

Öffentliches Recht

Standort: Art. 12 GG

Problem: Singularzulassung beim BGH

BVERFG, BESCHLUSS VOM 31.10.2002
1 BVR 819/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im nachstehenden Beschluss hat das BVerfG die Annahme einer gegen die Singularzulassung der Rechtsanwälte beim BGH (geregelt in § 171 BRAO) und das Auswahlverfahren für die dortige Zulassung (§§ 166 ff. BRAO) abgelehnt. Der Bf., ein beim OLG zugelassener Rechtsanwalt, wollte unter Erhalt seiner OLG-Zulassung auch beim BGH zugelassen werden. Dem steht § 171 BRAO entgegen, der BGH-Anwälten ausdrücklich untersagt, auch vor anderen Gerichten zugelassen zu sein. Durch diese Regelung und das langwierige Auswahlverfahren für BGH-Anwälte nach §§ 166 ff. BRAO sah sich der Bf. in seiner Berufsfreiheit aus Art. 12 GG verletzt. Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde dürfte ihm zudem das Urteil des BVerfG vom 13. Dezember 2000 (BVerfGE 103, 1 = RA 2001, 57) erleichtert haben, welches die zu § 171 BRAO wortgleiche Regelung des § 25 BRAO zur Singularzulassung von Rechtsanwälten vor den Oberlandesgerichten für verfassungswidrig erklärt hatte. Das BVerfG sieht jedoch Unterschiede zwischen der OLG- und der BGH-Singularzulassung, die in den nachstehenden Entscheidungsgründen wiedergegeben sind. Der Eingriff in die Berufsfreiheit sei bei letzterer durch vernünftige Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt.

Das Gericht prüft zunächst die Schutzbereichsbetroffenheit, die es für den Bf. (nur) in Form der weniger belastenden *Berufsausübungsregelung* bejaht. Der Argumentation des Bf., wonach Rechtsanwalt beim BGH ein eigener Berufsstand und durch die Verweigerung des Zugangs zu selbigem daher die *Berufswahl* betroffen sei, schließt sich der Senat nicht an, ohne allerdings eine diese Argumentation widerlegende Begründung zu geben. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Schutzbereichsverkürzung wird, ohne die Konkretisierung des Regelungsvorbehalts des Art. 12 I 2 GG durch §§ 171 bzw. 166 ff. BRAO und damit die eigentliche "Schranke" des Grundrechts noch zu erwähnen, sogleich die "Schranken-Schranke" der Verhältnismä-

ßigkeit (Art. 20 III GG) der einschränkenden Normen geprüft. Dabei wendet das BVerfG - ebenfalls unausgesprochen - seine sogen. "Drei-Stufen-Theorie" an, wonach zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsausübung vernünftige Gemeinwohlerwägungen genügen. Besonders ausführlich setzt sich das BVerfG dabei mit den Motiven des Gesetzgebers für die Singularzulassung (dem "legitimen Zweck") und der Frage auseinander, ob sie zur Erreichung desselben (noch) geeignet ist. Das BVerfG bejaht dies i.E. auf der Basis der gegenwärtigen Lage, lässt in einem Ausblick allerdings erkennen, diese Frage neu überdenken zu wollen, sobald sich die Auswirkungen der letzten ZPO-Reform auf die Revisionsinstanz verlässlich beurteilen lassen.

Prüfungsrelevanz:

Die Singularzulassung von Rechtsanwälten war nun binnen zwei Jahren zweimal Gegenstand verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung. Dies allein begründet eine hohe Relevanz für schriftliche, auch und gerade aber für mündliche Prüfungen. Besonders interessant ist, dass das Ergebnis für OLG- und BGH-Zulassung unterschiedlich ausgefallen ist. Hierfür wird der Prüfling die Gründe, auf die das BVerfG nachstehend ausführlich eingeht, kennen müssen. Zur Nacharbeit sei daher das Urteil des BVerfG zur OLG-Zulassung (BVerfGE 103, 1 = RA 2001, 57) noch einmal wärmstens empfohlen. Gleiches gilt für Art. 12 GG, wobei es im vorliegenden Fall insbesondere auf die Abgrenzung von Berufswahl und Berufsausübung (Stichwort: Berufsbildlehre) und eine saubere Verhältnismäßigkeitsprüfung (Stichwort: Drei-Stufen-Theorie) ankommt.

Vertiefungshinweise:

- Entscheidung des BGH über die Zurückweisung des Antrags des Bf.: *BGH*, NJW 2002, 1725
- Zu Art. 12 GG: *Erichsen*, Jura 1995, 542; *Langer*, JuS 1993, 203

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Alter Mann als Kassenarzt"

Leitsatz:**Zur Singularzulassung der Rechtsanwälte bei dem Bundesgerichtshof nach § 171 der Bundesrechtsanwaltsordnung****Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Singularzulassung der Rechtsanwälte beim Bundesgerichtshof sowie das Wahlverfahren zum Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof.

Der Beschwerdeführer ist als Rechtsanwalt beim Oberlandesgericht Hamm zugelassen und übt zudem den Beruf des Notars aus. Beim Bundesministerium der Justiz beantragte er, ihn - unter Beibehaltung seiner bisherigen Zulassung - als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof in Zivilsachen zuzulassen. Der Antrag wurde abgelehnt. Daraufhin stellte der Beschwerdeführer Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der durch Beschluss des Bundesgerichtshofs zurückgewiesen wurde. Es sei verfassungsrechtlich unbedenklich, dass der Gesetzgeber den bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälten eine weitere Zulassung bei anderen Gerichten verwehre (Singularzulassung); auf die Einzelheiten des Auswahlverfahrens für eine Singularzulassung komme es nicht an, weil der Beschwerdeführer diese nicht erstrebe.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG durch die genannten Entscheidungen. Die Vorschriften über die Singularzulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof in §§ 171, 172 der Bundesrechtsanwaltsordnung (im Folgenden: BRAO) und die vorgelagerte Wahl sowie die hierfür geltenden Verfahrensvorschriften der §§ 164 bis 169 BRAO stellten eine einheitliche Regelung dar, die in dem angegriffenen Beschluss des Bundesgerichtshofs bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Singularzulassung unzulässig aufgespalten worden sei. Mit der Verweigerung der Zulassung werde in seine Freiheit der Berufswahl eingegriffen, da die Tätigkeit als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof ein eigenständiger Beruf sei. Die Singularzulassung könne nicht mit Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden; sie sei willkürlich. Bei keinem anderen obersten Bundesgericht bestehe eine spezialisierte Anwaltschaft. Auch mit der historischen Entwicklung lasse sie sich nicht erklären. Der historische Gesetzgeber habe sich bei einem damals wesentlich geringeren Verfahrensanfall entschlossen, für die Revision in Zivilsachen die Postulationsfähigkeit zu beschränken. Dann überzeuge aber die nunmehr vorgebrachte Begründung nicht, dass wegen der geringe-

ren Fallzahlen bei den anderen obersten Bundesgerichten eine solche Anwaltschaft wirtschaftlich nicht tragfähig sei.

Im Hinblick auf die modernen Telekommunikationsmittel und elektronischen Medien sowie angesichts der gestiegenen Mobilität treffe auch die Überlegung der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Gericht und örtlich niedergelassenem Rechtsanwalt nicht mehr zu. Das "Vier-Augen-Prinzip" als Mittel zur Verbesserung der Rechtspflege könne die Singularzulassung ebenfalls nicht rechtfertigen. Es sei statistisch nicht belegt, dass der Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof wegen ihrer besonderen Qualifikation eine "Filterfunktion" zukomme. Schließlich verliere das zur Rechtfertigung der Singularzulassung bemühte Argument der besonderen Schwierigkeit des Revisionsrechts in Zivilsachen zunehmend an Bedeutung, weil durch die Reform der Zivilprozessordnung das Revisionsrecht den Verfahrensordnungen in den anderen Gerichtszweigen angepasst worden sei.

Bei der Verabschiedung der Bundesrechtsanwaltsordnung 1959 sei der Gesetzgeber vom Berufsbild des nicht spezialisierten Einzelanwalts ausgegangen, während heute Sozietäten und Fachanwälte das Bild der Anwaltschaft prägten; die Spezialisierung finde mittlerweile außerhalb der Singularzulassung statt. Zudem sei als milderes Mittel zwischenzeitlich der Mitarbeiterwechsel in § 27 Abs. 1 Satz 3 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG) eingeführt worden.

Die in den §§ 164 ff. BRAO getroffenen Regelungen über das Wahlverfahren verstießen ebenfalls gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Sie seien nicht geeignet, eine qualifizierte Anwaltschaft beim Bundesgerichtshof zu gewährleisten und verfehlten damit den beabsichtigten Zweck.

Aus den Gründen:

Die Voraussetzungen, von denen nach § 93 a Abs. 2 BVerfGG die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung abhängt, liegen nicht vor.

A. Fehlende grundsätzliche Bedeutung

1. Die Verfassungsbeschwerde hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe a BVerfGG). In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist geklärt, dass die anwaltliche Berufsausübung durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnet ist, der einer staatlichen Kontrolle und Bevormundung grundsätzlich entgegensteht (vgl. BVerfGE 50, 16 [29]; 76, 171 [188]). Ferner ist entschieden, unter welchen Voraussetzungen gesetzliche Regelungen der Berufsausübung zu-

lässig sind (vgl. BVerfGE 93, 362 [369]; 103, 1 [10]).

B. Keine Grundrechtsverletzung

Die Annahme ist auch nicht zur Durchsetzung von Grundrechten des Beschwerdeführers angezeigt (§ 93 a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Der Eingriff in die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers verletzt ihn nicht in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

I. Singularzulassung, § 171 BRAO

1. Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 GG

Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG ist berührt. Durch die angegriffenen Entscheidungen und die ihnen zugrunde liegende gesetzliche Regelung in § 171 BRAO wird die Freiheit der Berufsausübung des Beschwerdeführers beschränkt, da es ihm nicht ermöglicht wird, neben seiner bisherigen Berufstätigkeit nach einer Zulassung als Rechtsanwalt bei dem Bundesgerichtshof seine Mandanten in Zivilverfahren auch in der Revisionsinstanz zu vertreten. Ob von der angegriffenen Regelung ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl ausgehen kann (vgl. hierzu BVerfGE 33, 125 [161]), weil sich ein Rechtsanwalt entscheiden muss, ob er sich darauf beschränken will, bei dem Bundesgerichtshof und den sonstigen in § 172 Abs. 1 BRAO genannten Gerichten aufzutreten, oder ob er bei allen Gerichten mit Ausnahme des Bundesgerichtshofs postulationsfähig sein will, kann hier dahinstehen. Unter dem Blickwinkel des gestellten Antrages greifen die Entscheidungen und die zugrunde liegenden Normen allerdings nur in die Berufsausübungsfreiheit ein; sie betreffen einen dem Beschwerdeführer verschlossenen Teil seiner beruflichen Betätigung als Rechtsanwalt. Ihm wird eine Erweiterung seines bisherigen Tätigkeitsfeldes verwehrt (vgl. BVerfGE 103, 1 [9 f.]).

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Gesetzliche Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung sind nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind. Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Beschränkungen des Grundrechts stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 19, 330 [336 f.]; 54, 301 [313]). Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als es die sie rechtfertigenden Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 101, 331 [347]). Eine sowohl den Freiheitsanspruch des Berufstätigen wie die öffentlichen Belange berücksichtigende Lösung kann nur in Abwägung der Bedeutung der einander gegenüberstehenden und möglicherweise

einander widerstreitenden Interessen gefunden werden (vgl. BVerfGE 7, 377 [404 f.]). Diese verfassungsgerichtlich entwickelten Maßstäbe hat der Bundesgerichtshof bei Auslegung und Anwendung des Gesetzes beachtet.

Sein Ergebnis, dass § 171 BRAO mit dem Grundgesetz vereinbar ist, lässt derzeit keine Fehler erkennen, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung vom Umfang des Schutzbereichs von Art. 12 Abs. 1 GG beruhen (vgl. BVerfGE 85, 248 [257 f.]). Nach der Argumentation des Bundesgerichtshofs wird die Singularzulassung durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt; die gewählten Mittel sind zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich und stellen sich bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe insgesamt noch als angemessen dar. Angesichts der inzwischen eingetretenen Änderungen der Zivilprozessordnung, die nach dem derzeitigen Erkenntnisstand noch keine Prognose über die zukünftige Entwicklung des Revisionsverfahrens zulassen, hat sich der Bundesgerichtshof insoweit zu Recht auf die bisherigen Erkenntnisse gestützt, insbesondere diejenigen der vom Bundesministerium der Justiz eingesetzten Kommission, die 1998 ihre Vorschläge zur Neuregelung des Rechts der Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof vorgelegt hat. Dem steht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13.12.2000 zu § 25 BRAO (BVerfGE 103, 1) nicht entgegen.

a. Verhältnismäßigkeit

aa. Legitimer Zweck

§ 171 BRAO dient nach der Absicht des Gesetzgebers überkommenen legitimen Gemeinwohlinteressen (vgl. BTDrucks 3/120, S. 111). Er bezweckt eine Stärkung der Rechtspflege durch eine leistungsfähige und in Revisionsachen besonders qualifizierte Anwaltschaft. Nach den verfügbaren statistischen Unterlagen, die im Bericht der Kommission 1998 ausgewertet worden sind, sowie den vom Bundesgerichtshof herangezogenen Veröffentlichungen sind mit der Singularzulassung Vorteile für die Rechtssuchenden und das Revisionsgericht verbunden. Die Rechtssuchenden werden kompetent beraten und können im Vorfeld von aussichtslosen Rechtsmitteln Abstand nehmen, was ihnen Kosten erspart. Zugleich wird der Bundesgerichtshof von unzulässigen Rechtsmitteln entlastet.

bb. Geeignetheit

Obwohl bei den anderen obersten Bundesgerichten

gleich starke Gemeinwohlinteressen ins Feld geführt werden könnten, hat der Gesetzgeber bei diesen von einer singular zugelassenen Anwaltschaft mit nachvollziehbarer Begründung abgesehen. Das stellt indes die Gemeinwohlbelange nicht in Frage. Nach den gegenwärtigen Fallzahlen wäre nach der Einschätzung der Kommission, die sich der Gesetzgeber zu eigen gemacht hat, eine Spezialisierung bei anderen obersten Bundesgerichten - auch für solche Rechtsanwälte, die im jeweiligen Bereich als Fachanwälte tätig sind - wirtschaftlich nicht tragbar. Diese Annahme wird entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers weder mit dem Zahlenwerk widerlegt, das zu Zeiten des Reichsgerichts das Maß der bei den Anwälten anfallenden Arbeit (und damit das Einkommen) bestimmte, noch mit dem Arbeitsanfall, der nach der am 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Zivilprozessreform (Gesetz vom 27. Juli 2001 [BGBl I, S. 1887]) zu erwarten ist.

Auch die vom Beschwerdeführer genannten Zahlen entkräften das vom Bundesgerichtshof verwertete statistische Material nicht. Wenn der Beschwerdeführer den 4.265 Revisionen, die im Jahre 2001 beim Bundesgerichtshof eingegangen sind, beispielsweise einen Verfahrenseingang beim Bundessozialgericht im selben Jahr von 2.288 Sachen gegenüberstellt, differenziert er nicht ausreichend. Beim Bundessozialgericht sind in dem genannten Jahr lediglich 575 Revisionen eingegangen; die restlichen Eingänge entfielen auf Nichtzulassungsbeschwerden. Die vom Bundesgerichtshof herausgestellten Unterschiede beruhen deshalb nach wie vor auf tatsächlichen Gegebenheiten und rechtfertigen die unterschiedlichen Regelungen, solange der Gesetzgeber davon ausgehen kann, dass in den anderen Gerichtszweigen eine wirtschaftliche Grundlage für eine auf das Revisionsrecht spezialisierte Anwaltschaft fehlt.

Es kann auch dahinstehen, ob die in dem angegriffenen Beschluss erwähnte "Filterfunktion" durch die beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte zahlenmäßig genau belegbar ist. Jedenfalls wird etwa ein Viertel der eingelegten Revisionen wieder zurückgenommen, und es liegt auf der Hand, dass bei offensichtlich aussichtslosen Revisionen das Mandat erst gar nicht übernommen oder vor der Begründung der Revision niedergelegt wird, sofern nicht schon die Einlegung des Rechtsmittels unterbleibt, was statistisch nicht erfasst werden kann.

cc. Erforderlichkeit

Nachvollziehbar hat der Bundesgerichtshof auch hervorgehoben, dass die europarechtlichen Vorschriften kein milderes Mittel aufzeigen, das dem Antrag des

Beschwerdeführers gerecht werden könnte. Zwar kann auch ein vorgeschriebener Mitarbeiterwechsel der Rechtspflege förderlich sein und in einem Teilbereich den Zielen dienen, die mit der angegriffenen Norm des § 171 BRAO umfassender verfolgt werden. Auf eine Stärkung des Vier-Augen-Prinzips durch Mitarbeiterwechsel vor Eintritt in die Revisionsinstanz richtet sich der Antrag des Beschwerdeführers indessen nicht. Er strebt mit der Simultanzulassung im Gegenteil die durchgängige Vertretung eines Mandanten in allen Instanzen der Zivilgerichtsbarkeit an.

dd. Angemessenheit

Angesichts dieses vom Beschwerdeführer vorgegebenen Verfahrensziels lässt sich die Wertung des Bundesgerichtshofs, die Einschränkung durch das Verbot der Simultanzulassung bei dem Bundesgerichtshof sei für einen beim Landgericht und Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung, ebenfalls gut nachvollziehen. Wären alle Rechtsanwälte mit einiger Berufserfahrung berechtigt, ihre Mandanten vor dem Bundesgerichtshof zu vertreten, würden sich die dort anhängigen Verfahren auf viele Anwälte verteilen. Der Zuwachs an Mandaten bliebe gering. Das gilt insbesondere, weil nach bisherigem Recht die Möglichkeiten der Revision in Zivilsachen eingeschränkt waren (vgl. § 546 ZPO a.F.). Die Auswirkungen der Zivilprozessreform auf das Revisionsverfahren, insbesondere der Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO n.F., sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht absehbar. Erst wenn dazu tatsächliche Erfahrungswerte vorliegen, wird sich beurteilen lassen, ob das Verbot der Simultanzulassung bei dem Bundesgerichtshof weiterhin mit dem Verfassungsrecht, insbesondere mit Art. 12 Abs. 1 GG, vereinbar ist.

b. Keine Vergleichbarkeit mit verfassungswidriger Singularzulassung vor dem OLG

Die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Dezember 2000 (BVerfGE 103, 1 = RA 2001, 57) angeführten Argumente zur fehlenden Eignung und Erforderlichkeit der in § 25 BRAO getroffenen Regelung über die Singularzulassung der bei einem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwälte lassen sich nicht ohne weiteres auf die tatsächlich und rechtlich abweichende Lage der Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof übertragen.

Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem hier angegriffenen Beschluss [...] mit dieser Argumentation eingehend und mit zutreffendem Ergebnis auseinander

gesetzt. Vorliegend gibt es keine regionalen Verschiedenheiten im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit, auf die das Bundesverfassungsgericht maßgeblich abgestellt hatte (BVerfGE 103, 1 [17 f.]). Die Unterschiede zwischen den einzelnen Gerichtszweigen sind in der verfassungsgerichtlichen Argumentation nicht gegen § 25 BRAO verwendet worden. Auch die Schwächung des Prinzips der Singularzulassung durch Mischsozietäten trifft auf die Anwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof nicht zu (vgl. § 59 a BRAO einerseits und § 172 a BRAO andererseits). Soweit die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zusätzlich darauf abgestellt hat, das Singularprinzip sei durch die Auflösung der Verknüpfung von Postulationsfähigkeit und berufsrechtlicher Lokalisation in § 78 ZPO geschwächt worden, trifft diese Erwägung auf die Rechtsanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof ebenfalls nicht zu. Berufsrechtliche Lokalisation, Postulationsfähigkeit (§ 172 BRAO) sowie Kanzleisitz (§ 27 BRAO) bilden weiterhin eine Einheit.

c. Zukünftige Entwicklung

Weder aus der Systematik des Gesetzes noch aus der historischen Entwicklung oder der Umsetzung der Normen in der forensischen Praxis ergeben sich derzeit Anhaltspunkte dafür, dass die Singularzulassung nicht mehr als geeignetes und erforderliches Mittel zugunsten einer qualitativen Verbesserung der Rechtspflege angesehen werden kann. Ob allerdings die Sicherung der Arbeitsfähigkeit des Bundesgerichtshofs, die in der angegriffenen Entscheidung zum Beleg für die Erforderlichkeit der Regelung herangezogen wird, tragfähig bleibt, wird anhand des neuen Prozessrechts mit seiner Veränderung von Berufungs- und Revisionsverfahren im Zivilprozess sowie der Annäherung der Revisionszulassung vor dem Bundesgerichtshof an die finanz-, sozial- und verwal-

tungsgerichtlichen Verfahren zu beurteilen sein. Die Beschränkungen der anwaltlichen Tätigkeit sind jedenfalls nicht schon deswegen erforderlich, weil sie dort, wo sie gelten, von den Richtern als sachdienlich empfunden werden (vgl. BVerfGE 103, 1 [18]).

II. Auswahlverfahren, §§ 166 f. BRAO

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Auswahlverfahren gemäß §§ 166 ff. BRAO sind verfassungsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Normen regeln das Verfahren der Singularzulassung, die der Beschwerdeführer nicht angestrebt hat. Da der Bundesgerichtshof von seinem Standpunkt aus folgerichtig diese Normen seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt hat, sind sie nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Die hiergegen gerichteten Angriffe in der Verfassungsbeschwerde gehen deshalb ins Leere. Sie richten sich unmittelbar gegen Normen, ohne dass diese Gegenstand gerichtlicher Entscheidung gewesen wären. Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Dauer des Wahlverfahrens und die deshalb zu erwartende unzumutbare Belastung, sofern er sich hierauf einließe, mag darauf hindeuten, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen von § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG für gegeben erachtet. Diese entbinden allerdings nicht von dem Erfordernis, dass ein Beschwerdeführer von den angegriffenen Vorschriften selbst betroffen sein muss. Erstrebt ein Rechtsanwalt nicht den Status, dessen verfahrensrechtliche Voraussetzungen er für verfassungswidrig hält, betrifft ihn das Verfahrensrecht nicht; die Behauptung, selbst in einem Grundrecht verletzt zu sein, die § 90 Abs. 1 BVerfGG als allgemeine Voraussetzung der Verfassungsbeschwerde nennt, kann nicht mit der Unzumutbarkeit der Rechtswegerschöpfung begründet werden.

Standort: POR

Problem: Abschleppen trotz hinterlassener Mobilfunknummer

BVERWG, BESCHLUSS VOM 18.02.2002
3 B 149.01 (DVBL 2002, 1560)

Problemdarstellung:

Das BverWG bestätigt im vorliegenden Beschluss die Entscheidung der Vorinstanz (OVG Hamburg, RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647), wonach das Abschleppen von KfZ und die hieraus folgende Kostenlast des Betroffenen auch dann rechtmäßig sein können, wenn dieser im Fahrzeug einen Zettel mit seiner Mobilfunknummer und dem Zusatz "Komme sofort" hinterlassen hat. Das OVG hatte dies wegen der ungewissen

Erfolgsaussichten eines Anrufes und der damit verbundenen Verzögerungen jedenfalls dann angenommen, wenn es sich um einen vorgefertigten Zettel handelte, der den konkreten Aufenthaltsort des Fahrzeugführers nicht erkennen ließ. Der Polizist könne dann nicht abschätzen, ob der Betroffene es tatsächlich in angemessener Frist bis zu seinem Fahrzeug schaffe. Auch sei an einer entsprechenden Bereitschaft zu zweifeln, wenn lediglich ein entsprechender Zettel "vorrätig" gehalten und bei Bedarf hinterlegt werde. Etwas anderes gelte hingegen, wenn die konkrete Bereitschaft und der aktuelle Aufenthaltsort

durch den Zettel deutlich würden: Dann seien ein Anruf und fünf Minuten Zuwarten zumutbar.

Diese Entscheidung ist insbesondere von *Schwabe* als "weltfremd" kritisiert worden. Es sei kein Grund ersichtlich, warum der Polizist nicht generell einen Anruf versuchen und fünf Minuten warten solle; erscheine der Fahrzeugführer dann nicht, könne immer noch abgeschleppt werden. Die mit dem Anruf verbundenen Kosten sowie eine Verzögerung von max. fünf Minuten seien im Normalfall angesichts der Kosten und der Dauer des Abschleppens selbst offensichtlich nicht unangemessen.

Das BVerwG schließt hingegen nicht nur der Meinung des OVG Hamburg an, sondern geht sogar darüber hinaus, indem es - unter ausdrücklicher Offenlassung einer abschließenden Entscheidung - andeutet, dass einem Nachforschungsversuch via Anruf generell schon die ungewissen Erfolgsaussichten und nicht abzusehenden weiteren Verzögerungen entgegenstehen dürften. Eine Begründung dafür, warum dies so sein soll, bleibt das Gericht allerdings schuldig. Auch wird nicht, wie es für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich wäre, zwischen der Kostenlast für den Betroffenen und der behaupteten Verzögerung abgewogen.

Kritisch sieht *Schwabe* auch die weiter vom BVerwG aufgestellte These der Rechtfertigung einer solchen Abschlepppraxis aus präventiven Gesichtspunkten. So wirft er in seiner Anmerkung zum Beschluss des BVerwG überspitzt die Frage auf, ob dann nicht auch ein paar Gummiknüppel-Schläge mehr als erforderlich zulässig sein müssten, weil sie sicherlich abschreckender wirkten als die notwendige Anzahl. Die Berücksichtigung präventiver Gesichtspunkte bei der Gefahrenabwehr sei "evident unrichtig"; sie sei vielmehr ausschließlich im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, also im Rahmen der Repression zuzulassen.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle sind die vielleicht häufigste Fallkonstellation im Examen überhaupt. Die RA hat daher immer wieder über neue Entscheidungen zu diesem Thema berichtet. Insoweit kann auf die Vertiefungshinweise verwiesen werden.

Aufmerksam gemacht werden soll an dieser Stelle noch auf die Ausführungen des BVerwG zur Notwendigkeit einer "Beschwer" des Rechtsmittelführers. Eine solche ist zur Vermeidung überflüssiger Rechtsmittel und damit letztlich zur Kostenersparnis und zur Entlastung der Gerichte für jedes Rechtsmittel erforderlich, also auch für die der VwGO, obwohl

diese (anders als die ZPO, vgl. z.B. § 511 II Nr.1, 567 II ZPO) ein solches Erfordernis nicht ausdrücklich normiert.

Für die Beschwer kommt es nach ganz h.M. allein auf die (negative) Abweichung des Urteilstenors vom Antrag an (sogen. "formelle Beschwer"). Unbeachtlich sind demgegenüber die Urteilsgründe. So ist bspw. der aus Mangel an Beweisen freigesprochene Angeklagte im Strafprozess nicht "beschwert", selbst wenn ihm ein Freispruch wegen erwiesener Unschuld lieber gewesen wäre. Sein Rechtsmittel gegen den "Freispruch 2. Klasse" wäre mangels formeller Beschwer unzulässig. Auch das BVerwG stellt vorliegend in den Urteilsgründen auf eine formelle Beschwer ab, spricht namentlich jedoch von "materieller" Beschwer. Es bleibt abzuwarten, ob hierin nur ein Redaktionsversehen liegt oder sich in der künftigen Rspr. auch inhaltliche Abweichungen vom formellen Beschwerbegriff zeigen.

Vertiefungshinweise:

- Ablehnende Anmerkungen zu diesem Beschluss: *Schwabe*, DVBl 2002, 1561
- Vorinstanz: *OVG Hamburg*, RA 2001, 691 = NJW 2001, 3649 mit abl. Anm. *Schwabe*, NJW 2002, 652
- Weitere Abschleppfälle: *OVG Schleswig*, RA 2001, 572 = DAR 2001, 475 (Kostenbescheid gegen Halter; keine konkrete Störung des Verkehrs erforderlich); *OVG Münster*, RA 2001, 389 = NJW 2001, 1961 (Gebührenerhebung); *VG Frankfurt*, RA 2000, 618 = NJW 2000, 3224 (unverschlossenes Fenster), alle m.w.N.
- Zur "formellen Beschwer": *BVerwGE* 29, 211; *BFHE* 120, 348; *BGHZ* 39, 179; *VGH Mannheim*, DVBl 1991, 1317

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das Halteverbot"

Leitsätze:

- 1. Ein Bekl., dessen Klageabweisungsantrag in vollem Umfang entsprochen worden ist, ist nicht materiell beschwert und darf nicht mit Blick auf ihm nachteilige Urteilsgründe mit der Nichtzulassungsbeschwerde vorgehen (Fortführung der st.Rspr.; vgl. BVerwGE 17, 352).**
- 2. Zum Einfluss des bundesverfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf Abschleppmaßnahmen, die auf nicht revisibles Landesrecht gestützt sind (Bestätigung von BVerwGE 90, 189, 193).**

Sachverhalt:

Mit ihren wechselseitigen Nichtzulassungsbeschwerden wenden sich die Beteiligten gegen das Urteil des OVG, das die Rechtmäßigkeit einer Abschleppmaßnahme betraf (vgl. RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647). Dort war das verbotswidrig geparkte KfZ des Kl. abgeschleppt und dieser mit den Abschleppkosten belastet worden, obwohl er einen Zettel mit seiner Mobilfunknummer und dem Zusatz "Bitte anrufen, komme sofort" hinterlassen hatte. Während das VG in erster Instanz den Kostenbescheid aufgehoben hatte, hat das OVG das Urteil aufgehoben und die Rechtmäßigkeit der Kostenerhebung bestätigt. Das BVerwG hat die Beschwerde der Bekl. verworfen und diejenige des Kl. zurückgewiesen.

Aus den Gründen:*A. Nichtzulassungsbeschwerde der Bekl.*

Die Beschwerde der Bekl. ist mangels Beschwer unzulässig und daher zu verwerfen (vgl. BVerwGE 17, 352 f.). Eine für Rechtsbehelfe grundsätzlich erforderliche Beschwerde kann nicht schon in den Gründen der angefochtenen Entscheidung liegen — wie die Beschwerde der Bekl. allein geltend macht —, sondern nur gegeben sein, wenn die angefochtene Entscheidung im Ergebnis von dem Antrag des Verfahrensbeteiligten zu dessen Lasten abweicht (a.a.O.; vgl. ferner Pietzner, in: Schoch u.a., VwGO, § 133 Rdnr. 26 m.w.N.). Eine solche materielle [sic! Gemeint ist offensichtlich: "formelle", Anm. d. Red.] Beschwerde zu Lasten der Bekl. enthält das angefochtene Urteil nicht, weil es — wie von der Bekl. beantragt — die Klage des Kl. in vollem Umfang als unbegründet abgewiesen hat; dass sich die Bekl. durch — wie sie meint — unzutreffende Erwägungen in den Urteilsgründen zukünftig in ihrer Abschlepppraxis unzumutbar behindert sieht, verhilft ihr nicht zur Beschwerdeberechtigung.

B. Nichtzulassungsbeschwerde des Kl.

Die Beschwerde des Kl. ist jedenfalls unbegründet. Auch wenn zu seinen Gunsten unterstellt wird, dass die Beschwerdebegründung den Darlegungsanforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO entspricht, hat die Rechtssache nicht die geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung, die die Beschwerde in der revisionsgerichtlichen Klärung der Frage sieht, "ob das sofortige Abschleppen eines PKW, der unter Verstoß gegen das Parkverbot nach § 12 Abs. 3 Nr. 9 StVO abgestellt worden ist, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt"; dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Kl. vor allem die Frage ge-

klärt wissen will, ob es zur Verhinderung einer Abschleppmaßnahme — wie er meint — ausreicht, hinter der Windschutzscheibe des PKW eine Mobilfunknummer sowie eine Bereitschaftserklärung, unverzüglich zu erscheinen, zu hinterlassen (oder ob zusätzlich, wie das angefochtene Urteil annimmt, auch der genaue Aufenthaltsort des Fahrzeugführers angegeben werden muss, weil nur dadurch erkennbar werde, dass die Störung auf Anruf zeitnah beseitigt werden könne).

I. Keine Prüfungskompetenz des BVerwG im Bereich des Landesrechts

Das OVG geht davon aus, dass die Bekl. nach Maßgabe einschlägigen Landesrechts (§§ 7 und 8 des Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) die Kosten einer im Wege der unmittelbaren Ausführung vorgenommenen Maßnahme von dem Kl. als dem Pflichtigen erstattet verlangen könne, weil die Maßnahme rechtmäßig gewesen sei. Diese in Anwendung des irrevisiblen Landesrechts vertretene Auffassung ist gemäß § 137 Abs. 1, § 173 VwGO i.V. mit §§ 562, 549 Abs. 1 a.F. (= §§ 560, 545 Abs. 1 n.F.) ZPO für das Revisionsgericht maßgebend und kann nicht zur Zulassung der Revision führen.

II. Verhältnismäßigkeit bleibt überprüfbar

Auch soweit das BVerwG zu prüfen hat, ob das Landesrecht in der ihm vom OVG gegebenen Auslegung mit dem Bundesrecht vereinbar ist, was insbesondere die Frage einschließt, ob der bundesverfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist, verbindet sich mit dem Streitverfahren keine Frage von grundsätzlicher Bedeutung. Soweit im vorliegenden Zusammenhang überhaupt verallgemeinernde revisionsgerichtliche Aussagen möglich sind, die über Einzelfallerwägungen hinausgehen, sind die für das Streitverfahren maßgeblichen Fragen im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bereits geklärt:

1. Konkrete Verkehrsbehinderung als gewichtiges Indiz für Verhältnismäßigkeit des Abschleppens

In inhaltlicher Übereinstimmung mit früherer Rspr. des zuvor zuständigen 7. Senats des BVerwG (vgl. insbesondere BVerwG, Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 3; Buchholz 442.151 § 12 StVO Nr. 7; vgl. auch Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 4) hat der beschließende Senat in seinem Urteil vom 14.5.1992 (BVerwGE 90, 189, 193) zum bundesverfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch nach Landesrecht durchgeführte Abschleppmaßnahmen beherrscht, zusammenfassend dargelegt,

dass zwar auf der einen Seite ein bloßer Verstoß etwa gegen das Verbot des Gehweg-Parkens allein nicht ohne weiteres eine Abschleppmaßnahme rechtfertigt und auch allein eine Berufung auf eine bloße Vorbildwirkung des fehlerhaften Verhaltens und auf den Gesichtspunkt der Generalprävention nicht ausreichend ist, auf der anderen Seite aber nicht zweifelhaft sein kann, dass regelmäßig ein Abschleppen verbotswidrig abgestellter Fahrzeuge im Falle der Behinderung von anderen Verkehrsteilnehmern geboten erscheint. Letzteres kann - ohne Beschränkung auf diese Fallgruppen - etwa der Fall sein beim Verstellen des gesamten Bürgersteiges oder einem Hineinragen des Fahrzeuges in die Fahrbahn, bei Funktionsbeeinträchtigungen einer Fußgängerzone oder beim rechtswidrigen Parken auf einem Schwerbehindertenparkplatz, in Feuerwehrrandzonen oder — selbstverständlich — auch bei einem Abschleppen zur Verhinderung von Straftaten. Für alle diese und weitere Abschlepp-Fälle gilt, dass die Nachteile, die mit einer Abschleppmaßnahme für den Betroffenen verbunden sind, nicht außer Verhältnis zu dem bezweckten Erfolg (im vorliegenden Zusammenhang vor allem: Fortfall von Behinderungen oder Belästigungen von anderen Verkehrsteilnehmern) stehen dürfen, was sich aufgrund einer Abwägung der wesentlichen Umstände des Einzelfalles beurteilt. Im Beschluss vom 1.12.2000 (3 B 51.00) hat der beschließende Senat aus dem vorstehenden Befund die Leitlinie entwickelt, dass Abschleppmaßnahmen auch ohne konkrete Behinderungen zwar nicht ausgeschlossen sind, aber naturgemäß die gegenläufigen Interessen ein größeres Gewicht bekommen.

Die vom Kl. erstrebte Durchführung eines Revisionsverfahrens erbrächte — was zunächst die ortsbezogenen Voraussetzungen einer Abschleppmaßnahme bzw. den erforderlichen Grad der Beeinträchtigung anlangt — keine über den vorstehend dargelegten Befund hinausgehenden Erkenntnisse. Es liegt auf der Hand und bedarf keiner besonderen Begründung, dass über die den Streitfall kennzeichnende Frage, ob ein Parken vor einer Bordsteinabsenkung, wodurch der Zugang zu einem Fußweg blockiert wird, eine entsprechende Maßnahme rechtfertigt, mit Blick auf deren Erforderlichkeit mit jeweils guten Gründen gestritten werden kann, wie der Streitfall erweist, in dem der Kl. sich im Wesentlichen darauf berufen hat, der Fußweg werde ohnedies kaum genutzt, wohingegen nach einer Stellungnahme des zuständigen Polizeireviers der Fußweg häufig genutzt werde. Vor diesem Hintergrund wären weiterführende revisionsgerichtliche Erkenntnisse als Folge der Durchführung eines Revisionsverfahrens nicht zu erwarten, zumal das

OVG insoweit darauf abgestellt hat, dass jedenfalls Fußgänger mit Kinderwagen oder Rollstuhlfahrer die Bordsteinabsenkung nicht hätten nutzen können.

2. *Hinterlassene Mobilfunknummer irrelevant*

Auch der Teilaspekt der Erreichbarkeit des Fahrzeugführers und einer hieraus möglicherweise abzuleitenden Verpflichtung, den Fahrzeugführer zu einer Selbstvornahme der Störungsbeseitigung zu veranlassen, rechtfertigt keine Revisionszulassung.

Insoweit trifft trotz der zwischenzeitlich erfolgten Verbreitung von Mobiltelefonen unverändert die Aussage des Beschlusses vom 6.7.1983 (Buchholz 442.151 § 13 StVO Nr. 3, S. 3) zu, wonach einem durch die hinter der Windschutzscheibe des Kraftfahrzeugs angebrachte Adresse und Telefonnummer veranlassten Nachforschungsversuch regelmäßig schon die ungewissen Erfolgsaussichten und nicht abzusehenden weiteren Verzögerungen entgegenstehen. Dabei muss im vorliegenden Zusammenhang auf sich beruhen, ob die Gründe zureichend sind, die das OVG bewogen haben, zu Gunsten von Fahrzeugführern und zu Lasten von für Abschleppmaßnahmen verantwortlichen Behörden diesen Grundsatz der Sache nach zu modifizieren, indem es dargelegt hat, dass die Angaben einer Mobilfunk-Nummer und des Aufenthaltsorts regelmäßig genügen; sollten die Gründe insoweit nicht ausreichen, müsste dies nämlich im Revisionsverfahren zum Nachteil des Kl. führen, was dem Erfolg seiner Beschwerde entgegensteht.

3. *Prävention rechtfertigt Abschleppen*

Im Übrigen kann — wie gesagt — nicht zweifelhaft sein und bedarf nicht erst eines in einem Revisionsverfahren gewonnenen Erkenntnisses, dass eine regelmäßige Abschlepppraxis in zulässiger Weise auch spezial- und generalpräventive Zwecke verfolgen darf; soweit zuständige Behörden die Erfahrung gemacht haben sollten oder zukünftig machen, dass Verkehrsteilnehmer zunehmend dazu übergehen, mit Hilfe von entsprechenden Angaben unter Inkaufnahme von Bußgeldern, aber in Erwartung eines hieraus folgenden "Abschlepp-Schutzes" Verkehrsverstöße zu begehen, die andere Verkehrsteilnehmer behindern (hierbei ist das vermehrt zu beobachtende "Parken in zweiter Reihe" hervorzuheben, welches nicht nur — für gewöhnlich — andere Verkehrsteilnehmer "zuparkt", sondern regelmäßig auch durch Fahrbahnverengungen zu zumindest lästigen und oft gefährlichen Behinderungen des fließenden Verkehrs führt), stünde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einer Abschlepppraxis, die solche Missstände zurückzudrängen sucht, nicht entgegen.

Standort: Grundrechte**Problem: Grundrechtsfähigkeit der GbR**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 02.09.2002

1 BvR 1103/02 (NJW 2002, 3533)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im Rahmen der Verfassungsbeschwerde einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) erstmals mit der Parteifähigkeit einer GbR im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu beschäftigen, seit der BGH die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR anerkannt hat.

Das BVerfG billigt der GbR unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung nun auch die Parteifähigkeit jedenfalls insoweit zu, als es um Eigentums- (Art. 14 GG) und Verfahrensrechte (Art. 101, 103 GG) geht. Dogmatischer Aufhänger ist Art. 19 III GG, wonach inländische juristische Personen sich dann auf Grundrechte berufen können, wenn sie "dem Wesen nach" auf diese übertragbar sind. Hierzu zwei Anmerkungen:

1. "Juristische Person" wurde vom BVerfG schon immer in einem verfassungsrechtlichen Sinne interpretiert, der deutlich weiter ging als der zivilrechtliche Begriff. Danach ist jede Personenvereinigung "juristische Person" i.S.d. Art. 19 III GG, sobald sie eine gewisse Organisationsstruktur aufweist und hinreichend geschlossen auftritt. Indizien hierfür sind vor allem eine innere Ordnung (durch Satzung o.ä. geregelt), eigene Organe und eine gemeinsame Willensbildung. Danach fallen nicht nur die juristischen Personen des Zivilrechts wie AG, GmbH und e.V. unter Art. 19 III GG, sondern auch die teilrechtsfähigen Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG), ja selbst nicht eingetragene (und daher nicht rechtsfähige) Vereine wie Parteien und Gewerkschaften gehören dazu. All dies ist seit langem anerkannt. Entsprechendes lässt sich leicht auch für die GbR bejahen. So bemüht das BVerfG auch den Vergleich mit OHG und KG zur Stützung seiner Ansicht. Als Gegenbeispiele zu juristischen Personen i.S.d. Art. 19 III GG dienen der Literatur übrigens u.a. das Kaffeekränzchen, das Sinfonieorchester und die Skatrunde, bei denen es sowohl an einer verfestigten (oder gar durch Satzung normierten) Organisationsstruktur als auch an der einheitlichen Willensbildung fehlt.

