

Öffentliches Recht

Standort: Amtshaftung

Problem: Gemeinde als "Dritter"

BGH, URTEIL VOM 12.12.2002
III ZR 201/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die vorliegende Entscheidung betrifft einen Amtshaftungsfall, in dem ein Hoheitsträger (hier: eine Gemeinde) gegenüber einem anderen Hoheitsträger (hier: einem Landkreis) Ansprüche u.a. aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG geltend machte.

In der Rspr. ist seit langem anerkannt, dass Gläubiger eines Amtshaftungsanspruchs (d.h. "Dritter" i.S.d. § 839 I 1 BGB) nicht nur Zivilrechtssubjekte, sondern auch Hoheitsträger sein können. Allerdings muss die verletzte Amtspflicht dann auch gerade diesem Hoheitsträger gegenüber bestehen. Im vorliegenden Fall war im Wege der Kommunalaufsicht ein Rechtsgeschäft der Gemeinde genehmigt worden. Der BGH stellt fest, dass die Kommunalaufsicht die Gemeinde in der Ausübung ihrer Verwaltungsaufgaben nicht nur einschränke, sondern die Kontrollbefugnisse der Aufsichtsbehörde sie auch (vor sich selbst) schützen sollen, also Schutzwirkung für diese entfalten. Dies gelte selbst dann, wenn die Gemeinde - wie hier durch eine Genehmigung - in ihrer Rechtsausübung nicht beschränkt, sondern begünstigt werde.

Prüfungsrelevanz:

Der Amtshaftungsanspruch hat in der jüngeren Vergangenheit immer wieder die Zivilgerichte (Art. 34 GG a.E. enthält bekanntlich eine abdrängende Sonderzuweisung) beschäftigt. Insbesondere die Rechtsprechung zur Drittbezogenheit der Amtspflicht weist eine gewisse Dynamik auf, wobei die Tendenz eindeutig hin zu einer weiten Auslegung des Merkmals geht. Die RA hat hierüber bereits mehrfach berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Wichtig ist in diesem Zusammenhang der Hinweis auf einen häufig anzutreffenden Fehler in Prüfungsarbeiten: Es reicht für einen Amtshaftungsanspruch nicht aus, dass eine Amtspflicht drittschützend ist; vielmehr muss sich die Prüfung anschließen, ob gerade der Anspruchsteller auch "Dritter" in diesem Sinne, d.h. seinerseits in den Schutzbereich der Norm einbezogen ist. Dies gilt i.Ü. nicht nur im Bereich der Amtshaftung, sondern

immer dann, wenn Drittschutz zu prüfen ist: Im Baunachbarrecht nutzt es dem Kläger auch nichts, wenn eine die Nachbarschaft schützende Norm existiert, er selbst aber nicht Nachbar des Bauherrn ist.

Vertiefungshinweise:

- Drittbezogenheit der Amtspflicht: *BGH*, RA 2001, 316 = DVBl 2001, 807
- Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens: *BGH*, RA 2000, 661 = DVBl 2000, 904
- Reduktion der Ausschlussklausel des § 839 I 2 BGB: *OLG Köln*, RA 1999, 189 = NVwZ-RR 1999, 160; *LG Berlin*, RA 1999, 399 = NVwZ 1999, 362
- Gutachterliche Lösung eines Amtshaftungsfalls: *Cremmer*, JuS 1996, 143
- Überblick zum Amtshaftungsrecht: *Schoch*, Jura 1988, 585

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die vergessene Motorsäge"

Leitsätze:

1. Die kommunale Rechtsaufsicht kann Amtspflichten der Aufsichtsbehörde auch gegenüber der zu beaufsichtigenden Gemeinde als einem geschützten Dritten begründen.
2. Schutzpflichten der Aufsicht gegenüber der Gemeinde können auch bei begünstigenden Maßnahmen bestehen, also solchen, die von der Gemeinde selbst angestrebt werden, etwa bei der Genehmigung eines von der Gemeinde abgeschlossenen Rechtsgeschäfts.
3. Verletzungen dieser Pflichten können Amt- oder Staatshaftungsansprüche der Gemeinde gegen die Aufsichtsbehörde auslösen.

Sachverhalt:

Die klagende Gemeinde ist Rechtsnachfolgerin der inzwischen in sie eingemeindeten ehemaligen Gemeinde N. (im folgenden durchgängig nur: die Klägerin). Diese beabsichtigte im Jahre 1992 den Neubau einer gemeindlichen Sporthalle. Wegen fehlender Eigenmittel ent-

schloss sie sich, den Neubau als kommunales Investorenvorhaben zu realisieren, und zwar in Zusammenarbeit mit der E.-GbR. Diese sollte die Sporthalle auf einem Erbbaugrundstück errichten und langfristig an die Gemeinde vermieten. Zu diesem Zweck erwarb die Gemeinde mit Vertrag vom 20. Dezember 1996 das Erbbaurecht an dem Baugrundstück und veräußerte es mit Vertrag vom 27. Dezember 1996 für 100 DM an die E. weiter. Durch einen weiteren Vertrag vom 27. Dezember 1996 verpflichtete sich die E., die Sporthalle für 3,9 Mio. DM zu errichten und für 30 Jahre an die Gemeinde zu vermieten. Vorgesehen war, dass der Mietzins bis zum Ende der Vertragslaufzeit stetig anstieg. Außerdem sollte die Gemeinde das Ankaufsrecht nach Ablauf der Mietzeit erhalten. Schließlich gewährte die Gemeinde nach § 12 dieses Vertrages der E. neben dem Mietzins ein Mieterdarlehen.

Mit zwei Bescheiden vom 21. April 1997 erteilte der beklagte Landkreis auf Antrag der Klägerin die für beide Verträge vom 27. Dezember 1996 erforderlichen kommunalaufsichtlichen Genehmigungen. Im Februar 1999 stellte der Sächsische Rechnungshof in einem Prüfbericht fest, dass die als Leasingmodell eingestufte Finanzierung der Sporthalle unwirtschaftlich und im Vergleich zu einer Kreditfinanzierung zu teuer gewesen sei. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der beklagte Landkreis unter diesen Umständen das Vertragswerk nicht hätte genehmigen dürfen. Sie erblickt in den gleichwohl erteilten Genehmigungen eine Amtspflichtverletzung ihr gegenüber und begehrt, gestützt auf Amtshaftung und Haftung nach dem Staatshaftungsgesetz der DDR, die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entstanden sei und in Zukunft entstehen werde, dass der Beklagte den Mietvertrag zwischen der Gemeinde N. und der E., betreffend die Anmietung der Sporthalle, sowie den Erbbaurechtsveräußerungsvertrag genehmigt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen; das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben und die begehrte Feststellung getroffen. Die Revision des Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat den Beklagten wegen der Erteilung der hier in Rede stehenden Genehmigungen vom 21. April 1997 gegenüber der Klägerin für schadensersatzpflichtig gehalten. Die Anspruchsgrundlage hat es in § 1 des Staatshaftungsgesetzes der DDR in der Fassung des Einigungsvertrages (BGBl. II 1990, S. 885, 1168) erblickt, das zwar mittlerweile in Sachsen durch Gesetz vom 17. April 1998 (SächsGVBl. 1998, S. 151) aufgehoben wor-

den ist, aber auf den Streitfall weiterhin Anwendung findet. Daneben hält das Berufungsgericht ersichtlich auch einen mit dem Staatshaftungsanspruch konkurrierenden Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) für gegeben. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

A. Amtspflichtverletzung

Im Revisionsrechtszug steht außer Streit, dass eine Finanzierung des Vorhabens "Sporthalle N." über Kommunalkredit für die Klägerin günstiger gewesen wäre als die hier gewählte Form eines Leasingmodells. Deswegen stellt auch die Revision nicht in Abrede, dass die Genehmigungen nicht hätten erteilt werden dürfen. Dabei sind die abgeschlossenen Einzelverträge als Bestandteile eines einheitlichen Vertragswerks zu werten, so dass es für die haftungsrechtliche Würdigung einer Unterscheidung nach der Genehmigung des Mietvertrages einerseits und derjenigen des Erbbaurechtsveräußerungsvertrages andererseits nicht bedarf.

B. Verschulden

Die Revision nimmt auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts hin, dass der für die Erteilung verantwortliche Amtsleiter des Beklagten schuldhaft gehandelt hat und somit das für den Amtshaftungs-, nicht dagegen für den Staatshaftungsanspruch geltende Verschuldenserfordernis erfüllt ist.

C. Drittschutz der Amtspflicht zugunsten der Klägerin

Im Mittelpunkt der rechtlichen Würdigung des Falles stehen vielmehr die - auch für die staatshaftungsrechtliche Beurteilung entscheidenden (vgl. Senatsurteil BGHZ 142, 259, 273 m.w.N.) - Fragen, ob die bei der Erteilung der Genehmigungen wahrzunehmenden Amtspflichten des Beklagten zugunsten der Klägerin drittgerichtet waren und ob der entstandene Schaden in den sachlichen Schutzbereich der verletzten Pflichten fällt. Beides ist - entgegen der Revision und in Übereinstimmung mit dem Berufungsurteil - zu bejahen.

I. Hoheitsträger als "Dritter" i.S.d. § 839 BGB

In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass "Dritter" im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB auch eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein kann. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der für die haftpflichtige Behörde tätig gewordene Beamte der geschädigten Körperschaft bei Erledigung seiner Dienstgeschäfte in einer Weise gegenübertritt, wie sie für das Verhältnis zwischen ihm und seinem Dienstherrn einerseits und dem Staatsbürger andererseits charakteristisch ist. Wirken hingegen der Dienstherr des Beamten und eine

andere Körperschaft des öffentlichen Rechts bei der Erfüllung einer ihnen gemeinsam übertragenen Aufgabe gleichsinnig und nicht in Vertretung einander widerstrebender Interessen derart zusammen, dass sie im Rahmen dieser Aufgabe als Teil eines einheitlichen Ganzen erscheinen, dann können jene Pflichten, die dem Beamten im Interesse der Förderung des gemeinsam angestrebten Ziels obliegen, nicht als drittgerichtete Amtspflichten angesehen werden, deren Verletzung außenrechtliche Amtshaftungsansprüche der geschädigten Körperschaft auslöst (st. Rspr., vgl. BGHZ 148, 139, 147; 116, 312, 315 m.w.N.).

Im vorliegenden Fall war das Landratsamt als Rechtsaufsichtsbehörde nach § 112 Abs. 1 Satz 1 SächsGemO tätig geworden. Das Genehmigungserfordernis für den Mietvertrag folgte aus § 82 Abs. 5 SächsGemO, da die durch diesen Vertrag begründeten Zahlungsverpflichtungen unstreitig wirtschaftlich einer Kreditaufnahme gleichkamen. Die Veräußerung des Erbbaurechts war nach § 90 Abs. 3 Nr. 1 SächsGemO genehmigungspflichtig. Die bei der Erteilung der Genehmigung einzuhaltenden Prüfungsmaßstäbe ergaben sich aus den einschlägigen Vorschriften der Gemeindeordnung in Verbindung mit der Gemeinsamen Verwaltungsvorschrift des Sächsischen Staatsministeriums der Finanzen und des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur kommunal- und haushaltsrechtlichen Beurteilung von Investorenvorhaben im kommunalen Bereich (vom 18. Dezember 1996, Sächsisches Amtsblatt 1997 S. 74). Nach Nr. 3.1.4 durfte die Genehmigung nur erteilt werden, wenn der Vertragsschluss den Grundsätzen einer geordneten Haushaltswirtschaft entsprach (§ 82 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 SächsGemO). Die Genehmigung setzte insbesondere voraus, daß die übernommenen Verpflichtungen mit der dauernden Leistungsfähigkeit des kommunalen Aufgabenträgers in Einklang standen (§ 82 Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 SächsGemO), das Investorenvorhaben dem Grundsatz einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung entsprach (§ 72 Abs. 2 SächsGemO) und die Aufgabenerfüllung seitens des kommunalen Aufgabenträgers sichergestellt war. Außerdem war zu beachten, daß die Gemeinde Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern durfte (§ 90 Abs. 1 Satz 2 SächsGemO).

II. Schutzwirkung der Kommunalaufsicht für die Gemeinde

Mit dieser Zielrichtung erlegt die Rechtsaufsicht der zuständigen Behörde Schutzfunktionen auch zugunsten der zu beaufsichtigenden Gemeinde auf. Dies hat in allgemeiner Form bereits das Reichsgericht ausgesprochen:

Die Beaufsichtigung der Selbstverwaltungskörper durch

staatliche Behörden soll sicherstellen, dass die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten den Vorschriften der Gesetze gemäß geführt wird und stets in geordnetem Gange bleibt. Trotz dieses Zweckes der Kommunalaufsicht haben die mit ihr betrauten Beamten bei ihrer Ausübung auch auf die Belange der Gemeinde die gebührende Rücksicht zu nehmen und sie vor Schädigungen zu bewahren. Sie verletzen, wenn sie es nicht tun, die ihnen den Gemeinden gegenüber obliegende Amtspflicht. Das gilt nicht bloß für Zwangsmaßnahmen im Aufsichtswege, sondern für jede Art von Betätigung der Kommunalaufsicht. Eine bloße Raterteilung an eine Gemeinde, eine ihr erteilte Genehmigung, Maßnahmen, die auf die Entschließung der Gemeinden von erheblichem Einfluss zu sein pflegen, können schon eine Amtspflichtverletzung ihnen gegenüber enthalten (RGZ 118, 94, 99). Auch der Senat hat, wenn auch - wie der Revision zuzugeben ist - eher beiläufig, darauf hingewiesen, dass die Kommunalaufsicht des Staates den Gemeinden gegenüber Amtspflichten zur sachgemäßen Ausübung der Aufsicht begründet, weil dadurch auch die Interessen der Gemeinden gefördert oder geschützt werden sollen (BGHZ 35, 44, 50).

1. Schutzwirkung auch bei begünstigenden Maßnahmen

Entgegen der Auffassung der Revision gilt dies nicht nur für belastende Maßnahmen der Aufsicht, die von der Gemeinde mit verwaltungsrechtlichen oder verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelfen angegriffen werden könnten und bei denen daher die Drittgerichtetheit der verletzten Amtspflicht bereits nach dem im Senatsurteil BGHZ 125, 258 niedergelegten Grundsatz bejaht werden kann, dass sie in der Regel mit der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zusammenfällt. Besondere Schutzpflichten der Aufsicht gegenüber der Gemeinde können vielmehr auch bei begünstigenden Maßnahmen bestehen, also solchen, die von der Gemeinde selbst angestrebt werden, wie bei der hier in Rede stehenden Genehmigung eines Rechtsgeschäfts. Auch insoweit obliegt es der Kommunalaufsicht, die Gemeinde vor möglichen Selbstschädigungen zu bewahren. Dabei ergeben sich Berührungspunkte mit der staatlichen Stiftungsaufsicht, bei der ebenfalls anerkannt ist, dass sie Amtspflichten auch gegenüber der Stiftung selbst begründen kann, die insbesondere den Inhalt haben können, die Stiftung vor ihren eigenen Organen zu schützen (Senatsurteil BGHZ 68, 142, 146; BayObLGZ 1990, 264).

2. Keine Vergleichbarkeit mit Zivilrechtssubjekten erforderlich

Der Revision kann nicht gefolgt werden, wenn sie dem

Senatsurteil BGHZ 148, 139 entnehmen will, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft könne nur dann geschützter "Dritter" sein, wenn sie durch das schädigende Verwaltungshandeln in einer Weise betroffen werde, die der eines einzelnen Bürgers entspreche. Vielmehr kommt es auch im amtshaftungsrechtlichen Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften untereinander entscheidend auf den Schutzzweck der jeweils wahrzunehmenden Amtspflicht an.

3. Kein Ausschluss des Drittschutzes durch Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden

Der Einbeziehung des durch die hier in Rede stehenden Genehmigungen verursachten Schadens in den Schutzbereich der wahrzunehmenden Amtspflichten steht insbesondere nicht entgegen, dass das genehmigte Handeln der Gemeinde in den Bereich kommunaler Selbstverwaltung fiel. Denn auch in diesem Bereich war die Klägerin verpflichtet, ihre finanziellen Dispositionen an den vorstehend wiedergegebenen Rechts- und Verwaltungsgrundsätzen einer sparsamen Haushaltsführung und der Einhaltung ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auszurichten. Die Missachtung dieser Grenzen begründete daher in besonderem Maße die Gefahr von Selbstschädi-

gungen im vorbezeichneten Sinne. Deswegen hatte die Rechtsaufsicht auch den Zweck, die Gemeinde in diesem Bereich vor vermeidbaren Schädigungen zu bewahren. Das entspricht auch einer im Schrifttum verbreiteten Auffassung (z.B. Cromme, DVBl. 1996, 1230; Oebbecke, DÖV 2001, 406; Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. IV Anm. 49).

D. Kein Ausschluss nach § 839 I 2 BGB

Eine anderweitige Ersatzmöglichkeit in Form eines Anspruchs gegen den ehemaligen Bürgermeister, die zum Nichtentstehen des Amtshaftungsanspruchs nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB und des Staatshaftungsanspruchs nach § 3 Abs. 3 DDR-StHG hätte führen können, ist vom Berufungsgericht mit zutreffender Begründung verneint worden und wird von der Revision auch nicht mehr geltend gemacht.

E. Kein Mitverschulden, § 254 BGB

Das Berufungsgericht hat ferner eine - vom Ansatz her in Betracht zu ziehende - Anspruchskürzung wegen mitwirkenden Verschuldens nach den Besonderheiten des Falles rechtsfehlerfrei verneint.

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: VA-Befugnis

VG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 25.04.2002
1 E 5580/00 (NVWZ-RR 2003, 69)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung hält das VG die Rückforderung einer zu unrecht gezahlten Beihilfe allein deshalb für rechtswidrig, weil es an einer ausdrücklichen Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsakts (einer sogen. "VA-Befugnis") fehle.

Erlässt die Behörde einen in Grundrechte eingreifenden Verwaltungsakt, so muss sie nach dem aus Art. 20 III GG ableitbaren Vorbehalt des Gesetzes hierzu durch ein Parlamentsgesetz ermächtigt sein. Dieser Gesetzesvorbehalt bezieht sich zum einen auf die im Verwaltungsakt ausgesprochene Regelung (hier also die Rückforderung von Geld), zum anderen aber auch auf die Handlungsform des Verwaltungsakts selbst. Denn erlässt die Behörde einen belastenden VA, greift sie allein damit bereits - unabhängig von seinem Inhalt - in Grundrechte des Adressaten ein, weil sich die Klageobliegenheit verschiebt. Nunmehr muss der Adressat im Wege der Anfechtungsklage gegen den VA vorgehen, während es ansonsten der staatlichen Stelle oblegen hätte, die gewünschte Handlung einzuklagen.

Eine solche VA-Befugnis findet sich verschiedentlich

ausdrücklich im Gesetz, z.B. in § 49a I 2 VwVfG. Dieser war allerdings im vorliegenden Fall nicht anwendbar, weil er voraussetzt, dass der zurückzufordernde Betrag durch (zuvor aufgehobenen) VA bewilligt worden war, während der hier gezahlten Beihilfe ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zu Grunde lag. Außerhalb ausdrücklicher Regelungen ist eine VA-Befugnis ferner im Subordinationsverhältnis (also z.B. im Bereich des Ordnungs-, Bau- und Abgabenrechts) gewohnheitsrechtlich anerkannt, wo der VA das klassische Handlungsinstrumentarium der Verwaltung darstellt. Vorliegend handelte es sich aber auch nicht um ein Subordinations-, sondern ein Vertragsverhältnis, das von Gleichordnung geprägt ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage nach der VA-Befugnis kann sich in jeder Prüfungsaufgabe stellen, in der nach der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsakts gefragt ist. Der Kand. muss sich vor Augen halten, dass der Gesetzesvorbehalt sich nicht nur auf den Inhalt des VA, sondern auch auf die Wahl der Handlungsform VA selbst erstreckt. Deshalb ist schon im Prüfungspunkt "Ermächtigungsgrundlage" zu erörtern, ob diese (im Gegensatz zu einer reinen Anspruchsgrundlage) auch zum Erlass eines VA ermächtigt. Sofern das Gesetz ausdrücklich

eine solche Befugnis enthält oder im Subordinationsverhältnis gehandelt wird, mag ein kurzer Hinweis genügen; in allen anderen Fällen kann der VA allein wegen der fehlenden VA-Befugnis rechtswidrig sein.

Sehr streitig ist i.Ü. die vom VG nur angerissene Frage, ob der Adressat sich der Regelung durch Verwaltungsakt unterwerfen, d.h. sein "freiwillig" erklärtes Einverständnis mit dem Erlass eines VA die fehlende gesetzliche VA-Befugnis ersetzen kann. Die wohl h.M. hält eine Umgehung des Gesetzesvorbehalts auf diese Weise für unzulässig. Gerade für den Bereich von Subventionen ist dies jedoch heftig umstritten, da der Gesetzesvorbehalt hier häufig gar nicht gilt (Stichwort: Leistungsverwaltung!).

Vertiefungshinweise:

Zur Zulässigkeit des VA auf Unterwerfung: BVerwG, NJW 1977, 1838; Renck, JuS 1971, 77; Kirchhof, DVBl 1985, 654

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Das Halteverbot"
 Examenskurs: "Der Großbrand"

Leitsätze:

1. Eine auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages geleistete Beihilfezahlung darf nicht durch Verwaltungsakt zurückgefordert werden, es sei denn, es existiert eine besondere gesetzliche Grundlage hierfür.
2. § 10 III MOG stellt keine derartige Grundlage dar.
3. Ein Vorbehalt im Vertrag, eine Rückforderung im Wege des Verwaltungsaktes zu realisieren, kann die notwendige gesetzliche Grundlage nicht ersetzen, auch nicht über das Institut des so genannten Verwaltungsaktes auf Unterwerfung.

Sachverhalt:

Die Kl. schloss mit der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) am 30.12.1998 einen Vertrag über die Gewährung einer Beihilfe zur privaten Lagerhaltung von Schweinefleisch. Vor dem Hintergrund dieses Vertrages stellte die Kl. eine Sicherheit in Höhe von 15.038,04 DM. Bis zum 28.1.1999 lagerte die Kl. sodann im Lagerkühlhaus 93.452,80 kg Schweinefleisch ein. Per Kontrollbericht bescheinigte ein Prüfer der BLE, dass das Fleisch vollständig gem. den Vertragsbedingungen lagert und gab als Gewicht im Bestand 93.452,80 kg netto an. Mit "Antrag/Beihilferechnung" vom 21.5.1999 machte die Kl. für diese Menge eine Beihilfe in Höhe von 80.356,43

DM geltend, und es kam zur telegraphischen Überweisung dieses Betrages.

Im Mai 1999 wurden aus dem Bestand zum einen 9.973,30 kg und zum anderen 1.550 kg ausgelagert. Nach erfolgter Anhörung der Kl. forderte die BLE mit Bescheid vom 29.12.1999 die gezahlte Beihilfe in Höhe von 80.356,43 DM „mit Wirkung für die Vergangenheit“ zurück und erklärte die Sicherheit in Höhe von 15.038,043 DM für verfallen. Die Auslagerung von insgesamt

11.523,30 kg Fleisch sei ohne vorherige Anmeldung gegenüber der BLE und daher ohne entsprechende Überwachung und Kontrolle bei der Verwiegung erfolgt. Exportnachweise seien nicht fristgerecht innerhalb von 30 Tagen vorgelegt worden. Nach Art. 9 V der Verordnung (EWG) Nr. 3444/90 i.V.m. Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 204/98 sowie der Bekanntmachung der BLE Nr. 98/98/41 sei die Beihilfe daher zu versagen und in der genannten Höhe zurückzuzahlen. Ferner sei die Sicherheit vollständig für verfallen zu erklären.

Das VG gab der nach erfolglosen Vorverfahren erhobenen Klage statt.

Aus den Gründen:

Die Bekl. durfte die gezahlte Beihilfe nicht durch einen Verwaltungsakt zurückfordern.

A. Ermächtigungsgrundlage erforderlich

Eine auf Grund eines Vertrages geleistete Beihilfezahlung darf nicht durch Verwaltungsakt zurückgefordert werden. Ein solches Vorgehen bedarf vielmehr einer besonderen gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerwGE 50, 171; BVerwGE 59, 60; BVerwG, NVwZ 1992, 769). Dieser Grundlage bedarf es sowohl im Hinblick auf die materiell-rechtliche Rückzahlungsverpflichtung als auch im Hinblick auf deren formale Durchsetzung durch Erlass eines Verwaltungsaktes.

B. Keine Ermächtigungsgrundlage vorhanden

I. EG-Recht

Eine gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundlage für die Rückforderung ist nicht existent. Diese kann insbesondere nicht etwa dem Art. 9 V der VO (EWG) Nr. 3444/90 der Kommission vom 27.11.1990 mit Durchführungsbestimmungen betreffend die Gewährung von Beihilfen für die private Lagerhaltung von Schweinefleisch entnommen werden. In dieser Norm ist geregelt, dass in bestimmten Fällen, in denen die vertraglichen Verpflichtungen nicht eingehalten werden, für den betreffenden Vertrag keine Beihilfe gewährt wird, doch befindet sich hierin — bereits nach dem Wortlaut — keine Ermächtigungsgrundlage für eine Rückforde-

ring. Auch im Übrigen sind keine gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften erkennbar, die als Ermächtigungsgrundlage für die Rückforderung dienen könnten. Es verbleibt deshalb bei der aus Art. 10 EG resultierenden Maßgabe, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, in ihrem Hoheitsgebiet für die Durchführung der Gemeinschaftsregeln zu sorgen und sie hierbei nach dem formellen und materiellen Bestimmungen ihres nationalen Rechts vorgehen, soweit das Gemeinschaftsrecht einschließlich der allgemeinen Grundsätze hierfür keine gemeinsamen Vorschriften enthält (vgl. EuGH, NJW 1984,2024).

II. Nationales Recht

1. § 8 II 1 Beihilfe-VO

Als derartige nationale Ermächtigungsgrundlage nicht in Frage kommt vorliegend § 8 II 1 der Verordnung über die Gewährung von Beihilfen für die private Lagerhaltung von Fleisch und Fleischerzeugnissen von Schweinen, Rindern und Schafen vom 15. 3. 1978 (BGBl I 1978, 411). Danach waren zu Unrecht empfangene Beihilfebeträge an die Bundesanstalt zurückzuzahlen. Diese Norm wurde durch Art. 1 Nr. 5 der Verordnung vom 7.5.1991 (BGBl I 1991, 1094) aufgehoben.

2. §§ 48, 49a VwVfG i.V.m. 10 MOG

Als Ermächtigungsgrundlage gleichfalls nicht in Frage kommt § 10 I des Gesetzes zur Durchführung der gemeinsamen Markt-Organisationen (MOG) i.d.F. des Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 2.5.1996 (BGBl I 1996, 656). Danach sind rechtswidrige begünstigende Bescheide in den Fällen der §§ 6 und 8, auch nach dem sie unanfechtbar geworden sind, zurückzunehmen; §§ 48 II bis IV und 49a I 1 und II VwVfG sind anzuwenden.

a. Anwendbarkeit bei Verwaltungsakt als Rechtsgrund der Zahlung

§ 10 II Halbs. 1 MOG sowie der Verweis auf den anzuwendenden § 48 II bis IV VwVfG betrifft die Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts. Der Verweis auf § 49 a I 1 VwVfG betrifft die Rückforderung und danach sind, soweit ein Verwaltungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurück genommen worden, ist bereits erbrachte Leistungen zu erstatten. Diese Norm begründet somit eine Pflicht zur Erstattung von Leistungen, die auf der Grundlage eines Verwaltungsaktes erbracht worden sind, der zunächst ihren Rechtsgrund darstellt; dieser Verwaltungsakt muss auf Grund einer Rücknahme (oder auf Grund eines vorliegend nicht einschlägigen

Widerrufs oder infolge Eintritts einer auflösenden Bedingung) unwirksam geworden sein. Der Eintritt eines der drei Gründe für die Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes wird als Tatbestandsmerkmal des Erstattungsanspruches vorausgesetzt (vgl. Knack, VwVfG, 6 Aufl., § 49a Rdnr. 5). Eine analoge Anwendung des § 49a VwVfG auf tatbestandlich nicht erfasste Konstellationen scheidet schon unter dem Gesichtspunkt einer Regelungslücke, jedenfalls aber an der erforderlichen Planwidrigkeit einer evtl. Lücke aus (vgl. Stelkens/Bonk, VwVfG, 7. Aufl., § 49a Rdnr. 9; Suerbaum, VerwArch 1999, 361 [376]). Dies gilt auch im Rahmen der Anwendung des § 10 I MOG i.V. mit § 49a I 1 VwVfG.

b. Keine Anwendbarkeit bei Zahlung aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Vorliegend ist nun aber ein durch Rücknahme unwirksam gewordener Verwaltungsakt nicht erkennbar. Der Erhalt der Beihilfe erfolgte auf „Antrag/Beihilferechnung“ vom 21.5.1999 im Wege der Überweisung und stellt somit offensichtlich eine Realhandlung dar. Ob der überwiesene Betrag um 236,49 DM verglichen mit dem beantragten Betrag gekürzt wurde ist unklar, zumal der Rückforderungsbescheid den Gesamtbetrag der Beihilferechnung betrifft, kann aber auch offen bleiben. Hieraus kann jedenfalls aber nicht der Schluss gezogen werden, dass der laut Vertrag vorgenommenen Zahlungsanweisung gewissermaßen ein stillschweigender Bewilligungsbescheid vorausgegangen ist. In Nr. 13 der in dem geschlossenen Beihilfevertrag in Bezug genommenen Bekanntmachung Nr. 98/98/41 vom 21.9.1998 (BAnz Nr. 180 vom 25.9.1998) heißt es, dass die Beihilfe gezahlt wird, wenn die Voraussetzungen für die Beihilfegewährung von dem Vertragspartner erfüllt worden sind. Die Nr. 13 selbst lautet: „Auszahlung der Beihilfe, Rechnung“. Auch dies spricht für einen Realakt. Konsequenterweise wird in dem angefochtenen Bescheid vom 29.12.1999 sodann auch nur eine Rückforderung der gezahlten Beihilfe und nicht etwa die Rücknahme einer Beihilfegewährung ausgesprochen.

3. § 10 III MOG

Als Ermächtigungsgrundlage gleichfalls nicht in Frage kommt § 10 III MOG. Danach werden zu erstattende Beträge durch Bescheid festgesetzt. Diese Norm entspricht in ihrer Kernaussage dem § 49a I 2 VwVfG (der in § 10 I 1 MOG nicht in Bezug genommen wird!) und setzt bereits von seinem Wortlaut her („zu erstattende Beträge“) eine anderweitige Rückforderungsgrundlage voraus. Nach Wortlaut und Systematik dieser Norm innerhalb des § 10 MOG kommt nach Auf-

fassung der erkennenden Kammer eine Anwendung dieser Norm zudem nur im Bereich eines subordinationsrechtlichen Verhältnisses in Frage, setzt also voraus, dass zuvor die Aufhebung oder das Unwirksamwerden eines Verwaltungsaktes erfolgt ist oder etwa seitens der zuständigen Behörde durch das Institut des vorläufigen Verwaltungsaktes vorgegangen wurde. [...] Sonstige gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen sind nicht erkennbar.

III. Aus dem Vertrag

Eine Ermächtigungsgrundlage ergibt sich aber auch nicht etwa aus Nr. 18.1 der im Beihilfevertrag in Bezug genommenen Bekanntmachung der BLE vom 25.9.1998, wo dies heißt: „Sofern während oder nach Abwicklung des Vertrages Unregelmäßigkeiten festgestellt werden, setzt die BLE die abgelehnten, zurückzuzahlenden und/oder für verfallen zu erklärenden Beträge durch Bescheid fest“. Hieraus lässt sich nicht schließen, dass hier eine Art von Verwaltungsakt auf Unterwerfung zu Stande gekommen ist, der für den Fall der Nichterfüllung von Verpflichtungen des Einlagerers ein einseitig hoheitliches Vorgehen der Bekl. gestattet. Begibt sich die Behörde auf die Ebene der Gleichbehandlung, so ist sie an dieser Handlungsform auch festzuhalten, es sei denn, ein Vorgehen durch

Verwaltungsakt ist — wie bereits ausgeführt — durch eine ausdrückliche normative Regelung gedeckt. Wenn es nun aber in Nr. 6.4 der in dem Beihilfevertrag in Bezug genommenen Bekanntmachung vom 25.9.1998 heißt, dass „der Vertragspartner“ verpflichtet ist, mit Abschluss des Beihilfevertrages entsprechende Einlagerungsverpflichtungen zu erfüllen und während der vertraglichen Lagerzeit zu lagern, so wird das vertragliche Verhältnis klar erkennbar und es widerspricht der Wahl des entsprechenden Verwaltungshandelns mit Vertrag, wenn innerhalb dieses Vertrags wiederum Vertragsverletzungen Anlass geben sollen, subordinationsrechtlich tätig zu werden. Dies gilt umso mehr, als es der Behörde freisteht, das für diesen Bereich vorgesehene Instrumentarium der Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung gem. § 61 VwVfG nutzbar zu machen.

IV. Aus der Kehrseitentheorie

Ein Erstattungsanspruch der Bekl. erweist sich auch nicht etwa als die Kehrseite des Leistungsanspruchs. Da der Leistungsanspruch hier vertraglich begründet und dementsprechend auch kein Bewilligungsbescheid erlassen worden ist, hat der Erstattungsanspruch als Kehrseite des Leistungsanspruchs seine Grundlage ebenfalls im Vertrag. [...]

Standort: § 80a VwGO

Problem: Interessenabwägung bei offener Hauptsache

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 21.12.2001

15 ZS 01.2570 (BAYVBL 2003, 48)

Problemdarstellung:

Der VGH hatte im Verfahren nach § 80a VwGO darüber zu befinden, ob die aufschiebende Wirkung eines Nachbarwiderspruchs gegen die Genehmigung zum Bau eines Kinocenters mit 400 Plätzen angeordnet werden soll. Die Begründetheit eines Antrags nach §§ 80 V oder 80a VwGO hängt bekanntlich davon ab, ob das Suspensivinteresse (des Nachbarn) oder das Vollzugsinteresse (des Bauherrn) überwiegt. Erstes Indiz für das Überwiegen des einen oder anderen Interesses sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache. Selbige musste der VGH allerdings offen lassen, da eine gesicherte Prognose hierüber nach einer - im vorläufigen Rechtsschutz allein möglichen - summarischen Prüfung nicht möglich war. In diesem Fall ist die von den Erfolgsaussichten der Hauptsache losgelöste Interessenabwägung anzustellen. Streitig ist, nach welchen Kriterien sich diese richtet:

1. In der Lit. wird z.T. vertreten, dass die gesetzgeberische Wertung maßgeblich sei. In den Fällen des § 80

II Nr. 1-3 VwGO entfalle die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen, so dass hier in aller Regel das Vollzugsinteresse vorrangig sei. Demgegenüber sehe das Gesetz bei § 80 II Nr. 4 VwGO grds. die aufschiebende Wirkung vor, die nur durch eine auf ein besonderes öffentliches Interesse gestützte Vollziehungsanordnung der Behörde überwunden werden könne. In diesem Fall sei daher dem Suspensivinteresse der Vorrang einzuräumen. Da hier ein Fall der §§ 80 II Nr. 3 VwGO i.V.m. 212a BauGB vorlag, würde diese Ansicht zu einem überwiegenden Vollzugsinteresse des Bauherrn führen.

2. Die Rspr. und h.M. stellt demgegenüber allein auf eine Folgenabwägung im konkreten Einzelfall ab. Eine besondere gesetzgeberische Wertung lasse sich aus § 80 II VwGO nicht entnehmen, da gesetzlicher Regelfall immer die aufschiebende Wirkung sei, § 80 I VwGO, so dass alle Tatbestände des § 80 II VwGO als Ausnahmevorschriften zu qualifizieren seien. Dieser Auffassung, die nach den Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalles zu einem überwiegenden Suspensivinteresse führte, schloss sich der VGH an.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage, auf welche Kriterien im Bereich der Begründetheit eines Antrags nach §§ 80 V, 80a VwGO abzustellen ist, wenn sich die Erfolgsaussichten der Hauptsache nicht klären lassen, hat die Gerichte immer wieder beschäftigt (vgl. Vertiefungshinweis sowie die zahlreichen Nachweise in den Entscheidungsgründen). Wichtig ist zu wissen, dass mittlerweile ganz überwiegend auf die (*konkreten*) Folgen im Einzelfall abgestellt wird, nicht auf (*abstrakte*) gesetzgeberische Wertungen.

Vertiefungshinweis:

Gesetzgeberische Wertung bei § 212a BauGB: *OVG NRW*, RA 1999, 104 = *NWVBl* 1999, 18

Kursprogramm:

Examenskurs: "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze:

- 1. Zur bauplanungsrechtlichen Einordnung eines Kinocenters mit 400 Sitzplätzen (Vergnügungsstätte, Anlage für kulturelle Zwecke oder sonstiger Gewerbebetrieb).**
- 2. § 212a BauGB begründet im Allgemeinen kein überwiegendes Vollzugsinteresse des Bauherrn, wenn im Verfahren nach § 80a VwGO wegen offener Erfolgsaussichten des Nachbarrechtsbehelfs aufgrund einer reinen Interessenabwägung zu entscheiden ist.**
- 3. Im Fall des § 212a BauGB steht dem Interesse des Nachbarn an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs regelmäßig nicht entgegen, dass nach Aufhebung der Baugenehmigung privatrechtliche Ansprüche auf Störungsbeseitigung oder Nutzungsunterlassung oder öffentlich-rechtliche Ansprüche auf behördliches Einschreiten geltend gemacht werden könnten.**

Sachverhalt:

Der im Ausgangsverfahren beigel. Bauherr beabsichtigt, aufgrund einer ihm von der Ag. des Ausgangsverfahrens erteilten Baugenehmigung auf seinem im Mischgebiet (§ 6 BauNVO) gelegenen Grundstück ein Kinocenter für 400 Personen zu errichten. Die Ast. des Ausgangsverfahrens hat die Baugenehmigung angefochten und im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Genehmigung begehrt. Gegen die dem Antrag stattgebende Entscheidung des VG wendet sich der Beigel. mit seiner Beschwerde.

