

*Öffentliches Recht***Standort: Europarecht****Problem: Wehrpflicht nur für Männer**

EUGH, URTEIL VOM 11.03.2003
C-186/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der EuGH hatte sich im Wege der Vorabentscheidung (Art. 234 EG) auf eine Vorlage des VG Stuttgart hin mit der Frage zu befassen, ob die in Art. 12a GG i.V.m. dem WehrpflichtG vorgesehene Wehrpflicht nur für Männer europarechtskonform ist. Der Kläger des Ausgangsverfahrens sah sich wegen seines Geschlechts insbesondere deshalb diskriminiert, weil sich sein Berufseinstieg verzögere, während es für Frauen keinen Wehr- oder vergleichbaren Ersatzdienst gebe. Er berief sich insbesondere auf die Richtlinie 76/207/EWG, die in ihren einschlägigen Passagen lautet:

Art. 1 Abs. 1:

“Diese Richtlinie hat zum Ziel, dass in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und in Bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird. [...]”

Art. 2 Abs. 1:

“Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts - insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand - erfolgen darf.”

Art. 2 Abs. 2:

“Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.”

Art. 2 Abs. 3:

“Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum

Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.”

Art. 2 Abs. 4:

“Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, dass bei den Bedingungen des Zugangs - einschließlich der Auswahlkriterien - zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen - unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig - und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgt.”

Der EuGH verneint jedoch einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht schon deshalb, weil die Wehrpflicht jenen organisatorischen Bereich der Streitkräfte betreffe, der nicht unter das Gemeinschaftsrecht falle. Berufliche Auswirkungen seien als unvermeidlicher Rechtsreflex hinzunehmen.

Prüfungsrelevanz:

Der EuGH hatte sich in der Vergangenheit mehrfach mit der Europarechtswidrigkeit von Wehrdienst und Wehrpflicht zu beschäftigen (siehe Vertiefungshinweise). Diese Urteile haben wegen ihrer immensen praktischen Bedeutung stets hohe Wellen geschlagen und sind für Klausuren wie mündliche Prüfungen gleichermaßen von Bedeutung. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass auch im Pflichtfach die Kenntnis etwa des Vorabentscheidungsverfahrens sowie die Prüfung der Grundfreiheiten verlangt werden kann. Wahlfachkandidaten werden sich noch genauer mit dem sekundären Gemeinschaftsrecht, also insbesondere den einschlägigen Richtlinien, auseinander zu setzen haben.

Inhaltlich sollte insbesondere zur Kenntnis genommen werden, dass der EuGH zwischen dem Zugang zum Beruf und der Organisation der Streitkräfte unterscheidet. Während in der “Kreil“-Entscheidung zur Europarechtswidrigkeit des Ausschlusses von Frauen vom Dienst an der Waffe (Art. 12a IV 2 GG a.F.) der Zugang zum Beruf den Schwerpunkt, die Organisation der Streitkräfte hingegen allenfalls eine Randfrage darstellte, verhielt es sich vorliegend genau umgekehrt. Da die Mitgliedsstaaten jedoch nur in inhaltlich beschränktem Umfang ihre Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft übertragen haben (vgl. Art. 24 GG i.V.m.

dem primären Gemeinschaftsrecht, insbesondere dem EG-Vertrag), kann Europarecht auch nur in dem Umfang Anwendung finden, in dem der Europäischen Gemeinschaft Hoheitsgewalt übertragen worden ist. Hierzu gehört nach Ansicht des EuGH jedoch die Organisation der Streitkräfte gerade nicht. Zwar lässt sich das Gericht eine "Hintertür" offen, indem es nicht pauschal Fragen der inneren und äußeren Sicherheit der Mitgliedsstaaten aus dem Anwendungsbereich des Europarechts heraus nimmt; jedenfalls die Frage, ob und ggf. gegenüber wem eine Wehrpflicht eingefordert werde, gehöre aber zu den - so wörtlich - "unabdingbaren Interessen" der Mitgliedsstaaten, für die diese allein zuständig seien.

Vertiefungshinweise:

- Vorlagebeschluss in dieser Sache: *VG Stuttgart*, RA 2001, 567 = VBIBW 2001, 377 mit Besprechung von *Schmidt-deCaluwe/Heselhaus*, NJW 2001, 2680
- Die Beschlüsse des VG im Eilverfahren: *VG Stuttgart*, NJW 2001, 2736 (Musterung); VBIBW 2001, 378 (Einberufung)
- "Kreil"-Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit des Ausschlusses von Frauen vom Dienst mit der Waffe: *EuGH*, RA 2000, 63 = DÖV 2000, 421 mit Besprechung von *Mückl*, Jura 2000, 406; *Streinz*, JuS 2000, 489
- "Sirdar"-Entscheidung des EuGH zur Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von Frauen aus bestimmten Laufbahnen: *EuGH*, RA 2000, 65 = EuZW 2000, 27

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Feuerwehrrabgabe"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Das Gemeinschaftsrecht steht einer Wehrpflicht nur für Männer nicht entgegen.**
- 2. Eine etwaige Verzögerung in der beruflichen Laufbahn ist eine unvermeidbare Konsequenz der Entscheidung des Staates hinsichtlich der militärischen Organisation und führt nicht dazu, dass diese Entscheidung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt.**

Sachverhalt:

Das VG Stuttgart hat mit Beschluss vom 4. April 2001, beim Gerichtshof eingegangen am 30. April 2001, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung von Artikel 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Be-

rufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und allgemein nach der Vereinbarkeit der in Deutschland bestehenden Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer mit dem Gemeinschaftsrecht zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen Herrn Dory und der Bundesrepublik Deutschland über einen Bescheid des Kreiswehrratsamts Schwäbisch Gmünd (im Folgenden: Kreiswehrratsamt), mit dem dieses den Antrag von Herrn Dory zurückwies, ihn aus der Wehrrfassung herauszunehmen und von der Wehrpflicht zu befreien:

Herr Dory wurde am 15. Juni 1982 geboren. Nachdem er im September 1999 einen Fragebogen zur Vorbereitung der Musterung erhalten hatte, beantragte er beim Kreiswehrratsamt, ihn aus der Wehrrfassung herauszunehmen und von der Wehrpflicht zu befreien. Zur Begründung führte er aus, das Wehrpflichtgesetz verstoße gegen Gemeinschaftsrecht, wobei er sich auf das Urteil vom 11. Januar 2000 in der Rechtssache C-285/98 (Kreil, Slg. 2000, I-69) berief, in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass Frauen nicht vom Zugang zu allen militärischen Verwendungen in der deutschen Bundeswehr ausgeschlossen werden können. Mit Bescheid vom 3. September 2000 wies das Kreiswehrratsamt diesen Antrag zurück und führte aus, dass das Urteil Kreil nur den Zugang von Frauen zum freiwilligen Dienst in der Bundeswehr betreffe, nicht aber die Frage der Wehrpflicht, und dass die Wehrpflicht nach wie vor in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle. Der Widerspruch von Herrn Dory gegen diesen Bescheid wurde von der Wehrrbereichsverwaltung zurückgewiesen. Daraufhin rief Herr Dory das Verwaltungsgericht Stuttgart an, vor dem er geltend macht, dass der Umstand, dass Frauen nach dem Urteil Kreil ein Recht auf Zugang zu militärischen Verwendungen hätten, von der Wehrpflicht aber befreit seien, während Männer der Wehrpflicht unterlägen, dem Gleichheitssatz widerspreche und eine unzulässige Diskriminierung von Männern darstelle. Die Beklagte des Ausgangsverfahrens vertritt die Ansicht, dass keiner Bestimmung des EG-Vertrags zu entnehmen sei, dass die Wehrpflicht dem Gemeinschaftsrecht unterliege. Die Organisation der Wehrpflicht falle in die Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten. Weder die Artikel 3 Absatz 2 EG und 13 EG, die als solche keine Zuständigkeit der Gemeinschaft begründeten, sondern lediglich die Modalitäten der Ausübung von sich aus anderen Bestimmungen ergebenden Zuständigkeiten festlegten, noch Artikel 141 EG und die Richtlinie 76/207, die nur berufliche Tätigkeiten betrafen, könnten auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens Anwendung finden.

Das Verwaltungsgericht Stuttgart hegt Zweifel an der Richtigkeit des Standpunktes der Beklagten des Ausgangsverfahrens. Unter Bezugnahme auf das Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-79/99 (Schnorbus, Slg. 2000, I-10997) weist es darauf hin, dass die Ableistung des Wehrdienstes jedenfalls zu einem verspäteten Zugang der Männer zur Beschäftigung und Berufsausbildung führe und damit eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 darstellen könnte. Diese Ungleichbehandlung könnte jedoch als spezifische Vergünstigung zugunsten der Frauen gerechtfertigt sein, durch die mit Schwangerschaft und Kindererziehung einhergehende berufliche Ausfallzeiten ausgeglichen würden. Unter diesen Umständen hält das Verwaltungsgericht Stuttgart eine Klarstellung der Reichweite des Gemeinschaftsrechts auf diesem Gebiet durch den Gerichtshof für erforderlich. Daher hat es das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

“Steht - insbesondere in Bezug auf die Auslegung von Artikel 2 der Richtlinie 76/207/EWG - der deutschen Wehrpflicht nur für Männer Europarecht entgegen?“

Am 26. September 2001 hat Herr Dory einen Einberufungsbescheid erhalten, wonach er seinen am 1. November 2001 beginnenden Wehrdienst am 5. November 2001 anzutreten hatte. Mit Schriftsätzen vom 28. September 2001 hat Herr Dory beim vorlegenden Gericht die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Einberufungsbescheid und beim Gerichtshof die Aussetzung des Vollzugs dieses Bescheids im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt. Das vorlegende Gericht hat dem Antrag mit Beschluss vom 19. Oktober 2001 stattgegeben. Der Gerichtshof hat den Antrag auf einstweilige Anordnung mit Beschluss vom 24. Oktober 2001 in der Rechtssache C-186/01 R (Dory, Slg. 2001, I-7823) als unzulässig zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Einlassung der Beteiligten und Angehörten

I. Kläger des Ausgangsverfahrens

Herr Dory macht geltend, die Wehrpflicht führe dazu, dass während ihrer Erfüllung ein Berufsverbot bestehe, und sie verzögere den Einstieg in das Berufsleben. Sie falle daher unter die Richtlinie 76/207 und stelle eine nach dieser verbotene Diskriminierung dar. Jedenfalls sei sie mit dem in Artikel 3 Absatz 2 EG verankerten allgemeinen Grundsatz der Gleichstellung von Männern und Frauen unvereinbar.

II. Bundesregierung

Die deutsche Regierung weist darauf hin, dass der Wehrpflicht in der Bundesrepublik Deutschland wesentliche Bedeutung zukomme. Sie solle einen engen Kontakt zwischen den Streitkräften und der Bevölkerung schaffen, wodurch die demokratische Transparenz des Militärapparats gewährleistet werden solle, und sei ein Träger der inneren Einheit, insbesondere unter jungen Menschen der westlichen und der östlichen Bundesländer. Die im Verteidigungsfall erforderliche Truppenstärke werde ohne die Reservisten, die aus dem Kreis der Wehrpflichtigen gewonnen würden, nicht erreicht. Außerdem sei die Wehrpflicht dem Bereich der Organisation der Streitkräfte zuzuordnen, der als wichtiger Bereich der staatlichen Hoheitsrechte in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben sei. Der Gerichtshof habe dies in den Urteilen vom 26. Oktober 1999 in der Rechtssache C-273/97 (Sirdar, Slg. 1999, I-7403, Randnr. 15) und Kreil (Randnr. 15) anerkannt. Jedenfalls verstoße die Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer, selbst wenn die Wehrpflicht in den Anwendungsbereich des Vertrages und der Richtlinie 76/207 fallen sollte, nicht gegen das Gemeinschaftsrecht. Artikel 3 Absatz 2 EG, wonach die Gemeinschaft das Ziel verfolge, die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, sei nur auf spezifische Maßnahmen der Gemeinschaft aufgrund anderer Ermächtigungen anwendbar. Artikel 13 EG sei nicht unmittelbar anwendbar und ermächtige den Rat nur im Rahmen der ihm durch den Vertrag zugewiesenen Zuständigkeiten dazu, Vorkehrungen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts zu treffen. Artikel 141 EG und die Richtlinie 76/207 schließlich regelten nur Arbeitsverhältnisse, die sich aus einer Vereinbarung zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer ergäben, so dass sie auf die allgemeine Dienstverpflichtung, die die Wehrpflicht für die Einberufenen darstelle, nicht anwendbar seien.

III. Französische Regierung

Die französische Regierung vertritt die Ansicht, dass die Erfüllung der Wehrpflicht nicht mit der Ausübung einer Beschäftigung gleichgesetzt werden könne und folglich weder unter die Sozialvorschriften des Vertrages noch unter die Richtlinie 76/207 falle. Die Einführung einer Wehrpflicht sei eine Maßnahme der Landesverteidigung, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle.

IV. Finnische Regierung

Die finnische Regierung macht geltend, dass verteidigungspolitische Grundsatzentscheidungen in die Zu-

ständigkeit der Mitgliedstaaten fielen, wie der Gerichtshof im Urteil Kreil entschieden habe, und dass das Gemeinschaftsrecht im Ausgangsverfahren keine Anwendung finde. Die Wehrpflicht betreffe jedenfalls nicht die Zugangsbedingungen zu militärischen Berufen und falle somit nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207. Im Übrigen führe der Umstand, dass die Wehrpflicht auf Männer beschränkt sei, nicht zu einer Beeinträchtigung der Laufbahn von Frauen in den Streitkräften, da Frauen einen Wehrdienst freiwillig ableisten könnten und sich so in der gleichen Situation befänden wie einberufene Männer.

V. Kommission

Nach Ansicht der Kommission stellt die Wehrpflicht eine einseitige öffentlich-rechtliche Dienstpflicht dar, bei der die Wehrpflichtigen nicht in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zu einem Dienstherrn stünden. Sie sei demnach nicht Teil des Arbeitsmarktes und falle daher nicht in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. Die Wehrpflicht schränke die Reichweite des Gemeinschaftsrechts nicht mehr ein, als ihrem Wesen gemäß sei. Daher bedürfe es keiner Erörterung, ob die Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer im Rahmen der Richtlinie 76/207 gerechtfertigt werden könnte. Das Ausgangsverfahren unterscheide sich somit stark von den Rechtssachen, über die der Gerichtshof bereits entschieden habe. Die Mitgliedstaaten könnten sich folglich in diesem Zusammenhang zur Achtung ihrer Wehrhoheit im traditionell gewachsenen nationalen Zuschnitt auf die Artikel 6 Absatz 3 EU und 5 EG berufen.

B. Antwort des Gerichtshofes

I. Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf die Organisation der Streitkräfte

Um festzustellen, ob die Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, wie er im Gemeinschaftsrecht verankert ist, vereinbar ist, sind zunächst die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen das Gemeinschaftsrecht auf die Tätigkeiten betreffend die Organisation der Streitkräfte anwendbar ist.

1. Kein genereller Ausschluss mit Blick auf die "öffentliche Sicherheit" des Mitgliedsstaates nach innen und außen

Die von den Mitgliedstaaten insoweit getroffenen Maßnahmen sind nicht schon deshalb in ihrer Gesamtheit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen, weil sie im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder der Landesverteidigung ergehen. Der Vertrag

sieht nämlich, wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur in den Artikeln 30 EG, 39 EG, 46 EG, 58 EG, 64 EG, 296 EG und 297 EG vor; diese betreffen ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle. Aus ihnen lässt sich kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen wird, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnehme. Würde ein solcher Vorbehalt unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Bestimmungen des Vertrages anerkannt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen (vgl. Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 26, Sirdar, Randnr. 16, und Kreil, Randnr. 16).

Der Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne der in vorstehender Randnummer genannten Artikel des Vertrages umfasst aber sowohl die innere Sicherheit eines Mitgliedstaats, um die es in dem Verfahren ging, das dem Urteil Johnston zugrunde lag, als auch seine äußere Sicherheit, die Gegenstand des Verfahrens war, das zum Urteil Sirdar geführt hat (vgl. Urteile vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-367/89, Richardt und Les Accessoires Scientifiques, Slg. 1991, I-4621, Randnr. 22, vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-83/94, Leifer u. a., Slg. 1995, I-3231, Randnr. 26, Sirdar, Randnr. 17, und Kreil, Randnr. 17). Außerdem betreffen einige der im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen nur die Bestimmungen über den freien Personen-, Waren-, Kapital- und Dienstleistungsverkehr und nicht die Sozialvorschriften des Vertrages, zu denen der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gehört. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass dieser Grundsatz allgemeine Geltung hat und dass die Richtlinie 76/207 auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83, Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 16, vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95, Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnr. 18, Sirdar, Randnr. 18, und Kreil, Randnr. 18). So hat der Gerichtshof entschieden, dass die Richtlinie 76/207 auf den Zugang zur Beschäftigung in den Streitkräften anwendbar ist und dass er zu prüfen hat, ob die Maßnahmen, die die nationalen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen haben, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen (Urteile Sirdar, Randnr. 28, und Kreil, Randnr. 25).

2. Keine Anwendbarkeit jedoch auf Fragen der Verteidigung oder "unabdingbarer" militärischer Interessen des Mitgliedsstaates

Die Entscheidungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Organisation ihrer Streitkräfte können zwar nicht vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen sein, insbesondere wenn es um die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen geht, vor allem beim Zugang zu militärischen Berufen. Daraus folgt jedoch nicht, dass Entscheidungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der militärischen Organisation, die die Verteidigung ihres Hoheitsgebiets oder ihrer unabdingbaren Interessen zum Ziel haben, unter das Gemeinschaftsrecht fallen. Es ist nämlich Sache der Mitgliedstaaten, die die geeigneten Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu ergreifen haben, die Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen, wie der Gerichtshof in den Urteilen Sirdar (Randnr. 15) und Kreil (Randnr. 15) ausgeführt hat.

II. Die deutsche Wehrpflicht als militärische Organisationsentscheidung

Die deutsche Regierung hat geltend gemacht, dass die allgemeine Wehrpflicht in Deutschland sowohl politisch als auch streitkräfteorganisatorisch große Bedeutung habe. Sie hat in ihren schriftlichen Erklärungen und in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass die Wehrpflicht zur demokratischen Transparenz des Militärapparats, zum nationalen Zusammenhalt, zum engen Kontakt zwischen Streitkräften und Bevölkerung sowie zu der im Verteidigungsfall erforderlichen Mobilisierungsfähigkeit der Streitkräfte beitragen könne. Mit einer solchen, im Grundgesetz verankerten Ent-

scheidung wird eine Dienstverpflichtung im Interesse der territorialen Sicherheit auferlegt, auch wenn dies in vielen Fällen zu Lasten des Zugangs junger Menschen zum Arbeitsmarkt geht. Sie hat somit Vorrang vor den politischen Zielen der Eingliederung junger Menschen in den Arbeitsmarkt.

Die Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland dafür, ihre Verteidigung teilweise mit einer Wehrpflicht zu sichern, ist Ausdruck einer solchen Entscheidung hinsichtlich der militärischen Organisation, auf die das Gemeinschaftsrecht demzufolge nicht anwendbar ist. Die auf Männer beschränkte Wehrpflicht bedeutet zwar in der Regel für die Betroffenen eine Verzögerung in ihrer beruflichen Laufbahn, auch wenn der Wehrdienst es einzelnen Einberufenen ermöglicht, eine Zusatzausbildung zu erhalten oder später eine militärische Laufbahn einzuschlagen. Die Verzögerung in der beruflichen Laufbahn der Einberufenen ist aber eine unvermeidbare Konsequenz der Entscheidung des Mitgliedstaats hinsichtlich der militärischen Organisation und führt nicht dazu, dass diese Entscheidung in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt. Denn es wäre ein Eingriff in die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten, wenn nachteilige Auswirkungen auf den Zugang zur Beschäftigung zur Folge hätten, dass der betroffene Mitgliedstaat gezwungen wäre, die im Wehrdienst bestehende Verpflichtung auf Frauen auszudehnen und ihnen somit dieselben Nachteile beim Zugang zur Beschäftigung aufzuerlegen oder die Wehrpflicht abzuschaffen.

III. Ergebnis

Nach alledem ist auf die Frage des vorliegenden Gerichts zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht der Wehrpflicht nur für Männer nicht entgegensteht.

Standort: Verfassungsrecht

Problem: NPD-Verbotsverfahren

BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.03.2003
2 BVB 1/01 U.A. (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Zweite Senat des BVerfG hat mit Beschluss vom 18.03.2003 das NPD-Verbotsverfahren eingestellt. Nachstehend wiedergegeben ist aus Platzgründen die Pressemitteilung Nr. 22/2003 vom selben Tage, aus der sich der Hintergrund und alle wesentlichen Entscheidungsgründe ergeben. Das BVerfG führt aus, dass für die Ablehnung des von der NPD gestellten Einstellungsantrags eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln erfordert habe, diese bei einem Stimmverhältnis von 4:3 gegen den Antrag jedoch nicht er-

reicht worden sei. Der Senat hat sich also mehrheitlich, aber nicht mit hinreichend qualifizierter Mehrheit für eine Fortführung des NPD-Verbotsverfahrens ausgesprochen.

Das von den drei Richtern angenommene Verfahrenshindernis lag in der staatlichen Beobachtung der NPD durch sogenannte "V-Leute". Die Beobachtung einer politischen Partei durch "V-Leute" während der Durchführung eines Parteiverbotsverfahrens sei i.d.R. unvereinbar mit den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren; dieser Mangel sei zudem unbehebbar und auch unter Abwägung mit den staatlichen Interessen an der Fortführung des Verfahrens geeignet, ein die Einstellung begründendes Verfahrenshindernis

darzustellen.

Die vier anderen Richter sehen in der Beobachtung durch "V-Leute" schon keinen Verfahrensverstoß, weil nicht erkennbar sei, dass dadurch auf die Willensbildung innerhalb der Partei von staatlicher Seite Einfluss genommen wurde. Selbst wenn man dies unterstelle, überwögen die rechtsstaatlichen Interessen an der Fortführung des Verfahrens. Im übrigen führte eine staatliche Kontrolle einer Partei dazu, dass diese ihre Parteieigenschaft verliere, was wiederum nicht die Einstellung des Parteiverbotsverfahrens, sondern dessen Unzulässigkeit nach sich ziehen müsste.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung war in der vorliegenden Form erwartet worden. Gleichwohl wird sie Juristen weiterhin beschäftigen, weil ihr Gegenstand von allgemeinem Interesse ist, aber auch, weil sich der Zweite Senat uneins über die Folgen der Beobachtung der NPD durch "V-Leute" war. Ohnehin ist bisher nur fragmentarisch geklärt, wann ein zur Einstellung des Verfahrens führendes Hindernis anzunehmen ist.

Zur Terminologie sei angemerkt, dass "V-Leute" streng von sogen. "verdeckten Ermittlern" zu unterscheiden sind. Während letztere Beamte von Polizei, Bundesgrenzschutz oder anderer staatlicher Stellen sind, die unter falscher Identität in eine Organisation eingeschleust werden, um aus dieser Erkenntnisse für die Gefahrenabwehr, Strafverfolgung oder sonstige Zwecke zu gewinnen, handelt es sich bei "V-Leuten" um Personen aus der Organisation selbst, die von staatlichen Stellen als Spitzel angeworben werden und - oftmals gegen Geld - Informationen liefern.

Dass an dem Beschluss nur sieben der acht Mitglieder des Senats mitgewirkt haben, erklärt sich daraus, dass nach dem Eröffnungsbeschluss die damalige Präsidentin des BVerfG, Prof. Dr. Limbach, aus dem Zweiten Senat ausgeschieden ist und gem. § 15 III BVerfGG nach Beginn der Beratung einer Sache weitere Richter nicht hinzutreten können, so dass ihre Nachfolgerin im Zweiten Senat, Prof. Dr. Lübke-Wolff, von der Mitwirkung an der Entscheidung ausgeschlossen war.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Krampf mit dem Wahlkampf"

Vertiefungshinweise:

Zum NPD-Verbotsverfahren: v. Münch, NJW 2001, 728

Akteneinsicht der Partei im Verbotsverfahren: BVerfG, NJW 2001, 1407

Sachverhalt:

Die 1964 gegründete NPD, die Antragsgegnerin (Ag), erzielte bei einzelnen Landtagswahlen zwischen 1966 und 1968 Wahlergebnisse zwischen 5,8 v.H. und 9,8 v.H.. 1969 erreichte sie mit einem Zweitstimmenanteil von 4,3 v.H. ihr bestes Bundestagswahlergebnis. Seither errang sie bei keiner Landtags- oder Bundestagswahl mehr ein Mandat. Bei den Bundestagswahlen 1998 und 2002 erzielte die Ag jeweils 0,3 v.H. und 0,4 v.H. der abgegebenen gültigen Zweitstimmen und bei den letzten Europawahlen 1999 0,4 v.H. der abgegebenen gültigen Stimmen. 1996 verfügte sie nach eigenen Angaben noch über 3240 Mitglieder. Nach der Wahl von Udo Voigt zum Parteivorsitzenden im März 1996 stieg die Zahl ihrer Mitglieder bis 2001 auf 6500.

Am 30. Januar und 30. März 2001 beantragten Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat (Antragsteller; ASt) beim BVerfG die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Ag und die Auflösung ihrer Parteiorganisation. Sie halten die Ag für verfassungswidrig. Die Ag gehe nach ihren Zielen und nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf aus, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen. Sie sei in ihrem Gesamtbild nationalsozialistisch, antisemitisch, rassistisch sowie antidemokratisch geprägt. Die Ag hält die Anträge für unzulässig und unbegründet.

Laut Beschluss vom 1. Oktober 2001 hat der Senat entschieden, die mündliche Verhandlung durchzuführen. Im Januar 2002 hat der Senat Kenntnis davon erhalten, dass ein Funktionär der Ag, dessen Äußerungen mehrfach zur Stützung der Verbotsanträge herangezogen worden sind, V-Mann eines Landesamts für Verfassungsschutz ist. In der Folgezeit haben die ASt erklärt, dass die Ag durch V-Leute des Verfassungsschutzes beobachtet werde. Auch auf der Ebene der Vorstände der Ag gebe es V-Leute. Nachdem der Senat die sich aus der nachrichtendienstlichen Beobachtung der Ag ergebenden Fragen am 8. Oktober 2002 mit den Verfahrensbeteiligten erörtert hatte, hat die Ag sinngemäß die Einstellung des Verfahrens beantragt. Die ASt hätten durch die V-Leute die Möglichkeit, von ihrer internen Planung der Prozessführung Kenntnis zu erlangen. Das Verbotverfahren sei deshalb rechtsstaatlich nicht mehr durchführbar. Die ASt haben erklärt, dass eine unzulässige Ausforschung der Prozessstrategie der Ag nicht stattgefunden habe. Ein Prozesshindernis liege nicht vor.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des BVerfG

Das Verfahren kann nicht fortgeführt werden, weil der Einstellungsantrag der Ag nicht die für eine Ablehnung

erforderliche qualifizierte Zweidrittelmehrheit gefunden hat. Vier Richter sind der Auffassung, dass ein Verfahrenshindernis nicht besteht. Drei Richter sind der Auffassung, dass ein nicht behebbares Verfahrenshindernis vorliegt. Nach § 15 Abs. 4 BVerfGG bedarf in einem Parteiverbotsverfahren eine dem Antragsgegner nachteilige Entscheidung in jedem Fall einer Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats. Mindestens sechs des aus acht Richtern bestehenden Senats müssen eine nachteilige Entscheidung gegenüber dem Antragsgegner tragen. Nachteilig ist grundsätzlich jede Entscheidung, die die Rechtsposition des Antragsgegners verschlechtern oder sonst negativ beeinflussen kann.

Die Ablehnung des Antrags auf Einstellung des Verfahrens ist eine für die Ag nachteilige Entscheidung. Bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 15 Abs. 4 BVerfGG macht deutlich, dass eine qualifizierte Mehrheit erforderlich ist, um einen Antrag auf Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses abzulehnen; er schreibt bei einer nachteiligen Entscheidung "in jedem Fall" eine Mehrheit von zwei Dritteln der Mitglieder des Senats vor. Zudem trägt das Erfordernis der qualifizierten Mehrheit der hervorgehobenen verfassungsrechtlichen Stellung der politischen Parteien und ihrer erhöhten Schutz- und Bestandsgarantie Rechnung. Da Parteien durch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit und die Auflösung ihrer Organisation von der freien Mitwirkung an der politischen Willensbildung des Volkes ausgeschlossen werden, bedürfen gerichtliche Entscheidungen zum Nachteil einer Partei in einem Verbotsverfahren einer besonderen Legitimation. Dieser Regelungszweck erfasst jedenfalls auch Entscheidungen über das Vorliegen eines nicht behebbaren Verfahrenshindernisses. Würde das BVerfG die Einstellung des Verfahrens ablehnen, weil ein Verfahrenshindernis nicht vorliegt, müsste das Parteiverbotsverfahren fortgesetzt und eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden. Darin läge eine eigenständige Belastung für die betroffene Partei. Eine Minderheit von drei Richtern ist der Auffassung, infolge mangelnder Staatsfreiheit der Ag auf der Führungsebene sowie mangelnder Staatsfreiheit des zur Antragsbegründung ausgebreiteten Bildes der Partei bestehe ein nicht behebbares Hindernis für die Fortführung des Verfahrens. In Anbetracht des Erfordernisses der qualifizierten Mehrheit steht danach fest, dass die Parteiverbotsanträge nicht zum Erfolg geführt werden können. Eine Fortführung des Verfahrens wäre deshalb rechtsstaatlich nicht vertretbar und der Ag nicht zuzumuten.

Der Einstellungsbeschluss ist eine Prozess- und keine Sachentscheidung. Den Rechtsansichten der Minder-

heit und der Mehrheit der Richter kommt deshalb keine Bindungswirkung zu.

B. Begründung des nicht behebbaren Verfahrenshindernisses

Die Richter Hassemer und Broß sowie die Richterin Osterloh sind der Auffassung, dass ein nicht behebbares Verfahrenshindernis vorliegt. Im Parteiverbotsverfahren wurde das Gebot strikter Staatsfreiheit der Ag rechtsstaatswidrig verfehlt. Dieser Mangel ist nicht behebbar. Derzeit sind auch keine Gründe erkennbar, die die Fortsetzung des Parteiverbotsverfahrens dennoch ausnahmsweise rechtfertigen könnten. Im Einzelnen führen die drei Richter aus:

I. Voraussetzungen für ein unbehebbares Verfahrenshindernis

Bei der Durchführung gerichtlicher Verfahren gelten rechtsstaatliche Mindestanforderungen: Kein staatliches Verfahren darf einseitig nur nach Maßgabe des jeweils rechtlich bestimmten Verfahrenszwecks ohne Rücksicht auf mögliche gegenläufige Verfassungsgebote und auf mögliche übermäßige rechtsstaatliche Kosten einseitiger Zielverfolgung durchgeführt werden. Die Durchsetzung jedes staatlichen Verfahrensinteresses muss im Konflikt mit gegenläufigen verfassungsrechtlichen Rechten, Grundsätzen und Geboten als vorzugswürdig nach Maßgabe der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein. Dem BVerfG kommt dabei im Parteiverbotsverfahren eine Garantenstellung für die Wahrung der rechtsstaatlichen Anforderungen zu. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses mit der Folge sofortiger Verfahrenseinstellung kommt nur als ultima ratio möglicher Rechtsfolgen von Verfassungsverstößen und unter folgenden Voraussetzungen in Betracht: Es muss ein Verfassungsverstoß von erheblichem Gewicht vorliegen. Dieser bewirkt einen nicht behebbaren rechtsstaatlichen Schaden für die Durchführung des Verfahrens, so dass dessen Fortsetzung auch bei einer Abwägung mit den staatlichen Interessen an wirksamem Schutz gegen die von einer möglicherweise verfassungswidrig tätigen Partei ausgehenden Gefahren rechtsstaatlich nicht hinnehmbar ist.

1. Verfassungsverstoß von erheblichem Gewicht

Die Beobachtung einer politischen Partei durch V-Leute staatlicher Behörden, die als Mitglieder des Bundesvorstands oder eines Landesvorstands fungieren, unmittelbar vor und während der Durchführung eines Parteiverbotsverfahrens ist in der Regel unvereinbar mit den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren. Staatliche Präsenz auf der Führungsebene

einer Partei macht Einflussnahmen auf deren Willensbildung und Tätigkeit unvermeidbar. In einem Parteiverbotsverfahren schwächen Mitglieder der Führungsebene, die mit einander entgegengesetzten Loyalitätsansprüchen des staatlichen Auftraggebers und der observierten Partei konfrontiert sind, die Stellung der Partei als Antragsgegner vor dem BVerfG im Kern. Für diese Wirkung reicht die bloße Präsenz "doppel-funktionaler", sowohl mit dem Staat als auch mit der Partei rechtlich und faktisch verknüpfter "Verbindungs-" Personen aus. Auf die tatsächliche Information der ASt über die Prozessstrategie der Partei im Verbotsverfahren kommt es nicht an.

Vor diesem Hintergrund braucht das verfassungsgerichtliche Parteiverbotsverfahren ein Höchstmaß an Rechtssicherheit, Transparenz, Berechenbarkeit und Verlässlichkeit des Verfahrens. Dies gilt auch für das zu beurteilende Tatsachenmaterial. Damit das BVerfG seiner Aufgabe, ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten, nachkommen kann, müssen die zur Antragstellung berechtigten Verfassungsorgane die ihnen zugewiesene Verfahrensverantwortung erkennen und wahrnehmen. Sie müssen durch sorgfältige Vorbereitung die notwendigen Voraussetzungen für die Durchführung eines Verbotsverfahrens schaffen und ausschließen, dass Personen mit ihren Äußerungen als Teil des Bildes einer verfassungswidrigen Partei präsentiert werden, die nachrichtendienstliche Kontakte mit staatlichen Behörden unterhalten oder unterhalten haben, ohne dies kenntlich zu machen und so die daraus folgenden Zurechnungsprobleme offenzulegen.

2. Abwägung mit staatlichen Interessen am Verbot

Ob ein Verstoß gegen diese Erfordernisse der Verfahrensgestaltung zu einem nicht behebbaren rechtsstaatlichen Schaden führt, lässt sich nicht generell abstrakt beantworten. Es kommt auf die konkrete Verfahrenssituation und die Gefahrensituation, auf die eine mögliche Einstellung des Verfahrens trifft, an. Bei einem nicht behebbaren rechtsstaatlichen Mangel wird das Verfahren nur in ganz außergewöhnlichen Gefahrensituationen fortgesetzt werden können. Bei der Gesamtabwägung ist von Bedeutung, dass die Einstellung des Verbotsverfahrens keine abschließende Entscheidung über die Zulässigkeit zukünftiger Verbotsanträge ist. Erneute Anträge bleiben vielmehr ohne Weiteres möglich, sie müssen insbesondere nicht "auf neue Tatsachen gestützt" sein.

II. Subsumtion

Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen werden die Art und Intensität der Beobachtung der Ag durch die Verfassungsschutzbehörden nicht gerecht. Von

Staatsfreiheit der Führungsebenen der Ag nach Einleitung des Verbotsverfahrens kann keine Rede sein. Nach Überzeugung aller Mitglieder des Senats bestanden unmittelbar vor und auch noch nach Eingang des Verbotsantrags der Bundesregierung nachrichtendienstliche Kontakte mit Mitgliedern der Ag im Bundesvorstand und in Landesvorständen. Nach Angaben der ASt gibt es auf der Ebene der Vorstände V-Leute, deren prozentualer Anteil an drei überprüften Stichtagen jeweils unter fünfzehn Prozent gelegen habe. In den Landesvorständen seien im Schnitt jeweils ein bis zwei V-Leute. Auf der Ebene des Bundesvorstands führte jedenfalls der Bund seine nachrichtendienstlichen Kontakte nach Antragstellung fort. Der Kontakt mit einem V-Mann und Mitglied des Bundesvorstands wurde erst lange nach Eingang aller drei Verbotsanträge beendet. Außerdem soll die NPD in dem Zeitraum von 1996 bis 2002 ständig Beobachtungsobjekt der Verfassungsschutzämter in Bayern, Berlin und Hessen gewesen sein. Schließlich wurde ein Mitglied des Bundesvorstands der Ag selbst nach Stellen der Verbotsanträge mit dem Ziel der Anwerbung angesprochen, um die Ag auf Vorstandsebene zu beobachten.

Die Antragsbegründungen sind auch zweifelsfrei in nicht unerheblicher Weise auf Äußerungen von Mitgliedern der Ag gestützt, die als V-Leute für staatliche Behörden tätig sind oder tätig waren, ohne dass dies offen zu einem Gegenstand der Erörterung im Verfahren gemacht worden ist oder noch gemacht werden könnte.

Eine besondere Ausnahmesituation, aufgrund deren die massive staatliche Präsenz auf den Vorstandsebenen der ASt auch nach Eingang der Verbotseingänge hätte gerechtfertigt werden können, wird von den ASt nicht geltend gemacht und ist auch nicht erkennbar. Es gibt auch keine Rechtfertigung dafür, dass die Antragsbegründungen nicht unerheblich auf Äußerungen führender Parteimitglieder gestützt sind, die zeitgleich oder zu früheren Zeitpunkten als V-Leute auch im Dienst staatlicher Stellen tätig waren. Anhaltspunkte für eine gefahrenbedingte Eilbedürftigkeit, die einer sorgfältigen Vorbereitung der Anträge im Wege gestanden hätten, fehlen.

C. Gegenansicht

Die Richter Sommer, Jentsch, Di Fabio und Mellingshoff sind der Auffassung, dass kein Verfahrenshindernis besteht. Sie halten die Fortführung des Verbotsverfahrens für geboten.

I. Unbehebbares Verfahrenshindernis als besonderer Ausnahmefall

Verfahrenshindernisse, die einer Verhandlung mit dem

Ziel einer Sachentscheidung entgegenstehen, liegen nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen vor, in denen ein anerkennenswertes Interesse schon an der Durchführung des gerichtlichen Verfahrens im Einzelfall nicht mehr besteht und eine Fortsetzung des Verfahrens rechtsstaatlich nicht mehr hinnehmbar ist. Gerichte dürfen sich der Justizgewähr grundsätzlich nicht entziehen, soweit nicht geschriebenes Prozessrecht oder andere zwingende Gründe eine Sachentscheidung unmöglich machen. Verweigert das Gericht wegen der Annahme eines gesetzlich nicht bestimmten Verfahrenshindernisses im Ergebnis die Entscheidung über die Sache, so verschließt es den rechtsstaatlich gebotenen Weg zur Rechtsgewähr mit der Konsequenz, dass nicht in einer befriedenden Weise festgestellt werden kann, was Rechtens ist. Für die Annahme eines Verfahrenshindernisses ist deshalb ein strenger Maßstab anzulegen. Das Gericht muss alle seine Möglichkeiten ausschöpfen, um tatsächliche und rechtliche Hindernisse für eine Entscheidung in der Sache auszuräumen. Im Parteiverbotsverfahren gegen die Ag sind bislang keine Umstände bekannt geworden, die die Fortführung des Verfahrens in seiner Gesamtheit tatsächlich unmöglich oder rechtlich unverhältnismäßig machen. Die nachrichtendienstliche Beobachtung der Ag begründet weder im Hinblick auf den Grundsatz der Staatsfreiheit der Parteien noch wegen Fragen der Zurechnung der vorgelegten Erkenntnismittel noch aufgrund der Pflicht zur Gewährung eines fairen Verfahrens ein Verfahrenshindernis. Dazu führen die vier Richter im Einzelnen aus:

II. Keine Staatliche Einflussnahme auf die Willensbildung in der NPD

Eine staatliche Fremdsteuerung der Ag des Ausmaßes, dass ihr politisches Erscheinungsbild nicht mehr das Ergebnis eines offenen gesellschaftlichen Willensbildungsprozesses ist, ist nicht ansatzweise erkennbar. Bei einer inhaltlichen und programmatischen Fremdsteuerung folgte daraus kein Verfahrenshindernis. Vielmehr verlöre die Ag ihre Parteiqualität, so dass der Verbotsantrag in einer Entscheidung zur Sache als unzulässig zurückzuweisen wäre.

III. Aufklärungspflichten des BVerfG

Was die Zurechenbarkeit von Erkenntnismitteln angeht, hat das BVerfG im Parteiverbotsverfahren alle prozessual vorgesehenen Mittel der Sachaufklärung zu nutzen. Die gerichtliche Aufklärungspflicht gestattet dem BVerfG nicht, allein aufgrund einer möglichen mittelbaren staatlichen Einflussnahme durch V-Leute auf die Äußerungen oder Verhaltensweisen im Rahmen der Parteilichkeit das Verfahren ohne weitere

Prüfung abubrechen. Sachentscheidungserhebliche Tatsachen sind in einer öffentlichen mündlichen Verhandlung unter Ausschöpfung der Mittel der Beweisaufnahme und unter umfassender Gewährung von rechtlichem Gehör aufzuklären.

IV. Fair trial

Ein Verfahrenshindernis folgt auch nicht aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens.

1. Keine unzulässige Ausforschung der NPD

Um einen Verstoß gegen diesen Grundsatz anzunehmen, müsste bereits jetzt positiv feststehen, dass die Verhandlungskonzeption der Ag in einer Weise ausgeforscht worden ist, die eine sachangemessene Rechtsverteidigung unmöglich macht. Der bloße Anschein oder die abstrakte Gefahr einer Ausforschung reichen hierfür nicht aus. Anhaltspunkte dafür, dass die Ag in Folge der nachrichtendienstlichen Beobachtung durch staatliche Stellen an einer sachgerechten Verteidigung im Verbotungsverfahren gehindert wäre, bestehen nicht. Es ist weder vorgetragen noch erkennbar, dass die Ag Kenntnis von Umständen erlangt haben, die das geplante Prozessverhalten der Ag im Verbotungsverfahren betreffen. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass die Wirksamkeit der Verteidigungsmittel der Ag beeinträchtigt worden ist.