2. "Dem Wesen nach anwendbar" ist ein Grundrecht auf eine juristische Person nach dem BVerfG dann, wenn deren Betroffenheit auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen "durchschlägt", d.h. diese in gleicher Weise betrifft wie die juristische Person

selbst. Dieses sogen. "personale Substrat" lässt sich bei Personengesellschaften besonders leicht bejahen, da deren Rechtsgüter letztlich solche ihrer Gesellschafter sind. Würde z.B. eine GbR enteignet (ihre Rechtsfähigkeit vorausgesetzt), träfe dies unmittelbar und in gleicher Weise auch ihre Gesellschafter. Gerade für Art. 14 GG, nach dem BVerfG im vorliegenden Fall aber auch für die Verfahrensrechte aus Art. 101 und 103 GG, erwachsen aus diesem Prüfungspunkt daher keine Probleme. Bei anderen Grundrechten mag dies ähnlich sein (z.B. Art. 2 I, 3 und 12 GG), bei manchen anders (z.B. Art. 4 und 6 GG), bei wieder anderen wird man sich streiten können (z.B. Art. 13 GG). Hier bleibt die Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG abzuwarten.

Prüfungsrelevanz:

Die nunmehr von der Rechtsprechung bejahte Rechtsfähigkeit der GbR hat vor allem im Zivilrecht einschneidende Bedeutung. Die RA hat hierüber im zivilrechtlichen Teil bereits ausführlich berichtet. Allgemein lässt sich sagen, dass die entsprechende Entscheidung des BGH positiv aufgenommen und als letzter, notwendiger Schritt zur praktikablen Handhabung der GbR empfunden worden ist. Prozessuale Bedeutung hat die Rechtsfähigkeit deshalb, weil sie mit der Parteifähigkeit (§§ 50 ZPO, 61 VwGO) weitgehend identisch ist. Das BVerfG vollzieht diesen Schritt mit dem vorliegenden Beschluss nach. Künftig ist in Klausuren zur Verfassungsbeschwerde oder auch vor den Verwaltungsgerichten also damit zu rechnen, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Beschwerdeführer bzw. Kläger auftreten. Im letzteren Falle dürften sie dann als "Vereinigungen, denen ein Recht zustehen kann" (§ 61 Nr. 2 VwGO) anzusehen sein, nicht jedoch als "juristische Person" i.S.d. § 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO, da hier - im Unterschied zu Art. 19 III GG - der einfach-gesetzliche Begriff gemeint ist.

Der in der Entscheidung ebenfalls thematisierte Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde wurde in der RA bereits vielfach aufgegriffen; siehe hierzu die nachstehenden Vertiefungshinweise, auf die an dieser Stelle verwiesen werden kann.

Vertiefungshinweise:

Zur Rechtsfähigkeit der GbR: Grundlegend *BGHZ* 146, 341 = RA 2001, 135, bestätigt durch *BGH*, NJW

2002, 1207

Zum Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde: *BVerfG*, RA 2002, 626 = *NVwZ* 2002, 1230; *BVerfGE* 69, 315; *BVerfG*, *NJW* 2002, 741; *NVwZ-RR* 2002, 1

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Zusicherung"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann sich auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie die Verfahrensgrundrechte der Art. 101 I 2 und 103 I GG berufen.**
- 2. Zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde.**

Sachverhalt:

Die Bf., eine GbR, erstritt als Berufungsklägerin vor dem LG gegen zwei ihrer Wohnungsmieter und deren Untermieterin ein Räumungsurteil. Hiergegen legten die Bekl. beim *BerlVerfGH* erfolgreich Verfassungsbeschwerde ein, woraufhin die Sache an das LG zurückverwiesen wurde. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Bf. hierdurch eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 14 I, 101 I 2 und 103 I GG. Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig.

A. Parteifähigkeit der GbR

Die Bf. ist allerdings zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde befugt. Die Parteifähigkeit einer nicht rechtsfähigen Personengruppe und damit auch einer GbR hängt davon ab, ob sie als solche nach Art. 19 III GG Trägerin eines Grundrechts sein kann (vgl. *BVerfGE* 3, 383 [392]; 6, 273 [277]; 20, 283 [290]; 24, 236 [243]).

I. Bezüglich des Eigentums

Für den hier vorrangig zu prüfenden Anwendungsbereich des Art. 14 I 1 GG hat das *BVerfG* daher die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft anerkannt (vgl. *BVerfGE* 4, 7 [12, 17]; vgl. auch § 124 I HGB). Das lässt sich auf die GbR übertragen. Diese ist, da sie als Gesamthandsgemeinschaft gem. § 718 I BGB Rechtspositionen wie namentlich das Eigentumsrecht einnehmen kann, nach der Rechtsprechung des BGH (*BGHZ* 116, 86 [88]; 136, 254 [257]; 146, 341 [343] insoweit

rechtsfähig. Dementsprechend steht ihr wie den Personenhandelsgesellschaften das Grundrecht auf Eigentum zu. Dies zieht die Befugnis zur Geltendmachung des Grundrechts im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach sich.

II. Bezüglich der Verfahrensgrundrechte

Gleiches gilt für die Verfahrensgrundrechte aus Art. 101 I 2 und 103 I GG, die der Bf. auf Grund ihrer nach der nunmehrigen Rechtsprechung des BGH im Zivilprozess gegebenen Parteifähigkeit ebenfalls zustehen (vgl. *BVerfGE* 3, 359; *BGHZ* 146, 341, 134).

B. Grundsatz der Subsidiarität

Einer Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht indes der Grundsatz der Subsidiarität entgegen.

I. Herleitung

Zwar ist gegen die angegriffene Entscheidung ein Rechtsmittel nicht statthaft. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* fordert indes der in § 90 II 1 *BVerfGG* zum Ausdruck kommende allgemeine Grundsatz der Subsidiarität, dass der Beschwerdeführer über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen (vgl. *BVerfGE* 78, 58 [68]; 79, 275 [278 f.]; 86, 15 [22 f.]).

II. Pflichten der Bf.

Die Bf. ist hiernach verpflichtet, ihre Rechte zunächst im Rechtsstreit vor dem LG zu verfolgen.

Da der *BerlVerfGH*, soweit die beklagten Mieter betroffen sind, das Berufungsurteil umfassend aufgehoben und die Sache an das LG zurückverwiesen hat, begründet seine Entscheidung keine Beschwer, die nur noch auf dem Wege der Verfassungsbeschwerde beseitigt werden könnte. Vielmehr besteht die Möglichkeit, dass auf Grund der vom LG vorzunehmenden erneuten Überprüfung des Falls ein Ergebnis erzielt wird, bei dem die mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde gerügten Grundrechtsverstöße nicht mehr gegeben sind. Auch haben die Parteien eines Zivilrechtsstreits Gelegenheit zum Abschluss eines Vergleichs. Auf die angeblich verfassungswidrigen Feststellungen des *BerlVerfGH* käme es dann nicht mehr an.

III. Zumutbarkeit

Für die Annahme einer Verfassungsbeschwerde nach § 93 a II lit. b *BVerfGG* ist unter anderem von Bedeutung, wie intensiv sich die gerügte Grundrechts-

verletzung auswirkt (vgl. BVerfGE 90, 22 [25]). Klarheit hierüber besteht erst nach Abschluss des Rechtsstreits. Anhaltspunkte dafür, dass die Ausschöpfung

der im erneut durchzuführenden Berufungsverfahren gegebenen Möglichkeiten der Bf. unzumutbar wäre, sind nicht vorgetragen worden.

Standort: Verfassungsbeschwerde Problem: Unmittelbare Betroffenheit bei Gesetzen

SACHSANHVERFG, BESCHLUSS VOM 13.11.2001
LVG 11/2001 (NVwZ 2002, 1370)

Problemdarstellung:

Der vorliegende Beschluss des SachsAnhVerfG greift die vom MVVerfG in seiner Entscheidung vom 6.5.1999 (RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617) eröffnete und von der Lit. (siehe Vertiefungshinweise) seither rege aufgenommene Diskussion zur Unmittelbarkeit des Eingriffsakts bei Gesetzes-Verfassungsbeschwerden wieder auf:

Im Rahmen der Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde ist die Beschwerdebefugnis zu prüfen, welche verlangt, dass der Beschwerdeführer (Bf.) substantiiert behaupten muss, in seinen Rechten verletzt zu sein (vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 I BVerfGG). Dies setzt nach der in st. Rspr. vertretenen Formel des BVerfG (vgl. nur BVerfGE 90, 128, 135) insbesondere voraus, dass er selbst, gegenwärtig und *unmittelbar* von dem angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt betroffen ist. Während das Merkmal der Unmittelbarkeit bei Judikativ- und Exekutivakten für deren Adressaten unproblematisch ist, bereitet es bei Gesetzesverfassungsbeschwerden Probleme, da Gesetze ihrer Rechtsnatur nach nicht an einen bestimmten Adressaten gerichtet sind, Art. 19 I 1 GG. Abgrenzungskriterium ist hier nach ebenfalls in st. Rspr. vertretener Formel (vgl. BVerfG a.a.O.), ob das Gesetz bereits für sich genommen die Rechtsstellung des Bürgers einschränkt, oder diese Einschränkung erst noch von einem Vollzugsakt abhängt. Im letzteren Fall soll keine unmittelbare Betroffenheit durch das Gesetz vorliegen.

Dieser Grundsatz wurde vom MVVerfG (a.a.O.) um eine Ausnahme dahingehend zu erweitern versucht, dass es jedenfalls dann keiner unmittelbaren Betroffenheit bedürfe, wenn der Vollzugsakt für den Bürger unvorhersehbar und daher u.U. unvermeidbar sei. Dem tritt nun das SachsAnhVerfG unter dem Hinweis entgegen, dass dann die Beschwerdebefugnis ihre Filterfunktion zum Ausschluss der Popularklage nicht mehr erfüllen könne, weil Eingriffsakte auch und gerade im klagegegenständlichen Polizei- und Ordnungsrecht vielfach unvorhersehbar seien (man denke nur an die auch vom Gericht angesprochene Möglichkeit der Inanspruchnahme als "Nichtstörer").

Prüfungsrelevanz:

Das Unmittelbarkeitserfordernis ist in der Zulässigkeit jeder Verfassungsbeschwerde (gleich ob vor Bundes- oder Landesverfassungsgericht) innerhalb der Beschwerdebefugnis zu erörtern. Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde muss jeder Examenskandidat "im Schlaf" prüfen können, da sie schon in den Anfangssemestern zum unverzichtbaren Rüstzeug eines Juristen gehört.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen i.Ü. die Bestrebungen der Länder, nach den Anschlägen in den USA vom 11.9.2001 ihre polizei- und ordnungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse auszuweiten, insbesondere erkenntnisdienliche Maßnahmen in weitem Umfang, z.T. sogar ohne tatbestandliche Voraussetzungen wie das Vorliegen einer Gefahr, zu ermöglichen. Gegen diese neuen Gesetze, i.d.R. Standardmaßnahmen, haben sich in jüngerer Vergangenheit potenziell Betroffene mit unterschiedlichem Erfolg (vgl. nur OLG Frankfurt gegen OLG Düsseldorf, RA 2002, 317 m.w.N. = NVwZ 2002, 626 ff. zur Zulässigkeit der sogen. "Rasterfahndung" nach dem 11.9.2001) gerichtlich zu wehren versucht. Diese Aktualität garantiert nahezu die Umsetzung des Themas in Prüfungsaufgaben. Als Klausureinstieg bieten sich dabei Verfassungsbeschwerden, aber auch Normenkontrollen gegen das jeweilige Gesetz an. Es kann aber auch eine Inzidenter-Prüfung vorkommen, etwa wenn nach der Rechtmäßigkeit einer auf Grundlage einer solchen Standardmaßnahme durchgeführten erkenntnisdienlichen Maßnahme gefragt wird. Hier wäre im Rahmen der Ermächtigungsgrundlage diese dann nicht nur zu nennen, sondern auch auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.

Vertiefungshinweise:

- Ausgangsentscheidung des MVVerfG: *MVVerfG*, RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617
- Zustimmungende Anmerkungen zum vorliegenden Beschluss: *Martell*, NVwZ 2002, 1336
- Zum Unmittelbarkeitserfordernis bei Gesetzes-Verfassungsbeschwerden: *Häfner*, SächsVBl 1999, 250; *Jutzi*, NJ 1999, 474; *Buchholz/Rau*, NVwZ 2000, 396
- Terrorismus als Anlass für neue Gesetzgebung:

Hetzer, ThürVBl 2002, 251

Kursprogramm:

Examenskurs: "Ohne Hehl und Tadel"

Leitsatz (der Redaktion):

Zu den Anforderungen an die "unmittelbare Grundrechtsbetroffenheit" als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz.

Sachverhalt:

Der Bf. wandte sich mit der Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die Regelung des § 14 III SachsAnhSOG i.d.F. des Art. 1 Nr. 5a des 2. ÄndG SachsAnhSOG vom 20.7.2000. § 14 III SachsAnhSOG ist am 26.7.2000 in Kraft getreten. Abs. 3 der Vorschrift hat folgenden Wortlaut:

"Die Polizei kann zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität eine auf einer Bundesfernstraße angetroffene Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen, dass mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen. Maßnahmen nach Satz 1 sind nur zulässig, wenn auf Grund von Lageerkennnissen anzunehmen ist, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen werden sollen. Ort, Zeit und Umfang der Maßnahmen ordnet der Behördenleiter oder ein von ihm Beauftragter, der der Laufbahngruppe des höheren Dienstes angehören muss, an. Die nach Satz 1 befragte Person ist zur Auskunft über Name, Vorname, Tag und Ort der Geburt, Wohnanschrift und Staatsangehörigkeit verpflichtet."

Der Bf. machte geltend, die gerügte Vorschrift begründe ohne nähere und tatbestandlich hinreichend bestimmt umrissene Voraussetzung eine Auskunftspflicht für jedermann auf Bundesfernstraßen und verletze ihn dadurch unmittelbar in seinen durch die Landesverfassung gewährleisteten Grundrechten auf informationelle Selbstbestimmung und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Die Verfassungsbeschwerde wurde verworfen.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Eine Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht kann in zulässiger Weise nur erhoben werden, wenn der Bf. geltend macht, durch ein (formelles) Landesgesetz unmittelbar in Grundrechten, grundrechtsgleichen oder staatsbürgerlichen Rechten verletzt zu sein (Art. 75 Nr. 6 SachsAnhVerf. i.V.m. §§ 2 Nr. 7, 47

SachsAnhVerfGG. Daran fehlt es hier, weil der Bf. durch das von ihm angegriffene Gesetz nicht unmittelbar i. S. von §§ 2 Nr. 7, 47 SachsAnhVerfGG in seinen Grundrechten betroffen ist.

A. Unmittelbare Betroffenheit durch ein Gesetz

I. Voraussetzungen

Das Erfordernis der Unmittelbarkeit ist erfüllt, wenn bereits das angegriffene Gesetz in den Rechtskreis des Bf. einwirkt, die Betroffenheit des Bf. also nicht erst vermittels eines weiteren Akts bewirkt wird oder vom Ergehen eines solchen Akts abhängig ist (BVerfGE 70, 35 [50]; 90, 128 [135 f.]). Der Bf. muss geltend machen können, dass er gerade durch das Gesetz und nicht erst durch seinen Vollzug in seinen Grundrechten betroffen ist (BVerfGE 97, 157 [164]). Dabei ist die Notwendigkeit der Umsetzung einer gesetzlichen Vorschrift durch einen Vollzugsakt ein gewichtiges Indiz dafür, dass es an einer unmittelbaren Grundrechtsbetroffenheit durch die Norm selbst fehlt (BVerfGE 70, 35 [51]; 90, 128 [136]). Setzt nämlich das Gesetz zu seiner Durchführung rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen besonderen, vom Willen der vollziehenden Gewalt zu beeinflussenden Vollziehungsakt voraus, so wird die Rechtssphäre des Einzelnen regelmäßig erst durch diesen Akt berührt (BVerfGE 16, 147 [158; BVerfGE 90, 128 [136]).

II. Subsumtion für § 14 III SachsAnhSOG

Nach diesen Maßstäben lässt sich eine unmittelbare Grundrechtsbetroffenheit des Bf. nicht feststellen. § 14 III SachsAnhSOG ist notwendig auf den Vollzug durch die Polizeibehörden angelegt. Der Eintritt der gesetzlichen Rechtsfolgen in § 14 III 1 SachsAnhSOG, wonach die Polizei zur vorbeugenden Bekämpfung der grenzüberschreitenden Kriminalität eine auf einer Bundesfernstraße angetroffene Person kurzzeitig anhalten, befragen und verlangen kann, dass mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung ausgehändigt werden, sowie mitgeführte Sachen in Augenschein nehmen kann, ist von Gesetzes wegen an eine vorangehende behördliche Entscheidung und Vollziehung geknüpft. Das Gesetz sieht zunächst eine Entscheidung der zuständigen Polizeibehörde darüber vor, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung von Maßnahmen nach § 14 III 1 SachsAnhSOG vorliegen sowie ob, in welchem Umfang und wo etwaige Maßnahmen ergriffen werden sollen. Dabei sind die genannten Maßnahmen nach § 14 III 2 SachsAnhSOG nur zulässig, wenn auf Grund von Lageerkennnissen anzunehmen ist, dass Straftaten von er-

heblicher Bedeutung begangen werden sollen. Ort, Zeit und Umfang der Maßnahmen darf nach § 14 III 2 SachsAnhSOG lediglich der Behördenleiter oder ein von ihm Beauftragter, der der Laufbahngruppe des höheren Dienstes angehören muss, anordnen. In einem zweiten Schritt bedarf es sodann einer Entscheidung der vor Ort handelnden Polizeibeamten, welchen Personen gegenüber welche konkreten Maßnahmen ergriffen werden sollen. Dabei besteht für alle Maßnahmen Entschließungs- und Auswahlermessen nach § 6 SachsAnhSOG, so dass die Entscheidung über das "Ob" einer Personenkontrolle und die Frage, welche Maßnahme mit welcher Intensität ergriffen wird, auf sachlichen und zweckgerichteten Ermessenserwägungen zu beruhen hat. Der Bürger wird daher erst dann von den gesetzlich zugelassenen Maßnahmen in seinen Grundrechten betroffen, wenn zuvor eine entsprechende behördliche Entscheidung zur Durchführung von lagebildabhängigen Kontrollen getroffen wurde und diese Entscheidung von den vor Ort handelnden Beamten in der Weise umgesetzt wird, dass er in der konkreten Situation auch tatsächlich polizeilich in Anspruch genommen wird. Nicht das Gesetz als solches, sondern erst etwaige auf Grund des Gesetzes konkret gegenüber dem Bf. angeordnete Maßnahmen betreffen ihn daher unmittelbar im Sinne des Verfassungsprozessrechts.

B. Ausnahmen

I. Voraussetzungen

Zwar kann ein Bürger ausnahmsweise auch von einem vollzugsbedürftigen Gesetz unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen sein. So ist nach der Rechtsprechung des BVerfG die unmittelbare Anfechtung eines Gesetzes vor Erlass eines Vollzugsakts zulässig, wenn das Gesetz den Betroffenen schon vorher zu Dispositionen veranlasst, die er nach späterem Gesetzesvollzug nicht mehr nachholen oder korrigieren kann (BVerfGE 70, 35 [51]; 71, 305 [334 f.]; 90, 128 [136]). Dem entspricht es, wenn das Gesetz selbst Rechte und Pflichten begründet oder das Verhalten der Bürger auf andere Weise bereits im Vorfeld konkreter Maßnahmen derart beeinflusst, dass die Bürger etwa von der Ausübung grundrechtlich geschützter Betätigungen absehen. In diesem Fall kann bereits in der von dem Gesetz hervorgerufenen Verhaltenssteuerung eine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Sphäre und damit eine unmittelbare Betroffenheit im Sinne des Verfassungsprozessrechts liegen (vgl. BVerfGE 97, 157 [164]; MVVerfG, RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617 = DÖV 1999, 643 = SächsVBl 1999, 248; Buch-

holz/Rau, NVwZ 2000, 396 [397]).

II. Subsumtion für § 14 III SachsAnhSOG

Einen derartigen Ausnahmefall sieht das Gericht auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des MVVerfG (RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617), auf die der Bf. Bezug genommen hat, als nicht gegeben an.

1. Entscheidung des MVVerfG vom 6. 5.1999 (RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617)

Das MVVerfG hat zu der Regelung des § 29 I 2 Nr. 5 MVSOG (a.F.), die Gegenstand der bei ihm anhängigen Verfassungsbeschwerde war, ausgeführt, dass sich diese Norm nicht in der abstrakten Regelung konkreter Voraussetzungen für die Anordnung von Personenkontrollen zur Identitätsfeststellung erschöpfe, sondern bereits ohne einen solchen polizeilichen Vollzugsakt den Bürger in seinem Rechtskreis betreffe. Über die Identitätsfeststellung hinaus könnten sich die Bürger einer erkennungsdienstlichen Behandlung ausgesetzt sehen und angesichts solcher im Verhältnis zu der früheren Rechtslage einschneidenderen Maßnahmen bestrebt sein, ihr Verhalten von vornherein so einzurichten, dass Kontrollen vermieden würden. Dies mache deutlich, dass die Norm (auch) abschreckende Wirkung erzeuge (bzw. erzeugen solle) und dies dazu führen könne, das Verhalten von Bürgern zu steuern (MVVerfG, RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617 [618]).

2. Keine Übertragbarkeit

Diese Ausführungen lassen sich auf den hier zu entscheidenden Fall nicht übertragen. Dabei kann es das Gericht offen lassen, ob dem MVVerfG zu folgen ist, wenn und soweit es bereits die abstrakte Möglichkeit einer verhaltenssteuernden Wirkung ausreichen lässt, um eine grundrechtliche Betroffenheit und damit das Merkmal der Unmittelbarkeit im prozessualen Sinne zu bejahen. Denn der vom MVVerfG zu entscheidende Fall ist jedenfalls mit dem vorliegenden nicht vergleichbar, weil sich die jeweils zur Überprüfung gestellten Eingriffsnormen in relevanter Weise unterscheiden und eine von § 14 III SachsAnhSOG ausgehende verhaltenssteuernde Wirkung nicht erkennbar ist.

a. Unterschiedliche Voraussetzungen

Die vom MVVerfG überprüfte Regelung des § 29 I 2 Nr. 5 MVSOG a.F. räumte der Polizei die Befugnis ein, zur Unterbindung des unerlaubten Aufenthalts und zur Vorbeugung und Bekämpfung von Straftaten der grenzüberschreitenden Kriminalität im Grenzge-

biet bis zu einer Tiefe von 30 km sowie auf Durchgangsstraßen (Bundesautobahnen, Europastraßen und andere Straßen von erheblicher Bedeutung für den grenzüberschreitenden Verkehr), in öffentlichen Einrichtungen des internationalen Verkehrs und im Küstenmeer ohne weitere tatbestandlich umschriebene Voraussetzungen die Identität einer Person festzustellen. Demgegenüber reichen die durch § 14 III SachsAnhSOG eingeräumten Befugnisse weniger weit. Die Vorschrift gibt der Polizei keine Handhabe zur Identitätsfeststellung, wie sie in § 20 SachsAnhSOG als sog. Standardmaßnahme normiert ist. Sie ermächtigt die Polizeibehörden insbesondere nicht dazu, von Zwangsmaßnahmen (auch erkennungsdienstlichen Maßnahmen), wie sie bei Identitätsfeststellungen nach § 20 III—V SachsAnhSOG möglich sind, Gebrauch zu machen. Zum anderen stellt sich § 14 III SachsAnhSOG nicht in der Weise als Ermächtigung für ereignis- und verdachtsunabhängige Kontrollen dar, wie dies für § 29 I 2 Nr. 5 MVSOG a.F. zugegriffen haben mag. Im Gegensatz zu dieser Befugnisnorm ist das Gebrauchmachen von den in § 14 III SachsAnhSOG genannten Maßnahmen an tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft, die immerhin noch eine gewisse Eingriffsschwelle darstellen. Denn der Polizei müssen Lagekenntnisse vorliegen, die den Schluss darauf zulassen, dass Straftaten von erheblicher Bedeutung (vgl. den Katalog des § 3 Nr. 4 SachsAnhSOG) begangen werden sollen. Des Weiteren ist mit der Anforderung in § 14 III SachsAnhSOG, wonach Ort, Zeit und Umfang der Maßnahmen grundsätzlich durch den Behördenleiter anzuordnen sind, eine organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrung für die Feststellung der Gefährdungslage getroffen worden.

b. Unterschiedliche Wirkung

Die vorgenannten Unterschiede mögen dazu beitragen, dass jedenfalls nicht davon ausgegangen werden kann, § 14 III SachsAnhSOG zeige vergleichbare Wirkungen, wie sie nach den Feststellungen des MVVerfG von der Regelung des § 29 I 2 Nr. 5 MVSOG a.F. auszugehen drohten. Eine bestimmte von § 14 III SachsAnhSOG ausgehende Wirkung, die bereits durch die Einführung der gesetzlichen Grundlage für lagebildabhängige Kontrollen ausgelöst wird und die Bürger des Landes zu einer grundrechtsrelevanten Einschränkung ihres Verhaltens bewegen könnte, ist nicht erkennbar. So ist nicht ersichtlich, dass die Bürger des Landes — soweit sie die mit der Einführung des § 14 III SachsAnhSOG geschaffene polizeiliche Befugnis überhaupt kennen — etwa Bundesstraßen deshalb meiden, weil sie dort von Kon-

trollen betroffen werden könnten. Gegenteiliges macht auch der Bf. weder allgemein geltend, noch legt er dies für seine Person hinreichend dar. Vielmehr trägt er vor, er könne Kontrollstellen letztlich nicht ausweichen, weil es für ihn wie für andere Bürger nicht möglich sei, Bundesstraßen zu meiden, da diese ein zusammenhängendes Verkehrsnetz bildeten und auch Ortsdurchfahrten umfassten. Diese potenzielle Unvermeidbarkeit, zukünftig von einer Kontrollstelle betroffen zu werden, zeigt jedoch gerade, dass eine Verhaltensanpassung im Vorfeld nicht stattfinden kann. Selbst wenn für einzelne Bürger eine irgendwie geartete verhaltenssteuernde Wirkung schon mit der Einführung der gesetzlichen Ermächtigung des § 14 III SachsAnhSOG verbunden sein sollte, so nimmt sie jedenfalls keine Ausmaße an, die als relevante Beeinträchtigung der Freiheitsrechte bezeichnet werden könnten.

C. Keine Ausweitung des Unmittelbarkeitserfordernisses bei fehlender Vorhersehbarkeit des Vollzugsaktes

Eine unmittelbare Betroffenheit des Bf. lässt sich auch nicht aus weiteren Gründen annehmen, die im Zwischenurteil des MVVerfG vom 6.5.1999 (RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617) erwogen werden.

1. Gegenansicht des MVVerfG

Darin hat es nach eigenem Bekunden die bisherige Rechtsprechung des BVerfG zur Frage der Unmittelbarkeit von normativen Grundrechtsbeeinträchtigungen fortentwickelt und dazu ausgeführt: „Wenn der Gesetzgeber zum Zwecke der Gefahrenabwehr nicht auf die individuelle Tatbestandsverwirklichung eines Normadressaten abstellt und damit von einem sonstigen, ihm zurechenbaren Umstand im Sinne einer Tatbestandsverwirklichung absieht, so liegt bereits hierin — ungeachtet späterer Vollzugsakte — eine unmittelbare und gegenwärtige Beeinträchtigung der Rechtssphäre eines jeden Bürgers, der vorbringen kann, dass er selbst jederzeit in die gesetzlich geregelte Situation der konkreten Kontrollmaßnahme geraten kann“. Das Gericht rechtfertigt dieses Ergebnis mit der Erwägung, dass der potenziell Normbetroffene nicht mehr die Möglichkeit habe, die tatsächlich eintretende Konkretisierung des abstrakten Normbefehls zu vermeiden, indem er etwa den Tatbestand der Norm nicht erfülle oder bestimmte Situationen meide. Eine klassische Funktion des damit umschriebenen, auch im Sicherheits- und Ordnungsrecht üblichen Konditionalprogramms bestehe jedoch gerade in der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit von Eingriffssituationen für potenzielle Adressaten von Voll-

zugsakten (MVVerfG, RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617 [618]).

2. Stellungnahme

Dieser Ausweitung der Rechtsprechung zum Kriterium der Unmittelbarkeit, die auch anderweitig mit beachtlichen Gründen auf Kritik gestoßen ist (Sondervotum des Richters Häfner, SächsVBl 1999, 250; Jutzi, NJ 1999, 474; Buchholz/Rau, NVwZ 2000, 396 [397 f.]), vermag sich das Gericht nicht anzuschließen. Aus der fehlenden Vorhersehbarkeit oder Vermeidbarkeit einer potenziellen polizeilichen Inanspruchnahme lässt sich nach Ansicht des Gerichts nicht auf die unmittelbare Betroffenheit des Bürgers durch das zu dem späteren Vollzugsakt ermächtigende Gesetz schließen.

Unmittelbarkeit ist ein Begriff des Verfassungsprozessrechts, der im Lichte der Funktion des verfassungsgerichtlichen Verfahrens zu verstehen und auszulegen ist (BVerfGE 70, 35 [50 f.]; 90, 128 [136]). Das Merkmal ist dogmatisch der Beschwerdebefugnis zuzuordnen und hat insoweit auch die Aufgabe, Popularklagen zu verhindern und die Verfassungsbeschwerde von der abstrakten Normenkontrolle abzugrenzen (MVVerfG, RA 1999, 596 = NVwZ-RR 1999, 617 [618]). Diese Aufgabe könnte das Unmittelbarkeitserfordernis hingegen nicht erfüllen, wenn eine unmittelbare Betroffenheit durch ein Gesetz immer schon dann anzunehmen wäre, wenn ein potenzieller, auf das Gesetz gestützter Vollzugsakt für den Bürger nicht vorhersehbar oder vermeidbar ist. Denn dies hätte bei konsequenter Beachtung praktisch zur Folge, dass gegen zahlreiche gesetzliche Eingriffsgrundlagen des Gefahrenabwehrrechts jeder potenziell Betroffene und damit ein Großteil der Bürger Verfassungsbeschwerde erheben könnte. Die mitunter fehlende Vorhersehbarkeit oder Vermeidbarkeit, von späteren Vollzugsakten des Gesetzes betroffen zu werden, ist keine Eigenschaft, die sich auf die neueren Befugnisnormen in den Sicherheitsgesetzen beschränkt, die Eingriffe auch ohne das Vorliegen einer konkreten Gefahr oder eines Verdachts zulassen.

Vielmehr ist auch die Inanspruchnahme durch „klassische“ Maßnahmen der Gefahrenabwehr für die betroffenen Bürger häufig weder vorhersehbar noch vermeidbar. Das zeigt sich deutlich an der in allen Polizeigesetzen der Länder vorgesehenen Möglichkeit, auch Nichtstörer bzw. Nichtverantwortliche in Anspruch zu nehmen. Ob der Einzelne in eine solche Situation gerät oder nicht, ergibt sich eher zufällig und ist für ihn regelmäßig auch dann weder vorhersehbar noch steuerbar, wenn das Gesetz den Eingriff nur unter bestimmten tatbestandlichen Voraussetzungen zulässt und er diese gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen kennt. Dies gilt im Grundsatz ebenso für die Heranziehung auf Grund so genannter polizeilicher Standardmaßnahmen oder auf Grund der polizeilichen Generalklausel, die zwar maßgeblich an die tatbestandliche Voraussetzung der konkreten Gefahr anknüpfen, aber ein irgendwie geartetes Verschulden nicht voraussetzen und damit auch die Heranziehung desjenigen ermöglichen, der weder vorsätzlich noch fahrlässig für einen Gefahrenzustand im polizeirechtlichen Sinne verantwortlich ist, und zwar unabhängig davon, ob er eine Gefahr durch sein Verhalten verursacht hat oder ob er lediglich Eigentümer oder tatbestandlicher Inhaber einer Sache ist, von der eine Gefahr ausgeht.

Insofern unterliegt es bereits Zweifeln, ob die Prämisse des MVVerfG zutrifft, wonach es zu den Funktionen des Tatbestands von gefahrenabwehrrechtlichen Eingriffsnormen bzw. des bislang im Sicherheits- und Ordnungsrecht üblichen Konditionalprogramms gehöre, Eingriffssituationen in der Weise für die Bürger vorhersehbar zu machen, dass sie einen späteren Vollzugsakt vermeiden können. Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit sind Kriterien individuellen Verschuldens. Das Gefahrenabwehrrecht ist im Gegensatz zum Strafrecht aber dadurch gekennzeichnet, dass es nicht an das Verschulden des Einzelnen anknüpft. Dieser kann unabhängig davon, ob er das Entstehen einer Gefahr vorhersehen und vermeiden kann, zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen werden. [...]

*Zivilrecht***Standort: Verbraucherrecht****Problem: Anwendbarkeit des HWiG**

BGH, URTEIL VOM 10.07.2002
VIII ZR 199/01 (NJW 2002, 3100)

Problemdarstellung:

Anlässlich des Besuchs der sog. "Grüne Woche" in Berlin, einer Messeveranstaltung für Heim, Tier und Pflanzen, haben die Beklagten bei der Klägerin eine komplette Heizungsanlage inkl. Beratung an deren Messestand bestellt, sich jedoch später vom Vertrag wieder losgesagt. Wegen dieses Verhaltens nimmt die Klägerin nunmehr die Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch.

Im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung bejaht der BGH zunächst eine Schadensersatzpflicht aus p.F.V. (= § 280 I 1 BGB n.F.) als taugliche Anspruchsgrundlage. Danach ist derjenige, der die Abnahme einer ihm aufgrund eines Vertrages zu liefernden Sache vor Fälligkeit ernsthaft und endgültig verweigert, dem Vertragspartner zum Schadensersatz nach p.F.V. (= § 280 I 1 BGB n.F.) verpflichtet. Des Weiteren musste sich der BGH mit dem Bestand und der Wirksamkeit dieses Kaufvertrages auseinandersetzen, wobei er sämtliche Möglichkeiten zur Loslösung von einem Vertrag durchging.

Ein vertragliches Rücktrittsrecht ließ sich mangels entsprechender tatrichterlicher Feststellungen nicht bejahen. Ein Widerrufsrecht gem. §§ 2, 7 VerbrKrG (= §§ 505, 355 BGB n.F.) bestand mangels eines Teillieferungsvertrages auch nicht; zwar bestand die Vertragleistung der Beklagten in zahlreichen Einzelkomponenten, aber die Lieferung erfolgte in einem Zug. Auch ein Widerrufsrecht gem. § 1 I Nr. 2 HWiG (= §§ 312, 355 BGB n.F.) lag nicht vor, da die "Grüne Woche" als Messeveranstaltung keine Freizeitveranstaltung darstellt. Es fehlt an dem Freizeitcharakter, da die "Grüne Woche" zwecks Leistungsschau der Veranstalter erfolgt und die Unterhaltungselemente (z.B. Demonstrationen, Vorführungen) nur Randscheinungen sind. Schließlich bestand für die Beklagten auch kein Rücktrittsrecht gem. §§ 4, 13 a UWG, da die Klägerin keine unwahren oder irreführenden Werbeaussagen getroffen hat. Anfechtungsrechte gem. §§ 119 I, 123 I BGB sind letztlich auch nicht gegeben gewesen.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH ist von examensrelevanter Bedeutung, da sie sich zur Wiederholung und Vertiefung von einseitigen Vertragsaufhebungsmöglichkeiten eignet. In geradezu gutachterlicher Form geht der BGH in dogmatisch nicht zu beanstandenden Art und Weise die diversen Rechte (gesetzliches und vertragliches Rücktrittsrecht, Verbraucherschutzrechtliche Widerrufsrechte, Anfechtungsrechte) durch, um sie für den vorliegenden Fall zu verneinen. Von jedem Examenskandidaten würde die gleiche Prüfung verlangt werden.

Die Entscheidung ist auch insofern prüfungsrelevant, als sie sich mit dem Begriff der "Freizeitveranstaltung" in § 1 I Nr. 2 HWiG (= § 312 BGB n.F.) auseinandersetzt. Im Wege der teleologischen Auslegung verlangt der BGH, dass eine überrumpelnde bzw. aufdrängende Vertragsabschlussituation besteht, die den Verbraucher in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Entscheidend für eine "Freizeitveranstaltung" ist daher, dass mit dem eigentlichen gewerblichen Angebot des Veranstalters nicht im Zusammenhang stehende attraktive Leistungen (z.B. Kaffeefahrten) stehen, die den Kunden über den Hauptzweck der Veranstaltung hinwegsehen lassen. Es muss also eine organisatorische Verbundenheit zwischen Freizeitangebot und Verkaufsveranstaltung bestehen, so dass der Kunde in einer freizeitlich unbeschwertem Stimmung gegenüber der Verkaufsveranstaltung versetzt wird und sich dieser aufgrund der Umstände (Ort und Zeit der Veranstaltung insbesondere) nur schwerlich entziehen kann.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu § 1 I Nr. 2 HWiG: *Kresse/Springer*, WRP 2000, 479; *OLG Düsseldorf*, MDR 1999, 985; *OLG Dresden*, NJW-RR 1997, 1346

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Die „Grüne Woche Berlin“ 1999 war wie schon zuvor keine Freizeitveranstaltung im Sinne des § 1 I

Nr. 2 HWiG (im Anschluss an BGH, NJW 1992, 1889).

Sachverhalt:

Die Bekl. besuchten am 31. 1. 1999 die Messe „Internationale Grüne Woche Berlin Heim — Tier und Pflanze“. Am Messestand der Kl. bestellten sie nach einem Verkaufsgespräch mit den Zeugen F und T im Hinblick auf die beabsichtigte Renovierung ihres Hauses eine komplette Heizungsanlage als „Bausatz zur Selbstmontage“ nebst Projektierung, Abnahme, Fracht und einer örtlichen Systemberatung. In dem von den Bekl. und den Zeugen unterzeichneten Bestellformular ist ein „Pauschalpreis Brutto“ von 51 500 DM angegeben. Darunter sind in der Zeile „abzüglich Zahlungen für Planungsvorleistungen“ 17600 DM und in der Zeile „Restzahlung bei Lieferung“ 33900 DM eingetragen. In der daneben befindlichen Spalte „Individuelle Zahlungsvereinbarung für Planungsvorleistungen“ ist handschriftlich vermerkt: „Bei Projektierung 17600 DM Rest bei Lieferung“. Mit Schreiben vom 2. und 3. 2. 1999 teilten die Bekl. der Kl. mit, dass sie den Auftrag stornieren bzw. widerrufen. Die Kl. antwortete unter dem 15. 2. 1999, dass sie den Widerruf ablehne, da ein Widerrufsrecht nicht bestehe; auch ein Rücktrittsrecht sei nicht vereinbart worden. Zugleich bat sie die Bekl. unter Hinweis auf mögliche Schadensersatzansprüche, bis zum 24. 2. 1999 rechtsverbindlich ihre Erfüllungsbereitschaft anzuzeigen. Diese Aufforderung wiederholte die Kl. mit Schreiben vom 26. 3. 1999 unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung. Dem Schreiben fügte die Kl. eine Schadensberechnung über 21 452,13 DM bei. Als die Bekl. mit Schreiben vom 13. 4. 1999 auf ihrem Widerruf bestanden, lehnte die Kl. mit Schreiben vom 26. 4. 1999 die Vertragserfüllung durch die Bekl. ab und verlangte von ihnen Schadensersatz in der angekündigten Höhe. Dem kamen die Bekl. nicht nach. Mit anwaltlichem Schreiben vom 9. 8. 1999 ließen sie die Anfechtung ihrer Bestellung wegen arglistiger Täuschung erklären, weil ihnen die Kl. durch die Zeugen F und T einen „Super-Sonder-Aktions-Messepreis“ vorgetäuscht habe, der von der Kl. jedoch auch außerhalb der Messe angeboten werde. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat die Kl. die Bekl. auf Zahlung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 21452,13 DM nebst Zinsen und acht DM vorgerichtlicher Mahnkosten in Anspruch genommen. Die Bekl. machen demgegenüber geltend, sei seien wirksam vom Vertrag zurückgetreten und hätten ihre auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung zu Recht widerrufen und angefochten.

Das LG hat der Klage mit Ausnahme der vorgerichtlichen Mahnkosten und eines Teils der Zinsforderung stattgegeben. Die Berufung der Bekl. ist ohne Erfolg geblieben. Die Revision der Bekl. hatte ebenfalls keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat im Wesentlichen ausgeführt: Die Kl. habe nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 21452,13 DM gegen die Bekl. als Gesamtschuldner, weil diese die Erfüllung des am 31. 1. 1999 zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrags mit Schreiben vom 13. 4. 1999 ernsthaft und endgültig verweigert hätten. Die Wirksamkeit des Vertrags sei durch die verschiedenen Rücktritts-, Widerrufs- und Anfechtungserklärungen der Bekl. nicht beseitigt worden [wird ausgeführt].

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

I. Positive Vertragsverletzung als Anspruchgrundlage; kein Widerrufs- bzw. Anfechtungsrecht

Zu Recht hat das BerGer. den von der Kl. gegen die Bekl. als Gesamtschuldner geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung dem Grunde nach aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bejaht. Nach der Rechtsprechung des BGH ist derjenige, der die Abnahme einer ihm auf Grund eines Vertrags zu liefernden Sache vor Fälligkeit ernsthaft und endgültig verweigert, dem Vertragspartner nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet (Senat, NJW 1982, 2316 und DtZ 1993, 57). Die Annahme des BerGer., dass die Bekl. mit ihrem Schreiben vom 13. 4. 1999 die Erfüllung des Vertrags der Parteien vom 31. 1. 1999 ernsthaft und endgültig verweigert haben, ist nicht zu beanstanden, zumal die Kl. die Bekl. zuvor mit Schreiben vom 26. 3. 1999 unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung ausdrücklich aufgefordert hatte, ihre Erfüllungsbereitschaft rechtsverbindlich anzuzeigen. Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwendungen. Die Revision wendet sich vielmehr gegen die Ansicht des BerGer., die Bekl. seien weder wirksam vom Vertrag zurückgetreten noch hätten sie ihre auf Abschluss des Vertrages gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen oder angefochten. Damit hat sie jedoch keinen Erfolg.

