvertrag, der auf das in der Anzeige genannte Grundstück, das nicht im Eigentum der Kl. stand, Bezug nahm. Dabei wurde im Vertrag die Lage des Grundstücks konkret bezeichnet; den Bekl. wurde ein Rücktrittsrecht unter anderem für den Fall eingeräumt, dass ein Kaufvertrag mit dem Eigentümer nicht zu Stande kommen sollte. Die Kl. vermittelte den Abschluss des alsdann notariell beurkundeten Kaufvertrags über dieses Grundstück zwischen den Bekl. und dem Verkäufer. In der Folgezeit wollten die Bekl. von dem Bauvertrag, nicht aber vom Grundstückskauf Abstand nehmen. Nach wechselseitiger Kündigung des Bauvertrags schlossen sie mit dem Verkäufer einen erneut notariell beurkundeten Grundstückskaufvertrag zu den ursprünglichen Vertragsbedingungen. Nach Auflassung wurde das Grundstück auf die Bekl. umgeschrieben. Die Kl. hat 60981,46 DM geltend gemacht.

#### Lösung:

##### Zahlungsanspruch gem. §§ 649 S.2, 631 I BGB

Nach der Kündigung des Bauvertrages könnte die Kl. gegen die Bekl. einen Zahlungsanspruch in Höhe der vereinbarten Vergütung gem. §§ 649 S.2, 631 I BGB haben.

##### A. Anzuwendendes Recht gem. Art. 229 § 5 EGBGB

Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

##### B. Abschluss eines wirksamen Werkvertrages

Voraussetzungen für einen derartigen Anspruch ist der wirksame Abschluss eines entsprechenden Werkvertrages zwischen den Parteien.

##### I. Vertragsabschluss gem. §§ 145 ff. BGB

Die Parteien müssten zunächst im Sinne der §§ 145 ff. BGB einen Werkvertrag gem. § 631 I BGB abgeschlossen haben. Die Parteien schlossen einen Bauvertrag, der auf das in der Anzeige genannte Grundstück, das nicht im Eigentum der Kl. stand, Bezug nahm. Der Bauvertrag ist ein klassischer Werkvertrag, was sich insbesondere aus einem Umkehrschluss von § 651 BGB ergibt.

##### II. Unwirksamkeit gem. § 125 S.1 BGB

Fraglich ist jedoch, ob dieser Bauvertrag wegen eines

Formmangels gem. § 125 S.1 BGB nichtig ist. Grundsätzlich sind Werkverträge formfrei abschließbar. Aber da es sich um einen Bauvertrag über ein noch zu erwerbendes Grundstück handelt, könnte sich ein Formbedürfnis aus § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. ergeben.

Gem. § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, notariell zu beurkunden.

### *1. Keine un- oder mittelbare Grundstückserwerbspflicht infolge des Bauvertrages*

Hinsichtlich einer solchen von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. geforderten Grundstückserwerbspflicht haben die Gerichte folgendes festgestellt:

“Das BerGer. führt zur Frage der Formbedürftigkeit des Bauvertrags aus, dieser enthalte weder eine un-mittelbare Verpflichtung der Bekl. zum Erwerb des Grundstücks noch seien Nachteile für den Fall eines unterlassenen Erwerbs erkennbar, so dass der Bauvertrag nicht schon aus diesen Gründen beurkundungsbedürftig gewesen sei. Diese der Revision günstige und von den Bekl. nicht angegriffene Auslegung des Vertrags ist nicht zu beanstanden.”

### *2. Keine rechtliche Einheit zwischen dem Bau- und dem späteren Grundstückskaufvertrag*

Das Formerfordernis von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. könnte sich jedoch auch auf den Bauvertrag zwischen den Parteien erstrecken, weil dieser mit dem notariell zu beurkundenden Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit bildet.