2. Jedenfalls würde Präventionszweck des Parteiverbotsverfahrens überwiegen

Selbst wenn es zu einer Ausforschung des Verhaltens der maßgeblich am Verfahren beteiligten Funktionäre und Vertreter der Ag gekommen wäre, verstieße die Fortführung des Parteiverbotsverfahrens erst dann gegen rechtsstaatliche Grundsätze, wenn das Gewicht der Beeinträchtigung den konkreten Präventionszweck des Parteiverbotsverfahrens überwöge. Denn mögliche Rechtsbeeinträchtigungen müssen, um ein Verfahrenshindernis begründen zu können, in Abwägung zu den Zielen und der Bedeutung des Verfahrens von solcher Art und solchem Gewicht sein, dass die Fortführung des gerichtlichen Verfahrens unverhältnismäßig wäre. Dies erfordert für das Parteiverbotsverfahren, nicht nur abstrakt die Bedeutung des Art. 21 Abs. 2 GG zu bestimmen, sondern auch die konkrete Gefahrenlage abzuschätzen, die von der politischen Partei für die geschützten Rechtsgüter dieser Vorschrift ausgehen. Die danach gebotene Abwägung setzt eine Sachaufklärung und Beweisaufnahme im Hinblick auf alle abwägungsrelevanten Tatsachen voraus. Eine Prozessbeendigung ohne sie widerspricht der besonderen Justizgewährspflicht des BVerfG im Parteiverbotsverfahren.

Der Präventionsauftrag des BVerfG erfordert die Aufklärung des konkreten Ausmaßes der Gefahr für die Rechtsgüter des Art. 21 Abs. 2 GG, wenn das Verfahren ohne Sachentscheidung eingestellt werden soll. Klärungsbedürftig ist insoweit auch, ob in parteitypisch organisierter Weise Angriffe auf die Würde des Menschen erfolgen. Geht von einer politischen Partei eine konkret nachweisbare Gefahr für den Fortbestand des freiheitlichen Verfassungsstaates aus, so darf das BVerfG etwaige Verstöße gegen den allgemeinen Grundsatz des fairen Verfahrens bei der Abwägung nicht als überwiegend ansehen. Für die notwendige umfassende Aufklärung des Sachverhalts kann und muss das BVerfG aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes selbst sorgen. Das Gericht darf nicht von vornherein unter Hinweis auf entgegenstehende Geheimhaltungsbelange oder die besondere Verfahrensverantwortung von Beteiligten auf die Ermittlung entschei-

dungserheblicher Tatsachen verzichten. Bei der Abwägung, ob Verfahrensmängel im Verbotsverfahren den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzen, ist der Belang des präventiven Verfassungsschutzes in angemessener Weise zu berücksichtigen. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung staatlicher Stellen, verfassungswidrige Bestrebungen zu ermitteln und gegebenenfalls gegen diese vorzugehen, wird grundsätzlich nicht durch die Anhängigkeit eines Parteiverbotsverfahrens aufgehoben. Gerade der Schutz von Individualrechtsgütern wie Würde, Leben und Gesundheit, der staatlichen Stellen obliegt, kann es auch von Verfassungen wegen erfordern, unabhängig vom Verbotsverfahren die nachrichtendienstliche Beobachtung in geeigneter Weise fortzusetzen. Rechtsstaatliche Grundsätze gebieten nicht, für die Dauer des Verfahrens Gefahren für geschützte Rechtsgüter, zumal unbeteiligter Dritter, hinzunehmen.

Standort: § 80 V VwGO

Problem: Begründung gem. § 80 III VwGO

VG FREIBURG, BESCHLUSS VOM 08.07.2002
4 K 251/02 (NVWZ-RR 2003, 113)

Problemdarstellung:

Das VG Freiburg nimmt im vorliegenden Beschluss in geradezu lehrbuchhafter Weise Stellung zu den Anforderungen an die nach § 80 III VwGO erforderliche Begründung der Anordnung einer sofortigen Vollziehung (§ 80 II Nr. 4 VwGO). Das Gericht beschäftigt sich ferner kurz mit der Frage, ob im Falle einer unzureichenden Begründung noch eine Interessenabwägung zwischen dem Suspensivinteresse des ASt. und dem Vollzugsinteresse des Ag. erforderlich ist (verneint) und geht auf den richtigen Entscheidungstenor (nur "Aufhebung" der Anordnung der sofortigen Vollziehung statt Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) ein.

Prüfungsrelevanz:

Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO gehört zu den examensrelevantesten Fallgestaltungen im öffentlichen Recht überhaupt. Lückenlose Kenntnisse der Zulässigkeit und Begründetheit dieses Rechtsbehelfs sind daher für den Examenserfolg unerlässlich. Zu den inhaltlichen Anforderungen an eine Begründung nach § 80 III VwGO ist den Entscheidungsgründen nichts hinzuzufügen. Die vom VG nur kurz angesprochenen Randprobleme seien jedoch noch kurz vertieft:

1. Leidet die Anordnung der sofortigen Vollziehung

bereits an einem formellen Fehler, ist also z.B. - wie hier - die Begründung unzureichend, stellt sich die Frage, ob trotzdem noch eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Die ganz h.M. bejaht dies unter Hinweis auf die Prozessökonomie und die Bindung des Gerichts an das Antragsbegehren (§§ 88, 122 VwGO): Die Behörde könnte ansonsten jederzeit eine neue, diesmal ordnungsgemäß begründete Vollziehungsanordnung erlassen. Dies würde einen zweiten Antrag nach § 80 V VwGO erforderlich machen, in dem es dann auf die Interessenabwägung ankäme. Nimmt man diese ungeachtet der bereits formellen Rechtswidrigkeit bereits im ersten Antrag vor, erübrigt sich jedoch in aller Regel ein zweites Verfahren, da die Behörde, wenn sie auch in der Interessenabwägung unterliegt, ohnehin weiß, dass sie keine neue Vollziehungsanordnung treffen kann. Geht die Interessenabwägung hingegen zu ihren Gunsten aus, wird der Betroffene keinen neuen Antrag nach § 80 V VwGO mehr stellen, weil er weiß, dass er nun unterliegen würde. Die umfassende Prüfung entspricht also dem Antragsbegehren; es ist dem ASt. mit einem Obsiegen lediglich aus formellen Gründen nicht (ausreichend) gedient. Dies erkennt auch das VG, ohne jedoch die richtige Konsequenz daraus zu ziehen. Es nimmt die Interessenabwägung vielmehr lediglich als unverbindliches "obiter dictum" vor und folgt damit einer m.M., die unter dem Hinweis, die Begründetheit des Antrags ergebe sich schon aus § 80 III VwGO, keine weitere Interessenabwägung für erforderlich hält.

2. Dass das VG mit einer Stattgabe lediglich aus for-

mellen Gründen nur ein "Weniger" im Verhältnis zum Antragsbegehren ausspricht, hätte der Kammer auch an ihrem eigenen Tenor auffallen müssen. Hebt das Gericht nämlich im Falle eines Obsiegens allein aus formellen Gründen nur die getroffene Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, statt - wie von § 80 V 1, 2. Hs VwGO gefordert - die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs wiederherzustellen, ist dies gerade der Freibrief für die unterlegene Behörde, eine neue Vollziehungsanordnung zu erlassen. Die h.M. hält einen solchen Tenor auch für zulässig und geboten, allerdings nur dann, wenn der Ast. *ausschließlich* aus formellen Gründen obsiegt hat, d.h. die Interessenabwägung zusätzlich vorgenommen worden und zu seinen Lasten ausgefallen ist. Eine m.M. hält die "Aufhebung" der Vollziehungsanordnung überhaupt für unzulässig, da sie in § 80 V VwGO nicht vorgesehen sei; nach dieser Ansicht ist immer die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, egal ob nur aus formellen oder (auch) aus materiellen Gründen. Im ersteren Fall sei die Behörde dann aber auch nicht gehindert, eine neue Vollziehungsanordnung zu erlassen.

Vertiefungshinweise:

- Zum Tenor bei Obsiegen aus lediglich formellen Gründen: *OVG Weimar*, ThürVBl 1994, 138
- Zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung trotz formeller Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung: *VGH München*, BayVBl 1982, 756 (bejahend); *OVG Hamburg*, NJW 1978, 2167 (verneinend)

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Ernie der Flitzer"

Leitsätze:

- 1. Zur formell unzureichenden Begründung der Anordnung des Sofortvollzugs einer neuen (ersetzenden) Dienstbereitschaftsregelung.**
- 2. Eine Interessenabwägung bei Verschlechterung der Notfallversorgung der Bevölkerung durch eine Neuregelung führt, auch wenn eine Rechtsverletzung des rechtsschutzsuchenden Apothekers im Hauptsacheverfahren offen erscheint, zur Suspendierung.**
- 3. Zur Folgenabwägung, wenn eine Neuregelung schon praktiziert wird.**

Sachverhalt:

Der Ag. hatte durch Bescheid vom 20.12.2001 alle früheren Dienstbereitschaftsregelungen für die im Bescheid aufgeführten 13 Apotheken aufgehoben und eine neue Dienstbereitschaftsanordnung getroffen. Die

sofortige Vollziehung dieses Bescheides wurde unter der Begründung angeordnet, „dass bei fehlendem Dienstplan ein geordneter Notdienst und eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht gewährleistet ist“. Der Ag. hat gegen die Änderung der Dienstbereitschaft Widerspruch eingelegt und begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung desselben. Sein Antrag hatte im Sinne einer Aufhebung der im angefochtenen Bescheid ausgesprochenen Anordnung der sofortigen Vollziehung Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ist gem. § 80 V VwGO statthaft und zulässig.

I. Statthaftigkeit

In der Hauptsache - mit seinem Widerspruch - wendet sich der Ast. gegen den Bescheid der Ag. vom 20.12.2001, durch den die bis dahin geltende Dienstbereitschaftsregelung (9er-Turnus der Apotheken in der Kernstadt A. und S. sowie 12er-Turnus der Apotheken in K., L. und S.) widerrufen und an deren Stelle eine neue Dienstbereitschaftsregelung (gemeinschaftlicher 13er-Turnus aller genannten Apotheken sowie ein zusätzlicher Spätdienst montags bis freitags bis 20.30 Uhr für jeweils eine der in A., S. und O. liegenden Apotheken) gesetzt wurden. Die nach § 4 II LadSchlG erlassene Bereitschaftsdienstverordnung ist nach herrschender Ansicht ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung in der Gestalt einer Allgemeinverfügung (vgl. BVerwG, NJW 1990, 787; BVerwG, NJW 1991, 766; VGH München, NJW 1986, 1564).

II. Antragsbefugnis

Als einer der Adressaten des (zumindest auch belastende Elemente enthaltenden) Bescheids ist der Ast. - in seiner Eigenschaft als Apothekeninhaber - auch antragsbefugt (§ 42 II VwGO entspr.).

B. Begründetheit

Der Antrag ist nach Maßgabe des Tenors auch begründet. Denn die Anordnung der sofortigen Vollziehung entbehrt bereits einer den Anforderungen des § 80 III 1 VwGO genügenden Begründung. In einem solchen Fall ist der aus dem Tenor ersichtliche Anspruch geboten, nicht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO ist kein Raum, wenn bzw. weil mit dem Wegfall der Anordnung der sofortigen Vollziehung dem Widerspruch des Ast. bereits gem. § 80 I VwGO wieder die auf-

schiebende Wirkung zukommt (vgl. VGH Mannheim, VBIBW 1991, 180, [181]; VBIBW 1996, 297 [298]; J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rdnr. 93 m.w.N.).

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung sofortiger Vollziehung

Entgegen dem zwingenden Erfordernis des § 80 III 1 VwGO hat die Ag. das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht hinreichend schriftlich begründet.

1. Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung

§ 80 III 1 VwGO enthält das verfahrensrechtliche Gebot, dass die Behörde hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen muss, aus welchen Gründen sie die sofortige Vollziehung angeordnet hat. Zweck des Begründungserfordernisses ist es, die Behörde zu einer sorgfältigen Prüfung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts im Bewusstsein des Ausnahmecharakters der den Wegfall der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs nach § 80 I VwGO bewirkenden Vollziehungsanordnung anzuhalten, dem Betroffenen die Kenntnis der für die Vollziehungsanordnung maßgeblichen Gründe zu vermitteln und ihm so die Rechtsverteidigung zu ermöglichen bzw. zu erleichtern und die Grundlage für eine ordnungsgemäße gerichtliche Kontrolle dahin zu bieten, ob das die Vollziehungsanordnung rechtfertigende besondere Interesse vorliegt. Dementsprechend muss aus der Begründung hinreichend nachvollziehbar hervorgehen, dass und aus welchen besonderen Gründen die Behörde im konkreten Fall dem besonderen öffentlichen Interesse an der sofortigen, d.h. vor einer Entscheidung über den Rechtsbehelf bzw. vor Eintritt der Bestandskraft bereits jetzt dringlichen Vollziehung des Verwaltungsakts Vorrang vor dem Aufschubinteresse des Betroffenen einräumt bzw. aus welchen im dringenden öffentlichen Interesse liegenden Gründen sie es für gerechtfertigt und geboten hält, den durch die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ansonsten eintretenden vorläufigen Rechtsschutz des Betroffenen einstweilen zurückzustellen (vgl. OVG Münster, NJW 2001, 3427; VGH Mannheim, VBIBW 2002, 441). Demgemäß genügen etwa pauschale und nichtssagende formelhafte Wendungen dem Begründungserfordernis ebenso wenig wie die bloße Wiedergabe des Wortlauts der Ermächtigungsnorm oder die Berufung auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts oder auf die generell für dessen Erlass gegebene Begründung. Vielmehr bedarf es grundsätzlich der Darlegung eines besonderen öffentlichen Interesses, das über das all-

gemeine öffentliche Interesse hinausgeht, welches den Erlass des belastenden Verwaltungsakts als solchen rechtfertigt (vgl. BVerfGE 35, 382 [401 f.]). Allerdings kann sich die Behörde auf die den Verwaltungsakt selbst tragenden Erwägungen stützen und darauf Bezug nehmen, wenn die den Erlass des Verwaltungsakts rechtfertigenden Gründe zugleich die Dringlichkeit der Vollziehung ergeben. Dies wird vor allem bei Maßnahmen eiliger Gefahrenabwehr gelten können; auch in derartigen Fällen muss die Behörde aber eindeutig zum Ausdruck bringen, dass sie in diesen Gründen auch das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung sieht. In jedem Falle muss die für die Anordnung der sofortigen Vollziehung gegebene Begründung sich auf den konkreten Regelungsgehalt des jeweiligen Verwaltungsakts beziehen.

2. Subsumtion

Nach diesen Grundsätzen ist die dem angefochtenen Bescheid beigegebene Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung unzureichend. Sie erschöpft sich in der Aussage, „dass bei fehlendem Dienstplan ein geordneter Notdienst und eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln nicht gewährleistet ist“.

a. Einzelfallbezug fehlt

Diese Begründung hat schon keinen hinreichenden Bezug zum konkreten Regelungsgehalt des Bescheids vom 20.12.2001. Mit diesem Bescheid wird unter gleichzeitigem Widerruf vorhandener früherer Dienstbereitschaftsanordnungen eine neue Dienstbereitschaftsanordnung getroffen, also die vorher geltende und langjährig praktizierte lediglich ersetzt. Weshalb aber dieser Widerruf und die Ersetzung der bisherigen Dienstbereitschaftsregelung mit sofortiger Wirkung notwendig sein sollen, erschließt sich aus der gegebenen Begründung auch nicht ansatzweise. Diese geht vielmehr am (die bisherige Dienstbereitschaftsregelung bloß ersetzenden) Regelungsgehalt des Bescheids vorbei und liefert statt dessen eine Begründung für die Notwendigkeit einer - hier gerade nicht in Rede stehenden - erstmaligen Einrichtung eines Notdienstes (vgl. „bei fehlendem Notdienst“).

b. Gründe für den Erlass des Verwaltungsakts genügen nicht

Dabei wird auch nur das allgemeine Interesse am Erlass eines solchen Verwaltungsakts als solches angesprochen, nicht auch dasjenige an dessen sofortiger Vollziehung. Nach dem Regelungsgehalt des Bescheids hätte sich die Begründung aber darauf beziehen müssen, weshalb die bisherige Dienstbereit-

schaftsregelung (9er- bzw. 12er-Turnus) mit sofortiger Wirkung abgeschafft und durch die neue Regelung ersetzt werden sollte. Dass insoweit ganz andere Erwägungen anzustellen sind als bei einer erstmaligen Notdienstregelung, liegt auf der Hand (vgl. Cyran/Rotta, ApotBetrO, § 23 Rdnr. 53 - Sofortvollzug einer ersetzenden Dienstbereitschaftsregelung nur insoweit gerechtfertigt, als dadurch eine akute Gefährdung der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung verhindert wird). Nach dem Akteninhalt sowie den Ausführungen der Ag. im vorliegenden gerichtlichen Verfahren sollte mit der Neuregelung, ähnlich wie mit der durch Urteil des VG Freiburg vom 21.6.1996 (7 K 2141/95) aufgehobenen Anordnung vom 18.4.1995, im Wesentlichen den Wünschen eines Teils der Apothekenleiter nach einer Reduzierung der Notdienste Rechnung getragen werden. Aber auch darauf bezieht sich die für den Sofortvollzug gegebene Begründung nicht, insbesondere enthält sie nichts dazu, dass nunmehr aus Arbeitsschutzgründen die - eine Verschlechterung der Notfallversorgung der Bevölkerung mit sich bringende - Neuregelung erforderlich wäre, obwohl sich die

Sachlage gegenüber dem inhaltlich ähnlichen Neuregelungsversuch vom 18.4.1995 kaum verändert haben dürfte.

II. Interessenabwägung

Ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung somit schon aus dem genannten formell-rechtlichen Grund aufzuheben, so ist an sich für eine (inhaltliche) Interessenabwägung im Rahmen des § 80 V VwGO kein Raum mehr (s.o.). Im Hinblick darauf, dass die Ag. durch die mit diesem Gerichtsbeschluss getroffene Aufhebungsentscheidung nicht gehindert ist, eine neue, formell fehlerfreie, ausreichend begründete Vollziehbarkeitsanordnung zu erlassen (vgl. J. Schmidt, in: Eyermann, § 80 Rdnrn. 53, 93, 98 m.w.N.), bemerkt die Kammer auch im Interesse der Vermeidung weiteren Rechtsstreits vorsorglich, dass auch bei einer inhaltlichen Interessenabwägung Bedenken bestünden, ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer sofortigen Vollziehung der neuen Dienstbereitschaftsregelung anzunehmen [wird ausgeführt].

Standort: Verwaltungsvollstreckung

Problem: Vollstreckung trotz Unmöglichkeit

OVG SAARLOUIS, URTEIL VOM 27.11.2001
2 R 9/00 (NVWZ-RR 2003, 87)

Problemdarstellung:

Androhung, Festsetzung und Vollzug von Verwaltungszwang (Ersatzvornahme, Zwangsgeld und unmittelbarer Zwang) sollen den Adressaten eines Verwaltungsaktes anhalten, diesen "freiwillig" zu befolgen, üben also Beugecharakter auf diesen aus. Fraglich ist daher, ob solche Zwangsmaßnahmen auch dann noch ergriffen werden dürfen, wenn eine Beugung des entgegenstehenden Willens des Betroffenen nicht mehr möglich ist. Dies ist bei einem Handlungsgebot vor allem dann der Fall, wenn die Handlung vorgenommen worden ist. Dann ist eine Vollstreckung selbstverständlich - ausgeschlossen; die Verwaltungsvollstreckungsgesetze des Bundes und der Länder regeln dies auch ausdrücklich (vgl. § 15 III VwVG Bund; § 65 III VwVG NW; für den vorliegenden Fall: § 10 I Nr. 4 SaarVwVG). Es könnte aber auch sein, dass die Handlung nicht vorgenommen, sondern unmöglich geworden ist (Beispiel: Die Befolgung einer Abrissverfügung wird unmöglich, wenn das Haus abrennt). In diesem Fall ist streitig, ob weitere Vollstreckungsmaßnahmen, insbes. die Beitreibung eines verwirkten Zwangsgeldes, noch zulässig sind. Eine

m.M. verneint dies unter Hinweis darauf, diese entfalten dann keinen Beugecharakter mehr, sondern kämen einer Strafe (Sanktion) gleich. Die Gegenansicht bejaht hingegen einen fortdauernden Beugecharakter, da ansonsten der sich hartnäckig Verweigernde belohnt würde, der sich so lange widersetzt, bis die von ihm geforderte Handlung eines Tages unmöglich, sinnlos oder aus sonstigen Gründen undurchführbar werde.

Das OVG Saarlouis hatte nun die Frage zu klären, wie dies bei einem Unterlassens-VA zu sehen ist. Auf den ersten Blick kann sich hier das Problem nicht stellen, da ein Unterlassen immer möglich ist. Unmöglichkeit liegt bei genauerer Betrachtung aber dann vor, wenn weitere Verstöße gegen das Unterlassungsgebot nicht mehr denkbar sind (im Fall: Das Unterlassen der weiteren Errichtung eines Schwarzbaus wird unmöglich, sobald das Bauwerk vollendet ist). Das OVG überträgt die o.g. Wertung auf die Unterlassensfälle und schließt sich - entgegen der Vorinstanz - der Auffassung an, die eine Beitreibung des verwirkten Zwangsgeldes weiterhin für möglich hält. Allerdings war diese im konkreten Fall (wegen Erledigung der Verwaltungsakts) gleichwohl unzulässig.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung kann für jede Zwangsvoll-

streckungsklausur von Bedeutung sein, wenn die Rechtmäßigkeit einer Zwangsmaßnahme zu prüfen ist. Diese ist rechtswidrig, wenn vollstreckt wird, obwohl die Vollstreckung hätte eingestellt werden müssen. Hier ist neben den geschriebenen Gründen (je nach Landesrecht; in aller Regel zumindest Zweckerreichung, vgl.o.) zu fragen, ob nicht die endgültige Zweckverfehlung (Unmöglichkeit) nach Sinn und Zweck des Vollstreckungsrechts (Beugecharakter) der Zweckerreichung gleichgestellt werden muss.

Aus der Entscheidung kann man ferner lernen, dass sich ein Verwaltungsakt allein deshalb erledigen kann, weil die Erledigung ihrerseits in einem weiteren Verwaltungsakt bestandskräftig festgestellt worden ist. Nach Bestandskraft muss (und darf) nicht mehr geprüft werden, ob tatsächlich Erledigung i.S.d. § 43 II VwVfG eingetreten ist.

Vertiefungshinweise:

Zulässigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen nach Unmöglichkeit: (*OVG Münster*, NVwZ 1993, 671; *OVG Magdeburg*, BRS 58 Nr. 221 (beide bejahend); *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 1997, 762 (verneinend))

Leitsätze:

1. Bei Verstößen gegen Unterlassungspflichten ist die Festsetzung und Beitreibung angedrohter Zwangsgelder auch noch nach Beendigung des Verstoßes und bei Unmöglichkeit weiterer Verstöße zulässig.

2. Hat die Widerspruchsbehörde bestandskräftig die Erledigung eines Bescheides der Unteren Bauaufsichtsbehörde mit Baueinstellungsverfügung, Zwangsgeldandrohung und aufschiebend bedingter Zwangsgeldfestsetzung festgestellt, so können die in diesem Bescheid enthaltenen Verwaltungsentscheidungen keine Grundlage mehr für weitere Vollstreckungsmaßnahmen sein.

Sachverhalt:

Nach dem Beginn ungenehmigter Bauarbeiten des Kl. zur Herstellung eines ummauerten Holzlagerplatzes hat der Bekl. gegen ihn eine zwangsgeldbewehrte Einstellungsverfügung erlassen, wogegen der Kl. Widerspruch erhoben und die Anlage fertiggestellt hat. Unter Hinweis hierauf hat sodann die Widerspruchsbehörde die Erledigung des Widerspruchsverfahrens festgestellt und anschließend der Bekl. die Beitreibung des festgesetzten Zwangsgeldes angekündigt. Der dagegen gerichteten Klage auf Feststellung der Unzulässigkeit dieser Maßnahme hat das VG stattgegeben; die Berufung blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

A. Vollstreckung trotz Unmöglichkeit

Allerdings vermag der Senat dem VG nicht darin zu folgen, dass die Beitreibung auch eines wegen Nichtbefolgung einer Unterlassungspflicht (Baueinstellung, Nutzungsverbot) verhängten Zwangsgeldes nicht mehr zulässig sei, wenn die getroffene Anordnung in der Folgezeit beachtet oder - im Falle der Baueinstellung - die beanstandete Bautätigkeit abgeschlossen wird.

I. Unmöglichkeit nicht als Vollstreckungshindernis normiert

Zum einen sieht die - freilich nicht abschließende - Regelung des § 10 I Nr. 4 SaarVwVG die Einstellung oder Beschränkung der Vollstreckung soweit hier von Interesse nur vor, wenn ihr Zweck erreicht ist. Hier von kann bei dem Abschluss einer Baumaßnahme unter Zuwiderhandlung gegen eine Baueinstellungsverfügung offensichtlich keine Rede sein. Auch im Falle der Befolgung der Unterlassungspflicht im Anschluss an den die Anwendung des Zwangsmittels auslösenden Rechtsverstoß ist der Vollstreckungszweck nicht erreicht, da eine ununterbrochene Beachtung der ausgesprochenen Verpflichtung geschuldet war, ganz abgesehen davon, dass es der in Anspruch Genommene dann in der Hand hätte, durch einen Wechsel von - kurzen

- Zeiten der Befolgung der Anordnung zu - längeren - Phasen, in denen die untersagte Tätigkeit ausgeübt wird, sein rechtlich unzulässiges Verhalten fortzusetzen, und hieran praktisch nicht durch wirksame Zwangsmaßnahmen gehindert werden könnte. Einen bspw. § 92 I Nr. 5 MVSOG entsprechenden Tatbestand, wonach der Vollzug einzustellen ist, wenn weitere Verstöße gegen eine Duldungs- oder Unterlassungspflicht nicht zu erwarten sind, enthält das Saarländische Verwaltungsvollstreckungsgesetz gerade nicht (vgl. zu § 92 I Nr. 5 MVSOG: *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 1997, 762).

II. Kein unzulässiger Sanktionscharakter

Auch der Charakter des Zwangsgeldes als Beugemittel ist kein Grund, die Fälle späterer Befolgung des Unterlassungsgebotes und der Unmöglichkeit weiterer Verstöße gegen eine Unterlassungspflicht als nicht ausdrücklich geregelte Tatbestände des § 10 I SaarVwVG zu behandeln, bei deren Vorliegen die Vollstreckung einzustellen ist. Gerade bei Unterlassungspflichten erfüllt zunächst einmal die Anordnung als Mittel zur psychischen Einwirkung auf den Pflichtigen die Beugefunktion. Das kann sie freilich nur dann, wenn es im Falle eines Verstoßes auch zu einer nach-

folgenden Festsetzung und Beitreibung des angedrohten Zwangsgeldes kommt. Denn könnte sich der Pflichtige darauf einstellen, dass er durch späteres Wohlverhalten der Pflicht zur Zahlung des Zwangsgeldes immer wieder entgehen kann, so wäre die ihm gegenüber ausgesprochene Androhung kein Grund, das Unterlassungsgebot zu befolgen. Entfielen die Befugnis zur Beitreibung festgesetzter Zwangsgelder bei Unmöglichkeit weiterer Verstöße gegen die Unterlassungspflicht, wäre das - worauf der Bkl. - mit Recht hinweist - bspw. in den Fällen der Einstellung illegaler Bauarbeiten ein Anreiz für den Pflichtigen, die Baumaßnahme möglichst schnell fertig zu stellen. So gesehen bewirken letztlich nur Androhung, Festsetzung und Beitreibung des Zwangsgeldes in ihrer Gesamtheit die Beugung des entgegenstehenden Willens des Pflichtigen (vgl. hierzu OVG Magdeburg, BRS 58 Nr. 221).

Hiervon ausgehend entspricht es der Rechtsprechung des Senats - und entsprach es im Übrigen auch der bisherigen Rechtsprechung der 2. Kammer des VG -, bei Verstößen gegen Unterlassungspflichten die Festsetzung und Beitreibung angedrohter Zwangsgelder auch noch nach Beendigung des Verstoßes und bei Unmöglichkeit weiterer Verstöße als zulässig anzusehen (OVG Münster, NVwZ 1993, 671; OVG Magdeburg, BRS 58 Nr. 221; a.A. OVG Greifswald, NVwZ-RR 1997, 762, allerdings mit Blick auf die ausdrückliche Regelung des § 92 I Nr. 5 MVSOG).

B. Keine Vollstreckung bei Erledigung

Gleichwohl ist der Bkl. vorliegend nicht (mehr) befugt, ein Zwangsgeld aus dem Bescheid vom 12.8.1993 zu vollstrecken, weil dieser Bescheid nach der im Widerspruchsverfahren mit Bescheid vom 20.1.1995 getroffenen, die Bet. jenes Verfahrens und auch des vorliegenden Rechtsstreits bindenden Feststellung des Kreisrechtsausschusses seine Erledigung gefunden hat, mithin keine Rechtswirkungen mehr äußert und damit auch nicht mehr Grundlage für Maßnahmen des Verwaltungszwanges sein kann.

Gem. § 43 II SaarIVwVfG verliert ein Verwaltungsakt - soweit hier von Interesse - seine Wirksamkeit unter anderem dann, wenn er auf sonstige Weise erledigt ist. Eine Erledigung auf sonstige Weise tritt ein, wenn er nicht mehr geeignet ist, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, oder wenn die Steuerungsfunktion, die ihm innewohnt, nachträglich entfällt (BVerwG, BauR 1999,

733). Die unter diesen Voraussetzungen eintretende Erledigung eines (Haupt-) Verwaltungsaktes erstreckt sich dann auch auf akzessorische Verwaltungsakte, wie hier die Zwangsgeldandrohung und aufschiebend bedingte Festsetzung (Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. [1998], § 43 Rdnr. 204). Hiernach ist vorliegend zwar davon auszugehen, dass die in dem Bescheid vom 12.8.1993 enthaltene Baueinstellungsverfügung im Zeitpunkt der Erledigungsfeststellung im Bescheid vom 20.1.1995 jedenfalls deshalb noch nicht ihre Erledigung gefunden hatte, weil sie nach den Vorstellungen des Bkl. weiterhin die Grundlage für Maßnahmen des Verwaltungszwanges bilden sollte (vgl. in diesem Zusammenhang: Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl. [1998], § 113 Rdnr. 106, wonach eine Erledigung abzulehnen ist, wenn der Verwaltungsakt nach wie vor die Grundlage für eine den Kl. noch belastende Vollstreckungsmaßnahme bildet; außerdem BVerwG, BauR 1999, 733, wonach sich eine Beseitigungsanordnung nicht zwangsläufig dadurch erledigt, dass sie im Wege der Ersatzvornahme durchgesetzt worden ist). Die Widerspruchsbehörde hat jedoch die Erledigung des Bescheides vom 12.8.1993 und damit des Verfahrens betreffend den Widerspruch des Kl. gegen die in diesem Bescheid enthaltenen Verwaltungsentscheidungen - Baueinstellungsverfügung, Zwangsgeldandrohung und aufschiebend bedingte Zwangsgeldfestsetzung - mit Bescheid vom 20.1.1995 festgestellt. Diese Entscheidung der Widerspruchsbehörde hat gegenüber den Bet. Bestandskraft erlangt und ist für sie bindend. Das nimmt bspw. auf der einen Seite dem Kl. die Möglichkeit, erfolgreich geltend zu machen, die Baueinstellungsverfügung als Grundlage der anschließenden Vollstreckung sei rechtswidrig und deshalb aufzuheben, wobei er von der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Erledigungsfeststellung der Widerspruchsbehörde möglicherweise gerade durch deren Aussage abgehalten wurde, der Bescheid vom 12.8.1993 habe sich erledigt, äußere mithin keine Rechtswirkungen mehr. Auf der anderen Seite kann sich der Bkl. nicht mehr auf die im Bescheid vom 12.8.1993 enthaltenen Verwaltungsentscheidungen (Baueinstellung, Zwangsgeldandrohung und aufschiebend bedingte Festsetzung) als Grundlagen für die von ihm mit Schreiben vom 20.6.1995 eingeleitete Zwangsgeldbeitreibung stützen (§ 18 I SaarIVwVfG).

*Zivilrecht***Standort: Familienrecht****Problem: Elternunterhalt**

BGH, URTEIL VOM 23.10.2002
XII ZR 266/99 (NJW 2003, 128)

Problemdarstellung:

Bei diesem Rechtsstreit musste der BGH zur Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern Stellung nehmen.

Gem. § 1601 BGB sind Verwandte in gerade Linie (§ 1589 BGB) verpflichtet, einander Unterhalt zu gewähren. Damit sind nicht nur Eltern ihren Kindern zum Unterhalt verpflichtet, sondern auch umgekehrt Kinder ihren Eltern zum Unterhalt verpflichtet. Gem. § 1602 I BGB ist aber nur derjenige Verwandte unterhaltsberechtigter, der außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Vor allem im hohen Alter der Eltern kann daher eine Unterhaltspflicht auf die Kinder zukommen, wenn die Eltern aufgrund von Alter, Krankheit, Pflegebedürftigkeit nicht mehr in der Lage sind, ihren eigenen Unterhalt zu erbringen. Die Unterhaltspflicht geht aber nur bis zur Grenze der eigenen Leistungsfähigkeit gem. § 1603 I BGB; die Sicherung des eigenen angemessenen Unterhalts ist damit vorrangig. Dazu stellt der BGH fest, dass die Höhe des eigenen Unterhaltsbedarfs der tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls obliegt. Damit ist der in den Unterhaltstabellen angesetzte Selbstbehalt eines Unterhaltspflichtigen gegenüber einem (auch volljährigen) Kind um einen maßvollen Zuschlag zu erhöhen, wenn es um Elternunterhalt geht. Denn es entspricht nicht der üblichen Generationenfolge, dass zwangsläufig Kinder ihre Eltern im Alter unterstützen müssen und sich daher von Anfang darauf einstellen müssen. Der maßvolle Zuschlag muss aber individuell bestimmt werden.

Des Weiteren musste der BGH klären, inwieweit das unterhaltspflichtige Kind verpflichtet ist, bei der Unterhaltsgewährung für die Eltern auf sein Stammvermögen zurückgreifen zu müssen. Diese Verwertungspflicht wird grundsätzlich bejaht, sofern nicht im Einzelfall der Unterhaltspflichtige seinen eigenen Unterhalt oder weitere Unterhaltspflichten dadurch gefährden würde.

Schließlich musste der BGH noch die Frage beantworten, unter welchen Voraussetzungen rückständiger Elternunterhalt gem. § 242 BGB als verwirkt zu be-

werten ist. Dazu stellt der BGH zum einen ein Zeitmoment und zum anderen ein Vertrauensemoment als Anforderung für eine Verwirkung auf.

Prüfungsrelevanz:

Diese Entscheidung des BGH ist zur Examensvorbereitung hinsichtlich ihrer Ausführungen zur Verwirkung eines Rechts gem. § 242 BGB relevant. In Zeiten des stetig wachsenden Anteils älterer Menschen in unserer Gesellschaft sowie leerer Kassen bei Sozialkassen bzw. -ämtern wird die Rechtsfrage zum Elternunterhalt in der Praxis immer relevanter; praxisrelevante Themen werden im Staatsexamen, vor allem in der mündlichen Prüfung stets gern als Diskussionsstoff verwendet. Insbesondere Examensprüflinge mit der Wahlfachgruppe "Zivilrechtspflege" sollten daher sich mit der Thematik des Elternunterhalts beschäftigen. Dabei sollte die Abgrenzung zum Kindesunterhalt, was die Höhe des Selbstbehalts bzw. die Notwendigkeit zum Einsatz des Vermögensstamms bei der Unterhaltsgewährung betrifft, bekannt sein.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *OLG Koblenz*, NJW-RR 2002, 940; *OLG Köln*, NJW-RR 2002, 74; *OLG Hamm*, FPR 2002, 211; *Reinecke*, FPR 1999, 3

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das junge Glück"

Leitsätze:

1. **Zur Verwirkung rückständigen Elternunterhalts (im Anschluss an BGHZ 103, 62).**
2. **Zur Höhe des eigenen angemessenen Unterhalts bei Unterhaltsansprüchen von Eltern gegen ihre erwachsenen Kinder (im Anschluss an Senat, NJW 1992, 1393 = FamRZ 1992, 795).**
3. **Zur Frage des Einsatzes von Vermögen zur Befriedigung des Elternunterhalts.**

Sachverhalt:

Der Kl. macht als Träger der Sozialhilfe aus Übergangem Recht Ansprüche auf Elternunterhalt gel-

tend. Der am 22. 9. 1896 geborene Vater und die am 7. 8. 1906 geborene Mutter des Bekl. lebten seit Juli 1990 in einem Altenheim. Ihre Einkünfte und ihr Vermögen reichten bis Ende Januar 1995 zur Bestreitung der Heimkosten aus. Mit Bescheiden vorn 13. 3. 1995 zeigte der Kl. den Eltern des Bekl. an, dass er die nicht durch deren Einkommen gedeckten Kosten des Heimaufenthalts ab 1. 2. 1995 als Hilfe zur Pflege gem. §§ 68, 97, 100 BSHG nach Stufe III der Pflegesatzvereinbarung übernehme. Mit Rechtswahrungs- und Überleitungsmitteilung des Kl. vom 13. 3. 1995 wurde der Bekl. über diesen Sachverhalt unterrichtet. Zugleich wurde ihm bekannt gegeben, dass etwaige Unterhaltsansprüche seiner Eltern gegen ihn auf das Land Rheinland-Pfalz übergingen. Außerdem wurde der Bekl. gebeten, innerhalb von vier Wochen Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu machen, damit geprüft werden könne, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang er zur Zahlung von Unterhalt in der Lage sei. Dieser Aufforderung kam der Bekl. mit Schreiben vom 20. 5. 1995 nach. Mit Schreiben vom 2. 4. 1997 erbat der Kl. ergänzende Angaben sowie zusätzliche Belege. Daraufhin erteilte der Bekl. mit Schreiben vom 10. 5. 1997 weitere Auskunft. Mit Schreiben vom 30. 7. 1997 wurde ihm die Höhe des zu zahlenden Unterhalts bekannt gegeben. Der Bekl. ist seit dem 1. 5. 1995 Rentner. Vorher war er arbeitslos, bezog aber nur bis etwa Ende April 1994 Arbeitslosengeld. Mit der vorliegenden Klage, der ein Ende November eingeleitetes Mahnverfahren vorausging, hat der Kl. - nach teilweiser Klagerücknahme - Unterhaltsansprüche in Höhe von insgesamt 83799,46 DM geltend gemacht. Davon entfallen auf den am 2. 1. 1996 verstorbenen Vater des Bekl. für die Zeit vom 1. 2. 1995 bis zu dessen Tod 18442,41 DM und auf die Mutter für die Zeit vom 1. 2. 1995 bis zum 30. 12. 1996 65357,05 DM. Danach wurden die Sozialhilfeleistungen für die Mutter eingestellt, weil die für sie anfallenden Kosten seitdem durch ihre Einkünfte und die Leistungen der Pflegeversicherung gedeckt werden konnten. Der Kl. hat die Auffassung vertreten, der Bekl. sei auf Grund seines Vermögens von rund 300 000 DM, das er zusätzlich zu einer - zeitweise vermieteten - Eigentumswohnung besitze, in der Lage, in der geltend gemachten Höhe Unterhalt für seine Eltern zu leisten.

Das AG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das OLG das angefochtene Urteil teilweise abgeändert und den Bekl. verurteilt, an den Kl. 76072,98 DM zuzüglich Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen, weil der Kl. mit Rücksicht auf die Rechtswahrungsanzeige vom 13. 3. 1995 erst

für die Zeit vom 14. 3. 1995 an Unterhalt beanspruchen könne. Die Revision des Bekl. hatte Erfolg, soweit zum Nachteil des Bekl. erkannt worden ist. Die Berufung des Kl. wurde wegen eines weiteren Betrags von 16041,36 DM zuzüglich Zinsen zurückgewiesen. Im Übrigen wurde die Sache an das OLG zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. (NJW-RR 2000, 293) hat den Bekl. in dem ausgeurteilten Umfang für unterhaltspflichtig gehalten und den von diesem erhobenen Einwand der Verwirkung für nicht durchgreifend erachtet.