1. *Kein vertragliches Rücktrittsrecht*

Soweit das BerGer. ein vertragliches Rücktrittsrecht der Bekl. nach § 346 BGB (gem. Art. 229 § 5 EGBGB in der am 31. 12. 2001 geltenden Fassung) verneint hat, beruht das auf einer tatrichterlichen Beweiswürdigung, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur beschränkt darauf überprüfbar ist, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinander gesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (zuletzt z. B. NJW 1997, 796 und NJW 1999, 3481). Solche Fehler vermag die Revision nicht aufzuzeigen. Zu Unrecht rügt die Revision, das BerGer. habe nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Zeugen F und T als — mutmaßlich provisionsberechtigte — Verkäufer der Kl. ein eigenes Interesse am Ausgang des Rechtsstreits hätten, während ein solches bei dem Zeugen M, der die Bekl. auf der Messe lediglich begleitet habe, nicht zu erkennen sei. Auf die damit angesprochene Frage der Glaubwürdigkeit der Zeugen würde es nur dann ankommen, wenn deren Aussagen für die von den Bekl. behauptete mündliche Vereinbarung eines Rücktrittsrechts ergiebig wären. Das hat das BerGer. indessen gerade für die von der Revision in den Vordergrund gestellte Aussage des Zeugen M rechtsfehlerfrei verneint. Danach hat sich dieser Zeuge nicht mehr genau an die Vorgänge erinnern können, sondern bekundet, dass ihm — ob von dem Bekl. zu 1 oder dem Verkäufer, wisse er nicht mehr — gesagt worden sei, dass der Vertrag noch kein richtiger Vertrag sei und dass man noch keine richtige Verpflichtung übernommen habe, sondern nach dem BGB kündigen könne. Seiner Erinnerung nach habe ihm der Bekl. zu 1 gesagt, es handle sich um so etwas wie eine Option auf einen bestimmten Preis. Angesichts dessen ist die tatrichterliche Würdigung des BerGer. nicht zu beanstanden, durch diese Aussage sei nicht einmal bewiesen, dass die Vorläufigkeit des Vertrags überhaupt Gegenstand der Verhandlungen gewesen sei, vielmehr könne eine Einigung auf ein Optionsrecht auch nur die einseitige Vorstellung des Bekl. zu 1 gewesen sein. Die Angaben des Zeugen mögen, wie von der Revision geltend gemacht, den Schluss zulassen, dass Entsprechendes von den Verkäufern der Kl. den Bekl. gegenüber geäußert worden ist. Zwingend ist das aber nicht. Lässt sich mithin bereits der Aussage des Zeugen M nicht die von den Bekl. behauptete mündliche Vereinbarung eines Rücktrittsrechts entnehmen, kommt es auch auf die weitere Rüge der Revision nicht mehr an, das BerGer. habe nicht berücksichtigt, dass die — seines

Erachtens eher gegen die Behauptung der Bekl. sprechende — Aussage des Zeugen F eine Vielzahl von Widersprüchen aufweise.

2. *Kein Widerrufsrecht gem. § 7 VerbrKrG*

Zu Recht hat das BerGer. ein Widerrufsrecht der Bekl. nach § 7 I i.V. mit § 2 Nr. 1 VerbrKrG (gem. § 19 VerbrKrG i. d. F. vor dem 1. 10. 2000) abgelehnt, weil es sich bei dem Vertrag vom 31. 1. 1999 nicht um einen Teillieferungsvertrag im Sinne der letztgenannten Bestimmung handelt. Nach § 2 Nr. 1 VerbrKrG gilt unter anderem § 7 I VerbrKrG mit dem darin geregelten Widerrufsrecht entsprechend, wenn die Willenserklärung des Verbrauchers auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist, der die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen in Teilleistungen zum Gegenstand hat und bei dem das Entgelt für die Gesamtheit der Sachen in Teilleistungen zu entrichten ist. Schon die erste Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Der Vertrag der Parteien sieht zwar in Bezug auf die aus zahlreichen Komponenten bestehende Heizungsanlage die Lieferung mehrerer als zusammengehörend verkaufter Sachen vor. Die Lieferung der Heizungsanlage erfolgt nach dem Vertrag jedoch nicht in Teilleistungen, sondern in einem Zug. Der Umstand, dass vor der Lieferung der Heizungsanlage zunächst deren Projektierung durch die Kl. vorgesehen ist, macht den Vertrag entgegen der Ansicht der Revision nicht zu einem Teillieferungsvertrag i. S. des § 2 Nr. 1 VerbrKrG. Die Projektierung ist eine werkvertragliche Leistung. § 2 Nr. 1 VerbrKrG setzt jedoch Teilleistungen in Form der Lieferung von Sachen voraus. Aus dem von der Revision angeführten Senatsurteil in BGHZ 78, 375 (377 ff.) ergibt sich nichts anderes. Danach können Bausatzverträge für den Eigenbau von Wohnhäusern zwar auch dann, wenn sie wegen bestimmter werk- oder dienstvertraglicher Elemente keine reinen Kaufverträge, sondern gemischte Verträge sind, unter den -. durch die fast wortgleiche Vorschrift des § 2 Nr. 1 VerbrKrG abgelöst — § 1 c Nr. 1 AbzG fallen. Nach der genannten Entscheidung ändert das jedoch nichts daran, dass § 1 c Nr. 1 AbzG sowohl die Lieferung der Bauteile als auch die Bezahlung des Entgelts in Teilleistungen voraussetzt. Das ist hier in Bezug auf die Lieferung der einzelnen Bestandteile der Heizungsanlage gerade nicht der Fall.

Keiner Entscheidung bedarf im vorliegenden Zusammenhang, ob § 2 Nr. 1 VerbrKrG beziehungsweise § 2 VerbrKrG insgesamt auf Verträge entsprechend anzuwenden ist, die nicht die Lieferung von Sachen, sondern die Erbringung sonstiger Dienst- oder Werkleistungen zum Gegenstand haben (dafür u.a. Erman-

Rebmann, BGB, 10. Aufl., § 2 VerbrKrG Rdnr. 4; dagegen u. a. Ulmer, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 2 VerbrKrG Rdnr. 4; Staudinger/Kessal-Wuif, BGB, Neubearb. 2001, § 2 VerbrKrG Rdnr. 8, ferner BGHZ 87, 112). Unabhängig davon kommt jedenfalls auf den Vertrag der Parteien eine entsprechende Anwendung des § 2 Nr. 1 VerbrKrG nicht in Betracht. Wie der hierdurch abgelöste § 1 c AbzG soll § 2 VerbrKrG den Verbraucher davor schützen, sich unüberlegt und unter dem Druck der von der Gegenseite aktiv geführten Vertragsverhandlungen mit einer Verpflichtung zu belasten, die sich nach Dauer und Höhe erst in der Zukunft realisiert (vgl. BGHZ 67, 389 [392 f.]; 78, 248 [251]; 78, 375 (381), und im Anschluss daran zu § 2 VerbrKrG: Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 2 Rdnr. 2; Ulmer, in: MünchKomm, § 2 VerbrKrG Rdnrn. 1 f.). Davon kann bei der hier gegebenen Vertragsgestaltung keine Rede sein. Der Vertrag der Parteien sieht keine langfristige Bezugsverpflichtung der BeKl. vor, sondern eine Abwicklung in lediglich zwei Teilakten, die zudem insoweit eng miteinander verknüpft sind, als der eine, die Projektierung, unmittelbare Voraussetzung des anderen, der Lieferung der Heizungsanlage, ist. Demgemäß ist auch die in dem Vertrag durch den „Pauschalpreis Brutto“ von 51 500 DM eindeutig angegebene Gesamtbelastung ohne weiteres überschaubar. Danach bedürfen hier die BeKl. nicht des durch § 2 VerbrKrG bezweckten Schutzes.

3. Kein Widerrufsrecht gem § 1 I Nr. 2 HWiG

Zu Recht hat das BerGer. auch ein Widerrufsrecht der BeKl. nach § 1 I Nr. 2 HWiG (gem. § 9 III HWiG in der vor dem 1. 10. 2000 geltenden Fassung) verneint, weil es sich bei der „Grünen Woche“ nicht um eine Freizeitveranstaltung im Sinne dieser Vorschrift handelt.

a. Zur Definition von „Freizeitveranstaltung“

Das BerGer. ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH zutreffend davon ausgegangen, dass der — gesetzlich nicht definierte — Begriff der Freizeitveranstaltung durch Sinn und Zweck der Regelung im Rahmen der Zielsetzung des Gesetzes bestimmt wird. Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften soll den Verbraucher vor der Gefahr schützen, in bestimmten, dafür typischen Situationen bei der Anbahnung und dem Abschluss von Geschäften unter Beeinträchtigung seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit überrumpelt oder sonst auf unzulässige Weise zu unüberlegten Geschäftsabschlüssen gedrängt zu werden. Soweit es um Bestellerklärungen

anlässlich der Durchführung von Freizeitveranstaltungen geht, ist Sinn und Zweck der Regelung des § 1 I Nr. 2 HWiG, eine Bindung des Verbrauchers an rechtsgeschäftliche Erklärungen in einer Situation zu vermeiden, in der für ihn der Geschäftszweck hinter die vom Veranstalter herbeigeführte freizeitliche Stimmung und Erwartungshaltung zurücktritt, Preis- und Qualitätsvergleiche praktisch nicht möglich sind und die Gelegenheit zu ruhiger Überlegung und Umkehr, wenn überhaupt, nur eingeschränkt gegeben ist. Der Gesetzgeber stellt insoweit darauf ab, dass mit dem eigentlichen gewerblichen Angebot des Veranstalters nicht im Zusammenhang stehende attraktive Leistungen wie beispielsweise Kaffeefahrten oder Reisen den Kunden über den Hauptzweck der Veranstaltung hinwegsehen lassen und ihn den Verkaufsabsichten gewogen machen, wobei die Auswahl von Zeit und Ort der Veranstaltung dem Kunden es erschwert, sich den Verkaufsbemühungen zu entziehen (BGH, NJW 1990, 3265 und NJW 1992, 1889; ferner Senat, NJW-RR 1991, 1524). Von einem Geschäftsabschluss anlässlich einer Freizeitveranstaltung i. S. des § 1 I Nr. 2 HWiG kann sonach nur gesprochen werden, wenn Freizeitangebot und Verkaufsveranstaltung derart organisatorisch miteinander verwoben sind, dass der Kunde mit Blick auf Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung in eine freizeitlich unbeschwerte Stimmung versetzt wird und sich dem auf einen Geschäftsabschluss gerichteten Angebot nur schwer entziehen kann, sei es, dass die örtlichen Gegebenheiten und der zeitliche Ablauf der Veranstaltung es dem Verbraucher nicht ohne weiteres ermöglichen, sich ungehindert zu entfernen, sei es, dass Gruppenzwang oder Dankbarkeit für das Unterhaltungsangebot bei ihm das Gefühl wecken, dem Verkaufsunternehmen verpflichtet zu sein. Nur in solchen Fällen lässt sich von einer Gefahr der Überrumpelung des Verbrauchers sprechen, welcher das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften begegnen will. Fehlt es an einer dahingehenden Verknüpfung von Freizeitcharakter und gewerblichem Angebot, ist der Tatbestand des § 1 I Nr. 2 HWiG zu verneinen. Der Begriff der Freizeitveranstaltung ist also von zwei zusammenwirkenden, in einer Wechselwirkung zueinander stehenden Faktoren bestimmt, einmal durch den Freizeitcharakter der Veranstaltung, die den Verbraucher in eine seine rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit beeinflussende Freizeitstimmung versetzt, und zum anderen durch die Organisationsform der Veranstaltung, der sich der Kunde nur schwer entziehen kann. Während der Freizeitcharakter der Veranstaltung, in deren Zusammenhang die gewerbliche Leistung angeboten

wird, im Wesentlichen durch die Vorstellung des Verkehrs geprägt wird, ob nach Art der Ankündigung und Durchführung der Veranstaltung der Freizeitcharakter im Vordergrund steht, ist zur Beurteilung der Organisationsform von Freizeitangebot und gewerblicher Leistung auf die objektiven Gegebenheiten abzustellen (BGH, NJW 1992, 1889).

b. Übertragung auf die „Grüne Woche“

Von diesem rechtlichen Ausgangspunkt aus ist entgegen den Angriffen der Revision nicht zu beanstanden, dass das BerGer. die „Grüne Woche“ des Jahres 1999 nicht als Freizeitveranstaltung i. S. des § 1 I Nr. 2 HWiG angesehen hat. Vielmehr entspricht das der Rechtsprechung des BGH zur „Grünen Woche“ des Jahres 1988. Der BGH hat seinerzeit die Annahme des KG (NJW-RR 1990, 1338) gebilligt, dass der Besucher der „Grünen Woche“ deren messe- und marktähnlichen Charakter erkenne und dass die Art der Verknüpfung von Freizeitangebot und gewerblichem Angebot auf der „Grünen Woche“ die Gefahr der Überrumpelung des Verbrauchers nicht nach sich ziehe. Die „Grüne Woche“ ist danach eine vom Zweck der Leistungsschau geprägte Veranstaltung. Unterhaltende Attraktionen wie Blumenarrangements, Präsentation der Tierhaltung oder Demonstration von Produktionsvorgängen dienen der Darstellung der gewerblichen Leistung. Sie haben keinen eigenständigen überragenden Unterhaltungswert, der in der Vorstellung des Besuchers der „Grünen Woche“ deren eigentlichen Zweck als gewerbliche Leistungsschau in den Hintergrund treten lassen könnte. Hinzu kommt, dass in Anbetracht der Vielzahl der Verkaufsstände in großen Hallen und in Anbetracht der Masse der Besucher es dem Einzelnen nicht besonders schwer gemacht wird, sich den Verkaufsbemühungen der auf der „Grünen Woche“ tätigen Händler zu entziehen. Dem Kunden ist es ohne weiteres möglich, in der Anonymität der Besucher-masse unterzutauchen. Ein Gefühl, dem gewerblichen Unternehmer aus Dankbarkeit für das Freizeitangebot, für welches der Besucher der Messe mit seiner Eintrittskarte bereits bezahlt hat, in irgendeiner Weise verpflichtet zu sein, kann sich nicht einstellen (BGH, NJW 1992, 1889).

Hieran anknüpfend hat das BerGer. rechtsfehlerfrei angenommen, dass es der „Grünen Woche“ des Jahres 1999 nach der maßgeblichen Verkehrsanschauung unverändert an dem Freizeitcharakter fehlt, der den Verbraucher in eine seine rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit beeinflussende Freizeitstimmung versetzt. Es hat festgestellt, dass die „Grüne Woche“ zwar als Anziehungspunkt für das breite Publikum zugenommen hat und neben kostenlosen

Warenproben eine Vielzahl von unterhaltsamen Veranstaltungen bietet. Aus den allgemein zugänglichen Informationen und dem von den Bekl. vorgelegten Ausstellungskatalog hat das Gericht jedoch ersehen, dass dem Unterhaltungsangebot ein breites Waren- und Informationsangebot von über 1500 Ausstellern gegenübersteht, das nicht nur von den knapp 25% Fachbesuchern, sondern auch von dem mit gut 75% überwiegenden allgemeinen Publikum erwartet und gezielt genutzt wird. Dem Ausstellungskatalog hat das BerGer. weiter entnommen, dass Unterhaltung und Verkauf beziehungsweise Information großenteils räumlich voneinander getrennt sind und in unterschiedlichen Hallen stattfinden. Ferner hat das BerGer. als gerichtsbekannt bezeichnet, dass die Werbung für die „Grüne Woche“, die auf dem Einband des Katalogs auch „Ausstellung für Ernährungswirtschaft, Landwirtschaft und Gartenbau“ genannt wird, vor allem auf die zur Schau gestellten Güter und nicht auf das Unterhaltungsprogramm bezogen ist. Diese Feststellungen rechtfertigen die Annahme des BerGer., dass der „Grünen Woche“ wie zuvor kein überwiegender Unterhaltungswert zukommt.

Dem hat die Revision nichts Erhebliches entgegengesetzt. Insbesondere sind Art und Wert des von den Bekl. erworbenen Gegenstands nicht geeignet, der „Grünen Woche“ insoweit den Charakter einer Freizeitveranstaltung zu geben. Das gilt unabhängig davon, ob die betreffende Heizungsanlage gemäß der Ansicht des BerGer. im weiteren Sinne noch dem Ausstellungsthema der „Grünen Woche“ zuzurechnen ist. Andernfalls wäre die „Grüne Woche“ je nach dem konkreten Angebot einmal als Freizeitveranstaltung und einmal als gewerbliche Veranstaltung einzustufen. Es kommt jedoch nur eine einheitliche Bewertung in Betracht. Das schließt es entgegen der Ansicht der Revision auch aus, die „Grüne Woche“ in Bezug auf das allgemeine Publikum und die Fachbesucher unterschiedlich einzuordnen. Die von der Revision noch einmal ausführlich aus dem Ausstellungskatalog aufgezählten Unterhaltungsangebote rechtfertigen es für sich allein nicht, die „Grüne Woche“ als Freizeitveranstaltung einzustufen.

Die Revision verkennt insoweit, dass das Nebeneinander von Unterhaltungsangeboten und Verkaufsveranstaltung nach der oben zitierten Rechtsprechung des BGH für die Annahme einer Freizeitveranstaltung nicht ausreicht. Vielmehr müssen Unterhaltungsangebot und Verkaufsveranstaltung so miteinander verwoben sein, dass der die Gefahr der Überrumpelung des Besuchers begründende Freizeitcharakter der Veranstaltung im Vordergrund steht. Das ist nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. bei der

„Grünen Woche“ nicht der Fall. In diesem Zusammenhang ist die vom BerGer. festgestellte weitgehende räumliche Trennung von Unterhaltung und Verkauf entgegen der Ansicht der Revision keineswegs unerheblich.

Darüber hinaus hat das BerGer. zutreffend angenommen, der von den Bekl. besuchten „Grünen Woche“ fehle unverändert die vom BGH (NJW 1992, 1889 = LM H. 11/1992 HWiG Nr. 10 = WM 1992, 1294 [unter 111]) für die „Grüne Woche“ des Jahres 1988 verneinte Voraussetzung einer Freizeitveranstaltung, dass sich die Besucher nach den objektiven Umständen den Verkaufsangeboten nur schwer entziehen können. Nach den vom BerGer. festgestellten Umständen — Trennung von Unterhaltung und Verkauf, offene Gestaltung des Messestandes der Kl. in einer großen Messehalle mit zahlreichen Messebesuchern, kein Anlass zur Dankbarkeit — besteht insoweit kein Unterschied zu der „Grünen Woche“ 1988.

Zu Unrecht macht die Revision demgegenüber unter Berufung auf das OLG Dresden (NJW-RR 1997, 1346 [1347]) geltend, bei Verbraucherausstellungen genüge es für eine Erschwerung des Sich-Entziehen-Könnens, dass der durch das Unterhaltungsangebot angelockte Besucher den Verkaufsbemühungen an den Ausstellungsständen ausgesetzt sei (so auch schon Fischer/Machunsky, HWiG, 2. Aufl., § 1 Rdnrn. 153 ff.). Dem ist nicht zu folgen. Das Anlocken mit einem Unterhaltungsangebot begründet für sich allein keine Situation, in der sich der Besucher den Verkaufsbemühungen nur schwer entziehen kann.[...]

4. Kein Rücktrittsrecht gem § 13 a UWG

Zu Recht hat das BerGer. auch ein Rücktrittsrecht der Bekl. aus § 13 a I 1 i. V. mit § 4 I 1 UWG verneint.

Nach den vorgenannten Bestimmungen kann der Abnehmer einer Ware, der durch wissentlich unwahre oder zur Irreführung geeignete Werbeangaben zur Abnahme bestimmt worden ist, vom Vertrag zurücktreten. Dabei müssen die Werbeangaben in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, erfolgt sein. Werbeangaben gegenüber Einzelpersonen (Individualangaben) begründen dagegen kein Rücktrittsrecht (Hefermehl/Baumbach, WettbewerbsR, 22. Aufl., § 13 a UWG Rdnr. 3 m. w. Nachw.). Für die danach erforderlichen Werbeangaben ist weder etwas festgestellt, noch zeigt die Revision hierzu übergangenen Vortrag der Bekl. auf. Diese haben vielmehr lediglich behauptet, die Verkäufer am Messestand der Kl. hätten gegenüber allen

Interessenten mit besonderen Messepreisen geworben, ihnen selbst sei von den Zeugen F und T ein „Super-Sonder-Aktions-Messepreis“ versprochen worden. Zu Recht hat bereits das LG ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 2. 11. 1999 die Bekl. darauf hingewiesen, dass dieser Vortrag nicht ausreicht, um Werbeangaben i. S. des § 4 UWG darzulegen. Weiteren Sachvortrag haben die Bekl. insoweit weder in erster noch in zweiter Instanz gehalten.

Frei von Rechtsfehlern sind die Erwägungen des BerGer., die Bekl. hätten durch das von ihnen vorgelegte Vergleichsangebot der Kl. an einen Dritten eine irreführende Werbung mit einem besonders günstigen Messepreis nicht dargetan. Das Vergleichsangebot lag zunächst mit brutto 55587,20 DM um 4087,20 DM oder rund 7,9% deutlich über dem Angebot der Kl. an die Bekl. Dass es später offensichtlich im Zuge weiterer Verhandlungen zu einer Reduzierung des Vergleichsangebots auf brutto 48910 DM und damit auf einen unter den den Bekl. angebotenen Preis gekommen ist, hat das BerGer. demgegenüber entgegen der Ansicht der Revision zu Recht für unerheblich angesehen, weil die Bekl. ihrerseits ohne weitere Verhandlungen sofort das erste Angebot der Kl. akzeptiert haben.

5. Kein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung

Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden sind die Ausführungen des BerGer., die Bekl. seien mangels arglistiger Täuschung durch die Kl. nicht nach § 123 I BGB zur Anfechtung ihrer auf Abschluss des Vertrags vom 31. 1. 1999 gerichteten Willenserklärung berechtigt gewesen. Aus den vorstehend angeführten Gründen hat das BerGer. zutreffend angenommen, dass die Bekl. eine arglistige Täuschung über ein besonders günstiges Messeangebot nicht dargetan haben. Die von den Bekl. weiter behauptete arglistige Täuschung über ein vertragliches Rücktrittsrecht hat das BerGer. aus den oben dargelegten Gründen rechtsfehlerfrei als nicht bewiesen angesehen.

6. Kein Anfechtungsrecht wegen Irrtums gem. § 119 I BGB

Weiter hat das BerGer. auch im Ergebnis zu Recht mangels Inhaltsirrtums der Bekl. eine wirksame Anfechtung nach § 119 I BGB verneint. Der von den Bekl. zunächst geltend gemachte Irrtum über das Bestehen eines gesetzlichen Rücktrittsrechts ist als Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich, da er nicht die sich aus dem Inhalt des Geschäfts ergebenden, sondern die kraft Gesetzes eintretenden Rechtsfolgen betrifft

(vgl. BGH, NJW 1995, 1484 = LM H. 4/1995 § 813 BGB Nr. 5 = WM 1995, 353; ferner BGHZ 134, 152 [156] = NJW 1997, 653). Soweit sich die Bekl. später auf einen Irrtum über das Bestehen eines vertraglichen Rücktrittsrechts berufen haben, weil ihnen ein solches von den Mitarbeitern der Kl. mündlich eingeräumt worden sei, entbehrt das nach dem Ergebnis der vom BerGer. rechtsfehlerfrei gewürdigten Beweisaufnahme bereits der tatsächlichen Grundlage.

II. Feststellung der Schadensersatzhöhe

Rechtsfehlerfrei hat das BerGer. schließlich den von der Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruch in voller Höhe von 21 452,13 DM anerkannt.

Zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass die Kl. nach der ständigen Rechtsprechung des BGH als Schadensersatz wegen Nichterfüllung die Differenz zwischen ihrem Interesse an der Vertragserfüllung und der von ihr ersparten Gegenleistung verlangen kann (vgl. zuletzt z. B. BGHZ 107, 67 [69] = NJW 1989, 1669; NJW 1998, 2901). Weiter hat das BerGer. zutreffend angenommen, dass die Kl. ihren Schaden in zulässiger Weise (vgl. Senat, NJW 1998, 2901 = LM H. 3/1999 § 326 [Eb] BGB Nr. 11 WM 1998, 1784 [unter II 2]) konkret berechnet hat, indem sie von dem Nettovertragspreis ihre ersparten Herstellung und Anschaffungskosten abgezogen hat.

Zu Unrecht beanstandet die Revision insoweit, dass das BerGer. das mit einer Ausnahme pauschale Bestreiten der Bekl. als nicht ausreichend angesehen hat, um den substanziierten Vortrag der Kl. zu erschüttern. Angesichts der detaillierten Schadensberechnung der Kl. hätten die Bekl. auf die von ihnen für falsch erachteten Positionen im einzelnen eingehen können und müssen. Ohne Erfolg verweist die Revision darauf, dass die Bekl. in einer Position den

von der Kl. angesetzten Einzelpreis nach der von dieser selbst vorgelegten Preisliste als zu niedrig beanstandet haben. Die Bekl. haben übersehen, dass in der betreffenden Preisliste Bruttopreise, in der Schadensberechnung dagegen Nettopreise angegeben sind. Danach ist der Unterschied allenfalls minimal. Angesichts dessen kommt es nicht darauf an, dass sich nach der unangegriffenen Feststellung des BerGer. zumindest in der Gesamtschau keine Differenz zum Nachteil der Bekl. ergibt.

Vergeblich macht die Revision weiter geltend, die Bekl. hätten darauf hingewiesen, dass die Projektierungskosten in der Vertragsurkunde mit 17600 DM brutto bzw. 15 172,41 DM netto angegeben seien, während die Kl. lediglich 2738,56 DM netto in Abzug gebracht hatte. Insoweit kann dahinstehen, ob der Auslegung des BerGer. gefolgt werden könnte, die Angabe von 17600 DM „für“ Projektierungskosten sei durch die handschriftliche Zusatzeintragung, wonach die Zahlung der 17600 DM „bei“ Projektierung erfolge, abgeändert worden. Unabhängig davon besagt die vertraglich vereinbarte Höhe der Projektierungskosten nichts dazu, welche Aufwendungen sich die Kl. dadurch erspart hat, dass sie die Projektierung der Heizungsanlage mangels Erfüllung des Vertrags seitens der Bekl. nicht ausführen muss. Soweit die Kl. hierfür pauschal 15% der ersparten Materialkosten angesetzt hat, sind dem die Bekl. nicht entgegengetreten.

In diesem Zusammenhang rügt die Revision auch zu Unrecht eine Verletzung des § 139 ZPO, weil das BerGer. die Bekl. nicht auf die fehlende Substanziierung ihres Bestreitens hingewiesen habe. Dessen bedurfte es nicht, weil dies sowohl das LG in dem erstinstanzlichen Urteil als auch die Kl. bereits getan hatten.

Standort: Bürgschaft

Problem: Erstreckung auf Zinsen bei Höchstbetrag

BGH, URTEIL VOM 18.07.2002
IX ZR 294/00 (NJW 2002, 3167)

Problemdarstellung:

Durch Formularerklärung übernahm die beklagte GmbH gegenüber der Klägerin eine selbstschuldnerische Höchstbetragsbürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und zukünftigen Ansprüche der Klägerin aus ihrer Geschäftsverbindung mit dem Geschäftsführer und der Alleingesellschafterin der GmbH. Dabei sollte nach Nr. 2 der Formularerklärung die Bürgschaft auch Zinsen, Provisionen und sonstige Kosten der Hauptverbindlichkeit erfassen, selbst wenn da-

durch die Höchstbetragsgrenze überschritten würde.

Der BGH musste sich mit der Wirksamkeit dieser Bürgschaftserklärung beschäftigen und unterzog daher dieses Klauselwerk einer AGB-Kontrolle.

Dabei wurde zunächst die globale Zweckerklärung der Bürgschaft zur Erstreckung auf alle bestehenden und zukünftigen Verbindlichkeiten des Geschäftsführers und der Alleingesellschafterin als unwirksam gem. § 9 I AGBG (= § 307 I BGB n.F.) - im Einklang mit der gefestigten Rechtsprechung des BGH - befunden. Die Ausnahmerechtsprechung des BGH von der Unwirksamkeit der formularmäßigen Globalbürgschaft (Bürgschaft von Mehrheitsgesellschafter bzw.

Geschäftsführer zugunsten der Gesellschaft) ist in diesem umgekehrten Fall nicht einschlägig, da keine Einflussmöglichkeit der GmbH auf die Geschäftsbeziehung ihres Geschäftsführers und ihrer Alleingesellschafterin zur Klägerin besteht.

Des Weiteren ist die Klausel zur Erstreckung der Bürgenhaftung auf Zinsen, Kosten, Provisionen bezüglich der Hauptverbindlichkeit auch jenseits des Höchstbetrages gem. § 9 I AGBG (= § 307 I BGB n.F.) unwirksam. Der Zweck einer Höchstbetragsbürgschaft besteht darin, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig zu begrenzen. Dieser Bürgenschutz wird jedoch durch die fragliche Erweiterungsklausel weitgehend beseitigt. In dieser Feststellung liegt auch kein Widerspruch zu § 767 I 2 BGB, da das gesetzliche Leitbild von einer Bürgenhaftung ohne summenmäßige Begrenzung ausgeht. Die Banken sind aufgefordert, bei der Bemessung des Höchstbetrages zukünftig derartige Nebenansprüche mitzubetrachten.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsprechung des BGH zum Bürgschaftsrecht ist von prüfungsrelevanter Bedeutung, da sie geeignet ist, die Kenntnisse des Prüflings von der aktuellen Rechtsprechung bzw. vom AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB n.F. zu überprüfen. Ohne vertiefte Kenntnisse über diese Rechtsprechung sind die gängigen Bürgschaftsfragen nicht zu beantworten.

So entspricht es inzwischen der gefestigten höchstgerichtlichen Rechtsprechung des BGH, dass sog. Globalbürgschaften, also formularmäßige globale Zweckerklärungen in Bürgschaft zur Erstreckung auf alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, wegen Verstoßes gegen § 307 I BGB unwirksam sind. Zum einen wird gegen das gesetzliche Leitbild von § 767 I 3 BGB verstoßen, wonach die Hauptverbindlichkeit von Anfang an festzustehen hat. Zum anderen wird das Bürgenrisiko in nicht mehr zu vertretendem Maße ausgedehnt. In solchen Fällen wird die unwirksame Globalbürgschaft auf eine sog. Anlassbürgschaft beschränkt, d.h. die Bürgschaft erstreckt sich nur auf die Hauptverbindlichkeit, die den Anlass zur Abgabe der Bürgschaft gegeben hat (sog. "Anlassrechtsprechung").

Wer indessen aufgrund seiner Stellung als Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer der Hauptschuldnerin den Umfang der Kreditaufnahme bestimmen kann, wird durch eine solche Formularbestimmung in seinen schutzwürdigen Belangen nicht unbillig beeinträchtigt, da dadurch mittelbar auch Einfluss auf seine

eigene Bürgenhaftung hat (BGHZ 142, 213). Wie dieser Fall zeigt, gilt dies im umgekehrten Fall aber nicht.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu BGHZ 142, 213: *Koch*, NJW 2000, 1996; *Jacobs*, LM H. 1/2000 § 9 (Bg) AGBG Nr. 22; *Klötzel*, BB 1999, 1994; *Bärwaldt*, GmbHR 1999, 975; *Ehricke*, JZ 2000, 464

☐ Zu BGHZ 143, 95: *Pfeiffer*, LM H. 4/2000 § 9 (Bm) AGBG Nr. 32; *Tiedtke*, DNotZ 2000, 278; *Blaurock*, EWiR § 9 AGBG 5/2000, 205

Kursprogramm:

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

Leitsätze:

- 1. Die formularmäßige globale Zweckerklärung in der Bürgschaft einer GmbH für Forderungen des Gläubigers gegen den Alleingesellschafter ist unwirksam.**
- 2. Der Bürge, der eine Höchstbetragsbürgschaft erteilt hat, haftet in der Regel auch dann nicht über den vereinbarten Betrag hinaus, wenn sich die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöht hat.**
- 3. Eine Formulklausel ist unwirksam, soweit sie vorsieht, dass sich die Bürgschaft auch dann auf Zinsen, Provisionen und Kosten erstreckt, die im Zusammenhang mit den gesicherten Forderungen entstanden sind, wenn dadurch der vereinbarte Haftungshöchstbetrag überschritten wird.**

Sachverhalt:

Durch Formularerklärung vom 19. 6. 1991 übernahm die beklagte GmbH gegenüber dem klagenden Kreditinstitut die selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche der Kl. aus der Geschäftsverbindung mit R, dem damaligen Geschäftsführer der Bekl., sowie mit dessen Ehefrau U, die zu jenem Zeitpunkt Alleingesellschafterin der Bekl. war. Die Haftung der Bekl. wurde für Forderungen gegen den Geschäftsführer auf 130 000 DM, für Forderungen gegen die Alleingesellschafterin auf 215 000 DM begrenzt. Nr. 2 der Urkunde enthält folgende Bestimmung: „Die Bürgschaft umfasst zusätzlich Zinsen, Provisionen und Kosten, die aus den verbürgten Ansprüchen oder durch deren Geltendmachung entstehen, und zwar auch dann, wenn dadurch der oben genannte Betrag überschritten wird. Dies gilt auch dann, wenn Zinsen, Provisionen und Kosten durch Saldenfeststellungen im Kontokorrent Teil der Hauptschuld werden und dadurch der oben genannte

Betrag überschritten wird.“ Bei Vertragsschluss unterhielt die Alleingesellschafterin bei der Kl. drei Girokonten, die am 19./30. 6. 1991 Sollsalen von insgesamt 206 423,28 DM aufwiesen. Im Zusammenhang mit der Bürgschaftsübernahme vereinbarte der damalige Vorstand der Kl. mit dem Geschäftsführer der Bekl., dass die Konten bis zum Betrag von insgesamt 215 000 DM überzogen werden dürften, sie aber zum 31. 12. 1991 auszugleichen seien. An diesem Tag betrug der Sollstand jedoch 261 484,59 DM. Die Kl. nahm dies hin und ließ in der Folgezeit einzelne weitere Belastungen zu. Im Januar 1993 wurde vereinbart, dass die Kreditnehmerin monatliche Teilzahlungen von 15000 DM zu leisten habe. Diese Verpflichtung wurde nicht erfüllt. Mit Anwaltsschriftsatz vom 23. 2. 2000 kündigte die Kl. während des Rechtsstreits die Kreditvereinbarung, sofern sie noch fortwirken sollte. Die Kl. nahm die Bekl. aus den Bürgschaften auf Zahlung der vereinbarten Höchstbeträge zuzüglich 8% Zinsen seit dem 20. 6. 1991 (Forderungen gegen R) bzw. 1. 1. 1992 (Forderungen gegen U) in Anspruch. Die Bekl. wandte ein, die Bürgschaftsverträge seien wegen Verstoßes gegen §§ 30, 43 a GmbHG unwirksam, berief sich auf einen Missbrauch der Vertretungsbefugnis und bestritt die Höhe der Forderung aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das BerGer. hat die Verurteilung in der Hauptsache auf 321 239,24 DM herabgesetzt sowie den Zinsanspruch aus der Bürgschaft in Höhe von 130 000 DM insgesamt und aus der Bürgschaft über 215 000 DM hinsichtlich eines Teilbetrags von 189 315,80 DM ab 1. 3. 2000 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Der Senat hat die Revision im Umfang des 176 798,66 DM übersteigenden Hauptsachebetrags sowie des gesamten Zinsanspruchs angenommen.

Die Revision führte insoweit zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des BerGer. und Umfang der Revision

Auf Grund des Senatsbeschlusses vom 18. 4. 2002 über die Annahme der Revision ist die Verurteilung der Bekl. aus der Bürgschaft zur Sicherung der Ansprüche gegen R im Umfang des eingeklagten Hauptsachebetrags von 130 000 DM rechtskräftig. Die Annahme betrifft in der Hauptsache den 46798,66 DM übersteigenden Teil des Anspruchs aus der Bürgschaft, die Forderungen gegen die Alleingesellschafterin sichert, und beruht darauf, dass das BerGer. in die Haftung auch die vertraglichen Ansprü-

che der Kl. gegen die Hauptschuldnerin einbezogen hat, die bis zum 31. 12. 1991 über den Betrag von 215 000 DM hinaus sowie anschließend ab 1. 1. 1992 auf den Konten Nr. 5, 13 und 8 entstanden sind. Das Berufungsurteil hat dies wie folgt begründet: Die formularmäßige Erweiterung der Haftung der Bekl. auf alle bestehenden und künftigen Ansprüche gegen die Hauptschuldnerin sei nicht nach § 9 I AGBG unwirksam. Verbürge sich die Gesellschaft für alle Privatverbindlichkeiten ihres Alleingeschafters, dann könne sie sich ohne weiteres über die bei Erteilung der Bürgschaft bestehenden Verbindlichkeiten des Hauptschuldners in Kenntnis setzen und die Entscheidung, ob weitere Verbindlichkeiten eingegangen werden, beeinflussen. Die Gesellschaft werde in einem solchen Falle durch die weite Zweckerklärung nicht unbillig benachteiligt.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Auffassung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Bekl. haftet nur für die Forderungen gegen die Hauptschuldnerin, die den Anlass zur Übernahme der Bürgschaft bildeten. Das sind lediglich die vor dem 1. 1. 1992 durch Kreditgewährung auf den Konten 5, 8 und 13 entstandenen Ansprüche bis zu einem Betrag von 215 000 DM.

I. Unzulässigkeit von formularmäßigen Globalbürgschaften

Der Bürge kann formularmäßig grundsätzlich nicht wirksam verpflichtet werden, die Haftung umfassend für alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen aus der Geschäftsverbindung des Gläubigers mit dem Hauptschuldner zu übernehmen, weil eine solche Vereinbarung ihn entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 9 I AGBG; nunmehr § 307 I BGB). Wer indes auf Grund seiner Stellung als Mehrheitsgeschafter oder Geschäftsführer der Hauptschuldnerin den Umfang der Kreditaufnahme bestimmen kann, wird durch eine solche Formularbestimmung in seinen schutzwürdigen Belangen nicht unbillig beeinträchtigt (BGHZ 142, 213 [216] = NJW 1999, 3195 = LM H. 1/2000 § 9 [Bg] AGBG Nr. 22; BGHZ 143, 95 [101] = NJW 2000, 658 = LM H. 4/2000 § 9 [Bm] AGBG Nr. 32, jew. m. w. Nachw.). Diese Ausnahmeregelung ist zum Schutz des Bürgen vor einer von ihm nicht steuerbaren Entwicklung des Umfangs seiner Haftung sowie im Interesse der Rechtsklarheit eng zu begrenzen. Sie greift daher nur dort ein, wo der Bürge auf Grund der ihm in der Rechtsbeziehung zum Hauptschuldner zustehenden Befugnisse hinreichend davor geschützt ist, dass die Bürgschaft Forderungen deckt, die ohne oder

gegen seinen Willen begründet wurden. Aus diesen Gründen ist eine formularmäßige weite Zweckerklärung regelmäßig auch dann unwirksam, wenn ein Kaufmann (BGH, NJW 1998, 3708 = LM H. 2/1999 § 765 BGB Nr. 129 = WM 1998, 2186) oder eine juristische Person (BGH, NJW-RR 2002, 343 = LM H. 4/2002 § 765 BGB Nr. 160 = WM 2001, 1517) die Bürgschaft erteilt; denn auch für diese hat die dadurch bewirkte umfassende Haftung ein nicht beherrschbares Risiko zur Folge, sofern sie nicht in der Lage sind, die Entschließung des Hauptschuldners nach ihrem Willen und Interesse zu steuern.

II. Kein Ausschluss bei Alleingesellschafter des Bürgen als Hauptschuldner

Entgegen der Meinung des BerGer. entfällt die Schutzbedürftigkeit der beklagten Gesellschaft nicht deshalb, weil ihre Alleingesellschafterin die Kredite bei der Kl. aufgenommen hat.

1. Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter; nur einseitige Einflussmöglichkeit

Die GmbH und der alleinige Gesellschafter sind trotz Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand als selbstständige Rechtssubjekte streng voneinander zu trennen (vgl. BGHZ 20, 5 [12] = NJW 1956, 785 = LM § 1 AktG Nr. 1; BGHZ 21, 378 [384] = NJW 1957, 19 = LM § 75 GmbHG Nr. 1; BGHZ 56, 97 [103] = NJW 1971, 1355 = LM § 181 BGB Nr. 15). Zwar kann der Alleingesellschafter die Rechtshandlungen der Gesellschaft in aller Regel nach seinem Belieben ausrichten. Umgekehrt trifft dies jedoch nicht in der gleichen Weise zu. Die Gesellschaft hat keine rechtliche Handhabe, darauf einzuwirken, welche Verbindlichkeiten der Alleingesellschafter außerhalb des Geschäftsbetriebs der GmbH — sei es privat oder in einem anderen Gewerbe — begründet. Dass die Gesellschaft infolge der „Personenidentität“ sofort Kenntnis von dem Geschäft erhält, besagt nichts, weil es nicht in erster Linie auf dieses Wissen, sondern auf die rechtliche Möglichkeit, das Geschäft zu verhindern oder sich vor daraus drohenden Nachteilen zu schützen, ankommt. Solche Einwirkungsmöglichkeiten standen der Bekl. im Verhältnis zu ihrer damaligen Alleingesellschafterin nicht zur Verfügung. Der Alleingesellschafter kann in der GmbH über deren Vermögen grundsätzlich frei verfügen (BGHZ 95, 330 [340] = NJW 1986, 188 = LM § 13 GmbHG Nr. 15). Ersatzansprüche der GmbH kommen lediglich in Betracht, soweit es um die Erhaltung des Stammkapitals und die Gewährleistung des Bestandsschutzes geht (vgl. BGHZ 122, 123 [130] = NJW 1993, 1200 = LM H. 7/1993 § 302 AktG 1965 Nr. 6; BGHZ 149, 10 [16] =

NJW 2001, 3622 = NZG 2002, 38 = NZI 2001, 641 = LM H. 5/2002 ~ 309 AktG 1965 Nr. 1).