#### *a. Rechtsansicht des BerGer.*

Das BerGer. stellt zu dieser Frage folgende Überlegungen an:

“Das BerGer. führt aus, der Bauvertrag sei aus anderen Gründen formunwirksam. Ein für sich allein nicht formbedürftiger Vertrag sei dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksvertrag rechtlich zusammenhänge. Eine solche Verknüpfung liege vor, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig seien, dass sie miteinander stehen und fallen sollen. Dabei sei nicht erforderlich, dass an jedem der Rechtsgeschäfte jeweils dieselben Personen beteiligt seien. Ein solcher Verknüpfungswille der Parteien sei gegeben. Die Bekl. seien seinerzeit nicht Eigentümer eines Grundstücks gewesen und hätten den Erwerb des von der Kl. vermittelten Grundstücks beabsichtigt. Ohne ein Grundstück hätte das Haus nicht errichtet werden können. Die Kl. habe schon in ihrer Anzeige für das

von den Bekl. gekaufte Grundstück erworben. Sie sei davon ausgegangen, dass die Bauinteressenten das von ihr für die Bebauung vorgesehene Grundstück erwerben wollten; sie habe an der Vermittlung eines Kaufvertrags allein kein Interesse gehabt. Dies hätten die Bekl. erkannt. Für diese sei ein Vertrag mit der Kl. lediglich über die Errichtung einer Doppelhaushälfte nicht in Betracht gekommen; dies genüge, um einen einheitlichen Vertrag mit daraus folgender Beurkundungsbedürftigkeit für alle Vereinbarungen zu bejahen. Dass die Bekl. zu einem späteren Zeitpunkt bereit gewesen seien, das Grundstück auch ohne Bebauung durch die Kl. zu erwerben, sei ohne Belang.”

#### *b. Rechtsansicht des BGH*

Der BGH tritt mit dieser Revisionsentscheidung der Rechtsauffassung des BerGer. entgegen und meint dazu:

“Ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 313 S. 1 BGB nicht unterliegt, ist dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft im Sinne dieser Vorschrift eine rechtliche Einheit bildet. Eine rechtliche Einheit besteht dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (st. Rspr.; vgl. BGHZ 78, 346 = NJW 1981, 274 = LM § 313 BGB Nr. 89). Dies setzt nicht voraus, dass die Abhängigkeit der Verträge wechselseitig ist. Auch bei einseitiger Abhängigkeit stehen und fallen beide Geschäftsteile mit dem Vertrag, von dem der andere abhängt. Andererseits ist ein solches Abhängigkeitsverhältnis kein hinreichender Grund, das für einen Vertrag geltende Formgebot auf den anderen auszudehnen. Maßgeblich ist vielmehr, ob die mit dem Normzweck verbundenen Funktionen des § 313 S. 1 BGB die Erstreckung des Formgebots auf das verbundene Geschäft erfordern. Der V. Zivilsenat des BGH hat wiederholt auf die Abhängigkeit des Grundstücksvertrags als maßgebliches Kriterium für die Formbedürftigkeit des gesamten Geschäfts hingewiesen (BGH, NJW 2000, 951 = LM H. 5/2000 § 313 BGB Nr. 151 m. w. Nachw.). Er hat dazu ausgeführt, allein die einseitige Abhängigkeit des formfreien Geschäfts vom Grundstücksvertrag genüge nicht, eine rechtliche Einheit im Sinne des Formgebots zu begründen. Dieser Rechtsprechung schließt sich der Senat an (vgl. auch BGH, NJW 2001, 226 = LM H. 3/2001 § 519 ZPO Nr. 148).”

