

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht

Problem: AWACS-Einsatz in der Türkei

BVERFG, BESCHLUSS VOM 25.03.2003
2 BVQ 18/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 BVerfGG auf Antrag der FDP-Fraktion des Deutschen Bundestages hin mit der Frage zu beschäftigen, ob über die Mitwirkung deutscher Soldaten an den NATO-AWACS-Aufklärungsflügen in der Türkei allein von der Bundesregierung entschieden werden durfte, oder ob diese Frage der Mitwirkung des Parlaments bedürftig hätte.

In den geradezu schulmäßig gegliederten Entscheidungsgründen stellt das BVerfG zunächst die Zulässigkeit des Antrages trotz der damit verbundenen Vorwegnahme der Hauptsache fest. Es kommt dann zu dem Ergebnis, dass für die Begründetheit zunächst zu prüfen sei, ob die Hauptsache - hier: Organstreitverfahren zwischen der FDP-Fraktion und der Bundesregierung - mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfolgreich wäre. Die Prüfung der Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache ergebe jedoch, dass die Begründetheit eines solchen Organstreits offen sei. Deshalb könne im vorläufigen Rechtsschutz diese auch nicht als Entscheidungskriterium herangezogen, sondern allein auf eine Folgenabwägung abgestellt werden. In diesem Rahmen wägt das BVerfG dann die Rechte des Parlaments an der Mitwirkung an wichtigen staatsorganisatorischen Fragen mit dem völkerrechtlichen Ansehen und den Bündnisverpflichtungen der BRD ab und kommt zu dem Ergebnis, dass letztere den Ausschlag zu Lasten der Antragstellerin geben.

Prüfungsrelevanz:

Die "Out of area"-Einsätze der Bundeswehr haben das BVerfG seit Anfang der 90er Jahre immer wieder beschäftigt. Ausgangspunkt ist die "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG, nach der wesentliche Fragen immer vom unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament getroffen werden müssen. Die Exekutive sei nach Art. 20 II, III GG an Recht und Gesetz gebunden, so dass jedenfalls wesentliche Entscheidungen

derselben vom Parlament abegesenet werden müssen. Als "wesentlich" wurden zunächst Grundrechtseingriffe angesehen, die einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen ("Vorbehalt des Gesetzes"). Der Parlamentsvorbehalt geht jedoch weiter als der Gesetzesvorbehalt. Auch nicht unmittelbar grundrechtsrelevante Fragen können "wesentlich" sein, wenn sie staatstragende Bedeutung haben. In seiner Grundsatzentscheidung zum AWACS-Einsatz über Bosnien-Herzegowina hatte das BVerfG (NJW 1994, 2207) drei wesentliche Kriterien herausgearbeitet, nach denen dies für Bundeswehreinätze im Ausland der Fall sein soll:

- Es muss sich um einen bewaffneten Einsatz handeln (Kampfeinsätze, bspw. keine "Blauhelm-Missionen"),
- die militärische Zielsetzung darf nicht durch die parlamentarische Mitwirkung gefährdet werden (bspw. bei Eilbedürftigkeit) und
- der Bundestag muss nur die Rahmenbedingungen billigen (das "Ob"); die genauen Einsatzmodalitäten (das "Wie") kann die Exekutive allein festlegen.

Im vorliegenden Fall war problematisch, ob es sich um einen Kampfeinsatz in diesem Sinne handelte, da die AWACS-Maschinen (AWACS: "Airborne Warning and Control System") zumindest nicht unmittelbar am Krieg im Irak (vom BVerfG als "bewaffneter Konflikt" bezeichnet) beteiligt waren.

Vertiefungshinweise:

- ☐ Zu "Out of area"-Einsätzen der Bundeswehr: *BVerfG*, NJW 194, 2207; NJW 1993, 1317; *Stein*, Jura 1995, 254
- ☐ Zum Parlamentsvorbehalt bei Änderung des NATO-Konzepts: *BVerfG*, RA 2001, 677 = NVwZ-RR 2002, 1103

Kursprogramm:

- ☐ *Examenskurs*: "Die Bundeswehr - daheim und unterwegs"

Leitsatz (der Redaktion):

Es lässt sich im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht feststellen, dass der Einsatz deutscher

Soldaten im Rahmen der AWACS-Aufklärungsflüge über der Türkei nach dem gegenwärtigen Sachstand mit der für den Erlass einer einstweiligen Anordnung erforderlichen Wahrscheinlichkeit Rechte des Deutschen Bundestages verletzt.

Sachverhalt:

Der Antrag betrifft die Frage, ob der gegenwärtige Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO in der Türkei der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedarf.

Die Türkei beantragte mit Schreiben vom 10. Februar 2003 Konsultationen der Mitglieder der Nordatlantikpakt-Organisation (NATO) nach Art. 4 des NATO-Vertrages. Auf der Grundlage der nachfolgend durchgeführten Konsultationen und Planungen autorisierte der Verteidigungsausschuss (Defence Planning Committee) der NATO am 19. Februar 2003 die militärischen Behörden des Bündnisses, NATO-AWACS-Flugzeuge und Systeme zur Abwehr von Raketenangriffen sowie Angriffen mit chemischen und biologischen Waffen in der Türkei zu stationieren. Daraufhin wurden zunächst zwei und etwa drei Wochen später nochmals zwei der insgesamt 17 AWACS (Airborne Warning and Control System)-Flugzeuge der NATO Airborne Early Warning and Control Force von ihrem Standort in Geilenkirchen auf den Luftwaffenstützpunkt Konya in der Türkei verlegt. Seit dem 26. Februar 2003 und dem 18. März 2003 werden die Maschinen im türkischen Luftraum eingesetzt. Bei etwa einem Drittel der Besatzungsmitglieder handelt es sich um Soldaten der Bundeswehr.

Nachdem in den frühen Morgenstunden des 20. März 2003 der bewaffnete Konflikt im Irak begonnen hatte, brachten Abgeordnete der FDP sowie die Antragstellerin am selben Tag in der 35. Sitzung des Deutschen Bundestages einen Entschließungsantrag ein. Hiernach sollte der Deutsche Bundestag die Bundesregierung auffordern, der Verpflichtung durch das Grundgesetz nachzukommen und die konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages für die Beteiligung deutscher Soldaten an den AWACS-Einsätzen über der Türkei unverzüglich zu beantragen. Der Antrag erreichte in namentlicher Abstimmung mit 274 gegen 303 Stimmen bei sechs Enthaltungen nicht die erforderliche Mehrheit. Die FDP-Fraktion ersuchte daraufhin das BVerfG um Eilrechtsschutz, um auf diesem Wege die parlamentarische Abstimmung über den Einsatz der Bundeswehrsoldaten im Rahmen der AWACS-Aufklärungsflüge zu erzwingen. Der Einsatz in der Türkei stelle keinesfalls eine reine Routinemaßnahme wie die Überwachung einer Grenze in Friedenszeiten dar. Die

Bitte der Türkei um Schutzmaßnahmen der NATO beweise vielmehr, dass dieser Einsatz militärische Bedeutung in einem bewaffneten Konflikt habe und Schutz vor einer konkreten militärischen Bedrohung gewähren solle. Er habe den Sinn, Gefahren für das Gebiet der Türkei frühzeitig zu erkennen und Gegenmaßnahmen, insbesondere den Abschuss angreifender Flugzeuge, zu ermöglichen. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat nach gegenwärtig bekannter Sachlage - keinen Erfolg.

I. Zulässigkeit

1. Rechtsweg

Der Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht in der Hauptsache ist gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG eröffnet. Auch im Organstreitverfahren ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung statthaft (vgl. BVerfGE 23, 42 [48]; 82, 353 [363]; st.Rspr.). Der Zulässigkeit des Antrags steht nicht entgegen, dass ein Verfahren zur Hauptsache zwar seitens der Antragstellerin angekündigt, jedoch noch nicht anhängig ist (vgl. BVerfGE 3, 267 [277]; 71, 350 [352]; st.Rspr.).

2. Vorwegnahme der Hauptsache

Der Antrag ist zulässig, obwohl er auf eine Maßnahme gerichtet ist, die die Entscheidung in der Hauptsache im Wesentlichen vorwegnehme. Sowohl der Abzug der betroffenen Soldaten als auch die Herbeiführung eines zustimmenden Beschlusses des Bundestages nähmen dem Streit seinen unmittelbaren Anlass.

Eine solche Vorwegnahme der Hauptsache steht der Zulässigkeit einer einstweiligen Anordnung dann nicht entgegen, wenn unter den obwaltenden Umständen eine Entscheidung in der Hauptsache möglicherweise zu spät käme und dem Antragsteller in anderer Weise ausreichender Rechtsschutz nicht mehr gewährt werden könnte (vgl. BVerfGE 34, 160 [162 f.]; 67, 149 [151]; st.Rspr.). In dem Organstreit zwischen dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung tritt die Antragstellerin in Prozessstandschaft für den Bundestag auf. Sie will für den Bundestag die Frage klären lassen, ob deutsche Soldaten in dem konkreten Fall der in der Türkei stationierten AWACS-Flugzeuge ohne konstitutiven Beschluss des Bundestages eingesetzt werden dürfen. Würde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wegen Vorwegnahme der Hauptsache zurückgewiesen, drohte eine irreparable

Schädigung der Rechte des Parlaments, wenn sich in der Hauptsache herausstellen sollte, dass die Antragstellerin mit ihrem Rechtsschutzbegehren Erfolg hat. Es kann deshalb nur anhand des für eine vorläufige Sicherung geltenden Prüfungsmaßstabes darüber entschieden werden, welches der beteiligten Verfassungsorgane bis zur Entscheidung der Hauptsache befugt ist, die von ihm geltend gemachten verfassungsmäßigen Rechte auszuüben (vgl. dazu BVerfGE 89, 38 [44]).

II. Begründetheit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unbegründet.

1. Voraussetzungen

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln. Dabei müssen die Gründe, welche für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme sprechen, außer Betracht bleiben, es sei denn, die Hauptsache erweise sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist jedoch nur begründet, wenn eine vorläufige Regelung zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum allgemeinen Wohl dringend geboten ist.

a. Drohende Rechtsverletzung

Der Erlass einer einstweiligen Anordnung im Organstreitverfahren bedeutet einen Eingriff des Bundesverfassungsgerichts in die Autonomie eines anderen Verfassungsorgans. Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG ist deshalb grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 104, 23 [27]; BVerfG, NVwZ-RR 2003, S. 85 f.). Der Erlass kann allein der vorläufigen Sicherung des streitigen organschaftlichen Rechts der Antragsteller dienen, damit es nicht im Zeitraum bis zur Entscheidung der Hauptsache durch Schaffung vollendeter Tatsachen überspielt wird (vgl. BVerfGE 89, 38 [44]; 96, 223 [229]; 98, 139 [144]). Eine Verschärfung der Anforderungen ergibt sich, wenn - wie hier - eine Maßnahme mit völkerrechtlichen oder außenpolitischen Auswirkungen in Rede steht (vgl. BVerfGE 33, 195 [197]; 83, 162 [171 f.]; 88, 173 [179]; 89, 38 [43]).

b. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Für eine einstweilige Anordnung ist kein Raum, wenn der in der Hauptsache gestellte oder noch zu stellende

Antrag sich von vornherein als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweist oder - was mangels eines Antrags hier nicht möglich ist - das Bundesverfassungsgericht die Hauptsache so rechtzeitig zu entscheiden vermag, dass hierdurch die absehbaren schweren Nachteile vermieden werden können.

Ist der Antrag in der Hauptsache weder unzulässig noch offensichtlich unbegründet, so wägt das Bundesverfassungsgericht die Nachteile, die eintreten, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, die Maßnahme aber später für verfassungswidrig erklärt würde, gegen diejenigen Nachteile ab, die entstünden, wenn die Maßnahme nicht in Kraft träte, sie sich aber im Hauptsacheverfahren als verfassungsgemäß erweise (vgl. BVerfGE 86, 390 [395]; 88, 173 [179 f.]; 99, 57 [66]; 104, 23 [28 f.]; stRSpr).

2. Subsumtion

a. Erfolgsaussichten der Hauptsache

Das noch einzuleitende Hauptsacheverfahren wäre weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet.

aa. Zulässigkeit

Gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 63 BVerfGG können im Organstreitverfahren neben den obersten Bundesorganen auch Teile dieser Organe Anträge stellen, sofern sie im Grundgesetz oder in der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans mit eigenen Rechten ausgestattet sind. Die Antragstellerin ist als Fraktion des Deutschen Bundestages im Organstreitverfahren gemäß §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG parteifähig. Sie kann im eigenen Namen Rechte geltend machen, die dem Bundestag gegenüber der Bundesregierung zustehen (vgl. BVerfGE 1, 351 [359]; 2, 143 [165]; 90, 286 [336]; 104, 151 [193]; stRSpr).

bb. Begründetheit

(1). Antrag nicht offensichtlich unbegründet

Der Antrag ist auch nicht offensichtlich unbegründet. Das Grundgesetz verpflichtet die Bundesregierung, für einen Einsatz bewaffneter Streitkräfte die - grundsätzlich vorherige - konstitutive Zustimmung des Deutschen Bundestages einzuholen (vgl. BVerfGE 90, 286 [381 ff.]). Mit dem Antrag soll das Beteiligungsrecht des Bundestages an der auswärtigen Gewalt insoweit gesichert werden, als der konkrete Einsatz von Soldaten der Bundeswehr seinem rechtserheblichen Einfluss unterliegt (vgl. BVerfGE 90, 286 [382]).

In der gegenwärtigen geopolitischen Lage ist nicht auszuschließen, dass die Verlegung von Teilen des

NATO-AWACS-Verbandes, an dem deutsche Soldaten in größerer Zahl beteiligt sind, in die Türkei einen Einsatz darstellt, der die konstitutive Zustimmung des Bundestages erfordert.

(2). Antrag nicht offensichtlich begründet

In einem Hauptsacheverfahren bedarf es der Klärung, wie weit der unmittelbar kraft Verfassung geltende, konstitutive Parlamentsvorbehalt im Wehrverfassungsrecht reicht. Der konstitutive Parlamentsvorbehalt ist in der Begründung auf das historische Bild eines Kriegseintritts zugeschnitten (vgl. BVerfGE 90, 286 [383]). Unter den heutigen politischen Bedingungen, in denen Kriege nicht mehr förmlich erklärt werden, steht eine sukzessive Verstrickung in bewaffnete Auseinandersetzungen dem offiziellen Kriegseintritt gleich. Deshalb unterliegt grundsätzlich jeder Einsatz bewaffneter deutscher Streitkräfte der konstitutiven parlamentarischen Mitwirkung.

Im Hauptsacheverfahren ist deshalb der Frage nachzugehen, wann ein "Einsatz bewaffneter Streitkräfte" anzunehmen ist, insbesondere wann deutsche Soldaten "in bewaffnete Unternehmungen einbezogen" sind (vgl. BVerfGE 90, 286 [387 f.]). Für den konkreten Fall ist etwa zu klären, ab wann und inwieweit der Einsatz in integrierten NATO-Verbänden zu einem den Parlamentsvorbehalt auslösenden bewaffneten Einsatz wird, wenn diese Verbände den Luftraum eines Bündnismitglieds überwachen, dessen Staatsgebiet unmittelbar an ein kriegsbefangenes Territorium angrenzt, oder wenn sich die Überwachung darüber hinaus auf das Territorium eines an dem bewaffneten Konflikt beteiligten Staates erstreckt.

Ferner könnte klärungsbedürftig sein, inwieweit auch eine mittelbare Einbeziehung in bewaffnete Unternehmungen den Parlamentsvorbehalt auslöst. Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, wenn Entwicklungen möglich sind, dass der Bündnispartner, dessen Gebiet zu sichern ist, selbst zu einer kriegführenden Partei wird. Da die tatsächliche Entwicklung - nach dem derzeitigen Erkenntnisstand des Senats, auch nach dem Vortrag der Bundesregierung - nicht bereits eine unmittelbare Einbeziehung in Kampfhandlungen erkennen lässt, ist der Antrag auch nicht offensichtlich begründet.

b. Allgemeine Folgenabwägung

Eine Folgenabwägung fällt gegen den Erlass einer einstweiligen Anordnung aus. Bei einer Folgenabwägung sind gegeneinander abzuwägen die Nachteile, die für den Bundestag - dessen Rechte die Antragstellerin wahrnimmt - einträten, wenn die begehrte einstweilige Anordnung abgelehnt wird, in der Hauptsache später

aber sich herausstellt, dass der konkrete Einsatz deutscher Soldaten ohne Zustimmung des Bundestages dessen wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt verletzt, mit denjenigen Nachteilen, die sich ergäben, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen wird, sich später im Organstreitverfahren aber herausstellt, dass der Einsatz dem konstitutiven Parlamentsvorbehalt nicht unterlag.

aa. Pro Parlamentsvorbehalt

Der konstitutive Parlamentsvorbehalt hat ein hohes Gewicht, weil die Bundeswehr ein Parlamentsheer ist. Die Bundeswehr ist dadurch in die demokratisch rechtsstaatliche Verfassungsordnung eingefügt (vgl. BVerfGE 90, 286 [382]). Die Einbeziehung deutscher Soldaten in bewaffnete Unternehmungen ohne Zustimmung des Bundestages greift deshalb prinzipiell tief in die Rechte des Parlaments ein.

bb. Kontra Parlamentsvorbehalt

Auf der anderen Seite steht die außenpolitische Verantwortung der Exekutive mit ihrem Kernbereich eigener Entscheidungsfreiheit. Soweit der Parlamentsvorbehalt nicht eingreift, steht allein der Bundesregierung die Entscheidung zu, in welchem Umfang die Bundesrepublik Deutschland sich an der Ausführung des Beschlusses des Verteidigungsplanungsausschusses der NATO vom 19. Februar 2003 beteiligt. Die Bundesregierung müsste sich bei Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung in einer aktuellen außenpolitischen Krisensituation entweder um eine - in Wahrheit nicht erforderliche - politische Zustimmung des Bundestages bemühen, oder aber - wenn dies vermieden werden soll - die deutschen Soldaten aus den betreffenden integrierten NATO-Verbänden abziehen. Ein solcher Zwang griffe tief in den Kernbereich der außen- und sicherheitspolitischen Verantwortung der Bundesregierung ein.

Die Bundesregierung würde in der Situation außenpolitischer Zuspitzung vor die Wahl gestellt, entweder eine politisch ungewisse und zeitlich möglicherweise aufwändige parlamentarische Zustimmung zu erwirken oder bündnispolitische Risiken durch den vom Antrag ausdrücklich als Handlungsmöglichkeit eröffneten Abzug deutscher Soldaten aus dem integrierten AWACS-Verband der NATO und die damit einhergehende Minderung der Funktionsfähigkeit des Verbandes in Kauf zu nehmen. [...]

cc. Ergebnis

Es lässt sich nicht feststellen, dass bei dem anzulegenden strengen Prüfungsmaßstab die Rechte des Bundestages deutlich überwiegen. Die Abwägung dieser

Positionen ist im Ergebnis offen. Die ungeschmälerete außenpolitische Handlungsfähigkeit der Bundesregierung in dem ihr durch die Verfassung zugewiesenen Kompetenzbereich hat auch im gesamtstaatlichen In-

teresse an der außen- und sicherheitspolitischen Verlässlichkeit Deutschlands bei der Abwägung ein besonderes Gewicht (vgl. BVerfGE 33, 195 [197]; 83, 162 [173 f.]).

Standort: GG

Problem: Gesetzgebungskompetenz für Rückmeldegebühren

BVERFG, URTEIL VOM 19.03.2003

2 BVL 9/98-12/98 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte sich auf Vorlage eines konkreten Normenkontrollantrags (Art. 100 GG) des VGH Mannheim mit der Verfassungsmäßigkeit der Rückmeldegebühr i.H.v. 100 DM (jetzt: 51,13 Euro) zu befassen, die an den Hochschulen Baden-Württembergs auf der Grundlage von § 120 a Abs. 1 Satz 1 des Universitätsgesetzes BW erhoben wird. Der VGH hatte ermittelt, dass der tatsächliche Kostenaufwand für eine Rückmeldung bei lediglich 8,33 DM (jetzt: 4,26 €) liegt. Das BVerfG hält die Norm bereits mangels Gesetzgebungskompetenz für verfassungswidrig, so dass es auf die materielle Frage nach Grundrechtsverletzungen der Studierenden nicht mehr eingehen musste.

Das BVerfG grenzt zunächst zwischen den Kompetenzen aus der sogen. "Finanzverfassung" (Art. 104a ff. GG; insbes. Art. 105 GG), die nur speziell für Steuern gelten, und den Art. 70 ff. GG ab, die allgemein die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land regeln. Während Steuern ohne Gegenleistung zu zahlen sind, werden Gebühren für eine konkrete Gegenleistung erhoben. Fraglich war hier, ob die Rückmeldegebühr wirklich eine "Gebühr" ist, da die "Gegenleistung" der Durchführung der Rückmeldung lediglich 8,33 DM kostete, also allenfalls einen geringen Teils ausmachte. Das BVerfG hält trotzdem Art. 70 ff. GG für einschlägig, da auch eine unverhältnismäßige Gebühr noch eine Gebühr (und keine verdeckte Steuer) sei.

Allerdings dürfe die Erhebung von Gebühren keinesfalls dazu missbraucht werden, durch deren unverhältnismäßige Höhe auf dem "Umweg" über Art. 70 GG an der Kompetenzverteilung der Art. 104a ff. GG vorbei "verdeckte" Steuern zu erheben. Das Gericht setzt sich deshalb ausführlich damit auseinander, unter welchen Voraussetzungen Gebühren erhoben werden dürfen. Es kommt im Wesentlichen zu drei Voraussetzungen:

- Die Gebühr muss einen zulässigen Zweck verfolgen. Zulässige Zwecke sind Kostendeckung, Vorteilsausgleich sowie Lenkungs- und soziale Zwecke.
- Die Gebühr muss der Höhe nach verhältnismäßig

sein.

- Der Gebührentatbestand muss bestimmt genug sein, so dass jedermann erkennen kann, welche Gebühr warum von ihm verlangt wird.

Das BVerfG verneinte sodann diese Voraussetzungen bereits deshalb, weil keiner der vorgenannten Zwecke erfüllt werde.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung hat hohe Wellen geschlagen. Sie wird eine Flut von Klagen auf Rückerstattung bereits gezahlter Rückmeldegebühren nach sich ziehen, wenn nicht das Land "freiwillig" die vereinnahmten Beträge zurückzahlt. Hintergrund ist, dass das Land in seiner Regelung auf den Erlass eines Gebührenbescheids verzichtet und allein das (nunmehr ex tunc nichtige) Gesetz als Rechtsgrund für die Gebührenzahlung hatte genügen lassen. Da der Rechtsgrund nun entfallen ist, stehen allen Studierenden öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche gegen den Gebührengläubiger zu. Hätte man demgegenüber die Festsetzung der Gebühr durch Bescheid vorgesehen, wären diese - von den Studierenden, welche Rechtsbehelfe ergriffen haben abgesehen - gegenüber der Masse bestandskräftig geworden und würden (ihre Wirksamkeit unterstellt) als Rechtsgrund fortbestehen und so Rückzahlungsansprüche ausschließen.

Der Fall kann im Examen also wie im Original als Normenkontrollantrag, aber auch als Klage eines Studierenden auf Rückzahlung seiner Gebühr präsentiert werden.

Angemerkt sei noch der Unterschied zwischen den verschiedenen Abgabentypen:

- *Steuern* werden ohne Gegenleistung erhoben.
- *Gebühren* werden für eine konkrete Gegenleistung erhoben; diese kann in der Nutzung öffentlicher Einrichtungen ("Benutzungsgebühr", z.B. Eintritt für Freibad) oder einer Verwaltungstätigkeit ("Verwaltungsgebühr", z.B. Entgelt für Ausweise) bestehen. Die Rückmeldegebühr ist eine Verwaltungsgebühr.
- *Beiträge* werden für eine abstrakte Gegenleistung (also eine Nutzungsmöglichkeit) erhoben (z.B. Erschließungsbeiträge nach BauGB)
- *Sonderabgaben* sind solche, die sich nicht unter einen der vorgenannten Typen fassen lassen, weil sie im

Unterschied zu diesen zweckgebunden verwendet werden müssen (z.B. die Stellplatzabgabe nach § 51 V BauO NW).

Für Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben gelten die Art. 70 ff. GG, für Steuern Art. 105 GG.

Vertiefungshinweise:

Entscheidung der Erinstanz über Klage auf Rückforderung der Gebühren: *VG Karlsruhe*, NVwZ-RR 1998, 106

Vorlagebeschluss des *VGH Mannheim*: VGHE 49, 29

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Lottokönig"

Leitsätze:

1. Die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung begründet verbindliche Vorgaben auch für die Gebühren als Erscheinungsform der nichtsteuerlichen Abgaben. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen beliebig hohe Gebühren erhoben werden könnten; die Bemessung bedarf kompetenzrechtlich im Verhältnis zur Steuer einer besonderen, unterscheidungskräftigen Legitimation (Anschluss an BVerfGE 93, 319 ff.).

2. Nur dann, wenn legitime Gebührenzwecke nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der Gebührenregelung von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden, sind sie auch geeignet, sachlich rechtfertigende Gründe für die Gebührenbemessung zu liefern. Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann nicht geltend gemacht werden, er habe auch noch weitere, ungenannte Gebührenzwecke verfolgt.

Sachverhalt:

Die zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Normenkontrollverfahren betreffen die Frage, ob die nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 des baden-württembergischen Universitätsgesetzes von Studierenden zu entrichtende Gebühr in Höhe von 100 DM (= 51,13 €) für die Bearbeitung jeder Rückmeldung mit dem Grundgesetz, insbesondere mit den sich aus der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) ergebenden Anforderungen an die Erhebung und Bemessung nichtsteuerlicher Abgaben, vereinbar ist.

Die Klägerinnen und Kläger der Ausgangsverfahren waren im Wintersemester 1996/1997 als Studierende an Universitäten des Landes Baden-Württemberg eingeschrieben. Bei der fristgerechten Rückmeldung zum Sommersemester 1997 begehrt der Kläger zu 1. und die Klägerinnen zu 2. und 3. zunächst vorläufigen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten Karlsruhe und Freiburg gegen die gesetzliche Pflicht, eine Rückmeldegebühr zu entrichten. Erst nachdem sie im vorläufigen Rechtsschutzverfahren keinen Erfolg hatten, zahlten sie die Gebühr. Die Rückmeldung wurde durchgeführt. Der Kläger zu 4. zahlte bei der Rückmeldung sogleich die Gebühr, jedoch unter dem Vorbehalt der Rückforderung. Die verwaltungsgerichtlichen Klagen, mit denen die Klägerinnen und Kläger die Verfassungswidrigkeit der Gebührengrundlage rügten und in erster Linie Rückerstattung der Gebühr begehrt, blieben auch in der Hauptsache in erster Instanz erfolglos. Die Verwaltungsgerichte Karlsruhe und Freiburg sahen insbesondere das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip nicht als verletzt an. Mit der Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft der Studierenden in der Universität infolge der Bearbeitung der Rückmeldung seien Vorteile verbunden, deren Wert die Gebührenehöhe um ein Vielfaches übersteige. Solche Vorteile dürfe der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Gebührenehöhe berücksichtigen.

Auf Antrag der Klägerinnen und Kläger der Ausgangsverfahren ließ der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Berufungen gegen die erstinstanzlichen Urteile zu. Der VGH Baden-Württemberg setzte mit im Wesentlichen gleichlautenden Beschlüssen vom 29. Juli 1998 die Ausgangsverfahren aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage vor, ob § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW in der Fassung des Art. 7 des Haushaltsstrukturgesetzes 1997 vom 16. Dezember 1996 mit Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 sowie Art. 104a bis 108 GG vereinbar ist, soweit danach für die Bearbeitung jeder Rückmeldung eine Gebühr von 100 DM zu entrichten ist. Das vorliegende Gericht vertritt die Ansicht, dass § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW verfassungswidrig und nichtig sei, soweit für die Bearbeitung jeder Rückmeldung eine Gebühr von 100 DM erhoben werde. Die Vorschrift verletze die grundgesetzliche Finanzverfassung aus Art. 104a bis 108 GG. Der Gesetzgeber des Landes Baden-Württemberg habe seine Gesetzgebungskompetenz überschritten. Die Rückmeldegebühr stelle eine Gegenleistung für die besondere Verwaltungsleistung der Bearbeitung der Rückmeldung dar. Als Gebühr werde sie nach dem insofern eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht lediglich "bei" oder "gelegentlich" der Rückmeldung erhoben, sondern "für" die Bearbeitung der Rückmeldung. Bei

dieser begrifflichen Zuordnung spiele die Frage der Gebührenbemessung keine Rolle. Erhebe der Staat als Gegenleistung für eine Verwaltungsleistung eine Abgabe ohne den erforderlichen Bezug zu den Kosten der Verwaltungsleistung oder zu dem durch sie vermittelten Vorteil, so bleibe die Abgabe gleichwohl eine (unzulässige) Gebühr und werde nicht zur ("verkappeten") Steuer. Sie bezwecke nicht den Ausgleich des durch die Bearbeitung der Rückmeldung verursachten Verwaltungsaufwands, sondern diene allein der aufwandsunabhängigen Einnahmenerzielung. Zur Begründung hat der Verwaltungsgerichtshof den Verwaltungsaufwand berechnet, der durch die Bearbeitung der Rückmeldung verursacht wird. Das Gericht gelangt zu dem Ergebnis, dass die einzelne Rückmeldung bei den beklagten Universitäten im Durchschnitt einen Verwaltungsaufwand von 8,33 DM (4,26 €) verursache. Diesen überschlägig ermittelten Verwaltungsaufwand überschreite die Rückmeldegebühr von 100 DM also um mindestens das Zwölfwache. Selbst wenn man von dem Wert von 20,67 DM (10,57 €) ausgehe, den die Universität Konstanz nach ihren eigenen Berechnungen als durchschnittlichen Verwaltungsaufwand je Student angebe, so belaufe sich die Gebühr immer noch auf das Fünffache des Aufwandes.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Vorlagen sind zulässig (Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG).

I. Begründung

Das vorlegende Gericht hat in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG genügenden Weise dargelegt, dass seine Entscheidung von der Gültigkeit der vorgelegten Norm des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW abhängt sowie dass und aus welchen Gründen es diese Rechtsvorschriften für verfassungswidrig halte.

II. Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage

Die Vorlagen beschränken sich auf die für die Ausgangsverfahren erhebliche Frage, ob die in § 120 a Abs. 1 Satz 1 2. Alt. UG BW geregelte Rückmeldegebühr verfassungswidrig ist. Dagegen ist die in § 120 a Abs. 1 Satz 1 1. Alt. UG BW geregelte Immatrikulationsgebühr nicht in die Vorlagefrage eingeschlossen. Zwar folgt daraus nicht zwingend eine Beschränkung der verfassungsgerichtlichen Prüfung (§§ 82 Abs. 1, 78 Satz 2 BVerfGG), jedoch liegen hier keine besonderen Gründe für eine von der Vorlage abweichende

Erweiterung des Prüfungsgegenstands vor (vgl. BVerfGE 78, 132 [143 f.]). Die Immatrikulationsgebühr ist nicht Gegenstand der Ausgangsverfahren und könnte schon im Hinblick auf das umfangreichere Programm zur Prüfung der Immatrikulationsvoraussetzungen (vgl. § 87 UG BW) verfassungsrechtlich anders als die Rückmeldegebühr zu beurteilen sein.

B. Begründetheit

§ 120 a Abs. 1 Satz 1 2. Alt. UG BW in der Fassung des Haushaltsstrukturgesetzes 1997 ist mit Art. 70 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105, 106 GG unvereinbar und nichtig, soweit danach eine Gebühr von 100 DM für die Bearbeitung jeder Rückmeldung zu entrichten ist.

I. Formelle Verfassungswidrigkeit

Die Bemessung dieser Gebühr in Höhe von 100 DM überschreitet bei der gewählten Ausgestaltung des gesetzlichen Gebührentatbestands die Gesetzgebungskompetenz des Landes Baden-Württemberg.

1. Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz des Landes

Das Land Baden-Württemberg hat dem Grunde nach die Gesetzgebungskompetenz für die Erhebung einer Rückmeldegebühr der in § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW tatbestandlich bestimmten Art. Art. 105 GG begründet als spezielle finanzverfassungsrechtliche Norm Gesetzgebungskompetenzen für Steuern. Dagegen sind für nichtsteuerliche Abgaben, also auch für Gebühren, die Gesetzgebungskompetenzen aus den allgemeinen Regeln der Art. 70 ff. GG herzuleiten (vgl. BVerfGE 4, 7 [13]; stRSpr).

a. Rückmeldegebühr keine Steuer, sondern Gebühr

Die Rückmeldegebühr ist eine nichtsteuerliche Abgabe vom Typus der Gebühr (vgl. VGH BW, ESVGH 49, 29 [31]; VG Karlsruhe, NVwZ-RR 1998, S. 106 [107]; OVG Berlin, OVG 22, 228 [231]). Nach ihrem tatbestandlich bestimmten materiellen Gehalt (vgl. dazu BVerfGE 92, 91 [114]) wird die Abgabe nicht, wie eine Steuer im Sinne der Art. 105, 106 GG, "voraussetzungslos", sondern als Gegenleistung für eine öffentlich-rechtliche Leistung, nämlich für die Bearbeitung jeder Rückmeldung (§ 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW), erhoben. Sie erfüllt dem Grunde nach die Merkmale des herkömmlichen Begriffs der Gebühr (vgl. BVerfGE 50, 217 [226]; 97, 332 [345]). Sie ist eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die aus Anlass einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung, der Bearbeitung jeder Rückmeldung, den Studierenden als Gebührenschuldern gesetzlich auferlegt wird. Sie ist je-

denfalls auch dazu bestimmt, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten zu decken.

b. Folge: Anwendbarkeit der Art. 70 ff. GG

Ist eine Abgabe wegen der rechtlichen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung dem Grunde nach als Gebühr zu qualifizieren, so bleibt es bei ihrer formalen Zuordnung zu den allgemeinen Sachgesetzgebungs-kompetenzen der Art. 70 ff. GG unabhängig davon, ob die Bemessung der Gebühr sachlich gerechtfertigt oder möglicherweise unzulässig überhöht ist (vgl. S. Meyer, Gebühren für die Nutzung von Umweltressourcen, 1995, S. 63 ff.; Sacksofsky, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, S. 112 ff.; Wieland, Die Konzessionsabgaben, 1991, S. 265; für die Gegenansicht etwa Wendt, Die Gebühr als Lenkungsmittel, 1975, S. 54 ff.; offen gelassen in BVerfGE 97, 332 [343]). Der Einwand der Gegenansicht, es bedürfe bereits auf der begrifflichen Ebene eines den Gestaltungsspielraum des Gebührengesetzgebers eingrenzenden "materiellen" Verständnisses der Gegenleistungsfunktion der Gebühr, lässt unberücksichtigt, dass die begriffliche Abgrenzung zur Steuer nicht die einzige verfassungsrechtliche Anforderung an die Gebührenerhebung darstellt. Insbesondere aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben sich Grenzen für die Höhe der Gebühr (vgl. C. I. 2.). Es würde der auf Formenklarheit und Formenbindung angelegten und angewiesenen Finanzverfassung (vgl. BVerfGE 105, 185 [193 f.]) zuwiderlaufen, wenn Gebühren begrifflich (ganz oder teilweise) zu Steuern würden, sofern sie unzulässig überhöht bemessen sind. Der Formenklarheit dient die Trennung zwischen Begriff und Zulässigkeitsvoraussetzungen von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben, die durch ein "materielles" Verständnis der Gegenleistungsfunktion der Gebühr aufgehoben würde. Die Rückmeldegebühr gemäß § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW ist dem Hochschulwesen und damit der "Kulturhoheit" zuzuordnen, die nach der Regel des Art. 70 Abs. 1 GG grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegt (vgl. BVerfGE 37, 314 [322]).

2. Grenzen der Landesgesetzgebungskompetenz

a. Art. 75 I 1 Nr. 1a GG

Der Bund hat zwar nach Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1a GG für die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens eine Rahmenkompetenz. Er hat aber von dieser Kompetenz mit dem Hochschulrahmengesetz (HRG) nicht dergestalt Gebrauch gemacht, dass die Erhebung der Rückmeldegebühr durch das Land Baden-Württemberg ausgeschlossen wäre. Das für die

Rechtslage in den Ausgangsverfahren maßgebliche Hochschulrahmengesetz in der Fassung vom 9. April 1987 (BGBl I S. 1170, zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 20. Mai 1994 [BGBl I S. 1078]) enthält keine ausdrückliche Bestimmung zur Zulässigkeit von Rückmeldegebühren. Etwaige Anhaltspunkte dafür, dass aus dem Schweigen des Gesetzes ausnahmsweise (vgl. BVerfGE 93, 319 [341]) eine Verbotswirkung für die Länder hergeleitet werden könnte, fehlen. - Die Rechtslage nach der mit Wirkung vom 15. August 2002 durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Hochschulrahmengesetzes vom 8. August 2002 (BGBl I S. 3138) eingeführten Norm des § 27 Abs. 4 HRG ist hier nicht zu beurteilen.

b. Ausstrahlung der Finanzverfassung auf Art. 70 GG

Mit der Bemessung der Gebühr für die Bearbeitung jeder Rückmeldung in Höhe von 100 DM überschreitet der baden-württembergische Landesgesetzgeber seine Gesetzgebungskompetenz. Die Höhe des Gebührensatzes widerspricht den bei der Erhebung und Bemessung aller nichtsteuerlichen Abgaben zu beachtenden Anforderungen, die sich aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben. Kompetenznormen des Grundgesetzes bestimmen nicht nur, welcher Gesetzgeber (Bund oder Land) zum Erlass einer Regelung zuständig ist, sondern legen zugleich auch den Umfang der Regelungsbefugnis fest (vgl. BVerfGE 34, 139 [146]; 55, 274 [298]). Aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) ergeben sich Grenzen für Abgaben, die der Gesetzgeber in Wahrnehmung einer ihm zustehenden Sachkompetenz auferlegt (BVerfGE 93, 319 [342]). Die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

aa. Schutzfunktion der Finanzverfassung

Die grundgesetzliche Finanzverfassung ist Eckpfeiler der bundesstaatlichen Ordnung. Sie soll eine Finanzordnung sicherstellen, die den Gesamtstaat und die Gliedstaaten am Gesamtertrag der Volkswirtschaft sachgerecht beteiligt. Bund und Länder müssen im Rahmen der verfügbaren Gesamteinnahmen so ausgestattet werden, dass sie die Ausgaben leisten können, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich sind (vgl. BVerfGE 55, 274 [300]; 78, 249 [266]; 93, 319 [342]; 105, 185 [194]). Wenn die Finanzverfassung die bundesstaatliche Verteilung der Gesetzgebungs-, Ertrags- und Verwaltungskompetenzen im Wesentlichen - neben den Zöllen und Finanzmonopolen - nur für das Finanzierungsmittel der Steuer regelt, schließt dies frei-

lich die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben verschiedener Art nicht aus (BVerfGE 93, 319 [342]). Das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen. Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre aber ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die keineswegs unerschöpflichen Ressourcen der Bürger eröffnet würde (vgl. BVerfGE 78, 249 [266]; 93, 319 [342]). Die Finanzverfassung des Grundgesetzes schützt insofern auch die Bürger (vgl. BVerfGE 55, 274 [302 ff.]; 67, 256 [288 f.]).

bb. Hieraus ableitbare Grenzen für die Gesetzgebung

Drei grundlegende Prinzipien der Finanzverfassung begrenzen die Zulässigkeit der Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben (vgl. BVerfGE 93, 319 [342 f.], im Anschluss an BVerfGE 91, 186 [202 f.]): Zur Wahrung der Geltungskraft der Finanzverfassung bedürfen nichtsteuerliche Abgaben - über die Einnahmenerzielung hinaus oder an deren Stelle - einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Sie müssen sich zudem ihrer Art nach von der Steuer, die voraussetzungslos auferlegt und geschuldet wird, deutlich unterscheiden. Die Erhebung einer nichtsteuerlichen Abgabe muss der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung tragen. Der Schuldner einer nichtsteuerlichen Abgabe ist regelmäßig zugleich Steuerpflichtiger und wird als solcher schon zur Finanzierung der Lasten herangezogen, die die Gemeinschaft treffen. Neben dieser steuerlichen Inanspruchnahme bedürfen nichtsteuerliche Abgaben, die den Einzelnen zu einer weiteren Finanzleistung heranziehen, einer besonderen Rechtfertigung aus Sachgründen. Der Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans ist berührt, wenn der Gesetzgeber Einnahmen- und Ausgabenkreisläufe außerhalb des Budgets organisiert. Der Grundsatz der Vollständigkeit des Haushalts zielt darauf ab, das gesamte staatliche Finanzvolumen der Budgetplanung und -entscheidung von Parlament und Regierung zu unterstellen. Dadurch soll gewährleistet werden, dass das Parlament in regelmäßigen Abständen den vollen Überblick über das dem Staat verfügbare Finanzvolumen und damit auch über die dem Bürger auferlegte Abgabenlast erhält. Nur so können Einnahmen und Ausgaben vollständig den dafür vorgesehenen Planungs-, Kontroll- und Rechenschaftsverfahren unterworfen werden.

cc. Erstreckung auf Gebühren

Die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung begründet entgegen der Ansicht der beigetretenen Landesregierung nicht nur für den Abgabentyp der Sonderabgaben verbindliche Vorgaben, sondern - wie der Zweite Senat bereits ausgesprochen hat (BVerfGE 93, 319 [343 f.]) und wovon auch die Vorlagebeschlüsse (vgl. VGH BW, ESVGH 49, 29 [32 f.]) ausgehen - auch für die Gebühren als Erscheinungsform der nichtsteuerlichen Abgaben. Zwar bestehen gegen die Erhebung von Gebühren, die wie die Beiträge als so genannte Vorzugslasten zu den "klassischen" Abgabentypen und zum tradierten Bestand staatlicher Tätigkeit gehören (vgl. BVerfGE 34, 52 [61]; 92, 91 [113]), keine grundsätzlichen Bedenken, denn sie sind dem Grunde nach durch ihre Ausgleichsfunktion sachlich besonders gerechtfertigt (vgl. BVerfGE 93, 319 [343 f.]). Jedoch kann ihre konkrete gesetzliche Ausgestaltung, insbesondere ihre Bemessung, mit der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung kollidieren (BVerfGE 93, 319 [343 f., 347]; 97, 332 [343]). Auch für die Gebührenbemessung gilt: Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln beliebig hohe Gebühren erhoben werden könnten. [...]

dd. Anforderungen an die Gebührenerhebung

Die Höhe der Gebühr ist wesentlich nach der Finanzierungsverantwortlichkeit zu bestimmen, die der Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des konkreten Gebührentatbestands eingefordert hat (vgl. P. Kirchhof, Staatliche Einnahmen, in: HStR Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88 Rn. 198). Die Bemessung der Gebühr ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn ihre Höhe durch zulässige Gebührenzwecke (1), die der Gesetzgeber bei der tatbestandlichen Ausgestaltung erkennbar verfolgt (2), legitimiert ist.