Aus den Gründen:

In der Sache hat die Beschwerde [des beigeladenen Bauherrn] jedoch keinen Erfolg. Der Rechtsbehelf eines Nachbarn gegen eine Baugenehmigung hat gemäß § 212a Abs. 1 BauGB keine aufschiebende Wirkung. Das Verwaltungsgericht kann jedoch nach § 80 a Abs. 3 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehung einer derartigen bauaufsichtlichen Genehmigung aussetzen. Das Gericht trifft dabei eine eigene Ermessensentscheidung, deren wesentliches Element regelmäßig eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs ist. Sind die Erfolgsaussichten im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung offen, hängt die Entscheidung von einer Abwägung dahingehend ab, ob das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs (bis zur Unanfechtbarkeit der Hauptsacheentscheidung) das öffentliche Interesse und das Interesse des Bauherrn an der sofortigen Wirksamkeit der Baugenehmigung überwiegt oder nicht.

A. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen der Antragstellerin sind offen. Die Antragstellerin hat einen Anspruch auf Aufhebung der dem Beigeladenen erteilten Baugenehmigung, wenn diese gegen drittschützende Vorschriften verstößt. Dazu gehören kraft Bundesrechts auch Vorschriften über Baugebietsfestsetzungen, insbesondere über die Art der baulichen Nutzung (vgl. *BVerwGE* 94, 151, 155; *BVerwG*, *BBauBl.* 2001, 62) sowie das in § 15 Abs. 1 BauNVO normierte, Drittschutz vermittelnde Rücksichtnahmegebot. Ob das geplante Vorhaben in einem Mischgebiet nach der einschlägigen Fassung der BauNVO generell oder ausnahmsweise zulässig ist, ist eine komplexe Frage, zu deren Beantwortung (insbesondere hinsichtlich des Störungsgrades) auch tatsächliche Fragen zu klären sind. Die Entscheidung darüber muss notwendigerweise einem eventuellen Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

I. Rechtsprechung: Vergnügungsstätte

Mit dem Verwaltungsgericht ist davon auszugehen, dass der planungsrechtlichen Beurteilung des Vorhabens § 6 BauNVO in der ursprünglichen Fassung vom 26.6.1962 (*BGBI.* I, S. 429; im Folgenden: *BauNVO* 1962) zu Grunde zu legen ist [wird ausgeführt]. Zutreffend geht das Verwaltungsgericht ferner davon aus, dass Kinos (Lichtspieltheater) nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als Vergnügungsstätten einzuordnen sind (vgl. etwa *BVerwGE* 68, 207, 211; *BVerwG*, *BRS* 49 Nr. 171). Der Senat sieht im Verfahren auf vorläufigen Rechts-

schutz keinen geeigneten Anlass, von dieser — freilich nicht näher begründeten — Rechtsprechung abzuweichen. In einem eventuellen Hauptsacheverfahren wird dieser Frage im Einzelnen nachzugehen sein.

II. Literatur: Streitig

Denn dass die planungsrechtliche Einordnung von Kinos stark umstritten ist, zeigt die Fachliteratur. Kinos werden dort (nur) teilweise als Vergnügungsstätten eingestuft (vgl. Koenig/Roeser/Stock, BauNVO, 1999, RdNr. 16 zu § 7 BauNVO; Boeddinghaus, BauNVO, 4. Aufl. 2000, RdNr. 23 zu § 4a; Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2001, RdNr. 1580; Ziegler, in: Brügelmann, BauGB, RdNrn. 66 und 68 zu § 4a BauNVO). Zum Teil wurden und werden Kinos in der Literatur auch generell als Anlagen für kulturelle Zwecke nach § 6 Abs. 2 Nr. 5 BauNVO angesehen (vgl. Fickert/Fieseler, BauNVO, 9. Aufl. 1998, RdNr. 22.5 zu § 4a; Knaup/Stange, BauNVO, 7. Aufl. 1983, Erl. 3b zu § 4a; Dürr, DÖV 1992, 232). Einige Autoren unterscheiden bei der planungsrechtlichen Einordnung je nach der Programmstruktur des Kinos (vgl. Bielenberg, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, RdNr. 58a zu § 4a BauNVO).

III. Summarische Prüfung

Zwar werden Großkinos (insbesondere sog. Multiplex-Kinos) in der Rechtsprechung durchwegs als (kerngebietstypische) Vergnügungsstätten behandelt (vgl. OVG Rh.-Pf., BauR 1999, 1010 [2.000 Sitzplätze]; OVG Berlin, BauR 1999, 1004 [1.800 Sitzplätze]; BayVGH, BayVBl. 2000, 152 [“tendenziell kerngebietstypische Vergnügungsstätte”]; VG Karlsruhe, VBIBW 2000, 233 [knapp 3.000 Sitzplätze]); sie sind mit dem hier gegebenen Fall eines “kleinen Kinocenters” mit knapp 400 Sitzplätzen und einer gemischten Programmstruktur jedoch nicht ohne weiteres vergleichbar. Bereits bei summarischer Prüfung lässt sich indes feststellen, dass die tragende Erwägung des Verwaltungsgerichts, das geplante Vorhaben sei — sofern Vergnügungsstätte — in einem Mischgebiet nach § 6 BauNVO 1962 schlechthin unzulässig, Anlass zu Zweifeln gibt. Diese Beurteilung ist schon mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 15.1.1982 (NVwZ 1982, 312) und vom 25.11.1983 (BVerwGE 68, 207, 209 und 212), wonach Vergnügungsstätten im Mischgebiet als sonstige nicht wesentlich störende Gewerbebetriebe nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1962, 1968 und 1977 zulässig sein können, zu kurz gegriffen.

1. Zulässigkeit als Vergnügungsstätte

Sollte das Vorhaben allerdings bauplanungsrechtlich

als Vergnügungsstätte einzustufen sein, spricht vieles dafür, dass es nach der Rechtslage der BauNVO 1962 dem Regelfall einer Vergnügungsstätte als einer kerngebietstypischen Nutzungsart nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO entspricht (vgl. BVerwGE 68, 207, 211). Das Bundesverwaltungsgericht hat als typisch für Kerngebiete Vergnügungsstätten angesehen, die als zentrale Dienstleistungsbetriebe einen größeren Einzugsbereich haben und für ein größeres und allgemeines Publikum erreichbar sein sollen. Von Bedeutung sind dabei primär die Größe und der Umfang der Einrichtung (vgl. BVerwG, NVwZ 1986, 643; NVwZ 1989, 50; vgl. ferner die Nachweise bei Bielenberg, a.a.O., RdNr. 58 c, sowie Stock, a.a.O., RdNr. 36 jeweils zu § 4a BauNVO). Angesichts der Größe des geplanten Kinocenters (mit knapp 400 Sitzplätzen), der Vielfalt der beabsichtigten Filmvorführungen und sonstigen Veranstaltungen und insbesondere der jährlich bis zu 120.000 erwarteten Besucher ist wohl zu erwarten, dass die Einrichtung nicht mehr nur der Entspannung, Freizeitbetätigung und auch der Befriedigung kultureller und künstlerischer Interessen der Besucher im örtlich begrenzten Bereich der etwa 14.000 Einwohner zählenden Stadt M. dient. Von einer überörtlichen Bedeutung des Vorhabens geht auch die „Bürger Kino M. AG“ in ihrem Info-Brief aus.

2. Zulässigkeit als sonstiges Vorhaben

Sollte das Vorhaben nicht als Vergnügungsstätte zu qualifizieren sein, käme es entscheidend auf dessen Störungsgrad an. Ob ein sonstiger nicht wesentlich störender Gewerbebetrieb im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 BauNVO 1962 vorliegt, hängt wesentlich ab von den Auswirkungen des Vorhabens auf die Wohnbevölkerung und dabei insbesondere den durch den Zu- und Abgangsverkehr ausgelösten Geräuschemissionen (vgl. BVerwGE 68, 207, 212).

Soweit derzeit überschaubar, könnte eine wesentliche Störung der Nachtruhe, die einer erheblichen Störung oder Belästigung der Nachbarschaft im Sinne des § 3 Abs. 1, § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG gleichkäme, bei Einhaltung der in den schalltechnischen Gutachten vorgeschlagenen, in die Baugenehmigung als verbindliche Nebenbestimmungen aufgenommenen Lärmschutzauflagen voraussichtlich vermieden werden. [Wird ausgeführt.]

B. Interessenabwägung nach Folgenlast

Lassen sich demnach die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs auch nach einer — mit Rücksicht auf die Tragweite der gerichtlichen Entscheidung (vgl. BVerwGE 69, 315) und mit Rücksicht auf die gesetzgeberische Wertentscheidung in § 212a BauGB (vgl.

BayVGH, BayVBl. 1991, 275) gebotenen — intensiveren materiell-rechtlichen Überprüfung derzeit nicht hinreichend absehen, ist über den vorläufigen Rechtschutzantrag im Wege einer (reinen) Interessenabwägung zu entscheiden (vgl. Jörg Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, RdNr. 77 sowie Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 1999, RdNr. 86 zu § 80). Die Abwägung der widerstreitenden Interessen geht hier zu Lasten des Beigeladenen.

I. Suspensivinteresse des Nachbarn

Das Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsmittels liegt in Folgendem: Könnte der Beigeladene das Vorhaben vor Eintritt der Bestandskraft der Baugenehmigung realisieren, besteht die ernsthafte Gefahr, dass bereits vollendete Tatsachen geschaffen sind, wenn die Baugenehmigung in einem Hauptsacheverfahren aufgehoben werden sollte. Die Chancen der Antragstellerin, auf der Grundlage eines zivilrechtlichen Anspruchs den jetzigen Zustand wiederherstellen zu lassen, reichen nicht aus, das Interesse der Antragstellerin an der Verhinderung sog. vollendeter Tatsachen zu befriedigen.

Nach Art. 82 BayBO stehen die Anordnung der Beseitigung einer Anlage und die Untersagung einer Nutzung im Ermessen des Antragsgegners. Die Antragstellerin könnte jedenfalls die fehlerfreie Betätigung dieses Ermessens verlangen; es ist für sie aber nicht überschaubar, welchen Gebrauch der Antragsgegner ggf. von seinem Ermessen machen würde. Ein Rechtsanspruch des in seinen Rechten verletzten Nachbarn auf Anordnung der Baubeseitigung oder Nutzungsuntersagung ist daran geknüpft, dass der Verstoß gegen die nachbarschützende Vorschrift eine deutlich spürbare Auswirkung auf sein Grundstück hat (vgl. Jäde, Bauaufsichtliche Maßnahmen, 2. Aufl. 2001, RdNr. 160; Seidel, Öffentlich-rechtlicher und privater Nachbarschutz, RdNr. 269 ff.; Happ, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. 2000, RdNr. 113 zu § 42), eine Voraussetzung, die sich derzeit noch nicht sicher prognostizieren lässt. Ob dem Ermessen des Antragsgegners allein dadurch entscheidende Grenzen gesetzt sein würden, dass es um die Wahrung nach Bundesrecht zu beurteilender bauplanungsrechtlicher Zustände geht (vgl. dazu BVerwG, BayVBl. 1997, 23; UPR 1998, 355), hat sich in der Rechtsprechung bisher noch nicht in einer Weise durchgesetzt, dass die Antragstellerin darauf verwiesen werden könnte.

Aus der Folgenbeseitigungslast des Antragsgegners ergibt sich nichts anderes; sie ist gegenüber dem Beigeladenen nur nach Maßgabe der bauaufsichtlichen Eingriffsnormen durchsetzbar (vgl. Happ, a.a.O.;

Kraft, BayVBl. 1992, 456).

Die Antragstellerin kann darüber hinaus gemäß § 1004 Abs. 1 BGB grundsätzlich aus eigenem privaten Recht gegenüber dem Beigeladenen verschuldensunabhängig die Beseitigung/Unterlassung der Beeinträchtigung ihres Grundeigentums verlangen, die sich aus der Verletzung nachbarschützender Normen des öffentlichen Baurechts ergibt (BGHZ 122, 1). Daneben hat sie — verschuldensabhängig — einen grundsätzlich auf Naturalrestitution gerichteten Anspruch auf Schadenersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der nachbarschützenden Norm des öffentlichen Baurechts als Schutzgesetz (BGH, a.a.O.; vgl. auch Seidel, a.a.O., RdNr. 809). Es bedarf keiner weiteren Klärung, ob ein Anspruch der Antragstellerin etwa auf Unterlassung der Nutzung des Vorhabens als Kino nach § 823 Abs. 2 BGB oder nach § 1004 BGB zu beurteilen sein würde. In beiden Fällen müsste die Antragstellerin damit rechnen, wegen der unmittelbaren bzw. entsprechenden Anwendung des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB auf eine Geldentschädigung verwiesen zu werden (vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 61. Aufl. 2002, RdNr. 2 zu § 251). Mit dieser Möglichkeit muss sie sich aber nicht schon von vornherein im Verfahren auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 80a VwGO abfinden.

II. Vollzugsinteresse des Bauherrn

1. Keine gesetzgeberische Wertung

Ein überwiegendes Vollzugsinteresse des Beigeladenen ergibt sich nicht aus einem Rückgriff auf die Normstruktur des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO. Der nunmehr in § 212a BauGB normierte gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines Drittwiderspruchs und einer Drittklage gegen die Baugenehmigung begründet weder eine gesteigerte Rechtmäßigkeitsvermutung zugunsten des Verwaltungsakts noch führt er zu einer grundlegenden Änderung des Maßstabs der gerichtlichen Überprüfung, da es keinen Unterschied macht, ob der Sofortvollzug — wie hier — einer (lediglich einem Beschleunigungszweck dienenden) gesetzlichen Anordnung oder einer behördlichen Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO entspricht (vgl. BVerfGE 69, 220, 229; VGH BW, NVwZ 1991, 1004; vgl. hierzu auch Schoch, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, RdNr. 261 zu § 80). Auch in den Fällen des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung bleibt die Interessenabwägung (bei offenem Verfahrensausgang) einzelfallbezogen, d.h. individuell-konkret (vgl. Funke-Kaiser, a.a.O.). In der Literatur wird vereinzelt eine gegenteilige Auffassung vertreten (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, RdNr. 114,

152 zu § 80). Danach bedarf es besonderer Umstände, um vom grundsätzlichen Vorrang des gesetzlich angeordneten Vollziehungsinteresses abzuweichen. Dabei wird übersehen, dass gesetzlicher Regelfall nicht das Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr.3 VwGO ist, sondern die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Gesetzliche Vorgaben (hier: § 212a BauGB) können bei der Interessenabwägung allenfalls dann berücksichtigungsfähig sein, wenn darüber hinaus nichts an Belangen feststellbar ist (vgl. Jörg Schmidt, a.a.O., RdNr. 78 zu § 80 VwGO). Das ist hier nicht der Fall.

2. Keine Dringlichkeit im Einzelfall

Ein besonderes Dringlichkeitsinteresse des Beigeladenen, das in der Eilbedürftigkeit der Realisierung des Bauvorhabens liegen könnte, ist nicht erkennbar geworden (vgl. hierzu Schoch, a.a.O., RdNr. 265 f. zu § 80 VwGO).

Grundsätzlich kann ein Baustopp als Ergebnis des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens möglicherweise auch

zu Lasten des Bauherrn zu "vollendeten Tatsachen" führen, die mit nicht oder nur schwer wieder gutzumachenden Nachteilen verbunden sein können (vgl. hierzu Schoch, a.a.O., S. 335 und S. 342 m.w.N.). Eine besondere Eilbedürftigkeit könnte je nach den Umständen des Einzelfalls etwa dann angenommen werden, wenn der Bauherr glaubhaft macht, dass sein Vorhaben mit einer sofortigen Realisierung "steht und fällt", oder — anders gewendet — der Vollzug der Baugenehmigung erst bei Eintritt ihrer Bestandskraft zu unüberwindbaren finanziellen oder wirtschaftlichen Hindernissen (etwa nicht mehr erreichbare Förderungen, hohe und endgültige Verluste durch bereits getätigte Investitionen etc.) oder zu gravierenden Beeinträchtigungen anderer Art führt (vgl. hierzu etwa BVerfG, NVwZ 1989, 1151: Drohender Verlust mehrerer hundert Arbeitsplätze). Irreparable Nachteile dieser Art, die das Aufschiebungsinteresse der Antragstellerin bei offenen Erfolgsaussichten überwiegen könnten, hat der Beigeladene weder im erstinstanzlichen noch im zweitinstanzlichen Verfahren dargetan.

Standort: POR

Problem: Kosten für Leerfahrt bei Abschleppmaßnahme

VGHBW, URTEIL VOM 27.0.2002
1 S 1531/01 (VBLBW 2003, 74)

Problemdarstellung:

Der VGH BW hatte sich im Rahmen eines Abschleppfalls mit der Frage zu befassen, ob und wann dem Falschparker die Kosten für eine Leerfahrt des Abschleppwagens in Rechnung gestellt werden dürfen. Zu einer solchen kommt es häufig, wenn der Falschparker zu seinem Fahrzeug zurückkehrt und es versetzt, nachdem bereits der Abschleppwagen gerufen wurde. Das Gericht greift dabei die Rechtsprechung des OVG Hamburg (siehe Vertiefungshinweise) auf, die es bestätigt und nach der folgende Grundsätze gelten:

1. Entspricht die Zahl der herbeigerufenen Abschleppfahrzeuge der Zahl der abzuschleppenden Pkw, so können von jedem Falschparker die Kosten für eine Leerfahrt verlangt werden, weil jeder Falschparker für sich genommen eine Fahrt verursacht hat (so der vorliegende Fall: Ein Abschleppfahrzeug für einen Pkw).

2. Komplizierter wird es, wenn die Anzahl der verbotswidrig abgestellten Pkw die Anzahl der herbeigerufenen Abschleppfahrzeuge übersteigt:

a. Tritt der Falschparker erst hinzu, nachdem bereits eine Verbindung zwischen seinem Pkw und dem Abschleppfahrzeug (durch Verladen, "an den Haken nehmen" o.ä.) hergestellt wurde, ist er in jedem Fall er-

satzpflichtig, weil dann auch für die Entfernung gerade seines Pkw ein gewisser Aufwand angefallen ist, der die Kostenerhebung rechtfertigt (sogen. "Äquivalenzprinzip" zwischen Kosten und Leistung).

b. Tritt der Falschparker hinzu, noch bevor mit dem Abschleppen seines Fahrzeugs begonnen wurde, so haftet er nicht für die Kosten der Leerfahrt. Es lässt sich dann nicht feststellen, dass gerade für sein Fahrzeug der Aufwand der Leerfahrt angefallen bzw. diese gerade durch sein Falschparken veranlasst worden ist.

Prüfungsrelevanz:

Abschleppfälle waren und sind die häufigste Konstellation von Prüfungsaufgaben im Verwaltungsrecht. Sie geben Gelegenheit, eine Vielzahl von Problemen des Polizei- und Ordnungsrechts abzuprüfen. Aktuelle Probleme und Fragestellungen sollte jeder Examenskandidat daher bis ins Detail kennen. Die hier angesprochene Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für eine Leerfahrt ist eine davon. Auf eine andere, nicht minder examensrelevante Frage, nämlich die Rechtmäßigkeit des Abschleppens trotz im Pkw hinterlassener Handynummer, ist die RA bereits zweimal ausführlich eingegangen. Hierzu sei auf die Vertiefungshinweise verwiesen.

Vertiefungshinweise:

Erstattungsfähigkeit von Kosten für eine Leerfahrt:

OVG Hamburg, NJW 2001, 168

Abschleppen trotz hinterlassener Handynummer: *BVerwG*, RA 2002, 689 = DVBl 2002, 1560 gegen *OVG Hamburg*, RA 2001, 691 = NJW 2001, 3647

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das mobile Halteverbot"

Examenskurs: "Die defekte Parkuhr"

Leitsätze:

1. Das Abschleppen eines verbotswidrig im absoluten Halteverbot auf einer als Brandschutzzone gekennzeichneten Fläche abgestellten Kraftfahrzeugs kann gegenüber dem Kraftfahrzeugführer im Wege der Ersatzvornahme vollstreckt werden.

2. Die Auferlegung der Kosten für die durchgeführte Leerfahrt eines Abschleppunternehmens ist jedenfalls dann rechtmäßig, wenn die Kosten bereits angefallen waren und die Beauftragung des Abschleppunternehmens nicht mehr rechtzeitig storniert werden konnte.

Sachverhalt:

Der Kl. stellte seinen Pkw auf einer mit Verkehrszeichen 283 als absolutes Halteverbot gekennzeichneten Brandschutzzone ab. Noch bevor der herbeigerufene Abschleppwagen eintraf, kehrte er zu seinem Fahrzeug zurück und entfernte dieses aus der Halteverbotszone. Durch Bescheid wurde er zur Erstattung der Kosten für eine Leerfahrt des Abschleppwagens zzgl. der angefallenen Gebühren herangezogen. Hiergegen hat der Kl. nach erfolglosem Widerspruch Klage erhoben, der das VG stattgab. Die hiergegen gerichtete Berufung der Bekl. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das VG hätte die Klage abweisen müssen. Der angegriffene Kostenbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheids ist rechtmäßig und verletzt den Kläger daher nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Die Anordnung der Abschleppmaßnahme erfolgte zu Recht und die hierdurch entstandenen Kosten für eine Leerfahrt sowie die angesetzten Nebenkosten können vom Kläger, der Halter und zugleich Fahrer des verbotswidrig geparkten Kraftfahrzeugs war, gefordert werden.

A. Ermächtigungsgrundlage

Rechtsgrundlage für die Erhebung der entstandenen Abschleppkosten und der angesetzten Gebühren sind die §§ 25, 31 Abs. 1, 2 und 4 LVwVG in Verb. mit § 6

Abs. 3 LVwVGKO und §§ 3, 8 LGebG. Danach werden für Amtshandlungen nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom Pflichtigen Kosten erhoben. Die entstandenen Abschleppkosten sind Kosten der Ersatzvornahme nach § 49 Abs. 1 PolG in Verb. mit § 25 LVwVG. Der Kläger parkte sein Fahrzeug auf einer als Brandschutzzone gekennzeichneten Fläche, auf der Halten und Parken durch das Verkehrszeichen Nr. 283 ("absolutes Haltverbot") untersagt ist (§ 41 Abs. 2 Nr. 8 StVO; § 12 Abs. 1 Nr. 6a, Abs. 2 StVO). Das Verkehrszeichen Nr. 283 begründet nicht nur ein Halt- und Parkverbot, sondern zugleich das — sofort vollziehbare — Gebot, das unerlaubt haltende oder parkende Fahrzeug wegzufahren (VGH BW, NVwZ-RR 1996, 149 ff.; BVerwGE 102, 316 ff.). Das durch den Verwaltungsakt angeordnete Wegfahrgebot kann über eine Ersatzvornahme (§ 25 LVwVG) vollstreckt werden. Der Kläger war als Halter und Führer des verkehrsordnungswidrig abgestellten Fahrzeugs Adressat der vollstreckbaren Grundverfügung, sodass sich hieraus grundsätzlich seine Kostenpflicht ergibt (§§ 25, 31 Abs. 2, 49 Abs. 1 LVwVG).

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Beklagte war auch zum Erlass des Kostenbescheids zuständig. Zuständig ist die Behörde, die die Vollstreckungsmaßnahme zulässig durchgeführt hat (§ 31 Abs. 6 LVwVG in Verb. mit § 12 LGebG).

C. Materielle Rechtmäßigkeit

I. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Die dem Erstattungsbescheid zugrunde liegende Abschleppmaßnahme ist entgegen der Auffassung des Klägers rechtmäßig angeordnet worden.

1. Legitimer Zweck

Das verkehrswidrig abgestellte Fahrzeug des Klägers stellte eine — fortdauernde — Störung der öffentlichen Sicherheit dar. Das Parken im absoluten Halteverbot im Bereich einer gekennzeichneten Brandschutzzone kann namentlich bei Unglücksfällen, die den schnellen Einsatz von Rettungsfahrzeugen erforderlich machen, zu schweren Behinderungen führen, so dass in diesen Fällen das Abschleppen ordnungswidrig geparkter Fahrzeuge grundsätzlich rechtmäßig ist. Die umgehende Beseitigung dieser Gefahrenquelle durch die Anordnung des Abschleppens des Fahrzeugs war erforderlich, geeignet und angemessen, um die freie und ungehinderte Zugänglichkeit der Brandschutzzone wiederherzustellen und zu gewährleisten. Der Kläger war zum Zeitpunkt der Anordnung der Abschleppmaßnahme durch die sich vor Ort be-

findlichen Polizeibeamten nicht an seinem Fahrzeug anwesend. Dies ergibt sich zur Überzeugung des Senats aus dem amtlichen Einsatzprotokoll, das den zeitlichen Ablauf des Geschehens nachvollziehbar wiedergibt [wird ausgeführt].

2. Erforderlichkeit

Die Anordnung der Abschleppmaßnahme war auch erforderlich, da andere, den Kläger weniger beeinträchtigende Mittel nicht zur Verfügung standen. Angesichts des auswärtigen Kennzeichens waren insbesondere Maßnahmen zur Ermittlung des Halters nicht angezeigt (vgl. BVerwGE 102, 316 ff.; OVG Hamburg, NJW 2001, 168 ff.; OVG NRW, NJW 1998, 2465). Soweit von diesem Grundsatz Ausnahmen für den Fall denkbar sind, dass der Kraftfahrzeugführer selbst Vorkehrungen dafür getroffen hat, dass er leicht, kurzfristig und zuverlässig erreichbar ist (vgl. OVG Hamburg, a.a.O.), fehlt es vorliegend jedenfalls an den Voraussetzungen für eine derartige Ausnahme.

II. Erstattungsfähigkeit der Kosten

Der Erstattungsforderung steht auch nicht entgegen, dass der Abschleppauftrag nicht vollständig zur Durchführung gelangt ist, es sich vielmehr um einen sog. abgebrochenen Abschleppvorgang handelt.

1. Leerfahrt als Teil der Ersatzvornahme

Die Auferlegung der Kosten für die durchgeführte Leerfahrt eines Abschleppunternehmens, wie sie hier ohne Zweifel vorliegt, ist jedenfalls dann rechtmäßig, wenn die Kosten bereits angefallen waren und die Beauftragung des Abschleppunternehmens nicht mehr rechtzeitig storniert werden konnte. Wie sich aus dem oben dargestellten zeitlichen Ablauf ergibt, war die für das Abschleppen des klägerischen Fahrzeugs zuständige Firma bereits zu einem Zeitpunkt beauftragt und zum Einsatzort unterwegs, bevor der Kläger zu seinem Fahrzeug zurückgekehrt ist und seine Bereitschaft erklärt hat, das Fahrzeug selbst wegzufahren. Eine rechtzeitige Stornierung vor Abfahrt des Abschleppfahrzeugs zum Einsatzort war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich, so dass der Kläger die bis dahin im Zusammenhang mit der Ersatzvornahme angefallenen Auslagen der Vollstreckungsbehörde für die Beauftragung des Abschleppunternehmens zu tragen hat (§ 31 Abs. 4 LVwVG in Verb. mit § 8 Abs. 1 Nr. 8 LVwVGKO). Die Ersatzvornahme erfasst alle Handlungen, die innerhalb des zeitlichen Rahmens liegen, die

mit der Beauftragung des Abschleppunternehmens beginnt und mit der Einstellung der Vollstreckung endet. Schaltet die Vollstreckungsbehörde dritte Personen zur Durchführung der Ersatzvornahme ein, so haftet sie diesen gegenüber für die Kosten und ist Schuldner der nach § 632 Abs. 2 BGB anfallenden Vergütung. Da diese Kosten jedoch nur aufgrund polizeiwidrigen Verhaltens entstanden sind, stehen sie, auch wenn es nicht zur Durchführung der Ersatzvornahme kommt, in einem funktionalen Zusammenhang zu der in § 25 LVwVG genannten Ausführungsmaßnahme. Das durch die Anforderung eines Abschleppwagens hervorgerufene, unvermeidliche Kostenrisiko ist mithin wesentlich durch den Polizeipflichtigen veranlasst, der deshalb auch zu Kostenerstattung herangezogen werden darf (vgl. auch OVG Hamburg, a.a.O.).

2. Verhältnismäßigkeit

Die Auferlegung der Leerfahrtkosten auf den Kläger verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein solcher Verstoß käme allenfalls dann in Betracht, wenn das zum Einsatzort gefahrene und für den Kläger vorgesehene Abschleppfahrzeug in unmittelbarem Anschluss und von der gleichen Örtlichkeit ein anderes verkehrswidrig geparktes Fahrzeug hätte abschleppen müssen (vgl. zu einer derartigen Fallkonstellation OVG Hamburg, a.a.O.). Dies ist hier jedoch nach den vom Beklagten dokumentierten und vom Kläger nicht substantiiert in Zweifel gezogenen Feststellungen nicht der Fall. Zu einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts sah sich der Senat nicht veranlasst, zumal der Kläger keine Beweise angeboten hat. Er hat zwar im Berufungsverfahren auf die erstinstanzlichen Beweisanträge Bezug genommen, dort aber, wie sich aus der Klageschrift vom 8.1.1999 und einem weiteren Schreiben vom 11.12.2000 ergibt, keinen Beweis angetreten.

III. Erstattungsfähigkeit der Gebühren

Die Rechtmäßigkeit der im Ausgangsbescheid vom 15.4.1998 festgesetzten Aufwandsgebühr in Höhe von 19,80 DM folgt aus § 49 Abs. 1 PolG in Verb. mit § 31 Abs. 1, 4 LVwVG in Verb. mit § 6 Abs. 3 LVwVGKO, die der festgesetzten Verwaltungsgebühr aus §§ 3, 8 LGebG in Verb. mit Nr. 4 der Verordnung der Landesregierung über die Festsetzung der Gebührensätze für Amtshandlungen der staatlichen Behörden (GBl. 1993, S. 381).

*Zivilrecht***Standort: Kreditsicherung****Problem: Kündigung eines Pfandrechts**

BGH, URTEIL VOM 07.10.2002
II ZR 74/00 (NJW 2002, 61)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung hat der BGH seine Rechtsprechung zur Kündbarkeit von Kreditsicherungsbestellung aus wichtigem Grund auch auf unbefristete Pfandrechtsbestellungen ausgedehnt.

Die Kl. hatte zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Verbindlichkeiten ihres damaligen Ehemanns gegenüber der Bekl. 115 Goldmünzen verpfändet (§§ 1204 ff. BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH hat ein Sicherungsgeber, der den Kredit eines Dritten auf unbestimmte Zeit gesichert hat, nach Treu und Glauben (heute: § 314 BGB) das Recht, den Sicherungsvertrag nach Ablauf eines gewissen Zeitraums oder bei Eintritt besonders wichtiger Umstände mit Wirkung für die Zukunft, d.h. mit der Wirkung zu kündigen, dass sich die Sicherung auf die bei Wirksamwerden der Kündigung begründeten Verbindlichkeiten des Schuldners beschränkt. Dieses Kündigungsrecht besteht nicht nur bei persönlichen Kreditsicherungsmitteln (z.B. Bürgschaft) sondern auch bei dinglichen Kreditsicherungsmitteln, wie hier bei einer Pfandrechtsbestellung.

Als wichtiger Grund zur Kündigung einer gewährten Kreditsicherheit in diesem Sinne ist z.B. das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, für die die Sicherheit gewährt wurde, angesehen worden (BGH, ZIP 1999, 877). Für einen Ehegatten, der den Kredit des anderen ersichtlich aus Anlass der mit ihm bestehenden Ehe gesichert hat, kann nichts anderes gelten, wenn die Ehe geschieden wird. Ihm kann nicht zugemutet werden, nach der Scheidung weiterhin unbegrenzt für sämtliche Weiterentwicklungen des gesicherten Kredits haftbar zu bleiben.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist in examensrelevanter Hinsicht von Bedeutung, weil es die Anwendung des durch die Schuldrechtsreform neu eingeführten Kündigungsrecht gem. § 314 BGB ermöglicht.

Bei bestimmten auf Dauer oder jedenfalls für einen längeren Zeitraum angelegten und allgemein als Dau-

erschuldverhältnisse bezeichneten Rechtsbeziehungen besteht das Bedürfnis, unter gewissen Voraussetzungen eine vorzeitige Auflösung zu ermöglichen. Über die im Besonderen Schuldrecht geregelten Fälle (§§ 626, 723 BGB z.B.) war in Rechtsprechung und Literatur aber seit langem allgemein anerkannt, dass Dauerschuldverhältnisse auch dann aus wichtigem Grund fristlos gekündigt werden können, wenn dies weder gesetzlich noch vertraglich vorgesehen war. Dieser Rechtsgrundsatz, der im Rahmen der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 in § 314 BGB in Gesetzesform gegossen worden ist, ist zwingender Natur; insbesondere kann er nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen eingeschränkt werden (vgl. §§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1, 9, 10 BGB; BGH, NJW 1986, 3134).

Der für die Kündigung erforderliche wichtige Grund besteht nach der Rechtsprechung und nunmehr nach § 314 BGB, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen. Ein Verschulden des anderen Teils ist weder erforderlich noch ausreichend, und ein eigenes Verschulden schließt das Kündigungsrecht nicht unbedingt aus.

Bezüglich der Konkurrenzfrage gehen nach dem Spezialitätsgrundsatz die besonderen Regeln zum Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (z.B. §§ 626, 723 BGB) vor; aus § 313 III BGB folgt, dass das Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage wiederum durch Vertragsanpassung Vorrang vor der Kündigung hat; jedoch verdrängt § 314 BGB in seinem Anwendungsbereich § 323 BGB (vgl. § 314 II BGB).

Vertiefungshinweise:

Zu diesem Thema: *OLG Schleswig*, WM 2001, 2301; *Bork*, NJW 1981, 905

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Drum prüfe, wer für Pappi bürgt"
- Examenskurs*: "Vergnügungsbuss"

Leitsatz:

Zu den Voraussetzungen und Wirkungen der Kündigung einer unbefristeten Pfandrechtsbe-

stellung für gegenwärtige und zukünftige Bankverbindlichkeiten eines Dritten (vormaliger Ehegatte des Sicherungsgebers) aus laufender Rechnung.

Sachverhalt:

Gemäß Formularvertrag vom 16. 4. 1980 verpfändete die Kl. der bekl. Bank 115 Krüger-Rand-Goldmünzen zur Sicherung aller gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit ihrem damaligen Ehemann S, dem die Bekl. einen Betriebsmittelkredit in laufender Rechnung eingeräumt hatte. Im Sommer 1983 ließ die Kl. aus einem Vollstreckungstitel gegen ihren inzwischen geschiedenen Ehemann erfolglos dessen Konten bei der Bekl. pfänden. In Zusammenhang damit verlangte sie von der Bekl. am 28. 7. 1983 Herausgabe der Goldmünzen, was die Bekl. unter Hinweis auf den noch erforderlichen Sicherungszweck ablehnte. Mit Schreiben an S vom 30. 7. 1984 bestätigte die Bekl. ihm, dass seine Kreditlinie von 180000 DM bis 31. 7. 1985 verlängert werde und dafür unter anderem die Goldmünzen als Sicherheit zu dienen hätten. Nachdem S am 25. 4. 1985 (richtig wohl: 1986) die eidesstattliche Versicherung (§ 807 ZPO) abgegeben hatte, kündigte die Bekl. mit Schreiben vom 23. 5. 1985 (1986) die Geschäftsverbindung und verwertete schließlich die Goldmünzen durch Verkauf am 13. 8. 1985 (1986). Einige Zeit später verstarb S. Die Kl. sieht in ihrem Herausgabeverlangen vom 28. 7. 1983 eine wirksame Kündigung des Pfandrechtsbestellungsvertrags und fordert von der Bekl. Schadensersatz in Höhe des Wertes der Münzen an diesem Tag von 115 000 DM. Des Weiteren hat sie unter Vorlage einer nicht unterschriebenen Besprechungsnotiz vom 28. 2. 1985 vorgetragen, die Bekl. habe seinerzeit mit S vereinbart, dass dieser sein Geschäftskonto überziehen solle, um der Bekl. die Pfandverwertung zu ermöglichen und damit den Zugriff der Kl. „auf die Pfandobjekte zu vereiteln. Diese hafteten ohnehin nicht für den am 30. 7. 1984 verlängerten, davor bis zum 31. 7. 1984 befristeten Kredit. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Wirksame Kündigung der Pfandrechtsbestellung

Das BerGer. meint, das Herausgabeverlangen der Kl. vom 28. 7. 1983 stelle keine wirksame Kündigung des Pfandrechtsbestellungsvertrags dar, weil dieser ein Kündigungsrecht nicht vorsehe und das Scheitern der Ehe der Kl. mit S weder eine Kündigung aus wichti-

gem Grund noch die Annahme eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertige. Das hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

I. Kündigungsrecht für Kreditsicherheiten auf unbestimmte Zeit (§ 242 BGB)

Nach der Rechtsprechung des BGH hat ein Sicherungsgeber, der den Kredit eines Dritten auf unbestimmte Zeit besichert hat (wie hier die Kl. gemäß dem Formular-Vertrag), nach Treu und Glauben das Recht, den Sicherungsvertrag nach Ablauf eines gewissen Zeitraums oder bei Eintritt besonders wichtiger Umstände mit Wirkung für die Zukunft, das heißt mit der Wirkung zu kündigen, dass sich die Besicherung auf die bei Wirksamwerden der Kündigung begründeten Verbindlichkeiten des Schuldners — im Fall eines Kontokorrentkredits auf den entsprechenden Tagessaldo — beschränkt (vgl. BGH, NJW 1985, 3007; WM 1959, 855). Diese Kündigungsmöglichkeit besteht — entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung — nicht nur bei einem Bürgen und hängt auch nicht mit dessen persönlicher Haftung, sondern allein mit dem Charakter der Sicherungsabrede als (zeitlich unbegrenztem) Dauerschuldverhältnis zusammen. Entsprechende Grundsätze gelten daher auch bei einer Grundschuld, die den Kredit eines Dritten sichert (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 944). Für den vorliegenden Fall einer Pfandrechtsbestellung gilt nichts anderes (vgl. allg. zum Kündigungsrecht des Sicherungsgebers Ganter, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, BankR-Hdb., 2. Aufl., Bd. 2, § 90 Rdnr. 255).