#### *c. Vorliegen einer “wirtschaftlichen Einheit” unzureichend*

Natürlich ist nicht zu verkennen, dass zwischen dem

Bauvertrag und dem Grundstückskaufvertrag eine wirtschaftliche Einheit besteht. Jedoch reicht ein solcher Zusammenhang nicht aus, um das Formerfordernis von § 313 S.1 BGB a.F. / § 311 b I BGB n.F. auf den Bauvertrag zu erstrecken. Der BGH führt hierzu aus:

“Es ist maßgeblich auf Sinn und Zweck des Beurkundungsbedürfnisses abzustellen. Allein eine wirtschaftliche Verknüpfung der Verträge gebietet es nicht, das Formerfordernis des § 313 BGB auf den Bauvertrag zu erstrecken. Erst bei einer Abhängigkeit des Grundstücksgeschäfts vom Bauvertrag besteht Anlass, zur Wahrung der Funktionen des § 313 BGB (Warn- und Schutzfunktion, Gewährfunktion für richtige, vollständige und rechtswirksame Wiedergabe des Parteiwillens, Beweisfunktion) das Formgebot auf den Bauvertrag auszudehnen. An dieser Beurteilung ändert sich nichts, wenn zunächst der Bauvertrag und alsdann der Grundstücksvertrag geschlossen wird. Die Frage der Formbedürftigkeit ist von der zeitlichen Abfolge der Verträge nicht abhängig (Pohlmann, EWiR 2000, 323; a. A. Kanzleiter, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 313 Rdnr. 54 und Fußn. 207).”

#### *d. Übertragung auf den vorliegenden Fall*

Wenn man diese rechtliche Anforderungen für eine Beurkundungspflicht des Bauvertrages auf den vorliegenden Fall überträgt, muss man feststellen, dass die Feststellungen des BerGer. nicht die Annahme tragen, der Grundstückskaufvertrag sei vom Bauvertrag abhängig. Dazu stellt der BGH fest:

“Der erforderliche rechtliche Zusammenhang der Verträge geht über den tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Zusammenhang der Geschäfte hinaus. Es genügt nicht, dass der Bauvertrag Anlass zum Grundstückskauf gegeben hatte oder diesen erst er-

möglicht haben sollte. Eine Ausdehnung der für den Vertrag über das Grundstück gebotenen Form der notariellen Beurkundung auf das formfreie Rechtsgeschäft des Bauvertrags ist geboten, wenn nach den Vorstellungen der Parteien des Grundstücksvertrags dieser geschlossen wird, um die Ausführung des Bauvertrags zu ermöglichen. Die bisherigen Feststellungen des BerGer. ergeben keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrags vom Bauvertrag. Eine solche rechtliche Abhängigkeit ist weder im Grundstückskaufvertrag angedeutet noch ergibt sie sich aus dem bisher festgestellten Willen der Parteien. Das BerGer. befasst sich allein mit der Abhängigkeit des Bauvertrags vom Grundstücksgeschäft.”

#### *3. Ergebnis*

Mangels Formbedürftigkeit des Bauvertrages ist dieser auch nicht gem. § 125 S.1 BGB unwirksam.

#### *III. Ergebnis zu B.*

Es liegt ein wirksamer Werkvertragsabschluss zwischen den Parteien vor.

#### *C. Kündigung durch den Besteller*

Die Bekl. als Besteller müssten den Werkvertrag gem. § 649 BGB gekündigt haben. In der Folgezeit nach dem Grundstückskaufvertragsabschluss wollten die Bekl. von dem Bauvertrag, aber nicht von dem Grundstückskaufvertrag Abstand nehmen. Es erfolgten wechselseitige Kündigungen, also auch durch die Bekl. als Besteller.

#### *Endergebnis:*

Die Kl. hat gegen die Bekl. einen Vergütungsanspruch gem. §§ 649 S.2, 631 I BGB.

## **Standort: Strafrecht**

## **Problem: Urkundsdelikte**

BAYOBLG, BESCHLUSS VOM 27.03.2002

5 ST RR 71/02 (NSTZ-RR 2002, 305)

#### **Problemdarstellung:**

Dem BayObLG lag der Fall eines minderjährigen Angeklagten zur Entscheidung vor, der im Alter von 14 Jahren sein Geburtsdatum auf einer Zeitkarte des Münchner Tarif- und Verkehrsverbundes (MVV) so geändert hatte, dass es nun ein Alter von 16 Jahren auswies. Der Angeklagte wollte so Zugang zu einer Diskothek erlangen, die erst ab 16 Jahren allein betre-

ten werden darf. Er wurde jedoch von dem Türsteher, der die Zeitkarte nicht als Ausweis anerkannte, abgewiesen.

