

Öffentliches Recht

Standort: Verfassungsrecht Problem: Art. 10 GG für jur. Personen des öffentl. Rechts

BVERFG, URTEIL VOM 12.3.2003

1 BVR 330/96; 1 BVR 348/99

Problemdarstellung:

Das BVerfG nimmt vorliegend zur Befugnis der Staatsanwaltschaft (StA) Stellung, Telefonverbindungen von Journalisten verdeckt zu überprüfen, um auf diese Weise mit den Journalisten in Kontakt stehende, flüchtige Straftäter (in den entschiedenen Fällen: RAF-Terrorist Hans-Joachim Klein und Baulöwe Dr. Jürgen Schneider) aufzuspüren. Besonders interessant war, dass es sich im Fall "Schneider" um Mitarbeiter des ZDF handelte, also um Beschäftigte einer öffentlich-rechtlichen Anstalt, die neben ihren Angestellten selbst als Beschwerdeführerin (Bf.) auftrat. Das BVerfG spricht ihr u.a. das Grundrecht aus Art. 10 GG zu, nachdem es bisher lediglich die Rundfunkfreiheit (Art. 5 I 2 GG) für öffentlich-rechtliche Sendeanstalten anerkannt hatte. Es neigt ferner dazu, auch Art. 19 IV GG für anwendbar zu erklären, lässt diese Frage jedoch i.E. erneut offen.

Das Urteil nimmt ferner Stellung zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nach Erledigung (hierzu bereits RA 5/2003, Seite 273 ff.), zu weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen wie der Rechtswegerschöpfung des § 90 II BVerfGG trotz nicht eingelegerter Beschwerde, zur Pressefreiheit der Journalisten und zum effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 IV GG.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung ist von besonderer Bedeutung für Klausuren und Hausarbeiten, weil sie sich leicht in eine gutachterliche Fallstruktur übernehmen lässt. Sie ist nachstehend aus Platzgründen an den Stellen gekürzt wiedergegeben, an denen es nur um Fragen des Einzelfalles ging, so etwa die Verhältnismäßigkeit der hier vorgenommenen Überprüfung von Telefonverbindungen. Deren abstrakte Voraussetzungen, die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (genauer: Angemessenheit) der Einzelmaßnahme geprüft werden müssen, sollte man sich einprägen (vgl. Leitsatz zu 3):

- Verfolgung einer Straftat von erheblicher Bedeutung,
- konkreter Tatverdacht und
- hinreichend sichere Erkenntnisse über Telefonkontakte

zwischen Betroffenenem und Straftäter.

Zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen sei gesagt, dass sich diese - vom BVerfG unausgesprochen - an Art. 19 III GG zu orientieren hat. Dieser differenziert im Wortlaut nicht zwischen juristischen Personen der öffentlichen und privaten Rechts. Allerdings ist Grundrechtsfähigkeit nur gegeben, wenn die Grundrechte "dem Wesen nach" auf die juristische Person anwendbar sind. Dies setzt mit dem BVerfG ein sogen. "personales Substrat" voraus, d.h. die Grundrechtsbetroffenheit der juristischen Person muss auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen "durchschlagen", so wie bspw. die Enteignung einer GmbH auch deren Gesellschafter betrifft (weshalb Art. 14 I GG auch auf die GmbH anwendbar wäre). Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts fehlt es in aller Regel an einem solchen "personalen Substrat", da hinter diesen keine natürlichen Personen stehen. So hat das BVerfG bspw. auch die Geltung des Art. 14 I GG für Gemeinden verneint (BVerfGE 61, 82 - "Sasbach").

Neben den hier angesprochenen Ausnahmen (Art. 5 I 2 GG und jetzt auch Art. 10 GG für Rundfunkanstalten) sind noch Art. 5 III GG (Wissenschaft, Forschung und Lehre) für Universitäten sowie (zumindest) Art. 4 GG für die Kirchen (vgl. Art. 140 GG i.V.m. 137 V, VI WRV) anerkannt.

Vertiefungshinweise:

- Zur Grundrechtsfähigkeit jur. Personen des öffentl. Rechts: *BerlVerfGH*, RA 2000, 318 = NVwZ 2000, 549
- Anmerkungen zum vorliegenden Urteil: *Kugelmann*, NJW 2003, 1777

Leitsätze:

Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten können sich zum Schutz der Vertraulichkeit der Informationsbeschaffung und der Redaktionsarbeit auf das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG und insoweit auch auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG berufen.

2. Richterliche Anordnungen gegenüber Telekommunikationsunternehmen, im Rahmen der Strafverfolgung Auskunft über die für Abrechnungszwecke bereits vorhandenen oder in Durchführung

einer Zielwahlsuche zu ermittelnden Verbindungsdaten zu erteilen, greifen in das Fernmeldegeheimnis des von der Auskunft Betroffenen ein.

3. Derartige Eingriffe sind nur gerechtfertigt, wenn sie zur Verfolgung einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich sind, hinsichtlich der ein konkreter Tatverdacht besteht, und wenn eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Annahme vorliegt, dass der durch die Anordnung Betroffene mit dem Beschuldigten über Telekommunikationsanlagen in Verbindung steht.

Sachverhalt:

A. Verfahren 1 BvR 330/96

Bf. im Verfahren 1 BvR 330/96 sind das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF) und zwei journalistische Mitarbeiter, die im hier maßgeblichen Zeitraum für das vom Bf. zu 1a wöchentlich ausgestrahlte Magazin „Frontal“ Beiträge erstellten. Die Bf. zu 1b und 1c recherchierten im Fall des Dr. Jürgen Schneider, der wegen Verdachts des Kreditbetrugs in Milliardenhöhe, des betrügerischen Bankrotts und der Steuerhinterziehung weltweit gesucht und später in den USA festgenommen wurde. Sie gelangten in den Besitz einer Tonbandkassette, auf der sich der Besch. Schneider zu dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren äußerte. Der Bf. zu 1c übergab die Tonbandkassette der Zielfahndung des Bundeskriminalamts, das die Authentizität der Aufnahme feststellte. Die zuständige StA ging davon aus, dass die Journalisten in telefonischem Kontakt mit dem Besch. stehen könnten. Auf Antrag der StA ordnete das AG gem. § 12 FAG Auskunftserteilung über den Fernmeldeverkehr hinsichtlich des Mobilfunkanschlusses des Bf. zu 1a für den Zeitraum vom 9. bis zum 12.5.1995 an. Die beantragte Auskunft sollte Erkenntnisse über den Aufenthaltsort des zu diesem Zeitpunkt noch flüchtigen Besch. erbringen. Im November 1995 erfuhren die Bf., dass der im Fall Schneider genutzte Mobilfunktelefonanschluss Gegenstand einer Auskunftserteilung war. Die StA bestätigte den Sachverhalt. Eine Bekanntmachung des Beschlusses an die Bf. erfolgte nicht. Die von dem Bf. zu 1a erhobene Beschwerde wurde durch das LG als unzulässig verworfen. Die angegriffene Maßnahme sei endgültig vollzogen und entfalte keine darüber hinausgehenden Rechtswirkungen. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit komme auch nicht wegen Bestehens einer konkreten Wiederholungsgefahr oder eines Rehabilitierungsinteresses in Betracht. Die Beschwerde bleibe aber auch im Falle ihrer Zulässigkeit ohne Erfolg. Angesichts der besonderen Schwere und Bedeutung des vorliegenden Tatverdachts sei die Anordnung einer Auskunftserteilung nach § 12 FAG verhält-

nismäßig.

B. Verfahren 1 BvR 348/99

Die Bf. zu 2 ist Journalistin und war zum Zeitpunkt der hier angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen für das Magazin „Stern“ tätig. Sie recherchierte und berichtete wiederholt über den mutmaßlichen Terroristen Hans-Joachim Klein. Dieser wurde verdächtigt, an einem Anschlag auf die OPEC-Konferenz im Jahre 1975 teilgenommen zu haben. In diesem Zusammenhang wurde er seitdem mit erheblichem Ermittlungsaufwand wegen dreifachen Mordes gesucht. Die Bf. hatte unter anderem ein im „Stern“ veröffentlichtes Interview mit dem Besch. geführt. Im Jahre 1998 erhielt die ermittelnde StA Hinweise, dass die Bf. erneut im Fall Klein recherchierte und zu diesem möglicherweise weiterhin in Kontakt stehe. Das AG ordnete die Erhebung der Verbindungsdaten für einen Mobilfunkanschluss und zwei Festnetzanschlüsse an, die von der Bf. und ihrem Ehemann genutzt wurden. Die Anordnung betraf zunächst die innerhalb des Zeitraums vom 12.2.1998 bis 13.6.1998 nach Frankreich geführten Telefongespräche und wurde auf die §§ 100a, 100b StPO, § 12 FAG gestützt. Durch zwei Ergänzungsbeschlüsse erstreckte das AG die Anordnung sodann auf Verbindungsdaten von Gesprächen, die aus Frankreich eingingen, und schließlich auf alle Verbindungsdaten ungeachtet des Herkunftslandes. Die Anordnung wurde bis zum 12.9.1998 befristet. Die übermittelten Verbindungsdaten führten im September 1998 zur Festnahme des Besch. in Frankreich. Die gegen die Beschlüsse des AG eingelegte Beschwerde wurde durch das LG als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig.

I. Frist

Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 330/96 begegnet weder mit Blick auf die notwendige Erschöpfung des Rechtswegs noch hinsichtlich der Wahrung der Beschwerdefrist durchgreifenden Bedenken.

Der Beschwerdeführer zu 1a hat fristgerecht, nämlich innerhalb eines Monats nach Zugang der landgerichtlichen Entscheidung, Verfassungsbeschwerde erhoben. Der Fristwahrung steht nicht entgegen, dass das Landgericht die Beschwerde als unzulässig verworfen hat. Auch eine gerichtliche Entscheidung, die ein Rechtsmittel als unzulässig verwirft, setzt die Monatsfrist zur Einlegung der Verfassungsbeschwerde neu in Lauf, wenn das Rechtsmittel nicht offensichtlich unzulässig

war (vgl. BVerfGE 5, 17 [19 f.]; 16, 1 [2 f.]; 63, 80 [85]). Offensichtlich unzulässig ist das Rechtsmittel indes nur, wenn der Rechtsmittelführer nach dem Stand der Rechtsprechung und Lehre bei Einlegung des Rechtsmittels über die Unzulässigkeit nicht im Ungewissen sein konnte (vgl. BVerfGE 48, 341 [344]; 49, 252 [255]).

Von einer derart unstrittigen Rechtslage konnte hier trotz entgegen stehender Rechtsprechung nicht ausgegangen werden. Die damalige Rechtsprechung zur Unzulässigkeit der Beschwerde bei prozessualer Überholung ist in der Literatur auf vielfältige Kritik gestoßen (vgl. die Nachweise in BVerfGE 96, 27 [41]). Auch einige Landgerichte hatten bereits vor der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts die Zulässigkeit der Beschwerde gegen prozessual überholte Ermittlungsmaßnahmen jedenfalls bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit angenommen. Im Übrigen gingen Landgerichte zunehmend dazu über, trotz prozessualer Überholung zumindest hilfsweise zur Begründetheit der Beschwerde Stellung zu nehmen (vgl. zum Vorstehenden BVerfGE 96, 27 [42]). Nimmt ein Beschwerdeführer die in der Literatur vielfältig geäußerte Kritik zum Anlass, durch Einlegung eines Rechtsbehelfs eine Veränderung der bisher gefestigten Rechtsprechung zu versuchen, kann ihm dies im Rahmen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegengehalten werden.

II. Rechtswegerschöpfung

Anders als der Beschwerdeführer zu 1a haben die Beschwerdeführer zu 1b und 1c den Anordnungsbeschluss des Amtsgerichts nicht mit der Beschwerde gemäß § 304 StPO angegriffen. Dies führt indes nicht zur Unzulässigkeit ihrer Verfassungsbeschwerde.

Nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG ist eine Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig. Daraus folgt, dass ein Beschwerdeführer grundsätzlich die ihm gesetzlich zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfe vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde ergreifen muss (vgl. BVerfGE 68, 376 [380]). Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung jedoch stets betont, dass die berechtigte Ungewissheit über die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs nicht zu Lasten des Rechtsuchenden gehen und daher nicht zur Unzulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde führen darf (vgl. BVerfGE 5, 17 [20]; 91, 93 [106]). Die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs kann so zweifelhaft sein, dass dem Beschwerdeführer seine Erhebung nicht zugemutet werden kann (vgl. BVerfGE 17, 252 [257]).

So verhält es sich hier. Zum Zeitpunkt der im Verfahren 1 BvR 330/96 angegriffenen Anordnung des Amtsge-

richts lag die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 96, 27) zur fachgerichtlichen Kontrolle von prozessual überholten Strafermittlungsmaßnahmen und der hieraus folgenden Erweiterung der Zulässigkeit der Beschwerde noch nicht vor. Das Bundesverfassungsgericht selbst hatte in seinem Beschluss vom 11. Oktober 1978 (BVerfGE 49, 329) noch eine Auslegung der strafprozessualen Vorschriften für verfassungsgemäß erklärt, wonach über eine Beschwerde nach Abschluss der Ermittlungsmaßnahme wegen so genannter prozessualer Überholung - jedenfalls regelmäßig - nicht mehr in der Sache zu entscheiden sei. Auch der Bundesgerichtshof ging in seiner Rechtsprechung zum hier maßgeblichen Zeitpunkt, außer beim Vorliegen besonderer Umstände, von der Unzulässigkeit der Beschwerde gegen erledigte richterliche Anordnungen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren aus (vgl. BGHSt 36, 30 [32]). Unter diesen Voraussetzungen konnte von den Beschwerdeführern zu 1b und 1c nicht verlangt werden, vom Rechtsbehelf der Beschwerde Gebrauch zu machen.

III. Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer zu 1a kann als öffentlichrechtliche Rundfunkanstalt die von ihm gerügten Grundrechtsverletzungen mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen.

1. Grundsatz

Zwar sind die materiellen Grundrechte und der zu ihrer Verteidigung geschaffene Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde auf juristische Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht anwendbar (vgl. BVerfGE 21, 362 [369]; 61, 82 [101]).

2. Anerkannte Ausnahme: Art. 5 I 2 GG - Rundfunkfreiheit -

Eine Ausnahme hat das Bundesverfassungsgericht jedoch für Rundfunkanstalten des öffentlichen Rechts im Hinblick auf die durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Rundfunkfreiheit anerkannt (vgl. BVerfGE 31, 314 [322]; 59, 231 [254]; 78, 101 [102 f.]).

3. Neue Ausnahme: Art. 10 GG - Fernmeldegeheimnis -

Der Beschwerdeführer zu 1a kann im vorliegenden Zusammenhang darüber hinaus den Schutz des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 GG in Anspruch nehmen. Die Grundrechtsberechtigung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten folgt aus der Wahrnehmung des Grundrechts der Rundfunkfreiheit. Soweit aber ein die Ausübung der Rundfunkfreiheit unterstützendes Verhalten in einer anderen Grundrechtsnorm geschützt

ist, erstreckt sich die Grundrechtsträgerschaft auch auf dieses Grundrecht. Insofern hat das Bundesverfassungsgericht auf den funktionellen Zusammenhang zwischen dem Fernmeldegeheimnis und der Pressefreiheit bereits in seiner Entscheidung zu den Befugnissen des Bundesnachrichtendienstes zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs hingewiesen (BVerfGE 100, 313 [365]). Ein entsprechender Zusammenhang besteht zwischen dem Fernmeldegeheimnis und der Rundfunkfreiheit. Zur verfassungsrechtlich verbürgten Freiheit des Rundfunks gehört der Schutz der Informationsbeschaffung. Das Verhältnis der Vertraulichkeit zwischen dem Rundfunkveranstalter und seinen Informanten sowie die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit sind im Interesse der Funktionsfähigkeit des Rundfunks grundsätzlich zu respektieren. Beschränkungen sind zwar nicht ausgeschlossen. Es ist staatlichen Stellen jedoch grundsätzlich verwehrt, sich Einblicke in die Vorgänge bei der Vorbereitung einer Sendung zu verschaffen (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 f.]; 77, 65 [75]). Zum Schutz der Vertraulichkeit der Informationsbeschaffung und der Redaktionsarbeit können sich die im Bereich des Rundfunks tätigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch auf das Fernmeldegeheimnis berufen.

4. Ferner: Art. 19 IV GG -Effektiver Rechtsschutz-

Der Beschwerdeführer zu 1a kann insoweit auch eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG geltend machen. Das Bundesverfassungsgericht hat es bislang offen gelassen, ob juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zugute kommt (vgl. BVerfGE 61, 82 [109]). Einer grundsätzlichen Klärung dieser Frage bedarf es auch vorliegend nicht. Jedenfalls soweit juristische Personen des öffentlichen Rechts sich auf materielle Grundrechte berufen können, steht ihnen auch der Schutz des Art. 19 Abs. 4 GG zu. Im Rechtsstaat des Grundgesetzes gehört zu einer grundrechtlichen Garantie die Möglichkeit einer gerichtlichen Kontrolle ihrer Einhaltung.

IV. Rechtsschutzinteresse

Für die Verfassungsbeschwerden besteht trotz Erledigung der angeordneten Ermittlungsmaßnahmen ein Rechtsschutzinteresse. In Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe besteht das Rechtsschutzbedürfnis auch dann fort, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich auf eine Zeitspanne beschränkt hat, in welcher der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen konnte (vgl. BVerfGE 81, 138 [140 f.]). Ein solcher Fall ist hier gegeben. Nach dem Vortrag der Beschwerdeführer kommen tief

greifende Grundrechtseingriffe in das Fernmeldegeheimnis und die Rundfunk- und Pressefreiheit in Betracht. Angesichts dessen besteht ein schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführer an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der Maßnahmen auch nach deren Erledigung fort. Diesem Interesse haben mit Rücksicht auf die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde vorrangig die zuständigen Fachgerichte zu genügen. Diese haben hier angenommen, dass die Anordnungen der Auskunft über den Telekommunikationsverkehr rechtmäßig seien und Grundrechte nicht verletzt hätten. Es besteht daher ein berechtigtes Interesse der Betroffenen daran, dass im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens geklärt wird, ob die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen ihre Grundrechte verletzt haben. Anderenfalls wären Maßnahmen der Überwachung oder Kontrolle des Telekommunikationsverkehrs regelmäßig der verfassungsgerichtlichen Überprüfung entzogen.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerden haben jedoch in der Sache keinen Erfolg. [...] Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG.