II. Konkludente Kündigung der Kl. durch das Herausgabeverlangen

Mit ihrem Herausgabeverlangen vom 28. 7. 1983 hat die Kl. — für die Bekl. erkennbar — ihren Willen zur Beendigung des Pfandbestellungsvertrags zum Ausdruck gebracht, diesen also gekündigt. Entgegen der Ansicht des BerGer. lagen hier „besonders wichtige Umstände“ vor, welche die Kündigung rechtfertigten. Als wichtiger Grund in diesem Sinne ist zum Beispiel auch das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft, für deren Schulden er sich verbürgt hatte, angesehen worden (BGH, NJW 1985, 3007; NJW 1986, 252; ZIP 1999, 877). Für einen Ehegatten, der den Kredit des anderen ersichtlich aus Anlass der mit ihm bestehenden Ehe besichert hat, kann nach deren Scheidung nichts anderes gelten. Ihm kann der Gläubiger nicht zumuten, weiterhin unbegrenzt für sämtliche Weiterentwicklungen des besicherten Kredits verhaftet zu bleiben, mag auch mit der Beendigung des betreffenden Rechtsverhältnisses zwischen Sicherungsgeber und Schuldner nicht unmittelbar die Ge-

schaftsgrundlage des Sicherungsvertrags entfallen (vgl. BGH, ZIP 1999, 877). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass seit der Pfandrechtsbestellung mehr als drei Jahre verstrichen waren und die Kl. erfolglos in die Konten des Schuldners vollstreckt hatte (vgl. BGH, NJW 1985, 3007). Für die Kl. war daher Eile geboten, was nach Sachlage weder die Bekl. noch den Schuldner S überraschen konnte und daher umso mehr eine Kündigung des Sicherungsvertrags aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist rechtfertigte (vgl. BGH, NJW 1985, 3007; Schmitz, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 91 Rdnr. 113). Gewichtige Interessen der Bekl. standen dem nicht entgegen. Das Pfand haftete der Bekl. immerhin in Höhe des Tagessaldos vom Tage der Kündigung weiter (vgl. BGH, NJW 1985, 3007). Soweit der darüber hinausgehende Kreditrahmen nicht durch die übrigen Sicherheiten des Schuldners abgedeckt war, stand der Bekl. ein jederzeitiger Nachbesicherungsanspruch und im Zusammenhang damit ein Zurückbehaltungsrecht mit ihren Leistungen nach I Nr. 19 Abs. 1, 4 der damaligen AGB-Banken zu, Letzteres jedenfalls unter Mitberücksichtigung des Umstands, dass durch die Kontenpfändung zumindest eine Rechtsunklarheit hinsichtlich der weiteren Verfügungsbefugnis des Schuldners bestand (vgl. BGHZ 93, 315 = NJW 1985, 1218). Berechtigte Interessen des Schuldners an einem Fortbestand des Sicherungsvertrags konnten ohnehin nicht ins Feld geführt werden. Feststellungen zur Höhe des Tagessaldos am 28. 7. 1983 hat das BerGer. — von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent — nicht getroffen.

B. Fortbestand des gekündigten Pfandrechts bezüglich des Tagessaldos im Zeitpunkt der Kündigung

Da das Pfand in Höhe des Tagessaldos vom 28. 7. 1983 weiter verhaftet blieb, kann die Kl. allerdings keine Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Sicherungsvertrags (vgl. dazu BGH, NJW 1982, 2304) darauf stützen, dass die Bekl. ihr die Münzen am 28. 7. 1983 nicht herausgegeben hat. Ebenso wenig kann — entgegen der Ansicht der Revision — von einem Erlöschen des Pfandrechts gem. § 1252 BGB (mit der Folge eines Wegfalls der Verwertungsbefugnis der Bekl.) deshalb ausgegangen werden, weil das Kontokorrentkonto des Schuldners S bei der Bekl. Anfang April 1985 infolge eines Zahlungseingangs von ca. 260 000 DM kurzzeitig ein Guthaben von mehr als 40000 DM aufwies. Denn es ist nicht ersichtlich, dass hier ein Staffellokontokorrent vereinbart war (vgl. dazu BGHZ 50, 277 [279ff.] = NJW 1968, 2100; BGH, WM 1972, 283). Im Normalfall eines Periodenkontokorrents ent-

sprechend § 355 HGB ermäßigt sich die fortbestehende Haftung einer gekündigten Sicherheit in Höhe des Tagessaldos bei Wirksamwerden der Kündigung nur dann, wenn sich bei einem der nachfolgenden Rechnungsabschlüsse ein geringerer Schuldsaldo ergibt (BGH, NJW 1985, 3007 [3010] rn.w. Nachw.; Schmitz, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 91 Rdnr. 114). Um Rechnungsabschlüsse handelt es sich bei den vorgelegten Kontenblättern nicht.

Soweit das BerGer. in der späteren debitorischen Weiterführung des Kontos nach Eingang der Gutschrift keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken zwischen der Bekl. und S zwecks Herbeiführung des Pfandverwertungsfalls gesehen hat, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Eine sekundäre Darlegungs- oder gar Beweislast der Bekl. für das Gegenteil lässt sich — entgegen der Ansicht der Revision — aus der von der Bekl. vorgelegten (angeblich vom Steuerberater des Schuldners S stammenden) Besprechungsnotiz vom 28. 2. 1985 schon deshalb nicht folgern, weil die Authentizität dieses nicht unterschriebenen Schriftstücks unklar ist. Zu einer Kündigung des Kontokorrents nach Eingang der Gutschrift war die Bekl. gegenüber S schon nicht berechtigt und daher erst recht nicht gegenüber der Kl. verpflichtet.

C. Umfang der durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen

Die Revision weist indessen darauf hin, dass der mit Schreiben der Bekl. vom 30. 7. 1984 um ein Jahr verlängerte Kredit zunächst bis 31. 7. 1984 befristet gewesen sei und das Pfand nicht ohne weiteres auch für den Prolongationskredit hafte. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung lässt sich eine entsprechende Haftungserstreckung — nach der vorherigen Kündigung des Sicherungsvertrags — nicht schon damit rechtfertigen, dass gemäß dem (formulärmäßigen) Pfandrechtsbestellungsvertrag vom 16. 4. 1980 auch alle zukünftigen Ansprüche der Bekl. aus der Geschäftsverbindung mit S gesichert werden sollten. Dabei kann hier offen bleiben, ob diese Klausel mit Rücksicht auf § 1210 I 2 BGB ebenso wie entsprechende Klauseln in Bürgschaftsverträgen (vgl. § 767 I 3 BGB; BGHZ 130, 19 [31 ff.] = NJW 1995, 2553; BGHZ 143, 95 [96 f.] = NJW 2000, 658 m. w. Nachw.) gegen § 9 AGBG a. F. verstieß (anders zum Pfandrecht BGH, WM 2002, 919) oder jedenfalls gem. § 3 AGBG a. F. nicht wirksam vereinbart wurde (vgl. dazu Soergel/Habersack, BGB, 13. Aufl., § 1204 Rdnr. 22; Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, § 93 Rdnr. 209, sowie BGH, ZIP 1997, 1538, m.w.

Nachw. zur Grundschuld) und der Sicherungszweck sich schon deshalb auf den ursprünglichen Anlasskredit beschränkte (vgl. BGHZ 131, 55 [60] = NJW 1996, 191; BGHZ 137, 153 [156f.] = NJW 1998, 450; BGHZ 142, 213 [219f.] = NJW 1999, 3195; BGHZ 143, 95 [971 = NJW 2000, 658]).

Denn auf Grund der Kündigung des Sicherungsvertrags erstreckte sich die Sicherung nur noch auf die bis dahin „begründeten“ Verbindlichkeiten aus dem laufenden Kreditverhältnis (BGH, NJW 1985, 3007), nicht aber auf solche aus neuen Verträgen (vgl. auch BGHZ 70, 132 [136] = NJW 1978, 636, zu § 159 HGB a.F.). Im vorliegenden Fall wäre daher der Prolongationskredit (mit einem Endstand von circa 141 000 DM per 31. 7. 1985) durch das Pfand nicht mehr gesichert, wenn es sich insoweit um einen neuen, in dem vorherigen Kreditverhältnis noch nicht angelegten Vertrag handelte, durch den die Altverbindlichkeiten abgelöst und zum Erlöschen gebracht wurden (vgl. BGHZ 142, 213 [219f.] = NJW 1999, 3195). Die Revision will Entsprechendes aus dem Inhalt des Schreibens der Bekl. vom 30. 7. 1984 entnehmen, wonach der Schuldner S die Sicherheiten für den Prolongationskredit erneut habe bestellen sollen (und damit über die Münzen als Nichtberechtigter verfügt habe). Das BerGer. hat dazu keine Feststellungen getroffen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung folgt eine Kreditprolongation nicht stets den Regeln einer „bankinternen Umschuldung“ (vgl. dazu BGH, NJW 1999, 3708; zum Unterschied vgl. Fischer, WM 2001, 1049 [1053]), sondern bedeutet an sich eine neue Kreditentscheidung (vgl. Merkel, in: Schimansky/ Bunte/Lwowski, § 93 Rdnr. 213). Sie lässt allerdings bestehende Sicherheiten jedenfalls dann unberührt, wenn die Parteien des Kreditvertrags sich von vornherein darin einig waren, diesen jeweils periodisch zu verlängern (vgl. BGHZ 142, 213 [220f.] = NJW 1999, 3195), und somit die Grundlage für die Prolongation bereits im Ursprungsvertrag gelegt wurde.

Ob im vorliegenden Fall eine Enthftung des Pfands durch die Kreditprolongation eingetreten ist, lässt sich

nach dem bisherigen Sach- und Streitstand revisionsrechtlich nicht abschließend beurteilen. Zwar ist die Kl. beweispflichtig für eine Enthftung des Pfandes durch Wegfall der gesicherten Forderung (vgl. BGH, NJW 1996, 719, zur Bürgschaft); die Bekl. trifft aber mit Rücksicht auf § 1210 I 1 BGB die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass das Pfandrecht sich auf die Forderung erstreckte, für die sie es in Anspruch genommen hat (vgl. BGHZ 143, 95 [102] = NJW 2000, 658, zu § 767 I 1 BGB). Auch gegenüber bereicherungsrechtlichen Ansprüchen der Kl. auf Herausgabe des Pfanderlöses trifft die Bekl. jedenfalls eine sekundäre Darlegungslast hinsichtlich der Umstände, aus denen sie ihr Recht auf den Erlös des Pfandes ableitet (vgl. BGH, NJW 1999, 2887). Da das BerGer. die maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte nicht angesprochen hat, müssen die Parteien noch Gelegenheit erhalten, dazu ergänzend vorzutragen.

D. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits

Die Sache ist daher unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen. Sollte die anderweitige Verhandlung (nach ergänzendem Parteivortrag) keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine schuldumschaffende Wirkung der Kreditprolongation ergeben, wird es darauf ankommen, wie hoch der Tagessaldo des Kredits zur Zeit der Kündigung des Sicherungsvertrags am 28. 7. 1983 war, was die Bekl. darzulegen hat (vgl. BGH, NJW 1996, 719). Weiter wird die Bekl. die Rechnungsabschlüsse aus der Zeit nach der Kündigung darzulegen, oder der Kl. gem. § 810 BGB Einsicht in diese Unterlagen zu gestatten haben.

Es bleibt den Parteien überlassen, ihr bisheriges Einverständnis mit einer zweitinstanzlichen Entscheidung durch den Einzelrichter nach der Zurückverweisung der Sache zu, widerrufen (vgl. BGHZ 105, 270 [275] = NJW 1989, 229).

Standort: Werkvertrag**Problem: Genehmigungsplanung bzw. -risiko**

BGH, URTEIL VOM 26.09.2002
VII ZR 290/01 (NJW 2003, 287)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH den Inhalt eines Architektenvertrages hinsichtlich der geschuldeten Leistung ermitteln.

Beim Architektenvertrag als Werkvertrag schuldet der Architekt bei einem genehmigungspflichtigen Bauprojekt eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung (st. Rspr.: vgl. BGH, NJW-RR 1999, 1105). Folglich trägt er damit auch das Risiko einer fehlenden Genehmigungsfähigkeit seiner Bauplanung, sodass eine Mangelhaftigkeit seiner Werkleistung gem. §§ 633 ff. BGB festzustellen ist. Der BGH erkennt angesichts der Privatautonomie jedoch an, dass die Parteien eines Architektenvertrages eine anderweitige Vereinbarung mit der Folge treffen können, dass den Auftraggeber das Risiko der Genehmigungsfähigkeit bzw. -unfähigkeit der Bauplanung trifft. Eine solche rechtsgeschäftliche Risikoübernahme muss aber im Wege der Auslegung dem Architektenvertrag zu entnehmen sein. Als Indiz für eine solche vertragliche Risikoabwälzung auf den Auftraggeber genügt nicht dessen Kenntnis vom etwaigen Genehmigungsrisiko.

Ist die Planung des Architekten nicht dauerhaft genehmigungsfähig und schuldet er eine solche nach dem Inhalt des Vertrages, ist das Architektenwerk mangelhaft i.S.d. § 633 BGB, unabhängig von der Frage eines Verschuldens des Architekten. Soweit die Genehmigungsfähigkeit der Planung durch Nachbesserung erreicht werden kann, steht dem Architekten das Recht zur Planungsnachbesserung zu. Eine Nachbesserung kommt in Betracht, wenn die nicht genehmigungsfähige Planung nicht der vertraglich vereinbarten Planung entspricht und die Nachbesserung dazu führt, dass die Genehmigungsplanung der vereinbarten Planung entspricht und dauerhaft genehmigungsfähig ist. Der Auftraggeber eines Architektenvertrags ist aber nicht verpflichtet, die vereinbarte Planung nachträglich in der Weise zu ändern, dass die geänderte Planung dauerhaft genehmigungsfähig ist

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung ist von examensrelevanter Bedeutung, da sie Inhalt und Wesen des Werkvertrages verdeutlicht.

Bei einem Werkvertrag schuldet der Unternehmer

gem. § 631 I BGB die rechtzeitige Herstellung des versprochenen, d.h. frei von Sach- und Rechtmängeln (§ 633 I BGB) befindlichen Werkes. Gegenstand der unternehmerischen Leistungspflicht ist daher die Wertschöpfung dadurch, dass er durch seine Arbeitsleistung einen bestimmten Erfolg (Arbeitsergebnis) herbeiführt. Dies kann ein körperliches Arbeitsprodukt sein, z.B. Herstellung, Veränderung oder Reparatur einer Sache, oder auch die Herbeiführung eines unkörperlichen Arbeitsergebnisses, z.B. Herstellung eines Gutachtens oder einer Architektenplanung.

Der Unternehmer trägt dabei - wie der vorliegende Fall auch zeigt - im Verhältnis zum Besteller i.d.R. die alleinige Verantwortung für das Gelingen des Werkes (BGH, WM 1993, 652). Er hat dafür einzustehen, dass er die anerkannten Regeln seiner Kunst, seines Fachs, seines Handwerks beherrscht und sich über die rechtlichen Rahmenbedingungen informiert. Ansonsten wird sein Werk als mangelhaft zu bewerten sein, sodass er zur Nacherfüllung verpflichtet ist (§ 635 BGB).

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2002, 129 = NZBau 2002, 41; NJW-RR 2001, 737 = NZBau 2001, 332; *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2002, 670

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"
- Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"
- Assessorkurs*: "Partnersuche"

Leitsätze:

- 1. Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung.**
- 2. Die Parteien eines Architektenvertrags können im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchem Umfang der Auftraggeber das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist.**
- 3. Die Kenntnis des Genehmigungsrisikos bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass die Parteien abweichend von dem schriftlichen Vertrag vereinbart haben, dass der Auftraggeber das Genehmigungsrisiko tragen soll.**

4. Der Auftraggeber eines Architektenvertrags ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die vereinbarte Planung nachträglich in der Weise zu ändern, dass die geänderte Planung dauerhaft genehmigungsfähig ist.

Sachverhalt:

Die Kl., eine Architektin, verlangt von den Bekl. Zahlung von Architektenhonorar. Die Parteien streiten vorrangig darüber, wer von ihnen das Risiko der fehlenden Genehmigungsfähigkeit der Planung zu tragen hat. Die Bekl., die einen Gewerbebetrieb betreiben, beabsichtigten im Jahre 1997 eine Erweiterung der Betriebs- und Produktionsräume sowie die Herstellung von Wohnmöglichkeiten für sich und die Familien ihrer beiden Kinder. Ende November 1997 schlossen sie mit der Kl. einen schriftlichen Einheitsarchitektenvertrag über die Leistungsphasen 1—9. Sie wurde mit folgenden Aufgaben beauftragt: Neubau einer Mehrfamilienhausanlage für drei Familien und von Betriebsgebäuden sowie die Erstellung der dazugehörigen Freianlagen, Umbau eines Wohnhauses (sog. Fehnhaus), die Tragwerksplanung, die technische Gebäudeausrüstung, die thermische Bauphysik und die Bauakustik. Das Grundstück der Bekl. liegt im unbeplanten Außenbereich der Gemeinde U. Mit dem Vorhaben- und Erschließungsplan gem. § 12 BauGB beauftragten die Bekl. das Planungsbüro M. Die Kl. erbrachte für die Mehrfamilienhausanlage, die Betriebsgebäude und für den Umbau des Fehnhauses unterschiedliche Planungsleistungen. Den Bauantrag für den Umbau des Fehnhauses reichte die Kl. im Dezember 1997 und die Bauanträge für die Mehrfamilienhausanlage und die Betriebsgebäude im März 1998 ein. Die Umbaumaßnahme des Fehnhauses wurde am 16. 2. 1998 genehmigt. Mit Rechnung vom 18. 8. 1998 forderte die Kl. von den Bekl. eine Abschlagszahlung in Höhe von insgesamt 472 573,17 DM. In der Folgezeit kam es zwischen den Parteien zu Unstimmigkeiten. Die Bekl. zahlten die geforderte Abschlagszahlung nicht. Am 13. 10. 1998 fand ein Gespräch mit den Parteien und den Vertretern der Gemeinde und des zuständigen Landkreises statt. Nach dem Vortrag der Bekl. sei anlässlich des Gesprächs festgestellt worden, dass die Planung der Kl. nicht genehmigungsfähig sei. Seit August 2000 liegt ein vorhabenbezogener Bebauungsplan der Gemeinde vor. Den für die Genehmigung erforderlichen Durchführungsvertrag haben die Gemeinde und die Bekl. am 19. 7. 1999 unterschrieben. Über die Genehmigung der nicht genehmigten Teile des Bauvorhabens ist bisher nicht entschieden worden.

Das LG hat der Klage auf Abschlagszahlung in Höhe von 311 560,86 DM stattgegeben. Während des Beru-

ungsverfahrens haben die Bekl. den Architektenvertrag mit Schreiben vom 25. 4. 2001 vorsorglich aus wichtigem Grund gekündigt. Die Kl. macht nunmehr ihre Schlussforderung geltend. Die Berufung der Bekl. gegen das landgerichtliche Urteil blieb erfolglos. Die Revision der Bekl. führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

Auf das Schuldverhältnis findet das BGB in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat den Einwand der Bekl., die Planung der Kl. hinsichtlich der Wohngebäude sei nicht genehmigungsfähig, mit folgenden Erwägungen als nicht erheblich angesehen:

Der Architekt schulde grundsätzlich Genehmigungsfähigkeit der Planung, die hinsichtlich der Wohngebäude fehlen könnte. Die möglicherweise fehlende Genehmigungsfähigkeit der Planung stehe der Honorarforderung der Kl. nicht entgegen, weil die Kl. die fehlende Genehmigungsfähigkeit nicht zu vertreten habe. Falls Bestimmungen des Vorhaben- und Erschließungsplans lediglich eine deutlich geringere Wohnfläche erlaubten, wäre die Kl. verpflichtet und berechtigt, die Planung des Wohngebäudes den Festsetzungen im Vorhaben- und Erschließungsplan anzupassen. Folglich liege keine mangelhafte Planung vor.

Außerdem entspreche die Planung der Kl. für die Wohnbebauung und insbesondere die Nutzfläche von 900 m² „ausdrücklich den Vorstellungen der Bekl.“ Diese konkrete Bauabsicht sei notwendige Voraussetzung für die Durchführung eines Vorhaben- und Erschließungsplanverfahrens. Die Bekl. hätten damit das Risiko der Genehmigungsfähigkeit der auf ihren Vorstellungen beruhenden Planung der Wohnbebauung übernommen. Falls die Planung auf Grund der vorhabenbezogenen Bauplanung in der vorliegenden Form nicht genehmigungsfähig sei, würde die Kl. ein Nachbesserungsrecht haben. Falls die Bekl. ihr Bauvorhaben aufgeben würden, so hätten sie, weil sie das Risiko der Genehmigungsfähigkeit übernommen hätten, die Leistung der Kl. zu honorieren. Damit entfalle das Argument der Bekl. die Planung für Wohn- und für Betriebsgebäude sowie der Umbau des Fehnhauses sei für sie nur als „Paket“ sinnvoll.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

Die fehlende Genehmigungsfähigkeit der Planung hinsichtlich der Wohngebäude ist in der Revision zu Gunsten der Bekl. zu unterstellen, weil das BerGer. diese Frage offen gelassen hat.

Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung (st. Rspr.: vgl. BGH, NJW-RR 1999, 1105 = BauR 1999, 1195 = ZfBR 1999, 315 m.w. Nachw.). Die Parteien eines Architektenvertrags können im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchen Punkten der Auftraggeber das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist. Die bisherigen tatsächlichen Feststellungen des BerGer. tragen keine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme. Der von den Vertragsparteien verwendete Einheitsarchitektenvertrag enthält keine Regelung, die vorsieht, dass das Genehmigungsrisiko auf die Bekl. verlagert werden sollte. Der Umstand, dass den Bekl. das Genehmigungsrisiko bekannt war, reicht nicht aus (vgl. BGH, NJW-RR 1999, 1105 = BauR 1999, 1195 = ZfBR 1999, 315). Die Kenntnis des Genehmigungsrisikos bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass die Parteien abweichend von dem schriftlichen Vertrag vereinbart haben, dass die Bekl. das Genehmigungsrisiko hätten tragen sollen.

Ist die Planung des Architekten nicht dauerhaft genehmigungsfähig, ist das Architektenwerk mangelhaft i. S. des § 633 I BGB, unabhängig davon, ob er den Mangel zu vertreten hat. Soweit die Genehmigungsfähigkeit der Planung durch Nachbesserung erreicht werden kann, steht dem Architekten das Recht zu, seine Pla-

nung nachzubessern. Eine Nachbesserung kommt in Betracht, wenn die nicht genehmigungsfähige Planung nicht der vertraglich vereinbarten Planung entspricht und die Nachbesserung dazu führt, dass die Genehmigungsplanung der vereinbarten Planung entspricht und dauerhaft genehmigungsfähig ist. Der Auftraggeber eines Architektenvertrags ist nicht verpflichtet, die vereinbarte Planung nachträglich in der Weise zu ändern, dass die geänderte Planung dauerhaft genehmigungsfähig ist (BGH, NJW-RR 1998, 952 = BauR 1998, 579 = ZfBR 1998, 186; NJW 2001, 1642 = NZBau 2001, 261 = BauR 2001, 785 = ZfBR 2001, 310).

Nach dem für die Revisionsinstanz maßgeblichen Vortrag der Bekl. ist die Planung hinsichtlich des Wohngebäudes nicht genehmigungsfähig und damit mangelhaft, weil die vereinbarte Grundfläche von 900 m² die zulässige Grundfläche von 400 m² übersteigt.

C. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Das Berufungsurteil ist aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen. Das BerGer. erhält Gelegenheit, zu klären, ob die Bekl. das Risiko, dass die Planung nicht genehmigungsfähig ist, durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung übernommen haben. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das BerGer. klären müssen, ob die vereinbarte Planung dauerhaft genehmigungsfähig ist. Sollte diese Voraussetzung nicht gegeben sein, wird das BerGer. zu prüfen haben, ob die Kl. Anspruch auf Vergütung der für den Vorhaben- und Erschließungsplan notwendigen und erbrachten Leistungen hat.

Standort: Gesellschaftsrecht

Problem: Grundbuchfähigkeit einer GbR

BAYOBLG, BESCHLUSS VOM 31.10.2002
2 Z BR 70/02 (NJW 2003, 70)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit beehrten die Gesellschafter einer GbR, die im Grundbuch als Eigentümer mehrerer Grundstücke mit dem Zusatz "als Gesellschafter bürgerlichen Rechts" eingetragen sind, die Änderung des Grundbuchs dahingehend, dass als Eigentümerin die GbR als solche einzutragen.

Das BayObLG musste nunmehr die Grundbuchfähigkeit einer GbR überprüfen, lehnte eine solche aber letztlich ab. Dabei geht das Gericht von der neueren Rechtsprechung des BGH aus, wonach eine GbR im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen, also insoweit partei- und rechtsfähig sein kann. Von diesem Grundsatz sind aber Ausnahmen zu

machen, wenn besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses der Fähigkeit der GbR zur Einnahme einer bestimmten Rechtsposition entgegenstehen. In der Literatur ist seit dieser Rechtsprechung des BGH, die Grundbuchfähigkeit der GbR umstritten. Das BayObLG nimmt aufgrund der Besonderheiten des Grundbuchsrechts und der Eigenart dinglicher Rechtspositionen keine Grundbuchfähigkeit der GbR an. Ausdrückliche Vorschriften zur Grundbuchfähigkeit einer GbR finden sich in der Grundbuchordnung nicht; vielmehr sind im Hinblick auf § 47 GBO die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit einzutragen. Bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften besteht Eintragungsfähigkeit, weil auf die einzelnen Gesellschafter durch Bezugnahme auf die jeweiligen öffentlichen Register geschlossen werden kann. Ein solches öffentli-

ches Register besteht für die GbR und ihre Gesellschafter nicht, so dass bei der alleinigen Grundbucheintragung der GbR die notwendige Publizität nicht gewahrt wäre. Weder das Grundbuch noch die Grundakten können dabei als Ersatz für ein fehlendes Register erhalten. Vielmehr ist der Gesetzgeber aufgefordert, diese Lücke im Grundbuchrecht zu schließen.

Prüfungsrelevanz:

In der nicht enden wollenden Rechtsdiskussion über die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist durch diese Entscheidung des BayObLG weiterhin Bewegung gekommen, so dass sie auch für die Examensvorbereitung von Bedeutung sein wird.

Die Frage um die Rechtsnatur einer GbR - teilrechtsfähiges Rechtssubjekt oder nur bloßer Verband der Gesellschafter als einzelne Rechtssubjekte - ist noch älter als das BGB selbst und wurde in Rechtsprechung bzw. Literatur heftig diskutiert. Erst mit der Grundsatzentscheidung des BGH vom 29.01.2001 (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) wurde eine Rechtssicherheit geschaffen, als der BGH die grundsätzliche Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR im Außenrechtsverkehr angenommen hat und die Haftung der einzelnen Gesellschafter (analog § 128 HGB) einer gesetzlichen Akzessorietät unterwarf.

Wie diese Entscheidung des BayObLG aber zeigt, lässt sich eine Partei- und Rechtsfähigkeit der GbR nicht uneingeschränkt auf jedes Rechtsgebiet anwenden. Aufgrund der fehlenden Publikation der GbR und ihrer Gesellschafterzusammensetzung lässt sich im Grundbuchrecht, das zum Schutz des Rechtsverkehrs die Rechtsverhältnisse publik machen soll, eine solch eigenständige Rechtspersönlichkeit der GbR nicht annehmen. Auch der BGH selbst hat hinsichtlich der Arbeitgeberfähigkeit der GbR ein abweichendes Votum gegeben (NJW 2002, 1207).

Vertiefungshinweise:

□ Zur Grundrechtsfähigkeit der GbR: *BVerfG*, NJW 2002, 3533 = NZM 2002, 986; *Schwörer*, NZM 2002, 421, 423

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der neue Geschäftswagen der Anwaltssozietät"

Leitsatz:

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder

als Berechtigte eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden.

Sachverhalt:

Die drei Bet. sind die Gesellschafter einer GbR, die den Namen "Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts, F-Straße 1/4 GBR" führt. Die Bet. sind im Grundbuch als Eigentümer mehrerer Grundstücke mit dem Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ eingetragen. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 11. 3. 2002 beantragten die Bet., das Grundbuch in Abt. 1 dahin zu berichtigen, dass als Eigentümer nunmehr die Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts F-Straße 1/4, derzeit bestehend aus den drei namentlich genannten Bet., eingetragen wird.

Der Antrag hatte in allen Instanzen keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Keine Grundbuchfähigkeit der GbR wegen der Besonderheiten des Grundbuchrechts

Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) kann eine BGB-Gesellschaft im Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen. Jedoch können spezielle Gesichtspunkte, das heißt besondere Rechtsvorschriften und die Eigenart des zu beurteilenden Rechtsverhältnisses der Fähigkeit der BGB-Gesellschaft zur Einnahme einer bestimmten Rechtsposition entgegenstehen. Der BGH hat es deshalb nicht ausgeschlossen, dass zum Beispiel die Arbeitgeberfähigkeit der BGB-Gesellschaft weiterhin verneint wird (BGH, NJW 2002, 1207 = NZM 2002, 271 = NZG 2002, 322). Aus denselben Gründen steht die Rechtsprechung des BGH einer Verneinung der Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft nicht entgegen.

Nach Ansicht des Senats kann die BGB-Gesellschaft nicht als solche unter ihrem Namen im Grundbuch eingetragen werden. Der Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft stehen die Besonderheiten des Grundbuchrechts und die Eigenart dinglicher Rechtspositionen entgegen. Diese bestehen darin, dass das Eigentum an einem Grundstück und die Berechtigung an einem dinglichen Recht grundsätzlich nur durch Eintragung im Grundbuch erlangt werden können (§ 873 I BGB) und die Eintragung im Einzelnen durch die grundbuchrechtlichen Vorschriften festgelegt ist. Im Schrifttum ist seit der Entscheidung des BGH vom 29. 1. 2001 (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft umstritten (verneinend: Demharter, GBO, 24. Aufl., § 19 Rdnr. 108; ders., Rpfleger 2001, 329, u. Rpfleger 2002, 538; Stöber, MDR 2001, 544; Heil, NZG 2001, 300 [305];

ders., NJW 2002, 2158; Ann, MittBayNot 2001, 197; Münch, DNotZ 2001, 535; a. A. Eickmann, ZfIR 2001, 433; Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330; Dümig, Rpfleger 2002, 53; ders., ZfIR 2002, 796; Wertenbruch, NJW 2002, 324; Pohlmann WM 2002, 1421; Demuth, BB 2002, 1555).

Der angeführten Entscheidung des BGH vom 29. 1. 2001 lassen sich für die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft direkte Folgerungen nicht entnehmen (Demharter, Rpfleger 2002, 538; Ulmen Steffek, NJW 2002, 330 [332]). In der Rechtsprechung wird die Grundbuchfähigkeit vom LG Dresden (NotBZ 2002, 384, m. abl. Anm. Hammer) verneint.

B. Anforderungen des Grundbuchsrechts zur Eintragungsfähigkeit

Die Grundbuchordnung und die Grundbuchverfügung enthalten für die Eintragung einer BGB-Gesellschaft keine Vorschriften. Die BGB-Gesellschaft ist keine juristische Person und auch keine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft i. S. des § 15 I lit. b GBV. Aus § 15 III GBV ergibt sich vielmehr, dass die BGB-Gesellschaft nicht als solche im Grundbuch eingetragen wird, sondern dass das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht den Mitgliedern einer BGB-Gesellschaft zur gesamten Hand zusteht. Dies entspricht der bisher herrschenden Meinung (vgl. BayObLGZ 1985, 212 = NJW-RR 1986, 30). Nach ihr werden die einzelnen Gesellschafter gem. § 15 I lit. a GBV als Rechtsträger in das Grundbuch eingetragen. Im Hinblick auf § 47 GBO ist dabei ein Hinweis auf die gesamthänderische Verbundenheit erforderlich, die durch den Zusatz „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ zum Ausdruck kommt. Eingetragen ist damit nicht die BGB-Gesellschaft. Der auf die gesamthänderische Verbundenheit hinweisende Zusatz ist erforderlich, um eine Beurteilung der Verfügungsbefugnis durch das Grundbuchamt zu ermöglichen (§ 719 I BGB). Bei Berechtigten, bei denen es sich nicht um natürliche Personen handelt, die also nach § 15 I lit. b GBV im Grundbuch einzutragen sind, regelt § 32 GBO, wie die Verfügungsbefugnis dem Grundbuchamt nachzuweisen ist. Dies betrifft juristische Personen sowie Handels- und Partnerschaftsgesellschaften. Der Nachweis kann durch ein öffentliches Register, zum Beispiel das Handels- oder Partnerschaftsregister, geführt werden, in dem die juristische Person oder Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft eingetragen ist. Das Zeugnis des Registergerichts erbringt zunächst den Beweis für das Bestehen der Gesellschaft und darüber hinaus für die Vertretungsbefugnis (BayObLG, NJW-RR 1989, 977).

Ein entsprechender Nachweis des Bestehens und der

Verfügungsbefugnis kann mangels einer Eintragung in einem öffentlichen Register für eine BGB-Gesellschaft nicht geführt werden. Würde die Gesellschaft unter ihrem Namen eingetragen, dann könnte die Verfügungsbefugnis nur an eine organschaftliche Vertretung anknüpfen. Dies gilt auch, wenn die Gesellschaft unter dem Namen der Gesellschafter eingetragen würde. Die Vermutung des § 891 BGB würde dann nicht an die eingetragenen Gesellschafter anknüpfen, sondern an die Gesellschaft. Im Übrigen würde ein guter Glaube an die Verfügungs- und Vertretungsbefugnis nicht geschützt sein.

C. Keine ausreichende Parallelität zur offenen Handelsgesellschaft

Trotz der Parallelen, die der BGH (BGHZ 146, 342 = NJW 2001, 1056) in Teilbereichen zur offenen Handelsgesellschaft gezogen hat, können die für diese geltenden Vorschriften nicht entsprechend angewendet werden. Für die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft im Grundbuch findet sich bereits im materiellen Recht eine Grundlage. Nach § 124 I HGB kann die offene Handelsgesellschaft unter ihrer Firma Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben. Dem trägt § 15 I lit. b GBV dadurch Rechnung, dass die Handelsgesellschaft mit Firma und Sitz im Grundbuch einzutragen ist (vgl. Westermann, NZG 2001, 289 [293]). Eine entsprechende Anwendung der für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften scheidet daran, dass es bei der BGB-Gesellschaft an der Registerpublizität fehlt. Zwar kann sich eine BGB-Gesellschaft einen Namen geben (vgl. statt aller Demharter, Rpfleger 2001, 329 [330]). Dieser Name unterscheidet sich jedoch wesentlich von einer Firma. Das Firmenrecht hat in §§ 17ff. HGB eine eingehende Ausprägung erfahren, für die es im Namensrecht keine Parallelen gibt. Insbesondere muss die Firma nach § 29 HGB zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden. Damit vermittelt die Grundbucheintragung in Verbindung mit der Handelsregistereintragung die erforderliche Publizität. Das ist bei einer BGB-Gesellschaft nicht der Fall.

Entsprechendes gilt für die Vertretungsbefugnis. Da die BGB-Gesellschaft nicht in ein Register eingetragen ist, kann der Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht nach § 32 GBO durch ein Zeugnis des Registergerichts eingeführt werden. Die fehlende Eintragung der BGB-Gesellschaft in ein Register führt zu nicht überwindbaren Problemen hinsichtlich Identität und Vertretungsbefugnis, da die Nachweise über das Bestehen der Gesellschaft und die Vertretungsbefugnis häufig nicht in der Form des § 29 I 2 GBO erbracht werden können (Demharter, Rpfleger 2001, 329 [330]),

u. Rpfleger 2002, 538; Heil, NZG 2001, 300 [305]; ders., NJW 2002, 2158 [2159].

Im Einzelfall können erforderliche Nachweise durch Vorlage eines der Form des § 29 GBO entsprechenden Gesellschaftsvertrags geführt werden. Dies setzt aber voraus, dass der Gesellschaftsvertrag wenigstens schriftlich geschlossen worden ist und die Form des § 29 GBO nachträglich herbeigeführt werden kann, wenn der Vertrag nicht von vorneherein in dieser Form errichtet wurde (Demharter, Rpfleger 2002, 538). Abgesehen davon könnte das Grundbuchamt nicht zweifelsfrei feststellen, ob die in einem vorgelegten Gesellschaftsvertrag genannte Gesellschaft mit der im Grundbuch eingetragenen namensgleichen BGB-Gesellschaft identisch ist. Auch könnte nie ausgeschlossen werden, dass der Gesellschaftsvertrag in der Zwischenzeit geändert wurde, insbesondere hinsichtlich der Vertretungsbefugnis.

Für die Entgegennahme und Behandlung von ergänzenden Mitteilungen durch das Grundbuchamt, wie sie Dümig (ZfIR 2002, 796) vorschlägt, gibt es in den grundbuchrechtlichen Vorschriften keine Grundlage (vgl. Demharter, Anh. § 13 Rdnr. 32); dasselbe gilt für die von Hammer (NotBZ 2002, 385) vorgeschlagenen ergänzenden Eintragungen der Gesellschafter und zur Geschäftsführungsbefugnis. Insbesondere ist das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren zu Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet (BayObLG, Rpfleger1982, 467).

Im Bereich des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO) könnte das Grundbuchamt bei Bewilligung eines dinglichen Rechts für eine BGB-Gesellschaft die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags nicht verlangen. Das Gleiche gilt, wenn eine BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen einen Vollstreckungstitel erwirkt und die Eintragung einer Zwangshypothek verlangt. In diesem Fall hat das Grundbuchamt ohne weitere Prüfung den Vollstreckungsgläubiger in das Grundbuch so einzutragen, wie er sich aus dem Titel ergibt (vgl. BGH, NJW 2001, 3627).

D. Keine Möglichkeiten für einen ergänzenden oder analogen Lösungsweg

Weder das Grundbuch selbst noch die Grundakten können als Ersatz für ein fehlendes Register dienen (Demharter, Rpfleger 2002, 538; a. A. Ulmer/Steffek, NJW 2002, 330 [336 f.]). Gesetzliche Vorschriften, die solches ermöglichen würden, bestehen nicht. Solche Regelungen können auch nicht im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen werden. Dem stehen die vorhandenen grundbuchrechtlichen

Abgesehen davon fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage dafür, Gesellschaftsverträge und Gesell-

schafterlisten zu den Grundakten zu nehmen (vgl. § 10 GBO). Auch ist die Einsicht in das Grundbuch oder die Grundakten anders als die in das Handelsregister nicht uneingeschränkt für jedermann zulässig (§ 12 GBO, § 46 GBV).