(1). Zulässige Gebührenzwecke

Die Gebühr ist ein abgabenrechtliches Instrument, mit dem zulässigerweise unterschiedliche Zwecke verfolgt werden können. Die sachliche Rechtfertigung der Gebührenhöhe kann sich jedenfalls aus den Gebührenzwecken der Kostendeckung, des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie aus sozialen Zwecken ergeben.

(a). Anerkannt ist, dass die Kostendeckung ein legitimer Gebührenzweck ist. Mit Gebühren wird regelmäßig die besondere Zweckbestimmung verfolgt, Einnah-

men zu erzielen, um spezielle Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken (vgl. BVerfGE 50, 217 [226]; 97, 332 [345]; Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 265).

(b). Weiterer legitimer Gebührenzweck kann der Ausgleich von Vorteilen sein, die dem Einzelnen auf Grund einer ihm zurechenbaren öffentlichen Leistung zufließen. Wer eine öffentliche Leistung in Anspruch nimmt, empfängt einen besonderen Vorteil, der es rechtfertigt, die durch die Leistung gewährten Vorteile ganz oder teilweise abzuschöpfen (vgl. BVerfGE 93, 319 [344]).

(c). Auch Lenkungsziele können die Bemessung einer Gebühr sachlich rechtfertigen. Die Gebührenhöhe darf unter Berücksichtigung des Ziels einer begrenzten Verhaltenssteuerung festgelegt werden (vgl. BVerfGE 50, 217 [226 f. und 230 f.]; 79, 1 [28]).

(d). Mit der Ausgestaltung einer Gebührenregelung können schließlich soziale Zwecke verfolgt werden, etwa durch Abstufungen der Gebührenbelastung nach Leistungsfähigkeit unterhalb einer kostenorientierten Obergrenze des Gebührensatzes (vgl. BVerfGE 80, 103 [107]; 97, 332 [346 f.]).

(2). *Verhältnismäßigkeit*

Zur Wahrung des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers bei der Gebührenbemessung ist die gerichtliche Kontrolldichte am Maßstab finanzverfassungsrechtlicher Rechtfertigungsanforderungen eingeschränkt. Eine Gebührenbemessung ist verfassungsrechtlich jedoch dann nicht sachlich gerechtfertigt, wenn sie in einem "groben Missverhältnis" (vgl. ähnlich zum Äquivalenzprinzip: BVerfGE 83, 363 [392]; BVerwGE 109, 272 [274]; BVerwG, NVwZ-RR 2000, S. 533 [535]; BVerwG, NVwZ 2002, S. 206 [209]) zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken steht. In erster Linie steht es in der Entscheidung des Gesetzgebers, welche Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze er für eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung aufstellen und welche über die Kostendeckung hinausreichenden Zwecke er mit einer Gebührenregelung anstrebt (vgl. BVerfGE 50, 217 [226 f.]; 97, 332 [345]). [...] Maßgebliche Bestimmungsgrößen der Gebührenbemessung, wie die speziellen Kosten der gebührenpflichtigen öffentlichen Leistungen, der Vorteil der Leistungen für den Gebührenschuldner oder die verhaltenslenkende Wirkung einer finanziellen Belastung, werden sich häufig nicht exakt und im voraus ermitteln und quantifizieren lassen. Bei der Ordnung der Gebüh-

renerhebung und -bemessung ist der Gesetzgeber daher berechtigt, die Vielzahl der Einzelfälle in einem Gesamtbild zu erfassen. Er darf generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen treffen, die verlässlich und effizient vollzogen werden können.

(3). *Bestimmtheit (Normenklarheit und Normenwahrheit)*

Dass der Gebührengesetzgeber bei der Gebührenbemessung Zwecke der Kostendeckung, des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung und soziale Zwecke verfolgen darf, hat allerdings nicht zur Folge, dass jeder dieser Zwecke beliebig zur sachlichen Rechtfertigung der konkreten Bemessung einer Gebühr herangezogen werden kann. Nur dann, wenn solche legitimen Gebührenzwecke nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der konkreten Gebührenregelung von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen werden, sind sie auch geeignet, sachlich rechtfertigende Gründe für die Gebührenbemessung zu liefern (vgl. zur Verfolgung von Lenkungszielen durch den Steuergesetzgeber BVerfGE 105, 73 [112 f.], im Anschluss an BVerfGE 93, 121 [147 f.]; 99, 280 [296]). Der Gesetzgeber hat dabei auch den rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit zu beachten (vgl. BVerfGE 21, 73 [79]; 45, 400 [420]; 52, 1 [41]; 63, 312 [324]; 65, 1 [44]; 78, 214 [226]). Der Gebührenpflichtige muss erkennen können, für welche öffentliche Leistung die Gebühr erhoben wird und welche Zwecke der Gesetzgeber mit der Gebührenbemessung verfolgt. Eine - erforderlichenfalls im Wege der Auslegung gewinnbare - hinreichende Regelungsklarheit darüber, welche Kosten einer öffentlichen Leistung sowie welche durch die öffentliche Leistung gewährten Vorteile in die Bemessung der Gebührenhöhe eingeflossen sind, ist zudem notwendige Voraussetzung dafür, dass mehrere Gebührenregelungen in der Rechtsordnung so aufeinander abgestimmt werden können, dass die Gebührenschuldner nicht durch unterschiedliche Gebühren zur Deckung gleicher Kosten einer Leistung oder zur Abschöpfung desselben Vorteils einer Leistung mehrfach herangezogen werden. Die Anforderung erkennbarer und hinreichend klarer gesetzgeberischer Entscheidungen über die bei der Bemessung der Gebührenhöhe verfolgten Gebührenzwecke hat schließlich eine demokratische Funktion. Sie ist gleichsam die Kehrseite des weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums des Gebührengesetzgebers. Dem Gesetzgeber obliegt es, in eigener Verantwortung auf Grund offener parlamentarischer Willensbildung erkennbar zu bestimmen, welche Zwecke er verfolgen und in welchem Umfang er die Finanzierungsverantwortlichkeit der Gebührenschuld-

ner einfordern will. Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann nicht geltend gemacht werden, er habe auch noch weitere, ungenannte Gebührenzwecke verfolgt. Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit.

ee. Subsumtion

Diese Anforderungen erfüllt die Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW nicht. Der Gebührensatz in Höhe von 100 DM genügt nicht den finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bemessung von Gebühren. Die Bemessung dieser Gebühr überschreitet die durch die tatbestandliche Ausgestaltung des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW von den Studierenden eingeforderte Finanzierungsverantwortlichkeit für die Kosten der Bearbeitung jeder Rückmeldung um ein Vielfaches. Sie steht in einem groben Missverhältnis zu dem vom Gesetzgeber normierten Gebührenzweck der Kostendeckung. Auch die Zwecke des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung oder soziale Zwecke können die Höhe des Gebührensatzes sachlich nicht rechtfertigen, da der Gebührentatbestand nach Wortlaut, Systematik und Entstehungsgeschichte eine gesetzgeberische Entscheidung insoweit nicht hinreichend klar erkennbar macht.

(1). Grobes Missverhältnis der Höhe zum tatsächlichen Aufwand für Rückmeldung

Der vom Gesetzgeber mit dem Gebührentatbestand geregelte Zweck der Kostendeckung kann die Gebührenhöhe nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW nur zu einem geringen Teil sachlich rechtfertigen.

(a.) Erhebliche Überschreitung der tatsächlichen Rückmeldekosten

Auf der Grundlage der überzeugenden und tragfähigen Berechnungen der fachgerichtlichen Vorlagebeschlüsse, gegen die auch die dem Verfahren beigetretene Landesregierung Baden-Württemberg und andere Äußerungsberechtigte keine substantiierten Einwände erhoben haben, ist davon auszugehen, dass die Bearbeitung jeder Rückmeldung bei den Universitätsverwaltungen der Ausgangsverfahren einen durchschnittlichen Verwaltungsaufwand in der Größenordnung von etwa 8,33 DM verursacht hat [wird ausgeführt].

(b). Keine Abgeltung für sonstige, über die Rückmeldung hinausgehende Verwaltungsleistungen

Das Vorbringen der Landesregierung Baden-Württemberg, die Rückmeldegebühr sei ein Entgelt für die Gesamtheit der studentenbezogenen Leistungen der Hochschulverwaltung in jedem Semester,

ist keine geeignete Grundlage, um die in § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW festgesetzte Höhe der Rückmeldegebühr sachlich zu rechtfertigen. Eine solche weite Interpretation des Gebührentatbestandes im Sinne einer "allgemeinen Verwaltungsgebühr", durch welche alle Verwaltungskosten der Universitätsverwaltung sowie sonstiger Einrichtungen der Universität für studentenbezogene Leistungen (z.B. Studentensekretariate, Prüfungsämter, allgemeine Studien- und Studierendenberatung, akademische Auslandsämter etc.) gedeckt würden, ergibt sich weder aus § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW, noch ist eine solche gesetzgeberische Entscheidung sonst erkennbar.

(aa). Entgegenstehender Wortlaut

Bereits der Wortlaut des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW steht einer solchen Interpretation der Gebührenregelung entgegen. Der Gebührentatbestand dieser Norm benennt die spezielle öffentliche Leistung, deren Kosten gedeckt werden sollen. Sie ist "für ... die Bearbeitung jeder Rückmeldung" zu entrichten und nicht, wie die Universität Heidelberg (erfolglos) im Gesetzgebungsverfahren (Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 12/712, S. 95) vorgeschlagen hat, "bei" jeder Rückmeldung. Die vom baden-württembergischen Gesetzgeber 1997 gebrauchte Formulierung des Gebührentatbestands weicht damit von der bereits damals bestehenden Berliner Regelung ab, die mittlerweile auch in Brandenburg eingeführt wurde. Danach werden "bei ... jeder Rückmeldung" Gebühren erhoben (vgl. § 2 Abs. 8 BerlHG, § 30 Abs. 1 a BbgHG). Dieser Vergleich zeigt, dass die Gebühr nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW nicht anlässlich der Rückmeldung zur Deckung allgemeiner Kosten der Hochschulverwaltung oder ihrer Einrichtungen erhoben wird, sondern "für" die Deckung der speziellen Kosten, die für "die Bearbeitung jeder Rückmeldung" entstehen. Hätte der Gesetzgeber mit § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW Kostendeckungszwecke verfolgen wollen, die über die speziellen Kosten für die Bearbeitung der Rückmeldung hinausgehen, hätte er dies nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Normenklarheit im Gebührentatbestand mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen müssen. Dafür, dass die genannte gesetzgeberische Formulierung in § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW ein Redaktionsversehen ist, fehlen Anhaltspunkte.

(bb). Gesetzssystematik

Auch eine systematische Auslegung der Regelungsalternativen des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW spricht dafür, dass mit der Rückmeldegebühr nur der Zweck verfolgt wird, die speziellen Kosten für die Bearbeitung

der Rückmeldung zu decken. Während bei der Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 2. Alt. UG BW mit dem Wort "Bearbeitung" der Personal- und Sachkosten verursachende Vorgang ausdrücklich im Gebührentatbestand aufgenommen wird, fehlt dieser Begriff bei der Immatrikulationsgebühr, die nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 1. Alt. UG BW "für die Immatrikulation" zu entrichten ist. Die Gesetzesmaterialien enthalten ebenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass mit § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW der Zweck verfolgt werde, über die Kosten der Bearbeitung der Rückmeldung hinausgehende Kosten für Verwaltungsleistungen der Universitätsverwaltung und ihrer Einrichtungen zu decken. Vielmehr wurde die Rückmeldegebühr im Gesetzgebungsverfahren mehrfach als Gebühr und nicht als Beitrag qualifiziert (Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 12/704, S. 19; Drucks. 12/712, S. 6; Drucks. 12/947, S. 50 f.). Eine Gebühr wird für die tatsächliche, ein Beitrag für die potentielle Inanspruchnahme einer staatlichen Einrichtung oder Leistung erhoben (vgl. BVerfGE 92, 91 [115]). Das spricht dafür, dass die Rückmeldegebühr die Kosten für die regelmäßig tatsächlich von jedem Studierenden in Anspruch genommene Leistung der Bearbeitung der Rückmeldung decken soll und nicht Kosten für Leistungen oder die Benutzung von Universitätseinrichtungen, die nur potentiell von Studierenden in Anspruch genommen werden (wie z.B. allgemeine Studienberatung, Akademische Auslandsämter).

(c). Keine Abgeltung für sonstige aus dem Studierendenstatus folgende Vorteile

Die Bemessung der Gebührenhöhe nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW kann auch nicht mit einem Ausgleich von Vorteilen gerechtfertigt werden, die den Studierenden infolge der Bearbeitung der Rückmeldung zugewendet werden. Das gilt sowohl für Vorteile, die die Studierenden durch die Aufrechterhaltung ihrer Mitgliedschaft in der Universität und die damit verbundenen Rechte zum Besuch der Lehrveranstaltungen und zur Nutzung der Universitätseinrichtungen zum Zwecke des Studiums erhalten (1), als auch für solche Vorteile, die bei Vorlage des Studentenausweises oder sonst in Anknüpfung an die Rechtsstellung als Studierende durch Leistungen öffentlicher oder privater Dritter gewährt werden

(aa). Keine "verdeckte" Studiengebühr

Die Gesetzesmaterialien zu § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW enthalten allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der baden-württembergische Gesetzgeber mit der Rückmeldegebühr auch Vorteile abschöpfen wollte, die mit der Aufrechterhaltung der Rechtsstellung "als

Studierender" verbunden sind. In der Begründung des Gesetzentwurfs (Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 12/704, S. 20; vgl. auch Drucks. 12/551, S. 3) wird die Bemessung der Immatrikulations- und Rückmeldegebühr jeweils mit dem gleichen Gebührensatz von 100 DM damit gerechtfertigt, dass das "Interesse" der betroffenen Person an der Erlangung der Rechtsstellung als Studierender durch die Immatrikulation bzw. Zulassung einerseits und an der Aufrechterhaltung dieser Rechtsstellung durch die Rückmeldung andererseits sich nicht signifikant unterschieden. [...] Wortlaut, Entstehungsgeschichte und systematische Auslegung des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW im Regelungszusammenhang mit der Studiengebühr (§ 1 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 LHGebG) zeigen jedoch, dass die durch die mitgliedschaftlichen Rechte zum Besuch von Lehrveranstaltungen und zur Nutzung der Universitätseinrichtungen zum Zwecke des Studiums erworbenen Vorteile nicht durch die Rückmeldegebühr abgeschöpft werden können und deshalb auch nicht geeignet sind, die Gebührenhöhe zu rechtfertigen. [...]

(bb). Private Vorteile der Studierenden

Im Ergebnis geht der Vorlagebeschluss (vgl. VGH BW, ESVGH 49, 29 [43]; a.A. VG Karlsruhe, NVwZ-RR 1998, S. 106 [108]) auch zu Recht davon aus, dass die Höhe der Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW nicht mit der Abschöpfung solcher "monetären Vergünstigungen" sachlich gerechtfertigt werden kann, die dem Studierenden unter Vorlage des Studentenausweises oder in Anknüpfung an die Rechtsstellung als Studierender durch Leistungen öffentlicher oder privater Dritter gewährt werden (z.B. Preisermäßigungen beim Zeitungs- und Fachzeitschriftenbezug, Befreiungen von der Rundfunkgebührenpflicht, Ausbildungsförderung für den Besuch von Hochschulen, Vergünstigungen in der gesetzlichen Sozialversicherung; vgl. im Einzelnen: Gaugler/Schawilje, Monetäre Vergünstigungen einer Immatrikulation an wissenschaftlichen Hochschulen, 1999, S. 1 ff.; Gaugler/Weber, "Der Wert eines Studentenausweises", 1993, S. 1 ff.).

Hier kann die von den Fachgerichten aufgeworfene grundsätzliche Frage offenbleiben, ob neben Vorteilen, die durch die gebührenpflichtige öffentliche Leistung gewährt werden (vgl. BVerfGE 93, 319 [344]), auch Vorteile auf Grund von Leistungen anderer öffentlicher Träger oder privater Dritter überhaupt eine Gebührenbemessung sachlich rechtfertigen können. Der präzise bestimmte Tatbestand der Gebühr "für ... die Bearbeitung jeder Rückmeldung" verdeutlicht nämlich nicht eine gesetzlich bestimmte Inanspruchnahme der

Studierenden wegen "monetärer Vergünstigungen", die ihnen von Dritten gewährt werden. Soweit derartige Zwecke bereits im Gesetzgebungsverfahren eine Rolle gespielt haben sollten, sind sie jedenfalls nicht Gesetz geworden.

(2). Keine Rechtfertigung durch Lenkungs- oder soziale Zwecke

Eine sachliche Rechtfertigung der Höhe der Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW durch Lenkungs- oder soziale Zwecke scheidet ebenfalls aus. Wie die Landesregierung Baden-Württemberg und auch der Vorlagebeschluss übereinstimmend ausgeführt haben (vgl. VGH BW, ESUGH 49, 29 [39]), geht es bei der Rückmeldegebühr nicht um Zwecke der Verhaltenslenkung. Die Verfolgung sozialer Zwecke steht ebenfalls nicht in Rede.

3. Zwischenergebnis

Die Bemessung der Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW ist folglich ganz überwiegend weder hinsichtlich der speziellen Kosten der Bearbeitung der Rückmeldung gerechtfertigt noch durch weitere vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Gebührenzwecke. Wesentliche Teile der Gebühr werden - funktional wie die Steuer - voraussetzungslos erhoben. Die für die Unterscheidung von der Steuer unerlässliche Abhängigkeit der Rückmeldegebühr von einer Gegenleistung geht infolge ihrer überhöhten Bemessung verloren. Die Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW tritt insoweit als Mittel der staatlichen Einnahmenerzielung in Konkurrenz zur Steuer.

II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

Der Senat kann offen lassen, ob die Rückmeldegebühr (§ 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW) in ihrer freiheitsbeschränkenden Wirkung die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) oder deren Ausprägung im beruflichen Bereich (Art. 12 Abs. 1 GG) im Hinblick auf das Äquivalenzprinzip (vgl. BVerfGE 50, 217 [227]; 80, 103 [107]; 83, 363 [392]) sowie auf Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 50, 217 [227]; 97, 332 [344 ff.]) verletzt. Da die Rückmeldegebühr nach § 120 a Abs. 1 Satz 1 2. Alt. UG BW mit Art. 70 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105, 106 GG unvereinbar ist, kommt es hierauf nicht an.

C. Endergebnis

Die von Anfang an bestehende Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Norm des § 120 a I 1 UG BW führt zur Nichtigkeitserklärung der Regelung über die Rückmeldegebühr (§§ 82 I, 78 S. 1 BVerfGG).

I. Keine geltungserhaltende Reduktion

Eine auf den sachlich nicht gerechtfertigten Anteil des Gebührensatzes beschränkte Teilnichtigkeitserklärung scheidet mit Rücksicht auf die weite Gestaltungsfreiheit des Gebührengesetzgebers bei der Ausgestaltung des Gebührentatbestandes aus. Der die Immatrikulationsgebühr betreffende Normteil des § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW war hingegen nicht Gegenstand des Verfahrens. Da er mit dem für nichtig erklärten Normgefüge nicht so verflochten ist, dass beide eine untrennbare Einheit bilden, war er von der Nichtigkeitserklärung auszunehmen.

II. Rückwirkung (Nichtigkeit ex tunc)

Soweit § 120 a Abs. 1 Satz 1 UG BW für nichtig erklärt wird, gilt dies rückwirkend vom Zeitpunkt des ersten Inkrafttretens an (vgl. BVerfGE 1, 14 [37]; 7, 377 [387]; 8, 51 [71]).

III. Keine Beschränkung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit

Eine vom gesetzlichen Regelfall des § 78 Satz 1 BVerfGG abweichende bloße Unvereinbarerklärung (vgl. §§ 31 Abs. 2 Satz 3, 79 Abs. 1 BVerfGG) scheidet hier aus. Der finanzielle Ausfall, der dem Land Baden-Württemberg durch die Nichtigkeitserklärung entsteht, kann ein Absehen von der Nichtigkeitserklärung im Interesse einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung nicht rechtfertigen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Gebühreneinnahmen aus der Rückmeldegebühr (vgl. A. I. 1. a) einen so bedeutenden Anteil am Staatshaushalt des Landes - der Staatshaushaltsplan 2002/03 sieht Gesamteinnahmen von 31.507 Mio. € vor - haben, dass die Wirkungen der Nichtigkeitserklärung der Rückmeldegebühr die Finanz- und Haushaltswirtschaft des Landes gefährdeten.

IV. Obiter dictum

Soweit auch Studierende, die nicht Kläger der Ausgangsverfahren sind, möglicherweise Erstattungsansprüche auf Rückgewährung entrichteter Gebühren geltend machen können, sind die damit verbundenen finanziellen Wirkungen mittelbare Folge der in § 120 a Abs. 3 Satz 2 UG BW getroffenen Gestaltungsentcheidung des baden-württembergischen Gesetzgebers. Dieser hat die Fälligkeit der Gebühr ausdrücklich an die Rückmeldung und nicht an einen der Bestandskraft fähigen und damit einen selbständigen Rechtsgrund bildenden Gebührenbescheid gebunden. Auf Grund dessen greift das "Rückabwicklungsverbot" des § 79 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG für nicht mehr anfechtbare Entscheidungen nicht ein. [...]

Standort: § 48 VwVfG**Problem: Ermessensreduktion**

VG NEUSTADT A.D.W., URTEIL VOM 03.07.2002
8 K 2 147/01 (NVWZ-RR 2003, 205)

Problemdarstellung:

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen sich ein möglicher Anspruch des Kl. aus § 48 I VwVfG auf Rücknahme (das VG spricht teilweise versehentlich von "Widerruf"; vgl. aber die Unterscheidung in §§ 48 und 49 VwVfG) eines ihn belastenden Verwaltungsakts auf null reduziert. Einer Verpflichtungsklage kann nur bei "Spruchreife" in vollem Umfang stattgegeben werden, § 113 V 1 VwGO. Wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung (Art. 20 II GG) kann das VG (Judikative) sich jedoch nicht an die Stelle der Behörde setzen und an deren Stelle eine eigene Ermessensentscheidung treffen. Gewährt also die Anspruchsgrundlage, auf die sich der Kl. beruft, der Behörde ein Ermessen, ist die Sache für das Gericht dann nicht "spruchreif", wenn noch eine Ermessensentscheidung der Behörde einzuholen ist. Das Gericht hat dann in einem sogen. "Bescheidungsurteil" gem. § 113 V 2 VwGO die Behörde zu verpflichten, dieses Ermessen sachgerecht auszuüben und den kl. Neu zu bescheiden. Da die Neubescheidung nicht mit dem Erlass des begehrten Verwaltungsakts gleichgesetzt werden kann (die Neubescheidung könnte den Erlass ja wiederum ablehnen), liegt im Bescheidungsurteil nach § 113 V 2 VwGO ein "Weniger" gegenüber dem Vornahmemeurteil nach § 113 V 1 VwGO. Hat der Kl. Ersteres beantragt und letzteres bekommen, ist die Klage daher i.Ü. teilweise abzuweisen und der Kl. an den Kosten des Rechtsstreits zu beteiligen.

"Spruchreife" kann also bei einer Ermessensnorm nur vorliegen, wenn keine weitere Ermessensentscheidung der Behörde vonnöten ist. Dies kann in zweierlei Hinsicht der Fall sein, nämlich zum einen durch eine sogen. "Ermessensreduzierung auf null", die den grds. bestehenden Ermessensspielraum der Behörde auf eine einzige Entscheidung verdichtet, die dann auch vom Gericht ausgesprochen werden kann mit der Folge, dass ein Verpflichtungsurteil nach § 113 V 1 VwGO ergeht und der Kl. obsiegt, oder, sollte dies nicht der Fall sein, die Behörde mit der Ablehnung des begehrten VAs bereits ermessensfehlerfrei entschieden hat mit der Folge, dass auch dieses "Weniger" an Anspruch des Kl. untergegangen ist und die Klage abzuweisen ist. Diese Dogmatik hält auch das VG sauber ein, indem es zunächst eine Ermessensreduzie-

rung (zwecks Herstellung der Spruchreife zur Stattgabe) prüft und nach deren Verneinung Ermessensfehler der Behörde sucht, deren Fehlen zur Spruchreife zwecks Klageabweisung führen. M.a.W. bleibt für ein Bescheidungsurteil gem. § 113 V 2 VwGO wegen fehlender "Spruchreife" (nur) dann Raum, wenn zwar keine Ermessensreduzierung zugunsten des Kl. vorliegt, sein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung aber fortbesteht, weil die Ablehnung des VA durch die Behörde ermessensfehlerhaft war.

Prüfungsrelevanz:

Die Rechtsfolgen einer Verpflichtungsklage sind für den Examenserfolg von elementarer Bedeutung. Studenten wie Referendare müssen die Voraussetzungen kennen, unter denen ihr stattgegeben werden kann (gebundener Anspruch oder Ermessensreduzierung auf null), sie abzuweisen ist (kein oder Kraft ermessensfehlerfreier Ablehnung untergegangener Anspruch) oder ihr teilweise stattgegeben werden muss (Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung besteht fort). Selbstverständlich könnte der Kl. sein Unterliegensrisiko ausschließen, indem er von vornherein nur den Erlass eines Bescheidungsurteils nach § 113 V 2 VwGO beantragte; einer solchen Klage wäre bei einem Anspruch (nur) auf ermessensfehlerfreie Entscheidung in vollem Umfang stattzugeben. Er würde sich damit aber jede Möglichkeit eines Vornahmemeurteils nach § 113 V 1 VwGO abschneiden, selbst wenn eine Ermessensreduzierung auf null zu seinen Gunsten vorläge, da das Gericht über sein Begehren nicht hinausgehen darf ("ne ultra petita", § 88 VwGO).

Der Hinweis des VG am Ende der Entscheidung, dass die vorliegende Fallkonstellation auf *Gewährung* einer Subvention nicht mit der Rspr. von EuGH und BVerwG zur Ermessensreduktion bei der *Rückforderung* von europarechtswidrigen Subventionen verwechselt werden darf, sollte ebenfalls zur Kenntnis und zum Anlass genommen werden, die mit letzterer Konstellation verbundenen Probleme zu wiederholen.

Vertiefungshinweise:

Zum Widerruf einer Subvention: *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 2002, 805.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Stipendium"

Examenskurs: "Machtwort aus Brüssel"

Leitsätze:

1. Im Rahmen des Ermessens bei der Rücknahme eines Verwaltungsakts gem. § 48 I 1 VwVfG ist maßgeblich auch das Mitverschulden des Bescheidempfängers zu berücksichtigen.

2. Bei einer begehrten Teilrücknahme (und Neubewilligung) von bestandskräftigen Bewilligungsbescheiden ist eine Ermessensreduzierung auf Null auch bei der rechtswidrigen Verkürzung von gemeinschaftsrechtlich begründeten Beihilfeansprüchen (hier u. a. VO 2603/99 EG) nicht grundsätzlich anzunehmen.

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt die teilweise Rücknahme und Neuerteilung eines Bewilligungsbescheides für Investitionszuschüsse in der Weinbauwirtschaft. Sie beantragte am 14.8.1997 bei der damals zuständigen Bezirksregierung Rheinhausen-Pfalz eine Beihilfe für eine Investition im so genannten Kaltgärverfahren für ihre Betriebsstätte in X. Das Vorhaben sollte im August 1997 begonnen werden und bis zum September 1999 abgeschlossen sein. Als Gesamtinvestitionsvolumen wurden 1.142.885 DM angegeben. Nach Eingang des Antrags bei der Bezirksregierung erhielt der Vorgang das Aktenzeichen 518—802/17/97. Am 15.7.1998 beantragte die Kl. eine entsprechende Förderung für ihren weiteren Standort in Y. Hierbei wurde ein Investitionsvolumen von insgesamt 733.630 DM angegeben. Dieser Antrag erhielt zur weiteren Bearbeitung bei der Bezirksregierung das Aktenzeichen 518-802/17/98. Am 7.10.1998 fand seitens des Bkl. eine Zwischenkontrolle am Standort Y. statt, wobei eine Investitionssumme von 380.098,05 DM festgestellt wurde. Dabei erfolgte irrtümlich eine Zuordnung unter das Aktenzeichen des Standortes X., nämlich 518-802/17/97, was zu einer entsprechend fehlerhaften Ablage in den Verwaltungsakten führte. Auf der Grundlage dieser unerkannt gebliebenen Zuordnung erging am 25.11.1999 ein Anerkennungsbescheid für den Standort X. über ein förderungsfähiges Investitionsvolumen in Höhe von insgesamt 380.098,05 DM, woraus nationale Fördermittel in Höhe von 19.004,00 DM und EG-Fördermittel in Höhe von 114.029,00 DM errechnet wurden. Dabei wurde die Summe von 380.098,05 DM als „veranschlagte Kosten für die nachstehenden Vorhaben“ genannt und als Bezugsschreiben der Antrag vom 14.8.1997 angegeben. Der Bescheid wurde mittels PZU am 26.11.1999 zugestellt. Am gleichen Tag erließ der Bkl. auch einen Bescheid betreffend den Standort Y., worin ein förderungsfähiges Investitionsvolumen von 733.630 DM anerkannt und daraus eine Fördersumme von insgesamt 256.770 DM errechnet

wurde. Die Kl. ordnete sodann diese Bescheide auf der Grundlage der fehlerhaften Aktenzeichen nach eigenen Angaben ihrerseits fehlerhaft zu und legte gegen keinen der Bescheide Rechtsmittel ein, weshalb diese bestandskräftig geworden sind.

Am 17.7.2000 fand eine abschließende Vorortprüfung des Bkl. bei dem Standort X statt, wobei von der Kl. eine Rechnungszusammenstellung Höhe von insgesamt netto 1.094.576,85 DM vorgelegt wurde. Nach einem entsprechenden Vermerk des zuständigen Beamten ergab sich aus den vorgelegten Belegen ein grundsätzlich förderfähiges Gesamtinvestitionsvolumen in Höhe von netto 885.162,30 DM. In seinem abschließenden Vermerk führte der Prüfer die vorgelegten Rechnungen auf und wies darauf hin, dass hinsichtlich der Gesamtsumme der niedrigere Bewilligungsbescheid über 380.098,05 DM zu Grunde gelegt werde. Dies folgte sodann im Festsetzungsbescheid des Kulturamtes N. vom 14.9.2000, wonach die förderfähigen Kosten auf 380.098 DM und die Beihilfen auf 133.033 DM festgesetzt wurden. Zur Begründung wurde angeführt, dass der Gesamtbetrag des Anerkennungsbescheides vom 25.11.1999 nicht ausgeschöpft worden sei. Dieser Ursprungsbescheid bleibe aber unverändert Bestandteil des Subventionsverhältnisses. Mit Bescheid vom 14.9.2000 wurden zugleich die förderfähigen Kosten für den Standort Y. entsprechend der abschließenden Prüfung der Belege auf 337.630 DM und die Höhe der Zuwendungen auf insgesamt 118.021 DM festgesetzt. In der Begründung wurde darauf hingewiesen, dass die bewilligte Investitionssumme von 733.630 DM nicht ausgeschöpft worden sei.

Mit Schreiben vom 28.9.2000 legte die Kl. gegen den Festsetzungsbescheid betreffend das Vorhaben in X. Widerspruch ein und vertrat in der Folgezeit die Auffassung, dass der bestandskräftige Anerkennungsbescheid vom 25.11.1999 wegen schwerer Mängel insoweit zurückzunehmen sei, als er dem Förderantrag vom 14.8.1997 der Höhe nach widerspreche, so dass über die fehlende Fördersumme ein neuer Bewilligungsbescheid zu erlassen sei. Dem stehe auch nicht Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2603/1999 entgegen, da es sich nach Art. 4 der VO um ein Altprojekt handle. Die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion behandelte den Widerspruch auch als Antrag auf Aufhebung Subventionsbescheides und lehnte mit Bescheid vom 20.8.2001 eine Abänderung der getroffenen Bewilligung ab. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass sie im Rahmen ihres pflichtgemäß ausgeübten Ermessens den Bescheid vom 25.11.1999 nicht nach § 48 VwVfG aufheben werde, da sich die Rechtsstellung der Kl. hierdurch im Ergebnis nicht verbessern werde. Nach Maßgabe der Verordnung EG

Nr. 2603/1999 sei der Genehmigungszeitraum nämlich abgelaufen, weshalb keine Maßnahmen mehr nach altem Recht bewilligt werden könnten. Diese Bestimmungen stünden auch einer Teilaufhebung des gesamten Bescheides entgegen. Das VG wies die nach erfolglosem Vorverfahren erhobene Klage ab.

Aus den Gründen:

Vorliegend begehrt die Kl. die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes gem. § 48 I VwVfG i.V. mit § 11 RhPfVwVfG.

A. Tatbestand des § 48 VwVfG

I. Verwaltungsakt

Dabei bezieht sie sich auf den Bewilligungsbescheid vom 25.11.1999 betreffend den Standort X.

II. Rechtswidrigkeit

Dieser Bescheid ist rechtswidrig, da die zuständige Bewilligungsbehörde statt der später tatsächlich festgestellten Gesamtinvestitionssumme von 885.162,30 DM nur einen Betrag von 380.098,05 DM anerkannt hat. Diese Verkürzung des förderfähigen Gesamtinvestitionsvolumens beruhte auf einer irrtümlichen Aktenzuordnung durch den Bekl. bei der Zwischenprüfung betreffend den Standort Y. Folglich ist der Bescheid rechtswidrig, weil er damit auf unzutreffenden Zahlen beruhte und somit den berechtigten Ansprüchen der Kl. nicht entsprach.

III. Bestandskraft

Der Bescheid wurde auch bestandskräftig, da er der Kl. mittels Postzustellungsurkunde am 26.11.1999 zugestellt wurde und diese hiergegen keine Rechtsmittel eingelegt hat. Die Bestandskraft des Bescheides ist zwar keine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 48 I VwVfG, sie führt aber dazu, dass ausschließlich diese Vorschrift — neben dem hier nicht einschlägigen § 51 VwVfG — anwendbar ist und keine Abhilfe im ursprünglichen Verfahren vorgenommen werden kann.

IV. Kein § 48 II VwVfG

Es ist schließlich auch § 48 I 1 VwVfG und nicht dessen Absatz 2 anwendbar. Vorliegend handelt es sich gerade nicht um den Fall, dass ein Subventionsempfänger rechtswidrig zuviel verlangte Leistungen zurückerstatten soll, sondern um die rechtswidrige Verkürzung eines Subventionsanspruches, welche einer teilweisen Ablehnung des Antrags vom 14.8.1997 im Sinne eines belastenden Verwaltungsakts gleichsteht.

§ 48 I 1 VwVfG ist damit als materielle Ermächtigungsgrundlage für die Aufhebung des genannten

Bewilligungsbescheides in Betracht zu ziehen.

B. Rechtsfolge

Sie ist jedoch nur dann zugleich Anspruchsgrundlage des Rechtsschutzsuchenden, wenn auf Seiten der passivlegitimierten Behörde eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Dies ist hier nicht der Fall. Im Einzelnen gilt Folgendes:

I. Anspruch auf Vornahme wegen Ermessensreduzierung auf Null

1. Voraussetzungen

§ 48 I 1 VwVfG stellt den Grundsatz auf, dass jeder rechtswidrige Verwaltungsakt voraussetzungslos zurückgenommen werden *darf* [Hervorhebung des Gerichts, d.Red.]. Die Vorschrift orientiert sich damit verfassungsrechtlich an der Gebundenheit der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 III GG). Dem stehen aber die Prinzipien der Rechtssicherheit und von Treu und Glauben entgegen (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, § 48 Rdnr. 48; Becker, *DÖV* 1973, 379 m.w.Nachw.). Dabei ist grundsätzlich von der Gleichwertigkeit dieser Prinzipien auszugehen. Auf dieser Grundlage hat im Rahmen des § 48 VwVfG — ebenso wie bei § 51 VwVfG — eine sachgerechte Ermessensausübung der zuständigen Behörde zu erfolgen. Dieses Ermessen kann sich nach der Rechtsprechung des BVerwG bei besonders gelagerten Sachverhalten „auf Null“ verengen, so dass es ausnahmsweise zu einem Anspruch auf Widerruf [sic!] des Verwaltungsaktes bzw. Wiederaufgreifens des Verfahrens kommen kann (vgl. BVerwG, *NVwZ* 1985, 265; BVerwGE 28, 122). So hat das BVerwG auf Seite 127 der letztgenannten Entscheidung wörtlich ausgeführt:

„Dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit steht gleichwertig der Grundsatz der Rechtssicherheit zur Seite. Darauf hat der V. Senat in seinem Urteil vom 5.9.1966 zutreffend hingewiesen. Die materielle Gerechtigkeit ist im Antragsverfahren oder dem gesetzlich zugelassenen Rechtsmittelverfahren zu verwirklichen. Ist das Rechtsmittelverfahren abgeschlossen, so gebietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit, einen Anspruch auf Beseitigung des unanfechtbar gewordenen Bescheides nur dann zu gewähren, wenn — abgesehen von den gesetzlichen Voraussetzungen des Wiederaufnahmeverfahrens — dessen Aufrechterhaltung schlechthin unerträglich wäre. Dies wird anzunehmen sein, wenn eine Behörde in gleich oder ähnlich gelagerten Fällen in der Regel von ihrer Befugnis zum Wiederaufgreifen des Verfahrens Gebrauch macht, hiervon jedoch in Einzelfällen absieht, ohne das

sachgerechte Erwägungen für die unterschiedliche Behandlung erkennbar sind. Unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG) kann also ein Anspruch auf Wiederaufgreifen gegeben sein...“

2. Subsumtion

Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist die Kammer zur Überzeugung gelangt, dass vorliegend eine sich zu einem Anspruch verdichtende Ermessensreduzierung auf Null, gerichtet auf den Widerruf des bestandskräftigen Anerkennungsbescheides vom November 1999 und Nachbewilligung der fehlenden Fördersumme von 176.772,43 DM, nicht besteht.

a. Mitverschulden der Kl. Spricht gegen Ermessensreduzierung

Zwar liegt fahrlässiges Verhalten der Behörde auf der Hand, da diese durch die fehlerhafte Zuordnung von Aktenzeichen eine falsche Tatsachengrundlage für den hier fraglichen Bewilligungsbescheid und hierdurch eine Ursache für den bei der Kl. eingetretenen finanziellen Schaden geschaffen hat. Andererseits hat auch die Kl. durch erhebliche eigene organisatorische Defizite den Fehler nicht erkannt und folglich nicht beanstandet, was ihr im Rahmen der Ermessenserwägungen zuzurechnen ist. [...] Das Verschulden der Kl. wiegt hier zumindest ebenso schwer wie das auf Seiten des Bekl., weshalb ein im Sinne der vorgenannten Rechtsprechung „schlechthin unerträgliches Ergebnis“ bei Aufrechterhaltung der Bescheide nicht zu erkennen ist.

b. Keine andere Beurteilung durch EG-Recht

Ein solches ergibt sich auch nicht aus der von der Kl. in Bezug genommenen Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG zur Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig erteilter Subventionen (vgl. BVerwGE 106, 328 im Anschluss an EuGH, NvwZ 1998, 45 = EuZW 1997, 276 m. Anm. Hoenike; BVerwGE 105, 55). Diese Entscheidungen verhalten sich zu der vorliegenden Frage zunächst nicht. Vielmehr geht es um die Problematik, unter welchen Bedingungen zuviel gezahlte Beihilfen zurückzuzahlen sind und wann sich der Beihilfempfang auf Vertrauensschutz oder Entreichnung berufen kann. Dabei hat der EuGH in der genannten Entscheidung ausgeführt, dass das nationale Recht die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Rückforderung nicht praktisch unmöglich machen darf und das Interesse der Gemeinschaft in vollem Umfang berücksichtigt werden müsse. Dabei sei es einem sorgfältigen Gewerbetreibenden regelmäßig möglich, sich zu vergewissern, dass die vorgeschriebenen Verfahren

eingehalten werden, selbst wenn der betreffende Staat den Bewilligungsbescheid vorwerfbar rechtswidrig erlässt. Das BVerwG (BVerwGE 106, 328) hat diese Grundsätze aufgegriffen und unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 17.2.1993 (BVerwGE 92, 81 [84 f.]) ausgeführt, dass bei der Rückforderung von EG-Mitteln regelmäßig ein besonderes Rücknahmeinteresse vorliege und das Vertrauen des Beihilfempfangers bei Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Verfahren nur dann ausnahmsweise schutzwürdig ist, wenn dafür besondere Umstände sprechen (vgl. auch BVerwGE 105, 55 ff.).

Aus den vorgenannten Entscheidungen und Grundsätzen folgt, dass ein intendiertes Ermessen regelmäßig nur bei der Rückforderung von zu viel gezahlten Beihilfen in Betracht kommt, nicht jedoch bei einer durch eigenes (Mit-)Verschulden verursachten Verkürzung von Ansprüchen. Hierfür gibt es weder in der Rechtsprechung des BVerwG noch des EuGH konkrete Anhaltspunkte. Die Frage der rechtswidrigen und schuldhaften Verkürzung von bestandskräftigen Beihilfeansprüchen ist nach Überzeugung der Kammer daher sachgerecht ggf. einem Amtshaftungsverfahren zu überantworten, weil nur dort der jeweilige Anteil des Verschuldens im geeigneten Maße berücksichtigt werden kann.