Zu Letzterem hat es ausgeführt: Für die Annahme der Verwirkung genüge es nicht, dass der Forderungsinhaber einen längeren Zeitraum verstreichen lasse, bevor er seinen Anspruch geltend mache. Er müsse vielmehr in seinem Vertrauen, von dem Gläubiger nicht mehr in Anspruch genommen zu werden, besonders schutzwürdig sein. Das lasse sich im vorliegenden Fall nicht feststellen. Der Bekl. habe seine Lebensführung nicht anders gestaltet, weil er angenommen habe, der Kl. werde ihn nicht in Regress nehmen. Letztlich habe er durch die spätere Inanspruchnahme eher Vorteile, weil er sein Vermögen weiterhin zinsgünstig anlegen könne. Er werde nunmehr nicht anders getroffen, als wenn der Kl. den Anspruch bereits im Frühjahr 1996 geltend gemacht hätte. Auch soweit der Bekl. auf Nachteile hinweise, die ihm dadurch entstanden seien, dass er die Zahlungen nicht auf drei Jahre verteilt habe steuerlich geltend machen können, führe das nicht zu einer anderen Beurteilung. Wenn die Erzielung von Steuervorteilen für den Bekl. im Vordergrund gestanden hätte, so habe die Möglichkeit bestanden, nach der im Jahre 1997 erfolgten Zustellung des Mahnbescheids in drei Jahren jeweils Teilbeträge an den Kl. zu zahlen. Aber selbst wenn eine - angesichts der Renteneinkünfte des Bekl. ohnehin geringe - Steuerersparnis nunmehr teilweise wegfalle, werde er durch diesen Umstand nicht besonders schwer getroffen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält, wie die Revision zu Recht rügt, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Grundsätzliche Voraussetzungen für eine Verwirkung gem. § 242 BGB

Eine Verwirkung kommt nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, wenn der Berechtigte ein Recht längere Zeit nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre, und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf

das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass auch in Zukunft nicht geltend machen werde. Insofern gilt für Unterhaltsrückstände, die allein Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sind, nichts anderes als für andere in der Vergangenheit fällig gewordene Ansprüche (BGHZ 84, 280 [2811 = NJW 1982, 1999]). Vielmehr spricht gerade bei derartigen Ansprüchen vieles dafür, an das so genannte Zeitmoment der Verwirkung keine strengen Anforderungen zu stellen. Nach § 1613 I BGB kann Unterhalt für die Vergangenheit ohnehin nur ausnahmsweise gefordert werden. Von einem Unterhaltsgläubiger, der lebensnotwendig auf Unterhaltsleistungen angewiesen ist, muss eher als von einem Gläubiger anderer Forderungen erwartet werden, dass er sich zeitnah um die Durchsetzung des Anspruchs bemüht. Andernfalls können Unterhaltsrückstände zu einer erdrückenden Schuldenlast anwachsen. Abgesehen davon sind im Unterhaltsrechtsstreit die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Einkommensverhältnisse der Parteien nach längerer Zeit oft nur schwer aufklärbar. Diese Gründe, die eine möglichst zeitnahe Geltendmachung von Unterhalt nahe legen, sind so gewichtig, dass das Zeitmoment der Verwirkung auch dann erfüllt sein kann, wenn die Rückstände Zeitabschnitte betreffen, die etwas mehr als ein Jahr zurückliegen. Denn nach den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1585 b III, 1613 II Nr. 1 BGB verdient der Gesichtspunkt des Schuldnerschutzes bei Unterhaltsrückständen für eine mehr als ein Jahr zurückliegende Zeit besondere Beachtung. Diesem Rechtsgedanken kann im Rahmen der Bemessung des Zeitmoments in der Weise Rechnung getragen werden, dass das Verstreichenlassen einer Frist von mehr als einem Jahr ausreichen kann (BGHZ 103, 62 [68 ff.] = NJW 1988, 1137). Das hat auch das BerGer. nicht verkannt, wenngleich es die Frage, ob im vorliegenden Fall das Zeitmoment der Verwirkung erfüllt ist, letztlich offen gelassen hat.

II. Aufteilung nach Zeitabschnitten für den Verwirkungseinwand

Diese Frage ist für die geltend gemachten Unterhaltsrückstände nicht einheitlich zu beantworten. Da ein Unterhaltsanspruch nicht verwirkt sein kann, bevor er überhaupt fällig geworden ist, müssen die in Rede stehenden Zeitabschnitte insofern gesondert betrachtet werden. Dabei ergibt sich, dass der letzte für den Vater des Bekl. begehrte Unterhaltsbetrag für den Teilmonat Januar 1996 seit ca. 15 Monaten einforderbar war, als der Kl. mit Schreiben vom 2. 4. 1997 erstmals nach der Rechtswahrungsanzeige vom 13. 3. 1995 dem Bekl. gegenüber wieder tätig wurde und ergänzende

Auskunft über dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse begehrte. Nachdem der Bekl. dem entprochen hatte, verstrichen mehr als zwei Monate, bevor ihm die Höhe des geforderten Unterhalts mitgeteilt wurde. Ende November 1997 beantragte der Kl. den Erlass eines Mahnbescheids. Bei dieser Sachlage ist hinsichtlich des für den Vater geltend gemachten Unterhaltsrückstands das Zeitmoment insgesamt erfüllt. Was den für die Mutter des Bekl. begehrten Unterhalt anbelangt, war die für März 1996 beanspruchte Unterhaltsrate Anfang April 1997 seit mehr als einem Jahr fällig, so dass bei einer Gesamtwürdigung der Umstände wegen der noch im Streit befindlichen Zeit vom 14. 3. 1995 (Zugang der Rechtswahrungsanzeige) bis zum 31. 3. 1996 von einer illoyal verspäteten Rechtsausübung auszugehen ist, im Übrigen dagegen nicht. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Unterhaltsansprüche nicht von den Eltern des Bekl. selbst, sondern von dem Kl. aus übergegangenem Recht geltend gemacht werden. Denn durch den gesetzlichen Übergang von Unterhaltsansprüchen wird deren Natur, Inhalt und Umfang nicht verändert (Lohmann, Neue Rechtsprechung des BGH zum FamilienR, 8. Aufl., Rdnr. 370; Staudinger/Engler, BGB, 13. Bearb., Vorb. §§ 1601 ff. Rdnr. 77; OLG Düsseldorf, FamRZ 1994, 771 [772]; vgl. auch Senat, NJW 1981, 574 = FamRZ 1981, 250 [252], zu der auch gegenüber dem Träger von Ausbildungsförderung nach der Überleitung von Unterhaltsansprüchen wirksamen Unterhaltsbestimmung nach § 1612 II BGB). Deshalb ist es nicht von Bedeutung, dass der Kl. - anders als die ursprünglichen Unterhaltsgläubiger - nicht lebensnotwendig auf die Realisierung der Forderungen angewiesen ist. Er war auf Grund der Rechtsnatur der Ansprüche gehalten, sich um deren zeitnahe Durchsetzung zu bemühen.

III. Zusätzliche Umstände für den Verwirkungseinwand

Neben dem Zeitmoment kommt es für die Verwirkung auf das so genannte Umstandsmoment an, das heißt es müssen besondere Umstände hinzutreten, auf Grund derer der Unterhaltsverpflichtete sich nach Treu und Glauben darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dass der Unterhaltsberechtigte sein Recht nicht mehr geltend machen werde (BGHZ 103, 62 [70] = NJW 1988, 1137). Das BerGer. hat solche Umstände insbesondere deshalb nicht festzustellen vermocht, weil der Bekl. seine Lebensführung in der Erwartung der unterbleibenden Inanspruchnahme nicht anders gestaltet habe; durch eventuell teilweise entfallende Steuervorteile werde er nicht besonders schwer getroffen. Diese trichterliche Würdigung begegnet durchgrei-

fenden rechtlichen Bedenken. Das BerGer. vermisst letztlich konkrete „Vertrauensinvestitionen“ des Bekl. und stellt darauf ab, ob er durch die späte Inanspruchnahme besondere Nachteile erlitten hat. Damit werden die an das Umstandsmoment zu stellenden Anforderungen überspannt. Erfahrungsgemäß pflegt ein Unterhaltsverpflichteter, der in ähnlichen wirtschaftlichen Verhältnissen wie der Bekl. lebt, seine Lebensführung an die ihm zur Verfügung stehenden Einkünfte anzupassen (vgl. BGHZ 103, 62 [70] = NJW 1988, 1137). Dafür, dass es im Fall des Bekl. anders war, fehlt jeder Anhaltspunkt. Vielmehr entspricht es der Lebenserfahrung, dass er nach etwa einjähriger Arbeitslosigkeit, während der ihm - nachdem der Bezug von Arbeitslosengeld ausgelaufen war - keine Arbeitslosenhilfe gewährt wurde, weshalb er nur über relativ geringe Einkünfte aus der Vermietung seiner Eigentumswohnung und den Zinserträgen seines Sparvermögens verfügte, ab Beginn der Rentenzahlungen Anfang Mai 1995 einen „Nachholbedarf“ hatte und seine Einkünfte auch dafür einsetzte. Deshalb müsste der Bekl. bei einer Unterhaltsnachforderung für den gesamten noch im Streit befindlichen Zeitraum in erheblich weiterem Umfang auf seine Ersparnisse zurückgreifen als das BerGer. ihm dies angesonnen hat. Damit brauchte er nach Treu und Glauben indessen nicht zu rechnen. Der Kl. hatte den Bekl. durch Rechtswahrungsmittelteilung vom 13. 3. 1995 zeitnah von der Sozialhilfegewährung für seine Eltern unterrichtet und unter Fristsetzung von vier Wochen zur Auskunftserteilung über seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse aufgefordert. Diesem Begehren hat der Bekl. mit Schreiben vom 20. 5. 1995 entsprochen. In der Folgezeit konnte er davon ausgehen, dass seine Angaben geprüft und ihm das Ergebnis dieser Prüfung mitgeteilt werden würde, und zwar entweder, indem der Kl. weitere Angaben und Belege verlangte oder indem er ihm die Höhe der Inanspruchnahme bekannt gab. Tatsächlich blieb der Kl. untätig. Er erteilte dem Bekl. auch keinen Zwischenbescheid etwa des Inhalts, dass eine Überprüfung noch nicht habe erfolgen können bzw. noch andauere. An dieser Untätigkeit änderte sich auch nichts, nachdem der Vater des Bekl. Anfang Januar 1996 verstorben war, so dass hinsichtlich der für diesen gewährten Sozialhilfeleistungen eine Gesamtabrechnung hätte vorgenommen werden können. Auch nach der zum 31. 12. 1996 erfolgten Einstellung der Sozialhilfeleistungen für die Mutter erfolgte weder eine insofern nunmehr ebenfalls mögliche Gesamtberechnung noch eine sonstige Reaktion des Kl., obwohl sich der Gesamtbetrag der gewährten Hilfeleistung auf über 80000 DM belief. Bei dieser Sachlage konnte der Bekl. davon ausgehen, nicht mehr in Anspruch genom-

men zu werden.

IV. Durchgreifen des Verwirkungseinwandes

Der Geltendmachung der noch im Streit befindlichen Unterhaltsansprüche seines Vaters steht mithin der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Die Berufung des Kl. ist daher in Höhe weiterer 16041,36 DM zuzüglich Zinsen zurückzuweisen (18 442,41 DM abzüglich Teilabweisung durch das Berufungsurteil: 1559,16 DM + 841,89 DM). Unterhalt für die Mutter des Bekl. kann für die Zeit bis zum 31. 3. 1996 nicht mehr verlangt werden. Insoweit kann der Senat über die Berufung indessen nicht abschließend befinden, da sich dem Vorbringen des Kl., der allein den Gesamtbetrag der der Mutter gewährten Sozialhilfe mitgeteilt hat, nicht entnehmen lässt, welche Beträge auf die Zeit bis zum 31. 3. 1996 entfallen.

C. Unterhaltspflicht des Bekl. dem Grunde nach

Die danach allein für die Zeit vom 1. 4. 1996 an noch maßgebliche Unterhaltspflicht des Bekl. gegenüber seiner Mutter steht dem Grunde nach nicht im Streit. Sie ergibt sich aus § 1601 BGB. Der Unterhaltsbedarf der Mutter ist offensichtlich. Er wird durch ihre Unterbringung in einem Altenheim bestimmt und deckt sich mit den dort angefallenen Kosten, soweit diese nicht aus eigenem Einkommen bestritten werden konnten, § 1602 I BGB (vgl. Senat, NJW-RR 1986, 66 = FamRZ 1986, 48 [49]). Davon ist auch das BerGer. ausgegangen. Soweit die Revision - in anderem Zusammenhang - geltend macht, der Bekl. habe vorgetragen, dass bei rechtzeitiger Kenntnis von seiner Inanspruchnahme die Möglichkeit bestanden habe, seine Eltern in einer kostengünstigeren Einrichtung unterzubringen, ist dieser Vortrag nicht hinreichend substantiiert. Es bleibt insbesondere offen, von welchem Zeitpunkt an und zu welchen Bedingungen ein anderer Altenheimplatz zur Verfügung gestanden hätte. Deshalb besteht kein Anlass, von der Bedarfsermittlung des Kl. abzuweichen.

D. Leistungsfähigkeit des Bekl. als Unterhaltsschuldner

Unterhaltspflichtig ist allerdings nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer Stande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren (§ 1603 I BGB).

I. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Leistungsfähigkeit

Das BerGer. hat den Bekl. im Jahr 1996 in Höhe von monatlich 2513 DM für leistungsfähig gehalten. Diese Beurteilung hat es im Wesentlichen wie folgt begrün-

det: Nach der Rechtsprechung des Senats sei es in Anbetracht der Höhe der Heimunterbringungskosten und der häufig unabsehbaren Dauer der Inanspruchnahme des Unterhaltsverpflichteten regelmäßig nicht zumutbar, diesen zu einer Einschränkung seiner angemessenen, der Ausbildung und sozialen Stellung entsprechenden Lebensverhältnisse zu verpflichten. Mit Rücksicht darauf lege die Düsseldorfer Tabelle in der ab 1. 7. 1998 geltenden Fassung den Selbstbehalt gegenüber unterhaltsberechtigten Eltern gesondert mit monatlich 2250 DM (einschließlich 800 DM Warmmiete) fest, während gegenüber erwachsenen Kindern nur 1800 DM anzusetzen seien. Der Bekl. habe nach seinen Angaben für Warmmiete, Strom, Telefon und Versicherungen Kosten von monatlich insgesamt ca. 1000 DM. Sein zusätzlicher angemessener Bedarf werde auf weitere 1200 DM monatlich geschätzt. Davon könne er die von ihm benötigten Lebensmittel, die Benzinkosten für seinen Pkw, eine Urlaubsreise und sonstigen persönlichen Bedarf bestreiten, ohne in seiner Lebensführung unangemessen beschnitten zu werden. Im Jahre 1996 hätten dem Bekl. aus seiner Altersversorgung monatliche Einkünfte von 3881 DM sowie Zinseinnahmen von im Durchschnitt 832 DM monatlich zur Verfügung gestanden, mithin ein Gesamteinkommen von monatlich 4713 DM. Die Mieteinnahmen für die Eigentumswohnung seien dagegen weggefallen, weil eine Vermietung nicht mehr erfolgt sei, so dass für die Wohnung nur noch Kosten angefallen seien. Auf Grund seiner Gesamteinkünfte habe der Bekl. 1996 monatlich 2513 DM (4713 DM abzüglich 2200 DM) an Unterhalt für seine Eltern aufbringen können.

II. Entscheidung des BGH in der Revision zur Leistungsfähigkeit

Gegen diese Einschätzung wendet sich die Revision zu Recht. § 1603 I BGB gewährleistet jedem Unterhaltspflichtigen vorrangig die Sicherung seines eigenen angemessenen Unterhalts; ihm sollen grundsätzlich die Mittel verbleiben, die er zur angemessenen Deckung des seiner Lebensstellung entsprechenden allgemeinen Bedarfs benötigt (Senat, NJW 1992, 1393 = FamRZ 1992, 795 [797], und NJW 1989, 523 = FamRZ 1989, 272 m. w. Nachw.). In welcher Höhe dieser Bedarf des Verpflichteten zu bemessen ist, obliegt der tatrichterlichen Beurteilung des Einzelfalls. Das dabei gewonnene Ergebnis ist revisionsrechtlich jedoch darauf zu überprüfen, ob es den anzuwendenden Rechtsgrundsätzen Rechnung trägt und angemessen ist (vgl. Senat, NJW 1983, 1733 = FamRZ 1983, 678, und NJW-RR 1986, 426 = FamRZ 1986, 151). Das ist hier nicht der Fall.

III. Ungleichbehandlung von Eltern und Kindern als Unterhaltsschuldner

Das BerGer. geht zwar im Ansatz zutreffend davon aus, dass dem in den Unterhaltstabellen angesetzten Selbstbehalt eines Unterhaltsverpflichteten gegenüber einem volljährigen Kind andere Lebensverhältnisse zu Grunde liegen als im vorliegenden Fall zu beurteilen sind. Eltern müssen regelmäßig damit rechnen, ihren Kindern auch über die Vollendung des 18. Lebensjahres hinaus zu Unterhaltsleistungen verpflichtet zu sein, bis diese eine - nicht selten langjährige - Berufsausbildung abgeschlossen haben und wirtschaftlich selbstständig sind. Mit einer solchen, der natürlichen Generationenfolge entsprechenden Entwicklung kann indessen nicht der Fall gleichgestellt werden, dass Eltern nach ihrem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben ihre Kinder auf Unterhalt für ihren notwendigen Lebensbedarf in Anspruch nehmen müssen. Der Senat hat deshalb die Auffassung gebilligt, dass der angemessene Selbstbehalt, der einem Verpflichteten bei durchschnittlichen Einkommensverhältnissen gegenüber dem Unterhaltsbegehren eines volljährigen Kindes als Mindestbetrag gewährt wird, um einen maßvollen Zuschlag erhöht wird, wenn das Unterhaltsbegehren anderer Verwandter - wie hier der Eltern - zu beurteilen ist (Senat, NJW 1992, 1393 = FamRZ 1992, 795 [797]). Ein solcher Zuschlag kann aber nicht für alle Verhältnisse gleich bemessen werden. Denn es entspricht der Erfahrung, dass die Lebensführung an die zur Verfügung stehenden Mittel angepasst wird, bei durchschnittlichen Einkommensverhältnissen also ein einfacherer Lebensstandard anzutreffen ist als bei gehobeneren und gehobenen Einkommensverhältnissen. Diesem Umstand hat das BerGer. nicht in der gebotenen Weise Rechnung getragen.

IV. Bemessung des Selbsthalts

Was der Unterhaltsverpflichtete im Verhältnis zu seinen Eltern für seinen eigenen angemessenen Unterhalt benötigt, muss nach den Grundsätzen bemessen werden, die auch für die Unterhaltspflicht gelten. Maßgebend ist deshalb die Lebensstellung, die dem Einkommen, Vermögen und sozialen Rang des Verpflichteten entspricht; hiervon ausgehend wird der gesamte Lebensbedarf einschließlich einer angemessenen Altersversorgung umfasst. Daraus folgt, dass der angemessene Eigenbedarf nicht losgelöst von dem im Einzelfall vorhandenen Einkommen bestimmt werden kann. Er richtet sich somit nicht an einer festen Größe aus, sondern ist entsprechend den Umständen des Einzelfalls veränderlich (Senat, NJW 1989, S23 = FamRZ 1989, 272; Schwab, Familiäre Solidarität - Beiträge zum europäischen FamilienR, Bd. 5, 5. 52; Günther, FF 1999,

172 [174], sowie ders., FuR 1995, 1 [5]; Menter, FamRZ 1997, 919 [922]; Büttner, in: Festschr. für D. Henrich, S. 53; Künkel, FamRZ 1991, 14 [22]; Dieckmann, DAV 1979, 553 [562]; Staudinger/Engler/Kaiser, § 1603 Rdnr. 136; OLG Hamm, FamRZ 1999, 1533; OLG Oldenburg, FamRZ 2000, 1174 [1175]; OLG Stuttgart, OLG-Report 2000, 245 [246]; OLG Frankfurt a. M., OLGReport 2001, 264 [265]). Eine spürbare und dauerhafte Senkung seines berufs- und einkommenstypischen Unterhaltsniveaus braucht der Unterhaltsverpflichtete jedenfalls insoweit nicht hinzunehmen, als er nicht einen nach den Verhältnissen unangemessenen Aufwand betreibt oder ein Leben im Luxus führt. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine Inanspruchnahme für den Unterhalt von Eltern in der Regel erst stattfindet, wenn der Unterhaltsverpflichtete sich selbst bereits in einem höheren Lebensalter befindet, seine Lebensverhältnisse demzufolge bereits längerfristig seinem Einkommensniveau angepasst hat, Vorsorge für sein eigenes Alter treffen möchte und dann unerwartet der Forderung ausgesetzt wird, sich an den für seine Eltern auf Grund deren Hilfs- oder Pflegebedürftigkeit anfallenden Kosten zu beteiligen. Wenn in dieser Situation sogar von ihm verlangt wird, mehr von seinem Einkommen für den Unterhalt der Eltern einzusetzen, als ihm selbst verbleibt, wird die Grenze des dem Unterhaltsverpflichteten Zumutbaren in der Regel überschritten (im Gegensatz zu der Rechtslage bei der Inanspruchnahme auf Unterhalt für ein volljähriges behindertes Kind, vgl. Senat, NJW-RR 1986, 66 = FamRZ 1986, 48 [49]).

V. Rechtliche Verankerung der individuellen Selbstbehaltsbestimmung

Eine derartige Schmälerung des eigenen angemessenen Bedarfs wäre auch mit dem Gesetz nicht in Einklang zu bringen. Den Eltern des Unterhaltsverpflichteten gehen seine unverheirateten minderjährigen und seine unverheirateten privilegierten volljährigen Kinder, sein Ehegatte oder geschiedener Ehegatte; die nach § 1615 I BGB Unterhaltsberechtigten, seine verheirateten minderjährigen und nicht privilegierten volljährigen Kinder sowie seine Enkel und weiter entfernte Abkömmlinge im Rang vor (§ 1609 I und II, 1615 I III 3 Halbs. 2 BGB). Daran zeigt sich, dass der Unterhaltsanspruch der Eltern rechtlich vergleichsweise schwach ausgestaltet ist. Seinem Ehegatten gegenüber wäre der von dem Unterhaltsverpflichteten zu leistende Unterhalt so zu bemessen, dass beide Ehegatten in gleicher Weise an dem ehelichen Lebensstandard teilhaben, weshalb grundsätzlich jedem die Hälfte des verteilungsfähigen Einkommens zuzubilligen ist (st. Rspr., vgl. Senat, NJW 1988, 2369 = FamRZ 1988, 265 [267]).

Würde der einem Elternteil geschuldete Unterhalt demgegenüber mit einem höheren Betrag bemessen, so würde dies der gesetzlichen Rangfolge nicht entsprechen. Das wird zusätzlich daraus ersichtlich, dass auch der Ehegatte des Elternteils für diesen allenfalls Unterhalt in Höhe der Hälfte seines Einkommens aufzubringen hätte, obwohl er vor dem Kind haftet (vgl. hierzu auch Günther, Münchener AnwaltsHdb. FamilienR, § 12 Rdnrn. 1, 34; Büttner, S. 53; Eschenbruch, Unterhaltsprozess, 2. Aufl., Rdnr. 2021; Heiß/Hußmann, UnterhaltsR, 13. Kap. Rdnrn. 58 f.).

In tatsächlicher Hinsicht würde die Notwendigkeit, erhebliche Abstriche von dem erlangten Lebenszuschnitt vornehmen zu müssen, auch auf eine übermäßige Belastung der Unterhaltsverpflichteten hinauslaufen. Wie der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 26. 2. 1992 (Senat, NJW 1992, 1393 = FamRZ 1992, 795 [797]) ausgeführt hat, haben die auf Zahlung von Elternunterhalt in Anspruch genommenen Kinder in der Regel bereits ohne derartige Leistungen erhebliche Aufwendungen zur Erfüllung des Generationenvertrags erbracht, indem sie ihre eigenen Kinder großgezogen und deren Ausbildung finanziert haben und zugleich durch ihre Sozialversicherungsabgaben, zu denen inzwischen noch die Beiträge zur Pflegeversicherung hinzugekommen sind, dazu beigetragen haben, dass die Elterngeneration insgesamt im Alter versorgt wird (so auch Günther, § 12 Rdnr. 34).

VI. Gesetz zur bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter

Diesem Gesichtspunkt trägt letztlich auch das zum 1. 1. 2003 in Kraft tretende Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG) vom 26. 6. 2001 (BGBI 1, 1310 [1335 ff.]) in der Fassung des Gesetzes zur Verlängerung von Übergangsregelungen im Bundessozialhilfegesetz vom 27. 4. 2002 (BGBI 1, 1462 [1463]) Rechnung. Danach können unter anderem Personen, die das 65. Lebensjahr vollendet und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben, auf Antrag Leistungen der beitragsunabhängigen, bedarfsorientierten Grundsicherung erhalten. Soweit sie ihren Unterhalt nicht durch ihr nach sozialhilferechtlichen Grundsätzen ermitteltes Einkommen und Vermögen decken können und ihre Bedürftigkeit nicht in den letzten zehn Jahren vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt haben (§§ 1, 2 GSiG). Die Grundsicherung umfasst den für den Anspruchsteller maßgeblichen sozialhilferechtlichen Regelsatz zuzüglich 15% des Regelsatzes eines Haushaltsvorstands. Hinzu kommen unter anderem die angemessenen tatsächlichen Aufwendungen für Unterkunft und

Heizung sowie die Kosten der Kranken- und Pflegeversicherung (§ 3 I GSIG). Bei der Einkommens- und Vermögensermittlung bleiben Unterhaltsansprüche des Antragsberechtigten gegenüber seinen Kindern und Eltern unberücksichtigt, sofern deren jährliches Gesamteinkommen i. S. des § 16 SGB IV unter einem Betrag von 100 000 Euro liegt (§ 2 I 3 GSIG).

In dem Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung (BT-Dr 1415150, S. 48) wird hierzu ausgeführt, der Zweck des Gesetzes bestehe darin, unter anderem für alte Menschen eine eigenständige soziale Leistung vorzusehen, die den grundlegenden Bedarf für den Lebensunterhalt sicherstelle; durch diese Leistung solle im Regelfall die Notwendigkeit der Gewährung von Sozialhilfe vermieden werden; außerdem habe vor allem ältere Menschen die Furcht vor dem Unterhaltsrückgriff auf ihre Kinder oftmals von dem Gang zum Sozialamt abgehalten; eine dem sozialen Gedanken verpflichtete Lösung müsse hier einen gesamtgesellschaftlichen Ansatz wählen, der eine würdige und unabhängige Existenz sichere. Hieraus wird deutlich, dass - von besonders günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen der Unterhaltsverpflichteten abgesehen - zu Lasten öffentlicher Mittel auf einen Unterhaltsregress verzichtet worden ist, weil dieser von älteren Menschen vielfach als unangemessen und unzumutbar empfunden wird und dieser Umstand Berücksichtigung finden soll.

VII. Ergebnis: Erfordernis einer individuellen einzelfallbedingten Bestimmung des Selbstbehalts

Nach alledem ist davon auszugehen, dass der angemessene Eigenbedarf nicht durchgängig mit einem bestimmten festen Betrag angesetzt werden kann, sondern anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der besonderen Lebensverhältnisse, die bei der Inanspruchnahme auf Elternunterhalt vorliegen, zu ermitteln ist. Diesem Gesichtspunkt tragen inzwischen die meisten Tabellen und Leitlinien der Oberlandesgerichte insoweit Rechnung, als sie als Selbstbehalt des Kindes nur einen Mindestbetrag angeben (vgl. etwa die Zusammenstellung bei Günther, § 12 Rdnr. 31). Unter welchen Voraussetzungen diese Mindestbeträge zu erhöhen sind, wird in der Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte und im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet (vgl. dazu etwa die Übersichten von Menter, FamRZ 1997, 919 [922], und Miesen, FF 2000, 199). Ebenso wenig besteht Einigkeit darüber, ob den Kindern gegenüber ihren Eltern von dem den Freibetrag übersteigenden Einkommen ein bestimmter Anteil zusätzlich zu belasten ist, wie dies etwa in den Empfehlungen des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge

(vgl. FamRZ 2000, 788 [796] [unter Nr. 121]) und in denjenigen des 11. und des 13. Deutschen Familiengerichtstags (FamRZ 1996, 337 [338] [unter 1 4 2], und FamRZ 2000, 273 [274] [unter 1 4 a]) vorgeschlagen worden ist. Ob hierdurch im Einzelfall ein angemessenes Ergebnis erreicht werden kann, unterliegt letztlich der verantwortlichen Beurteilung des Tatrichters. Insofern wird es allerdings nicht grundsätzlich als rechtsfehlerhaft angesehen werden können, wenn bei der Ermittlung des für den Elternunterhalt einzusetzenden bereinigten Einkommens allein auf einen - etwa hälftigen - Anteil des Betrags abgestellt wird, der den an sich vorgesehenen Mindestselbstbehalt übersteigt. Vielmehr kann durch eine solche Handhabung im Einzelfall ein angemessener Ausgleich zwischen dem Unterhaltsinteresse der Eltern einerseits und dem Interesse des Unterhaltsverpflichteten an der Wahrung seines angemessenen Selbstbehalts andererseits zu bewirken sein. Zugleich kann eine ungerechtfertigte Nivellierung unterschiedlicher Verhältnisse vermieden werden. Überdies hätte eine derartige Verfahrensweise den Vorteil der Rechtssicherheit und Praktikabilität für sich (ebenso Günther, § 12 Rdnr. 35; Büttner, S. 53; Kalthoener/Büttner/Niepmann, Die Rechtsprechung zur - Höhe des Unterhalts, 8. Aufl., Rdnr. 188 a; Heiß/Hußmann, 13. Kap. Rdnr. 58; Eschenbruch, Rdnr. 2021; Staudinger/Engler/Kaiser, - § 1603 Rdnr. 138; OLG Hamm, FamRZ 1999, 1533; OLG Hamm, FamRZ 2002, 123 [124]; OLG Frankfurt a. M., OLG-Report 2001, 264 [265]; vgl. auch die Nachw. bei Duderstadt, Erwachsenenunterhalt, Anm. 3.4.1.2; a. A. Luthin/Seidel, Hdb. des UnterhaltsR, 9. Aufl., Rdnr. 5070; Wendl/Pauling, Das UnterhaltsR in der familiengerichtlichen Praxis, 5. Aufl., § 2 Rdnrn. 619 f., 639; Steymans, FuR 2000, 361 [363]).

VIII. Fehlerhafte Feststellung des Selbstbehalts durch das BerGer.

Da das BerGer. den angemessenen Eigenbedarf des Bekl. nicht rechtsfehlerfrei ermittelt hat, kann die Entscheidung auch in dem bezeichneten Umfang keinen Bestand haben.

D. Einsatz von Vermögen zur Erfüllung von Unterhaltungspflichten gegenüber den Eltern

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Wegen des nicht aus dem laufenden Einkommen des Bekl. aufzubringenden Unterhalts hat das BerGer. es für zumutbar gehalten, dass der Bekl. sein Vermögen einsetzt. Dazu hat es ausgeführt: Es entspreche ständiger Rechtsprechung, dass zur Sicherung des Unterhalts auch auf den Vermögensstamm zurückgegriffen werden müsse, wenn die laufenden Einkünfte hierfür

nicht ausreichen. Eine allgemeine Billigkeitsgrenze sehe das Gesetz in § 1603 I BGB insofern nicht vor. Einschränkungen der Obliegenheit zum Einsatz auch des Vermögensstamms ergäben sich allein daraus, dass nach dem Gesetz auch die sonstigen Verpflichtungen des Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen seien und er seinen eigenen angemessenen Unterhalt nicht zu gefährden brauche. Daraus folge, dass eine Verwertung des Vermögensstamms nicht verlangt werden könne, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneide, die er zur Erfüllung weiterer Unterhaltsansprüche, anderer berücksichtigungswürdiger Verbindlichkeiten oder zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötige. Der Bekl. habe nach eigenen Angaben verwertbares Kapital in Höhe von rund 300 000 DM; außerdem sei er Eigentümer einer Wohnung, deren Wert allerdings nicht dargelegt worden sei. In Anbetracht dessen könne der Bekl. einen Betrag von rund 22400 DM ohne Gefährdung seiner eigenen berechtigten Unterhaltsbelange aus seinem Vermögen aufbringen, weshalb er unterhaltsrechtlich hierzu auch verpflichtet sei. Denn die monatlichen Einnahmen aus seiner Altersversorgung beliefen sich auf annähernd 4000 DM. Hinzu komme ein Vermögen, das auch nach Abzug der Unterhaltsleistung für die Eltern noch beträchtlich bleibe. Selbst wenn der Bekl. eines Tages nicht mehr alleine leben könne und fremde Hilfe benötige, sei das verbleibende Vermögen ersichtlich ausreichend. Da er - nachdem auch seine Mutter am 30. 9. 1997 verstorben sei - auf weitergehende Unterhaltszahlungen für seine Eltern nicht mehr in Anspruch genommen werden könne, sei es unnötig, seine voraussichtliche Lebenserwartung zu prognostizieren und nach statistischen Grundsätzen zu errechnen, welche Vermögenswerte - verteilt auf die Zeit der Lebenserwartung - einzusetzen seien. Angezeigt sei ein derart gestaffelter errechneter Unterhalt nur, wenn es im Hinblick auf eine nicht absehbar lange Unterhaltsverpflichtung unbillig sei, dass

der Unterhaltspflichtige sich sogleich bis zur zumutbaren Opfergrenze seines Vermögens entäußern müsse und danach zu angemessener Unterhaltsleistung nicht mehr in der Lage sei.

II. Bestätigung durch den BGH in der Revision

Gegen diese Beurteilung bestehen im vorliegenden Fall aus Rechtsgründen keine Bedenken; sie stimmt mit - der Rechtsprechung des Senats überein (vgl. Senat, NJW-RR 1986, 66 = FamRZ 1986, 48 [50]; BGHZ 75, 272 [278] = NJW 1980, 340). Soweit die Revision demgegenüber geltend macht, bei der Bestimmung des Vermögens, das zur Sicherung des eigenen Unterhalts zu schonen sei, habe die gesamte voraussichtliche Lebensdauer des Unterhaltspflichtigen berücksichtigt werden müssen, vermag sie damit nicht durchzudringen. Eine solche Vorgehensweise hat das BerGer. im Grundsatz zu Recht und mit zutreffender Begründung für nicht erforderlich gehalten. Denn der Teil der Unterhaltsforderung, dessentwegen der Bekl. eventuell noch einen Teil seines Sparvermögens einsetzen muss, reduziert sich gegenüber dem vom BerGer. errechneten Betrag von rund 22400 DM jedenfalls erheblich, weil allein eine Inanspruchnahme in Höhe der der Mutter für die Zeit vom 1.4. bis zum 30.12.1996 gewährten Sozialhilfe in Betracht kommt. Deshalb kann es sich allenfalls noch um einen relativ geringen Betrag handeln, so dass es dem Bekl. zugemutet werden kann, insoweit auf sein Kapitalvermögen zurückzugreifen.

E. Endergebnis

Die Sache ist an das OLG zurückzuverweisen, damit festgestellt werden kann, welcher weitergehende Betrag der Klageforderung auf Grund der Verwirkung nicht mehr geltend gemacht werden kann. Wegen der verbleibenden Unterhaltsforderung wird das OLG erneut die Leistungsfähigkeit des Bekl. auf Grund seiner Einkommensverhältnisse zu beurteilen haben.

Standort: Leasing

Problem: Rückabwicklung bei Zahlung durch Altfahrzeug

BGH, URTEIL VOM 30.10.2002
VIII ZR 119/02 (NJW 2003, 505)

Problemdarstellung:

Die Parteien hatten einen Leasingvertrag über einen Pkw geschlossen, der neben einer monatlichen Leasingrate von 555,- DM zudem eine einmalige (Miet-)Sonderzahlung bei Übernahme des Fahrzeugs von 23.990,- DM vorsah. Des weiteren wurde im Vertrag vereinbart, dass der Gebrauchtwagen des klagenden

Leasingnehmers zum Preis dieser (Miet-)Sonderzahlung in Zahlung genommen werden sollte. Bei Abholung des Gebrauchtwagens unterschrieb der Kl. einen Ankaufschein für seinen Wagen zum Preis von 23.990,- DM. Nachdem der Leasingvertrag im beiderseitigen Einverständnis aufgehoben worden ist, streiten die Parteien nunmehr, ob der Kl. seinen Gebrauchtwagen oder die dafür veranschlagte (Miet-)Sonderzahlung von 23.990,- DM erhalten soll.

Offen gelassen hat das Gericht die im Schrifttum um-

strittene Frage, ob ein einvernehmlich aufgelöster Vertrag nach Bereicherungsrecht gem. §§ 812 ff. BGB oder nach Rücktrittsrecht gem. §§ 346 ff. BGB zurück abzuwickeln ist. Hingegen hat der BGH im Einklang mit dem BerGer. die im Leasingvertrag vereinbarte Regelung zur Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens als bloße Ersetzungsbefugnis gem. § 364 I BGB gewertet, indem er auf eine entsprechende Rechtsprechung im Kaufrecht Bezug nahm. Das Interesse des Leasinggebers besteht in der Vermarktung des Fahrzeugs gegen Entgelt; er lässt sich auf die Inzahlungnahme des Gebrauchtwagens nur ein, um das angestrebte Geschäft abschließen zu können. Daraus folgt aber nicht, dass die Gegenleistungspflicht des Leasingnehmers zum einen in Geld und zum anderen in eine Sachleistung erschöpft. Vielmehr bleibt die Gegenleistungspflicht eine reine Geldschuld; der Leasingnehmer bekommt nur aufgrund der Parteivereinbarung die Möglichkeit, anstelle einer bestimmten Geldsumme die Übereignung seines Altfahrzeugs zu setzen. Die Verwendung des „Ankaufscheins“ bei Abholung des Altwagens stellt wegen des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Leasingvertrag keinen eigenständigen Kaufvertrag da.

Bei der Rückabwicklung eines solchen Vertrages mit Ersetzungsbefugnis gem. § 364 I BGB erhält der Leasingnehmer - in Rückgriff auf eine entsprechende Rechtsprechung zur Wandlung eines Kaufvertrages - nur seinen Gebrauchtwagen zurück. Denn er hat durch die Inzahlungnahme nur ein verrechnungsfähiges Guthaben erhalten, jedoch keinen Barauszahlungsanspruch. Zudem sind bei einer Vertragsrückabwicklung nur die tatsächlich empfangenen Leistungen zurückgewährt werden.

Prüfungsrelevanz:

Zu den klassischen Examensthemen gehört neben Kauf- und Mietrecht auch das Leasing, das aufgrund seiner Eigenart im Grenzbereich zwischen diesen gesetzlich geregelten Vertragstypen angesiedelt ist. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass der BGH bei Problemfällen im Leasingrecht - wie hier die Rückabwicklung eines Leasingvertrages mit Ersetzungsbefugnis gem. § 364 I BGB - auf entsprechende Rechtsprechung zum Kaufrecht zurückgreift, um diese zu lösen.

Das Studium dieses Urteils ist für die Examensvorbereitung also nicht nur wegen des Leasingrechts sondern auch zur Wiederholung bzw. Vertiefung des Kaufrechts von besonderer Bedeutung und daher zu empfehlen.

Vertiefungshinweis:

Zur Schadensberechnung bei vorzeitiger Kündigung eines Leasingvertrages: *BGH*, NJW 2002, 2713

Kursprogramm:

Examenskurs: „Hubschrauberleasing“

Leitsätze:

- 1. Nimmt der Händler und Leasinggeber bei einem Leasingvertrag über ein Kraftfahrzeug einen Gebrauchtwagen des Leasingnehmers zum Betrag der im Leasingvertrag vereinbarten Mietsonderzahlung in Zahlung, liegt im Regelfall kein gesonderter Kaufvertrag über den Gebrauchtwagen, sondern ein einheitlicher Leasingvertrag vor, bei dem der Leasingnehmer das Recht hat, die vertraglich vereinbarte Mietsonderzahlung durch Hingabe des Gebrauchtwagens zu tilgen.**
- 2. Vereinbaren die Vertragsparteien in einem solchen Fall die Rückabwicklung des Leasingvertrags, so kann der Leasingnehmer nicht den für seinen Gebrauchtwagen auf die Mietsonderzahlung angerechneten Geldbetrag, sondern nur den in Zahlung gegebenen Gebrauchtwagen selbst zurückverlangen.**

Sachverhalt:

Mit „Leasing-Bestellung“ vom 13. 11. 1998 bestellte der Kl. bei der Bekl., einer Kraftfahrzeug-Händlerin, einen Personenkraftwagen Camaro Z 28 Coupé zu einem „Gesamtleasingpreis“ von 66 675 DM. Gemäß den Eintragungen im Bestellformular sollten die Mietdauer 36 Monate und die Monatsmiete 555 DM betragen. Daneben hatte der Kl. bei Übernahme des Fahrzeugs eine einmalige Mietsonderzahlung von 23 990 DM zu leisten. Ferner war der Kl. auf Verlangen der Bekl. verpflichtet, das Fahrzeug nach Beendigung der Vertragsdauer zum kalkulierten Restwert von 22 705 DM zu kaufen (alle Beträge einschließlich Mehrwertsteuer). Weiter heißt es in dem Bestellformular unter der Überschrift „Vereinbarungen (Vertragsabrechnung, Individualabreden)“ handschriftlich, dass „ein Altfahrzeug Pontiac Firebird ... zum Preise von 23990 DM in Zahlung“ genommen wird. Die Bekl. nahm die Bestellung des Kl. vom 13. 11. 1998 noch am gleichen Tag an. Bei Auslieferung des Leasingwagens am 20. 1. 1999 übergab der Kl. der Bekl. zugleich sein Altfahrzeug. Dabei unterschrieb er einen formularmäßigen „Ankaufschein für ein gebrauchtes Kraftfahrzeug“, in dem neben der Bezeichnung „Pontiac Firebird“ nur der Preis von 23 990 DM eingetragen ist. Laut Sachverständigengutachten vom 13.11. 1998 betrug der Händlereinkaufswert zu diesem Zeitpunkt 21

000 DM (einschließlich Mehrwertsteuer). An dem Leasingfahrzeug traten von Anfang an starke Laufgeräusche auf, die auf einem nicht behebbaren Konstruktionsfehler beruhten. Nach längerem Schriftwechsel bot die Bekl. dem Kl. die Rückabwicklung des Leasingvertrags an. Daraufhin übergab ihr der Kl. am 16. 12. 1999 das Leasingfahrzeug. Die Rücknahme seines Altfahrzeugs lehnte der Kl. ab. In dem vorliegenden Rechtsstreit hat der Kl. die Bekl. auf Erstattung der in dem Leasingvertrag vereinbarten Mietsonderzahlung, der von ihm gezahlten Leasingraten sowie näher bezeichneter Kosten abzüglich einer Nutzungsentschädigung für das zurückgegebene Leasingfahrzeug in Anspruch genommen. Die Parteien haben insbesondere darüber gestritten, ob der Kl. Ausgleich der Mietsonderzahlung in Geld oder lediglich Rückgabe seines Altfahrzeugs verlangen kann.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Daraufhin hat der Kl. sein Altfahrzeug bei der Bekl. abgeholt und für 9500 DM verkauft. Diesen Betrag hat er im Berufungsverfahren von seiner im Übrigen wegen weiterer Kosten erhöhten Klageforderung abgesetzt. Demgemäß hat der Kl. von der Bekl. zuletzt noch Zahlung von insgesamt 15 883,93 DM nebst Zinsen begehrt. Das OLG hat der Klage lediglich in Höhe von 729,87 Euro nebst Zinsen stattgegeben. Die - zugelassene - Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat, soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

Nachdem die Parteien übereinstimmend die Rückabwicklung des Leasingvertrags vereinbart hätten, seien die beiderseitigen Vertragsleistungen nach Bereicherungsrecht auszugleichen. In die Saldierung sei die Mietsonderzahlung von 23 990 DM nicht einzubeziehen. Seien Hersteller oder Lieferant des Leasingfahrzeugs und Leasinggeber identisch und leiste der Leasingnehmer die Mietsonderzahlung in der Form, dass er sein gebrauchtes Fahrzeug in Zahlung gebe, stelle sich die Interessenlage der Vertragsparteien nicht anders dar als bei der Wandelung eines Kaufvertrags. Dabei sei die an Erfüllung statt erbrachte Leistung selbst zurückzugewähren und nicht der auf den Kaufpreis angerechnete Geldbetrag. Der Kl. habe sein Altfahrzeug in Erfüllung des Leasingvertrags in Zahlung gegeben und hierüber nicht einen gesonderten Kaufvertrag mit der Bekl. geschlossen. Im Leasingvertrag sei eindeutig festgehalten, dass der Pontiac für 23 990 DM in Zahlung genommen werde. Schon wegen des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs

liege es nahe, dass der Ankaufschein vom 20. 1. 1999 keine selbstständigen kaufvertraglichen Rechte habe begründen sollen, sondern dass dem Kl. im Rahmen eines einheitlichen Rechtsverhältnisses eine Ersetzungsbefugnis eingeräumt worden sei. Das vorliegende Händlerleasing werde wesentlich vom Absatzinteresse des Leasinggebers als Händler bestimmt, was mit der Situation des Neuwagenverkaufs vergleichbar sei. Gegen den Abschluss eines gesonderten Kaufvertrags spreche auch, dass der Ankaufschein das Fahrzeug nur grob bezeichne und im Übrigen nicht ausgefüllt sei. Das gebe ihm das Gepräge einer bloßen Übergabebescheinigung. Diese Lösung könne zwar für den Leasingnehmer nachteilig sein, wenn er bei der Rückabwicklung des Vertrags einen in dem Anrechnungspreis versteckten Händlerrabatt verliere oder wenn das an Erfüllung statt hingeebene Altfahrzeug wie hier bis zur Rückgabe einen nicht unerheblichen Wertverlust erleide. Das sei jedoch eine Folge der gesetzlichen Regelung der Wandelung, bei der dem Käufer ein Schadensausgleich nicht eingeräumt werde. Ohne Berücksichtigung der Mietsonderzahlung stehe dem Kl. wegen der von ihm geleisteten Leasingraten und seiner sonstigen Kosten abzüglich der unstreitigen Nutzungsentschädigung lediglich ein Bereicherungsanspruch in Höhe von 1427,50 DM bzw. 729,87 Euro zu.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Zu Recht hat das BerGer. den vom Kl. geltend gemachten Zahlungsanspruch lediglich in Höhe von 729,87 Euro bejaht.