Das BayObLG bestätigte die Verurteilung der Vorinstanz wegen Urkundenfälschung. Nicht nur handele es sich bei der Zeitkarte um eine Urkunde, die der Täter durch das Eintragen eines unrichtigen Geburtsdatums verfälscht habe, es fehle insb. auch nicht an der für § 267 I StGB erforderlichen Täuschungsabsicht. Insofern sei es unbeachtlich, dass der Täter den Türsteher täuschen wolle, also eine Person, die an dem Rechtsverhältnis, in dessen Rahmen die Urkunde

ausgestellt wurde, gar nicht beteiligt ist. Auch entlaste es den Täter nicht, dass er durch die beabsichtigte Täuschung lediglich den Zugang zu einer Diskothek erlangen wollte, da dies kein außerrechtlicher Erfolg sei.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Urkundsdelikte sind als sehr examensrelevanter Bereich des Besonderen Teiles einzuordnen, nicht nur wegen der deliktsspezifischen Probleme, sondern insb. deswegen, weil sie sich sehr gut mit den Vermögensdelikten kombinieren lassen, die einen absoluten Standardstoff im Examen darstellen.

Im vorliegenden Fall liegt der Schwerpunkt bei der Prüfung einer Urkundenfälschung in der Form des Verfälschens einer echten Urkunde (§ 267 I 2. Fall StGB). Hier stellte sich vor allem die Frage nach der Urkundsqualität, die i.R.v. § 267 StGB stets gründlich zu erörtern und auch regelmäßig Gegenstand obergerichtlicher Entscheidungen ist (vgl. hierzu BGH StV 2001, 624 (= RA 2001, 736), OLG Karlsruhe, DAR 2002, 229 (= RA 2002, 357), OLG Köln, StraFo 2001, 352 (= RA 2001, 671)). Auch die Täuschungsabsicht wurde vom BayObLG diskutiert, ebenso wie Fragen der Schuldunfähigkeit von Kindern (§ 19 StGB).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Urkundsbegriff: *BGH*, wistra 2001, 303; *OLG Dresden*, wistra 2001, 360; *Schroeder*, JuS 1991, 301
- Zur Täuschungsabsicht i.R.v. § 267 StGB: *BayObLG*, MDR 1980, 951; *Lenckner*, NJW 1967, 190
- Zu § 19 StGB: *Hinz*, ZRP 2000, 107

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Juraexamen"

#### **Leitsätze:**

**1. Die Zeitkarte des Münchner Verkehrs- und Tarifverbundes (MVV), versehen mit den Personalien des berechtigten Inhabers, ist als Stammkarte des Zeitkartentarifs eine Urkunde, da sie eine verkörperte Gedankenerklärung enthält, den Aussteller (MVV) erkennen lässt und bestimmt und geeignet ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen. Sie weist, mit den Personalien des Berechtigten ausgefüllt, die Berechtigung zum Erwerb einer Wertmarke zu einem bestimmten Zeittarif für eine bestimmte Fahrtstrecke durch den benannten Inhaber aus.**

**2. Das Ändern des Geburtsdatums auf dieser Urkunde, um den Zutritt zu Diskotheken ohne Begleitung Erziehungsberechtigter ab 16 Jahren zu erreichen, ist eine Urkundenfälschung gem. § 267 StGB, da dadurch über die Person des Inhabers der Zeitkarte im Rechtsverkehr getäuscht werden soll. Es ist nicht erforderlich, dass gerade derjenige getäuscht werden soll, der an dem Rechtsverhältnis beteiligt ist, zu dessen Zweck die Urkunde ursprünglich hergestellt wurde. Das erstrebte Ziel der Änderung liegt nicht in einem außerrechtlichen Erfolg.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte A fälschte [...] als Vierzehnjähriger das Geburtsdatum auf der auf seinen Namen ausgestellten Zeitkarte des Münchner Verkehrs- und Tarifverbundes (MVV), indem er anstelle seines Geburtstages den 31.08.1980 eintrug. Die Fälschung erfolgte deshalb, um beim Besuch von Diskotheken ein Alter von über 16 Jahren vorzutäuschen.