II. Anspruch auf Neubescheidung

Kam demnach ein Anspruch auf Aufhebung des Bewilligungsbescheides vom 25.11.1999 nicht in Betracht, so war die Bekl. auch nicht zur erneuten Bescheidung wegen ermessensfehlerhafter Anwendung des § 48 I 1 VwVfG zu verurteilen. In ihren Ermessenserwägungen ist sie zunächst — ebenso wie die Kammer — von einem erheblichen Mitverschulden der Kl. ausgegangen. Sie hat darüber hinaus auch maßgeblich auf die einschlägigen EG-Bestimmungen verwiesen, die eine erneute Bescheidung erforderten, welche aber nach Maßgabe der dortigen Fristenregelungen ausgeschlossen sei. [...] Vorliegend ist es nicht ermessenswidrig, dass sich die Bekl. auf eine rechtliche Unmöglichkeit der Nachbewilligung (aus EG-Mitteln) beruft, da bei Anwendung dieser Vorschrift aus objektiver Sicht eine rechtsverbindliche Übernahme vor dem 1.1.2000 nicht vorliegt, auch wenn diese wohl subjektiv beabsichtigt gewesen und fahrlässig unterblieben ist. Zudem ist nunmehr auch ein Zahlungsantrag vor dem 1.1.2002 kraft Zeitablaufs nicht mehr möglich, so dass eine Förderung nach dieser Regelung ausscheiden dürfte. Inwieweit das Verstreichenlassen dieser Fristen schuldhaft geschah, ist — wie oben angedeutet — nicht Gegenstand dieses Verfahrens. [...]

Standort: VA-Begriff**Problem: Außenwirkung im Beamtenrecht**

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 19.08.2002

2 B 11124/02 (NVwZ-RR 2003, 223)

Problemdarstellung:

Die Entscheidung betrifft die Abgrenzung zwischen Verwaltungsakt und innerdienstlicher Weisung in Beamtenrecht, hier gegenüber einem Polizeibeamten. Sie zeigt, dass diese bereits in der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs zu prüfen ist, wenn dessen Statthaftigkeit von der VA-Qualität einer Maßnahme abhängt. Dies gilt im Hauptsacheverfahren z.B. für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gem. § 42 I VwGO, ebenso im hier einschlägigen Fall des vorläufigen Rechtsschutzes zur Abgrenzung zwischen §§ 80, 80a VwGO und § 123 I VwGO.

Inhaltlich werden die VA-Merkmale "Regelung" und "Außenwirkung" angesprochen. Eine Regelungswirkung ist zu verneinen, wenn der Bescheid lediglich den Gesetzeswortlaut in Form eines Hinweises wiederholt, ohne ihn für den Einzelfall zu konkretisieren (dann: Feststellender VA). Dann ergibt sich die gesetzte Rechtsfolge schon aus dem Gesetz selbst, so dass der Bescheid keine Rechtsfolge mehr herbeiführt.

Die Außenwirkung in sogen. "besonderen Gewaltverhältnissen", die sich durch eine besondere Nähebeziehung der Person zum Staat auszeichnen (z.B. Beamte, Richter, Strafgefangene, Soldaten), richtet sich danach, ob lediglich der verwaltungsinterne Betrieb geregelt wird, d.h. der Beamte als Amtswalter betroffen ist (dann: Innerdienstliche Weisung ohne Außenwirkung) oder ob die Regelung darüber hinaus den Beamten als Person betrifft (dann: Außenwirkung). Indiz für letzteres soll die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme sein. Versetzung, Beförderung, Ernennung und Entlassung des Beamten gehören hierher.

Prüfungsrelevanz:

Die bis ins Detail lückenlose Kenntnis des VA-Begriffs ist für den Examenserfolg unerlässlich. Wie der vorliegende Fall zeigt, gelänge schon der Falleinstieg nicht, wenn der VA-Charakter einer Maßnahme nicht richtig beurteilt wird. Hingewiesen sei ferner darauf, dass sich neben der Statthaftigkeit eines Rechtsbehelfs eine Vielzahl von weiteren Rechtsfolgen an selbigen knüpfen, z.B. Formalien wie §§ 28, 37 und 39 VwVfG, ferner der Eintritt materieller Folgen wie der Bestandskraft. Auch setzten zahllose Ermächtigungsgrundlagen das Vorliegen eines Verwaltungsakts voraus, vgl. nur §§ 48, 49 VwVfG.

Vertiefungshinweise:

Abgrenzung von innerdienstlicher Weisung und VA gegenüber Polizeibeamten: *VGH München*, RA 2000, 124 = *NvwZ* 2000, 222

Zur Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung: *VG Düsseldorf*, NVwZ-RR 2002, 449

Reaktivierung eines Ruhestandsbeamten als VA: *VGH München*, RA 2000, 227 = *BayVBl* 2000, 180

Kursprogramm:

Examenskurs: "Wilde Ehe"

Leitsätze:

- 1. Die an einen Beamten gerichtete Weisung zum Dienstantritt ist grundsätzlich kein Verwaltungsakt.**
- 2. Der vorläufige Rechtsschutz im Hinblick auf den Streit um die Dienstfähigkeit eines Beamten und die daran anknüpfende gesetzliche Pflicht zur Dienstleistung richtet sich nach § 123 VwGO.**

Sachverhalt:

Das Verfahren betrifft den vorläufigen Rechtsschutz gegen die an einen Polizeibeamten gerichtete Weisung zum Dienstantritt. Der Beamte war unter Hinweis auf eine privatärztlich bescheinigte depressive Erkrankung längere Zeit dem Dienst ferngeblieben. Nachdem amtsärztliche Gutachten sowie ein auf Veranlassung des Polizeiarztes eingeholtes weiteres Gutachten die Polizeidienstfähigkeit des Beamten festgestellt hatten, wurde er angewiesen, seinen Dienst wieder anzutreten. Den dagegen gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wies das VG als unzulässig mit der Begründung zurück, dass es sich bei der Dienstantrittsaufforderung um einen Verwaltungsakt handele, vorläufiger Rechtsschutz daher nur gem. § 80 V VwGO nachgesucht werden könne; ergänzend wies das Gericht darauf hin, dass die Aufforderung offensichtlich rechtmäßig sei. Auf den sodann eingelegten Widerspruch des Beamten hielt die Behörde die Dienstantrittsaufforderung aufrecht und ordnete im Hinblick auf die von dem VG geäußerte Rechtsauffassung die sofortige Vollziehung an. Der im Anschluss daran erneut gestellte Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hatte weder beim VG noch OVG Erfolg.

Aus den Gründen:

Die in der Beschwerdeschrift dargelegten Gründe, auf

deren Prüfung sich der Senat gem. § 146 IV 6 VwGO zu beschränken hat, rechtfertigen keine Abänderung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung, mit der das gegen die Dienstantrittsaufforderung vom 8.5.2002 gerichtete Eilrechtsschutzbegehren des Ast. abgelehnt worden ist.

A. Zulässigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO

Allerdings hätte das VG den Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die am 8.5.2002 verfügte und am 10.6.2002 für sofort vollziehbar erklärte Weisung zum Dienstantritt wiederherzustellen, bereits als unzulässig werten müssen. Denn die Aufforderung an den Ast., im Anschluss an die polizeidienstärztlich attestierte Dienstfähigkeit seinen Dienst zu dem näher bezeichneten Datum wieder anzutreten, stellt entgegen der Auffassung des VG keinen Verwaltungsakt dar (vgl. BVerwG, Buchholz 239.1 § 60 BeamtVG Nr. 2), so dass der Widerspruch dagegen keine aufschiebende Wirkung entfaltet und die auf der Grundlage des Beschlusses des VG (vorsorglich) erfolgte Anordnung der sofortigen Vollziehung ins Leere ging.

I. Definition des Verwaltungsakts

Ein Verwaltungsakt i.S. von § 80 I 1 und 42 I VwGO ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 S. 1 VwVfG).

II. Außenwirkung

Demgegenüber sind behördeninterne Maßnahmen auf den innerdienstlichen Rechtskreis ausgerichtet und sprechen den Beamten allein in seiner Eigenschaft als Amtsträger und Glied der Verwaltung an. Ob einer Maßnahme Verwaltungsaktsqualität zukommt, hängt davon ab, ob sie ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall auswirkt (vgl. BVerwGE 60, 144 [145 f.] = NJW 1981, 67). Bei der

Weisung zum Dienstantritt des Ast. vom 8.5.2002 handelt es sich um eine behördeninterne Maßnahme. Sie konkretisiert lediglich die unmittelbar auf Grund des Gesetzes bestehende Pflicht des Beamten, seinen Dienst zu verrichten (§§ 64 I 1, 81 I 1 RhPf-BG).

III. Regelung

Bestehen Unklarheiten über dessen Dienstfähigkeit, so ist der Beamte ab dem amtsärztlich festgestellten Zeitpunkt seiner Dienstfähigkeit zur Dienstverrichtung verpflichtet, ohne dass es hierfür noch einer besonderen Aufforderung der Dienststelle bedarf (so: BVerwG, Buchholz 235 § 121 BDO Nr. 1). Anders als die Anordnung zur amtsärztlichen Untersuchung, die eine die körperliche und persönliche Integrität des Beamten berührende Rechtspflicht erstmals begründet (vgl. OVG Koblenz, NVwZ-RR 1990, 154), ist die Weisung zum Dienstantritt ihrem objektiven Sinngehalt nach lediglich darauf gerichtet, den Beamten an seine unmittelbar kraft Gesetzes geltenden Dienstpflichten zu erinnern. Sie ist daher keine Regelung, die sich auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen richtet.

B. Umdeutung in Antrag nach § 123 VwGO

Es kann dahingestellt bleiben, ob der damit unstatthafte Rechtsbehelf nach § 80 V VwGO entsprechend § 88 VwGO in einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO umzudeuten ist. Denn auch dieses — auf die vorläufige Regelung der Dienstleistungspflicht gerichtete — Eilrechtsschutzbegehren könnte in der Sache keinen Erfolg haben, da der Ast. einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht hat. Der Senat teilt vielmehr die Auffassung des VG, dass sich die am 8.5.2002 verfügte und am 10.6.2002 aufrecht erhaltene Weisung zum Dienstantritt nach der Prüfung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes als offensichtlich rechtmäßig erweist. Die von dem Ast. in seiner Beschwerde gegen die Rechtsauffassung des Ag. über seine Polizeidienstfähigkeit geäußerten Bedenken rechtfertigen keine von dem VG abweichende Beurteilung. [Wird ausgeführt.]

*Zivilrecht***Standort: Bürgschaft****Problem: Rückfordern der Bürgschaft aufs 1. Anfordern**

BGH, URTEIL VOM 24.10.2002
IX ZR 355/00 (NJW 2003, 352)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit Rückforderungsverpflichtungen eines Bürgschaftsgläubigers gegenüber dem Bürgen bzw. dem Hauptschuldner aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern beschäftigen. Im Rahmen eines Bauwerkvertrages zwischen den Parteien übernahmen Dritte (Mutterkonzern der Kl. und B) eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern für die Kl. als Unternehmerin; der Grund für die Inanspruchnahme der Bürgen sollte durch gutachterliche Stellungnahme eines öffentlich vereidigten Sachverständigen belegt werden. Die Bekl. nahm dann aber ohne diese formelle Voraussetzung die Bürgen in Anspruch, die die Bekl. sodann auszahlten. Die Bürgen haben daraufhin die Kl. im Wege des Bürgenregresses (§§ 774, 675, 670 BGB) in Anspruch genommen. Die Kl. verlangt nunmehr von der Bekl. die Rückzahlung, da sowohl die formellen als auch die materiellen Voraussetzungen für eine Bürgschaftsinanspruchnahme vorlagen.

Zunächst stellt der BGH fest, dass ein Bürge, der auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern hin an den Gläubiger geleistet hat, im Rückforderungsprozess nur geltend machen kann, dass seine Leistung nach materiellem Bürgschaftsrecht (§§ 765 ff. BGB) vom Gläubiger endgültig nicht behalten werden darf; jedoch ist es für den Rückforderungsprozess unerheblich, ob auch die formellen Anforderungen für die Inanspruchnahme vorgelegen haben. Im Rückforderungsprozess soll nur geklärt werden, ob der Gläubiger die Leistung behalten darf und nicht ob er sie seinerzeit formal auch einfordern durfte.

Dieser Grundsatz gilt auch für das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Ein Gläubiger, der einen Bürgen auf erstes Anfordern in Anspruch nimmt, ohne dazu materiell berechtigt zu sein, begeht eine Pflichtverletzung gegenüber dem Schuldner aus der zwischen geschlossenen Sicherungsabrede. Als Folge dieser Pflichtverletzung kann der Schuldner sodann Freistellung von der Regressforderung seiner Bürgen verlangen oder, falls er den Regress an die Bürgen schon

geleistet hat, Rückzahlung der Bürgenleistung. In diesem Rückforderungsprozess zwischen Schuldner und Gläubiger gelten dieselben Grundsätze wie im Rückforderungsprozess zwischen Bürgen und Gläubiger.

Prüfungsrelevanz:

Die - in der Praxis recht häufig auftretende - Bürgschaft auf erstes Anfordern bildet nach der Rechtsprechung des BGH kein Sicherungsmittel sui generis, sondern stellt lediglich eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung gem. §§ 756 ff. BGB dar (vgl. dazu: BGH, NJW 1999, 2361). Die Privilegierung besteht darin, dass der Gläubiger den Bürgen sogleich in Anspruch nehmen kann und dieser zur Bürgschaftsleistung sofort verpflichtet ist, ungeachtet der Überprüfung der Berechtigung zur Bürgschaftsinanspruchnahme.

Die Frage, ob die Bürgschaftsinanspruchnahme gem. §§ 765 ff. BGB materiell-rechtlich rechtmäßig erfolgte (z.B. Bestand und Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit), wird erst nachträglich im sog. Rückforderungsprozess geprüft, in dem der Bürge den Gläubiger auf Rückzahlung der Bürgenleistung in Anspruch nimmt. Der Bürge wird durch diese besondere Form der Bürgschaft nicht unbillig benachteiligt, weil in diesem Rückforderungsprozess dieselben Darlegungs- und Beweislastregeln wie im gewöhnlichen Bürgschaftsprozess gelten, der Gläubiger also das Entstehen und die Fälligkeit der gesicherten Hauptverbindlichkeit beweisen muss (BGHZ 148, 283).

Vertiefungshinweise:

Zur Bürgschaft aufs erste Anfordern: *BGH*, NZBau 2002, 493; *NJW* 2002, 2388; *OLG Köln*, *NJW* 2002, 1164; *Tiedtke*, *NJW* 2001, 1015

Kursprogramm:

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

Leitsätze:

1. Der Bürge kann die auf Grund einer Bürg-

schaft auf erstes Anfordern geleistete Zahlung nur zurückfordern, wenn der Gläubiger die Leistung nach materiellem Bürgschaftsrecht nicht behalten darf; ob der Bürge die Anforderung hätte zurückweisen dürfen, ist unerheblich.

2. Ein Rückforderungsrecht des Hauptschuldners aus der Sicherungsabrede besteht nur, wenn der Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist, dagegen nicht schon wegen Verletzung der bei Anforderung der Bürgenleistung einzuhaltenden Förmlichkeiten.

3. Für den Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners gegen den Gläubiger aus der Sicherungsabrede gelten dieselben Darlegungs- und Beweislastgrundsätze wie im Rückforderungsprozess des Bürgen.

4. Steht dem Gläubiger der Bürgschaftsbetrag nicht zu, weil der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, so kann der Hauptschuldner Befreiung vom Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen selbst dann verlangen, wenn dieser zu Unrecht gegen ihn geltend gemacht wird.

Sachverhalt:

Mit Generalunternehmervertrag vom 9. 11. 1995 (nachfolgend: GUV) beauftragte die Bekl. zu 1 (im Folgenden: Bekl.) die Kl. zu 1 (im Folgenden: Kl.) als Generalunternehmer mit der Errichtung eines größeren Bauwerks in Berlin. Gemäß § 10.1 dieses Vertrags hatte die Kl. eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 20% der Auftragssumme zu erbringen. Der Schlusssatz dieser Bestimmung lautet: „Der Grund für die Inanspruchnahme des Auftragnehmers durch den Auftraggeber im Rahmen dieser Bürgschaft ist jeweils durch gutachterliche Stellungnahmen eines öffentlich vereidigten Sachverständigen zu belegen“. Die italienische Muttergesellschaft der Kl., die frühere Kl. zu 2, beantragte bei dem B, dem früheren Bekl. zu 3, eine Bürgschaft über 5 971 000 DM zur Erfüllung dieser Verpflichtung. Beide Kl. leisteten ihrerseits Bürgschaften zu Gunsten des B. Dieser beauftragte die E, die der Bekl. geschuldete Bürgschaft zu überbringen. Mit Urkunde vom 24. 7. 1996 verbürgte sich die E selbstschuldnerisch und sicherte Zahlung auf erste schriftliche Anforderung zu. Die S-GmbH & Co. KG, die ehemalige Bekl. zu 2 (nachfolgend: S), hatte ihrerseits mit der Bekl. einen notariellen Bauträger-, Generalübernehmer- und Generalmietvertrag geschlossen. Die W hatte Kredite zur Finanzierung des Projekts zur Verfügung gestellt. Am 7. 3. 1996 vereinbarten diese Bank, die S und die Bekl. sowie die Kl. unter anderem, dass die Bekl. alle ihre Ansprüche aus dem GUV vom 9. 11. 1995 sicherheits-

halber an die Bank abtrat, jedoch bis auf Widerruf aus diesem Vertrag berechtigt und verpflichtet blieb. Am 29. 10. 1997 schloss die Kl. zur Beseitigung zwischenzeitlich aufgetretener Meinungsverschiedenheiten eine Vereinbarung mit der Bekl. und der S. Darin wurde unter anderem die Vertragserfüllungsbürgschaft auf 10% der Auftragssumme herabgesetzt; die Kl. erkannte einen Schadensersatzanspruch der Bekl. sowie der S in Höhe von 1,3 Mio. DM an. Entsprechend dieser Regelung erteilte die E am 5. 12. 1997 eine neue Bürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 2 985 000 DM. Die Kl. hat das Anerkenntnis später wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Die Bekl. ist der Anfechtung entgegengetreten. Mit Schreiben vom 16. 3. 1998 nahmen die Bekl. und die S gemeinsam die E aus der Bürgschaft in Höhe von 1 354 832,99 DM in Anspruch. Die Bank leistete diesen Betrag und stellte ihn auf dem bei ihr geführten „Nostro-Konto“ des B ins Soll. Die Kl. sowie ihre italienische Muttergesellschaft erwirkten beim LG Neapel eine einstweilige Verfügung, die dem B verbietet, den genannten Betrag an die Bürgin auszuführen. Mit Schreiben vom 4. 8. 1998 nahmen die Bekl. und die S wiederum gemeinsam die E auf Zahlung weiterer 1 576 397,42 DM in Anspruch. Auch dieser Betrag wurde geleistet. Beiden Zahlungsaufforderungen an die Bank war keine gutachterliche Stellungnahme eines Sachverständigen beigefügt. Erstinstanzlich haben beide Kl. unter anderem begehrt, die Bekl. und die S zu verurteilen, die Inanspruchnahmen der Bürgin für gegenstandslos zu erklären.

Das LG hat die Klagen insgesamt abgewiesen. Im Berufungsrechtszug haben die Kl. die Anträge auf Abgabe der genannten Erklärungen weiterverfolgt und hilfsweise beantragt, die Bekl. und die S zu verpflichten, sie von der Inanspruchnahme durch den B in Höhe von 1 354 832,99 DM und 1 576 397,42 DM, jeweils zuzüglich näher bezeichneter Zinsen, freizustellen. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

Der Senat hat die Revision nur im Umfang des von der Kl. gegen die Bekl. gestellten Hilfsantrags angenommen. Die Revision hatte im Umfang der Annahme Erfolg und führte zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Ansicht, der Kl. stehe gegen die Bekl. kein Freistellungsanspruch zu.

Diese habe nicht dadurch gegen § 10.1 GUV verstoßen, dass sie der Inanspruchnahme der Bürgin keine Sachverständigengutachten beigefügt habe. Diese Gutachten seien nachträglich— am 10.4. und 15. 9. 8 —

erstellt worden. Im Übrigen habe die Vertragsklausel nur für Kosten der Mangelbeseitigung gegolten, worum es bei den von der Bekl. zu 1 erhobenen Ansprüchen weitestgehend nicht gegangen sei. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern sei nicht rechtsmissbräuchlich geltend gemacht worden; denn es könne nicht festgestellt werden, dass die materielle Berechtigung des Gläubigers offensichtlich gefehlt habe. Dieser für den Bürgschaftsvertrag geltende Grundsatz sei auf Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner zu übertragen. Davon abgesehen habe die Kl. bisher einen eigenen Vermögensschaden, der Voraussetzung für den geltend gemachten Freistellungsanspruch sei, nicht dargetan; denn sie behaupte nicht, vom B in Anspruch genommen worden zu sein. Dagegen spreche auch, dass frühere Kl. zu 2 nach der Begründung der Entscheidung des LG Neapel sämtliche finanziellen Lasten übernommen habe.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Zur Wirksamkeit der Bürgschaft aufs erste Anfordern

Die in § 10.1 GUV enthaltene Vereinbarung, wonach Kl. eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern beizubringen hat, ist wirksam. Zwar verstößt eine entsprechende Verpflichtung des Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, wie der BGH nunmehr entschieden hat, gegen § 9 I AGBG (jetzt § 307 I BGB), weil sie den Unternehmer unangemessen benachteiligt (BGH, NJW 2002, 2388; NJW 2002, 3098). Aus dem Vortrag der Kl., die für Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen darlegungs- und beweispflichtig ist (vgl. BGHZ 118, 229 [238]), geht jedoch nicht hervor, dass ein für mehrfache Verwendung bestimmtes Vertragsformular benutzt worden ist.

II. Beschränkung der Einwendungen im Rückforderungsfall auf materielles Bürgschaftsrecht

Im Streitfall hat der Bürge die Leistung aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern erbracht. Nach Auffassung der Kl. ist dies in doppeltem Sinne zu Unrecht geschehen, weil sowohl die formellen Anforderungen an die Fälligkeit der Verpflichtung aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht erfüllt gewesen als auch die materiellen Voraussetzungen des Bürgschaftsfalls nicht eingetreten seien. Macht der Bürge, der Zahlung geleistet hat, einen Rückforderungsanspruch geltend, ist es grundsätzlich unerheblich, ob im Zeitpunkt der Rückforderung durch den Gläubiger die als Vorausset-

zung der Einstandspflicht vereinbarten formellen Merkmale gegeben waren oder das Begehren damals aus anderen Gründen als rechtsmissbräuchlich hätte zurückgewiesen werden können. Wer eine Bürgschaft auf erstes Anfordern erteilt hat, kann die erbrachte Zahlung nur zurückfordern, wenn und soweit der Gläubiger nach materiellem Bürgschaftsrecht (§§ 765 ff. BGB) keinen Anspruch auf die erhaltene Leistung hat. Der Rückforderungsprozess soll abschließend klären, ob dem Gläubiger ein vom Inhalt der Bürgschaft gedeckter Hauptanspruch zusteht (BGHZ 148, 283 [286]). Dort sind alle vom Gläubiger erhobenen Einwendungen wie in einem gewöhnlichen Bürgschaftsprozess zu prüfen, wobei den Gläubiger die Darlegungs- und Beweislast für Entstehen und die Fälligkeit der gesicherten Forderung trifft (BGHZ 148, 283 [288]). Die Bürgschaft erstes Anfordern bildet nach der Rechtsprechung des BGH kein Sicherungsmittel eigener Art, sondern stellt lediglich eine den Gläubiger besonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar (BGH, NJW 1999, 2361). Der rechtfertigende Grund für die erhaltene Leistung fehlt deshalb nur, sofern der Gläubiger nunmehr das Entstehen und die Fälligkeit des durch die Bürgschaft gesicherten Anspruchs nicht zu beweisen vermag oder Einwendungen gegen den Anspruch durchgreifen. Der Bürge wird dadurch nicht unbillig benachteiligt, weil dieselben Darlegungs- und Beweislastregeln wie im gewöhnlichen Bürgschaftsprozess gelten.

III. Übertragung auf das Verhältnis zwischen Hauptschuldner und Gläubiger

Diese für das Recht der Bürgschaft auf erstes Anfordern geltenden Grundsätze wirken auf den Inhalt und die Rechtsfolgen der zwischen den Parteien des Bauvertrags geschlossenen Sicherungsabrede ein. Diese begründet für den Hauptschuldner einen Rückgewähranspruch, soweit der Bürgschaftsfall nicht eingetreten ist. Voraussetzungen und Inhalt dieses Anspruchs müssen unter Beachtung von Sinn und Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern näher bestimmt werden.

1. Unterlassungsanspruch des Hauptschuldner vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme des Bürgen

Der Gläubiger, der in Erfüllung der mit dem Hauptschuldner getroffenen Vereinbarung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern erhalten hat, ist auf Grund der getroffenen Sicherungsabrede dem Hauptschuldner gegenüber erst und nur dann berechtigt, den Bürgschaftsbetrag anzufordern, wenn die gesicherte Forderung fällig ist und auch im Übrigen einredefrei besteht (BGH, NJW-RR 2001, 307). Verlangt der Gläubiger

vom Bürgen Zahlung, obwohl diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kommt ein Unterlassungsanspruch des Hauptschuldners in Betracht.

2. Eigener Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners nach ungerechtfertigter Inanspruchnahme des Bürgen

Hat der Gläubiger die Leistung erhalten, nach materiellem Bürgschaftsrecht jedoch zu Unrecht, so steht nicht nur dem Bürgen, sondern auch dem Hauptschuldner nach Inhalt und Zweck der mit dem Gläubiger getroffenen Sicherungsabrede ein eigener originärer Rückforderungsanspruch zu, der zunächst auf Zahlung an den Bürgen gerichtet ist. Hat der Bürge jedoch im Wege des Rückgriffs (§ 774 I 1 BGB; §§ 675, 670 BGB) schon vom Hauptschuldner Erstattung seiner Aufwendungen erhalten, kann der Hauptschuldner in Höhe der vertragswidrig angeforderten Bürgenleistungen Zahlung an sich verlangen (BGHZ 139, 325 [328]). Da der Sicherungsgeber Anspruch darauf hat, den nach materiellem Recht gebotenen Zustand durchzusetzen, obliegt es auch dem vom Sicherungsgeber verklagten Gläubiger, darzulegen und nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für den Eintritt des Sicherungsfalls entstanden sind. Dem Hauptschuldner stehen in diesem Zusammenhang alle nach materiellem Recht in Betracht kommenden Einwendungen gegen den vom Gläubiger behaupteten Anspruch zur Verfügung. Auch der Hauptschuldner besitzt aber nicht schon deshalb ein Rückforderungsrecht, weil der Gläubiger die formellen Voraussetzungen bei Anforderung des Bürgschaftsbetrags nicht eingehalten hat. Vielmehr ist im Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Sicherungsnehmer ebenfalls allein darauf abzustellen, ob nach jetzigem Sach- und Streitstand der Sicherungsfall eingetreten ist, der Gläubiger also nunmehr einen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt (vgl. BGH, NJW-RR 2001, 307).

Ist dies zu bejahen, greift der Rückforderungsanspruch selbst dann nicht durch, wenn die gesicherte Forderung im Zeitpunkt der Leistung des Bürgen noch nicht entstanden oder fällig geworden war. Hat der Gläubiger die Bürgschaft verfrüht gezogen, kann das zwar Schadensersatzansprüche des Hauptschuldners (Sicherungsgebers) aus positiver Vertragsverletzung begründen, jedoch nicht dazu führen, dass der Gläubiger den Bürgschaftsbetrag zurückgewähren muss, wenn der Sicherungsfall bis zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eingetreten ist.

3. Unabhängigkeit des Rückforderungsanspruchs des Hauptschuldners

Da der aus der Sicherungsabrede folgende Rückforde-

rungsanspruch entsteht, sobald der Gläubiger eine nach materiellem Recht ungerechtfertigte Zahlung erhalten hat, ist er nicht abhängig davon, dass der Hauptschuldner dem Bürgen dessen Aufwendungen erstattet hat. Hat der Bürge bei der Leistung an den Gläubiger die ihm dem Hauptschuldner als Auftraggeber gegenüber obliegenden Pflichten beachtet (vgl. dazu BGHZ 143, 381 [387]), hat er also aus rechtlich vertretbaren Gründen angenommen, dem vom Gläubiger erhobenen Anspruch keine schon im Erstprozess beachtlichen Einwände entgegensetzen zu können, steht ihm ein Aufwendungsersatzanspruch (§§ 675, 670 BGB) gegen den Hauptschuldner auch dann zu, wenn der Gläubiger mit der Anforderung des Bürgschaftsbetrags die ihm gegenüber dem Sicherungsgeber (Hauptschuldner) auf Grund der im Bauvertrag getroffenen Sicherungsabrede obliegenden Pflichten verletzt hat. In diesem Falle kann der Hauptschuldner vom Gläubiger die Freistellung von der dem Bürgen gegenüber bestehenden Verbindlichkeit verlangen. Dies wird in der Regel gerade durch Rückgewähr der materiell zu Unrecht erhaltenen Bürgschaftssumme vollzogen werden. Da die dem Hauptschuldner aus der Sicherungsabrede zustehenden Ansprüche — ebenso wie der Rückgewähranspruch des Bürgen — nur zur Voraussetzung haben, dass der Gläubiger die gewährte Leistung nach materiellem Recht objektiv zu Unrecht besitzt, ist ein solcher Freistellungsanspruch nicht von einem Verschulden des Gläubigers (Sicherungsnehmers) abhängig. In gleicher Weise ist es für diesen aus der Sicherungsabrede folgender Anspruch unerheblich, ob der Bürge auf die Anforderung des Gläubigers hin zu Unrecht geleistet hat, weil er den Anspruch mit im Erstprozess beachtlichen Einwendungen hätte abwehren können.

IV. Missachtung dieser Rechtsgrundsätze durch das BerGer.

Die dargestellten Grundsätze hat das BerGer. nicht beachtet und daher versäumt, rechtlich erhebliche Tatsachen aufzuklären.

1. Keine Feststellungen zu den von der Bekl. geltende gemachten Ansprüche

Das Berufungsurteil enthält keine Feststellungen zu den von der Bekl. behaupteten Ansprüchen, auf die sie die Anforderungen der von der Bürgin geleisteten Beträge gestützt hat.

Die Kl. hat diese Ansprüche in prozessrechtlich beachtlicher Form bestritten. Das trifft auch für den Teil der Forderungen zu, der in der Vereinbarung vom 29. 10. 1997 anerkannt wurde, weil die Kl. dieses Anerkenntnis wegen angeblichen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten hat. Zwar ist die Kl. auch im

Rückforderungsprozess beweispflichtig dafür, dass die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 123 BGB gegeben sind; zu den insoweit vorgetragenen Behauptungen gibt es jedoch ebenfalls keine tatrichterlichen Feststellungen. Der Umstand, dass die Bekl. ihre Ansprüche aus dem GUV an die W abgetreten hat, ist unerheblich; denn durch die Abtretung kann sie sich ihren vertraglichen Pflichten nicht entziehen.

2. Fehlerhafte Auslegung des Umfangs der Vertragserfüllungsbürgschaft

Das BerGer. meint, alle von der Bekl. geltend gemachten Schadensersatzansprüche seien von der Vertragserfüllungsbürgschaft gedeckt. § 10 GUV sei in dem Sinne zu verstehen, dass die Erfüllungsbürgschaft frühestens nach Abschluss der gesamten Arbeiten habe wegfallen und durch die Gewährleistungsbürgschaft habe ersetzt werden sollen. Das beanstandet die Revision mit Erfolg als rechtsfehlerhaft, weil die Auslegung des Tatrichters wesentliche Umstände außer Betracht lässt. Zwar können die Vertragsparteien grundsätzlich frei vereinbaren, welche Forderungen von einer Vertragserfüllungsbürgschaft gesichert sind. Sie haben daher die Möglichkeit, ihr auch Gewährleistungsansprüche zu unterstellen. Vereinbaren die Parteien eines Bauvertrags jedoch, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft später durch eine Gewährleistungsbürgschaft ersetzt werden soll, spricht dies dafür, dass die Erfüllungsbürgschaft sich zumindest nicht auf die nach Abnahme entstandenen Gewährleistungsansprüche erstrecken soll (vgl. BGH, NJW 1998, 1140). Das BerGer. stellt für seine Auslegung darauf ab, dass die Parteien in § 10.2 GUV dem Wortlaut nach den „Abschluss der Arbeiten“ als den für die Übergabe der Gewährleistungsbürgschaft maßgeblichen Zeitpunkt bezeichnet haben. Dabei hat es nicht berücksichtigt, dass die Parteien am 29. 10. 1997 nach Festlegung einer Teilabnahme für die Häuser 3 und 4 die Vertragserfüllungsbürgschaft auf die Häuser 1 und 2 beschränkt und zugleich die sofortige Beibringung einer Gewährleistungsbürgschaft für das Bauvorhaben vereinbart haben. Zudem gehen etwa verbleibende Zweifel über den Sicherungsumfang der Bürgschaft zu Lasten des Gläubigers (BGH, WM 1999, 895, 897). Es bedarf daher einer erneuten tatrichterlichen Würdigung der Frage, welche Forderungen durch die gem. § 10 GUV beizubringende Vertragserfüllungsbürgschaft nach dem Willen der Parteien gesichert sein sollen. Dabei wird auch zu erwägen sein, ob Rechte der Bekl. dadurch entstanden sind, dass eine vereinbarte Bürgschaft nicht beigebracht worden ist.

3. Fehlerhafte Auslegung der Vertragserfüllungs-

bürgschaft in persönlicher Hinsicht

Die Annahme des BerGer., auch Ansprüche der früheren Bekl. zu 2 seien von der Vertragserfüllungsbürgschaft gedeckt, findet im Inhalt der Bürgschaftsurkunde keine Stütze und lässt sich auch nicht aus §§ 9.4, 12.10 GUV herleiten. Diesen Bestimmungen kann lediglich entnommen werden, dass für die Bekl. zu 1 eigene Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung auch daraus erwachsen können, dass sie von Dritten in Anspruch genommen wird, weil von der Kl. zu vertretende Mängel entstanden sind.

4. Beachtung der Unabhängigkeit des Freistellungsanspruchs des Hauptschuldners

War die Inanspruchnahme des Bürgen objektiv nicht durch die Sicherungsabrede gedeckt, so braucht der Hauptschuldner nicht abzuwarten, bis der Bürge ihn in Anspruch nimmt. Infolge der Zuwiderhandlung gegen die Sicherungsabrede hat der Gläubiger den Hauptschuldner von den Aufwendungsersatzansprüchen freizustellen, die dem Bürgen infolge seiner Zahlung zustehen. Nach dem für die revisionsrechtliche Prüfung maßgeblichen Vorbringen der Kl. ist sie wegen der Bürgenleistung Ersatzansprüchen des B ausgesetzt. Dass dieser nicht unmittelbar an die Bekl. geleistet hat, sondern sich als verpflichtet ansieht, auf Grund der mit der Bürgin getroffenen Vereinbarung diese zu befriedigen, ist rechtlich unerheblich. Der Freistellungsanspruch entfällt nicht einmal dann, wenn ein Aufwendungsersatzanspruch des Bürgen wegen Verletzung der vertraglichen Schutzpflichten aus dem Avalvertrag (vgl. dazu BGHZ 143, 381 [386 ff.]) nicht entstanden ist. Das wäre dann anzunehmen, wenn die Bürgin es schuldhaft versäumt haben sollte, die aus der Bürgschaft auf erstes Anfordern erhobenen Ansprüche mit liquiden Einwendungen abzuwehren und die Leistung auch nach materiellem Bürgschaftsrecht zu Unrecht erbracht worden ist (vgl. BGHZ 143, 381 [384]; BGHZ 147,99 [102ff.]). In diesem Falle hat die Bekl. mit ihrem Begehren die Pflichten aus der Sicherungsabrede verletzt und dadurch bewirkt, dass der Bürge geleistet hat und nunmehr unberechtigte Erstattungsansprüche an die Kl. als Hauptschuldner stellt. Die aus einer Vertragsverletzung herrührende Verbindlichkeit, den anderen Teil freizustellen, umfasst grundsätzlich auch die Verpflichtung, unbegründete Ansprüche Dritter vom Berechtigten abzuwehren (BGH, NJW 2002, 2382). Der Hauptschuldner hat ein auf der eigenen vertraglichen Rechtsbeziehung zum Gläubiger beruhendes berechtigtes Interesse daran, dass dieser durch Rückzahlung der dem Bürgen wegen Nichteintritts des Sicherungsfalls ohnehin geschuldeten Summe ihn von der Abwehr der unbegründeten

Ansprüche des Bürgen befreit.

C. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Da die Entscheidung somit in jedem Falle davon ab-

hängt, ob und in welchem Umfang der Bekl. Ansprüche gegen die Kl. zustehen, die von der Vertragserfüllungsbürgschaft gedeckt sind, wird das BerGer. nunmehr die insoweit erforderlichen Feststellungen nachzuholen haben.

Standort: Familienrecht

Problem: Wirksamkeit eines Ehevertrages

OLG MÜNCHEN, URTEIL VOM 16.04.2002
20 U 49/02 (NJW 2003, 595)

Problemdarstellung:

In dieser Entscheidung musste das OLG München zur Wirksamkeit eines Ehevertrages Stellung nehmen, durch den die Parteien den nahehelichen Unterhalt (mit Ausnahme für die Zeit der Kinderbetreuung), den Zugewinnausgleich und den Versorgungsausgleich wechselseitig ausschlossen; der Versorgungsausgleich sollte durch eine kapitalbildende Lebensversicherung kompensiert werden.

Basierend auf einer Entscheidung des BVerfG (NJW 2001, 957; NJW 2002, 1185) erkennt das OLG München an, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit nur solche Ausschlussregelungen rechtfertigt, die die Grundrechte nicht verletzen. Auch für Eheverträge gilt, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblichen ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtsposition beider Vertragsparteien aus Art. 2 I GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und gegebenenfalls durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt. Eheverträgen sind dort Grenzen zu setzen, wo diese nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern die auf einer ungleichen Verhandlungsposition beruhende Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Dabei dürfen Haushaltsführung und Kindesbetreuung das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert haben als die Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Das gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach der Trennung und Scheidung der Ehegatten. Findet danach keine angemessene Berücksichtigung der Tätigkeit der haushaltsführenden

und kinderbetreuenden Ehefrau bei der Ehevertragsgestaltung statt, ist ein solcher Vertrag als sittenwidrig und damit unwirksam gem. § 138 I BGB zu bewerten.

Prüfungsrelevanz:

In examensrelevanter Hinsicht ist diese Entscheidung interessant, weil sie den Einfluss von Grundrechten auf das bürgerliche Recht vorführt.

Gem. Art. 1 III GG sind durch die Grundrechte nur der Staat und seine Organe bei ihrem hoheitlichem Handeln an die Grundrechte gebunden, da sie als Abwehrrecht gegenüber dem Staat konzipiert sind; zwischen den privaten Rechtssubjekten (z. B. natürlichen Personen) besteht daher grundsätzlich keine solche unmittelbare Grundrechtsbindung.

Jedoch entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen im Zivilrecht auch auf grundrechtlich geschützte Positionen zu achten ist. Das Grundgesetz und damit auch die Grundrechte bilden die grundlegende Wertordnung, auf der unser gesamtes Rechtssystem, inklusive dem Zivilrecht, aufbaut. Daher strahlen die Werteentscheidungen im Grundgesetz auch in alle Rechtsgebiete durch, im Zivilrecht auf dem Umweg durch die Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen (sog. mittelbare Drittwirkung der Grundrechte).

Infolgedessen ist bei Auslegung des Begriffs "Sittenwidrigkeit" i.S.d. § 138 I BGB auch auf die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Parteien einzugehen. Ein sittenwidriger, da das Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzender Vertrag liegt vor, wenn aufgrund der erheblich ungleichen Verhandlungssituation der Vertragspartner keine privatautonome Selbstbestimmung des einen Teils vorliegt, sondern ihm vielmehr im Wege der Fremdbestimmung die Bedingungen des Vertrages aufgezwungen werden. Dieser Mangel an Vertragsgerechtigkeit ist durch die Gericht bei derartigen Inhaltskontrollen zu korrigieren bzw. zu beseitigen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Wirksamkeit von Eheverträgen: *Wegmann*, FPR 1999, 264; *Bergschneider*, FPR 2001, 79

Kursprogramm:
 Examenskurs: "Das junge Glück"
Leitsatz:

Der Ehevertrag des sehr gut verdienenden und vermögenden Ehemanns mit der haushaltsführenden und kindesbetreuenden Ehefrau ist wegen deren unangemessenen Benachteiligung als insgesamt unwirksam zu erachten, wenn die Frau auf Unterhalt mit Ausnahme von Betreuungsunterhalt verzichtet hat, der Versorgungsausgleich durch relativ geringe Beitragszahlungen für eine Lebensversicherung ersetzt und der Zugewinn ausgeschlossen wurde.