I. Rechtliche Einordnung des vereinbarten Rückabwicklungsverhältnisses

Die tatrichterliche Würdigung des BerGer., dass die Parteien die Rückabwicklung des Leasingvertrags vom 13. 11. 1998 vereinbart haben, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und wird auch von der Revision nicht angegriffen. Dahingestellt bleiben kann, ob diese Rückabwicklung, wie das BerGer. meint, nach Bereicherungsrecht zu erfolgen hat. Im Schrifttum ist streitig, ob im Falle einer rückwirkenden Vertragsaufhebung die beiderseitigen Leistungen nach §§ 812 ff. BGB (Schlüter, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 397 Rdnr. 18; Erman/H. P. Westermann, BGB, 10. Aufl., § 397 Rdnr. 3, jew. m. w. Nachw.) oder vorrangig entsprechend §§ 346 ff. BGB (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 305 Rdnr. 7; Thode, in: MünchKomm, § 305 Rdnr. 46, jew. m. w. Nachw.) zurück zu gewähren sind. Für die hier maßgebliche Frage, ob der Kl. Ausgleich der Mietsonderzahlung in Geld oder lediglich Rückgabe seines Altfahrzeugs verlangen kann, ergibt

sich daraus kein Unterschied.

II. Kein Anspruch des Kl. auf Auszahlung der Mietsonderzahlung in Form von Geld

Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das BerGer. dem Kl. keinen Ausgleich in Geld für die im Leasingvertrag vereinbarte Mietsonderzahlung von 23 990 DM gewährt hat.

1. Auslegung des Leasingvertrages bzw. des Ankaufscheins

Das BerGer. hat die in dem Bestellformular getroffene Vereinbarung der Parteien, dass das Altfahrzeug des Kl. von der Bekl. in Zahlung genommen wird, unter Hinweis auf die gleiche Interessenlage wie beim Fahrzeugkauf dahin ausgelegt, dass damit nicht neben dem Leasingvertrag ein - durch dessen Aufhebung unberührter - gesonderter Kaufvertrag über das Altfahrzeug geschlossen, sondern dem Kl. im Rahmen eines einheitlichen Leasingvertrags eine Ersetzungsbefugnis hinsichtlich der Mietsonderzahlung eingeräumt worden ist. Zugleich hat es den vom Kl. bei Übergabe seines Altfahrzeugs unterschriebenen „Ankaufschein“ wegen des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Leasingvertrag und wegen der unvollständigen Ausfüllung als bloße Übergabebescheinigung ausgelegt.

a. Einordnung der Inzahlungnahme als Ersetzungsbefugnis gem. § 364 I BGB

Bei der Vereinbarung über die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs handelt es sich um eine - im Bestellformular auch ausdrücklich so bezeichnete - Individualabrede, deren tatrichterliche Auslegung nach der ständigen Rechtsprechung des BGH revisionsrechtlich nur eingeschränkt auf die Verletzung von gesetzlichen oder allgemein anerkannten Auslegungsregeln, Denkgesetzen und Erfahrungssätzen überprüfbar ist (z. B. Senat, NJW 2002, 506 = WM 2002, 444 m. w. Nachw.). Derartige Fehler zeigt die Revision nicht auf.

Entgegen der Ansicht der Revision ist das BerGer. zutreffend davon ausgegangen, dass bei dem hier gegebenen Händlerleasing, bei dem Leasinggeber und Lieferant der Leasingsache identisch sind (vgl. Senat, NJW 1998, 1687 = WM 1998, 928), im Hinblick auf das Absatzinteresse des Händlers und Leasinggebers eine vergleichbare Interessenlage besteht wie beim Fahrzeugkauf. Bei diesem ist das Interesse des Kraftfahrzeughändlers erkennbar auf die Veräußerung gegen Geld und nicht auf den Erwerb eines gebrauchten Fahrzeugs gerichtet. Er lässt sich auf die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs nur ein, um das von ihm erstrebte Geschäft abschließen zu können. Dies bedeutet

nicht, dass sich die Vertragsparteien auf eine Gegenleistung einigen, die zum einen Teil in Geld und zum anderen Teil in der Überlassung des Altfahrzeugs bestehen soll. Vielmehr bleibt im Regelfall die vom Käufer geschuldete Gegenleistung in voller Höhe eine Geldschuld. Es liegt deshalb bei einer solchen Fallgestaltung regelmäßig ein einheitlicher Kaufvertrag vor. Jedoch hat der Käufer auf Grund der Parteivereinbarungen das Recht, an Stelle der ausbedungenen Geldschuld zum Zwecke der Erfüllung seinen gebrauchten Wagen in Zahlung zu geben. Mit dieser Ersetzungsbefugnis des Käufers ist den Interessen beider Beteiligten ausreichend genügt (Senatsurteile BGHZ 46, 338 [340 f.] = NJW 1967, 558; BGHZ 89, 126 [128ff.] = NJW 1984, 429; BGHZ 128, 111 [115] = NJW 1995, 518). Der Umstand, dass die Parteien hier an Stelle eines Kaufvertrags einen Leasingvertrag über den Neuwagen geschlossen haben, rechtfertigt keine andere Beurteilung der Vereinbarung über die Inzahlungnahme des Altfahrzeugs. Der durch das Absatzinteresse der Bekl. begründete Zusammenhang mit der Inzahlungnahme des Altfahrzeugs ist bei dem hier geschlossenen Leasingvertrag nicht anders als bei einem Kaufvertrag über das Neufahrzeug.

Unbegründet ist auch die Rüge, der Annahme eines einheitlichen Leasingvertrags mit Ersetzungsbefugnis des Kl. stehe entgegen, dass es in der Leasing-Bestellung nicht Mietsonderleistung, sondern Mietsonderzahlung heiße, nach dem Leasingvertrag mithin die Zahlung von Geld und nicht die Überlassung des Altfahrzeugs geschuldet sei. Die Revision verkennt, dass die vom BerGer. angenommene Ersetzungsbefugnis des Kl. dessen Verpflichtung, die vereinbarte Mietsonderzahlung zu erbringen, nicht beseitigt, sondern ihn lediglich berechtigt, an Erfüllung statt (§ 364 I BGB) sein Altfahrzeug in Zahlung zu geben (vgl. BGHZ 46, 338 [340f.] = NJW 1967, 553).

b. Kein eigenständiger Kaufvertrag auf der Grundlage des „Ankaufscheins“

Der von der Revision angeführte Umstand, dass in den vorgedruckten Wendungen des von dem Kl. unterzeichneten Ankaufscheins mehrfach das Wort „Kauf“ gebraucht wird, ist unerheblich. Keiner Entscheidung bedarf, ob es sich trotz des formularmäßigen Inhalts des Ankaufscheins, der nur Angaben zu der typmäßigen Bezeichnung des Altfahrzeugs und dem Preis enthält, ebenfalls um eine Individualerklärung handelt, deren tatrichterliche Auslegung revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar ist (vgl. vorstehend unter aa). Unabhängig davon teilt der Senat die Auslegung des BerGer. Wegen des zeitlichen und inhaltlichen Zusammenhangs mit dem Leasingvertrag und auf Grund der

Gegebenheit, dass der Ankaufschein lediglich teilweise ausgefüllt und darüber hinaus allein von dem Kl. unterschrieben ist, ist das Schriftstück nicht als gesonderter Kaufvertrag der Parteien, sondern lediglich als Übergabebescheinigung des Kl. für die Bekl. auszulegen.

2. Vergleich mit der Wandlung eines Kaufvertrages bei Ersetzungsbefugnis

Zu Recht hat das BerGer. angenommen, dass bei der von den Parteien vereinbarten Rückabwicklung des Leasingvertrags in Bezug auf das von der Bekl. in Zahlung genommene Altfahrzeug des Kl. nichts anderes gilt als bei der Wandelung eines Kaufvertrags über ein Kraftfahrzeug mit Inzahlungnahme eines Gebrauchtwagens.

a. Ständige Rechtsprechung des BGH zu dieser Thematik

Nach der Rechtsprechung des Senats kann der Käufer eines Kraftfahrzeugs, der für einen Teil des Kaufpreises einen Gebrauchtwagen an Erfüllung statt in Zahlung gegeben hat, im Falle der Wandelung des Vertrags nicht den für seinen Altwagen angerechneten Geldbetrag, sondern nur den in Zahlung gegebenen Altwagen selbst zurückverlangen. Maßgebend dafür sind zunächst der Zweck der Abrede über die Inzahlungnahme, durch die der Käufer im Wege der Ersetzungsbefugnis lediglich ein „verrechnungsfähiges Guthaben“, jedoch keinen Barauszahlungsanspruch für sein Altfahrzeug erwirbt, ferner die Rechtsnatur des durch die Wandelung begründeten Rückabwicklungsverhältnisses, das auf Rückgewähr der tatsächlich ausgetauschten Leistungen und damit des in Zahlung gegebenen Altfahrzeugs gerichtet ist. Schließlich ist es nach der Interessenlage der Vertragsparteien nicht gerechtfertigt, dem Käufer die Vorteile des gewandelten Kaufvertrags wie beispielsweise einen versteckten Händlerrabatt zu erhalten und ihm einen Ausgleich für alle ihm erwachsenen Schäden, etwa für einen Wertverlust des zurückgegebenen Altfahrzeugs, zuzubilligen (BGHZ 89, 126 [132ff.] = NJW 1984, 429; BGHZ 128, 111 [115f.] = NJW 1995, 518).

Wie bereits oben ausgeführt, ist der Zweck der Inzahlungnahme eines Altfahrzeugs bei dem Leasingvertrag der Parteien kein anderer als beim Kauf eines Neuwagens. Die vereinbarte Rückabwicklung des Leasingvertrags ist - nach § 812 I 1 BGB oder entsprechend § 346 I BGB - ebenso wie die Wandelung eines Kaufvertrags auf die Rückgewähr der beiderseits tatsächlich erbrachten Leistungen gerichtet. Schließlich ist auch die Interessenlage insofern gleich, als sowohl bei der Wandelung als auch bei der vereinbarten Rückabwicklung weder der Erhalt von Vorteilen des gewan-

delten bzw. aufgehobenen Vertrags noch ein Anspruch auf Ersatz aller Schäden gerechtfertigt ist.

b. Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Leasingrecht

Vergeblich macht die Revision demgegenüber geltend, das BerGer. habe verkannt, dass das hier gegebene Händlerleasing nicht nach Kaufrecht, sondern als Operating-Leasing ausschließlich nach Mietrecht zu beurteilen sei. Diese Rüge geht in zweifacher Hinsicht fehl.

Zum einen handelt es sich bei dem Leasingvertrag der Parteien nicht um Operating-Leasing. Bei diesem erstrebt der Leasinggeber die volle Amortisation seines Anschaffungsaufwands nicht bereits durch einmaliges, sondern erst durch mehrfaches Überlassen des Leasinggegenstands an verschiedene Leasinggeber. Dem entspricht es, dass beim Operating-Leasing keine oder nur eine - im Verhältnis zur gewöhnlichen Nutzungsdauer der Leasing Sache - sehr kurze feste Vertragslaufzeit vereinbart wird und der Vertrag im Übrigen jederzeit frei kündbar ist (Senat, NJW 1998, 1637 = WM 1998, 928 m.w. Nachw.). Das alles trifft auf den Leasingvertrag der Parteien nicht zu. Dieser ist unter Berücksichtigung der Mietsonderzahlung, der monatlichen Miete und des Andienungsrechts der Bekl. schon bei einmaliger Vermietung des Fahrzeugs auf die volle Amortisation des Anschaffungsaufwands der Bekl. gerichtet. Angesichts dessen, dass der Vertrag auf 36 Monate fest geschlossen ist; kann auch von einer im Verhältnis zur gewöhnlichen Nutzungsdauer eines Kraftfahrzeugs sehr kurzen Vertragslaufzeit keine Rede sein (vgl. Senat, NJW 1998, 1637). Danach handelt es sich bei dem Vertrag der Parteien um Finanzierungsleasing.

Zum anderen kommt es auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob es sich bei dem Leasingvertrag um Operating-Leasing handelt, gar nicht an. Entgegen der Annahme der Revision hat das BerGer. auf die von den Parteien vereinbarte Rückabwicklung des Leasingvertrags kein Kaufrecht, insbesondere kein Wandelungsrecht, sondern Bereicherungsrecht angewandt. Das ist, wie bereits erwähnt, allenfalls insofern zweifelhaft, als im Schrifttum streitig ist, ob die Rückabwicklung eines Vertrags im Falle einer rückwirkenden Aufhebung nach Bereicherungsrecht oder vorrangig in entsprechender Anwendung der Rücktrittsvorschriften zu erfolgen hat. Diese Frage bedarf hier jedoch, wie ebenfalls schon ausgeführt, keiner Entscheidung, weil sowohl nach § 812 I 1 BGB als auch nach § 346 I BGB die empfangenen Leistungen zurückzugewähren sind.

C. Erstattung von Leasingraten, sonstiger Kosten abzüglich der Nutzungsentschädigung

Soweit das BerGer. dem Kl. ohne die nach alledem nicht gerechtfertigte Berücksichtigung der Mietsonderzahlung wegen der von ihm geleisteten Leasingraten

und seiner sonstigen Kosten abzüglich der unstreitigen Nutzungsentschädigung lediglich 1427,50 DM bzw. 729,87 Euro zuerkannt hat, erhebt die Revision keine Einwendungen und bestehen auch sonst keine Bedenken.

Standort: Werkvertrag

Problem: Schadensersatz ohne Fristsetzung

BGH, URTEIL VOM 05.12.2002
VII ZR 360/01 (NJW 2003, 580)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsfall musste der BGH die Frage klären, unter welchen Voraussetzungen die für einen Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB n.F.) erforderliche Fristsetzung zur Nachbesserung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich ist. Die Kl. hatten von der Bekl. ein Mobilheim erworben, bei dem diverse Mängel auftraten. Auf eine unangemessen kurze Fristsetzung zur Mängelbeseitigung durch die Kl. reagierte die Bekl. nicht, sodass sie von den Kl. sogleich auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (= Schadensersatz statt der Leistung) verklagt wurde. Das BerGer. wies die Klage zurück mit der Begründung, es fehle an der mit der Fristsetzung zu verknüpfenden Ablehnungsandrohung gem. § 635 BGB a.F.

Der BGH bestätigte die Ansicht des BerGer., dass eine unangemessen kurze Fristsetzung nicht unwirksam sondern vielmehr dann eine angemessene Frist in Gang gesetzt wird. Richtig ist auch, dass die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam ist, wenn vor Fristablauf die Annahme der geforderten Leistung endgültig abgelehnt wird (st. Rspr.; BGH, WM 1986, 1257). Als rechtsfehlerhaft wies der BGH allerdings die Ausführungen des BerGer. zur Klageabweisung insofern zurück, als es versäumt die Entbehrlichkeit einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im konkreten Fall zu überprüfen. Eine solche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder die Mängelbeseitigung in anderer Weise endgültig verweigert (st. Rspr.; zuletzt BGH, NJW-RR 2003, 13). Dabei ist das gesamte Verhalten des Unternehmers zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess. In der Klageerwiderung hat die Bekl. ihre Mängelbeseitigungspflicht bestritten, sodass von diesem Zeitpunkt an eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich war. Damit hat die Bekl. durch ihr Prozessverhalten den Erfolg der Klage selbst herbei geführt.

Prüfungsrelevanz:

Auch wenn dieses Urteil zum alten Werkvertragsrecht des BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001 ergangen ist, ist diese Entscheidung zwecks Vorbereitung auf das juristische Staatsexamen empfehlenswert, da sie auch auf das neue Schuldrecht übertragen werden kann.

Nach §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB kann auch im reformierten Werkvertragsrecht Schadensersatz anstelle der Leistung erst verlangt werden, wenn man zuvor dem Unternehmer eine erfolglose, aber angemessene Frist zur Nacherfüllung (§§ 634 Nr. 1, 635 BGB) gesetzt hat; erst wenn der Besteller nach fruchtlosem Fristablauf den Schadensersatz statt der Leistung begehrt, verliert man seinen primären Nacherfüllungsanspruch und kann nunmehr Schadensersatz verlangen, § 281 IV BGB. Gem. § 281 II 1. Alt. BGB ist jedoch eine solche Fristsetzung entbehrlich, wenn der die Nacherfüllung schuldende Unternehmer dieselbe ernsthaft und endgültig verweigert. Dieser von der Rechtsprechung entwickelte Ausnahmegrundsatz zum Fristsetzungserfordernis ist im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung im Gesetz aufgenommen worden (vgl. auch §§ 286 II Nr. 3, 323 II Nr. 1 BGB). Folglich muss man auch die weitere Rechtsprechung zu dieser Thematik übernehmen, d.h. für die Frage der ernsthaften und endgültigen Verweigerung ist das gesamte Verhalten des Schuldners zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess. Folglich ist es auch nach neuem Schuldrecht möglich, eine Schadensersatzklage gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB zu erheben, deren Voraussetzungen - hier: entbehrliche Nachfristsetzung - erst im Laufe des Prozesses geschaffen werden. Folglich ist ein solcher Schadensersatzprozess erst erfolglos, wenn der beklagte Schuldner weiterhin die Nacherfüllung anbietet.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung: *BGH*, NJW 2002, 140 = NZBau 2002, 26; NJW 2000, 2020 = NZBau 2000, 329; *OLG Hamm*, NZBau 2001, 691

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

Examenskurs: "Die neue Kanzlei"

Leitsatz:

Hat der Besteller eine Schadensersatzklage wegen Mängeln erhoben, ohne dass eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorliegt, so muss sie nicht nachgeholt werden, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung mit der Klageerwidern endgültig verweigert.

Sachverhalt:

Die Kl. erwarben von der Bekl. ein Mobilheim. Sie setzten am 4. 12. 1998 eine Frist zur Beseitigung von Mängeln bis zum 5. 12. 1998. Am 7. 12. 1998 verlangten sie mit Anwaltsschreiben Schadensersatz. Mit der im Juli 2000 erhobenen Klage machen sie 63 139,96 DM Schadensersatz wegen der behaupteten Mängel geltend. Außerdem beantragen sie die Feststellung, dass die Bekl. zum Ersatz der weiteren Schäden verpflichtet ist.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Anzuwendendes Recht: §§ 631 ff. BGB a.F.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. 12. 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 1 EGBGB).

B. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. lässt es dahin stehen, ob ein Kaufvertrag, ein gemischter Vertrag oder ein Werkvertrag vorliegt und ob die Ansprüche verjährt sind.

Liege ein Vertrag vor, auf den Werkvertragsrecht anzuwenden sei, fehle es an einer wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Die Frist im Schreiben vom 4. 12. 1998 sei zu kurz gewesen. Vor Ablauf der angemessenen Frist hätten die Kl. am 7. 12. 1998 bereits Schadensersatz verlangt und damit endgültig die Annahme von weiteren Leistungen verweigert. Für eine endgültige Erfüllungsverweigerung der Bekl. zu diesem Zeitpunkt sei nichts dargetan. Darin, dass die Bekl. später Klageabweisung beantragt habe, könne keine endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen werden, weil die Klage nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz gerichtet gewesen sei.

Liege ein Kaufvertrag vor, komme Schadensersatz nur bei Zusicherung einer Eigenschaft oder bei arglistigem

Verschweigen eines Mangels in Betracht. Für beides hätten die Kl. nichts vorgetragen.

C. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Anwendung von Werkvertragsrecht

Die vom BerGer. getroffenen Feststellungen erlauben dem Senat keine abschließende Beurteilung, ob Werkvertragsrecht oder Kaufrecht anwendbar ist. Er hat deshalb in der Revision davon auszugehen, dass der Vertrag nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist.

II. Entbehrlichkeit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des BerGer., der Schadensersatzanspruch scheitere bereits daran, dass eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung fehle. Diese ist entbehrlich.

1. Keine ausreichende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch die Kl.

Zutreffend hat das BerGer. allerdings entschieden, dass die Frist aus dem Schreiben vom 4. 12. 1998 zu kurz war und eine angemessene Frist in Gang gesetzt hat. Richtig ist auch, dass die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam ist, wenn vor Fristablauf die Annahme der geforderten Leistung endgültig abgelehnt wird (BGH, WM 1986, 1255 [1257]). Das ist am 7. 12. 1998 geschehen. Die Kl. haben nur noch Schadensersatz gefordert und nicht, wie die Revision darzulegen versucht, auch noch die Nachbesserung ermöglichen wollen.

2. Zu den Fällen der Entbehrlichkeit einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung

Hat der Besteller vor Ablauf der angemessenen Frist bereits Schadensersatz verlangt, hat er nicht die Möglichkeit verloren, die nach § 634 I BGB erforderlichen Voraussetzungen für seinen Anspruch zu schaffen. Solange eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht vorliegt und Mängel noch vorhanden sind, besteht der Erfüllungsanspruch des Bestellers fort. Dieser hat die Möglichkeit, nunmehr eine wirksame Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Eine derartige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist nach allgemeinen Grundsätzen entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise endgültig verweigert. Das gesamte Verhalten des Unternehmers ist zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess

(BGH, NJW-RR 1990, 786 = BauR 1990, 466 = ZfBR 1990, 276; NJW-RR 2001, 383 = NZBau 2001, 211 = BauR 2001, 667 [669] ZfBR 2001, 177; NJW 2002, 3019 = BauR 2002, 1399 = ZfBR 2002, 676; NJW-RR 2003, 13 = NZBau 2002, 668).

3. Übertragung dieser Entbehrlichkeitsfälle auf den vorliegenden Fall

Das BerGer. berücksichtigt nicht, dass bei der Frage, ob eine erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung überflüssig ist, die gesamten Umstände zu berücksichtigen sind. Es stellt allein darauf ab, dass die Bekl. sich zu Recht gegen den Schadensersatzanspruch mit dem Klageabweisungsantrag verteidigt, wenn die bisherige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam ist. Dabei lässt es unberücksichtigt, dass die Bekl. in der Klageerwidern ihre Mängelbeseitigungspflicht kategorisch bestritten hat. Sie hat unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten behauptet, es lägen keine Mängel vor. Sie hat außerdem mit Hinweis darauf, dass sie in unverjährter Zeit keine Mängelbeseitigung

abgelehnt habe, die Einrede der Verjährung erhoben. Daraus folgt, dass die Bekl. spätestens seit der Klageerwidern nicht mehr bereit war, die behaupteten Mängel zu beseitigen. Von diesem Zeitpunkt an war eine weitere Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich.

D. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Das Urteil ist aufzuheben und die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen. Bei der Prüfung, ob die Einrede der Verjährung berechtigt ist, wird das BerGer. zu erwägen haben, ob ein nach Werkvertragsrecht zu beurteilender Vertrag mit fünfjähriger Gewährleistungsfrist vorliegt, wenn nach seinem Inhalt das Wohnmobil nach Sonderwünschen der Kl. hergestellt, auf Fundamente gestellt und mit den Versorgungsleitungen fest verbunden werden sollte (vgl. dazu BGHZ 117,121 [123f.] = NJW 1992, 1445).

Standort: § 313 BGB n.F.

Problem: Ehefortbestand als Geschäftsgrundlage

BGH, URTEIL VOM 08.11.2002
V ZR 398/01 (NJW 2003, 510)

Problemdarstellung:

Der Kl. veräußerte weit unter Wert sein umfangreiches Hausgrundstück an seine Tochter und seinen damaligen Schwiegersohn zu gleichen Teilen, die dann auch gleichberechtigt als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurden. Der Verkaufserlös diente zur Ablösung einer entsprechend valutierten Buchschuld. Nachdem die Ehe zwischen den Käufern rechtskräftig geschieden wurde, verlangt der Kl. von seinem ehemaligen Schwiegersohn die hälftige Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem eigentlichen Verkehrswert, da dem Kaufvertrag die Vorstellung zu Grunde lag, die Ehe würde weiterhin fortbestehen.

Das BerGer. hat eine entsprechende Anpassung des Kaufvertrages an den eigentlichen Verkehrswert über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (= § 313 BGB n.F.) bejaht und der Klage stattgegeben. Der BGH wendet sich in der Revision gegen diese Ausführungen. Die grundsätzliche Möglichkeit auf Verträge mit ehemaligen Schwiegerkindern oder Lebensgefährten der eigenen Kinder die Grundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage anzuwenden, wenn die Ehe oder Lebensgemeinschaft aufgehoben wird, wird vom BGH - im Vergleich zur Rechtsprechung über die ehebezogenen (sog. unbenannten) Zuwendungen - bestätigt.

Aber dem BGH fehlt es in diesem Fall an konkreten Feststellungen durch das BerGer., dass der Fortbestand der Ehe tatsächlich Geschäftsgrundlage zwischen den Parteien gewesen ist. Die Vorstellung vom Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage kommt dann in Betracht, wenn z.B. die Verträge mit den Kindern und Schwiegerkindern teilweise unentgeltlich (sog. gemischte Schenkung) oder zur Begünstigung des familiären/ehelichen Zusammenlebens der Kinder in einem Familienhaus erfolgen. Bei einem reinen Kaufvertrag, wo die vertraglichen Leistungen ordnungsgemäß erbracht werden, kann dies nicht ohne weiteres unterstellt werden. Zumal der Kl. in diesem Fall auch einen ganz eigennützigen Grund zum Verkauf hatte (Notverkauf zwecks Schuldentilgung). Der darlegungs- und beweispflichtige Kl. hat nicht ausreichend genug vorgetragen bzw. bewiesen, dass der Fortbestand der Ehe seiner Tochter Geschäftsgrundlage für den Kaufvertrag gewesen sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Rechtsinstitut zur Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage, das im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung vom 01.01.2002 in § 313 BGB Eingang ins Gesetz gefunden hat, gehört zu den klassischen und daher examensrelevanten Themen bei nachträglichen Leistungsstörungen.

Die Voraussetzungen für eine Störung der Geschäfts-

grundlagen lassen sich in drei Elemente (hypothetisch, real und normativ) aufteilen. Eine Geschäftsgrundlage stellt ein Umstand dar, von dessen Vorliegen die Parteien bei Vertragsabschluss ausgegangen sind und ohne den die Parteien den Vertrag nicht oder zumindest mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten (hypothetisches Element). Dieser Umstand muss sich nach Vertragsabschluss schwerwiegend geändert haben; dabei genügt es gem. § 313 II BGB auch, wenn der Umstand von Anfang entgegen der Vorstellung der Parteien nicht vorgelegen hat (reales Element). Infolge dieser Veränderung muss einem Vertragspartner unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der gesetzlichen oder vertraglichen Risikoverteilung, das weitere Festhalten am Vertrag unzumutbar sein (normatives Element).

Liegen die Voraussetzungen wird der Vertrag den tatsächlichen Verhältnissen angepasst, d.h. es wird durch hypothetische Parteiauslegung ermittelt, mit welchem Inhalt die Parteien den Vertrag abgeschlossen hätten, wenn ihnen die Störung/Wegfall der Geschäftsgrundlage von Anfang bekannt gewesen wäre. Im Ausnahmefall kann dies sogar zum Rücktrittsrecht gem. § 313 III BGB führen.

Vertiefungshinweise:

Zu diesem Thema: *BGHZ* 129, 259 = *NJW* 1995, 1889; *Langenfeld*, *LM H.* 9/1995 § 1874 BGB Nr. 18; *Tiedtke*, *JZ* 1996, 199; *Koch*, *JR* 1996, 324

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Schwert"

Leitsatz:

Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei der Veräußerung eines Grundstücks von Eltern an ihren Sohn oder ihre Tochter und deren Ehepartner, wenn die Ehe später scheidet.

Sachverhalt:

Der Bekl. war mit der Tochter des Kl. verheiratet. Die Ehe wurde am 17. 12. 1997 rechtskräftig geschieden. Mit notariellem Vertrag vom 1. 9. 1993 verkaufte der Kl. seiner Tochter und dem Bekl. ein Anwesen von rund 1000 m² mit Wohnhaus und landwirtschaftlicher Fläche in F. für 300 000 DM, zahlbar an die Raiffeisenbank E zur Ablösung einer in dieser Höhe valutierenden Buchgrundschuld, die die Erwerber zwecks späterer Kreditaufnahme als Eigentümergrundschuld übernehmen wollten. Die Erwerber wurden zu gleichen Teilen als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Die Parteien streiten darüber, ob es sich bei dem Ver-

trag um eine gemischte Schenkung oder um einen Kaufvertrag gehandelt hat. Der Kl. meint, jedenfalls habe dem Vertrag die beiderseitige Vorstellung zu Grunde gelegen, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Bekl. fortbestehe. Nur deswegen habe er den Grundbesitz weit unter Wert veräußert. Nach dem Scheitern der Ehe sei die Geschäftsgrundlage entfallen, und der Bekl. müsse die Hälfte des über den Kaufpreis hinausgehenden Wertes zurückzahlen. Ausgehend von einem tatsächlichen Wert von 600 000 DM hat der Kl. Zahlung von 150 000 DM nebst Zinsen verlangt.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr, gestützt auf einen sachverständig ermittelten Wert des Anwesens von 434 900 DM, in Höhe von 67 450 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die Revision des Bekl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. lässt dahingestellt, ob es sich bei dem notariellen Vertrag um eine gemischte Schenkung oder um einen Kaufvertrag gehandelt hat. Jedenfalls habe nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Vertragsanpassung dahin zu erfolgen, dass der Bekl. die Hälfte der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert des Kaufgegenstands nachzuzahlen habe. Aus den Umständen sei nämlich zu schließen, dass der Vertragsgestaltung die für den Bekl. erkennbare Vorstellung des Kl. zu Grunde gelegen habe, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Bekl. fortduere. Diese Grundlage sei mit der Scheidung weggefallen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

I. Keine Feststellung über den Fortbestand der Ehe als Geschäftsgrundlage

Die von dem BerGer. getroffenen Feststellungen lassen schon nicht erkennen, ob die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (~ 242 BGB) im Hinblick auf eine bei dem Kl. vorhandene Vorstellung, die Ehe seiner Tochter mit dem Bekl. werde fortbestehen, überhaupt anwendbar sind. Dies kommt in Betracht, wenn dem Bekl. das Grundstück zusammen mit seiner damaligen Frau teilweise unentgeltlich zugewendet wurde, sei es, dass es sich dabei um eine gemischte Schenkung gehandelt hat (vgl. *BGH*, *NJW* 1999, 1623 [1624 f.]), sei es, dass es um eine mit Rücksicht auf die Ehe mit der Tochter und zur Begünstigung des ehelichen Zusammenlebens in einem Familienheim gemachte Zuwendung geht, die nach der Rechtspre-

chung des BGH nach den Regeln über ehebezogene (sog. unbenannte) Zuwendungen unter Ehegatten zu behandeln ist (BGHZ 129, 259 [264ff.] = NJW 1995, 1889; BGH, VIZ 1998, 262 = FamRZ 1998, 669 [670]). Das BerGer. hat indes die Frage, ob eine gemischte Schenkung vorliegt, nicht geklärt und auch keine Feststellungen dazu getroffen, ob von einer objektiv unentgeltlichen Zuwendung zur dauerhaften wirtschaftlichen Sicherung oder Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft auszugehen ist. Ohne Feststellungen hierzu bleibt aber die Annahme, der Kl. habe - für den Bekl. erkennbar - seine Entschliebung auf der Vorstellung aufgebaut, dass die Ehe seiner Tochter mit dem Bekl. fort dauere, ohne Grundlage. Denn bei einem „reinen Kaufvertrag“, von dem nach den Ausführungen des BerGer. revisionsrechtlich auszugehen ist, scheidet eine Vertragsanpassung nach den Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zwar nicht generell aus. Doch gibt es nach den bislang getroffenen Feststellungen keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Fortbestand der Ehe Geschäftsgrundlage des Vertrags war. Die vertraglichen Leistungen sind vereinbarungsgemäß erbracht worden. Etwaige Störungen des Äquivalenzverhältnisses bleiben bis zur Grenze des § 138 BGB unbeachtlich. Nur wenn eine unentgeltliche Zuwendung an den Bekl. unterstellt wird, kommt nach den hier vorliegenden Umständen die Vorstellung von einem Fortbestehen der Ehe als Geschäftsgrundlage des Vertrags ernsthaft in Betracht.

II. Anforderungen an das BerGer. bei erneuter Sachprüfung

Schon aus diesem Grund hat das angefochtene Urteil keinen Bestand. Das BerGer. wird zunächst zu klären haben, ob die Veräußerung des Grundstücks nach dem Willen der Parteien als eine teilweise unentgeltliche Zuwendung an den Bekl. anzusehen ist, sei es als (gemischte) Schenkung, sei es als so genannte unbenannte Zuwendung. Bei dieser Frage können die Überlegungen eine Rolle spielen, die das BerGer. zur Begründung seiner Auffassung angestellt hat, dass der Fortbestand der Ehe der Tochter des Kl. Geschäftsgrundlage der Grundstücksveräußerung gewesen sei. Die dazu bislang getroffenen Feststellungen können der Entscheidung indes nicht zu Grunde gelegt werden, da sie - wie die Revision zu Recht rügt - rechts- und verfahrensfehlerhaft sind.

Das BerGer. stützt seine Würdigung unter anderem auf den Vortrag des Bekl., Anlass für den Verkauf durch den Kl. sei die Notwendigkeit der Ablösung von Bankverbindlichkeiten gewesen. In einer solchen Situation versuche man, einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Wenn sich der Kl. hier mit einem besonders

niedrigen Preis zufrieden gegeben habe, so spreche das dafür, dass der Kl. von der Vorstellung ausgegangen sei, die Ehe seiner Tochter habe Bestand. Dies habe auch der Bekl. erkannt.

Hierbei verkennt das BerGer. die ambivalente Bedeutung des von ihm bewerteten Umstands. Zwar ist es richtig, dass derjenige, der drängende Schulden abtragen muss, durch einen Verkauf einen möglichst hohen Preis erzielen möchte. Die Erfahrung zeigt indes, dass solchen Notverkäufen häufig ein besonders günstiger Preis eigen ist. Mit dieser nahe liegenden Möglichkeit hat sich das BerGer. nicht auseinander gesetzt.

Hinzu kommt, dass das BerGer. die Darlegungslast verkannt hat. Für die Umstände, auf die die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt werden soll, ist derjenige darlegungs- und beweispflichtig, der sich darauf beruft (vgl. nur Baumgärtel/Strieder, Hdb. der Beweislast im PrivatR, 2. Aufl., § 242 Rdnr. 17 m. w. Nachw.). Wenn also das BerGer. seine Wertung auf Vortrag des Bekl. stützt, so hätte dies zunächst einmal vorausgesetzt, dass sich der darlegungs- und beweibelastete Kl. diesen Vortrag wenigstens hilfsweise zu Eigen gemacht hätte. Dazu trifft das BerGer. keine Feststellungen. Vor allem aber hätte es aus dem Vorbringen des Bekl. nicht nur den Hinweis auf den Anlass des Verkaufs zu Grunde legen dürfen, ohne die weiter in diesem Zusammenhang vorgetragenen Umstände zu berücksichtigen. Diese aber legen die Annahme, dass es sich im vorliegenden Fall um einen Notverkauf zu besonders günstigen Bedingungen gehandelt hat, besonders nahe. Danach soll der Kl. das Grundstück nämlich deshalb verkauft haben, weil er die Tilgungsraten für laufende Darlehen nicht mehr habe aufbringen können. Dabei sei der Notverkauf an ihn, den Bekl., und die Tochter des Kl. vor allem deswegen vorgenommen worden, weil bei einem Verkauf an außenstehende Dritte die finanzielle Notlage offenbar geworden wäre, was der Reputation des Geschäfts des Kl. geschadet hätte. Diesen Vortrag hat das BerGer. übergangen.

Vor diesem Hintergrund verliert zudem das ohnehin nur schwache Argument des BerGer. an Bedeutung, dass nämlich das nahe Angehörigenverhältnis für die Annahme spreche, Geschäftsgrundlage für den Verkauf sei der Fortbestand der Ehe gewesen. Denn abgesehen davon, dass ohnehin nicht jedem Geschäft mit nahen Angehörigen eine solche oder ähnliche Vermutung inne wohnt und dass auch die Erwähnung der verwandtschaftlichen Beziehung des Bekl. im Vertrag („Schwiegersohn“) insoweit wenig aussagekräftig ist (vgl. auch BGH, NJW 1999, 1623 [1624f.]), so lässt der Vortrag des Bekl. andere Motive in den Vordergrund rücken als die einer Zuwendung, die der Siche-

zung der Ehe der Tochter des Kl. dienen sollte.

C. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass hinsichtlich der Frage, ob das Grundstück unter Wert veräußert wurde, die Rüge der Revision, Vortrag des Bekl. sei übergangen worden, unbeachtlich ist. Der Umstand, dass im Zeitpunkt der Veräußerung auf dem Grundstück eine in Höhe von 300 000 DM valutierende Grundschuld lastete, ist für die Bestimmung des Preis-Leistungs-Verhältnisses ohne Bedeutung. Es mag allerdings den Vortrag des Bekl. stützen, dass es den Parteien in erster Linie um die Ablösung der den Kl. drängenden Schulden gegangen sei, entsprach doch der Preis genau der Summe, die zur Ablösung der Grundschuld bzw. deren Übernahme als Eigentümergrundschuld erforderlich war.

Unzutreffend ist auch die Annahme der Revision, der Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage stünden auch die Erwägungen des BGH entgegen, wonach der Bekl. vor einer zweimaligen Inanspruchnahme zu bewahren sei, einmal im Verhältnis zum Zuwendenden durch Vertragsanpassung nach § 242 BGB und einmal im Verhältnis zu dem geschiedenen Ehepartner durch Zugewinnausgleichsansprüche (BGH, NJW 1995, 1889). Zum einen trägt der Bekl. schon nicht vor, dass er durch eine Bewertung unentgeltlicher Zuwendungen im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb Zugewinnausgleichsansprüchen seiner früheren Ehefrau ausgesetzt ist oder war. Zum anderen besteht die Lösung des Problems nicht darin, die Möglichkeit der Vertragsanpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage generell auszuschließen (vgl. BGH, NJW 1995, 1889).

Standort: Bereicherungsrecht

Problem: Scheinanweisung des Darlehensnehmers

BGH, URTEIL VOM 05.11.2002

XI ZR 381/01 (NJW 2003, 582)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH zum bereicherungsrechtlichen Direktausgleich bei einer Scheinanweisung zwischen dem angewiesenen Zahlenden und dem Zahlungsempfänger Stellung nehmen.

Durch manipulative Täuschungsmanöver gelang es einem Finanzmakler dem Bekl. vorzuspiegeln, der Stadt P. ein Darlehen in Höhe von über drei Millionen DM zu gewähren; die Darlehensvaluierung erfolgt durch eine Täuschung zugunsten des Finanzmaklers.