I. Art. 10 GG

1. Schutzbereich betroffen

Die gerichtlich angeordnete Auskunft über die Verbindungsdaten der Telekommunikation berührt allerdings den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses. Vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses sind nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch die näheren Umstände der Telekommunikation erfasst, die hier Gegenstand der Auskunftserteilung nach § 12 FAG, § 100 a StPO gewesen sind. Das Fernmeldegeheimnis schützt zwar in erster Linie den Kommunikationsinhalt, umfasst aber ebenso die Kommunikationsumstände. Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Endeinrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]). Auch insoweit darf der Staat grundsätzlich keine Kenntnis nehmen. Das Grundrecht will die Bedingungen einer freien Telekommunikation aufrechterhalten. Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich möglich sein (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]). Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll vermieden werden, dass der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, dass staatliche Stellen sich in die

Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]).

Art. 10 Abs. 1 GG begegnet Gefahren für die Vertraulichkeit von Mitteilungen, die aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung fremder Übermittler entstehen. Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG umfasst sämtliche mit Hilfe der Telekommunikationstechniken erfolgenden Übermittlungen von Informationen, unabhängig davon, wer Betreiber der Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist (vgl. BVerfG, NJW 2002, S. 3619 [3620]).

2. Eingriff

Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen sich ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen eines fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]). Das ist hier der Fall.

a. Nur Mittelbare Betroffenheit unschädlich

Die staatlichen Maßnahmen richteten sich zwar unmittelbar an die Telekommunikationsunternehmen und nicht an die Beschwerdeführer. Die Grundrechtsbeeinträchtigung erfolgte insofern nur vermittelt über die privat rechtlich organisierten Telekommunikationsunternehmen. Diese wurden durch die Anordnungen verpflichtet, Daten zu übermitteln, die sich auf das Kommunikationsverhalten der Beschwerdeführer bezogen. Der Eingriff ist jedoch hoheitlich angeordnet worden und war von den Betreibern der Telekommunikationsanlagen auszuführen, ohne dass ihnen ein Handlungsspielraum zur Verfügung stand. Die Übermittlung der Daten ist daher rechtlich auch der öffentlichen Gewalt zuzurechnen.

b. Form und Intensität des Eingriffs

Gerichtliche Entscheidungen, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, sich auf Grund des vorhandenen umfassenden Datenmaterials detaillierte Kenntnis von den Umständen der Telekommunikation eines Betroffenen zu verschaffen, greifen in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ein. Solche Verbindungsdaten werden bei der digitalisierten Kommunikation automatisch und generell festgehalten und müssen deswegen nicht speziell für Zwecke der Strafverfolgung erfasst werden. Durch die Übermittlung solcher Daten erlangen die Strafverfolgungsorgane Kenntnis von den Umständen der Telekommunikation. Dies ermöglicht - sofern die Daten sich wie vorliegend auf ISDN- oder Mobilfunkanschlüsse beziehen - ein detailliertes Bild über die erfolgten Kommunikationsvorgänge. Umfasst sind unter anderem die Rufnummer des anrufenden und

angerufenen Anschlusses oder der Endeinrichtung, Beginn und Ende der Verbindung nach Tag und Uhrzeit sowie sonstige zum Aufbau, zur Aufrechterhaltung und Abrechnung der Verbindung notwendigen Informationen. Da sich Auskunftsverlangen nach § 12 FAG nicht darauf zu beschränken haben, ob ein bestimmter als verdächtig angesehener telefonischer Kontakt stattgefunden hat, werden regelmäßig sämtliche in dem betreffenden Zeitraum angefallenen Verbindungsdaten, die der Zielperson zuzuordnen sind, übermittelt. Werden Verbindungsdaten von Mobilfunktelefonen herausgegeben, zählt zu den Verbindungsdaten auch die Funkzelle, über die eine Verbindung abgewickelt wird. Damit lässt sich rekonstruieren, an welchem Ort der Teilnehmer sich zum Zeitpunkt der Herstellung der betreffenden Verbindung aufgehalten hat.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die in der Anforderung der für Abrechnungszwecke bereits vorhandenen Verbindungsdaten liegenden Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis sind gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gerechtfertigt.

a. Schranken

Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses dürfen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen sind auf § 12 FAG und im Ausgangsverfahren zu der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 348/99 ergänzend auf die §§ 100 a, 100 b StPO gestützt worden. § 12 FAG ist seit dem 1. Januar 2002 durch die §§ 100 g und 100 h StPO ersetzt worden. Während der Geltung des § 12 FAG konnten der Richter und bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft in strafgerichtlichen Untersuchungen auf Grund dieser Norm Auskunft über die Telekommunikation verlangen, wenn die Mitteilungen an den Beschuldigten gerichtet waren oder wenn Tatsachen vorlagen, aus denen zu schließen war, dass die Mitteilungen von dem Beschuldigten herrührten oder für ihn bestimmt waren, und dass die Auskunft für die Untersuchung Bedeutung hatte. Die §§ 100 a, 100 b StPO ermächtigen zur Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation.

b. Schranken-Schranken

Das grundrechtseinschränkende Gesetz ist seinerseits aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung des Fernmeldegeheimnisses und so in seiner grundrechtsbegrenzenden Wirkung selbst wieder im Lichte des Grundrechts auszulegen (vgl. BVerfGE 67, 157 [172 f.]). Der Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht unterliegt deshalb, ob die Fachgerichte den Einfluss der Grundrechte auf die Auslegung und Anwendung der

grundrechtsbeschränkenden Normen des einfachen Rechts ausreichend beachtet haben, damit der wertsetzende Gehalt der Grundrechte auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt (vgl. BVerfGE 18, 85 [92]; 99, 185 [195 f.]).

aa. Verfassungsmäßigkeit der Normen

Die vorliegenden Verfassungsbeschwerden geben keine Veranlassung, zur Verfassungsmäßigkeit der den gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde liegenden Normen umfassend Stellung zu nehmen. Gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 12 FAG sind allerdings mit Blick auf seine tatbestandliche Weite in der Literatur Einwände formuliert worden (vgl. etwa Welp, Überwachung und Kontrolle, 2000, S. 85 ff.; Bizer, in: AK-GG, 3. Aufl., Art. 10 Rn. 20, 90 [Stand: 2001]). Die Verfassungsbeschwerden richten sich jedoch in erster Linie gegen die Anwendung der Normen im konkreten Fall. Die Beschwerdeführer haben weder im fachgerichtlichen Verfahren noch in der Begründung ihrer Verfassungsbeschwerden substantiierte Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 12 FAG erhoben, die nicht durch Auslegung ausräumbar wären. Die rechtlichen Ausführungen konzentrieren sich darauf, dass die Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des § 12 FAG die Grundrechte aus Art. 10 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht hinreichend berücksichtigt hätten. Angriffsgegenstand ist mithin nicht § 12 FAG selbst, sondern seine Auslegung und Anwendung in den gerichtlichen Entscheidungen.

bb. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung

Die Entscheidungen erfüllen die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Sie tragen damit für Fälle der vorliegenden Art im Ergebnis auch den Einwänden Rechnung, die in der Literatur gegen die tatbestandliche Weite des § 12 FAG erhoben werden (siehe hierzu Kleszczewski, StV 1993, S. 382 [386 f.]; ferner Eisenberg/Nischan, JZ 1997, S. 74 [82]; Reimann, DuD 2001, S. 601 [602]; Pöppelmann, AfP 1997, S. 485 [493]; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., 1999, § 100 a Rn. 18).

(1). Legitimer Zweck

Die gemäß § 12 FAG und §§ 100 a, 100 b StPO angeordneten Auskünfte über die Verbindungsdaten des Telekommunikationsverkehrs verfolgten den legitimen öffentlichen Zweck der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame

Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 29, 183 [194]; 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [388 f.]).

(2). Geeignetheit

Die Auskunft über die Telekommunikationsdaten der Beschwerdeführer war zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet.

Insbesondere bei der Beschaffung von Beweismitteln für tatbestandsmäßiges Verhalten, zur Bestimmung des Standorts eines Beschuldigten und zur Abklärung, ob und bezüglich welcher Personen eine Telekommunikationsüberwachung erfolgversprechend erscheint, ist die Auskunftsanordnung ein wirkungsvolles Ermittlungsinstrument. Ihre Eignung unterliegt daher keinen Zweifeln, wenn Auskunftsverlangen mit dem Ziel angeordnet werden, den Aufenthaltsort eines Beschuldigten in Erfahrung zu bringen.

Dem Eignungserfordernis ist im vorliegenden Fall auch auf der Ebene der Gesetzesanwendung hinreichend Rechnung getragen worden. Aus den Verbindungsdaten der Beschwerdeführer, von denen angenommen wurde, dass sie mit den in den Ermittlungsverfahren Beschuldigten in Kontakt standen, konnten sich mit der Standortkennung bei der Nutzung eines Mobilfunktelefons oder der angewählten Zielrufnummer hinreichende Anhaltspunkte über den Aufenthaltsort des jeweils Gesuchten ergeben.

(3). Erforderlichkeit

Ein milderer Mittel, das in gleicher Weise geeignet gewesen wäre, die Ermittlung des Aufenthaltsorts der Beschuldigten zu ermöglichen, ist nicht ersichtlich.

Ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 10 GG ist allerdings rechtswidrig, wenn der verfolgte Zweck mit Mitteln erreichbar ist, die die Beschwerdeführer weniger belasten, und die ihrerseits nicht zu vergleichsweise stärkeren Belastungen, insbesondere für andere Grundrechtsträger, führen. Die Erforderlichkeit lässt sich nicht abstrakt klären. Von den konkreten Umständen des Einzelfalls hängt es ab, ob bestimmte weniger belastende, aber zur Erreichung desselben Aufklärungsziels in gleicher Weise geeignete Ermittlungsmaßnahmen verfügbar sind. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Verbindungsdaten Aufschluss über den Aufenthaltsort des Beschuldigten geben sollen. Zwar können zur Ermittlung des Aufenthaltsorts auch andere Maßnahmen geeignet sein, wie etwa die Beobachtung derjenigen Personen, die mit dem Beschuldigten in Kontakt stehen könnten. Ob auf diese Weise mit vertretbarem Aufwand aber hinreichend zuverlässig dieselben oder gleich geeignete Erkenntnisse gewonnen werden können wie bei

einer Fernmeldeauskunft, lässt sich nur im Einzelfall beurteilen. Dabei ist auch zu klären, ob andere mögliche Ermittlungsmaßnahmen mit sonstigen schweren Grundrechtseingriffen verbunden sind, so dass es geboten sein kann, sie deshalb auszuschließen oder doch Raum für eine Abwägung im Einzelfall zu belassen.

Der Gesetzgeber hat in § 100 a StPO - anders als in § 12 FAG - eine ausdrückliche Subsidiaritätsklausel vorgesehen. Auf diese Weise hat er seine Einschätzung ausgedrückt, dass die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und damit insbesondere die Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts derart schwerwiegende Eingriffe sind, dass sie nur dann in Betracht kommen, wenn die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Es war nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber die über § 12 FAG ermöglichte und ohne Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts erfolgende Kontrolle hinterlassener Datenspuren grundsätzlich für weniger schwerwiegend erachtet hat als die Telefonüberwachung. Der Grundsatz der Erforderlichkeit führt auch nicht zu einer unbedingten Rangfolge zwischen der Auskunftserteilung einerseits und möglichen alternativen Ermittlungsmaßnahmen andererseits. Er bleibt insbesondere einer Einzelfallprüfung zugänglich, ob alternative Ermittlungsmaßnahmen zu gleich schweren oder schwereren Eingriffen führen.

Es ist nicht erkennbar, dass den Strafverfolgungsbehörden gleich geeignete, aber weniger belastende Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung gestanden haben. Eine als Alternative denkbare laufende Beobachtung der Beschwerdeführer wäre ebenfalls mit Persönlichkeitsbeeinträchtigungen verbunden gewesen, die in ihrer Intensität nicht geringer einzuschätzen sind.

(4). Angemessenheit

Die angegriffenen Maßnahmen sind auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Schwere der Einbuße an grundrechtlich geschützter Freiheit steht nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Auch sind die Anforderungen des Richtervorbehalts beachtet worden. [Wird ausführlich ausgeführt.]

II. Art. 5 I 2 GG

Die angegriffenen Maßnahmen verstoßen nicht gegen das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

1. Schutzbereich betroffen

Die Erhebung der Verbindungsdaten ist allerdings im Gewährleistungsbereich der Pressefreiheit und der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk (Art. 5 Abs.

1 Satz 2 GG) erfolgt.

Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 77, 65 [74]; stRspr). Eine freie Presse und ein freier Rundfunk sind daher von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 f.]; 77, 65 [74]). Dementsprechend gewährleistet Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den im Bereich von Presse und Rundfunk tätigen Personen und Organisationen subjektive Freiheitsrechte und schützt darüber hinaus in seiner objektivrechtlichen Bedeutung auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse und des Rundfunks - von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen (vgl. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; 77, 65 [74 ff.]). Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und der Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313 [365] m.w.N.).

Staatlichen Stellen ist es darüber hinaus grundsätzlich verwehrt, sich Einblick in die Vorgänge zu verschaffen, die zur Entstehung von Nachrichten oder Beiträgen führen, die in der Presse gedruckt oder im Rundfunk gesendet werden (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff.]). Deshalb besteht auch ein schutzwürdiges Interesse der Medien an der Geheimhaltung solcher Unterlagen, die das Ergebnis eigener Beobachtungen und Ermittlungen sind (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]). Geschützt ist auch der Kontakt zu Personen, die selbst Gegenstand der Berichterstattung sind.

2. Eingriff

Durch die auf Anordnung erfolgte Erteilung von Auskünften über den Telekommunikationsverkehr ist in die Presse- und Rundfunkfreiheit der Beschwerdeführer eingegriffen worden.

Die Erteilung der Auskünfte erfolgte zwar durch das Telekommunikationsunternehmen. Die Auskunftserteilung war jedoch infolge der staatlichen Anordnung der öffentlichen Gewalt zuzurechnen (siehe oben). Die Erhebung der Verbindungsdaten war ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, denn dem Staat wurden Informationen bekannt, die die Beschwerdeführer nicht herausgeben wollten. Der Eingriffscharakter entfällt nicht dadurch, dass die Auskunftsanordnungen nicht auf die Offenlegung eines von den Medien geheim gehaltenen Informanten, sondern auf die Ermittlung des Aufenthaltsorts des als solchen bekannten Straftatverdächtigen zielten, der zugleich als Informant

der Medien fungierte. Denn der freie Informationsfluss zwischen den Medien und Informanten wird bereits dann gefährdet, wenn der Informant durch die Mitteilung an den Journalisten Schwierigkeiten zu befürchten hat. Solche Nachteile können aber nicht nur durch die Preisgabe der Identität des Informanten, sondern auch dadurch entstehen, dass Strafverfolgungsorgane durch Zugriff auf die Medien wichtige Informationen wie seinen Aufenthaltsort oder ähnliche Tatsachen ermitteln können, an deren Geheimhaltung ihm gelegen ist. Durch deren befürchtete Offenlegung könnte der Informant sich von der Mitteilung an die Presse abschrecken lassen.

Da sich die Auskunftsverlangen nicht darauf beschränken, ob ein bestimmter als verdächtig angesehener telefonischer Kontakt stattgefunden hat, werden sämtliche in dem betreffenden Zeitraum angefallenen Verbindungsdaten, die der Zielperson zuzuordnen sind, übermittelt. Dies kann auch zur Aufdeckung der Identität bislang noch nicht bekannter, von den Medien geheim gehaltener Informationsquellen führen. Auch die Kenntnisnahme solcher Umstände bedingt einen Eingriff in die Medienfreiheit. Im Übrigen liegt in der Verschaffung staatlichen Wissens über die im Bereich journalistischer Recherche hergestellten Kontakte ein Eingriff in das Redaktionsgeheimnis, dem neben dem Vertrauensverhältnis der Medien zu ihren Informanten eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff.]).

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Fachgerichte haben § 12 FAG, § 100 a StPO dahin gehend ausgelegt, dass die Vorschriften keine Regelungslücke aufweisen, die zum Schutz des Grundrechts durch eine entsprechende Anwendung des in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO normierten Zeugnisverweigerungsrechts geschlossen werden müsste. Diese Auslegung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet es nicht, Journalisten generell von strafprozessualen Maßnahmen nach § 12 FAG und § 100 a StPO auszunehmen.

a. Schranken

Presse- und Rundfunkfreiheit sind nicht unbegrenzt gewährleistet. Nach Art. 5 Abs. 2 GG finden sie ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Strafprozessordnung und die sie ergänzenden Vorschriften mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jeden Staatsbürger zählen, zur Wahrheitsermittlung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden.

b. Schranken-Schranken

Die in den allgemeinen Gesetzen bestimmten Schranken der Presse- und der Rundfunkfreiheit müssen allerdings ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgungen gesehen werden. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist das Gewicht des Rechtsguts zu berücksichtigen, dessen Schutz das einschränkende Gesetz dient (vgl. BVerfGE 77, 65). Bei der Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung ist zu berücksichtigen, dass die betroffenen Handlungen auf beiden Seiten auf die Erlangung von Informationen zielen, ohne dass einem der dabei verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebührt. Der Gesetzgeber ist weder gehalten noch steht es ihm frei, der Presse- und Rundfunkfreiheit absoluten Vorrang vor anderen wichtigen Gemeinschaftsgütern einzuräumen. Er hat insbesondere auch den Erfordernissen der Rechtspflege Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 77, 65 [75 f.]). [...] Im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis hat der Gesetzgeber durch diese Regeln typische, wenn auch nicht alle, Konfliktsituationen erfasst und in genereller Weise Abwägungen zwischen den Freiheitsrechten der Medien und den Erfordernissen einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege vorgenommen. Die Normen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nicht notwendig abschließende Regelungen (vgl. BVerfGE 64, 108 [116]; 77, 65 [81 f.]). Für zusätzliche Vorkehrungen besteht dann kein Anlass, wenn dem durch Art. 5 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz schon durch die allgemeinen Vorschriften ausreichend Rechnung getragen wird. [...] Die Erhebung der Verbindungsdaten setzt eine Straftat von erheblicher Bedeutung, einen konkreten Tatverdacht und eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Nachrichtenmittlereigenschaft des durch die Anordnung Betroffenen voraus. Auf Grund dieser Tatbestandselemente sind die rechtlichen Hürden für die Erhebung von Verbindungsdaten hoch. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt keine weiter gehenden gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz journalistischer Recherchen. Allerdings ist der Ausstrahlungswirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bei der Prüfung der Voraussetzungen der jeweiligen Anordnung Rechnung zu tragen. Im vorliegenden Fall ist die Bejahung dieser Voraussetzungen durch die Gerichte verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. [Wird ausgeführt.]