2. Keine Vergleichbarkeit mit der anerkannten Ausnahme von der Unzulässigkeit von formularmäßigen Globalbürgschaften

Die Interessenlage der bürgenden Gesellschaft ist mit der eines Mitgesellschafter, welcher eine Globalverpflichtung übernommen hat, ebenfalls nicht vergleichbar. Jener wird im Allgemeinen zu Lasten der Gesellschaft nur solche Forderungen begründen, die den Gesellschaftszweck fördern und damit auch seinen eigenen wirtschaftlichen Interessen dienen sollen.

Verbindlichkeiten, die der Alleingesellschafter persönlich eingeht, werden dagegen häufig in keinerlei Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb der bürgenden Gesellschaft stehen. Sie bilden dann aus Sicht der Gesellschaft lediglich eine Belastung, die das Betriebsergebnis negativ zu beeinflussen droht und sich auf den Geschäftserfolg ungünstig auswirken kann.

3. Gefahr der Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Zudem lassen die Erwägungen des BerGer. außer Betracht, dass im Falle einer Veräußerung der Geschäftsanteile — die auch im Streitfall erfolgt ist — die zunächst vorhandene „Kenntnis“ der Gesellschaft verloren geht, wenn der Erwerber nicht vollständig über das Ausmaß der persönlichen Geschäftsverbindung des bisherigen Alleingesellschafter zum Gläubiger informiert wird. Auch in dieser Hinsicht enthält somit die Globalklausel für die Gesellschaft ein Risiko, das derjenige, der die Geschäftsanteile einer GmbH erwirbt und sich anschließend umfassend verbürgt, im Allgemeinen nicht eingeht.

III. Beschränkung auf den Anlasskredit als Folge einer unwirksamen Globalbürgschaft

Das BerGer. hat im Ansatz zutreffend als Anlasskredit die auf den Girokonten 5, 8 und 13 bis zum 31. 12. 1991 begründeten Verbindlichkeiten bestimmt. Dies gilt allerdings nur bis zu einer Gesamtsumme von 215 000 DM; denn auf diesen Betrag war die Kreditgewährung vertraglich begrenzt, als die Bekl. die Bürgschaft erteilte. Die darüber hinaus von der Kl. gewährte Überziehung ist deshalb von der Bürgschaft nicht gedeckt. Der Anlasskredit war zudem bis Ende des Jahres 1991 befristet. Für die Forderungen, die nach diesem Zeitpunkt dadurch entstanden sind, dass das Kontokorrentkreditverhältnis verlängert wurde, hat die beklagte Bürgin nicht einzustehen (vgl. BGHZ 142, 213 [219] = NJW 1999, 3195 = LM H. 1/2000 § 9 [Bg] AGBG Nr. 22). Das BerGer. hat daher die auf

diese Weise begründeten Zinsansprüche sowie die Forderungen aus der Zulassung weiterer Überweisungen und Lastschriften — insgesamt 97955,99 DM — zu Unrecht der Haftung aus der Bürgschaft unterworfen.

C. Zur Erstreckung der Höchstbetragsbürgschaft auf die Zinsen

Das BerGer. hat den geltend gemachten Zinsanspruch, der die Bürgschaft in Höhe von 130 000 DM für Forderungen gegen den Geschäftsführer R betrifft, dem Grunde nach als gerechtfertigt angesehen. Die Bürgschaft sehe ausdrücklich — durch Fettdruck hervorgehoben — vor, dass die Bürgschaft Zinsen, Provisionen und Kosten auch dann umfasse, wenn dadurch die Bürgschaftssumme überschritten werde. Diese Klausel verstoße weder gegen § 3 noch gegen § 9 AGBG; denn sie sei mit der gesetzlichen Regelung vereinbar. Dagegen wendet sich die Revision ebenfalls mit Erfolg.

I. Abgabe einer Höchstbetragsbürgschaft

Die Bekl. hat sich „bis zum Betrag von 130 000 DM“ verbürgt. Die übernommene Verpflichtung ist dadurch als Höchstbetragsbürgschaft ausgewiesen. Die Parteien haben die betragsmäßige Grenze gekennzeichnet, bis zu der der Bürge äußerstenfalls haften will (vgl. BGH, NJW 1989, 1484 [1485] = LM § 766 BGB Nr. 20; NJW 1996, 2396 = LM H. 10/1996 § 765 BGB Nr. 109 = WM 1996, 1391 [1392]). Die Haftung erstreckt sich zwar auf die gesamte Hauptschuld, wird jedoch durch den angegebenen Betrag nach oben abschließend begrenzt.

II. Bisherige Rechtsprechung zur Überschreitung des Höchstbetrags durch Zinsen

Gleichwohl hat die Rechtsprechung des BGH Formulklauseln, die die Haftung in einem Maße erweitern, wie dies Nr. 2 des Bürgschaftsvertrags vom 19. 6. 1991 vorsieht, bisher nicht nach §§ 3, 9 AGBG beanstandet (BGHZ 77, 2S6 [258] = NJW 1980, 2131 = LM § 767 BGB Nr. 16; BGH, WM 1978, 10 [11]; WM 1984, 198 [199]; vgl. auch NJW 1994, 2146 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nrn. 94, 95 = WM 1994, 1064 [1068]), im Wesentlichen mit der Begründung, dass jeder, der gegenüber einem Kreditinstitut eine Bürgschaft eingehe, mit einer solchen Klausel, die den Bürgschaftsumfang im Einklang mit dem Gesetz festlege, rechnen müsse. Diese Auffassung ist indes in den letzten Jahren sowohl im Schrifttum (Basedow, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 23 AGBG Rdnr. 216; Reinicke/Tiedtke, KreditsicherungsR, 4. Aufl., Rdnrn. 107 ff.; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., Vorb. §§

765 ff. Rdnr. 72; Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., Anh. §§ 9—11 Rdnr. 260 b; Heinrichs, NJW 1996, 1381 [1386]; Pape, NJW 1996, 887 [890]) als auch in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLG Nürnberg, NJW 1991, 232; OLG Hamm, WM 1995, 1872 [1874]; OLG Celle, WiB 1996, 358; OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 301 = WiB 1997, 547 = ZIP 1996, 1508 [1510]) zunehmend auf Kritik gestoßen. Eine vorformulierte Bestimmung dieses Inhalts sei im Hinblick auf die durch den Höchstbetrag erfolgte Haftungsbegrenzung überraschend. Teilweise wird die Klausel auch als unangemessene Benachteiligung des Bürgen i. S. des § 9 AGBG beanstandet.

III. Unwirksamkeit von Zinserstreckungsklauseln über den Höchstbetrag hinaus gem. § 9 I AGBG (= § 307 I BGB n.F.)

Es kann dahingestellt bleiben, ob der Überraschungscharakter einer solchen Bestimmung durch deren Stellung und Gestaltung im Formular des Vertrags aufgehoben werden kann; denn der Senat schließt sich der von den Oberlandesgerichten Celle (WiB 1996, 358) und Stuttgart (NJW-RR 1997, 301 = WiB 1997, 547 = ZIP 1996, 1508 [1510]) vertretenen Auffassung an, dass die Haftungserweiterungsklausel gem. § 9 I, II Nr. 2 AGBG unwirksam ist, soweit sie einen Anspruch des Gläubigers über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus begründen soll.

1. Eröffnung der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht

Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG. Die Hauptleistung des Bürgen besteht in der Übernahme der Haftung für die Forderungen, die den Anlass zum Abschluss des Bürgschaftsvertrags gebildet haben, bis zu dem Höchstbetrag von 130 000 DM. Die Abrede, dass der Haftungsumfang unter den in der Klausel bezeichneten Voraussetzungen den vereinbarten Höchstbetrag übersteigen kann, stellt eine die Hauptverpflichtung erweiternde Nebenabrede dar, die demzufolge der Inhaltskontrolle zugänglich ist (vgl. BGHZ 130, 19 [32] = NJW 1995, 2553 = LM H. 11/1995 § 765 BGB Nrn. 99—101; Ulmer/Brandner/Hensen, § 8 Rdnr. 10).

2. Sinn und Zweck einer Höchstbetragsbürgschaft

Die besondere Form der Höchstbetragsbürgschaft dient dem Zweck, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig festzulegen. Eine solche Risikoeinschränkung kann auch dann vorgenommen werden, wenn sich die Verpflichtung des Bürgen auf mehrere Gläubigerforderungen bezieht und diese den vereinbarten Höchstbetrag übersteigen. Gesichert

sind dann alle Ansprüche, jedoch im Gesamtergebnis nur bis zu dem vertraglich festgelegten Höchstbetrag, unabhängig davon, in welchem Umfang dem Gläubiger Forderungen gegen den Hauptschuldner zustehen. Der in dieser Begrenzung liegende vertragswesentliche Schutz des Bürgen wird durch eine Erweiterungsklausel, wie sie das von den Parteien verwendete Formular enthält, weitgehend beseitigt. Danach kann der Gläubiger, sofern ihm gegen den Hauptschuldner Forderungen in Höhe des verbürgten Betrags zustehen, die daraus herrührenden Zinsansprüche sowie sämtliche Kosten der Rechtsverfolgung zusätzlich geltend machen. Da sich diese Befugnis zudem auf alle verbürgten Ansprüche erstreckt, kann eine den Höchstbetrag weit — sogar um ein Vielfaches — übersteigende Bürgenhaftung eintreten. Schon der in diesem Rechtsstreit zusätzlich eingeklagte Zinsanspruch macht immerhin mehr als 80% des Höchstbetrags aus. Darüber hinaus soll nach dieser Bestimmung sogar hinsichtlich der Hauptsumme die Begrenzung auf den vereinbarten Höchstbetrag entfallen, soweit die Forderung dadurch entstanden ist, dass Zinsen, Provisionen und Kosten durch Saldenfeststellung im Kontokorrent Teil der Hauptschuld geworden sind. Dies hat weiter zur Folge, dass der Bürge nicht mehr feststellen kann, auf welchen Betrag sich seine Verpflichtung beläuft, bevor er nicht die Entwicklung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners in allen Einzelheiten überprüft hat. Damit begründet die Klausel für den Bürgen in mehrfacher Hinsicht ein nicht kalkulierbares Risiko, das nach dem Sinn und Zweck einer Höchstbetragsbürgschaft gerade ausgeschaltet sein soll.

3. Neue Rechtsprechung zu Höchstbetragsbürgschaften

Seit der letzten zu dieser Frage bisher ergangenen höchstrichterlichen Entscheidung hat sich die Rechtsprechung zur Beurteilung formularmäßiger weiterer Zweckerklärungen in Bürgschaften — beginnend mit den Urteilen vom 1. 6. 1994 (BGHZ 126, 174 = NJW 1994, 2688 = LM H. 10/1994 § 242 [Bb] BGB Nr. 150) und vom 18. 5. 1995 (BGHZ 130, 19 = NJW 1995, 2553 = LM H. 11/1995 § 765 BGB Nrn. 99—101) — grundlegend geändert. Die heutige, ständige Rechtsprechung, wonach solche Klauseln in der Regel unwirksam sind und im Wege ergänzender Vertragsauslegung auf die Haftung für den „Anlasskredit“ begrenzt werden, beruht entscheidend darauf, dass derartige Bestimmungen den Bürgen einem Risiko aussetzen, das mit dem Rechtsgedanken des § 767 I 3 BGB sowie dem Transparenzgebot nicht zu vereinbaren ist (vgl. auch BGHZ 137, 153 = NJW

1998, 450 = LM H. 6/1998 § 765 BGB Nr. 124; BGHZ 143, 95 = NJW 2000, 658 = LM H. 4/2000 § 9 [Bm] AGBG Nr. 32). Von der hier zu beurteilenden Haftungserweiterungsklausel gehen vergleichbare Wirkungen aus, die nach Treu und Glauben unzumutbar sind. Diese Gründe haben den Bundesverband Deutscher Banken bereits vor einigen Jahren veranlasst, ein neues Formular zu entwickeln, das eine solche Klausel nicht mehr enthält (vgl. Lwowski, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., Anh. zu § 91).

4. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Nr. 2 des Bürgschaftsvertrags ist damit unwirksam, soweit diese Bestimmung einen den Höchstbetrag übersteigenden vertraglichen Anspruch des Gläubigers begründet. Dem kann nicht entgegengehalten werden, das Gesetz sehe in § 767 I 2 BGB eine Ausdehnung der Bürgenhaftung vor, wenn sich die Gläubigerforderung durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöhe. Die in § 765 BGB normierte Bürgschaft bezieht sich auf die Haftung für Verbindlichkeiten ohne summenmäßige Begrenzung. Dann regelt § 767 BGB, welcher Stand der Hauptverbindlichkeit für die Bürgenhaftung maßgebend ist.

Die Vereinbarung einer Höchstbetragsbürgschaft schränkt demgegenüber den im gesetzlichen Regelfall geltenden Haftungsumfang des Bürgen ein. Die Aufnahme eines Höchstbetrags in die Bürgschaftsurkunde ist grundsätzlich so zu verstehen, dass sie das Risiko der Verpflichtung in der Weise verringert — auch in Abweichung von § 767 I 2 BGB —, dass der Bürge unter keinen Umständen für die Ansprüche des Gläubigers gegen den Hauptschuldner über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus einzustehen hat. Weitere Ansprüche des Gläubigers gegen den Bürgen entstehen dann allein dadurch, dass der Bürge selbst in Verzug gerät oder sonstige Pflichten aus dem Bürgschaftsvertrag verletzt. Das Kreditinstitut kann die eigenen Belange dadurch rechtzeitig wahren, dass es das Zins- und Kostenrisiko bei Festlegung des Höchstbetrags mit berücksichtigt (vgl. Lwowski, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Anh. zu § 91 Nt. 2).

D. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits

Das Berufungsurteil ist daher in dem genannten Umfang aufzuheben. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich.

Die Höhe der Hauptschuld von U, die von der Bürgschaft der Bekl. gedeckt ist, muss unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu bestimmt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Ki. die von

der Hauptschuldnerin geleisteten Zahlungen vorrangig auf die durch die Bürgschaft nicht gesicherten Forderungsteile verrechnen durfte. Die insoweit im Bürgschaftsvertrag enthaltene Regelung ist rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BGHZ 77, 256 [258]. = NJW 1980, 2131 = LM § 767 BGB Nr. 16). Die Bkl. konnte mit der Erfüllung dieses Bürgschaftsanspruchs nur in Verzug geraten, soweit die Hauptforderung zuvor fällig gestellt war; das folgt aus der Akzessorietät der Bürgschaft (§§ 767 II, 768 BGB). Erst ab Fäl-

ligkeit des Anspruchs stehen dem Gläubiger gegebenenfalls Rechtshängigkeitszinsen (§ 291 BGB) zu (BGHZ 55, 198).

Auf den die Bürgschaft für Forderungen gegen den Geschäftsführer R betreffenden Urteilsbetrag von 130 000 DM schuldet die Bkl. Zinsen ab Eintritt des Verzugs mit der Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung. Auch insoweit fehlt es an den erforderlichen Feststellungen.

Standort: Bürgschaft

Problem: Insolvenz des Bürgschaftsgläubigers

BGH, URTEIL VOM 04.07.2002
IX ZR 97/99 (NJW 2002, 3170)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte der BGH die Frage zu klären, ob ein in masseloser Insolvenz befindlicher Gläubiger von seinem Recht auf Bürgschaft auf erstes Anfordern entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch Gebrauch machen kann.

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern ein offenes Schutzproblem vorliege, wenn die Durchsetzbarkeit eines eventuellen Rückzahlungsanspruchs (z.B. durch drohenden Vermögensverfall, Sitz des Gläubigers im Ausland) gefährdet ist; denn in einem solchen Fall führe die Bürgschaft auf erstes Anfordern zur völligen Aushöhlung der Akzessorietät. Dieser Ansicht mag sich der BGH grundsätzlich nicht anschließen. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern bedeutet eine Art Kreditgewährung, weil dem Gläubiger ein Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird, den er möglicherweise wieder zurückzahlen hat. Damit ähnelt die Interessenlage des Bürgen auf erstes Anfordern der desjenigen, der eine erst in Zukunft auszugleichende oder zurückzugewährende Leistung erbringt. Wer sich auf ein solch risikoreiches Geschäft einlässt, ist grundsätzlich auch dann zur Zahlung verpflichtet, wenn sich der Gläubiger in Liquiditätsschwierigkeiten befindet.

Etwas anderes soll aber ausnahmsweise gelten, wenn der Gläubiger insolvent geworden ist und die Masseunzulänglichkeit feststeht. Zwar trägt der Bürge auf erstes Anfordern gerade das Insolvenzrisiko des Gläubigers. Jedoch hat der Gläubiger kein schützenswertes Interesse an einer Leistung auf erstes Anfordern, weil er infolge der durch Masseunzulänglichkeit ausgewiesenen Illiquidität wirtschaftlich ohnehin nicht mehr tätig werden kann. In diesem Ausnahmefall

wandelt sich dann die Bürgschaft auf erstes Anfordern in eine "normale" Bürgschaft um.

Prüfungsrelevanz:

Unter einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ist die Abrede zwischen Gläubiger und Bürgen zu verstehen, wonach der Bürge - ungeachtet der erst später erfolgenden Überprüfung der Berechtigung der Hauptforderung - vorläufig ohne diesbezügliche Einwendungsmöglichkeiten an den Gläubiger zu leisten hat. Erst im Rahmen eines Rückforderungsanspruchs gem. § 812 I 1. Fall BGB wird dann geklärt werden können, ob der Gläubiger zu Recht oder zu Unrecht die Bürgschaft in Anspruch genommen hat, d.h. erst im Rahmen einer Rückforderung würde für den Bürgen die Chance bestehen, Einwendungen oder Einreden gegenüber der Bürgschaftsinanspruchnahme vorzubringen.

Eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hat damit für den Gläubiger den Vorteil einer sofortigen Befriedigung ohne Nachweispflicht über die eigene Berechtigung und daher für den Bürgen den Nachteil des Regress- und Insolvenzrisikos, wenn er versucht, wegen etwaiger Einwendungen oder Einreden gegen die Bürgschaftsinanspruchnahme später die Bürgschaftsleistung zurückzufordern.

Ob im Einzelfall eine Bürgschaft auf erstes Anfordern bestellt worden ist, ist durch Auslegung - ggf. unter Zuhilfenahme der äußeren Begleitumstände - vorzunehmen (vgl. dazu: OLG Brandenburg, NZBau 2002, 219).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Bürgschaft auf erstes Anfordern: *Schnauder*, WM 2001, 1093

☐ Zu BGHZ 147, 99: *Stammkötter*, BauR 2001, 1295; *Bülow*, LM H. 8/2001 § 765 BGB Nr. 152;

Tiedtke, EWIR § 765 BGB 2/01, 617; *Felke* WuB H. 10/2001 I E 511.01; *Sieburg*, ZfIR 2001, 452.

Zum Einwand des Rechtsmissbrauchs bei der Inanspruchnahme aus einer Garantie auf erstes Anfordern: *OLG Saarbrücken*, EWIR § 242 BGB 10/01, 987

Kursprogramm:

Examenskurs: "Endlich ins Internet"

Examenskurs: "Drum prüfe wer für Papi bürgt"

Leitsätze:

1. Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern entfällt das Recht, Zahlung auf erstes Anfordern zu verlangen, wenn sich der Gläubiger in masseloser Insolvenz befindet oder der Insolvenzverwalter Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Dies gilt auch, wenn diese Voraussetzungen allein beim anfordernden Zessionar gegeben sind.

2. Dem Gläubiger, der infolge seiner Insolvenz nicht mehr Zahlung auf erstes Anfordern verlangen kann, stehen die Rechte aus einer gewöhnlichen Bürgschaft zu.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Verwalter in dem am 29. 8. 1997 eröffneten Konkurs über das Vermögen der W-GmbH & Co. KG (im Folgenden: Gemeinschuldnerin). Er nimmt die Bekl. aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch. Am 21. 5. 1996 erteilte die C-GmbH (im Folgenden: C) der B-GmbH & Co. KG einen Auftrag zur Werkplanung und Ausführung der Erschließungsarbeiten und Außenanlagen an einem Bauvorhaben in F./Sachsen zum Pauschalpreis von 2 916 088 DM. Im Verhandlungsprotokoll vom 7. 5. 1996 war unter Nr. 16.1 festgelegt, dass die B-GmbH & Co. KG (im Folgenden: Hauptschuldnerin) eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 10% der Vertragssumme zuzüglich Mehrwertsteuer zu leisten habe. Diese Sicherheit erteilte die Bekl. mit Urkunde vom 11. 11. 1996 als Bürgschaft auf erstes Anfordern. Nachdem die Gemeinschuldnerin im Wege der Vertragsübernahme mit C an deren Stelle in den Auftrag eingetreten war, geriet sie alsbald in Zahlungsrückstand. Mit Schreiben vom 22. 4. 1997 sicherte die Gemeinschuldnerin der Hauptschuldnerin Scheckzahlungen in Höhe von rund 1,09 Mio. DM bis zum 13. 6. 1997 zu. Ein am 9. 5. 1997 ausgestellter Scheck über 100 000 DM und weitere Schecks wurden nicht eingelöst. Daraufhin stellte die Hauptschuldnerin die Arbeiten ein. Mit Schreiben vom 9. 6. 1997 entzog die Gemeinschuldnerin der Hauptschuldnerin den Auf-

trag. Die Hauptschuldnerin bestätigte die Kündigung mit Schreiben vom 10. 6. 1997, bestritt aber, dass ein wichtiger Grund vorgelegen habe. Mit Schreiben vom 18. 8. 1997 forderte die Gemeinschuldnerin die Bekl. auf, die Bürgschaft einzulösen. Sie machte umfangreiche Mängel an den von der Hauptschuldnerin ausgeführten Arbeiten geltend. In einem vom Kl. angestrebten selbstständigen Beweisverfahren hat der Sachverständige die Kosten für die Beseitigung der von ihm festgestellten Mängel mit Gutachten vom 30. 7. 1998 auf mehr als 1,3 Mio. DM brutto geschätzt. Der Kl. hat inzwischen die Masseunzulänglichkeit des Konkurses angezeigt. Der Kl. verlangte von der Bekl. die Zahlung der Bürgschaftssumme. Die Bekl. behauptete, sie habe die Bürgschaft auf erstes Anfordern nur versehentlich abgegeben. Hilfsweise rechnete sie mit den Ansprüchen aus Vorbehaltsurteilen auf. Diese Ansprüche wurden ihr nach ihrer Behauptung von der Hauptschuldnerin am 18. 8. 1997 abgetreten. Das LG hat die Klage abgewiesen, das BerGer. hat ihr stattgegeben. Mit ihrer Revision erstrebte die Bekl., das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat angenommen, die Bekl. habe rechtsverbindlich eine Bürgschaft auf erstes Anfordern übernommen. Daher komme es nicht darauf an, ob zwischen den Parteien des Bauvertrags ein Anspruch auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbart worden sei. Die Bürgschaft sei nach § 401 BGB auf die Gemeinschuldnerin übergegangen, da diese im Wege der Vertragsübernahme an die Stelle von C getreten sei.

Die Bekl. könne sich gegenüber der Inanspruchnahme nicht auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs berufen. Angesichts der vom Kl. behaupteten Gewährleistungsansprüche könne nicht die Rede davon sein, dass der Gemeinschuldnerin aus der Bürgschaft offensichtlich keine Ansprüche zustünden. Die Bekl. dürfe sich ebenfalls nicht darauf berufen, dass der Rückforderungsprozess angesichts des Konkurses wirtschaftlich nicht aussichtsreich sei. Denn die Bürgschaftssumme sei bereits vor Konkursöffnung angefordert worden. Die Aufrechnung mit abgetretenen Forderungen habe bereits deshalb keinen Erfolg, weil die von der Bekl. behauptete Abtretung weder näher ausgeführt noch unter Beweis gestellt worden sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält rechtlicher Nachprüfung in wesentlichen

Punkten nicht stand. Der Kl. kann gegen die Bekl. aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern keinen Anspruch herleiten.

I. Umfang der Bürgschaft

Allerdings erfasst die von der Bekl. erteilte Vertragserfüllungsbürgschaft auch die vom Kl. als Hauptforderung behaupteten Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Werkleistung (vgl. BGH, NJW 1988, 907; Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., B § 17 Rdnr. 15; Werner/Pastor, Bauprozess, 9. Aufl., Rdnr. 1254). Laut Bürgschaftsurkunde sichert die Bürgschaft „die Erfüllung sämtlicher Verpflichtungen aus dem Vertrag“, insbesondere „die vertragsgemäße Ausführung der Leistung einschließlich Abrechnung, Gewährleistung und Schadensersatz“.

II. Vertragsübernahme durch Gemeinschuldnerin

Auch die tatrichterliche Feststellung, dass zwischen der Gemeinschuldnerin und der C eine Vertragsübernahme vereinbart worden sei, der die Hauptschuldnerin zugestimmt hat, begegnet keinen Bedenken. Der Senat hat die dagegen vorgebrachten Rügen der Revision geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen, § 565 a ZPO.

III. Keine Abbedingung des Bürgschaftsübergangs gem. § 401 BGB

Die Revision meint ferner zu Unrecht, dass ein Übergang der Bürgschaft abbedungen sei. Dies ist zwar — auch für den Fall der Vertragsübernahme — möglich, da § 401 BGB dispositives Recht ist (BGHZ 115, 177 [181]). Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte für einen entsprechenden Willen der Parteien. Auch die Revision macht nur geltend, die Bürgschaft sei ausdrücklich zu Gunsten des „Auftraggebers“ erteilt worden. Damit haben die Parteien nur eine prägnante Kurzbezeichnung der Partner des Bürgschaftsvertrags gewählt. Im Übrigen könnte sich der Kl. auf § 405 BGB berufen, da die Bürgschaftsurkunde keinen Hinweis darauf enthält, dass die Übertragung der Bürgschaft ausgeschlossen sei. Auch der nach Leistung auf die Bürgschaft auf erstes Anfordern in Betracht kommende Rückgewähranspruch führt nicht dazu, dass § 401 BGB für eine solche Bürgschaft nicht gilt (vgl. BGH, NJW 1987, 2075). Wenn ein Bürge auf erstes Anfordern dieses Risiko nicht eingehen möchte, muss er einen Übergang der Bürgschaft auf einen Zessionar vertraglich ausschließen.

IV. Keine Beachtung eines Bereicherungseinwandes

Die Bekl. kann sich schließlich nicht darauf berufen,

die Bürgschaft auf erstes Anfordern ohne Rechtsgrund erteilt zu haben. Dieser Einwand darf im Erstprozess nur beachtet werden, wenn sich seine Berechtigung schon aus dem unstreitigen Sachverhalt sowie dem Urkundeninhalt ohne weiteres ergibt (BGHZ 143, 381 [384]; 147, 99 [102f.]). Diese Voraussetzung ist im Streitfall nicht gegeben.

Das schriftliche Verhandlungsprotokoll vom 7. 5. 1996 enthält unter Nr. 16.1 nur die Verpflichtung, eine (einfache) Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen. Die Auftragserteilung vom 21. 5. 1996 nimmt Bezug auf das Verhandlungsprotokoll, ohne Änderungen aufzuführen. Der Kl. behauptet, die Parteien des Bauvertrags hätten mündlich vereinbart, eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, und bietet hierfür Zeugenbeweis an. Die Bekl. sei dieser zwischen den Parteien des Bauvertrags bestehenden (mündlichen) Vereinbarung nachgekommen. Dies bestreitet die Bekl. Sie will — insoweit nicht ganz widerspruchsfrei — einerseits die Bürgschaft (irrtümlich) abweichend vom (eingeschränkten) Auftrag des Hauptschuldners, andererseits nach dem (irrtümlich zu weitgehenden) Auftrag des Hauptschuldners erteilt haben. Beide Parteien streiten also vornehmlich darüber, ob ein Anspruch auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern wirklich bestand. Zwar zeigt der Urkundeninhalt, dass C keinen Anspruch auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hatte. Gleichwohl ist die Berechtigung des vom Bekl. erhobenen Einwands nicht offensichtlich. Der Kl. behauptet nämlich eine von den Urkunden abweichende Vereinbarung. Ob C Anspruch auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hat oder nicht, kann angesichts des Vortrags des Kl. nicht endgültig geklärt werden (ebenso hinsichtlich der Verteidigung gegenüber einem Missbrauchseinwand BGHZ 90, 287 [294]; BGH, NJW 1997, 255 [256]).

V. Rechtsmissbrauch durch den insolventen Bürgschaftsgläubiger

Die Bekl. kann jedoch geltend machen, dass der Kl. sein Recht missbraucht, Zahlung auf erstes Anfordern zu verlangen (§ 242 BGB). Der Konkurs ist unstreitig masselos. Der Kl. hat die Masseunzulänglichkeit am 15. 9. 1997 angezeigt. Die Bekl. behauptet, dass gar keine Möglichkeit bestünde, im Wege eines Regressprozesses die Bürgschaftssumme zurückzuerlangen, weil entsprechende Mittel der Konkursmasse dann nicht mehr vorhanden wären.

1. Grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Insolvenz des Bürgschaftsgläubigers

In der Literatur wird darauf verwiesen, dass bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern ein offenes Schutz-

problem vorliege, wenn die Durchsetzbarkeit eines eventuellen Rückzahlungsanspruchs — etwa bei drohendem Vermögensverfall oder Sitz des Gläubigers im Ausland — gefährdet ist (Horn, NJW 1980, 2153 [2156]). In solchen Fällen führe die Bürgschaft auf erstes Anfordern zur völligen Aushöhlung der Akzesorietät (ebenso Clemm, BauR 1987, 123 [127]; Lukas, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, Diss. 1998, S. 82). Die Lösungsvorschläge reichen von Hinterlegung oder Zahlung gegen Rückzahlungsbürgschaft (Horn, NJW 1980, 2153 [2156]) bis zum Leistungsverweigerungsrecht für den Bürgen (Clemm, BauR 1987, 123 [127]). So weitgehende Einschränkungen des Anspruchs lassen sich mit dem von der Bürgschaft auf erstes Anfordern verfolgten Zweck nicht vereinbaren (so auch Eleftheriadis, Die Bürgschaft auf erstes Anfordern, 2001, S. 118 [123]; Oettmeier, Bürgschaften auf erstes Anfordern, 1996, S. 102; zu pauschal OLG Brandenburg, InVo 2002, 289). Im Vordergrund steht die Liquiditätsfunktion. Ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht wegen Vermögensverfalls des Gläubigers entwertet den mit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verbundenen sofortigen Zugriff. Durch die Bürgschaft auf erstes Anfordern sollen dem Gläubiger sofort liquide Mittel zugeführt werden, wenn er den Bürgschaftsfall für eingetreten hält. Der Bürge auf erstes Anfordern übernimmt daher auch die Gefahr, eine zu Unrecht vorgenommene Leistung später beim Gläubiger nicht mehr kondizieren zu können (vgl. BGH, NJW 1997, 1435 [1437]).

Die Bürgschaft auf erstes Anfordern bedeutet eine Art Kreditgewährung, weil dem Gläubiger ein Geldbetrag zur Verfügung gestellt wird, den er möglicherweise wieder zurückzahlen hat. Damit ähnelt die Interessenlage des Bürgen auf erstes Anfordern der desjenigen, der eine erst in Zukunft ausgleichende oder zurückzugewährende Leistung erbringt. Zwar kann den Vorschriften der §§ 321, 610 BGB a.F. (§§ 490 I BGB n.F.), §§ 775 I Nr. 1, 1133, 1218 und 1219 BGB, denen ebenfalls eine Art Kreditgewährung gemeinsam ist (vgl. Staudinger/Otto, BGB, 13. Bearb. [2000], § 321 Rdnr. 3), die gesetzliche Wertung entnommen werden, dass eine Vermögensgefährdung des anderen Teils den — im weiteren Sinn — vorleistenden Teil dazu berechtigt, seine Interessen stärker als ursprünglich vereinbart zur Geltung zu bringen. Jedoch ist diese Wertung nicht zwingend. Eine vertragliche Vereinbarung geht vor. So liegt es bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern. Wer sich auf ein so risikoreiches Geschäft einlässt, ist grundsätzlich auch dann zur Zahlung verpflichtet, wenn sich der Gläubiger in Liquiditätsschwierigkeiten befindet. Nur so wird

die Bürgschaft auf erstes Anfordern ihrem Zweck gerecht, das Bardepot zu ersetzen.

2. Ausnahme bei Anzeige der Masseunzulänglichkeit

Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Gläubiger insolvent geworden ist und der Insolvenzverwalter die Masseunzulänglichkeit angezeigt hat. Zwar haben die Parteien einer Bürgschaft auf erstes Anfordern das Insolvenzrisiko grundsätzlich dem Bürgen zugewiesen. Es genügt daher nicht, dass der Rückforderungsprozess für den Bürgen voraussichtlich wirtschaftlich aussichtslos sein wird. Zudem können insolvente Unternehmen zu Sanierungszwecken fortgeführt werden und Liquidität benötigen. Der Gläubiger hat jedoch kein schützenswertes Interesse an einer Leistung auf erstes Anfordern, sobald ein Insolvenzverfahren mangels Masse nicht eröffnet oder die Masseunzulänglichkeit angezeigt wird. In diesen Fällen ist er auf die Liquidität nicht mehr angewiesen, weil mangels oder wegen unzulänglicher Masse eine weitere wirtschaftliche Tätigkeit des Gläubigers nicht erfolgen wird. Der Konkursverwalter hat bei Masseunzulänglichkeit die vorhandene Konkursmasse zu verwerten (Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 60 Rdnr. 3 1; Kilger/Karsten Schmidt, InsG, 17. Aufl., § 60 KO Anm. 4). § 208 III InsO steht dem nicht entgegen. Die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit fortbestehende Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu verwalten, bezieht sich nur noch darauf, die vorhandene Restmasse geordnet im Interesse der Befriedigung der Massegläubiger zu verwerten (Hefermehl, in: MünchKomm-InsO, § 208 Rdnr. 43; Pape, in: Kübler/Prütting, InsO, § 208 Rdnr. 20). In einem solchen Fall werden Sinn und Zweck einer Bürgschaft auf erstes Anfordern verfehlt, wenn der Bürge ohne Aussicht auf Rückzahlung leisten müsste.

Die Voraussetzungen eines entsprechenden Einwands hat der Bürge darzulegen und zu beweisen. Sie liegen hier unstrittig vor. Der Kl. hat im Staatsanzeiger für das Land Hessen vom 15. 9. 1997 die Masseunzulänglichkeit angezeigt.

3. Übertragung des Einwandes gem. §§ 401, 404, 405 BGB

Die Bekl. kann dem Kl. als Bürgschaftsgläubiger diesen Einwand entgegenhalten. Zwar macht der Kl. die Rechte aus der Bürgschaft — wegen § 401 BGB — als Zessionar geltend. Die Abtretung führt jedoch grundsätzlich nicht dazu, dass der Zessionar mehr Rechte erwirbt als dem Zedenten zustanden (arg. §§ 404, 405 BGB). Es genügt, dass die Einwendung ihrem Rechtsgrund nach im Bürgschaftsverhältnis an-

gelegt war; die den Missbrauchseinwand begründenden Tatsachen können vor oder nach der Abtretung eingetreten sein. Der Bürge auf erstes Anfordern kann daher dem ihn in Anspruch nehmenden Zessionar entgegenhalten, es handele sich um eine rechtsmissbräuchliche Anforderung, wenn diese Voraussetzungen in der Person des neuen Gläubigers erfüllt sind (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 404 Rdnr. 1; Staudinger/Busche, 13GB, 13. Bearb. [1999], § 404 Rdnr. 18; vgl. auch Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 242 Rdnr. 369). Für den Einwand aus § 242 BGB kommt es zudem entscheidend darauf an, dass die Voraussetzungen eines treuwidrigen Verhaltens gerade in der Person des gegenwärtigen Anspruchstellers begründet sind (BGH, NJW 2001, 1859 [1862] = LM H. 9/2001 § 133 [C] BGB Nr. 104).

C. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist jedoch noch nicht zur Endentscheidung reif.

I. Umdeutung in eine gewöhnliche Bürgschaft nach der Interessenlage der Parteien

Der gegen die Bürgschaft auf erstes Anfordern mit Erfolg erhobene Missbrauchseinwand führt dazu, dass das Rechtsverhältnis als gewöhnliche Bürgschaft aufrechterhalten bleibt. Die Parteien haben mit der Bürgschaft eine Sicherung des Gläubigers beabsichtigt. Die Masseunzulänglichkeit beseitigt nur das Interesse des Kl. an einer sofortigen Leistung, nicht hingegen sein Sicherungsinteresse.

Ob eine Bürgschaft auf erstes Anfordern unter Umständen als gewöhnliche Bürgschaft aufrechterhalten bleiben kann, richtet sich nach der Interessenlage beider Parteien. Im Zweifel entspricht es dem Parteiwillen, die Vereinbarung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in dem Sinne auszulegen, dass sie zugleich eine einfache Bürgschaft als Verpflichtung enthält, sofern eine nach § 765 BGB wirksame Verpflichtung zu Stande gekommen ist (BGH, NJW 1999, 2361 [2363] = LM H. 11/1999 § 765 BGB Nr. 137). Soweit die vom Bürgen abgegebene Erklärung nach dem objektiven Empfängerhorizont die Risiken einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht umfasst, haftet der Bürge aus einer gewöhnlichen Bürgschaft (BGH, NJW 1992, 1446 = LM H. 8/1 992 § 765 BGB Nr. 81; NJW 1998, 2280 [2281] = LM H. 10/1998 § 765 BGB Nr. 127). So liegt der Fall hier. Dem steht nicht entgegen, dass es der Senat in bestimmten Fällen abgelehnt hat, den Bürgen auf erstes Anfordern aus einer gewöhnlichen Bürgschaft haften zu lassen.

So kann, wenn der Bürge bestimmte formale Voraussetzungen für seine Inanspruchnahme vereinbart hat, eine ausdrücklich auf erstes Anfordern erteilte Bürgschaft nicht in eine gewöhnliche Bürgschaft umgedeutet werden, die die formalisierten Anspruchsvoraussetzungen nicht enthält (BGH, NJW 2001, 3616 [3617f.] = NZI 2001, 649 = NZBau 2001, 680 = LM H. 2/2002 § 765 BGB Nr. 156). Ebenso haftet der Bürge auf erstes Anfordern nicht aus einer gewöhnlichen Bürgschaft, wenn die der Bürgschaftserteilung zu Grunde liegende Sicherungsabrede unwirksam ist und dieser Einwand auch gegenüber einer gewöhnlichen Bürgschaft erhoben werden kann (BGHZ 147, 99 [108] = NJW 2001, 1857 = NZBau 2001, 311 = LM H. 8/2001 § 765 BGB Nr. 152). Beide Entscheidungen beruhen auf besonderen Fallumständen, die denen des vorliegenden Rechtsstreits nicht vergleichbar sind. Das BerGer. wird demnach prüfen müssen, ob der verbürgte Anspruch besteht. Hierzu ist den Parteien Gelegenheit zu weiterem Vortrag zu geben.

II. Klärungsbedürfnis hinsichtlich des Aufrechnungseinwandes

Das BerGer. wird gegebenenfalls der Frage nachgehen müssen, ob die Bürgschaftsforderung durch Aufrechnung erloschen ist. Die Revision rügt mit Erfolg, dass das BerGer. in dieser Hinsicht entscheidungserheblichen Vortrag übergangen hat. Das BerGer. ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Aufrechnungserklärung fehle und die Abtretung nicht substantiiert vorgetragen und unter Beweis gestellt worden sei. Der Schriftsatz der Bekl. vom 16. 2. 1998 mit den entsprechenden Ausführungen ist nicht zu den Akten gelangt. Das BerGer. hätte anhand der weiteren Schriftsätze und der Erwiderung des Kl., die auf jenen Schriftsatz Bezug nehmen, erkennen können, dass es den Schriftsatz gibt.

Der Kl. kann sich nicht auf die Vereinbarung eines Aufrechnungsverbots berufen. Das aus der Abrede „Zahlung auf erstes Anfordern“ hergeleitete Aufrechnungsverbot entfällt bereits deshalb, weil der Kl. keine Zahlung auf erstes Anfordern mehr verlangen kann. Soweit in der Bürgschaftsklausel, wonach der Bürge auf die Einrede der Aufrechnung verzichtet, ein Aufrechnungsverbot zu sehen sein sollte, ist dieses durch den Konkurs des Gläubigers entfallen (vgl. BGH, NJW 1984, 357 = LM § 387 BGB Nr. 67).

Das BerGer. wird bei seiner Entscheidung über die Aufrechnung zu beachten haben, dass nach dem bisherigen Sachvortrag kein Aufrechnungshindernis nach § 55 KO vorliegt. Die Bürgschaftsforderung ist spätestens am 18. 8. 1997 und damit bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens fällig geworden. § 55

Nr. 1 KO ist daher nicht einschlägig. Die zur Aufrechnung gestellten Forderungen betreffen nach dem bisherigen Sachvortrag Ansprüche wegen Leistungen, die die Hauptschuldnerin vor Konkurseröffnung erbracht hat. Die Bekl. hat sie — nach ihrer Behaup-

tung — durch Abtretung am 18. 8. 1997 erworben. Damit greift § 55 Nr. 2 KO nicht. Für die nach § 55 Nr. 3 KO notwendige Kenntnis der Bekl. hat der Kl. bislang nichts vorgetragen.

Standort: Mietrecht

Problem: Sanierungspflicht des Mieters

BGH, URTEIL VOM 10.07.2002
XII ZR 107/99 (NJW 2002, 3234)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. Schadensersatz dafür zu leisten, dass das jahrzehntelang angemietete Tankstellengrundstück bei Rückgabe erhebliche Kontaminationen aufweist.