Auch der Umstand, dass der BGH (MittBayNot 2001, 574) vor Einfügung des § 162 I 2 HGB die Anmeldung und Eintragung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft, die Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft ist, im Handelsregister verlangt hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Diese Rechtsprechung und die anschließenden gesetzgeberischen Maßnahmen sprechen vielmehr dafür, dass die Eintragung der BGB-Gesellschaft in einem Register unentbehrlich ist. In dem behandelten Fall bot sich die Eintragung im Handelsregister bei der KG an. An einer solchen Anknüpfungsmöglichkeit fehlt es jedoch in anderen Fällen.

E. Konsequenzen aus dieser Entscheidung des BayObLG

Der Senat verkennt nicht, dass die fehlende Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft den Schluss nahe legt, die Gesellschaft könne als solche kein Eigentum und keine beschränkten dinglichen Rechte erwerben. Dies kann materiell-rechtlich zu Schwierigkeiten führen, wenn die BGB-Gesellschaft grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte vornimmt (vgl. Karsten Schmidt, NJW 2001, 993 [1002]; LG Berlin, NZM 2002, 780 = NJW-RR 2002, 1378). Wenn die Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft herbeigeführt werden soll, wird es Sache des Gesetzgebers sein, die Voraussetzungen dafür zu schaffen. Dazu erscheint es unverzichtbar, die Eintragung der BGB-Gesellschaft in einem öffentlichen Register für den Fall vorzusehen, dass sie beabsichtigt, sich am Grundbuchverkehr zu beteiligen.

Zusammenfassend scheidet die Eintragung einer BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen in das Grundbuch daran, dass die grundbuchrechtlichen Vorschriften hierfür keinen Raum geben. Im Übrigen würden dadurch Eintragungen vorgenommen, von denen die Gefahr besteht, dass Rechte verlaubar werden, die nicht verkehrsfähig sind, weil sich die Identität der betroffenen Gesellschaft und die Verfügungsbefugnis vom Grundbuchamt nicht zuverlässig beurteilen lassen.

F. Abgrenzung zum Urteil des 3. Zivilsenats des BayObLG vom 07.05.2002

Der 3. Zivilsenat des BayObLG hat in seiner Entscheidung vom 7. 5. 2002 (BayObLGZ 2002, 137 = NJW-RR 2002, 1363 = NZG 2002, 882 = Rpfleger 2002, 536 m. Anm. Demharter) in einer Kostensache die Auffassung vertreten, bei Eintragung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft mit dem Zusatz "als Gesell-

schafter bürgerlichen Rechts" als Eigentümer eines Grundstücks, also bei einer Eintragung wie sie hier vorliegt, sei die BGB-Gesellschaft als Eigentümerin eingetragen. Der 2. Zivilsenat teilt zwar nicht die Ansicht, dass die Eintragung von Gesellschaftern mit dem auf die gesamthänderische Verbundenheit hinweisen den Zusatz gem. § 47 GBO die BGB-Gesellschaft und nicht die namentlich genannten Gesellschafter als Rechtsträger ausweist. Dies macht es aber nicht notwendig, entsprechend § 132 GVG tätig zu werden

(vgl. § 81 II GBO, § 10 I EGGVG). Selbst wenn sich der Senat die Ansicht des 3. Zivilsenats zu Eigen machen würde, wäre nicht anders zu entscheiden; auch dann müsste die weitere Beschwerde zurückgewiesen werden. Der 3. Zivilsenat hat nicht die hier zur Entscheidung anstehende Rechtsfrage entschieden, ob die BGB-Gesellschaft unter ihren Namen als Eigentümerin eines Grundstücks oder als Berechtigte eines beschränkt dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden kann.

Standort: Schadensersatzrecht

Problem: Ursachenzusammenhang

BGH, URTEIL VOM 17.10.2002
IX ZR 3/01 (NJW 2003, 295)

Problemdarstellung:

Bei dieser Entscheidung musste der BGH im Rahmen einer Schadensersatzfrage eine Abgrenzung zwischen dem Einwand des fehlenden Ursachenzusammenhangs und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens vornehmen.

Der beklagte Zwangsverwalter eines Hausgrundstücks wird von der klagenden Vollstreckungsgläubigerin auf Schadensersatz in Anspruch genommen, weil dieser nach Auszug der letzten Mietpartei der Feuerversicherung nicht den Leerstand angezeigt hatte; daraufhin hatte die Feuerversicherung wegen eines später aufgetretenen Brandes jegliche Versicherungspflicht ihrerseits abgelehnt. Wegen dieser unterlassenen Leerstandsanzeige nimmt die Klägerin nunmehr den Beklagten auf Schadensersatz in Anspruch. Der Beklagte wendet aber ein, dass auch bei rechtzeitiger Anzeige kein Versicherungsschutz mehr bestanden hätte, weil das Versicherungsunternehmen dann den Versicherungsvertrag gekündigt hätte.

Das BerGer. wertete diese Behauptung des Beklagten als Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, für das der Beklagte auch beweisbelastet sei und im Ergebnis auch nicht bewiesen habe. Der BGH sieht jedoch hierin einen Angriff gegen die Kausalität des Unterlassens des Beklagten für den verloren gegangenen Versicherungsschutz. Eine Unterlassung ist für den Erfolg nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte (st. Rspr.: vgl. BGH, NJW 1990, 2126). Hätte der Beklagte rechtzeitig den Leerstand angezeigt, so hätte der Versicherer die Feuerversicherung gekündigt und die Versicherungsleistung wäre auch dann verloren gegangen. Damit greift der Beklagte die Kausalität seines Unterlassens in erheblicher Weise an. Der Einwand

des rechtmäßigen Alternativverhaltens wäre aber hingegen nur gegeben, wenn der Beklagte geltend macht, der Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er eine von der verletzten Pflicht verschiedene andere selbstständige Pflicht erfüllt hätte. Dieser Einwand setzt also voraus, dass das vom Schuldner zu verantwortende Verhalten tatsächlich kausal für den Schaden geworden ist; es betrifft erst danach die auftretende Frage, ob diese auf die Pflichtverletzung ursächlich zurückzuführende Folge dem Schädiger billigerweise zugerechnet werden kann.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen des examensrelevanten Gebiets des Schadensersatzrechts sind Kausalitätsprobleme vielfach vertreten. Die verschiedensten Theorie (Äquivalenztheorie, Adäquanztheorie, Schutzzweckzusammenhang) werden - regelmäßig kumulativ - vertreten. Schwierigkeiten bereiten vor allem die Grenzfälle, wo sich die Frage stellt, ob ein bestimmter Schaden trotzdem billigerweise dem Verhalten des Anspruchsgegners zugerechnet werden soll.

Rechtsprechung und Literatur sind voll mit solchen Problemfällen (z.B. eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers, Eingreifen von Dritten, rechtmäßiges Alternativverhalten), so dass ohne fundiertes Studium dieser Grenzfälle eine ausreichende Examensvorbereitung nicht gewährleistet ist.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *OLG Celle*, NVersZ 2001, 234; *OLG Karlsruhe*, NJW-RR 2000, 614

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das verhängnisvolle Skateboard"

Leitsatz:

Hat der Versicherer die Regulierung eines

Brandschadens auf dem verwalteten Grundstück abgelehnt, weil der Zwangsverwalter es versäumt hat, einen gefahrerhöhenden Umstand anzuzeigen, und verteidigt sich der Zwangsverwalter gegenüber der aus diesem Grunde erhobenen Schadensersatzklage mit der Behauptung, auch bei rechtzeitiger Anzeige an den Versicherer hätte bei Schadenseintritt kein Versicherungsschutz mehr bestanden, so erhebt er damit nicht den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens, sondern bestreitet den vom Kläger zu beweisenden Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden.

Sachverhalt:

Die Rechtsvorgängerin der kl. Stadtparkasse gewährte K (nachfolgend: Schuldner) ein Darlehen in Höhe von 2,5 Mio. DM; zu ihren Gunsten wurde in dieser Höhe eine Grundschuld auf einem gewerblich genutzten Grundstück des Schuldners in O. eingetragen. Im Mai 1993 ordnete das AG Wittenberg die Zwangsverwaltung des Grundstücks an und setzte den bekl. Rechtsanwalt als Zwangsverwalter ein. Dieser nahm das Grundstück in Besitz und schloss eine Feuerversicherung ab. Nach Beendigung der Mietverträge standen die Gebäude seit Oktober 1995 leer. Der Bekl. unterließ es, dies dem Versicherer anzuzeigen. Am 28. 10. 1996 brach auf dem Grundstück ein Feuer aus, das ein Gebäude erheblich beschädigte. Der Versicherer lehnte die Schadensregulierung ab, weil der Bekl. den Leerstand nicht mitgeteilt hatte, und kündigte den Versicherungsvertrag. Die Kl., die sich die Ansprüche des Schuldners hat abtreten lassen, hat vom Bekl. Schadensersatz wegen Verletzung seiner Pflichten als Zwangsverwalter in Höhe von 157 322,74 DM verlangt.

Die Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Die Revision des Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat sein Urteil wie folgt begründet:

Die dem Bekl. anzulastende Pflichtverletzung habe dazu geführt, dass die Feuerversicherung die Regulierung des Brandschadens abgelehnt habe. Die Pflichtverletzung sei damit für den Schaden ursächlich; denn der Versicherer hätte die Leistung nicht unter Hinweis auf die unterbliebene Anzeige der Gefahrerhöhung verweigern können, wenn der Bekl. den Leerstand angezeigt hätte. Mit der Behauptung, auch im Falle rechtzeitiger Anzeige hätte bei Eintritt des Feuerscha-

dens kein Versicherungsschutz mehr bestanden, weil der Versicherer dann den Versicherungsvertrag gekündigt hätte, berufe sich der Bekl. auf das so genannte rechtmäßige Alternativverhalten. Dieser Einwand sei nicht beachtlich; denn nach dem Schutzzweck der verletzten Norm (§ 152 ZVG) müsse der Schaden dem Bekl. zugerechnet werden. Er sei auf Grund des übernommenen Amtes verpflichtet gewesen, grundsätzlich für ausreichenden Versicherungsschutz zu sorgen.

Im Übrigen trage der Schädiger die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten eingetreten wäre. Diesen Beweis habe der Bekl. nicht geführt. Bei rechtzeitiger Anzeige des Leerstands hätte er für eine anderweitige Sicherung des Grundstücks sorgen und die Gläubiger auf diese Notwendigkeit hinweisen müssen. Diese seien infolge der pflichtwidrigen Unterlassung des Bekl. nicht in der Lage gewesen, die erforderlichen Maßnahmen zu veranlassen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen rechtfertigen nicht die Verurteilung des Bekl. zur Leistung von Schadensersatz.

I. Pflichtverletzung des Zwangsverwalters (§ 154 ZVG)

Der Bekl. ist als Zwangsverwalter den Beteiligten gegenüber für die Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen verantwortlich (§ 154 S. 1 ZVG). Er hat in Ausübung seines Amtes alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirtschaftlichen Bestand zu erhalten (§ 152 I 1 ZVG). Dabei hat er auch dafür zu sorgen, dass der für die Gebäude auf dem verwalteten Grundstück bestehende Versicherungsschutz nach Möglichkeit erhalten bleibt. Der Bekl. hätte daher dem Versicherer den Leerstand des Gebäudes, der während der Zwangsverwaltung eingetreten ist, als gefahrerhöhenden Umstand anzeigen müssen (vgl. § 27 II VVG).

II. Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden

Dieses Versäumnis ist indes nicht bereits deshalb für den Schaden ursächlich geworden, weil die Versicherung die Leistung unter Berufung auf §§ 27 II, 28 VVG verweigert hat.

1. Kausalitätsprüfung bei einem Unterlassen als Verletzungshandlung

Die Pflichtverletzung des Bekl. besteht in einer Unterlassung. Eine Unterlassung ist für den Erfolg nur dann kausal, wenn pflichtgemäßes Handeln den Eintritt des Schadens verhindert hätte (BGHZ 34, 206 [215];

61, 118 [120]; 64, 46 [51]; BGH, NJW 1990, 2126). Der Bekl. hat vorgetragen, im Falle einer Anzeige der Gefahrerhöhung hätte der Versicherer das Vertragsverhältnis gem. § 27 I 1 VVG gekündigt, so dass es noch vor dem Eintritt des Brandschadens geendet hätte. Anderweitigen Versicherungsschutz hätte er dann nicht erhalten, weil jede Versicherungsgesellschaft den Vertragsabschluss von Investitionen in die Sicherung des Gebäudes abhängig gemacht hätte, die wirtschaftlich nicht tragbar gewesen seien. Da das BerGer. zu dieser Behauptung keine Feststellung getroffen hat, ist für die revisionsrechtliche Prüfung von der Darstellung des Bekl. auszugehen. Danach hätte der Schuldner auch bei rechtzeitiger Anzeige der gefahrerhöhenden Umstände, also gesetzeskonformer Erfüllung der dem Zwangsverwalter obliegenden Aufgaben, keine Versicherungsleistungen erhalten.

2. Abgrenzung zum Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens

Der Bekl. hat somit die Ursächlichkeit der von ihm zu verantwortenden Unterlassung für den geltend gemachten Schaden bestritten. Diese Verteidigung hat mit dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens nichts zu tun. Jener Begriff umschreibt Fälle, in denen der Schuldner geltend macht, der durch sein rechtswidriges Verhalten tatsächlich verursachte Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er eine von der verletzten Pflicht verschiedene andere selbstständige Pflicht erfüllt hätte. Der Einwand setzt also voraus, dass das vom Bekl. zu verantwortende Verhalten für den Schaden kausal geworden ist. Er betrifft die erst danach auftretende Frage, ob diese auf die Pflichtverletzung ursächlich zurückzuführenden Folgen dem Schädiger billigerweise zugerechnet werden können (vgl. BGHZ 96, 157 [172]; BGH, NJW 1992, 2694 [2695]; NJW 1996, 311 [3121]).

C. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung

Das angefochtene Urteil ist daher schon mangels aus-

reichender Feststellung zur Kausalität der Pflichtverletzung des Bekl. aufzuheben. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

I. Beweislastverteilung für die Frage nach der Kausalität der Pflichtverletzung

Die Frage, ob der Eigentümer Versicherungsleistungen wegen des Brandschadens erhalten hätte, betrifft die haftungsausfüllende Kausalität. Dafür ist die Kl. als Anspruchstellerin beweispflichtig; die Beurteilung hat nach dem Maßstab des § 287 ZPO zu erfolgen (vgl. BGH, NJW 1992, 2694 [2695]; NJW 2000, 1572 [1573]).

II. Abzug von Kosten zur Erlangung eines weiterhin bestehenden Versicherungsschutzes

Sollte der Tatrichter auf diesem Wege zu dem Ergebnis gelangen, dass bei rechtzeitiger Anzeige des gefahrerhöhenden Umstands der Versicherungsvertrag fortbestanden hätte oder ein neuer Versicherungsvertrag zu Stande gekommen wäre, beides jedoch Investitionen zum Schutz des Gebäudes veranlasst hätte, sind deren Kosten auf den geltend gemachten Schaden anzurechnen.

III. Feststellung der Schadenshöhe

Erweist sich der Klageanspruch auf Grund der neuen Verhandlung dem Grunde nach als gerechtfertigt, so wird sich der Tatrichter auch im Einzelnen mit den Einwendungen des Bekl. zur Höhe des Schadens zu befassen haben, die das angefochtene Urteil rechtsfehlerhaft als unsubstanziert behandelt hat. Wie die Revision zutreffend rügt, hat der Bekl. schon in erster Instanz konkrete Mängel des von der Kl. vorgelegten Parteigutachtens behauptet und sich in der Berufungsinstanz in zulässiger Weise auf dieses Vorbringen bezogen. Hält der Bekl. nach der Zurückverweisung diese Einwände aufrecht, wird das BerGer. nicht ohne Beweiserhebung über die Schadenshöhe befinden können.

Standort: Verbraucherrecht

Problem: Widerruf von Realkredit an der Haustür

BGH, URTEIL VOM 10.09.2002
XI ZR 151/99 (NJW 2003, 199)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung musste der BGH auf ein Urteil des EuGH reagieren, wonach das deutsche Verbraucherrecht zum Widerruf von Realkreditverträgen an der Haustür europarechtswidrig ist.

Im zu entscheidenden Fall hatte der bei der bekl. Bank

ein Finanzierungsdarlehen zum Erwerb einer Eigentumswohnung aufgenommen, das durch eine Grundschuld an derselben abgesichert (sog. Realkredit) und bei einem unbestellten Vertreterbesuch der Bank in der Privatwohnung des Kl. abgeschlossen worden war. Eine Widerrufsbelehrung war dem Kl. nicht erteilt worden, sodass er erst vier Jahre später den Widerruf erklärte.

Die Vorinstanzen erklärten die Widerrufsausübung für

unwirksam, da ein Widerrufsrecht nach § 1 HWiG (§§ 312, 355 BGB n.F.) wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 HWiG (§ 312 a BGB n.F.) nicht einschlägig sei. Ein Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG (= §§ 495, 355 BGB n.F.) käme aber auch nicht in Betracht, da Realkreditverträge nicht in den Anwendungsbereich des VerbrKrG fallen würden (§ 3 II VerbrKrG). Damit verblieben Realkreditverträge an der Haustür unwiderrufbar.

Der EuGH hat diese deutsche Umsetzung der zugrunde liegenden europäischen Richtlinien kritisiert. Danach darf es keine Lücke im Widerrufsrecht für Verbraucher bei Haustürgeschäften geben, sondern unabhängig von der Art des Geschäfts muss wegen der Überrumpelungssituation dem Verbraucher ein Lösungsrecht gewährt werden. In Reaktion auf dieses Urteil hat der BGH, der dieses Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des EuGH ausgesetzt hatte, die Subsidiaritätsklausel von § 5 HWiG (= § 312 a BGB) für richtlinienwidrig und daher unanwendbar erklärt. Folglich stand dem Kl. ein Haustürwiderrufsrecht zu. Da er diesbezüglich nicht aufgeklärt worden war, galt dieses Widerrufsrecht unbefristet. Der EuGH erklärte nämlich zudem die deutschen Höchstfristen zur Ausübung des Haustürwiderrufsrecht ebenfalls für europarechtswidrig; nach den Vorgaben der entsprechenden Richtlinie läuft bei fehlerhafter oder unterlassener Widerrufsbelehrung gar keine Frist ab.

Jedoch stellt der BGH klar, dass diese Widerrufsausübung keinen Einfluss auf das finanzierte Geschäft - hier: Kaufvertrag über die Eigentumswohnung - hat, da die Regelung zum Einwendungsdurchgriff gem. § 9 VerbrKrG (§§ 358, 359 BGB n.F.) nicht auf Realkreditverträge anwendbar ist, sodass der Kaufvertrag wirksam bleibt.

Prüfungsrelevanz:

Der Einfluss des europäischen Rechts auf das deutsche Zivilrecht wird immer stärker; allein die Schuldrechtsreform vom 01. Januar 2002 diente der Umsetzung von drei europäischen Richtlinien, insbesondere der Verbrauchsgüterrichtlinie (vgl. §§ 474 ff. BGB n.F.) Um so mehr wird vom Examenkandidaten verlangt, dass er das nationale deutsche Recht im Lichte der europäischen Richtlinien auslegt und anwendet. Die entsprechende Rechtsprechung des EuGH muss dabei berücksichtigt werden, da ansonsten der Gesetzeswortlaut des deutschen Rechts nicht weiter hilft. So ist es z.B. der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass unter dem Haustürwiderrufsrecht gem. § 1 HWiG (= § 312 BGB) entgegen dem Wortlaut ("...Verträge über entgeltliche Leistungen...") auch einseitige Verpflichtungen, wie z.B. Bürgschaften, zu

subsumieren sind.

Denn nicht immer reagiert der Gesetzgeber sofort auf die Feststellung der Europarechtswidrigkeit seiner Umsetzung von Richtlinien, wie in dem vorliegenden Fall. Durch Gesetz vom 23. Juli 2002 hat der deutsche Gesetzgeber auf die Kritik des EuGH reagiert und das Verbraucherrecht entsprechend geändert (vgl. u.a. § 506 BGB n.F.). So wurde vor allem die Höchstfrisklausel in § 355 III BGB n.F. von sechs Monaten komplett gekippt, sodass nunmehr bei fehlerhafter oder unterlassener Widerrufsbelehrung gar keine Widerrufsfrist mehr läuft, § 355 III 3 BGB n.F. Damit es aber zwischen den verschiedenen verbraucherrechtlichen Widerrufsrechten nicht zu evidenten Unterschieden kommt, hat der Gesetzgeber diese Fristlosigkeit sogleich für alle verbraucherrechtlichen Widerrufsrechte angeordnet.

Vertiefungshinweise:

Zu den Widerrufsfolgen: *Meinhof*, NJW 2002, 2273; *Staudinger*, JuS 2002, 953; *Koch*, NZM 2002, 801.

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Drum prüfe, wer für Pappi bürgt"
- Assessorkurs*: "Der Ehelohn"

Leitsatz:

Die richtlinienkonforme einschränkende Auslegung des § 5 II HWiG führt zwar zur Widerruflichkeit auch von Realkreditverträgen, deren Zustandekommen auf einer Haustürsituation i. S. von § 1 HWiG beruht, grundsätzlich nicht jedoch dazu, dass der Widerruf des Kreditvertrags die Wirksamkeit eines mit dem Kredit finanzierten Grundstücksgeschäfts berührt (Bestätigung von Senat, NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181).

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von der bekl. Bank die Rückabwicklung eines Realkreditvertrags. Er begehrt die Erstattung gezahlter Zinsen und entstandener Aufwendungen in Höhe von insgesamt 79298,76 DM nebst Zinsen sowie die Feststellung, dass der Bekl. aus dem Darlehen keine Ansprüche mehr zustehen. Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Zur Finanzierung des Kaufpreises einer Eigentumswohnung nahm der Kl. mit Vertrag vom 25.7./11. 8. 1994 bei der Bekl. ein Darlehen in Höhe von 185000 DM auf, das durch eine Grundschuld in derselben Höhe sowie durch Abtretung der Ansprüche aus einer Lebensversicherung abgesi-

chert wurde. Eine Widerrufsbelehrung im Sinne des Haustürwiderrufsgesetzes wurde ihm nicht erteilt. Mit seiner im April 1998 erhobenen Klage hat der Kl. gem. § 1 HWiG in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung (im Folgenden: a. F.) seine auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung widerrufen.

Die Klage ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kl. seine Klageanträge weiter. Der erkennende Senat hat das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des EuGH über ein Vorabentscheidungsersuchen in dem Verfahren XI ZR 91/99 (Senat, NJW 2000, 521 = WM 2000, 26) ausgesetzt. Das mittlerweile ergangene Urteil des EuGH vom 13. 12. 2001 ist abgedruckt in NJW 2002, 281 = EuZW 2002, 84 = WM 2001, 2434. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat die landgerichtliche Klageabweisung bestätigt und zur Begründung ausgeführt, dem Kl. stehe kein Widerrufsrecht zu. Das streitbefangene Darlehen falle unter § 3 II Nr. 2 VerbrKrG mit der Folge, dass die Widerrufsregelung des § 7 VerbrKrG keine Anwendung finde. Ein Rückgriff auf § 1 HWiG sei wegen der Vorrangregelung in § 5 II HWiG ausgeschlossen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Erfolgloser Einwand der Sittenwidrigkeit des Darlehensvertrages gem. § 138 BGB

Ohne Erfolg bleibt allerdings die Rüge der Revision, das BerGer. habe zu Unrecht den Vortrag des Kl. zur Überteuerung der Eigentumswohnung, zu einer im Kaufpreis versteckten Innenprovision und zu der daraus gem. § 138 BGB folgenden Sittenwidrigkeit des Darlehensvertrags der Parteien übergangen. Die angebliche Überteuerung der Eigentumswohnung hätte allenfalls dann auch die Sittenwidrigkeit des zur Finanzierung des Kaufpreises abgeschlossenen Darlehensvertrags zur Folge haben können, wenn die Bekl. davon positive Kenntnis gehabt hätte. Der Kl. hat zwar behauptet, die Bekl. habe gewusst, dass der Kaufpreis für die Eigentumswohnung um mindestens 100% überteuert gewesen sei, dafür aber keinen Beweis angetreten. Auch zu der von der Bekl. bestrittenen angebli-

chen versteckten Innenprovision hat der Kl. keinen geeigneten Beweis angetreten, weshalb es nicht darauf ankommt, wie eine solche Innenprovision gegebenenfalls rechtlich zu würdigen wäre. Den Rechtsanwalt Dr. F hat der Kl. lediglich als Zeugen für das benannt, was in Sachen Innenprovision angeblich „bei der Bekl. üblich“ war, nicht aber zu den konkreten Gegebenheiten des vorliegenden Falls.

II. Widerrufsrecht gem. § 1 HWiG bei Realkreditverträgen

Zu Unrecht hat das BerGer. jedoch ein Widerrufsrecht gem. § 1 I HWiG wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 II HWiG verneint. Diese Beurteilung entspricht zwar der Auslegung von § 3 II Nr. 2 VerbrKrG, § 5 II HWiG, wie sie der Senat in seinem Vorlagebeschluss vom 29. 11. 1999 (NJW 2000, 521 = WM 2000, 26) an den EuGH bei ausschließlich nationaler Betrachtung befürwortet hat. Sie berücksichtigt aber nicht, dass mit dem Haustürwiderrufsgesetz die Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen vom 20. 12. 1985 (im Folgenden: Haustürgeschäfte-Richtlinie) in nationales Recht umgesetzt worden ist und die Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes daher richtlinienkonform auszulegen sind.

Der EuGH hat mit Urteil vom 13. 12. 2001 (NJW 2002, 281 = EuZW 2002, 84 = WM 2001, 2434) entschieden, dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie auf Realkreditverträge Anwendung findet, so dass dem Verbraucher bei solchen Verträgen das Widerrufsrecht nach Art. 5 der Richtlinie eingeräumt werden muss und dieses für den Fall, dass der Verbraucher über das Widerrufsrecht nicht gem. Art. 4 der Richtlinie belehrt wurde, nicht auf ein Jahr nach Vertragsschluss befristet werden darf. Die vom EuGH vorgenommene Auslegung der Haustürgeschäfte-Richtlinie ist für die nationalen Gerichte bindend. Sie gebietet es, wie der Senat in seinem Urteil vom 9. 4. 2002 in der Sache XI ZR 91/99 (NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1183 ff.]) entschieden und im Einzelnen begründet hat, § 5 II HWiG richtlinienkonform einschränkend auszulegen. Dies hat in der Weise zu geschehen, dass Kreditverträge insoweit nicht als Geschäfte i. S. des § 5 II HWiG anzusehen sind, die „die Voraussetzungen eines Geschäfts nach dem Verbraucherkreditgesetz“ erfüllen, als das Verbraucherkreditgesetz kein gleich weit reichendes Widerrufsrecht wie das Haustürwiderrufsgesetz einräumt. Durch die Subsidiaritätsklausel des § 5 II HWiG werden die Widerrufsvorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes daher nur dann verdrängt, wenn

auch das Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gewährt.

Das gilt, wie der Senat in seinem oben genannten Urteil vom 9. 4. 2002 (NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1185]) näher ausgeführt hat, auch für Fälle wie den vorliegenden, in dem nach dem für die Revision zu Grunde zu legenden — streitigen — Sachverhalt die Haustürsituation nur bei der Vertragsanbahnung, nicht hingegen beim Vertragsabschluss vorlag. Der Sachverhalt unterfällt daher nicht unmittelbar dem Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie. Eine „gespaltene Auslegung“, nach welcher das Ergebnis der richtlinienkonformen Auslegung auf Sachverhalte beschränkt bleiben soll, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, widerspricht aber der durch das nationale deutsche Recht geforderten Gleichbehandlung der verschiedenen Haustürsituationen.

III. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer. zur weiteren Verhandlung

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 564 I ZPO a. F.) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 565 I 1 ZPO a. F.). Dieses wird, da die Umstände der Vertragsanbahnung zwischen den Parteien streitig sind, zunächst Feststellungen zu den Voraussetzungen des Widerrufsrechts gem. § 1 HWiG a. F. zu treffen haben. Sollte danach ein Widerrufsrecht zu bejahen sein, wird das BerGer. bei der Prüfung der sich aus § 3 HWiG (in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung) ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs zu berücksichtigen haben, dass § 9 VerbrKrG (in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung) gem. § 3 II Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge im Sinne dieser Vorschrift nicht anwendbar ist sowie dass nach der ständigen langjährigen Rechtsprechung des BGH der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftli-

chen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen sind (vgl. Senat, NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1185f.] m.w. Nachw.). Die Kritik, die in diesem Punkt von einigen Autoren (Derleder, ZBB 2002, 202 [208 f.]; Hoffmann, ZIP 2002, 1066; Fischer, DB 2002, 1266 [1267]; Fritz, ZfR 2002, 529; Rörig, MDR 2002, 894 [895]; grundsätzlich zustimmend dagegen Ulmer, ZIP 2002, 1080 [1083]; Lange, EWiR 2002, 523 [524]; Rohe, BKR 2002, 575 [577]) an dem Senatsurteil vom 9. 4. 2002 (NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1185 f.]) geübt worden ist, gibt dem Senat keinen Grund, von der genannten Rechtsprechung abzuweichen. Dazu besteht umso weniger Veranlassung, als der Gesetzgeber mit dem durch Art. 25 I Nr. 7 des Gesetzes vom 23. 7. 2002 (BGBl. I, 2850) eingefügten § 358 III 3 BGB auch für die Zukunft klargestellt hat, dass Darlehensverträge und die durch sie finanzierten Grundstückserwerbsgeschäfte nur ausnahmsweise unter ganz bestimmten engen Voraussetzungen als verbundene Verträge anzusehen sind.

Der Widerruf des Realkreditvertrags berührt die Wirksamkeit des Kaufvertrags über die Eigentumswohnung deshalb grundsätzlich nicht. Die gebotene richtlinienkonforme Auslegung des § 5 II HWiG ändert daran nichts. Sie hat nicht zur Folge, dass das Verbraucherkreditgesetz für Geschäfte der vorliegenden Art generell nicht zu beachten wäre. Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditgesetz stehen insofern vielmehr ebenso nebeneinander wie Haustürgeschäfte- und Verbraucherkredit-Richtlinie (Senat, NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1186] m.w. Nachw.). Die Haustürgeschäfte-Richtlinie steht dem nicht entgegen (a. M. Fritz, ZfR 2002, 529 [530]; Rörig, MDR 2002, 894 [895]), weil ihr Art. 7 die Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs von Haustürgeschäften ausdrücklich dem einzelstaatlichen Recht überlässt.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: Mittelbare Täterschaft durch Unterlassen**

BGH, URTEIL V. 06.11.2002
5 STR 281/01 (NJW 2003, 522)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall befasste sich der BGH mit der Strafbarkeit von Mitgliedern des Zentralkomitees (ZK) der SED der (ehemaligen) DDR im Zusammenhang mit den sog. "Mauerschützen"-Fällen. Während der Zeit, in der die Angeklagten Mitglieder des ZKs waren, wurden an der Grenze zwischen BRD und DDR mehrere Flüchtlinge von Grenzsoldaten erschossen, die aufgrund von Beschlüssen des ZKs handelten, die ein entsprechendes Verhalten anordneten. Diese Beschlüsse waren bereits vor dem Zeitpunkt ergangen, in dem die Angeklagten Mitglieder des ZKs wurden. Das LG Berlin hatte die Angeklagten freigesprochen, der BGH ging jedoch von einer Strafbarkeit der Angeklagten (bei Anwendung des BRD-StGB) wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft durch Unterlassen aus und hob das Urteil des LG auf.

Prüfungsrelevanz:

Neben der beachtlichen politischen und historischen Relevanz, die Fälle wie der vorliegende aufweisen, was sie für die mündliche Prüfung geradezu prädestiniert, enthält dieser Fall auch noch zahlreiche "klassische" Probleme aus dem Bereich des Allgemeinen Teils des Strafrechts.

Da der BGH in diesem Fall von einer mittelbaren Täterschaft der ZK-Mitglieder ausgeht, gleichzeitig jedoch auch die Mauerschützen selbst als Täter eines Totschlags bestraft, stellt sich die Frage, ob eine mittelbare Täterschaft überhaupt noch möglich ist, wenn der Vordermann keinen Strafbarkeitsmangel aufweist (sog. "Täter hinter dem Täter"). Während ein Teil der Literatur diese Konstellation grundsätzlich ablehnt (Jakobs, AT, S. 648 ff; Jescheck/Weigend, AT, S. 664), da in diesen Fällen keine Überlegenheit des Hintermannes gegeben sein könnte, die die für § 25 I 2. Fall StGB erforderliche funktionale Tatherrschaft begründen könne und es außerdem kein Bedürfnis für die Annahme einer mittelbaren Täterschaft gebe, da der Hintermann bei einem volldeliktisch handelndem Vor-

dermann als Anstifter mit demselben Strafraumen wie der Täter bestraft werden könne. Die herrschende Meinung hingegen lehnt die mittelbare Täterschaft auch bei einem strafbaren Vordermann nicht generell ab, insb. um den möglichen Konstellationen bei mehreren Tatbeteiligten noch Rechnung tragen zu können und die mittelbare Täterschaft nicht unangemessen einzuschränken (vgl. die Übersicht zu den in Betracht kommenden Fallgruppen bei Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 25 Rn. 21 ff.). Der BGH ist im vorliegenden Fall - wie bereits zuvor (vgl. BGHSt 35, 347) - der letzteren Meinung gefolgt.

Weiterhin umstritten ist die Existenz der vom BGH angenommenen Konstellation der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen. Diese Konstruktion wird von der wohl herrschenden Literatur abgelehnt (Kühl, AT, § 29 Rn. 267 mwN), da es an einer Beherrschung des Handelnden durch den Unterlassenden fehle bzw. es keine Bedürfnis für diese Konstruktion gebe, da direkt an das Unterlassen des Hintermannes angeknüpft werden könne und es deswegen der für die mittelbare Täterschaft typischen Zurechnung fremden Verhaltens gar nicht bedürfe. Der BGH hingegen, der diese Konstellation anerkennt (so auch Brammsen, NStZ 2000, 337 mwN), betont im vorliegenden Fall, dass die mittelbare Täterschaft gerade keine aktive Einwirkung auf den Vordermann voraussetze, sondern nur eine Tatherrschaft, die sich aber auch aus einem Unterlassen ergeben könne.

Schließlich stellte sich dem BGH noch die Frage, ob das Unterlassen eines Garanten auch dann noch kausal für den Eintritt eines Erfolges ist, wenn neben ihm noch weitere Garanten den Erfolg hätten verhindern können (und müssen). Eine Minderheitsmeinung (Samson, StV 1991, 182) will insoweit nur eine Kausalität des Unterlassens desjenigen Garanten annehmen, der zuerst den Eindruck der Uneinsichtigkeit erweckt hat und nicht derjenigen Garanten, die infolge seiner Uneinsichtigkeit resignieren. Die herrschende Meinung (vgl. Schönke/Schröder-Stree, § 13 Rn. 61) betont, dass ein Unterlassen anders als ein aktives Tun als solches nichts bewirken könne und deswegen eine Kausalität des Unterlassens - anders als beim aktiven

Tun - nicht nach ontologischen, sondern nach normativen Kriterien bestimmt werden müsse. Deshalb könne es einen Garanten auch nicht entlasten, dass andere Garanten ebenfalls den Erfolg hätten abwenden können, da sich ansonsten gerade bei Kollektiventscheidungen jedes Mitglied des Kollektivs darauf berufen könnte, dass seine Stimme allein den Erfolg auch nicht abgewendet hätte.

Vertiefungshinweise:

Zu den Mauerschützen-Fällen: *BGH NJW* 1993, 141; 1993, 1932; 1994, 2703; 2000, 443; *LG Berlin*, NJ 2000, 608;

Zum "Täter hinter dem Täter": *BGHSt* 40, 216; *Bloy*, GA 1996, 438; *Gropp*, JuS 1996, 15; *Herzberg*, Jura 1990, 16; *Küper*, JZ 1989, 935;

Zur mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen: *BGH NJW* 1995, 204; *Baumann*, JuS 1963, 85; *Brammsen*, NStZ 2000, 337; *Grünwald*, GA 1959, 110;

Zur Kausalität des Unterlassens mehrerer Garanten: *BGH NJW* 1990, 2560; *Brammsen*, Jura 1991, 533; *Deutscher/Körner*, wistra 1996, 292; *Hilgen-dorf*, NStZ 1994, 561; *Kuhlen*, JZ 1994, 1142; *Samson*, StV 1991, 182

Kursprogramm:

Examenskurs: "Familienglück"

Examenskurs: "Koma"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Mittelbare Täterschaft kann auch durch Unterlassen begangen werden und setzt in dieser Konstellation weder ein aktives Tun des Täters noch eine Kausalität nach den für aktives Tun geltenden Regeln voraus.

2. Der Hintermann eines uneingeschränkt schuldhaft handelnden Täters kann dann mittelbarer Täter sein, wenn er durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen bei Befehlshierarchien verschiedenster Art in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus, und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis

seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft. Er besitzt insbesondere die Tatherrschaft in der Form der Organisationsherrschaft.

3. Ein Unterlassen ist dann "quasi-ursächlich" für einen Erfolg, wenn dieser beim Hinzudenken der gebotenen Handlung entfiel, wenn also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte. Bei mehreren handlungspflichtigen Garanten kommt es nicht darauf an, welche Wirkung das Handeln gehabt hätte, das jedem einzelnen von ihnen geboten war. Vielmehr ist das Unterlassen jedes einzelnen Garanten kausal, sofern bei pflichtgemäßem Handeln all derjenigen, die pflichtwidrig untätig geblieben sind, den Erfolg hätte abgewendet werden können.

4. Die Handlungspflicht eines Garanten entfällt beim unechten Unterlassungsdelikt nicht bereits, weil es ungewiss ist, ob der Angeklagte durch die ihm gebotenen Aktivitäten den tatbestandlichen Erfolg abgewendet hätte. Nur die sicher voraussehbare Erfolglosigkeit eines Rettungsbemühens lässt die Handlungspflicht entfallen.

5. Die kollektive Verweigerung des gebotenen Handelns durch gleichermaßen verpflichtete Garanten stellt sich als Nebentäterschaft dar. Der Annahme einer Mittäterschaft bedarf es hier nicht, da es nicht erforderlich ist, jedem Mittäter aktive Tatbeiträge anderer Mittäter zuzurechnen.