III. Art. 19 IV GG

Der Beschwerdeführer zu Ia wird durch die im Verfahren 1 BvR 330/96 angegriffene Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis nicht in seinem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Allerdings ist die Verwerfung seiner Beschwerde mit der Begründung, es be-

stehe kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der bereits vollzogenen Maßnahme, mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren.

1. Effektiver Rechtsschutz

Die von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Wirksamkeit des Rechtsschutzes verbietet es den Rechtsmittelgerichten, ein von der jeweiligen Prozessordnung eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv zu machen. Davon muss sich das Rechtsmittelgericht bei der Antwort auf die Frage leiten lassen, ob im jeweiligen Einzelfall für ein nach der Prozessordnung statthaftes Rechtsmittel ein Rechtsschutzinteresse besteht. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist auch in Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe gegeben, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in der der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Effektiver Grundrechtsschutz gebietet es in diesen Fällen, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden - wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden - Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen (vgl. BVerfGE 96, 27 [39 f.]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 1998, S. 2131 f.).

2. Auch bei Erledigung

Ein Rechtsschutzinteresse trotz prozessualer Überholung hat das Bundesverfassungsgericht auf Grund der vorstehenden Erwägungen bisher für Durchsuchungen von Wohn- und Geschäftsräumen, bei erledigtem polizeirechtlichem Unterbringungsgewahrsam, bei vorläufig gerichtlich angeordneten Unterbringungen psychisch auffälliger Personen und in Fällen von Abschiebungshaft angenommen (vgl. BVerfG, NJW 2002, S. 2456 f. m.w.N.).

Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Grundsätze darf eine Beschwerde gegen die Anordnung der Auskunft über die Telekommunikation nach § 12

FAG nicht allein deswegen, weil die richterliche Anordnung vollzogen ist und die Maßnahme sich deshalb erledigt hat, unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Überholung als unzulässig verworfen werden. Auch bei Anordnungen der Auskunft über den Fernmeldeverkehr ist vielmehr schon wegen des Gewichts des Eingriffs in das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG und hier zusätzlich in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen.

Tief greifende Grundrechtseingriffe kommen nicht nur bei Anordnungen in Betracht, die bereits das Grundgesetz - wie in den Fällen des Art. 13 Abs. 2 bis 5 und Art. 104 Abs. 2 und 3 - vorbeugend dem Richter vorbehalten hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [40]). Sie sind vielmehr auch in Fällen möglich, in denen das Gesetz den Eingriff dem Richter vorbehält. Dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber von einem schweren Eingriff ausgeht und ihn deshalb, wie in § 12 FAG, § 100 b Abs. 1 StPO, grundsätzlich von einer richterlichen Entscheidung abhängig macht, damit schon bei der Anordnung der Maßnahme präventiver gerichtlicher Schutz gewährleistet ist. [...]

3. Wahrung der Rechtsschutzgarantie durch (hilfsweise) Sachentscheidung

Obwohl es hiernach mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren ist, dass das Landgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1a im Tenor des angegriffenen Beschlusses als unzulässig verworfen hat, rechtfertigt diese Grundrechtsverletzung die Aufhebung der Entscheidung nicht. Das Landgericht hat sich nämlich - wenn auch in einer Hilfsbegründung - mit der Frage der materiellen Rechtmäßigkeit der angegriffenen Anordnung auseinandergesetzt und damit dem sich aus Art. 19 Abs. 4 GG ergebenden Anspruch auf effektiven Rechtsschutz bei tief greifenden Grundrechtsverletzungen - insgesamt betrachtet - hinreichend Rechnung getragen. Eine gesonderte verfassungsrechtliche Beschwerde allein durch die Tenorierung kann deshalb nicht festgestellt werden.

Standort: Art. 6 GG**Problem: Rechte des biologischen Vaters**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 09.04.2003

1 BVR 1493/96 UND 1 BVR 1724/01

(BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Das BVerfG hatte Teile des neuen Kindschaftsrechts auf seine Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Die zu entscheidenden Verfassungsbeschwerden betrafen die Rechtsstellung des (mutmaßlichen) leiblichen, aber nicht rechtlichen Vaters eines Kindes (sog. "biologischer Vater"). Es ging insbesondere um die Frage, ob dieser den Schutz des Art. 6 I, II 1 GG genießt und sich hierauf ein Recht auf Anfechtung der (gem. § 1592 BGB bestehenden) rechtlichen Vaterschaft zur Feststellung seiner eigenen Vaterschaft und auf Umgang mit dem Kind gründen lässt.

Das BVerfG bejaht unter bestimmten Voraussetzungen beides, was zur Verfassungswidrigkeit der anders lautenden Vorschriften des BGB führte. In den Mittelpunkt stellt das BVerfG dabei einmal mehr das Kindeswohl: Eine bestehende familiäre Beziehung zwischen Kind, Mutter und rechtl. Vater dürfe nicht durch die Vaterschaftsanfechtung des biologischen Vaters zerstört werden; bestehe eine solche Bindung hingegen nicht (z.B. bei einem sogen. "Zahlvater", der seine Vaterschaft anerkannt hat und Unterhalt zahlt, aber keinen Umgang mit dem Kind hat), müsse eine Anfechtungsmöglichkeit hingegen eröffnet werden.

§ 1600 BGB ist daher mit Art. 6 II 1 GG insoweit nicht vereinbar, als er den biologischen Vater eines Kindes *ausnahmslos* von der Anfechtung einer Vaterschaftsanerkennung ausschließt und dieses Recht allein dem rechtlichen Vater, der Mutter und dem Kind zubilligt.

Gleiches gelte für das Umgangsrecht: Eine bereits bestehende Beziehung des biologischen Vaters zum Kind dürfe nicht dadurch unterbunden werden, dass die Mutter den biologischen Vater vom weiteren Umgang mit dem Kind ausschließe. Deshalb ist § 1685 BGB mit Art. 6 I GG insoweit nicht vereinbar, als er in den Kreis der Umgangsberechtigten den biologischen Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezieht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat. Das BVerfG hat dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30. April 2004 eine verfassungsgemäße Regelung beider Normen zu treffen.

Prüfungsrelevanz:

Die Beschlüsse sind für Klausuren, Hausarbeiten und

mündliche Prüfung gleichermaßen interessant, zumal durch die vom BVerfG vorgegebene, erneute Reform des Kindschaftsrechts das Thema noch längere Zeit aktuell bleiben wird.

Hinsichtlich eines Anfechtungsrechts des biologischen Vaters weicht das BVerfG i.Ü. vom BGH ab, der keinen Verfassungsverstoß darin gesehen hat, dass das Gesetz dem Erzeuger des Kindes kein eigenes Anfechtungsrecht zuerkennt. Zwar habe dieser ein berechtigtes und zumindest in Beziehung zu seinem Persönlichkeitsrecht stehendes Interesse, seine Vaterschaft durchzusetzen und nach außen bezeugen zu können. Dem stünden jedoch das ebenfalls verfassungsrechtlich geschützte Interesse des Kindes gegenüber, ungestört in den sozialen Bindungen einer Familiengemeinschaft aufwachsen zu können, und darüber hinaus der durch Art. 6 Abs. 1 GG verbürgte besondere Schutz von Ehe und Familie, wenn die Mutter mit dem als Vater des Kindes anzusehenden Mann verheiratet sei. Die Entscheidung des Gesetzgebers, dem wirklichen Erzeuger des Kindes kein eigenes Anfechtungsrecht zuzubilligen, halte sich jedenfalls im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsraums bei der Abwägung gegenläufiger verfassungsrechtlich geschützter Interessen. Diese BGH-Rechtsprechung dürfe nunmehr überholt sein.

Vertiefungshinweis:

Zur Verfassungsmäßigkeit des § 1600 BGB: *BGH*, FamRZ 1999, 716

Zum neuen Kindschaftsrecht: *Weber*, NJW 2001, 1320

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der einsitzende Vater"

Leitsätze:

1. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater (sog. "biologischer Vater") in seinem Interesse, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen. Ihm ist verfahrensrechtlich die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht.

2. Auch der biologische Vater bildet mit seinem Kind eine von Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie, wenn zwischen ihm und dem Kind eine so-

zial-familiäre Beziehung besteht. Der Grundrechtsschutz umfasst auch das Interesse am Erhalt dieser Beziehung.

3. Es verstößt gegen Art. 6 I GG, den so mit seinem Kind verbundenen biologischen Vater auch dann vom Umgang mit dem Kind auszuschließen, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

4. Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 1600, 1685 BGB, § 1711 Abs. 2 BGB a.F.

Sachverhalt:

A. Das Verfahren 1 BvR 1493/96

Der Beschwerdeführer des Verfahrens 1 BvR 1493/96 ist zweifelsfrei der leibliche Vater eines 1989 als ehelich geborenen Kindes, mit dessen verheirateter Mutter er eine Beziehung hatte. Drei bis vier Monate vor der Geburt des Kindes trennte sich der Beschwerdeführer von der Mutter, nahm aber etliche Monate nach der Geburt die Beziehung wieder auf, die schließlich 1992 endete. Während dieser Zeit lebte die Mutter mit dem Kind getrennt von ihrem Ehemann in der ehelichen Wohnung, in die dieser 1992 wieder zurückkehrte. Der Beschwerdeführer besaß eine eigene Wohnung.

Strittig blieb, wie intensiv die Kontakte waren, die während der Zeit der Beziehung zur Kindesmutter zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind bestanden. Während der Beziehung angibt, er habe das Kind mehrmals wöchentlich betreut, sodass zwischen ihm und dem Kind eine enge und intensive emotionale Beziehung entstanden sei, führt die Kindesmutter aus, der Beschwerdeführer habe das Kind nur stundenweise betreut. Wegen Unzuverlässigkeit und Eigenmächtigkeit des Beschwerdeführers und weil sie wieder mit ihrem Ehemann habe zusammenleben wollen, habe sie die Kontakte dann weiter eingeschränkt. Zwischen ihr, dem Beschwerdeführer und dem Kind hätten zu keiner Zeit familiäre Verhältnisse bestanden. Seit März 1993 hat der Beschwerdeführer keine Beziehungen mehr zum Kind. Er erbrachte Unterhaltszahlungen für das Kind und schloss für dieses eine Versicherung ab. Nach Darstellung der Kindesmutter ist dies ohne ihr Wollen geschehen und habe ihren Ehemann dazu bewegen sollen, die Ehelichkeit des Kindes anzufechten.

Den Antrag des Beschwerdeführers, ihm ein Umgangsrecht mit dem Kind einzuräumen, wies das Amtsgericht 1994 ab. Die hiergegen vom Beschwerdeführer erhobene sofortige Beschwerde wies das Landgericht mit gleicher Begründung zurück. Das Oberlandesgericht hielt die weitere Beschwerde des Beschwerdeführers für unzulässig. Gegen die gericht-

lichen Entscheidungen richtet sich die Verfassungsbeschwerde, mit der der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und 2, Art. 6 Abs. 1, 2 und 3, Art. 19 Abs. 4, Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 6, Art. 8 sowie Art. 14 EMRK rügt.

B. Das Verfahren 1 BvR 1724/01

Der Beschwerdeführer des Verfahrens 1 BvR 1724/01, ein Palästinenser mit israelischer Staatsbürgerschaft, versuchte zunächst, die Vaterschaft für das im November 1998 geborene Kind anzuerkennen. Ihm wurde mitgeteilt, dass die Mutter des Kindes eine Vaterschaftsfeststellung nicht wünsche. Daraufhin beantragte der Beschwerdeführer beim Amtsgericht festzustellen, dass er der Vater des Kindes sei. Er trug unter Beweistritt vor, dass er seit 1991 eine Beziehung zur Mutter des Kindes gehabt und seit 1997 mit dieser zusammengelebt habe. Bei der Geburt des Kindes sei er anwesend gewesen und habe die Nabelschnur durchtrennt. Das Kind sei ein Wunschkind gewesen. Er habe mit der Mutter alle Vorbereitungen für die Geburt getroffen und zum Beispiel das Kinderzimmer eingerichtet. Auch der Name des Kindes, ein arabischer Name, sei gemeinsam ausgesucht worden. An seiner Vaterschaft seien seitens der Mutter des Kindes niemals Zweifel geäußert worden. Mit seinen dunklen Augen und Haaren, seiner Hautfarbe und seinen Gesichtszügen ähnele das Kind auch ihm. Während der ersten drei bis vier Monate nach der Geburt habe er das Kind überwiegend betreut, da die Mutter vormittags gearbeitet habe. Danach sei es zu Spannungen und dann zum Bruch mit ihr gekommen. Unter anderem habe es auch deshalb Streit gegeben, weil die Mutter ihn beim Standesamt nicht als Vater des Kindes angegeben habe.

Die Mutter bestritt namens des beklagten Kindes den gesamten Vortrag des Beschwerdeführers mit Nichtwissen und wies darauf hin, dass zwischenzeitlich im Oktober 2000 ein anderer Mann die Vaterschaft anerkannt habe. Der Beschwerdeführer begehrte daraufhin hilfsweise die Feststellung, dass dieser Mann nicht der Vater des Kindes sei. Das Amtsgericht wies die Klage ab. Die Berufung des Beschwerdeführers wies das Oberlandesgericht zurück. Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerden sind begründet. § 1600 BGB ist mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar, soweit er den leiblichen Vater eines Kindes ausnahmslos von der Anfechtung der für sein Kind anerkannten

Vaterschaft zur Erlangung der eigenen rechtlichen Vaterschaft ausschließt. [...] § 1685 BGB [steht] mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht in Einklang, soweit er den leiblichen Vater eines Kindes, der eine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind hat, auch dann vom Umgang mit dem Kind ausschließt, wenn dieser dem Wohl des Kindes dient.

A. Schutzbereich des Art. 6 II 1 GG

Auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes steht unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Leiblicher Vater eines Kindes zu sein, macht diesen allein allerdings noch nicht zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Grundrechtsnorm schützt den leiblichen Vater aber in seinem Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen. Dieser Schutz vermittelt ihm kein Recht, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten. Ihm ist jedoch vom Gesetzgeber die Möglichkeit zu eröffnen, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, wenn dem der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht und festgestellt wird, dass er der leibliche Vater des Kindes ist.

I. Elternbegriff

Nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG sind Pflege und Erziehung des Kindes Recht und Pflicht der Eltern. Der Elternbegriff umfasst nach dem Sprachgebrauch auch die leiblichen Eltern eines Kindes, unabhängig vom Familienstand der Eltern und der Enge der Beziehung zwischen ihnen und dem Kind (vgl. BVerfGE 92, 158 [177 f.]). Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG vom natürlichen Recht der Eltern spricht, kommt hiermit einerseits zum Ausdruck, dass dieses Recht nicht vom Staat verliehen, sondern als vorgegebenes von ihm anerkannt ist (vgl. BVerfGE 59, 360 [376]). Andererseits verdeutlicht dies, dass diejenigen, die einem Kind das Leben geben, von Natur aus grundsätzlich bereit und berufen sind, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen (vgl. BVerfGE 24, 119 [150]). Deshalb ist der Gesetzgeber gehalten, die Zuweisung der elterlichen Rechtsposition an der Abstammung des Kindes auszurichten (vgl. BVerfGE 79, 256 [267]).

Der Gesetzgeber ist allerdings nicht verpflichtet, die rechtliche Anerkennung der Elternschaft stets von der Prüfung abhängig zu machen, von wem das Kind im Einzelfall abstammt. Im Hinblick auf den Schutz familiärer sozialer Beziehungen aus Art. 6 Abs. 1 GG und den Schutz der Intimsphäre aus Art. 2 Abs. 1 GG ist es ausreichend, aus bestimmten tatsächlichen Umständen und sozialen Situationen auf die Abstammung ei-

nes Kindes zu schließen und aufgrund dieser Vermutung die Zuweisung der rechtlichen Elternstellung vorzunehmen, wenn dies in aller Regel zu einem Zusammentreffen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft führt (vgl. BVerfGE 79, 256 [267]). So wird seit jeher nicht nur in unserer Rechtskultur aufgrund der mit der Ehe eingegangenen Beziehung vermutet, dass der Ehemann der Mutter auch der leibliche Vater ihres Kindes ist, und darauf die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns gestützt. Gleiches gilt, wenn ein Mann in erklärter Übereinstimmung mit der Mutter eines nicht-ehelichen Kindes durch das Anerkenntnis der Vaterschaft rechtsverbindlich zum Ausdruck bringt, Elternverantwortung tragen zu wollen. Konsequenz dieser verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden gesetzlichen Vermutungsregelungen ist, dass im Einzelfall entgegen der gesetzlichen Vermutung die rechtliche und die leibliche Vaterschaft auseinander fallen können. Das Kind hat dann zwei Väter, die sich beide auf ihre durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte Elternschaft berufen können.

II. Erstreckung auf biologischen Vater

Der Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG setzt die rechtliche Elternschaft nicht voraus. Der Mann, von dem ein Kind abstammt, ist Vater des Kindes, auch wenn er von der Rechtsordnung nicht als solcher anerkannt ist. Mehr als diese auf Abstammung beruhende Elternschaft setzt Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG für die Einbeziehung von Eltern in seinen Schutzbereich nicht voraus.