Als die Rückzahlung des Darlehens anstand, spiegelte der Finanzmakler auch der Kl. vor, die Stadt P. wolle bei ihr ein Darlehen aufnehmen und die Darlehensvaluta solle auf ihre Anweisung direkt an einen ihrer Gläubiger - dem Bekl. - erfolgen. Nach der Darlehensauszahlung an den Bekl. flog das gesamte Täuschungsmanöver des Finanzmaklers auf und die Kl. verlangt nunmehr vom Bekl. die Rückzahlung des (vermeintlichen) Darlehens.

In den Fällen der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses (vgl. dazu die Ausführungen in der Prüfungsrelevanz). Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung kann es zu einer unmittelbaren Nichtleistungskondition gem. § 812 I 1 2. Alt. BGB zwischen Angewiesenen (hier: Kl.) und Anweisungsempfänger (hier: Bekl.) erfolgen, wenn dem An-

weisungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung bekannt ist oder vermeintlich Anweisende nicht in zurechenbarer Weise einen entsprechenden Rechtsschein für eine Anweisung gesetzt hat (vgl. BGHZ 147, 151). Da die Stadt P. keinen Anschein einer Anweisung gesetzt hatte, konnte der Bekl. nicht darauf vertrauen, dass die empfangene Zahlung mit einer Tilgungsbestimmung der Stadt P. zur Darlehensrückführung erfolgte. Ausreichenden Schutz bekommt in einem solchen Fall der enttäuschte, gutgläubige Empfänger durch die Möglichkeit zum Entreichereinswand gem. § 818 III BGB.

Prüfungsrelevanz:

Zu den schwierigsten Problematiken auf dem Gebiet des Bereicherungsrechts gehört der bereicherungsrechtliche Ausgleich im Dreiecksverhältnis, insbesondere bei den sog. Anweisungsfällen.

Im Deckungsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger erfolgt die Anweisung, dass der Anweisungsempfänger an einen Dritten eine Leistung erbringen soll (Beispiel: Überweisungsauftrag eines Girokontoinhabers gegenüber seiner Bank im Rahmen des Giroverhältnisses gem. §§ 676 a, 676 f BGB). Der Grund für diese Leistung liegt dann aber im Valutaverhältnis zwischen Anweisenden und Dritten (Beispiel: Kursgebührepflicht des Studenten als Girokontoinhaber gegenüber seinem Repetitorium). Sind Anweisungs- und Valutaverhältnis wirksam, liegt ein bereicherungsrechtliches Dreiecksverhältnis von Leistungen vor. Der Angewiesene erfüllt eine Lei-

stungspflicht aus dem Deckungsverhältnis (Beispiel: Bank erfüllt ihre Pflichten aus dem Girovertrag gem. § 676 f BGB), sodass eine Leistung des Angewiesenen an den Anweisenden vorliegt. Der Anweisende erbringt gegenüber dem Dritten als Zahlungsempfänger eine Leistung aus dem Valutaverhältnis (Beispiel: Student erfüllt seine Kursgebührepflicht aus dem Unterrichtsvertrag gem. § 611 BGB). Aufgrund dieses vorrangigen Leistungsdreiecks scheidet die Möglichkeit einer direkten Nichtleistungskondition zwischen dem Angewiesenen (Beispiel: Bank) und dem Dritten (Beispiel: Repitorium) gem. § 812 I 1 2. Alt. BGB aus. Fraglich sind aber die Fälle, wo die Anweisung im Deckungsverhältnis fehlerhaft oder nur scheinbar erfolgen; dann stellt sich die Frage, ob nicht ausnahmsweise eine Direktkondition zwischen angewiesenen Zahlenden und dem Dritten als Zahlungsempfänger gem. § 812 I 1 2. Alt. BGB mehr als fraglich. Zum Schutze des gutgläubigen, redlichen Dritten, der auf den Anschein einer wirksamen Anweisung vertraut und daher die Zahlung als Leistung des vermeintlichen Anweisenden an sich anerkennt, wird grundsätzlich eine solche Direktkondition ausgeschlossen; zumal der Fehler auch im Deckungsverhältnis liegt. Wie dieser Fall aber zeigt, gibt es Ausnahmefälle.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2001, 2880; *Lorenz*, LM H. 10/2001 § 812 BGB Nr. 281; *Hoffmann*, JR 2002, 241; *BGH*, NJW 2001, 1855; *Koller*, LM H. 8/2001 § 140 BGB Nr. 28; *Löhnig*, JABl. 2001, 622; *OLG Köln*, VersR 2001, 1301; *OLG Nürnberg*, MDR 1999, 1149

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Heimatfilm"

Leitsatz:

Liegt der Zahlung eine bloße „Scheinanweisung“ des vermeintlichen Darlehensnehmers zu Grunde, so ist ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich zwischen Zahlendem und Zuwendungsempfänger nach den Regeln der Nichtleistungskondition (§ 812 I 1 Alt. 2 BGB) vorzunehmen, und zwar auch dann, wenn dieser von einer Zahlung seines vermeintlichen Schuldners ausging (Ergänzung zu BGHZ 147, 145).

Sachverhalt:

Die kl. Gemeinde nimmt den bekl. Landkreis auf Rückzahlung eines überwiesenen Geldbetrags in Anspruch. Die Prozessparteien sowie eine Vielzahl ande-

rer Gemeinden, kommunaler Gesellschaften und Landkreise mit liquiden Mitteln und solcher mit Kreditbedarfen nahmen die Dienste des Finanzmaklers K in Anspruch. Er vermittelte zwischen ihnen den Abschluss von Darlehensverträgen mit kurzer Laufzeit. Die Anlagezinsen lagen über, die Kreditzinsen unter den banküblichen Zinsen. K sprach die Kommunen und Landkreise jeweils unabhängig voneinander an, ohne dass sie selbst miteinander in unmittelbarem Kontakt traten. Dabei gelang es ihm durch Täuschung, einige der Beteiligten zu Zahlungen an ihn persönlich zu veranlassen und viele Millionen DM zunächst unbemerkt beiseite zu schaffen. Zur Vertuschung dadurch entstandener Lücken spiegelte er in der Folgezeit an einer Kreditvergabe interessierten Kommunen vor, dass der von ihm genannte Vertragsgegner ein Darlehen zu den angegebenen Konditionen aufnehmen wolle. Zum Teil gab er hierbei an, dass die Darlehensvaluta auf Weisung des Darlehensnehmers direkt an dessen - vermeintlichen - Gläubiger zu zahlen sei. Auf diese Weise hatte K den Bekl. im Sommer 1996 durch die wahrheitswidrige Benennung der Stadt P. als Darlehensnehmerin veranlasst, ihr 3,5 Millionen DM zu einem Zinssatz von 3,45% p. a. zur Verfügung zu stellen. Mit Schreiben vom 19. 11. 1996 kündigte K dem Bekl. die fristgemäße Rückzahlung der am 21. 11. 1996 fälligen „Termingeldeinlage“ einschließlich angefallener Zinsen an. Den dazu erforderlichen Betrag in Höhe von 3 529 194,55 DM überwies die Kl. unter Angabe des Verwendungszwecks „Ablösung Stadt P.“ taggenau auf das Konto des Bekl., weil K ihr mit Schreiben ebenfalls vom 19. 11. 1996 ohne Rücksprache mit den Organen der Stadt P. Folgendes mitgeteilt hatte: "...vereinbarungsgemäß überlassen Sie eine Termingeldeinlage zu folgenden Konditionen: Geldnehmer: Stadt P.; Betrag: 3.529.194,55 DM; Laufzeit: 56 Zinstage, vom 21.11.1996 bis 17.01.1997; Zinssatz: 3,2% p.a. Die Anschaffung des Betrags veranlassen Sie bitte valutagerecht zu Gunsten: LRAW [...] Verwendungszweck: Ablösung Stadt P."

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß zur Zahlung von 3529 194,55 DM zuzüglich Verzugszinsen seit dem 3. 5. 2000 sowie zur Auskunft und Rechnungslegung darüber verurteilt, welche Nutzungen er aus dem Hauptbetrag im Zeitraum vom 21. 11. 1996 bis zum 2. 5. 2000 gezogen oder in welcher Höhe er Zinsaufwendungen erspart habe. Mit der Sprungrevision hat der Bekl. das Urteil insoweit angefochten, als er zur Zahlung eines erstrangigen Teilbetrags von 100 000 DM nebst anteiliger Zinsen und zur Auskunft und Rechnungslegung über die aus diesem Teilbetrag gezogenen Nutzungen bzw. die deswegen ersparten Zinsaufwendungen verurteilt worden ist. Die Sprungrevision des

Bekl. war nur zu einem geringen Teil begründet.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des Landgerichts

Das LG hat einen Bereicherungsanspruch der Kl. bejaht und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt:

Bei der Überweisung von 3 529 194,55 DM handele es sich um eine Leistung der Kl. i. S. des § 812 I 1 Alt. 1 BGB. Die Kl. habe ausschließlich einen eigenen Leistungszweck verfolgt, nämlich die Auszahlung des vermeintlich mit der Stadt P. vereinbarten kurzfristigen Kassenkredits an den ihr als Zahlungsempfänger benannten Bekl. Dass dieser bei der Zuwendung angenommen habe, ein der Stadt P. gewährtes Darlehen vertragsgemäß zurückzuerhalten, rechtfertige keine andere rechtliche Beurteilung. Zwar werde in bestimmten Fällen von Dreiecksbeziehungen in Zweifelsfällen, wem im bereicherungsrechtlichen Sinne eine Leistung zuzurechnen sei, auf den Horizont des Leistungsempfängers abgestellt. Der Empfängerhorizont könne aber dann nicht mehr maßgebend sein, wenn es an einem Mehrpersonenverhältnis mit verschiedenen Leistungsbeziehungen in Wirklichkeit fehle.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Hinblick auf die vom BGH entschiedenen Fälle, in denen ein Bereicherungsausgleich bei einer von Anfang an fehlenden Anweisung ausnahmsweise im Deckungsverhältnis vorzunehmen sei, wenn der Zuwendungsempfänger das Fehlen einer Anweisung nicht gekannt und sich die Zahlung aus seiner Sicht als eine Leistung des Überweisenden i. S. des § 812 I 1 Alt. 1 BGB dargestellt habe. Die von K selbst stammenden Erklärungen seien der Stadt P. nicht zuzurechnen. Bei der Vermittlung der Kreditgeschäfte sei er niemals als Vertreter der Vertragsparteien, sondern immer als selbstständiger Finanzmakler aufgetreten. Auf seinen Eindruck, die Stadt P. sei Leistende, könne sich der Bekl. nicht berufen. Nach einem in der Rechtsscheinslehre allgemein anerkannten Grundsatz werde der gutgläubige Vertragsgegner bei fehlender Zurechenbarkeit des Rechtsscheins nicht geschützt. Entgegen der Auffassung des Bekl. habe die Kl. auch nicht als Dritte i. S. des § 267 BGB gezahlt, da sie nicht eine fremde, sondern eine eigene Verbindlichkeit habe erfüllen wollen.

Der Bekl. könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, die Kl. sei nicht entreichert, weil sie später von anderen Kommunen die auf Grund nicht wirksamer Verträge hingegebenen Darlehen zurückerhalten habe. Dieser Umstand beseitige die Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung nicht. Der Bereicherungsanspruch setze zudem keinen Schaden voraus.

Neben der Hauptforderung stehe der Kl. gem. § 818 I

BGB ein Anspruch auf Herausgabe von Kapitalnutzungen zu. Da der Kl. nicht bekannt sei, ob und inwieweit der Bekl. aus der Kapitalüberlassung tatsächlich Nutzen gezogen oder durch sie Zinsaufwendungen erspart habe, sei er sowohl zur Auskunftserteilung als auch zur Rechnungslegung verpflichtet.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten - bis auf die Annahme eines Anspruchs der Kl. auf Rechnungslegung - der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

I. Nichtleistungskondiktionsanspruch der Kl. gegen den Bekl.

Das LG hat zu Recht einen Bereicherungsanspruch der Kl. gegen den Bekl. bejaht. Der Bereicherungsausgleich ist jedoch nicht im Wege der Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Alt. 1 BGB), sondern der Nichtleistungskondiktion (§ 812 II Alt. 2 BGB) vorzunehmen.

1. Grundsätze zur Rückabwicklung bei Leistung kraft Weisung

In den Fällen der Leistung kraft Anweisung vollzieht sich der Bereicherungsausgleich grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Leistungsverhältnisses, also zum einen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen im so genannten Deckungsverhältnis und zum anderen zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger im so genannten Valutaverhältnis. Nach dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff bewirkt der Angewiesene, der von ihm getroffenen, allseits richtig verstandenen Zweckbestimmung entsprechend, mit seiner Zuwendung an den Anweisungsempfänger zunächst eine eigene Leistung an den Anweisenden und zugleich eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger (St. Rspr., s. BGHZ 40, 272 [276] = NJW 1964, 399; BGHZ 61, 289 [291] = NJW 1974, 39; BGHZ 66, 362 [363] = NJW 1976, 1448; BGHZ 66, 372 [374] = NJW 1976, 1449; BGHZ 67, 75 [77] = NJW 1976, 1845; BGHZ 87, 393 [395] = NJW 1983, 2499; BGHZ 88, 232 [234] = NJW 1984, 483; BGHZ 102, 152 [157] = NJW 1988, 558; BGHZ 147, 145 [149ff.] = NJW 2001, 1855; BGHZ 147, 269 [273] = NJW 2001, 2880).

2. Ausnahmen von diesem Grundsatz

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ausnahmslos. So entspricht es gefestigter Rechtsprechung des BGH, dass dem Angewiesenen jedenfalls dann ein unmittelbarer Bereicherungsanspruch gegen den Anweisungsempfänger als Nichtleistungskondition gem. § 812 II Alt. 2 BGB zusteht, wenn dem Anweisungsempfänger das Fehlen einer Anweisung und damit einer Tilgungs-

bestimmung bei Empfang des Leistungsgegenstands bekannt ist (vgl. BGHZ 66, 362 [364f.] = NJW 1976, 1448; BGHZ 66, 372 [374f.] = NJW 1976, 1449; BGHZ 67, 75 [78] = NJW 1976, 1845; BGHZ 87, 393 [397f.] = NJW 1983, 2499; BGHZ 147, 269 [274] = NJW 2001, 2880). Aber auch in den Fällen, in denen der Zahlungsempfänger das Fehlen einer wirksamen Anweisung im Zeitpunkt der Zuwendung nicht kannte, steht dem vermeintlich Angewiesenen ein unmittelbarer bereicherungsrechtlicher Anspruch nach § 812 I 1 Alt. 2 BGB zu (BGHZ 111, 382 [386f.] = NJW 1990, 3194; BGHZ 147, 145 [151] = NJW 2001, 1855 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 147, 269 [274] = NJW 2001, 2880). Denn ohne eine gültige Anweisung kann die Zahlung dem - vermeintlich - Anweisenden nicht als seine Leistung zugerechnet werden. Eine andere Betrachtungsweise ließe - wie das LG zutreffend ausgeführt hat - den in der Rechtsscheinslehre allgemein anerkannten Grundsatz außer Acht, dass der gutgläubige Vertragsgegner nur dann geschützt werden kann, wenn der andere Vertragsteil den Rechtsschein in zurechenbarer Weise hervorgerufen hat. Der so genannte Empfängerhorizont des Zahlungsempfängers vermag deshalb die fehlende Tilgungs- und Zweckbestimmung des - vermeintlich - Anweisenden auch dann nicht zu ersetzen, wenn dieser den gezahlten Betrag dem Zuwendungsempfänger tatsächlich in vollem Umfang schuldete. Außerdem wird der auf eine wirksame Anweisung und Tilgungsbestimmung vertrauende Zahlungsempfänger durch die in § 818 III BGB normierten Regeln über den Wegfall der Bereicherung vor den rechtlichen Folgen einer Direktkondition des Angewiesenen im Allgemeinen hinreichend geschützt (BGHZ 147, 145 [151] = NJW 2001, 1855 m.w. Nachw.). Diese Grundsätze kommen auch hier zum Tragen.

3. Übertragung dieser Ausnahmerechtsprechung auf den vorliegenden Fall

Nach den Feststellungen des LG wollte die Kl. mit der Überweisung von 3 529 194,55 DM an den Bekl. ihren vermeintlich mit der Stadt P. geschlossenen Darlehensvertrag erfüllen und den Kassenkredit auf eine angebliche Weisung der Stadt P. an den vermeintlich empfangsberechtigten Bekl. auszahlen, also eine Leistung an die Stadt P. erbringen. Es handelt sich daher um den Fall einer Zahlung ohne bereicherungsrechtliche Anweisung, so dass die Kl. als vermeintlich Angewiesene einen unmittelbaren Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 2 BGB (Nichtleistungskondition) gegen den Bekl. hat. Auf dessen Sicht als Zahlungsempfänger kommt es mangels einer Tilgungsbestimmung der Stadt P. als vermeintlicher Schuldnerin und Anweisenden von

vornherein nicht an. Erst eine tatsächlich getroffene Tilgungsbestimmung schafft die Grundlage für eine Auslegung aus dem Blickwinkel eines vernünftigen Zahlungsempfängers, wenn über die Person des Leistenden unterschiedliche Ansichten bestehen. Die bloßen Vorstellungen des Bekl. als Zahlungsempfänger reichen allein nicht aus, ein Leistungsverhältnis oder einen Rechtsgrund zu begründen. Auf den durch K geschaffenen Rechtsschein einer Leistung der Stadt P. kann sich der Bekl. nicht berufen. Weder die Kl. noch die Stadt P. haben diesen Rechtsschein in zurechenbarer Weise veranlasst.

a. Keine Leistung gem. § 267 BGB

Der Einwand der Revision, die Kl. habe als Dritte i. S. des § 267 I BGB geleistet, um die Stadt P., wenn auch nicht von einer Darlehensschuld, so aber doch von dem dem Bekl. zustehenden bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch zu befreien, ist mit den Feststellungen des LG unvereinbar. Danach wollte die Kl. eine eigene Verbindlichkeit aus einem vermeintlichen Darlehensvertrag mit der Stadt P. erfüllen. Es fehlt daher der erforderliche Wille, eine fremde Schuld gem. § 267 I BGB zu tilgen (vgl. BGHZ 75, 299 [303] = NJW 1980, 452; BGHZ 137, 89 [95] = NJW 1998, 377). Dass es nach dieser Vorschrift nicht auf die innere Vorstellung des Dritten ankommt, sondern darauf, wie der Zahlungsempfänger sein Verhalten vernünftigerweise verstehen durfte (st. Rspr., s. z. B. BGHZ 72, 246 [248 f.] = NJW 1979, 187; BGHZ 137, 89 [95] = NJW 1998, 377; BGH, NJW 1995, 128 = WM 1994, 2286), rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung. Angesichts des bei der Überweisung angegebenen Verwendungszwecks „Ablösung Stadt P.“ spricht nichts dafür, dass der Bekl. die Kl. zum Zeitpunkt der Zuwendung für eine Dritte i. S. des § 267 I BGB und nicht für eine von der Stadt P. Angewiesene gehalten hat bzw. halten durfte.

b. Keine Zurechnung als Leistung durch Duldungs- oder Anscheinsvollmacht

Die Zahlungsanweisung des Finanzmaklers K an die Kl. ist der Stadt P. entgegen der Ansicht der Revision weder nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht noch unter einem anderen Gesichtspunkt zuzurechnen.

Wie sich aus den Feststellungen des LG ergibt, ist K bei der jahrelangen Vermittlung der Kreditgeschäfte niemals als Vertreter der beteiligten Kommunen und Landkreise gem. § 164 I BGB, sondern immer als selbstständiger Finanzmakler aufgetreten. Für eine Anwendung der Regeln über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht fehlt daher jede Grundlage. Bei der

Anweisung an die Kl., 3529 194,55 DM mit dem Verwendungszweck „Ablösung Stadt P.“ an den Bekl. zu überweisen, kann K allenfalls als Scheinbote der Stadt P. angesehen werden. Die von ihm eigenmächtig abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärung bindet die Stadt P. nicht, ohne dass es einer Anfechtung nach § 120 BGB bedarf.

Dass die Stadt P. viele „Dreiecksgeschäfte“ getätigt und sich niemals bei den beteiligten Kommunen und Landkreisen nach dem konkreten Anlass der „Dritt-leistung“ erkundigt hat, rechtfertigt es entgegen der Auffassung der Revision nicht, ihren Einwand, die von K eigenmächtig und in Täuschungsabsicht abgegebenen Erklärungen gingen sie nichts an, als ein widersprüchliches Verhalten zu werten. Zwar ist den Organen der Stadt P. ebenso wie denen der Parteien im Zusammenhang mit den Täuschungen von K Leichtfertigkeit vorzuwerfen. Dies rechtfertigt es aber nicht, die Stadt P. nach dem Grundsatz von Treu und Glauben im Ergebnis so zu behandeln, als habe sie die deliktischen Handlungen von K bewusst geduldet.

c. Keine sonstigen Hinderungsgründe für eine Direktkondiktion

Entgegen der Auffassung der Revision stehen einer Direktkondiktion der Kl. gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB auch keine anderen Hinderungsgründe entgegen.

aa. Kein vorrangiger Vertrauensschutz des Bekl.

Der Bekl. kann sich im Rahmen des Bereicherungsausgleichs nicht auf Vertrauensschutz berufen. Er ist im Übrigen nicht wesentlich schutzwürdiger als die Kl., die Stadt P. oder andere beteiligte Kommunen und Landkreise. Sie alle haben in blindem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben von K davon abgesehen, sich mit ihren vermeintlichen Vertragspartnern in Verbindung zu setzen, und ohne wirksame Verträge Millionenbeträge überwiesen oder entgegengenommen. Nichts spricht angesichts dessen dafür, den Bekl. von einem Anspruch der Kl. zu entlasten. Das gilt besonders, da sich der Bekl. wegen der Überlassung von 3,5 Millionen DM am 21. 8. 1996, die unter Berücksichtigung angefallener Zinsen durch die von K veranlasste Überweisung der Kl. ausgeglichen werden sollte, im Wege der Leistungskondiktion nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB an die Stadt P. als Zahlungsempfängerin halten kann. Mit der Überweisung von 3,5 Millionen DM wollte der Bekl. einen in Wirklichkeit nicht bestehenden Anspruch der Stadt P. auf Auszahlung eines Darlehens erfüllen.

Dass sich die Überweisung aus der Sicht der Stadt P. als Erfüllung ihrer Ansprüche auf Rückzahlung von Darlehen darstellte, die sie angeblich dem Klinikum 0.

und den Städten D. und E. gewährt hatte, ändert an dem Kondiktionsanspruch der Bekl. gegen die Stadt P. aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB nichts. Wie bereits dargelegt, reichen bloße Vorstellungen des Zahlungsempfängers allein nicht aus, ein Leistungsverhältnis oder einen Rechtsgrund zu begründen. Wollte man dies anders sehen, so könnte - abhängig von der Willkür des Finanzmaklers K - eine Kommune, die weder eine Vermögensverschiebung bewirkt noch eine Tilgungsbestimmung getroffen hat, als Leistende anzusehen sein. Auf den durch K geschaffenen Rechtsschein von Leistungen des Klinikums 0. und der Städte D. und E. kann sich die Stadt P. nicht berufen, da der Bekl. den Rechtsschein nicht in zurechenbarer Weise veranlasst hat.

bb. Kein Ausschluss gem. § 817 S. 2 BGB

Der Revision ist auch nicht zu folgen, soweit sie meint, der Kl. sei es auf Grund eines Verstoßes gegen § 1 I 2 Nr. 2, § 32 KWG im Hinblick auf § 817 S. 2 BGB versagt, den Bekl. in Anspruch zu nehmen. Ihrem klaren Wortlaut nach findet die auf Sanktionszwecken beruhende Ausnahmevorschrift des § 817 S. 2 BGB auf die Nichtleistungskondiktion i. S. des § 812 I 1 Alt. 2 BGB keine Anwendung (vgl. BGHZ 39, 87 [91] = NJW 1963, 950; BGH, WM 1967, 1217 [1218]; Staudinger/Lorenz, BGB, 13. Bearb. [1999], § 817 Rdnr. 10; Erman/H. P. Westermann, BGB, 10. Aufl., § 817 Rdnr. 3; Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 817 Rdnr. 15). Abgesehen davon handelt es sich bei § 1 I 2 Nr. 2 und § 32 KWG nur um gewerberechtliche Ordnungsvorschriften, deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit von Kreditgeschäften nach § 134 BGB führt (vgl. BGHZ 76, 119 [126] = NJW 1980, 1394; BGH, NJW 1972, 1463 = WM 1972, 853).

cc. Kein Ausschluss wegen Entreicherung gem. § 818 III BGB

Auch die Ausführungen des LG zum Einwand der fehlenden Entreicherung der Kl. lassen entgegen der Ansicht der Revision keine Rechtsfehler erkennen. Ein Schaden im Sinne der Differenzbetrachtung, nach der sich der Geschädigte mit dem schädigenden Ereignis unmittelbar zusammenhängende Vermögensvorteile mit gewissen Einschränkungen anrechnen lassen muss, ist für einen Bereicherungsanspruch nicht notwendig (vgl. BGHZ 36, 232 [233] = NJW 1962, 536; BGH, NJW 1968, 197). Für eine Anrechnung der Vorteile aus von anderen Landkreisen an die Kl. auf Grund vermeintlicher Darlehensverträge gezahlten Beträgen ist infolgedessen von vornherein kein Raum.

II. Zur Auskunftserteilungspflicht des Bekl.

Das LG hat den Bekl. zu Recht zur Auskunft über die gem. § 818 I BGB herauszugebenden Nutzungen oder erstattungsfähigen Gebrauchsvorteile verurteilt. Ein Anspruch auf Auskunft besteht nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Berechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann, während der Verpflichtete sie unschwer, das heißt ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag. Zwischen den Beteiligten muss eine besondere rechtliche Beziehung bestehen, wobei ein gesetzliches Schuldverhältnis genügt (st. Rspr., s. etwa BGHZ 81, 21 [241 = NJW 1981, 2000; BGHZ 95, 285 [287] = NJW 1986, 1247; BGHZ 126, 109 [113] = NJW 1995, 386). Diese Anspruchsvoraussetzungen sind nach den zutreffenden und von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen des LG sämtlich erfüllt.

III. Keine Rechnungslegungspflicht des Bekl.

Dem LG kann jedoch nicht gefolgt werden, soweit es darüber hinaus auch einen Anspruch der Kl. auf Rechnungslegung bejaht hat. Eine Rechnungslegung ist eine besonders genaue Art der Auskunft (vgl. BGHZ 93, 327 [329] = NJW 1985, 1693), die nach § 259 I BGB eine geordnete, in sich verständliche Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben erfordert und den Betroffenen zur Vorlage von Belegen, soweit solche erteilt zu werden pflegen, verpflichtet (BGH, WM

1962, 706 [707]). Eine solche weitgehende Pflicht trifft im Allgemeinen nur Personen, die fremde Angelegenheiten besorgen (vgl. etwa BGHZ 10, 385 [386 f.] = NJW 1954, 70; BGH, NJW 1979, 1304 = WM 1979, 472 [474]). Ferner kann ein rechtswidriger Eingriff in fremde Rechte - wie etwa bei der Verletzung von Urheberrechten und Rechten aus Arbeitnehmererfindungen - unter bestimmten Umständen eine Rechnungslegungspflicht des Betroffenen begründen (vgl. BGHZ 126, 109 [113] = NJW 1995, 386; BGH, NJW-RR 1997, 1537 = WM 1997, 2007 [2010]).

Dagegen führt der Konditionsschuldner gewöhnlich keine fremden Geschäfte und ist bei wertender Betrachtung auch nicht mit einem in fremde Rechte eingreifenden Schuldner zu vergleichen. Von ihm kann daher in aller Regel nicht nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er Belege oder sonstige Urkunden aufhebt, um sie dem Konditionsgläubiger später gegebenenfalls vorlegen zu können. Für die Annahme einer Rechnungslegungspflicht bei der auf § 818 I BGB beruhenden Verpflichtung zur Herausgabe von Nutzungen oder anderen geldwerten Vorteilen fehlt infolgedessen die notwendige Rechtsgrundlage (RGZ 137, 206 [212]; vgl. ferner BGHZ 19,51 [68] = NJW 1956, 138).

C. Ergebnis

Die Sprungrevision des Bekl. war daher abgesehen von der Verurteilung zur Rechnungslegung zurückzuweisen.

*Strafrecht***Standort: §§ 211, 13****Problem: Verdeckungsmord durch Unterlassen**

BGH, URTEIL VOM 12.12.2002

4 STR 297/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im vorliegenden Fall die zweijährige Tochter seiner Lebensgefährtin mit Tötungsvorsatz so schwer misshandelt, dass diese später an ihren durch den Angeklagten beigebrachten Verletzungen verstarb. Obwohl der Angeklagte erkannte, dass das Kind sterben würde, unternahm er keine Rettungsmaßnahmen, da er eine Inhaftierung befürchtete. Außerdem bedrohte er seine Lebensgefährtin und hielt diese so ebenfalls davon ab, Rettungsmaßnahmen zu ergreifen.

Das LG hatte den Angeklagten wegen Totschlags verurteilt. Eine Verurteilung wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen oder Anstiftung zum (versuchten) Mord hatte es abgelehnt. Der BGH bestätigte das Urteil, sofern es um die Ablehnung des Verdeckungsmordes ging, legte jedoch die Annahme einer Anstiftung nahe.

Prüfungsrelevanz:

Neben den Voraussetzungen des Verdeckungsmordes, die immer wieder Gegenstand von Examensaufgaben sind, berührt die vorliegende Entscheidung auch Bereiche der unechten Unterlassungsdelikte und der Teilnahme, die ebenfalls gerne zum Inhalt von Prüfungsaufgaben gemacht werden.

Der BGH hatte im vorliegenden Fall erneut die Frage zu beantworten, wann eine Tötung zur Verdeckung einer "anderen" Straftat i.S.v. § 211 II StGB vorliegt. Die Rechtsprechung geht insofern davon aus, dass eine identische Angriffsrichtung, d.h. eine ebenfalls gegen Leib und Leben gerichtete Vortat, einen Verdeckungsmord nicht grundsätzlich ausschließt, nimmt jedoch beim Mord durch aktives Tun 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 Zäsur liege (BGH, NStZ 2000, 498). Im vorliegenden Fall führt der BGH zum Verdeckungsmord durch Unterlassen weiter aus, dass ein solcher zwar grundsätzlich denkbar ist, jedoch bei einem vorsätzlichen Tötungsdelikt als Vortat ausscheidet. Der Täter, der nach Vornahme einer aktiven Tötungshandlung keine Rettungsmaßnahmen ergreife, begehe keine "andere" Tat, da er lediglich die bereits durch das Vorverhalten in Gang gesetzte Kausalkette nicht unterbreche. Ansonsten würde es dem Täter als Verdeckungsmord (durch Unterlassen) angelastet, dass er nicht von der versuchten Tötung durch aktives Tun zurückgetreten sei.

Eine weiteres Problem, das der BGH im vorliegenden Fall diskutierte, das jedoch einer Entscheidung nicht bedurfte, da der Mord durch Unterlassen sowieso ausschied, war die Frage, ob ein Täter, der das Opfer mit Tötungsvorsatz angreift, zum Garanten (aus Ingerenz) für das Leben des Angegriffenen wird, wenn dieser nicht sofort durch den Angriff verstirbt. Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet (vgl. die Übersicht bei Stein, JR 1999, 265). Der BGH hat eine solche Garantenstellung mit der Begründung abgelehnt, es sei unbillig, dem Angreifer, der sowieso den Tod des Opfers wolle, eine besondere Pflicht zum Schutze des Opfers aufzubürden; der Täter sei sowieso verpflichtet, das Leben des Opfers zu retten, da er nur so vom versuchten Tötungsdelikt zurücktreten könne (BGH, NStZ-RR 1996, 131). In der Literatur wird hingegen überwiegend eine Garantenstellung wegen des pflichtwidrigen Vorverhaltens, das in dem Angriff liegt, bejaht; das unechte Unterlassungsdelikt durch die Nichtrettung des Opfers soll dann jedoch im Rahmen der Konkurrenzen hinter das (vollendete) Tötungsdelikt durch aktives Tun zurücktreten (Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 107).

Schließlich enthält das Urteil noch - kurze - Ausführungen zu der Frage, ob eine Anstiftung auch dadurch begangen werden kann, dass der Anstifter den Haupttäter bedroht und dadurch zur Begehung der Haupttat motiviert. Zwar verlangt die herrschende Meinung für

eine Anstiftung eine kommunikative Beziehung zwischen Anstifter und Haupttäter und lässt insofern das bloße Schaffen eines Tatanreizes nicht genügen (vgl. die Übersicht bei Lackner/Kühl, § 26 Rn. 2). Eine solche Kommunikationsbeziehung ist jedoch auch bei einer Bedrohung des Haupttäters gegeben. Das LG hatte die Anstiftung mit der Begründung abgelehnt, durch die Bedrohung seiner Lebensgefährtin habe der Täter die Tatherrschaft erlangt. Die Tatherrschaft (und daraus ggf. resultierende Täterschaft) schließt jedoch eine Teilnahme (etwa in Form der Anstiftung) nicht aus; die Teilnahme tritt in diesen Fällen lediglich hinter die Täterschaft zurück (vgl. Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 52 ff. Rn. 107). Der BGH stellt im vorliegenden Fall fest, dass auch eine Drohung als Mittel der Anstiftung in Betracht kommt, was im Übrigen auch im Wortlaut des § 48 StGB a.F. ausdrücklich enthalten war (Dreher/Tröndle, § 26 Rn. 4).

Vertiefungshinweise:

Zum Verdeckungsmord: *BGHSt* 35, 166; *NStZ-RR* 2002, 139; *NStZ* 2002, 253; *RA* 2003, 110; *Momsen*, *JR* 2000, 29; *Saliger*, *NStZ* 1997, 302; *Schmidhäuser*, *NStZ* 1989, 55

Zur Garantenstellung wegen Angriffs auf das Leben des Opfers: *BGH*, *NStZ-RR* 1996, 131; *Stein*, *JR* 1999, 265

Kursprogramm:

Examenskurs: "Heimatfilme"

Examenskurs: "Unterlassene Rettung"

Leitsatz:

Hat der Täter das Tatopfer mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und unterlässt er es anschließend, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des (zunächst) überlebenden Opfers einzuleiten, so ist eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes durch Unterlassen auch dann nicht gegeben, wenn zwischen dem Handlungs- und Unterlassensteil eine zeitliche Zäsur liegt.

Sachverhalt:

Der Angeklagte misshandelte mit bedingtem Tötungsvorsatz die zur Tatzeit zwei Jahre alte, mit ihm in Hausgemeinschaft lebende Tochter seiner damaligen Lebensgefährtin und jetzigen Ehefrau in derart massiver Weise, dass das Kind später verstarb. Obwohl er erkannt hatte, dass das schwer verletzte Kind ohne

alsbaldige ärztliche Hilfe sterben würde, unterließ er jegliche Rettungsbemühungen. Aus Angst vor erneuter Inhaftierung hielt der Angeklagte auch seine Ehefrau davon ab, sofortige Rettungsmaßnahmen einzuleiten. Er überredete sie vielmehr, eine von ihm erfundene Tatversion, wonach die Tat durch unbekannte Eindringlinge in seiner Abwesenheit verübt worden sei, zu bestätigen. Da das erfundene Alibigeschehen nur bei weiterem Zeitablauf plausibel erscheinen konnte, sahen der Angeklagte und seine Ehefrau auch in der Folge davon ab, Rettung herbeizurufen. Erst etwa eineinhalb Stunden nach der Tat wurde der Rettungsdienst verständigt. Ob das Opfer bei unverzüglicher Verständigung eines Notarztes hätte gerettet werden können, kann den Feststellungen nicht entnommen werden.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Totschlags zu einer Freiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Ferner hat es seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet und bestimmt, dass sieben Jahre der verhängten Freiheitsstrafe vorweg zu vollstrecken sind. Mit seiner Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, erstrebt der Nebenkläger die Verurteilung des Angeklagten wegen eines durch Unterlassen verwirklichten Verdeckungsmordes. Das zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten im ersten (Handlungs-) Abschnitt als Totschlag (§ 212 StGB) bewertet. Dies lässt für sich gesehen Rechtsfehler weder zu seinen Gunsten noch zu seinem Nachteil (§ 301 StPO) erkennen. Einen Verdeckungsmord (durch Unterlassen) hat es mit der Begründung verneint, dass dem Angeklagten anderenfalls "zum Vorwurf gemacht würde, nicht gemäß § 24 StGB strafbefreiend von der Vortat zurückgetreten zu sein".

Soweit der Angeklagte auf die Kindesmutter eingewirkt habe, um sie von sofortigen Rettungsmaßnahmen abzuhalten, stelle sich sein Verhalten zwar als Anstiftungshandlung dar. Diese sei jedoch nicht strafbar, weil der Angeklagte, der seinen eigenen Angaben zufolge seiner Ehefrau die Alibiversion "diktiert" habe, die Tatherrschaft gehabt habe. Diese Ausführungen halten teilweise revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

I. Kein Verdeckungsmord im vorliegenden Fall

Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht allerdings eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Verdeckungsmordes verneint.

1. Verdeckungsmord bei Tötungsdelikt als zu verdeckender "anderer" Tat

a. Grundsatz

Zwar kann der Tatbestand des Verdeckungsmordes auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden (vgl. BGH NJW 2000, 1730, 1732 m.w.N.). Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht setzt jedoch gemäß § 211 Abs. 2 StGB voraus, dass der Täter die Tötungshandlung vornimmt oder - im Falle des Unterlassens - die ihm zur Abwendung des Todeseintritts gebotene Handlung unterlässt, um dadurch eine andere Straftat zu verdecken. Dabei steht der Annahme eines Verdeckungsmordes nicht bereits entgegen, dass sich schon die zu verdeckende Vortat gegen die körperliche Unversehrtheit des Opfers richtet und im unmittelbaren Anschluss in die Tötung zur Verdeckung des vorausgegangenen Geschehens übergeht (BGHSt 35, 116; BGH NStZ-RR 1999, 234; NStZ 2000, 498; 2002, 253).

Handelt der Täter jedoch von Anfang an mit – sei es auch nur bedingtem – Tötungsvorsatz, so liegt auch dann keine zu verdeckende Vortat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB vor, wenn er im Zuge der Tatausführung die Tötung zusätzlich auch deshalb herbeiführen will, um seine vorherigen Tathandlungen zu verdecken. Allein das Hinzutreten der Verdeckungsabsicht als (weiteres) Tötungsmotiv macht die davor begangenen Einzelakte nicht zu einer "anderen" Tat (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 2000, 498, 499; 2002, 253; Senatsurteil vom 10. Oktober 2002 - 4 StR 185/02).

b. Ausnahme

Nach diesen Grundsätzen wäre eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen eines durch Unterlassen verwirklichten Verdeckungsmordes schon deshalb nicht gegeben, weil er nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen das Tatopfer bereits im vorausgegangenen Handlungsabschnitt mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt hat. Allerdings ist nach der Rechtsprechung die Rechtslage anders zu beurteilen, wenn zwischen einer (zunächst erfolglosen) Tötungshandlung und der erneuten mit Verdeckungsabsicht vorgenommenen zweiten 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, wird das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht als erfüllt angesehen, da sich die Tötungshandlung auf eine zunächst abgeschlossene, mithin "andere" Tat bezieht (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Verdeckung 11; BGH StV 2001, 553; BGH NStZ 2002, 253). Ge-

genstand dieser Rechtsprechung waren jedoch ausschließlich Fälle, in denen das nachfolgende Tötungsgeschehen durch positives Tun verwirklicht worden war.

2. Verdeckungsmord durch Unterlassen bei Tötungsdelikt als zu verdeckender "anderer" Tat

Ob eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes auch durch Unterlassen in Betracht kommt, wenn der Täter im vorausgegangenen Handlungsteil bereits mit (bedingtem) Tötungsvorsatz gehandelt hat, ist indes - soweit ersichtlich - höchstrichterlich nicht entschieden.

a) Zur Garantenstellung wegen vorsätzlichen Angriffs auf das Leben des Opfers

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat allerdings in einem Fall, in dem der Täter - nicht abschließbar - das Opfer bereits im ersten Handlungsteil mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt hatte und es anschließend in hilfloser Lage zurückließ, eine Strafbarkeit wegen Aussetzung (§ 221 Abs. 1 2. Alt. StGB a.F.) mangels Vorliegens einer Garantenstellung verneint und dies damit begründet, dass der Täter, der vorsätzlich oder bedingt vorsätzlich einen Erfolg anstrebt oder billigend in Kauf nimmt, nicht zugleich verpflichtet sei, ihn abzuwenden. Bei einem vorsätzlichen Angriff auf menschliches Leben könne der Täter, wenn er sich später eines besseren besinne und - erfolgreich - Hilfe leiste, zwar zurücktreten und insoweit Strafbefreiung erlangen; eine rechtliche Verpflichtung zur Hilfeleistung bestehe jedoch nicht (BGHR StGB § 221 Konkurrenzen 1 = NStZ-RR 1996, 131). Übertragen auf den vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass bereits wegen Fehlens einer Garantenstellung eine Strafbarkeit des Angeklagten wegen Verdeckungsmordes nicht in Betracht käme.