Der BGH stellt dazu fest, dass die Bekl. nach Beendigung des Mietverhältnisses gem. § 556 I BGB a.F. (= § 546 BGB n.F.) verpflichtet war, das Grundstück - abgesehen von den unvermeidlichen Änderungen infolge des vertragsgemäßen Gebrauchs - in dem Zustand zurückzugeben, in dem es sich bei der Überlassung befunden hatte. Die Pflicht des Mieters zur Herstellung des ursprünglichen Zustands ist eine Hauptleistungspflicht gem. § 326 BGB a.F. (= § 323 I BGB n.F.), wenn erhebliche Kosten zur Wiederherstellung aufzuwenden sind. Fraglich war jedoch in diesem Fall, ob diese erheblichen Kontaminationsschäden als vertragsgemäßer Gebrauch des Grundstücks als Tankstelle gem. § 548 BGB a.F. (= § 538 BGB n.F.) von der Bekl. erst gar nicht zu vertreten waren. Solche durch vertragsgemäßen Gebrauch entstandenen Verschlechterungen braucht der Mieter bei der Rückgabe nicht zu beseitigen. Es bedurfte daher der Auslegung, ob nach dem abgeschlossenen Mietvertrag die durch den Tankstellenbetrieb eingetretenen Schäden vertragsgemäßer Gebrauch noch darstellen oder nicht. Dafür sind die damaligen Umstände, insbesondere die damaligen Sicherheitsstandards im Tankstellengeschäft zu beachten. Wenn nichts anderes vereinbart ist, haftet der Mieter oder Pächter eines Tankstellengrundstücks i.d.R. nicht für Bodenverunreinigungen, die der Tankstellenbetrieb üblicherweise mit sich bringt. Da das BerGer. entsprechende Beweisangebote zur Auslegung des Mietvertrages bzw. zur üblichen Tankstellenbenutzung durch die Bekl. übergegangen hat, musste der Rechtsstreit zur weiteren Verhandlung an das BerGer. zurückverwiesen werden.

Prüfungsrelevanz:

Zu den examensrelevanten Gebieten aus dem beson-

deren Schuldrecht gehört zweifelsohne auch das Mietrecht gem. §§ 535 ff. BGB. Fundierte Kenntnisse sind daher von jedem Prüfling in diesem Rechtsgebiet zu erwarten.

Die Lektüre dieser Entscheidung eignet sich vor allem dazu, das Zusammenspiel zwischen der Rückgabepflicht des Mieters bei Beendigung des Mietverhältnisses gem. § 546 BGB n.F. und der Haftungsfreiheit für Abnutzungen durch vertragsgemäßen Gebrauch gem. § 538 BGB n.F. zu verstehen. Dabei muss der Mieter grundsätzlich das Mietobjekt in dem ursprünglichen Zustand der Empfangnahme versetzen und daher ggf. umfangreiche Wiederherstellungskosten aufbringen. Jedoch sind solche Schäden nicht zu ersetzen, die aufgrund des vertragsgemäßen Gebrauchs beruhen, da dafür eine Abgeltung durch den Mietzins erfolgt. Folglich ist jeder Mietvertrag dahingehend auszulegen, in welchem Umfang der Gebrauch des Mietobjekts gestattet ist, um damit auch den Umfang der späteren Wiederherstellungspflicht des Mieters festzulegen.

Vertiefungshinweise:

Zu § 548 BGB a.F. / § 538 BGB n.F.: *LG Paderborn*, NJW-RR 2000, 1110 = *NZM* 2000, 710; *AG Magdeburg*, NJW-RR 2000, 1111

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Zu der Verpflichtung des Mieters eines Tankstellengrundstücks, nach Beendigung des Mietvertrags Kontaminationen zu beseitigen, die ausschließlich auf den vertragsgemäßen Gebrauch zurückzuführen sind.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob die Bekl. verpflichtet ist, dem Kl. den Schaden zu ersetzen, der seiner verstorbenen Mutter dadurch entstanden ist, dass das von der Bekl. nach Beendigung eines Mietvertrags

zurückgegebene Tankstellengrundstück erhebliche Kontaminationsschäden aufwies. Im Jahre 1949 erwarb der Vater der später verstorbenen K, Rechtsvorgängerin des Kl., in D. ein ca. 1800 m² großes Grundstück und errichtete darauf eine Tankstelle. Nach Fertigstellung im April 1950 übertrug er das Grundstück seiner Tochter, die die Tankstelle zunächst betrieb. Im Jahre 1951 siedelte sie in die Bundesrepublik über und übertrug das Grundstück an ihren Vater zurück, der die Tankstelle — zum Teil als Tankstellenverwalter des VEB M — weiterführte. Mit Vertrag vom 1. 9. 1961 vermietete der Vater das Tankstellengrundstück dem VEB M zum Betrieb einer Tankstelle. 1966 verstarb der Vater und wurde auf Grund gewillkürter Erbfolge von seiner Schwester, Frau K, beerbt. Diese erneuerte im Jahre 1967 den Nutzungsvertrag mit dem VEB M und vereinbarte ein monatliches Nutzungsentgelt von 200 DDR-Mark. 1967 verlängerten Frau K und der VEB M die Laufzeit des Vertrags um weitere 25 Jahre, also bis 1992. Frau K starb im Jahre 1984. Ihre Erben übertrugen auf Grund eines von ihr ausgesetzten Vermächtnisses im März 1991 das Tankstellengrundstück der E. Als seit Juni 1991 geführte Verhandlungen über eine Neugestaltung des Vertrags zu keinem Ergebnis führten, kündigte E im September 1991 den Vertrag fristlos. Als die Firma M die Kündigung zurückwies, erklärte E, sie nehme sie zurück. Anfang 1992 fand durch den TÜV eine Bodenuntersuchung des Tankstellengrundstücks statt, aus der sich eine erhebliche Kontaminierung ergab. Über die Pflicht, die Sanierungskosten zu tragen, haben die Parteien anschließend korrespondiert. Das Tankstellengrundstück wurde sodann an E zurückgegeben. Der Zeitpunkt der Rückgabe ist zwischen den Parteien streitig. Mit einer am 24. 3. 1993 zugestellten Klageschrift erhob E wegen der Verpflichtung, den durch die Kontaminierung entstandenen Schaden zu ersetzen, Feststellungsklage sowohl gegen die M-Südtank GmbH als auch gegen die M-AG. Beide Gesellschaften sind aus dem VEB M hervorgegangen. Rechtsnachfolgerin des VEB M als Mieterin ist die M-AG, deren Rechtsnachfolgerin die Bekl. ist. Die (damalige) Klage gegen die M-AG nahm E mit Schriftsatz vom 26. 3. 1993 zurück, verkündete aber der M-AG mit Schriftsatz vom 6. 5. 1993 den Streit. Die Klage gegen die M-Südtank GmbH wurde durch Urteil vom 22. 6. 1993, das rechtskräftig ist, wegen fehlender Passivlegitimation abgewiesen. Im vorliegenden Rechtsstreit ging die Klage mit einem entsprechenden Feststellungsantrag am 20. 7. 1993 bei Gericht ein und wurde am 5. 8. 1993 der Bekl. zugestellt. Mit notariellem Vertrag vom 27. 8. 1993 räumte E der H-Mine-

ralölhandels GmbH ein Erbbaurecht an dem Tankstellengrundstück ein. In diesem Vertrag übernahm E die Kosten der Sanierung. In den Jahren 1994/1995 ließ E den Boden unter der Tankstelle für ca. 350 000 DM entsorgen und errichtete anschließend darauf eine neue Tankstellenanlage.

Das LG hat der Feststellungsklage der E in vollem Umfang stattgegeben. Das OLG hat in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abgewiesen, soweit E die Feststellung begehrt hat, dass die Bekl. mehr als 2/3 des Schadens zu ersetzen hat. Im Übrigen hat es die Berufung zurückgewiesen. Es hat darauf abgestellt, dass der Verursachungsanteil der Bekl. bzw. ihrer Rechtsvorgänger an der vorliegenden Kontaminierung des Grundstücks — neben den früheren Betreibern der Tankstelle — auf mindestens 2/3 zu schätzen sei. Die Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit der Feststellungsklage

Die Feststellungsklage ist, wie das BerGer. zutreffend und von der Revision nicht angegriffen ausgeführt hat, nach wie vor zulässig (§ 256 ZPO). Bei Erhebung der Feststellungsklage war der damaligen Kl. der Umfang des Schadens noch nicht bekannt und sie konnte deshalb keine bezifferte Leistungsklage erheben. Sie hatte deshalb ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass die Bekl. dem Grunde nach verpflichtet war, Schadensersatz zu leisten. Zwar hat die damalige Kl. im Laufe des Rechtsstreits den Boden sanieren lassen, so dass ihr die Kosten der Sanierung bekannt geworden sind. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH wird aber eine ursprünglich zulässige Feststellungsklage regelmäßig nicht dadurch unzulässig, dass im Verlaufe des Rechtsstreits die Voraussetzungen für den Übergang zu einer Leistungsklage eintreten (BGH, NJW 1999, 639 [640] = LM H. 6/1999 § 92b HGB Nr. 1; Lüke, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 256 Rdnr. 55, jew. m. w. Nachw.).

B. Herausgabepflicht im Zustand der ehemaligen Überlassung

Zu Recht geht das BerGer. davon aus, dass die Bekl. nach Beendigung des Mietverhältnisses gemäß dem hier anwendbaren § 556 I BGB a. F. verpflichtet war, das Grundstück — abgesehen von den unvermeidlichen Änderungen infolge des vertragsgemäßen Gebrauchs — in dem Zustand zurückzugeben, in dem es sich bei der Überlassung befunden hatte (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Hdb. des gewerblichen Miet-,

Pacht- und LeasingR, 8. Aufl., Rdnr. 1081). Entgegen der Annahme der Revision geht das BerGer. auch zu Recht davon aus, dass das Grundstück den Rechtsvorgängern der Bekl. i. S. des § 556 I BGB a. F. bereits am 1. 9. 1961 überlassen worden ist. Der ursprüngliche Eigentümer des Grundstücks - der Großvater des Kl. - hat die Tankstelle bereits zum 1. 9. 1961 dem VEB M zur Nutzung überlassen. In diesen Vertrag ist nach seinem Tod seine Schwester als Erbin eingetreten. Diese hat im Jahre 1967 einen als Änderungsvertrag anzusehenden Vertrag abgeschlossen. In diesen geänderten Mietvertrag ist die Mutter des Kl. eingetreten, als sie — schon unter Geltung des BGB — auf Grund eines Vermächtnisses als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde (§ 571 BGB a.F. = § 566 BGB). Sie ist somit in einen seit dem 1. 9. 1961 ununterbrochen bestehenden Vertrag mit der Bekl. bzw. deren Rechtsvorgängerin eingetreten. Das hat zur Folge, dass die Bekl. das Grundstück jedenfalls im Grundsatz in dem Zustand zurückzugeben hatte, in dem es sich am 1. 9. 1961 befunden hat.

C. Anwendbarkeit von § 326 BGB a.F. auf die Sanierungspflicht des Mieters

Pflicht des Mieters zur Herstellung des ursprünglichen Zustands ist eine Hauptleistungspflicht im Sinne des hier anwendbaren § 326 BGB a. F., wenn erhebliche Kosten zur Wiederherstellung aufzuwenden sind (Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 1087 m. Nachw. aus der Rspr. des BGH in Fußn. 51). Soweit die Bekl. zu umfangreichen Sanierungsmaßnahmen verpflichtet war, hat sich der entsprechende Anspruch der Kl. entgegen der Ansicht der Revision nach § 326 I BGB a. F. in einen Schadensersatzanspruch in Geld verwandelt. Es ist der Revision zwar einzuräumen, dass § 326 I BGB a. F. grundsätzlich eine Nachfristsetzung und eine Ablehnungsandrohung voraussetzt. Beides ist jedoch entbehrlich, wenn der Schuldner ernstlich und endgültig jede Erfüllung verweigert (vgl. Emmerich, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 326 Rdnrn. 79, 80 m. Nachw. aus der Rspr. des BGH in Fußn. 246). Die Bekl. hat das Tankstellengrundstück in unsaniertem Zustand zurückgegeben und, lange bevor die Sanierungsarbeiten durchgeführt worden sind, ernstlich und endgültig die Meinung vertreten, das Grundstück habe sich bei der Rückgabe in dem geschuldeten Zustand befunden und sie — die Bekl. — sei zu weiteren Sanierungsmaßnahmen nicht verpflichtet gewesen.

D. Schätzung des Sanierungsschadens durch das BerGer. gem. § 287 ZPO

Nicht zu beanstanden ist auch die auf einer Schätzung nach § 287 ZPO beruhende Annahme des BerGer.,

die zur Zeit der Rückgabe des Grundstücks vorliegende Kontaminierung des Bodens sei mindestens zu 2/3 in der Zeit seit dem 1. 9. 1961 entstanden. Wenn mehrere Betreiber einer Tankstelle hintereinander zur Kontaminierung des Bodens beigetragen haben, ist nach der Rechtsprechung des Senats, an der festzuhalten ist, der Verursachungsanteil des einzelnen Betreibers auf der Grundlage des von ihm angerichteten Mindestschadens gem. § 287 ZPO zu schätzen (Senat, NJW 1994, 1880 [1881] = LM H. 9/1994 § 286 [G] ZPO Nr. 19 [unter 5] m. w. Nachw.). Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dem BerGer. bei seiner im Wesentlichen dem Tatrichter überlassenen Schätzung Ermessensfehler zum Nachteil der Bekl. unterlaufen sind. Die Tankstelle ist zwischen der ersten Inbetriebnahme im Jahre 1950 und der Rückgabe an die Kl. nach Beendigung des Mietverhältnisses mehr als 40 Jahre betrieben worden, davon mehr als 30 Jahre — seit 1. 9. 1961 — durch die Bekl. bzw. ihre Rechtsvorgänger.

Die Schätzung wäre im Übrigen selbst dann nicht zu beanstanden, wenn man mit der Revision davon ausgeht, der Bekl. seien nur Verursachungen ab dem 1. 1. 1967 zuzurechnen. Das BerGer. verweist zu Recht darauf, dass der Sachverständige Dr. N festgestellt hat, nach der Zusammensetzung der im Boden gefundenen Kraftstoffreste müsse der überwiegende Teil der Verunreinigung neueren Datums sein. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass erst ein Rechtsvorgänger der Bekl. die Anlage zu einer Großtankstelle ausgebaut hat.

E. Zur Anwendung von § 548 BGB a.F.: vertragsgemäße Abnutzung (= § 538 BGB n.F.)

Weiter führt das BerGer. aus, es sei Sache der Bekl. darzulegen und zu beweisen, dass die im Laufe der Dauer des Mietvertrags erfolgte Kontamination lediglich die Folge einer vertragsgemäßen Nutzung i. S. des § 548 BGB a. F. sei. Dieser Nachweis sei der Bekl. nicht gelungen. Deshalb sei sie verpflichtet, die Kosten für die Beseitigung der von ihr zu vertretenden Kontamination (2/3 des Gesamtschadens) zu tragen. Diese Ausführungen halten, wie die Revision zu Recht geltend macht, einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

Richtig ist, dass nach § 548 BGB a. F. (§ 538 BGB) Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt worden sind, von dem Mieter nicht vertreten werden müssen. Das bedeutet, dass er nicht verpflichtet ist, bei Beendigung des Mietverhältnisses eine durch den vertragsgemäßen Gebrauch notwendigerweise eingetretene Beschädigung der

Mietsache zu beseitigen. Das OLG Düsseldorf (NJW-RR 1993, 712 [713]) und das OLG Brandenburg (NZM 1999, 374 ZMR 1999, 166) haben daraus geschlossen, dass der Mieter oder Pächter eines Tankstellengeländes nicht für Bodenverunreinigungen haftet, die lediglich auf den vertragsgemäßen Gebrauch der Tankstelle zurückzuführen seien, wenn ihm nicht in dem Vertrag eine entsprechende Erhaltungslast aufgebürdet worden sei.

Das ist im Grundsatz zutreffend. Wenn nichts anderes vereinbart ist, haftet der Mieter oder Pächter eines Tankstellengrundstücks regelmäßig nicht für Bodenverunreinigungen, die der übliche, die an Ort und Stelle geltenden Umweltstandards einhaltende Betrieb der Tankstelle notwendigerweise mit sich bringt. Dass wegen der Besonderheiten des vorliegenden Falls nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Korrektur dahin gehend zu erfolgen hätte, dass der Mieter an den Kosten der Beseitigung auch der durch den vertragsgemäßen Gebrauch entstandenen Kontamination prozentual zu beteiligen ist (vgl. hierzu nachfolgend unter 10), ändert nichts daran, dass die Entscheidung des Rechtsstreits davon abhängt, ob und gegebenenfalls, in welchem Umfang die bei Beendigung des Mietverhältnisses vorliegende Kontamination durch einen vertragsgemäßen Gebrauch verursacht worden ist.

Was in der Zeit zwischen 1961 und dem Beitritt der vertragsgemäße Gebrauch der Tankstelle war, kann nicht nach den in der Bundesrepublik geltenden und nach den heute üblichen Standards beurteilt werden. Es ist vielmehr, wie das BerGer. richtig sieht, darauf abzustellen, was auf dem Gebiet der DDR üblich, also dort Standard war. Da die Kontamination im Zusammenhang mit dem Mietgebrauch eingetreten ist, trägt die Bekl. als Mieterin die Beweislast für ihre von der Kl. bestrittene Behauptung, die vorgefundene Kontamination sei auf den in der DDR üblichen, vertragsgemäßen Gebrauch zurückzuführen (BGHZ 66, 349 [353] = NJW 1976, 1315 = LM § 548 BGB Nr. 3; Voelskow, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 548 Rdnr. 11 m.w. Nachw.).

Die Annahme des BerGer., die Bekl. sei mit ihrer entsprechenden Behauptung beweisfällig geblieben, beruht, wie die Revision zu Recht rügt, auf einem Verfahrensverstoß. Das BerGer. hat durch einen im Termin vom 11. 1. 1999 verkündeten Beschluss angeordnet, dass der Sachverständige Dr. N (unter anderem) mündlich dazu gehört werden solle, „ob nach den Ergebnissen der durchgeführten Bohrungen eine nur geringe Mineralöl-Kohlenwasserstoff-Belastung festgestellt werden kann, die lediglich auf bei jedem Tankstellenbetrieb anfallende Tropfschäden bzw.

Handhabungsverluste beruhe bzw. beruhen könne“. Der Sachverständige hat hierzu ausgeführt, auf Grund der vorliegenden Kontaminationen müsse man davon ausgehen, „dass es sich hier überwiegend um Tropf- oder Überfüllungsverluste gehandelt hat, nicht aber um größere Tankleckagen“. Ihm seien „keine Publikationen bekannt darüber, was bei einem Tankstellenbetrieb als durch den normalen Tankstellenbetrieb verursachte Kontamination üblich“ sei, er könne deshalb nichts dazu sagen, ob die Kontamination auf den üblichen Gebrauch zurückzuführen sei. Daraus durfte das BerGer. nicht herleiten, die Bekl. sei mit ihrer entsprechenden Behauptung beweisfällig geblieben.

Der Sachverständige Dr. N ist Geologe und Fachmann für Wasser- und Bodenkontamination im Allgemeinen. Er ist nicht ausgewiesen als Fachmann für den Betrieb von Tankstellen. Er hat Art und Umfang der Kontamination festgestellt. Seine weitere Feststellung, die vorgefundene Verunreinigungen seien ihrer Art nach überwiegend auf Tropf- und Überfüllungsverluste zurückzuführen, nicht auf „größere Tankleckagen“, legt die Annahme nahe, dass die Ausrüstung der Tankstelle und die Art und Weise des Tankens und des Befüllens der Tanks durch die Tanklastwagen eine entscheidende Ursache für die eingetretene Kontamination gewesen sein könnte. Die Beantwortung der Beweisfrage setzt Kenntnisse darüber voraus, welche Umweltstandards in der DDR bezüglich des Betriebs von Tankstellen vorgeschrieben oder üblich waren, wie die Tankstellen in der DDR üblicherweise ausgerüstet waren und betrieben wurden (z.B. ob bzw. seit welcher Zeit die Tankkrüssel automatisch abschalteten, wenn der Tank voll war, ob die Bodenoberfläche im Bereich der Tanksäulen versiegelt war, um das Eindringen von herabtropfendem Benzin zu verhindern), schließlich ob der Umfang der hier festgestellten Kontamination aus dem Rahmen fiel oder regelmäßig vorgefunden wurde. Wenn der Sachverständige Dr. N hierüber keine hinreichenden Kenntnisse hat und deshalb nicht beurteilen kann, welche Kontaminationen auf dem Gebiet der ehemaligen DDR bei Tankstellen auch ohne besondere Vorkommnisse üblich waren, dann musste das BerGer. einen anderen Sachverständigen zuziehen, der solche Kenntnisse hat. Zumindest musste es den Versuch unternehmen, einen solchen Sachverständigen ausfindig zu machen. Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil deshalb keinen Bestand haben. Der Senat ist auch nicht in der Lage, abschließend zu entscheiden.

F. Keine Verjährung

Entgegen der Annahme der Revision ist eine abschlie-

bende Entscheidung — eine Abweisung der Klage — nicht deshalb möglich, weil eventuelle Ansprüche verjährt wären. Verjährung ist nämlich nicht eingetreten. Nach Art. 229 § 6 I und II EGBGB ist die Frage, ob die Ansprüche des Kl. verjährt sind, nach der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen. Nach § 558 I und II BGB a. F. = § 548 I BGB verjähren Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten Sache in sechs Monaten, beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem der Vermieter die Sache zurückerhält. Der Streit der Parteien darüber, wann das Tankstellengrundstück zurückgegeben worden ist, kann dahingestellt bleiben. Der Lauf der Verjährung von Schadensersatzansprüchen des Vermieters ist nämlich — auch nach altem Recht — gehemmt, solange der Vermieter mit dem Mieter verhandelt und keine der Parteien die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert (BGHZ 93, 64 [69f.] = NJW 1985, 798 = LM § 558 BGB Nr. 30; Senat, NJW 1992, 671 = LM H. 4/1992 § 558 BGB Nr. 46 = ZMR 1992, 96 [98]). Die Parteien haben nach der von der früheren Kl. ausgesprochenen fristlosen Kündigung — noch vor der Rückgabe des Grundstücks — unstreitig Verhandlungen geführt, und zwar nicht nur über eine eventuelle Fortsetzung des Mietverhältnisses, sondern ausdrücklich auch über die Sanierungskosten. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Vergleichsverhandlungen vor Erhebung der ersten (später zurückgenommenen) Klage abgebrochen worden sind. Die Verjährung wurde durch die Zustellung dieser Klage am 24. 3. 1993 unterbrochen. Wie das BerGer. zutreffend ausführt, blieb die Unterbrechung trotz der Klagerücknahme wirksam, weil die frühere Kl. in dem Vorprozess der Bekl. des vorliegenden Rechtsstreits nach der Klagerücknahme gegen sie den Streit verkündet hat (§ 212 II BGB a. F.). Nach herrschender Meinung, der sich der Senat anschließt, genügt zur Aufrechterhaltung der Unterbrechung nach einer Klagerücknahme statt der in § 212 II BGB a. F. allein erwähnten neuen Klage auch eine der übrigen Maßnahmen nach § 209 II Nrn. 1 bis 5 BGB a. F., also auch eine Streitverkündung nach Nr. 4 (Grothe, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 212 Rdnr. 5 m.w. Nachw.).

Notwendig für eine Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung ist „Präjudizialität“. Dazu ist es ausreichend, wenn eine alternative Haftung des Streitverkündenden in Betracht kommt (Staudinger/Peters, BGB, 2001, § 209 Rdnr. 88). Hier drehte es sich im Vorprozess, in dem die Streitverkündung erfolgt ist, gerade darum, ob die M-GmbH oder die M-AG passivlegitimiert war. Nachdem im Vorprozess

die Klage durch Urteil vom 22. 6. 1993 abgewiesen worden war, wurde im vorliegenden Rechtsstreit bereits am 20. 7. 1993 — vier Wochen später — die Feststellungsklage eingereicht, die am 5. 8. 1993 zugestellt wurde.

G. Kein Mitverschulden gem. § 254 BGB

Entgegen der Annahme der Revision sind Schadensersatzansprüche des Kl. auch nicht wegen eines mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB) ausgeschlossen oder eingeschränkt, weil seine Mutter es unterlassen hat, rechtzeitig einen so genannten Freistellungsantrag zu stellen. Nach Art. 1 § 4 III des Umweltrahmengesetzes vom 29. 6. 1990 in der Fassung des Art. 12 des Gesetzes zur Beseitigung von Hemmnissen bei der Privatisierung von Unternehmen und zur Förderung von Investitionen vom 22. 3. 1991 (BGB1 1, 766) hätten sowohl die frühere Kl. als Eigentümerin des Grundstücks als auch die Bekl. als Betreiberin der Tankstelle wegen „durch den Betrieb der Anlage oder die Benutzung des Grundstücks vor dem 1. 7. 1990 verursachten Schäden“ einen Befreiungsantrag stellen können. Nach Art. 1 § 4 III 4 dieses Gesetzes musste der Antrag auf Freistellung spätestens innerhalb eines Jahres nach In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Beseitigung von Hemmnissen gestellt sein. Diese Frist haben beide Parteien versäumt. Dieses Versäumnis kann im vorliegenden Rechtsstreit schon deshalb nicht zu Gunsten der Bekl. berücksichtigt werden, weil einem entsprechenden Freistellungsantrag nicht zwingend stattgegeben werden musste. Die Behörde hatte vielmehr nach ihrem Ermessen zu entscheiden und dabei auch „die Interessen ... der Allgemeinheit und des Umweltschutzes“ zu beachten. Die Freistellung konnte auch unter Auflagen erfolgen. Es ist nichts dazu vorgetragen, dass im vorliegenden Fall Voraussetzungen gegeben waren, unter denen üblicherweise eine Freistellung erfolgt ist, schon gar nicht eine Freistellung ohne Auflagen. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass ein rechtzeitig gestellter Freistellungsantrag Erfolg gehabt hätte.

Im Übrigen ist das Versäumnis auf Seiten der Bekl. schwerer zu bewerten als auf Seiten der früheren Kl. Die Bekl. hat auf dem Gebiet der ehemaligen DDR ein umfangreiches Tankstellennetz betrieben und war deshalb ständig mit solchen Fragen befasst. Das gilt für die frühere Kl. nicht, auch wenn sie anwaltlich vertreten war. Die Bekl. hätte nicht nur den Freistellungsantrag selbst stellen können und — sollte er erfolgsversprechend gewesen sein — stellen müssen, sie wäre als Nebenpflicht aus dem Mietvertrag auch verpflichtet gewesen, die frühere Kl. auf die Möglichkeit

eines solchen Freistellungsantrags hinzuweisen. Die Parteien haben zu der fraglichen Zeit unstreitig über die Sanierungskosten verhandelt. Das Verschulden der Bekl. an der Säumnis wäre gegenüber einem eventuellen Mirverschulden der früheren Kl. derart schwerwiegender zu bewerten, dass das Mirverschulden der früheren Kl. außer Betracht zu bleiben hätte.

H. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Die Sache muss an das BerGer. zurückverwiesen werden, damit es die fehlende Beweiserhebung nachholen und — eventuell nach ergänzendem Vortrag der Parteien — die notwendigen tatsächlichen Feststellungen treffen kann.

I. Anmerkungen des BGH zur Fortführung des Rechtsstreits: Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB n.F.)

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin: Auch wenn man unterstellt, dass die auf die Mietzeit der Bekl. bzw. ihres Rechtsvorgängers entfallende Kontaminierung ganz oder zum Teil auf den vertragsgemäßen Gebrauch zurückzuführen ist, bedeutet das allerdings nicht, dass dem Kl. insoweit keinerlei Ansprüche zustehen. Das geltende Umweltrecht der Bundesrepublik stellt sicher, dass bei seiner strikten Anwendung und bei ordnungsgemäßigem Betrieb der Anlage Kontaminationen des Bodens in einem Umfang, wie sie bei dem Grundstück des Kl. festgestellt worden sind, auch nicht annähernd eintreten können. Das verbleibende Restrisiko ist allgemein bekannt und kann beim Abschluss des Vertrags berücksichtigt werden, etwa indem es auf den Mieter/Pächter überbürdet wird oder indem es bei der Festsetzung des Miet- oder Pachtzinses berücksichtigt wird. Es ist bekannt, dass das Umweltbewusstsein in der ehemaligen DDR weniger stark ausgeprägt war und dass Umweltbelastungen auch größeren Ausmaßes einfach hingenommen worden sind. Als die Rechtsvorgänger des Kl. mit dem VEB M von 1961 an Nutzungsverträge abgeschlossen haben, hat — davon kann man ausgehen — niemand daran gedacht, dass es nach dem Ende der DDR notwendig werden könnte, den Boden auf dem Tankstellengelände mehrere Meter tief auszutauschen und für die Gesamtsanierung ca. 350 000 DM auszugeben. Das Nutzungsentgelt — darauf weist das BerGer. in anderem Zusammenhang zutreffend hin — betrug 200 DDR-Mark im Monat. Würde man diesen Betrag nach dem offiziellen Umrechnungskurs umrechnen, so erhielte die Vermieterin als Nutzungsentgelt 36000 DM in 30 Jahren. Die Sanierung hätte also etwa das

Zehnfache dessen gekostet, was die Mieterin in 30 Jahren als Nutzungsentgelt zu zahlen gehabt hätte. Auch wenn man berücksichtigt, dass die Zahlung von 200 DDR-Mark im Monat im Verhältnis zu dem Durchschnittseinkommen in der DDR wesentlich mehr war als die Zahlung von 100 DM im Verhältnis zum Durchschnittseinkommen in der Bundesrepublik, kann man ausschließen, dass die Rechtsvorgänger des Kl. zu einem solchen Zins einen Nutzungsvertrag über eine Tankstelle abgeschlossen hätten, wenn damit zugleich die Übernahme des Risikos einer so umfassenden, kostspieligen Sanierung verbunden gewesen wäre. Da die Parteien bei Abschluss der Verträge dieses Risiko nicht gesehen haben, enthalten die Verträge auch keine Regelung darüber, wer dieses Risiko zu tragen hat. Gemeinsame Geschäftsgrundlage beim Abschluss der Verträge war, dass ein solches Risiko nicht bestand. Nachdem eine umfangreiche Sanierung des Grundstücks erforderlich geworden ist, ist diese Geschäftsgrundlage entfallen. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die aus § 242 BGB entwickelten Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage auf in der DDR vor dem Beitritt begründete vertragliche Schuldverhältnisse anzuwenden sind, und zwar unabhängig davon, ob für diese Schuldverhältnisse nach dem Beitritt weiterhin das Recht der DDR oder das Recht der Bundesrepublik gilt (BGHZ 131, 209 [214] = NJW 1996, 990 = LM H. 4/1996 § 68 DDR-ZGB Nr. 7 m. w. Nachw.; Senat, NJW 2002, 2098 = WM2002, 1238). Der Vertrag ist den veränderten Verhältnissen anzupassen. Mangels anderer Kriterien ist es gerechtfertigt, die Anpassung in der Weise vorzunehmen, dass die während der Mietzeit der Bekl. bzw. ihres Rechtsvorgängers durch vertragsgemäßen Gebrauch entstandenen Schäden von beiden Parteien je zur Hälfte zu tragen sind. Der BGH hat in einem in diesem Punkt vergleichbaren Fall bereits entschieden, dass eine solche Verteilung des Schadens nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage angemessen sein kann (BGHZ 120, 10 [22ff., 26] = NJW 1993, 259 = LM H. 3/1993 Art. 232 EGBGB 1986 Nr. 3). Bei der Anpassung des Vertrags ist zu beachten, dass die Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur ausnahmsweise zur völligen Beseitigung einer an sich bestehenden vertraglichen Pflicht führen kann. Es hat lediglich eine Anpassung an die veränderte Sachlage in einer den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung tragenden Form stattzufinden (BGHZ 120, 10 [26]). Einerseits hat der Kl. durch die Sanierung einen erheblichen wirtschaftlichen Vorteil, weil der Wert des Grundstücks durch die Sanierung erheblich ge-

stiegen ist und weil er es nach dem Beitritt der DDR in wirtschaftlich günstiger Weise verwerten kann. Andererseits wäre es auch nicht gerechtfertigt, die Kosten der Sanierung ausschließlich dem Kl. aufzubürden, weil die Bekl. bzw. ihr Rechtsvorgänger das

Grundstück mehr als 30 Jahre lang genutzt hat, weil in dieser Zeit die Kontaminierungen entstanden sind und weil das gezahlte Nutzungsentgelt sehr gering war. Dies lässt es gerechtfertigt erscheinen, die insoweit angefallenen Sanierungskosten hälftig zu teilen.

Standort: ZPO Problem: Vermutete Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde

BGH, URTEIL VOM 19.07.2002
VZR 240/01 (NJW 2002, 3165)

Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil klärt der BGH über die Anforderungen für die widerlegbare Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung für Urkunden auf. Nach ständiger Rechtsprechung besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden die Vermutung, dass diese vollständig und korrekt abgefasst worden sind (vgl. dazu BGHZ 20, 109 [111]; BGH, NJW 2000, 207). Diese Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung setzt allerdings voraus, dass der Geschäftsinhalt durch den Urkundentext nach Wortlaut, Inhalt und innerem Zusammenhang bestimmt werden kann; außerhalb der Urkunde liegende Umstände (z.B. Begleitumstände des Vertragsabschlusses, Entstehungsgeschichte, Äußerungen der Parteien) bleiben dabei aber außer Betracht. Unklar Bleibendes kann keine Vermutung für eine bestimmte Erklärung begründen. Diese Anforderungen setzen allerdings nicht voraus, dass das Beurkundete derartig eindeutig sein muss, dass für eine Auslegung kein Raum mehr besteht. Denn dann wäre die Möglichkeit zum Gegenbeweis nicht mehr gegeben; es muss nur ein bestimmter Geschäftsinhalt zum Ausdruck kommen.

Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände - sei es zum Nachweis eines vom Urkundentext abweichenden übereinstimmenden Willen der Beteiligten, sei es zwecks der Deutung des Inhalts - beruft, trifft zur Widerlegung dieser Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung die Beweislast.

Prüfungsrelevanz:

Im Zivilprozess stellen Urkunden die wichtigsten Beweismittel dar, da ihnen gem. §§ 415 ff. ZPO formelle/äußere Beweiskraft zukommt. Im Rahmen der Beweismittelprüfung bildet sich das Gericht die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache, wobei allgemein der Grundsatz der freien Beweismittelprüfung gem. § 286 ZPO besteht. Danach kann das Gericht den Beweiswert jedes Beweismittel für sich selbst festlegen. Die §§ 415 ff. ZPO stellen

aber gesetzliche Beweisregeln, so dass die freie Beweismittelprüfung eingeschränkt wird. Die äußere/formelle Beweiskraft der §§ 415 ff. ZPO bezeugt, dass der Aussteller die in der Urkunde niedergelegte Erklärung wirklich abgegeben hat; dabei regelt § 417 ZPO diese Beweiskraft für eine öffentliche Urkunde, § 416 ZPO diejenige für eine private Urkunde. Voraussetzung für diese Beweiskraft ist die Echtheit und körperliche Unversehrtheit der Urkunde, die nach den §§ 437 ff. BGB zu beurteilen ist.

Ob die urkundlich verbrieftete Erklärung richtig oder falsch ist, gehört hingegen zur inneren/materiellen Beweiskraft, die wiederum der freien Beweismittelprüfung gem. § 286 ZPO unterliegt. Sie hat die sachliche Bedeutung der Erklärung für die Beweisfrage zum Gegenstand. Eben an dieser Stelle greift dann die hier in Rede stehende Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung ein, die von der ständigen Rechtsprechung verfolgt.

Vertiefungshinweis:

Zu den Grenzen der Anwendbarkeit der Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung bei Urkunden: BGH, NJW 2002, 1500

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Der Ehelohn"

Leitsätze:

- 1. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde ist begründet, wenn der Urkundentext nach Wortlaut und innerem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Verkehrssitte einen bestimmten Geschäftsinhalt zum Ausdruck bringt.**
- 2. Zur Widerlegung der Vermutung kann auf außerhalb der Urkunde liegende Mittel der Auslegung (Begleitumstände des Geschäfts, Äußerungen der Parteien außerhalb der Urkunde u.a.) zurück gegriffen werden.**

Sachverhalt:

Mit notariellen Verträgen vom 16. 12. 1998 kaufte die

Kl. von dem Bekl. zwei bebaute Grundstücke zu Preisen von 403 000 DM und 635 000 DM und beauftragte jeweils die G, die Gebäude zu sanieren; der Sanierungsaufwand betrug 1 065 530 DM und 1 535 420 DM. Mit weiteren notariellen Urkunden vom 22. 12. 1998 ergänzten die drei Bet. die Verträge vom 16. 12. 1998 dahin gehend, „dass die Vertretene zu 3 (scil. Kl.) das Recht hat, von diesem (scil. vom jeweiligen) Vertrag bis zum 31. 3. 1999 einseitig zurückzutreten, wenn eine Finanzierung für den Kaufpreis — einschließlich des Sanierungsanteils — nicht möglich ist“. Bis 1. 3. 1999 finanzierte die Hausbank der Kl. die Objekte, nachdem der Bekl. und G Bankbürgschaften erbracht hatten, ohne Eigenkapitalbeteiligung der Kl. Die mit der Vermittlung der endgültigen Finanzierung beauftragte Firma B teilte der Kl. am 10. 3. 1999 mit, dass eine Beleihung ohne Eigenkapitalbeteiligung nicht erreicht werden könne. Mit Schreiben vom gleichen Tage erklärte die Kl. gegenüber dem Bekl. und G „unter Bezugnahme auf die Änderung bzw. Ergänzung der ... Verträge durch die URNrn alle vom 22. 12. 1998 ... den Rücktritt von den ... Verträgen“. Die Kl., die sich wegen der Zahlung der Kaufpreise der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, hat Vollstreckungsgegenklage erhoben und diese (u.a.) auf den am 10. 3. 1999 erklärten Rücktritt gestützt.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Kl., mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des LG erreichte.

Aus den Gründen:

Das BerGer. meint, die notariellen Urkunden vom 22. 12. 1998 räumten der Kl. kein „freies“ Rücktrittsrecht ein, da sie einen Rücktrittsgrund bezeichneten. Mangels eindeutigen Wortlauts der Rücktrittsvereinbarungen könne sich die Kl. für ihre Auffassung, bereits der Umstand, dass ihr keine Finanzierung ohne Eigenkapital gelungen sei, habe sie zum Rücktritt berechtigt, nicht auf die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunden stützen. Die Beweisaufnahme über die vor und bei den notariellen Verhandlungen abgegebenen Erklärungen lasse eine Feststellung im Sinne der Kl. nicht zu. Dies hält den Angriffen der Revision nicht stand.

A. Auslegung eines Rücktrittsrechts für den Fall des Scheiterns der Finanzierung nach dem Urkundeninhalt

Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsurteils, die ergänzenden Vereinbarungen vom 22. 12. 1998 räumten der Kl. kein Rücktrittsrecht ein,

dessen Ausübung allein in ihrem Belieben stehe. Die Vereinbarungen bezeichnen vielmehr einen Rücktrittsgrund. Die Bezeichnung des Rücktrittsgrundes in den Urkunden begründet indessen, entgegen der Auffassung des BerGer., die Vermutung dafür, dass das Rücktrittsrecht der Kl. an keine weitere Voraussetzung gebunden war, als das Scheitern der Finanzierung als solches. Die Vermutung umfasst mithin auch den Fall des Unvermögens der Kl., die Finanzierungsmittel ohne Eigenkapitalbeteiligung zu erlangen.

I. Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung bei Urkunden

Nach ständiger Rechtsprechung besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunden die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (BGHZ 20, 109 [111] = NJW 1956, 665 = LM § 282 ZPO Nr. 3; BGH, NJW 2000, 207 = LM H. 5/2000 § 9 [A] AGBG Nr. 9 = ZIP 1999, 1887 [1888]). Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände — sei es zum Nachweis eines vom Urkundstext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungsempfängers (§§ 133, 157 BGB) — beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen (Senat, NJW 1999, 1702 = LM H. 9/1999 § 125 BGB Nr. 48 = WM 1999, 965). Die Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung setzt allerdings voraus, dass der Geschäftsinhalt durch den Urkundstext bestimmt werden kann; unklar Bleibendes kann keine Vermutung für eine bestimmte Erklärung begründen. Dies bedeutet aber nicht, dass das Beurkundete, wovon das BerGer. (möglicherweise) ausgeht, in dem Sinne eindeutig zu sein hätte, dass für eine Auslegung kein Raum mehr bleibt (vgl. BGHZ 25, 318 [319] = NJW 1957, 1873 = LM § 765 BGB Nr. 2; BGHZ 80, 246 [250] = NJW 1981, 1736 = LM § 133 BGB Nr. 45; krit. Mayer-Maly/Busche, in: MünchKomm., 4. Aufl., § 133 Rdnr. 46). Denn in diesem Falle wäre die Vermutung dem Beweis des Gegenteils nicht zugänglich, ginge mithin über eine Beweislastregelung hinaus. Die Vermutung ist vielmehr bereits dann begründet, wenn der Urkundstext nach Wortlaut und innerem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) einen bestimmten Geschäftsinhalt zum Ausdruck bringt. Die außerhalb der Urkunde liegenden Mittel der Auslegung, die Begleitumstände des Vertragsabschlusses, dessen Entstehungsgeschichte, Äußerungen der Parteien außerhalb der Urkunde und anderes, bleiben hierbei allerdings außer Betracht. Sie sind Hilfsmittel zur Widerlegung der durch die Urkunde begründeten Vermutung des Geschäftsinhalts.