I. Kontra-Argumente

Allerdings macht dies allein noch nicht den biologischen Vater neben dem rechtlichen Vater zum Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

a. Ausschluss der Doppelvaterschaft

Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG können für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ordnet das Kind den Eltern zu. Dabei lässt schon der Umstand, dass ein Kind nur von einem Elternpaar abstammen kann, darauf schließen, dass der Verfassungsgeber auch nur einem Elternpaar das Elternrecht für ein Kind hat zuweisen wollen. Das Elternrecht basiert auf dieser Zuordnung, durch die es zugleich seine Ausrichtung erfährt: Es ist ein Recht, das jedem Elternteil zusteht, aber mit dem gleichwertigen Recht des anderen Elternteils korrespondiert (vgl. BVerfGE 99, 145 [164]), und das sich auf das Kind bezieht, zu dessen Wohl es auszuüben ist (vgl. BVerfGE 75, 201 [218 f.]). Die Verantwortung für das Kind, die Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG damit den

Eltern einräumt wie auferlegt, bedarf aber ihrerseits einer klaren Zuweisung auch der Elternrolle, die es einzunehmen gilt, um im Interesse des Kindes ausgeübt werden zu können. Zwar können sich die familiären Beziehungen, in die ein Kind hineingeboren wird, und damit auch die weiblichen und männlichen Bezugspersonen für das Kind im Laufe der Zeit ändern. Für die Entwicklung des Kindes ist aber neben seiner Abstammung und neben der Qualität der Beziehung zu seinen jeweiligen Bezugspersonen das Wissen und die Gewissheit von maßgeblicher Bedeutung, zu wem es gehört, welcher Familie es zugeordnet ist und wer als Mutter oder Vater Verantwortung für es trägt. Nur dies schafft personale und rechtliche Sicherheit für das Kind, die ihm die Grundrechtsnorm über das Elternrecht vermitteln soll. [...]

Ein Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukommt, entspricht nicht der Vorstellung von elterlicher Verantwortung, die Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugrunde liegt. Auch der Wandel familiärer Lebenszusammenhänge fordert nicht, ein Kind der Elternverantwortung zweier Väter zugleich zu unterstellen. Dass rechtliche und leibliche Vaterschaft auseinander fallen können, ist kein neues Phänomen, das sich auf die Veränderung familiärer Strukturen zurückführen ließe. Es findet vielmehr seine Ursache in der Rechtstradition, die Vaterschaft aufgrund bestimmter sozialer Sachverhalte zu vermuten, darauf die rechtliche Zuordnung des Kindes zu stützen und nur dann im Einzelfall die leibliche Vaterschaft als Grundlage für die rechtliche festzustellen, wenn die gesetzliche Vermutung nicht mehr trägt. Selbst wenn sich abzeichnen sollte, dass leibliche Väter bei einem Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Vaterschaft vermehrt ihre Vaterschaft bekennen und in Beziehung zu ihrem Kind stehen wollen, wäre eine solche Entwicklung für sich allein noch kein Grund, auch den leiblichen neben dem rechtlichen Vater als Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG anzuerkennen. Wenn Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zuvörderst den Eltern die Verantwortung für das Kind überlässt, beruht dies auf der Erwägung, dass sie in gemeinsamer Ausübung dieser Verantwortung in aller Regel die Interessen ihres Kindes am besten wahrnehmen (vgl. BVerfGE 103, 89 [108]). Eine solche Erwägung kann aber nicht auf eine aus zwei Vätern und einer Mutter bestehende Gemeinschaft bezogen sein, bei der die Vermutung nicht trägt, die gemeinsame Ausübung der Elternverantwortung diene dem Kindeswohl am besten. Vielmehr wären mit einer solchen Konstellation Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern gleichsam angelegt,

die den negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nehmen könnten. Eine effektive Wahrnehmung der Elternverantwortung im Interesse des Kindes wäre jedenfalls nicht gewährleistet. Zugleich nähme die Schwierigkeit zu, elterliche Verantwortung personell festzumachen, um der Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft, über die Ausübung des Elternrechts zu wachen, zur Wahrung des Kindeswohls nachkommen zu können. Der Gehalt des Elternrechts setzt damit seiner Trägerschaft Grenzen.

b. Rechte des rechtlichen Vaters

Der rechtliche Vater eines Kindes, der für dieses Elternverantwortung wahrnimmt, ist Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und verliert dieses Recht sowie die damit verbundene Stellung als Vater nicht allein dadurch, dass sich ein anderer Mann als leiblicher Vater des Kindes herausstellt (vgl. BVerfGE 24, 119 [136]). Die gesetzliche Bestimmung der Vaterschaft ist konstitutiv für die Möglichkeit, als Elternteil überhaupt für das Kind tatsächlich umfassend Sorge zu tragen. Sie eröffnet den Zugang zur Elternverantwortung und ist Voraussetzung für die Wahrnehmung der grundrechtlich geschützten Elternposition. Erst der Wegfall der Stellung als rechtlicher Vater entlässt diesen wieder aus der Trägerschaft des Elternrechts und aus der Verantwortung für das Kind.

2. Pro-Argumente

Auch die leibliche Vaterschaft bedarf der rechtlichen Anerkennung, damit aus ihr das Elternrecht geltend gemacht werden kann.

a. Kongruenz von leiblicher und rechtlicher Elternschaft

Die gesetzliche Ausgestaltung hinsichtlich Begründung und Inhalt familiärer Rechtsbeziehungen hat sich daran auszurichten, dass in der Regel den leiblichen Eltern eines Kindes auch die rechtliche Stellung als Eltern einzuräumen ist. Decken sich im Einzelfall dennoch nicht die leibliche und die rechtliche Elternschaft für ein Kind, ist dem leiblichen Vater zunächst verwehrt, Verantwortung für sein Kind zu tragen. Dies stellt ihn als Elternteil jedoch nicht schutzlos. Das in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltene Gebot, möglichst eine Übereinstimmung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen, verlangt auch für solche Fälle bei Zweifeln an der Vaterschaft die Eröffnung eines Verfahrens, in dem die Vaterschaft überprüft und das Elternrecht gegebenenfalls rechtlich neu zugeordnet wird. Insofern gewährleistet Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch dem biologischen Vater grundsätzlich einen verfahrensrechtlichen Zugang zum Elternrecht.

b. Verfahrensrechtliche Position des biologischen Vaters

Dies gilt auch für denjenigen, der aufgrund bestimmter Tatsachen und Anhaltspunkte von seiner leiblichen Vaterschaft zu einem Kind ausgehen kann, diese aber bisher mangels Kooperation der Mutter nicht nachzuweisen vermochte. Würde ihm die Möglichkeit versagt, seine leibliche Vaterschaft als Voraussetzung für einen Zugang zur rechtlichen Vaterschaft prüfen und feststellen zu lassen, bliebe ihm der Zugang zur Grundrechtsträgerschaft versperrt, auch wenn er tatsächlich der leibliche Vater des Kindes ist. Dies widerspräche dem Anliegen von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, Möglichkeiten für den leiblichen Vater zu schaffen, auch rechtlich die Stellung des Vaters einzunehmen. Die Prüfung und Feststellung der Vaterschaft ist deshalb Teil der verfahrensrechtlichen Gewährleistung aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.

Allerdings ist von diesem Schutz, den Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG dem biologischen Vater gewährt, nur der Zugang zu einem Verfahren erfasst, auch rechtlich die Vaterstellung einnehmen zu können. Das Begehren, allein Kenntnis und Gewissheit über die Abstammung eines Kindes zu erlangen, kann nicht auf Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG gestützt werden, weil ihm der Bezug zur Elternverantwortung fehlt. Ebenso wie das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung in seinem Persönlichkeitsrecht begründet ist (vgl. BVerfGE 79, 256 [268 ff.]), betrifft auch der Wunsch eines Mannes lediglich nach Kenntnis, ob ein Kind von ihm abstammt, sein Selbstverständnis und die Möglichkeit, sich als Individuum nicht nur sozial, sondern auch genealogisch in eine Beziehung zu anderen zu stellen, und damit sein von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschütztes Recht. Ob auch ihm aus dem Persönlichkeitsrecht ein Anspruch erwächst, die Abstammung eines Kindes von ihm gerichtlich klären zu lassen, kann hier offen bleiben, da es in keinem der zu entscheidenden Fälle allein um eine solche Klärung geht. Ein Anspruch auf Zuerkennung der rechtlichen Vaterschaft folgt aus dem Persönlichkeitsrecht nicht.

B. Konfliktlösung im Wege praktischer Konkordanz

Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht zu entnehmen, dass sich die leibliche stets gegenüber der rechtlichen Elternschaft durchsetzen muss. Die Grundrechtsnorm gewährt kein Recht des leiblichen Vaters, in jedem Fall vorrangig vor dem rechtlichen Vater die Vaterstellung eingeräumt zu erhalten und diesen damit aus seiner Vaterposition zu verdrängen. [...] Die Abstammung wie die sozial-familiäre Verantwortungsgemeinschaft machen gleichermaßen den Gehalt von Art. 6 Abs. 2

Satz 1 GG aus. Beides in Deckung zu bringen, ist vom Gesetzgeber anzustreben. Fallen sie aber in der Wirklichkeit auseinander, gibt die Grundrechtsnorm keine starre Gewichtung dafür vor, welchem der beiden Merkmale, die die Elternschaft ausmachen sollen, der Vorrang einzuräumen ist und bestimmt insoweit kein Rangverhältnis zwischen der biologischen und der sozialen Elternschaft. Vielmehr hat der Gesetzgeber bei der Entscheidung, wem das Kind in einem solchen Falle zuzuordnen ist, beide Interessen zu berücksichtigen und miteinander abzuwägen. Er kann dabei neben der Abstammung auch rechtlichen und sozialen Tatbeständen Bedeutung zumessen (vgl. BVerfGE 92, 158 [178]).

I. Verfassungsmäßigkeit von § 1600 BGB

Es ist verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den Interessen des Kindes und seiner rechtlichen Eltern am Erhalt eines bestehenden sozialen Familienverbandes gegenüber dem Interesse des leiblichen Vaters, als Vater auch rechtlich anerkannt zu werden, den Vorrang eingeräumt und den leiblichen Vater insoweit in § 1600 BGB davon ausgeschlossen hat, die rechtliche Vaterschaft anzufechten. Wenn die leibliche und die rechtliche Vaterschaft auseinander fallen, bedarf es der Bestimmung, wem von beiden das Elternrecht gegenüber dem Kind zugewiesen werden soll. Von dieser Entscheidung werden nicht nur das Interesse des leiblichen Vaters, sondern auch die Interessen der rechtlichen Eltern und insbesondere das Interesse des Kindes berührt.

1. Kein Anfechtungsrecht bei familiärer Beziehung zwischen Kind, Mutter und rechtllichem Vater

Der Gesetzgeber hat zur Begründung dafür, dass dem leiblichen Vater in diesem Fall der Zugang zur rechtlichen Vaterschaft verschlossen und ihm kein Anfechtungsrecht eingeräumt wird, insbesondere den Schutz der sozialen Familie hervorgehoben (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 58). Auch Art. 6 Abs. 1 GG erstreckt seinen Schutz auf die soziale Familie als dauerhafte Verantwortungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern (vgl. BVerfGE 80, 81 [90]; 99, 216 [231 f.]). Die familiäre Beziehung zwischen den rechtlichen Eltern und dem Kind kann dadurch, dass ein anderer die rechtliche Vaterschaft für sich einfordert, in ihrem sozialen Gefüge und Bestand beeinträchtigt werden. Sie davor zu bewahren, ist ein gewichtiger Grund, an dem der Ausschluss des biologischen Vaters von der Anfechtung der bestehenden rechtlichen Vaterschaft nach § 1600 BGB zu messen ist (vgl. BVerfGE 38, 241 [255]). Zugleich sind die Interessen der einzelnen Mitglieder des Familienverbandes zu berücksichtigen. Da das

Elternrecht den Eltern gemeinsam zugewiesen ist, korrespondiert das Recht der Mutter mit dem des Vaters. Tritt in dessen Position gegen ihren Willen ein Wechsel ein, muss die Mutter nunmehr jenseits des bestehenden sozialen Familienverbandes mit einem Mann als Vater ihres Kindes das Elternrecht teilen, mit dem sie in keiner sozialen Beziehung (mehr) steht. Für den rechtlichen Vater bedeutete ein Wechsel der rechtlichen Vaterschaft den Verlust seiner von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechtsstellung gegenüber dem Kind, obwohl er für dieses Verantwortung getragen hat und im Zusammenleben mit Mutter und Kind auch weiterhin tatsächlich für es sorgt, aber nicht mehr über dessen Geschicke mitentscheiden darf. Schließlich verliert das Kind seinen bisherigen Vater und muss sich auf einen neuen einstellen, auch wenn es im bestehenden Familienverband verbleibt. Der Rechtswechsel führte zwar zu einer Deckung von leiblicher und rechtlicher Elternschaft, ließe aber zugleich die rechtliche und soziale Vaterschaft auseinander fallen und könnte auch zum Verlust des Status eines ehelichen Kindes führen. Dies fordert vom Kind eine neue Orientierung, die es in Konflikte stürzen kann. Zwar hat ein Kind eine solche Veränderung auch dann zu verkraften, wenn seine Mutter oder sein bisher rechtlicher Vater die Vaterschaft anfechtet. In diesem Falle tritt aber nicht nur auf rechtlicher Ebene eine Veränderung im sozialen Eltern-Kind-Verband ein, sondern der Zusammenhalt der sozialen Familie wird aus sich heraus gefährdet und nicht erst durch denjenigen, der die Vaterschaft für sich beansprucht.

Diese Veränderung ist auch nicht mit den Fällen vergleichbar, in denen das Kind nach Trennung und Scheidung seiner rechtlichen Eltern in Familienkonstellationen wechselt, in denen es mit neuen (Stief-)Eltern zusammenleben muss. Hier hat es sich zwar auf einen neuen sozialen Kontext einzustellen. Als Sicherheit und Konstante bleibt ihm aber die Zuordnung zu seinen rechtlichen Eltern. Dagegen wechselte bei erfolgreicher Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft durch den leiblichen Vater die Zuordnung des Kindes, auch wenn der bisherige soziale Familienverband aus sich heraus nicht gefährdet ist, sondern erst durch die Anfechtung einer Gefährdung ausgesetzt werden könnte.

Allerdings kann es auch ein Interesse des Kindes geben, seinen leiblichen Vater nicht nur zu kennen, sondern ihn auch als Vater rechtlich zugeordnet zu erhalten. Diesem Interesse dient das eigene Anfechtungsrecht des Kindes. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Ausgestaltung dieses Rechts der grundrechtlich geschützten Position des Kindes ausreichend Rechnung trägt (vgl. Wanitzek, FPR [Familie, Partner-

schaft, Recht] 2002, S. 390 [392]), denn für ein Anfechtungsrecht des leiblichen Vaters kommt es darauf nicht an. Interessenkonflikte zwischen dem Kind und seinen sorgeberechtigten rechtlichen Eltern über eine Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft sind nicht dadurch zu lösen, dass dem biologischen Elternteil die Befugnis eingeräumt wird, in Vertretung des Kindesinteresses die Anfechtung vorzunehmen. Vielmehr ist das Kind in die Lage zu versetzen, gegebenenfalls mit Hilfe Dritter seine eigenen Interessen zu formulieren und in Rechtshandlungen umzusetzen (vgl. BVerfGE 72, 122 [134]; 99, 145 [157]).

Demgegenüber steht das berechnete Interesse des biologischen Vaters, nicht nur von seiner leiblichen Vaterschaft zu wissen, sondern auch als Vater rechtlich Anerkennung zu finden und in Rechtsbeziehung zu seinem Kind zu stehen. Eine rechtliche Neuordnung des Kindes führte aber nicht zum Entstehen einer neuen sozialen Familie als Basis für ein gedeihliches Zusammenwirken von Eltern bei der Ausübung ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind in dessen Interesse. Stattdessen würde der Zusammenhalt des bisherigen Familienverbandes, in dem das Kind lebt, durch die Auflösung der Rechtsbeziehungen seiner Mitglieder beeinträchtigt. Aus der Divergenz von rechtlicher Zuordnung und sozial-familiärer Beziehung könnten Konflikte entstehen, die einerseits eine Erziehung des Kindes zu seinem Wohl gefährdeten und andererseits dem Kind die Orientierung erschwerten, zu wem es gehört. Dies rechtfertigt es, dass der Gesetzgeber in § 1600 BGB dem leiblichen Vater im Interesse der Wahrung eines bestehenden familiären Zusammenhalts zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern grundsätzlich keine Möglichkeit eingeräumt hat, die rechtliche Vaterschaft anzufechten.

2. Verfassungswidrigkeit bei fehlender familiärer Beziehung zwischen Kind, Mutter und rechtlichem Vater

§ 1600 BGB ist aber mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG insoweit unvereinbar, als er dem biologischen Vater auch dann das Recht auf Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft vorenthält, wenn die rechtlichen Eltern mit dem Kind gar keine soziale Familie bilden, die es nach Art. 6 Abs. 1 GG zu schützen gilt. Hat ein Mann, ohne leiblicher Vater des Kindes zu sein, die Vaterschaft zwar anerkannt, lebt er aber mit der Mutter und dem Kind nicht zusammen, sondern ist lediglich "Zahlvater", gibt es keinen hinreichenden Grund, dem leiblichen Vater zu verwehren, auch rechtlich als Vater anerkannt und in Pflicht genommen zu werden. Auch die Interessen von Mutter und Kind stehen dem nicht entgegen.

Besteht keine sozial-familiäre Beziehung zum recht-

lichen Vater, auf deren Sicherung sich das Interesse der Mutter stützen könnte, bleibt allein ihr Interesse, nicht mit dem leiblichen Vater das Elternrecht teilen zu wollen. Dieses Interesse ist aber durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht geschützt, der die Elternstellung nicht vom Willen des anderen Elternteils abhängig macht, sondern allein von dem Umstand der vermuteten oder wirklichen Elternschaft. Für das Kind bedeutete die Anfechtung durch den leiblichen Vater zwar einen Wechsel in seiner Zuordnung zum Vater, durch den das Kindeswohl jedoch nicht wesentlich berührt wird, wenn es zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine im Zusammenleben mit diesem entstandene Beziehung gibt, die beeinträchtigt werden könnte. Andererseits erhalte das Kind nunmehr eine rechtliche Zuordnung, die ihm in der Regel zwar auch kein familiäres Zusammenleben mit beiden Elternteilen vermittelte, aber die rechtliche Vaterschaft nunmehr mit seiner Abstammung in Deckung bringen würde.