Demgegenüber wird in Teilen des Schrifttums eine Garantenstellung auch dann bejaht, wenn der Täter die Gefahr, um deren Abwendung es geht, zuvor selbst vorsätzlich-pflichtwidrig herbeigeführt hat (vgl. hierzu ausführlich Stein JR 1999, 265 ff.). Insoweit wird jedoch überwiegend die Auffassung vertreten, dass das anschließende Unterlassungsdelikt hinter der vorsätzlichen Begehungstat im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt (Stein aaO S. 267 m.w.N.; vgl. auch Stree in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. Vorbem. §§ 52 ff. Rdn. 107).

b. Zur Verdeckungsabsicht

Die Frage, ob der Täter nach einer vorsätzlich begangenen (zunächst erfolglosen) Tötungshandlung anschließend als Garant verpflichtet sein kann, den Er-

folgeintritt abzuwenden, bedarf jedoch für die hier allein maßgebliche Frage, ob ein Verdeckungsmord (durch Unterlassen) vorliegt, keiner Entscheidung, da es in den Fällen bloßer Untätigkeit jedenfalls an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erforderlichen "anderen" Straftat fehlt. Wer es lediglich unterlässt, eine durch vorausgegangenes positives Tun in Gang gesetzte Kausalkette zu unterbrechen, "begeht" keine andere Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB, sondern verfolgt lediglich sein ursprüngliches Ziel weiter. Ebensovienig wie in den Fällen einer weiteren Tötungshandlung kann hier allein das Hinzutreten des weiteren Motivs der Verdeckungsabsicht ein im übrigen einheitliches Geschehen in zwei Taten aufspalten. Hierbei kann es - anders als bei aktivem Tun - keinen Unterschied machen, ob zwischen der Tötungshandlung, dem Erkennen der Erforderlichkeit einer Hilfeleistung und dem Entschluss, zur Verdeckung der Tat oder Täterschaft keine Maßnahmen zur Erfolgsabwendung zu unternehmen, eine zeitliche Zäsur liegt. Denn der Täter, der - wie hier - nur untätig bleibt, führt auch bei Vorliegen einer zeitlichen Zäsur lediglich die ursprünglich gewollte Tat fort, ohne eine neue Kausalkette in Gang zu setzen, die die Annahme einer anderen Straftat im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB rechtfertigen könnte. Er unterlässt es vielmehr nur, worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat, von dem vorausgegangenen (versuchten) Tötungsdelikt zurückzutreten. Dies vermag jedoch nicht schon eine Strafbarkeit wegen Verdeckungsmordes zu begründen.

II. Anstiftung auch bei Bedrohung des Haupttäters durch den Teilnehmer

Keinen Bestand kann jedoch das Urteil haben, soweit das Landgericht eine Strafbarkeit des Angeklagten

wegen Anstiftung zum Mord bzw. zum versuchten Mord durch Unterlassen verneint hat. Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen hat der Angeklagte seine damalige Lebensgefährtin und jetzige Ehefrau, die als leiblicher und - offensichtlich - personensorgeberechtigter Elternteil des Opfers eine Garantenstellung innehatte, dazu veranlasst, zur Verdeckung der Tat eines anderen (vgl. BGHSt 9, 180), nämlich seiner eigenen Täterschaft, von der sofortigen Benachrichtigung eines Rettungsdienstes abzusehen. Damit hat er - je nachdem, ob das Leben des Opfers durch die unverzügliche Einleitung von Rettungsmaßnahmen hätte gerettet werden können oder nicht - einen anderen vorsätzlich zu einem Mord oder versuchten Mord im Sinne des § 26 StGB bestimmt. Dass der Angeklagte seiner Ehefrau die "Alibiversion diktiert" hat und daher die Tatherrschaft gehabt habe, ändert entgegen der Auffassung des Landgerichts hieran nichts. Welcher Mittel sich der Anstiftende bedient, ist gleichgültig; taugliches Anstiftungsmittel kann etwa auch eine Drohung sein (vgl. Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 26 Rdn. 4).

III. Aufhebung der Verurteilung wegen Totschlags

Die rechtfehlerhafte Verneinung einer Strafbarkeit des Angeklagten wegen Anstiftung zum Mord bzw. versuchten Mord zwingt auch zur Aufhebung der für sich gesehen rechtsfehlerfreien Verurteilung wegen Totschlags, da auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen in Betracht kommt, dass beide Delikte eine Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit bilden (vgl. hierzu Kuckein in KK 4. Aufl. § 353 Rdnr.12). Die dem Tötungsgeschehen zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen können jedoch bestehen bleiben.

Standort: § 306 e StGB

Problem: Freiwilligkeit der tätigen Reue

BGH, URTEIL VOM 21.11.2002
3 STR 296/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der ausländische Angeklagte hatte im vorliegenden Fall, um einen ausländerfeindlichen Brandanschlag vorzutäuschen, Steine und Molotowcocktails durch die Fenster seines eigenen Hauses geworfen. Er wollte dadurch das Mobiliar beschädigen, um von seiner Hausratversicherung eine entsprechende Entschädigung zu erhalten. Dann rief er die Feuerwehr, die auch das Feuer löschte. Jedoch hatte, was der Angeklagte nicht beabsichtigt hatte, auch der Holzfußboden bereits

Feuer gefangen. Das Landgericht hatte den Angeklagten insb. wegen fahrlässiger Brandstiftung bestraft. Sowohl den Brandstiftungsvorsatz als auch eine tätige Reue nach § 306 StGB hatte es abgelehnt. Der BGH hob diese Entscheidung auf, da sowohl der Eventualvorsatz als auch die Voraussetzungen der tätigen Reue nicht hinreichend geprüft worden seien.

Prüfungsrelevanz:

Brandstiftungsdelikte erfreuen sich in Examensaufgaben einer großen Beliebtheit, insb. da sie leicht mit Problemen des Allg. Teils verbunden werden können.

Den Schwerpunkt des vorliegenden Urteils bilden Aus-

fürhungen des BGH zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 72 ff.). Der BGH vertritt insofern die sog. Billigungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Erfolgseintritt für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363). Für ein "Billigen" ist es nach ständiger Rechtsprechung des BGH ausreichend, dass der Täter sich mit dem Erfolg abfindet, selbst wenn er ihm an sich unerwünscht ist (BGH NStE § 212 Nr. 18). Hier hat der BGH im vorliegenden Fall - wie in der Vergangenheit auch schon (vgl. BGHSt 36, 1) - klargestellt, dass ein Billigen in diesem Sinne beweisrechtlich nahe liegt, wenn der Täter sein Vorhaben trotz hoher Gefährlichkeit durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können.

Witerhin hatte sich der BGH mit den Voraussetzungen des § 306 e StGB auseinanderzusetzen. Bei § 306 e StGB handelt es sich um einen persönlichen Strafaufhebungsgrund, bei dem - ebenso wie bei § 24 StGB - ein Verhalten des Täters nach Begründung der Strafbarkeit zu deren Wegfall führen kann. Anders als der Rücktritt gem. § 24 StGB, der auf Versuche Anwendung findet, ermöglicht die tätige Reue gem. § 306 e StGB eine Strafaufhebung sogar dann noch, wenn die Tat vollendet ist. Ein zentrales Element beider Vorschriften ist jedoch die Freiwilligkeit, die bei § 24 StGB und § 306 e StGB unter denselben Voraussetzungen gegeben ist (Tröndle/Fischer, § 306 e Rn. 5). Freiwillig handelt der Täter nach herrschender Meinung, wenn sein Verhalten durch autonome Motive geprägt und nicht durch willensunabhängige (heteronome) Umstände veranlasst ist, der Täter also "Herr seiner Entschlüsse" bleibt (BGH, StV 1996, 86 mwN).

In der Literatur werden teilweise erhöhte Anforderungen gestellt; so wird u.a. für eine Freiwilligkeit verlangt, dass der Täter in "die Bahnen des Rechts zurückkehrt" (Borchert/ Hellmann, Jura 1982, 662), oder dass der Rücktritt mehr ist als nur das nach der "Verbrechermoral vernünftige Verhalten" (Roxin, ZStW 77, 96; 80, 708). Insb. die Rechtsprechung hat jedoch stets betont, dass aus Opferschutzgesichtspunkten überhöhte Anforderungen an die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht gestellt werden dürften (vgl. BGHSt 35, 184). Deswegen sei es im Rahmen der tätigen Reue auch unbeachtlich, dass der Täter - wie im vorliegenden Fall - das entsprechende Verhalten von vorneherein in seinen Tatplan aufgenommen hatte.

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung dolus eventualis - bewusste Fahr-

lässigkeit: *BGH*, NStZ 1994, 483; 1999, 508; *Küpper*, ZStW 100, 758; *Schroth*, JuS 1992, 1

- Zur Freiwilligkeit i.R.v. § 306 e StGB: *BGHSt* 7, 296; 35, 184; *Geppert*, Jura 1998, 605; *Rengier*, JuS 1998, 401; *Wolters*, JR 1998, 271

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Kein Humor"
 Examenskurs: "Wilde Ehe"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Rechtsmittel kann nicht wirksam auf Taten beschränkt werden, die mit anderen Taten zur Tateinheit verbundenen sind. Dies gilt auch dann, wenn das angegriffene Urteil rechtsirrtümlich Tatmehrheit angenommen hat.
2. Bei der Prüfung eines Eventualvorsatzes durch das Tatgericht kann die Frage, ob der Täter die von ihm für möglich gehaltenen Folgen seines Handelns gebilligt hat - sofern er dies bestreitet - durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen festgestellt werden. Hierbei liegt die Annahme eines Vorsatzes nahe, wenn die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts sehr groß war und der Täter auf einen glücklichen Ausgang nicht vertrauen konnte.
3. Für die Freiwilligkeit im Rahmen von § 306 e StGB gelten die zum Rücktritt vom Versuch entwickelten Grundsätze. Es kommt somit allein darauf an, ob der Rücktritt einer autonomen Entscheidung des Täters entspringt oder durch von seinem Willen unabhängige zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird. Der Beweggrund zum Rücktritt muss jedoch nicht sittlich billigenswert sein. Dewegen ist die Freiwilligkeit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Löschen des Brandes von vorneherein zum Plan des Täters gehörte.
4. Ein eigenhändiges Löschen ist im Rahmen von § 306 e II StGB nicht erforderlich; das Löschen kann auch durch Dritte, insb. die Feuerwehr, erfolgen.
5. § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB scheidet aus, wenn der Täter als dessen einziger Bewohner das Gebäude durch die Inbrandsetzung entwidmet hat, da das Gebäude dann nicht mehr der Wohnung von Menschen dient.

Sachverhalt:

Der aus Polen stammende Angeklagte schloss eine Hausratversicherung ab, um Renovierungskosten für seine Mietwohnung durch einen Versicherungsbetrug

zu finanzieren. Nachdem er ausländerfeindliche Parolen an die Hauswand geschrieben, die Fensterscheiben seines Wohn- und Schlafzimmers mit Betonpflastersteinen eingeworfen sowie die an den Fenstern angebrachten Rollos und Vorhänge heruntergerissen hatte, zerschlug er in den beiden Zimmern jeweils einen Molotowcocktail. Anschließend zündete er das im Wohnzimmer vor der Schrankwand auf dem Fußboden ausgelieferte Benzin an, verließ die Wohnung und alarmierte die Feuerwehr, bei deren Eintreffen im Bereich der Schrankwand der PVC-Bodenbelag durchgebrannt war und der Holzfußboden selbständig brannte.

Um einen fremdenfeindlichen Brandanschlag vorzutäuschen, gab der Angeklagte gegenüber den am Brandort eingetroffenen Polizeibeamten als Brandursache an, unbekannte Täter hätten Steine und Molotowcocktails in seine Wohnung geworfen.

Einige Tage später verlangte der Angeklagte von der Haftpflichtversicherung Ersatz der an seinem Hausrat entstandenen Schäden. Dabei spiegelte er u. a. vor, der Brand sei wahrscheinlich durch einen Kurzschluss in der Beleuchtung der Schrankwand entstanden. Zu einer Schadensregulierung durch die Versicherung kam es nicht.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Brandstiftung, Vortäuschens einer Straftat und versuchten Betruges zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit ihrer auf die Verurteilung wegen fahrlässiger Brandstiftung beschränkten, auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision erstrebt die Staatsanwaltschaft eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Brandstiftung. Der Angeklagte beanstandet mit seiner Revision das Verfahren und rügt die Verletzung sachlichen Rechts.

I. Entscheidung des Landgerichts

Vom Vorliegen eines Brandstiftungsvorsatzes hat sich die Strafkammer nicht überzeugen können. Zwar habe der Angeklagte, der nur die Wohnungseinrichtung habe beschädigen wollen, es für möglich gehalten, durch das Entzünden des Benzins könne der Fußboden in Brand geraten. Wegen seines Wunsches, in der Wohnung noch einige Wochen zu bleiben, seines Tatmotivs, der sofortigen Benachrichtigung der Feuerwehr und seiner nicht widerlegbaren Einlassung, er sei davon ausgegangen, bei dem Boden handle es sich um nicht brennbares Material, könne er aber darauf vertraut haben, dass das Feuer nur die Schrankwand und nicht den Fußboden erfassen werde. Den persönlichen Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue gemäß § 306 e Abs. 2 StGB hat das Landgericht abgelehnt, da die

Benachrichtigung der Feuerwehr Teil des Tatplanes gewesen sei, der Angeklagte keine Reue gezeigt habe und nicht zur Legalität zurückgekehrt sei.

II. Entscheidung des BGH

Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten haben in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Zur Zulässigkeit der Revisionsbeschränkung

Die Beschränkung der Revision durch die Staatsanwaltschaft ist wirksam, soweit sie die Verurteilung wegen des sachlich-rechtlich selbständigen versuchten Betruges ausklammert (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 318 Rdn. 10, § 344 Rdn. 7). Im übrigen ist sie unwirksam und erfasst auch die Verurteilung wegen Vortäuschens einer Straftat. Denn zwischen der fahrlässigen Brandstiftung und dem Vortäuschen einer Straftat besteht aufgrund des festgestellten Sachverhalts bei einer zutreffenden rechtlichen Würdigung eine natürliche Handlungseinheit und damit Tateinheit, da beide Verhaltensweisen von einem einheitlichen Willen getragen wurden und zwischen ihnen ein so enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestand, dass die Annahme zweier Taten eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Tatgeschehens darstellen würde (vgl. BGHR StGB vor § 1 natürliche Handlungseinheit, Entschluss einheitlicher 8 m. w. N.). Das Vortäuschen eines fremdenfeindlichen Brandanschlags gegenüber den Polizeibeamten noch am Brandort diene - wie von vorneherein beabsichtigt - der Verdeckung der kurz zuvor durchgeführten Brandstiftung und wurde bereits vor der Brandlegung vom Angeklagten inszeniert. Wenn der Tatrichter die von ihm festgestellten Ereignisse als mehrere rechtlich selbständige Handlungen bewertet hat, obwohl tatsächlich nur eine Tat vorliegt, kann die Revision nicht auf die rechtliche Bewertung einzelner dieser Ereignisse beschränkt werden (vgl. BGH NStZ 1996, 203; Kleinknecht/Meyer-Goßner, aaO § 318 Rdn. 13, § 344 Rdn. 7).

2. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Die Beweiswürdigung, mit der das Landgericht einen bedingten Brandstiftungsvorsatz verneint hat, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

a) Voraussetzungen des Eventualvorsatzes

Ob ein Täter die von ihm für möglich gehaltenen Folgen seines Handelns gebilligt hat, kann - sofern er dies bestreitet - vor allem durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen festgestellt werden (vgl. Lackner/ Kühl, StGB 24. Aufl. § 15 Rdn. 25 m. w.

N.). Es ist zu besorgen, dass dies der Strafkammer nicht bewusst war und sie von überspannten Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung ausging.

Die Wahrscheinlichkeit, dass durch das Entzünden von auf einem PVC-Fußboden verschütteten Benzin in einem geschlossenen Raum, in dem sich in der Nähe brennbare Gegenstände befinden, ein Brand entsteht, der auch wesentliche Gebäudeteile erfasst, ist außerordentlich groß und allgemein bekannt. Deshalb drängt es sich nach dem äußeren Tatgeschehen auf, dass der Angeklagte ein Übergreifen des Feuers auf den Fußboden billigend in Kauf genommen hat (vgl. BGHR StGB § 306 Nr. 2 Vorsatz 2). Eine Billigung liegt vor allem schon deshalb sehr nahe, weil sich der Angeklagte unmittelbar nach dem Anzünden des Benzins entfernte, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und er es deshalb dem Zufall überließ, ob vor dem Eintreffen der Feuerwehr das Feuer auf den Fußboden oder andere Gebäudeteile übergreifen werde oder nicht (vgl. BGHSt 36, 1, 10).

b. Erforderlichkeit einer umfassenden Gesamtschau im Rahmen der Beweiswürdigung zur Feststellung des Vorsatzes

Weiterhin lässt die Beweiswürdigung die erforderliche Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände vermissen, die sowohl für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Einlassung (vgl. BGHR StPO § 261 Einlassung 5 und 6 m. w. N.; Engelhardt in KK 4. Aufl. § 261 Rdn. 28) als auch für die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit (vgl. BGHSt 36, 1, 10; BGHR StGB § 306 Nr. 2 Vorsatz 2) erforderlich ist. Die Strafkammer berücksichtigt weder das äußere Tatgeschehen noch die weiteren auf einen Vorsatz hindeutenden Umstände, dass der Angeklagte einen fremdenfeindlichen Brandanschlag mit Molotowcocktails vortäuschen wollte, vor der Brandlegung einige wichtige persönliche Gegenstände in Sicherheit gebracht hatte und aus seiner beruflichen Tätigkeit als Schweißer die Gefährlichkeit des Umgangs mit Feuer kannte.

3. Zur Revision des Angeklagten - Freiwilligkeit der tätigen Reue gem. § 306 e StGB

Der Schuldspruch wegen fahrlässiger Brandstiftung hält sowohl auf Grund der Revision des Angeklagten als auch auf Grund des Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft (§ 301 StPO) rechtlicher Überprüfung nicht stand, weil die Strafkammer mit einer fehlerhaften Begründung eine tätige Reue abgelehnt hat. Im übrigen hat die Überprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung aus den Gründen der Antrags-

schrift des Generalbundesanwalts keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

Gemäß § 306 e Abs. 2 StGB wird ein Täter wegen fahrlässiger Brandstiftung nicht bestraft, wenn er den Brand vor Entstehung eines wesentlichen Schadens freiwillig löscht. Da ein eigenhändiges Löschen nicht erforderlich ist, reicht es aus, wenn er sich der Hilfe der Feuerwehr bedient (Heine in Schönke/ Schröder, StGB 26. Aufl. § 306 e Rdn. 11). Entgegen der Meinung des Landgerichts steht es der tätigen Reue nicht entgegen, dass die sofortige Alarmierung der Feuerwehr - um den Brand in der Wohnung nicht zu groß werden zu lassen - dem Tatplan des Angeklagten entsprach. Für die Freiwilligkeit gelten die zum Rücktritt vom Versuch entwickelten Grundsätze, nach denen es allein darauf ankommt, ob der Rücktritt einer autonomen Entscheidung des Täters entspringt oder durch von seinem Willen unabhängige zwingende Hinderungsgründe veranlasst wird. Da der Beweggrund zum Rücktritt nicht sittlich billigenswert sein muss, sind eine „Reue über das angerichtete Unrecht“ oder eine „Rückkehr zur Legalität“ nicht erforderlich (vgl. BGHSt 7, 296, 299; 35, 184, 186 f.; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 24 Rdn. 19 ff., § 306 e Rdn. 5).

4. Aufhebung des Urteils im Ganzen

Aufgrund der dargestellten Rechtsfehler waren die Verurteilungen des Angeklagten wegen fahrlässiger Brandstiftung und wegen des Vortäuschens einer Straftat aufzuheben. Da beide Delikte rechtlich in Tateinheit zueinander stehen, scheidet eine Teilaufhebung aus (vgl. BGH NStZ 1997, 276), obwohl gegen den Schuldspruch wegen Vortäuschens einer Straftat an sich keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Jedoch bleiben die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen aufrechterhalten (§ 353 Abs. 2 StPO); ergänzende Feststellungen, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen, sind zulässig. Die Aufhebung der Schuldsprüche führt zum Wegfall der wegen der betroffenen Taten verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafe mit den zugehörigen Feststellungen. Der Senat hebt den Strafausspruch insgesamt auf, da die für den versuchten Betrug ausgesprochene Einzelstrafe wegen des engen Zusammenhangs aller Delikte von den weggefallenen Einzelstrafen beeinflusst worden sein kann. Der neue Tatrichter hat somit Gelegenheit, den gesamten Strafausspruch neu zu fassen.

5. Hinweise an das Tatsachengericht

Für die neue Hauptverhandlung bemerkt der Senat folgendes: Sollte der neue Tatrichter einen bedingten Brandstiftungsvorsatz bejahen, könnte einem Schuld-

spruch wegen besonders schwerer Brandstiftung gemäß § 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB (vgl. hierzu BGHSt 45, 211, 216 ff.) oder § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB entgegenstehen, dass das Gebäude nicht mehr der Wohnung von Menschen diene, weil es der Angeklagte als dessen einziger Bewohner für den Fall einer Inbrandsetzung entwidmet haben könnte (vgl. BGHSt 26, 121, 122; BGH NStZ 1984, 455; Heine in Schön-

ke/Schröder, aaO § 306 a Rdn. 5; Tröndle/Fischer, aaO § 306 a Rdn. 4). Voraussetzung für eine tätige Reue gemäß § 306 e StGB ist, dass der Brand vor Entstehung eines „erheblichen Schadens“ gelöscht wurde. Zur Auslegung dieses Merkmals verweist der Senat auf BGH, Urt. vom 12. September 2002 - 4 StR 165/02.

Standort: § 24

Problem: Rücktritt vom versuchten Unterlassungsdelikt

BGH, BESCHLUSS VOM 29.10.2002

4 STR 281/01 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Dem BGH lag ein Fall zur Entscheidung vor, bei dem die Angeklagte ihren Lebensgefährten nicht daran gehindert hatte, ihren wenige Wochen alten Sohn zunächst am Nachmittag heftig zu schlagen und dann, am Abend desselben Tages, zu würgen, obwohl sie bei beiden Handlungen Vorsatz bzgl. des Todes ihres Kindes hatte. Das LG hatte insofern eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen in zwei Fällen geprüft und einen strafbefreienden Rücktritt nur bzgl. des zweiten Versuchs (am Abend) angenommen. Der BGH hob das Urteil mit der Begründung auf, die Angeklagte sei auch von dem ersten Versuch zurückgetreten.

Prüfungsrelevanz:

Fallkonstellationen im Rahmen des Versuchs und hier vor allem die Probleme des strafbefreienden Rücktritts sind häufiger Gegenstand von Examensaufgaben.

Im vorliegenden Fall befasst sich der BGH zunächst mit der Frage, welche Voraussetzungen für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch eines Unterlassungsdelikts zu fordern sind. Bei der Deliktsbegehung durch aktives Tun ist (zumindest für den Alleintäter) gem. § 24 I StGB zu differenzieren: für einen Rücktritt vom unbeendeten Versuch ist es gem. § 24 I 1 Fall StGB erforderlich, dass der Täter „die weitere Ausführung der Tat aufgibt“, also nichts weiter tut, wogegen es für einen Rücktritt vom beendeten Versuch gem. § 24 I 2 Fall StGB grds. erforderlich ist, dass er die „Vollendung verhindert“, also durch ein aktives Tun für den Nichteintritt des Erfolges (mit-)ursächlich wird. Ob diese Differenzierung auch beim Rücktritt vom Unterlassungsdelikt möglich ist, ist streitig. Die Rechtsprechung und ein Teil der Literatur ge-

hen davon aus, dass, da für den Rücktritt von einem Unterlassen stets ein aktives Tun erforderlich sei, die o.a. Differenzierung entbehrlich sei und sich die Voraussetzungen eines Rücktritts vom Versuch eines Unterlassungsdelikts deshalb stets nach den Voraussetzungen des Rücktritts vom beendeten Versuch (§ 24 I 1 2. Fall StGB) richten (BGH, StV 1998, 369; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 13 a mwN). Da der Täter nur bei einem beendeten Versuch das Risiko der Erfolgswabwendung trage, will eine Gegenauffassung auch bei Unterlassungsdelikten zwischen unbeendetem und beendetem Versuch unterscheiden (Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 27 ff. mwN). Der Versuch eines Unterlassungsdelikts ist hiernach unbeendet, solange der Täter glaubt, die Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung reiche zur Erfolgsabwendung aus; beendet ist der Versuch hingegen, wenn aus Tätersicht die bloße Nachholung dieser Handlung hierzu nicht mehr ausreicht.

Auch vom BGH angesprochen wird im vorliegenden Fall das Problem des Rücktritts vom sog. mehraktigen Versuch (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 15 ff.). Bei dieser Fallkonstellation, die dadurch geprägt ist, dass der Täter nach Vornahme eines oder mehrerer Teilakte von der Vollendung Abstand nimmt, obwohl ihm noch weitere Mittel zur Verfügung stünden, wird die Frage, ob und inwieweit der Täter noch Straffreiheit erlangen kann, unterschiedlich beantwortet. Die Rechtsprechung hatte zunächst einen Rücktritt jedenfalls durch bloße Nichtvornahme weiterer Handlungen ausgeschlossen, sobald der Täter alle bei Beginn der Tatausführung geplanten Tathandlungen vorgenommen hatte (sog. Tatplantheorie, vgl. BGHSt 14, 75). Mittlerweile führt der BGH - ebenso wie große Teile der Literatur - beim mehraktigen Versuch eine Gesamtbetrachtung durch. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Rücktritt noch möglich ist, soll sich danach bestimmen, ob nach Vornahme der letzten Ausführungshandlung vom Rücktrittshorizont des Täters aus ein unbeendeter,

beendeter oder fehlgeschlagener Versuch vorliegt (vgl. BGHSt 31, 170). Liegt ein strafbefreiender Rücktritt vor, so soll dieser sämtliche Teilakte erfassen, jedenfalls sofern der Rücktritt der Abwehr der durch diese geschaffenen Gefahren dient. Die sog. Einzelaktstheorie hingegen schlägt vor, jeden aus Tätersicht erfolgsgerechten Ausführungsakt gesondert zu erfassen und im Falle eines Scheiterns einen Rücktritt wegen Fehlschlags des Versuches auszuschließen (vgl. Jakobs, JuS 1980, 714).

Vertiefungshinweise:

Zum Rücktritt vom Versuch des Unterlassungsdelikts: *BGH*, StV 1998, 369; *NJW* 2000, 1730; *Grünwald*, JZ 1959, 48; *Maihofer*, GA 1958, 289;

Zum Rücktritt vom mehraktigen Versuch: *Bergmann*, ZStW 100, 329; *Fahrenhorst*, Jura 1987, 291; *Herzberg*, *NJW* 1989, 197; *Ranft*, Jura 1987, 527; *Roxin*, JR 1986, 425; *Schall*, JuS 1990, 623;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Argentinien"

Examenskurs: "Expedition"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Rücktritt des Unterlassungstäters ist nach den Grundsätzen des beendeten Versuchs beim Begehungsdelikt gemäß § 24 I 1 2. Fall StGB zu beurteilen. Gelingt es dem Täter, die Vollendung der Tat zu verhindern, kommt es nicht darauf an, wann er sich zur Rettung des Opfers entschlossen hat, was er in der Zwischenzeit tat oder unterließ und welche Vorstellungen oder Beweggründe insbesondere dafür maßgeblich waren, dass er zunächst keine Rettungsmaßnahmen ergriff.

2. Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt hinsichtlich des ersten Tatabschnitts nur dann ausgeschlossen, wenn dieser als ein bereits fehlgeschlagener Versuch zu erachten ist. Von einem solchen, auch durch spätere Handlungen nicht mehr rücktrittsfähigen fehlgeschlagenen Versuch ist – bei aktivem Tun – nur dann auszugehen, wenn der Täter nach dem Misslingen des vorgestellten Tatablaus zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitliegenden Mitteln vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen.

3. Ein Rücktritt erstreckt sich bei einem mehraktigen Versuch auf sämtliche vorangegangenen Tatabschnitte, soweit er auf die Abwendung der durch diese geschaffenen, ungehindert fortwirkenden Gefahren zielt

Sachverhalt:

Die Angeklagte bewohnte mit dem Mitangeklagten K, den sie Ende Oktober 2000 kennen gelernt hatte, und ihren beiden Söhnen Can und Pierre eine gemeinsame Wohnung. K fühlte sich durch das Schreien des am 17. Februar 2001 geborenen Pierre extrem gestört und reagierte darauf aggressiv. Obwohl der Angeklagten mehrere vorangegangene Misshandlungen dieses Kindes durch den in seiner Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkten Mitangeklagten bekannt waren, schützte sie ihr Kind nicht vor weiteren zu erwartenden Übergriffen. Insbesondere verwies sie K, der mehrfach Auszugsabsichten geäußert hatte, nicht der Wohnung, weil sie nicht allein sein wollte.

Deswegen kam es am 15. März 2001 zu weiteren Gewalttätigkeiten Ks gegenüber dem Säugling. Am Nachmittag dieses Tages schlug K mindestens zweimal mit der flachen Hand gegen den Kopf und anschließend mit der Faust heftig gegen die Stirn des schreienden Kindes; am Abend schüttelte er Pierre, der nach den ersten Misshandlungen eingeschlafen und dann unter Schreien erwacht war, mit beiden Händen am Hals, würgte ihn etwa eine halbe Minute, bis das Kind rot anlief, zappelte und keine Luft mehr bekam, und schlug ihm erneut mit der flachen Hand links und rechts ins Gesicht. Hierbei war die Angeklagte E jeweils anwesend, ohne schützend einzugreifen. Sie rechnete damit, dass ihr Kind ohne ärztliche Hilfe zu Tode kommen oder erhebliche Dauerschäden erleiden könnte, fand sich damit aber ab. An diesem Tage unterließ sie es auch, ärztliche Hilfe zur Rettung ihres – wie sie erkannte – lebensbedrohlich verletzten Kindes herbeizuholen. Erst am Abend des Folgetages, als Pierre nur noch röchelte, alarmierten der Mitangeklagte K und die Angeklagte einen Notarzt.

Zwar überlebte Pierre mittels intensivmedizinischer Versorgung, er erlitt aber infolge der Misshandlungen vom 15. März 2001 u.a. eine ausgedehnte Gehirnquetschung sowie -schwellung und so massive Durchblutungsstörungen des Gehirns, dass eine Hirnregion abstarb, was zu einer dauernden, deutlichen Einschränkung der kognitiven und intellektuellen Fähigkeiten mindestens im Grad einer Lernbehinderung führte. Ob diese Dauerfolge bei sofortiger ärztlicher Hilfeleistung noch am 15. März 2001 abwendbar gewesen wären, konnte nicht festgestellt werden.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat die Angeklagte E. wegen "versuchten Totschlags durch Unterlassen in Tateinheit mit Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen und versuchter schwerer Körperverletzung durch Unterlassen" zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit ihrer hiergegen eingelegten Revision rügt die Angeklagte E die Verletzung formellen und materiellen Rechts. [...]

I. Urteilsausspruch des Landgerichts

Das Landgericht ist bei der Angeklagten E von zwei versuchten Tötungen durch Unterlassen ausgegangen und hat ohne nähere Begründung zwar einen Rücktritt nach § 24 Abs. 1 StGB von dem am Abend des 15. März 2001 begangenen Totschlagsversuch angenommen, diese Strafbefreiung jedoch nicht auf die vorangegangene versuchte Tötung am Nachmittag desselben Tages erstreckt. Angesichts der fortdauernden Misshandlung von Schutzbefohlenen mittels Quälens und rohen Misshandelns durch Unterlassen hat die Strafkammer hinsichtlich sämtlicher Tatbestände eine einheitliche Tat i.S.d. § 52 StGB bejaht.

*II. Ergebnis des BGH**1. Zum Rücktritt*

Die Verneinung des Rücktritts von dem am Nachmittag des 15. März 2001 begangenen Totschlagsversuch hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

a. Voraussetzungen des Rücktritts vom Versuch des Unterlassungsdelikts

Der Rücktritt des Unterlassenstäters ist nach den Grundsätzen des beendeten Versuchs beim Begehungsdelikt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB zu beurteilen (vgl. BGH StV 1998, 369; NJW 2000, 1730, 1732). Gelingt es dem Täter, die Vollendung der Tat zu verhindern, kommt es nicht darauf an, wann er sich zur Rettung des Opfers entschloss, was er in der Zwischenzeit tat oder unterließ und welche Vorstellungen oder Beweggründe insbesondere dafür maßgeblich waren, dass er zunächst keine Rettungsmaßnahmen ergriff (BGH NSTZ 1981, 388; vgl. auch StV 1983, 413).

b. Rücktritt vom mehraktigen Versuch

Bei einem mehraktigen Geschehen ist der Rücktritt hinsichtlich des ersten Tatabschnitts nur dann ausgeschlossen, wenn dieser als ein bereits fehlgeschlagener Versuch zu erachten ist (vgl. BGHSt 34, 53, 55; 41, 368, 369; 44, 91, 94). Von einem solchen, auch durch spätere Handlungen nicht mehr rücktrittsfähigen fehl-

geschlagenen Versuch ist – bei aktivem Tun – nur dann auszugehen, wenn der Täter nach dem Misslingen des vorgestellten Tatablaus zu der Annahme gelangt, er könne die Tat nicht mehr ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitliegenden Mitteln vollenden, so dass ein erneutes Ansetzen notwendig sei, um zum gewünschten Ziel zu gelangen (BGHSt 41, 368, 369 m.w.N.). Das Landgericht stellt jedoch fest, dass die Angeklagte bereits aufgrund der erlittenen Misshandlung am Nachmittag des 15. März 2001 damit rechnete, ohne ärztliche Hilfe werde das Kind möglicherweise sterben. Für die Zeit zwischen den beiden Gewalthandlungen des Mitangeklagten K sind den Feststellungen keine Anhaltspunkte für einen Fehlschlag in dem Sinne zu entnehmen, dass eine Unterbrechung der Gefährdungslage des Kindes eingetreten oder von der Angeklagten vorgestellt worden wäre. Dieses war zwar eingeschlafen und wieder erwacht, befand sich aber weiterhin mit lebensgefährlichen Verletzungen ohne jede medizinische Versorgung schutzlos in ihrer Gewalt. Die Verletzungen durch den ersten Teilakt waren demzufolge aus Sicht der Angeklagten nach wie vor geeignet, den Todeserfolg herbeizuführen, wobei die Verletzungen aus dem zweiten Teilakt nur geeignet waren, den Eindruck akuter Lebensgefährlichkeit im Sinne des nahen Erfolgseintritts zu verstärken (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 S. 1 Versuch, beendeter 5). Selbst wenn die Angeklagte, als sie die Gewalttätigkeiten am Abend duldete, einen erneuten gleichartigen Tatentschluss gefasst hätte, stünde dies einem Rücktritt nicht entgegen. Der Grund der Strafbefreiung wurzelt in der freiwilligen Änderung der Verhaltensrichtung, solange der Täter alle unerlaubten Risiken noch in der Hand hat (BGH NJW 2000, 1730, 1732 m.w.N.). Daher erstreckt sich ein Rücktritt auf sämtliche vorangegangene Tatabschnitte, soweit er auf die Abwendung der durch diese geschaffenen, ungehindert fortwirkenden Gefahren zielt.

2. Erstreckung der Aufhebung auf die übrigen Straftaten

Die Aufhebung der Verurteilung wegen versuchten Totschlags erfasst auch die tateinheitlichen Schuldsprüche wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen und versuchter schwerer Körperverletzung nach §§ 225 I Nr. 1 und Nr. 2, III Nr. 1 und Nr. 2, 226 I Nr. 3, II, 22, 23 I, 13 I StGB.

3. Zur Vollendung des § 226 I StGB

Der neu entscheidende Tatrichter wird jedoch zu prüfen haben, inwieweit eine Verurteilung wegen vollendeter schwerer Körperverletzung durch Unterlassen

nach § 226 Abs. 1 Nr. 3, § 13 StGB in Betracht kommt. Denn angesichts des von K am 12. März 2001 in Gegenwart der Angeklagten E vorgenommenen kräftigen Schlages mit der flachen Hand gegen den Kopf des noch keine vier Wochen alten Kindes, der daraufhin seitlich anschwellt, liegt nahe, dass die Angeklagte E nicht erst nach dem am 15. März 2001 verabreichten Faustschlag mit weiteren Misshandlungen i.S.d. § 225 Abs. 3 StGB rechnete, sondern schon zuvor auch mit solchen Körperverletzungen, denen nach Art, Ausmaß und Schwere die spezifische Gefahr der Folge einer geistigen Krankheit oder Behinderung i.S.d. § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB anhaftet (vgl. BGHSt 31, 96, 98 f.; 41, 113, 118; BGHR StGB § 226 Todesfolge 11). Da sie aufgrund solcher Kenntnisse verpflichtet gewesen wäre, für eine räumliche Trennung des K von ihrem Sohn Sorge zu tragen, und um weitere Gewalttätigkeiten zu verhindern, unverzüglich einzuschreiten, als der Angeklagte den Säugling in ihrer Anwesenheit erneut angriff, würde es nicht mehr darauf ankommen, ob durch eine sofortige ärztliche Hilfe die Dauerfolge der Gewalthandlungen vom 15. März 2001 objektiv hätte abgewendet werden können.

4. Erstreckung auf den Mitangeklagten

Der sachlichrechtliche Fehler, der zur Aufhebung der

Verurteilung der Angeklagten E führt, betrifft auch die Verurteilung des nicht mehr revidierenden Mitangeklagten K, der wegen der genannten Taten neben der tateinheitlichen Misshandlung von Schutzbefohlenen und schweren Körperverletzung ebenfalls wegen versuchten Totschlages unter Versagung eines strafbefreienden Rücktritts hinsichtlich der Tat am Nachmittag des 15. März 2001 verurteilt worden ist. Denn die von der Strafkammer in der Reichweite verkannten Voraussetzungen des Rücktritts bei der Angeklagten E. als Unterlassenstäterin bestimmen sich nach den gleichen Maßstäben wie beim Angeklagten K als Begehungstäter eines beendeten Versuchs. Somit kann der Schuldspruch beim Mitangeklagten K. nach § 357 StPO ebenfalls keinen Bestand haben.

5. Keine Aufhebung der Feststellungen

Die Feststellungen zum objektiven Tatgeschehen sind rechtsfehlerfrei getroffen und können mit Ausnahme derjenigen zum Rücktrittsgeschehen bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen, insbesondere zur bisher nicht festgestellten Freiwilligkeit des Rücktritts sowie zu dem Zeitpunkt, von dem an die Angeklagte mit schweren Körperverletzungshandlungen des Mitangeklagten rechnete, sind möglich.

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.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Fragerecht von Abgeordneten

SAARLVERFGH, URTEIL VOM 31.10.2002
LV 1/02 (NVWZ-RR 2003, 81)

Problemdarstellung:

Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes hatte sich im Rahmen eines Organstreitverfahrens mit der Frage zu befassen, ob den Landtagsabgeordneten und einer Landtagsfraktion ein Informationsanspruch gegen die Landesregierung zusteht, und inwieweit dieser beschränkt werden kann. Das Gericht bejaht zunächst einen Auskunftsanspruch, allerdings nur bzgl. selbst gestellter Fragen. Eine Fraktion als solche hat daher keinen eigenen Anspruch auf die Beantwortung solcher Fragen, die ihre Mitglieder - einzelne Abgeordnete - gestellt haben.

Mit dem Fragerecht korrespondiere ein Anspruch auf inhaltlich umfassende Antwort, der allerdings bestimmten Schranken unterliege. Hierzu gehöre neben Missbrauch des Fragerechts, Geheimhaltungsinteressen Dritter usw. insbesondere die tatsächliche Unmöglichkeit einer Antwort. Beruhe diese allerdings darauf, dass der Fragesteller erkennbar von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen sein, wandle sich der Auskunfts- in einen Aufklärungsanspruch um, Kraft dessen der Fragesteller auf seinen Irrtum hinzuweisen sei.

Prüfungsrelevanz:

Das Verhältnis von Parlament (Legislative) und Regierung (Exekutive) gehört zum Kernbereich des Staatsorganisationsrechts und damit des prüfungsrelevanten Wissens. In einer Demokratie sind die Staatsgewalten zwar geteilt (Art. 20 II GG), jedoch nicht streng voneinander getrennt, sondern beeinflussen und kontrollieren sich gegenseitig. Kommt es zu Streitigkeiten über wechselseitige Kompetenzen oder Kontrollrechte, sind diese prozessual in einem Organstreitverfahren zu klären. Dieses ist nach Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG auf Bundesebene statthaft, die Länder haben in ihren Landesverfassungen sämtlich ein vergleichbares Verfahren geregelt. So sind auch die hier einschlägigen Vorschriften der Landesverfas-

sung und des Verfassungsgerichtshofgesetzes des Saarlandes "baugleich" mit denen des GG und des BVerfGG.

Zur Herleitung des Frage- und Informationsrechts des Abgeordneten aus dem "freien Mandat" sei noch angemerkt, dass hieraus noch weitere elementare Rechte, namentlich insbesondere ein Teilnahme-, Rede-, Antrags- und Stimmrecht folgen. Dies gilt auf Bundesebene nach dem GG ebenso wie auf Landesebene nach der jeweiligen Landesverfassungen und auf kommunaler Ebene für die Repräsentanten in Kreistagen, Gemeinderäten und sonstigen Vertretungen nach den jeweils einschlägigen Gesetzen (Kreisordnung, Gemeindeordnung usw.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum parlamentarischen Fragerecht: *BVerfGE* 67, 100; *VerfGH NW*, NVwZ 1994, 678; *Sachs-AnhVerfG*, NVwZ 2000, 671; *BayVerfGH*, NVwZ 2002, 715; *SächsVerfGH*, LKV 1998, 315; *BayVerfGH*, NVwZ 2002, 715; *BbgVerfG*, DÖV 2001, 164

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Das Drama mit dem Lama"
☐ *Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsatz (der Redaktion):

Beruhet das Auskunftsbegehren von Landtagsabgeordneten gegenüber der Landesregierung erkennbar auf einem Tatsachenirrtum der Fragesteller, so muss die Landesregierung mit ihrer Antwort auf den Irrtum hinweisen.