Sachverhalt:

Gegenstand des Verfahrens ist die Tötung von vier Menschen, die zwischen 1984 und 1989 unbewaffnet und ohne Gefährdung anderer versuchten, die DDR über die damalige Grenze nach Berlin (West) zu verlassen.

Der Angeklagte H war Mitglied des Politbüros des Zentralkomitees der SED vom 24. Mai 1984 bis zum 22. November 1985. Er hatte zahlreiche Kontakte in die Bundesrepublik Deutschland und unternahm "kleine Schritte", um "in Fragen der Grenze und der Freizügigkeit eine Änderung zum Besseren herbeizuführen". Auch nach seiner Wahl zum Mitglied des Politbüros war er "bestrebt, unter Ausnutzung seiner guten Kontakte durch realistische Schritte und Verbesserungen mit Langzeitwirkung konkrete Erfolge zu erreichen ... Diese seine Bemühungen scheiterten jedoch bereits am 17. August 1984, als der Generalsekretär Erich Honecker auf einer Geheimsitzung in Moskau der sowjetischen Führung die Gründe für seine geplante

Reise in die Bundesrepublik Deutschland und in diesem Zusammenhang die von dem Angeklagten H vorformulierten Überlegungen und Vorstellungen zu einem verbesserten Verhältnis zur Bundesrepublik Deutschland im humanitären Bereich vortrug und auf strikte Ablehnung seitens der Sowjetunion stieß.“

Die Angeklagten B und L waren Mitglieder des Politbüros vom 21. April 1986 bis November 1989. Der Flüchtling Sch. wurde am 1. Dezember 1984 beim Überklettern der Berliner Mauer durch Schüsse der Grenzsoldaten der DDR getroffen und verblutete. Am 24. November 1986 wurde Bi bei dem Versuch, die Grenzsperranlagen zu überwinden, von Schüssen der Grenzposten der DDR tödlich getroffen. Am 12. Februar 1987 wurde S bei dem Versuch, die Berliner Mauer zu überwinden, von Grenzposten der DDR erschossen. Am 5. Februar 1989 wurde G bei dem Versuch, die Grenzsperranlagen zu überwinden, durch Grenzposten der DDR beschossen; er erlag einem Brustdurchschuss.

Aus den Gründen:

A. Rechtliche Würdigung durch Staatsanwaltschaft und LG

Die Anklage wirft den Angeklagten folgendes vor: Sie hätten während ihrer jeweiligen Mitgliedschaft im Politbüro des Zentralkomitees der SED der DDR einen Totschlag durch Unterlassen begangen. Dabei werden den Angeklagten B und L die Tötungen der Flüchtlinge Bi, S und G (Fälle 2 bis 4) zur Last gelegt. Dem Angeklagten H wird jedenfalls die Tötung des Flüchtlings M. Sch. (Fall 1) vorgeworfen. Die Frage, ob der Anklagevorwurf gegen diesen Angeklagten auch die Tötung der drei Flüchtlinge Bi, S und G - insbesondere begangen durch eine Mitwirkung am Beschluss des Politbüros vom 11. Juni 1985 - umfasst, wird vom Landgericht und der Staatsanwaltschaft unterschiedlich beurteilt.

Einen aktiven Beitrag der Angeklagten zu diesen Tötungen hat das Landgericht nicht festgestellt. Das Landgericht hat die Freisprüche im wesentlichen mit folgendem begründet: Die Angeklagten hätten sich nach dem Strafrecht der DDR nicht strafbar gemacht. Zwar habe ihnen eine Pflicht zur Abwendung der Todeserfolge im Sinne des § 9 StGB-DDR oblegen. Dies ergebe sich aus einer Gesamtschau der Regelungen in Art. 1 und Art. 30 Abs. 2 der Verfassung der DDR von 1968 und in Art. 6 und 12 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl 1973 II 1534 - IP-

bürgR -). Wenn den Angeklagten auch - angesichts begrenzter Entscheidungsfreiheit der DDR innerhalb des Warschauer Paktes - nicht der Vorwurf zu machen sei, nicht auf einen gänzlichen Abbau der Sperranlagen hingewirkt zu haben, so hätten sie doch die Pflicht gehabt, auf eine "Humanisierung" des Grenzsystems, namentlich auf eine Einhaltung der Gesetze der DDR, insbesondere des Grenzgesetzes der DDR hinzuwirken. Solches sei ihnen auch zumutbar gewesen. Jedoch fehle es an der Kausalität zwischen Handlungsbeitrag und Erfolg, die nach dem Strafrecht der DDR "eindeutig bewiesen" sein müsse.

Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihren Revisionen gegen die Freisprüche der drei Angeklagten. Die Nebenklägerin, Mutter des Getöteten Bi, greift mit ihren Revisionen die Freisprüche der Angeklagten B und L an. Die Rechtsmittel haben jeweils mit der Sachrüge Erfolg. Auf die erhobenen Verfahrensrügen kommt es daher nicht an.

B. Ergebnis des BGH

Die den Freisprüchen zugrundeliegende Ansicht des Landgerichts, die Angeklagten hätten sich durch das ihnen zur Last gelegte Unterlassen nicht strafbar gemacht, weil es nach dem Recht der DDR an der Kausalität zwischen ihrem jeweiligen Verhalten und den eingetretenen Todeserfolgen mangle, hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

Auszugehen ist von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach für die Tötungen von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze nicht nur die Schützen, die jeweils die tödlichen Schüsse abgegeben haben, und die militärischen Vorgesetzten der Schützen, sondern auch diejenigen Personen strafrechtlich verantwortlich sein können, die politische Verantwortung für das Grenzregime der DDR trugen (vgl. dazu die Dokumentationen bei Laufhütte in Festschrift zum 50jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs, 2000, S. 409, 418 ff. und Willnow JR 1997, 221, 224 ff.; Marxen/Werle, Strafrecht und DDR-Unrecht Bd. 2 - zwei Teilbände - Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze 2002).

Allen in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs ist jedoch gemein, dass sie ein aktives Tun der jeweiligen Beteiligten zum Gegenstand haben. Dagegen geht es im vorliegenden Verfahren um die Frage, ob die Angeklagten wegen bloßen Unterlassens für die Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze strafrechtlich verantwortlich sein können. Diese Frage ist zu bejahen. Auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Fest-

stellungen haben die Angeklagten sich strafbar gemacht. Sie haben nach dem Recht der DDR durch Unterlassen eine Beihilfe zum Mord (§ 112 Abs. 1, § 22 Abs. 2 Nr. 3, § 9 StGB-DDR) und nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland einen Totschlag durch Unterlassen in mittelbarer Täterschaft (§§ 212, 13, 25 Abs. 1 StGB) begangen.

I. Strafbarkeit der Angeklagten nach DDR-Recht

Nach dem Recht der DDR gilt folgendes: [...] Die Angeklagten haften zwar weder aus den Gesichtspunkten der mittelbaren Täterschaft oder der Mittäterschaft noch wegen Anstiftung zum Mord, wohl aber wegen Beihilfe zum Mord. [...]

II. Strafbarkeit der Angeklagten nach dem BRD-StGB

Nach dem Strafgesetzbuch haben die drei Angeklagten sich auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen wegen Totschlags, begangen in mittelbarer Täterschaft durch Unterlassen, strafbar gemacht.

1. Möglichkeit der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen anerkannt (BGHSt 40, 257, 265 ff.). Auch im Schrifttum wird mittelbare Täterschaft in der Form der Unterlassung für möglich gehalten (so Baumann JuS 1963, 85, 91, Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT 10. Aufl. S. 624, Blei, Strafrecht AT 18. Aufl. S. 260, Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl. S. 845 f.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Teilbd. 2, 7. Aufl. S. 280, Schmidhäuser, Strafrecht AT 2.

Aufl. S. 706, in diesem Sinne auch Brammsen NStZ 2000, 337). Dagegen wird von anderen Autoren die Rechtsfigur der mittelbaren Unterlassungstäterschaft abgelehnt oder als obsolet erachtet (Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 25 Rdn. 54 f.; Grünwald GA 1959, 110, 122, Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 5. Aufl. S. 673, Armin Kaufmann, Dogmatik der Unterlassungsdelikte 1959, S. 190, Roxin in LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 216 sowie Täterschaft und Tatherrschaft 7. Aufl. S. 471 f.; Stratenwerth, Strafrecht AT 14. Aufl. S. 403, Welzel, Strafrecht 11. Aufl. S. 206). Manche der genannten Autoren nehmen statt mittelbarer Täterschaft "unmittelbare Unterlassungstäterschaft" an (so Roxin in LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 216, ähnlich Jescheck/Weigend aaO), was für die Praxis auf ein gleichwertiges Ergebnis hinausläuft. In der

bisherigen rechtswissenschaftlichen Diskussion ist die hier vorliegende Konstellation, dass mehrere - jedenfalls, wie hier, gleichrangige - Inhaber zentraler staatlicher Macht es gleichzeitig pflichtwidrig unterlassen, ein bestehendes, von ihren Weisungen abhängiges hierarchisch organisiertes System zu ändern, das die Gefahr jederzeitiger rechtswidriger Tötung von Menschen birgt, nicht in den Blick genommen worden, so dass sie auch in den genannten kritischen Stellungnahmen keine Beachtung findet.

Schließlich kann die Anwendung der Regeln über die mittelbare Täterschaft auf die Fälle des Unterlassens nicht daran scheitern, dass im Fall des Unterlassens ein "Anstoß" durch den Hintermann fehlt (so aber Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft 7. Aufl. S. 471), ein "wirklicher Geschehensablauf gerade nicht herbeigeführt wird" (so aber Stratenwerth aaO, ähnlich Grünwald aaO). Denn mittelbare Täterschaft setzt weder eine Aktivität des Täters noch eine Kausalität nach dem für aktives Tun geltenden Regeln voraus.

Grundlage der Haftung des pflichtwidrig untätigen Hintermannes ist vielmehr allein, dass das Handeln Dritter ihm wegen seiner Tatherrschaft zugerechnet wird (vgl. Schmidhäuser aaO). Diese Zurechnung ersetzt - im Vergleich zur aktiven mittelbaren Täterschaft - sein Tun. Fragen der Kausalität haben ihren Platz an anderer Stelle.

2. Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft durch Unterlassen

Es führt die oben beschriebene ununterbrochene Verantwortungskette von den Mitgliedern des Politbüros über die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates und die militärischen Befehlsgeber zu denjenigen Soldaten der Grenztruppen, die jeweils die tödlichen Schüsse auf die Flüchtlinge abgegeben haben. In dieser Kette haben die Mitglieder des Nationalen Verteidigungsrates und die Mitglieder des Politbüros sich jeweils durch ihr aktives Verhalten, nämlich durch ihre Mitwirkung an Beschlüssen dieser Gremien - wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

Dies hat der Senat in den Urteilen BGHSt 40, 218 und 45, 270 ausführlich dargelegt. Er hat dabei namentlich im Verhalten dieser Träger höchster staatlicher Macht der DDR das Phänomen gefunden, das Roxin (LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 128, NJW Sonderheft für Gerhard Schäfer 2002, 52 ff.) "Organisationsherrschaft" nennt: Der Hintermann eines uneingeschränkt schuldhaft handelnden Täters kann dann mittelbarer Täter sein, wenn er durch Organisationsstrukturen bestimmte

Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen bei Befehlshierarchien verschiedenster Art in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er Täter in der Form mittelbarer Täterschaft. Er besitzt insbesondere die Tatherrschaft (BGHSt 40, 218, 236, 45, 270, 296).

Dieser Bewertung des aktiven Tuns von Mitgliedern des Politbüros entspricht auch das Verhalten der Angeklagten - mit der hinzutretenden Besonderheit, daß sie (nur) wegen Unterlassungstäterschaft haften. Auch sie hatten das im Urteil BGHSt 45, 270, 303 f. beschriebene eigene Tatinteresse und die Tatherrschaft.

3. *Garantenstellung der Angeklagten*

Hier liegt jeweils ein unechtes Unterlassungsdelikt im Sinne des § 13 StGB vor.

Die Angeklagten hatten als Mitglieder des Politbüros rechtlich dafür einzustehen, dass die verfahrensgegenständlichen Tötungen nicht geschahen. Diese ihre Garantenpflicht folgt schon aus Art. 30 Abs. 1 und 3 VerfDDR. Es treten die Vorschriften der Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 und 2 des IPbürgR sowie die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte hinzu. Insofern gelten zunächst die gleichen Gesichtspunkte, wie sie oben für die Rechtslage in der DDR beschrieben sind. Ergänzend zu dieser in konkreten Normen zu findenden Grundlage der Garantenpflicht der Angeklagten ergibt sich, dass die Angeklagten nach den materiellen Kriterien für die Bestimmung einer Garantenstellung gar unter zweierlei Gesichtspunkten garantenpflichtig waren: Es wird unterschieden zwischen solchen Garantenpflichten einerseits, die daraus resultieren, dass der Garant eine Schutzpflicht für bestimmte Rechtsgüter hat, und andererseits solchen Garantenpflichten, die sich aus der Pflicht zur Überwachung bestimmter Gefahrenquellen ergeben (Jescheck in LK 11. Aufl. § 13 Rdn. 19 ff.; Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 13 Rdn. 9 ff.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 13 Rdn. 5b, 5c; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT Teilbd. 2, 7. Aufl. S. 197 ff.; ähnlich Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl. S. 800 ff.). Beide Aspekte kommen hier zum Tragen. Die Angeklagten waren sowohl „Überwachungsgaranten“ als auch „Beschützergaranten“.

Als Mitglieder des höchsten Machtorgans der DDR waren sie verpflichtet, das im Laufe der Jahre errichtete Grenzregime der DDR, von dem eine jederzeit akute Lebensgefahr für friedliche Flüchtlinge ausging, in der Weise zu überwachen und zu steuern, dass eine Tötung solcher Flüchtlinge unterblieb. Zum anderen waren die Angeklagten nach Art. 30 Abs. 1 und 3 VerfDDR verpflichtet, das Leben eines jeden Bürgers der DDR zu schützen.

4. *Kein Wegfall der Handlungspflicht wegen geringer Erfolgsaussicht der Erfolgsabwendung*

Danach war es den Angeklagten geboten, sich, wie oben beschrieben, im Politbüro durch Äußerungen und Anträge für eine Änderung des Grenzregimes im Sinne einer Humanisierung desselben und damit zur Rettung des Lebens der Flüchtlinge aktiv einzusetzen.

Unter dem Gesichtspunkt der Handlungspflicht der Angeklagten bleibt es ohne Bedeutung, dass es ungewiss ist, ob die Angeklagten durch die ihnen gebotenen Aktivitäten jeweils das Leben der Opfer tatsächlich gerettet hätten. Nur die sicher voraussehbare Erfolglosigkeit eines Rettungsbemühens lässt die Handlungspflicht entfallen (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Zumutbarkeit 1 [= JR 1994, 510 m. Anm. Loos], Zumutbarkeit 2, vgl. auch Puppe in Nomos-Kommentar, StGB 5. Lfg. vor § 13 Rdn. 110, Samson StV 1991, 182, 185). Solches liegt hier nicht vor.

5. *Kausalität*

Das Unterlassen der Angeklagten war im Sinn der im Bereich des unechten Unterlassens geltenden Kausalitätsregeln für die den Angeklagten jeweils zuzurechnenden Tötungsfälle „quasi-ursächlich“. Dabei sind einem jeden Angeklagten diejenigen Tötungsfälle zuzurechnen, die sich nach seinem Eintritt ins Politbüro bis zu einer dort erfolgten ausdrücklichen Beschlussfassung über die Fortgeltung des Grenzregimes im Sinne von BGHSt 45, 270 zugetragen haben. Aus dem Rangverhältnis von Tun und Unterlassen ergibt sich, dass eine Verantwortlichkeit für Unterlassen jeweils durch eine solche ausdrückliche Beschlussfassung begrenzt wird. Den Angeklagten B und L sind danach die Fälle 2 bis 4 anzulasten, dem Angeklagten H zunächst Fall 1. Ihm wären über die Dauer seiner Mitgliedschaft im Politbüro hinaus auch die Fälle 2 bis 4 anzulasten, wenn nicht etwa in Bezug auf diese Fälle positives Tun durch seine Mitwirkung an der Beschlussfassung vom 11. Juni 1985 an die Stelle des Unterlassens getreten wäre.

Ein Unterlassen, also ein Nichtgeschehen kann - onto-

logisch - nicht Ursache eines Erfolges sein. Deshalb stellen die ständige Rechtsprechung und die allgemeine Lehre zur - notwendigerweise normativen - Beurteilung der Kausalität bei den unechten Unterlassungsdelikten auf die "hypothetische Kausalität" ab. Diese birgt für die Fälle des Unterlassens die Entsprechung zu der nach der Äquivalenztheorie in den Fällen aktiven Tuns anzuwendenden *conditio sine qua non*-Formel. Danach ist ein Unterlassen dann mit dem Erfolg als "quasi-ursächlich" in Zurechnungsverbindung zu setzen, wenn dieser beim Hinzudenken der gebotenen Handlung entfiel, wenn also die gebotene Handlung den Erfolg verhindert hätte (BGHSt 37, 106, 126 m. N. der Rspr., Jescheck in LK 11. Aufl. § 13 Rdn. 16 bis 18, Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 13 Rdn. 61, Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. vor § 13 Rdn. 20, Schmidhäuser, Strafrecht AT 2. Aufl. S. 684 ff.: "juristische Kausalität"). Hätte das Politbüro - auf Initiative eines seiner Mitglieder - beschlossen, das bestehende Grenzregime in der oben (sub I. 3. b) beschriebenen Weise zu humanisieren, wären die hier verfahrensgegenständlichen Tötungen ausgeblieben. Der Nationale Verteidigungsrat und alle Gliederungen der Grenztruppen hätten die Anordnung des höchsten Machtorgans der DDR befolgt.

Im Ergebnis bleibt es ohne Bedeutung, dass die DDR in Bezug auf das Grenzregime nur eingeschränkt souverän war, dass sie nicht gegen den Willen der UdSSR die Grenze durchlässig machen oder gar das Grenzregime beseitigen durfte. Denn die Aufrechterhaltung und namentlich die Ausgestaltung des Grenzregimes hatte die UdSSR weitgehend der DDR überlassen. So hatte die DDR - und mithin das Politbüro - eine wesentliche eigene Entscheidungskompetenz, von der auch Gebrauch gemacht wurde. Dies zeigen der "eigenmächtige" Abbau der Erdminen und Selbstschussanlagen im Jahr 1985 und die bei Staatsbesuchen und Parteitagungen getroffenen Vorkehrungen zur Vermeidung von Erschießungen durch Erhöhung der Postendichte. Das hat der Senat in seinem Urteil BGHSt 45, 270, 302 f. näher dargestellt. Eine entsprechende Humanisierung des Grenzregimes hätte die hier in Rede stehenden Erschießungen verhindert.

Für die Beurteilung der "Quasi-Kausalität" des Unterlassens der Angeklagten kommt es nicht darauf an, welche Wirkung das Handeln gehabt hätte, das jedem einzelnen von ihnen geboten war. Vielmehr ist auf das parallele Unterlassen aller derjenigen abzustellen, die ebenso wie die Angeklagten pflichtwidrig untätig geblieben sind, also auf die Untätigkeit aller Mitglieder des Politbüros im hier relevanten Zeitraum. Deshalb

bleibt es ohne Bedeutung, dass jeder der Angeklagten möglicherweise im Politbüro mit der ihm gebotenen Initiative an einer entgegenstehenden Mehrheit gescheitert wäre. Kann die zur Schadensabwendung erforderliche Maßnahme nur durch das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter zustande kommen, so setzt jeder, der es trotz seiner Mitwirkungskompetenz unterlässt, seinen Beitrag dazu zu leisten, eine Ursache dafür, dass die Maßnahme unterbleibt; innerhalb dieses Rahmens haftet er für die sich daraus ergebenden tatbestandsmäßigen Folgen. Dabei kann er sich nicht damit entlasten, dass sein Bemühen, die gebotene Kollektiventcheidung herbeizuführen, erfolglos geblieben wäre, weil ihn die anderen Beteiligten im Streitfall überstimmt hätten. Sonst könnte sich jeder Garant allein durch den Hinweis auf die gleichartige und ebenso pflichtwidrige Untätigkeit gleichgeordneter Garantengemeinschaft strafrechtlichen Haftung freizeichnen (BGHSt 37, 106, 131 f.).

Dieses Prinzip, im Fall parallelen Unterlassens gleichrangiger Garantengemeinschaft (auch kumulatives Unterlassen genannt) für die Beurteilung der "Quasi-Kausalität" nicht etwa auf das alleinige Verhalten des einzelnen Garantengemeinschaft abzustellen, hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden (Beulke/Bachman JuS 1992, 737, 742 ff.; Brammsen Jura 1991, 533, 536 ff.; Deutscher/Körner wistra 1996, 292, 327, 332 f.; Hilgendorf NStZ 1994, 561, 563, Kuhlen NStZ 1990, 566, 569 f. und JZ 1994, 1142, 1146, Bernd-Dieter Meier NJW 1992, 3193, 3197 f.; Ransiek, Unternehmensstrafrecht 1996 S. 59 ff.; Schaal, Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen 2001 S. 202 ff.; Stratenwerth, Strafrecht AT 4. Aufl. S. 404). Manche Autoren stimmen dem Ergebnis zu, beschreiben jedoch eigene Begründungswege, finden insbesondere den Kern des Problems in der Frage der Garantienpflicht (so Puppe in Nomos-Kommentar, StGB 5. Lfg. vor § 13 Rdn. 109 f. und Sofos, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen 1999 S. 249 ff., 263).

Der erhobenen Kritik an dieser Sicht ist folgendes entgegenzuhalten: Soweit Samson StV 1991, 182, 185 meint, bei Untätigkeit parallel handlungspflichtiger Garantengemeinschaft haften allein diejenigen, die zuerst "den Eindruck der Uneinsichtigkeit erweckt" hätten, nicht aber diejenigen, die "resignierten", vernachlässigt dies die Gleichrangigkeit der Handlungspflicht aller Garantengemeinschaft. Soweit gar argumentiert wird, das Abstellen auf die Untätigkeit aller Garantengemeinschaft, deren Unterlassen zu erwarten sei, erinnere an "Geßlers Hut" (Dencker, Kau-

salität und Gesamttat 1996 S. 170), ist zu entgegnen: Die Beurteilung der "Quasi-Kausalität" des Unterlassens erfolgt allein nach normativen Kriterien. In diesem Zusammenhang ist rechtmäßiges Verhalten der parallelen Garanten zu unterstellen, denn das Recht hat von der Befolgung seiner Regeln auszugehen (Sofos aaO S. 263, vgl. auch Jakobs in Festschrift für Koichi Miyazawa 1995 S. 419, 423).

6. Nebentäterschaft beim Unterlassen mehrerer Garanten

Die kollektive Verweigerung des gebotenen Handelns durch gleichermaßen verpflichtete Garanten, nämlich die Angeklagten und die übrigen untätig gebliebenen Mitglieder des Politbüros, stellt sich als Nebentäterschaft, auch Mehrtäterschaft genannt (vgl. Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 25 Rdn. 100, Roxin in LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 222 f.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 25 Rdn. 11, Fincke GA 1975, 161 ff.), dar. Der Annahme einer Mittäterschaft bedarf es hier nicht, da es nicht erforderlich ist, - wie typischerweise in Fällen aktiver Mittäterschaft - jedem Mittäter aktive Tatbeiträge anderer Mittäter zuzurechnen.

Auch die oben (sub 5.) beschriebene "Quasi-Kausalität", wonach der "quasiursächliche" Beitrag jedes einzelnen Politbüro-Mitgliedes zum jeweiligen Taterfolg nicht in der gedachten bloßen Konsequenz des individuellen Unterlassens zu suchen, sondern in der hypothetischen Folge des gemeinschaftlichen Unterlassungsverhaltens aller Politbüro-Mitglieder zu finden ist, nötigt nicht etwa zu der Prüfung, ob auch die Voraussetzungen einer Mittäterschaft, namentlich ein gemeinschaftlicher Tatentschluss, vorliegen.

7. Zumutbarkeit der Handlungsvornahme

Zudem war es den Angeklagten zuzumuten, im Politbüro durch Äußerungen und Anträge auf eine Änderung des praktizierten Grenzregimes hinzuwirken. Angesichts der Schwere der drohenden Übel (vgl. BGHSt 4, 20, 23, BGH NJW 1964, 731, 732, BGH NStZ 1984, 164), hier der jederzeit bevorstehenden rechtswidrigen Tötung von Menschen, hatte das Interesse der Angeklagten an der Erhaltung ihrer Reputation und ihrer Ämter zurückzustehen. Zur Erhaltung von Menschenleben sind äußerste Anstrengungen zu fordern (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Zumutbarkeit 1 = JR 1994, 510 m. Anm. Loos). Allerdings kann es unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit bedeutsam sein, dass das Rettungsbemühen nur eine verschwindend geringe Rettungschance bietet (BGH aaO).

So liegt es hier aber nicht. Die vielfach aus akuten Anlässen zur Vermeidung von Erschießungen vorgenommene Umgestaltung der Grenzsicherungsmethoden und der Abbau von Erdminen und Selbstschussanlagen (vgl. BGHSt 45, 270, 303, oben sub I. 3. b und II. 5. b) zeigen, dass eine Humanisierung des Grenzsystems zur Vermeidung der Erschießung von Flüchtlingen durchaus möglich war. Insoweit ist gleichfalls nicht auf die Aussichtslosigkeit der Einzelbemühungen abzustellen.

8. Entsprechung von Unterlassen und aktivem Tun (§ 13 I a.E. StGB)

Auch entspricht das Unterlassungsverhalten der Angeklagten einer aktiven vorsätzlichen Tötung im Rahmen des Wertungsvergleichs, den die Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB gebietet. Die Innehabung zentraler Macht an der Spitze einer Staatsführung lässt aktives rechtswidriges Tun einerseits und das Untätigsein angesichts einer bestehenden rechtswidrigen Praxis andererseits besonders eng zueinanderrücken (vgl. die Auslegung der letzten beiden Politbürobeschlüsse zur Grenzsicherung, BGHSt 45, 270, 289 f.).

9. Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassen

Schließlich stellt sich die Beteiligung der Angeklagten an den Tötungen nicht etwa nur als Beihilfe zu den Taten der den Angeklagten in verschiedenster Weise nachgeordneten Tätern dar.

Allerdings ist die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe für die Fälle des pflichtwidrig untätigen Hintermannes in der Rechtsprechung wenig gesichert (vgl. BGHSt 2, 150, 151, 4, 20, 21, 13, 162, 166, 40, 257, 268, BGH NJW 1951, 204, 205 und 1966, 1763) und im Schrifttum umstritten (vgl. Cramer/Heine in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. vor § 25 Rdn. 104, Jescheck in LK 11. Aufl. § 13 Rdn. 57, Roxin in LK 11. Aufl. § 25 Rdn. 201 ff. je m. w. N.). Indes kann es nicht zweifelhaft sein, dass die Angeklagten nach allen in Betracht kommenden Kriterien Unterlassungstäter - und nicht nur unterlassende Gehilfen - waren. Sie waren als Inhaber zentraler staatlicher Macht sowohl "Überwachungsgaranten" als auch "Beschützergaranten" (oben sub 3). Die ihnen Nachgeordneten bis zu den Schützen hatten nach ihren Weisungen zu handeln, was das Selbstverständnis und die Willensrichtung der Angeklagten prägte. Die Verantwortlichkeit nimmt in Fällen solcher "Organisationsherrschaft" mit größerem Abstand zum Tatort typischerweise nicht ab, sondern zu (BGHSt 40, 218, 237, F.C. Schroeder, Der Täter hinter dem Täter 1965 S. 166 f.). Jede wertende Be-

trachtung bestätigt das gefundene Ergebnis.

10. Bestimmung des anzuwendenden milderer Rechts (§ 2 StGB, Art. 315 EGStGB)

Das tateinheitliche pflichtwidrige Unterlassen der Angeklagten führte zu mehreren Tötungsfällen. Dies begründet eine einzige Unterlassungstat jedes Angeklagten (BGHSt 37, 106, 134).

Welches dieser Rechte bei der Beurteilung der Unterlassungstaten der Angeklagten als das mildere Recht (Art. 315 Abs. 1 EGStGB i.d.F. des Einigungsvertrages i.V. mit § 2 Abs. 3 StGB) anzuwenden ist, bestimmt sich - bei Anwendung des Grundsatzes strikter Alternativität (BGHSt 37, 320, 322, 38, 18, 20, 41, 247, 277) - nach folgendem: Nach dem Strafrecht der Bundesrepublik Deutschland wird sich eine Anwendung des Strafrahmens des § 213 StGB im Hinblick auf die zweite Alternative der Vorschrift aufdrängen (vgl. BGHSt 45, 270, 306), der gemäß § 49 Abs. 1 StGB jedenfalls gemäß § 13 Abs. 2 StGB nochmals zu mildern sein wird.

Andererseits wird aber auch das Strafrecht der DDR hier naheliegend eine leichtere Strafart als Freiheitsstrafe, insbesondere eine Verurteilung auf Bewährung nach § 33 StGB-DDR zulassen, weil § 22 Abs. 4 Satz 1 StGB-DDR für den Fall der Beihilfe die Möglichkeit der außergewöhnlichen Strafmilderung nach § 62 StGB-DDR und damit die Anwendung einer leichteren als der gesetzlich vorgesehenen Strafart Freiheitsstrafe ermöglicht, "wenn die Tat weniger schwerwiegend ist", was anzunehmen sich schon im Blick auf das abzuurteilende Unterlassen aufdrängen wird. [...]

C. Aufhebung und Zurückverweisung

Danach ergibt sich auf der Grundlage der Feststellun-

gen des angefochtenen Urteils, dass die Angeklagten sich während ihrer Mitgliedschaft im Politbüro nach dem Strafgesetzbuch wegen Totschlags durch Unterlassen, nach dem Recht der DDR wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zum Mord strafbar gemacht haben. Gleichwohl erachtet der Senat es für geboten, die Angeklagten nicht von hier aus schuldig zu sprechen, sondern die Sache in vollem Umfang an einen neuen Tatrichter zurückzuverweisen. Sonst würde den Angeklagten, die gegen die Freisprüche Rechtsmittel nicht einlegen und somit die Richtigkeit der getroffenen Feststellungen nicht angreifen konnten, eine Instanz genommen (BGH StV 1999, 415 m. Anm. Pauly, BGHR StPO 354 Abs. 1 Schuldspruch 1, BGHR StGB § 339 Staatsanwalt 1, Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 354 Rdn. 23 m. w. N.; vgl. aber die andere Verfahrensweise in BGHSt 36, 277, 282 f. und BGH, Urt. vom 15. August 2002 - 3 StR 11/02).

D. Weitere Hinweise an das Tatgericht

[...] Im Fall eines Schuldspruchs wird bei der Strafzumessung betreffend aller Angeklagten dem Zeitfaktor - auch unter Bedacht auf die Dauer des Revisionsverfahrens - Rechnung zu tragen sein (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 13).

Der Senat findet erstmalig eine Verantwortlichkeit hoher Funktionsträger der DDR für Tötungen an der innerdeutschen Grenze unter dem Gesichtspunkt des Unterlassens. Dies hat seine Gründe in der besonderen Rangstellung des Politbüros und seiner Mitglieder. Es erscheint gänzlich fernliegend, dass der Senat eine entsprechende Handlungspflicht hoher Funktionsträger der DDR, die unterhalb dieser Machtebene standen, bejahen würde.

Standort: § 211 StGB**Problem: Verdeckungsabsicht**

BGH, URTEIL VOM 10.10.2002

4 STR 185/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das Opfer war in einem Bordell brutal zusammengeschlagen und dadurch lebensgefährlich verletzt worden, wobei den Angeklagten jedoch nicht nachgewiesen werden konnte, dass sie daran beteiligt waren. Da sie den Tod des Opfers verhindern, jedoch nicht direkt einen Krankenwagen zum Bordell rufen wollten, da man sie ansonsten mit der Tat in Verbindung bringen könnte, brachten die Angeklagten das Opfer zu einem Parkplatz und legten es dort ab. Dann riefen sie von einer anderen Stelle die Notrufzentrale an und behaupteten, auf dem Parkplatz sei jemand von Skinheads zusammengeschlagen worden. Da sie jedoch nicht direkt von dem Parkplatz aus anriefen, nahm die Notrufzentrale den Anruf nicht ernst, entsandte keinen Krankenwagen und das Opfer verstarb an seinen Verletzungen. Das LG hatte die Angekl. wegen versuchten Mordes bzw. Beihilfe zum versuchten Mord verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf.

Prüfungsrelevanz:

Tötungsdelikte stellen im Examen einen beliebten Prüfungsstoff dar, so dass insofern auch die Kenntnis von Detailproblemen erforderlich ist.

Im vorliegenden Fall geht zunächst einen um die Abgrenzung des Eventualvorsatzes zur bewussten Fahrlässigkeit. Der BGH und die herrschende Lehre gehen davon aus, dass beide Vorwerfbarkeitsformen ein identisches intellektuelles Element aufweisen ("für möglich halten") und deswegen die Abgrenzung im Rahmen eines Willenselements zu erfolgen habe (sog. voluntative Theorien), wogegen andere Literaturmeinungen unter Berufung auf den Wortlaut des § 16 I StGB lediglich ein intellektuelles Element verlangt und zur Fahrlässigkeit über dieses oder über objektive Elemente abgrenzt (sog. non-voluntative Theorien) (vgl. die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungstheorie, wonach dolus eventualis gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und ihn billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363). Hieran werden jedoch beim Tötungsvorsatz besonders hohe Anforderungen gestellt (vgl. dazu auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft).

Weiterhin setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, wann der Täter zur Verdeckung einer "anderen" Straftat i.S.v. § 211 II StGB handelt. Zwar geht der BGH davon aus, dass eine identische Angriffsrichtung, d.h. eine ebenfalls gegen Leib und Leben gerichtete Vortat, einen Verdeckungsmord nicht grundsätzlich ausschließt, nimmt jedoch regelmäßig - auch im vorliegenden Fall - an, dass jedenfalls dann keine "andere" Tat verdeckt werde, wenn der Täter von Anfang an mit (zumindest bedingtem) Tötungsvorsatz gegen das Opfer gehandelt hat. Allein das Hinzutreten des Verdeckungsmotivs mache die zuvor begangenen Einzelakte nicht zu einer "anderen" Tat i.S.v. § 211 II StGB. Etwas anderes gelte nur dann, wenn zwischen der ersten und der weiteren Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liege (BGH NSTZ 2000, 498).

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit: *Küpper*, ZStW 100, 758; *Schroth*, JuS 1992, 1;
- Zum Verdeckungsmord: *BGHSt* 35, 116; *NStZ-RR* 2002, 139; *NStZ* 2002, 253; *Momsen*, JR 2000, 29; *Saliger*, *NStZ* 1997, 302; *Schmidhäuser*, *NStZ* 1989, 55;

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Heimatfilme"

Leitsätze (der Redaktion):

Der Annahme eines Mordes "um eine andere Straftat zu verdecken" steht nicht entgegen, dass sich bereits die zu verdeckende Vortat gegen das Leben des Opfers richtet. Um eine "andere" Straftat i.S.v. § 211 II StGB handelt es sich jedoch nicht, wenn der Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht. Daher liegt ein Verdeckungsmord nicht vor, wenn der Täter bereits von Anfang an mit Tötungsvorsatz gegen das Opfer gehandelt hat, da allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer "anderen" Straftat i.S.v. § 211 II StGB macht. Anders ist die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn zwischen einer vorsätzlichen Tötungshandlung und der mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen weiteren

Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt.

Sachverhalt:

Z wurde im Bordell „Bar“ von dessen Betreiber Br sowie dessen Angestellten T, Pe und K unter anderem mit einem „Totschläger“ und mit einem Teleskopschlagstock zusammengeslagen. Nachdem diese Gewalttätigkeiten zunächst beendet waren, trafen der mit Br befreundete und für diesen gelegentlich als „Sicherheitsberater“ tätige Angeklagte B sowie der Angeklagte P mit Zi und zwei weiteren Begleitern ein. Als der Angeklagte B erfuhr, dass Z Geldforderungen gestellt hatte und dass befürchtet wurde, Landsleute des Z. könnten zu dessen Unterstützung in die Bar eindringen, wies er die Begleiter des Angeklagten P an, vor der Bar im Auto zu warten und den Eingang gegebenenfalls mit dem Auto zu blockieren. Br überließ „das weitere“ dem Angeklagten B, weil er sich zu seiner Freundin begeben wollte, um sich ein Alibi zu verschaffen.

Nachdem Z vom Angeklagten B wegen der Geldforderungen zur Rede gestellt worden war, wurde der zu diesem Zeitpunkt möglicherweise bereits tödlich verletzte, aber noch handlungsfähige und ansprechbare Z von Pe und Zi, der die Bar wieder betreten hatte, mit dem Teleskopschlagstock und einem Kuhfuß massiv geschlagen. Davon, dass die Angeklagten diese erneuten Gewalttätigkeiten veranlasst oder sich daran beteiligt hätten, konnte sich das Landgericht trotz der belastenden Angaben von Prostituierten, die das Geschehen beobachtet hatten, letztlich nicht überzeugen.

Als Z regungslos und vor Schmerzen stöhnend auf dem Boden lag, erkannten die Angeklagten und die übrigen Anwesenden den lebensbedrohlichen Zustand des Geschädigten. Keiner der Anwesenden zog jedoch in Betracht, Z von einem Krankenwagen abholen zu lassen, da dies die Gefahr einer Strafverfolgung mit sich gebracht hätte. Der Angeklagte B forderte den aus seiner Sicht für den Zustand des Tatopfers Hauptverantwortlichen Pe zum Abtransport des Tatopfers auf. Der Transport sollte in der Weise durchgeführt werden, dass einerseits keine Spuren zur Bar führten, dass andererseits das Opfer alsbald ärztlicher Hilfe zugeführt und gerettet werden würde. Eine Aufdeckung der Tat durch Angaben des überlebenden Opfers fürchteten die Anwesenden nicht.