Ein Wechsel in der Rechtsposition der Vaterschaft entspricht sogar dem Interesse des Kindes am Erhalt personaler Beziehungen, wenn es gerade mit seinem leiblichen Vater, der auch rechtlicher Vater werden will, schon tatsächlich eine Vater-Kind-Beziehung hat aufbauen können, während es mit seinem rechtlichen Vater und seiner Mutter nicht in familiärer Gemeinschaft zusammenlebt. Dem biologischen Vater, der bereit ist, Elternverantwortung für sein Kind zu übernehmen, unter solchen Voraussetzungen die Möglichkeit zu verwehren, auch rechtlich in die Elternposition einzurücken, ist hier durch keinen gewichtigen Grund gerechtfertigt und verletzt den biologischen Vater in seinem Recht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, ihm im Rahmen eines Verfahrens Zugang zur Grundrechtsträgerschaft des Elternrechts zu eröffnen. [...]

II. Verfassungsmäßigkeit von § 1685 BGB

§ 1685 BGB ist mit Art. 6 Abs. 1 GG insoweit nicht vereinbar, als er in den Kreis der Umgangsberechtigten den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezieht, wenn zwischen ihm und dem Kind eine sozial-familiäre Beziehung besteht oder bestanden hat. [...]

1. Wortlaut: Genereller Ausschluss des biologischen Vaters vom Umgang mit dem Kind

Mit dem Kindschaftsrechtsreformgesetz hat das Umgangsrecht eine grundlegende Änderung erfahren. Beim elterlichen Umgangsrecht, das in § 1684 BGB geregelt ist, wird nicht mehr zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern unterschieden. Darüber hinaus ist in § 1685 BGB auch anderen Bezugspersonen für das Kind ein Umgangsrecht eröffnet worden. Beide

Normen beziehen den leiblichen Vater eines Kindes nicht ausdrücklich in den Kreis der Umgangsberechtigten ein.

2. Keine verfassungskonforme Auslegung möglich

Weder § 1684 BGB noch § 1685 BGB können dahin gehend ausgelegt werden, dass auch dem leiblichen Vater eines Kindes ein Umgangsrecht eingeräumt ist.

Nach § 1684 Abs. 1 BGB hat jeder Elternteil ein Recht, aber auch eine Pflicht zum Umgang mit dem Kind. Die Norm nimmt Bezug auf die elterliche Verantwortung und präzisiert diese für den Umgang mit dem Kind als ein pflichtgebundenes Recht. Nur derjenige aber kann zum Umgang mit dem Kind verpflichtet werden, der die Elternverantwortung trägt. Wer diesen Status innehat, ist zum Umgang mit dem Kind berechtigt wie verpflichtet. Das schließt es aus, auch den biologischen Vater eines Kindes, der die rechtliche Vaterposition gerade nicht einnimmt, unter den Elternbegriff des § 1684 Abs. 1 BGB zu subsumieren.

Mit § 1685 BGB hat der Gesetzgeber nunmehr auch Großeltern, Geschwistern, Stiefeltern und Pflegeeltern unter bestimmten Voraussetzungen ein Umgangsrecht mit dem Kind eingeräumt. Zuweisungsgrund ist hier die Beziehung dieser Personen zum Kind, die dann ein Umgangsrecht begründet, wenn dies dem Kindeswohl dient (vgl. BTDrucks 13/4899, S. 106 f.). Den in § 1685 BGB enthaltenen Anforderungen an diejenigen, denen das Umgangsrecht eröffnet wird, kann auch der leibliche, aber nicht rechtliche Vater eines Kindes entsprechen, wenn das Kind zu ihm eine personale Beziehung hat. Darüber hinaus ist er wie Großeltern und Geschwister mit dem Kind abstammungsmäßig verbunden.

Dennoch ist es ausgeschlossen, § 1685 BGB dahin gehend auszulegen, dass auch der biologische Vater von den in Absatz 1 oder Absatz 2 der Norm genannten Personenkreisen erfasst ist. Abgesehen davon, dass er nicht ausdrücklich mit aufgeführt ist, hat der Gesetzgeber deutlich zum Ausdruck gebracht, dass das Umgangsrecht auf diejenigen Bezugspersonen begrenzt sein soll, die die Norm ausdrücklich nennt und von denen der Gesetzgeber annimmt, dass sie dem Kind üblicherweise besonders nahe stehen. Begründet hat er diese Begrenzung mit der Notwendigkeit, eine starke Ausweitung von Umgangsstreitigkeiten zu verhindern (vgl. BTDrucks 13/4899, a.a.O.). Dies verbietet es, die in § 1685 BGB genannten Personenkreise im Wege der verfassungskonformen Auslegung um den leiblichen Vater zu erweitern. § 1685 BGB ist deshalb insoweit für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 1 GG zu erklären. [...]

Standort: Widerspruchsverfahren**Problem: Rücknahme oder Abhilfe?**

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 15.07.2002

1 LA 2816/01 (NVWZ-RR 2003, 326)

Problemdarstellung:

Das OVG Lüneburg hatte sich mit der Frage zu befassen, wie die Ausgangsbehörde zu verfahren hat, wenn ein zulässiger und begründeter Widerspruch gegen einen von ihr erlassenen Verwaltungsakt eingelegt worden ist. Das BVerwG vertritt die Auffassung, dass dem Widerspruch grds. auf zweierlei Weise entsprochen werden kann, nämlich durch Abhilfe gem. § 72 VwGO und durch Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsakts nach § 48 VwVfG. Im vorliegenden Fall stellten sich nun einige Besonderheiten, die Zweifel an dieser Wahlmöglichkeit aufkommen ließen:

1. Die Ausgangsbehörde hatte sich bereits gegen die Abhilfe entschieden und den Vorgang an die Widerspruchsbehörde zum Erlass eines Widerspruchsbescheids weitergeleitet, §§ 72, 73 I 1 VwGO. Während die Lit. z.T. davon ausgeht, dass nach Eintritt des Devolutiveffektes eine Abhilfe nicht mehr möglich sei, der nachträglich geläuterten Ausgangsbehörde also nur noch der Weg über § 48 VwVfG bleibe, bejaht die Rspr. die Abhilfemöglichkeit zu jeder Zeit, weil § 72 VwGO keine zeitliche Grenze normiere.

2. Dass § 48 VwVfG ein Ermessen einräume, könne jedoch nicht zu Lasten des Widerspruchsführers gehen. Sei dessen Widerspruch zulässig und begründet, müsse er Erfolg haben. § 72 VwGO bestimmt zwingend, dass die Ausgangsbehörde ihm abhelfen müsse. Gehe sie den Weg über § 48 VwVfG, könne dies nicht zur Umgehung der Abhilfepflicht führen; ihr Ermessen sei daher auf null (also auf Rücknahme) reduziert.

3. Die Wahl zwischen §§ 48 VwVfG und 72 VwGO müsse ebenfalls ermessensfehlerfrei getroffen werden. Kein Kriterium sei in jedem Fall das Bestreben der Behörde, über den Weg des § 48 VwVfG die Kostenlast des § 72 a.E. VwGO zu vermeiden.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall ist besonders für das zweite juristische Staatsexamen interessant. Soll in der Rolle der Ausgangsbehörde über einen Widerspruch entschieden werden, muss der Bearbeiter sich vor Augen führen, dass er den Erfolg des Widerspruchs unterstellt - zwei Entscheidungsmöglichkeiten hat. Er wird seine Vorgehensweise begründen müssen, wobei nach der vorliegenden Entscheidung Kostenerwägungen ebenso

außer Betracht zu bleiben haben wie die vermeidliche Möglichkeit, bei § 48 VwVfG ein Ermessen auszuüben.

Wichtig zu wissen ist in jedem Fall, dass ein Rücknahmebescheid nach § 48 VwVfG allein deshalb rechtswidrig sein kann, weil sich die Behörde in ermessensfehlerhafter Weise (etwa aus Kostengründen) zu dieser Vorgehensweise entschlossen hat, d.h. statt dessen eine Abhilfeentscheidung hätte treffen müssen. Für die Prüfung der übrigen Voraussetzungen des § 48 VwVfG sei noch auf die Sperrwirkung des § 50 VwVfG in diesen Fällen hingewiesen.

Vertiefungshinweise:

Zum Wahlrecht zwischen Rücknahme und Abhilfe: *BVerwGE* 101, 64; 82, 336

Zur Aufhebung eines rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakts: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2002, 621

Zur Aufhebung von Ausgangs- und Widerspruchsbescheid: *OVG Bautzen*, NVwZ-RR 2002, 409

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die unerwünschte Go-Kart-Bahn"

Leitsätze:

Die Ausgangsbehörde hat auch nach Abgabe des Widerspruchsvorgangs an die Widerspruchsbehörde die Wahl, ob sie dem zulässigen und begründeten Nachbarwiderspruch gem. § 72 VwGO abhilft oder den eigenen Bescheid gem. § 48 I 1 VwVfG i.V. mit § 50 VwVfG zurück nimmt. Im letztgenannten Fall ist ihr Ermessen indes mit der Folge auf null reduziert, dass eventuelle Ermessensfehler nicht zum Vorteil des Bauherrn zum Tragen kommen.

Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit zweier Bescheide, mit denen die Bekl. auf Anregung der Bezirksregierung [E.] zwei Bescheide ihres Rechtsvorgängers, des Landkreises [E.], über die Höhenfestsetzung im Grenzbereich zwischen den Grundstücken der Kl. und des Beigel. zu 1 sowie eine Nachtragsbaugenehmigung zurücknahm, mit der den Kl. unter anderem Dispens von der Pflicht zu nur eingeschossigem Bauen und zur Einhaltung eines Grenzabstandes von mindestens 3m erteilt worden war. Der Landkreis [E.] half

den Widersprüchen nicht ab und legte die Widerspruchsvorgänge der Bezirksregierung [E.] vor. Diese reichte den Vorgang über die Baugenehmigung vom September 1999 im Mai 2000 an die nunmehr zuständige Bekl. mit der Bemerkung zurück, ihrer Einschätzung nach sei die Unterschreitung des Grenzabstandes von 3m rechtswidrig und den Widersprüchen daher insoweit stattzugeben. Sie gebe der Bekl. aber Gelegenheit, ihrer Entscheidung zuvor zu kommen und die Baugenehmigung zurückzunehmen. Das geschah dann mit dem Bescheid der Bekl. vom 26.2.2001, welchen die Kl. unmittelbar mit der Klage anfochten. Dasselbe geschah durch Bescheid vom 22.2.2001 hinsichtlich der Höhenfestsetzung. Diesem vorausgegangen war die Verfügung der Bezirksregierung [E.] vom 12./15.1.2001, in der sie der Bekl. mitteilte, ihrer Einschätzung zufolge sei auch dieser Widerspruch begründet. Sie bat die Bekl., das in die beabsichtigte Entscheidung über die Rücknahme der Baugenehmigung einzubeziehen.

Das VG hat mit der angegriffenen Entscheidung der Klage teilweise stattgegeben und den Rücknahmebescheid der Bekl. vom 22.2.2001 betreffend die Höhenfestsetzung aufgehoben. Die Klage gegen die Rücknahme der Baugenehmigung vom 7.9.1999 hat das VG dagegen im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, eine Unterschreitung des Grenzabstandes von 3m sei nicht zu rechtfertigen. Beide Beigel. seien hierdurch in ihren Rechten verletzt. Diese dürften sich trotz der auf ihren Grundstücken durchgeführten Baumaßnahmen auf die Verletzung des Grenzabstandsrechts berufen. Die Unterschreitung der Grenzabstände sei zwar erheblich geringer, als die Bekl. wegen der ungerechtfertigten Aufhebung der Höhenfestsetzung angenommen habe. Das führe indes nicht zu einer Aufhebung des auf § 48 VwVfG gestützten Rücknahmebescheides wegen Ermessensfehlergebrauchs, weil das Ermessen in Fällen der Drittanfechtung auf null reduziert sei.

Dagegen richteten sich die rechtzeitig gestellten Zulassungsanträge der Kl., die sich auf die Zulassungsgründe des § 124 II Nrn. 1 bis 3 VwGO berufen und des Beigel. zu 1, der dieselben Zulassungsgründe heranzieht. Beide Anträge hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Die angegriffene Entscheidung begegnet nicht ernstlichen Zweifeln i.S. des § 124 II Nr. 1 VwGO. Das ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats (vgl. z.B. OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 431) erst dann der Fall, wenn für das vom Zulassungsantragsteller favorisierte Entscheidungsergebnis — auf dieses und nicht auf einzelne Begründungselemente kommt es dabei an —

„die besseren Gründe sprechen“, d.h. wenn ein Obsiegen in der Hauptsache wahrscheinlicher ist als ein Unterliegen. Das ist hier nicht der Fall.

Keinen ernstlichen Zweifeln begegnet die Auffassung des VG, das durch § 48 I VwVfG eröffnete Ermessen sei hier auf null reduziert gewesen, eventuelle Ermessensfehler daher rechtlich irrelevant. Die dagegen vorgebrachten Einwendungen rechtfertigen weder vom Ansatz noch von der Anwendung im Einzelfall her die Zulassung der Berufung nach § 124 II Nr. 1 VwGO.

A. Wahlrecht der Ausgangsbehörde zwischen Rücknahme und Abhilfe

Nach der Rechtsprechung des BVerwG hat die Ausgangsbehörde die Wahl, ob sie einem zulässigen und begründeten Nachbarwiderspruch gem. § 72 VwGO abhilft (und dann eine dem Widersprechenden günstige Kostengrundentscheidung zu treffen hat) oder den angegriffenen Bescheid wegen dieses Widerspruchs gem. § 48 VwVfG zurücknimmt (vgl. insbesondere BVerwGE 101, 64 m.w.N.).

I. Bestehen auch nach Abgabe an Widerspruchsbehörde

Diese Befugnis steht ihr auch dann zu, wenn die Ausgangsbehörde (zunächst) dem Widerspruch nicht abgeholfen und den Vorgang mit der Folge des Devolutiveffektes an die Widerspruchsbehörde abgegeben hat. Auch in diesem Fall steht ihr nicht lediglich die Möglichkeit der Rücknahme gem. § 48 VwVfG, sondern auch die Abhilfemöglichkeit nach § 72 VwGO zu Gebote (so zutreffend BVerwGE 82, 336). Die gegenteilige Meinung (so z.B. Knoke, Rechtsfrage der Rücknahmen von Verwaltungsakten, 1989, S. 298) überzeugt nicht. § 72 VwGO enthält keinen Hinweis darauf, dass die Abhilfebefugnis der Ausgangsbehörde mit der Abgabe an die Widerspruchsbehörde enden solle (so zutreffend Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, 10. Aufl. [2000], § 25 Rdnrn. 6 f.).

II. Auswahlkriterien

Dieses Wahlrecht darf im Interesse des Widerspruchsführers aber nur sachgerecht ausgeübt werden. Das schließt es nicht nur aus, die Wahl zwischen beiden gleichrangig eröffneten Möglichkeiten, einem erfolgreichen Nachbarwiderspruch zu entsprechen, allein nach den finanziellen Folgen zu treffen (s. nochmals BVerwGE 101, 64). Das schließt es vielmehr auch aus, dem Widerspruchsführer ohne tragfähigen Grund den Erfolg nur deshalb zu versagen, weil die Ausgangsbehörde § 48 VwVfG als Rechtsgrundlage für eine Entscheidung über den Nachbarwiderspruch

wählt und das durch seinen Absatz 1 eröffnete Ermessen zum Nachteil des Widerspruchsführers ausübt. Ein Ermessen ist dementsprechend gem. § 79 VwVfG i.V. mit § 72 VwGO nicht eröffnet, wenn der Nachbarwiderspruch zulässig und begründet ist und eine Auslegung des Bescheides der Ausgangsbehörde ergibt, dass diese durch Rücknahme ihres Bescheides einer stattgebenden Rechtsbehelfsentscheidung der Widerspruchsbehörde zuvorkommen und diese damit überflüssig machen wollte (vgl. BVerwG, NVwZ 2002, 730; OVG Münster, BRS 39 Nr. 157; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., § 50 Rdnr. 3; Knoke, S. 299 [300]).

B. Subsumtion

Ein solcher Fall ist hier gegeben. Nach dem vom VG im Tatbestand der angegriffenen Entscheidung zutreffend geschilderten Ablauf der Dinge hatte die Bezirksregierung [E.] den Vorgang ausdrücklich mit den Hinweisen zurückgegeben, sie halte die Widersprüche, soweit sich diese gegen die Unterschreitung des Mindestabstandes von 3m richteten, für begründet und wolle der Bekl. als nunmehriger Ausgangsbehörde — insbesondere durch Rückgabe aller Bauakten — Gelegenheit geben, ihrer Widerspruchsentscheidung zuvorzukommen und die Baugenehmigung zurückzunehmen.

Dasselbe gilt im Hinblick auf den Widerspruch gegen die Höhenfestsetzung. In der Verfügung vom 12.1.2001 der Bezirksregierung [E.] heißt es dazu, nach Prüfung des Widerspruchs müsse sie feststellen, dass dieser begründet sei. Die daraufhin erlassenen, hier angegriffenen Bescheide der Bekl. vom 22. und 26.2.2001 nehmen ausdrücklich Bezug auf die von den Beigel. eingelegten Widersprüche und bringen zum Ausdruck, die damit genehmigten Maßnahmen verletzten diese in ihren Nachbarrechten.

Anders konnten im Übrigen auch die Kl. diese Bescheide nicht auffassen. Denn sie folgten auf Anhörungsschreiben vom 28.7.2000 und vom 17.1.2001. Darin hatte die Bekl. nicht nur ausdrücklich auf die Widersprüche der Beigel. Bezug genommen, sondern auch angeführt, eine Überprüfung durch die Bezirksregierung [E.] habe ergeben, dass der Widerspruch des Beigel. zu 1 insgesamt und beider Beigel. zum Teil begründet seien. Letzteres solle in einem Gespräch erörtert werden. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt [...], dass es sich bei den angegriffenen Bescheiden der Sache nach um Abhilfebescheide i.S. des § 72 VwGO handelte und das Ermessen i.S. des § 48 I 1 VwVfG mit der Folge auf die eine, dem Widerspruch stattgebende Entscheidung geschrumpft war, dass sich Ermessensfehler nicht auswirken. [...]