Ein entsprechender Versuch an einem nicht mehr feststellbaren Zeitpunkt scheiterte aber, da der Türsteher T der Diskothek den MVV-Ausweis nicht anerkannte.

Strafbarkeit des A?

#### **Lösung:**

*A. Strafbarkeit wegen Verfälschens einer echten Urkunde gem. § 267 I 2. Fall StGB durch Änderung des Geburtsdatums auf der Zeitkarte*

#### *I. Tatbestand*

##### *1. Urkunde*

Bei der Zeitkarte müsste es sich um eine Urkunde handeln. Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt (BGHSt 3, 235; 16, 96; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 2).

Hierzu das BayObLG: "Die Zeitkarte des Münchner Verkehrs- und Tarifverbundes, ausgestellt auf den Namen des Angeklagten, ist eine Urkunde i.S.d. § 267 StGB, da sie eine verkörperte Gedankenerklärung enthält, den Aussteller (MVV) erkennen lässt und bestimmt und geeignet ist, Beweis im Rechtsverkehr zu erbringen. So genannte Zeitkarten des MVV sind auf die Person des Inhabers auszustellende Stammkarten des Zeitkartentarifs (§ 4 Abs. 4 Gemeinsame Beförderungsbedingungen), die als Fahrausweis durch

eine entsprechende Wertmarke zur Fahrt gültig werden (§ 5 Abs. 6 Gemeinsame Beförderungsbedingungen). Die Urkundeneigenschaft erhalten sie aber nicht erst in Verbindung mit dieser Wertmarke, sondern weisen bereits als mit den Personalien des Berechtigten ausgefüllte Stammkarte die Berechtigung zum Erwerb der Wertmarke zu einem bestimmten Zeittarif für eine bestimmte Fahrstrecke aus. Insofern sind sie also auch ohne die Wertmarke bestimmt und geeignet, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen (BGHSt 7, 53 [57] = NJW 1953, 271; RGSt 75, 318, jew. zu Bezugskarten).“ Die Zeitkarte stellt also eine Urkunde dar.

### 2. *Echtheit der Urkunde*

Die Zeitkarte müsste auch eine echte Urkunde sein. Eine Urkunde ist echt, wenn die in ihr enthaltene Erklärung von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist (LG Bremen, StV 1999, 322). Die Zeitkarte des A stammt tatsächlich vom MVV, der aus ihr als Aussteller hervorgeht (s.o.), so dass es sich hierbei um eine echte Urkunde handelt.

### 3. *Verfälschen*

A müsste die Urkunde verfälscht haben. Verfälschen ist jede nachträgliche Veränderung des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde, durch die der Anschein erweckt wird, als habe der Aussteller die Erklärung in der Form abgegeben, die sie durch die Verfälschung erlangt hat (OLG Hamm, NJW 1969, 625). Hierzu das BayObLG: “Diese Urkunde wurde durch das Ändern des Geburtsdatums verfälscht, da dadurch über die Person des Inhabers der Zeitkarte getäuscht wird (BGHSt 40, 203 [206/207] = NJW 1994, 2628 = NStZ 1994, 486).“ Ein Verfälschen liegt also vor.

### 4. *Vorsatz*

A handelte vorsätzlich.