Nachdem andere Möglichkeiten, Z ärztlicher Hilfe zuzuführen, erörtert und verworfen worden waren, „einigte“ man sich darauf, Z mit einem Auto zu einem Parkplatz zu bringen und ihn dort abzulegen. K sollte

Pe begleiten, anonym die Notrufzentrale benachrichtigen und auf einen angeblich beobachteten Überfall von Skinheads auf eine Person auf diesem Parkplatz hinweisen. Der Angeklagte P half Pe, das Opfer vom Bordell in das Auto zu verbringen. Pe und K führten den Transport und den Notruf, wie mit dem Angeklagten B vereinbart, aus.

Im Verlauf der Nacht kam es zu drei weiteren Begegnungen zwischen dem Angeklagten B und Pe. Beim ersten dieser Treffen wurde Pe von dem Angeklagten B, dem er auf Nachfrage erklärt hatte, dass er das Eintreffen des Krankenwagens nicht abgewartet habe, aufgefordert, erneut nachzuschauen und den Notruf gegebenenfalls zu erneuern. Beim nächsten Zusammentreffen gab Pe auf Frage des Angeklagten B an, er sei am Ablageort vorbeigefahren und habe Z nicht gesehen. Der Angeklagte B veranlaßte Pe daraufhin, den Parkplatz aufzusuchen und „noch einmal genau nachzusehen.“ Nachdem ihm Pe 20 Minuten später berichtet hatte, er habe Z nicht gefunden, ging der Angeklagte B in der Annahme, Z sei wohl von einem Krankenwagen abgeholt worden, nach Hause. Der Notruf war jedoch von K von einem anderen Ort als dem des angeblichen Überfalls abgesetzt und deshalb von der Notrufzentrale nicht ernst genommen worden.

Z wurde am darauffolgenden Morgen tot aufgefunden. Er war entweder während des Transports oder kurze Zeit danach an den Folgen der durch die Misshandlungen erlittenen inneren Verletzungen verstorben. Ob er ohne das Verbringen zum Parkplatz hätte gerettet werden können, konnte das LG nicht feststellen.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten B wegen versuchten Mordes zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und den Angeklagten P wegen Beihilfe hierzu zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben mit der Sachbeschwerde Erfolg [...]

A. Rechtliche Würdigung des LG

Das Landgericht vertritt die Auffassung, die Angeklagten hätten bei der Veranlassung des Transports beziehungsweise der hierzu geleisteten Hilfe mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt. Dies ergebe sich daraus, dass die Angeklagten damit rechneten, Z werde „an den Folgen des Zeitverzuges des Transports zum Parkplatz ... und des dortigen Ablegens bei Minustemperaturen und letztlich unbekannter Dauer versterben.“ Dass sie zwar darauf hoffen, keineswegs aber darauf vertrauen konnten, Z werde rechtzeitig

von Rettungskräften gefunden, werde besonders an den mehrfachen Nachfragen des Angeklagten B bei Pe deutlich.

B. Ergebnis der Überprüfung durch den BGH

Diese Wertung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

I. Kein unechtes Unterlassungsdelikt, da keine Garantenstellung

1. Keine Garantenstellung aus Ingerenz

Den Angeklagten kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie es versäumt hätten, für unverzügliche ärztliche Hilfe Sorge zu tragen, sich mithin eines strafbaren Unterlassen schuldig gemacht hätten. Da das Landgericht eine Beteiligung der Angeklagten an den Gewalttätigkeiten nicht hat feststellen können, traf die Angeklagten insoweit keine Handlungspflicht aus Ingerenz (vgl. BGH NSTz 1998, 83, 84).

2. Keine Garantenstellung aus Übernahme fremder Schutzpflichten

Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kommt auch eine Übertragung der Garantenpflicht des an den Verletzungshandlungen maßgeblich beteiligten Br auf den Angeklagten B, dem von Br "das weitere" überlassen wurde, nicht in Betracht. Zwar kann - jedenfalls soweit es Schutzpflichten betrifft - eine Garantenpflicht grundsätzlich auch durch tatsächliche Übernahme von einer Person begründet werden, die ihrerseits eine Garantenstellung hat (vgl. BGH NJW 2002, 1887, 1888, zum Abdruck in BGHSt 47, 224 vorsehen). Ob aber auch die Übernahme einer durch pflichtwidriges Vorverhalten begründeten Garantenpflicht möglich ist, erscheint fraglich, bedarf hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht erkennbar, dass sich der Angeklagte B gegenüber Br verpflichtet hätte, unter Zurückstellung der Belange des Betreibers der Bar die bestmögliche Rettung des Z zu veranlassen.

II. Kein vorsätzliches Tötungsdelikt, da kein Vorsatz

1. Zum intellektuellen Element des Vorsatzes

Soweit das Landgericht von einem Tötungsdelikt durch aktives Tun ausgeht, begegnen seine Ausführungen zum Wissensselement des bedingten Tötungsvorsatzes in Bezug auf den Angeklagten B zwar im Ergebnis

keinen Bedenken. Insbesondere hat das Landgericht rechtsfehlerfrei angenommen, der Angeklagte habe erkannt, dass ein unsachgemäßer Transport eines Schwerverletzten aus dem relativ geschützten Bereich eines Gebäudes zu einem Parkplatz und das Zurücklassen des Opfers - zumal bei kalter Witterung - zumindest eine zeitliche Beschleunigung des Todeseintritts zur Folge haben und damit für den konkreten Todeseintritt ursächlich sein kann.

2. Zum voluntativen Element des (Eventual-)Vorsatzes

Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnen aber die Ausführungen des Landgerichts zum Willenselement des bedingten Vorsatzes. Die Erwägung des Landgerichts, die Erkenntnis, dass eine solche Behandlung, wie die Verbringung eines bis zur Regungslosigkeit schwerverletzten, dringend ärztlicher Hilfe bedürftigen Menschen unter den hier gegebenen Umständen dessen Tod zur Folge haben könne, sei derart grundlegend, "dass die Angeklagten zwar darauf hoffen, keineswegs darauf vertrauen konnten, dass der Geschädigte diese Handlungen überleben werde", vermag - für sich genommen - nur den Vorwurf der (bewussten) Fahrlässigkeit zu begründen. Im Grenzbereich zur bewussten Fahrlässigkeit bedarf jedoch die Feststellung des Willenselements einer umfassenden Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 24, 41). Erhöhte Anforderungen sind insbesondere dann zu stellen, wenn ein risikobehaftetes Handeln erkennbar auch von dem Ziel der Rettung eines von Dritten geschädigten Opfers bestimmt ist. Zwar hat das Landgericht nicht verkannt, dass das Verhalten der Angeklagten neben der Strafvereitelung zugunsten des Bordellbetreibers und seiner Angestellten auch vom Hilfswillen zugunsten des Opfers getragen war. Für die Annahme des bedingten Tötungsvorsatzes stellt es jedoch maßgeblich darauf ab, dass der Angeklagte B sich mehrfach bei Pe vergewissert hat, ob Z auch tatsächlich gerettet worden sei. Dieses Verhalten verrate Unsicherheit und mache deutlich, dass der Angeklagte B "keineswegs unbedingt mit schnellem und sicherem Eintreffen von Rettungskräften und dem Auffinden des Geschädigten durch diese rechnete." Das Verhalten des Angeklagten B lässt jedoch - was das Landgericht nicht bedacht hat - in erster Linie Rückschlüsse auf sein Wissen um die Gefahr für das Leben des Opfers zu und betrifft mithin das Wissensselement. Hingegen belegt es gerade nicht, dass der Angeklagte B sich mit der Rea-

lisierung der erkannten Gefahren um des vorrangig bezweckten Schutzes der Gewalttäter vor Strafverfolgung abgefunden hatte. Wäre dies der Fall, hätte es weiterer Bemühungen des Angeklagten B um ein zuverlässiges Auffinden des Opfers, die das Entdeckungsrisiko jeweils nur erhöhen konnten, nicht bedurft. Vielmehr sind gerade diese Bemühungen des Angeklagten B. geeignet, die billigende Inkaufnahme des Todes in Frage zu stellen.

Bei dem Angeklagten P vermag der Senat auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht nachzuvollziehen, aufgrund welcher Umstände dieser Angeklagte, der "aufgrund mangelnder Kenntnisse der deutschen Sprache nicht alle Einzelheiten des vorangegangenen Gesprächs mitbekommen" hat und der sich nur am Verbringen des Opfers in das Auto beteiligt hat, "die wesentlichen Zusammenhänge" der Tat, aus denen das Landgericht auf einen bedingten Tötungsvorsatz schließt, erfasst haben soll.

III. Kein (versuchter) Mord, da keine Verdeckungsabsicht

Auch die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte B habe in der Absicht gehandelt, "eine andere Straftat, nämlich die zuvor von anderen gegen den Geschädigten verübten Misshandlungen, durch die sich die daran beteiligten Personen zumindest der gefährlichen Körperverletzung schuldig gemacht hatten, zu verdecken" und sich dadurch des versuchten Mordes schuldig gemacht, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die ihr zu Grunde liegende Würdigung lässt besorgen, dass das Landgericht den Zweifelssatz nicht beachtet hat.

1. Verletzung des Grundsatzes "in dubio pro reo" bei den Feststellungen des LG

Nach den bisherigen Feststellungen ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass die massiven Verletzungshandlungen von den daran Beteiligten nicht - wovon das Landgericht "zu Gunsten" der Angeklagten ausgegangen ist - lediglich mit Körperverletzungsvorsatz vorgenommen wurden, sondern, was bei dem Einsatz eines „Totschlägers“, eines Teleskopschlagstockes sowie eines Kuhfußes als Tatwerkzeug naheliegt, mit bedingtem Tötungsvorsatz. Zudem hat das Landgericht lediglich nicht nachweisen können, dass sich die Angeklagten nach ihrem Eintreffen in dem Bordell – der Angeklagte B als Mittäter, der Angeklagte P jedenfalls als Gehilfe – an den weiteren massiven Misshandlungen beteiligt und dabei mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt haben. Lässt sich ein Tatgeschehen nicht

klären, muss der Tatrichter die von ihm für möglich gehaltenen, nicht fernliegenden Alternativen in seine Würdigung einbeziehen und dann seiner Urteilsfindung diejenige Sachverhaltsgestaltung zu Grunde legen, die dem Angeklagten am günstigsten ist (vgl. BGH NSTZ 2000, 498, 499; Engelhardt in KK 4. Aufl. § 261 StPO Rdn. 56 m. w. N.). Demgemäß hätte das Landgericht auch eine Beteiligung der Angeklagten an den schweren Gewalthandlungen mit Tötungsvorsatz in die Würdigung einbeziehen müssen, weil sie nach den bisherigen Feststellungen im Hinblick auf das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht für die Angeklagten günstiger sein kann (vgl. BGH aaO; BGH NSTZ 2002, 253, 254).

2. Handeln zur Verdeckung einer "anderen" Straftat i.S.v. § 211 II StGB

Der Annahme eines Verdeckungsmordes steht allerdings nicht grundsätzlich entgegen, dass sich bereits die zu verdeckende Vortat gegen das Leben des Opfers richtet. Um eine andere - zu verdeckende - Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB handelt es sich jedoch dann nicht, wenn der Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht. Will der Täter im Zuge der Tatausführung den Tötungserfolg zusätzlich herbeiführen, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken, ist daher für die Annahme eines Verdeckungsmordes dann kein Raum, wenn der Täter bereits von Anfang an mit (sei es auch nur bedingtem) Tötungsvorsatz gegen das Opfer gehandelt hat. Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer anderen Tat (st. Rspr., vgl. BGH NSTZ 2000, 498, 499; 2002, 253, jew. m. w. N.).

Anders ist die Rechtslage nur dann zu beurteilen, wenn zwischen einer (bedingt) vorsätzlichen Tötungshandlung und der mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen weiteren Tötungshandlung eine deutliche zeitliche Zäsur liegt. Fasst der Täter dann den Entschluss, das (zumindest aus seiner Sicht zunächst überlebende) Opfer nunmehr auch deshalb zu töten, um die Aufdeckung des versuchten Tötungsdelikts zu verhindern, ist das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erfüllt, da sich die Tötungshandlung dann auf eine zunächst abgeschlossene Tat bezieht (vgl. BGH NSTZ 2002, 253; StV 2001, 553). Unterstellt, die Angeklagten hätten in Bezug auf den Transport des Opfers zum Parkplatz mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt, hätte deshalb der Erörterung bedurft, ob sich nach den vorgenannten Grundsätzen diese vom Landgericht als Tötungshandlung gewertete Beteiligung der Angeklagten an der Verbringung des Tatopfers auf eine zunächst abge-

schlossene Tat bezieht. Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen, nach denen die Überlegungen zum Abtransport des Opfers unmittelbar nach Abschluss der zweiten Phase der Gewalttätigkeiten einsetzten, liegt dies eher fern.

C. Zurückverweisung

Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, die Sache an eine als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts Schwerin zurückzuverweisen (§ 354 Abs. 2 Satz 1, 2. Alternative StPO).

Standort: §§ 34, 100 a, b StPO

Problem: Begründung eines Beschlusses

BGH, BESCHLUSS VOM 01.08.2002
3 STR 122/02 (NJW 2003, 368)

Problemdarstellung:

Gegen die Angeklagten war in einem anderen Strafverfahren (wegen Verdachts des Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz) die Überwachung und Aufzeichnung ihres Fernmeldeverkehrs angeordnet worden. Die entsprechenden Beschlüsse waren bzgl. der erforderlichen Verdachtslage lapidar mit der Feststellung begründet worden, ein entsprechender Verdacht liege vor, ohne dass dies näher ausgeführt wurde. Im vorliegenden Verfahren (wegen schwerer räuberischer Erpressung) wurden diese Beschlüsse vorgelesen und die bei der Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs erstellten Tonbänder trotz Widerspruchs der Angeklagten vorgespielt; die Akten des anderen Verfahrens wurden nicht beigezogen. Das LG verurteilte die Angeklagten; der BGH hob das Urteil wegen eines Verfahrensverstößes auf.

Prüfungsrelevanz:

Beweisverwertungsverbote, deren Voraussetzungen im vorliegenden Fall allerdings nur am Rande eine Rolle spielen, sind auch im ersten Staatsexamen häufiger Prüfungsgegenstand. Die anderen vom BGH diskutierten Problemkreise des Umfangs der Begründung eines Beschlusses gem. § 100 b StPO und der Prüfungspflichten des Tatrichters sind lediglich im 2. Examen von Bedeutung (dort aber besonders wichtig).

§ 34 StPO verpflichtet dazu, Entscheidungen, die durch ein Rechtsmittel angefochten werden können, zu begründen. Da die Anordnung der Überwachung der Telekommunikation (§§ 100 a, 100 b StPO) gem. § 304 StPO mit der Beschwerde angefochten werden kann, gilt dies auch für diese. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss die entsprechende Begründung zumindest auch eine knappe Darlegung der Tatsachen enthalten, aus denen sich der Verdacht bzgl. einer der in § 100 a StPO genannten Katalogtaten er-

gibt (BGHSt 42, 103; vgl. auch BVerfG NJW 2001, 1121). Im vorliegenden Fall stellt der BGH klar, dass insoweit auch eine Bezugnahme auf Aktenteile genügen kann.

Die Folgen der fehlenden oder unzureichenden Begründung einer Entscheidung hängen von der Art der Entscheidung ab: bei Urteilen führt dies gem. § 338 Nr. 7 StPO zu deren Aufhebung, bei Beschlüssen trifft das Beschwerdegericht u.U. eine eigene Sachentscheidung (Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 309 Rn. 7 ff.). Fehlt bei einem Beschluss gem. § 110 a, 100 b StPO die erforderliche Begründung, so sind die gewonnenen Erkenntnisse nicht automatisch unverwertbar (BGHSt 33, 217, 223). Vor der Verwertung dieser Erkenntnisse hat der Tatrichter - jedenfalls nach entsprechender Rüge des Angeklagten - jedoch zu überprüfen, ob der Erlass des Beschlusses, der die Grundlage der Beweiserhebung darstellte, zumindest vertretbar war. Hierzu muss er den Kenntnisstand des Ermittlungsrichters, der den Beschluss erlassen hatte, rekonstruieren, wozu es zumindest erforderlich ist, dass der Richter die Ermittlungsakten hinzuzieht.

Vertiefungshinweise:

Zum Beschluss gem. §§ 100 a, 100 b StPO: *BGH NJW 2001, 1587; Bernsmann, NStZ 2001, 103; Kudlich, JuS 2001, 1165; Schenke, MMR 2002, 8;*

Zum Prüfungsumfang des Tatrichters bei Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Zwangsmaßnahme: *BGH NJW 1995, 1974; Bernsmann, NStZ 1995, 512; Störmer, StV 1995, 653;*

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Untergetaucht"

Leitsätze:

1. In der Begründung des ermittelungsrichterlichen Beschlusses, durch den die Überwachung der Telekommunikation angeordnet oder bestätigt wird, ist die Verdachts- und Beweislage, die

die Maßnahme rechtfertigt, darzustellen. Dabei kann im Einzelfall eine konkrete Bezugnahme auf Aktenteile genügen.

2. Ist die Darstellung der Verdachts- und Beweislage im ermittelungsrichterlichen Beschluss plausibel, kann sich der erkennende Richter, der die Verwertbarkeit der Überwachungsergebnisse zu beurteilen hat, in der Regel hierauf verlassen. Fehlt es jedoch an einer ausreichenden Begründung oder wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahme konkret in Zweifel gezogen, hat der erkennende Richter die Verdachts- und Beweislage, die im Zeitpunkt der Anordnung gegeben war, anhand der Akten zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Verwertbarkeit zu untersuchen. War die Überwachung der Telekommunikation in einem anderen Verfahren angeordnet worden, hat er hierzu die Akten dieses Verfahrens beizuziehen.

3. Unterlässt der erkennende Richter eine erforderliche Beiziehung von Akten und verhindert er dadurch die gebotene Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme, liegt hierin ein eigenständiger Rechtsfehler, der im Einzelfall zur Aufhebung des tatrichterlichen Urteils in der Revision führen kann.

Sachverhalt:

In den von der Staatsanwaltschaft Osnabrück unter den Geschäftszeichen 57 AR 5/99 und 57 AR 6/99 gegen die Angeklagten wegen Verdachts des Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) geführten Ermittlungsverfahren hatte der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Osnabrück mit gleichlautenden Beschlüssen vom 13. Januar 1999 die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs bezüglich je eines (Funk-)Telefonanschlusses der Angeklagten angeordnet. Die Begründung der Beschlüsse erschöpft sich zu der bestehenden Verdachtslage jeweils in dem Satz: "Der Beschuldigte ist verdächtig, mit Waffen u.a. Maschinenpistolen der Marken Kalaschnikow und Scorpion, welche unter die Bestimmungen des Kriegswaffenkontrollgesetzes fallen, Handel zu treiben."

Auf Grundlage dieser Beschlüsse wurden die Telefonanschlüsse vom 18. Januar bis 26. Februar 1999 (Angeklagter K.) bzw. vom 18. Januar bis 1. März 1999 (Angeklagter W.) überwacht und die geführten Telefonate aufgezeichnet.

Zu vorliegendem Strafverfahren gegen die Angeklagten hat das Landesgericht die Akten der genannten

beiden Ermittlungsverfahren nicht beigezogen. In der Hauptverhandlung sind lediglich die beiden Beschlüsse vom 13. Januar 1999 verlesen und Abschriften den Verteidigerinnen der Angeklagten ausgehändigt worden. Auf die Ankündigung, die Bänder mit den aufgezeichneten Telefonaten durch Abspielen in Augenschein zu nehmen, haben die Angeklagten der Verwertung der Ergebnisse der Telefonüberwachungen widersprochen, weil gegen sie bei Erlass der Beschlüsse vom 13. Januar 1999 kein auf bestimmte Tatsachen gründender Tatverdacht bestanden habe, der die Anordnung der Telefonüberwachung nach §§ 100 a Satz 1 Nr. 3, 100 b StPO hätte rechtfertigen können. Die Beschlüsse seien daher rechtswidrig gewesen.

Diese Widersprüche hat das Landgericht durch Beschluss zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass bezüglich beider Angeklagter eine wirksame richterliche Anordnung nach §§ 100 a, 100 b StPO ergangen sei. Die Begründung der Beschlüsse vom 13. Januar 1999 enthielten eine entsprechend dem damaligen Stand der Ermittlungen hinreichende Bezeichnung der tatsächlichen Grundlagen eines Anfangsverdachts auf eine Katalogtat nach § 100 a StPO. Dies sei für eine Verwertung der Telefonüberwachung in vorliegendem Verfahren, das ebenfalls eine Katalogtat im Sinne des § 100 a StPO betreffe, ausreichend. Auf die Frage, ob überhaupt ein Tatverdacht bestanden habe, komme es in diesem Zusammenhang nicht an, zumal dieser sich jedenfalls hinsichtlich des Angeklagten K. auch bestätigt habe. Im folgenden sind die Tonbandaufzeichnungen mehrerer der überwachten Telefonate in der Hauptverhandlung abgespielt worden.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten K. wegen schwerer räuberischer Erpressung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einer früheren Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Jahren und den Angeklagten W. wegen Beihilfe zur schweren räuberischen Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

Mit ihren Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben mit der Verfahrensrüge Erfolg. Mit Recht beanstanden die Angeklagten, dass das Landgericht Erkenntnisse aus der Überwachung ihrer Telefonanschlüsse verwertet hat, ohne hinreichend geprüft zu haben, ob zum Zeitpunkt der Anordnung die Voraussetzungen einer Telefonüberwachung (§ 100a StPO) erfüllt waren.

1. Zulässigkeit der Verfahrensrügen

Die von beiden Angeklagten gegen diese Vorgehensweise des Landesgerichts erhobene Verfahrensrüge ist jeweils zulässig. Die für die revisionsrechtliche Bewertung der Rüge erforderlichen Verfahrenstatsachen sind - unter Berücksichtigung der hier vorliegenden Besonderheiten - in ausreichendem Umfang dargestellt (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Die Beschlüsse vom 13. Januar 1999 nebst Begründung werden vollständig mitgeteilt (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Telefonüberwachung 1), ebenso die von den Angeklagten gegen die Verwertung der aufgezeichneten Telefonate erhobenen Widersprüche sowie der diese Widersprüche zurückweisende Beschluss der Strafkammer. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwaltes waren die Ergebnisse der Telefonüberwachung schon deswegen nicht im einzelnen vorzutragen, weil sich diese - soweit relevant - aus den Urteilsgründen ergeben.

2. Begründetheit der Verfahrensrügen

Die Rügen sind auch begründet.

a. Vorliegen eines Verfahrensfehlers

aa. Beweisverwertungsverbot bzgl. der Erkenntnisse aus einer rechtswidrigen Telefonüberwachung

In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren dürfen Erkenntnisse aus einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung nicht als Beweismittel verwertet werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen es an einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung für die Maßnahme nach § 100 a StPO fehlt. So hat es die Unverwertbarkeit zur Folge, wenn der Verdacht einer Katalogtat des § 100 a Satz 1 StPO von vornherein nicht bestand (vgl. BGHSt 31, 304, 308 f.; 32, 68, 70; 41, 30, 31).

bb. Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit eines Beschlusses gem. § 100 b StPO, insb. bzgl. der Begründung

Bei der Prüfung eines hinreichenden, auf bestimmte Tatsachen gestützten Tatverdachts und des Fehlens oder der Erschwerung anderer Ermittlungsmöglichkeiten räumt das Gesetz dem zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt (§ 100 b Abs. 1 StPO) jedoch einen Beurteilungsspielraum ein. Als rechtsstaatswidrig - mit der Folge eines Verwertungsverbots - stellt sich die Anordnung der Überwachungsmaßnahme nur dann dar, wenn die Entscheidung diesen Spielraum überschreitet und daher nicht mehr ver-

tretbar ist. Allein unter diesem Blickwinkel hat im weiteren Verfahren sowohl das erkennende wie das Rechtsmittelgericht die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu beurteilen (BGHSt 41, 30, 33 f.).

Hieran ist trotz teilweise kritischer Stimmen im Schrifttum festzuhalten (s. etwa Bernsmann NStZ 1995, 512; Störmer StV 1995, 653). Die Einhaltung der dargestellten Maßstäbe muss verfahrensrechtlich überprüfbar sein. Sie ist daher aktenmäßig zu dokumentieren. Aus diesem Grunde hält es der Senat für erforderlich, dass der - gemäß § 34 StPO zu begründende - ermittlungsrichterliche Beschluss, der die Überwachung der Telekommunikation anordnet (§ 100 b Abs. 1 Satz 1 StPO) oder bestätigt (§ 100 b Abs. 1 Satz 3 StPO), zumindest eine knappe Darlegung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage enthält, um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu ermöglichen (Schäfer in LR 24. Aufl. § 100 b Rdn. 5; vgl. BGHSt 42, 103, 104 f. = NStZ 1997, 249 zu §§ 110 a, 110 b StPO; BVerfG NJW 2001, 1121, 1124 zu § 105 Abs. 1 StPO). Dabei kann in geeigneten Fällen auch eine konkrete Bezugnahme auf Aktenteile genügen.

Die schriftliche Fixierung der Eingriffsvoraussetzungen gewährleistet zunächst dem Ermittlungsrichter eine bessere Eigenkontrolle; außerdem erleichtert sie auch den weiteren Verfahrensbeteiligten und in späteren Verfahrensabschnitten die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme und damit der Verwertbarkeit der durch sie gewonnenen Beweise.

Für den erkennenden Richter gilt: Er hat die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Überwachung von Telekommunikation nach obigen Maßstäben stets von Amts wegen zu prüfen, d.h. insbesondere auch zu untersuchen, ob die dem Ermittlungsrichter unterbreitete Verdachts- und Beweislage die Anordnung der Maßnahme vertretbar erscheinen ließ (BGHSt 41, 30, 34). Hat der Ermittlungsrichter den Anordnungs- oder Bestätigungsbeschluss mit Gründen versehen und werden von keinem Verfahrensbeteiligten Einwände erhoben, kann der erkennende Richter die Prüfung darauf beschränken, ob die ermittlungsrichterliche Entscheidung eine die Maßnahme nach § 100 a StPO begründende Verdachts- und Beweislage plausibel darlegt. Fehlt eine derartige Begründung, führt dies für sich nicht zur Unverwertbarkeit der aus der Überwachungsmaßnahme gewonnenen Beweise (vgl. BGHSt 33, 217, 223). In diesem Falle, aber auch wenn konkrete Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorgebracht werden, hat der Tatrichter vielmehr den Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der er-

mittlungsrichterlichen Entscheidung eigenständig zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Vertretbarkeit der Anordnung zu untersuchen. Dies erfordert eine Sichtung des Aktenbestandes, wie er sich dem Ermittlungsrichter bei dessen Entscheidung bot. Wurde die Maßnahme in einem anderen Verfahren angeordnet, sind daher die einschlägigen Akten soweit erforderlich beizuziehen und - zur Gewährung rechtlichen Gehörs - den Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu bringen. Sieht der Tatrichter hiervon ab, liegt hierin ein eigenständiger Rechtsfehler, der im Einzelfall zur Aufhebung des tatrichterlichen Urteils in der Revision führen kann.

cc. Vorliegen eines Verfahrensfehlers

So liegt es hier. Zwar können die Angeklagten nicht mit Erfolg geltend machen, die Ergebnisse der gegen sie durchgeführten Telefonüberwachungsmaßnahmen seien unverwertbar gewesen, da mangels hinreichender Verdachtslage die Beschlüsse vom 13. Januar 1999 nicht hätten erlassen werden dürfen. Denn ein derartiger Rechtsfehler ist nicht erwiesen. Allein die mangelhafte Begründung der Beschlüsse führt nicht zur Unverwertbarkeit der Überwachungsergebnisse. Der Ermittlungsstand, auf dessen Grundlage der Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Osnabrück entschieden hat, ist auch nicht bekannt, da es das Landgericht unterlassen hat, die Ermittlungsakten 57 AR 5 und 6/99 der Staatsanwaltschaft Osnabrück zum Verfahren beizuziehen. Damit fehlt die tatsächliche Grundlage für eine revisionsrechtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsbeschlüsse. Jedoch dringen die Rügen der Angeklagten durch, soweit sie beanstanden, das Landgericht habe bei der Prüfung, ob die Aufzeichnungen der abgehörten Telefonate verwertbar seien, einen verkürzten und rechtlich unzutreffenden Maßstab angelegt.

Die Ansicht des Landgerichts, die Beschlüsse vom 13. Januar 1999 enthielten eine "entsprechend dem damaligen Stand der Ermittlung ausreichende Bezeichnung

der tatsächlichen Grundlagen eines Anfangsverdachts auf eine Katalogtat", trifft nicht zu. Vielmehr ist den Beschlüssen kein Anhaltspunkt zu entnehmen, woraus der Ermittlungsrichter den nach § 100 a Satz 1 StPO erforderlichen Verdacht hergeleitet hat. Das Landgericht hätte daher die Akten 57 AR 5 und 6/99 der Staatsanwaltschaft Osnabrück dahingehend auswerten müssen, ob nach dem Ermittlungsstand zum 13. Januar 1999 die Annahme des Ermittlungsrichters vertretbar war, gegen die Angeklagten bestehe der von § 100 a Satz 1 Nr. 3 StPO geforderte Verdacht eines Verstoßes gegen das KWKG. Dies hat das Landgericht unterlassen. Seine Begründung, hierauf komme es nicht an, weil sich der Verdacht jedenfalls gegen den Angeklagten K bestätigt habe, verkennt, dass allein die Verdachtslage zum Zeitpunkt der ermittlungsrichterlichen Beschlüsse für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnungen maßgeblich ist.

b. Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Auf diesem Rechtsfehler beruht die angefochtene Entscheidung. Das Landgericht hat aufgrund seines fehlerhaften Prüfungsansatzes die Verfahrenstatsachen, die für die Beurteilung der Verwertbarkeit der Überwachungsergebnisse maßgebend sind, nicht aufgeklärt und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Dies kann im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden, so dass auch die Revisionsbegründung hierzu nichts vorzutragen hatte (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

Daher kann auch die Beruhensprüfung hier nicht an die Frage anknüpfen, ob die Überwachungsergebnisse tatsächlich verwertbar waren. Vielmehr ist allein maßgeblich, dass wegen der unzulänglichen Prüfung des Landgerichts die Unverwertbarkeit nicht ausgeschlossen ist. Sie ist daher bei der Prüfung des Beruhens zu unterstellen. Da das Landgericht seine Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten auch auf die Erkenntnisse aus den Überwachungen stützt, kann das angefochtene Urteil somit keinen Bestand haben.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Verzicht auf Erschließungsbeitrag**

OVG NRW, URTEIL VOM 19.03.2002
15 A 4043/00 (NWVBL 2003, 60)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte darüber zu entscheiden, ob auf die Erhebung von Kommunalabgaben im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung wirksam verzichtet werden kann. Das Urteil streift dabei zahlreiche Probleme des öffentlich-rechtlichen Vertrages, angefangen mit der Auslegung des Vertragsinhalts analog §§ 133, 157 BGB über mögliche Nichtigkeitsgründe nach §§ 125 und 134 BGB bis zu den speziellen Voraussetzungen eines Austauschvertrages nach § 56 VwVfG NRW. Ein Schwerpunkt lag dabei auf der Prüfung der Frage, ob im Abgaberecht der Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge überhaupt zulässig ist (sogen. Vertragsformverbot), und wenn ja, von welchen Bedingungen ein Abgabenerlass abhängig gemacht werden darf (sogen. Koppelungsverbot).

Prüfungsrelevanz:

Die Kenntnis des Rechts der öffentlich-rechtlichen Verträge gehört zum Grundlagenwissen eines jeden Examenskandidaten. Hinsichtlich des in der vorliegenden Entscheidung besonders angesprochenen Problems der Anwendung des § 134 BGB über § 59 I VwVfG auf öffentlich-rechtliche Verträge verdienen folgende Punkte vertiefende Beachtung:

1. Nach dem sogen. "Vertragsformverbot" ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über §§ 59 I VwVfG i.V.m. 134 BGB jedenfalls dann unwirksam, soweit es der Behörde bereits untersagt ist, überhaupt durch Vertrag zu handeln. Hierbei kommt es also nicht auf den Inhalt des Vertrages an; vielmehr ergibt sich dessen Nichtigkeit bei Existenz eines Vertragsformverbots allein schon daraus, dass überhaupt ein Vertrag geschlossen wurde, weil gesetzlich zwingend eine andere Handlungsform vorgeschrieben ist. So ist z.B. ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, in dem sich die Gemeinde zum Erlass eines bestimmten Bebauungsplans verpflichtet, allein deshalb nichtig, weil § 2 III BauGB dies

ausdrücklich untersagt. Auf die Frage, ob die beabsichtigte Planung selbst zulässig wäre oder nicht, kommt es dann nicht mehr an. Vertragsformverbote können sich aber nicht nur daraus ergeben, dass eine Norm - was ohnehin selten ist - ausdrücklich einen Vertragsschluss untersagt; häufiger sind die Fälle, in denen eine andere Handlungsform zwingend vorgeschrieben ist (z.B. eine "Ernennungsurkunde" in § 5 II BRRG).

2. Außerhalb von Vertragsformverboten ist sehr streitig, ob und wann § 134 BGB überhaupt auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar ist. Auf den ersten Blick erscheint dies mit einer m.M. unproblematisch, da § 59 I BGB seinem Wortlaut nach auf alle Nichtigkeitsgründe des BGB und damit auch in vollem Umfang auf § 134 BGB verweist. Bedenkt man jedoch, dass öffentlich-rechtliche Verträge häufig an Stelle des Erlasses von Verwaltungsakten geschlossen werden (§ 54 S.2 VwVfG) zeigt sich bereits, dass gleichwohl eine Einschränkung vorzunehmen ist: Verstößt nämlich ein VA gegen ein Gesetz, bleibt er grds. (d.h. außerhalb von § 44 VwVfG) wirksam und verbindlich. Würde nun bei einem Vertrag jeder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz zur Nichtigkeit und damit Unverbindlichkeit führen, läge eine Ungleichbehandlung zum VA vor, die durch nichts zu rechtfertigen ist. Dies ergibt sich auch aus einem Vergleich mit § 59 II VwVfG, der ebenfalls nicht allein einen Gesetzesverstoß für die Nichtigkeit genügen lässt, sondern zusätzliche Voraussetzungen (z.B. Kenntnis, § 59 II Nr. 2 VwVfG) normiert. Deshalb orientiert sich die wohl h.M. an § 44 I VwVfG, der auch für VAe die Unwirksamkeit nur bei einem besonders schweren Gesetzesverstoß anordnet, und fordert für die Anwendbarkeit des § 134 BGB einen *qualifizierten* Rechtsverstoß. Ein solcher ist immer eine Frage des Einzelfalles: Je krasser der Verstoß, desto mehr spricht für die Nichtigkeit.

Zusammenfassend lässt sich also Folgendes festhalten: Im Rechtsgutachten ist vor Bejahung der Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages über §§ 59 I VwVfG i.V.m. § 134 BGB zu prüfen, ob der festge-

stellte Verstoß gegen ein Verbotsgesetz für die Nichtigkeitfolge ausreicht. Dies ist nach der auf systematisch-teleologische Argumente gestützten h.M. außerhalb von Vertragsformverboten nur dann der Fall, wenn ein qualifizierter Verstoß vorliegt, während eine sich auf den Wortlaut des § 59 I VwVfG berufende m.M. jeden Verstoß genügen lässt.

Vertiefungshinweise:

Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Verträge: *OVG Lüneburg*, RA 2002, 664 = NordÖR 2002, 307

Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag: *BVerwG*, RA 2000, 705 = NVwZ 2000, 1319; *OLG Naumburg*, RA 2001, 197 = NVwZ 2001, 354; *Lange*, NVwZ 1983, 313

Kursprogramm:

Examenskurs: "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsätze:

1. **Zur Auslegung der vertraglichen Vereinbarung einer Gemeinde mit einem Grundstückseigentümer, dass „Erschließungsbeiträge nach dem Bundesbaugesetz nicht mehr erhoben werden“.**
2. **Die Erhebung von Straßenbaubeiträgen kann Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen zwischen beitragspflichtigem Grundstückseigentümer und der Gemeinde sein.**
3. **Landes- und Bundesrecht verbieten einen gegenleistungslosen, außerhalb eines Vergleichsvertrags vorgenommenen Abgabenverzicht ohne Vorliegen eines gesetzlichen Erlassgrundes.**
4. **Landes- und Bundesrecht stehen einem Verzicht auf die Straßenbaubeiträgerhebung durch Beitragsbescheid nicht entgegen, wenn der gesetzlich zu fordernde Beitrag wirtschaftlich vereinnahmt wird (Beitragsanrechnung). Das setzt voraus, dass die Leistung der Gemeinde nicht unangemessen gegenüber der Gegenleistung des Beitragspflichtigen ist, dass der Verzicht auf die Straßenbaubeiträgerhebung durch Beitragsbescheid in einem sachlichem Zusammenhang zur Gegenleistung des Beitragspflichtigen steht und dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Höhe des Beitrags nicht völlig ungewiss ist.**

Sachverhalt:

Die im Laufe des gerichtlichen Verfahrens verstorbe-

ne ehemalige Klägerin (Erblasserin) war Eigentümerin von Grundstücken an der B.-Straße, in der die Stadt wegen einer neu angelegten Straße, in die die B. -Straße mündete, Abbiegespuren und einen Mittelstreifen anlegen wollte. In diesem Zusammenhang sollten auch Parkstreifen gebaut werden. Um für den Ausbau das nötige Gelände zu erwerben, traten die Erblasserin und die Stadt in Grundstückserwerbsverhandlungen ein, bei denen die Erblasserin von Herrn B., dem späteren Kläger zu 2., vertreten wurde. In einem von einer Bediensteten der Stadt gefertigten Vermerk heißt es:

„Darüber hinaus möchte Herr B. geklärt wissen, inwieweit Erschließungs- und Anliegerbeiträge nach Straßenausbau auf ihn zukommen.“ Mit Schreiben vom 15.12.1986 teilte der Beklagte dem Kläger zu 2. mit, dass die Stadt den geforderten Kaufpreis zahlen werde. „Weiterhin werde ich mich vereinbarungsgemäß bemühen, die noch offen stehenden Fragen des Grunderwerbs zu klären, damit auch bald die vertragliche Abwicklung erfolgen kann.“ Mit Schreiben vom 18.12.1986 bestätigte der Kläger zu 2. das genannte Schreiben des Beklagten und führte aus: „Da meiner Mutter (Alleinbesitzerin) durch die Baumaßnahme drei Einstellplätze verloren gehen, bin ich, wie auch bereits mündlich besprochen, nicht bereit, für die Errichtung neuer Parkboxen Anliegergebühren zu bezahlen. Dieses soll Vertragsgegenstand werden.“ Mit Schreiben vom 9.6.1987 übersandte der Beklagte dem Kläger zu 2. einen Vertragsentwurf, in dem es unter § 1 Abs. 5 hieß: „Die Käuferin versichert, dass für die Erschließungsanlage B.-Straße Erschließungsbeiträge nach dem Bundesbaugesetz nicht mehr erhoben werden.“ Dieser Passus ist unverändert im notariellen Grundstückskaufvertrag enthalten, der einen Kaufpreis i.H.v. 105.140 DM vorsah. Nach dem Ausbau erhob die Stadt von der Klägerin Straßenbaubeiträge i.H.v. 2.256 DM für die Anlegung von Parkstreifen nach dem Kommunalabgabengesetz NRW (KAG). Deren Festsetzung verteidigte sie gegen die auf den Verzicht im Grundstückskaufvertrag gestützten Einwendungen des Klägers zu 2. unter dem Hinweis, sie habe nur auf Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch, nicht aber auf solche nach dem KAG. Zu Recht?