Sachverhalt:

Der Landtag des Saarlandes beriet über die Qualität der Empfehlungen der Grundschulen des Landes beim Übergang der Schüler zum Gymnasium. Zwei Landtagsabgeordnete (ASt. zu 1 und 2), Mitglieder der oppositionellen SPD-Fraktion (ASt. zu 3), begehrten von der Landesregierung am 3.12.2001 Auskunft darüber,

wie viele Schüler in den Schuljahren 1990/91 und 1991/92 in vier - von der Landesregierung exemplarisch auszuwählenden - Gymnasien des Landes mit und wie viele ohne Empfehlung ihrer Grundschule aufgenommen worden sind, wie viele aus der jeweiligen Gruppe schließlich die allg. Hochschulreife erworben haben und wie viele das Gymnasium vorzeitig verlassen haben.

Der Zeitraum von 1990/91 bis 1991/92 wurde von den Ast. deshalb gewählt, weil im Zeitpunkt der Fragestellung von jüngeren Jahrgängen noch keine Statistiken über den Abschluss der Schullaufbahn vorlagen. Die Ast. übersahen dabei jedoch, dass Empfehlungen über die weitere Schullaufbahn der Schüler von den Grundschulen erst seit einer 1993 in Kraft getretenen Gesetzesänderung abgegeben wurden. Zuvor wurde lediglich eine Leistungsbeurteilung vorgenommen.

Die Antwort der Landesregierung vom 20.12.2001 lautete: "Der mit der begehrten Erhebung verbundene Arbeitsaufwand stünde in keinem Verhältnis zu den möglicherweise zu erwartenden Erkenntnissen. Die Auswahl von 4 aus 33 Gymnasien wäre zudem willkürlich und würde nicht zu repräsentativen Ergebnissen führen." Die Ast. halten diese Antwort für unzureichend und sehen sich dadurch in ihren Abgeordneten- bzw. fraktionellen Rechten, insbesondere ihrem verfassungsrechtlich garantierten Auskunftsanspruch, verletzt. Sie begehrten daraufhin vor dem SaarlVerfGH die Verpflichtung der Landesregierung (Ag.) zur Erteilung der begehrten Auskunft.

Mit Erfolg?

Lösung:

Der Antrag hat Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, die Sachurteilsvoraussetzungen der statthaften Antragsart vorliegen.

I. Statthaftigkeit

In Betracht kommt hier ein Organstreitverfahren nach Art. 97 Nr. 1 SaarlVerf i.V.m. §§ 9 Nr. 5, 40 ff. SaarlVerfGHG. Gegenstand eines solchen sind Streitigkeiten über den Umfang von Rechten und Pflichten eines obersten Landesorgans oder anderer Beteiligter, die durch die Verfassung oder in der Geschäftsordnung des Landtags oder der Landesregierung mit eigener Zuständigkeit ausgestattet sind. Vorliegend rügen die Ast. als Abgeordnete des Landtags (Ast. zu 1 und

2) bzw. Landtagsfraktion (Ast. zu 3) eine unzureichende Antwort der Ag. auf die Anfrage der Ast. zu 1 und 2. Sie berufen sich auf ihr verfassungsrechtlich garantiertes Fragerecht. Mithin ist ein Organstreitverfahren statthaft.

II. Antragsbefugnis

Gem. § 40 I SaarlVerfGHG ist in einem Organstreitverfahren der Antrag nur zulässig, wenn der Ast. geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch eine Maßnahme oder Unterlassung des Ag. in seinen ihm durch die Verfassung übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet sei. Diesbezüglich differenziert der Senat zwischen den Abgeordneten (Ast. zu 1 und 2) und der Fraktion (Ast. zu 3):

1. Abgeordnete (Ast. zu 1 und 2)

"Der Antrag eines einzelnen Abgeordneten im Organstreit ist nach § 40 I SaarlVerfGHG, der § 64 I BVerfGG entspricht, zulässig, wenn es nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Ag. aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten erwachsende Rechte des Ast. durch die beanstandete rechtserhebliche Maßnahme verletzt oder unmittelbar gefährdet hat. Der einzelne Abgeordnete kann im Organstreit insbesondere die behauptete Verletzung oder Gefährdung jedes Rechts geltend machen, das verfassungsrechtlich mit seinem Status verbunden ist (BVerfG, NJW 2002, 1111 [1112])."

a. Fragerecht nicht geregelt

"Die Verfassung des Saarlandes enthält keine ausdrückliche Regelung über parlamentarische Anfragen. § 58 GO-LT, in dem der Anspruch jedes Abgeordneten, von der Regierung mit Anfragen über bestimmte bezeichnete Tatsachen Auskunft verlangen zu können, geregelt ist, begründet für sich genommen die Zulässigkeit eines Organstreitverfahrens nach § 40 SaarlVerfGHG nicht, weil die Norm nicht verfassungsrechtlicher Natur ist."

b. Herleitung aus dem "freien Mandat"

"§ 58 GO-LT ist jedoch Ausfluss eines verfassungsunmittelbaren Informationsanspruchs eines jeden Abgeordneten, der sich aus Art. 66 II 1 SaarlVerf ergibt. Dem Abgeordneten kommt von Verfassung wegen die Aufgabe zu, als Teil des Parlaments an der Gesetzgebung mitzuwirken und die Kontrolle über die Exekutive auszuüben. Dabei ist er nach Art. 66 II 1 SaarlVerf Vertreter des ganzen Volkes, nur seinem Gewis-

sen unterworfen und an Aufträge und Weisungen nicht gebunden. Zur Wahrnehmung der Aufgaben, mit denen er vom Wähler beauftragt ist, ist der Abgeordnete auf eine sachangemessene Information angewiesen. Diese Information besitzt er häufig nicht auf Grund eigener Kenntnis. Auch ist er wegen der zunehmenden Komplexität der in der parlamentarischen Arbeit zu beurteilenden Gegenstände und der von ihm mitzugestaltenden gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Zusammenhänge oft außerstande, sich die erforderliche Sachkunde selbst zu verschaffen. Der durch Art. 66 II 1 SaarlVerf - ebenso wie durch Art. 38 I GG und vergleichbare Bestimmungen anderer Landesverfassungen - begründete Status des Abgeordneten umfasst deshalb das Recht darauf, dass ihm von der Seite der Exekutive diejenigen Informationen nicht vorenthalten werden, derer er für die Erfüllung seiner Aufgaben als Vertreter des Volks im Parlament bedarf (BVerfGE 70, 324 [355] = NJW 1986, 907).

Mit dem verfassungsrechtlich begründeten Status des Abgeordneten ist daher das Recht verbunden, der Regierung Fragen zu stellen, sowie ein damit korrespondierender Anspruch auf eine inhaltliche Beantwortung der gestellten Fragen (VerfGH NW, NVwZ 1994, 678; BayVerfGH, NVwZ 2002, 715 [716]). Eine Verletzung dieses Rechts der Ast. zu 1 und 2 durch die Antwort der Ag. vom 20.12.2001 auf ihre Anfrage vom 3. 12. 2001 erscheint jedenfalls möglich."

2. Fraktion (Ast. zu 3)

"Auch die Ast. zu 3 hat eine Verletzung von ihr selbst durch die Verfassung übertragenen Rechten aus Art. 66 II 1 SaarlVerf gerügt. Dass die Antwort der Ag. vom 20.12.2001 die Ast. zu 3 in eigenen Fraktionsrechten verletzt, kann jedoch von vornherein ausgeschlossen werden.

a. Anspruch der Fraktion auf Beantwortung eigener Fragen

"Zwar ist die Rechtsstellung einer Fraktion wie der Status des einzelnen Abgeordneten aus Art. 66 II 1 SaarlVerf. abzuleiten, weil die Fraktion ein Zusammenschluss von Abgeordneten ist (BVerfGE 70, 324 [363]; 84, 304 [323]). Deshalb steht auch einer Fraktion das Recht zur parlamentarischen Anfrage und ein damit korrespondierender Anspruch auf eine inhaltliche Beantwortung der Anfrage zu (BVerfGE 91, 246 [251]; BayVerfGH, NVwZ 2002, 715 [716]). Dieses Recht kann hier aber durch die Antwort der Ag. vom 20.12.2001 nicht verletzt sein, weil die Ast. zu 3 bei der zu Grunde liegenden Anfrage vom 3.12.2001 nicht

als (Mit-)Fragestellerin aufgetreten ist."

b. Anspruch der Fraktion auf Information über Antworten auf andere Anfragen

"Art. 66 II 1 SaarlVerf. mag darüber hinaus das Recht jedes Abgeordneten und jeder Fraktion umfassen, von den Antworten der Landesregierung auf parlamentarische Anfragen anderer Abgeordneter oder Fraktionen in Kenntnis gesetzt zu werden, damit eine gleichmäßige Information aller Abgeordneten durch die Regierung und damit eine gleichberechtigte Mitwirkung aller Abgeordneten an den parlamentarischen Aufgaben gewährleistet ist (vgl. hierzu BVerfGE 70, 324 [355ff.] = NJW 1986, 907; Gusy, JuS 1995, 878 [879]). Das aus dem Status des Abgeordneten bzw. der Fraktion abgeleitete Informationsbedürfnis und Informationsrecht gegenüber der Exekutive rechtfertigt aber nicht die Annahme, diesen stehe darüber hinaus ein eigener Anspruch gegenüber der Regierung auf inhaltliche Beantwortung der von anderen Abgeordneten oder Fraktionen eingebrachten Anfragen zu. Eines originären Informationsrechtes mit diesem Inhalt bedürfen der Abgeordnete und die Fraktion zur Wahrnehmung der ihnen obliegenden parlamentarischen Aufgaben nicht, auch wenn die Antworten der Landesregierung auf parlamentarische Anfragen anderer für alle Abgeordneten und Fraktionen eine faktische Informationsquelle darstellen. Denn sie können sich die für eine verantwortliche Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Informationen jederzeit durch eigene Fragen an die Regierung verschaffen. Das Informationsrecht des Abgeordneten bzw. der Fraktion aus Art. 66 II 1 SaarlVerf verpflichtet die Regierung - jedenfalls außerhalb von Regierungsvorlagen an das Parlament - nicht, dem einzelnen Abgeordneten oder der Fraktion ungefragt Informationen zu erteilen, die möglicherweise für deren Arbeit von Bedeutung sein können. Die Verletzung des Informationsrechtes eines einzelnen Abgeordneten oder einer Fraktion setzt vielmehr voraus, dass dieser oder diese zuvor ein Informationsbedürfnis gegenüber der Landesregierung geltend gemacht und inhaltlich konkretisiert hat. Da dies von Seiten der Ast. zu 3 nicht geschehen ist, kommt eine Verletzung ihres eigenen Informationsrechtes aus Art. 66 II 1 SaarlVerf von vornherein nicht in Betracht."

c. Keine Prozessstandschaft

"Die Geltendmachung von Rechten der der Ast. zu 3 als Fraktion angehörenden Ast. zu 1 und 2 schließt § 40 I SaarlVerfGHG aus. Eine Prozessstandschaft eines Organs für seine Teile oder eines Organs für ein

anderes ist in § 40 I SaarIVerfGHG ebenso wie in § 64 I BVerfGG nicht vorgesehen (vgl. Pestalozza, VerfassungsprozessR, 3. Aufl. [1991], § 7 II Rdnr. 32). Die Ast. zu 3 könnte gem. § 40 I SaarIVerfGHG nur als Prozessstandschafterin für den Landtag - das Organ, dem sie angehört - auftreten (vgl. BVerfG, NJW 2002, 1559). Eine Verletzung von Rechten, die dem Landtag gegenüber der Landesregierung zustehen, macht die Ast. zu 3 jedoch nicht geltend."

III. Form

Anträge an den SaarIVerfGH sind gem. § 16 I SaarIVerfGHG schriftlich einzureichen und zu begründen. Für eine Verletzung dieser Formvorschriften ist hier nichts ersichtlich. Gleiches gilt für das Zitiergebot des § 40 II SaarIVerfGHG.

IV. Frist

§ 40 III SaarIVerfGHG normiert eine Antragsfrist von drei Monaten seit Bekanntwerden der angegriffenen Maßnahme, von deren Einhaltung ebenfalls ausgegangen werden kann.

V. Zwischenergebnis

Die Anträge der ASt. zu 1 und 2 sind zulässig, der Antrag der ASt. zu 3 ist mangels Antragsbefugnis unzulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit die ASt. zu 1 und 2 durch die Maßnahme der Ag. in ihren organschaftlichen Rechten verletzt worden sind, d.h. die Antwort der Landesregierung ihren Auskunftsanspruch aus Art. 66 II 1 SaarIVerf nicht befriedigte. Dann müsste aus Art. 66 II 1 SaarIVerf überhaupt ein Anspruch auf eine inhaltliche Antwort folgen, und dieser Anspruch dürfte nicht durch Schranken ausgeschlossen sein.

I. Anspruch auf inhaltliche Antwort

Der VerfGH bejaht im Grundsatz einen mit dem Fragerecht korrespondierenden Anspruch auf eine inhaltliche Antwort:

"Das aus Art. 66 II 1 SaarIVerf. abgeleitete Fragerecht des Abgeordneten ist ohne einen korrespondierenden Anspruch auf Beantwortung der Frage nicht denkbar. Das Fragerecht des Abgeordneten dient seiner Sachinformation und zugleich der Kontrolle der Exekutive durch das Parlament. Die Kontrollfunktion des Parlaments als grundlegendes Prinzip des parlamentarischen Regierungssystems und der Gewalt-

teilung ist angesichts des regelmäßig bestehenden Interessengegensatzes zwischen regierungstragender Mehrheit und oppositioneller Minderheit wesentlich von den Wirkungsmöglichkeiten der Minderheit abhängig. Die Antwort der Regierung auf die Frage eines Abgeordneten muss daher grundsätzlich erschöpfend, d.h. vollständig und zutreffend sein (VerfGH NW, NVwZ 1994, 678)."

II. Schranken

"Die Pflicht zur Beantwortung parlamentarischer Anfragen besteht allerdings nicht uneingeschränkt. Sie unterliegt vielmehr Grenzen, die ihrerseits aus der Verfassung folgen. Die Grenzen der Antwortpflicht können nicht für alle in Betracht kommenden Fälle abstrakt bestimmt werden. Zu ihrer Bestimmung ist im Einzelfall nach dem „Ob“ und dem „Wie“ einer Antwort zu differenzieren. Hinsichtlich der Frage, ob eine Antwortpflicht besteht, kann mit Blick auf die verfassungsrechtliche Verankerung des parlamentarischen Fragerechts der Regierung lediglich ein enger Entscheidungsspielraum zugestanden werden. Die Ablehnung, eine Frage überhaupt zu beantworten, muss danach die Ausnahme bleiben."

1. Zuständigkeit, Geheimhaltung, Kernbereich und Rechtsmissbrauch

"Eine Pflicht zu einer Antwort in der Sache besteht nicht, wenn die Regierung für den Bereich, auf den sich die Frage bezieht, weder unmittelbar noch mittelbar zuständig ist - es sei denn, die Frage betrifft gerade ein unzuständiges Handeln der Regierung -, wenn die Beantwortung der Fragen berechnete Geheimhaltungsinteressen oder Grundrechte anderer verletzen würde (BayVerfGH, NVwZ 2002, 715; BbgVerfG, DÖV 2001, 164, [165]) oder wenn der - enge - Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung betroffen ist (BVerfGE 67, 100 [139]; VerfGH NW, NVwZ 1994, 678; SachsAnhVerfG, NVwZ 2000, 671 [672]; BayVerfGH, NVwZ 2002, 715). Ebenso müssen Fragen, die einen Missbrauch des Fragerechts darstellen, nicht beantwortet werden (vgl. BayVerfGH, NVwZ 2002, 715)."

Anhaltspunkte für das Eingreifen solcher Ausschlussgründe gibt es hier jedoch nicht.

2. Effektive Regierungsarbeit

a. Herleitung der Schranke

"Des Weiteren ist in Rechnung zu stellen, dass die Verfassungsorgane und ihre Gliederungen zur gegen-

seitigen Rücksichtnahme verpflichtet sind. Daraus resultiert die Pflicht, bei der Ausübung eigener Befugnisse den Funktionsbereich zu respektieren, den die davon mitbetroffenen Staatsorgane ihrerseits in eigener Verantwortung wahrzunehmen haben. Nur unter dieser Voraussetzung ist ein sinn- und planvolles Zusammenwirken mehrerer prinzipiell gleichgeordneter Verfassungsorgane im Interesse bestmöglicher Verwirklichung des Gemeinwohls zu erreichen. Das Fragerecht des Abgeordneten und sein Anspruch auf erschöpfende Beantwortung dürfen deshalb die Funktions- und Arbeitsfähigkeit der Landesregierung nicht gefährden (BayVerfGH, NVwZ 2002, 715; VerfGH NW, NVwZ 1994, 678; die Frage einer Begrenzung der Antwortpflicht durch die Arbeits- und Funktionsfähigkeit der Landesregierung lassen - bei anderer Verfassungsrechtslage - offen BbgVerfG, DÖV 2001, 164 [165]; SächsVerfGH, SächsVBl 1998, 210). Im Rahmen dieser Grenzen muss die Antwort der Regierung darauf ausgerichtet sein, das Informationsverlangen des Abgeordneten in seinem Kern zu befriedigen."

b. Subsumtion

Die Ag. verteidigte sich mit dem Hinweis, die Beantwortung der Frage würde einen unverhältnismäßigen Arbeitsaufwand nach sich ziehen. Ob darin tatsächlich eine Lähmung der effektiven Regierungsarbeit im vorgenannten Sinne eintreten würde, lässt der VerfGH offen, weil i.E. jedenfalls eine andere Schranke (dazu unten 3.) eingreift:

"Es kann offen bleiben, ob die Ablehnung einer inhaltlichen Antwort auch dann gerechtfertigt gewesen wäre, wenn für die erfragten Aufnahmejahrgänge der Gymnasien Empfehlungen von den Grundschulen ausgesprochen wären. Die Ag. weist zwar mit Recht darauf hin, dass die Beantwortung der Anfragen der Ast. zu 1 und 2 die Auswertung zahlreicher Akten notwendig werden ließe. Auch ist der Ag. zuzugeben, dass die Aussagefähigkeit der Aktenauswertung durch den Wechsel von Schülerinnen und Schülern zwischen verschiedenen Schulen relativiert werden kann. Die Ableitung des Fragerechts des Abgeordneten aus seinem durch Art. 66 II 1 SaarVerf. begründeten Status, der ihn verpflichtet, sein Mandat nach seiner freien, nur durch die Rücksicht auf das Volkswohl bestimmten Überzeugung auszuüben, impliziert allerdings, dass grundsätzlich nur der Abgeordnete selbst darüber befindet, welche Informationen er für eine verantwortliche Erfüllung seiner Aufgabe bedarf (NWVerfGH, NVwZ 1994, 678). Welchen Grenzen dieses Fragerecht unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit

der Regierung begegnet und ob es einer Abwägung zwischen der Bedeutung der Frage und der Belastung der Arbeit der Regierung zugänglich ist, kann dahins-tehen."

3. Unmöglichkeit

a. Herleitung der Schranke

"Die Exekutive [ist] befugt und gehalten, sich nicht ausschließlich am Wortlaut der Frage zu orientieren, sondern deren wesentlichen Inhalt aufzugreifen und Art und Umfang der Beantwortung danach zu bestimmen (BayVerfGH, NVwZ 2002, 715). Daraus folgt, dass eine Antwortpflicht in der Sache auch vollständig entfallen kann, wenn eine sinnvolle Beantwortung der Frage nicht möglich ist, weil die Frage erkennbar auf einem Irrtum des Fragestellers über die sachlichen Grundlagen beruht."

b. Subsumtion

"Die von den Ast. zu 1 und 2 gestellten Fragen zielten insgesamt zentral auf die Ermittlung der Aussagekraft von Empfehlungen der Grundschulen für den Übergang von Schülerinnen und Schülern zum Gymnasium für den späteren schulischen Erfolg. Da für die Einschulungsjahrgänge 1990/1991 und 1991/1992 Schullaufbahnenempfehlungen rechtlich noch nicht vorgesehen und daher auch nicht ausgesprochen wurden und damit dem alleinigen Fragenziel einer vergleichenden Betrachtung der Schullaufbahnen von mit und ohne Empfehlung in ein Gymnasium aufgenommenen Schülerinnen und Schülern der Boden entzogen war, erweist sich, dass die gestellten Fragen nicht sinnvoll zu beantworten waren. Insofern ist das Ausbleiben einer Antwort auf den eigentlichen Frageninhalt nicht zu beanstanden."

c. Rechtsfolge: Umwandlung in Aufklärungsanspruch

"In einem solchen Fall muss allerdings die Regierung den Fragesteller mit ihrer Antwort auf dessen Irrtum hinweisen."

aa. Herleitung

"Das aus dem Statusrecht abgeleitete Informationsrecht des Abgeordneten garantiert diesem ein Recht auf Unterstützung, weil er zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an den Aufgaben des Parlaments auf den Sachverstand angewiesen ist, der der Regierung durch die Ministerialverwaltung zur Verfügung steht (vgl. VerfGH NW, NVwZ 1994, 678). Das Informations-

bedürfnis des Abgeordneten tritt besonders deutlich hervor, wenn schon seine Fragestellung von einem Irrtum beeinflusst ist. Sein Recht auf Information durch die Exekutive umfasst deshalb in einem solchen Fall auch einen Anspruch auf Aufklärung über den Irrtum. Allein auf diese Weise wird dem Informationsbedürfnis des Fragenden hinreichend Rechnung getragen. Die Annahme einer über die Verpflichtung zu einer inhaltlichen Antwort hinausgehenden Aufklärungspflicht in Fällen der genannten Art entspricht dem Grundsatz eines fairen Verfahrens (vgl. zur zwischenorganschafflichen Verpflichtung der Regierung, das Parlament über neben dem Parlament angesiedelte Entscheidungsvorgänge aufzuklären, Ruffert, DVBl 2002, 1145 [1153]). Sie ist ihrerseits Ausdruck der Pflicht, den Funktionsbereich anderer Verfassungsorgane und deren Gliederungen zu respektieren und ein sinnvolles Zusammenwirken mehrerer prinzipiell gleichgeordneter Verfassungsorgane zu ermöglichen.“

bb. Verletzung des Aufklärungsanspruchs durch die Ag.

“Bei dem vorliegenden zu beurteilenden Auskunftsbegehren handelt es sich um eines, das für die Landesregierung leicht erkennbar durch einen Irrtum der Ast. zu 1 und 2 über die sachlichen Hintergründe verursacht war mit der Folge, dass die Anfrage nicht sinnvoll beantwortet werden konnte. Die Landesregierung durfte deshalb zwar eine inhaltliche Antwort auf die Fragen [...] ablehnen. Sie hätte jedoch aus den oben dargelegten Gründen zugleich mit ihrer Ablehnung die Ast. zu 1 und 2 über deren Irrtum aufklären müssen. [...] Da für die in der Anfrage genannten Aufnahmejahrgänge 1990/1991 und 1991/1992 der Gymnasien Schullaufbahneempfehlungen der Grundschulen recht-

lich nicht vorgesehen waren und deshalb tatsächlich auch nicht ausgesprochen worden sind, verletzt die Antwort der Landesregierung vom 20.12.2001 die Ast. zu 1 und 2 in ihrem Informationsrecht aus Art. 66 II 1 SaarlVerf., weil sie nicht darauf hinweist. Die Landesregierung hat ihre Ablehnung einer inhaltlichen Antwort damit begründet, der mit den erforderlichen Erhebungen bei den Gymnasien verbundene Arbeitsaufwand stünde in keinem Verhältnis zu den möglicherweise zu erwartenden Erkenntnissen und die Auswahl von 4 aus 33 Gymnasien werde nicht zu repräsentativen Ergebnissen führen. Dadurch wird der bei den Ast. zu 1 und 2 bestehende Irrtum, die Aufnahmejahrgänge 1990/1991 und 1991/1992 seien für eine vergleichende Analyse des Schulerfolgs der mit bzw. ohne Empfehlung aufgenommenen Schülerinnen und Schüler grundsätzlich geeignet, eher unterstützt als beseitigt. Denn auch mit einem hohen Erhebungsaufwand bei allen Gymnasien waren die Erkenntnisse, die die Ast. zu 1 und 2 mit ihrer Anfrage gewinnen wollten, nicht zu erreichen. Die Landesregierung hätte aber erkennen können, dass die Ast. zu 1 und 2 einem Irrtum über die Existenz von Schullaufbahneempfehlungen zu den Schuljahren 1990/1991 und 1991/1992 unterlagen und dass dieser für ihre Fragestellung ursächlich war. Sie hätte deshalb - um ihrer aus dem Status des Abgeordneten abgeleiteten Informationspflicht gegenüber dem Ast. zu 1 und 2 zu genügen - diese mit ihrer Antwort über den bestehenden Irrtum aufklären müssen. Dass sie dies unterlassen hat, ist mit den Rechten der Ast. zu 1 und 2 aus Art. 66 111 SaarlVerf. nicht vereinbar.“

III. Ergebnis

Der Antrag der Ast. zu 1 und 2 ist auch begründet und damit insgesamt erfolgreich.

Standort: Zivilrecht**Problem: Nacherfüllung bei einer Stückschuld**

LG ELLWANGEN, URTEIL VOM 13. 12.2002
3 O 219/02 (NJW 2003, 517)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung des LG Ellwangen zum modernisierten Kaufrecht liegt die erste in der NJW veröffentlichte Entscheidung zum neuen Schuldrecht vor, die zugleich auch zwei Problemfragen erörtert.

Zum einen musste das Landgericht klären, ob der Käufer im Rahmen seines Nacherfüllungsauswahlrechts auch dann Neulieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann, wenn es sich um einen Stückkauf gehandelt hat (§§ 437 Nr.1, 439 BGB). Teilweise wird in der Literatur die Möglichkeit eines solchen Neulieferungsverlangens beim Stückkauf abgelehnt, da bei einem Stückkauf, der sich von vornherein auf ein ganz bestimmtes, individuelles Einzelstück bezieht, ein Neulieferung durch eine andere Sache denklologisch unmöglich sei (vgl. Huber, NJW 2002, 1006); bei einem Stückkauf beschränke sich das Nacherfüllungsbegehren dementsprechend auf Nachbesserung allein. Die h.M. in der Literatur hingegen erkennt auch die Wahl zur Neulieferung beim Stückkauf an, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen (Bitter/Meidt, ZIP 2002, 2116; Palandt/Putzo, § 439 BGB Rz. 15; Haas/Medicus, Das neue SchuldR, S. 184). Dieser Ansicht schließt sich auch das hier entscheidende LG Ellwangen an, zumal das neue Kaufrecht nicht mehr zwischen Stück- und Gattungsschuld differenziert.

Zum anderen musste das Landgericht die Frage klären, wann eine Unzumutbarkeit der gewählten Art der Nacherfüllung gem. § 439 III BGB vorliegt. Das Landgericht ist der Meinung, dass jedenfalls dann ein Fall der Unzumutbarkeit vorliegt, wenn der Kostenaufwand für die Neulieferung 30% über dem Kostenaufwand für die Nachbesserung liegt (sog. interner Kostenvergleich).

Zu dieser Kostenvergleichsquote kommt das LG Ellwangen durch einen Rückgriff auf § 251 II BGB, wonach ein Schadensersatz durch Naturalrestitution (§ 249 I BGB) ausgeschlossen ist, wenn sie mit unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verbunden ist. Zum § 251 BGB hat sich jene Faustformel von 30% entwickelt, die wegen des vergleichbaren Wortlauts auf § 439 III BGB übertragbar ist.

Prüfungsrelevanz:

Seit dem 01.07.2002 wird die Staatsexamensprüfungen nach dem modernisierten Schuldrecht abgenommen. Für die Prüflinge bedeutet dies zum einen die Notwendigkeit des vollständigen Umlernens, da sie zum Anfang ihres Studiums noch das alte Schuldrecht gelehrt bekamen. Zum anderen fehlt es beim Studium des modernisierten Schuldrechts noch an den richtigen Materialien. Die Vielzahl von Aufsätzen, die seit dem 01.01.2002 in der Fachpresse erschienen sind, behandeln meistens nur Einzelausschnitte; die ersten Lehrbücher sind relativ oberflächlich in der Aussage, beschränken sich teilweise auf die bloße Wiedergabe der Gesetzgebungsbegründung; die Großkommentare erscheinen nunmehr erst zur Schuldrechtsmodernisierung. Problematiken und Schwerpunkte im neuen Recht krisallisieren sich jetzt erst mit der Zeit heraus.

Um so wichtiger ist es, die erste Rechtsprechung zum modernisierten Schuldrecht zu verfolgen. In diesen Urteilen werden nicht nur Problemfälle angesprochen und der bisherige Meinungsstand in der Literatur dargestellt, sondern die Gerichte sind auch - im Gegensatz zur Literatur - gezwungen, dieselben einer praktikablen Lösung zuzuführen.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *Lorenz*, NJW 2002, 2497; *Westermann*, NJW 2002, 241

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das gebrauchte Cabrio"

Leitsätze:

- 1. Auch im Falle des Stückkaufs ist die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung grundsätzlich möglich, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen.**
- 2. Zu dem dem Verkäufer obliegenden Nachweis, die Nachlieferung sei ihm im Verhältnis zur Nachbesserung unzumutbar.**

Sachverhalt:

Der Kl. fordert die Nachlieferung eines Neuwagens VW-Golf; widerklagend verlangt die Bekl. Zahlung

des restlichen Kaufpreises. Am 3. 4. 2002 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über einen Neuwagen VW-Golf zum Kaufpreis von 16 395,01 Euro. Auf den Kaufpreis leistete der Kl. eine Anzahlung von 6000 Euro, weitere 7395 Euro wurden finanziert, so dass ein Restbetrag von 3000 Euro noch zur Zahlung offen steht. Der Pkw wurde am 5. 4. 2002 vom Kl. abgeholt. Unter diesem Datum wurde seitens der Bekl. auch die Rechnung erstellt und dem Kl. übergeben. Kurz darauf stellte der Kl. fest, dass der Fensterheber an der hinteren linken Tür defekt ist und sich im Bereich der Scharniere des Kofferraumdeckels Roststellen befinden. Die Beseitigung dieser Mängel erfordert einen Kostenaufwand von 512,67 Euro. Darüber hinaus stellte der Kl. fest, dass das Fahrzeug in Südafrika produziert wurde. Mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 10. 4. 2002 forderte dieser die Bekl. zur Neulieferung eines mangelfreien Pkw auf. Mit Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 29. 4. 2002 lehnte die Bekl. die Neulieferung ab, bot jedoch Nachbesserung an. Durch Schreiben der Prozessbevollmächtigten des Kl. vom 6. 5. 2002 wurde erneut zur Nachlieferung aufgefordert, eine Nachbesserung wurde abgelehnt. Die Bekl. lehnte mit Schreiben vom 22. 5. 2002 die Nachlieferung endgültig ab.

Hat der Kl. einen Anspruch auf Neulieferung?

Hat der Bekl. einen Anspruch auf restliche Kaufpreiszahlung?

Lösung:

A. Neulieferungsanspruch gem. §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB

Der Kl. könnte gegenüber der Bekl. einen Anspruch auf Neulieferung eines PKW VW-Golfs gem. §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB haben.

I. Anspruch entstanden

1. Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages über eine Sache

Damit ein entsprechender Anspruch des Kl. auf Neulieferung entstehen kann, bedarf es zunächst des Abschlusses eines wirksamen Kaufvertrages über eine Sache zwischen den Parteien. Am 03.04.2002 schlossen die Parteien einen Kaufvertrag über einen Neuwagen VW-Golf zum Kaufpreis von 16.395,01 €. An der Wirksamkeit dieses Vertragsabschlusses bestehen keine Zweifel.

Damit ist ein wirksamer Kaufvertrag über eine Sache abgeschlossen worden.

[Anm.: Bei einem Rechtskauf oder einem Kaufvertrag über andere Gegenstände gelten gem. § 453 I BGB alle Vorschriften für den Sachkauf entsprechend.]

2. Sachmangel an der gelieferten Kaufsache

An der verkauften Sache muss ein Sachmangel gem. § 434 BGB oder ein Rechtsmangel gem. § 435 BGB ausgemacht werden können. In diesem Fall kommt ein Sachmangel in Betracht.

Gem. § 434 I BGB ist ein Sachmangel gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit der verkauften Sache von der Soll-Beschaffenheit abweicht. Die Soll-Beschaffenheit bestimmt sich dabei - nach einem Treppensystem - nach den vertraglichen Vereinbarungen (S. 1), nach dem vertraglich vorausgesetzten Verwendungszweck (S. 2 Nr. 1) oder dem gewöhnlicherweise vorausgesetzten Verwendungszweck (S. 2 Nr. 2).

Zur Frage der Sachmangelhaftigkeit des verkauften PKW hat das Gericht Folgendes festgestellt:

“Der streitgegenständliche Pkw weist - zumindest - zwei Sachmängel i. S. des § 434 I BGB auf, wobei nach neuem Schuldrecht auf die vereinbarten subjektiven Beschaffenheitsvereinbarungen abzustellen ist (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 62. Aufl., § 434 Rdnr. 1). Eine ausdrückliche Beschaffenheitsvereinbarung ist nicht vorgetragen, so dass auf § 434 I 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 BGB abzustellen ist. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass am Pkw VW-Golf der linke hintere Fensterheber nicht funktioniert und an den Kofferraumscharnieren Roststellen vorhanden sind. Ein Käufer kann selbstverständlich erwarten, dass solche negativen Eigenschaften an einem neu angeschafften Pkw nicht vorhanden sind.”

Damit ist ein Sachmangel gem. § 434 I BGB an der Kaufsache gegeben.

[Anm.: Unbeantwortet hat das Gericht die Frage, ob aufgrund der Herkunft des VW-Golfs aus Südafrika ein weiterer Sachmangel gem. § 434 I BGB bejaht werden kann. Die Herkunft einer Sache ist ein Beschaffenheitsmerkmal; bei einem PKW stellt die Herkunft aber nur dann einen Sachmangel dar, wenn eine bestimmte Herkunft gem. § 434 I 1 BGB vertraglich vereinbart worden ist. Für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlicherweise vorausgesetzten Verwendungszweck gem. § 434 I 2 BGB ist die Herkunft eines PKW ohne Belang.]

3. Im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs

Der festgestellte Sachmangel muss gem. § 434 I 1 BGB im Zeitpunkt des Gefahrenübergangs bereits vorgelegen haben. Gem. § 446 BGB erfolgt der Gefahrenübergang im Moment der Übergabe der Kaufsache. Der PKW wurde am 05.04.2002 vom Kl. bei der Bekl. abgeholt, sodass an diesem Tag der Gefahrenübergang erfolgte. Kurz darauf stellte der Kl. die in Rede stehenden Sachmängel fest. Aufgrund des zeitlichen Näheverhältnisses zwischen Übergabezeitpunkt und Feststellung der Mängel muss davon ausgegangen werden, dass diese Mängel auch schon bei der Übergabe vorgelegen haben; insbesondere Roststellen treten nicht kurzfristig auf.

[Anm.: Bei einem längeren Zeitraum zwischen Übergabe und Feststellung der Sachmängel hätten man zudem auf die Beweislastumkehr gem. § 476 BGB eingehen müssen.]

4. Kein Ausschluss

Ausschlussgründe für die Gewährleistungsrechte des Kl. bezüglich des erworbenen PKW sind nicht ersichtlich; insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte, dass der Kl. bereits bei Vertragsabschluss die fraglichen Sachmängel gekannt hat oder grob fahrlässig nicht gekannt hat, § 442 I BGB

5. Nacherfüllungsbegehren des Käufers (Wahlrecht)

Gem. § 439 I BGB kann der Käufer einer mangelhaften Kaufsache Nacherfüllung nach seiner Wahl durch Nachbesserung oder Neulieferung verlangen. In diesem Fall hat sich der Kl. für eine Neulieferung entschieden. Fraglich ist jedoch, ob nicht bei einer Stückschuld die Möglichkeit zur Nacherfüllung durch Neulieferung bereits denklogisch ausgeschlossen ist und sich daher das Wahlrecht von vornherein auf eine Nachbesserung reduziert.

Das Gericht meint dazu:

“Der Kl. hat als weitere Anspruchsvoraussetzungen (§ 437 Nr. 1 BGB) auch Nacherfüllung in Form der Lieferung einer mangelfreien Sache verlangt. Nachlieferung ist die vom Verkäufer veranlasste oder vorgenommene unentgeltliche Lieferung einer anderen Sache, die der verkauften Sache gleich, aber mangelfrei ist (Palandt/Putzo, § 437 Rdnr. 7).

Dem Anspruch stünde auch nicht die - bestrittene - Behauptung der Bekl. entgegen, es habe sich beim Kauf um einen „Stückkauf“ gehandelt, da ein konkretes Fahrzeug ausgewählt worden sei, das bereits auf

dem Hof der Bekl. gestanden habe. Das Gericht ist der Ansicht, dass auch im Falle des Stückkaufs die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung grundsätzlich möglich ist, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114 [2116]; Palandt/Putzo, § 439 Rdnr. 15; Haas/Medicus, Das neue SchuldR, S. 184). Eine Unterscheidung ist deshalb nicht mehr erforderlich, da das neue Schuldrecht bezüglich der Rechte des Käufers bei mangelhafter Lieferung nicht zwischen Stück- und Gattungsschuld differenziert (a. A. Huber, NJW 2002, 1004 [1006]). Teilweise wird sogar die Möglichkeit der Nachlieferung eines gebrauchten Vorführwagens bejaht (Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, zitiert nach Palandt/Putzo, § 439 Rdnr. 15).”

6. Ergebnis

Damit ist ein Anspruch des Kl. auf Neulieferung gem. §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Gründe für einen Untergang dieses Neulieferungsanspruchs sind nicht gegeben.

III. Anspruch durchsetzbar

Letztlich müsste dieser Anspruch aber auch durchsetzbar sein.

I. Verjährung

Gem. §§ 214 I, 438 I Nr. 3, II BGB verjähren Nacherfüllungsansprüche eines Käufers bei einem mit Sachmängeln behafteten PKW in zwei Jahren nach Ablieferung. Diese Zwei-Jahres-Frist ist noch nicht abgelaufen, folglich ist auch noch keine Verjährung eingetreten.

2. Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III BGB

Gem. § 439 III BGB kann aber der Verkäufer die vom Käufer gewählte Form der Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Bei dieser Einrede des Verkäufers der Unverhältnismäßigkeit sind insbesondere der Wert der Sache in mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte. Zu dieser Frage hat das Gericht festgestellt:

“Die Bekl. konnte jedoch den ihr obliegenden Nachweis führen, die Nachlieferung sei ihr im Verhältnis

zur Nachbesserung unzumutbar. § 439 III BGB ist als Einrede ausgestaltet (BT-Dr 14/6040, S. 232; Huber, NJW 2002, 1007; Henssler/Graf v. Westphalen, Praxis der Schuldrechtsreform, § 439 Rdnr. 17). Nach allgemeinen Regeln der Beweislast hat somit die Bekl. die tatsächlichen Voraussetzungen darzutun.

Bei der Bestimmung der Unzumutbarkeit sind insbesondere der Wert der Sache im mangelfreien Zustand, die Bedeutung des Mangels und die Frage zu berücksichtigen, ob auf die andere Art der Nacherfüllung ohne erhebliche Nachteile für den Käufer zurückgegriffen werden könnte (§ 439 III 2 BGB).

Das Gericht ist der Ansicht, dass im konkreten Fall die Nachlieferung jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn der Kostenaufwand hierfür 30% über dem Kostenaufwand für die Nachbesserung liegt (sog. „interner Kostenvergleich“, vgl. hierzu Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2120 [2122 f.]; Schubel, JZ 2001, 1113 [1116]), wenn man die - bestrittene - Behauptung unterstellt, dem Kl. sei bei Vertragsschluss erklärt worden, der Pkw sei in Deutschland bzw. einem anderen EU-Land hergestellt worden.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Unzumutbarkeit muss § 251 BGB n. F. sein, der unverändert § 251 BGB a. F. übernommen hat. § 251 II BGB spricht von „unverhältnismäßigen Aufwendungen“, § 439 III BGB von „unverhältnismäßigen Kosten“, weshalb schon nach dem Wortlaut davon auszugehen ist, dass der grundsätzliche Maßstab der Gleiche sein dürfte. Für § 251 II BGB a. F. hatte sich in der Rechtsprechung grundsätzlich - vorbehaltlich der Besonderheiten des Einzelfalls - eine „Faustformel“ von 30% entwickelt (Palandt/Heinrichs, § 251 Rdnr. 7). Im Hinblick darauf, dass insoweit eine Änderung des Schuldrechts nicht erfolgt ist, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass von der „Faustformel“ Abstriche zu machen sind. Es ist jedoch bei allgemeiner Betrachtung zu sehen, dass bei der Bestimmung dieser Faustformel es regelmäßig um unfallbedingt beschädigte Kraftfahrzeuge ging und man deshalb das „Affektionsinteresse“ des Eigentümers der verunfallten Pkws berücksichtigt hat. Im vorliegenden Fall ist ein solches Affektionsinteresse gerade nicht gegeben, da eine gegenteilige Interessenlage vorliegt. Der Kl. möchte gerade nicht seinen Pkw behalten, zu dem er im Laufe der Zeit eine „Beziehung“ aufgebaut hat, sondern vielmehr einen Neuwagen im Austausch gegen sein Fahrzeug erhalten. Das Gericht übersieht hierbei nicht, dass der Gesetzgeber im Rahmen der amtlichen Begründung (BT-Dr 14/6040, S. 232) ein Extrembeispiel der Unzumutbarkeit gegeben hat („Waschmaschinenbeispiel“). Es

ist in diesem Zusammenhang nämlich auch zu sehen, dass der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung des § 439 III BGB an der bisherigen werkvertraglichen Vorschrift des § 633 III 3 BGB a. F. orientiert hat (Huber, NJW 2002, 1007), so dass - unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Unterschiede zwischen Werkvertrags- und Kaufrecht - die Rechtsprechung des BGH zu § 633 II 3 BGB a. F. in die Überlegungen einbezogen werden kann (Huber, NJW 2002, 1007; Henssler/Graf ii. Westphalen, Rdnrn. 18 f.).