Standort: Baurecht

Problem: Genehmigung im vereinfachten Verfahren

BAYVGH, BESCHLUSS VOM 06.06.2002
14 B 99.2545 (BAYVBL 2003, 342)

Problemdarstellung:

Der Kläger erhob (Dritt-)Anfechtungsklage gegen die dem Beigeladenen von der Beklagten im sogen. "vereinfachten" Genehmigungsverfahren erteilte Baugenehmigung. Die Bauordnungen der Länder sehen zur Beschleunigung von Bauvorhaben mittlerweile sämtlich ein solches Verfahren vor (hier: Art. 80 BayBO), in dem nur noch bestimmte Vorschriften - in aller Regel das Bauplanungsrecht und ausgewählte Vorschriften des Bauordnungsrechts, nicht jedoch - wie im "normalen" Genehmigungsverfahren - alle öffentlich-rechtlichen Vorschriften geprüft werden. In einigen Bundesländern hat das vereinfachte Genehmigungsverfahren bereits ausdrücklich das "normale" Genehmigungsverfahren als Regelfall abgelöst (so z.B. nach § 68 I 1 BauO NW); aber auch in den übrigen Bundesländern ist die Praxisrelevanz des vereinfachten Verfahrens enorm, da jeweils eine Vielzahl von Vorhaben darunter fallen.

Der Kläger stützte seine Anfechtungsklage nun auf die

Verletzung von Normen (hier: Bestimmungen zum Hochwasserschutz), die im vereinfachten Genehmigungsverfahren nicht zu prüfen waren. Der VGH stellt klar, dass eine im vereinfachten Genehmigungsverfahren erteilte Genehmigung hinsichtlich solcher Normen einerseits keine Legalisierungswirkung entfaltet, sie andererseits aber eben aus diesem Grunde auch nicht wegen angeblicher Verletzung derselben rechtswidrig sein kann. Richtige Klageart sei vielmehr eine Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten (Erlass einer Ordnungsverfügung).

Prüfungsrelevanz:

Im Bereich des Baunachbarrechts sind unter Berücksichtigung des vereinfachten Genehmigungsverfahrens folgende Fallgruppen zu unterscheiden:

1. Der Nachbar wendet sich gegen einen sogen. "Schwarzbau", d.h. ein ohne Genehmigung errichtetes Bauwerk. Da es hier keine anfechtbare Genehmigung gibt, kommt von vornherein nur eine Verpflichtungsklage auf Einschreiten gegen den Bauherrn (Nutzungsuntersagung, Abriss etc.) in Betracht.

2. Der Nachbar wendet sich gegen ein im "normalen"

Verfahren, d.h. unter Prüfung aller öffentlich-rechtlicher Vorschriften genehmigtes Bauvorhaben. Hier ist Anfechtungsklage zu erheben. Sind alle Vorschriften geprüft worden, erstreckt sich die Baugenehmigung auch auf alle, d.h. sie kann wegen eines Verstoßes gegen jede öffentlich-rechtliche Norm rechtswidrig sein.

3. Der Nachbar wendet sich gegen ein im vereinfachten Verfahren, d.h. unter Prüfung nur bestimmter öffentlich-rechtlicher Vorschriften genehmigtes Bauvorhaben. Hier ist zu unterscheiden, ob er seine Klage auf zu prüfende Normen (dann: Anfechtungsklage) oder nicht zu prüfende Normen (dann: Verpflichtungsklage) stützt. Natürlich kommt auch eine Klagehäufung in Betracht, wenn beides der Fall ist.

Selbstverständlich können im Anfechtungs- wie Verpflichtungsfall die Klagen nur Erfolg haben, wenn die gerügten Normen auch zugunsten des Klägers dritt-schützend sind, § 42 II VwGO. Die hier erörterte Problematik ist eine solche der Klageart, nicht der Klagebefugnis. Allerdings unterscheiden sich die prozessualen Wege durchaus: So kann ein Rechtsschutzinteresse an der Verpflichtungsklage nur bestehen, wenn der Kläger zuvor - als einfacheres, schnelleres Mittel - einen Antrag auf bauaufsichtliches Einschreiten gestellt hat, woran es häufig fehlt, wenn er nur - was für die Anfechtungsklage genügt - Widerspruch gegen die Baugenehmigung eingelegt hat. Sollte es tatsächlich an einem solchen Antrag fehlen, wird dies in der Zulässigkeit der Verpflichtungsklage in aller Regel nicht erst beim "allgemeinen Rechtsschutzinteresse", sondern schon im Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO auffallen, da ohne Antrag ein solcher auch nicht abgelehnt worden sein kann, es mithin auch an einem Widerspruch (bzw. gar Widerspruchsbescheid) gegen die Ablehnung fehlt, § 68 II VwGO.

Schließlich sei angemerkt, dass die Problematik in gleicher Weise für den im Baurecht besonders häufig anzutreffenden vorläufigen Rechtsschutz relevant ist: Anfechtungsklagen führen hier in aller Regel zum Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO, während im Verpflichtungsfall § 123 I VwGO einschlägig ist.

Vertiefungshinweise:

Rechtsschutz gegen Genehmigungen im vereinfachten Verfahren: *OVG Koblenz*, BauR 1992, 219; *Uechtritz*, NVwZ 1996, 640, 647

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der Bauer und die Garage"
- Examenskurs*: "Das Asylbewerberwohnheim"

Leitsätze:

Im vereinfachten Genehmigungsverfahren ist der Regelungsinhalt der Baugenehmigung auf das materielle Prüfprogramm des Art. 73 Abs. 1 BayBO 1998 (Art. 80 Abs. 1 BayBO 1994) beschränkt.

Beeinträchtigt das Vorhaben sonstige Belange, sind selbstständige Anordnungen zu erlassen, die ggf. mit der Baugenehmigung verbunden werden können.

Sachverhalt:

Der Kläger bekämpft die der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung zur Errichtung eines Ausstellungsgebäudes, da er eine Verschärfung der Hochwassergefahren für sein Wohngrundstück befürchtet.

Mit Bescheid vom 15.4.1997 erteilte das Landratsamt P. im vereinfachten Genehmigungsverfahren der Beigeladenen, die Türen und Fenster herstellt, die Baugenehmigung für die Errichtung eines ca. 12x12 m großen Ausstellungsgebäudes auf dem Grundstück Flur Nr. 1478/10 der Gemarkung A. Das Gebäude liegt südlich der Produktionshalle der Beigeladenen auf gleicher Höhe wie das Wohnhaus des Klägers. An der südlichen Grenze des Baugrundstücks und des klägerischen Grundstücks verläuft in westöstlicher Richtung der S.-Bach, der nicht hochwasserfreigelegt ist. Dieses Gewässer 3. Ordnung trat bei den extremen Hochwasserereignissen 1987 und 1991 über die Ufer und überflutete das Baugrundstück und das Grundstück des Klägers, der daraufhin eine Sockelmauer und einen dichten Bretterzaun entlang seiner westlichen Grundstücksgrenze errichtete, um sich vor weiteren Überschwemmungen zu schützen.

Auf Veranlassung des Wasserwirtschaftsamts P. verpflichtete das Landratsamt mit der Auflage Nr. 13 zur Baugenehmigung die Beigeladene, entsprechend den Eintragungen im Lageplan und in den Schnittzeichnungen das linke Bachufer entlang des Baugrundstücks zum Ausgleich des Verlustes an Retentionsraum abzugraben. Klage und Berufung des Klägers hatten keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Prüfungsgegenstand im Vereinfachten Genehmigungsverfahren

Im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach Art. 80 Abs. 1 BayBO 1994 sind Fragen des Hochwasserschutzes für das vorliegende Bauvorhaben nicht zu prüfen mit der Folge, dass diese Belange keinen Eingang in die Baugenehmigung finden und eine Rechtsverlet-

zung des Klägers insoweit ausscheidet (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Neben der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit und enumerativ aufgeführten Bereichen des Bauordnungsrechts sind nur noch die Erlaubnistatbestände außerhalb des Baurechts zu prüfen, für die das jeweilige Fachrecht der Baugenehmigung eine Konzentrationswirkung zuweist.

I. Rücksichtnahmegebot

Entgegen der Auffassung des Klägers sind Belange des Hochwasserschutzes im vorliegenden Fall nicht in das bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme einzubeziehen.

1. Keine Anwendbarkeit

Dieses Gebot ist kein dem Bauplanungsrecht vorgegebener allgemeiner Grundsatz, der die Genehmigungsbehörden verpflichtet, alle durch das konkrete Vorhaben betroffenen öffentlichen und privaten Belange bei der Erteilung der Baugenehmigung zu berücksichtigen. Vielmehr wird das Rücksichtnahmegebot aus bestimmten Tatbestandsmerkmalen der §§ 30 ff. BauGB und § 15 BauNVO abgeleitet, die im Einzelnen seinen Inhalt und Umfang bestimmen (vgl. BVerwG, NVwZ 1985, 37). Da das Vorhaben der Beigeladenen nach § 34 Abs. 1 BauGB zu beurteilen ist, muss es sich nach der Art und dem Maß der baulichen Nutzung, nach der Bauweise und hinsichtlich der zu überbauenden Grundstücksfläche in den von der näheren Umgebung bestimmten Rahmen einfügen. Belange des Hochwasserschutzes gehören — anders als nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 BauGB — nicht zu den vorgenannten Kriterien. Aus der in § 34 Abs. 1 Satz 2 BauGB enthaltenen Anforderung, gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse zu wahren, lassen sich ebenfalls keine Schutzansprüche zu Gunsten des Klägers ableiten, da die Vorschrift im öffentlichen Interesse die Entstehung städtebaulicher Missstände verhindern will.

2. Jedenfalls keine Verletzung

Ungeachtet der Schutzrichtung dieser Norm werden aber die Belange des Klägers durch die angegriffene Baugenehmigung nicht unzumutbar beeinträchtigt. Nach der Stellungnahme des Wasserwirtschaftsamts vom 30.5.2000, die die Bedenken des vom Kläger eingeschalteten Ingenieurbüros widerlegt und der der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten ist, schränkt das Bauvorhaben den Hochwasserabfluss am linken Bachufer nicht weiter ein, den der Kläger durch seine Schutzmaßnahmen gegen eindringendes Hochwasser bereits unterbrochen hat. Außerdem gleicht die auch bei geringerem Wasserstand wirksam werdende Ab-

grabung im Uferbereich den Verlust an Retentionsraum aus.

II. Keine Ersetzungswirkung

Da das Bauvorhaben der Beigeladenen auch nicht in einem amtlich festgesetzten Überschwemmungsgebiet liegt, in dem die Errichtung von Gebäuden nach Art. 61 Abs. 2 Satz 2 BayWG einer besonderen Erlaubnis bedarf, die nach Art. 61 Abs. 2 Satz 3 BayWG durch die Baugenehmigung ersetzt würde, finden die Belange des Hochwasserschutzes auch über Art. 80 Abs. 1 Nr. 4 BayBO 1994 keinen Eingang in das Baugenehmigungsverfahren. Die verbindlichen Beschränkungen im vereinfachten Genehmigungsverfahren verwehren es den Bauaufsichtsbehörden, Vorschriften außerhalb des materiellen Prüfprogramms zum Gegenstand des Regelungsinhalts der Baugenehmigung zu machen (vgl. BayVG vom 28.12.1988, Az.: 14 B 95.1255 und vom 13.4.2000, Az. 14 B 96.3072; Wolf, in: Simon, BayBO, Art. 73 RdNr. 40; Jäde, in: Jäde/Dirnberger/Weiß, Die neue BayBO, Art. 73 RdNr. 28).

B. Folgen für den Rechtsschutz

Die Beschränkung des Prüfprogramms im vereinfachten Genehmigungsverfahren führt allerdings nicht dazu, dass den zuständigen Behörden im Rahmen der Entscheidung über einen Bauantrag die Prüfung anderer Belange untersagt ist. Wird erkannt, dass das Vorhaben außerhalb des Prüfprogramms liegende Belange beeinträchtigt, so kann die zuständige Behörde durch entsprechende Anordnungen Vorkehrungen gegen die zu erwartenden Beeinträchtigungen treffen. Diese Anordnungen können auch mit der zu erteilenden Baugenehmigung in einem Bescheid verbunden werden, ohne aber den Regelungsgehalt der Baugenehmigung zu verändern. Daher ist im vorliegenden Fall die als Auflage zur Baugenehmigung bezeichnete Verpflichtung zur Abgrabung als selbstständig neben die Baugenehmigung tretende Anordnung nach Art. 68 Abs. 3 Satz 1 BayWG zu verstehen, für deren Erlass das Landratsamt nach Art. 68 Abs. 2 Satz 1 BayWG zuständig ist. Hält der Kläger diese Anordnung nicht für ausreichend, sein Grundstück vor den Gefahren des Hochwassers zu schützen, so kann er Rechtsschutz nur durch einen Antrag begehren, der darauf gerichtet ist, die Behörde zum Einschreiten gegen das Vorhaben selbst zu verpflichten (vgl. BVerwG, NVwZ 1998, 58). Da der Kläger trotz eines entsprechenden richterlichen Hinweises an seiner bisher erhobenen Anfechtungsklage festhält, ist die Berufung zurückzuweisen.

*Zivilrecht***Standort: Gesellschaftsrecht****Problem: Deliktische Haftung der GbR**

BGH, URTEIL VOM 24.02.2003
II ZR 385/99 (NJW 2003, 1445)

Problemdarstellung:

Mit dieser Revisionsentscheidung hat die BGH die Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts bezüglich der GbR voran getrieben, indem er zu der Frage der Haftung der GbR für das deliktische Handeln ihrer Gesellschafter Stellung genommen hat.

Im vorliegenden Fall hatten die Bekl. als Gesellschafter einer Grundstücksgesellschaft GbR zu Unrecht eine Bankbürgschaft aufs erste Anfordern in Anspruch genommen, als deren Folge die Rechtsvorgängerin der Kl. (Da-GmbH) als Hauptschuldnerin von der Bank im Regresswege in Anspruch genommen wurde. Wegen dieser ungerechtfertigten Inanspruchnahme soll nunmehr die Grundstücksgesellschaft u.a. aus §§ 812, 826 BGB in Anspruch genommen werden. Streitig war dabei die Frage, ob die GbR sich das Fehlverhalten ihrer Gesellschafter überhaupt zurechnen lassen muss und daher dafür haftbar gemacht werden kann.

Nach der bisherigen Rechtsprechung sollte eine solche Zurechnung analog § 31 BGB gegenüber einer GbR nicht erfolgen, weil die GbR - anders als z.B. die oHG oder die KG - zu wenig körperschaftlich organisiert sei, als dass man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre "Organe" bezeichnen kann. Diese Auffassung wird infolge der nunmehr anerkannten Partei- und Rechtsfähigkeit der Außen-GbR (BGHZ 146, 341) aufgegeben. Es gibt nunmehr keinen überzeugenden Grund eine solche entsprechende Anwendung von § 31 BGB auf die GbR zu verneinen. Die deliktisch Geschädigten sind vor allem schutzwürdiger, da sie sich - im Gegensatz zu den rechtsgeschäftlich begründeten Verbindlichkeiten - ihren Schuldner nicht aussuchen können. Außerdem sind die Übergänge zwischen einer GbR und einer oHG teilweise so fließend, dass eine genaue zeitliche Abgrenzung nicht vorgenommen werden kann. Die Gesellschafter einer GbR sind dabei auch nicht schutzwürdig, da sie in der Regel Einfluss auf die Auswahl und Tätigkeit der Organmitglieder haben.

Prüfungsrelevanz:

Zu den klassischen Examensthemen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrecht gehören die Stellvertretung / Geschäftsführungsbefugnis zugunsten der Gesellschaft, die Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft und die Haftung der Gesellschaft für das Fehlverhalten ihrer Organe (sog. Organhaftung). Als haftungsbegründende Zurechnungsnorm wird dafür die aus dem Vereinsrecht stammende Norm des § 31 BGB angewendet.

Die Vereinshaftung gem. § 31 BGB besteht für jeden Schaden, den der Vorstand oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verpflichtungen begangenen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung einem Dritten zufügt. Umstritten ist, ob diese Zurechnungsnorm voraussetzt, dass das Organ selbst auch zum Schadensersatz gegenüber dem Dritten verpflichtet sein muss (sog. "Schuldbeitrittstheorie") oder ob eine solche Eigenhaftung des Organs irrelevant ist (sog. "Organtheorie", wohl h.M.). Diese Zurechnungsnorm geht der allgemeinen Regelung über die Haftung für den Erfüllungsgehilfen gem. § 278 BGB und für Verrichtungsgehilfen gem. § 831 BGB vor; insbesondere besteht keine Möglichkeit zur Exkulpation.

Die Bedeutung dieser Vereinshaftung gem. § 31 BGB liegt insbesondere darin, dass ihre Grundsätze für alle juristischen Personen des Privatrechts (AG, GmbH, Genossenschaft) gelten, darüber hinaus nach ständiger Rechtsprechung auch für Personenhandelsgesellschaften (oHG, KG) sowie kraft gesetzlicher Verweisung in § 89 BGB für die Haftung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Aufgrund der vorgestellten Entscheidung des BGH ist die Zurechnungsnorm des § 31 BGB nunmehr auch analog auf die GbR anzuwenden, sodass eine weitere Harmonisierung im Gesellschaftsrecht Einzug gehalten hat.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Rechtsfähigkeit der GbR: *BGHZ* 146, 341; *Wiedemann*, *JZ* 2001, 655; *Wilhelm*, *LM H.* 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52; *Wertenbruch*, *WuB H.* 8/2001 II J. § 705 BGB 1.01; *Goette*, *DstR* 2001, 310; *Römermann*, *DB* 2001, 423; *Prütting*, *EwIR* § 50 ZPO 1/01, 341

Zu dieser Entscheidung: *Altmeyden*, NJW 2003, 1553

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der betrunkene Kranführer"

Leitsätze:

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts muss sich zu Schadensersatz verpflichtendes Handeln ihrer (geschäftsführenden) Gesellschafter entsprechend § 31 BGB zurechnen lassen.

2. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts haben grundsätzlich auch für gesetzlich begründete Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft persönlich und als Gesamtschuldner einzustehen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von den Bekl. aus abgetretenem Recht Rückzahlung eines Teilbetrags von 70000 DM einer von der D-Bank AG auf erstes Anfordern an die C-GmbH ausgezahlt und von dieser an die GbR M.-Straße 50 (im Folgenden: Gesellschaft oder Grundstücksgesellschaft) weitergeleiteten Bürgschaftssumme. Die Bekl. sind seit Juni 1991 Gesellschafter jener Gesellschaft, die Eigentümerin des Grundstücks M.-Straße 50 in B. war. Weitere Gesellschafterin und zugleich Geschäftsführerin der Gesellschaft war die Co-GmbH. Die von der Gesellschaft als Generalunternehmerin eingeschaltete C-GmbH, deren Geschäftsführer R auch die Geschäfte der Co-GmbH führte, erteilte der Zedentin der Kl., der Da-GmbH, im Juli 1991 den Auftrag für die Rohbauarbeiten eines Wohn- und Geschäftshauses, das auf dem Gesellschaftsgrundstück errichtet werden sollte. Die D-Bank AG übernahm die von der Da-GmbH der C-GmbH zu stellende Ausführungsbürgschaft auf erstes Anfordern über 719 340,47 DM. Nachdem die Da-GmbH den Rohbauvertrag wegen Baubehinderung im November 1991 gekündigt hatte, schlossen die C-GmbH, vertreten durch R, und die Grundstücksgesellschaft, vertreten durch die Co-GmbH, diese vertreten durch R, am 14. 1. 1992 eine Abtretungsvereinbarung, mit der die C-GmbH ihre Ansprüche gegen die D-Bank AG aus der Bürgschaft (neben etwaigen Schadensersatzansprüchen gegen die Da-GmbH) zur Sicherung eventueller Mehrkosten aus der erforderlichen neuen Auftragsvergabe an die Grundstücksgesellschaft abtrat. Letztere ermächtigte die C-GmbH, die Forderung aus der Bürgschaft einzuziehen. Auf Aufforderung der C-GmbH zahlte die D-Bank AG dieser im Juni 1992 die Bürgschaftssumme unter Vorbehalt der Rückforderung aus, belastete

die Da-GmbH mit dem entsprechenden Betrag und trat dieser den Rückzahlungsanspruch ab. Die C-GmbH veranlasste, dass die Bürgschaftssumme Anfang September 1992 der Grundstücksgesellschaft überwiesen wurde. Die Da-GmbH erwirkte gegen die C-GmbH ein 1995 rechtskräftig gewordenes Urteil auf Rückzahlung der Bürgschaftssumme, ohne daraus jedoch noch vollstrecken zu können. Die C-GmbH wurde im September 1995 im Handelsregister gelöscht, die Löschung der Co-GmbH erfolgte im November 1996. 1997 trat die Da-GmbH ihre Ansprüche aus unberechtigter Inanspruchnahme der Bürgschaft an die Kl. ab. Die Kl. ist der Ansicht, der Bürgschaftsfall sei nicht eingetreten. Ihre zunächst auf positive Vertragsverletzung und ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Klage blieb in erster Instanz ohne Erfolg. Ihre Berufung, mit der sie auch eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung der Da-GmbH durch die Grundstücksgesellschaft geltend gemacht hat, führte zur Verurteilung der Bekl. Mit ihrer Revision streben die Bekl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt, die Bekl. hafteten als Gesellschafter der Grundstücksgesellschaft, die für Schadensersatzansprüche der Kl. einzustehen habe bzw. der die Bürgschaftssumme unberechtigt zugeflossen sei, als Gesamtschuldner, und zwar sowohl aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 I BGB, jedenfalls i. V. mit § 822 BGB, als auch wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung nach § 826 BGB. Für die Auszahlung der Bürgschaftssumme an die C-GmbH habe ein Rechtsgrund nicht bestanden. Der C-GmbH hätten, wie im Rechtsstreit 15 0 844/92 des LG B. festgestellt worden sei, wegen der Nichtausführung der Rohbauarbeiten keine Ansprüche gegen die Da-GmbH zugestanden, jedenfalls seien solche Ansprüche im vorliegenden Verfahren nicht einmal vorgetragen worden. Auch Schadensersatzansprüche der Grundstücksgesellschaft gegen die C-GmbH seien weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Tatbestand der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung der Da-GmbH sei erfüllt, weil der Geschäftsführer der C-GmbH die Bürgschaftssumme eingezogen habe, obwohl der C-GmbH keine durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche erwachsen seien, und er das Geld zu einem Zeitpunkt an die Grundstücksgesellschaft weitergeleitet habe, in dem die C-GmbH bereits überschuldet und konkursreif gewesen sei.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das hält revisionsrechtlicher Prüfung im Ergebnis stand.

I. Kein Bereicherungsanspruch der Kl. gem. § 812 I BGB

Mit Recht rügt die Revision allerdings die Annahme eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs der Kl.

Ein Anspruch aus § 812 I BGB besteht nicht, weil es an einer Leistung der D-Bank AG an die Grundstücksgesellschaft fehlt. Die Bürgschaftssumme wurde an die C-GmbH gezahlt. Die Abtretung der Forderung an die Grundstücksgesellschaft verbunden mit der Ermächtigung der C-GmbH zu ihrer Einziehung konnte daran nichts ändern. Denn nach der Rechtsprechung des BGH hat die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung selbst einer auf Anweisung des Zedenten an den Zessionar erfolgten Leistung zwischen dem Schuldner und dem Zessionar stattzufinden, nicht zwischen dem Schuldner und dem Zessionar (BGHZ 105, 365 [369] = NJW 1989, 900; BGHZ 122, 46 [50] = NJW 1993, 1578). Etwas anderes gilt nur, wenn der Zessionar die Leistung an sich veranlasst oder maßgeblich durch sein Drängen initiiert hat (BGH, NJW 1989, 161 [162]; NJW 1997, 461 [464]), wofür es hier jedoch an Anhaltspunkten fehlt.

Auch ein Anspruch aus § 822 BGB kommt nicht in Betracht. Er setzt neben der Unentgeltlichkeit der Weiterleitung des Erlangten voraus, dass der Erstempfänger aus Rechtsgründen nicht haftet (BGH, NJW 1999, 1026 [1028]), was der Fall ist, wenn er sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, § 818 III BGB. Die Berufung auf § 818 III BGB war der C-GmbH jedoch verwehrt, weil sie der verschärften Haftung analog § 820 I 2 BGB unterlag. Denn die Leistung der D-Bank AG erfolgte unter Vorbehalt der Rückforderung, und ein Widerspruch der C-GmbH insoweit ist nicht ersichtlich (BGH, NJW 1989, 161 [162]).

II. Schadensersatzanspruch der Kl. gem. § 826 BGB

Das BerGer. hat jedoch rechtsfehlerfrei einen Anspruch der Kl. gegen die Grundstücksgesellschaft aus § 826 BGB bejaht.

1. Verwirklichung einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung

Die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung der Da-GmbH liegt in der Einforderung der Bürgschaftssumme durch die C-GmbH und der Weiterleitung an die Gesellschaft durch den Geschäftsführer R in seiner Doppelrolle als Geschäftsführer der C-GmbH und zu-

gleich der geschäftsführenden Gesellschafterin der Grundstücksgesellschaft.

Der Grundstücksgesellschaft stand ein entsprechender Zahlungsanspruch gegen die C-GmbH nicht zu; die C-GmbH besaß keine Forderung gegen die Da-GmbH, die sie zu Inanspruchnahme der Bürgschaft berechtigt hätte. Die Weiterleitung des Geldes an die Grundstücksgesellschaft erfolgt zu einem Zeitpunkt, als die C-GmbH überschuldet und konkursreif war. Letzteres hat das BerGer. auf Grund des Sachvortrags der Kl. und der dazu eingereichten Unterlagei rechtsfehlerfrei festgestellt; insoweit erhebt die Revision keine Bedenken. Entsprechendes gilt für die Feststellung des BerGer., ein Schadensersatzanspruch der Grundstücksgesellschaft gegen die C-GmbH sei nicht geltend gemacht worden.

Entgegen der Revision geht das BerGer. auch ohne Rechtsfehler davon aus, dass der Eintritt des Bürgschaftsfalls nicht schlüssig vorgetragen ist. Die Bkl. haben eine Aufstellung der Kosten, die die Da-GmbH für die Rohbauarbeiten veranschlagt hatte, und der nach Einschaltung einer neuen Generalübernehmerin und Beauftragung eines neuen Bauunternehmens tatsächlich entstandenen Kosten vorgelegt und behauptet, der die veranschlagten Kosten übersteigende Mehrbetrag von rund 892 000 DM sei der der Gesellschaft durch das Verhalten der Da-GmbH entstandene Schaden. Sie haben jedoch nicht im Einzelnen dargelegt, dass und weshalb die Kündigung des Bauvertrags durch die Da-GmbH unberechtigt und für die Entstehung der Mehrkosten ursächlich war.

Dass die Entgegennahme der Bürgschaftssumme durch die Gesellschaft unter diesen — dem für die Geschäftsführerin der Gesellschaft wie für die C-GmbH handelnden R bekannten — Umständen gegen die guten Sitten verstieß, kann keinem Zweifel unterliegen. Dabei handelte R vorsätzlich und in dem Bewusstsein, den Bürgschaftsbetrag damit zum Schaden der Da-GmbH deren Zugriff zu entziehen. Deshalb geht auch die Rüge der Revision fehl, bei den Feststellungen des BerGer., R habe das Geld an der C-GmbH vorbei auf die Grundstücksgesellschaft übergeleitet, um so den Zugriff der Gläubiger der C-GmbH darauf zu verhindern, handele es sich um unhaltbare, durch Parteivorbringen nicht gedeckte bloße Behauptungen des Gerichts.

2. Haftung der GbR für ihre deliktisch handelnden Gesellschafter gem. § 31 BGB analog

Die Geschäftsführerin der Grundstücksgesellschaft, die Co-GmbH, muss sich das deliktische Handeln ihres Geschäftsführers R nach § 31 BGB ebenso zurechnen lassen wie die Grundstücksgesellschaft in entsprechen-

der Anwendung dieser Bestimmung das Handeln ihrer geschäftsführenden Gesellschafterin. Verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne der Vorschrift kann auch eine juristische Person sein, wenn diese wie im vorliegenden Fall zur Geschäftsführung berechnigte Gesellschafterin einer GbR ist.

a. Frühere Auffassung zur Anwendbarkeit von § 31 BGB analog auf die GbR

Nach einer älteren Entscheidung des BGH soll allerdings die Vorschrift des § 31 BGB auf die GbR nicht anwendbar sein, weil sie, anders als die OHG oder die KG, zu wenig körperschaftlich organisiert sei, als dass man die für sie handelnden Gesellschafter als ihre „Organe“ bezeichnen könnte (BGHZ 45, 311 [312] = NJW 1966, 1807). Die darin zum Ausdruck kommende — inzwischen nahezu durchweg abgelehnte (Nachweise bei Karsten Schmidt, GesR, 4. Aufl., § 60 II 4, 5. 1782 f.) — Auffassung ist geprägt von der damals herrschenden Meinung, die der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine eigene Rechts- und Parteifähigkeit absprach und eine akzessorische persönliche Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht kannte. Damit schien der Weg versperrt, über § 31 BGB deliktisches Handeln eines Gesellschafters der Gesellschaft zuzurechnen und im Gefolge deren Gesellschafter akzessorisch für die Verbindlichkeit haften zu lassen.

b. Änderung der bisherigen Rechtsprechung

Diese Auffassung ist jedenfalls durch den inzwischen mit Zustimmung aller anderen Zivilsenate des BGH vollzogenen Wandel im Verständnis der Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Haftungsverfassung (Senat, BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = NZG 2001, 311) überholt. Danach besitzt die GbR Rechtsfähigkeit, soweit sie durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet; in diesem Rahmen ist sie im Zivilprozess aktiv und passiv parteifähig. Für die danach von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründeten Verbindlichkeiten in deren jeweiligen Bestand haften ihre Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner.

Es gibt keinen überzeugenden Grund, diese Haftung — anders als bei der OHG, bei der die Haftung der Gesellschaft auch für gesetzliche Verbindlichkeiten, insbesondere auch für ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten ihrer Gesellschafter, und die entsprechende Anwendbarkeit des § 31 BGB heute allgemein anerkannt sind — auf rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten zu beschränken (Gesmann-Nuissl, WM 2001, 973 [978]; Grunewald, GesR, 5. Aufl., Rdnr. 113; Habersack, BB 2001, 477 [481]; Hadding, ZGR 2001, 712 [725 f., 735 f.]; Karsten Schmidt, NJW 2001, 993 [998 f.]; Ulmer, ZIP 2001, 585 [597]; Wiedemann, JZ 2001, 661 [663]). Für die Ausdehnung auf gesetzliche Verbindlichkeiten spricht insbesondere der Gedanke des Gläubigerschutzes (Ulmer, ZIP 2001, 585 [597]): Anders als bei rechtsgeschäftlicher Haftungsbegründung können sich die Gläubiger einer gesetzlichen Verbindlichkeit ihren Schuldner nicht aussuchen; dann aber muss erst recht wie bei vertraglichen Verbindlichkeiten das Privatvermögen der Gesellschafter als Haftungsmasse zur Verfügung stehen.

Die ausnahmslose Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten ist zudem im Modell der akzessorischen Haftung angelegt; ohne sie bliebe die Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unvollkommen. Die Haftung für deliktisches Handeln eines Gesellschafters, soweit dieses nach § 31 BGB der Gesellschaft zugerechnet werden kann, ist den übrigen Gesellschaftern auch zumutbar, weil sie in aller Regel auf Auswahl und Tätigkeit der Organmitglieder entscheidenden Einfluss besitzen (Ulmer, ZIP 2001, 585 [597]).

Die Stimmigkeit dieses Verständnisses wird im Übrigen auch durch die Möglichkeit der identitätswahrenden Umwandlung der gewerblich tätigen GbR in eine OHG belegt. Denn eine solche GbR wird von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald ihr Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, §§ 105 I, 1 HGB. Da dieser Übergang sich oft gleitend vollzieht und die Erforderlichkeit kaufmännischer Einrichtungen nur durch eine wertende Beurteilung festzustellen ist, lässt sich der Zeitpunkt, ab dem es sich nicht mehr um eine GbR, sondern um eine OHG handelt, selten exakt bestimmen. Da sich zudem die Umwandlung auch in umgekehrter Richtung vollziehen kann, wäre es mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit für Gesellschafter wie Gläubiger unvereinbar, OHG und GbR, was die Geltung des § 31 BGB betrifft, unterschiedlich zu behandeln.

Standort: Verbraucherrecht Problem: Zurechnung der Haustürgeschäftssituation

BGH, URTEIL VOM 21.01.2003
XI ZR 125/02 (NJW 2003, 1390)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit einem Bankdarlehensvertrag, der auf Vermittlung einer Wirtschaftsberatungs-GmbH in der Privatwohnung der Bekl. zustande kam, auseinandersetzen, weil die Kl. auf die Einhaltung des Vertrags, also die Darlehensrückzahlung bestand und die Bekl. sich auf ihr Haustürwiderrufsrecht beriefen.

Der BGH stellt zunächst fest, dass aufgrund der EuGH-Entscheidung (NJW 2002, 189) die frühere Fassung der §§ 1, 5 HWiG, 3 VerbrKrG europarechtswidrig waren, und selbstverständlich auch bei Realcreditverträgen an der Haustür ein Widerrufsrecht besteht (Vgl. insoweit die einschlägigen BGH-Entscheidungen: NJW 2002, 1881 und NJW 2003, 199). Jedoch kann der BGH in diesem Fall nicht erkennen, dass die Vertragsabschlussituation in der Privatwohnung auch der darlehensgewährenden Bank als Unternehmerin zugerechnet werden kann. Bei der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Haustürsituation dem Erklärungsempfänger zuzurechnen ist, ist auf die zu § 123 BGB entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Nach § 123 I BGB ist das Verhalten des Verhandlungsführers dem Erklärungsempfänger zuzurechnen, wenn er dessen Angestellter, Mitarbeiter oder Beauftragter ist oder wenn er wegen seiner engen Beziehungen zu diesem als dessen Vertrauensperson erscheint. Ein solches Verhältnis konnte der BGH zwischen der Bank und der vermittelnden Wirtschaftsberatungs-GmbH nicht feststellen.

Im Rahmen der Zurückverweisung zur weiteren Verhandlung an das BerGer. gibt der BGH zudem zu bedenken, dass selbst bei wirksamem Widerruf sich trotzdem ein Rückzahlungsanspruch der klagenden Bank ergeben könnte. Zwar nicht wie gefordert aus dem Darlehensvertrag (§ 488 I 2 BGB n.F.), sondern aus dem Rückabwicklungsverhältnis des Widerrufs (§ 3 HWiG / §§ 357, 346 BGB n.F.). Die Antragsbindung gem. § 308 ZPO steht nicht entgegen, da die rechtliche Subsumtion des eingeklagten Zahlungsbegehrens nicht Sache der Partei, sondern des Gerichts ist.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbraucherschutzrecht gehört zu den examens-

relevanten Prüfungsgebieten, sodass fundierte Kenntnis auch hinsichtlich der einschlägigen Judikatur unerlässlich sind.

Das verbraucherrechtliche Widerrufsrecht gem. § 355 BGB wird gewährt, um dem Verbraucher die nachträgliche Möglichkeit zu geben, sich von einem ungewollten Vertrag lösen zu können. Dabei räumt das Gesetz nicht in jeder Verbraucher-Unternehmer-Situation ein solches Widerrufsrecht ein, sondern nur in solchen Fällen, wo eine entsprechende Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers vom Gesetzgeber anerkannt wird (vgl. §§ 312, 312 d, 485, 495, 499 ff. BGB). Die gesetzlich geregelten Widerrufsrechte betreffen entweder Fall-situation, wo der Vertragsgegenstand so komplex bzw. schwierig ist, dass man dem Verbraucher eine nachträgliche Überlegungszeit einräumen muss, oder wo die Vertragsabschlussituation den Verbraucher überfordert. Bei Haustürgeschäften gem. § 1 I HWiG a.F. / § 312 I BGB n.F. liegt die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers in der ihn überrumpelnden Vertragsituation begründet. Der unvorbereitete Verbraucher braucht nicht damit zu rechnen, dass z.B. in seiner Privatwohnung mit einem Vertragsangebot konfrontiert wird. Um voreilige Vertragsabschlüsse aufgrund solcher überrumpelnder Situationen wieder aufzulösen, gewährt das Gesetz in solchen Fällen ein grundsätzlich zeitlich befristetes Widerrufsrecht. Wichtig ist allerdings - wie dieser Fall zeigt - , dass die konkrete überrumpelnde Situation dem Vertragspartner des Verbrauchers auch angelastet bzw. zugerechnet werden kann. Der Unternehmer soll gerade durch das Widerrufsrecht des Verbrauchers benachteiligt werden, weil er ihn in diese überraschende Vertragsabschlussituation hinein gedrängt hat.