Sachverhalt:

Der am 8. 2. 1948 geborene Ast. und die am 4. 1. 1955 geborene Ag. haben am 22. 11. 1985 die Ehe geschlossen. Aus der Ehe sind die Kinder M (geb. 24. 3. 1986) und V (geb. 21. 5. 1989) hervorgegangen. Die Parteien besitzen die gemeinsame elterliche Sorge. Die Kinder haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt bei der Ag. gemäß dem übereinstimmenden Willen der Parteien. Der Ast. zahlt für beide Kinder an die Ag. Unterhalt nach der höchsten Stufe der Düsseldorfer Tabelle. Die Ehe ist mit Urteil vom 24. 12. 2001 im vorliegenden Verfahren geschieden worden. Im Urteil ist festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Es ist wegen der Scheidung und wegen des Versorgungsausgleichs nicht angefochten worden. Die Parteien streiten im Berufungsverfahren darüber, ob der Ag. gesetzliche Ansprüche auf Unterhalt und Zugewinnausgleich zustehen oder ob diese wirksam abgedungen sind. Am 17. 2. 1988 errichteten die Parteien einen notariellen Ehevertrag. Beide Parteien verzichteten gegenseitig auf nachehelichen Unterhalt, mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ag. wegen Kindesbetreuung. Sie schlossen den gesetzlichen Güterstand für die Zukunft aus und vereinbarten Gütertrennung. Die Parteien erklärten, dass ein Zugewinn bisher nicht entstanden sei. Rein vorsorglich verzichteten sie gegenseitig auf etwaige bestehende Zugewinnausgleichsansprüche. Den Versorgungsausgleich schlossen die Parteien aus. Den Verzicht auf den Versorgungsausgleich der Ag. knüpften sie an die Bedingung, dass der Ast., beginnend spätestens ab Juni 1988, für die Ag. eine private Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme in Höhe von 80000 DM auf den Zeitpunkt der Vollendung ihres 60. Lebensjahres mit Rentenwahlrecht abschließen und die Beiträge hierauf während des Bestehens der Ehe laufend zahle. Im Falle der Scheidung der Ehe sollte der Ast. der Ag. den dreifachen Jahresbetrag zu dieser

Versicherung in einer Summe als Abfindung zahlen. Weitere Zahlungen sollte er dann nicht mehr schulden. Am 27. 4. 1988 wurde für die Ag. eine Kapitallebensversicherung über eine Summe von 80000 DM abgeschlossen. Der Ast. leistete darauf Zahlungen. In der mündlichen Verhandlung vom 13. 11. 2001 vor dem AG verpflichtete sich der Ast., die Raten der Kapitallebensversicherung fortlaufend bis zum Ablauf des Vertrags am 1. 5. 2015 zu zahlen. Der Ast. ist seit März 1985 unter anderem als Unternehmensberater tätig. Er erzielte in den letzten Jahren Einkünfte pro Monat in Höhe von durchschnittlich 27000 DM netto. Die Ag. betreibt seit 1994 einen Spielwarenladen, zuletzt zusammen mit einer Postagentur. Sie erzielt hieraus Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit (1084 DM monatlich vor Steuern). Der Krankenkassenbeitrag, den die Ag. für sich aufbringen muss, beläuft sich seit 1. 1. 2002 auf 270,85 Euro.

Das AG — FamG — hat mit Urteil vom 4. 12. 2001 den Ag. verurteilt, ab Rechtskraft der Scheidung einen Elementarunterhalt von 3 671 DM und einen Altersversorgungsunterhalt von 1 081 DM pro Monat zu zahlen und im Übrigen die Unterhaltsklage abgewiesen. Der Anspruch auf Betreuungsunterhalt sei durch den Ehevertrag nicht ausgeschlossen. Einen Krankenvorsorgeunterhalt hat das AG nicht zugesprochen. Die Klage auf Zugewinnausgleich hat das AG abgewiesen. Dieser Anspruch sei durch den notariellen Vertrag vom 17. 2. 1998 rechtswirksam ausgeschlossen worden. Die Berufung der Ag. hatte Erfolg.

Aus den Gründen:**A. Unterhalts- und Zugewinnausgleichsansprüche wegen Unwirksamkeit des Vertragsausschlusses**

Der Ag. stehen gesetzlich Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt und Zugewinnausgleich zu. Diese sind nicht durch die notarielle Vereinbarung vom 17. 2. 1988 ausgeschlossen, weil der Vertrag nicht wirksam ist.

I. Zu den Wirksamkeitsanforderungen an Eheverträgen im Allgemeinen

Grundsätzlich gestattet es das BGB, die gesetzlichen Ansprüche wegen nachehelichen Unterhalts (§ 1570 ff. BGB), Versorgungsausgleichs (§ 1587 I 2 BGB) und wegen Zugewinnausgleichs (§ 1378 I BGB) für den Fall der Scheidung durch eine andere Regelung zu ersetzen (§§ 1585 c, 1408 III, 1408 I BGB). Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können diese Ansprüche völlig oder nahezu gänzlich ausgeschlossen oder durch Regelungen ersetzt werden, die nach ihrem inhaltlichen Wert gegenüber den gesetzlichen Ansprü-

chen zurückbleiben. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (NJW 2001, 957; Oelkers, FamRZ 2002, 799; NJW 2002, 1185) rechtfertigt der Grundsatz der Vertragsfreiheit jedoch nur Regelungen, die die Grundrechte nicht verletzen. Auch für Eheverträge gilt, dass bei einer besonders einseitigen Aufbürdung von vertraglichen Lasten und einer erheblichen ungleichen Verhandlungsposition der Vertragspartner es zur Wahrung der Grundrechtsposition beider Vertragsparteien aus Art. 2 I GG Aufgabe der Gerichte ist, durch vertragliche Inhaltskontrolle und gegebenenfalls durch Korrektur mit Hilfe der zivilrechtlichen Generalklauseln zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt (vgl. auch Dauner/Lieb, AcP 2001, 296). Eheverträgen sind dort Grenzen zu setzen, wo diese nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sind, sondern die auf einer ungleichen Verhandlungsposition beruhende Dominanz eines Ehepartners widerspiegeln. Haushaltsführung und Kindesbetreuung haben für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als die Einkünfte, die dem Haushalt zur Verfügung stehen. Sind die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverband erbringen, gleichwertig, haben beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erwirtschafteten, das ihnen zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Das gilt nicht nur für die Zeit des Bestehens der Ehe, sondern entfaltet seine Wirkung auch nach der Trennung und Scheidung der Ehegatten auf deren Beziehung hinsichtlich Unterhalts, Versorgung und Aufteilung des gemeinsamen Vermögens. Dem entsprechen die gesetzlichen Regelungen über den Versorgungsausgleich und den Zugewinnausgleich bei der Scheidung, insbesondere bestimmt der Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam Erarbeiteten auch die unterhaltsrechtliche Beziehung der geschiedenen Eheleute. Bei der Unterhaltsberechnung ist das Einkommen, das den Lebensstandard der Ehe geprägt hat, den Ehegatten grundsätzlich hälftig anzuordnen.

II. Feststellung der Unwirksamkeit des konkreten Ehevertrages

Der notarielle Vertrag vom 17. 2. 1988 ist, gemessen an den vom BVerfG genannten Maßstäben, als unwirksam zu erachten, weil die Ag. sich verglichen mit dem Ast. in einer ungleichen Verhandlungsposition befand und unter Missbrauch des Instituts der Vertragsfreiheit ihre Unterlegenheit ausgenutzt und sie einseitig unangemessen belastet wurde, indem die einem Ehegatten nach der Scheidung nach dem Gesetz zustehenden Ansprüche nahezu völlig abbedungen wurden (§ 242 BGB).

I. Unwirksamkeit wegen unangemessener Benachteiligung bezüglich Unterhalt und Altersvorsorge

Nach der notariellen Vereinbarung haben beide Ehegatten für den Fall der Scheidung gegenseitig auf jegliche nachehelichen Unterhaltsansprüche mit Ausnahme des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau wegen Kindesbetreuung verzichtet. Mit diesem Verzicht hat der Ast. praktisch kein Recht aufgegeben, weil nach den vorliegenden Umständen bei wirklichkeitsnaher Betrachtung nicht davon auszugehen war, dass er im Falle der Scheidung unterhaltsbedürftig sein werde. Er besaß ein Vermögen im Werte von über 1 Mio. und hatte hohe Einkünfte (im Prozess wurden die laufenden Einnahmen als Vermögensberater unbestritten mit 27000 DM netto pro Monat angegeben). Die Ag. verfügte über kein Vermögen und, abgesehen von 500 DM für ihre Bürotätigkeit für den Ast., über kein Einkommen. Sie war wirtschaftlich völlig vom Ast. abhängig. Gemäß seinem Wunsch widmete sie sich der Haushaltsführung, obwohl sie gern ihre wirtschaftliche Laufbahn und eine Berufstätigkeit fortgesetzt hätte. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses betreute sie das damals noch nicht ganz zweijährige Kind M. Wegen der Betreuung dieses Kindes und der am 21. 5. 1989 geborenen V hatte sie auf Jahre hinaus praktisch keine Aussicht, sich durch eine Erwerbstätigkeit selbst für ihren Unterhalt Einkommen zu verschaffen, zumal auf Grund der Unterbrechung ihrer wissenschaftlichen Ausbildung und ihres Berufslebens ohnehin schon die Aufnahme einer Tätigkeit neben der Kindesbetreuung erschwert war. Durch den Verzicht wurden die Ansprüche der Ast. auf Stamm- und Anschlussunterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB), Krankheit (§ 1572 BGB), Arbeitslosigkeit (§ 1573 I und III BGB), Aufstockung (§ 1573 I und III BGB), Wegfalls der Einkünfte aus einer angemessenen Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nicht nachhaltig sicherten (§ 1573 IV BGB), wegen Ausbildung (§ 1575 BGB) und aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB) abbedungen. Damit wurde die Ag. einseitig unangemessen benachteiligt, weil ihr gegenüber dem finanziellen Beitrag des Ast. zu den ehelichen Lebensverhältnissen gleichwertiger Beitrag auf Grund der Haushaltsführung und Kindesbetreuung für den Fall der Scheidung unberücksichtigt blieb. Der Ag. wurde nicht nur die gleiche Teilhabe an den ehelichen Lebensverhältnissen genommen, die durch den Aufstockungsunterhalt gewährleistet werden soll, sondern es wurde ihr auch das alleinige Risiko aufgebürdet, ohne hinreichende Einkünfte im Alter, bei Krankheit, oder bei Arbeitslosigkeit auszukommen und unter Umständen sogar Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen. Die Ag. wurde einseitig mit den beruflichen Nachteilen belastet, die daraus entstanden sind, dass

sie die Haushaltsführung und Kindesbetreuung übernahm, wodurch sie ganz und dann voraussichtlich bis zur Vollendung des 15. Lebensjahres des jüngsten Kindes teilweise an einer vollen Erwerbstätigkeit gehindert ist. Damit ist ihr auch die Möglichkeit genommen worden, für eine hinreichende Versorgung im Invaliditätsfall und für das Alter zu sorgen. Irgendein sachlicher Grund für den Ausschluss der genannten gesetzlichen Unterhaltsansprüche ist nicht ersichtlich. Es ist vielmehr offenkundig, dass durch die Abreden allein der Ast. bevorzugt werden sollte.

An der Beurteilung, dass der Verzicht auf Unterhaltsansprüche unwirksam ist, ändert sich nichts dadurch, dass der Anspruch auf Betreuungsunterhalt nicht abbedungen wurde. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass durch den Vertrag im Wesentlichen nur die Ansprüche bestätigt wurden, die nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1992, 3164 = FamRZ 1992, 1403; NJW-RR 1997, 897 = FamRZ 1997, 873) dem betreuenden Ehegatten auch bei einem wirksamen Unterhaltsverzicht zustanden, weil die Berufung auf den Unterhaltsverzicht gegen Treu und Glauben verstößt, solange und soweit das Wohl des gemeinschaftlichen Kindes den Bestand der Unterhaltsforderung erfordert. Soweit der Anspruch aus § 1570 BGB, der in der notariellen Vereinbarung der Ag. belassen wird, über den in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Umfang hinausgeht, genügt dies nicht, um eine unangemessene Benachteiligung der Ag. im Sinne der Rechtsprechung des BGH auszuschließen; denn es bleiben die weiteren Unterhaltsberechtigungen abbedungen, die für die Ag. von besonderer Bedeutung sind, weil sie durch die Haushaltsführung und Betreuung der Kinder an einer eigenen Erwerbstätigkeit und einem damit verbundenen Aufbau einer Invaliditäts- und Altersversorgung verhindert war und ist. Außerdem fehlt jeder sachliche Grund, der Ag. im Falle der Scheidung im Widerspruch zu ihrer Stellung als gleichberechtigter Ehegatte, der durch Haushaltsführung und Betreuung der Kinder seiner Verpflichtung zum Familienunterhalt beizutragen, nachgekommen ist, im Falle der Scheidung ein an den ehelichen Lebensverhältnissen i. S. von § 1578 BGB ausgerichteten Unterhalt durch Abbedingung von Aufstockungsunterhalt zu versagen. Dieser Anspruch ist im vorliegenden Fall besonders werthaltig, nachdem der Ast. ein Einkommen von 27000 DM pro Monat hat, während die Ag. infolge der Haushaltsführung und Kindesbetreuung ihre frühere Berufstätigkeit abgebrochen hat und nach der Scheidung durch eine angemessene Erwerbstätigkeit nicht ein Einkommen in der Höhe erzielen kann, welches bei Fortsetzung ihrer Karriere ohne Behinderung durch Haushaltstätigkeit und Kindesbetreuung erzielbar wäre.

Die Abbedingung der genannten Unterhaltsberechtigungen ist auch mit dem Wohl der von der Ag. betreuten gemeinsamen Kinder nicht vereinbar, obwohl der Ast. Kindesunterhalt nach der höchsten Einkommensgruppe der Düsseldorfer Tabelle und Betreuungsunterhalt leistet, weil die Gefahr besteht, dass die Ag. mit den Kindern unter Verhältnissen leben muss, die deren Entwicklungsmöglichkeit weit mehr einschränken, als es dem gemeinsamen Vermögen entspricht. Dazu kann es etwa kommen, wenn die Ag. infolge von Invalidität erwerbsunfähig wird und deswegen neben der Betreuung der Kinder eine ihr zumutbare Erwerbstätigkeit nicht ausüben kann. Für diesen Fall fehlt ihr eine hinreichende Invaliditätsvorsorge.

2. Kein Ausgleich durch die Kapitallebensversicherung

Diese ungenügende Absicherung für den Invaliditätsfall beruht insbesondere darauf, dass der Ag. durch den Verzicht auf den Versorgungsausgleich nicht nur mögliche Anwartschaften auf eine Altersrente, sondern auch auf eine Invaliditätsversorgung verloren hat. Diese Nachteile werden durch die private Kapitallebensversicherung mit einer Versicherungssumme von 80000 DM auf den Zeitpunkt der Vollendung ihres 60. Lebensjahres bei weitem nicht ausgeglichen. Hinzu kommt, dass nach der notariellen Vereinbarung der Ast. nach Zahlung des dreifachen Jahresbeitrags dieser Versicherung weitere Beitragszahlungen einstellen konnte, so dass von vornherein auch eine Versicherungssumme von 80000 DM nicht gewährleistet war. Im Falle der Durchführung des gesetzlichen Versorgungsausgleichs hätten der Ag. Rentenanwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung von $(1\ 278,42\ \text{DM} - 96,54\ \text{DM} = 1181,88\ \text{DM} : 2 =) 590,94\ \text{DM}$ zugestanden. Zur Begründung solcher Rentenanwartschaften im Wege der Einmalzahlung wäre, bezogen auf den 31. 3. 2000, ein Betrag von 128 748,74 DM erforderlich gewesen, also weit mehr als die Versicherungssumme von 80000 DM. Die Ag. wurde demnach auch durch die Regelung des Versorgungsausgleichs in dem notariellen Vertrag unangemessen benachteiligt, gerade weil sie als Hausfrau und betreuende Mutter zunächst ganz und etwa bis zum 15. Lebensjahr des jüngsten Kindes im erheblichen Umfang von einer Erwerbstätigkeit ausgeschlossen war und nach den Abreden der Ehegatten auch nicht erwerbstätig sein sollte. Der Verzicht auf den Versorgungsausgleich bedeutet eine empfindliche Schwächung der Lage der Ag., weil zu keiner Zeit zu erwarten war, dass sie durch eine Berufstätigkeit nach Abschluss der Kindesbetreuung noch in der Lage sein werde, eine angemessene Altersvorsorge aufzubauen. Die Regelung über den

Versorgungsausgleich in der notariellen Vereinbarung ist deswegen ebenfalls unwirksam anzusehen. Dies ist im Hinblick auf die Unterhaltsregelung und die Vereinbarung bezüglich des Zugewinnausgleichs festzuhalten, auch wenn die Entscheidung des AG über den Versorgungsausgleich nicht angefochten ist.

3. Unwirksamkeit des Ehevertrages bezüglich des Zugewinnausgleichs

Auch der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Ehevertrag ist unwirksam, weil der Ast. seine dominierende Lage als Inhaber eines Vermögens und Bezieher eines weit über den Durchschnitt liegenden Einkommens gegenüber der vermögenslosen und praktisch einkommenslosen Ag. zu deren Nachteil ausgenutzt hat. Es kann offen bleiben, wie weit die grundsätzlich gegebene Freiheit zur Regelung des Güterstands reicht. Im vorliegenden Fall sind jedoch die Grundrechte der Ag. verletzt, die nach der Rechtsprechung des BVerfG zu wahren sind. Der Ag. wurde lediglich Betreuungsunterhalt belassen und ein ungenügender Ersatz für den Versorgungsausgleich eingeräumt. Im Übrigen wurden ihr alle Ansprüche genommen, auf deren Schutz sie als nicht erwerbstätige Hausfrau und betreuende Mutter im Falle der Scheidung angewiesen ist. Die Ag. wurde aus ihrer Stellung als gleichberechtigter Ehegatte verdrängt. Sie muss sich letztlich mit dem begnügen, was sie nach Abschluss der Betreuung der Kinder selbst verdienen kann. Dagegen war mit dem Ehevertrag dem Ast. die Möglichkeit eingeräumt, sein hohes Einkommen weitgehend für sich selbst und zur eigenen Vermögensbildung zu verwenden. Der Ast. hat sich nicht darauf beschränkt, den Ehevertrag zu schließen, der ihm das ererbte Vermögen sicherte, was angeblich Motiv für den Abschluss des Ehevertrags war. Er hat sich vielmehr einseitig Vorteile ausbedungen und die Ag. von der Teilhabe an dem gemeinsam von beiden Ehegatten erwirtschafteten ausgeschlossen. Der Vertrag trägt in keiner Weise dem Umstand Rechnung, dass die Ag. durch die Führung des Haushalts und die Betreuung der Kinder dem Ast. erst ermöglichte, sich voll seiner Berufstätigkeit zu widmen. Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs traf lediglich die Ag., weil auf ihrer Seite kein Zugewinn zu erwarten war. Die Ag. wurde insbesondere in ihrer Altersversorgung betroffen, weil bei gut verdienenden Personen wie dem Ast. die Altersversorgung nicht lediglich über dem Versorgungsausgleich unterliegenden Anrechten erfahrungsgemäß getroffen wird, sondern auch mit Hilfe des Vermögens.

4. Keine geltungserhaltende Reduktion

Im Übrigen könnte der Ausschluss des Zugewinnaus-

gleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung trotz der Klausel im Ehevertrag, wonach die Unwirksamkeit einer Einzelbestimmung die Wirksamkeit der übrigen Abrede nicht berühre, wegen der Unwirksamkeit der Regelung über den Unterhalt und den Versorgungsausgleich auch deswegen keinen Bestand haben, weil es einer Vertragspartei, die ihre dominante Stellung zum Nachteil des Gegners ausnützt, nicht überlassen bleiben kann, im weitestgehenden Umfang Schutzvorschriften für den Gegner auszuschließen und ihm das Risiko der Inhaltskontrolle zu überlassen. Sinn der Inhaltskontrolle ist es nicht, eine vertragliche Vereinbarung von Grundrechtsverletzungen zu reinigen und im Übrigen aufrechtzuerhalten. Vielmehr hat der Verstoß gegen die Grundrechte die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge.

II. Berechnung des nahehelichen Unterhalts nach dem Einkommen des Unterhaltsschuldners

Der Unterhaltsbedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (§ 1578 I 1 BGB) ist bei dem sehr guten eheprägenden Einkommen des Ag. konkret zu bestimmen (BGH, NJW-RR 1990).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs ein objektiv wertender Maßstab anzulegen (NJW-RR 1987, 1285; NJW-RR 198, 194; NJW 1984, 1237; NJW-RR 1995, 835). Die Ag. muss sich nach der Trennung und nach der Scheidung an einer während des Zusammenlebens in der Ehe übertriebenen Einschränkung des Konsumverhaltens zu Gunsten einer Vermögensbildung nicht festhalten lassen (BGH, NJW 1989, 2809).

Der Senat bemisst den monatlichen Bedarf der Ag. bei den vorliegenden Verhältnissen, insbesondere dem monatlichen Nettoeinkommen des Ast. von 27000 DM, auf 6650 DM monatlich (ohne Vorsorgeunterhalt)

Auf diesen Bedarf ist das eigene Einkommen der Ag. gem. § 1577 I BGB anzurechnen. Die geänderte Rechtsprechung des BGH (NJW 2001, 2254) zum Unterhalt der Hausfrau betrifft nicht einen Fall wie den vorliegenden, in dem der Bedarf konkret ermittelt wird. Die Ag. ist auch mit der Anrechnung ihres Einkommens einverstanden.

Der Ag. ist neben der Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder von 16 und 13 Jahren eine Halbtagsbeschäftigung zuzumuten. Das AG hat im Einzelnen dargelegt, dass sie durch eine solche Tätigkeit ein Einkommen (nach Abzug von Beiträgen für Renten-, Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung sowie 5% pauschaler berufsbedingter Aufwendungen und 10% Erwerbstätigenbonus) von 984 DM erzielen könnte. Dieser Ansicht schließt sich der Senat an. Die Ag. hat nicht hinreichend dargelegt, geschweige denn

bewiesen, dass es ihr bei hinreichenden Bemühungen nicht möglich wäre, eine zumutbare Arbeit zu finden, um einen Verdienst dieser Höhe zu erlangen.

Die Ag. erfüllt ihre Erwerbsobliegenheit nicht bereits dadurch, dass sie einen Gewerbebetrieb betreibt, weil das Einkommen von 976 DM, das sie sich hieraus anrechnen lassen will, in Anbetracht von 530 DM Krankenversicherungsbeiträgen zu gering ist. Das Risiko, durch eine selbstständige Tätigkeit nicht ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann nicht auf den Ast. als Unterhaltsschuldner verlagert werden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Ag. die Erwerbstätigkeit ganztags ausübt und, soweit dies über eine Halbtagsbeschäftigung hinausgeht, überobligatorisch tätig ist:

Nach Anrechnung des Einkommens der Ag. auf den Elementarbedarf verbleibt ein ungedeckter Betrag von (6650 DM - 984 DM) = 5666 DM. Dies entspricht 2896,98 Euro, gerundet 2897 Euro.

Neben dem Elementarbedarf besteht kein Bedarf wegen Krankheits- und Pflegeversicherung, weil diese Kosten bei Übernahme einer zumutbaren Halbtagsbeschäftigung durch eigenes Einkommen gedeckt werden können. Die Versicherungsbeiträge sind bei dem oben eingesetzten fiktiven Einkommen der Ag. bereits berücksichtigt. Dass der mit einer solchen Tätigkeit verbundene Versicherungsschutz unangemessen wäre, ist nicht dargetan.

Die Ag. hat jedoch neben dem Elementarbedarf einen Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt (§ 1578 III BGB). Dieser ist in Anlehnung an die Bremer Tabelle (Stand 1. 1. 2002) wie folgt zu errechnen (vgl. Wendl/Gutdeutsch, § 4 Rdnrn. 455, 456; BGH, NJW

1983, 1547 = FamRZ 1982, 1187 [11881]: 2897 Euro brutto + 72% = 4983 Euro. Von diesem Betrag 19,1% ergibt 952 Euro an Altersvorsorgeunterhalt. Eine mehrstufige Berechnung, das heißt ein Abzug dieses Altersvorsorgeunterhalts vom Einkommen des Ast. ist nicht vorzunehmen, da bei den sehr guten Einkommensverhältnissen der Unterhalt nach dem konkreten Bedarf ermittelt wurde und der Vorsorgebedarf neben dem laufenden Unterhaltsbedarf befriedigt werden kann, ohne dass der Halbteilungsgrundsatz verletzt wird (BGH, NJW-RR 1999, 297 = FamRZ 1999, 372).

III. Aufstockung dieses Unterhalts wegen Kindesbetreuung

Die Ag. ist teils wegen Betreuung der gemeinschaftlichen Kinder nach § 1570 BGB, teils zur Wahrung des ehelichen Lebensstandards nach § 1573 II BGB aufstockungsunterhaltsberechtigt (BGH, NJW 1990, 1847 = FamRZ 1990, 492).

Die Abgrenzung der beiden Anspruchsgrundlagen kann unterbleiben, weil eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf Aufstockungsunterhalt nach § 1573 V BGB im vorliegenden Fall nicht in Betracht kommt. Desgleichen scheidet eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578 I 2 BGB aus. Die Ehe wurde am 12. 11. 1985 geschlossen. Der Scheidungsantrag wurde am 15. 4. 2000 gestellt. Sie dauerte mehr als 14 Jahre. Die Ag. hat während der Ehezeit den Haushalt geführt und die Kinder betreut und tut dies weiterhin. Die Einkommensverhältnisse des Ast. sind überdurchschnittlich gut. Für eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs besteht deswegen kein hinreichender Grund.

Standort: Telekommunikationsrecht Problem: Verbindungtrennung von Amts wegen

OLG HAMM, URTEIL VOM 05.11.2002
19 U 41/02 (NJW 2003, 760)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit nimmt die Kl. den Bekl. auf Bezahlung ihrer Telefonrechnung in Anspruch, wobei zwischen den Parteien eine Kostenposition für ein Telefonat zu einer 0190-Servicenummer von insgesamt 68 Stunden in Höhe von 12.830,77 DM streitig ist.

Zunächst hat sich das Gericht mit dem Einwand des Bekl. auseinandergesetzt, die fragliche Verbindung zu der 0190-Nummer durch seinen Telefonanschluss sei nicht ordnungsgemäß erfasst worden. Die vorangegangene Beschwerde des Bekl. hatte die Kl. zum Anlass genommen, eine Vollprüfung des Anschlusses des Bekl. durchzuführen, um etwaige Aufschaltungen Drit-

ter zu ermitteln. Diese Vollprüfung ergab keine Fehlerdiagnose, sodass nach dem Beweis des ersten Anscheins durch die Rechtsprechung vermutet wird, dass die Telefoneinheiten von dem Anschluss des Bekl. erfasst und verbraucht worden sind. Den Einwand der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB hat das Gericht ebenfalls abgelehnt. Unabhängig davon, ob es sich bei dem fraglichen Telefonat mit der 0190-Nummer um ein sog. Telefonsex-Gespräch gehandelt habe, muss zwischen den Diensten des Gesprächspartners und den Diensten des Telefondienstunternehmens differenziert werden.

Jedoch erkennt das Gericht eine Nebenpflichtverletzung der Kl. an, weil sie nicht nach einer Stunde von sich aus eine Verbindungtrennung unternommen hat. Wird eine Telefonverbindung nicht endgültig beendet,

ohne dass dem Telefonkunden dies auffällt, kann sich dieser sehr hohen Telefonkosten ausgesetzt sehen. Daher sei gem. § 241 II BGB der Anbieter gehalten, Schutzvorrichtungen zu treffen. Gegebenfalls muss sogar eine Zwangsunterbrechung bei länger andauernden Verbindung durch den Telefondienstanbieter vorgenommen werden, was technisch möglich ist und von der Regulierungsbehörde inzwischen auch gefordert wird. Aufgrund dieser Nebenpflichtverletzung der Kl. muss der Bekl. die Telefonkosten für das fragliche 0190-Telefonat, die eine Stunde der Telefonverbindung übersteigen, nicht bezahlen.

Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen eines Vertragsabschlusses müssen sich Parteien nicht nur die - regelmäßig wechselseitig - versprochenen Leistung (Haupt- und Nebenleistungspflichten) erbringen; vielmehr obliegt es in jedem Schuldverhältnis den Parteien, sich so zu verhalten, dass Personen, Eigentum, sonstige Rechtsgüter und auch das Vermögen des anderen Teils nicht verletzt wird (vgl. dazu BGH, NJW 1983, 2813). Die Verletzung solcher Nebenpflichten, die in jedem Vertrag oder sonstigem Schuldverhältnis bestehen, unabhängig vom sonstigen Inhalt, wurde früher über die gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitute der positiven Forderungsverletzung oder der culpa in contrahendo ersetzt.

Mit der Schuldrechtsreform vom 01. Januar 2002 hat der Gesetzgeber den Nebenpflichten, die früher nur allgemein aus den Grundsätzen von Treu und Glauben hergezo-gen wurden, in § 241 II BGB n.F. eine entsprechende gesetzliche Grundlage gegeben. Die Verletzung von Nebenpflichten wird nunmehr von § 280 I 1 BGB erfasst und gewährt dem Gläubiger einen Schadensersatzanspruch, auch bei Nebenpflichtverletzungen aus vorvertraglichen oder quasivertraglichen Schuldverhältnissen gem. § 311 II, III BGB.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *Flume*, NJW 2002, 3519

Leitsatz:

Dem Telefonnetzbetreiber obliegt die nebenvertragliche Verpflichtung aus dem Telefondienstvertrag, Verbindungen zu 0190-Service-nummern nach einer Stunde zu unterbrechen, um Kunden vor Schäden durch unbeabsichtigte Verursachung hoher Kosten zu schützen.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt den Bekl. auf Bezahlung ihrer Telefon-

rechnung für den Monat Januar 2000, die sich über insgesamt 14 913,40 DM beläuft, in Anspruch. Neben in der Berufungsinstanz unstreitig gestellten monatlichen Nettogrundgebühren 21,38 DM und ebenfalls mittlerweile unstreitig gestellten City-, Regional- und Deutschlandverbindungen von 4,23 DM weist die Rechnung einen Nettobetrag von 12 830,77 DM für eine am 20.01.2000 hergestellte, insgesamt 68 Stunden, 22 Minuten und 43 Sekunden andauernde Verbindung zu einer 0190-Service-nummer auf. An dem Anschluss des Bekl., der sich in einem in seinem Wohnhaus eingerichteten Büroraum befindet, ist ein von der Kl. früher vertriebenes kombiniertes Telefon-Telefaxgerät vom Typ „AF 310 T“ angeschlossen, das über einen eingebauten Raumlautsprecher verfügt, der durch Betätigen einer dafür vorgesehenen Taste eingeschaltet werden kann. Der Bekl. verfügt darüber hinaus in seinem Haus über einen zweiten Telefonanschluss zum Netz der Kl. mit einer anderen Rufnummer. Von diesem Anschluss aus wurden in den Monaten Mai bis November 1999 Gespräche zu 0190-Nummern mit monatlichen Gebühren von durchschnittlich 38 DM geführt. Den hier streitigen Anschluss nutzt der Bekl. nach seinem Vorbringen ohne Ausnahme als Faxanschluss.

Das LG hat den Bekl. zur Zahlung des Rechnungsbetrags 14913,40 DM nebst 4% Zinsen verurteilt und die Klage lediglich wegen der Zinsmehrforderung abgewiesen. Die Berufung des B hatte im Wesentlichen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Kl. kann — neben dem zwischen Parteien unstreitigen Gebührenaufkommen in Höhe 15,19 Euro (= 29,71 DM) — von dem Bekl. auf Grund zwischen den Parteien abgeschlossenen Telefondienstvertrags lediglich die Zahlung weiterer 111,24 Euro verlangen.

A. Ordnungsgemäße Erfassung der Telefonverbindung zur 0190-Service-nummer

Ohne Erfolg wendet sich der Bekl. allerdings gegen die Feststellung des LG, das in der Rechnung vom 2. 2. 2000 für die Verbindung zu der 0190-Service-nummer ausgewiesene Entgelt in Höhe von 12.830,77 DM netto sei ordnungsgemäß erfasst worden. Die Kl. hat die von dem Bekl. ihr gegenüber am 7. 2. 2000 telefonisch erhobenen Beanstandungen zum Anlass genommen, in der Zeit 7. 4. 2000 bis zum 8. 5. 2000 eine Vollprüfung der Telefoneinrichtung und der Gebührenerfassung durchzuführen. Wie der technische Mitarbeiter der Kl., der Zeuge 0, gegenüber dem Senat bestätigt beschränkte sich diese Untersuchung nicht nur auf die Telefoneinrichtungen im Hause des Bekl., sondern erfasste auch sämtliche dem Anschluss des Bekl. aus

erreichbaren technischen Einrichtungen in der Vermittlungsstelle sowie das Kabelnetz. Auch die Überprüfung des Hausverteilerkastens für den Telefonanschluss des Bekl. hat keinerlei Anhaltspunkte für eine so genannte „Aufschaltung“ eines Dritt-Telefonanschlusses ergeben. Vielmehr ergab die Überprüfung wie dies auch in den Prüfunterlagen dokumentiert ist, die Ordnungsmäßigkeit der technischen Einrichtungen. Nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen spricht unter diesen Umständen der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass die Telefoneinheiten dem Anschluss des Bekl. verursacht und auch verbraucht worden sind (vgl. zum Problemkreis OLG München, ArchivPT 1997, OLG Düsseldorf, ArchivPT 1998, 53; OLG Köln, NJW-RR 1998, 1363). Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Vollprüfung erst im April/Mai 2000 erfolgt ist. Insoweit hat Zeuge 0 vor dem Senat bestätigt, dass für den Zeitraum, in dem Gespräch geführt worden ist, keinerlei Fehlermeldungen aufgezeichnet worden seien, was aber der Fall gewesen wäre, falls es technische Fehler gegeben hätte. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich geworden, dass die Vollprüfung auf Grund des zeitlichen Abstands für die hier streitige Verbindung nicht oder nur eingeschränkt aussagekräftig sein könnte. Dem Bekl. ist es nicht gelungen, den damit gegen sprechenden Anscheinsbeweis zu erschüttern. [...]

B. Keine Unwirksamkeit des Verbindungsentgelts wegen Telefonsex gem. § 138 BGB

Es kann dahingestellt bleiben, ob die streitige Verbindung für ein Telefonsex-Gespräch genutzt worden ist, denn dies würde nicht zur Unwirksamkeit des Telefondienstvertrags nach § 138 BGB führen (BGH, NJW 2002, 361). Gleichwohl kann die Kl. von dem Bekl. lediglich ein Entgelt in der ausgerichteten Höhe verlangen. Für die am 20. 1. 2000 hergestellte und bis zum 23. 1. 2000 um 9:23:07 Uhr bestehende Langzeitverbindung zu der 0190-Service Nummer steht der Kl. nur ein Anspruch auf Zahlung für ein eine Stunde dauerndes Gespräch in Höhe von 111,24 Euro brutto zu.

Zwar ist, wenn wie hier davon auszugehen ist, dass die Verbindung die gesamte Zeit über bestanden hat, grundsätzlich der Kunde verpflichtet, die für diesen Zeitraum anfallenden Telefongebühren zu bezahlen. Dies ergibt sich aus § 5 TKV, wonach die Entgeltspflicht des Kunden sich nach dem gesamten Zeitraum des Bestehens der Telefonverbindung richtet. Die Kl. hat jedoch eine sich aus dem mit dem Bekl. abgeschlossenen Telefondienstvertrag ergebende Nebenpflicht verletzt. Sie wäre verpflichtet gewesen, zum Schutz ihres Kunden, des Bekl., eine automatische Abschaltung der Verbindung vorzunehmen, nachdem

diese für die Dauer einer Stunde bestand, auch wenn zum damaligen Zeitpunkt eine solche automatische Abschaltung nicht vorgesehen war. Der Senat schließt sich insoweit der Auffassung des LG Heidelberg in seinem Urteil vom 17. 5. 2002 (LG Heidelberg, NJW 2002, 2960) an. Jede Partei hat sich so zu verhalten, dass Personen, Eigentum, sonstige Rechtsgüter und auch das Vermögen des anderen Vertragsteils nicht verletzt werden, und hat dabei ihre Rechte schonend auszuüben (vgl. zum Problemkreis BGH, NJW 1983, 2813). Der Kunde geht, wenn er selbst eine Telefonverbindung hergestellt hat, davon aus dass die Verbindung beendet wird, sobald er den Hörer aufgelegt hat, und dass damit auch die entgeltspflichtige Leistung des Netzbetreibers beendet ist, also keine weiteren Gesprächsentgelte mehr berechnet werden. Die Kl. hat mit Schriftsatz vom 1. 8. 2001 verschiedene Möglichkeiten aufgezeigt, die zu einem versehentlichen Fortbestand der Verbindung führen können, wenn der Kunde meint, die Verbindung unterbrochen zu haben. Unter anderem soll bei Geräten mit Lautsprecherfunktion besondere Sorgfalt zur Beendigung der Verbindung zu beachten sein, da das einmalige Auflegen des Hörers nicht ausreiche. Entweder müsse der Hörer zweimal aufgelegt oder eine Funktionstaste gedrückt werden. Denkbar sind auch technische Defekte am Gerät des Kunden. Ferner besteht die Gefahr eines schadensträchtigen Handelns Dritter. Wird jedoch eine Telefonverbindung nicht entgütlich beendet, ohne dass dem Kunden dies auffällt, kann sich dieser — wie der vorliegende Fall zeigt — sehr hohen Forderungen ausgesetzt sehen, ohne dass er hierfür eine ihm nützliche Leistung erhält. Gerade bei den 0190-Sondernummern ist diese der Kl. bekannte Gefahr besonders groß. Da die Tarife für solche Telefondienstleistungen deutlich höher liegen als die sonstigen für Telefongespräche zu entrichtenden Entgelte, entspricht es einem redlichen Geschäftsverkehr und auch dem Vertragszweck, wenn der das Telefonnetz unterhaltende Vertragspartner Schutzvorkehrungen ergreift, um unbeabsichtigte Kosten für den Kunden soweit wie möglich zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, da die Kl. von Beginn des Gesprächs an und sodann alle weiteren 1 795 Sekunden, also jede halbe Stunde, Datensätze gebildet und somit schon nach einer Stunde bei ihr Informationen über eine Dauerverbindung vorlagen. Der Kunde kann in so einem Fall, in dem ersichtlich von dem Dienstesanbieter keine Leistungen mehr entgegengenommen werden, redlicherweise erwarten, dass diese Dauerverbindung von dem Telefonnetzbetreiber unterbrochen wird, was ohne weiteres technisch möglich ist. Unstreitig ist im März 2000 eine entsprechende Anweisung der Regulierungsbehörde veröffentlicht worden und seitdem

durch Zwangsunterbrechung nach einer Stunde sicher gestellt, dass kein Endverbraucher durch eigene Unachtsamkeit oder das Verhalten Dritter in dem hier vorliegenden Umfang geschädigt wird. Dabei spielt es für die Frage, ob eine derartige nebenvertragliche Schutzpflicht zu bejahen ist, keine Rolle, ob auf Seiten des Kunden, von dem die Telefonverbindung hergestellt worden ist, ein Bedienungsfehler seines Telefonapparats — wie er von der Kl. als möglich dargestellt ist — oder ein sonstiger technischer Defekt für die Nichtbeendigung der Verbindung ursächlich gewesen ist. Entscheidend ist vielmehr auf die generell denkbaren Ursachen, die zu einer hohen Telefonrechnung und damit zu einem hohen Schaden führen können, abzustellen.

Soweit die Kl. darauf hinweist, dass auch etwa Wasser-, Gas- und Stromversorgungsunternehmen solche Schutzpflichten nicht obliegen, hält der Senat die Sachverhalte in Bezug auf die Art der Leistung, die Gefahr der unbeabsichtigten Verursachung hoher Kosten und die technische Möglichkeit des Kundenschutzes nicht für vergleichbar.

Kunden, die die Dienste eines 0190-Serviceanbieters über mehr als eine Stunde in Anspruch nehmen wollen, ist es zuzumuten, sich in diesen Service erneut einzuwählen.

Gegen eine Schutzpflicht des Telefonnetzbetreibers zur Zwangsunterbrechung sprechen auch keine vertraglichen oder gesetzlichen Bindungen des Telefonnetzbetreibers gegenüber dem Telefondienstanbieter, wie etwa der sich aus § 9 I TKV ergebende Kontrahierungszwang. Während früher die Frage, welche Vertragsbeziehungen bei Inanspruchnahme von 0190-Rufnummern zwischen dem Kunden, dem Telefonnetzbetreiber und dem Diensteanbieter bestehen, in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert und beantwortet worden ist (vgl. hierzu Graf v. Westphalen/Grothe/Pohle, *Der Telefondienstvertrag*, 2001, S. 36 ff.), sind nach der Entscheidung des BGH vom 22. 11. 2001 (vgl. BGH, NJW 2002, 361) jedenfalls mindestens zwei unterschiedliche Vertrags- und Rechtsverhältnisse zu unterscheiden: die die technische Seite des Vorgangs betreffende und im Rahmen des Telefondienstvertrags zu erbringende Dienstleistung

des Telekommunikationsunternehmens (vgl. § 3 Nrn. 16, 19 TKG) und die die inhaltliche Seite des Vorgangs betreffende „weitere Dienstleistung“ des Telefondienstanbieters. Jedes dieser Vertragsverhältnisse ist rechtlich selbstständig, wobei sowohl das auf den Telefondienstvertrag in Verbindung mit der geltenden Preisliste gestützte Abrechnungsverhältnis des Telefonnetzbetreibers zu seinem Kunden als auch das auf der Zusammenschaltungsvereinbarung zu der Telekom beruhende Abrechnungsverhältnis zu dem Dienstanbieter von der konkret in Anspruch genommenen Dienstleistung — anders als bei herkömmlichen Inkassogeschäften — gelöst ist. Bei einer solchen Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen ist der Telefonnetzbetreiber dem Anbieter von Telefondiensten nur insoweit verpflichtet, als er selbst nicht gegen Verpflichtungen aus seinem Vertragsverhältnis zu seinem Kunden verstößt. Die von einem Telefonnetzbetreiber wegen seiner nebenvertraglichen Schutzpflicht gegenüber seinem Kunden zu verlangende automatische Abschaltung zu einer 0190-Service Nummer stellt sich demgemäß nicht als Verletzung vertraglicher Verpflichtungen gegenüber dem Telefondienstanbieter dar.

Da die Kl. die sich aus dem Vertragsverhältnis zu dem Bekl. ergebende nebenvertragliche Verpflichtung dadurch verletzt hat, dass sie die Verbindung zu der 0190-Nummer nicht nach einer Stunde abgeschaltet hat, kann der Bekl. dies im Rahmen des Schadensersatzes wegen positiver Vertragsverletzung dem von der Kl. geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Telefonentgelts entgegenhalten. Die Kl. hat den Bekl. so zu stellen, als wäre das Gespräch nach einer Stunde beendet worden, so dass der Kl. gegenüber dem Bekl. neben den unstreitigen Telefongebühren in Höhe von 15,19 Euro nur ein weiteres Entgelt für 1800 Tarifeinheiten in Höhe von 111,24 Euro ($1\ 800,00 \times 0,1042$ DM netto = 187,56 DM zuzüglich 16% Mehrwertsteuer in Höhe von 30,01 DM = 217,56 DM = 111,24 Euro) zusteht. Zusammen mit dem unstreitigen Rechnungsbetrag in Höhe von 15,19 Euro errechnet sich daher ein Zahlungsanspruch der Kl. in Höhe von 126,43 Euro.