### 5. *Täuschungsabsicht*

A müsste zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben. Dieses Tatbestandsmerkmal ist dann gegeben, wenn der Täter einen Irrtum über die Echtheit der Urkunde erregen und den Getäuschten durch den gedanklichen Inhalt zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmen will (BGHSt 5, 149; Lackner/Kühl, § 267 Rn. 25). A wollte den Türsteher darüber täuschen, dass das von ihm nachträglich eingetragene Geburtsdatum das richtige und er bereits 16 Jahre alt und deswegen zum Betreten der Diskothek ohne Begleitung berechtigt sei und wollte sich so Zutritt zu der Diskothek verschaffen. Das BayObLG stellt insofern klar: “Dabei ist es nicht erforderlich, dass gerade derjenige getäuscht werden soll, der an dem Rechtsver-

hältnis beteiligt ist, zu dessen Zweck die Urkunde ursprünglich hergestellt wurde (Schmidt, in: LKStGB, 11. Aufl., § 267 Rn 255). Die Änderung des Geburtsdatums erfolgte zur Täuschung im Rechtsverkehr. Durch diese Änderung wollte der Angeklagte erreichen, dass ihm der Zutritt zu Diskotheken, die ohne Begleitung Erziehungsberechtigter erst ab 16 Jahren statthaft ist (JuSchG §§ 3, 5), erlaubt wird. Insofern liegt kein außerrechtlicher Erfolg vor (vgl. auch LK § 267 Rn 263; Pfeiffer/Maul/Schulte, StGB, § 267 Rn 7; BayObLG, MDR 1980, 51 zum Besuch einer Spielbank).“ Die Täuschungsabsicht liegt also vor.

### II. *Rechtswidrigkeit*

A handelte auch rechtswidrig.

### III. *Schuld*

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben.

#### 1. *Schuldfähigkeit*

Fraglich ist, ob A im maßgeblichen Zeitpunkt der Vornahme der Tathandlung (vgl. LK-Jähnke, § 19 Rn. 4), also im Zeitpunkt des Verfälschens der Urkunde, nicht vielleicht gem. § 19 StGB schuldunfähig war (sog. Strafmündigkeit). Hierzu führt das BayObLG aus: “Ein Vierzehnjähriger ist nach allgemeinem Sprachgebrauch eine Person, die das 14. Lebensjahr vollendet hat. Aus den Urteilsgründen ist deshalb zu entnehmen, dass die Änderung der Zeitkarte zwischen dem 31.08.1996 0.00 Uhr und dem 30.08.1998 24.00 Uhr vorgenommen wurde. Die Berechnung des Alters einer Person richtet sich auch im Jugendrecht nach den §§ 186, 187 II, § 178 III BGB (Brunner/Dölling, JGG, 10. Aufl., § 1 Rn 10). Der Angeklagte war damit zur Tatzeit strafmündig (§ 111 JGG).“

#### 2. *Verbotsirrtum*

Es könnte sein, dass A sein Verhalten nicht für falsch gehalten hat und ihm - auch unter Berücksichtigung seines jugendlichen Alters - die Einsicht fehlte, Unrecht zu tun (sog. Verbotsirrtum, § 17 StGB). Jedoch hätte A diesen Irrtum vermeiden können, indem er z.B. vor der Tat fachkundigen Rat eingeholt hätte (vgl. BGH NStZ 1993, 594 m. Anm. Puppe), so dass dieser Irrtum jedenfalls vermeidbar war und deswegen nicht gem. § 17 S. 1 StGB die Schuld ausschließt, sondern nur gem. § 17 S. 2 StGB die Möglichkeit der Strafmilderung eröffnet. A hat somit schuldhaft gehandelt.

### IV. *Ergebnis*

A hat sich gem. § 267 I 2. Fall StGB strafbar ge-

macht.

*B. Strafbarkeit gem. § 274 I Nr. 1 StGB durch das Ändern des Geburtsdatums*

Ein durch das Verändern der ursprünglichen, echten Urkunde ggf. mitverwirklichte Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB tritt jedenfalls auf Konkurrenzebene hinter § 267 I 2. Fall StGB zurück (Schönke/Schröder-Cramer, § 67 Rn. 71).