II. Verletzung dieser Vermutung durch das BerGer.

Dem wird das Berufungsurteil nicht gerecht. Das BerGer. gründet seine Zweifel am Inhalt der Urkunde darauf, dass der beurkundende Notar das Rücktrittsrecht nicht an die Finanzierung des „gesamten Kaufpreises“, sondern an das Scheitern „einer“ Finanzierung „für“ den Kaufpreis geknüpft hat. Dabei bleibt es, entgegen dem Gebot des § 133 BGB, am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften und lässt den wirklichen Willen der Beteiligten unerforscht. Nach § 433 II BGB hat der Käufer für die Zahlung des Kaufpreises als Geldschuld einzustehen. Wie er die erforderlichen Mittel aufbringt, insbesondere ob er hierzu ganz oder teilweise Eigenkapital einsetzt, ist seine Sache. Behält er sich den Rücktritt für den Fall des Scheiterns der Kaufpreisfinanzierung vor, so ist, wenn sich aus der Urkunde nichts anderes ergibt, davon auszugehen, dass der Grund des Scheiterns, in den Grenzen der § 162 entspr., 242 BGB, keine Rolle spielt. Der Verkäufer kann, wenn er nicht darauf besteht, den Rücktrittsgrund weiter einzugrenzen, nicht davon ausgehen, dass der Käufer sich in seiner Dispositionsfreiheit, auf welchem Wege und in welcher Weise er die Kaufpreismittel aufbringt, Einschränkungen unterzogen hat. Im Streitfalle hat die Kl. ihr Rücktrittsrecht daran geknüpft, dass ihr die Finanzierung von Kaufpreis und Sanierungsaufwand „nicht möglich ist“. Einschränkungen ihrer Dispositionsbefugnis dahin, dass sie die Kreditmöglichkeiten, welche einem Darlehensnehmer am Markt schlechthin zur Verfügung stehen, ausschöpfen, also auch Eigenkapital einsetzen müsse, hat sie sich nicht unterworfen. Insoweit zu Recht

meint das BerGer., ob und in welchem Umfang Eigenmittel hätten zum Einsatz kommen sollen, sei von den Gegebenheiten des Falles abhängig gewesen. Im Sinne des Rücktrittsgrundes ist der Kl. die Finanzierung auch dann nicht möglich, wenn ihr Eigenkapital nicht zur Verfügung steht oder dieses anderweit eingesetzt wird. Eine Grenze wäre nur dann überschritten, wenn die Finanzierung des Kauf- und Sanierungsvorhabens der Parteien ohne Einsatz von Eigenmitteln außerhalb der Grenzen der Verkehrssitte läge. Hier von kann aber weder im Allgemeinen noch gerade im Hinblick auf die Geschäftstätigkeit der Kl. ausgegangen werden. Diese hatte, was unstreitig ist, vorher ein Vorhaben ähnlichen Zuschnitts allein mit Fremdmitteln verwirklicht.

B. Keine Widerlegung dieser Vermutung durch außerhalb der Urkunde liegende Umstände

Zu Recht hat das BerGer. über die für die Auslegung des Rücktrittsgrundes erheblichen Begleitumstände Beweis erhoben. Denn auch ein Beweisergebnis, welches die Behauptung der Bekl. gestützt hätte, die Kl. habe vor Erklärung des Rücktritts Eigenkapital einsetzen müssen, wäre rechtlich beachtlich gewesen. Es hätte in der Urkunde einen, wenn auch nur andeutungsweisen, Niederschlag gefunden und hätte mithin dem Urkundenserfordernis des § 313 S. 1 BGB a. F. genügt. Da das BerGer. Feststellungen in der einen oder anderen Richtung nicht zu treffen vermochte, ist die Sache im Sinne der Wiederherstellung des Urteils des LG entscheidungsreif (§ 565 III ZPO a.F.).

*Strafrecht***Standort: § 24 I 1 2. Fall; II 1 StGB****Problem: "Halbherziger" Rücktritt**

BGH, BESCHLUSS VOM 14.08.2002

2 STR 251/02 (STRAFO 2002, 360)

BGH, BESCHLUSS VOM 26.09.2002

1 ARS 36/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Bei der vorliegenden Entscheidung handelt es sich um einen Anfrageschluss des 2. Strafsenats des BGH, der befürchtet, mit der von ihm beabsichtigten Entscheidung von der Rechtsprechung anderer Senate abzuweichen. In diesem Fall ist gem. § 132 III GVG dem anderen Senat bzw. den anderen Senaten die geplante Entscheidung vorzulegen. Sofern diese erklären, dass sie ihre Rechtsprechung ändern wollen bzw. in der geplanten Entscheidung keinen Widerspruch zu ihrer bisherigen Rechtsprechung sehen, kann der vorlegende Senat die beabsichtigte Entscheidung fällen. Anderenfalls wird die Frage dem Großen Strafsenat vorgelegt, der dann verbindlich entscheidet (§ 132 II GVG).

Inhaltlich geht es um die Frage, welche Anforderungen an einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2. Fall StGB zu stellen sind, insb. ob es erforderlich ist, dass der Täter die optimalen Maßnahmen zur Erfolgsverhinderung ergreift oder ob es ausreicht, dass er den Erfolgseintritt irgendwie verhindert. In seinem Vorlagebeschluss vertritt der 2. Senat des BGH einen sehr täterfreundlichen Standpunkt und verlangt für einen Rücktritt nicht, dass der Täter die sicherste Möglichkeit der Erfolgsverhinderung wählt, sondern nur kausal wird für den Nichteintritt des Erfolgs.

Der 1. Senat, der auf die Vorlage bereits geantwortet hat, sieht keinen Widerspruch zwischen der geplanten Entscheidung des 2. Senats und seiner Rechtsprechung. Auch er verlangt nicht, dass der Täter den erfolgversprechendsten Weg zur Verhinderung des Erfolges wählt, hält es jedoch für erforderlich, dass der Täter die von ihm gewählte Verhinderungsmöglichkeit "ausschöpft". Eine solche Entscheidung würde jedoch bedeuten, dass (entgegen der Rechtsauffassung des 2. Senats) eine bloße äquivalente Kausalität des Täters für die Erfolgsverhinderung u.U. doch nicht für einen Rücktritt ausreicht, sofern der Täter die von ihm gewählte Maßnahme nicht "ausge-

schöpft" hat, sodass tatsächlich doch eine unterschiedliche Rechtsprechung der beiden Senate zu befürchten wäre.

Prüfungsrelevanz:

Das Problem des sog. "halbherzigen Rücktritts" i.R.v. § 24 I 1 2. Fall und § 24 II 1 StGB stellt eine beliebte Frage in Examensaufgaben dar.

Beide der genannten Vorschriften setzen vom Wortlaut her nur voraus, dass der Töter "freiwillig die Vollendung verhindert", während §24 I 2 und §24 II 2 StGB ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen verlangen. Insofern besteht ein in letzter Zeit wieder verstärkt geführter Streit, ob es i.R.v. § 24 I 1 2. Fall; II 1 StGB ausreicht, dass der Täter nur irgendwie kausal wird für die Erfolgsverhinderung, oder ob er das Bestmögliche zur Verhinderung des Erfolges getan haben muss (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 59), wobei teilweise auch noch danach differenziert wird, ob der Täter die Handlung selbst vornimmt oder hierzu Dritte einschaltet (Roxin, Hirsch-FS, 353 ff.).

Die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage in der Vergangenheit ist nicht ganz einheitlich gewesen (oder jedenfalls von der Literatur falsch verstanden worden, wie der 1. Senat meint), so dass es nicht verwundert, dass der 2. Senat nunmehr eine eindeutige Klärung der Frage (ggf. durch den Großen Strafsenat) herbeizuführen wünscht.

Erfreulich ist, dass der 2. Senat, der beabsichtigt, der weiteren Auffassung zu folgen und jede kausale Erfolgsverhinderung für einen Rücktritt ausreichen zu lassen, erkannt hat, dass dies zu einer Ungleichbehandlung von tauglichem und untauglichem Versuch führt. Beim untauglichen Versuch, der ja dadurch gekennzeichnet ist, dass der Täter die Tat (so) niemals vollenden kann, ist es natürlich nicht möglich für den Töter, kausal zu werden für den Nichteintritt des Erfolges, da dieser auch ohne sein Eingreifen nicht eingetreten wäre (denn der Versuch war ja von Anfang an untauglich). Insoweit kann also ein Rücktritt - jedenfalls bei einem beendeten Versuch - nur über § 24 I 2; 24 II 2 StGB erfolgen, so dass sich der Täter beim Rücktritt vom untauglichen Versuch immer

ernsthaft bemühen und deswegen die optimalen Verhinderungsmaßnahmen ergreifen muss. Diesen Unterschied zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ist der 2. Senat jedoch bereit, hinzunehmen.

Ein weiteres Problem, das die beabsichtigte Rechtsprechung nach sich ziehen könnte ist, dass der Töter ggf. auch durch ein bloßes Unterlassen zurücktreten könnte, sofern dies nur kausal ist für den Nichteintritt des Erfolges. Diese Konstellation, in der die Rechtsprechung früher gelegentlich einen Rücktritt angenommen hatte (BGH, NJW 1990, 3219; OLG Karlsruhe, NJW 1978, 331), ist von der Literatur abgelehnt worden (Schroeder, JuS 1978, 824; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 59 m.w.N.). Da der 2. Senat im vorliegenden Fall vom Vorliegen eines unechten Unterlassungsdelikts ausgegangen ist, stellte sich für ihn diese Frage jedoch nicht, da beim Versuch eines Unterlassens stets ein aktives Tun für einen Rücktritt erforderlich ist.

Vertiefungshinweise:

Zum "halbherzigen" Rücktritt: *BGHSt* 31, 46, 49; *NJW* 1989, 2068; *StV* 1997, 519; *NStZ* 1999, 128; *Herzberg*, JR 1989, 449; *Otto*, Jura 1992, 423; *Puppe*, *NStZ* 1984, 488;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wilde Ehe"

A. Der Beschluss des 2. Senats

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Ein gemäß § 24 I 1 2.HS StGB strafbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts setzt nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder "optimale" gewählt hat. Die Anforderungen an ein "ernsthafte Bemühen" i.S.v. § 24 I 2 StGB gelten für diesen Fall nicht.

2. Die im Ergebnis ungleiche Behandlung des Rücktritts vom beendeten untauglichen Versuch, bei dem mangels Kausalität der Bemühungen stets der Maßstab des § 24 I 2 StGB anzuwenden ist, rechtfertigt es nicht, den Wortlaut des § 24 I 1 2.HS StGB in den Fällen kausaler Verhinderung auszudehnen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte öffnete in Selbsttötungsabsicht zwei

Gashähne in seiner im Erdgeschoss eines 12-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Hierbei dachte er nicht daran, dass durch sein Handeln möglicherweise andere Hausbewohner zu Schaden kommen könnten. Nach dem Öffnen der Gashähne wurde dem Angeklagten bewusst, dass es durch das ausströmende Gas zu einer Explosion kommen könnte und dass hierdurch andere Hausbewohner verletzt oder getötet werden könnten. Dies nahm er zunächst billigend in Kauf. Kurze Zeit später änderte er insoweit seine Willensrichtung. Er rief über die Notrufnummer zunächst die Feuerwehr, unmittelbar darauf die Polizei an, nannte seinen Namen und seine Anschrift und forderte die genannten Stellen auf, sogleich für eine Rettung der Hausbewohner zu sorgen, da er nicht wollte, dass diese durch eine - vom Angeklagten als möglich erkannte - Gasexplosion zu Schaden kämen. Seinen Entschluss, sich selbst durch Gasvergiftung zu töten, gab er nicht auf; der Aufforderung, das Gas abzdrehen, kam er daher nicht nach. Nach Beendigung des zweiten Telefongesprächs wurde der Angeklagte bewusstlos; wenige Minuten später traf die Feuerwehr ein, evakuierte etwa 50 Personen und drehte den Gashahn zu. Ob das Gasgemisch in der Wohnung des Angeklagten schon explosionsfähig war, konnte nicht festgestellt werden.

Aus den Gründen:

I. Beabsichtigte Entscheidung des 2. Senats

Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Ein gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB strafbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts setzt nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder "optimale" gewählt hat.

Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob der beabsichtigten Entscheidung dortige Rechtsprechung entgegensteht und ob gegebenenfalls an dieser festgehalten wird.

II. Würdigung des vorliegenden Sachverhalts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen - durch aktives Tun begangenen - Versuchs des Mordes mit gemeingefährlichen Mitteln in Tateinheit mit Versuch der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion verurteilt; einen strafbefreienden Rücktritt hat es mit der Begründung abgelehnt, die Bemühungen des Angeklagten seien nicht ausreichend gewesen.

Der Senat neigt der Ansicht zu, dass der Angeklagte von dem - durch Unterlassen begangenen - Versuch nach § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB strafbe-

freund zurückgetreten ist. Da das auf Rettung des bedrohten Rechtsguts abzielende Handeln des Angeklagten, der eine als möglich erkannte Vollendung der Tat jedenfalls nicht mehr billigte, für die Verhinderung der Vollendung kausal war, kommt es nach Auffassung des Senats nicht darauf an, ob dem Angeklagten schnellere oder sicherere Möglichkeiten der Rettung zur Verfügung gestanden hätten; die Anforderungen an ein "ernsthaftes Bemühen" im Sinne von § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB gelten für diesen Fall nicht.

III. Darstellung der Problematik

1. Überblick über die bisherige Rechtsprechung

Entsprechend hat der Senat in den Entscheidungen vom 3. Juli 1981 - 2 StR 357/81 (NSStZ 1981, 388), 7. November 1985 - 2 StR 521/84 (NJW 1985, 813), 26. März 1997 - 2 StR 650/96 (NSStZ-RR 1997, 233, 234) und 3. Februar 1999 - 2 StR 540/98 (NSStZ 1999, 299) entschieden; ebenso der 5. Strafsenat in den Beschlüssen vom 28. November 1998 (BGHSt 44, 204, 207) und vom 9. Dezember 1998 (NSStZ 1999, 128).

Der 1. Strafsenat hat im Urteil vom 27. April 1982 - 1 StR 873/81 (BGHSt 31, 46, 49) entschieden, der Täter dürfe sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die, wie er erkennt, (möglicherweise) unzureichend sind, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Er müsse solche Möglichkeiten ausschöpfen und dürfe dem Zufall keinen Raum bieten. Wenn der Erfolg ohne Zutun des Täters abgewendet werde (also ein Fall des § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB gegeben ist), "(ändere) sich dadurch nichts" (BGHSt 31, 46, 49). Ähnlich haben der 3. Strafsenat (BGH bei Dallinger MDR 1972, 751) sowie der 4. Strafsenat entschieden (Beschl. vom 20. Februar 1997 - 4 StR 642/96; vom 25. Februar 1997 - 4 StR 49/97 (NSStZ-RR 1997, 193, 194)), wobei aber jeweils offen bleibt, ob die auf BGHSt 31, 46, 49 Bezug nehmenden Ausführungen einen Fall des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB betreffen (vgl. auch Urteil vom 5. Dezember 1985 - 4 StR 593/85 (NJW 1986, 1001, 1002)).

Der 1. Strafsenat selbst hat im Urteil vom 15. Mai 1990 - 1 StR 146/90 (NJW 1990, 3219) unter Bezugnahme auf BGHSt 31, 46 angeführt, im Fall der Ursächlichkeit der Verhinderungsbemühungen sei der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter zur Rettung mehr als geschehen hätte tun können (so auch der 4. Strafsenat in der Entscheidung StV 1981, 396, 397).

2. Meinungsstand in der Literatur

In der Literatur ist die Frage umstritten (vgl. die

Überblicke bei Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 24 Rdn. 59; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 24 Rdn. 32 ff.; Roxin in Festschrift für H.J. Hirsch, 1999, S. 327 ff.; Kolster, Die Qualität der Rücktrittsbemühungen des Täters beim beendeten Versuch, 1993, S. 74 ff.). Die Entscheidung BGHSt 31, 46, 49 ist in der Literatur dahin verstanden worden, dass auch bei kausaler Erfolgsverhinderung "bestmögliche" Bemühungen des Täters erforderlich seien (vgl. Puppe NSStZ 1984, 488, 490; Rudolphi NSStZ 1989, 508); die Autoren, die diese Ansicht vertreten (vgl. insbesondere Herzberg NJW 1989, 867; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 26. Abschn. Rdn. 21; 29. Abschn. Rdn. 119; ders. ZStW 104 [1992], 89; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. § 27 Rdn. 28; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., § 15 Rdn. 89 ff.; alle m.w.N.), berufen sich in der Regel auf die Entscheidungen BGH (bei Dallinger) MDR 1972, 751 f. und BGHSt 31, 46, 49.

IV. Begründung der Rechtsauffassung des 2. Senats

Der Senat will - im Anschluss an die in der Literatur verbreitete Gegenansicht (vgl. etwa Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 24 Rdn. 59; Rudolphi in SK-StGB § 24 Rdn. 27 b, 27 c; Vogler in LK, 10. Aufl. § 24 Rdn. 112 a; Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil 5. Aufl. § 51 V 2; Wessels/Beulke Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. Rdn. 644; jeweils m.w.N.) - an seiner oben genannten Auffassung festhalten; er sieht für die Fälle kausaler Erfolgsverhinderung auch keine Notwendigkeit, im Grundsatz zwischen eigenhändiger Verhinderung und Zuziehung Dritter zu differenzieren (vgl. Roxin, Festschrift für H.J. Hirsch, 1999, 327, 353 ff.). Für den Fall des Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts ergibt sich nach Ansicht des Senats aus der Ingerenzhaftung des Garanten insoweit keine Besonderheit (so insbesondere Jakobs a.a.O., 29. Abschn. Rdn. 119). Die im Ergebnis ungleiche Behandlung des Rücktritts vom beendeten untauglichen Versuch, bei dem mangels Kausalität der Bemühungen stets der Maßstab des § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB anzuwenden ist, sieht der Senat; sie rechtfertigt es nach seiner Ansicht nicht, den Wortlaut des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB in den Fällen kausaler Verhinderung auszudehnen. Erforderlich ist danach allein, dass der Täter seinen Vollendungsvorsatz vollständig aufgibt, im Fall bedingten Vorsatzes also den als weiterhin möglich erkannten Taterfolg nicht mehr billigt, und dass er - erfolgreich - eine solche Rettungsmöglichkeit wählt, die er für geeignet hält, die Vollendung zu verhindern.

V. Möglichkeit des Widerspruchs zur Rechtsprechung anderer Senate

Dem könnten die oben genannten Entscheidungen des 1. Strafsenats (insbesondere BGHSt 31, 46, 49), aber auch des 4. Strafsenats entgegenstehen; der Senat vermag ihnen nicht mit Sicherheit zu entnehmen, ob sie auf einer von der Ansicht des Senats abweichenden Rechtsauffassung beruhten und ob diese gegebenenfalls in späteren Entscheidungen aufgegeben wurde. Da der 1. Strafsenat in der Entscheidung NJW 1990, 3219 sowohl auf die Entscheidung in StV 1981, 396 als auch auf BGHSt 31, 46 verwiesen hat, liegt die Annahme nahe, dass die letztgenannte Entscheidung in der Literatur missverstanden worden ist.

VI. Anfragebeschluss

Der Senat fragt im Hinblick auf die nicht ganz eindeutige Rechtsprechung gleichwohl vorsorglich bei den anderen Strafsenaten an, ob der beabsichtigten Entscheidung dortige Rechtsprechung entgegensteht.

B. Der Beschluss des 1. Senats

Leitsatz (der Redaktion):

Ein gemäß § 24 I 1 2.HS StGB strafbefreiender Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts setzt nicht voraus, dass der Täter, der die Vollendung der Tat erfolgreich verhindert und dies auch anstrebt, unter mehreren Möglichkeiten der Erfolgsverhinderung die sicherste oder optimale gewählt hat. Erforderlich ist jedoch, dass der Täter die von ihm gewählte, objektiv und aus seiner Sicht geeignete Verhinderungsmöglichkeit ausschöpft.

Aus den Gründen:

I. Kein Widerspruch zwischen beabsichtigter Rechtsprechung des 2. Senats und Rechtsprechung des 1. Senats

Der vom 2. Strafsenat beabsichtigten Entscheidung steht Rechtsprechung des Senats nicht entgegen. [...]

II. Bisherige Rechtsprechung des 1. Senats

Soweit das Senatsurteil BGHSt 31, 46 im Blick auf bestimmte Formulierungen (aaO S. 49) in der Literatur anders verstanden wird (vgl. Anfragebeschluss S. 4/5), beruht das auf einer nicht zutreffenden Interpretation. Der Zusammenhang jenes Senatsurteils und sein sinngerechtes Verständnis im Blick auf den dort zugrundeliegenden Sachverhalt ergeben, dass der Senat verlangt, der Täter habe die von ihm gewählte, objektiv und aus seiner Sicht geeignete Verhinderungsmöglichkeit auszuschöpfen (BGHSt 31, 46, 50 unter Ziff. 2.). In dem dort zu beurteilenden Fall hatte der Angeklagte das schwerverletzte Opfer mit dem Pkw in die Nähe des Krankenhauses gefahren, es dort aussteigen lassen und es dem Zufall überlassen, ob die Schwerverletzte das Krankenhaus allein oder mit fremder Hilfe auch erreichen würde. (Sie war später etwa auf der Hälfte der verbleibenden Wegstrecke von einem Passanten bewusstlos in einem Gebüsch gefunden worden.) Es bedurfte also - auf der Grundlage des vom Täter zur Rettung eingeschlagenen Weges - weiterer, von ihm nicht veranlasster Rettungshandlungen eines Dritten; deshalb hatte der Täter dort weder die objektiv gebotenen noch die aus seiner Sicht ausreichenden Bemühungen zur Erfolgsabwendung entfaltet.

III. Übereinstimmung der Ergebnisse beider Senate (im vorliegenden Fall)

In dem jetzt vom 2. Strafsenat zu entscheidenden Fall hingegen hat der Angeklagte grundsätzlich geeignete Rettungshandlungen Dritter veranlasst. Er hat sich freilich durch die Alarmierung von Feuerwehr und Polizei für einen möglicherweise zunächst weniger aussichtsreichen, aber einen nach den Umständen des Einzelfalles wohl dennoch geeigneten Weg der Rettung entschieden und die dadurch - d.h. bei dem eingeschlagenen Weg - gegebene Verhinderungsmöglichkeit naheliegenderweise auch ausgeschöpft. Das volle Risiko eines gleichwohl eintretenden Taterfolges trug er ohnehin (vgl. BGHSt 31, 46, 49 m.w.Nachw.).

Standort: § 252 StPO**Problem: Fehlende Rüge bei Verstoß gegen § 252 StPO**

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 05.08.2002

2 Ss 348/02 (STV 2002, 592)

Problemdarstellung:

Das AG hatte den Angeklagten wegen Raubes verurteilt. Opfer der Tat war der Bruder des Angeklagten. In der Hauptverhandlung hatten der Angeklagte von seinem Schweigerecht und der Bruder von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Das AG hatte den Angeklagten trotzdem verurteilt und die hierfür erforderlichen Tatsachen einem Schreiben des Angeklagten an den Haftrichter sowie dem Haftbefehl entnommen, der aufgrund der Aussage des Bruders des Angeklagten im Ermittlungsverfahren erlassen worden war. Das OLG hat auf die Sprungrevision (§ 335 StPO) des Angeklagten hin dieses Urteil aufgehoben. Da der Bruder sich nachträglich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen habe, sei das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO einschlägig. Dieses verbiete es, eine frühere Aussage in irgendeiner Weise - also auch mittelbar, z.B. durch Verwendung des Haftbefehls, der aufgrund der früheren Aussage erlassen wurde - zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen. Auch sei es für die Rüge einer Verletzung von § 252 StPO in der Revision nicht erforderlich, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger bereits in der erstinstanzlichen Verhandlung der Verwertung des Beweismittels widersprochen haben.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich der Beweisverwertungsverbote stellen im zweiten Staatsexamen strafprozessuales Grundwissen dar, sind jedoch auch im ersten Examen (meist in der Form von Zusatzfragen) wiederholt Gegenstand von Klausuren oder Hausarbeiten gewesen.

Die vorliegend relevante Vorschrift des § 252 StPO ist insoweit besonders interessant, da es sich hierbei um einen der wenigen gesetzlich geregelten Fälle eines Beweisverwertungsverbotes handelt. Nach dieser Vorschrift darf die frühere Aussage eines Zeugen, der sich erst in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, nicht verlesen werden. Da sich diese Rechtsfolge auch bereits aus § 250 S. 2 StGB ergäbe, geht die hM (insb. auch der BGH) davon aus, dass § 252 StPO ein über seinen unmittelbaren Wortlaut hinausgehendes Beweisverwertungsverbot beinhaltet und grds. jede - auch mittelbare

Verwertung der früheren Aussage verbietet (BGH NJW 1980, 67; Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 252 Rn. 12 ff.; aA: SK(StPO)-Schlüchter, § 252 Rn. 25). Der BGH macht hiervon nur insofern eine Ausnahme, als er die Vernehmung eines bei der früheren Vernehmung mitwirkenden Richters unter bestimmten Voraussetzungen zulässt (vgl. BGHSt 36, 384; NStZ 1985, 36; NJW 1996, 1501). Im vorliegenden Fall ergänzt das OLG Hamm diese BGH-Rechtsprechung insofern, als es klarstellt, dass auch die Verwendung eines Haftbefehls, der aufgrund der gem. § 252 StPO unverwendbaren Aussage erlassen wurde, nicht in Betracht kommt.

Zwei weitere Punkte machen den vorliegenden Fall besonders interessant:

Zum einen stellt das OLG Hamm nur relativ geringe Anforderungen an die zulässige Erhebung der Verfahrensrüge. Gem. § 344 II 2 StPO müssen, sofern die Revision auf Verfahrensfehler gestützt werden soll (sog. Verfahrensrüge), die den Mangel enthaltenden Tatsachen in der Revisionsbegründungsschrift angegeben werden. Der BGH hat diese Vorschrift stets extrem streng ausgelegt. So entspricht es der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass Bezugnahmen und Verweisungen auf andere Schriftstücke insoweit stets zur Unzulässigkeit der Rüge führen; die Fundstellen müssen in ihrem Wortlaut wiedergegeben werden, damit das Revisionsgericht allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob die Revision insofern begründet ist (BGH NJW 1995, 2047; StV 1996, 530). Das OLG Hamm hat im vorliegenden Fall die Bezugnahme auf die Urteilsgründe jedoch für ausreichend i.S.v. § 344 II 2 StPO erachtet, da zudem auch noch die Sachrüge umfassend und wirksam erhoben wurde (und das Urteil deswegen sowieso vom Gericht zu prüfen war).

Schließlich stellt das OLG Hamm klar, dass eine Rüge der Verletzung von § 252 StPO in der Revision auch dann noch möglich ist, wenn der Angeklagte in der Vorinstanz der Verwertung des gem. § 252 StPO unverwertbaren Beweismittels nicht widersprochen hat. Der BGH vertritt i.R. der Beweisverwertungsverbote grds. die (aus § 238 II StPO abgeleitete) sog. "Widerspruchslösung", nach der der Angeklagte sein Rügerecht für die Revision verwirkt, wenn er der Verwertung des Beweismittels nicht bereits in der Tatsacheninstanz widerspricht (vgl. BGHSt 38, 214). Das OLG Hamm stellt insofern klar, dass es sich bei § 252 StPO (ebenso wie bei § 136 a III 2 StPO) um ein Beweisverwertungsverbot handelt, auf das die

Beteiligten nicht verzichten können (BGH StV 1996, 522; 1998, 470). Deshalb ist es auch bei einem Verstoß gegen § 252 StPO (ebenso wie bei einem Verstoß gegen § 136 a III 2 StPO, vgl. BGH StV 1996, 360) nicht erforderlich, diesen Verfahrensfehler in der Verhandlung zu rügen.

Vertiefungshinweise:

Zu § 252 StPO: BGH StV 1996, 196, 522; NStZ 1997, 95; Fezer, JZ 1990, 876; Welp, JR 1996, 78

Zu den Anforderungen des § 344 II 2 StPO: BGH NJW 1995, 2047; StV 1996, 530; Gribbohm, NStZ 1983, 101; Scheffler, NStZ 1989, 159

Zur Widerspruchslösung des BGH: BGHSt 38, 214, 226 f.; NJW 1996, 1547; Müller, StV 1996, 358

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Niemann"

Assessorkurs: "Bruns"

Leitsätze:

1. Ein Verstoß gegen § 252 StPO kann in der Revision auch dann gerügt werden, wenn der Angeklagte oder sein Verteidiger der Verwertung des Beweismittels in der Hauptverhandlung nicht widersprochen haben.

2. Zum Umfang des sich aus § 252 StPO ergebenden Beweisverwertungsverbots.

Sachverhalt:

In den Morgenstunden des 24.10.2000 traf der Angekl., der betäubungsmittelabhängig ist, seinen Bruder A. vor dessen Wohnung und begleitete ihn zunächst zu einer Straßenbahnhaltestelle und sodann anschließend während einer Straßenbahnfahrt nach Bochum. In der Nähe der Bochumer Sparkasse in einer Passage tastete der Angekl. die Taschen seines Bruders ab und gab vor, nur nachprüfen zu wollen, ob dieser seinen Wohnungsschlüssel bei sich habe. Der Angekl. verfolgte sodann seinen flüchtenden Bruder A., warf diesen am Eingangsbereich des Lieferantenausgangs zum City Point zu Boden, kniete sich auf den am Boden Liegenden, blockierte seine Arme und entwendete aus der rechten Hosentasche ein Handy der Marke Nokia 3210.

Nachdem der Angeklagte in der Hauptverhandlung v. 23.11.2001 von seinem Schweigerecht Gebrauch machte, verlas das AG ein Schreiben des Angekl. v. 28.05.2001 an den Haftrichter sowie den am 20.12.2000 gegen den Angekl. erlassenen Haftbefehl. Das Schreiben des Angekl. v. 28.05.2001 ist im Wortlaut in den Gründen des angefochtenen Urteils wie-

dergegeben und hat im wesentlichen folgenden Inhalt: "Am Freitag dem 25.05.2001 wurde ich dem Haftrichter vorgeführt. Dort habe ich meinen Haftbefehl bekommen und abgestritten was darauf steht. Ich bitte Sie vielmals um Entschuldigung, dass ich eine Falschaussage gemacht habe. Die Geschichte stimmt so wie sie mein Bruder ausgesagt hat. Ich bereue die Tat zu 100 %, weil es falsch war was ich getan habe. Ich habe mich auch bei meinem Bruder mehrmals dafür entschuldigt und ihm auch ein neues Handy gegeben." Der Haftbefehl v. 20.12.2000 enthält ausweislich der Urteilsgründe den Vorwurf, so wie er in die Feststellungen des angefochtenen Urteils eingegangen ist.

Der sodann vom AG vernommene Bruder des Angekl. machte von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch.

Aus den Gründen:

Das AG hat den Angeklagten mit dem angefochtenen Urteil wegen Raubes zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt. [...] Die zulässige Revision des Angekl. hat - zumindest vorläufig - Erfolg. Das angefochtene Urteil war auf die formelle Rüge des Angekl., mit der er u.a. einen Verstoß gegen § 252 StPO rügt, aufzuheben. [...]

A. Zur Zulässigkeit

Die Verfahrensrüge ist in zulässiger Weise erhoben worden.

I. Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen gem. § 344 II 2 StPO

Soweit die Verletzung des § 252 StPO gerügt wird, genügt das Revisionsvorbringen den Anforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Zwar werden die der Rüge zugrunde liegenden Verfahrensvorgänge insofern nicht vollständig mitgeteilt, als die Revisionsrechtfertigung hinsichtlich des Wortlauts der verlesenen Urkunden auf die Urteilsgründe Bezug nimmt. Diesbezüglich kann aber aufgrund der umfassend erhobenen Sachrüge der Inhalt des Urteils ergänzend berücksichtigt werden (vgl. BGH StV 2001, 386; StraFo 2001, 86, 87; BGH bei Kusch NStZ 1997, 378; BGH StV 1995, 564; BGH NStZ 1993, 142, 143; Kuckein, in KK zur StPO, 4. A., § 344 Rdnr. 39).

II. Keine Verwirkung der Rüge trotz fehlenden Widerspruchs des Angeklagten

Der Zulässigkeit der Rüge steht auch nicht entgegen, dass sich die Revisionsbegründung nicht dazu verhält, ob der Angekl. oder sein Verteidiger die Verwertung der früheren Angaben des Zeugen und die ihr zugrunde liegenden Verfahrensvorgänge in der Hauptver-

handlung beanstandet bzw. ihnen widersprochen haben. § 252 StPO ordnet ein Beweisverbot an, welches von den Verfahrensbeteiligten nicht abbedungen werden kann (vgl. BGHSt 10, 77, 79; BGH StV 1998, 470; NStZ 1997, 95 [96]; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. A., § 252 Rdnr. 12). Aus diesem Grund kann der Angekl. einen Verstoß gegen § 252 StPO in der Revision auch dann rügen, wenn er oder sein Verteidiger der Verwertung in der Hauptverhandlung nicht widersprochen haben. Auch eine Präklusion der Rüge wegen Verzichts auf den in § 238 Abs. 2 StPO vorgesehenen Zwischenrechtsbehelf scheidet bei Eingriffen in die Entschließungsfreiheit eines Zeugen, dem der Gesetzgeber zu seinem Schutz ein Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt hat, aus (vgl. insoweit BGHSt 45, 203, 205 m.w.N.)

B. Zur Begründetheit

Die Revision dringt mit ihrer Rüge der Verletzung des § 252 StPO auch in der Sache durch.

I. Gesetzesverletzung wg. Verletzung von § 252 StPO

1. Umfang des Beweisverwertungsverbots aus § 252 StPO

Die Vorschrift verbietet nach allgemeiner Meinung - über ihren Wortlaut hinaus - nicht allein die Verlesung der früheren Aussage eines Zeugen, der in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, sondern enthält ein umfassendes Beweisverwertungsverbot des Inhalts, dass es bei berechtigter Zeugnisverweigerung schlechterdings unzulässig ist, eine frühere Aussage in irgendeiner Weise zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen (so schon BGHSt 2, 99, 1904 f.; vgl. zuletzt BGHSt 45, 203, 205). Auch eine mittelbare Verwertung ist unzulässig.

2. Verstoß gegen § 252 StPO durch das AG

Durch die Verlesung des Haftbefehls v. 20.12.2000 hat das AG aber mittelbar die Aussage des Bruders des Angekl. im Ermittlungsverfahren ausgenutzt, auch wenn der Tatrichter die Überzeugung von der Täterschaft des Angekl. letztlich auf dessen geständige Einlassung in seinem Schreiben v. 28.05.2001 stützt. Zur Auslegung dieses Schreibens hat er den Vorwurf des Haftbefehls herangezogen, ohne den er Feststellungen zum tatsächlichen Geschehens-Ablauf nicht hätte treffen können, da das Schreiben des Angekl. v. 28.05.2001 insoweit eine Schilderung der Vorgänge am Tatort nicht enthüllt. Dazu war vielmehr der Inhalt des Haftbefehls erforderlich. Der Vorwurf des

Haftbefehls beruhte aber allein auf der Aussage des in der Hauptverhandlung sein Zeugnis verweigernden Bruders des Angekl. Davon ist auch das AG ausgegangen, wenn es in seiner Beweiswürdigung den Inhalt der Aussage des Zeugen/Bruders praktisch mit dem Vorwurf des Haftbefehls gleichgesetzt hat.

3. Keine Beschränkung der Anwendbarkeit von § 252 StPO auf förmliche Vernehmungen

Entgegen der Auffassung der GStA ist die Vorschrift des § 252 StPO auch nicht etwa mangels förmlicher Vernehmung des Zeugen unanwendbar. Zwar werden Äußerungen, die ein Zeuge vor oder außerhalb der Vernehmung aus freien Stücken getan hat, von § 252 StPO nicht erfasst, was auch für den Inhalt einer Strafanzeige gilt, mit der keine Vernehmung verbunden ist (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 252 Rdnr. 8 m.w.N.). Dass es sich vorliegend aber um eine solche "Spontanäußerung" gehandelt hat, lässt sich den getroffenen Feststellungen jedoch nicht entnehmen. Die Urteilsgründe verhalten sich gerade nicht dazu, dass der Bruder des Angekl. seine Aussage ohne amtliche Veranlassung getan hat. Zugunsten des Angekl. ist daher davon auszugehen, dass der Zeuge i.S.d. §§ 136, 136 a StPO "vernommen" worden ist.

II. Beruhen des Urteils auf der Gesetzesverletzung

Das angefochtene Urteil beruht auch auf dem dargelegten Verfahrensverstoß (§§ 337 Abs. 1 StPO). Die Feststellungen des AG zum Schuldspruch stütze sich nämlich jedenfalls auch auf den Inhalt des prozessordnungswidrig verlesenen Haftbefehls. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil bei richtiger Gesetzesanwendung anders ausgefallen wäre.

C. Zurückverweisung

Nach allem war daher das angefochtene Urteil mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Bochum zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 StPO). Ein Freispruch des Angeklagten (§§ 353, 354 Abs. 1 StPO) durch das Revisionsgericht kam nicht in Betracht. Nach Auffassung des Senats besteht noch die Möglichkeit, dass in einer neuen Hauptverhandlung weitere Feststellungen getroffen werden. Denn nur, wenn der Angeklagte weiterhin von seinem Schweigerecht Gebrauch macht und auch der Bruder weiterhin das Zeugnis verweigert, sind Feststellungen zu Lasten des Angeklagten ausgeschlossen.

Standort: § 224 StGB**Problem: § 224 I Nr. 4 StGB**

BGH, URTEIL VOM 03.09.2002

5 STR 210/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte L das Opfer zusammengeschlagen, nachdem er dies vorher mit den Mitangeklagten S und Z abgesprochen hatten, die ihn auch begleiteten, um ihn durch ihre Anwesenheit zu stärken. Schließlich wurden dem Opfer auch mehrere Messerstiche beigebracht, wobei sich aber nicht mehr aufklären ließ, durch wen.

Das LG hatte L wg. Körperverletzung und S und Z wg. Beihilfe hierzu verurteilt. Der BGH bestätigte die Wertung des LG, dass S und Z keine Mittäter seien und dass keiner der Angeklagten für die Messerstiche haftete, da keinem von ihnen deren Durchführung nachgewiesen werden konnte. Im Gegensatz zur Vorinstanz geht der BGH jedoch vom Vorliegen einer gefährlichen Körperverletzung i.S.v. § 224 I Nr. 4 StGB aus.

Prüfungsrelevanz:

Die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte erfreuen sich im Examen besonderer Beliebtheit, insbesondere wenn es darum geht - wie im vorliegenden Fall - anhand dieser Delikte Probleme des allgemeinen Teils zu erörtern.

Schwerpunkt dieses Falles ist § 224 I Nr. 4 StGB. Bis zum 6. Strafrechtsreformgesetz 1998 lautete der Wortlaut dieser Qualifikation (§ 223 a StGB a.F.) "von mehreren gemeinschaftlich". Da auch die Mittäterschaft in § 25 II StGB mit dem Wort "gemeinschaftlich" beschrieben wird, führte dies zu der Diskussion, ob die "mehreren" i.S.v. § 223 a StGB a.F. alle Mittäter sein müssten oder auch Taten, die vom Täter zusammen mit Teilnehmern begangen würden, unter diese Qualifikation fallen sollten (vgl. Tröndle, StGB, 48. Aufl. 1997, § 223 a Rn. 4 m.w.N.). Seit der Gesetzesänderung verlangt § 224 I Nr. 4 StGB ausdrücklich das Zusammenwirken "mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich". Da zu den Beteiligten gem. § 28 II StGB sowohl Täter als auch Teilnehmer zählen, ist hiermit klargestellt, dass der andere Mitwirkende nicht unbedingt ein Mittäter sein muss (aA SK-Horn, § 224 Rn. 25; Schroth, NJW 1998, 2861). Dennoch enthält § 224 I Nr. 4 StGB noch die Formulierung des § 25 II StGB ("gemeinschaftlich"). Dem entnimmt die hM, dass es zwar keine Rolle spielt, ob die Beteiligten Täter oder Teilnehmer sind, aber ent-

scheidend darauf abgestellt werden muss, dass sie am Tatort zusammenwirken (Schönke/Schröder-Eser, § 224 Rn. 11 m.w.N.; weiter: Krumme, VRS 14, 287). Die erhöhte Gefährlichkeit (und Strafwürdigkeit) des § 224 I Nr. 4 StGB gegenüber § 223 StGB liegt der hM zufolge nämlich gerade darin, dass sich das Opfer mehreren Feinden gegenüber sieht und deswegen eingeschüchtert und in seiner Verteidigung gehemmt ist. Diese Argumentation hat der BGH hier aufgegriffen und noch einmal betont, dass die Qualifikation jedenfalls dann verwirklicht sein müsse, wenn der am Tatort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist.

Am Rande stellt der BGH in diesem Urteil fest, dass § 224 I Nr. 4 StGB keine neuen Voraussetzungen für eine Täterschaft i.R. der Körperverletzungsdelikte begründet, sondern das auch hier die allgemeinen Grundsätze gelten.

Außerdem betont der BGH, dass in dem vorliegenden Fall, in dem sich nicht mehr klären lässt, welcher der Angeklagten dem Opfer die Messerstiche versetzt hat, wegen des Grundsatzes "in dubio pro reo" dies keinem von ihnen angelastet werden kann und auch eine Zurechnung nicht möglich ist, da sich nicht ergibt, dass die Verwendung des Messers durch einen Mitangeklagten gebilligt wurde und deswegen insoweit ein Exzess vorliegt.

Vertiefungshinweise:

Zu § 223 a I StGB a.F. und § 224 I Nr. 4 StGB n.F.: BGH NSTZ 2000, 194; Dencker u.a., Einführung in das 6. StrRG, 47; Joecks, StudKomm 3. Aufl., § 224 Rn. 31 ff.

Zum Mittäterexzess: BGHSt 35, 231, 234; NSTZ 2002, 597; Toepel, JA 1997, 248; Küpper, ZStW 1993, 295; Lesch, ZStW 1993, 271

Kursprogramm:

Examenskurs: "Hooligan"

Leitsatz:

Das Zusammenwirken des Täters einer Körperverletzung mit einem Helfen kann zur Erfüllung des Qualifikationstatbestandes der "mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich" begangenen Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) ausreichen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der am Tat-

ort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist.

Sachverhalt:

Der Angekl. L suchte Streit mit dem in einer Gruppe Jugendlicher vor einer Diskothek stehenden Zeugen St. Er hatte bemerkt, dass St den anderen Jugendlichen demonstrativ Ls beschädigtes Auto gezeigt hatte, das er als Fahrzeug eines Unfallflüchtigen identifizierte. L begab sich in die Diskothek und bat dort die Mitangeklagten S und Z, ihn bei einer Auseinandersetzung zu unterstützen. Beide folgten ihm, um ihn zumindest durch ihre Anwesenheit zu stärken.