Standort: ZPO**Problem: Prüfungsumfang bei Zuständigkeit gem. § 32 ZPO**

BGH, BESCHLUSS VOM 10.12.2002

X ARZ 208/02 (NJW 2003, 828)

Problemdarstellung:

Mit diesem Beschluss schafft der BGH endgültig Klarheit bezüglich der Prüfungskompetenz eines Gerichts, das aufgrund seiner örtlichen Zuständigkeit gem. § 32 ZPO (Gerichtsstand der unerlaubten Handlung) angerufen worden ist.

Nach der früheren Rechtsprechung des BGH ist bei einer Konkurrenz mehrerer Klagegründe (materiell-rechtlicher Ansprüche) die Zuständigkeit für jeden Einzelnen gesondert zu prüfen. Traf z.B. die Verletzung einer Vertragspflicht mit einer unerlaubten Handlung zusammen und war im Gerichtsstand von § 32 ZPO geklagt worden, so konnte danach das Gericht nur über den Deliktsanspruch sachlich entscheiden, nicht aber auch den zugleich vorliegenden vertraglichen Anspruch. Vielmehr musste für solche Anspruchsgrundlagen vor einem anderen Gericht nochmals geklagt werden.

Nach der Neufassung von § 17 II 1 GVG vom 01.01.1991 wurde diese Rechtsprechung in der Literatur heftig kritisiert; denn nach § 17 II GVG n.F. soll nunmehr das Gericht den fraglichen Streitgegenstand unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten überprüfen. Folglich wurde in der Literatur gefordert, dass im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung gem. § 32 ZPO umfassend alle Ansprüche, auch nicht-deliktsche, zu prüfen sind (Zöller/Vollkommer, 23. Aufl., § 32 ZPO Rz. 20).

Mit der vorliegenden Entscheidung schließt sich der BGH dieser kritischen Literaturansicht an und ändert - in Anbetracht der Neufassung von § 17 II 1 GVG - seine Rechtsprechung zur Prüfungskompetenz beim Gerichtsstand i.S.d. § 32 ZPO. Maßgeblicher Gesichtspunkt ist dabei, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung zum Ausdruck bringen wollte, dass das Interesse an einer möglichst schnellen und einfachen Beilegung des Rechtsstreits höher zu bewerten ist als das Anliegen, das Bestehen von Rechten stets von demjenigen Gericht beantworten zu lassen, das zu der jeweiligen Rechtsmaterie die engsten Beziehungen hat. Darin liegt auch kein Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG (Anspruch auf den gesetzlichen Richter).

Prüfungsrelevanz:

Soweit im ersten Staatsexamen zivilprozessuale Fra-

gen gestellt werden, erfolgen diese regelmäßig als Zusatzfragen im Rahmen der Klausur oder als Teil der mündlichen Prüfung. Denn von den examensrelevanten Nebengebieten ist das Zivilprozessrecht das Wichtigste. Von jedem Prüfling wird erwartet, dass er grundlegende Kenntnisse über das zivilprozessuale Verfahren vorweisen kann.

Zu diesen grundlegenden Kenntnissen gehört u.a. die Frage nach der Zuständigkeitsverteilung der Gerichte. Man unterscheidet dabei zwischen funktioneller, sachlicher und örtlicher Zuständigkeit. Die funktionelle Zuständigkeit übernimmt die Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Gerichten und ist im GVG geregelt; so gehört zur Aufgabenverteilung die Bestimmung der Gerichte für die erste Instanz, für das Berufungs- und Revisionsverfahren.

Die sachliche Zuständigkeit gem. §§ 1 ZPO, 23 ff., 72 GVG verteilt die Aufgabe der ersten Instanz zwischen den Amts- und Landgerichten, was grundsätzlich eine Streitwert abhängige Frage ist. Die Streitwertgrenze liegt zur Zeit bei 5.000,- €.

Die örtliche Zuständigkeit gem. §§ 12 ff. ZPO regelt die Frage, welches der verschiedenen Amts- oder Landgerichte zuständig ist. Dabei unterscheidet man ausschließliche Gerichtsstände (z.B. § 29a ZPO), die allen anderen vorgehen, sowie besondere (z.B. § 32 ZPO) und allgemeine Gerichtsstände (§§ 12 ff. ZPO), zwischen denen wiederum ein Wahlrecht des Klägers gem. § 35 ZPO besteht.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2002, 1425; *OLG Hamm*, NJW-RR 2002, 1291

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Versehen"

Assessorkurs: "Die Fahrt zum Fest"

Leitsatz:

Nach In-Kraft-Treten von § 17 II GVG in der Fassung des Gesetzes vom 17. 12. 1990 hat das nach § 32 ZPO örtlich zuständige Gericht den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, wenn im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Rahmen der Darlegung eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung ein einheitlicher prozessualer Anspruch geltend gemacht wird.

Sachverhalt:

Die Ast. will die Bekl. als Gesamtschuldner im Wege des Gesamtschuldner-Regresses in Anspruch nehmen. Nach ihrer Darstellung beruht ihr Begehren auf folgender Begebenheit:

Zwischen einem Rettungswagen der Ast. und einem von dem in H. wohnenden Ag. zu 2 gelenkten Pkw kam es in H. zu einem Verkehrsunfall. Halter des geleasteten Pkw war die in P. ansässige Ag. zu 1. Die Ast. ersetzte der Leasinggeberin den am Leasingfahrzeug entstandenen Schaden in voller Höhe. Sie meint, die Ag. hätten sich jedenfalls in Höhe einer Haftungsquote von 30% (entsprechend 2541,90 Euro) an den ihr auf diese Weise entstandenen Kosten zu beteiligen. Die Ast. hat am 10. 4. 2002 bei dem OLG Hamburg beantragt, für die beabsichtigte Klage einen gemeinsamen Gerichtsstand zu bestimmen. Das OLG möchte diesen Antrag ablehnen, weil seiner Ansicht nach ein gemeinsamer besonderer Gerichtsstand besteht. An dem gem. § 32 ZPO begründeten Gerichtsstand der unerlaubten Handlung in H. könnten auch konkurrierende Ansprüche aus § 426 I BGB geltend gemacht werden. Das OLG sieht sich an der beabsichtigten Entscheidung gehindert durch den Beschluss des Senats (NJW 2002, 1425) und durch Entscheidungen verschiedener anderer Oberlandesgerichte. Der Antrag auf Bestimmung des zuständigen Gerichts wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:**A. Zulässigkeit der Vorlageentscheidung**

Die Vorlage ist nach § 36 III 1 ZPO zulässig. Die vom vorlegenden OLG vertretene Rechtsauffassung, wonach im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung auch über konkurrierende materiell-rechtliche Ansprüche nicht deliktsrechtlicher Art entschieden werden darf, steht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH (z. B. BGH, VersR 1980, 846; NJW 1986, 2436 [2437]) aus der Zeit vor In-Kraft-Treten von § 17 II GVG i. d. F. des Gesetzes vom 17. 12. 1990 (BGB1 1, 2809; im Folgenden: n. F.) und der Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte (OLG Hamm, NJW-RR 2002, 1291; KG, KG-Report 1995, 202; OLG Köln, NJW-RR. 2001, 55 = MDR 2000, 170).

B. Unbegründetheit der Vorlageentscheidung

Der Antrag auf Bestimmung eines gemeinsamen Gerichtsstands ist unbegründet. Die Voraussetzungen des § 36 I Nr. 3 ZPO sind nicht erfüllt. Für alle materiellen Ansprüche, die mit der beabsichtigten Klage geltend gemacht werden sollen, ist ein gemeinsamer Gerichtsstand am Ort des Unfalls (H.) begründet.

I. Voraussetzungen für eine örtliche Zuständigkeit gem. § 32 ZPO

Voraussetzung für die örtliche Zuständigkeit nach § 32 ZPO ist, dass der Kl. sein Begehren auf eine unerlaubte Handlung stützt, das heißt dass er einen materiellen Anspruch aus unerlaubter Handlung darlegt (vgl. Senat, NJW 2002, 1425). Eine dadurch begründete örtliche Zuständigkeit erstreckt sich nach dem Wortlaut der Bestimmung auf die „Klage“. Der Gesetzeswortlaut knüpft damit insoweit nicht an materiell-rechtliche Kategorien an, sondern an den mit der Klage geltend gemachten prozessualen Streitgegenstand. Wird bei Darlegung einer unerlaubten Handlung mit der hierauf gestützten Klage ein einheitlicher prozessualer Anspruch geltend gemacht, hat das insoweit örtlich zuständige Gericht deshalb den Rechtsstreit nicht nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung, sondern unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen und zu entscheiden.

II. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Das ist auch hier der Fall. Die Darlegung der Ast. ergibt, dass gegen beide Ag. sowohl ein im Wege der Legalzession nach § 426 II BGB erworbener materieller Schadensersatzanspruch nach dem StVG, für den die örtliche Zuständigkeit teils nach § 32 ZPO am Unfallort H. begründet ist, als auch ein Ausgleichsanspruch nach § 426 I BGB in Betracht kommt. Die hiernach möglichen materiellen Rechte bilden einen einheitlichen prozessualen Anspruch. Nach heutigem Verständnis sind hierfür maßgeblich der Klageantrag, in den sich die vom Kl. in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und der Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), dem der Kl. die begehrte Rechtsfolge herleitet (st. Rspr., z.B. BGHZ 117, 1 [5] = NJW 1992, 1172 m.w. Nachw.; auch Senat, NJW 2000, 3492 [3493]). Insoweit decken sich die hier in materieller Hinsicht einmal auf das StVG i. V. mit § 426 II BGB, zum anderen auf § 426 I BGB gestützten Begehren. Der materielle Anspruch aus § 426 I BGB ist zwar zunächst darauf gerichtet, dass der andere Gesamtschuldner seinem Anteil entsprechend zur Befriedigung des Gläubigers mitwirkt, also, bei Fälligkeit der Schuld den seinem Anteil entsprechenden Betrag an den Gläubiger zahlt und dadurch so handelt, dass es überhaupt nicht zu einem Rückgriff zu kommen braucht (st. Rspr., BGH, NJW 1986, 978 [979]; RGZ 79, 288 [290, 291]). Sobald ein Gesamtschuldner mehr als den von ihm im Innenverhältnis geschuldeten Anteil an den Gläubiger gezahlt hat, kann jedoch unter Berufung auf ein und denselben Sachverhalt derselbe Klageantrag sowohl nach dem StVG i.V. mit § 426 II BGB als auch nach § 426 I BGB begründet sein.

III. Abänderung der früheren Rechtsprechung

Soweit vor In-Kraft-Treten des § 17 II GVG n. F. in der Rechtsprechung des BGH — dem RG (RGZ 27, 385) folgend - aus § 32 ZPO entnommen wurde, im Gerichtsstand der erlaubten Handlung dürfe trotz Geltendmachung eines einheitlichen prozessualen Anspruchs nur über die deliktsrechtlichen materiellen Anspruchsgrundlagen entschieden werden (BGH, NJW 1986, 2436 [2437]; VersR 1980, 846, v. m. w. Nachw.; vgl. auch BGHZ 98, 362 = NJW 1987, 2; BGH, NJW 1983, 1799), kann hieran nicht mehr festgehalten werden. Die dieser Auffassung zu Grunde liegende Auslegung von § 32 ZPO, die zur Folge hat, dass dasselbe Begehren im allgemeinen Gerichtsstand des Bkl. unter Berufung auf nicht deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen erneut geltend gemacht werden kann (BGH, VersR 1978, 59), ist in Anbetracht von § 17 II GVG in der seit dem 1. 1. 1991 geltenden Fassung nicht mehr sachgerecht.

I. Sinn der Neuregelung von § 17 II GVG

Nach dieser Vorschrift muss ein Gericht, zu dem für ein bestimmtes Begehren der Rechtsweg eröffnet ist, den Streitgegenstand auch unter anderen, an sich nicht zur Zuständigkeit seines Rechtswegs gehörenden rechtlichen Gesichtspunkten prüfen und entscheiden. Hierdurch wird vermieden, dass über denselben Streitgegenstand zu mehreren Verfahren in verschiedenen Gerichtszweigen kommt (BGHZ 114, 1 [2] = W 1991, 1686). Dabei wird in Kauf genommen, dass das zur Entscheidung berufene Gericht über Sachverhalt und Rechtsfragen zu befinden hat, die nicht zu seinem angestammten Zuständigkeitsbereich gehören und für die ein anderer Gerichtszweig möglicherweise größere Sachnähe besäße. Der darin zum Ausdruck kommende Rechtsgedanke muss im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit ebenfalls zur Anwendung kommen. Wenn nach der Entscheidung des Gesetzgebers ein Gericht befugt und verpflichtet ist, über „rechtswegfremde“ Anspruchsgrundlagen zu entscheiden, muss es erst recht befugt sein, über in seine Rechtswegzuständigkeit fallende Anspruchsgrundlagen zu entscheiden, für sich gesehen seine örtliche Zuständigkeit nicht begründen würden. Diesem Unstimmigkeiten zwischen den Regelungsbereichen von § 32 ZPO einerseits und § 17 II GVG n.F. andererseits vermeidenden Schluss steht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 17. 12. 1990 nicht entgegen. Danach sollten die Regelungen der ZPO über Verweisungen wegen örtlicher und sachlicher Zuständigkeit von den Regelungen über die Rechtswegzuständigkeit unberührt bleiben. Das zielte insbesondere auf § 281 ZPO, nicht auf § 32 ZPO; denn diese Vorschrift bein-

haltet keine Regelung über Verweisungen; sie betrifft die einer Verweisung vorgelagerte Frage, ob ein Gericht zur Entscheidung zuständig ist. Zwischen der Frage, ob ein Gericht als örtlich zuständiges entscheiden darf, und der Frage, wie im Falle der Unzuständigkeit zu verfahren besteht auch kein Zusammenhang, der es verlangte, von einer der Sache nach gebotenen Auslegung in dem einen Bereich abzusehen, solange die Regelungen im anderen Bereich unverändert bleiben.

2. Auseinandersetzung mit den Kritikern

Allerdings haben sich auch nach In-Kraft-Treten von § 17 II GVG n. F. zahlreiche Stimmen für eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung zu § 32 ZPO ausgesprochen (vgl. die bereits zitierten Entscheidungen verschiedener Oberlandesgerichte; ferner OLG Hamburg, OLG-Report 1996, 347 [348], sowie aus der Literatur Patzina, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 19; Musielak, ZPO, 3. Aufl., § 12 Rdnrn. 8 ff. u. § 32 Rdnr. 10; Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 32 Rdnr. 17). Die hierfür angeführten Gründe stehen einer Auslegung des § 32 ZPO nach Maßgabe des § 17 II GVG in der seit dem 1. 1. 1991 geltenden Fassung jedoch nicht entgegen (im Ergebnis ebenso: Bay-ObLG, NJW-RR 1996, 509; OLG Koblenz, ZMR 1997, 77; OLG Frankfurt, NJW-RR 1996, 1341; OLG Hamburg, MDR 1997, 884; OLG Köln, NJW-RR 1999, 1081 [1082]; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 727; KG, NJW-RR 2001, 62; Zimmermann, ZPO, 5. Aufl., § 32 Rdnr. 5; Zöller/Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., § 12 Rdnr. 21 u. § 32 Rdnr. 20; Rosenberg/Schwab, ZivilprozessR, 15. Aufl., § 36 VI 2, 5. 181; Schwab, in: Festschr. f. Zeuner, 1994, 5. 499, 505ff.; Hoffmann, ZJP 107 [1994], 3 [11 ff.]).

Maßgeblicher Gesichtspunkt ist, dass der Gesetzgeber durch § 17 II GVG n. F. zum Ausdruck gebracht hat, dass das Interesse an einer möglichst schnellen und einfachen Beilegung des Rechtsstreits höher zu bewerten ist als das Anliegen, das Bestehen von Rechten stets von demjenigen Gericht beantworten zu lassen, das zu der jeweiligen Rechtsmaterie die engsten Beziehungen hat. Das kann seitdem auch bei der Auslegung von § 32 ZPO nicht unberücksichtigt bleiben. Denn auch im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit besteht die durch § 17 II GVG n. F. im Sinne der Prozessökonomie gelöste Interessenlage. Auch hier könnte es — wie ausgeführt — ansonsten dazu kommen, dass derselbe Streitgegenstand mehrfach Gegenstand eines Rechtsstreits werden kann.

3. Irrelevanz der Möglichkeit zur Klage am allgemeinen Gerichtsstand

Demgegenüber ist nicht entscheidend (so aber OLG

Hamburg, OLG-Report 1996, 347 [348]; OLG Karlsruhe, TranspR 1997, 166 [167]; Peglau, MDR 2000, 723; Spickhoff, ZZP 109 [1996], 493 [498]; Würthwein, ZZP 106 [1993], 51 [76]), dass der Kl. im Zivilprozess — anders als in den Fällen des § 17 II GVG n. F. — jedenfalls bei Inanspruchnahme lediglich eines Bekl. — die Möglichkeit hat, eine einheitliche Entscheidung über alle Anspruchsgrundlagen herbeizuführen, indem er im allgemeinen Gerichtsstand des Bekl. klagt. Der Kl. braucht diese Möglichkeit nämlich nicht zu nutzen; für ihn mag es im Einzelfall sogar verlockend sein, eine „zweite Chance“ zu haben. Demgegenüber ist der Bekl. regelmäßig und berechtigterweise daran interessiert, dass er nach einer ersten Klage und deren Abweisung nicht erneut mit demselben, auf denselben Sachverhalt gestützten Begehren gerichtlich konfrontiert werden kann.

Vor diesem Hintergrund vermag es auch nicht zu überzeugen, wenn eine umfassende Entscheidungsbefugnis des Gerichts im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung als unberechtigte Bevorzugung des Kl. angesehen wird (so aber OLG Köln, NJW-RR 2001, 55; Peglau, MDR 2000, 723; Würthwein, ZZP 106 [1993], 51 [75 f.]). Die vor In-Kraft-Treten von § 17 II GVG n. F. in der Rechtsprechung des BGH zu § 32 ZPO vertretene Meinung wie die nunmehr vorgenommene Auslegung der Bestimmung bieten sowohl für den Kl. als auch für den Bekl. Vor- und Nachteile (vgl. Vollkommer, in: Festschr. f. Deutsch, 1999, 5, 385, 398; Windel, ZZP 111 [1998], 3 [14]). Keiner dieser Nachteile ist so gravierend, dass die eine oder andere Lösungsmöglichkeit von vornherein ausschiede. Im Ergebnis gibt deshalb die in § 17 II GVG in der seit dem 1. 1. 1991 geltenden Fassung zum Ausdruck kommende sachbezogene Wertung den Ausschlag zu Gunsten einer umfassenden Entscheidungskompetenz des berechtigterweise angerufenen Gerichts des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung. Hieran ändert auch die verschiedentlich hervorgehobene Gefahr einer missbräuchlichen Erschleichung von Zuständigkeiten (OLG Hamburg, OLG-Report 1996, 347 [348]; Spickhoff, ZZP 109 [1996], 493 [502]; Würthwein, ZZP 106 [1993], 51 [76]) nichts. Ihr wird schon dadurch begegnet, dass die Zuständigkeit nach § 32 ZPO nur dann besteht, wenn der Kl. einen Anspruch aus unerlaubter Handlung darlegt (Senat, NJW 2002, 1425). Hat der Kl. seiner Darlegungslast insoweit genügt und ist lediglich ein einheitlicher Streitgegenstand zu beurteilen, führt eine Klage im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung überdies regelmäßig dazu, dass der Streit insgesamt von einem ortsnahen Gericht erledigt werden kann, was die zu beurteilenden Handlungen anbelangt. Das dient nicht nur der Prozessökono-

mie, sondern kann auch eine sachgerechte Entscheidung des Einzelfalls fördern.

4. *Kein Verstoß gegen internationale Zuständigkeiten*

Der vorgenommenen Auslegung von § 32 ZPO steht die Rechtsprechung des BGH zur internationalen Zuständigkeit nicht entgegen. Danach ist die Entscheidungsbefugnis der deutschen Gerichte allerdings auf deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen beschränkt, soweit § 32 ZPO zur Begründung der internationalen Zuständigkeit herangezogen wird (BGHZ 132, 105 [112f.] = NJW 1996, 1411; zur entsprechenden Rechtsprechung des EuGH zu Art. 5 EuGVÜ vgl. EuGH, NJW 1988, 3088 [3089]). Die Entscheidung über die internationale Zuständigkeit ist aber mit besonders weit reichenden Konsequenzen verknüpft. Von ihr hängt ab, welche nationalen Vorschriften für das Verfahrensrecht und das Kollisionsrecht anwendbar sind. Auch unabhängig davon ist es für die Beteiligten in aller Regel von besonderer Bedeutung, ob sie in ihrem Heimatstaat oder im Ausland vor Gericht stehen (vgl. BGHZ 132, 105 [113f.] = NJW 1996, 1411). Schon die Entscheidung, ob im Inland die ordentlichen Gerichte oder die 'Gerichte eines anderen Rechtswegs zuständig sind, ist demgegenüber von deutlich geringerem Gewicht. Erst recht gilt dies, wenn es allein um die örtliche Zuständigkeit innerhalb desselben Gerichtszweigs geht. Die Folge, dass die Entscheidungsbefugnis des Gerichts weniger weit reicht, wenn § 32 ZPO nicht für die örtliche, sondern für die internationale Zuständigkeit maßgeblich ist, kann deshalb hingenommen werden. Zwar leitet sich nach innerstaatlichem Recht die internationale Zuständigkeit gesetzestechisch aus der örtlichen Zuständigkeit ab. Dennoch bleibt die internationale Zuständigkeit eine selbstständige Prozessvoraussetzung, bei der sich im Vergleich zur örtlichen Zuständigkeit unterschiedliche Interessen der Parteien ergeben können und zu beachten sind.

5. *Kein Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Anspruch auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 I 2 GG*

Die vorgenommene Auslegung von § 32 ZPO steht schließlich auch nicht im Widerspruch zu Art. 101 I 2 GG. Diese Vorschrift verlangt, dass sich der für den Einzelfall zuständige Richter möglichst eindeutig aus einer allgemeinen Norm ergibt (BVerfGE 48, 246 [253] = NJW 1978, 2499). Ist die Zuständigkeit in einem förmlichen Gesetz geregelt, sind die insoweit geltenden allgemeinen Auslegungsgrundsätze heranzuziehen. Danach hat sich die Auslegung nicht auf den Wortlaut der Norm zu beschränken; zur Erfassung

ihres Sinns sind vielmehr auch alle anderen Auslegungskriterien heranzuziehen (BVerfGE 48, 246 [254] = NJW 1978, 2499). Sie ergeben hier — wie ausgeführt — eine umfassende Entscheidungszuständigkeit im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob Art. 101 I 2 GG es zulässt, von einer ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Auslegung einer Zuständigkeitsnorm ohne Anlass abzuweichen. Ein solcher Fall ist hier nämlich nicht gegeben. Der Wortlaut des § 32 ZPO ist zwar unverändert geblieben. Durch das Inkraft-Treten des § 17 II GVG n. F. ist die Norm aber in einen anderen Regelungszusammenhang gestellt worden. Dies erlaubt und gebietet, sie in anderem Sinne auszulegen als es in der Rechtsprechung des BGH bis dahin geschehen ist.

6. Kein Bedürfnis zur Vorlage an den Großen Senat

§ 132 II GVG hindert nicht, dass der für Gerichtsstandsbestimmungen geschäftsplanmäßig zu-

ständige X. Zivilsenat die gebotene Entscheidung ohne Vorlage an den Großen Senat trifft. Auch dies folgt aus dem soeben Ausgeführten. Durch Inkraft-Treten von § 17 II GVG n. F. stellt sich die Rechtsfrage der Tragweite von § 32 ZPO auf Grund einer geänderten Gesetzeslage neu; bis dahin ergangene Entscheidungen anderer Senate des BGH sind gleichsam überholt. Wie bei anderem zu Grunde liegendem Sachverhalt fehlt es mithin an der nach § 132 II GVG erforderlichen Identität der Rechtslage (vgl. BVerfG, NStZ 1993, 90; BVerfG, NStZ 1995, 76).

III. Ergebnis

Da nach allem im vorliegenden Fall gem. § 32 ZPO für alle geltend zu machenden Anspruchsgrundlagen ein gemeinsamer Gerichtsstand in H. besteht und es deshalb einer Bestimmung des örtlich zuständigen Gerichts nicht bedarf, ist der Antrag auf Zuständigkeitsbestimmung kostenpflichtig (vgl. BGH, NJW 1987, 757 = MDR 1987, 735) durch den nach § 36 III 2 ZPO zur Entscheidung berufenen BGH zurückzuweisen.

Standort: Kreditsicherungsrecht

Problem: Sicherungsumfang der Grundschuld

BGH, URTEIL VOM 26.11.2002
XI ZR 10/00 (NJW 2003, 885)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit dem Umfang einer Sicherungszweckerklärung auseinandersetzen.

Der Kl. hatte zur Sicherung eines Darlehens der Bekl. in einer notariellen Urkunde eine Grundschuld bestellt und die persönliche Haftung mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung übernommen; laut dieser notariellen Urkunde sollten dadurch alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bekl. abgesichert werden. Bei der Darlehensgewährung für die Finanzierung eines Hotelapartements war der Bekl. jedoch nicht ordnungsgemäß über sein Haustür-Widerrufsrecht gem. § 1 I HWiG a.F. (= § 312 BGB n.F.) belehrt worden. Nach Darlehensvaluierung widerrief der Kl. den Darlehensvertrag. Jedoch betreibt die Bekl. trotzdem aus der notariellen Urkunde die Zwangsvollstreckung.

Der BGH stellte zunächst fest, dass der Widerruf des Kl. bezüglich seines Realkredits wirksam war, da nach der europäischen Rechtsprechung des EuGH der deutsche Ausschluss einer solchen Widerrufbarkeit gem. §§ 5 II HWiG, 3 II Nr. 2 VerbrKrG rechtswidrig war (vgl. BGH, NJW 2003, 199; Neufassung von §§ 491, 506 BGB).

Infolge dieses Widerrufs stehen nun aber der Bekl. Darlehensrückforderungsansprüche gem. § 3 HWiG a.F. (= §§ 357 I, 346 I BGB n.F.) zu, die von der notariellen Sicherungsurkunde erfasst werden. Eine solche weite Sicherungszweckerklärung sichert im Falle der Unwirksamkeit des Darlehens auch die dann sich ergebenden gesetzlichen Ansprüche ab, also auch § 3 HWiG a.F.

Schließlich erklärte der BGH noch, dass eine Notarsvollmacht, die formularmäßig auch das Recht zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen enthält, nicht gegen § 3 AGBG a.F. (= § 305 c I BGB n.F.) verstößt, da sie der Praxisüblichkeit bei Kreditvergaben durch Banken entspricht.

Prüfungsrelevanz:

In examensrelevanter Hinsicht ist dieses Urteil in mehrfacher Hinsicht lesenswert, da es einen Querschnitt durch verschiedene, gängige Rechtsprobleme bietet.

Da ist zunächst die Änderung hinsichtlich der Widerrufbarkeit von Realkreditgeschäften an der Haustür. Nach früherem Recht (§§ 5 HWiG, 3 II Nr. 2 VerbrKrG a.F.) gab es bei solchen Fällen kein Widerrufsrecht, was der EuGH dann aber als europarechtswidrig bewertet hat. Der deutsche Gesetzgeber hat darauf reagiert und die Vorschriften der §§ 491, 506

BGB neu geregelt, um auch bei Realkrediten stets ein Widerrufsrecht einzuräumen.

Des Weiteren wird auf Aufklärungspflichten von Banken gegenüber ihren Kunden, was das Risiko des von ihnen finanzierten Geschäfts angeht, erörtert unter dem Gesichtspunkt eines Verschuldens bei Vertragsabschlusses (= §§ 311 II, 241 II, 280 I 1 BGB n.F.).

Außerdem wird zur Reichweite von Sicherungsabrede bezüglich nicht-akzessorischer Kreditsicherungsmittel Stellung genommen. Dabei ist festzuhalten, dass eine Ausdehnung der Kreditsicherheit auch auf etwaige gesetzliche Ansprüche nur erfolgen kann, wenn dies entsprechend der Abrede entnommen werden kann.

Schließlich findet noch eine AGB-Prüfung statt (= §§ 305 ff. BGB n.F.), die sich schwerpunktmäßig mit dem Verbot überraschender Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschäftigt und eine Praxisüblichkeit als Rechtfertigungsgrund ausreichen lässt.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *BGH*, NJW 2003, 424

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der verschwendungssüchtige Schuldner"

Leitsätze:

1. Die formularmäßige Vollmacht, die auch eine persönliche Haftungsübernahme und Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung im Rahmen einer Grundschuldbestellung umfasst, verstößt nicht gegen § 3 AGBG.

2. Eine Grundschuld und eine persönliche Haftungsübernahme mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sichern im Falle einer weiten Sicherungszweckerklärung des mit dem Schuldner identischen Grundschuldbestellers bei einem wirksamen Widerruf eines Darlehensvertrags auch Ansprüche des Kreditgebers aus § 3 HWiG a. F.

Sachverhalt:

Der Kl. wendet sich gegen die Zwangsvollstreckung der bekl. Volksbank aus einer vollstreckbaren notariellen Urkunde über die Bestellung einer Grundschuld. Zur Finanzierung des Kaufpreises über 199 970,05 DM für ein Hotelappartement nahm der Kl. bei der Bekl. im März 1994 zwei Darlehen über insgesamt 210 000 DM auf. Außerdem gewährte ihm

die Bekl. einen Kontokorrentkredit über 5000 DM. Bei Abschluss der Darlehensverträge erfolgte keine Widerrufsbelehrung nach dem Haustürgeschäftswiderrufgesetz (HWiG). Zur Absicherung der Kredite bestellte der durch die bevollmächtigte Notariatsangestellte vertretene Kl. eine Grundschuld über 215 000 DM zu Gunsten der Bekl., übernahm wegen des Grundschuldbetrags nebst Zinsen, Kosten und Nebenleistungen die persönliche Haftung und unterwarf sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen. Nach der vom Kl. selbst unterzeichneten Zweckerklärung mit Übernahme der persönlichen Haftung sichert die Grundschuld alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bekl. Der Kl. hat den Kaufvertrag über das Hotelappartement und die Darlehensverträge am 1. 8. 1997 wegen arglistiger Täuschung angefochten und die Darlehensverträge außerdem am 16. 1. 1998 gem. § 1 HWiG in der bis 30. 9. 2000 geltenden Fassung widerrufen. Er macht insbesondere geltend, er sei durch einen für die Bekl. tätigen Vermittler, der ihn mehrfach unaufgefordert in seiner Wohnung aufgesucht habe, zum Abschluss des Kaufvertrags und zur Darlehensaufnahme bei der Bekl. überredet worden. Der Kl. macht im Übrigen im Wesentlichen geltend, die Bekl., die alle Umstände des risikoreichen Geschäfts gekannt habe, treffe ein Aufklärungsver schulden insbesondere über die fehlende Werthaltigkeit der Mietgarantie. Auch habe sie das Auftragsverhältnis verletzt, weil sie die Darlehenssumme ohne Beachtung der im Mietgarantievertrag vorgesehenen Begrenzung der zu zahlenden Mietgarantiegebühr auf 20% jährlich ausgezahlt habe.

Das LG hat der Klage stattgegeben, soweit die Bekl. in das persönliche Vermögen des Kl. vollstrecken will, das BerGer. hat sie in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision verfolgte der Kl. seinen Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter. Der erkennende Senat hat das Revisionsverfahren bis zur Entscheidung des EuGH über ein Vorabentscheidungsersuchen in dem Verfahren XI ZR 91/99 (NJW 2000, 521 = WM 2000, 26) ausgesetzt, das mittlerweile (NJW 2002, 281 = NZM 2002, 189 L = WM 2001, 2434) abgeschlossen ist. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat zur Begründung seiner klageabweisenden Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Es könne dahingestellt bleiben, ob die Zwangsvoll-

streckung allein schon im Hinblick auf die Kontokorrentverbindlichkeiten des Kl. berechtigt sei, weil insoweit nach ordnungsgemäßer Belehrung ein rechtzeitiger Widerruf des Kl. nicht erfolgt sei. Hinsichtlich der weiteren beiden Darlehensverträge über insgesamt 210 000 DM stehe dem Kl. kein Widerrufsrecht nach dem HWiG zu. Dessen Vorschriften und damit auch § 1 HWiG seien wegen der Vorrangregelung in § 5 II HWiG auf nach § 3 II Nr. 2 VerbrKrG privilegierte Realkredite wie hier nicht anwendbar.

Der Kl. habe die Darlehensverträge auch weder wirksam angefochten, noch stehe ihm ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch wegen Verletzung von Aufklärungspflichten gegen die Bekl. zu. Aus den der Bekl. bekannten Umständen habe diese insbesondere nicht schließen müssen, dass das Gesamtkonzept wirtschaftlich nicht tragfähig sein könne. Der Kl. habe auch nicht unter Beweis gestellt, dass der Bekl. die angebliche Wertlosigkeit der Mietgarantie und der zu ihrer Absicherung gestellten Bürgschaft bekannt gewesen seien. Ansprüche des Kl. wegen Verletzung des Auftragsverhältnisses durch die Bekl. bestünden ebenfalls nicht.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält in einem entscheidenden Punkt der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Kein Schadensersatzanspruch des Kl. aus Verschulden bei Vertragsabschluss (= §§ 311 II Nr. 1, 241 II, 280 I 1 BGB n.F.)

Das BerGer. hat allerdings zu Recht einen dem Anspruch der Bekl. entgegengesetzten Schadensersatzanspruch des Kl. aus Verschulden bei Vertragsabschluss verneint.

1. Keine Aufklärungspflicht der Bekl. über Bonität des Bürgen

Entgegen der Ansicht der Revision musste die Bekl. den Kl. nicht darüber aufklären, dass der Verkäufer P, der sich für die gegenüber dem Kl. eingegangene Mietgarantie verbürgt hatte, bei einem Partnerinstitut der Bekl. hoch verschuldet gewesen sei. Es war Sache des Kl., sich über die Bonität des Bürgen zu informieren und notfalls — wenn es ihm entscheidend darauf ankam — Auskünfte einzuholen. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des BerGer. durfte die Bekl. davon ausgehen, dass die Bürgschaftssumme aus dem Erlös der an den Kl. und andere Käufer veräußerten Appartements zur Verfügung stehen werde.

2. Keine Aufklärungspflicht der Bekl. bezüglich

der Werthaltigkeit der Mietgarantie

Hinreichende Tatsachen dafür, dass die Bekl. einen zur Aufklärung des Kl. verpflichtenden besonderen Gefährdungstatbestand geschaffen oder dass sie sich in schwerwiegende Interessenkonflikte verwickelt haben könnte, hat der Kl. in den Tatsacheninstanzen nicht unter Beweis antritt vorgetragen. Er hat insbesondere nicht unter Beweis gestellt, dass der Bekl. die angeblich fehlende „Werthaltigkeit“ der Mietgarantie bekannt gewesen sei.

II. Kein Schadensersatzanspruch des Kl. aus positiver Vertragsverletzung (= § 280 I 1 BGB n.F.)

Auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung hat das BerGer. rechtsfehlerfrei verneint. Dass die Bekl. die Darlehen vollständig ausgereicht hat, ohne eine im Mietgarantievertrag vorgesehene Begrenzung der Mietgarantiegebühr auf 20% jährlich zu beachten, begründet keine schuldhaftige Pflichtverletzung der Bekl. Die Bekl. hat auf Weisung eines Dritten gehandelt, dem der Kl. notarielle Vollmacht zur Abrufung des Darlehens und zur Begleichung des Kaufpreises und der Nebenkosten erteilt hatte.

III. Bestehen eines Widerrufsrechts gem. § 1 I HWiG a.F. (= § 312 I BGB n.F.)

Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung aber nicht stand, soweit das BerGer. ein Widerrufsrecht gem. § 1 I HWiG a. F. verneint.

Dem BerGer. kann nicht darin gefolgt werden, dass ein Widerrufsrecht gem. § 1 I HWiG a. F. wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 II HWiG ausscheidet. (Es folgen die wortgleichen Gründe wie in den Entscheidungen XI ZR 151/99, NJW 2003, 199).

Das BerGer. hat — von seinem Standpunkt aus konsequent — noch keine Feststellungen getroffen, ob es sich bei den streitigen Darlehensverträgen um Haustürgeschäfte i. S. des § 1 I HWiG a. F. handelt. Das wird nachzuholen sein.

C. Keine Richtigkeit des Berufungsurteils aus anderen Gründen

Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO a. F.). Allerdings stünde der Bekl. ein Anspruch aus § 3 HWiG a. F. auf Erstattung der Darlehensvaluta zu, wenn der Kl. die Darlehensverträge nach § 1 HWiG a. F. wirksam widerrufen hätte. Auch dieser Anspruch wäre — wie die Revision ausdrücklich eingeräumt hat — durch die vollstreckbare Grundschuld mit Übernahme der persönlichen Haftung für den Grundschuldbetrag abgesichert:

I. Kein Verstoß gegen das Überraschungsverbot in § 3 AGBG a.F. (= § 305 c I BGB n.F.)

Der Kl. hat, wirksam vertreten durch eine bevollmächtigte Notariatsangestellte, die persönliche Haftung für den Grundschuldbetrag über 215 000 DM zuzüglich Nebenforderungen übernommen und sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Die formularmäßige Vollmacht, die auch eine solche Unterwerfungserklärung umfasst, verstößt nicht gegen § 3 AGBG (Kröll, EWIR 2002, 689 [690]; a. A. OLG Koblenz, BKR 2002, 723 [724]). Es entspricht jahrzehntelanger Praxis, dass sich der mit dem persönlichen Kreditschuldner identische Grundschuldbesteller bei Bankdarlehen regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen muss; eine unangemessene Benachteiligung des Schuldners liegt darin nicht (BGHZ 99, 274 [282]). Der Kl. musste deshalb, unabhängig davon, ob er die Grundschuld selbst bestellte, oder — wie hier — durch eine Notariatsangestellte bestellen ließ, mit einer solchen Klausel rechnen. Auf eine etwa unterbliebene Belehrung durch den Notar, die der Kl. hier im Übrigen nicht behauptet hat, kommt es deshalb nicht entscheidend an (a. A. OLG Koblenz, BKR 2002, 723).

II. Umfang der Sicherungsgrundschuld

Die Grundschuld und die persönliche Haftungsübernahme mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung sichern nach der vom Kl. persönlich unterzeichneten Sicherungszweckerklärung nicht nur die Darlehensrückzahlungsansprüche, sondern alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bekl. Eine so weite Sicherungszweckerklärung sichert im Falle der Unwirksamkeit des Darlehens Bereicherungsansprü-

che der Bekl. ab (BGHZ 114, 57 [72] = NJW 1991, 1746; Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld, 3. Aufl., Rdnr. 295). Abgesichert ist auch ein etwaiger Anspruch aus § 3 HWiG a.F.; denn dieser Rückgewähranspruch ist der Sache nach nichts anderes als ein Anspruch auf Herausgabe des rechtsgrundlos Erlangten und damit ein besonders ausgestalteter Bereicherungsanspruch (BGHZ 131, 82 [87]).

III. Erstreckung auf Rückabwicklungsansprüche gem. § 3 HWiG a.F. (= §§ 357, 346 ff. BGB n.F.)

Auch bei wirksamem Widerruf der Darlehensverträge stünde dem Kl. deshalb grundsätzlich ein Anspruch auf Erstattung der ausgezahlten Nettokreditbeträge sowie auf deren marktübliche Verzinsung zu (vgl. Senat, NJW 2003, 422). Eine andere Beurteilung wäre nur dann geboten, wenn es sich bei den von den Parteien geschlossenen Darlehensverträgen und dem finanzierten Immobilienerwerb um ein verbundenes Geschäft handeln würde mit der Folge, dass der Widerruf der Darlehensverträge zugleich auch der Wirksamkeit des finanzierten Geschäfts entgegenstünde (Senat, BGHZ 133, 254 [259]). Ein solches verbundenes Geschäft liegt aber nicht vor. Auf Realkreditverträge — wie hier — ist § 9 VerbrKrG nach dem eindeutigen Wortlaut des § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nicht anzuwenden.

Das gilt, wie der EuGH hervorgehoben hat, gerade auch für die Folgen eines Widerrufs des Realkreditvertrags für den Kaufvertrag über die Immobilie (NJW 2002, 281). Der Kl. hätte allerdings seinerseits gegen die Bekl. gem. § 3 I HWiG a. F. Anspruch auf Rückgewähr der von ihm erbrachten Leistungen. Die beiderseitigen Verpflichtungen wären gem. § 4 HWiG Zug um Zug zu erfüllen (vgl. Senat, NJW 2003, 422).

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 - ra@jura-intensiv.de - http://www.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.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
DRUCK:	Druckerei Stegemöller, Virnkamp 18, 48157 Münster

*Strafrecht***Standort: § 24 I 1 2.Fall StGB****Problem: “Halbherziger” Rücktritt**

BGH, BESCHLUSS VOM 20.12.2002
2 STR 251/02 (NJW 2003, 1058)

Problemdarstellung:

Bei dem Angeklagten im vorliegenden Fall handelte es sich um einen Suizidenten, der sich durch Gasvergiftung töten wollte und deshalb mehrere Gashähne in seiner Wohnung in einem 12-Familien-Haus öffnete. Hierbei nahm er es zunächst billigend in Kauf, dass das entstehende Gasgemisch explodieren könnte und andere Bewohner hierdurch verletzt oder gar getötet würden. Um dies dann doch zu verhindern, rief er bei der Feuerwehr und der Polizei an und forderte diese auf, das Haus zu evakuieren. Da er sich aber immer noch selbst töten wollte, kam er der Aufforderung, das Gas abzustellen, nicht nach. Das Landgericht verurteilte den Angeklagten insb. wegen versuchten Mordes. Der BGH hob dieses Urteil auf und sprach den Angeklagten frei.

Prüfungsrelevanz:

Die zentrale Frage des vorliegenden Falles, welche Anforderungen an einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2.Fall StGB und § 24 II 1 StGB zu stellen sind, ist in allen Arten von Examensaufgaben recht häufig anzutreffen.