Das Gericht ist vor diesem Hintergrund der Ansicht, dass als Faustformel für den „internen Vergleich“ in Fällen völliger Beseitigung der Sachmängel durch Nachbesserung eine Grenze von 20% anzusetzen ist (Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2122, schlagen sogar eine solche von nur 10% vor).

Bei der konkreten, fallbezogenen Bestimmung der Unzumutbarkeit war also zu sehen, dass die - unstrittig - vorhandenen Mängel durch Nachbesserungsarbeiten vollumfänglich beseitigt werden, dem Kl. allerdings im Verhältnis zur Nachlieferung der Nachteil verbleibt, einen - wenn auch fachgerecht - reparierten Wagen zu haben. Hierbei ist zu sehen, dass es sich um kleine Mängel handelt, so dass das Gericht einen Wertverlust, der mit diesen Reparaturarbeiten einhergeht, nicht erkennen kann. Des Weiteren ist einzustellen, dass nach durchgeführter Nachbesserung die Tatsache verbleibt, dass der Pkw entgegen der klägerseits behaupteten Zusage nicht in einem EU-Land, sondern in Südafrika hergestellt wurde. Das Gericht geht davon aus, dass es sich hierbei um einen Mangel i. S. des § 434 BGB handelt, nachdem, wie oben ausgeführt, der Sachmangelbegriff an die konkrete Beschaffenheitsvereinbarung anknüpft. Im Hinblick auf den nunmehr unstrittig vorhandenen subjektiven Fehlerbegriff (vgl. u. a. BT-Dr 14/6040, S. 211) kann in dieser Konstellation nicht darauf zurückgegriffen werden, dass beispielsweise eine Herkunft aus Lagerbestand beim Neuwagenkauf keinen Sachmangel i. S. des § 459 BGB a. F. darstellte (BGH, NJW 2000, 2018). Zu einer erheblichen Änderung der Zumutbarkeitsgrenze führt dies jedoch nicht, da aus dem sonstigen Vortrag des Kl. nicht ersichtlich wird, dass er auf diesen Umstand gesteigerten Wert gelegt hat. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass im Klageantrag nicht die Neulieferung eines Pkw verlangt wird, der in der EU hergestellt wurde.

Die Beweisaufnahme hat ergeben, dass die Kosten der Nachlieferung 565% über den Kosten der Nachbesserung liegen. Als Kosten der Nachlieferung ergeben sich folgende Posten:

- Listenpreis für einen neuen Golf der gleichen Baurei-

he: 18.653 Euro

- Aufpreis für Extras, dass dieser bezüglich der Ausstattung einem Sondermodell „Spezial“ gleichkommt: 1.200 Euro

- Abzüglich 15,2% Händlerrabatt: 3.017,66 Euro

- Neupreis des streitgegenständlichen Golf: 16.395,01 Euro

- 15% Wertverlust dieses Modells: 2.459,25 Euro

- Gesamtkosten der Nachlieferung: 2.899,58 Euro

Die festgestellten Werte ergeben sich aus den glaubhaften, in sich schlüssigen, nachvollziehbaren und von schriftlichen Unterlagen unterstützten Angaben des Zeugen K, bei dessen Aussageverhalten auch zu sehen war, dass er keinerlei Belastungs- bzw. Entlastungstendenzen zeigte und zudem tatsächlich nicht mehr bei der Bekl. beschäftigt ist. Der Zeuge K führte zum einen nachvollziehbar aus, dass die Kosten einer Neulieferung eines Golfs der fraglichen Baureihe den oben aufgezeigten Betrag ausmachen, der Händlerrabatt insbesondere nicht verhandelbar sei und eine Ersatzbeschaffung aus dem Kontingent des Sondermodells zum fraglichen Zeitpunkt nicht mehr möglich war. Die Angaben des Zeugen zur Höhe der Anschaffungskosten und des Händlerrabatts decken sich auch mit den vorgelegten Unterlagen. Des Weiteren führte er überzeugend aus, dass der Wertverlust durch die Zulassung bei einem VW-Golf ca. 15% betrage. Dies deckt sich im Übrigen mit dem gerichtsbekanntem Wertverlust von Pkws dieser Klasse durch die Zulassung. Des Weiteren ist insoweit zu sehen, dass es sich hierbei auch um einen Betrag handelt, der sich in der juristischen Literatur in Beispielfällen zum neuen Kaufrecht findet (vgl. Heinrich, Die Schuldrechtsreform, S. 57, aus www.schuldrechtsreform.com).“

Damit greift die Einrede der Unverhältnismäßigkeit gem. § 439 III 1 BGB zugunsten der Bekl. ein.

IV. Ergebnis

Der Kl. hat gegen die Bekl. keinen Anspruch auf Neulieferung eines PKW VW-Golf gem. §§ 433 I, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB.

[Anm.: Gem. § 439 III 3 BGB beschränkt sich damit das Recht des Käufers auf Nacherfüllung auf Nachbesserung.]

B. Anspruch auf restliche Kaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB

Die Bekl. könnte gegen den Kl. einen Anspruch auf Zahlung des restlichen Kaufpreises in Höhe von 3.000,- € gem. § 433 II BGB haben.

I. Anspruch entstanden

Damit ein solcher Kaufpreiszahlungsanspruch gem. § 433 II BGB entsteht, bedarf es des Abschlusses eines entsprechenden wirksamen Kaufvertrages. Wie bereits an anderer Stelle gezeigt (s.o. A.I.1.), haben die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag über einen Neuwagen VW-Golf; als Kaufpreis wurde eine Zahlung von 16.395,- € erzielt. Damit ist ein entsprechender Kaufpreisanspruch gem. § 433 II BGB entstanden.

II. Anspruch untergegangen

Der Kaufpreiszahlungsanspruch könnte in Höhe von 13.395,- € durch Erfüllung gem. § 362 I BGB teilweise untergegangen sein. Auf den Kaufpreis hat der Kl. eine Anzahlung in Höhe von 6.000,- € geleistet, weitere 7.395,- € wurden finanziert, sodass nur noch ein Restbetrag in Höhe 3.000,- € offen steht. Im Übrigen ist der Kaufpreisanspruch der Bekl. gem. § 362 I BGB erfüllt worden.

III. Anspruch durchsetzbar

Der restliche Kaufpreiszahlungsanspruch müsste auch durchsetzbar sein. Dem Kl. könnte jedoch ein Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 320, 322 BGB zustehen. Gem. § 433 I 2 BGB ist der Verkäufer verpflichtet, die verkaufte Sache im mangelfreien Zustand zu übergeben bzw. zu übereignen. Wie oben bereits ausgeführt, sind an dem fraglichen Kaufwagen Sachmängel gem. § 434 I BGB vorhanden, sodass dem Kl. das Recht zur Nachbesserung gem. §§ 433, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB zusteht. Dieses Gegenrecht kann der Kl. der Bekl. im Wege einer Zug-um-Zug-Verpflichtung gem. §§ 320, 322 BGB entgegen halten. Solange also die Sachmängel an dem VW-Golf durch die Bekl. nicht ausgebessert werden, ist sie nicht berechtigt, ihren restlichen Kaufpreisanspruch durchzusetzen.

IV. Ergebnis

Die Bekl. hat gegenüber dem Kl. einen Anspruch auf Restkaufpreiszahlung in Höhe von 3.000,- € gem. § 433 II BGB Zug um Zug gegen Nachbesserung zwecks Mängelbeseitigung (§§ 433 I 2, 320, 322 BGB).

Endergebnis

Der Kl. hat keinen Anspruch auf Neulieferung, sondern nur einen Anspruch auf Nachbesserung der Sachmängel an dem gekauften VW-Golf gem. §§ 433, 434 I, 437 Nr. 1, 439 I BGB.

Die Bekl. hat einen Anspruch auf restliche Kaufpreiszahlung gem. § 433 II BGB Zug um Zug gegen ihre voran genannte Nachbesserungspflicht, §§ 320, 322 BGB.

Standort: Strafrecht

Problem: Irrtum bei Zweifeln des Getäuschten

BGH, URTEIL VOM 05.12.2002

3 STR 161/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Bei den Angeklagten im vorliegenden Fall handelte es sich um zwei Zahnärzte, von denen jedoch nur einer als Kassenzahnarzt zugelassen war. Der andere hatte einen entsprechenden Antrag gar nicht gestellt, da ihm die Zulassung wegen einer Vorstrafe sowieso versagt geblieben wäre. Trotzdem behandelten beide Kassenspatienten, deren Behandlungen sämtlich über den zugelassenen Kassenzahnarzt abgerechnet wurden, auch wenn sie tatsächlich von seinem Kollegen durchgeführt worden waren. Nachdem die Kassenzahnärztliche Vereinigung (KZV), bei der die Abrechnungen eingereicht wurden, durch anonyme Hinweise auf das Verhalten der Angeklagten aufmerksam geworden waren, hegte sie erhebliche Zweifel bzgl. der Korrektheit der eingereichten Abrechnungen und zahlte nur noch einen Teil der Beträge aus. Das LG hatte für den Zeitraum, in dem der KZV die Namen der beiden Zahnärzte bekannt waren, einen Irrtum der KZV bzgl. der Richtigkeit der Abrechnungen abgelehnt und deshalb für die Täter insoweit nur einen versuchten Betrug angenommen. Der BGH äußerte starke Zweifel an diesen Ausführungen; auch ein vollendeter Betrug käme ernsthaft in Betracht. Da jedoch nur seitens der Angeklagten Revision eingelegt worden war und diese nicht dadurch beschwert waren, dass (zu ihren Gunsten) statt eines vollendeten nur ein versuchter Betrug angenommen worden war, ließ er das Urteil bestehen.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 263 I StGB, der im vorliegenden Fall den Hauptgegenstand der Ausführungen des BGH bildet, gehört zu den wichtigsten Tatbeständen in beiden Staatsexamen, da er nicht nur eine erhebliche praktische Relevanz aufweist (was sich in der Häufigkeit seines Auftretens in Prüfungsaufgaben wieder spiegelt), sondern auch zahlreiche Probleme beinhaltet, deren Kenntnis auch im Detail als Grundwissen vorausgesetzt wird.

Ein stark umstrittenes Problem i.R.v. § 263 I StGB, zu

dem der BGH sich auch in diesem Fall ausführlich äußert (obwohl die Beantwortung der entsprechenden Frage für den (Miss-)Erfolg des Rechtsmittels letztlich irrelevant ist), ist die Frage, ob das Opfer auch dann noch einem Irrtum i.S.v. § 263 I StGB unterliegt, wenn es Zweifel an der Richtigkeit der Behauptungen des Täters hegt. Teile der Literatur verneinen in diesem Fall einen Irrtum (und damit auch einen Betrug), da das Opfer, das trotz Zweifeln verfüge, ein so wesentliches eigenes Verschulden treffe, dass es den Schutz durch das Strafrecht nicht mehr verdiene (Krey, BT2, Rn. 373 f.). Die herrschende Literatur nimmt auch bei Zweifeln des Opfers an der Richtigkeit der Behauptungen des Täters einen Irrtum an, solange es deren Richtigkeit zumindest noch für möglich halte, da auch ein (grob) fahrlässig handelndes Opfer immer noch schutzwürdig sei; ein Irrtum soll hier nur dann ausscheiden, wenn dem Opfer die Wahrheit der Behauptungen gleichgültig ist (LK-Lackner, § 263 Rn. 79 ff. mwN). Der BGH ist der herrschenden Literatur jedenfalls in den Fällen gefolgt, in denen das Opfer die Richtigkeit der Angaben des Täters für wahrscheinlicher hielt als deren Unrichtigkeit (BGH wistra 1990, 305). Diese Rechtsprechung wird auch im vorliegenden Urteil noch einmal bestätigt.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Irrtum bei Zweifeln des Getäuschten: *BGH wistra 1990, 305; 1992, 95; NJW 1995, 1844; Amelung, GA 1977, 1; Aschenbach, Jura 1984, 602; Giehring, GA 1973, 10; Herzberg, GA 1977, 289; Hilgen-dorf, JuS 1994, 466; Loos/Krack, JuS 1995, 204; Schönemann, NSZ 1986, 439;*

Kursprogramm:

□ *Examenskurs:* "Der listenreiche Provisionsvertreter"

Leitsätze:

1. Zur Tatbestandsmäßigkeit des Irrtums bei Zweifeln des Opfers.
2. Zu den Anforderungen an die Feststellung eines Irrtums beim Betrug zum Nachteil von ar-

beitsteilig tätigen Unternehmen, Körperschaften und Personenmehrheiten.

Sachverhalt:

Der Angeklagte A eröffnete im Jahr 1997 eine Zahnarztpraxis als reine Privatpraxis, weil er einen Antrag auf Zulassung als Kassenarzt wegen seiner Vorstrafen nicht als erfolversprechend ansah. Um auch Kassenpatienten behandeln und die für diese erbrachten Leistungen abrechnen zu können, setzte er ab Ende 1997 den als Kassenarzt zugelassenen Zeugen R, der seine eigene Zahnarztpraxis wegen hoher Schulden und fehlender Einnahmen hatte aufgeben müssen, in seiner Praxis gegen eine monatliche Zahlung von 6.000 DM als "Strohmann" ein. A behandelte neben den Privatpatienten 90 % der Kassenpatienten, R nur die restlichen 10 %. Entsprechend der von beiden getroffenen Abrede rechnete R jedoch gegenüber der Kassenzahnärztlichen Vereinigung N (im folgenden: KZV) auch die von A durchgeführten Behandlungen als eigene ab. Auf diese Weise wurden der KZV im Zeitraum vom 12. Januar 1998 bis 10. April 2000 in 37 Fällen von R unterzeichnete Leistungsanträge vorgelegt. Die KZV zahlte nach Prüfung der Unterlagen Honorare in Höhe von insgesamt rund 1,26 Millionen DM an R aus. Das Geld vereinnahmte – abgesehen von der monatlichen Zahlung von 6.000 DM an R - der A für sich.

Bereits in einer bei der KZV im August 1998 eingegangenen und an die Staatsanwaltschaft weitergeleiteten anonymen Anzeige wurde A bezichtigt, Behandlungen von Kassenpatienten über einen anderen Kassenarzt abzurechnen. Da der Name des Kassenarztes nicht mitgeteilt war, wurde das Ermittlungsverfahren eingestellt. Nachdem in einer weiteren, direkt an die Staatsanwaltschaft gerichteten anonymen Anzeige der Name des abrechnenden Kassenzahnarztes mit "R" genannt worden war, nahm sie die Ermittlungen wieder auf und unterrichtete die KZV am 20. April 1999. Diese stellte daraufhin hausinterne Ermittlungen an. Aufgrund der durch sie gewonnenen Erkenntnisse fasste ihr Vorstand am 16. Juni 1999 den Beschluss, 50 % der beantragten Leistungen, jedoch entsprechend den maßgeblichen Satzungsregeln maximal 50.000 DM einzubehalten und nur die darüber hinaus gehenden Beträge auszubezahlen. Die KZV hatte, nachdem sie in früheren Fällen bei einer restriktiveren Vorgehensweise in Gerichtsverfahren unterlegen war, in der Satzung festgelegt, dass eine Zurückbehaltung nur bei sehr dichtem Verdacht und nur auf Grund eines Vorstandsbeschlusses möglich sei.

Haben sich A und R durch die Einreichung eines Leistungsantrags im Mai 1999 gem. § 263 StGB strafbar gemacht?

[Berbeitervermerk: Gehen Sie davon aus, dass ab dem 20.04.1999 alle maßgeblichen Entscheidungsträger bei der KZV ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der von R eingereichten Leistungsanträge hegten.]

Lösung:

Strafbarkeit von A und B wegen mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II StGB

I. Tatbestand

A und R müssten den Tatbestand des mittäterschaftlichen Betrugs gem. §§ 263 I, 25 II StGB erfüllt haben.

1. Täuschung

A und R müssten die KZV über Tatsachen getäuscht haben.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 11). Die Täuschung muss sich bei § 263 I StGB immer auf Tatsachen beziehen; Tatsachen sind äußere und innere Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die dem Beweise zugänglich sind (Lackner/Kühl, § 263 Rn. 4 f.). Durch die Einreichung des Leistungsantrags unter dem Namen des R haben A und R intellektuell auf die Vorstellung der KZV (bzw. der zuständigen Person) eingewirkt, indem sie dadurch erklärten, dass die von R abgerechneten Behandlungen auch tatsächlich von R durchgeführt worden waren, was jedoch nicht der Wahrheit entspricht. Da die Frage, welcher Arzt die Behandlungen durchgeführt hat, auch dem Beweise zugänglich ist, handelt es sich hierbei auch um eine Tatsache, so dass A und R über Tatsachen getäuscht haben.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

Durch die Einreichung des Leistungsantrags müssten A und R auch bei der KZV (bzw. bei den zuständigen Entscheidungsträgern) einen Irrtum hervorgerufen bzw. unterhalten haben.

a) Identität des Irrenden

Fraglich ist zunächst einmal in Fällen, in denen - wie hier - der Betrug gegenüber einer komplex organisier-

ten juristischen Person wie der KZV begangen wird, bei welcher natürlichen Person das Vorstellungsbild auf das Vorliegen eines Irrtus hin zu untersuchen ist, ob also insofern auf den Sachbearbeiter, den Abteilungsleiter oder sogar auf die Vorstandsmitglieder abzustellen ist.

Der BGH führt insofern aus: "Der Bestand des angefochtenen Urteils wird im Ergebnis auch nicht dadurch gefährdet, dass es das Landgericht unterlassen hat, in den Urteilsgründen im einzelnen darzustellen, wer in den Abrechnungsfällen jeweils die "maßgeblichen Entscheidungsträger" innerhalb der KZV gewesen waren und welche konkreten Vorstellungen diese über die Wahrheit der Angaben in den Anträgen hatten.

Da der Tatbestand des Betrugs voraussetzt, dass die Vermögensverfügung durch den Irrtum des Getäuschten veranlasst worden ist, müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer die Verfügung getroffen hat und welche Vorstellungen er dabei hatte. Die Überzeugung des Gerichts, dass der Verfügende einem Irrtum erlegen war, wird dabei in aller Regel dessen Vernehmung erfordern. Nur in einfach gelagerten Fällen - insbesondere bei der betrügerischen Erschleichung von Leistungen zum Nachteil von Unternehmen, in denen die Prüfung der anspruchsbegründenden Voraussetzungen in einem standardisierten, auf massenhafte Erledigung ausgerichteten Abrechnungsverfahren erfolgt - wird sich die tatrichterliche Überzeugung je nach den näheren Umständen ausnahmsweise auch in anderer Weise gewinnen lassen, etwa durch Vernehmung eines Abteilungsleiters oder Innenrevisors, der betriebsintern die Schadensfälle bearbeitet hatte und von daher zu den Vorstellungen der einzelnen Sachbearbeiter berichten kann (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9). Eine solche mittelbare Beweiserhebung wird jedoch dann nicht ausreichen, wenn vor der Verfügung ein erheblicher Verdacht einer betrügerischen Täuschung laut geworden ist oder sich sonst Anhaltspunkte für weitergehende Erkenntnisse des konkret für die Verfügung zuständigen Mitarbeiters ergeben haben, da dann fraglich wird, ob dieser noch einem Irrtum erlegen war und durch diesen zur Verfügung veranlasst worden ist.

Bei arbeitsteilig tätigen Unternehmen, Körperschaften und Personenmehrheiten wird in der Regel auch festzustellen sein, wer im konkreten Fall auf welcher Grundlage und mit welchen Vorstellungen die Entscheidung über die Erbringung der vom Täter erstrebten Leistung getroffen und damit die Verfügung vorgenommen hat. Im allgemeinen werden Prüfungen und Auszahlungsanordnungen auf der üblicherweise dafür

vorgesehenen Sachbearbeiterebene getroffen. Im Einzelfall kann die Entscheidung aber auch - etwa wegen der Größenordnung eines Geschäfts oder auf Grund eines geschöpften Verdachts - einer vorgesetzten Ebene vorgelegt worden sein, die dann die Entscheidung selbst trifft oder dem Sachbearbeiter Weisung für die Erledigung des Vorgangs erteilt. In diesen Fällen kann die Beurteilung der Irrtumsfrage sich insbesondere dann als problematisch erweisen, wenn entweder nachgeordnete Hilfspersonen oder Vorgesetzte bessere Erkenntnisse als der irrende Verfügende gehabt und unter Verstoß gegen ihre dienstlichen Pflichten eine entsprechende Information oder Weisung zur Verhinderung einer Verfügung unterlassen haben (vgl. Tiedemann aaO, Rdn. 82 m. w. N.)."

Da bei allen maßgeblichen Entscheidungsträgern dieselben Vorstellungen und Zweifel gegeben waren, kann es im vorliegenden Fall offen bleiben, auf wessen Vorstellungen für die Prüfung des Vorliegens eines Irrtums abzustellen ist.

a. Irrtum bei Zweifeln des Opfers

A und R müssten einen Irrtum hervorgerufen haben.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn. 47).

Im Zeitpunkt des Einreichens des Leistungsantrags bestanden bei der jedoch bei sämtlichen Entscheidungsträgern erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Leistungsanträge des R. Streitig ist, ob ein Irrtum auch dann vorliegt, wenn das Opfer an der Richtigkeit der Erklärungen des Täters zweifelt.

Hierzu der BGH: "Das Landgericht hat, soweit es die vor dem 20. April 1999 bearbeiteten Abrechnungsanträge (Fälle 1 bis 20) betrifft, ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Sachbearbeiter der KZV die Auszahlungen trotz des bereits entstandenen, bis dahin allerdings noch relativ vagen Verdachts auf Grund eines täuschungsbedingten Irrtums veranlasst hatten. Soweit es für die späteren Abrechnungen (Fälle 22 bis 37) wegen des durch die zweite Anzeige verstärkten und konkretisierten Verdachts einen Irrtum im Sinne des § 263 StGB aus Rechtsgründen verneint und den Angeklagten nur wegen versuchten Betrugs verurteilt hat, ist dieser nicht beschwert, so dass für die Entscheidung über seine Revision offen bleiben kann, ob es dabei nicht von einem zu engen Maßstab ausgegangen ist. [...]"

Welchen Einfluss beim Betrugstatbestand Zweifel des Opfers an der Wahrheit der vorgetäuschten Tatsache auf die Annahme eines Irrtums haben, ist in der Literatur umstritten.

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass auch der Zweifelnde im Sinne des § 263 StGB irre und Zweifel solange irrelevant seien, als er die Wahrheit der Tatsache noch für möglich halte. Der Getäuschte falle der List des Täters auch dann zum Opfer, wenn er trotz seiner Zweifel infolge der Täuschung die Vermögensverfügung vornehme. Ein tatbestandsmäßiger Irrtum sei erst dann nicht mehr gegeben, wenn er zwar die vorgespiegelte Tatsache für möglich halte, jedoch zur Frage der Wahrheit innerlich nicht Stellung beziehe, ihm der Wahrheitsgehalt gleichgültig sei und er die Vermögensverfügung unabhängig von ihrer Wahrheit treffe (vgl. insbesondere Lackner in LK 10. Aufl. § 263 Rdn. 79 ff.; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 Rdn. 84 ff.; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 40; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Bd. 1, 8. Aufl. § 41 Rdn. 59 ff.; Rengier, Strafrecht BT Bd. 1, 4. Aufl. § 13 Rdn. 21; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT Bd. 2, 24. Aufl. § 13 Rdn. 510; jew. m. w. N.).

Demgegenüber vertritt eine Mindermeinung mit durchweg viktimologisch orientierten Erwägungen und im einzelnen differierenden Abgrenzungen die Auffassung, dass der Betrugstatbestand bei zweifelnden Opfern wegen deren verminderter Schutzbedürftigkeit nicht anwendbar sei (Hassemer, Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik S. 131 ff., 147; Ellmer, Betrug und Opfermitverantwortung S. 281 ff.; Kurth, Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug, S. 175 ff., 183 ff., 194 ff.). Teilweise wird dabei auf den Intensitätsgrad des Zweifels oder auf dessen Konkretisierung abgestellt (Krey, Strafrecht BT Bd. 2, 2. Aufl. Rdn. 373, 374; Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, S. 248).

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stimmt im wesentlichen mit der herrschenden Auffassung im Schrifttum überein (BGH wistra 1990, 305; 1992, 95, 97; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 21; vgl. auch BGHSt 2, 325, 326). Allerdings wurden bislang - soweit ersichtlich - nur Fälle entschieden, in denen das Opfer von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Wahrheit der behaupteten Tatsache ("wenn er die Möglichkeit der Unwahrheit für geringer hält") ausgegangen ist.

Dem Senat geben die Ausführungen des Beschwerdeführers keine Veranlassung, von den Grundsätzen der bisherigen Rechtsprechung abzugehen. Die viktimologisch motivierten Ansätze zur Einschränkung des Betrugstatbestandes wegen geringerer Schutzbedürftigkeit des zweifelnden Tatopfers finden im Wortlaut des § 263 StGB keine Stütze und nehmen den strafrecht-

lichen Schutz vor Angriffen auf das Vermögen durch Täuschung unangemessen weit zurück. Die These, dass keines Schutzes vor solchen Angriffen bedürfe, wer Zweifel an der Wahrheit einer behaupteten, für seine Entscheidung über eine Vermögensverfügung erheblichen Tatsache hege, trifft nicht zu. Die ihr zugrundeliegende Vorstellung, dass sich das Tatopfer bei solchen Zweifeln vergewissern oder von der schädigenden Vermögensverfügung Abstand nehmen könne, läuft auf eine dem Strafrecht fremde Bewertung eines Mitverschuldens hinaus, das auch sonst nicht tatbestandsausschließend wirkt, und begegnet zudem in ihren tatsächlichen Prämissen Bedenken: Insbesondere in Fällen, in denen das Tatopfer unter Täuschung über das Vorliegen der Voraussetzungen auf gesetzlich oder vertraglich geschuldete Leistungen in Anspruch genommen wird, ist seine Freiheit, die Erfüllung wegen Zweifeln an der Wahrheit der anspruchsbegründenden Behauptungen zu verweigern, faktisch schon durch das mit der Weigerung verbundene Prozessrisiko begrenzt. Das wird durch die hier vom Landgericht getroffenen Feststellungen anschaulich bestätigt: Danach waren für die KZV in der Vergangenheit gerichtliche Verfahren, in denen sie von Ärzten auf Zahlungen in Anspruch genommen wurde, die sie wegen aufgetretener Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Abrechnungen zurückgehalten hatte, negativ ausgefallen. Gerade aus dieser Erfahrung hatte sie ihre Satzung dahin geändert, dass nur bei Vorliegen eines "sehr weit konkretisierten Verdachtes" Zahlungen zurückgehalten werden dürfen. Damit ist aber die Entscheidungssituation für den Sachbearbeiter der KZV in gewisser Weise mit der eines Richters vergleichbar, der im Sinne des § 263 StGB auch dann irrt, wenn er Zweifel an der Richtigkeit des vom Kläger behaupteten Sachverhalts hat, der Klage aber stattgeben muss, weil der Beklagte säumig ist oder die Beweislast ausnahmsweise diesen trifft (vgl. zum Irrtum beim Prozessbetrug Tiedemann aaO Rdn. 86; Cramer aaO Rdn. 51; Amelung GA 1977, 16).

Danach spielt es für die Tatbestandsmäßigkeit - entgegen dem Vorbringen der Revision - keine Rolle, ob die Entscheidungsträger der KZV bei sorgfältiger Prüfung die Täuschung durch den Angeklagten und seinen Mittäter R hätten erkennen können, denn selbst leichtfertige Opfer werden durch das Strafrecht geschützt (st. Rspr., vgl. BGHSt 34, 199, 201 m. w. N.).

Zur Frage, bis zu welcher Intensität Zweifel des Getäuschten die Annahme eines Irrtums nicht ausschließen oder - umgekehrt - mit welchem Grad der Wahrscheinlichkeit er die behauptete Tatsache für wahr

halten muss, damit ein Irrtum bejaht werden kann, neigt der Senat in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der oben dargestellten herrschenden Meinung in der Literatur zu der Auffassung, dass - über die bislang vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fälle hinaus - Zweifel solange nicht geeignet sind, die Annahme eines tatbestandsmäßigen Irrtums in Frage zu stellen, als das Opfer gleichwohl noch die Wahrheit der behaupteten Tatsache für möglich hält und deswegen die Vermögensverfügung trifft, also trotz seiner Zweifel, seien sie auch noch so erheblich, der List des Täters zum Opfer fällt (Lackner aaO). Auch bei einem solchen Geschädigten ist noch eine Fehlvorstellung vorhanden, die für die Vermögensverfügung ursächlich wird und unter den tatbestandlichen Begriff des Irrtums subsumiert werden kann. Hinzu kommt, dass erhebliche praktische Bedenken gegen eine Abgrenzung nach Wahrscheinlichkeitsgraden bestehen. Diese ließen sich begrifflich schwer fassen und würden Feststellungen erforderlich machen, die über die Grenzen dessen hinausgingen, was die Beweisaufnahme leisten kann."

Die maßgeblichen Entscheidungsträger bei der KZV hatten zwar Zweifel an der Richtigkeit der Abrechnungen. Jedoch hielten sie die Richtigkeit der Abrechnungen noch für möglich und nahmen gerade deshalb die - wenn auch reduzierten - Auszahlungen vor, so dass ein Irrtum gegeben ist.

b. Kausalität

Der Irrtum wurde auch durch die Täuschung der Täter erregt.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Seitens der KZV müsste infolge des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen worden sein.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt (SK-Samson/Günther, § 263 Rn. 66).

Durch die - wenn auch nur anteilige - Auszahlung der entsprechenden Honorare wurde das Vermögen der KZV unmittelbar gemindert. Zwar wurde diese Vermögensverfügung nicht von der KZV selbst vorgenommen (was auch gar nicht möglich ist, da nur eine natürliche Person ein entsprechendes Verhalten vornehmen kann), sondern von dem zuständigen Entscheidungsträger. Jedoch ist es im Rahmen von § 263 I StGB grundsätzlich unschädlich, dass der täuschungsbedingt Verfügende und der Geschädigte auseinander fallen. In diesen Fällen des sog. Dreiecksbetrugs ist jedoch grundsätzlich ein Näheverhältnis zwischen dem

Verfügenden und dem geschädigten Vermögensinhaber erforderlich. Zwar wird dieses Näheverhältnis in Rechtsprechung und Literatur unter unterschiedlichen Voraussetzungen angenommen, jedoch liegt unstreitig immer ein Näheverhältnis vor, wenn der Verfügende zur Einwirkung auf das fremde Vermögen rechtlich befugt ist (vgl. die Übersicht bei Lackner/Kühl, § 263 Rn. 30). Im vorliegenden Fall sind die Sachbearbeiter und anderen Entscheidungsträger aufgrund des Bestehens entsprechender Vollmachten befugt, über das Vermögen der KZV zu verfügen, so dass ein Näheverhältnis besteht.

Da die Verfügung auch aufgrund des Irrtums vorgenommen wurde, liegt eine irrumsbedingte Vermögensverfügung vor.

[Anm.: Streitig ist weiterhin, ob das Näheverhältnis auch bei einem Dreiecksbetrug erforderlich ist, bei dem sich die Verfügung - wie im vorliegenden Fall - nicht auf Sachen, sondern auf Rechte und Forderungen bezieht (vgl. Joecks, § 263 Rn. 65 ff.). Da hier jedoch ein Näheverhältnis ohnehin gegeben ist, ist dieser Streit unbeachtlich.]

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Durch die Verfügung müsste das Vermögen der KZV auch geschädigt worden sein.

Ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB ist dann gegeben, wenn der Wert des Gesamtvermögens nach der Verfügung geringer ist als davor (BGHSt 3, 102; 16, 321), was dann der Fall ist, wenn die durch die Verfügung bewirkte Vermögensminderung nicht durch den Zufluss eines Äquivalents ausgeglichen wird.

Im vorliegenden Fall ist zu bedenken, dass die KZV die Behandlungskosten auf jeden Fall hätte bezahlen müssen. Auch wenn die Kassenpatienten sich nicht bei A und R hätten behandeln lassen, sondern zu einem anderen (tatsächlich zugelassenen) Kassenzahnarzt gegangen wären, so hätte die KZV dann doch diesem im selben Umfang die Honorare bezahlen müssen. Hierzu der BGH: "Die Strafkammer hat in der Auszahlung der Honorare an den [...] R für die Leistungen, die der Angeklagte als Nichtkassenarzt erbracht hatte, ohne Rechtsfehler einen entsprechenden Vermögensschaden gesehen. Nach der für den Bereich des Sozialversicherungsrechts geltenden streng formalen Betrachtungsweise (vgl. BGH NStZ 1995, 85 f.) genügt hierfür bereits der Umstand, dass der Angeklagte ohne kassenärztliche Zulassung nicht berechtigt ist, an der durch die KZV erfolgten Verteilung der von den Kassen bezahlten Honorare teilzunehmen. Dabei

spielt es keine Rolle, dass den Kassen infolge der Behandlung ihrer Patienten durch den Angeklagten Aufwendungen in möglicherweise gleicher Höhe erspart blieben, die ihnen durch die Behandlung durch einen anderen, bei der Kasse zugelassenen Arzt entstanden wären. Denn eine solche Kompensation findet bei der Schadensberechnung nicht statt (BGH NStZ 1995, 85, 86), zumal ein anderer hypothetischer Sachverhalt zugrunde gelegt wird und offen bleiben muss, ob ein anderer Arzt die gleiche Behandlungsweise gewählt hätte.

Soweit der Beschwerdeführer Bedenken gegen diese streng formale sozialversicherungsrechtliche Betrachtungsweise anmeldet und unter Bezugnahme auf Stimmen aus dem strafrechtlichen Schrifttum (vgl. Volk, NJW 2000, 3385 ff.) Einschränkungen verlangt, kann offen bleiben, ob dem zu folgen ist. Die Notwendigkeit von Einschränkungen wird diskutiert für Fälle des Abrechnungsbetrugs begangen durch Ärzte, die sich als Partner einer zugelassenen Gemeinschaftspraxis ausgaben, in Wahrheit aber lediglich Angestellte waren und denen deshalb vorgeworfen wurde, sich die Zulassung erschlichen zu haben (vgl. OLG Koblenz, MedR 2001, 144 f.). In solchen Fällen mag tatsächlich zweifelhaft sein, ob der Irrtum der Verantwortlichen bei der Kassenärztlichen Vereinigung nicht allein eine "Statusfrage", nicht aber die Abrechnungsvoraussetzungen betrifft und ob nicht die Auszahlung des Honorars deswegen auch keinen Vermögensschaden begründet. Daraus lässt sich aber für die Beurteilung der Strafbarkeit des Angeklagten nichts ableiten. Anders als die Ärzte in den genannten Fällen, die immerhin wirksam zugelassen waren und im übrigen - nach Genehmigung - auch als Angestellte eines Kassenarztes hätten tätig werden dürfen, gehört der Angeklagte nicht zum Kreis der Anspruchsberechtigten; mit den Abrechnungen, die er und der Mittäter R. vorgelegt

haben, ist nicht lediglich über berufsständische "Statusfragen" getäuscht worden..”

Ein Vermögensschaden ist somit gegeben.

5. *Mittäterschaft (§ 25 II StGB)*

A und R haben den Tatbestand des § 263 I StGB auch als Mittäter, d.h. in arbeitsteiligem Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, verwirklicht.

6. *Vorsatz*

A und R handelten vorsätzlich.

7. *Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung*

A und R müssten in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben.

A und R hatten die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nämlich die Auszahlung der Honorare, und sich so zu bereichern.

Die von A und R beabsichtigte Bereicherung war auch rechtswidrig, da - jedenfalls sofern die Behandlungen von A durchgeführt worden waren, der keinen kassenärztliche Zulassung besaß - auch kein Anspruch auf Auszahlung bestand, was A und R auch wussten. Des weiteren bestand auch die erforderliche Stoffgleichheit zwischen dem beim Opfer entstandenen Schaden und der vom Täter beabsichtigten Bereicherung (vgl. BGHSt 6, 115), da dieselbe Verfügung (die Auszahlung der Honorare), die beim Opfer den Vermögensschaden herbeiführte, unmittelbar die Täter bereichern sollte.

II. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

A und R handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. *Ergebnis*

A und R sind strafbar gem. §§ 263 I, 25 II StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Faber, Martina: "Folgenbeseitigungsanspruch nach ehrverletzenden Meinungsäußerungen"
Fundstelle:	NVwZ 2003, 159 (Heft 2)
Inhalt:	Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob im Wege des Folgenbeseitigungsanspruchs, dessen Herleitung und Voraussetzungen ebenfalls behandelt werden, gegen staatliche Warnungen vorgegangen werden kann. Die RA hat bereits mehrfach über die spektakulären Fälle berichtet, mit denen die Rspr. zu diesem Thema in der jüngeren Vergangenheit befasst war (vgl. RA 2002, 494 -Glykolwein; RA 2002, 449 -Osho-Sekte; RA 2002, 737 -Scientology).

Autor/Titel:	Kemmler, Iris: "Die lästige Ampel"
Fundstelle:	JA 2003, 136 (Heft 2)
Inhalt:	Klausur für Fortgeschrittene zum öffentlich-rechtlichen Vertrag, eingebettet in leistungs- und Anfechtungsklage. Schwerpunkte liegen auf dem sogen. "Koppelungsverbot" nach § 56 VwVfG sowie der Befugnis zum Handeln durch Verwaltungsakt.

Autor/Titel:	Guy Beaucamp: "Das Hausrecht von Behörden als Rechtsproblem"
Fundstelle:	JA 2003, 231 (Heft 3)
Inhalt:	Der Autor erläutert anhand von aktuellen Beispielfällen (z.B. VG Berlin, NJW 2002, 1063, über den die RA bereits 2001, S. 483 als Urteil in Fallstruktur berichtet hat) die Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Ausübung des Hausrechts von Behörden, insbesondere Rechtswegfragen und die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Ermächtigung.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Häublein, Martin: "Der Beschaffenheitsbegriff und seine Bedeutung für das Verhältnis der Haftung aus culpa in contrahendo zum Kaufrecht"
Fundstelle:	NJW 2003, 388 (Heft 8)
Inhalt:	Der Beitrag ermittelt, ob die bislang kontrovers diskutierte Frage um das Konkurrenzverhältnis zwischen kaufrechtlichem Gewährleistungsrecht und einer Haftung aus c.i.c. wegen Nicht- / Falschaufklärung über die Kaufsache durch die Schuldrechtsmodernisierung gelöst hat.

Autor/Titel:	Perkams, Guido: "Die Haftung des Rücktrittsberechtigten im neuen Schuldrecht"
Fundstelle:	Jura 2003, 150 (Heft 3)
Inhalt:	Das infolge der Schuldrechtsmodernisierung neu geschaffene Rücktrittsrecht gem. §§ 346 ff. BGB hat mittlerweile diverse Kontroversen ausgelöst, insbesondere was die Haftung des Rücktrittsberechtigten angeht. Dieser Beitrag verschafft einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand.

Autor/Titel:	Hau, Wolfgang: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/202 - Reformiertes Mietrecht und modernisiertes Schuldrecht"
Fundstelle:	JuS 2003, 130 (Heft 2)
Inhalt:	Der Aufsatz vermittelt einen Einblick in das Zusammenspiel zwischen dem am 01.09.2001 reformierten Mietrecht und dem am 01.01.2002 modernisierten allgemeinen Schuldrecht, insbesondere über den Einfluss der Schuldrechtsmodernisierung auf das neue Mietrecht.

Autor/Titel:	Knoche, Joachim P. / Biersack, Cornelia: "Das zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip und seine Ver-eitelung in der Praxis"
Fundstelle:	NJW 2003, 476 (Heft 7)
Inhalt:	Der Beitrag zeigt auf, wie das zwangsvollstreckungsrechtliche Prioritätsprinzip (§ 804 ZPO) trotz seiner Grundstruktur für das gesamte Vollstreckungsrecht in der Praxis in rechtswidriger Weise unterlaufen wird.

Strafrecht

Autor/Titel:	Beckemper, Katharina: "Rücktritt vom Versuch trotz Zweckerreichung"
Fundstelle:	JA2003, 203 (Heft 3)
Inhalt:	Anhand einer klassischen Entscheidung des BGH (BGHSt 39, 221) werden Standardprobleme im Rahmen des Rücktritts vom Versuch behandelt: neben der Möglichkeit des Rücktritts nach Erreichen eines außertatbestandlichen Zieles insb. auch Fragen des Rücktritts vom mehraktigen Versuch, die auch Gegenstand aktueller BGH-Entscheidungen waren (s. Urteil in diesem Heft). Der Aufsatz ist vor allem interessant wegen der übersichtlichen Darstellung der insoweit vertretenen Meinungen.

Autor/Titel:	Kubink, Michael: "Strafrechtliche Probleme des Rechtsschutzverzichts im sportlichen Grenzbereich - soziale Ad-äquanz, erlaubtes Risiko, Einwilligung"
Fundstelle:	JA 2003, 257 (Heft 3)
Inhalt:	Sehr umfangreiche Erörterungen zu der immer wieder - auch in Examensaufgaben - diskutierten Frage, ob, warum und unter welchen Voraussetzungen bei Sportveranstaltungen zugefügte Verletzungen nicht strafrechtlich geahndet werden, wobei sich der Verfasser neben Fragen der Tatbestandsmäßigkeit von Sportverletzungen im Rahmen der Körperverletzungsdelikte insb. mit der Möglichkeit einer Rechtfertigung ausführlich auseinandersetzt.

Autor/Titel:	Hillenkamp, Thomas: "Der praktische Fall - Strafrecht: Trickserien und zarte Bande"
Fundstelle:	JuS 2003, 157 (Heft 2)
Inhalt:	Interessanter, nicht ganz einfacher Übungsfall auf Examenniveau, der neben Problemen der Vermögensdelikte (inkl. Examens-Standardwissen wie der Abgrenzung zwischen Raub, räuberischer Erpressung und räuberischem Diebstahl) auch Fragen des Allgemeinen Teils, insb. aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme, berührt, wie es für eine Examensklausur typisch ist.