L ging zunächst auf St los, den er anpöbelte und bedrängte. Als sich der Geschädigte H, um zu schlichten, dazwischen stellte, versetzte ihm L einen heftigen Faustschlag ins Gesicht. H ging zu Boden, rappelte sich jedoch wieder auf und ging erneut auf L zu. Daraufhin wandten sich alle drei Angeklagten dem Zeugen H zu. Es entwickelte sich ein Gerangel, bei dem H, der gegen die Motorhaube eines geparkten Fahrzeugs gestoßen wurde, schließlich erneut zu Boden stürzte. Bei gewalttätigen Einwirkungen wurde H vorsätzlich von L oder mit dessen Billigung von beiden Mitangeklagten oder von einem von ihnen erneut im Gesicht sowie am rechten Unterarm verletzt.

H sind sieben Messerstiche in den Rücken versetzt worden. Als H am Boden lag, wandten sich L und auf dessen Kommando auch die beiden anderen Angeklagten abrupt von ihm ab und entfernten sich. Das Tatmesser wurde nicht gefunden. Die Stichverletzungen waren nicht lebensgefährlich. Wer von den Angeklagten H die Messerstiche beigebracht hatte, konnte das Schwurgericht nicht klären. Es nimmt zugunsten eines jeden Angeklagten an, dass er einen Messereinsatz eines der anderen weder vorhergesehen noch gebilligt habe.

Aus den Gründen:

Das Schwurgericht hat den Angeklagten L wegen (vorsätzlicher) Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, die Angeklagten S und Z jeweils wegen Beihilfe zur Körperverletzung zu einer Geldstrafe verurteilt.

Die Revisionen der Staatsanwaltschaft beanstanden mit der Sachrüge, dass die Angeklagten nicht wegen gefährlicher Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB verurteilt worden sind, ferner, dass die Angeklagten S und Z nicht als Mittäter angesehen wurden. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen haben weitgehend Erfolg.

I. Zur fehlenden Zurechnung der Messerstiche wg. Exzesses

Die - von der Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich angegriffene - Beweiswürdigung des Schwurgerichts und die hieraus folgende Nichtzurechnung der Messerstiche, deren Zufügung zugunsten eines jeden Angeklagten als möglicher Exzess eines der anderen Beteiligten gewertet wurde, ist aus Rechtsgründen noch nicht zu beanstanden, wenngleich ein anderes Ergebnis nach dem Vorgeschehen, den festgestellten räumlichen Verhältnissen und der Vielzahl der Messerstiche möglich - und sogar näherliegend - gewesen wäre. Indes besteht deshalb noch kein Anlass für das Revisionsgericht, in die weitgehend dem Tatrichter vorbehaltene Beweiswürdigung einzugreifen.

II. Zur fehlenden Mittäterschaft von S und Z

Vor dem Hintergrund der ebenfalls rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen, wonach aktive Körperverletzungshandlungen der Angeklagten S und Z für keine Phase des Tatgeschehens sicher nachgewiesen worden sind, ist die Wertung des Tatgerichts, diese Angeklagten mangels eigenen Tatinteresses und mangels Tatherrschaft aufgrund ihrer Unterordnung unter den Angeklagten L nicht als Mittäter, sondern als Gehilfen anzusehen, vom Revisionsgericht aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zwar wäre auch ohne Feststellung eigener Körperverletzungshandlungen nicht ausgeschlossen gewesen, die Angeklagten Z und S als Mittäter der Körperverletzung anzusehen, weil sie die vom Angeklagten L ausgeübte Zwangswirkung bewusst verstärkten (vgl. BGH GA 1986, 229; NSTz 1984, 328, 329). Dies war hier indes nicht zwingend. Aufgrund der Struktur des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB hierfür einen grundsätzlich erweiterten Anwendungsbereich für die Mittäterschaft zu eröffnen, ist wegen der Erfassung des Zusammenwirkens eines Täters mit einem Gehilfen durch diesen Qualifikationstatbestand (vgl. unten) nicht geboten. Es gilt daher auch hier uneingeschränkt, dass die tatrichterliche Wertung bei der Abgrenzung zwischen (Mit-)Täterschaft und Beihilfe vom Revisionsgericht bis zur Grenze des Vertretbaren hinzunehmen ist. Daher bleiben die staatsanwaltlichen Revisionen hinsichtlich der Angeklagten S und Z ohne weitergehenden Erfolg.

III. Zu § 224 I Nr. 4 StGB

1. Vorliegen der Voraussetzungen des § 224 I Nr. 4 StGB

Zutreffend beanstandet die Staatsanwaltschaft indes, dass bei sämtlichen Angeklagten ein Schuldspruch lediglich wegen (einfacher vorsätzlicher) Körperver-

letzung und nicht wegen gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ergangen ist. Nach den Feststellungen hat der Angeklagte L die Körperverletzung mit anderen Beteiligten, den Angeklagten S und Z, gemeinschaftlich begangen, zu dieser qualifizierten Körperverletzung haben die Angeklagten S und Z ihm vorsätzlich Hilfe geleistet.

2. Überblick über die historische Entwicklung von § 224 I Nr. 4 StGB

Nach der Fassung bis Inkrafttreten des Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts - 6. StrRG - vom 26. Januar 1998 (BGBl I 164) verlangte § 223 a StGB a.F. für diese Tatbestandsvariante noch, dass die Körperverletzung "von mehreren gemeinschaftlich begangen" werde. Nach der Neufassung bezieht der Qualifikationstatbestand - trotz des an die Regelung für die Mittäterschaft in § 25 Abs. 2 StGB anknüpfenden, daher etwas missverständlichen Wortlauts "gemeinschaftlich begeht" - durch den eindeutigen Zusatz "mit einem anderen Beteiligten", wie aus der Definition in § 28 Abs. 2 StGB zu entnehmen ist, neben einem weiteren (Mit-)Täter den Teilnehmer und damit (§ 28 Abs. 1 StGB) auch den Gehilfen ausdrücklich ein. Der Gesetzeswortlaut steht daher einer Auslegung nicht entgegen, wonach das gemeinsame Wirken eines Täters und eines Gehilfen bei Begehung einer Körperverletzung zur Erfüllung der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ausreicht (h.M.; vgl. - jeweils m. w. N. - Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 224 Rdn. 11; Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 224 Rdn. 11; Lilie in LK 11. Aufl. § 224 Rdn. 33 bis 35; Rengier ZStW 111 [1999], 1, 9 f.; C. Jäger JuS 2000, 31, 35 f.; vgl. bereits Küper GA 1997, 301; a.A. Horn in SK-StGB, 7. Aufl. [Stand: Mai 1998] § 224 Rdn. 25; Schroth NJW 1998, 2861; Renzikowski NStZ 1999, 377, 382; noch offengelassen von BGH, Beschl. vom 5. April 2000 - 3 StR 95/00; vgl. auch zum Gefährlichkeitspotenzial einer Bande durch das Mitwirken eines Gehilfen: BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 2 Bande 5, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

3. Anwendbarkeit von § 224 I Nr. 4 StGB bei Zusammenwirken von Haupttäter und Gehilfen

Sinn und Zweck des Qualifikationstatbestandes des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB gebieten die Einbeziehung des Zusammenwirkens von Täter und Gehilfen, soweit durch ein solches Zusammenwirken, nicht anders als durch mittäterschaftliche Begehung, eine verstärkte Gefährlichkeit der Körperverletzung für das Opfer begründet wird. Eine gemeinschaftliche Begehung in dieser gegenüber mittäterschaftlichem Handeln

schwächeren Beteiligungsform ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der am Tatort anwesende Gehilfe die Wirkung der Körperverletzungshandlung des Täters bewusst in einer Weise verstärkt, welche die Lage des Verletzten zu verschlechtern geeignet ist. Dies wird bei dieser Form der Beteiligung regelmäßig vor allem - wie auch offensichtlich hier - durch eine Schwächung der Abwehrmöglichkeiten verwirklicht, wenn das Opfer durch die Präsenz mehrerer Personen auf der Verletzerseite insbesondere auch wegen des erwarteten Eingreifens des oder der anderen Beteiligten in seinen Chancen beeinträchtigt wird, dem Täter der Körperverletzung Gegenwehr zu leisten, ihm auszuweichen oder zu flüchten. Mit einer derartigen Begehung wird eine erhöhte Gefährlichkeit der Körperverletzung begründet, wie sie für die Qualifikationen nach § 224 Abs. 1 StGB kennzeichnend ist. Würde § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB seinem Wortlaut nach diese Form des Zusammenwirkens nicht erfassen - was indes im Blick auf die ausdrückliche Erwähnung des "Beteiligten" nicht der Fall ist -, müsste bei diesem Qualifikationstatbestand weit eher als nach allgemeinen Abgrenzungskriterien üblich die Annahme von Mittäterschaft erwogen werden, um den Unrechtsgehalt erschöpfend würdigen zu können.

Inwieweit andere Erscheinungsformen des Zusammenwirkens eines Täters mit einem Gehilfen oder auch einem Anstifter ebenfalls die Voraussetzungen des Qualifikationstatbestandes des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllen, insbesondere inwieweit ein Zusammenwirken am Tatort erforderlich ist, bedarf im vorliegenden Fall ebensowenig der Entscheidung wie die Frage, inwieweit bei bestimmten Erscheinungsformen mittäterschaftlichen Zusammenwirkens, insbesondere ohne gleichzeitige Präsenz am Tatort, dieser Qualifikationstatbestand ausnahmsweise nicht erfüllt sein kann (vgl. BGHR StGB § 223a Abs. 1 [a.F.] gemeinschaftlich 2).

IV. Abänderung des Schuldspruchs durch das Revisionsgericht

1. Falsche Subsumtion durch das erstinstanzliche Gericht

Da das Schwurgericht diese Variante des § 224 Abs. 1 StGB neben den rechtsfehlerfrei ausgeschlossenen Varianten des § 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 5 StGB nicht erwogen hat, hält das angefochtene Urteil insoweit sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen erweisen, dass die Voraussetzung einer gefährlichen Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in der erörterten Beteiligungsform gemeinschaftlicher Begehung

des Täters L mit den seine Zwangswirkung bewusst verstärkenden Gehilfen S und Z hier ohne weiteres (mindestens) erfüllt waren.

2. Eigene Sachentscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts

Der Senat kann insoweit zum Schuldspruch abschließend entscheiden.

a) Keine Hinweispflicht gem. § 265 StPO

Es ist auszuschließen, dass sich die Angeklagten wirkungsvoller, als geschehen, hätten verteidigen können, wenn der entsprechend in der Revisionshauptverhandlung gegebene rechtliche Hinweis bereits in der tatgerichtlichen Verhandlung erteilt worden wäre. Zugunsten aller drei Angeklagter ist bei der gegebenen Beweislage die denkbar mildeste Sachverhaltsvariante festgestellt worden. Wie sich einer von ihnen in tatsächlicher Hinsicht nach entsprechendem Hinweis erfolgsversprechend noch abweichend hätte verteidigen können, ist nicht ersichtlich und auch von der Verteidigung in der Revisionshauptverhandlung nicht begründet worden.

b) Keine neuen Tatsachenfeststellungen bzgl. des

Schuldspruchserforderlich

Andererseits gibt der erfolgte Rechtsfehler keine Veranlassung, erneut umfassende tatrichterliche Tatsachenfeststellungen zur gesamten Tat zu verlangen, insbesondere etwa betreffend die Feststellbarkeit eigener Körperverletzungshandlungen der bislang als Gehilfen abgeurteilten Angeklagten oder den Einsatz des Messers, seine Kenntnis und Billigung eingeschlossen.

V. Aufhebung der Strafaussprüche und Zurückverweisung insoweit

Die Schuldspruchänderung zieht wegen der unterschiedlichen Strafraumen die Aufhebung der Strafaussprüche nach sich. Da dies auf einem Subsumtionsfehler beruht, bedarf es nicht der Aufhebung von Feststellungen gemäß § 353 Abs. 2 StPO. Das neue Tatgericht - nunmehr gemäß § 74 Abs. 1 GVG die allgemeine Strafkammer - wird die Strafzumessung auf der Grundlage der bisherigen auch die uneingeschränkte Schuldfähigkeit der Angeklagten einschließenden Feststellungen, die allenfalls durch hierzu widerspruchsfreie weitere Feststellungen ergänzbar sind, vorzunehmen haben. [...]

IMPRESSUM

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

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht
Problem: Staatliches Verhältnis zu Scientology

BVERFG, BESCHLUSS VOM 16.08.2002

I BvR 1241/97 (NJW 2002, 3458)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich mit der Verfassungsbeschwerde (Vb.) des bekannten Jazzpianisten Chick Corea zu befassen, der sich zu Scientology bekennt und sich durch eine Äußerung der Landesregierung Baden-Württembergs in seinen Grundrechten verletzt sah. Die Landesregierung hatte Scientology als "bekämpfungswert" bezeichnet und angekündigt, Veranstaltungen, an denen Scientologen mitwirkten, künftig nicht mehr subventionieren zu wollen. Chick Corea wurde in der Äußerung namentlich als solcher erwähnt.

Mit seiner Vb. rügte er die Verletzung seiner Berufs-, Glaubens- und Kunstfreiheit, seines allg. Persönlichkeitsrechts und des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Äußerungen und die diese bestätigenden Urteile der Fachgerichte. Das BVerfG prüft die entsprechenden Grundrechte durch, wobei es Ausführungen zum Umfang des jeweiligen Schutzbereichs sowie zu den Anforderungen an einen Grundrechtseingriff macht.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung lässt sich problemlos in eine verfassungsrechtlich ausgerichtete Klausur übernehmen, zu deren Lösung die Kenntnis diverser Grundrechte erforderlich wäre. Sie fügt sich nahtlos in eine neue Welle von "Warnungsfällen" ein, über welche die RA erst kürzlich ausführlich berichtet hat. Auch Scientology selbst war kürzlich wieder Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. zu beidem die Vertiefungshinweise).

Vertiefungshinweise:

Zu Scientology als Glaubensgemeinschaft: BAGE 79, 319, 338 = NJW 1996, 143; offen gelassen von BVerfG, NJW 2002, 2227, 2228

Urteil der Vorinstanz: VGH Mannheim, NJW 1997, 725

Nichtzulassung der Revision gegen das Urteil des

VGH Mannheim: BVerwG, NJW 1998, 2919

Weitere Entscheidungen zu Scientology: BVerfG, NJW 2002, 2227 und NVwZ-RR 2002, 801 (Parteiausschluss eines Scientologen)

Aktuelle Warnungsfälle: BVerfG, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626 ("Osho"); BVerfG, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621 (Glykol)

Kursprogramm:

Examenskurs: "Trockenfisch"

Examenskurs: "Der Minister und die Sekte"

Leitsatz:

1. Die Äußerungen einer Landesregierung gegenüber dem Landtag, in denen die Scientology-Organisation als bekämpfungswert bezeichnet wird, verletzen nicht die Grundrechte eines dieser Organisation angehörenden, bekannten Musikers.

2 Gleiches gilt für die Ankündigung, staatliche Subventionen für Veranstaltungen, an denen der Musiker teilnehme, nicht mehr zu vergeben, und zwar selbst dann, wenn dem Musiker infolge dessen Absagen geplanter Auftritte erteilt worden sind.

Sachverhalt:

Der Bf., der bekannte amerikanische Jazz-Pianist Chick Corea, ist bekennendes Mitglied der Scientology-Organisation. Er wandte sich vor den Verwaltungsgerichten gegen Äußerungen in einer Stellungnahme des Ministeriums für Kultus und Sport des Landes Baden-Württemberg gegenüber dem Landtag dieses Bundeslandes. Darin war der Bf. namentlich genannt und ausgeführt worden, das Prinzip der Liberalität, an dem die finanzielle Förderung von Kulturveranstaltungen und Künstlern durch die Landesregierung ausgerichtet sei, stoße an die Grenzen des Hinnehmbaren, „wenn letztlich mit Mitteln des Landes geförderte Künstler ihren Auftritt nachweislich in der Absicht absolvieren, für die Interessen von Gruppierungen [...] oder Ideen zu werben, die von der Landesregierung für bekämpfungswert erachtet werden.“ Künftig müsse eine „Förderung von Veranstaltungen in Frage gestellt werden“, bei denen „aktiv und offen bekennende Scientologen [...] auftreten.“ Der Bf.

fühlt sich durch diese Äußerung in seinen Grundrechten verletzt. Dabei handele es sich nicht nur um persönliche Befindlichkeiten; vielmehr habe die Äußerung für ihn auch materielle Auswirkungen, wie die Tatsache zeige, dass die Landesregierung anlässlich der Leichtathletik-Weltmeisterschaft 1993 in Stuttgart von einer ursprünglich geplanten Mitwirkung des Bf. abgesehen habe. Die Klage des Bf. blieb in allen Instanzen erfolglos.

Ist die gegen das letztinstanzliche Urteil erhobene, zulässige Verfassungsbeschwerde (Vb.) begründet?

Lösung:

Die Vb. ist begründet, wenn der Bf. durch den angegriffenen Hoheitsakt in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht i.S.d. Art. 93 I Nr. 4a GG verletzt ist.

A. Allgemeines Persönlichkeitsrecht

In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des aus der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG i.V.m. der Menschenwürde aus Art. 1 I GG entwickelten, allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dann müsste ein nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegen.

Der Schutzbereich könnte deshalb betroffen sein, weil der Bf. namentlich als Scientology-Mitglied genannt wurde. Dieser Umstand könnte, wie die Absage von Auftritten zeigt, geeignet sein, sein Ansehen und/oder seine soziale Stellung zu diskreditieren. Das BVerfG verneint gleichwohl einen Grundrechtseingriff, weil der Bf. sich selbst zu Scientology bekenne:

“Das allgemeine Persönlichkeitsrecht [...] schützt den Einzelnen zwar auch vor fälschlicher Zuschreibung von Mitgliedschaften in Vereinigungen, sofern die Zuschreibung Bedeutung für die Persönlichkeit und deren Bild in der Öffentlichkeit hat. Letzteres kann bei der Bekanntgabe einer Mitgliedschaft bei Scientology der Fall sein. Gegen wahre Tatsachenbehauptungen gewährt das allgemeine Persönlichkeitsrecht aber grundsätzlich keinen Schutz (vgl. BVerfGE 99, 185 [193 ff.]). Hier bekennt sich der Bf. unbestritten offen zu seiner Scientology-Mitgliedschaft. Der Hinweis darauf in der Stellungnahme des baden-württembergischen Ministeriums gegenüber dem Landesparlament traf also zu. Dass die Äußerung die Intim-, Privat- oder Vertraulichkeitssphäre betroffen hätte (vgl. BVerfGE 99, 185 [196 f.]), macht auch die Verfassungsbeschwerde nicht geltend. Soweit sie annimmt, der Bf. werde für genauso „bekämpfungswert“ gehalten wie Scientology selbst, findet das weder in der

genannten Aussage noch in den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte eine Grundlage.”

B. Berufsfreiheit

Infolge der Absage von Auftritten könnte jedoch die Berufsfreiheit des Bf. verletzt sein. Diese ist für Deutsche über Art. 12 I GG geschützt. Da es sich bei dem Bf. jedoch um einen Amerikaner handelt, kommt insoweit nur die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG in Betracht. Fraglich ist, ob diesbezüglich ein nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts vorliegt.

I. Personaler Schutzbereich

Fraglich ist, ob für die Berufsfreiheit von Ausländern auf Art. 2 I GG zurückgegriffen werden kann. Dies wird z.T. unter dem Hinweis abgelehnt, dass das Grundgesetz in Art. 12 GG bewusst nur die Berufsfreiheit der Deutschen schütze; diese Privilegierung würde ausgehöhlt, wenn den Ausländern der selbe Schutz über Art. 2 I GG zukomme. Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass die allgemeine Handlungsfreiheit mit dem Schrankentrias nach Art. 2 I GG wesentlich weiteren Einschränkungsmöglichkeiten unterliegt, als sie der Regelungsvorbehalt des Art. 12 I 2 GG für die Berufsfreiheit der Deutschen zulässt. Die Privilegierung bleibt daher auf Schrankenebene erhalten.

[Anm.: Diese Ansicht wird vom BVerfG in st.Rspr. (vgl. BVerfGE 35, 382, 399; 49, 168, 180; NVwZ 1990, 853, 854; zuletzt BVerfGE 104, 337 [346]) vertreten, ohne dass das Gericht im vorliegenden Fall hierauf noch einmal eingegangen wäre. Zur Gegenansicht vgl. Maunz/Dürig, GG, Art. 2 I Rz. 66; Schwabe, NJW 1974, 1044; Hailbronner, NJW 1983, 2105, 2110]

II. Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht differenziert das BVerfG zwischen der Nennung des Bf. als Scientology-Mitglied in der Äußerung der Landesregierung und deren künftiger Subventionierungspraxis bei der Veranstaltung von Jazz-Konzerten:

1. Nennung des Bf. als Mitglied von Scientology

“Hinsichtlich der Nennung des Bf. als Mitglied von Scientology gilt im Ergebnis das, was vorstehend zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und im Glykol-Beschluss des BVerfG (RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621) zu Art. 12 I GG ausgeführt worden ist.

Der Einzelne muss die Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen durch eine Regie-

rung hinnehmen, auch wenn die Inhalte sich mittelbar auf die berufliche Tätigkeit negativ auswirken können, vorausgesetzt, die rechtlichen Vorgaben für das Informationshandeln der Regierung sind von dieser beachtet worden (vgl. BVerfG, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621). Letzteres war hier der Fall. Der Bf. bezweifelt das nur insofern, als er die Meinung vertritt, für das Handeln der Landesregierung hätte es einer einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurft. Dabei wird jedoch schon nicht erkannt, dass der Schutzbereich des Art. 2 1 GG nicht berührt ist (vgl. zu Art. 12 I GG: BVerfG, RA 2002, 494 = NJW 2002, 2621). Im Übrigen bedarf es für die Informationstätigkeit einer Regierung im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgabe der Staatsleitung über die Zuweisung dieser Aufgabe hinaus auch dann keiner besonderen gesetzlichen Ermächtigung, wenn das Informationshandeln zu mittelbar-faktischen Grundrechtsbeeinträchtigungen führt (vgl. BVerfG, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626 — Osho).“

2. Künftige Subventionsvergabepraxis

“Die künftige — in den Einzelheiten noch gar nicht festgelegte — Subventionierungspraxis der Landesregierung im Bereich der Förderung von Musik-Festivals der vom Bf. mitgestalteten Art ist als solche nicht Gegenstand des Ausgangsverfahrens gewesen und deshalb wie die in diesem Verfahren ergangenen Entscheidungen insoweit auch nicht im Verfassungsbeschwerdeverfahren zu würdigen. Dem Bf. bleibt unbenommen, insoweit im Bedarfsfall künftig Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.”

C. Glaubensfreiheit

Möglicherweise liegt jedoch ein nicht gerechtfertigter Eingriff in die Glaubensfreiheit des Art. 4 I, II GG vor.

I. Schutzbereich betroffen

In den Schutzbereich fallen die innere und äußere Glaubensfreiheit, d.h. das Recht, einen Glauben zu haben und diesen zu praktizieren. Unter “Glaube” in diesem Sinne ist die Vorstellung des Menschen von seiner Stellung in der Welt und seiner Beziehung zu höheren Mächten einschließlich der daraus folgenden, von ihm als verbindlich erachteten Verhaltensregeln zu verstehen. Das BVerfG lässt - wie es auch die Fachgerichte häufig tun - offen, ob Scientology eine Glaubensgemeinschaft im vorgenannten Sinne ist, da selbst dann, wenn zugunsten des Bf. unterstellt werde, dass der Schutzbereich betroffen sei, eine Grundrechtsverletzung aus anderen Gründen ausscheidet:

“[Es] kann dahinstehen, ob das Grundrecht der

Religions- und Weltanschauungsfreiheit dem Bf. schon deshalb keinen Schutz gewährt, weil der Organisation, der er angehört, die Verfolgung religiöser oder weltanschaulicher Ziele nur als Vorwand für wirtschaftliche Aktivitäten dient (vgl. BAGE 79, 319 [338 ff.] = NJW 1996, 143, und zum Maßstab BVerfG, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626 — Osho). Auch wenn dies — wie im Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 28.3.2002 (NJW 2002, 2227 [2228]) — offen bleibt, weil die Verwaltungsgerichte hier tatsächliche Feststellungen zu den Zielen und der Betätigung von Scientology nicht getroffen haben, kommt die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 4 I GG nicht in Betracht.”

[Anm.: Auch in einer juristischen Examensklausur wird man vom Kandidaten nicht erwarten können, dass der diese Frage beantwortet, da dies Kenntnisse der Organisationsstruktur und der Ziele von Scientology voraussetzt, die nicht Gegenstand der Juristenausbildung und -prüfung sind. Der Aufgabensteller wird die Schutzbereichsbetroffenheit daher vorgeben müssen; anderenfalls sollte man sie - ähnlich wie das BVerfG hier - offen lassen, sofern es i.E. nicht darauf ankommt, d.h. Art. 4 GG aus anderen Gründen (kein Eingriff, Rechtfertigung gelingt usw.) nicht verletzt ist.]

II. Eingriff

Unter einem Grundrechtseingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, die nicht nur in einer Bagatelle bestehen. Das BVerfG verneint einen solchen:

1. Äußerungen der Landesregierung über den Bf.

“Der Bf. [hat] selbst nicht geltend gemacht, dass ihm die Möglichkeit, für sein Bekenntnis zu Scientology öffentlich zu werben, beschnitten werde. Es ist auch nicht erkennbar, dass sein Recht, sich eine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu bilden, sie zu haben und zu bekennen (vgl. BVerfGE 69, 1 [33]; 93, 1 [15]), durch seine Nennung in der in Rede stehenden Regierungsäußerung, durch die Bezeichnung auch der Organisation, der er angehört, und durch die Ankündigung beeinträchtigt sein könnte, die staatliche Förderung von Veranstaltungen in Frage zu stellen, bei denen aktiv bekennende Scientologen auftreten.”

2. Künftige Subventionsvergabepraxis

“Soweit der Bf. einen Verstoß gegen das Grundrecht des Art. 4 I GG darin erblickt, dass Konzertveranstalter keine Subventionen mehr erhielten, die Künstler auftreten ließen, die Scientology angehören, bezieht

sich das Vorbringen des Bf. auf die künftige Subventionierungspraxis der Landesregierung, die nicht Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits war.“

3. Äußerung der Landesregierung zu Scientology

“Sollte der Bf. auch rügen wollen, dass Scientology selbst nicht als „bekämpfungswert“ hätte bezeichnet werden dürfen und die Verwaltungsgerichte insoweit die Neutralitätspflicht des Staates in religiös-weltanschaulichen Fragen verkannt hätten, ginge es nicht um die Verteidigung eigener Rechte. Im Übrigen bedeutet die Pflicht zur Neutralität nicht, dass es den staatlichen Verantwortungsträgern von vornherein verwehrt wäre, das Parlament über religiöse und weltanschauliche Gruppen und ihre Tätigkeit zu informieren. Art. 4 I und II GG schützt nicht dagegen, dass sich staatliche Organe mit den Trägern dieses Grundrechts öffentlich — auch kritisch — auseinander setzen. Nur die Regelung genuin religiöser oder weltanschaulicher Fragen, nur die parteiübergreifende Einmischung in die Überzeugungen, die Handlungen und in die Darstellung Einzelner oder religiöser und weltanschaulicher Gemeinschaften sind dem Staat untersagt. Auch darf er solche Gemeinschaften nicht diffamierend, diskriminierend oder verfälschend darstellen (vgl. BVerfG, RA 2002, 449 = NJW 2002, 2626 - Osho).

Es ist nicht ersichtlich, dass diese Grenzen hier überschritten wären. In der Äußerung der Landesregierung, gegen die sich der Bf. wendet, ist Scientology als „bekämpfungswert“ bezeichnet worden. Das ist in Verbindung mit den herangezogenen Belegen weder diffamierend noch diskriminierend. Im Urteil des VGH ist ausgeführt, im Verfahren seien unwidersprochenen Tatsachen vorgetragen worden, die den Schluss zuließen, dass bestimmte Methoden von Scientology die Menschenwürde und die individuelle Freiheit der von ihr angeworbenen Personen gefährdeten, und dass ihre Anschauungen wegen ihrer teils menschenverachtenden und totalitären Tendenzen im Widerspruch zu den freiheitlichen und demokratischen Werten westlicher Demokratien stünden. Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen, denen der Bf. auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht substantiiert entgegengetreten ist, begegnet es verfassungsrechtlich keinen Bedenken, dass die Verwaltungsgerichte die Äußerung der Landesregierung gegenüber dem Landtag nicht beanstandet haben.“

D. Kunstfreiheit

Fraglich ist, ob die Kunstfreiheit des Art. 5 III GG verletzt worden ist.

I. Schutzbereich betroffen

Unter “Kunst” i.S.d. Grundgesetzes sind zunächst die hergebrachten Künste zu verstehen, zu denen auch die Musik gehört. Der Bf. als weltbekannter Jazzpianist kann sich daher auf Art. 5 III GG berufen. Hier steht jedoch weniger die Betätigung selbst, als vielmehr die nach Ansicht des Bf. infolge der Äußerungen der Landesregierung eingeschränkte Möglichkeit der Verbreitung seiner Kunst in der Öffentlichkeit über Auftritte in Rede. Auch dieser “Wirkbereich” wird nach Ansicht des BVerfG grds. von Art. 5 III GG geschützt, wobei das Gericht auch zu den Grenzen des Schutzbereichs Stellung nimmt:

“Die Kunstfreiheit [...] schützt nicht nur den „Werkbereich“ des künstlerischen Schaffens, die eigentliche künstlerische Betätigung also, sondern auch den „Wirkbereich“ der Darbietung und Verbreitung des Werks, in dem der Öffentlichkeit Zugang zu diesem verschafft wird (vgl. BVerfGE 30, 173, [188]; 67, 213 [224]). Die wirtschaftliche Verwertung eines Kunstwerks wird dagegen durch Art. 5 III 1 GG nicht gewährleistet, ausgenommen vielleicht für den Fall, dass ohne eine wirtschaftliche Auswertung die freie künstlerische Betätigung praktisch nicht mehr möglich wäre (vgl. BVerfGE 31, 229 [239]; 49, 382 [392]).”

II. Eingriff

Fraglich ist, ob in diesen “Wirkbereich” eingegriffen worden ist.

1. Äußerungen der Landesregierung

Durch die Äußerungen der Landesregierung über den Bf. selbst oder Scientology wird es dem Bf. weder unmöglich gemacht, seine Kunst Dritten gegenüber zu präsentieren, noch wird ihm diese Möglichkeit nennenswert erschwert. Die Äußerungen beziehen sich auch nicht auf den Bf. als Künstler, sondern auf seine Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, zu der er sich selbst öffentlich bekennt. Auch dem potenziellen Publikum wird der Zugang zur Kunst des Bf. nicht beschnitten. Ein Eingriff in die Kunstfreiheit kann darin folglich auch bzgl. des “Wirkbereichs” nicht gesehen werden.

[Anm.: Das BVerfG hat an dieser Stelle nur auf die seiner Ansicht nach verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Urteilsgründe des VGH Mannheim verwiesen, welche in NJW 1997, 725 abgedruckt sind und i.E. der hier wiedergegebenen Ansicht entsprechen.]

2. Künftige Subventionsvergabepraxis

“Soweit das Gericht darüber hinaus mittelbare Auswirkungen auf den Bf. geprüft hat, betreffen diese die

künftige Subventionierungspraxis der Landesregierung im Bereich musikalischer Veranstaltungen. Diese Praxis ist jedoch als solche, wie schon mehrfach erwähnt, nicht Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits gewesen.”

E. Art. 3 III GG

Schließlich kommt noch eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung wegen des Glaubens oder der religiösen Anschauungen einer Person nach Art. 3 III GG in Betracht. Eine solche könnte darin liegen, dass künftig Veranstaltungen, an denen Angehörige von Scientology mitwirken, nicht mehr subventioniert werden, während Veranstaltungen mit Künstlern anderen, z.B. christlichen Glaubens weiterhin Subventionen erhalten werden. Das BVerfG geht jedoch in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen davon aus, dass - wie oben bereits mehrfach angedeutet - lediglich die Ankündigung einer solchen Verfahrensweise nicht mit der Verfahrensweise selbst verwechselt werden darf

und es dem Bf. ungenommen wäre, entsprechende tatsächliche Vorkommnisse gerichtlich überprüfen zu lassen:

“Der VGH hat die vom Bf. zum Gegenstand seiner Klage gemachte Äußerung der Landesregierung nur am Maßstab des Art. 3 III 1 GG überprüft und einen Verstoß dagegen deshalb verneint, weil sich die Äußerung in der Ankündigung einer bestimmten Verfahrensweise bei der künftigen Bezuschussung von Veranstaltungen Dritter erschöpfe, mit dieser Verfahrensweise aber nicht identisch sei und deshalb keine Ungleichbehandlung des Bf. wegen seines Glaubens oder seines Bekenntnisses darstelle. Mit dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Würdigung setzt sich der Bf. nicht auseinander.”

F. Ergebnis

Der Bf. ist nicht in seinen Grundrechten verletzt. Seine Vb. ist unbegründet.

Standort: Zivilrecht Problem: Gewährleistungsausschluss für anfängliche Mängel

BGH, URTEIL VOM 03.07.2002
XII ZR 327/00 (NJW 2002, 3232)

Problemdarstellung:

In dem vorliegenden Rechtsstreit ging es um die Wirksamkeit einer formularmäßigen Gewährleistungsausschlussklausel in einem Mietvertrag. Die Bekl. hatte von der Rechtsvorgängerin des Kl. eine Halle als Gewerberaum auf unbestimmte Zeit angemietet. Nach § 6 Abs. 1 des Mietvertrages übernahm die Bekl. als Mieterin die Mietsache in dem angetroffenen Zustand und versicherte ihre Kenntnis über diesen Zustand; etwaige vorhandene Mängel sind bei der Entgeltleistung zu berücksichtigen gewesen. Nach § 6 Abs. 2 des Mietvertrages leistete die Rechtsvorgängerin der Kl. keine Gewähr für sichtbare oder unsichtbare Mängel oder für eine bestimmte Größe oder Beschaffenheit. Nachdem festgestellt wurde, dass die Halle mit gesundheitsgefährdenden Stoffen (PAK) von Anfang verseucht war, berief sich die Bekl. auf Minderung und die Kl. auf die fragliche Gewährleistungsausschlussklausel.

Der BGH führt zunächst im Wege der systematischen Auslegung aus, dass die in Rede stehende Ausschlussklausel von § 6 Abs. 2 des Mietvertrages sich nur auf anfängliche Mängel am Mietobjekt bezieht. Zwar könnte bei isolierter Betrachtung des Wortlauts diese Klausel auch als umfassender Gewährleistungs-

ausschluss verstanden werden, was aber dem Gesamtzusammenhang des § 6 des Mietvertrages nicht gerecht würde. Im systematischen Zusammenhang mit § 6 Abs. 1 kann der Ausschluss nur hinsichtlich anfänglicher Mängel verstanden werden. Wegen diesem klaren Auslegungsergebnis kommt auch die Unklarheitenregel von § 5 AGBG (= § 305 c II BGB n.F.) nicht zur Anwendung.

Angesichts dieses Auslegungsergebnis liegt auch kein gegen § 11 Nr. 7 AGBG (= § 309 Nr. 7 BGB n.F.) verstoßende Freizeichnung für eine verschuldete Haftung bei Vertragsdurchführung vor.

Die Mietzahlungsverlangen der Kl. stellt sich angesichts der Gesundheitsgefährdung durch die Schadstoffbelastung auch nicht als rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB dar, da beide Parteien mit einer solchen Belastung aufgrund der Vorgeschichte der Halle (Kasernengelände) rechneten. Zumal sich die Bekl. jederzeit durch fristlose Kündigung dieser Gefährdung hätte entziehen können.

Prüfungsrelevanz:

Die Überprüfung von Gewährleistungsausschlüssen auf ihre Wirksamkeit nach dem AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB gehört zu den klassischen Examensthemen und muss daher von jedem Studenten beherrscht werden. Neben dem Prüfungsschema zur AGB-Kontrolle muss sich der Prüfling aber auch mit der Recht-

sprechung zu diesem Thema, insbesondere zur Generalklausel gem. § 307 BGB n.F. beschäftigen. Erst das Studium der einschlägigen Judikatur ermöglicht den Zugang dieser Vorschrift.

Des Weiteren muss beachtet werden, dass im Rahmen der Schuldrechtsreform nicht nur das AGB-Recht im BGB integriert worden ist, sondern darüber hinaus auch verschärft worden ist. So ist gem. § 309 Nr. 7 BGB n.F. eine Haftungsfreizeichnung für Leib-, Leben- oder Gesundheitsverletzung überhaupt nicht mehr zulässig. Auch die Möglichkeiten zum Gewährleistungsausschluss sind in § 309 Nr. 8 BGB eingeschränkt worden, wenn sie nicht wie sogar - wie z.B. im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs (§§ 474, 475 BGB n.F.) - komplett ausgeschlossen sind.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *OLG Oldenburg*, NJW-RR 1999, 241; *OLG Karlsruhe*, NJW 1991, 1836

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Zur Wirksamkeit des formularmäßigen Ausschlusses der Gewährleistung für anfängliche Mängel bei für möglich gehaltener gesundheitsgefährdender Schadstoffbelastung der Mieträume.

Sachverhalt:

Die Bundesrepublik Deutschland hatte der Bekl. auf einem ehemaligen Kasernengelände, das sie 1996 an den Kl. veräußerte, für die Zeit ab 1. 6. 1995 eine Halle als Gewerberaum zur Produktion von Folien auf unbestimmte Zeit zu einem monatlichen Mietzins vermietet, der sich ab 1. 1. 1997 auf 1722 DM belief. Mit Schreiben vom 30. 6. 1997 kündigte der Kl. das Mietverhältnis zum 31. 12. 1997, nachdem die Bekl. für 1997 lediglich 9918,66 DM gezahlt hatte. Ende Juni 1998 gab die Bekl. das Mietobjekt zurück, ohne eine Nutzungsentschädigung gezahlt zu haben. Mit der Klage verlangt der Kl. nach Klagerücknahme im Übrigen rückständigen Mietzins und Nutzungsentschädigung für die Zeit von Januar 1997 bis Juni 1998 einschließlich in Höhe von nunmehr noch 1722 DM x 18 = 30 996 DM (= 15.848 Euro). Die Bekl. nutzte die Halle lediglich zu Lagerzwecken und Laborversuchen. Sie macht geltend, wegen einer gesundheitsgefährdenden Verseuchung des Hallenbodens mit polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) an der vertraglich vereinbarten Nutzung gehindert

gewesen und deshalb von der Zahlungspflicht befreit zu sein. Der Kl. hält die Belastung für nicht erheblich und beruft sich dafür auf den in § 6 des Mietvertrags enthaltenen Gewährleistungsausschluss, der wie folgt lautet:

"§ 6. Gewährleistung. (1) Die Mietsache wird in dem Zustand überlassen, in dem sie sich bei Beginn des Vertragsverhältnisses befindet. Der Mieter kennt den Zustand. Etwa vorhandene Mängel sind bei der Bemessung des Entgelts berücksichtigt. (2) Für eine bestimmte Größe und Beschaffenheit sowie für sichtbare oder unsichtbare Mängel des Vertragsobjekts leistet der Bund keine Gewähr. (3) Der Bund übernimmt keine Gewährleistung für die Sicherheit der eingelagerten Gegenstände."

Ist die Zahlungsklage begründet?

[Anm.: Entgegen der Übergangsregel von Art. 229 § 3 und § 5 EGBGB soll auf den vorliegenden Fall ausschließlich das Mietrecht in der Fassung vom 01. September 2001 und im Übrigen das BGB in der Fassung vom 01.01.2002 angewendet werden.]

Lösung:

Anspruch des Kl. gegen die Bekl. auf Zahlung von 30.996 DM gem. § 535 II BGB und gem. § 546 a I BGB haben.

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Zahlung von 30.996 DM gem. § 535 II BGB für die Zeit bis zur Beendigung des Mietverhältnisses und gem. § 546 a I BGB für die Zeit bis zur Räumung der Räumlichkeiten haben (18 Monate x 1722 DM = 30.996 DM)

A. Mietzahlungsanspruch gem. § 535 II BGB

I. Anspruch entstanden

1. Mietvertragsabschluss

Zunächst müsste zwischen den Parteien ein entsprechender Mietvertrag gem. §§ 535 ff. BGB bestehen. Ein Vertragsabschluss - durch Angebot und Annahme gem. §§ 145 ff. BGB - liegt zwischen den Parteien nicht vor, da die Bundesrepublik Deutschland bereits der Bekl. auf dem fraglichen Kasernengelände Gewerberäumlichkeiten für die Zeit ab 01.06.1995 vermietet hat.

Der Kl. hat aber im Jahre 1996 das in Rede stehende Grundstück von der Bundesrepublik erworben. Infolge dieses Erwerbs ist der Kl. gem. §§ 566 I, 578 I, II BGB anstelle des früheren Vermieters in die sich

während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechten und Pflichten eingetreten. Es erfolgt damit eine Vertragsübernahme kraft Gesetzes, so dass das ursprüngliche Mietverhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Bekl. nunmehr zwischen dem Kl. und der Bekl. fortgesetzt wird.

2. Wirksamkeit des Mietvertrages

Gegenüber der Wirksamkeit dieses Mietvertrages bestehen keine Bedenken. Insbesondere kann die Formbedürftigkeit gem. §§ 550, 578 dahinstehen bleiben, da eine Verletzung dieser Formvorschriften nicht gem. § 125 BGB zur Nichtigkeit, sondern lediglich dazu führt, dass der Mietvertrag als auf unbegrenzte Zeit geschlossen gilt und eine Kündigung frühestens zum Ablauf eines Jahres erfolgen kann.

3. Fälligkeit der Miete

Gemäß §§ 556 b, 579 II BGB ist die Miete im voraus, spätestens bis zum dritten Werktag der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten, nach denen sie bemessen ist. Damit ist nunmehr nach Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.12.1997 die Miete für die vorangegangenen Monate fällig.

4. Ergebnis

Daher ist für den Zeitraum bis zum 31.12.1997 ein Anspruch auf Mietzahlung gem. § 535 II BGB entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Hinsichtlich dieses Mietzahlungsbegehrens könnte sich die Bekl. auf Minderung gem. § 536 I BGB berufen und infolgedessen von einer Zahlungspflicht befreit sein.