Sowohl § 24 I 1 2.Fall StGB als auch § 24 II 1 StGB setzten vom Wortlaut her lediglich voraus, dass der Täter “freiwillig die Vollendung verhindert”, wogegen § 24 I 2 StGB und § 24 II 2 StGB ein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen verlangen. Insbesondere aufgrund des unterschiedlichen Wortlautes ist deshalb streitig, ob es für einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2.Fall; II 1 StGB ausreichend ist, dass der Täter nur irgendwie kausal wird für die Erfolgsverhinderung oder ob er das Bestmögliche zur Verhinderung des Erfolges getan haben muss (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 59), wobei insb. Roxin auch noch danach differenzieren will, ob der Täter die den Erfolg verhindernde Handlung selbst vornimmt oder Dritte hierzu einschaltet (Roxin, Hirsch-FS, 327 [353 ff.]).

Da die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage in der Vergangenheit nicht immer vollkommen einheitlich und eindeutig war, hat der 2. Senat des BGH, der beabsichtigte, im vorliegenden Fall der erstgenannten

Auffassung zu folgen und lediglich eine Verhinderungskausalität zu verlangen, die von ihm geplante Entscheidung gem. § 132 III GVG den anderen Senaten vorgelegt (vgl. StraFo 2002, 360 (= RA 2002, 726)). Hätten diese einen Widerspruch zu ihrer bisherigen Rechtsprechung gesehen und auf der Fortführung derselben bestanden, so hätte der Große Strafsenat gem. § 132 II GVG verbindlich entscheiden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall gewesen. Die anderen BGH-Senate haben erklärt, in der beabsichtigten Entscheidung des 2. Senats keinen Widerspruch zu ihrer Rechtsprechung zu sehen bzw. an dieser nicht festzuhalten (so der 4. Senat). Interessant ist insofern, dass der 1. Senat in seinem Beschluss (NStZ 2003, 198 (= RA 2002, 726)) zwar erklärt hat, der Rücktritt gem. § 24 I 1 2.Fall StGB erfordere nicht, dass der Täter den erfolgversprechendsten Weg zur Erfolgsverhinderung wähle, jedoch müsse der Täter die von ihm gewählte Verhinderungsmöglichkeit “ausschöpfen”. Dies hieße jedoch, dass die bloße Verhinderung des Erfolges (entgegen der Rechtsprechung des 2. Senats) eben gerade nicht für einen Rücktritt ausreicht und dass in den Fällen, in denen der Täter zwar den Erfolg kausal verhindert, ohne jedoch die von ihm gewählte Maßnahme “auszuschöpfen”, ein Rücktritt nach der Auffassung des 2. Senats, nicht jedoch nach der des 1. Senats gegeben wäre. Trotzdem hat keiner der Senate einen Widerspruch der vertretenen Auffassungen gesehen, so dass eine Vorlage der Frage an den Großen Strafsenat unterblieben ist.

Nur am Rande streift der 2. Senat in der vorliegenden Entscheidung die Frage, welche Voraussetzungen an den Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts zu stellen sind, insb. ob bei diesem Deliktstyp eine Unterscheidung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch überhaupt erforderlich ist. Der BGH bestätigt im vorliegenden Urteil seine ständige Rechtsprechung, dass der Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts stets nach den Voraussetzungen des Rücktritts vom beendeten Versuch (§ 24 I 1 2.Fall StGB) zu beurteilen sei (BGH StV 1998, 369; 2003, 216 (= RA 2003, 182); Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 13 a mwN). Eine Minderheitsmeinung in der Literatur will hingegen auch beim Versuch des unechten Unterlassungsdelikts zwischen unbeen-

detem und beendetem Versuch differenzieren (Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 27 ff. mwN). Ein solcher Versuch sei unbeendet, solange der Täter glaube, die Nachholung der ursprünglich gebotenen Handlung reiche zur Erfolgsabwendung aus, beendet hingegen, sobald aus Tätersicht zur Erfolgsverhinderung andere bzw. zusätzliche Handlungen erforderlich seien.

Vertiefungshinweise:

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

Zum Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts: *BGH NStZ* 1997, 485; *StV* 2003, 216; *Brandt/Fett*, *NStZ* 1998, 507; *Kudlich*, *StV* 1998, 369; *Küper*, *ZStW* 2000, 1; *Küpper*, *JuS* 2000, 225;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Expedition"

Examenskurs: "Wilde Ehe"

Leitsatz:

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

Sachverhalt:

Der Angeklagte öffnete in Selbsttötungsabsicht zwei Gashähne in seiner im Erdgeschoss eines 12-Familien-Hauses gelegenen Wohnung. Hierbei dachte er nicht daran, dass durch sein Handeln möglicherweise andere Hausbewohner zu Schaden kommen könnten.

Nach dem Öffnen der Gashähne wurde dem Angeklagten bewusst, dass es durch das ausströmende Gas zu einer Explosion kommen könnte und dass hierdurch andere Hausbewohner verletzt oder getötet werden könnten. Dies nahm er zunächst billigend in Kauf. Kurze Zeit später änderte er insoweit seine Willensrichtung. Er rief über die Notrufnummer zunächst die Feuerwehr und, als er sich dort nicht ernst genommen fühlte, unmittelbar darauf die Polizei an, nannte seinen Namen und seine Anschrift und forderte die genannten Stellen auf, sogleich für eine Rettung der Hausbewohner zu sorgen, da er nicht wollte, dass diese durch eine - vom Angeklagten als möglich erkannte, aber nicht

mehr gebilligte -Gasexplosion zu Schaden kämen. Seinen Entschluss, sich selbst durch Gasvergiftung zu töten, gab er nicht auf; der Aufforderung, das Gas abzudrehen, kam er daher nicht nach. Nach Beendigung des zweiten Telefongesprächs wurde der Angeklagte bewusstlos; wenige Minuten später traf die Feuerwehr ein, evakuierte etwa 50 Personen und drehte den Gashahn zu. Ob das Gasgemisch in der Wohnung des Angeklagten schon explosionsfähig war, konnte nicht festgestellt werden.

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

Aus den Gründen:

I. Urteil des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit versuchtem Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Seine hiergegen eingelegte Revision führt zur Aufhebung des Urteils und zur Freisprechung des Angeklagten.

II. Entscheidung des BGH

Die Feststellungen tragen den Schuldspruch nicht. Der Angeklagte ist von den Versuchen des Mordes und der Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion vielmehr nach § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB strafbefreiend zurückgetreten.

1. Zum Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen

Entgegen der Ansicht des Landgerichts lagen nicht durch aktives Tun, sondern durch Unterlassen begangene Versuche vor, denn der Angeklagte handelte, als er die Gashähne öffnete, nicht in dem Bewusstsein, dass dies zu einer Gasexplosion und diese zum Tod anderer Hausbewohner führen könnte; diese Möglichkeit wurde ihm nach den Feststellungen vielmehr erst nachträglich bewusst. Das weitere Ausströmen-Lassen des Gases konnte eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Angeklagten daher nur aufgrund seiner aus dem vorangegangenen Tun erwachsenen Garantstellung gemäß § 13 Abs. 1 StGB begründen.

Die Frage, ob ein Mord mit gemeingefährlichen Mitteln durch Unterlassen nicht begangen werden kann (*BGHSt* 34, 13, 14; ebenso wohl h.M. in der Literatur;

vgl. Eser in Schönke/Schröder 26. Aufl. § 211 Rdn. 29; Lackner/Kühl 24. Aufl. § 211 Rdn. 11; Arzt in Festschrift für Roxin, 2001, S. 855, 858; a.A. Jähnke in LK 11. Aufl. § 211 Rdn. 58; Tröndle/Fischer 51. Aufl. § 211 Rdn. 24), kann hier offen bleiben, da der Angeklagte auch von dem dann vorliegenden Versuch des Totschlags strafbefreiend zurückgetreten wäre.

Gleichfalls dahinstehen kann hier die in der Literatur umstrittene Frage, ob beim Rücktritt vom Versuch durch Unterlassen einer Unterscheidung zwischen unbeeendetem und beendetem Versuch Bedeutung zukommt (vgl. dazu Eser aaO § 24 Rdn. 27 ff. m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht der Versuch des Unterlassungsdelikts insoweit dem beendeten Versuch des Begehungsdelikts gleich (BGH NStZ 1997, 485; NJW 2000, 1730); die Anforderungen an die Rücktrittsleistung des Alleintäters bestimmen sich daher nach § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz oder nach § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB (Küper ZStW 112 [2000], 1, 42).

2. Zu den Rücktrittsbedingungen im Rahmen von § 24 I 1 2. Fall StGB

Da das auf Rettung der bedrohten Rechtsgüter abzielende Handeln des Angeklagten, der die von ihm weiterhin als möglich erkannte Vollendung der Tat zu diesem Zeitpunkt nicht mehr billigte, für die Verhinderung der Tatvollendung ursächlich war, lag hier ein Fall des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB vor. Dass der Täter sich zur Abwendung des Erfolges der Hilfe Dritter - hier der Polizei und der Feuerwehr - bedient, steht einem strafbefreienden Rücktritt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die im Ergebnis erfolgreiche Einschaltung Dritter nicht nur zum Schein erfolgt und von der Absicht getragen ist, das bedrohte Rechtsgut zu retten. Erweist sich das auf Erfolgsabwendung gerichtete Handeln des Versuchstäters als erfolgreich und für die Verhinderung der Tatvollendung ursächlich, so kommt es nicht darauf an, ob dem Täter schnellere oder sichere Möglichkeiten der Erfolgsabwendung zur Verfügung gestanden hätten; das Erfordernis eines "ernsthaften Bemühens" gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB gilt für diesen Fall nicht.

a. Rechtsprechung der BGH-Senate

Entsprechend hat der Senat in den Entscheidungen vom 3. Juli 1981 - 2 StR 357/81 (NStZ 1981, 388), 7. November 1985 - 2 StR 521/84 (NJW 1985, 813), 26. März 1997 - 2 StR 650/96 (NStZ-RR 1997, 233, 234) und 3. Februar 1999 - 2 StR 540/98 (NStZ 1999, 299) entschieden; ebenso der 5. Strafsenat in den Beschlüssen vom 28. November 1998 - 5 StR 176/98 (BGHSt

44, 204, 207) und vom 9. Dezember 1998 - 5 StR 584/98 (NStZ 1999, 128).

Der 1. Strafsenat hat allerdings im Urteil vom 27. April 1982 - 1 StR 873/81 (BGHSt 31, 46, 49) entschieden, der Täter dürfe sich nicht mit Maßnahmen begnügen, die, wie er erkennt, (möglicherweise) unzureichend sind, wenn ihm bessere Verhinderungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Er müsse solche Möglichkeiten ausschöpfen und dürfe dem Zufall keinen Raum bieten; wenn der Erfolg ohne Zutun des Täters abgewendet werde, also ein Fall des § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB gegeben sei, "(ändere) sich dadurch nichts" (BGHSt 31, 46, 49). Ähnlich haben der 3. Strafsenat (BGH bei Dallinger MDR 1972, 751) sowie der 4. Strafsenat entschieden (Beschl. vom 20. Februar 1997 - 4 StR 642/96; vom 25. Februar 1997 - 4 StR 49/97 [NStZ-RR 1997, 193, 194]), wobei aber jeweils offen blieb, ob die auf BGHSt 31, 46, 49 Bezug nehmenden Ausführungen einen Fall des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB betrafen (vgl. auch BGH, NJW 1986, 1001, 1002)). Der 1. Strafsenat hat im Urteil vom 15. Mai 1990 - 1 StR 146/90 (NJW 1990, 3219) unter Bezugnahme auf BGHSt 31, 46 ausgeführt, im Fall der Ursächlichkeit der Verhinderungsbemühungen sei der Rücktritt nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter zur Rettung mehr als geschehen hätte tun können (so auch der 4. Strafsenat in der Entscheidung StV 1981, 396, 397).

Im Hinblick auf diese möglicherweise nicht ganz eindeutige Entscheidungslage hat der Senat mit Beschluss vom 14. August 2002 bei den übrigen Strafsenaten angefragt, ob der beabsichtigten Entscheidung dortige Rechtsprechung entgegenstehe. Hierauf hat der 1. Strafsenat mit Beschluss vom 26. September 2002 - 1 ARs 36/02 - mitgeteilt, Rechtsprechung des 1. Strafsenats stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen; soweit das Senatsurteil BGHSt 31, 46 im Blick auf bestimmte Formulierungen (ebenda S. 49) in der Literatur anders verstanden werde, beruhe das auf einer nicht zutreffenden Interpretation. Der 3. Strafsenat hat mit Beschluss vom 12. November 2002 - 3 ARs 36/02 - mitgeteilt, Rechtsprechung des Senats stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen. Der 4. Strafsenat hat mit Beschluss vom 21. Oktober 2002 - 4 ARs 38/02 - mitgeteilt, der beabsichtigten Entscheidung werde nicht entgegengetreten und an etwa entgegenstehender Rechtsprechung nicht festgehalten. Der 5. Strafsenat hat mit Beschluss vom 21. Oktober 2002 - 5 ARs 33/02 - dem im Leitsatz genannten Rechtssatz zugestimmt.

b. Literaturauffassungen

In der Literatur ist die Frage umstritten (vgl. die Über-

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

c. Entscheidung des Senats

Der Senat hält nach Durchführung des Anfrageverfahrens in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur (vgl. etwa Eser aaO § 24 Rdn. 59; Tröndle/Fischer aaO § 24 Rdn. 35; Rudolphi in SK-StGB § 24 Rdn. 27b, 27c; Vogler in LK 10. Aufl. § 24 Rdn. 112a; Jeschek/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil 5. Aufl. § 51 V 2; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl. Rdn. 644; jeweils m.w.N.) an seiner aus dem Leitsatz ersichtlichen Auffassung fest; er sieht für die Fälle kausaler Erfolgsverhinderung auch keine Notwendigkeit, im Grundsatz zwischen eigenhändiger Verhinderung und Zuziehung Dritter zu differenzieren (vgl. dazu Roxin, Festschrift für H.J. Hirsch, 1999, 327, 353 ff.).

Für den Fall des Versuchs eines unechten Unterlassungsdelikts ergibt sich auch aus der Ingerenzhaftung des Garanten insoweit keine Besonderheit (aA. insbesondere Jakobs aaO, 29. Abschn. Rdn. 119). Die im Ergebnis ungleiche Behandlung des Rücktritts vom beendeten untauglichen Versuch, bei welchem mangels Kausalität der Bemühungen stets der Maßstab

des § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB anzuwenden ist, sieht der Senat; dies rechtfertigt es aber nicht, diesen Maßstab über den Wortlaut des § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB hinaus auf Fälle kausaler Verhinderung anzuwenden. Erforderlich ist danach allein, dass der Täter seinen Vollendungsvorsatz vollständig aufgibt, im Fall bedingten Vorsatzes also den als weiterhin möglich erkannten Taterfolg nicht mehr billigt; und dass er - erfolgreich - eine solche Rettungsmöglichkeit wählt, die er für geeignet hält, die Vollendung zu verhindern.

3. Zum Rücktritt im vorliegenden Fall

Nach diesen Maßstäben ist der Angeklagte hier strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten. An der Freiwilligkeit seines Handelns bestehen keine Zweifel. Dass er die weiter bestehende und sich vergrößernde Gefahr eines Erfolgseintritts auch nach seinem Entschluss zur Verhinderung der Vollendung erkannte und unschwer durch eigenhändiges Schließen der Gashähne hätte abwenden können, steht der Strafbefreiung nach § 24 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz StGB, anders als das Landgericht meint, nicht entgegen. Dafür, dass der Angeklagte die von ihm ergriffenen Rettungsmaßnahmen nicht für geeignet oder für gescheitert gehalten hätte, fehlen Anhaltspunkte; alsbald nach seinem zweiten Telefonanruf verlor er das Bewusstsein und damit die Möglichkeit weiteren eigenen Handelns.

III. Aufhebung des Urteils

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben. Da weitere Feststellungen, auf welche eine Verurteilung gestützt werden könnte, nicht zu erwarten sind, war der Angeklagte gemäß § 354 Abs. 1 StPO aus Rechtsgründen freizusprechen. Die Anordnung der Maßregel nach § 64 StGB durch das Landgericht und die infolge seiner Alkoholabhängigkeit möglicherweise fortbestehende Gefährlichkeit des Angeklagten stehen dem nicht entgegen, weil die Freisprechung nicht im Hinblick auf eine jedenfalls mögliche Schuldunfähigkeit des Angeklagten erfolgt und daher auch eine isolierte Anordnung der Maßregel nicht in Betracht kommt.

Standort: § 32 StGB

Problem: Einschränkung der Notwehr

BGH, BESCHLUSS VOM 29.01.2003

2 STR 529/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall war es zwischen dem Beschuldigten und einer Gruppe von Jugendlichen zu einer tätlichen Auseinandersetzung gekommen, nachdem der

Beschuldigte sie mit einer ausländerfeindlichen Bemerkung gereizt hatte. Im Laufe der Auseinandersetzung zog der Beschuldigte zunächst eine Gaspistole und gab mit dieser mehrere Schüsse auf die Jugendlichen ab. Obwohl der Beschuldigte bereits den Rückzug angetreten hatte, folgten ihm die Jugendlichen. Als einer von ihnen versuchte, dem Beschuldigten die Gaspistole abzunehmen, stach dieser ihm mit einem Messer zwei-

mal in die Brust.

Das Landgericht war von der Begehung einer gefährlichen Körperverletzung durch den Beschuldigten ausgegangen und hatte deshalb dessen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Insb. hatte es eine Rechtfertigung des Beschuldigten aus Notwehr (§ 32 StGB) abgelehnt. Der BGH hob diese Entscheidung auf; eine Rechtfertigung des Beschuldigten sei trotz seines Vorverhaltens nicht ausgeschlossen.

Prüfungsrelevanz:

Zentraler Punkt des vorliegenden Falles und überaus beliebter Gegenstand von Examensaufgaben ist die Frage, in welchen Fällen der Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 32 StGB) einzuschränken ist. Insofern ist zunächst festzustellen, dass § 32 StGB - anders als die meisten anderen Rechtfertigungsgründe (z.B. § 34 StGB, §§ 228, 904 BGB) - keine Abwägung von geschütztem und beeinträchtigtem Interesse vorsieht, so dass der Eindruck entstehen könnte, dass der Angegriffene sich im Falle einer Notwehrlage ohne weitere Einschränkung verteidigen dürfe. Dies ist jedoch nach ganz herrschender Meinung nicht so; auch die Notwehrbefugnisse eines rechtswidrig Angegriffenen bestehen nicht unbeschränkt (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 43 ff.).

Im Fall der sog. Absichtsprovokation, d.h. bei gezielter Herausforderung des Angriffs durch den Angegriffenen zu dem Zweck, den Angreifer unter Ausnutzung des Deckmantels der so entstandenen Notwehrlage, verletzen zu können, ist eine Rechtfertigung nach herrschender Meinung sogar ganz ausgeschlossen (BGH NJW 1983, 2267; Berz, JuS 1984, 340 mwN).

Streitig ist die Behandlung der Fälle, in denen der Angegriffene den Angriff zwar nicht absichtlich, aber doch schuldhaft herbeigeführt hat. Ein Teil der Literatur will in diesen Fällen die Notwehr nicht beschränken, um die Notwehr nicht auszuhöhlen (LK-Spendel, § 32 Rn. 193; Schröder, JR 1962, 188). Eine andere Auffassung nimmt zwar in diesen Fällen eine Rechtfertigung des Täters an, knüpft jedoch mit einer Strafbarkeit (wegen der Herbeiführung einer Rechtsgutverletzung durch die Verteidigungshandlung) an das Vorverhalten des Täters, durch das dieser den Angriff provoziert hat und das seinerseits nicht gerechtfertigt war (sog. "actio illicita in causa", vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 61; Bertel, ZStW 1984, 9 mwN). Der BGH hat zusammen mit der wohl herrschenden Literatur die Auffassung vertreten, dass im Falle einer schuldhaften Her-

beiführung der Notwehrlage der Angegriffene sich zwar verteidigen dürfe, hierbei aber primär versuchen müsse, dem Angriff auszuweichen und ansonsten zu milderer Verteidigungsmaßnahmen zu greifen habe als dies § 32 StGB normalerweise verlangen würde; bei besonders schweren Angriffen könnten aber auch heftigere Verteidigungshandlungen bis zur Tötung des Angreifers gerechtfertigt sein (BGHSt 24, 356; NStZ 1988, 113; StV 1996, 87; Wessels/Beulke, AT, Rn. 346). In seiner Entscheidung NStZ 2001, 148 hatte der BGH zwar ausdrücklich die Rechtsfigur der actio illicita in causa abgelehnt, jedoch ebenso wie bei dieser Konstruktion trotz gerechtfertigter Verteidigungshandlung an das Vorverhalten angeknüpft, um eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung zu begründen. De facto ist der BGH also - zumindest was eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit betrifft - in dieser Entscheidung erstmals der Lehre von der actio illicita in causa gefolgt. Hiervon ist er aber in der vorliegenden Entscheidung wieder abgewichen und zu der ursprünglich vertretenen Wertung zurückgekehrt.

Vertiefungshinweise:

Zur Notwehr bei schuldhaft herbeigeführter Notwehrlage: BGH, NStZ 1989, 113; NStZ-RR 1997, 194; Beulke, JR 1990, 380; Kühl, Jura 1991, 57, 175; Kratzsch, JuS 1975, 435;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Schäferstündchen"
 Examenskurs: "Autofahrer"

Leitsätze (der Redaktion):

Aus dem Umstand, dass der Beschuldigte seine Lage (mit)verschuldet hat, lässt sich keine allgemeine Aussage ableiten, in welchem Maße er sich im Vergleich zu einem schuldlos in eine Notwehrsituation Geratenen bei der Abwehr des Angriffs zurückhalten musste. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Je schwerer einerseits die rechtswidrige und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage durch den Angegriffenen wiegt, umso mehr Zurückhaltung ist ihm bei der Abwehr zuzumuten. Andererseits sind die Beschränkungen des Notwehrrechts umso geringer, je schwerer das durch den Angriff drohende Übel ist. Die Notwehreinschränkung hängt ferner davon ab, ob der Beschuldigte dem Angriff ausweichen konnte oder ob er über ein Ausweichen zum Einsatz eines weniger gefährlichen Verteidi-

gungsmittels gelangen konnte. War das nicht möglich, so war selbst bei verschuldeter Angriffsprovokation die Ausübung des Notwehrrechts in dem auch sonst üblichen Rahmen grundsätzlich gestattet.

Sachverhalt:

Der mit zwei Messern, einer Gaspistole und Pfefferspray ausgerüstete Beschuldigte begegnete gegen Mitternacht in der Innenstadt einer Gruppe von sechs teilweise alkoholisierten Jugendlichen, darunter auch das spätere Tatopfer C. Er ging durch die Gruppe hindurch, obwohl er ohne weiteres um sie hätte herumgehen können. Mit einem der Jugendlichen stieß er an der Schulter zusammen. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass dies von dem Beschuldigten oder dem Jugendlichen beabsichtigt war. Der Beschuldigte blieb stehen, drehte sich um, machte eine unfreundliche, ausländerfeindliche Bemerkung und sagte, er habe keine Angst. Der Jugendliche forderte den Beschuldigten auf, sich zu „verpissen“. Der Beschuldigte dachte, er brauche sich „als deutscher Unteroffizier nicht nötigen zu lassen“, wobei er auch Angst gehabt haben kann. Der Beschuldigte zog nun seine Gaspistole und gab ohne Vorwarnung einen Schuss auf den Jugendlichen ab, mit dem er zusammengestoßen war und der ihm am nächsten stand. Der Jugendliche wich zurück, und die Gruppe, die sich im Halbkreis um den Beschuldigten formierte, ging auf ihn zu. Der Beschuldigte gab weitere Schüsse auf die Gruppe ab, die sich vor- und zurückbewegte.

Ein Passant forderte nun die Jugendlichen auf, den Beschuldigten in Ruhe zu lassen. Danach konnte sich der Beschuldigte rückwärts entfernen. Die Jugendlichen folgten ihm wenige Meter. Der erheblich alkoholisierte C, das Tatopfer, bewegte sich weiter auf den Beschuldigten zu. Nachdem der Beschuldigte einen Schuss auf C abgegeben hatte, bewegte er sich einen Schritt auf C zu. Dieser versuchte nun, dem Beschuldigten die Waffe abzunehmen und umfasste ihn dabei. Der Beschuldigte zog jetzt das aufgeklappte Messer aus der Tasche, stach C zweimal in den Brustkorb und flüchtete.

Drei Jugendliche verfolgten den Beschuldigten, verloren ihn jedoch aus den Augen.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Unterbringung des Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet. Anlass war eine gefährliche Körperverletzung (§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Das mit der Sachrüge be-

gründete Rechtsmittel hat Erfolg. Die Maßregelordnung hat keinen Bestand. Das sachverständig beratene Landgericht hat zwar ohne Rechtsfehler festgestellt, dass der Beschuldigte zur Tatzeit infolge einer paranoiden schizophrenen Störung schuldunfähig war. Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Tat des Beschuldigten für rechtswidrig erachtet und eine Rechtfertigung durch Notwehr ausgeschlossen hat, sind jedoch lückenhaft.

Das Landgericht hält die Tat des Beschuldigten nicht für gerechtfertigt (§ 32 StGB). Der Beschuldigte habe nicht in Notwehr gehandelt. Der Anstoß an der Schulter sei kein Angriff des Jugendlichen auf den Beschuldigten gewesen, der es hätte rechtfertigen können, mit der Gaspistole auf die Gruppe zu schießen. Letztlich habe er die Pistole gezogen, weil er geglaubt habe, er brauche sich dies nicht bieten zu lassen. Da der Beschuldigte auf die Jugendlichen geschossen habe, sei der Angriff des C auf den Beschuldigten durch Notwehr gerechtfertigt gewesen. C sei nach § 32 StGB berechtigt gewesen, dem Beschuldigten die Pistole abzunehmen. Hiergegen habe sich der Beschuldigte nicht mit einem Messer wehren dürfen.

II. Überprüfung durch den BGH

Diese Begründung für den Ausschluss einer Notwehrlage begegnet durchgreifenden Bedenken.

1. Zum Vorliegen einer Notwehrlage

Nach den bisherigen Feststellungen ist nicht auszuschließen, dass sich der Beschuldigte bei den Messertischen in einer Notwehrsituation befand. Notwehr setzt einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff voraus. Einen solchen Angriff nimmt das Landgericht auf Seiten des Beschuldigten an, weil er auf die Jugendlichen und zuletzt auf C geschossen habe. Welcher Angriff und welche Reaktion hierauf rechtswidrig oder durch Notwehr gerechtfertigt waren, lässt sich aber nur bei einer durchgängigen Bewertung der gesamten Auseinandersetzung in objektiver und subjektiver Hinsicht beurteilen, weil die Rolle des Angreifers und des Angegriffenen im Verlauf der Auseinandersetzung wechseln können. Das kann hier der Fall gewesen sein. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Beschuldigte die Auseinandersetzung mit den Jugendlichen durch sein provozierendes Verhalten und den ersten Schuss als Angreifer begonnen hat, konnte er sich doch nach der Aufforderung des Passanten K an die Jugendlichen, den Beschuldigten in Ruhe zu lassen, nach rückwärts entfernen. Das Landgericht hat nicht erörtert, ob dies objektiv und aus der Sicht der Beteiligten dahin zu verstehen war, dass der Beschuldigte nunmehr die Auseinandersetzung für beendet ansah und

die Anwesenheit des Passanten nutzen wollte, um zu fliehen und sich in Sicherheit zu bringen. Hierfür spricht, dass sich der Beschuldigte wegen der Überzahl seiner Gegner in einer ungünstigen „Kampflage“ befand und das Landgericht nicht ausschließen konnte, dass er Angst hatte. Unter diesen Umständen liegt es auch aus der Sicht der Jugendlichen fern, dass von dem Beschuldigten in dieser Phase des Geschehens noch ein Angriff ausging. Das Landgericht hätte daher erwägen müssen, ob die Verfolgung durch die Gruppe der Jugendlichen mit C für den Beschuldigten als Androhung von Gewalttätigkeiten aufgefasst werden konnte, gegen die er sich mit den beiden Schüssen aus der Gaspistole zur Wehr setzen durfte.

Dann wäre C, abweichend von der Beurteilung des Landgerichts, nicht aufgrund einer Notwehrlage befugt gewesen, dem Beschuldigten die Gaspistole wegzunehmen. Es genügte daher nicht, bei der Prüfung einer möglichen Notwehrlage auf den Beginn und das Ende der Auseinandersetzung abzustellen und die subjektive Seite des Geschehens außer Betracht zu lassen.

Für eine abschließende Beurteilung bilden die bisherigen Feststellungen aber keine ausreichende Grundlage. Dem angefochtenen Urteil lässt sich schon nicht entnehmen, ob der Beschuldigte und C in den verschiedenen Phasen der Auseinandersetzung zumindest auch mit Verteidigungswillen gehandelt haben.

2. Zur Einschränkung der Notwehr wegen vorwerfbarer Herbeiführung der Notwehrlage durch den Angegriffenen

Sollte der neue Tatrichter zu dem Ergebnis gelangen, dass sich der Beschuldigte objektiv und subjektiv in einer Notwehrlage befand, wird auch zu berücksichtigen sein, dass das Notwehrrecht eingeschränkt war, wenn der Beschuldigte die Notwehrlage durch sein

vorangegangenes Verhalten selbst schuldhaft herbeigeführt hatte (vgl. BGH NStZ 2002, 425, 426 m.w.N.). Allein aus dem Umstand, dass der Beschuldigte seine Lage (mit)verschuldet hat, lässt sich allerdings noch keine allgemeine Aussage ableiten, in welchem Maße er sich im Vergleich zu einem schuldlos in eine Notwehrsituation Geratenen bei der Abwehr des Angriffs zurückhalten musste. Dies hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Je schwerer einerseits die rechtswidrige und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage durch den Angegriffenen wiegt, um so mehr Zurückhaltung ist ihm bei der Abwehr zuzumuten. Andererseits sind die Beschränkungen des Notwehrrechts um so geringer, je schwerer das durch den Angriff drohende Übel einzustufen ist (vgl. BGHSt 42, 97, 101; 39, 374, 379; BGH NStZ 2002, 425, 426 m.w.N.). Die Notwehreinschränkung hängt ferner davon ab, ob der Beschuldigte dem Angriff ausweichen konnte oder ob er über ein Ausweichen zum Einsatz eines weniger gefährlichen Verteidigungsmittels gelangen konnte. War das nicht möglich, so war selbst bei verschuldeter Angriffsprovokation die Ausübung des Notwehrrechts in dem auch sonst üblichen Rahmen grundsätzlich gestattet (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigung 11 m.w.N.), d. h. soweit sie zur Verteidigung des Beschuldigten erforderlich war (§ 32 Abs. 2 StGB). Dabei wird von Bedeutung sein, ob es erforderlich war, C das Messer zweimal in die Brust zu stoßen. Sollte der Beschuldigte die Grenzen der Notwehr überschritten haben (intensiver Notwehrexzess), wird auch zu prüfen sein, ob er nach § 33 StGB entschuldigt ist (vgl. zur Maßregelanordnung in diesen Fällen BGHSt 31, 132; BGH NStZ 1996, 433, 434; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 63 Rdn. 2; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 63 Rdn. 2 a; Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 63 Rdn. 8). [...]

Standort: § 249 StGB

Problem: Finalzusammenhang

BGH, URTEIL VOM 16.01.2003

4 STR 422/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten im vorliegenden Fall hatten das Opfer zunächst mit massiven Schlägen und Tritten misshandelt. Nach Abschluss der Verletzungshandlungen waren sie auf die Idee gekommen, dem Opfer seinen Wohnungsschlüssel abzunehmen, um mit diesem in die Wohnung einzudringen und dort Wertsachen zu entwenden. Das Opfer starb an den zugefügten Verletzungen.

Das Landgericht hatte die Angeklagten insb. wegen Raubes mit Todesfolge verurteilt, einen Tötungsvorsatz

jedoch nicht ernsthaft geprüft. Der BGH hob das Urteil auf. Einerseits habe das Landgericht eine hinreichende Prüfung des Tötungsvorsatzes vermissen lassen, der aber angesichts der Handlungen der Angeklagten nicht so ferngelegen habe, dass man sich mit ihm nicht hätte befassen müssen. Andererseits liege aber auch ein Fehler zuungunsten der Angeklagten vor, da der für einen Raub erforderliche Finalzusammenhang auch einer intensiveren Prüfung bedürft hätte.

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Raubes gehört - nicht zuletzt wegen der problematischen Abgrenzung zur räuberischen

Erpressung - zu den beliebtesten Delikten in Examensaufgaben.

Ein klassisches Problem i.R.v. § 249 I StGB stellt die Frage dar, in welcher Beziehung die beiden Handlungen des mehraktigen Tatbestandes des § 249 I StGB - Raubmittel (Gewalt bzw. Drohung) einerseits und Wegnahme andererseits - zueinander stehen müssen. Ein Teil der Literatur fordert insofern eine Kausalität des Raubmittels für die Wegnahme, verlangt also, dass das Raubmittel die Wegnahme tatsächlich ermöglicht hat (SK-Günther, § 249 Rn. 36; Schmidhäuser, BT, S. 100). Die herrschende Meinung verlangt allerdings nur eine Finalität, lässt es also genügen, wenn der Täter das Raubmittel anwendet, um die Wegnahme durchführen zu können (BGHSt 32, 88; 41, 123; NStZ 1982, 380; StV 1983, 460; 1995, 416; Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 7 mwN). Diese ist bei einer Gewaltanwendung dann grundsätzlich nicht mehr gegeben, wenn der Täter sich erst nach Beendigung der Gewalt zur Wegnahme entschließt, es sei denn, die Gewalt wirkt in diesem Zeitpunkt (z.B. als konkludente Drohung) noch fort (BGH, NStZ 1982, 380).

Auch Gegenstand der Ausführungen des BGH im vorliegenden Fall waren die Anforderungen an einen Eventualvorsatz, insb. einen bedingten Tötungsvorsatz. Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit existieren, insb. im Rahmen der Tötungsdelikte, zahlreiche Ansätze (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 782 ff.). Der BGH vertritt insofern seit langem die sog. Einwilligungs- oder Billigungstheorie, nach der ein dolus eventualis dann gegeben ist, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges für möglich hält und diesen billigend in Kauf nimmt (BGHSt 7, 363). Für ein "Billigen" ist es insofern ausreichend, dass der Täter sich mit dem Erfolg abfindet, selbst wenn ihm dieser unerwünscht ist (BGHSt 36, 1). Bei den Tötungsdelikten sind jedoch wegen der insofern zu überwindenden erheblichen Hemmschwelle besonders hohe Anforderungen an den (Tötungs-)Vorsatz zu stellen (vgl. Lackner/Kühl, § 212 Rn. 3 mwN). Im vorliegenden Fall betont der BGH - wie früher (vgl. BGH NJW 1999, 2533) auch schon -, dass bei der Prüfung des Vorliegens eines bedingten Tötungsvorsatzes auch die psychische Verfassung des Täters und seine Motivation zu berücksichtigen sind. Jedoch hat der BGH in der Vergangenheit einen Tötungsvorsatz insb. bei besonders gefährlichen Handlungen des Täters auch beim Fehlen eines Tötungsmotivs bejaht.

Vertiefungshinweise:

Zum Finalzusammenhang i.R.v. § 249 I StGB: BGH

NStZ-RR 1997, 298; NStZ 1999, 510; *Biletzki*, JA 1997, 385; *Eser*, NJW 1965, 377; *Küper*, JZ 1981, 568; *Seelmann*, JuS 1986, 201

Zur Abgrenzung von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit: BGH, NStZ 1999, 508; 2002, 541; RA 2003, 110, 178; *Küpper*, ZStW 100, 758; *Schroth*, JuS 1992, 1

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Rembrandtliebhaber"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Der Täter handelt (bedingt) vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet.**
- 2. Der Tatbestand des Raubes erfordert, dass die Gewalt als Mittel eingesetzt wird, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen. Folgt die Wegnahme der Gewaltanwendung lediglich zeitlich nach, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht, scheidet eine Strafbarkeit wegen Raubes aus.**

Sachverhalt:

Die leicht alkoholisierten Angeklagten boten (im Fall II. 3. der Urteilsgründe) nachts dem erkennbar stark angetrunkenen, ihnen unbekanntem späteren Tatopfer P an, es nach Hause zu bringen. Nachdem der Angeklagte S den P in einem Park zu Boden gestoßen hatte, schlugen und traten beide Angeklagte aufgrund eines spontanen gemeinsamen Entschlusses mit beschuhten Füßen auf das wehrlose Opfer ein. Der Geschädigte wurde mit einer "Vielzahl von Schlägen und Tritten ..., die von ganz erheblicher Massivität waren", am Kopf, am Oberkörper und am Gesäß getroffen. Nachdem die Angeklagten ihre Misshandlungen beendet hatten, kam der Angeklagte B "auf den Gedanken, die fort-dauernde Gewalt sowie die Hilflosigkeit" des Tatopfers auszunutzen; mit Billigung des Angeklagten S durchsuchte er den Geschädigten und entnahm dessen Taschen unter anderem einen Wohnungsschlüssel und Zigaretten, die beide später untereinander aufteilten. Den Wohnungsschlüssel behielten beide Angeklagte, um später aus der Wohnung des Opfers mitnehmenswerte Gegenstände zu entwenden. Nachdem sich die Angeklagten daraufhin "eine kurze Wegstrecke" entfernt hatten, wurde ihnen bewusst, dass sie die Wohnungsadresse des Tatopfers nicht kannten. Der Angeklagte B kehrte zu dem Geschädigten, den er wegen der Adresse befragen wollte, zurück und schlug ihm zwei Mal mit der flachen Hand ins Gesicht; der Ge-

schädigte nannte daraufhin dem Angeklagten B seine Anschrift. Aus der Wohnung des Geschädigten nahmen die Angeklagten später einige Gegenstände an sich. Das Tatopfer verstarb kurze Zeit später an den Folgen der Misshandlungen.

Angesichts der Vielzahl massiver Schläge und Tritte ließen die Angeklagten zwar "in grober Weise jedwede Sorgfalt" dem Tatopfer gegenüber außer Betracht; dass die Angeklagten dessen Tod zumindest billigend in Kauf genommen hätten, konnte nach der Überzeugung des Landgerichts jedoch nicht festgestellt werden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts und Prozessgeschichte

Das Landgericht – Schwurgericht – hat die Angeklagten S und B wegen Raubes mit Todesfolge und gefährlicher Körperverletzung, den Angeklagten S darüber hinaus wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung verurteilt. Gegen den Angeklagten B hat es eine Jugendstrafe von sechs Jahren und gegen den Angeklagten S eine Gesamtfreiheitsstrafe von elf Jahren und sechs Monaten verhängt.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren zuungunsten der Angeklagten eingelegten, auf die Sachrüge gestützten Revisionen, mit denen sie im wesentlichen beanstandet, dass das Landgericht im Fall II. 3. der Urteilsgründe einen Tötungsvorsatz der Angeklagten nur unzureichend geprüft habe. Der Angeklagte S rügt allgemein die Verletzung sachlichen Rechts und beanstandet das Verfahren. Die Verfahrensrüge ist, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 8. November 2002 zutreffend ausgeführt hat, nicht zulässig erhoben im Sinne von § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Die fehlerhafte Annahme der Zuständigkeit des Schwurgerichts ist von keinem der Beschwerdeführer gerügt. Die auf die Sachrüge gestützten Rechtsmittel haben den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg.

II. Überprüfung durch den BGH

Der Schuldspruch im Fall II. 3. der Urteilsgründe hält rechtlicher Nachprüfung in zweifacher Hinsicht nicht stand.

1. Zum bedingten Tötungsvorsatz

Mit Recht beanstandet die Staatsanwaltschaft mit ihren – insoweit vom Generalbundesanwalt vertretenen – Revisionen das Fehlen einer Begründung für die Verneinung eines – wenn auch nur bedingten – Tö-

tungsvorsatzes der Angeklagten.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt der Täter bedingt vorsätzlich, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet (vgl. BGHSt 36, 1, 9; BGHR StGB § 212 Abs. 1, Vorsatz, bedingter 38, 39; BGH NSTZ-RR 2000, 165 f., jeweils m.w.N.). Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt ein entsprechend bedingter Tötungsvorsatz nahe (BGHR § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 33, 38, 51; BGH NJW 1999, 2533, 2534; BGH NSTZ-RR 2000, 165 f.).

Angesichts der hohen Hemmschwelle bei Tötungsdelikten bedarf die Billigung des Todeserfolgs allerdings der sorgfältigen Prüfung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 3, 5, 38; BGH NSTZ-RR 2000, 165 f.). Dabei stellt die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes einen Umstand von erheblichem Gewicht dar (vgl. auch BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 35, 38, 39). Ferner sind die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation in die gebotene Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände miteinzubeziehen (BGHSt 36, 1, 10; vgl. auch BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 24, 39, 41; BGH NJW 1999, 2533, 2534 f.).

Die Prüfung der subjektiven Tatseite eines Tötungsdelikts anhand der dargestellten Kriterien hat das Landgericht nicht einmal ansatzweise vorgenommen. Angesichts der getroffenen Feststellungen, insbesondere der nachgewiesenen massiven Tritte gegen den Kopf des am Boden liegenden, erkennbar stark betrunkenen Opfers, reichte es nicht aus, einen bedingten Tötungsvorsatz pauschal abzulehnen. Der neue Tatrichter wird die Frage eines – bedingten – Tötungsvorsatzes unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles erneut zu prüfen haben und gegebenenfalls das Vorliegen der Mordmerkmale "heimtückisch", "aus Habgier" und "aus niedrigen Beweggründen" (vgl. BGH NSTZ 2002, 84, 85) in Betracht ziehen müssen.

2. Zum Finalzusammenhang im Rahmen von § 249 I StGB

Das Urteil weist überdies einen Rechtsfehler zuungunsten der Angeklagten S und B auf, der – gemäß § 301 StPO – auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft sowie auf die Revision des Angeklagten S – bezüglich des Angeklagten B i.V.m. § 357 StPO – die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II. 3. der Urteilsgründe nach sich zieht. In dem angefochtenen Urteil ist die

erforderliche finale Verknüpfung zwischen der Gewaltanwendung und der Wegnahmehandlung nicht hinreichend belegt.