*C. Strafbarkeit gem. § 273 I Nr. 1 StGB durch das Ändern des Geburtsdatums*

Tatobjekt des § 273 StGB sind lediglich amtliche Ausweise, d.h. öffentliche Urkunden, die (auch) dem Identitätsnachweis einer Person dienen sollen (Hecker, GA 1997, 526). Hierzu gehören zwar nicht nur Reisepässe und Personalausweise, sondern z.B. auch Führerscheine und Studentenausweise (BGHSt 34, 301; Hecker aaO, S. 528), jedoch nicht Identifizierungsmittel, die nur für einen internen Dienstgebrauch ausgestellt sind, z.B. Bibliotheksausweise (Bieber, JuS 1989, 478). Auch die Zeitkarte der MVV dient nur einem internen Gebrauch und ist kein Identifikationsmittel, so dass sie kein taugliches Tatobjekt ist. für § 273 StGB.

*D. Strafbarkeit wegen Gebrauchens einer verfälschten Urkunde gem. § 267 I 3. Fall StGB durch Vorzeigen der veränderten Zeitkarte bei T*

*I. Tatbestand*

*1. Verfälschte Urkunde*

Bei dem Zeitausweis mit dem geänderten Geburtsdatum handelt es sich um eine verfälschte Urkunde.

*2. Gebrauchen*

Eine Urkunde wird gebraucht i.S.v. § 267 I 3. Fall StGB, wenn sie zur Kenntnisnahme zugänglich gemacht wird (BGHSt 36, 65). A hatte dem T die Urkunde nicht nur zugänglich gemacht, indem er sie vorzeigte, eine Kenntnisnahme hat sogar tatsächlich stattgefunden, da T diese gesehen hatte.

*3. Vorsatz und Täuschungsabsicht*

A handelte vorsätzlich und zur Täuschung im Rechts-

verkehr (s.o.).

*II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

*III. Ergebnis*

A hat sich gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht.

*E. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB durch Vorzeigen der veränderten Zeitkarte bei T*

Ein Strafbarkeit wegen versuchten Betruges setzt den Tatentschluss des Täters zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 263 I StGB voraus, d.h. der Täter muss insbesondere auch einen Vermögensschaden beim Opfer herbeiführen wollen.

Hier war es zwar so, dass A den T durch das Vorzeigen der Zeitkarte zu einem rechtlich relevanten Verhalten veranlassen wollte, nämlich dazu, ihm Zutritt zur Diskothek zu gewähren (s.o.). Hierdurch würde jedoch kein Vermögensschaden entstehen, da selbst wenn dieser Zutritt nur gegen Entrichtung eines Entgeldes gewährt würde der Sachverhalt nichts darüber aussagt, dass A vorhatte, den Eintrittspreis nicht zu bezahlen. Mangels Tatentschluss hat A sich nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

*F. Konkurrenzen*

A hat sich durch das Verändern der Zeitkarte gem. § 267 I 1. Fall StGB und durch deren Vorlage gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht. Fälscht der Täter jedoch eine Urkunde und gebraucht diese später, so liegt nur ein einheitliches Delikt der Urkundenfälschung vor, selbst wenn zwischen dem Fälschen und dem Gebrauchen eine zeitliche Zäsur liegt, jedenfalls sofern der konkrete Gebrauch von vorne herein geplant war (BGHSt 5, 291; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 44 m.w.N.; Geppert, Jura 1988, 162). A hatte bereits im Zeitpunkt der Veränderung der Zeitkarte den Gebrauch gegenüber T geplant. Aus diesem Grund liegt folglich nur eine Urkundenfälschung vor.

*G. Gesamtergebnis*

A hat sich gem. § 267 I 1. und 3. Fall StGB strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Häußler, Ulf: "Passfoto mit Kopftuch?"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2002, 619 (Heft 20)
<b>Inhalt:</b>	Beitrag zur nicht enden wollenden "Kopftuch"-Diskussion, hier zu der Fallgestaltung, dass eine abzuschiebende Ausländerin zum Zwecke der Anfertigung eines auch im Iran gültigen Passes gezwungen werden sollte, ein Kopftuch zu tragen (Diskussion ausgelöst durch VGH München, RA 2000, 491 = NVwZ 2000, 952 = BayVBl 2000, 435).