1. Mangel an der Mietsache

Zunächst müsste an der Mietsache ein Mangel bestehen, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder zumindest mindert, § 536 I BGB. Ein Mangel in diesem Sinne liegt vor, wenn eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache vom vertraglich geschuldeten Zustand vorliegt (vgl. §§ 434, 633 BGB). Auch ohne dass darüber eine ausdrückliche vertragliche Einigung zwischen den Parteien erzielt werden muss, gehören bei jeder Raummiete auch unausgesprochen die Ungefährlichkeit für Leib und Leben des Mieters dazu (vgl. §§ 569 I, 578 II 2 BGB). Aufgrund der vorliegenden Verseuchung sind die fraglichen Gewerberäume als mangelhaft zu bewerten.

2. Zur Zeit der Überlassung oder später

Dieser Mietmangel muss entweder bereits bei der Überlassung der Mietsache an den Mieter vorgelegen haben oder später entstanden sein. In diesem Fall waren die in Rede stehenden Gewerberäume von vornherein verseucht.

3. Keine Unerheblichkeit gem. § 536 I 3 BGB

Gem. § 536 I 3 BGB darf der Mietmangel nicht unerheblich sein. Aufgrund der Gesundheitsgefährlichkeit des Mangel für alle Personen, deren Aufenthalt in diesen Räumen ansteht, kann von einer Unerheblichkeit keine Rede sein.

4. Kein Ausschluss durch Vertragsklausel Nr. 6

Jedoch könnte das Recht der Bekl. zur Minderung aufgrund der Nr. 6 des Mietvertrags im Wege eines vertraglichen Gewährleistungsausschlusses verloren gegangen sein. Nach § 6 Abs. 2 des Mietvertrages leistete die Rechtsvorgängerin des Kl. keine Gewähr für sichtbare oder unsichtbare Mängel oder für eine bestimmte Größe oder Beschaffenheit.

Fraglich ist aber, ob diese Ausschlussklausel auch wirksam ist.

a. Klauselverbot nach § 536 IV BGB

Das Klauselverbot zum Ausschluss des Minderungsrecht gem. § 536 IV BGB greift in diesem Fall nicht, weil es sich bei den fraglichen Räumlichkeiten nicht um Wohnraum handelt.

b. Klauselverbot nach §§ 305 ff. BGB (AGB-Recht)

Jedoch müsste diese Gewährleistungsausschlussklausel auch am AGB-Recht gem. §§ 305 ff. BGB gemessen werden.

aa. Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen

Zunächst müsste es sich gem. § 305 I BGB bei der fraglichen Ausschlussklausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung handeln, d.h. sie muss für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert worden sein und von einer Vertragspartei (Verwender) der anderen Partei bei Vertragsabschluss gestellt worden sein. Der BGH meint dazu:

“Diese Auslegung hält der revisionsrechtlichen Prüfung stand. Das BerGer. hat die Revision mit der Begründung zugelassen, § 6 des Mietvertrags bedürfe wegen weiterer Streitfälle einer abschließenden Auslegung. Das lässt darauf schließen, dass es davon ausging, die Bundesrepublik verwende die fragliche Klausel auch außerhalb seines Bezirks, denn anderenfalls hätte es die Revision mit dieser Begründung nicht

zulassen dürfen, sondern wäre selbst dazu berufen gewesen, die nur in seinem Bezirk verwendete Klausel zur Wahrung der Rechtseinheit abschließend auszulegen. Andererseits ist eine Verwendung dieser Klausel außerhalb des Bezirks des BerGer. aber nicht festgestellt und auch dem Vortrag der Parteien nicht zu entnehmen:

Zwar befinden sich die §§ 1 bis 3 des Vertrags, welche die Vertragsparteien, das Mietobjekt, den zu zahlenden Mietzins sowie die Mietdauer bezeichnen, auf Formularbögen, die von der Bundesrepublik für Mietverträge im Bereich mehrerer Vermögensämter vorgesehen sind. Die im Schriftbild davon abweichenden detaillierten Regelungen der §§ 4 bis 11 Mietvertrag sind aber ersichtlich für eine regional eingeschränkte Verwendung konzipiert, wie sich unter anderem daraus ergibt, dass § 4 Mietvertrag auf die Gesamtliegenschaft „E-Kaserne“ und deren mögliche Übernahme durch den klagenden Zweckverband Bezug nimmt und § 7 Mietvertrag auf eine einzuholende baurechtliche Genehmigung des Landratsamts R. hinweist, und zwar beides wortgleich auch in den drei weiteren Verträgen, die die Bekl. mit Schriftsatz vom 5. 10. 2000 zum Nachweis der mehrfachen Verwendung des Vertragsformulars zu den Akten gereicht hatte. Eine über den Bezirk des BerGer. hinausgehende Verwendung dieses Vertragsteils mit der hier maßgeblichen Gewährleistungsregelung hat keine der Parteien vorgetragen, und auch den Feststellungen des BerGer. ist nur zu entnehmen, dass die Bundesrepublik das vorliegende Vertragsformular „im ehemaligen Kasernengelände“ in einer Vielzahl von Fällen verwendet hat. Allein der Umstand, dass das BerGer. die Revision wegen der Auslegung dieser Klausel zugelassen hat, ist jedenfalls für sich allein nicht geeignet, diese uneingeschränkt revisibel zu machen.

Im Ergebnis kann jedoch dahinstehen, ob es sich um eine überregional verwendete Klausel handelt mit der Folge, dass das RevGer. sie frei und ohne Bindung an die Auslegung des BerGer. selbst auslegen kann, oder ob die Verwendung der Klausel nicht über dessen Bezirk hinausgeht und das RevGer. ihre Auslegung daher nur in demselben Umfang überprüfen kann, wie es bei Individualverträgen der Fall ist, nämlich auf die Verletzung von Auslegungsregeln, auf Denkfehler und auf Verstöße gegen Erfahrungssätze (vgl. BGH, NJW 1992, 1967 = LM H. 9/1992 § 286 [E] ZPO Nr. 25 = WM 1977, 112 = BGHR ZPO § 549 Abs. 1 Vertragsauslegung 1). Auch die freie Auslegung der Klausel durch den Senat führt nämlich zu keinem anderen Ergebnis als jenem, das das BerGer. seiner Entscheidung zu Grunde gelegt hat.”

bb. Ordnungsgemäße Einbeziehung in den Vertrag

Nach § 310 I BGB kommt es für eine ordnungsgemäße Einbeziehung dieser Ausschlussklausel nicht auf die besonderen Anforderungen gem. § 305 II BGB, da die Bekl. als Unternehmerin von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, der Bundesrepublik Deutschland, die Räumlichkeiten angemietet hat. Vielmehr richtet sich die Einbeziehung in den Vertrag nach der allgemeinen Vertragsabschlussregelung der §§ 145 ff. BGB. Danach bestand zwischen der Bekl. und ihrer ursprünglichen Vermieterin ein Konsens über diesen Klauselausschluss.

cc. Eröffnung der Inhaltskontrolle gem. § 307 III BGB; Auslegung gem. § 305 c II BGB

Eine Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht eröffnet sich nur dann, wenn durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen von gesetzlichen Vorschriften abgewichen wird oder solche ergänzt werden, § 307 III BGB. Nach § 6 Abs. 2 des vorliegenden Mietvertrages wird für sichtbare und unsichtbare Mängel nicht gehaftet. Fraglich ist aber, ob mit dieser Ausschlussklausel alle Mängel oder nur die anfänglichen Mängel erfasst sein sollen. Hierzu stellt der BGH fest:

“Die Revision greift diese Auslegung [zur Beschränkung der Klausel auf anfängliche Mängel] zum einen mit dem Hinweis an, der Wortlaut des § 6 II Mietvertrag enthalte keine Beschränkung auf vorhandene Mängel, und macht zum anderen geltend, der Kl. würde sich bei einem nachträglich auftretenden Mangel „mit Sicherheit“ auch auf diese Gewährleistungsausschlussklausel berufen. Damit kann sie keinen Erfolg haben. Richtig ist zwar, dass der Wortlaut des § 6 II Mietvertrag bei isolierter Betrachtung als umfassender Ausschluss jeglicher Gewährleistung verstanden werden könnte, weil jeder Mangel, ob anfänglich oder nachträglich, entweder sichtbar oder unsichtbar ist. Dies würde jedoch der Stellung dieser Klausel im Gesamtzusammenhang des § 6 nicht gerecht. Die vom BerGer. vorgenommene einschränkende Auslegung ist nicht nur möglich, sondern auch nahe liegend und richtig: § 6 I Mietvertrag bezieht sich ausschließlich auf bei Mietbeginn vorhandene Mängel und dient in erster Linie der Festlegung des vertraglich geschuldeten Zustands, was insbesondere aus dem Zusatz hervorgeht, dass die Höhe des Mietzinses mit Rücksicht auf den bei Mietbeginn vorhandenen Zustand der Mietsache bemessen worden ist. Ein ausdrücklicher Gewährleistungsausschluss findet sich demgegenüber erst in § 6 II Mietvertrag. Soweit der Vermieter danach keine Gewähr für Größe und Beschaffenheit leistet, bezieht auch dies sich auf den ursprünglichen Zustand der Mietsache. Bereits das legt es nahe, mit

dem BerGer. auch den Ausschluss der Gewährleistung für sichtbare und unsichtbare Mängel allein auf ursprüngliche Mängel zu beziehen und dahin zu verstehen, dass der Ausschluss der Gewährleistung für sichtbare Mängel, der sich bereits als Folge der Regelung in § 6 I Mietvertrag ergibt, ausdrücklich normiert und um den Ausschluss der Gewährleistung auch für solche Mängel erstreckt wird, die bei Mietbeginn vorhanden, aber noch nicht ohne weiteres erkennbar waren.

Hätte hingegen mit der Regelung des § 6 II Mietvertrag auch die Haftung für nachträgliche Mängel ausgeschlossen werden sollen, ergäbe die ausdrückliche Erwähnung sichtbarer und unsichtbarer Mängel wenig Sinn, da es bei der Haftung für nachträgliche Mängel auf deren Erkennbarkeit nicht ankommt. Vielmehr hätte es nahe gelegen, einen umfassenden Haftungsausschluss entweder dahin gehend zu formulieren, dass „jegliche“ Gewährleistung ausgeschlossen wird, oder aber ausdrücklich sowohl die Haftung für anfängliche als auch für später auftretende Mängel auszuschließen. Hinzu kommt, dass sich der Ausschluss der Gewährleistung für die Sicherheit eingelagerter Gegenstände in § 6 III Mietvertrag als überflüssig erweisen würde, wenn der Haftungsausschluss in § 6 II Mietvertrag auch später auftretende Mängel erfassen würde.

Soweit die Revision hilfsweise geltend macht, die Regelung des § 6 II Mietvertrag sei unklar, so dass Zweifel bei ihrer Auslegung gem. § 5 AGBG zu Lasten des Verwenders gehen müssten, verhilft ihr auch das nicht zum Erfolg. Denn § 5 AGBG kommt nicht schon stets dann zur Anwendung, wenn unterschiedliche Auslegungen möglich sind, sondern erst dann, wenn von diesen nach den vorrangigen allgemeinen Auslegungsprinzipien keine den klaren Vorzug verdient (vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., § 5 Rdnr. 28). Hier aber liegt nach der Auffassung des erkennenden Senats die vom BerGer. gefundene Auslegung weitaus näher und verdient den klaren Vorzug vor der Auslegung im Sinne eines umfassenden Haftungsausschlusses. Demgegenüber vermag der Umstand, dass die Vorinstanzen die hier zu beurteilende Klausel unterschiedlich ausgelegt haben, für sich allein noch nicht den Schluss auf das Vorliegen einer nicht behebbaren Mehrdeutigkeit und damit Unklarheit i. S. des § 5 AGBG zu rechtfertigen (vgl. Wolf/Horn/Lindacher, § 5 Rdnr. 29).“

dd. Inhaltskontrolle gem. § 307 I BGB

Die Klausel von § 6 Nr. 2 des Mietvertrages zum Gewährleistungsausschluss von anfänglichen Mängel ist gem. § 307 I BGB nur dann wirksam, wenn sie den

Vertragspartner nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Aufgrund des § 310 I BGB kann sich die Inhaltskontrolle dieser Ausschlussklausel allein nach der Generalklausel von § 307 BGB bestimmen.

Der formularmäßige Ausschluss der verschuldensunabhängigen Haftung für anfängliche Sachmängel wurde bereits nach § 538 a BGB a.F. in einem gewerblichen Mietvertrag als zulässig bewertet, da der Mieter aufgrund der Möglichkeit zur Überprüfung der Räume auf anfängliche Mängel nicht schützenswert ist (BGH, NJW-RR 1993, 519 [520]).

ee. Ergebnis zur Klauselprüfung

Damit ist die Klausel zum Gewährleistungsausschluss rechtens, d.h. die Bkl. kann sich nicht auf Minderung wegen der von vornherein gegebenen Verseuchung berufen.

III. Anspruch durchsetzbar

1. Rechtsmissbrauch gem. § 242 BGB

Fraglich ist, ob das Mietzahlungsbegehren des Kl. nicht rechtsmissbräuchlich gem. § 242 BGB, da Miete für die Überlassung gesundheitsgefährdender Räumlichkeiten verlangt wird. Der BGH führt dazu aus:

“Das Mietzahlungsverlangen des Kl. erweist sich auch nicht angesichts der revisionsrechtlich zu unterstellenden Gesundheitsgefährdung durch die Schadstoffbelastung der Mieträume als treuwidrig, § 242 BGB. Soweit die Revision geltend macht, bei Kenntnis dieser Gefahr hätte weder die Bundesrepublik die Halle vermieten dürfen noch die Bkl. sie angemietet, steht dieser Gesichtspunkt dem Verlangen des Kl. nach Erfüllung des Vertrags nicht entgegen. Die vorvertragliche Kenntnis der Vertragsparteien von der Belastung des Holzbodens der zuvor militärisch genutzten Halle durch Schmutz und Ölrückstände zeigt vielmehr, dass beide Vertragsparteien mit einer möglicherweise auch gesundheitsgefährdenden Schadstoffbelastung rechneten, zumal § 7 II Mietvertrag Ölrückstände ausdrücklich als schädigende Stoffe bezeichnet, und dass sie den Vertrag in Kenntnis dieses Risikos gleichwohl zu einem dieses Risiko berücksichtigenden Mietzins schließen wollten.

Dass eine gesundheitsgefährdende Schadstoffbelastung tatsächlich vorhanden war und sich dieses Risiko somit verwirklicht hat, wie revisionsrechtlich zu unterstellen ist, hindert den Kl. nicht, sich auf den darauf bezogenen Gewährleistungsausschluss zu berufen. Ein Verzicht des Mieters auf Gewährleistungsansprüche ist grundsätzlich auch im Hinblick auf Gesundheitsgefährdungen zulässig, wie sich bereits aus §

544 letzter Halbs. BGB a. F. ergibt (vgl. auch RG, JW 1936, 2706 m. Anm. Roquette).

Die Berufung des Kl. auf den Haftungsausschluss verstößt hier auch nicht etwa deshalb gegen Treu und Glauben, weil das Ausmaß der Gesundheitsgefährdung die Tauglichkeit der Mieträume zum vertraglich vorgesehenen Gebrauch völlig ausschloss. Denn die Bekl. hätte sich von der weiteren Zahlung des Mietzinses jederzeit durch fristlose Kündigung nach § 544 BGB a. F. befreien können. Sie kann sich insoweit auch nicht darauf berufen, allein wegen der Ungewissheit darüber, wie gravierend die Belastung war, an der Aufnahme der vorgesehenen Produktion gehindert gewesen zu sein. Sie hätte sich vielmehr sogleich — notfalls im Wege eines Beweissicherungsverfahrens — Gewissheit verschaffen und sodann entscheiden können, ob sie ihr Kündigungsrecht nach § 544 BGB a. F. ausübt, oder ob es im Hinblick auf den ohnehin geringer bemessenen Mietzins wirtschaftlich sinnvoller erschien, die Kontaminierung durch Entfernung oder Versiegelung des verseuchten Holzfußbodens selbst zu beseitigen.”

2. Sonstige Einreden

Sonstige Einreden gegenüber dem Mietzahlungsbegehren des Kl. sind nicht ersichtlich.

Damit ist der Zahlungsanspruch des Kl. auch durchsetzbar.

IV. Ergebnis zu § 535 II BGB

Für die Zeit bis zum 31.12.1997 hat der Kl. einen Mietzahlungsanspruch gem. § 535 II BGB.

B. Anspruch gem. § 546 a I BGB

I. Anspruch entstanden

Das Mietverhältnis zwischen den Parteien ist zum 31.12.1997 durch Kündigung des Kl. beendet worden. Die Kündigung war wegen des Zahlungsverzuges der Bekl. gem. § 543 I, II Nr. 3 BGB rechtmäßig. Trotzdem hat die Bekl. die Räumlichkeiten erst zum Ende Juni 1998 verlassen. Damit hat sie nach Beendigung des Mietverhältnis dem Kl. als Vermieter die Mietsache gem. § 546 a I BGB vorenthalten, so dass er für diese Zeit als Entschädigung die vereinbarte Miete verlangen kann.

II. Anspruch untergegangen

Dem Zahlungsanspruch des Kl. stehen keine rechtsvernichtenden Einreden, insbesondere durch Minderung gem. § 536 I BGB entgegen (s.o.).

III. Anspruch durchsetzbar

Dem Zahlungsbegehren des Kl. stehen auch keine Einreden entgegen (s.o.).

IV. Ergebnis zu § 546 a I BGB

Für die Zeit vom 01.01.1998 (Mietvertragsende) bis zum 30.06.1998 (Räumungszeitpunkt) hat der Kl. einen Mietzahlungsanspruch gem. § 546 a I BGB.

Endergebnis:

Damit hat der Kl. einen Anspruch auf Zahlung von 30.996 DM gem. § 535 II BGB und § 546 a I BGB.

Standort: §§ 22, 23, 251 StGB

Problem: Erfolgsqualifizierter Versuch

BGH, BESCHLUSS VOM 13.08.2002

3 STR 204/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall wollte der Täter ein Juweliergeschäft überfallen. Der Inhaber weigerte sich jedoch, die Kostbarkeiten herauszugeben, woraufhin der Täter ihn erschoss. Das Urteil des LG, das den Angeklagten wegen versuchter räuberischer Erpressung und Totschlag verurteilt hatte, hob der BGH auf. Neben § 212 I StGB habe sich der Täter nämlich auch noch wegen versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge strafbar gemacht.

Prüfungsrelevanz:

Die Fallgruppe des erfolgsqualifizierten Versuchs, die

Gegenstand des vorliegenden Urteils ist, ist immer wieder Gegenstand von Prüfungsaufgaben. Auch wird in Examensaufgaben dieses Problem meist anhand der Tatbestände der §§ 249 ff. StGB erörtert, was dem Prüfling zusätzlich noch Kenntnisse der tatbestandspezifischen Probleme dieser Delikte abverlangt, die ihrerseits wieder einen absoluten Standardstoff im Examen darstellen.

Beim Zusammentreffen von Versuch und Erfolgsqualifikation gibt es zwei mögliche Konstellationen: den Versuch der Erfolgsqualifikation und den erfolgsqualifizierten Versuch (vgl. Überblick bei Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 18 Rn.8 ff.).

Beim Versuch der Erfolgsqualifikation ist das Grunddelikt vollendet oder versucht, die schwere Folge ist jedoch, obwohl vom Vorsatz des Täters umfasst, nicht eingetreten. Bei einer Erfolgsqualifikation ist gem. §

18 StGB bzgl. der schweren Folge Vorsatz nicht unbedingt erforderlich, jedoch schließt ein solcher auch das Vorliegen einer Erfolgsqualifikation nicht aus. Wenn aber eine vorsätzliche Herbeiführung der schweren Folge den Tatbestand der Erfolgsqualifikation erfüllt, dann muss auch hier - wie bei jeder anderen Vorsatztat - ein Versuch möglich sein (streitig nur bei § 227 StGB, vgl. Rengier, BT2 § 16 Rn. 13).

Ein erfolgsqualifizierter Versuch hingegen liegt vor, wenn durch den Versuch des Grunddelikts bereits die schwere Folge herbeigeführt wurde. Gerade beim erfolgsqualifizierten Versuch eröffnen sich mehrere Problemkreise.

Zum einen ist streitig, ob ein erfolgsqualifizierter Versuch überhaupt strafbar ist, wenn - wie bei § 221 I und III StGB nur der Versuch der Erfolgsqualifikation und nicht der Versuch des Grunddelikts strafbar ist (so Lackner/Kühl § 18 Rn. 11; Sowada, Jura 1995, 653; Rath, JuS 1999, 142; aA SK-Rudolph, § 18 Rn. 7; Bussmann, GA 1999, 23). Dies war jedoch vom BGH im vorliegenden Fall nicht zu erörtern, da der vorliegend angenommene § 255 StGB ein Verbrechen und deswegen hier bereits der Versuch des Grunddelikts strafbar ist.

Weiter stellt sich die Frage, ob im Falle des erfolgsqualifizierten Versuchs wegen der fehlenden Vollendung des Grunddelikts noch ein Rücktritt des Täters möglich ist (so BGHSt 42, 158; Kudlich, JuS 1999, 355) oder ob der Eintritt der schweren Folge dem Täter die Möglichkeit des Rücktritts vom Versuch des Grunddelikts nimmt (so Jäger, NSTZ 1998, 164). Im vorliegenden Fall hat der BGH die Möglichkeit eines Rücktritts vom erfolgsqualifizierten Versuch grundsätzlich angenommen, dessen Voraussetzungen jedoch abgelehnt.

Vertiefungshinweise:

Zum erfolgsqualifizierten Versuch: *Laubenthal*, JZ 1987, 1065; *Schmoller*, JurBl 1984, 654; *Sowada*, Jura 1995, 653; *Ulsheimer*, GA 1966, 257

Zum Unmittelbarkeitserfordernis bei Erfolgsqualifikationen: *Rengier*, Jura 1986, 143; *Sowada*, Jura 1994, 643; *Wolter*, JuS 1981, 168

Zum Rücktritt vom erfolgsqualifizierten Versuch: *BGHSt* 42, 158; *Anders*, GA 2000, 64; *Jäger*, NSTZ 1998, 164; *Küper*, JZ 119, 229

Zum Verhältnis von § 249 StGB und § 255 StGB: *BGHSt* 14, 387; *NStZ-RR* 1997, 321; *NSTZ* 1999, 350; *Geilen*, Jura 1979, 53, 109, 165, 221, 277, 333, 445, 501, 557, 613, 669; 1980, 43; *Schünemann*, JA 1980, 349, 393, 486

Kursprogramm:

Examenskurs: "Tod in der Fußgängerzone"

Examenskurs: "Hooligan"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Wer beim Versuch einer räuberischen Erpressung mindestens leichtfertig den Tod eines Menschen verursacht, ist wegen versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge zu bestrafen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter den Tod vorsätzlich herbeigeführt hat.

2. Der Tatbestand des § 251 StGB setzt nicht voraus, dass der Tod unmittelbar durch die Nötigungshandlung verursacht wird. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung derart eng mit dem Tatgeschehen verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der Tat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn infolge mangelnder Kooperationsbereitschaft des Opfers das Tatgeschehen so eskaliert, dass der Täter nunmehr die tödliche Handlung vornimmt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A bedrohte den Uhrmachermeister J in dessen Uhren- und Schmuckgeschäft mit einer Selbstladepestole und verlangte die Herausgabe von Geld oder Wertgegenständen. Als J dies lautstark verweigerte, geriet A in Wut und Panik, weil sein Vorhaben gescheitert war. Er schoss deshalb mehrmals in Tötungsabsicht auf J, der an den Folgen eines Nahschusses in das Genick verstarb. Ohne Mitnahme von Beute verließ der Angeklagte fluchtartig das Geschäft.

Wie hat A sich strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: §§ 211, 239 a und b StGB sowie Nebenstrafrecht sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit wg. Totschlags gem. § 212 I StGB

I. Tatbestand

1. Tötung des J

A hat den J durch seine Schüsse getötet und so den objektiven Tatbestand des § 212 I StGB verwirklicht.

2. Vorsatz

A hatte die Absicht, J zu töten. Er hat also auch vorsätzlich gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

A hat rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

A hat auch schuldhaft gehandelt. Sein "Wutanfall" wegen der gescheiterten Tat könnte allerdings zu einer Verminderung der Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB geführt haben. Hierzu der BGH: " Der neue Tatrichter wird Gelegenheit haben, das Vorliegen erheblich verminderter Schuldfähigkeit bei der Tötungshandlung neu zu prüfen. Aus dem angefochtenen Urteil ergibt sich schon nicht, ob das Landgericht wegen der "Wut des Angeklagten, die sich in einem impulsiven und aggressiven Übermaßverhalten entladen habe", von einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit ausgegangen ist." Selbst die Annahme einer verminderten Schuldfähigkeit würde jedoch die Strafbarkeit des A nicht entfallen lassen, sondern nur zu einer (fakultativen) Strafmilderung führen. Anhaltspunkte für eine Schuldunfähigkeit des A i.S.v. § 20 StGB liegen nicht vor. A hat sich gem. § 212 I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit wegen versuchten schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB

I. Vorprüfung

Zu einer Wegnahme ist es nicht gekommen, so dass § 249 I StGB nicht vollendet ist. Der Versuch des schweren Raubes ist wegen dessen Verbrechenscharakters strafbar (§§ 250 II, 22, 23 I StGB).

II. Tatentschluss

A müsste Tatentschluss zur Begehung eines (schweren) Raubes gehabt haben.

1. Bzgl. fremder beweglicher Sache

A wusste, dass das Geld und der Schmuck, auf den er es abgesehen hatte, im Eigentum des J standen und deswegen für ihn fremde und auch bewegliche Sachen waren.

2. Bzgl. Wegnahme

A müsste auch den Tatentschluss gehabt haben, J diese Sachen wegzunehmen. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Im Rahmen von § 249 StGB ergibt sich hierbei aber das Problem, ob die Einwirkung des Täters auf das Opfer mit Raubmitteln nicht vielleicht zu einem Einverständnis des Opfers führt, was die Wegnahme ausschließen würde. Hierbei geht es letztlich um die Abgrenzung zwischen § 249 I StGB und § 255 StGB.

a) Literatur

Nach der hM in der Literatur ist für eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB die innere Willensrichtung des Opfers maßgebend. Eine Wegnahme ist dann gegeben, wenn das Opfer seine Mitwirkung für den Gewahrsamswechsel nicht für erforderlich hält (LK-Lackner, § 253 Rn. 10; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 f. m.w.N.). Nach Vorstellung des A sollte die Durchführbarkeit des Tatplanes davon abhängen, dass J die Wertsachen zumindest auf die Aufforderung des A hin herausgab. Es kann davon ausgegangen werden, dass A glaubte, dass J dies auch erkannt habe und deswegen nach der Vorstellung des A der J seine Mitwirkung für erforderlich hielt. Nach dieser Auffassung hatte A keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme.

b) Rechtsprechung

Die Rechtsprechung beurteilt das Vorliegen einer Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB nach dem äußeren Erscheinungsbild (BGHSt 7, 255; 14, 186; NSTZ 1981, 301). Der Tatentschluss des A war darauf gerichtet, sich die Sachen von J herausgeben zu lassen, er stellte sich also ein Verhalten vor, dass vom äußeren Erscheinungsbild gerade keine Wegnahme, sondern eine Weggabe wäre. Auch nach dieser Auffassung ist kein Tatentschluss des A bzgl. einer Wegnahme gegeben.

Nach allen Auffassungen ist der Tatentschluss des A bzgl. einer Wegnahme abzulehnen.

III. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB

I. Vorprüfung

Da A die Wertsachen des J nicht mitgenommen hat, ist bei diesem kein Vermögensnachteil eingetreten; §§ 253 I, 255 StGB sind also nicht vollendet. Der Versuch ist strafbar (s.o.).

*II. Tatentschluss**1. Bzgl. §§ 253 I, 255 StGB**a) Bzgl. Einsatz eines qualifizierten Nötigungsmittels*

A müsste Tatentschluss dahingehend gehabt haben, Gewalt gegen eine Person anzuwenden oder mit ge-

genwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zu drohen. Anhaltspunkte dafür, dass A bereits anfänglich vorhatte, auf J zu schießen, ergeben sich aus dem Sachverhalt nicht. Jedoch wollte A jedenfalls durch das Vorhalten der Pistole mit einer gegenwärtigen Gefahr für das Leben des J drohen, was er ja auch getan hat.

b) bzgl. Opferreaktion

A müsste Tatentschluss gehabt haben, J zu einer tatbestandsmäßigen Opferreaktion zu veranlassen. Streitig ist, welchen Anforderungen die Opferreaktion i.S.v. § 253 I StGB genügen muss.

aa) Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung reicht als Opferreaktion i.R.v. § 253 I StGB entsprechend dem Wortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers aus (BGHSt 14, 387; 41, 125; NStZ-RR 1997, 321). A wollte den J zur Herausgabe des Schmucks veranlassen, also zu einer Handlung, so dass er Tatentschluss bzgl. einer tauglichen Opferreaktion hatte.

bb) Literatur

Die Literatur verlangt als Opferreaktion i.R.v. § 253 I StGB wegen der starken strukturellen Nähe von § 253 StGB und § 263 StGB eine Vermögensverfügung, also ein Verhalten des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (Biletzki, Jura 1995, 636; Schönke/Schröder-Eser, § 1253 Rn. 8 m.w.N.). A wollte die Herausgabe der Wertgegenstände durch J bewirken. Dieser hätte hierdurch unmittelbar den Gewahrsam an den Sachen verloren und so sein Vermögen unmittelbar gemindert. A hatte auch Tatentschluss bzgl. einer Vermögensverfügung durch J.

Nach allen Meinungen hatte A also Tatentschluss zur Herbeiführung einer tatbestandsmäßigen Opferreaktion.

c) bzgl. Vermögensnachteil

A müsste sich einen Vermögensnachteil bei J vorgestellt haben. Ein solcher ist - ebenso wie der Vermögensschaden beim Betrug - dann gegeben, wenn die Vermögenslage des Opfers nach der Tat ungünstiger ist als vorher (BGH NJW 1987, 3145; Schröder, JR 1966, 471). A wusste, dass J den Gewahrsam an Geld und Schmuck verlieren würde ohne hierfür ein Äquivalent zu erhalten. Somit hatte A Tatentschluss bzgl. eines Vermögensnachteils bei J.

d) Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A hatte die Absicht, sich durch die Erlangung des Be-

sitzes an den Wertsachen zu bereichern. Er wusste auch, dass er keinen Anspruch auf diesen Vermögensvorteil hatte und dass die beabsichtigte Bereicherung und der bei J eintretende Schaden aus demselben Opferverhalten stammen und deswegen stoffgleich wären. A hatte somit die Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

2. bzgl. § 250 II Nr. 1 StGB

A hatte auch den Tatentschluss, eine geladene Pistole, also eine Waffe, bei der Tat zu verwenden. Dass sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, ob A ursprünglich vorhatte, mit der Pistole zu schießen, ist unbeachtlich, da für § 250 II Nr. 1 StGB ein Verwenden der Waffe i.R. der Drohung ausreicht (vgl. BGH NStZ 1999, 301; JR 1999, 33; Küper, JZ 1999, 89) und A jedenfalls mit der Pistole drohen wollte, was er ja auch getan hat.

II. Unmittelbares Ansetzen

A hat den Tatbestand der §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB bereits zum Teil erfüllt, da er mit einer Waffe gedroht hatte. Im Falle der Teilverwirklichung des Tatbestandes durch den Täter ist ein unmittelbares Ansetzen auf jeden Fall gegeben (BGHSt 37, 296; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 37).

III. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft (s.o.).

IV. Kein Rücktritt

Hierzu führt der BGH aus: "Der Angeklagte ist vom Versuch der räuberischen Erpressung mit Todesfolge nicht mit strafbefreiender Wirkung zurückgetreten. Zwar hat das Landgericht das Problem eines möglichen Rücktritts vom Versuch nicht ausdrücklich erörtert. Dies stellt aber unter den gegebenen Umständen des Falles keinen durchgreifenden Rechtsfehler dar. Da nach den getroffenen Feststellungen das Vorhaben des Angeklagten, sich mittels einer Straftat Geld zu verschaffen, wegen des unerwarteten Widerstands des Tatopfers gescheitert war, ging die Strafkammer erkennbar von einem fehlgeschlagenen Versuch aus, bei dem ein strafbefreiender Rücktritt ausscheidet (vgl. BGHSt 34, 53, 56; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, fehlgeschlagener 1; Freiwilligkeit 22). Der in der Annahme eines fehlgeschlagenen Versuchs liegende Schluss des Tatrichters, der Angeklagte habe die räuberische Erpressung als nicht mehr durchführbar und deshalb als endgültig gescheitert angesehen, beruht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage, die sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt." A ist also nicht zu-

rückgetreten

V. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 22, 23 I StGB.

D. Strafbarkeit wegen versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I, 251 StGB

I. Tatbestand

1. Grunddelikt

A hat das Grunddelikt der versuchten räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I StGB verwirklicht (s.o.).

2. Erfolgsqualifikation gem. § 251 StGB

a) Eintritt der schweren Folge

J ist tot, so dass die schwere Folge des § 251 StGB (Tod eines Menschen) eingetreten ist.

b) Kausalität zwischen Grunddelikt und schwerer Folge

Die Begehung des Grunddeliktes müsste äquivalent kausal sein für den Eintritt der schweren Folge. Hätte A nicht versucht, J zu erpressen, hätte dieser sich nicht geweigert, die Situation wäre nicht eskaliert und A hätte die tödlichen Schüsse nicht abgegeben. Die (versuchte) Erpressung war somit kausal für die schwere Folge.

c) Unmittelbarkeitszusammenhang

Für § 251 StGB ist weiter erforderlich, dass sich in dem tödlichen Ausgang gerade die Gefahr niedergeschlagen hat, die für einen Raub oder eine räuberische Erpressung typisch ist (BGH NStZ 1986, 116; Schönke/Schröder-Eser, § 251 Rn. 5 m.w.N.). Dies könnte im vorliegenden Fall problematisch sein, da J nicht durch das qualifizierte Nötigungsmittel zu Tode kam, sondern durch eine Handlung, die sogar erst vorgenommen wurde, nachdem der Versuch der Erpressung bereits fehlgeschlagen war (s.o.). Der BGH nimmt dennoch hier eine Unmittelbarkeit an: " Der Tatbestand des § 251 StGB setzt nicht voraus, dass der Tod unmittelbar durch die Nötigungshandlung verursacht wird. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung derart eng mit dem Tatgeschehen verbunden ist, dass sich in

der Todesfolge die der Tat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht (vgl. BGH NStZ 1998, 511). Dies war bei der vorsätzlichen Tötung des Uhrmachermeisters durch den Angeklagten der Fall, da bei einer räuberischen Erpressung unter Verwendung einer Schusswaffe die Gefahr der Eskalation durch Gebrauch der Waffe besteht, wenn das Opfer die Forderungen des Täters nicht erfüllt." Der Unmittelbarkeitszusammenhang ist somit gegeben.

d) Wenigstens Leichtfertigkeit

A müsste bzgl. der schweren Folge wenigstens leichtfertig gehandelt haben. Leichtfertigkeit ist eine gesteigerte (grobe) Fahrlässigkeit (vgl. BGHSt 33, 66; LK-Herdeggen, § 251 Rn. 7). Der Formulierung "wenigstens leichtfertig" lässt sich entnehmen, dass der Tatbestand des § 251 auch dann erfüllt ist, wenn der Täter bzgl. des Todeseintritts mit Vorsatz gehandelt hat. Dies stellt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung noch einmal klar: "Wer beim Versuch einer räuberischen Erpressung mindestens leichtfertig den Tod eines Menschen verursacht, ist wegen versuchter räuberischer Erpressung mit Todesfolge (§§ 22, 23 Abs. 1, 255, 251 StGB) zu bestrafen. Dies gilt auch dann, wenn der Täter - wie hier - den Tod vorsätzlich herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 39, 100)."

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Kein Rücktritt

Ein strafbefreiender Rücktritt des A, der auch beim erfolgsqualifizierten Delikt nach BGH grds. möglich ist, scheidet hier am Vorliegen eines Fehlschlags (s.o.).

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 22, 23 I, 251 StGB

E. Sonstige Delikte und Konkurrenzen

Die von A mitverwirklichten Delikte gem. §§ 240 I, 22, 23 I StGB, 241 StGB, 239 StGB treten hinter die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB tritt hinter den Totschlag zurück. Die versuchte (schwere) räuberische Erpressung tritt als Grunddelikt hinter §§ 253 I, 255, 22, 23 I, 251 StGB zurück. Die Delikte der versuchten räuberischen Erpressung mit Todesfolge und des Totschlags stehen im Verhältnis der Tateinheit (BGHSt 39, 100, 108).

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Odendahl, Kerstin: "Das Erfordernis der einheitlichen Stimmabgabe im Bundesrat (Art. 51 III 2 GG): Der Fall des Zuwanderungsgesetzes"
Fundstelle:	JuS 2002, 1049 (Heft 11)
Inhalt:	Der Beitrag befasst sich noch einmal mit dem Abstimmungsverhalten des Landes Brandenburg im Bundesrat am 22.3.2002 bei der Abstimmung über das Zuwanderungsgesetz. Nachdem zunächst der genaue Ablauf der Sitzung und die Äußerungen der Beteiligten wörtlich wiedergegeben werden, untersucht die Autorin sodann die Frage, ob eine uneinheitliche Stimmabgabe vorgelegen hat, und wenn ja, welche Konsequenzen hieraus zu ziehen wären. Die RA hat bereits auf ähnliche Beiträge (z.B. von Hoppe, DVBl 2002, 725) aufmerksam gemacht.

Autor/Titel:	Jahn Ralf: "Das voreilige Versammlungsverbot"
Fundstelle:	JuS 2002, 1109 (Heft 11)
Inhalt:	Gegenstand dieser im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes spielenden Assessor Klausur ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen gegenüber einer rechtsextremistischen Partei ein Versammlungsverbot ausgesprochen werden kann. Über den hierzu bestehenden Konflikt zwischen dem OVG Münster und dem BVerfG hatte die RA bereits mehrfach ausführlich berichtet (zuletzt RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409)

Autor/Titel:	Schreiber, Yvonne / Frenzel, Eike: "Zoff auf dem Oktoberfest"
Fundstelle:	Jura 2002, 848 (Heft 12)
Inhalt:	Als Verfassungsbeschwerde aufgezogener Klausurfall zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und Staatsschutz. Alle gängigen Probleme des Art. 5 GG (Wechselwirkungslehre, Abgrenzung zwischen Tatsache und Werturteil, Prüfungsumfang des BVerfG).

Zivilrecht

Autor/Titel:	Casper, Matthias: "Geschäfte des täglichen Lebens - kritische Anmerkungen zum neuen § 105 a BGB"
Fundstelle:	NJW 2002, 3425 (Heft 47)
Inhalt:	Gemäß den neu eingefügten § 105 a BGB können nunmehr volljährige Geschäftsunfähige Geschäfte des täglichen Lebens in Ansehung von Leistung und Gegenleistung wirksam vornehmen. Der Beitrag beleuchtet vor allem die Konsequenzen dieser Vorschrift für das Gewährleistungsrecht und das dingliche Rechtsgeschäft.

Autor/Titel:	Steck, Dieter: "Das HGB nach der Schuldrechtsreform"
Fundstelle:	NJW 2002, 3201 (Heft 44)
Inhalt:	Der Aufsatz beschäftigt ausführlich sich mit den Auswirkungen der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 sowie eigenständigen Neuregelungen im HGB auf dem Gebiet des Handelsrechts.

Autor/Titel:	Stamm, Jürgen: "Die Rückführung der sog. "auch fremden Geschäfte" von der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Gesamtschuld"
Fundstelle:	Jura 2002, 730 (Heft 11)
Inhalt:	Dieser Beitrag bietet als mögliche Lösung für den Streit über die Anwendbarkeit des GoA-Rechts gem. §§ 677 ff. BGB auf sog. "auch fremde Geschäfte" eine konkurrierende Anwendung des Prinzips der Gesamtschuld an.

Autor/Titel:	Derleder, Peter: "Der doppelte Eigentumsvorbehalt"
Fundstelle:	Jura 2002, 772 (Heft 11)
Inhalt:	Gutachterliche Aufarbeitung eines Klausurfalles mit den klassischen und daher examensrelevanten Themengebieten des Eigentumsvorbehalts, des Anwartschaftsrechts, des gutgläubigen Erwerbs durch Zweitverfügung und des Schadensersatzes wegen unberechtigter Weiterverfügung.

Strafrecht

Autor/Titel:	Kühl, Kristian: "Das erfolgsqualifizierte Delikt (Teil I): Das vollendete erfolgsqualifizierte Delikt"
Fundstelle:	Jura 2002, 810 (Heft 12)
Inhalt:	Ausführliche Darstellung der klassischen Problemfelder i.R. des (vollendeten) erfolgsqualifizierten Delikts mit umfangreichen Vertiefungshinweisen und Ausführungen zur gutachterlichen Darstellung (insb. in Examensarbeiten), also u.a. auch Themen, die Gegenstand des Urteils in Fallstruktur dieser Ausgabe der RA sind.

Autor/Titel:	Müller-Christmann, Bernd: "Aktuelles Strafprozesrecht"
Fundstelle:	JuS 2002, 1100 (Heft 11)
Inhalt:	Überblick über die aktuelle Rechtsprechung zur StPO.

Autor/Titel:	Geppert, Klaus: "Zur Systematik der Beleidigungsdelikte und zur Bedeutung des Wahrheitsbeweises im Rahmen der §§ 185 ff. StGB"
Fundstelle:	Jura 2002, 820 (Heft12)
Inhalt:	Trotz des etwas esoterischen Titels ein nützlicher Überblick über die Beleidigungsdelikte unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung der Abgrenzung zwischen Tatsachenfeststellung und Werturteil für die Systematik der §§ 185 ff. StGB; enthält auch sehr brauchbare praktische Tipps für Examensarbeiten aus diesem Themenbereich.