Lösung:

Die Erhebung von Straßenbaubeiträgen ist rechtmäßig, sofern sie von einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Also solche kommt hier nur § 8 KAG in Betracht. Jedoch könnte die Bekl. auf das Recht zur Festsetzung der Straßenbaubeiträge verzichtet haben

mit der Folge, dass sie sich auf § 8 KAG nicht mehr berufen könnte. Dann müsste ein solcher Verzicht erklärt worden und seinerseits wirksam sein.

A. Verzichtserklärung

Eine Verzichtserklärung könnte sich aus § 1 Abs. 5 des Grundstückskaufvertrages ergeben. Fraglich ist jedoch, ob sich diesem eine solche entnehmen lässt. Das OVG bejaht dies:

I. Wortlaut

“Allerdings enthält dieser Vertragspassus dem Wortlaut nach lediglich eine Zusicherung, für die Erschließungsanlage B.-Straße keine Erschließungsbeiträge nach dem Bundesbaugesetz mehr zu erheben. Hier stehen jedoch Straßenbaubeitragsbescheide nach § 8 KAG NRW in Rede.”

II. Auslegungskriterien

“Indes sind vertragliche Willenserklärungen so ausulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 157 BGB). Dabei ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Diese zivilrechtlichen Auslegungsgrundsätze gelten auch dann, wenn der Vertrag ganz oder in dem hier maßgeblichen § 1 Abs. 5 als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist (vgl. Bonk, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, 6. Aufl., § 54 Rn. 34, § 62 Rn. 29).

Das ergibt sich aus einer analogen Anwendung des § 62 Satz 2 VwVfG NRW, der hier wegen § 2 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG NRW nicht unmittelbar anwendbar ist. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen — wie hier — ist die Auslegung danach auszurichten, was als Wille für denjenigen erkennbar geworden ist, für den die Erklärung bestimmt war. Maßgeblich ist also als Inhalt der Erklärung, wie der Empfänger diese nach Treu und Glauben und nach der Verkehrsanschauung verstehen musste (Empfängerhorizont). Ausgangspunkt ist dabei der Wortlaut der Erklärung, jedoch können auch außerhalb des Erklärungsaktes liegende Begleitumstände in die Auslegung einbezogen werden, soweit sie für den Erklärungsempfänger einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen (vgl. BGH, NJW 1992, 1446 f.; Heinrichs, in: Palandt, BGB, 61. Aufl., § 133 Rn. 9, 14 ff.).“

III. Auslegung

“Unter Zugrundelegung dieser Auslegungsmaßstäbe

hat sich der Beklagte in § 1 Abs. 5 des Vertrages verpflichtet, von der Erblasserin für den anstehenden Ausbau der B.-Straße, zu dessen Durchführung der Grundstückskaufvertrag abgeschlossen wurde, keine Beiträge zu erheben.”

1. Wortlautbeschränkung nicht maßgeblich

“Der Wortlaut beschränkt sich, wie oben ausgeführt, auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen, erfasst also Straßenbaubeiträge nicht. Indes kommt es darauf nicht an, da die Abgrenzung dieser Beitragsarten nur Juristen mit speziellen Kenntnissen auf dem Gebiet des Beitragsrechts klar ist. Der Erblasserin und dem Kläger zu 2. als deren Vertreter bei den Kaufvertragsverhandlungen als Nichtjuristen war die gegenständliche Reichweite des Begriffs „Erschließungsbeitrag nach dem Baugesetzbuch“ nicht klar. In einem solchen Fall, in dem ein Vertragspartner den Vertragstext vorformuliert, wie dies hier geschehen ist, und dabei eine Formulierung wählt, deren genaue Reichweite außerhalb spezialisierter Kreise nicht bekannt ist, dann vom Erklärungsempfänger nicht erwartet werden, dass er die Erklärung in diesem speziellen Sinne versteht.”

2. Parallelwertung in der Laiensphäre

“Vielmehr konnte die Erblasserin die Erklärung als vertragliche Umsetzung ihrer vom Kläger zu 2. als ihrem Vertreter im Rahmen der Vertragsverhandlungen geäußerten Bitte verstehen, sie wolle von „Anliegergebühren“ für die Errichtung neuer Parkboxen freigestellt werden, wobei dies Vertragsgegenstand werden solle. Damit war für den Beklagten erkennbar, dass die Erblasserin von Beiträgen für die Anlage von Parkstreifen in der B.-Straße freigestellt werden wollte. Genau so hat er die Äußerung auch verstanden, wie sich aus dem Vermerk ergibt. Es bestand auch keine Veranlassung, die Nichterhebung gerade und nur von Erschließungsbeiträgen zu regeln, da die Erhebung von Erschließungsbeiträgen von vornherein nicht in Betracht kam. Die B.-Straße ist nämlich eine schon lange endgültig hergestellte Straße, so dass überhaupt nur die Erhebung von Straßenbaubeiträgen für den beabsichtigten Ausbau in Frage kam. Dies hat der Beklagte im gerichtlichen Verfahren selbst treffend mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht, dass im Zusammenhang mit dem Ausbau der B.-Straße jegliche Erwägungen zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen „nicht nachvollziehbar“ seien. Angesichts dessen, dass der Beklagte der Forderung der Erblasserin, von Straßenbaubeiträgen für den bevorstehenden Ausbau

freigestellt zu werden, nicht entgegnet und dass er darüber hinaus die Formulierung in § 1 Abs. 5 des Vertrages vorgeschlagen hat, ohne der Erblasserin die nur beschränkte Reichweite und damit die nur für Kenner der Materie erkennbare Unerheblichkeit der Erklärung verdeutlichte, musste die Erblasserin den § 1 Abs. 5 des Vertrages in dem oben beschriebenen Sinne verstehen.“

B. Wirksamkeit

Fraglich ist jedoch, ob dieser Verzicht auch wirksam erklärt worden ist.

I. Kein Verstoß gegen §§ 59 I VwVfG NRW i.V.m. 125 BGB

Dann müsste der Verzicht zunächst den Formanforderungen genügen, die das BGB an Willenserklärungen im Zusammenhang mit Grundstückskaufverträgen und das - hier entsprechend anwendbare - VwVfG NRW an öffentlich-rechtliche Verträge stellen. Das OVG bejaht dies nach kurzer Prüfung:

“Soweit der Vertrag wegen seines grundstücksbezogenen Teils notarieller Beurkundung (§ 313 Satz 1 BGB) bzw. wegen § 1 Abs. 5 des Vertrages nach den Regeln über öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend § 57 VwVfG NRW der Schriftform bedurfte, ist dies auch hinsichtlich der Erklärung mit dem oben genannten Inhalt eingehalten. Auch bei formbedürftigen Erklärungen können Umstände außerhalb der Urkunde bei der Auslegung mit berücksichtigt werden. Erforderlich ist nur, dass der durch Auslegung ermittelte Inhalt der Erklärung einen — wenn auch nur unvollkommenen — Ausdruck in der Urkunde gefunden hat (“Adeutungstheorie”, vgl. BGH, NJW 2000, 1569 [1570]; BGHZ 86, 41 [45]). Das ist hier geschehen. Unmittelbaren Ausdruck gefunden hat die Verpflichtung des Beklagten in § 1 Abs. 5 des Vertrages, keine Erschließungsbeiträge mehr zu erheben. Lediglich der Umfang dieses Beitragserhebungsverbots hat durch die Wahl des Begriffs „Erschließungsbeiträge nach dem BauGB“ einen unvollkommenen Ausdruck gefunden.“

II. Kein Verstoß gegen §§ 59 I VwVfG NRW i.V.m. 134 BGB

1. Vertragsformverbot

Jedoch könnte schon die Wahl der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages als solche - unabhängigen Regelungen (vgl. BVerwG, DVBl. 1984, 192 [193]; DVBl. 1982, 550).

verstoßen, wenn es der Behörde gesetzlich untersagt wäre, auf dem einschlägigen Sachgebiet einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu schließen (sogen. Vertragsformverbot). Das OVG will jedoch öffentlich-rechtliche Verträge im Bereich des Kommunalabgabenrechts nicht pauschal ausschließen:

“Die Verpflichtung, keine Beiträge in dem genannten Umfange zu erheben, konnte durch Vertrag eingegangen werden. Zwar regelt die Abgabenordnung, auf die § 12 Abs. 1 KAG NRW in weiten Teilen verweist, den öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht ausdrücklich, sondern erkennt ihn nur mittelbar in § 78 Nr.3 AO an. Jedoch kann daraus nicht auf ein Vertragsformverbot geschlossen werden (vgl. für den Bereich des Steuerrechts: Tipke/Kruse, AO und FGO, Loseblattsammlung [Stand: November 2001], §85 AO Rn. 46, 52 ff.; kritischer Brockmeyer, in: Klein, AO, 7. Aufl., § 78 Rn. 4). Vielmehr ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine vertragliche Vereinbarung über einen Ausbaubeitrag inhaltlich zulässig ist.“

2. Verzichtsverbot

Ist die Wahl der Vertragsform zulässig, könnte gleichwohl sein Inhalt gegen §§ 59 Abs. 1 VwVfG NRW i.V.m. § 134 BGB verstoßen, wenn gesetzliche Vorschriften es der Gemeinde untersagten, auf Beiträge nach dem KAG zu verzichten.

a. Erhebungspflicht nach § 8 I 2 KAG

Ein solches Verbot könnte sich zunächst aus § 8 I 2 KAG herleiten lassen, wonach Beiträge erhoben werden “sollen”. Das OVG erkennt in dieser Sollvorschrift jedoch kein Verbot, im Einzelfall hiervon abzuweichen: “Dieses “Sollen” ist in der Regel einem “Müssen” gleichzusetzen. Den Gemeinden steht dementsprechend nur ein sehr enger Ermessensspielraum zu. Die Vorschrift erlaubt aber — wie jede Sollvorschrift — ein Abweichen vom Regelfall dann, wenn besondere, als atypisch anzusehende Umstände dies rechtfertigen (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1992, 288 [289]).“

b. Rechtsstaatlichkeit und Gleichheit im Abgaberecht

Jedoch ergibt sich aus dem Bundesrecht, nämlich der Gesetzesgebundenheit der Verwaltung nach Art. 20 Abs. 3 GG und dem Gebot der Gleichmäßigkeit der Abgabenerhebung nach Art. 3 Abs. 1 GG ein Verbot des Abgabenerzichts in Abweichung von den gesetzlichen Regelungen (vgl. BVerwG, DVBl. 1984, 192 [193]; DVBl. 1982, 550).

aa. Verzicht bei anderweitiger Kompensation zulässig

Fraglich ist, ob danach jeglicher Verzicht ausgeschlossen ist. Das OVG meint, dass die Gemeinden sich nur wirtschaftlich nicht selbst schädigen dürften, d.h. ein Abgabeverzicht dann gleichwohl erklärt werden dürfte, wenn der Gemeinde wirtschaftliche Vorteile an anderer Stelle entstanden seien, welche den Beitragsausfall kompensieren:

“[Art. 20 III, 3 I GG schließen] einen gegenleistungslosen, außerhalb eines Vergleichsvertrages (vgl. § 55 VwVfG NRW) vorgenommenen Abgabeverzicht ohne Vorliegen eines gesetzlichen Erlassgrundes [...] aus. Davon zu trennen sind jedoch die Fälle, in denen nur auf die Abgabenerhebung durch Abgabenbescheid verzichtet wird, die gesetzlich zu fordernde Abgabe aber wirtschaftlich vereinnahmt wird (Abgabenanrechnung). In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Verzicht auf die Abgabenerhebung zulässig ist, wenn die Abgabenschuld durch eine andere Leistung des Abgabenschuldners als abgegolten angesehen werden kann (vgl. OVG NRW, OVGE 27, 147 [151]; 26, 131 [135]; BayVGh, ZfW 1990, 330 [332]; DVBl. 1977, 394 [395]; OVG Saarl., KStZ 1983, 76f.; HessVGh, ESVGh 49, 151 [155f.]; KStZ 1980, 111, [112]; a.A. OVG Rh.-Pf., NVwZ 1986, 68; allg. Dahmen, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Loseblattsammlung [Stand: September 2001], § 4 Rn.20 ff.)”

bb. Subsumtion

“Diese Voraussetzung liegt hier vor. Der Verzicht auf die Beitragserhebung ist nicht gegenleistungslos im Sinne einer nach den Beitragsvorschriften nicht vorgesehenen Begünstigung, sondern im Rahmen eines zum Zwecke des Straßenausbaus geschlossenen Grundstückskaufvertrages als neben dem Kaufpreis weitere Gegenleistung für die Übertragung des Grundeigentums vereinbart worden. Diese Gegenleistung war angemessen, weil der Gesamtpreis von 105.140 DM, den der Beklagte intern als „durchaus angemessen“ bezeichnete, dadurch um nur 2.256 DM erhöht wurde, also um gut 2 %. Angesichts dessen ist es ausgeschlossen, dass durch die Beitragsanrechnung die Gesamtgegenleistung des Beklagten unangemessen wird.”

III. Kein Verstoß gegen §§ 59 II Nr. 4 i.V.m. 56 VwVfG NRW

Fraglich bleibt danach noch, ob die Vereinbarung auch den besonderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen

des § 59 II VwVfG NRW, hier im Falle eines Austauschvertrages also i.V.m. § 56 VwVfG NRW, entspricht.

1. Koppelungsverbot

So muss nach § 56 I VwVfG NRW zwischen Leistung und Gegenleistung ein “sachlicher Zusammenhang” bestehen, § 56 I 2 VwVfG NRW. Demgegenüber ist es unzulässig, sachfremde Leistungen miteinander zu verbinden (sogen. Koppelungsverbot). Hierzu das OVG:

“Ein solcher Sachzusammenhang liegt vor. Der Beitrag ist eine Gegenleistung der Grundstückseigentümer dafür, dass sich der Gebrauchswert ihrer Grundstücke infolge der Verbesserung der B.-Straße durch Anlegung von Parkstreifen erhöht. Die Erblasserin erlitt durch die zum Zwecke dieses Straßenausbaus vorgenommene Grundstücksübergang nicht nur allgemein einen Eigentumsverlust an ihren durch die ausgebaute Straße erschlossenen Grundstücken, sondern darüber hinaus eine Einbuße des Gebrauchswertes ihrer Grundstücke dadurch, dass Stellplätze verloren gingen. Damit liegt der erforderliche Sachzusammenhang zwischen Grundstücksübertragung und Beitrags-erhebungsverzicht vor.”

2. Angemessenheit

§ 56 I VwVfG NRW fordert weiter ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung. Auch dieses liegt nach Ansicht des OVG vor:

“Ein weiterer zu einem unzulässigen Abgabeverzicht führender Umstand wäre es, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Höhe der Abgabe noch völlig ungewiss und damit die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung gar nicht feststellbar gewesen wäre. Auch dies war nicht der Fall, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Höhe des zu erwartenden Beitrages absehbar war, denn es lag nicht nur bereits seit Jahren eine konkrete Planung vor, zu deren Vollzug u.a. der Grundstückskaufvertrag geschlossen wurde, sondern der Ausbau war sogar schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgeschlossen.”

C. Ergebnis

Die Beklagte hat auf ihr Recht zur Erhebung eines Beitrags nach § 8 KAG verzichtet. Sie kann ihren Bescheid folglich nicht mehr auf § 8 KAG stützen. Da andere Rechtsgrundlagen nicht ersichtlich sind, verstößt dieser gegen den in Art. 20 III GG enthaltenen Vorbehalt des Gesetzes und ist damit rechtswidrig.

Standort: Zivilrecht**Problem: Geschäftsherrenhaftung gem. § 831 BGB**

BGH, URTEIL VOM 08.10.2002

VI ZR 182/01 (NJW 2003, 288)

Problemdarstellung:

In dieser Entscheidung musste der BGH sich nochmals mit der Altfassung des Verjährungsbeginns für deliktische Schadensersatzansprüche beschäftigen. Gem. § 852 I BGB a.F. begann die dreijährige Verjährungsfrist für Ansprüche aus unerlaubter Handlung von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangte. Dafür war grundsätzlich positive Kenntnis erforderlich. Nur ausnahmsweise wurde der positiven Kenntnis die auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit gleichgestellt, wenn sich der Geschädigte in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe dieselbe beschaffen konnte. In diesem Fall galt die Person des Ersatzpflichtigen in dem Augenblick als bekannt, in dem der Geschädigte auf die entsprechende Erkundigung hin diese Kenntnis hätte erlangen können. Dadurch sollte der Verletzte es nicht in der Hand haben, den Verjährungsbeginn hinauszuzögern, indem er sich der aufdrängenden Kenntnis bewusst verschloß. Die Möglichkeit durch eigene Erkundigungen, die Person des Schädigers zu erfahren (wie hier durch Nachfrage bei der Staatsanwaltschaft), reichte nicht aus. Grob fahrlässige Unkenntnis genügte nach der bisherigen Gesetzeslage nicht. Durch die Neufassung in § 199 I BGB ist dies geändert worden, sodass nunmehr auch die grob fahrlässige Unkenntnis den Verjährungsbeginn auszulösen vermag.

Des weiteren beschäftigte sich der BGH mit den Anforderungen an eine Exkulpation gem. § 831 I 2 BGB. Dabei stellt er klar, dass die Geschäftsherrenhaftung um so schärferen Maßstäben unterworfen ist, wenn die Gehilfentätigkeit mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder mit Risiken für Leib, Leben oder Eigentum Dritter verbunden ist. Je nach der für den Verrichtungsgehilfen zgedachten Tätigkeit wächst die Pflicht des Geschäftsherrn, den Gehilfen bei der Einstellung auf seine entsprechende Eignung und Fähigkeit hin zu kontrollieren.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil eignet sich in prüfungsrelevanter Hinsicht dafür, die Veränderungen durch die Schuld-

rechtsreform, die auch im Verjährungsrecht stattgefunden haben, aufzuzeigen. Die früher zu § 852 I BGB a.F. vertretene Rechtsauffassung, dass in Ausnahmefällen die Erkenntnismöglichkeit der positiven Kenntnis gleichzustellen ist, wenn sie gleichermaßen auf der Hand liegt bzw. der Geschädigte sie in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe erlangen konnte, führte zu immensen Abgrenzungsproblemen; wie dieser Fall auch zeigt. Mit der Neufassung in § 199 I BGB n.F. hat sich diese schwierige Rechtsprechung erledigt, da nunmehr kraft ausdrücklicher Gesetzesanordnung die grob fahrlässige Unkenntnis der positiven Kenntnis von den maßgeblichen Umständen gleichgesetzt wird.

Im Übrigen ist diese Entscheidung zur Examensvorbereitung lesenswert, weil sie sich ausführlich mit den Anforderungen an den Exkulpationsbeweis des Geschäftsherrn gem. § 831 I 2 BGB beschäftigt. Dabei wird vom BGH klar gestellt, dass es keine statischen, allgemeingültige Anordnungen gibt, sondern dass sich die Auswahl- und Überwachungspflicht des Geschäftsherrn nach der Art der dem Verrichtungsgehilfen zu übertragenden Tätigkeit richtet. Je gefährlicher die Verrichtungstätigkeit, desto höher sind die Anforderungen an eine Exkulpation.

Vertiefungshinweise:

Zur Verjährung gem. § 852 BGB a.F. (§ 199 BGB n.F.): *BGH*, NJW 2002, 2777; NJW 2002, 1791; *OLG Hamm*, NJW-RR 2002, 750

Zur Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn gem. § 831 BGB: *OLG Düsseldorf*, NZV 2002, 91; *OLG Brandenburg*, ZfS 2002, 332

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der geschädigte Kollege"

Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

Leitsätze:

1. Der für den Beginn der Verjährung gem. § 852 I BGB a. F. (= § 199 BGB n.F.) erforderlichen positiven Kenntnis steht es grundsätzlich nicht gleich, wenn die Unkenntnis des Geschädigten über den Schadenshergang und die Person des Schädigers darauf beruht, dass er nicht aus eigener Initiative Erkundigungen eingezogen hat.

2. Zur Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn hinsichtlich der Auswahl und Überwachung seiner Verrichtungsgehilfen.

Sachverhalt:

Der Kl. begehrt wegen eines Arbeitsunfalls vom 7. 8. 1996 Schadensersatz wegen Heil- und Behandlungskosten sowie ein angemessenes Schmerzensgeld. Der Kl. war bei der Baugesellschaft G beschäftigt. Er führte am Unfalltag auf einer Baustelle in M. zusammen mit dem Vorarbeiter und Baggerführer B Grabungsarbeiten zur Herstellung eines neuen Abwasseranschlusses durch. Als B mit dem Bagger ein Erdkabel beschädigte, kam es um 7.42 Uhr zur Zündung eines Lichtbogens. Daraufhin begaben sich B und der bei der Speditionsfirma S beschäftigte Kraftfahrer A zu dem etwa 170 m entfernten Schaltwerk, um den Schaden zu melden. Sie trafen dort auf die bei der Bekl. zu 1 als Schaltwärter tätigen Bekl. zu 2 und 3, die bereits mit der Feststellung und Lokalisierung des Fehlers beschäftigt waren. Aus den Anzeigen ergab sich für 7.42 Uhr ein kurzzeitiger Stromfluss in Richtung des beschädigten Kabels. Die Bekl. zu 2 und 3 bemerkten dies zwar, gaben diese Information, die auf einen Kurzschluss in dem Kabel hindeutete, aber nicht an die Netzleitstelle weiter. Nach einem Gespräch streitigen Inhalts mit den Bekl. zu 2 und 3 gingen B und A zur Baustelle zurück. Dort teilten sie dem Kl. mit, die betreffende Stelle solle freigelegt werden, da der Monteur unterwegs sei. Daraufhin begab sich der Kl. erneut in die Baugrube und versuchte, mit einem Spaten das Erdreich zu lockern bzw. den in der Grube befindlichen Schotter wegzuschaufeln. Zur gleichen Zeit erteilte die Netzleitstelle in Unkenntnis des Umstands, dass zuvor Strom in Richtung des beschädigten Kabels gelaufen war, den Schaltbefehl zum Einschalten. Der Bekl. zu 3 fragte den Bekl. zu 2, ob die Bauarbeiter aus der Grube seien. Der Bekl. zu 2 antwortete, dass er die Bauarbeiter aus der Grube verwiesen habe. Als der Bekl. zu 3 daraufhin den Abgang wieder zuschaltete, kam es erneut zur Zündung eines Lichtbogens, wodurch die Kleidung des Kl. Feuer fing. Der Kl. erlitt schwere Verletzungen, unter anderem Verbrennungen 2. und 3. Grades an den Beinen und im Gesicht. Die Beweglichkeit im rechten Knie ist durch Narbenzug eingeschränkt. Er bedarf weiterer ärztlicher Behandlung. Der Kl. hat die Bekl. zu 1 auf Zahlung der Heil- und Behandlungskosten sowie eines angemessenen Schmerzensgeldes von mindestens 100 000 DM in Anspruch genommen. Die Bekl. zu 1 be-

ruft sich auf Verjährung einer etwaigen Schadensersatzpflicht.

Erfolgt das Schadensersatzbegehren des Kl. gegenüber der Bekl. zu 1 zu Recht?

[Anm.: Ansprüche nach § 2 HPfIG sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

Der Kl. könnte gegen die Bekl. zu 1 einen Schadensersatzanspruch wegen der Heil- und Behandlungskosten sowie auf ein angemessenes Schmerzensgeld gem. § 831 I 1 BGB haben.

A. Anspruch entstanden

I. Verrichtungsgehilfe

Zunächst ist zur Anspruchsentstehung ein Verrichtungsgehilfe erforderlich. Zu einer Verrichtung bestellt ist, wem von einem anderen, in dessen Einflussbereich er allgemein oder im konkreten Fall und zu dem er in einer gewissen Weisungsgebundenheit steht, eine Tätigkeit übertragen worden ist (BGH, WM 1998, 257; Palandt/Thomas, § 831 BGB, Rz. 6). Für das Weisungsrecht ist ausreichend, dass der Geschäftsherr die Tätigkeit des Handelnden jederzeit beschränken, untersagen oder nach Zeit bzw. Umfang bestimmen kann (BGHZ 45, 313).

Der Arbeitnehmer ist aufgrund des arbeitgeberrechtlichen Direktionsrechts klassischerweise als Verrichtungsgehilfe des Arbeitgeber anzusehen. Die Bekl. zu 2 und 3 sind bei der Bekl. zu 1 als Schaltwärter angestellt und damit deren Verrichtungsgehilfen.

II. Unerlaubte Handlung des Verrichtungsgehilfen

Den vorgenannten Verrichtungsgehilfen muss eine unerlaubte Handlung gem. §§ 823 ff. BGB vorzuwerfen sein; auf ein Verschulden der Verrichtungsgehilfen kommt es dabei nicht an.

I. Rechtsgutsverletzung

Der Kl. müsste in einem von § 823 I BGB geschützten Rechtsgut verletzt sein. Hier kommt eine Körperverletzung in Betracht. Körperverletzung ist jeder unbefugte Eingriff in die körperliche Befindlichkeit bzw. Unversehrtheit (Palandt/Thomas, § 823 BGB, Rz. 4). Der Kl. erlitt Verbrennungen 2. und 3. Grades an den Beinen und im Gesicht, wodurch die Beweglichkeit im rechten Knie durch Narbenbildung eingeschränkt ist.

Folglich ist in der Person des Kl. eine Rechtsgutsverletzung gegeben.

2. Verhalten der Verrichtungsgehilfen

Das den Verrichtungsgehilfen vorzuwerfende Verhalten kann - je nach der Schwere der Vorwerfbarkeit - in einem positiven Tun oder in einem pflichtwidrigen Unterlassen liegen. Hier ist den Bekl. zu 2 und 3 vorzuwerfen, dass sie nach Feststellung des Kurzschlusses diese Fehlerfeststellung nicht an die Netzleitstelle weitergegeben haben, sodass diese kurze Zeit später den Strom wieder zuschaltete. Zudem haben sie es unterlassen, alle Bauarbeiter aus der Grube zu verweisen, bevor sie den Strom zuschalteten.

Ein Unterlassen ist aber nur dann Anknüpfungspunkt für eine unerlaubte Handlung, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestanden hat. In diesem Fall könnte sich eine solche Rechtspflicht aus einer berufsspezifischen Verkehrssicherungspflicht als Schaltwärter ergeben, deren Aufgabe gerade darin besteht, Fehler im Stromfluss festzustellen und zu lokalisieren sowie die geeigneten Gegenmaßnahmen zur Gefahrenabwehr für Leib und Leben anderer einzuleiten. Dieser Verpflichtung sind die Bekl. zu 2 und 3 durch das vorgenannte Unterlassen nicht nachgekommen, so dass sie sich dasselbe vorwerfen lassen müssen.

3. Haftungsbegründende Kausalität

Dieses Unterlassen müsste in adäquat kausaler Weise ursächlich für die Rechtsgutsverletzung geworden sein. Ein Unterlassen ist insbesondere dann kausal, wenn die unterlassene Handlungspflicht nicht hinzuge-dacht werden kann, ohne dass damit zugleich die Rechtsgutsverletzung entfiere (Äquivalenztheorie). Hätten die Bekl. zu 2 und 3 der Netzleitstelle den Kurzschluss gemeldet oder zumindest alle Bauarbeiter aus der Grube geschickt, dann wäre der Kl. nicht infolge des gezündeten Lichtbogens verbrannt worden. Dieser Schadensverlauf entspricht auch einer nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorzunehmenden Wahrscheinlichkeitsprognose gemäß der Adäquanztheorie. Schließlich ist der Schutzzweckzusammenhang zwischen der verletzten Verkehrssicherungspflicht und der eingetretenen Rechtsgutsverletzung zu bejahen.

Demzufolge ist das Unterlassen der Bekl. zu 2 und 3 kausal für die Rechtsgutsverletzung des Kl.

4. Rechtswidrigkeit

Mangels Rechtfertigungsgründen ist die von den Bekl. zu 2 und 3 begangene unerlaubte Handlung auch

rechtswidrig.

5. Ergebnis

Den Bekl. zu 2 und 3 ist insofern eine unerlaubte Handlung gem. § 823 I BGB vorzuwerfen.

[Anm.: Des weiteren kommt eine Schadensersatzpflicht der Bekl. zu 2 und 3 gem. § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB in Betracht.]

III. In Ausführung der Verrichtung

Die unerlaubte Handlung der Verrichtungsgehilfen muss in Ausführung der Verrichtung, für die sie bestellt worden sind, erfolgen; also darf der Schaden nicht nur bei Gelegenheit eingetreten sein. Es muss ein unmittelbarer innerer Zusammenhang zwischen der dem Gehilfen aufgetragenen Verrichtung nach ihrer Art und ihrem Zweck und der schädigenden Handlung bestehen (BGH, NJW-RR 1989, 723; Palandt/Thomas, § 831 BGB, Rz. 10). Die Bekl. zu 2 und 3 waren als Schaltwärter beschäftigt, d.h. es gehörte zu ihren Aufgaben Fehler im Stromfluss zu lokalisieren und festzustellen sowie an die zuständige Netzleitstelle weiterzugeben, um unkontrollierten Stromfluss zu vermeiden. Aufgrund der von ihnen unterlassenen Information über die Zündung des Lichtbogens gab die uninformierte Leitstelle den Befehl zur Stromschaltung. Die Bekl. zu 2 und 3 waren aber gerade dafür eingestellt, solche Vorfälle zu vermeiden. Damit besteht der notwendige innere Zusammenhang zwischen Schädigungshandlung und Verrichtungstätigkeit.

IV. Verschulden des Geschäftsherrn bei Auswahl, Kontrolle bzw. Ausstattung

Da § 831 I BGB eine Haftung des Geschäftsherrn wegen eigenen Verschuldens aufstellt, muss nunmehr eine Verschuldensprüfung erfolgen. Das Verschulden der Bekl. zu 1 als Geschäftsherrin muss darin liegen, dass sie bei der Auswahl ihrer Verrichtungsgehilfen oder, sofern sie Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht eingehalten hat. Dabei wird gem. § 831 I 2 BGB vermutet, dass dem Geschäftsherrn ein solches Verschulden zur Last fällt, d.h. es ist seine Aufgabe, den Gegenbeweis (Exkulpation) anzutreten. Fraglich ist, ob die Bekl. in diesem Fall eine ausreichende Exkulpation vorgenommen hat.

Der BGH meint dazu:

“Die Auffassung des BerGer., die Erstbekl. hafte nicht

für die von den Bekl. zu 2 und 3 als ihren Verrichtungsgehilfen herbeigeführte Schädigung, weil sie sich exkulpiert habe (§ 831 I 2 BGB), begegnet auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen durchgreifenden Bedenken. Nach § 831 I 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet. Der Geschäftsherr darf Verrichtungsgehilfen nur solche Tätigkeiten übertragen, deren gefahrlose Durchführung er von ihnen erwarten kann und die hierfür die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. Er muss sich insoweit von ihren Fähigkeiten, ihrer Eignung und ihrer Zuverlässigkeit überzeugen. Besonders scharfe Maßstäbe sind in dieser Hinsicht anzulegen, wenn die Tätigkeit, die dem Gehilfen übertragen wird, mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder mit gravierenden Risiken für Leben, Gesundheit oder Eigentum Dritter verbunden ist. Im Hinblick darauf, dass sich aus einer mangelnden Qualifikation des Gehilfen Gefahren für deliktsrechtlich geschützte Interessen ergeben können, muss sich der Geschäftsherr bei der Einstellung des Gehilfen von dessen Eignung für den ihm zugedachten Tätigkeitskreis im Rahmen des Möglichen überzeugen (vgl. Senat, NJW-RR 1996, 867 und NJW 1997, 2756 [2757]). Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsurteil keinerlei Feststellungen dazu enthält, mit welcher Sorgfalt die Bekl. zu 2 und 3 von der Erstbekl. ausgewählt worden sind. Das BerGer. stellt allein darauf ab, dass die Bekl. Belege über die theoretische und praktische Unterweisung und Erteilung einer Schaltberechtigung für den Bekl. zu 2 einschließlich der Teilnehmerliste sowie der Arbeitsschutzunterweisung und den durchgeführten Wiederholungsunterweisungen für den Bekl. zu 3 vorgelegt habe. Feststellungen zur beruflichen Qualifikation und persönlichen Eignung der Bekl. zu 2 und 3 fehlen ebenso wie Nachweise über deren Vorkenntnisse und frühere Tätigkeiten sowie Angaben zur Dauer der jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse. Den Ausführungen des BerGer. lässt sich nicht entnehmen, inwieweit sich aus den vorgelegten Unterlagen ergeben soll, dass die Erstbekl. ihrer Verkehrspflicht zur sorgfältigen Auswahl der Bekl. zu 2 und 3 genügt hat, zumal bei einem Verrichtungsgehilfen, der — wie hier bei Schaltvorgängen mit Hochspannungsleitungen — mit sehr gefährlichen Arbeiten betraut wird, strenge Anforderungen zu stellen sind.

Auch die Auffassung des BerGer., die Erstbekl. habe den Nachweis einer sorgfältigen Überwachung der Bekl. zu 2 und 3 geführt, begegnet durchgreifenden Bedenken. Der Geschäftsherr hat sich laufend von der ordnungsgemäßen Dienstausbildung durch den Verrichtungsgehilfen zu überzeugen. Art und Ausmaß der Überwachung richten sich nach den Umständen des Einzelfalls; insbesondere sind zu berücksichtigen die Gefährlichkeit der übertragenen Tätigkeit, die Persönlichkeit des Gehilfen, sein Alter, seine Vorbildung und Erfahrung und seine bisherige Bewährung im Verhältnis zu der von ihm zu erfüllenden Aufgabe (Stein, in: MünchKomm, § 831 Rdnr. 17 m. w. Nachw.). Dabei kann eine sorgfältige Handhabung der Überwachungspflicht für den Gehilfen nicht vorhersehbare und unauffällige Kontrollen gebieten (vgl. Senat, NJW-RR 1996, 867 und NJW 1997, 2756 [2757]; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1403). So liegt es angesichts der gefahrträchtigen Verrichtung der Bekl. zu 2 und 3 im Streitfall. Entgegen der Ansicht des BerGer. hat die Erstbekl. ihre Überwachungspflicht nicht schon damit erfüllt, dass sie die Bekl. zu 2 und 3 wiederholt theoretisch und praktisch geschult hat. Sie hätte vielmehr auch kontrollieren müssen, ob ihre Gehilfen sich bei Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben den Unterweisungen entsprechend verhalten. Ob und mit welchem Ergebnis die Erstbekl. derartige regelmäßige Kontrollen vorgenommen hat, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen.“

Mangels eines ausreichenden Exkulpationsvortrags durch die Bekl. zu 1 bleibt die Verschuldensvermutung zu ihren Lasten fortbestehen.

V. Kausalität

Des weiteren müsste die von der Bekl. zu 1 als Geschäftsherrin verletzte Auswahl-, Kontroll- bzw. Ausstattungspflicht ursächlich für die unerlaubte Handlung ihrer Verrichtungsgehilfen gewesen sein. Dabei wird auch dieser Kausalitätszusammenhang gem. § 831 I 2 BGB vermutet, d.h. die Bekl. als Geschäftsherrin müsste den Beweis dafür antreten, dass es an der erforderlichen Ursächlichkeit fehlte, dass also der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen entstanden sein würde. Einen solchen Vortrag hat die Bekl. weder aufgestellt noch unter Beweis gestellt, so dass die Kausalitätsvermutung zu ihren Lasten bestehen bleibt.

VI. Adäquat kausal verursachter Schaden

Infolge der unerlaubten Handlung der Verrichtungs-

gehilfen muss beim Kl. ein Schaden adäquat kausal verursacht worden sein. Schaden bedeutet jede Einbuße, die jemand infolge eines bestimmten Ereignisses an seinen Rechten und Rechtsgütern erleidet, wobei der Schadensbegriff sowohl Vermögens- als auch Nichtvermögensschäden umfasst (Palandt/Heinrichs, Vorb. v. § 249 BGB, Rz. 7). Als unmittelbar, adäquate Folge der Verbrennungen an den Beinen und im Gesicht erlitt der Kl. zum einen Vermögensschaden durch die erforderlichen Heil- und Behandlungskosten, § 249 S. 2 BGB a.F. (= § 249 II 1 BGB n.F.); zum anderen hat der Kl. infolge der vorgenannten Verbrennungen Schmerzen erlitten, die durch ein angemessenes Entgelt gem. § 847 BGB a.F. (= § 253 II BGB n.F.) abzugelten sind.

VII. Ergebnis

Der Schadensersatzanspruch des Kl. gem. § 831 I 1 BGB ist damit entstanden.

B. Anspruch untergegangen

Mangels rechtsvernichtender Einwendungen ist der festgestellte Schadensersatzanspruch des Kl. auch nicht nachträglich untergegangen.

C. Anspruch durchsetzbar

Der Schadensersatzanspruch des Kl. gem. § 831 I 1 BGB müsste zudem durchsetzbar sein, d.h. ihm gegenüber dürften keine rechtshemmenden - dauerhaften oder zeitweiligen - Einreden geltend gemacht werden.