<b>Autor/Titel:</b>	Triebel, Matthias: "Kopftuch und staatliche Neutralität"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBl 2002, 624 (Heft 20)
<b>Inhalt:</b>	Weiterer Beitrag zum Thema "Kopftuch", diesmal aus der Sicht einer Lehrerin, die sich weigerte, ohne Kopftuch zu unterrichten. Die durch VG Stuttgart, NVwZ 2000, 959 und VG Lüneburg, RA 2000, 645 = NdsVBl 2000, 251 sowie VG Lüneburg, RA 2001, 181 = NJW 2001, 767 ausgelöste Diskussion hat bekanntlich im Urteil des BVerwG, RA 2002, 509 seinen Höhepunkt gefunden.

<b>Autor/Titel:</b>	Schmidt, Thorsten Ingo: "Die Tenorierung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen im Hauptsacheverfahren erster Instanz"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2002, 804 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Ein Beitrag für alle Referendare, zu deren Prüfungsstoff u.a. der Entwurf verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen gehört. Ohne brauchbaren Tenor wäre ein solcher Entwurf in der Praxis nicht verwertbar, was einen wesentlichen Mangel darstellt. Die gelungene Tenorierung ist deshalb von entscheidender Bedeutung.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Rauscher, Thomas: "Die Schadensrechtsreform"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 577 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Umfassende Darstellung aller examensrelevanter Veränderungen, die im Zuge der Schadensrechtsreform zum 01.08.2002 im BGB und in weiteren Gefährdungstatbeständen (z.B. StVG) erfolgten.

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Rücktritt, Minderung und Schadensersatz im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten?"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2002, 2497 (Heft 35)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag gibt einen Überblick über die Neuregelungen für die gewährleistungsrechtlichen Rechtsbehelfe des Käufers und beantwortet die auch praxisrelevante Frage nach dem Bezugspunkt für die Haftung des Verkäufers

<b>Autor/Titel:</b>	Müller, Hans-Friedrich: "Abhilfemöglichkeit bei der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach der ZPO-Reform"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2002, 2743 (Heft 38)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz stellt die Sanktionen im Falle der Verletzung des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) durch ein Zivilgericht dar. Dabei wird der durch die ZPO-Reform vom 01.01.2002 neu geschaffene § 321a ZPO in den Mittelpunkt gestellt.

<b>Autor/Titel:</b>	Röthel, Anne: "Das neue Kaufrecht in der Fallbearbeitung"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 621 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag verschafft anhand von Kurzfällen einen Überblick über die neue Systematik der kaufrechtlichen Gewährleistungsrechte.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Otto, Harro: "Die neue Rechtsprechung zum Betrugstatbestand"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 606 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Sehr lesenswerter Aufsatz, in dem Prof. Otto im Rahmen eines gutachterlichen Aufbauschemas des Tatbestandes des § 263 StGB nicht nur die verschiedenen relevanten Definitionen liefert, sondern auch im Rahmen des jeweiligen Tatbestandsmerkmals die insoweit einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung ausführlich und verständlich darstellt. Auch Probleme im Rahmen der Konkurrenzen und des Versuchs beim Betrug werden kurz angesprochen.

<b>Autor/Titel:</b>	Ignor, Alexander / Rixen, Stephan: "Grundprobleme und gegenwärtige Tendenzen des Arbeitsstrafrechts"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2002, 510 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Kurze Einführung in den Bereich arbeitsmarktbezogener Straf- und Bußgeldbestimmungen, insb. unter Darstellung aktueller Veränderungen der Straf- und Bußgeldbestimmungen und des entsprechenden Verfahrensrechts.