Der Tatbestand des Raubes erfordert, dass die Gewalt als Mittel eingesetzt wird, um die Wegnahme der Sache zu ermöglichen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 4, 210, 211; 20, 32, 33; BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt 7 = StV 1995, 416 m.w.N.). Folgt die Wegnahme der Gewalt nur zeitlich nach, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht, scheidet ein Schuldspruch wegen Raubes (mit Todesfolge) aus (BGHSt 32, 88, 92; 41, 123, 124; BGH NStZ 1982, 380; BGH StV 1983, 460; 1995, 416, jeweils m.w.N.).

Nach den Feststellungen fassten die Angeklagten den Entschluss, dem Geschädigten seine Habseligkeiten wegzunehmen, als sie mit den Schlägen und Tritten aufgehört hatten. Dass das Opfer bei der Wegnahme Widerstand leistete (vgl. zu dieser Fallkonstellation BGHSt 16, 341), ist nicht festgestellt.

Ob die zuvor verübte Gewalt als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung fortwirkte (vgl. dazu BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt, fortwirkende 1; BGH NStZ 1982, 380 f.), etwa weil das Opfer zum Zeitpunkt, in dem die Täter den Wegnahmeentschluss fassten, noch derart eingeschüchtert war, dass es sich der Wegnahmehandlung nicht zu widersetzen wagte, und die Täter diese Situation erkannten und bewusst zum Zwecke der Wegnahme ausnutzten (vgl. BGHR StGB § 249 Abs. 1 Gewalt, fortwirkende 1; BGH NStZ 1982, 380 f. m.w.N.) oder ob die Gewalt zum Zeitpunkt der Wegnahmehandlung nur noch in der Weise fortwirkte, dass sich das Opfer im Zustand der allgemeinen Einschüchterung (vgl. BGH bei Dallinger

MDR 1968, 17 f.; BGH NStZ 1982, 380) oder aber der Bewusstlosigkeit (BGH DRiZ 1972, 30) befand, lässt sich den Urteilsgründen ebenfalls nicht entnehmen.

Sofern der neue Tatrichter unter Berücksichtigung des gesamten Tatablaufs erneut zu der Feststellung gelangt, dass der Wegnahmevorsatz von den Angeklagten erst nach Beendigung der Tötlichkeiten gefasst wurde, wird er den oben genannten Zusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme näher zu bezeichnen haben. Für eine Verurteilung wegen Raubes mit Todesfolge müsste zudem der Tod des Opfers durch den Raub herbeigeführt worden sein (vgl. BGH NJW 1998, 3361, 3362; 1999, 1039, 1040).

II. Aufhebung der verhängten Strafen

Als Folge der Aufhebung des Schuldspruchs im Fall II. 3. der Urteilsgründe können die Jugendstrafe und die gegen den Angeklagten S für diese Tat verhängte Einzelfreiheitsstrafe sowie die Gesamtfreiheitsstrafe keinen Bestand haben. Die – nicht zu beanstandenden – Einzelfreiheitsstrafen in den Fällen II. 1. und II. 2. der Urteilsgründe werden durch die Rechtsfehler nicht berührt.

III. Zurückverweisung

Für die neue Verhandlung und Entscheidung ist gemäß §§ 41 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 3, 103 Abs. 2 Satz 1 JGG eine Jugendkammer des Landgerichts zuständig, an die der Senat die Sache entsprechend § 355 StPO zurückverweist (vgl. BGHSt 42, 39, 42; Kuckein in KK 4. Aufl. § 355 Rdn. 4).

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Wahlhelferschaft und Glaubensfreiheit

OVG NRW, URTEIL VOM 03.09.2002
15 A 1676/00 (NWVBL 2003, 102)

Problemdarstellung:

Der Kl. des vorliegenden Rechtsstreits beehrte, im Hinblick auf seine Mitgliedschaft bei den "Zeugen Jehovas" künftig von der Tätigkeit als Wahlhelfer befreit zu werden, weil seine Glaubensüberzeugung ihm diese verbiete. Prozessual interessant ist dabei zunächst, dass es sich um eine vorbeugende Klage handelte. Vorbeugender Rechtsschutz - nicht zu verwechseln mit vorläufigem Rechtsschutz - ist in der VwGO nicht geregelt; seine Zulässigkeit bzw. deren Voraussetzungen sind umstritten.

Inhaltlich ging es um die Frage, ob und wann Art. 4 GG einen "wichtigen Grund" zur Befreiung vom Ehrenamt des Wahlhelfers i.S.d. einschlägigen Wahlgesetze ergeben kann. Das OVG prüft dabei in vorbildlicher Sauberkeit das Grundrecht nach Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung getrennt durch. Dabei geht es auch auf die durch die Abkehr des BVerwG von der Rspr. des BVerfG brandaktuelle Schrankendiskussion zu Art. 4 GG (nur verfassungsimmanente Schranken oder Gesetzesvorbehalt aus Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV?) ein. Das Gericht schließt sich der Auffassung des BVerfG an, wonach lediglich verfassungsimmanente Schranken anwendbar sein sollen, wobei es darauf hinweist, dass die Gegenansicht im konkreten Fall zu identischen Ergebnissen kommt.

Prüfungsrelevanz:

Über die Schrankendiskussion zu Art. 4 GG hat die RA bereits mehrfach ausführlich berichtet. Die hierzu einschlägigen Fälle über das Tragen von Kopftüchern, das Anbringen von Kruzifixen in Schulgebäuden und das "Schächten" von Opfertieren sind mittlerweile Klassiker geworden, die jedem Examenkandidaten geläufig sein müssen.

Im Unterschied zum "vorläufigen" Rechtsschutz über §§ 80 V, 123 VwGO ist der "vorbeugende" Rechtsschutz ein Hauptsacheverfahren. Zwar sind in der VwGO vorbeugende Klagen nicht ausdrücklich geregelt; die ganz h.M. hält aber vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklagen im Hinblick

auf Art. 19 IV GG gleichwohl für statthaft, wenn das repressiv ausgestaltete Rechtsschutzsystem der VwGO nicht ausreicht, um dem Kl. effektiven Rechtsschutz zu gewähren. Dies ist m.a.W. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Klage und in einem "qualifizierten Rechtsschutzinteresse" zu prüfen. In praxi liegt dieses nur selten vor, da insbesondere die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 I VwGO sowie der vorläufige Rechtsschutz in aller Regel genügen, um unabwendbare Nachteile für den Betroffenen zu verhindern.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Schrankendogmatik bei Art. 4 GG: *BVerfGE* 93, 1 (Kruzifix); *BVerwG*, RA 2001, 185 = *DVB* 2001, 485 (Schächten); *BVerwG*, RA 2002, 509; *VGH Mannheim*, *DVB* 2001, 1543 (Kopftuch)

☐ Zu vorbeugenden Klagen: *Dreier*, *JA* 1987, 415; *Ule*, *VerwArch* 65 (1974), 291; *BVerwG*, RA 2002, 260 = *NVwZ-RR* 2002, 256 (keine präventive Normenkontrolle)

☐ Zum Verwaltungsrechtsweg für Klagen gegen die Berufung zu einem Wahl Ehrenamt: *BVerwG*, *NJW* 2002, 2263

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Das Opferlamm"

Leitsatz:

Zur Freistellung von der Tätigkeit als Wahlhelfer aus Glaubensgründen.

Sachverhalt:

Der Kläger ist von seiner Heimatgemeinde, der kreisfreien Stadt X (Beklagte), bereits mehrfach als sogen. "Wahlhelfer" herangezogen worden. Er gehört jedoch mit den "Zeugen Jehovas" einer Religionsgemeinschaft an, die ihren Mitgliedern verbietet, an öffentlichen Wahlen aktiv oder passiv mitzuwirken. Dabei ist zu unterstellen, dass der Kläger diese Überzeugung aufrichtig teilt und durch die Heranziehungsbescheide in der Vergangenheit in einen ernsthaften Glaubens- und Gewissenskonflikt geraten ist. Er hat sich daher stets mit den ihm zur Verfügung stehenden Rechts-

behelfen gegen diese Bescheide gewehrt. Er sieht jedoch kein Ende, da er bei jeder Wahl wieder einen neuen Heranziehungsbescheid erhält und die Bekl. ihm gegenüber auch mehrfach geäußert hat, dass sie sich zum Erlass derselben berechtigt fühle. Seine religiösen Überzeugungen vermöchten einen "wichtigen Grund" i.S.d. Wahlgesetzes, der allein eine Befreiung von der Wahlhelfertätigkeit zuließe, nicht zu begründen. Der Kläger begehrt daher vor dem VG die Feststellung, dass die Bekl. künftig nicht mehr berechtigt ist, ihn zur Mitwirkung als Wahlhelfer an "allgemeinen Wahlen" zu verpflichten.

Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

Die Klage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Rechtsweg

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein. Hier kommt nur der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO in Betracht, der einschlägig ist, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt. Die Mitwirkung von Bürgern als Wahlhelfer ist in den Wahlgesetzen und -verordnungen des Bundes und der Länder geregelt, die staatliche Stellen mit der Wahldurchführung betrauen und daher öffentlich-rechtlicher Natur sind. Die vorliegende Streitigkeit ist auch nicht verfassungsrechtlich, da nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Bürger und Gemeinde um Vorschriften des einfachen Rechts streiten. Abdrängende Sonderzuweisungen sind auch nach Ansicht des OVG nicht ersichtlich:

"Die Frage, ob der Kläger als Wahlhelfer zu einer Tätigkeit in Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung von Kommunal-, Landtags-, Bundestags- oder Europaparlamentswahlen herangezogen werden kann, ist nicht nach den in den jeweiligen Wahlgesetzen enthaltenen Regelungen (§§ 26 Abs. 4 EuWahlG, 49 BWahlG, 1 Wahlprüfungsgesetz NRW, 39 KWahlG NRW) in einem Wahlprüfungsverfahren zu überprüfen."

II. Klageart

Die statthafte Klageart bestimmt sich nach dem Klagebegehren, § 88, 2. Hs VwGO. Der Kläger begehrt hier die Feststellung, dass er künftig nicht mehr als Wahlhelfer herangezogen werden darf. Dafür könnte die Feststellungsklage nach § 43 I VwGO statthaft sein, mit der u.a. das Nichtbestehen eines Rechtsver-

hältnisses festgestellt werden kann.

1. Statthaftigkeit vorbeugender Klagen

Sein Begehren bezieht sich allerdings auf zukünftige Vorgänge, so dass es sich um eine vorbeugende Feststellungsklage handelte. Ob eine solche statthaft ist, ist streitig:

a. Ablehnende Auffassung

In der Literatur wird die Statthaftigkeit unter dem Hinweis bestritten, der Rechtsschutz der VwGO sei repressiv, nicht präventiv ausgerichtet. Zudem biete der vorläufige Rechtsschutz nach §§ 80 V, 123 VwGO genügend Möglichkeiten, auch im Eilfall Belastungen abzuwehren. Gehe es um die Abwehr zukünftiger Verwaltungsakte (hier: Heranziehungsbescheide) komme hinzu, dass die Judikative den Gewaltenteilungsgrundsatz des Art. 20 II GG verletze, wenn sie der Exekutive von vornherein den Erlass von Verwaltungsakten verbiete. Ferner würden die Sachurteilsvoraussetzungen einer späteren Anfechtungsklage gegen einen solchen Bescheid umgangen (Schmitt-Glaeser, VwProzessR, 15. Aufl. Rz. 366 m.w.N.).

b. Bejahende Auffassung

Die Rechtsprechung und überwiegende Literatur hält demgegenüber auch vorbeugenden Rechtsschutz grds. für zulässig. Dies ergebe sich aus der Garantie effektiven Rechtsschutzes über Art. 19 IV GG. Die strengen Voraussetzungen einer solchen Klage, für die stets ein qualifiziertes Rechtsschutzinteresse zu fordern sei, stellten zudem sicher, dass keine unverhältnismäßigen Übergriffe in die Exekutivkompetenzen zu befürchten seien. Das OVG schließt sich dieser Auffassung, die wegen der gefestigten Rspr. des BVerwG zu diesem Thema von den Gerichten häufig nicht mehr näher begründet wird, in einem kurzen Ergebnissatz an:

"Die Klage [...] stellt eine sogenannte vorbeugende Feststellungsklage im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO dar."

2. Rechtsverhältnis

Bei vorbeugenden Klagen besonders sorgfältig zu erörtern ist, ob bereits ein feststellungsfähiges "Rechtsverhältnis" i.S.d. § 43 I VwGO vorliegt. Darunter ist jede konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Rechtsbeziehung zwischen verschiedenen Personen zu verstehen. Das OVG bejaht hier ein solches:

"Mit dem Klageantrag wird auch ein feststellungsfähiges, hinreichend konkretisiertes Rechtsverhältnis bezeichnet, weil die Anwendung bestimmter Normen des öffentlichen Rechts auf einen bereits überschaubaren Sachverhalt streitig ist (vgl. zur Feststellungsfähigkeit

eines Rechtsverhältnisses BVerwGE 89, 327 [329 f.]). Mit der Beschränkung auf „allgemeine Wahlen“ wird hinreichend deutlich gemacht, dass es um die vom Prinzip der Allgemeinheit geprägten öffentlichen Wahlen geht, von deren Vorbereitung und Durchführung im Wege ehrenamtlicher Tätigkeit der Kläger glaubt, aus Glaubensgründen befreit zu sein. Das sind die Kommunal-, die Landtags-, die Bundestags- und die Europaparlamentswahlen.“

Nach alledem ist hier die vorbeugende Feststellungsklage ge. § 43 I, 2. Fall VwGO statthaft.

III. Qualifiziertes Feststellungsinteresse

Aus den oben (A.II.1.b.) genannten Gründen bedarf es bei einer vorbeugenden Klage besonders strenger Anforderungen an das Feststellungsinteresse nach § 43 I VwGO a.E. Ein solches qualifiziertes Feststellungsinteresse für vorbeugenden Rechtsschutz liegt insbes. dann vor, wenn der Kläger auf die Inanspruchnahme desselben angewiesen ist, weil der Verweis auf repressiven Rechtsschutz unmöglich, für ihn unzumutbar oder aus sonstigen Gründen in einer mit Art. 19 IV GG nicht zu vereinbarenden Weise ineffektiv wäre. Dies bejaht das OVG im vorliegenden Fall:

“Das danach für die Zulässigkeit einer solchen Klage erforderliche besondere Feststellungsinteresse liegt — wie das VG zutreffend dargelegt hat — vor. Der Kläger wendet sich mit der Klage gegen die Auffassung der Beklagten, er könne gegenüber der Heranziehung zu einer ehrenamtlichen Tätigkeit bei der Vorbereitung und Durchführung von Kommunal-, Landtags-, Bundestags- oder Europaparlamentswahlen nicht geltend machen, er unterliege auf Grund seines Glaubens einem Gewissenskonflikt, der ihm eine solche Tätigkeit verbiete. Zur Heranziehung des Klägers zu einer solchen ehrenamtlichen Tätigkeit — auch in Zukunft — hält sich die Beklagte für berechtigt. Dies begründet ein rechtliches Interesse des Klägers, im Hinblick auf eine mit hinreichender Sicherheit zu erwartende neuerliche Heranziehung vorbeugend gerichtlich feststellen zu lassen, dass der von ihm geltend gemachte Gewissenskonflikt einen „wichtigen Grund“ i.S.d. Wahlbestimmungen darstellt. Es ist ihm auch nicht zuzumuten, sich — wie in der Vergangenheit geschehen — gegen jeden einzelnen Heranziehungsbescheid der Beklagten zu wehren. Er darf vielmehr zwecks Erlangung eines wirksamen Rechtsschutzes die Heranziehungspraxis der Beklagten ihm gegenüber insgesamt zur gerichtlichen Überprüfung stellen (vgl. z.B. BVerwGE 45, 224 [226]; 90, 112 [114 f.]).“

IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob über das (qualifizierte) Feststellungsinter-

teresse hinaus in analoger Anwendung des § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist. Dies mag hier jedoch dahinstehen, da es jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich ist, dass der Kl. durch die Heranziehung als Wahlhelfer in seinem subjektiv-öffentlichen recht auf Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG verletzt wird, die ihm jedenfalls die Klagebefugnis vermittelt.

V. Keine Subsidiarität

Vorliegend ist nicht ersichtlich, mit welcher Gestaltungs- oder Leistungsklage i.S.d. § 43 II VwGO der Kl. sein begehren effektiver verfolgen könnte. Insbesondere würden Anfechtungsklagen gem. § 42 I VwGO gegen die künftig zu erwartenden Heranziehungsbescheide weder dasselbe Begehren abdecken noch - schon wegen ihrer Vielzahl - gleich effektiv sein.

VI. Klagegegner

Der richtige Beklagte ist in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip zu bestimmen, hier also die kreisfreie Stadt X als zuständige Gebietskörperschaft.

Mithin ist die Klage zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit das Rechtsverhältnis nicht besteht, d.h. hier die Bekl. nicht berechtigt ist, den Kläger künftig als Wahlhelfer zu verpflichten.

I. “Wichtiger Grund” als Befreiungsvoraussetzung

“Bei der Tätigkeit im Wahlvorstand bei Europaparlaments-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen handelt es sich um eine ehrenamtliche Tätigkeit, zu deren Übernahme jeder Einwohner (§ 2 Abs. 7 KWahlG NRW, § 12 LWahlG NRW, jeweils i.V.m. § 28 Abs. 1 GO NRW) bzw. jeder Wahlberechtigte (§ 11 Abs. 1 BWahlG, § 4 EuWahlG i.V.m. § 11 BWahlG) grundsätzlich verpflichtet ist. Diese ehrenamtliche Tätigkeit kann jedoch aus einem „wichtigen Grund“ abgelehnt werden (§§ 2 Abs. 7 KWahlG NRW bzw. § 12 LWahlG NRW, jeweils i.V.m. § 29 Abs. 1 GO NRW, 11 Satz 3 BWahlG, 4 EuWahlG i.V.m. § 11 Satz 3 BWahlG).“

II. Vorliegen in der Person des Kl.

Fraglich ist, ob der Kl. sich auf einen solchen “wichtigen Grund” berufen kann.

I. Keine einfach-gesetzliche Regelung

Welche Umstände einen „wichtigen Grund“ i.S.d. Re-

gelungen darstellen, ist in den zu den Gesetzen erlassenen Wahlordnungen z.T. konkretisiert (§ 9 BWO, § 9 EuWahlO). Die in diesen Regelungen ausdrücklich erwähnten Gründe sind hier offensichtlich nicht einschlägig. Sie sind andererseits aber auch nicht abschließend, sondern nach dem eindeutigen Wortlaut („oder“) nur beispielhaft (vgl. zur § 11 BWO Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 5. Aufl. 1994, Rz. 3).

2. Grundrecht aus Art. 4 GG

Ein „wichtiger Grund“ könnte sich jedoch aus der Glaubens- und Religionsfreiheit des Art. 4 I, II GG ergeben. Hierzu das OVG:

„Auch wenn dieser unbestimmte Rechtsbegriff restriktiv auszulegen ist, weil dadurch eine Ausnahme von der nach dem Willen des Gesetzgebers allgemeinen Staatsbürgerpflicht zur Unterstützung demokratischer Wahlen gerechtfertigt werden soll, ergibt die verfassungskonforme Anwendung, dass ein „wichtiger Grund“ für die Ablehnung jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn die Durchsetzung der Pflicht die Glaubensfreiheit aus Art. 4 GG des Betroffenen verletzen würde.“

Dazu müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des art. 4 GG vorliegen.

a. Schutzbereich betroffen

aa. Definition des religiösen Glaubens

„Nach Art. 4 Abs. 1 GG ist die Freiheit des Glaubens unverletzlich. Religiös fundierter Glaube in diesem Sinne setzt eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens voraus, wobei eine den Menschen überschreitende und umgreifende („transzendente“) Wirklichkeit zu Grunde gelegt wird (vgl. BVerwGE 90, 112, 115). Einen solchen auf der Religion der Zeugen Jehovas basierenden Glaube hat der Kläger. [...] Aus dem für den Staat verbindlichen Gebot weltanschaulich-religiöser Neutralität und dem Grundsatz der Parität der Kirchen und Bekenntnisse folgt, dass die zahlenmäßige Stärke oder soziale Relevanz einer bestimmten Glaubenshaltung keine Rolle spielen kann. Als spezifischer Ausdruck der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde schützt Art. 4 Abs. 1 GG gerade auch die vereinzelt auftretende Glaubensüberzeugung, die von den Lehren der Kirchen und Religionsgemeinschaften abweicht. Dem Staat ist es verwehrt, bestimmte Bekenntnisse zu privilegieren oder den Glauben oder Unglauben seiner Bürger zu bewerten (vgl.

BVerfGE 33, 23 [28 f.]; BVerfG, NJW 1972, 1183 ff.).“

bb. Forum internum und forum externum geschützt

„In den Schutzbereich der Glaubensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG fällt nicht nur das Glaubendürfen als solches. Art. 4 Abs. 1 GG schützt auch die äußere Freiheit des Einzelnen, sein gesamtes Verhalten an den Lehren des Glaubens auszurichten und seiner inneren Glaubensüberzeugung gemäß zu handeln (st. Rspr., grundlegend BVerfGE 32, 98 [106 f.]). Daher kann auch eine aus Glaubensgeboten hergeleitete Ablehnung der Mitwirkung bei der Vorbereitung und Durchführung von politischen Wahlen als Bestandteil einer glaubensgeleiteten Lebensführung unter den Schutzbereich des Art. 4 GG fallen.“

b. Eingriff

„Angesichts dieses weiten, im Sinne einer umfassenden Verwirklichungsfreiheit interpretierten Schutzbereichs des Art. 4 GG sind bei den Voraussetzungen für das Vorliegen eines Eingriffs in die Glaubensfreiheit strenge Anforderungen zu stellen. Es ist ein Widerspruch zu einer persönlichen Entscheidung zu verlangen, die den Charakter einer ernstlichen Gewissens-, Glaubens- oder Bekenntnisentscheidung erreichen muss (vgl. BVerwGE 45, 224 [234 f.]). Denn nur wenn der Betroffene eine solche Entscheidung getroffen hat, kann ein Konflikt zwischen einem staatlichen Gebot und einem Glaubensgebot ihn „in seiner geistig-sittlichen Existenz als autonome Persönlichkeit“ (vgl. BVerfG, NJW 1972, 1183, 1184) und damit in der durch Art. 4 in spezifischer Weise geschützten Menschenwürde berühren. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 GG liegt daher nicht schon bei jedweder Tangierung von behaupteten Glaubensinhalten und Glaubensgeboten vor. Vielmehr wird erst dann in die Glaubensfreiheit eingegriffen, wenn der Betroffene sich durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens gehindert sieht, einer gesetzlichen Pflicht zu genügen, und als Konsequenz aus dem Zwang, der eigenen Glaubensüberzeugung zuwider zu handeln, in einen Gewissenskonflikt gestürzt würde (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 578 [579]). Die Verweigerung einer allgemeinen Pflicht muss auf einer ernsten, sittlichen Entscheidung beruhen, gegen die der Betroffene nicht ohne seelische Not handeln kann (so ausdrücklich im Fall einer religiös motivierten Gewissensentscheidung BVerwG, NJW 2000, 88, m.w.N.). Hierfür trägt der Betroffene die Darlegungslast. Er muss die religiösen oder weltanschaulichen Motive seines Handelns als für ihn verpflichtend darstellen und begründen können. Er trägt auch die Darlegungslast da-

für, dass er eine Gewissensentscheidung getroffen hat und deshalb in einen Gewissenskonflikt gestürzt würde, wenn er entgegen diesen Ge- oder Verboten die gesetzliche Pflicht erfüllen müsste (vgl. OVG NRW, NWVBl. 1992, 35 [37] m.w.N.).”

Laut Sachverhalt war zu unterstellen, dass ein solcher, ernstlicher Glaubenskonflikt des Kl. vorliegt. Die für einen Grundrechtseingriff erforderliche Intensität ist also erreicht.

c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob dieser Eingriff durch die Schranken des Grundrechts gedeckt ist. Streitig ist allerdings bereits, welchen Schranken des Grundrecht aus Art. 4 GG unterliegt. Während das BVerfG von einem unbeschränkten, lediglich verfassungsimmanenten Grenzen unterworfenen Schutz ausgehen, stellen die h.L. und das BVerfG auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt über Art. 140 GG i.V. 136 I WRV ab, da zu den der Religionsfreiheit vorgehenden “staatsbürgerlichen Pflichten” i.S.d. Art. 136 I WRV auch die Pflicht zur Befolgung der Gesetze gehöre. Der Streit mag dahinstehen, wenn beide Ansichten zum selben Ergebnis führten.

aa. (Nur) verfassungsimmanente Schranken

Das OVG lässt erkennen, sich der Ansicht des BVerfG anschließen zu wollen:

“Die Glaubensfreiheit ist unbeschränkt gewährleistet. Sie darf weder durch die allgemeine Rechtsordnung noch durch eine unbestimmte Güterabwägungsklausel relativiert werden. Ihre Grenzen werden allein durch andere Rechtsgüter mit Verfassungsrang, insbesondere Grundrechte Dritter, gezogen (vgl. BVerfG, NJW 1972, 1183, 1184).”

(1). Wahlhelferpflicht als kollidierendes Verfassungsgesetz

“Die Glaubensüberzeugung des Klägers kollidiert mit der allgemeinen Pflicht zur Übernahme einer ehrenamtlichen Tätigkeit als Wahlhelfer. Diese Tätigkeit dient der ordnungsgemäßen Durchführung allgemeiner öffentlicher Wahlen. Diese genießen Bedeutung von Verfassungsrang. Das ergibt sich für Europaparlamentswahlen aus Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mitwirkt, die u. a. demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist. Der Verfassungsrang von Bundestagswahlen folgt aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG sowie der Regelung in Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG, der die allgemeine, unmittelbare, freie, gleiche und geheime Wahl der Bundestagsabgeordneten vorschreibt. Für den

Verfassungsbereich der Länder ergibt sich der bundesrechtliche Verfassungsrang von Landtags- und Kommunalwahlen aus dem Homogenitätsprinzip des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, wonach die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern u. a. den demokratischen Grundsätzen im Sinne des Grundgesetzes entsprechen muss. Insbesondere schreibt das Bundesverfassungsrecht in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG die Existenz von Volksvertretungen in den Ländern, Kreisen und Gemeinden vor, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen sind.”

(2). Praktische Konkordanz

“Gerät die Glaubensfreiheit mit einem anderen Recht von Verfassungsrang, wie hier mit der Institution allgemeiner öffentlicher Wahlen, in Widerstreit, so genießt keines der Verfassungsgüter stets und ausnahmslos Vorrang. Vielmehr müssen beide mit dem Ziel der Optimierung zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu. Es muss im Wege einer Abwägung der widerstreitenden Belange eine Konkordanz der Verfassungsgüter hergestellt werden (vgl. BVerfGE 83, 130 [139, 143]).

Die ordnungsgemäße Durchführung von Wahlen wird nicht dadurch beeinträchtigt, dass im Einzelfall eine Befreiung von der allgemeinen Pflicht hingenommen wird. Die Freistellung von der in den Wahlgesetzen niedergelegten Pflicht zur Übernahme der ehrenamtlichen Tätigkeit im Einzelfall hebt die generelle Gültigkeit der pflichtbegründenden Norm nicht auf. Soweit die Beklagte einwendet, dass — sollte dieses Beispiel Schule machen — in letzter Konsequenz die Abhaltung von Wahlen als Grundlage demokratischer Willensbildung und damit die Demokratie schlechthin gefährdet werden könnte, liegt eine solche Gefahr zurzeit nicht vor, da derartige Glaubensüberzeugungen wie die des Klägers nach den tatsächlichen Erfahrungswerten schon zahlenmäßig nicht ins Gewicht fallen. Demgegenüber würde das Beharren auf einem Einsatz des Klägers als Wahlhelfer diesen, wie oben ausgeführt, in eine ernste glaubensfundierte Gewissensnot bringen, die ihn zwänge, entweder gegen sein als innerlich zwingend empfundenen religiöses Verhaltensgebot zu allgemeinen öffentlichen Wahlen zu verstoßen oder aber sich bußgeldbewehrt rechtswidrig und möglicherweise auch disziplinarrechtlich relevant zu verhalten. Angesichts der hier auftretenden Schwere der Glaubensbeeinträchtigung auf der einen Seite und der fehlenden Gefahr für die ordnungsgemäße Durchführung allgemeiner öffentlicher Wahlen auf der anderen Seite fällt die Abwägung in diesem Einzelfall zu Gunsten des

Klägers aus.”

Danach wäre der Eingriff in Art. 4 GG - wollte man dem Kl. einen “wichtigen Grund” aus Glaubensgründen versagen, nicht gerechtfertigt. Nach dieser Ansicht wäre folglich die auf Nichtbestehen einer künftigen Wahlhelferpflicht gerichtete Klage erfolgreich.

bb. Allgemeiner Gesetzesvorbehalt

Das Gericht hält die Klage jedoch auch nach der Gegenansicht für begründet:

“Sieht man die Glaubensfreiheit entgegen der Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV unter den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze gestellt (so nunmehr BVerfG, NJW 2001, 1225 [1226], m.w.N.; ebenso v. Mangoldt/Klein/Starck, GG,

4. Aufl. 1999, Rz. 75 ff.), ergibt sich nichts anderes. Auch nach dieser Auffassung kann nämlich bei der Auslegung und Anwendung der allgemeinen Gesetze eine etwaige Beschränkung des Grundrechts der Glaubensfreiheit nicht unberücksichtigt bleiben. Die allgemeinen Gesetze müssen zurückweichen, wenn — wie hier — der konkrete Konflikt zwischen einer nach allgemeinen Anschauungen bestehenden Rechtspflicht und einem Glaubensgebot den Betroffenen in eine seelische Bedrängnis bringt, die unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht zu verantworten ist.”

Auch nach dieser Ansicht wäre die Klage also begründet, so dass eine Streitentscheidung hier dahinstehen kann. Die Klage hat jedenfalls Erfolg.

Standort: Reisevertragsrecht

Problem: Insolvenz des Reiseveranstalters

BGH, URTEIL VOM 10.12.2002
X ZR 193/99 (NJW 2003, 743)

Problemdarstellung:

In diesem Verfahren ging es um die Schadensersatzpflicht eines Reisebüros gegenüber einem insolventen Reiseveranstalter wegen eigenmächtiger Rückerstattung von Anzahlungen an die Kunden.

Das beklagte Reisebüro fungierte als Vertreter für den Reiseveranstalter für die von diesem angebotenen Pauschalreisen; dabei zog das Reisebüro treuhänderisch die Gelder der Reisekunden im Wege einer Inkassobovollmacht ein und verwahrte sie für den Reiseveranstalter auf besonderes Konto; der Reiseveranstalter hatte bezüglich dieses Kontos eine Einziehungsermächtigung. Reklamationen und Rückerstattungsforderungen von Kunden sollten stets an den Reiseveranstalter weitergeleitet werden; ohne schriftliche Anweisung war das beklagte Reisebüro nicht ermächtigt, Rückzahlungen an die Kunden vorzunehmen.

Nach der Einstellung sämtlicher Geschäftstätigkeit und der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Reiseveranstalters zahlte das beklagte Reisebüro Anzahlungen von Kunden, deren Reisen bereits gebucht waren und nicht durch andere Veranstalter übernommen wurden, zurück. Wegen dieser Auszahlungen verlangt der Insolvenzverwalter nunmehr Konkursverwalter entsprechenden Schadensersatz.

Der BGH stellt fest, dass aufgrund des Treuhandverhältnisses zwischen den Beteiligten das beklagte Rei-

sebüro gem. §§ 675, 667 BGB zur Herausgabe der Kundenanzahlungen verpflichtet war und nunmehr gem. § 280 I BGB a. F. schadensersatzpflichtig ist. Vor allem stellte der BGH klar, dass das Reisebüro nicht ermächtigt war, selbstständig darüber zu entscheiden, ob den Kunden ihre Anzahlungen auszuzahlen sind. Da die Reisekunden ausreichend über § 651 k BGB für den Fall der Insolvenz des Reiseveranstalters abgesichert sind (Sicherstellung durch Versicherung), besteht kein Bedürfnis für eine weitere Privilegierung der Kunden als Insolvenzgläubiger.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil ist zur Vorbereitung auf das Staatsexamen lesenswert, weil es um die Frage einer Pflichtverletzung des beklagten Reisebüros gegenüber dem insolventen Reiseveranstalter geht; nach der Schuldrechtsreform ist die Pflichtverletzung gem. § 280 I BGB zum allgemeinen Leistungsstörungstatbestand erhoben worden. Die Anzahl möglicher, verletzbarer Pflichten erstreckt sich von den elementaren Hauptleistungspflichten bis zu den allgemeinen Nebenpflichten gem. § 241 II BGB.

Dabei kann es - wie der vorliegende Fall zeigt - schwierig sein, die konkrete Pflicht bzw. ihre Verletzung festzumachen. Manchmal kann dies nur durch Auslegung sowie Abwägung der widerstreitenden Interessen erfolgen. In diesem Verfahren befand sich das beklagte Reisebüro im Spannungsfeld zwischen dem insolventen Reiseveranstalter und den enttäuschten Kunden bei der Frage, ob es die Anzahlungen auf den Reisepreis zurückerstatten soll. Bei der Beant-

wortung dieser Frage stellt der BGH letztlich auf die fehlende Schutzwürdigkeit der Reisekunden ab, da diese über § 651 k BGB bereits einen ausreichenden Schutz für den Fall der Insolvenz des Reiseveranstalters erhalten.

§ 651 k BGB, der infolge einer europäischen Richtlinienvorgabe aufgenommen wurde, soll sicherstellen, dass der Reiseveranstalter seine Kunden vor der Gefahr der eigenen Insolvenz durch Abschluss von Rückversicherungen bewahrt.

Vertiefungshinweis:

□ Zu § 651 k BGB: *BGH*, NJW 2002, 2238; NJW 2001, 1934; *OLG Köln*, NVersZ 2000, 398

Leitsätze:

1. § 651 k BGB schützt den Reisenden gegen das Risiko der Insolvenz des Reiseveranstalters auf dem Wege der Kundengeldabsicherung. Die Vorschrift begründet keine Befugnis des Reisebüros, an Stelle des Reiseveranstalters oder des Verwalters im Konkurs über sein Vermögen über Anzahlungen auf den Reisepreis zu verfügen, die das Reisebüro als Handelsvertreter und Inkassobvollmächtigter des Reiseveranstalters für diesen eingezogen hat.

2. Hat ein Reisebüro als Handelsvertreter und Inkassobvollmächtigter des Reiseveranstalters Anzahlungen unter Beachtung des § 651 k BGB eingezogen, schuldet es dem Reiseveranstalter auch im Falle der Insolvenz des Reiseveranstalters Schadensersatz, wenn es die Anzahlungen vertragswidrig den Reisenden zurückerstattet oder für von diesen anderweitig gebuchte Reisen verwendet.

Sachverhalt:

Der Kl. ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen der H-GmbH & Co. KG. Die Bekl. betreibt ein Reisebüro.

Zwischen der Gemeinschuldnerin und der Bekl. bestand ein Agenturvertrag vom 18. 7. 1984, nach dessen § 1 die Bekl. zur Vertreterin der Gemeinschuldnerin für die von dieser angebotenen Pauschalreisen bestellt wurde. § 5 a des Vertrags bestimmt, dass die Agentur Inkassobvollmächtigter von H ist, die Gelder treuhänderisch vereinnahmt und sie auf einem besonderen Konto in der Buchhaltung zu verbuchen hat. Nach § 5 c des Vertrags hat die Agentur H einen Abbuchungsauftrag zu erteilen, wobei H verpflichtet ist, die Rechnungsbeträge nicht früher als sechs Tage vor Reisebeginn vom Bankkonto der Agentur abzubuchen.

§ 6 a des Vertrags bestimmt, dass die Provisionen der Agentur im Reisepreis enthalten sind und H nur den um den Provisions- und Umsatzsteuerbetrag verminderten Reisepreis abbucht. Nach § 8 des Vertrags sind Reklamationen oder Regressforderungen von Kunden unverzüglich an H weiterzuleiten; die Agentur darf ohne schriftliche Weisung von H keine Forderungen von Kunden anerkennen und Rückzahlungen von eingezahlten Geldern vornehmen. Ab dem 7. 8. 1996 wurden von der Gemeinschuldnerin keine Reisen mehr durchgeführt. Gebuchte Reisen mit Abreisedatum bis 6. 8. 1996 wurden von der T durchgeführt. Anzahlungen von Kunden für Reisen, die erst nach dem 6. 8. 1996 anzutreten waren, hat die Bekl. entweder an die Kunden zurückgezahlt oder auf Reisen verrechnet, die die betreffenden Kunden bei anderen Reiseveranstaltern gebucht hatten. Am 1. 8. 1996 wurde die Sequestration angeordnet. Am 1. 10. 1996 wurde das Konkursverfahren über das Vermögen der Gemeinschuldnerin eröffnet und der Kl. zum Konkursverwalter bestellt. Der Kl. hat von der Bekl. Zahlung von insgesamt 15.000,- € begehrt, die sich aus Anzahlungen in Höhe von 10% des Reisepreises der jeweils gebuchten Pauschalreisen zusammensetzen, die die Bekl. den Kunden erstattet oder auf anderweit gebuchte Reisen verrechnet hat. Ist die Zahlungsforderung berechtigt?

[Anm.: Entgegen Art. 229 § 5 EGBGB ist das Zahlungsbegehren ausschließlich nach der derzeitigen Rechtslage zu prüfen.]

Lösung:

A. Herausgabeanspruch gem. §§ 667 Alt. 2, 80 I BGB

Der Kl. könnte gegenüber der Bekl. einen Zahlungsanspruch in Höhe von 15.000,- € gemäß § 667 Alt. 2 BGB als Insolvenzverwalter (§ 80 I InsO) geltend machen.

I. Anspruch entstanden

1. Anspruchsberechtigung des Kl.

Die Berechtigung, Forderungen des insolventen Reiseveranstalters gegenüber der Bekl. im eigenen Namen geltend zu machen, ergibt sich für den Kl. aus seiner Stellung als Insolvenzverwalter gem. § 80 I InsO (= § 6 KO). Mit der Eröffnung des Konkurs-/Insolvenzverfahrens hat der Kl. die gesamte Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des insolventen Reiseveranstalters erworben.

2. Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 I BGB

Zwischen der Bekl. und dem insolventen Reiseveranstalter müsste ein unentgeltlicher Auftrag i.S.d. § 662 BGB oder ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 I BGB bestehen. Ein solches Schuldverhältnis könnte sich aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Agenturvertrag vom 18.07.1984 ergeben. Diesbezüglich führt der BGH aus:

“Das BerGer. ist davon ausgegangen, dass das bekl. Reisebüro auf Grund des Agenturvertrags vom 18. 7. 1984 ständig mit dem Vertrieb von Pauschalreisen der Gemeinschuldnerin betraut und demzufolge deren Handelsvertreter war (§§ 84 f. HGB). Diese Wertung entspricht der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 62, 71; BGHZ 82, 219; BGH, NJW 1988, 488).”

Handelsvertreter gem. § 84 I 1 HGB ist, wer als selbstständiger Gewerbetreibender ständig damit vertraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Handelsvertreter betreiben daher für ihren jeweiligen Unternehmer entgeltliche Geschäftsbesorgung i.S.d. § 675 I BGB, sodass auf ihr Rechtsverhältnis jenseits der §§ 84 ff. HGB auch das Geschäftsbesorgungsrecht des BGB (insb. § 667 BGB) angewendet werden kann.

3. Erwerb aus der Geschäftsbesorgung

Des Weiteren müsste die Bekl. im Rahmen ihrer Geschäftsbesorgung für das insolvente Reiseunternehmen etwas erlangt haben. Hierzu stellt der BGH fest:

“Das BerGer. hat weiter angenommen, dass es sich bei der Bevollmächtigung der Bekl. zum Inkasso um eine Inkassoession (§ 398 BGB) gehandelt hat. Das deckt sich mit den auf die Abwicklung des Einzugs der Reisepreisforderungen gegen die Reisenden gerichteten Bestimmungen des Agenturvertrags und lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Revision erhebt auch insoweit keine Rügen.”

Die von der Bekl. eingezogenen Reiseforderungen wurden treuhänderisch zugunsten des insolventen Reiseunternehmens auf einem separaten Konto geführt, für das das Reiseunternehmen auch eine Einziehungsermächtigung hatte (vgl. §§ 5a - 6a des Agenturvertrages). Folglich sind die eingezogenen Reiseforderungen bzw. deren Gutschrift auf dem Bankkonto (§ 676g BGB) im Rahmen der Geschäftsbesorgung für das Reiseunternehmen von der Bekl. erlangt worden.

4. Inhalt des Anspruchs; Fälligkeit

Gem. § 667 Alt. 2 BGB muss die Bekl. nunmehr die

eingezogenen Reisezahlungen an den Kl. herausgeben; denn spätestens mit der Eröffnung des Insolvenz- / Konkursverfahrens ist das zugrunde liegende Geschäftsbesorgungsverhältnis aufgrund des Agenturvertrages beendet. Dies wird vom BGH insofern auch bestätigt:

“Entgegen der Auffassung der Revision kann der Kl. seinen Anspruch nicht aus § 667 Alt. 2 BGB herleiten. Die Revision macht zwar im Ausgangspunkt zutreffend geltend, dass der Inkassoession ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) zu Grunde liegt, der durch die Konkursöffnung beendet wird, so dass der Konkursverwalter einen Anspruch auf Rückübertragung der zum Inkasso abgetretenen Forderungen gem. §§ 675, 667 Alt. 1 BGB sowie einen Anspruch auf Herausgabe der aus dem Inkasso erlangten Zahlungen der Schuldner der abgetretenen Forderungen gem. §§ 675, 667 Alt. 2 BGB hat (Schmidt, Insolvenzgesetze).”

5. Ergebnis

Der Anspruch des Kl. auf Herausgabe der eingezogenen Reiseforderungen gem. § 667 Alt. 2 BGB ist entstanden.