Die Bekl. zu 1 beruft sich aber in diesem Fall auf Verjährung gem. § 222 BGB a.F. (= § 214 BGB n.F.). Fraglich ist daher, ob der Schadensersatzanspruch des Kl. tatsächlich verjährt ist. Nach § 852 I BGB a.F. (= §§ 195, 199 I BGB n.F.) verjährt der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Positive Kenntnis ist daher grundsätzliche Voraussetzung für den Verjährungsbeginn. Diese Kenntnis ist vorhanden, wenn dem Geschädigten zugemutet werden kann, aufgrund der ihm bekannten Tatsachen gegen eine bestimmte Person eine Schadensersatzklage mit verständiger Erfolgsaussicht zu erheben; dabei kommt es nur auf die Kenntnis der dazu erforderlichen Tatsachen, nicht aber auf die etwaigen rechtlichen Schlussfolgerungen an (BGH, NJW 1996, 117; Palandt/Thomas, § 852 BGB, Rz. 4). Grobfahrlässige Unkenntnis reicht - im Gegensatz zur neuen Gesetzeslage - nicht aus. Je-

doch wird eine Ausnahme gemacht, wenn sich der Verletzte die erforderliche Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe und Kosten beschaffen kann, sich also vor einer sich aufdrängenden Kenntnisnahmemöglichkeit quasi verschließt (BGH, NJW 2000, 953; NJW 2001, 895).

Im vorliegenden Fall urteilte der BGH dazu wie folgt:

“Die vom BerGer. getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die rechtliche Beurteilung, die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche seien gegenüber dem Bekl. zu 3 verjährt. Nach § 852 I BGB a. F. verjährt der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt. Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen hat der Verletzte, wenn ihm dessen Name und Anschrift bekannt sind (Senat, NJW 1998, 988 und NJW 2001, 1721). Das BerGer. geht im Ansatz zutreffend davon aus, dass dafür grundsätzlich positive Kenntnis erforderlich ist und ihr nur ausnahmsweise die auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit gleichgestellt werden kann. Es meint jedoch, dass die Voraussetzungen dieser Ausnahme im Streitfall gegeben seien, weil der Kl. die für den Beginn der Verjährung erforderliche Kenntnis vom Schadenshergang und vom Schädiger in zumutbarer Weise hätte erlangen können. Deshalb komme es nicht darauf an, dass er den Namen und die Anschrift des Bekl. zu 3 erst durch Einsicht in die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten erfahren habe. Diese Auffassung begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Allerdings kann nach der Rechtsprechung des BGH die nach § 852 I BGB a.F. erforderliche Kenntnis von der Person des Schädigers im Einzelfall schon dann anzunehmen sein, wenn der Geschädigte diese Kenntnis zwar tatsächlich noch nicht besitzt, sie sich aber in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe beschaffen kann. In diesem Fall gilt die Person des Ersatzpflichtigen in dem Augenblick als bekannt, in dem der Geschädigte auf die entsprechende Erkundigung hin die Kenntnis erhalten hätte (vgl. Senat, VersR 1962, 86 [87]; NJW 1973, 1496 sowie BGH, VersR 1976, 859 [860]). Diese Rechtsprechung beruht auf der Erwägung, dass der Verletzte es nicht in der Hand haben darf, einseitig die Verjährungsfrist dadurch zu verlängern, dass er die Augen vor einer sich ihm aufdrängenden Kenntnis verschließt (Senat, NJW 1985, 2022 = VersR 1985, 367 [368]). Der erkennende Senat hat aber mehrfach darauf hingewiesen, dass selbst eine

grob fahrlässige Unkenntnis der vom Gesetz geforderten positiven Kenntnis grundsätzlich nicht gleichsteht; dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn der Geschädigte es versäumt hat, eine gleichsam auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeit wahrzunehmen, und deshalb letztlich das Sichberufen auf Unkenntnis als Förmerei erscheint, weil jeder andere in der Lage des Geschädigten unter denselben konkreten Umständen die Kenntnis gehabt hätte (vgl. BGHZ 133, 192 [198 ff.]; BGH, NJW-RR 1990, 606; Senat, NJW 1998, 988; NJW 2000, 953; NJW 2002, 1877). So liegt der Fall jedoch nicht.

Der Kl. war entgegen der Auffassung des BerGer. nicht gehalten, sich durch Nachfrage bei dem Arbeitgeber des Bekl. zu 3, bei der Polizei oder bei der StA um nähere Informationen zum Schadenshergang zu bemühen. Insbesondere bestand für ihn unter den gegebenen Umständen keine Veranlassung, sich danach zu erkundigen, ob neben den von ihm zunächst allein in Anspruch genommenen Bekl. zu 1 und 2 weitere Personen als Ersatzpflichtige in Betracht kamen. Eine so weitgehende Erkundigungspflicht findet in der Rechtsprechung des Senats keine Stütze (vgl. Senat, NJW 1995, 776; NJW 1996, 2933 und NJW 2000, 953 = VersR 2000, 503 [504] m. w. Nachw.).

Zudem verweist die Revision mit Recht darauf, dass der Kl. vorgetragen hat, wesentliche, für die Beurteilung der Haftungsfrage bedeutsame Umstände des Schadenshergangs hätten sich ihm erst durch Einsichtnahme in die staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsak-

ten am 28. 4. 1998 erschlossen. Dazu zählt — neben dem Inhalt des von dem Baggerführer B und dem Kraftfahrer A mit den Bekl. zu 2 und 3 im Schaltwerk geführten Gesprächs — vor allem die im Auftrag der StA abgegebene gutachterliche Stellungnahme des Technischen Überwachungsvereins H vom 2. 6. 1997, die sich im Einzelnen mit den Sorgfaltspflichten der Schaltwärter befasst. Dass der Kl. ohne nähere Kenntnis dieses bei den Ermittlungsakten befindlichen Gutachtens imstande gewesen sei, die Frage einer etwaigen Pflichtwidrigkeit des Bekl. zu 3 zu beurteilen, ist nicht festgestellt. Unter diesen Umständen können die Voraussetzungen, unter denen eine Ausnahme vom Erfordernis positiver Kenntnis zulässig wäre, nicht bejaht werden.”

Folglich begann die Verjährung erst durch die tatsächliche Einsichtnahme in die Ermittlungsakte der Staatsanwaltschaft vom 28.04.1998, so dass im Zeitpunkt der Klageerhebung Ende 1998 noch keine Verjährung eingetreten war. Der Anspruch bleibt damit durchsetzbar.

D. Endergebnis:

Der Kl. hat gegen die Bekl. einen Schadensersatzanspruch gem. § 831 I 1 BGB.

[Anm.: Etwaige Schadensersatzansprüche gegen die Bekl. zu 1 wegen Organisationsverschulden gem. §§ 823, 31 BGB analog sind mangels entsprechender Angaben nicht erfolgsversprechend.]

Standort: § 315 b StGB

Problem: Kausalität von Tathandlung und Gefahr

BGH, URTEIL VOM 04.12.2002

4 STR 103/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten im vorliegenden Fall aus Langeweile Unfälle provozieren. Dazu legten sie Betonpfeiler auf Bahngleise, sie hängten Gullydeckel an Seilen von Autobahnbrücken herab, so dass diese in Höhe der Windschutzscheibe heranfahrender Fahrzeuge hingen und sie warfen kleine und größere Steine auf vorbeifahrende Autos. Es kam hierbei zu mehreren Unfällen, die aber alle glimpflich verliefen. Das LG Cottbus hatte die Angeklagten wegen versuchten Mordes und gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr verurteilt. Der BGH bestätigte dieses Urteil im Grundsatz mit der

Einschränkung, dass es sich in einem Fall, in dem die Angeklagten eine Dose mit Lackfarbe auf einen fahrenden Lkw geworfen hatten, nur um einen versuchten gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr handele.

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende BGH-Urteil enthält Ausführungen zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei den Tötungsdelikten sowie zum Tatbestand des § 315 b StGB, beides examenrelevante Bereiche.

Im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte ist zwar unstrittig, dass auch ein Eventualvorsatz bzgl. der Tötung des Opfers ausreicht (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 212 Rn. 5 mwN); allerdings stellt die Rechtsprechung im Hinblick auf die hohe Hemmschwelle

von Tötungshandlungen höhere als die normalen Anforderungen an den (Tötungs-)Vorsatz. Jedoch hat der BGH in der Vergangenheit insb. bei besonders gefährlichen Gewalthandlungen auch bei Fehlen eines Tötungsmotivs des Täters einen Eventualvorsatz bejaht (BGH NStZ 1986, 550; NStZ-RR 1996, 355; StV 1997, 7). Zwar betont der BGH im vorliegenden Fall, dass ein allgemein gültiger Rechtssatz mit dem Inhalt, dass ein Täter, der extrem gefährliche Handlungen vornehme, auch den Tod des Opfers billigend in Kauf nehme, nicht existiere und dies nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen sei. Jedoch stellt er klar, dass die Annahme eines Eventualvorsatzes zumindest dann nicht zu beanstanden ist, wenn der Täter eine so hochgradige Gefahr schafft, dass er die konkreten Folgen nicht mehr beherrscht und es nur glücklichen Umständen zu verdanken ist, wenn das Opfer nicht stirbt (so bereits BGHSt 36, 1, 10; NStZ 1999, 508).

Schwerpunkt der Äußerungen des BGH im vorliegenden Fall ist jedoch der Tatbestand des § 315 b StGB und insb. die Frage des erforderlichen Zusammenhangs zwischen Tathandlung und (konkreter) Gefahr. § 315 b I StGB verlangt insofern, dass der Täter eine der genannten Tathandlungen vornimmt und "dadurch" eines der genannten Rechtsgüter gefährdet. Insb. i.R.v. § 315 b I Nr. 1 StGB hat der BGH betont, dass das bloße Beschädigen eines Fahrzeuges (z.B. durch Durchschneiden der Bremsschläuche ohne eine weitere Inbetriebnahme des Fahrzeugs) zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 315 b I StGB nicht ausreicht, da in diesem Fall nicht durch die Beschädigung eine - weitere - Gefahr entstehe, sondern die Gefährdung Teil der Tathandlung sei (BGH NStZ 1985, 263; NJW 1996, 329). Im vorliegenden Urteil stellt der BGH jedoch klar, dass dies nicht unbedingte bedeutet, dass zwischen der Vornahme der Tathandlung gem. § 315 b I Nr. 1 bis 3 StGB und dem Eintritt der konkreten Gefahr eine (erhebliche) zeitliche Zäsur liegen müsse oder dass neben dem Tatobjekt, gegen das sich die Tathandlung richtet, noch weitere Personen oder Sachen gefährdet werden müssten. Der BGH hält es insoweit für entscheidend, dass der Täter durch die Tathandlung zunächst eine abstrakte Gefahr schafft, die dann in eine konkrete Gefahr umschlägt. Insofern es zwar der Entstehungszeitpunkt der abstrakten und der konkreten Gefahr nicht gänzlich zusammenfallen, eine erhebliche Zäsur sei insofern aber nicht erforderlich, so dass § 315 b I StGB auch dann gegeben sein könne, wenn nur das Tatobjekt konkret gefährdet wird,

gegen das sich die Handlung des Täters unmittelbar richtet.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Tötungsvorsatz (insb. in der Form des *dolus eventualis*): BGH DAR 1999, 464; NStZ 1999, 507; 2002, 541; Herzberg, JuS 1986, 249; Puppe, NStZ 1992, 576; Schroth, NStZ 1990, 324;

☐ Zur Kausalität i.R.v. § 315 b I StGB: BGH, NZV 1995, 325; NJW 1985, 1036; 1996, 329; Geppert, NStZ 1985, 264; Hentschel, JR 1985, 433; Renzikowski, JR 1997, 115;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs:* "Hoffentlich Allianz versichert"

Leitsatz:

Greift der Täter in den fließenden Verkehr ein, indem er Hindernisse auf der Fahrbahn bereitet oder Gegenstände auf fahrende Fahrzeuge wirft, kann § 315 b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einem bedeutenden Fremdsachschaden führt und dieser Erfolg sich als Steigerung der durch die Tathandlung bewirkten abstrakten Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellt.

Sachverhalt (vereinfacht):

Die Angeklagten A und B verübten auf der Suche nach "Ablenkung zur Unterbrechung ihrer Lebenslangeweile" bei Dunkelheit Anschläge auf den Autobahnverkehr auf der BAB 15, indem sie insb. Gegenstände auf dort fahrende Kraftfahrzeuge warfen. Insb. warfen sie "eine Handvoll Kieselsteine der Körnung zwischen 2 und 3 Zentimeter" von einer Autobahnbrücke. Sie wollten hierdurch einen Verkehrsunfall herbeiführen. Der Fahrzeugführer sollte keine Chance haben, das Hindernis rechtzeitig zu erkennen, um ausweichen oder bremsen zu können.

Der mit einer Geschwindigkeit von etwa 85 km/h fahrende Lastkraftwagen des F wurde von den Kieselsteinen an der Frontscheibe getroffen. Diese zersplitterte, ohne dass Steine ins Innere des Fahrzeugs gelangten. Es entstand ein Sachschaden von 1.372,- €. F gelang es, sein Fahrzeug kontrolliert auf dem Pannestreifen zum Stehen zu bringen. Andere Fahrzeuge befanden sich im Zeitpunkt des "Unfalls" nicht in un-

mittelbarer Nähe des Lkws.

Wie haben A und B sich strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt. Nebenstrafrecht ist nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen versuchten mittäterschaftlichen Mordes gem. §§ 211, 25 II, 22, 23 I StGB

I. Vorprüfung

Da niemand getötet wurde, ist die Tat gem. § 211 StGB nicht vollendet. Der versuchte Mord ist wegen des Verbrechenscharakters des § 211 StGB (vgl. § 12 I StGB) gem. § 23 I StGB strafbar.

II. Tatentschluss

A und B müssten Tatentschluss zur Tötung des F gehabt haben.

Auch im Rahmen des (versuchten) § 211 StGB ist es bzgl. der Herbeiführung des Todes des Opfers ausreichend, dass der Täter mit Eventualvorsatz handelt, d.h. dass er die Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt und diesen billigend in Kauf nimmt (BGH NJW 1968, 660; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 40).

Hierzu der BGH: "Dass das Vorgehen der Angeklagten in hohem Maße gefährlich und die möglichen Unfallfolgen im allgemeinen schwer abschätzbar sind, versteht sich von selbst. Ein Rechtssatz des Inhalts, dass ein Täter, der wie die Angeklagten vorgeht, deshalb zugleich grundsätzlich auch mit tödlichen Folgen für die betroffenen Verkehrsteilnehmer rechnet und diese um den Preis der Fortsetzung seines gefährlichen Tuns billigt, besteht gleichwohl nicht und ist auch der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen. Vielmehr kann diese Frage nicht allgemein, sondern nur nach den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls beurteilt werden. [...] Die Angeklagten konnten mit einer den Unfall vermeidenden Reaktion der betroffenen Kraftfahrer nicht rechnen und haben dies auch nicht getan. Im Gegenteil wollten die Angeklagten, wie sie selbst zugegeben haben, dass es zu Verkehrsunfällen kam; auch sollten nach Überzeugung des Landgerichts 'die Fahrzeugführer keine Chance haben..., das Hindernis rechtzeitig zu erkennen, um ausweichen oder bremsen zu können'. Zwar haben die Angeklagten [...] in allen Fällen die Erfahrung gesam-

melt, dass es ungeachtet der unterschiedlichen eingesetzten Tatmittel und Vorgehensweisen weit überwiegend nur zu Sachschäden gekommen ist, jedenfalls die Unfälle, auch soweit Pkw-Insassen verletzt wurden, vergleichsweise glimpflich abgelaufen sind. das Landgericht hat jedoch in jedem Einzelfall nach der Art der angewendeten Tatmittel und der Vorgehensweise der Angeklagten differenziert. So hat es in ausführlicher Auseinandersetzung insbesondere mit den zur jeweiligen objektiven gefährdungslage erstatteten Gutachten in den Fällen, in denen lediglich "theoretisch" die Gefahr des Schleuderns und des unkontrollierten Abkommens von der Fahrbahn mit tödlichen Folgen für Insassen nicht auszuschließen war, einen bedingten Tötungsvorsatz nicht angenommen (Fälle II. B. 5, 9, 10 und 14 der Urteilsgründe [d.i. insb. dieser Fall, Anm. d. Verf.] [...]). Einen bedingten Tötungsvorsatz hat es nur in den übrigen "Eingriffsfällen" bejaht, in denen die Angeklagten gezielt eine so hochgradige Gefahrenlage geschaffen hatten, dass das Ausbleiben schwererer, möglicherweise tödlicher Folgen nur dem 'glücklichen Umstand' zu verdanken war, dass die Fahrzeuge nicht mit höherer als der tatsächlich gefahrenen Geschwindigkeit fuhren bzw. Reifen der betroffenen Fahrzeuge nicht platzten."

Ein Tatentschluss zur Tötung des F ist somit nicht gegeben.

III. Ergebnis

A und B sind nicht strafbar gem. §§ 211, 25 II, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit wegen mittäterschaftlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 25 II StGB

I. Tatbestand

1. §§ 315 b I Nr. 3, 25 II StGB

a. Anwendbarkeit des § 315 b StGB

§ 315 b StGB müsste zunächst auf das Verhalten von A und B überhaupt anwendbar sein.

§ 315 b StGB erfasst - im Gegensatz zu § 315 c StGB - grundsätzlich nur Eingriffe, die von außerhalb des Straßenverkehrs in diesen hineinwirken und ist deshalb auf das Verhalten von Verkehrsteilnehmern, insb. Fahrzeugführern, nur in Ausnahmefällen anwendbar (vgl. BGHSt 21, 301; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325; Hammer, JuS 1998, 785).

A und B warfen Kieselsteine von einer Brücke auf fahrende Autos auf der Autobahn. Hierbei handelt es sich eindeutig um einen Eingriff von außen in den Straßenverkehr.

b. Tathandlung gem. § 315 b I Nr. 3 StGB: ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff

A und B müssten einen Eingriff vorgenommen haben, der von seiner Gefährlichkeit und Bedeutung her den in den § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB genannten Handlungen gleichkommt.

Bei § 315 b I Nr. 3 StGB handelt es sich um eine Generalklausel, die als Auffangtatbestand Verhaltensweisen erfassen soll, die nicht unter die (relativ engen) Voraussetzungen der Nrn. 1 und 2 fallen. Diese Vorschrift ist trotz ihres relativ unbestimmten Wortlauts immer noch verfassungsgemäß (BGHSt 22, 365), jedenfalls sofern man sie verfassungskonform auslegt und § 315 b I Nr. 3 StGB nur in Fällen annimmt, in denen eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht vorliegt (BGHSt 41, 237; Geppert, Jura 1996, 643).

Beim Werfen von Gegenständen auf fahrende Fahrzeuge handelt es sich - jedenfalls, sofern die geworfenen Objekte von nicht ganz unerheblicher Masse und deswegen geeignet sind, am Fahrzeug erhebliche Schäden anzurichten, dieses in seinem Fahrverhalten zu beeinträchtigen oder eine Schockreaktion beim Fahrer herbeizuführen - um einen Eingriff, der eine grobe Einwirkung von einigem Gewicht darstellt und deswegen den Tathandlungen des § 315 b I Nr. 1 und 2 StGB gleichkommt.

c. Mittäterschaft (§ 25 II StGB)

A und B handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes in arbeitsteiligem Zusammenwirken und somit als Mittäter.

Unbeachtlich ist, ob beide die Steine auf das Fahrzeug des F geworfen haben. Bei § 315 b StGB handelt es sich nämlich - anders als bei § 315 c StGB - nicht um ein eigenhändiges Delikt, so dass Täter auch eine Person sein kann, die die Tathandlung nicht selbst vorgenommen hat (BGHSt 42, 240; Joecks, § 315 b Rn. 18).

d. Dadurch Schaffung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

aa. Eintritt einer konkreten Gefahr

Eines der in § 315 b I StGB genannten Rechtsgüter müsste konkret gefährdet worden sein.

Eine konkrete Gefahr liegt vor, wenn die nicht fernliegende Möglichkeit der Verletzung eines konkreten Objekts besteht (RGSt 30,179), spätestens jedoch dann, wenn die Situation eines "Beinahe-Unfalls" eintritt (Tröndle/Fischer, § 315 b Rn. 7).

Im vorliegenden Fall ist es sogar zu einer Beschädigung des Lkw des F, also einer für A und B fremden Sache, gekommen. Beim Eintritt eines Schadens ist selbstverständlich als "Vorstufe" auch eine konkrete Gefahr gegeben. Da anzunehmen ist, dass das Fahrzeug des F auch einen Wert von mehr als 750 € hat, handelt es sich hierbei auch um eine Sache von bedeutendem Wert (vgl. Schönke/Schröder-Heine, Vor §§ 306 ff. Rn. 15 mwN).

Da die geworfenen Kieselsteine die Windschutzscheibe nicht durchschlagen haben und dies aufgrund ihrer relativ geringen Größe auch unwahrscheinlich war, F sein Fahrzeug kontrolliert zum Stehen bringen konnte und auch keine anderen Verkehrsteilnehmer in der Nähe waren, ist eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen jedoch nicht gegeben.

bb. Ursachenzusammenhang zwischen Tathandlung und Gefahr

Die konkrete Gefahr i.R.v. § 315 b I StGB muss durch die Tathandlung entstanden sein ("dadurch"). Insofern ist anerkannt, dass der Täter zunächst die beschriebene Handlung vornehmen und dann als Resultat dieser Handlung eine konkrete Gefahr für eines der genannten Rechtsgüter eintreten muss. Es reicht i.R.v. § 315 b I StGB z.B. nicht aus, wenn der Täter ein Auto durch Zerschneiden der Bremsleitung beschädigt (vgl. BGH NJW 1996, 329; Renzikowski, JR 1997, 115). Zwar ist dies eine Tathandlung i.S.v. § 315 I Nr. 1 StGB und es entsteht sogar ein Schaden an - und somit erst Recht eine Gefahr für - einer fremden Sache von bedeutendem Wert; jedoch muss i.R.v. § 315 b I StGB der Täter zunächst die Tathandlung vornehmen, die dann einen regelwidrigen Verkehrsablauf in Gang setzt, der eine weitere Gefahr begründet. Es ist insoweit nicht ausreichend, dass die Tathandlung selbst unmittelbar eines der genannten Rechtsgüter gefährdet.

Im vorliegenden Fall könnten Zweifel an dem Vorliegen des erforderlichen Ursachenzusammenhangs von Tathandlung und Gefahr bestehen, da die Handlung (das Zerstören der Scheibe durch das Werfen der Steine) nicht noch zu einer weiteren Gefahr - insb. nicht zur Gefährdung weiterer Verkehrsteilnehmer - geführt hat. Hierzu der BGH:

“Soweit der Senat in der Vergangenheit in einzelnen Fällen einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit der Begründung verneint hat, der Eingriff erschöpfe sich in der Gefährdung oder Beschädigung des Tatobjekts, so dass es an einer tatbestandlich erforderlichen, “dadurch” verursachten weiteren Gefährdung fehle (zuletzt BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Eingriff 5 m.w.N.), hält er daran in dieser Allgemeinheit nicht fest. In Fällen der volliegenden Art genügt es für die Annahme einer vollendeten Tat, dass die durch den Eingriff verursachte verkehrsspezifische Gefahr zu einem bedeutenden Fremdsachschaden geführt hat.

Die nach dem Wortlaut der Norm doppelte Verknüpfung des Tatbestandsmerkmals ‘Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs’ sowohl mit der tatbestandlichen Handlung des § 315 b Abs. 1 StGB in allen in den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Alternativen als auch mit dem tatbestandlichen Erfolg macht deutlich, dass Gefährdungshandlungen und Gefährdungserfolg in besonderer Weise kausal miteinander verbunden sein müssen, um den Tatbestand zu erfüllen. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzobjekte verdichtet. Das Erfordernis einer zeitlichen Differenz zwischen Eingriff und konkreter Gefahr ist dem Wortlaut der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen. Der Tatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB kann daher in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führt, sofern dieser Erfolg sich als Steigerung der abstrakten Gefahr darstellt.

Daran fehlt es, wenn der Täter losgelöst von einem Verkehrsgeschehen ein Fahrzeug oder eine Anlage beschädigt (beispielsweise durch Zerstören der Bremsleitung), ohne dass die so geschaffene abstrakte Gefahr für den Straßenverkehr in eine konkrete Gefahr umschlägt. Der durch das Verhalten des Täters eingetretene Schaden am Fahrzeug ist nicht Folge einer abstrakten Verkehrsgefahr, sondern umgekehrt die Ursache dafür, dass eine solche Gefahr überhaupt erst entsteht. Insoweit behält die von der Rechtsprechung entwickelte Formel, dass sich ein Verhalten, das sich in der Schaffung einer abstrakten Gefahr - sei es auch durch Einwirken auf eines der von § 315 b StGB grundsätzlich unter Schutz gestellten Objekte - erschöpft, noch nicht den Tatbestand des § 315 b StGB erfüllt, ihre Berechtigung.

Hiervon zu unterscheiden sind dagegen Tathandlungen, die, wie in den vom Landgericht entschiedenen Fällen, nicht nur eine abstrakte Verkehrsgefahr herbeiführen, sondern - wenn auch in zeitlich dichter Reihenfolge oder sogar sich zeitlich überschneidend - eine aus dieser abstrakten Verkehrsgefahr resultierende konkrete Gefahr. Zwar wird die Herbeiführung der abstrakten Gefahr der hieraus entstehenden konkreten Gefahr in aller Regel zeitlich vorangehen, so etwa, wenn der Täter einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr in der Weise herbeiführt, dass er ein Hindernis auf der Straße aufstellt, die davon ausgehende Gefahr sich aber erst durch späteres Herannahen eines Fahrzeugs zur konkreten Gefahr verdichtet. Dieser zeitlich gestreckte Vorgang verkürzt sich aber in dem Maße, in dem der Täter das Herannahen eines Fahrzeugs erwartet, um dessen Fahrt durch ein plötzlich in den Weg geschobenes oder geworfenes Hindernis zu hemmen. Ist das Fahrzeug im Zeitpunkt des Eingriffs bereits so nahe, dass mit der abstrakten Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs, die auch dann vorliegt, wenn sich die Tathandlung gezielt gegen ein bestimmtes Objekt richtet, zugleich auch schon eine konkrete Gefahr für das Fahrzeug entsteht, fehlt es gänzlich an einer zeitlichen Zäsur. Gleichwohl sind die Tathandlung, die zu einer Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs führt, und ein aus dieser Gefahr herrührender tatbestandlicher Erfolg in Form einer konkreten Gefahr für das Schutzobjekt gedanklich voneinander zu trennen; die Tathandlung “erschöpft” sich auch dann nicht in sich selbst, wenn über Schäden, die durch das Zusammentreffen von Fahrzeug und Hindernis bewirkt werden, keine weitere Gefahr in der Form entsteht, dass es infolge eines Kontrollverlusts über das Fahrzeug zu einem “Beinahe-Unfall” kommt.

Auch im Blick auf das in § 315 b StGB geschützte Rechtsgut, die Sicherheit des Straßenverkehrs, die ohne die Notwendigkeit einer Gemeingefahr den Schutz von Individualrechtsgütern wie Leben, Gesundheit und bedeutende Sachwerte mitumfasst, besteht kein Anlass, zwischen zeitlich gesteckten und auf Minutenbruchteile reduzierten Geschehensabläufen zu unterscheiden. So wäre kaum nachvollziehbar, wenn sich die Angeklagten, die in den Fällen II. B 3 und 7 der Urteilsgründe Gegenstände von einem am Brückengeländer befestigten Seil bis in Nähe von Windschutzscheiben eines Pkws herabhängen ließen und dadurch - in zeitlichem Abstand zum Abseilen - das Zersplittern der Frontscheiben bewirkten, ohne Rücksicht auf weitere Folgen ihres Handelns des vollendeten gefährli-

chen Eingriffs in den Straßenverkehr schuldig gemacht, hätten, während eine Tatvollendung in den Fällen II. B 9 [der vorliegende Fall], 10 und 14 bei gleicher subjektiver Zielrichtung und gleichem Schaden nur deshalb nicht eingetreten sein sollte, weil die Angeklagten die entsprechenden Gegenstände im geeigneten Moment gegen die Frontscheiben der Fahrzeuge warfen. Unbeachtlich ist insoweit, dass in den erstgenannten Fällen die Handlungsalternative des § 315 b Abs. 1 Nr. 2 StGB (Hindernisbereiten), in der zweiten Fallgruppe dagegen die des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff) in Betracht kommt, da das Hindernisbereiten lediglich einen Unterfall des für sämtliche Handlungsalternativen des § 315 b Abs. 1 StGB vorausgesetzten gefährlichen Eingriffs darstellt.

Der Schutzzweck des § 315 b StGB gebietet allerdings insoweit eine restriktive Auslegung der Norm, als unter einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur verkehrsspezifische Gefahren verstanden werden dürfen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die konkrete Gefahr - jedenfalls auch - auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen, ist. Dies kann durch Ausnutzung der Eigendynamik des vom Täter selbst benutzten Fahrzeugs (beispielsweise beim Einsatz eines Fahrzeugs als "Waffe"), durch die Fremddynamik eines von einem anderen Verkehrsteilnehmer genutzten Fahrzeugs (beispielsweise durch Hindernisbereiten) oder durch das Zusammenwirken beider Kräfte erfolgen.

Bei Außeneinwirkungen, die, wie in den hier zu beurteilenden Fällen, nicht durch eine vom Täter ausgenutzte Eigendynamik seines Fahrzeugs gekennzeichnet sind, ist eine verkehrsspezifische konkrete Gefahr zu bejahen, wenn durch den Eingriff die sichere Beherrschbarkeit eines im fließenden Verkehr befindlichen Fahrzeugs beeinträchtigt und dadurch - mit der Folge eines "Beinahe-Unfalls" - unmittelbar auf den Fahrvorgang eingewirkt wird. Dem sind die Fälle gleichzustellen, in denen der Fortbewegung des Fahrzeugs mittels eines Hindernisses oder eines anderen, ebenso gefährlichen Eingriffs in der Weise entgegen gewirkt wird, dass eine konkrete Gefahr für Fahrzeuginsassen oder Fahrzeug entsteht. An einer verkehrsspezifischen Gefahr fehlt es nur dann, wenn der Eingriff zwar zu einer abstrakten Gefährdung des Straßenverkehrs führt, die sich hieraus entwickelnde konkrete Gefahr aber in keiner inneren Verbindung mit der Dy-

namik des Straßenverkehrs steht. Die Annahme jeweils vollendeter gefährlicher Eingriffe in den Straßenverkehr ist daher in den Fällen II. B 9, 10 und 14 nicht zu beanstanden, obwohl über die durch die Steinwürfe an den Frontscheiben entstandenen Schäden hinaus die konkrete Gefahr eines weiteren Unfallgeschehens nicht bestand."

Der erforderliche Ursachenzusammenhang zwischen Tathandlung und Gefahr ist somit gegeben.

e. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

Das Verhalten von A und B müsste auch zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs geführt haben.

Eine solche ist dann gegeben, wenn infolge der Einwirkung andere Verkehrsteilnehmer nicht ohne Gefahr für Leib, Leben oder Eigentum am Verkehr teilnehmen können (OLG Koblenz, NJW 1957, 232). Jedenfalls für F war eine gefahrlose Teilnahme am Verkehr infolge der Handlung von A und B nicht mehr möglich, da sogar eine Schädigung seines Eigentums eingetreten ist.

f. Vorsatz

A und B handelten auch vorsätzlich.

2. §§ 315 b III, 315 III Nr. 1 a StGB

A und B könnten weiterhin in der qualifizierten Absicht gehandelt haben, einen Unglücksfall herbeizuführen. Unglücksfall i.S.v. § 315 III Nr. 1 a StGB ist jeder plötzliche Schadenseintritt (BGH NZV 1992, 325), die bloße Herbeiführung einer Gefahr genügt hierfür - anders als bei § 323 c StGB - nicht. A und B handelten hier in der Absicht, einen Verkehrsunfall, also einen Unglücksfall i.S.v. § 315 III Nr. 1a StGB, herbeizuführen. Der Qualifikationstatbestand ist somit gegeben.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und B handelten mangels ersichtlicher Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 25 II StGB.

C. Strafbarkeit wegen mittäterschaftlicher Sachbeschädigung gem. §§ 303 I, 25 II StGB

A und B haben gemeinschaftlich den Lkw des F, also

eine für sie fremde Sache, vorsätzlich beschädigt. Sie handelten auch rechtswidrig und schuldhaft; der gem. § 303 c StGB erforderliche Strafantrag ist laut Bearbeitervermerk gestellt.

D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

A und B haben die Straftaten durch dieselbe Handlung - das Werfen der Kieselsteine - verwirklicht. Da es

sich bei § 315 b I StGB um ein konkretes Gefährdungsdelikt handelt, sagt eine Verurteilung wegen dieser Tat nichts über einen Schadenseintritt aus, so dass das Erfolgsdelikt des § 303 I StGB aus Klarstellungsgründen daneben bestehen bleibt (OLG Braunschweig, MDR 1967, 419).

A und B sind somit strafbar gem. §§ 315 b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1 a, 25 II; 303 I, 25 II; 52 StGB.

IMPRESSUM

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

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Roth, Andreas: "Rechtsextremistische Demonstrationen in der verwaltungsgerichtlichen Praxis"
Fundstelle:	BWVBI 2003, 41 (Heft 2)
Inhalt:	Der Beitrag geht auf alle examensrelevanten Fragen des Versammlungsrechts am Beispiel des Einschreitens gegen eine rechtsextremistische Versammlung ein. Besondere Berücksichtigung finden die Subsumtion solcher Aufzüge unter die öffentliche Sicherheit oder Ordnung i.S.d. § 15 VersG, die Gefahrenprognose und das Verhältnis zu Gegen-demonstrationen.

Autor/Titel:	Ruffert, Matthias: "Die Erledigung von Verwaltungsakten auf andere Weise"
Fundstelle:	BayVBI 2003, 33 (Heft 2)
Inhalt:	Der Beitrag nennt die Fallgruppen, in denen sich ein Verwaltungsakt "auf andere Weise" i.S.d. § 43 II VwVfG erledigt und stellt Problem- und Zweifelsfälle dar. Die Erledigung von Verwaltungsakten wirkt sich in vielfältiger Art und Weise aus, man bedenke nur die Folgen für die Wirksamkeit des Verwaltungsakts (§ 43 II VwVfG), die Klageart (§ 113 I 4 VwGO) u.v.m.

Autor/Titel:	Hochhut, Martin: "Vor schlichthoheitlichem Verwaltungseingriff anhören?"
Fundstelle:	NVwZ 2003, 30 (Heft 1)
Inhalt:	Der Autor befürwortet eine analoge Anwendung des § 28 VwVfG auf Realakte. Der Beitrag weckt in jeder Hinsicht Verständnis für Fragen der Anhörung, der Analogiefähigkeit von Normen sowie der Abgrenzung von Verwaltungs-akt und Realakt.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Mansel, Heinz-Peter / Budzikiewicz, Christine: "Einführung in das neue Verjährungsrecht"
Fundstelle:	Jura 2003, 1 (Heft 1)
Inhalt:	Dieser Aufsatz verschafft einen umfassender Überblick und eine fundierte Aufarbeitung des im Rahmen der Schuld-rechtsreform zugleich mit reformierten Verjährungsrecht gem. §§ 194 ff. BGB. Ziel dieser Neuregelung war die Schaffung eines angemessenen und einfacheren Verjährungssystems.

Autor/Titel:	Lorenz, Stephan: "Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht"
Fundstelle:	JuS 2003, 36 (Heft 1)
Inhalt:	Der Vereinfachung des Kaufrechts soll auch § 434 III BGB dienen, wonach Falschlieferung und Mengenabweichung einem Sachmangel gleichgestellt werden, um Abgrenzungsprobleme zu vermeiden. Der Beitrag beleuchtet diese vereinheitlichte Rechtsanwendung, insbesondere ihre Abstimmung zum Bereicherungsrecht.

Autor/Titel:	Ranieri, Filippo / Unholtz, Sebastian: "Der praktische Fall - Bürgerliches Recht: Die gebrauchte Waschmaschine"
Fundstelle:	JuS 2003, 53 (Heft 1)
Inhalt:	In dieser Klausuraufarbeitung mit gutachterlicher Lösung werden Probleme des neuen Schuldrechts aufgearbeitet, vor allem das überarbeitete Gewährleistungsrecht im Kaufrecht sowie das neu gestaltete Rücktrittsrecht gem. §§ 346 ff. BGB.

Autor/Titel:	Stamm, Jürgen: "Die examensrelevanten Probleme der Vormerkung in der Falllösung"
Fundstelle:	JuS 2003, 36 (Heft 1)
Inhalt:	Gelungene Methodendarstellung für die Fallbearbeitung im Ersten Staatsexamen, um den Studenten die klausurrelevante Aufarbeitung des Vormerkungsrecht sowie die häufigsten Examensfehler aufzuzeigen.

Strafrecht

Autor/Titel:	Weidemann, Matthias: "Fälle mit Lösungen zur strafprozessualen Revision"
Fundstelle:	JA2003, 62 (Heft 1)
Inhalt:	Interessante, kurze Fallbeispiele mit verständlichen Lösungen zu meist aktuellen strafprozessualen Problemen und deren Behandlung in einem Revisionsverfahren. Ideal zur Vorbereitung vor allem auf die mündliche Prüfung für Referendare oder Examenskandidaten mit dem Wahlfach "Strafrechtspflege".

Autor/Titel:	König, Peter: "Promillearithmetik im Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht"
Fundstelle:	JA 2003, 131 (Heft 2)
Inhalt:	Überblick über die straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Blutalkoholkonzentrationen inklusive der Abgrenzung zwischen relativer und absoluter Fahrunsicherheit und Ausführungen zum Begriff des "Führens" eines Fahrzeugs. Enthält daneben sehr übersichtliche Tabellen zu den verschiedenen Grenzwerten und möglichen Sanktionen, was den Aufsatz auch für die Praxis interessant macht.

Autor/Titel:	Schenkewitz, Marko: "Die Tatsituation der drittzueignenden Unterschlagung"
Fundstelle:	NStZ 2003, 17 (Heft 1)
Inhalt:	Seit dem Wegfall des Gewahrsamskriteriums und der Einführung der Drittzueignung in den Tatbestand des § 246 I StGB durch das 6. StrafRRG (1998) stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen an eine hinreichende Manifestation des Zueignungswillens des Täters zu stellen sind. Der Verfasser diskutiert die einschlägigen Problemkonstellationen, stellt die hierzu vertretenen Meinungen dar und liefert brauchbare eigene Lösungsansätze.