II. Anspruch untergegangen gem. § 275 I BGB

Der festgestellte Herausgabeanspruch des Kl. könnte jedoch gem. § 275 I BGB wegen Unmöglichkeit untergegangen sein. Unmöglichkeit erfordert dauerhafte Nichterbringbarkeit des Leistungserfolges. Die Bekl. hat die fraglichen Gelder an die Reisekunden zurückerstattet oder auf anderweitige Reisen verbucht, sodass sie die konkret erworbenen Gelder nicht mehr herausgeben kann. Fraglich ist jedoch, ob darin allein schon eine Unmöglichkeit für die Bekl. zu sehen ist.

Der BGH stellt dazu fest:

“Entgegen der Auffassung der Revision kann der Kl. seinen Anspruch nicht aus § 667 Alt. 2 BGB herleiten. Die Revision macht zwar im Ausgangspunkt zutreffend geltend, dass der Inkassoession ein Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) zu Grunde liegt, der durch die Konkursöffnung beendet wird, so dass der Konkursverwalter einen Anspruch auf Rückübertragung der zum Inkasso abgetretenen Forderungen gem. §§ 675, 667 Alt. 1 BGB sowie einen Anspruch auf Herausgabe der aus dem Inkasso erlangten Zahlungen der Schuldner der abgetretenen Forderungen gem. §§ 675, 667 Alt. 2 BGB hat (Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., § 1 KO Anm. 3 A, a). Hinsichtlich des allein als Anspruchsgrundlage für die vom Kl. begehrte Herausgabe der Anzahlungen in Betracht kommenden § 667 Alt. 2 BGB geht die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass die Ver-

pflichtung des Beauftragten zur Herausgabe in Ausführung des Auftrags erlangten Geldes keine gewöhnliche Geldschuld darstellt. Der Beauftragte ist, anders als der gewöhnliche Geldschuldner, nicht verpflichtet, einen Austauschwert aus seinem eigenen Vermögen bereitzustellen, um der Herausgabepflicht nachzukommen; die Regel des § 270 I BGB, ist auf die Herausgabepflicht nicht anzuwenden (BGHZ 28, 123 [128] = NJW 1958, 1681). Deshalb hat der BGH — ohne die Frage abschließend zu entscheiden — auch erwogen, die Regeln über das Unvermögen des Schuldners zur Erfüllung einer Gattungsschuld (§ 279 BGB a. F.) nicht auf die Verpflichtung des Beauftragten zur Herausgabe von Geld anzuwenden (BGH, NJW 2000, 1496 = JZ 2001, 254). Ein Anspruch des Kl. auf Herausgabe der Anzahlungen gegen die Bekl. käme danach schon deshalb nicht in Betracht, weil diese infolge ihrer anderweitigen Verwendung durch die Bekl. endgültig aus dem Bar- und Buchvermögen der Bekl. ausgeschieden sind, so dass dem Kl. nur ein Anspruch auf Schadensersatz nach § 280 I BGB in der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung zustehen könnte, wenn die Bekl. die Anzahlungen schuldhaft nicht an den Kl. abgeführt hätte.

Der Streitfall nötigt nicht dazu, die Frage abschließend zu entscheiden. Denn infolge der Inkassozession zu Grunde liegenden abstrakten Abtretung schlägt die treuhänderische Bindung des Zessionars nicht in das Außenverhältnis zu Dritten durch, so dass treuwidrige Verfügungen des Zessionars über das Treugut und das aus der Geschäftsführung Erlangte dem Zedenten gegenüber wirksam sind (Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 398 Rdnr. 43). Erkennt der Zessionar das Rückzahlungsverlangen des Kunden als berechtigt an und gibt er ihm deshalb die erlangte Leistung zurück, bleibt der Zedent an diese Verfügung gebunden, so dass — wovon die Vorinstanzen zutreffend ausgegangen sind — als Anspruchsgrundlage für das Begehren des Kl. ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 280 I BGB in der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung, nicht aber ein Anspruch auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten gem. § 667 Alt. 2 BGB in Betracht kommt (BGH, NJW 1962, 587 = WM 1962, 180; vgl. auch BGH, NJW-RR 1993, 926; Staudinger/ Wittmann, BGB, 1995, § 667 Rdnr. 17), den der Verwalter im Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners wie den Herausgabeananspruch selbst zur Masse geltend machen kann (§ 6 KO).“

III. Ergebnis

Infolge Unmöglichkeit zur Herausgabe der konkret erlangten Gelder besteht kein Anspruch des Kl. gem.

§ 667 Alt. 2 BGB.

B. Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 I 1, III, 283 BGB, 80 I InsO

Der Kl. könnte gegenüber der Bekl. einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 I 1, III, 283 BGB in Höhe von 15.000,- € als Insolvenzverwalter (§ 80 I InsO) geltend machen.

I. Wirksames Schuldverhältnis

Zunächst müsste zwischen den Parteien ein wirksames Schuldverhältnis bestehen, wobei jegliche Art von Schuldverhältnis (vertraglich gem. § 311 I BGB, quasi-vertraglich gem. § 311 II, III BGB, gesetzlich) ausreicht.

Wie bereits an anderer Stelle gezeigt, bestand zwischen der Bekl. und dem insolventen Reiseveranstalter aufgrund des Agenturvertrages vom 18.07.1984 ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 I BGB (s.o. A. II.).

II. Pflichtverletzung der Schuldnerin

Des Weiteren müsste der Bekl. als Schuldnerin eine Pflichtverletzung im Rahmen dieses entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverhältnisses vorzuwerfen sein. Aufgrund der durch die Schuldrechtsreform vorgenommenen Harmonisierung im Leistungsstörungsrecht umfasst die Pflichtverletzung jede Form der Leistungsstörung. Auch hinsichtlich der Art der verletzten Pflicht wird nicht differenziert; Hauptleistungs-, Nebenleistungs- und Nebenpflichten (§ 241 II BGB) werden im Rahmen des § 280 I BGB alle gleich behandelt.

Wie bereits oben ausgeführt, schuldete die Bekl. gem. § 667 Alt. 2 BGB die Herausgabe der treuhänderisch eingezogenen Reisegelder der Kunden zugunsten des insolventen Reiseunternehmens. Dieser Leistungspflicht aus der Geschäftsbesorgung gem. § 675 I BGB ist die Bekl. nicht nachgekommen und hat sie damit verletzt.

III. Verschulden der Schuldnerin

Im Übrigen müsste die Bekl. als Schuldnerin jener Herausgabepflicht schuldhaft bei der Pflichtverletzung gehandelt haben, wobei gem. § 276 I BGB Vorsatz und jede Form der Fahrlässigkeit als Verschuldensmaßstab ausreicht. Nach § 280 I 2 BGB wird dieses Verschulden vermutet, indem durch eine Beweislastumkehr der Schuldnerin aufgebürdet wird, das Fehlen eines Verschuldens ihrerseits darzulegen und zu beweisen.

Die Bekl. könnte diese Verschuldensvermutung hinsichtlich der verletzten Herausgabepflicht widerlegen,

wenn sie rechtlich verpflichtet war, die treuhänderisch eingezogenen Reisegelder an die Kunden zurückzahlen. Der BGH stellt dazu fest:

1. Keine vertraglichen Pflichten der Bekl. gegenüber den Reisenden)

Diesem Schadensersatzanspruch steht nicht entgegen, dass die Anzahlungen auf Reisen, die ab dem 6. 8. 1996 anzutreten waren und infolge der Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin nicht mehr durchgeführt wurden, von der Bekl. noch nicht an die Gemeinschuldnerin abgeführt waren (vgl. dazu Tonner, RRa 2000, 3; a. A. Eckert, RRa 1999, 43). Die Auffassung des BerGer., neben dem Agentur-Vertrag habe ein Reisevermittlungsvertrag zwischen der Bekl. und den Reisenden bestanden, kraft dessen die Bekl. Zahlungen von Kunden bis zur Weiterleitung an die Gemeinschuldnerin nicht nur für die Gemeinschuldnerin, sondern zugleich für die Reisenden treuhänderisch verwaltet habe, hält den Rügen der Revision nicht stand. Sie wird von den tatsächlichen Feststellungen des BerGer. nicht getragen. Treuhandverhältnisse beruhen zwar regelmäßig auf einem Auftrag oder einem Geschäftsbesorgungsvertrag. Insbesondere der Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) ist eng mit der Rechtsfigur der Treuhand verbunden, denn Geschäftsbesorgungsverträge begründen oft Treuhandverhältnisse. Dies ist aber nicht notwendig der Fall, so dass der Beauftragte nicht schon allein auf Grund des Bestehens eines Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags an allem, was er bei Ausführung des Auftrags erhält oder erlangt, eine Treuhänderstellung innehat (vgl. Staudinger/Martinek, § 675 BGB Rdnr. A 52; Ganter, in: MünchKornm-InsO, § 47 Rdnr. 355). Zwar bestehen im Rahmen von Geschäftsbesorgungs- und Auftragsverträgen Treuepflichten des Beauftragten; diese setzen aber keine treuhänderische Stellung des Beauftragten voraus, sondern gelten für jeden Auftrag (Staudinger/Wittmann, § 662 Rdnr. 2).

Das BerGer. hat — wie die Revision zu Recht rügt — keine Feststellungen über den Inhalt der zwischen der Bekl. und den Reisenden möglicherweise geschlossenen Reisevermittlungsverträge getroffen. Die Bekl. zeigt auch nicht auf, dass die Parteien vom BerGer. nicht berücksichtigte Umstände vorgetragen hätten, aus denen sich Abreden ergeben könnten, die auf eine treuhänderische Stellung der Bekl. in Bezug auf die an sie gezahlten Anzahlungen hinzuweisen geeignet wären oder aus denen sich ergeben könnte, dass die Bekl., ohne Treuhänder zu sein, über die Beratung und Vermittlung von Reiseverträgen hinausgehende besondere Vermögensfürsorgepflichten zu Gunsten

der Reisenden wahrnehmen sollte. Soweit das BerGer. in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils davon spricht, die Anzahlungen seien auf ein Anderkonto geleistet worden, bezieht sich dies ersichtlich auf die Verpflichtung der Bekl., Kundenzahlungen auf Forderungen der Gemeinschuldnerin in ihrer Buchhaltung auf einem gesonderten Konto zu erfassen. Dass es sich bei dem Bankkonto der Bekl. um ein Anderkonto oder ein diesem vergleichbares Sonderkonto gehandelt haben könnte, legt keine der Parteien dar. Demzufolge ist nicht ersichtlich, dass die Bekl. die Anzahlungen auf Grund einer Treuhandabrede mit den Reisenden treuhänderisch auch für diese verwaltet haben könnte. Die Rückzahlung der Anzahlungen an die Reisenden kann daher entgegen der Auffassung des BerGer. nicht damit gerechtfertigt werden, dass der Bekl. die Stellung eines Treuhänders sowohl gegenüber der Gemeinschuldnerin als auch gegenüber deren Vertragspartnern zukam (Doppeltreuhand; dazu BGHZ 109, 47 = NJW 1990, 45).

Bei dieser Sachlage bedarf es keiner Entscheidung der von der Revision aufgeworfenen Frage, ob — wie ein Teil der Literatur annimmt und wofür die Interessenlage der Beteiligten bei der Buchung von Pauschalreisen über Reisebüros, die Handelsvertreter eines Reiseveranstalters sind, sprechen mag — zwischen dem Reisebüro und dem Reisenden in jedem Fall ein Reisevermittlungsvertrag in Form eines Auftrags nach § 662 BGB (vgl. Recken, in: RGRK, BGB, 12. Aufl., § 651 a Rdnr.19) oder in Form eines Geschäftsbesorgungsvertrags (vgl. Tonner, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 651 a Rdnr. 29 m.w. Nachw.; krit. Tempel, NJW 1996, 1625 [1634]; dahingestellt in BGHZ 82, 219 = NJW 1982, 377) zu Stande kommt. Denn selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass in Fällen der vorliegenden Art der Abschluss eines Reisevermittlungsvertrags zwischen dem Reisebüro als Handelsvertreter des Reiseveranstalters und dem Reisenden grundsätzlich in Betracht kommen kann, fehlt es an der Feststellung tatsächlicher Umstände für die Annahme, ein derartiger Reisevermittlungsvertrag könnte eine Treuhänderstellung der Bekl. an Reisepreiszahlungen auch für die Kunden begründet haben, die infolge der durch die Inkassoession begründeten Verwaltungstreuhand für die Gemeinschuldnerin für diese eingezogen worden sind. Insoweit bedarf es auch keiner Entscheidung der von der Revision aufgeworfenen Frage, ob es die Stellung eines Pauschalreisen eines Reiseveranstalters vermittelnden Reisebüros als Handelsvertreter in jedem Fall ausschließt, dass das Reisebüro in Rechtsbeziehungen zu den Kunden des Geschäftsherrn treten kann (vgl. zu

atypischen Fällen, in denen der Handelsvertreter in Rechtsbeziehungen zu den Kunden des Geschäftsherrn tritt, Löwisch, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, § 84 Rdnr. 58 m. w. Nachw.).

2. Keine Rückzahlungspflicht der Bekl. aus Zessionsrecht

Die Reisenden als Vertragspartner der Gemeinschaftsdnerin konnten die Vorleistung auch nicht deshalb von der Bekl. als Zessionar zurückverlangen, weil sie die vertraglich geschuldete Leistung später vom Zedenten nicht erhalten haben (BGH, NJW 1963, 1869).

3. Keine Rückzahlungspflicht der Bekl. wegen Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters

Dem Schadensersatzanspruch des Kl. steht auch nicht entgegen, dass Reisebüros — wie das BerGer. gemeint hat — unabhängig davon, ob den Reisenden der Sicherheitsschein ausgehändigt worden ist, gehalten wären, den Reisenden den Reisepreis oder Anzahlungen auf ihn zu erstatten und derartige Zahlungen nicht an den Reiseveranstalter weiterzuleiten, wenn dieser zahlungsunfähig wird und deshalb vor Beginn der Reise feststeht, dass die Reise nicht durchgeführt wird.

a. Zur Regelung des § 651 k BGB

Im Streitfall war die Bekl. auf Grund des Agenturvertrags berechtigt und verpflichtet, den Reisepreis aus Reiseverträgen einzuziehen, die vor dem 1. 1. 1997 geschlossen worden waren. Auf diese Verträge findet § 651 k BGB in der Fassung des Gesetzes vom 24. 6. 1994 (BGB I, 1322) Anwendung. Nach dessen Abs. 4 durfte der Reiseveranstalter Zahlungen des Reisenden auf den Reisepreis außer eine Anzahlung bis zur Höhe von 10% des Reisepreises und höchstens 500 DM vor der Beendigung der Reise nur fordern oder entgegennehmen, wenn er dem Reisenden einen Sicherheitsschein übergeben hat. Dementsprechend war die Bekl. als Inkassozessionar berechtigt, aber auch verpflichtet, Anzahlungen bis zu 10% des Reisepreises und höchstens 500 DM ohne Übergabe des Sicherheitsscheins zu fordern oder entgegenzunehmen; höhere Anzahlungen durften nur gegen Übergabe des Sicherheitsscheins eingezogen werden.

Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass der Einzug der umstrittenen Reisepreisanzahlungen unter Verletzung des Verbots des § 651 k BGB, den Reisepreis nur gegen Aushändigung des Sicherheitsscheins zu fordern oder entgegenzunehmen, erfolgt wäre, so dass die Klage als auf den Ersatz von Leistungen zur Masse gerichtet anzusehen sein könnte, der Masse

nicht gebühren. Denn nach den Feststellungen des BerGer. setzt sich der umstrittene Betrag aus Anzahlung der Reisenden in Höhe von 10% des jeweils vereinbarten Reisepreises zusammen; die Anzahlungen haben daher nicht die nach § 651 k IV 1 BGB in der bis zum 1. 1. 1997 gelte den Fassung festgesetzte Höchstgrenze für Anzahlungen, ohne Übergabe des Sicherheitsscheins gefordert oder entgegengenommen werden durften, überschritten. Dass in dem umstrittenen Betrag Anzahlungen enthalten wären, die Höchstgrenze von 500 DM überschritten hätten, ohne dass den Reisenden ein Sicherheitsschein ausgehändigt worden sei, hat das BerGer. nicht festgestellt, die Revisionserwiderung erhebt dagegen keine Verfahrensrügen. Die Bekl. hat auch lediglich bestritten, dass sämtlichen Reisenden der Sicherheitsschein ausgehändigt worden sei.

b. Sinn und Zweck der Regelung von § 651 k BGB

Die gesetzliche Pflicht des Reiseveranstalters, Reisepreiszahlungen nur gegen Aushändigung eines Sicherheitsscheins zu fordern oder entgegenzunehmen (§ 651 k BGB), hat den Zweck sicherzustellen, dass dem Reisenden Falle des Ausfalls von Reiseleistungen infolge Zahlungsunfähigkeit oder infolge der Eröffnung des Konkurs- oder Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Reiseveranstalters der gezahlte Reisepreis, zu dem auch Anzahlungen auf den Reisepreis gehören (vgl. EuGH, NJW 1996, 3141), erstattet werden. Die Vorschrift regelt nicht, ob der Erstattungsanspruch gegen den Reiseveranstalter in dessen Konkurs als Konkursforderung geltend zu machen ist oder nicht, sondern schützt den Verbraucher unabhängig von der Frage, ob und gegebenenfalls wie er einen Erstattungsanspruch in der Insolvenz des Reiseveranstalters realisieren kann, dadurch, dass ihm ein Anspruch gegen einen Kundengeldabsicherer zu verschaffen ist. Weil § 651 k BGB den Reisenden gegen das Risiko der Insolvenz des Reiseveranstalters auf dem Wege der Kundengeldabsicherung durch Begründung einer Einstandspflicht Dritter, nämlich der Kundengeldabsicherer, schützt, kann entgegen der Auffassung des BerGer. aus der Vorschrift nicht hergeleitet werden, es widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und dem in § 651 k BGB statuierten Schutz des Reisenden, wenn er sich wegen der Erstattung von Reisepreiszahlungen, die er mit befreiender Wirkung den Inkassozessionar des Reiseveranstalters geleistet hat, mit dem Insolvenzversicherer auseinandersetzen muss. § 651 k BGB kann daher nicht herangezogen werden, um ein Recht oder eine Befugnis der Reisebüros zu begründen, an Stelle des Reiseveranstalters oder des Verwalters im Kon-

kurs über sein Vermögen über Leistungen zu verfügen, die sie als Handelsvertreter und Inkassobevollmächtigte des Reiseveranstalter für diesen eingezogen haben.

4. Verschuldensfeststellung der Bekl. hinsichtlich ihrer Schadensersatzpflicht

War die Bekl. demnach nicht berechtigt, die von den Kunden in Ausführung der Inkassozession erlangten Anzahlungen an die Reisenden, deren Reiseverträge von der Gemeinschuldnerin und dem Konkursverwalter nicht erfüllt wurden, zurückzuzahlen, so hat sie sich schuldhaft außer Stande gesetzt, die eingezogenen Gelder an die Masse herab zu geben. Ihr Verschulden wird insoweit vermutet (§ 282 BGB in der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung). Die Vermutung hat die Bekl. nicht widerlegt. Sie hat nicht dargelegt, dass sie ein Verschulden an der vertragswidrigen Verwendung der im Wege des Inkasso eingezogenen Anzahlungen auf den Reisepreis nicht trifft. Da ein Reisevermittlungsvertrag, der eine Treuhänderstellung oder Vermögensfürsorgepflichten der Bekl. zu Gunsten der Reisenden, der die Rückzahlung geleisteter Anzahlung auf den Reisepreis möglicherweise rechtfertigen könnte, vom BerGer. nicht festgestellt worden ist und nach dem Vorbringen der Parteien auch keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, aus denen sich der Abschluss eines solchen Vertrags ergeben könnte, hat die Bekl. ihre Vertragspflichten schuldhaft nicht erfüllt, was der Senat bei der gegebenen Sachlage selbst entscheiden kann (§§ 280, 282 BGB in der vor dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung)."

IV. Nachträgliche Unmöglichkeit gem. § 275 I - III BGB

Für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung (Äquivalenzschaden) müssen gem. § 280 III BGB die weiteren Voraussetzungen der §§ 281 ff. BGB gegeben sein. Im Rahmen der §§ 281 ff. BGB muss dann

doch noch zwischen den verschiedenen Arten der Leistungsstörung differenziert werden.

Gem. § 283 BGB kann der Gläubiger einer verletzten Pflicht Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn es sich bei der Pflichtverletzung um ein Fall der Unmöglichkeit gem. § 275 I - III BGB handelt. Durch die Auszahlung bzw. Umbuchungen hat sich die Bekl. - als Schuldnerin der Pflicht zur Herausgabe der treuhänderisch eingezogenen Reisegelder - selbst in die Unmöglichkeit zur Leistungserfüllung gem. § 275 I BGB gebracht (s.o. A. II.).

Dabei umfasst § 283 BGB lediglich die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit in Abgrenzung zu § 311 a BGB. Nachträglich ist eine Unmöglichkeit eingetreten, wenn sie nach Begründung des Schuldverhältnis erfolgt. Erst nach Abschluss des Agenturvertrags vom 18.07.1984, der das vertragliche Geschäftsbesorungsverhältnis zwischen den Parteien begründete, hat die Bekl. die Gelder der Reisekunden eingezogen bzw. später auch wieder ausgezahlt. Damit liegt auch eine nachträgliche Unmöglichkeit i.S.d. § 283 BGB vor.

V. Schaden

Der Schaden, den der Kl. als Insolvenzverwalter nunmehr anstelle der Leistung (Herausgabe der treuhänderisch eingezogenen Reiseentgelte) ersetzt verlangen kann, liegt in dem Ausfall dieser Leistung und damit in der Zahlung von 15.000,- € (§ 251 I Alt. 1 BGB).

VI. Ergebnis

Der Kl. kann von der Bekl. Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 283 BGB, 80 I InsO geltend machen.

Endergebnis

Der Kl. kann von der Bekl. Schadensersatz in Höhe von 15.000,- € gem. §§ 280 I, III, 283 BGB als Insolvenzverwalter (§ 80 I InsO) geltend machen.

Standort: § 263 a StGB

Problem: Unbefugte Verwendung von Daten

BGH, BESCHLUSS VOM 17.12.2002
1 STR 412/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte im vorliegenden Fall unter einem Vorwand einen Bekannten veranlasst, ihm dessen ec- und VISA-Karten zu übergeben sowie dessen PIN-Nummern mitzuteilen. Dann hatte er absprachewidrig die Karten genutzt, um damit Geld an verschiedenen Geldautomaten abzuheben. Das Landgericht hatte in

jedem Abhebevorgang des Angeklagten einen Computerbetrug gem. § 263 a StGB gesehen und diesen entsprechend verurteilt. Der BGH änderte das Urteil dahingehend, dass nicht mehrere Computerbetrugstaten vorlägen, sondern nur ein Betrug (§ 263 StGB).

Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des § 263 a StGB erfreut sich - nicht zuletzt wegen seiner immer weiter wachsenden praktischen Relevanz - auch in Examensaufgaben einer gesteigerten Beliebtheit. Da es sich hierbei um einen re-

lativ komplizierten Tatbestand handelt, werden vom Prüfling auch Detailkenntnisse erwartet.

Im vorliegenden Fall hatte sich der BGH mit der Frage auseinanderzusetzen, wann eine "unbefugte" Verwendung von Daten i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB gegeben ist. Einigkeit besteht insofern, dass eine Erstreckung dieses Merkmals auf jedwede Art der unbefugten Datenverwendung den Tatbestand zu unbestimmt und damit verfassungswidrig machen könnte und dass es deshalb einer verfassungskonformen Auslegung dieses Merkmals bedarf (LG Köln, NJW 1987, 667; Lackner/Kühl, § 263 a Rn. 12 mwN). Wie dieses Merkmal jedoch bei verfassungskonformer Auslegung zu verstehen ist, ist streitig (vgl. die Übersicht bei Lackner/Kühl, § 263 a Rn. 12 ff.). Teilweise wird insofern eine "computerspezifische", programmwidrige Verwendung der Daten verlangt, d.h. ein unbefugtes Verwenden soll nur dann gegeben sein, wenn sich der dieser Art der Datenverwendung entgegenstehende Wille des Betreibers im Programm selbst niedergeschlagen hat (LG Freiburg, NJW 1990, 2635; Achenbach, JR 1994, 293; Arloth, Jura 1996, 357). Eine weitere Meinung wählt einen subjektiven Ansatz und sieht jede Datenverwendung als unbefugt an, die dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Betreibers widerspricht (BayObLG JR 1994, 289; Hilgendorf, JuS 1997, 132; Mitsch, JZ 1994, 883). Die herrschende Meinung setzt wegen der erforderlichen betrugsnahen Auslegung des § 263 a StGB ein "täuschungsähnliches" oder "täuschungsgleiches" Verhalten voraus, hält es also für erforderlich, dass die Verwendung dieser Daten gegenüber einer Person Täuschungscharakter i.S.v. § 263 I StGB hätte (BGHSt 38, 121; OLG Düsseldorf, MDR 1998, 483; OLG Köln, NJW 1992, 126; Rengier, BT1, § 14 Rn. 8; Lampe, JR 1988, 437). Der BGH bestätigt im vorliegenden Fall die bisherige Rechtsprechung und große Teile der Literatur darin, dass bei der Verwendung fremder ec-Karten am Automaten eine unbefugte Verwendung von Daten i.S.v. § 263 a I 3. Fall StGB dann gegeben ist, wenn der Täter durch verbotene Eigenmacht in den Besitz der Karte gelangt ist (vgl. OLG Köln, NStZ 1991, 586; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1998, 137; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 a Rn. 11), nicht jedoch, wenn er die Übergabe der Karte durch eine Täuschung veranlasst hat und lediglich absprachewidrig von der Karte Gebrauch macht.

Vertiefungshinweise:

□ Zu § 263 a I StGB bei Verwendung fremder ec-Karten am Automaten: *OLG Düsseldorf*, NStZ-RR 1998, 137; *OLG Köln*, NStZ 1991, 586; *Berghaus*, JuS 1990, 982; *Hilgendorf*, JuS 1999, 542; *Huff*, NStZ

1985, 438; *Meier*, JuS 192, 1017; *Otto*, wistra 1986, 150; *Ranft*, wistra 1987, 79; *Spahn*, Jura 1989, 513; *Steinhilper*, GA 1985, 114; *Thaeter*, wistra 1988, 339;

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

Leitsatz (der Redaktion):

Hebt jemand an einem Geldautomaten vom Konto eines anderen mit dessen Codekarte und der Geheimnummer Geld ab, so liegt ein Computerbetrug durch unbefugte Verwendung von Daten dann nicht vor, wenn ihm die Daten vom Kontoinhaber überlassen wurden und er lediglich absprachewidrig handelt.

Sachverhalt (abgewandelt):

Der Angeklagte A., der dem Zeugen Z noch einen größeren Geldbetrag schuldete, erklärte gegenüber Z, er wolle den Betrag direkt an einem Geldautomaten auf das Konto des Z einzahlen. Hierzu benötige er jedoch die ec-Karte des Z sowie dessen PIN-Nummer. Z glaubte dem A und überließ ihm die Karte, die auch zur Verwendung am Automaten geeignet war, sowie seine PIN-Nummer. A benutzte die Karte - wie von vornherein geplant - jedoch, um an einem Automaten Geld vom Konto des Z abzuheben.

Strafbarkeit des A?

[*Bearbeitervermerk*: §§ 242; 246 StGB sind nicht zu prüfen.]

Lösung:

A. Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch Erlangen der ec-Karte

I. Tatbestand

1. Täuschung

A müsste Z über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, um eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Joecks, § 263 Rn. 22). A hatte gegenüber Z erklärt, er wolle die ec-Karte des Z nur haben, um auf dessen Konto eine Einzahlung vorzunehmen. Da er tatsächlich beabsichtigte, etwas vom Konto abzuheben, hat er den Z somit über seine Verwendungsabsicht getäuscht.

Bei der Verwendungsabsicht müsste es sich auch um eine Tatsache handeln. Tatsachen sind alle Geschehnisse, Zustände oder Verhältnisse der Gegenwart und

Vergangenheit und Einschluss innerer Tatsachen wie Kenntnisse, Absichten usw. (BGHSt 15, 24; NstZ 1986, 556; BB 1992, 523; Tröndle/Fischer, § 2863 Rn. 2 ff. mwN). Bei der Absicht des A zur Verwendung der Karten handelte es sich somit um eine - innere - Tatsache.

A hat Z über Tatsachen getäuscht.

2. Täuschungsbedingter Irrtum

Z hat dem A auch infolge dessen Täuschung geglaubt, so dass A bei Z durch die Täuschung einen Irrtum erregt hat.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Z müsste infolge des Irrtums eine Vermögensverfügung vorgenommen haben. Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Vermögensminderung führt (BGHSt 14, 170; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 55). Nach ganz herrschender Meinung steht der echten Vermögensminderung eine konkrete Vermögensgefährdung gleich (BGHSt 23, 300; NStZ 1998, 570; Lackner/Kühl; § 263 Rn. 40 mwN). Fraglich ist jedoch, ob die Preisgabe der PIN-Nummer durch Z - selbst unter gleichzeitiger Übergabe der ec-Karte - eine echte Vermögensminderung oder zumindest eine konkrete Vermögensgefährdung darstellt.

a) 1. Meinung

Weite Teile der Literatur gehen davon aus, dass die täuschungsbedingte Mitteilung der PIN-Nummer - selbst unter Berücksichtigung der Fallgruppe der konkreten Vermögensgefährdung - keine Vermögensminderung und damit keine Verfügung darstellt (Lackner/Kühl, § 263 Rn. 42; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 145; Hecker, JA 1998, 300). Danach wären das Übergeben der ec-Karte und Mitteilen der PIN-Nummer durch Z noch keine Vermögensverfügung.

b) 2. Meinung

Die Gegenauffassung, insb. die Rechtsprechung, sieht in der Preisgabe der PIN-Nummer - jedenfalls im Rahmen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung - eine Vermögensverfügung (BGH, Beschluss vom 17.12.2002, Az.: 1 StR 412/02). Nach dieser Auffassung hat Z durch die Preisgabe der PIN-Nummer also über sein Vermögen verfügt.

c) Stellungnahme

Zwar spricht für die erste Meinung, dass in dem Zeitpunkt, in dem das Opfer dem Täter lediglich die PIN-Nummer mitgeteilt hat, dieses noch nicht unmittelbar

Vermögenswerte verliert. Jedoch eröffnet es dem Täter hierdurch - jedenfalls dann, wenn dieser gleichzeitig in den Besitz der entsprechenden ec-Karte gelangt oder bereits in deren Besitz ist - die Möglichkeit, jederzeit über einen der zahlreich vorhandenen Geldautomaten auf das Konto und damit auf das Guthaben des Karteninhabers zuzugreifen. Die Situation in diesem Fall ist ähnlich wie bei einer irrtumsbedingten Überweisung von Geld auf ein fremdes Konto, so dass dieses dem Kontoinhaber jederzeit zur Verfügung steht. In dieser Konstellation wird jedoch eine Vermögensverfügung angenommen (RG GA 54, 414; BGHSt 6, 117), so dass auch im vorliegenden Fall die Annahme einer Vermögensverfügung - zumindest über den Gedanken der konkreten Vermögensgefährdung - gerechtfertigt ist. Der zweiten Meinung ist somit zu folgen.

Eine Vermögensverfügung durch Z ist gegeben.

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Z müsste auch einen Vermögensschaden erlitten haben.

Ein Vermögensschaden i.S.v. § 263 StGB ist dann gegeben, wenn der "Gesamtwert" des Vermögens des Opfers verringert wurde, d.h. wenn das Opfer nach der Vermögensverfügung über weniger Vermögen verfügt als vorher (BGHSt 3, 102; 16, 321; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 99 mwN). Da die vermögensmindernde Wirkung des Verhaltens des Z bereits festgestellt wurde, wäre ein Vermögensschaden nur dann nicht gegeben, wenn Z für die erlittene Vermögensminderung ein Äquivalent erhalten hätte. Dies ist jedoch nicht ersichtlich, so dass auch ein Vermögensschaden gegeben ist.

5. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. A handelte in der Absicht, sich selbst einen Vermögensvorteil zu verschaffen, nämlich die Möglichkeit, über den Besitz der Karte und die Kenntnis der PIN-Nummer auf das Konto des Z zuzugreifen zu können.

Diese beabsichtigte Bereicherung müsste auch rechtswidrig sein. Dies ist der Fall, wenn die beabsichtigte Bereicherung von der Rechtsordnung nicht gebilligt wird, also insb. wenn der zu Bereichernde keinen Anspruch darauf hat (Joecks, § 263 Rn. 118). A hatte keinen Anspruch auf die Preisgabe der PIN-Nummer, so dass die hierdurch bewirkte Bereicherung rechts-

widrig ist. Dies wusste A auch, so dass der erforderliche Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung vorliegt.

Die beabsichtigte Bereicherung müsste des weiteren stoffgleich sein, d.h. der beabsichtigte Vorteil müsste die Kehrseite des Schadens darstellen, was dann der Fall ist, wenn beide aus derselben Verfügung resultieren (BGH NJW 1961, 6854; NStZ 1998, 85). Hier führte die Preisgabe der PIN-Nummer durch Z (die Verfügung, s.o.) sowohl unmittelbar zum Vermögensschaden bei Z als auch zu der beabsichtigten Bereicherung bei A.

II. Rechtswidrigkeit/Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A hat sich durch das Erlangen der ec-Karte des Z gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit wegen Scheckkartenmissbrauchs gem. § 266 b I StGB durch Verwenden der ec-Karte am Automaten

A könnte sich durch das Verwenden der Karte gem. § 266 b I StGB strafbar gemacht haben.

Da der Tatbestand des § 266 b I StGB voraussetzt, dass der Täter die "ihm durch die Überlassung" der Karte eingeräumte Verfügungsmöglichkeit missbraucht, wird hierdurch klargestellt, dass nur derjenige, der im Verhältnis zum kartenausgebenden Institut zur Verwendung der Karte berechtigt ist (in diesem Falle also Z), Täter des § 266 b I StGB sein kann (BGH NStZ 1992, 279; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 b Rn. 7). A ist also kein tauglicher Täter des § 266 b I StGB und kann sich deshalb auch nicht nach dieser Vorschrift strafbar gemacht haben.

C. Strafbarkeit wegen Betrugs gem. § 263 I StGB durch Verwenden der ec-Karte am Automaten

Eine Strafbarkeit des A gem. § 263 I StGB durch die Verwendung der Karte am Geldautomaten würde zunächst eine Täuschungshandlung des A voraussetzen. Eine Täuschung setzt jedoch eine intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen voraus. A wirkte durch die Verwendung der ec-Karte am Automaten nicht auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen ein, sondern setzte lediglich die Tätigkeit eines Automaten in Gang. Auch ein sog. "computervermittelter" Irrtum scheidet aus, da keine prüfungsberechtigte Person zwischen Dateneingabe und Auszahlung eingeschaltet ist (OLG Schleswig, NJW 1986,

2653). Eine Strafbarkeit des A gem. § 263 I StGB durch das Verwenden der ec-Karte am Automaten scheidet somit aus.

D. Strafbarkeit wegen Computerbetrugs gem. § 263 a I StGB durch Verwenden der ec-Karte am Automaten

A könnte sich jedoch gem. § 263 a I StGB strafbar gemacht haben.

Dann müsste A zunächst eine der genannten Tathandlungen vorgenommen haben. In Betracht kommt hier § 263 a I 3.Fall StGB: "unbefugte Verwendung von Daten".

Daten i.S.v. § 263 a I StGB sind codierte, auf einem Datenträger fixierte, Informationen (Schmidt/Seidel, BT2, S. 192). Auf dem Magnetstreifen der ec-Karte sind in codierter Form Konto- und PIN-Nummer, also Daten, fixiert gespeichert. Diese Daten hat A auch dadurch, dass er die Karte in den Automaten einschob, so dass dieser die Daten las, verwendet.

Fraglich ist jedoch, ob diese Verwendung "unbefugt" i.S.v. § 263 a I 3.Fall StGB war.

Hierzu der BGH: "Hebt jemand an einem Geldautomaten vom Konto eines anderen mit dessen Codekarte und der Geheimnummer Geld ab, so liegt ein Computerbetrug durch unbefugte Verwendung von Daten dann nicht vor, wenn ihm die Daten vom Kontoinhaber überlassen wurden und er lediglich absprachewidrig handelt. Da der Angeklagte hier dem Geschädigten vorgetäuscht hatte, er wolle ihm eine Schuld zurückerzahlen und benötige dazu seine - des Geschädigten - Geldautomatenkarte, dieser ihm glaubte und ihm Karte wie PIN-Nummer überließ, hat der Angeklagte allerdings einen Betrug begangen; denn er hat mit Hilfe der Karte sowie der Codezahl vorgefasster Absicht entsprechend mehrmals an verschiedenen Geldautomaten Geld abgehoben. Gleiches gilt, soweit er sich unter demselben Vorwand vom Geschädigten "uno actu" auch die VISA-Karte nebst PIN-Nummer erschwindelt und diese ebenfalls - wie von vornherein geplant - zu Abhebungen gebraucht hat (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 6; siehe auch OLG Köln NStZ 1991, 586; OLG Düsseldorf NStZ-RR 1998, 137; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263a Rdn. 11, 19)."

Eine unbefugte Datenverwendung ist somit nicht gegeben.

Da die anderen Tathandlungen des § 263 a I StGB nicht in Betracht kommen, hat A sich nicht wegen Computerbetrugs strafbar gemacht.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Pache, Eckhard / Knauff, Matthias: "Die BGB-Gesellschaft im Verwaltungsprozess"
Fundstelle:	BayVBl 2003, 168 (Heft 6)
Inhalt:	Der Beitrag stellt die Auswirkungen der nunmehr auch von den Gerichten angenommenen Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren dar. Diese sollten unbedingt zur Kenntnis genommen werden, da auch in öffentlich-rechtlichen Prüfungsaufgaben jederzeit eine BGB-Gesellschaft als Partei auftreten kann.

Autor/Titel:	Ott, Sieghart: "Schuldrechtsmodernisierung und öffentliches Recht"
Fundstelle:	BayVBl 2003, 171 (Heft 6)
Inhalt:	Kurzer Beitrag zu den Auswirkungen des neuen Schuldrechts auf öffentlich-rechtliche Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Verjährung von Ansprüchen.

Autor/Titel:	Tschentscher, Axel: "Die religiöse Sondernutzung"
Fundstelle:	JuS 2003, 345 (Heft 4)
Inhalt:	Klausur zur Kombination von Nebenbestimmungen gem. § 36 VwVfG mit Grundrechtsdogmatik. Der Beitrag ergänzt bestens das öffentlich-rechtliche "Urteil in Fallstruktur" in diesem Heft, da er mit der Ausstrahlungswirkung des Art. 4 GG auf das einfache Recht eine ähnliche Problematik zum Gegenstand hat.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Müller, Gerda: "Unterhalt für ein Kind als Schaden"
Fundstelle:	NJW 2003, 697 (Heft 10)
Inhalt:	Der Beitrag erläutert die Problematik der ärztlichen Haftung in Fällen, in welchem der Arzt zum Ersatz des Unterhalts für ein Kind verpflichtet sein kann, das bei fehlerfreiem ärztlichen Handeln nicht geboren worden wäre. Diese ärztliche Haftungsfrage wird im Zusammenhang mit sog. "Fortpflanzungsmedizingesetz" auf Vorschlag des Nationalen Ethikrates wieder diskutiert.

Autor/Titel:	Tonner, Martin: "Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften"
Fundstelle:	JuS 2003, 325 (Heft 4)
Inhalt:	Der Beitrag fasst den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von einkommens- und vermögenslosen Ehegatten zusammen, in dem er anhand eines Urteils des BGH die gesamte Problematik gutachterlich aufarbeitet.

Autor/Titel:	Annuß, Georg / Becker, Peter: "Das Recht der Wertpapiere - Eine Einführung"
Fundstelle:	JA 2003, 337 (Heft 4)
Inhalt:	Grundlegende Einführung in die allgemeinen Strukturen des Wertpapierrechts, das sowohl im Studium als auch in der Referendarausbildung ständig vernachlässigt wird, obwohl es Examenstoff ist.

Autor/Titel:	Reiner, Günter: "Mehr Bier fürs Geld"
Fundstelle:	JA 2002, 293 (Heft 4)
Inhalt:	Gutachterliche Aufbearbeitung einer Klausur mit den Schwerpunkten des Kauf-, Miet- und Pachtrechts sowie Bereicherungs- und Verbraucherschutzrechts.

Strafrecht

Autor/Titel:	Engländer, Armin: "Der Versuchsbeginn bei der Elektrofall - BGH, NStZ 2001, 475"
Fundstelle:	JuS 2003, 330 (Heft 4)
Inhalt:	Interessante Ausführungen zur Frage des unmittelbaren Ansatzens zum Versuch in den Fallkonstellationen, in denen der Täter dem Opfer eine Falle stellt, insb. unter Berücksichtigung der zur mittelbaren Täterschaft vertretenen Auffassungen, die wegen der Ähnlichkeit der diskutierten Fallgruppe zu den Fällen der mittelbaren Täterschaft hier nach Meinung des Autors ergänzend herangezogen werden sollten.

Autor/Titel:	Sowada, Christoph: "Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz)"
Fundstelle:	Jura 2003, 236 (Heft 4)
Inhalt:	Interessante und unbedingt lesenswerte Ausführungen zu einer der wichtigsten und problematischsten Fallgruppen der Garantenstellung, die im Rahmen von Examensaufgaben aus dem Bereich der unechten Unterlassungsdelikte häufig Probleme aufwirft, unter Darstellung der gängigen Problemfälle, wobei der Autor insb. darlegt, inwiefern die Definition der Ingerenz als "pflichtwidriges Vorverhalten" weiterer Einschränkung bedarf bzw. wie eine solche Einschränkung vorgenommen werden könnte.

Autor/Titel:	Kroß, Antje: "Die versuchte Kettenanstiftung und der Rücktritt der an ihr Beteiligten"
Fundstelle:	Jura 2003, 250 (Heft 4)
Inhalt:	Ausführungen zur versuchten Anstiftung und Kettenanstiftung (§ 30 I 1 1. und 2. Fall StGB), unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen an den Rücktritt der verschiedenen Beteiligten vom Versuch gem. § 31 StGB, insb. unter Abgrenzung zu den Rücktrittsbedingungen des Haupttäters (§ 24 II StGB).