Außerdem ist dieses Urteil zur Examensvorbereitung lesenswert, weil es die prozessuale Antragsbindung gem. § 308 ZPO erläutert.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *Kulke*, EWiR § 5 HwiG 1/02, 387; *Derleder*, ZfIR 2003, 177

Kursprogramm:

Examenskurs: "Drum prüfe wer für Pappi bürgt"

Leitsätze:

1. Wann eine Haustürsituation i. S. des § 1 I HWiG der kreditgebenden Bank zuzurechnen ist,

bestimmt sich nach den zu § 123 BGB entwickelten Grundsätzen.

2. Stellt sich bei einem auf Zahlung gerichteten Rechtsstreit heraus, dass ein Widerrufsrecht des Darlehensnehmers i. S. des § 1 HWiG besteht, hat das Gericht die sich aus § 3 HWiG ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs auch ohne gesonderte Geltendmachung dieses Anspruchs zu prüfen. Eine Klage, mit der ein Zahlungsanspruch durchgesetzt werden soll, ist begründet, wenn ein Sachverhalt vorgetragen und festgestellt wird, der die begehrte Zahlung rechtfertigt. Es ist nicht nötig, dass der Kläger den rechtlichen Gesichtspunkt bezeichnet, auf den er seinen Klageantrag stützt.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt aus übergegangenem Recht der D-Bank AG von den Bekl. die Rückzahlung eines Darlehens. Zur Finanzierung des Kaufpreises einer Eigentumswohnung nahmen die Bekl. mit Vertrag vom 24./25. 9. 1992 bei der Rechtsvorgängerin der Kl. ein Darlehen über 215 000 DM auf, das durch eine Grundschuld in derselben Höhe abgesichert wurde. Eine Widerrufsbelehrung nach dem Haustürgeschäftswiderrufsgesetz (HWiG) wurde ihnen nicht erteilt. Nachdem sie ihre Darlehenszahlungen im Frühjahr 1998 eingestellt hatten, kündigte die Rechtsvorgängerin der Kl. den Darlehensvertrag. Die Kl. verlangt jetzt von den Bekl. Rückzahlung des noch offenen Restbetrags von 228 143,24 DM nebst Zinsen. Die Bekl. verweigern die Zahlung unter anderem mit der Begründung, sie hätten ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen gem. § 1 HWiG in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung wirksam widerrufen. Die Wohnung sei ihnen durch den Vertrieb M & V-Wirtschaftsberatung, der seinerseits für die P-GmbH tätig gewesen sei, vermittelt worden. Hierzu habe sie der für M & V handelnde V im Juni/Juli 1992 mindestens zweimal unaufgefordert zu Hause aufgesucht und zum Wohnungskauf sowie zur Darlehensaufnahme überredet.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das OLG hat sie abgewiesen (WM 2002, 694). Die zugelassene Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ein Widerrufsrecht der Bekl. bejaht. Bei dem streitbefangenen Darlehen handele es sich

um ein Haustürgeschäft i. S. des § 1 I Nr. 1 HWiG a. F. Da die Bekl. dieses wirksam widerrufen hätten, erttffalle der geltend gemachte Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 607 I BGB a. F. Einen Rückgewähranspruch aus § 3 HWiG a. F. habe die Kl. nicht geltend gemacht.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. Keine Subsidiarität des Haustürwiderrufsrecht nach § 5 II HWiG a.F.

Rechtsfehlerfrei ist allerdings die Auffassung des BerGer., ein Widerrufsrecht gem. § 1 I HWiG a. F. scheidet nicht bereits wegen der Subsidiaritätsklausel in § 5 II HWiG aus. (Es folgen Darlegungen zur — bindenden — EuGH-Rechtsprechung [NJW 2002, 281 = NZM 2002, 189 L] und zu den daraus abzuleitenden Auslegungsgrundsätzen wie in Senat, NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539, entschieden [wiederholt z. B. in Senat, NJW 2003, 199, unter II 2 = NZM 2003, 38]). Durch die Subsidiaritätsklausel des § 5 II HWiG werden die Widerrufsvorschriften des HWiG daher nur dann verdrängt, wenn auch das Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher ein Widerrufsrecht gewährt. Das ist hinsichtlich des zu beurteilenden Realkreditvertrags nach dem für die Revision maßgeblichen Sachverhalt gem. § 3 II Nr. 2 VerbrKrG nicht der Fall.

II. Keine der darlehensgewährenden Bank zuzurechnenden Haustürgeschäftssituation

Die Feststellung des BerGer., die Bekl. hätten ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen wirksam nach § 1 I HWiG a. F. widerrufen, hält rechtlicher Überprüfung hingegen in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

I. Vorliegen einer Haustürsituation i.S.d. § 1 I HWiG a.F. (= § 312 I BGB n.F.)

Ohne Erfolg beanstandet die Revision allerdings die Feststellung des BerGer., es habe eine Haustürsituation i. S. des § 1 I HWiG a. F. vorgelegen. Das BerGer. hat im unstreitigen Teil des Tatbestands festgestellt, der Vermittler V habe die Bekl. im Juni/Juli 1992 mindestens zweimal in ihrer Wohnung aufgesucht und sei am 13. 7. 1992 mit ihnen zur Abgabe eines notariellen Kaufangebots zum Notar gefahren. Diese Feststellung ist nach § 561 I 1 i. V. mit §§ 314, 523 ZPO a. F. für den Senat bindend. Der Versuch der Revision, sie unter Hinweis auf den Inhalt der im Berufungsurteil in Bezug genommenen Schriftsätze, in denen die Kl. diesen Sachvortrag der Bekl. bestritten hatte, in Frage zu

stellen, kann keinen Erfolg haben. Grundsätzlich ist bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der in Bezug genommenen Schriftsätze und dem im Tatbestand wiedergegebenen Parteivorbringen Letzteres maßgeblich (BGHZ 140, 335 [339] = NJW 1999, 1339; BGHZ 144, 370 [377f.] = NJW 2000, 3133 = NZM 2000, 975, jew. m.w. Nachw.). Einschlägige Feststellungen im Berufungsurteil begründen vollen Beweis für das mündliche Parteivorbringen und gegebenenfalls auch dafür, dass etwas in der mündlichen Verhandlung anders als in einem früheren Schriftsatz vorgetragen wurde (BGHZ 139, 36 [39] = NJW 1998, 2673 m.w. Nachw.).

2. Ursächlichkeit der Haustürgeschäftssituation für den Darlehensvertragsabschluss

Rechtlich nicht zu beanstanden sind auch die Ausführungen des BerGer., mit denen es die Ursächlichkeit der Haustürsituation für den späteren Vertragsschluss bejaht hat. Entgegen der Auffassung der Revision schließt der Umstand, dass zwischen der mündlichen Verhandlung in der Privatwohnung der Bekl. und deren späterer Vertragserklärung ein Zeitabstand von Wochen lag, die Annahme der Kausalität nicht aus. Ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der mündlichen Verhandlung gem. § 1 I HWiG a. F. und der Vertragserklärung wird vom Gesetz nicht gefordert. Bei zunehmendem zeitlichem Abstand wird zwar die Indizwirkung für die Kausalität entfallen. Der Nachweis gleichwohl bestehender Kausalität bleibt dem Kunden dennoch unbenommen (BGHZ 131, 385 [392] = NJW 1996, 926 m. w. Nachw.). Es genügt insoweit, dass der Darlehensnehmer durch einen Verstoß gegen § 1 HWiG a. F. in eine Lage gebracht worden ist, in der er in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt ist, den ihm später angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen (BGHZ 123, 380 [393] = NJW 1994, 262 m.w. Nachw.). Das ist eine Frage der Würdigung des Einzelfalls und vom BerGer. in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt worden.

3. Zurechnung dieser Haustürgeschäftssituation zu Lasten der Kl.

Entgegen der Auffassung des BerGer. steht damit allerdings noch nicht fest, dass die Bekl. ihre auf den Abschluss des Darlehensvertrags gerichteten Willenserklärungen wirksam nach § 1 I HWiG a. F. widerrufen haben. Die Feststellung, dass es sich bei dem Darlehensvertrag um ein Haustürgeschäft i. S. des § 1 I HWiG a. F. handelt, hat — wie die Revision zu Recht beanstandet — nicht ohne weiteres zur Folge, dass die Kl. sich das Zustandekommen des Vertrags in einer

Haustürsituation auch zurechnen lassen muss. Wie der Senat mit Urteil vom 12. 11. 2002 (NJW 2003, 424 = NZM 2003, 173 = WM 2003, 61 [63]) entschieden und im Einzelnen ausgeführt hat, ist bei der Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Haustürsituation dem Erklärungsempfänger zuzurechnen ist, auf die zu § 123 BGB entwickelten Grundsätze zurückzugreifen. Nichts spricht dafür, denjenigen, der in einer Haustürsituation überrumpelt und zur Abgabe einer Willenserklärung veranlasst worden ist, besser zu stellen als denjenigen, der dazu durch eine arglistige Täuschung bestimmt wurde.

Nach § 123 I BGB ist das Verhalten des Verhandlungsführers dem Erklärungsempfänger zuzurechnen, wenn er dessen Angestellter, Mitarbeiter oder Beauftragter ist oder wenn er wegen seiner engen Beziehungen zu diesem als dessen Vertrauensperson erscheint. (Vom Abdruck der wortgleichen Gründe wie in der vorzitierten Entscheidung wurde abgesehen.)

Da die Parteien zu den Kontakten zwischen der finanzierenden Bank und der P-GmbH bzw. dem Zeugen V streitig und unter Beweisantritt vorgetragen haben, bedarf es hier zunächst noch entsprechender Feststellungen des BerGer.

C. Urteilsaufhebung und Zurückverweisung

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben (§ 654 I ZPO a. F.) und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 565 I 1 ZPO a. F.). Dieses wird zunächst die erforderlichen Feststellungen zu der Frage zu treffen haben, ob der Kl. das Zustandekommen der Verträge in einer Haustürsituation zuzurechnen ist. Sollte danach ein Widerrufsrecht zu bejahen sein, wird das BerGer. die sich aus § 3 HWiG a. F. ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs zu prüfen haben. Entgegen der Auffassung des BerGer. bedarf es dazu — wie die Revision zu Recht beanstandet — keiner gesonderten Geltendmachung dieses Anspruchs, bei dem es sich um einen besonders ausgestalteten Bereicherungsanspruch handelt (Senat, NJW 2003, 422 = NZM 2003, 171 = WM 2002, 2501 [2503], für BGHZ vorgesehen; BGHZ 131, 82 [87f.] = NJW 1996, 57). Eine Klage, mit der ein Zahlungsanspruch durchgesetzt werden soll, ist vielmehr begründet, wenn ein Sachverhalt vorgetragen und festgestellt wird, der die begehrte Zahlung rechtfertigt. Nicht nötig ist es hingegen, dass der Kläger den rechtlichen Gesichtspunkt bezeichnet, auf den er seinen Klageantrag stützt. Die Subsumtion des Sachverhalts unter die in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände ist vielmehr Sache des Gerichts (BGHZ 135, 140 [149] = NJW 1997, 1857).

Bei der Prüfung der sich aus § 3 HWiG a. F. ergebenden Rechtsfolgen des Widerrufs wird das BerGer. zu berücksichtigen haben, dass § 9 VerbrKrG (i. d. bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung) gem. § 3 II Nr. 2 VerbrKrG auf Realkreditverträge im Sinne dieser Vorschrift nicht anwendbar ist sowie dass nach der ständigen langjährigen Rechtsprechung des BGH der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen sind (vgl. Senat, NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539 = WM 2002, 1181 [1185 f.] m. w. Nachw.). Die Kritik, die in die-

sem Punkt von einigen Autoren (es folgt das Zitat wie in Senat, NJW 2003, 422 = NZM 2003, 171; neu ist die weitere Angabe Knott, WM 2003, 49 [51 f.]) an dem Senatsurteil vom 9. 4. 2002 (NJW 2002, 1881 = NZM 2002, 539) geübt worden ist, gibt dem Senat, wie er bereits in seinen Urteilen vom 10. 9. 2002 (NJW 2003, 199 = NZM 2003, 38 = WM 2002, 2409 [2410]) und vom 12. 11. 2002 (NJW 2003, 424 = NZM 2003, 173 = WM 2003, 61 [64]) zum Ausdruck gebracht hat, keinen Grund, von der genannten Rechtsprechung abzuweichen. [...].

Standort: Vertragsrecht

Problem: Abgrenzung zwischen Miete und Leihe

BGH, URTEIL VOM 31.01.2003
VZR 333/01 (NJW 2003, 1317)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreitverfahren musste der BGH durch Vertragsauslegung eine Abgrenzung zwischen Leihe und Miete an einem Hausgrundstück vornehmen, wo eine ausdrückliche Mietzinsbestimmung fehlte.

Auf dem Hausgrundstück der Kl. wurde ein Anbau errichtet, den die Bekl. mit mindestens 115.000 DM mitfinanzierte und dann auch selbst bewohnte. Zwischen den Parteien bestand die Vereinbarung, dass die Bekl. ausziehen müsste, wenn die Kinder der Kl. den Anbau beziehen wollten; der von der Bekl. investierte Betrag sollte dann abzüglich des zwischenzeitlich abgewohnten Betrags an sie ausgezahlt werden.

Das BerGer. hat in diesem Fall ein Leihverhältnis i.S.d. §§ 598 ff. BGB angenommen; für eine entgeltliche Benutzung in Form eines Mietvertrages fehle es an der bestimmten Entgelthöhe. Die Vereinbarung, dass die Bekl. für das Nutzungsrecht die Finanzierung des Anbaus übernommen habe, reiche für eine entgeltliche Nutzung nicht aus.

Der BGH tritt dieser Rechtsauffassung entgegen. Es kann nicht im Hinblick darauf, dass es an der Vereinbarung über den zu entrichtenden Mietzins fehlt, davon ausgegangen werden, dass ein unentgeltliches Geschäft vorliege. Die für das Recht, den Anbau zu bewohnen, zu erbringende Gegenleistung (Baufinanzierung) ist, was für die Vereinbarung eines Mietzinses genügt, bestimmbar (allg.M.; statt aller Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 535 Rdnr. 74). Der bei Auszug der Bekl. nicht abgewohnte Teil der auf die Baukosten entrichteten Geldleistung ist allerdings weder beziffert noch in dem Sinne bestimmbar

gemacht, dass die Parteien ausdrücklich auf die übliche oder angemessene Miete abgestellt hätten. Die Vereinbarung des üblichen Mietzinses ergibt sich indessen bei sachgerechter Auslegung (§§ 133, 157 BGB) schlüssig aus dem Erklärten und dessen Hintergrund. Anlass zu einem erhöhten oder gegenüber dem Angemessenen herabgesetzten Entgelt bestand nicht. Folglich ist die offen gelassene Entgelthöhe durch ergänzende Vertragsauslegung oder Analogie zu den §§ 612 II, 632 II BGB zu schließen.

Prüfungsrelevanz:

Aufgrund der im Vertragsrecht vorherrschenden Privatautonomie tauchen bei der Auslegung und Abgrenzung von Vertragsverhältnissen und -inhalten die meisten Probleme auf, da sich schematische Lösungen zur Vertragsauslegung verbieten und vielmehr einzelfallbedingte Bewertungen vorzunehmen sind.

Im Juristischen Staatsexamen wird es auch dem Examenkandidat nicht erspart bleiben, ein Vertragsverhältnis nach seinem Inhalt auszulegen (§§ 133, 157 BGB). Dabei sind verschiedene Auslegungsmethoden zu beachten. Gem. § 133 BGB ist primär der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen (sog. "natürliche Auslegung"); dem steht als Gegenpol die "normative Auslegung" entgegen, wonach zum Verständnis des Inhalts einer Erklärung auf den jeweiligen objektiven Empfängerhorizont abzustellen ist, um den Rechtsverkehr zu schützen. Als weitere Auslegungsmethode gibt es die "erläuternde" Auslegung, die auf Ziel, Zweck und die Begleitumstände abstellt, um ein interessengerechtes Ergebnis zu finden. Sollte trotz aller Auslegungsbemühungen eine Lücke in der vertraglichen Einigung bestehen, so ist diese letztlich durch die hypothetische Auslegung des Parteiwillens zu schließen.

Auf die gesetzlichen Auslegungsregeln (z.B. §§ 269

ff. BGB) ist nur zuletzt als "ultima ratio" zurückzugreifen, da aufgrund der Privatautonomie der Wille der Vertragsparteien grundsätzlich vorgeht.

Vertiefungshinweise:

- Zur Abgrenzung von Mietvorauszahlung und Baukostenzuschuss: *OLG Düsseldorf*, NZM 2001, 1093; *OLG Düsseldorf*, MDR 1990, 447
- Zum Mieterdarlehen: *LG Berlin*, GE 2000, 892

Kursprogramm:

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

Leitsatz:

Ist der „nicht abgewohnte“ Teil eines zur Errichtung eines Wohngebäudes zur Verfügung gestellten Betrags dem Zahlenden beim Auszug zu erstatten, kommt zwischen ihm und dem Zahlungsempfänger ein Mietvertrag zu Stande; die Höhe des Mietzinses kann durch das Gericht in ergänzender Vertragsauslegung oder analog §§ 612 II, 632 II BGB bestimmt werden (im Anschluss an Senat, NJW 1997, 2671).

Sachverhalt:

Die Parteien sind Schwestern. Die Kl. ist Eigentümerin des Hausgrundstücks; im Jahre 1980 wurde ein Anbau errichtet, in dem die Bekl. seither wohnt. Die Bekl. stellte hierfür mindestens 115000 DM zur Verfügung. Für den Betrag hat sie ein Darlehen aufgenommen, das zu Lasten des Hausgrundstücks gesichert ist. Die Kl., die am 7. 12. 1995 unter hilfswieser Kündigung eines etwa bestehenden Nutzungsverhältnisses die Räumung des Anwesens verlangte, hat behauptet, beim Einzug in den Anbau sei der Bekl. zugesagt worden, sie könne jederzeit ausziehen, der investierte Betrag in Höhe des Kredits abzüglich des zwischenzeitlich abgewohnten Betrags werde ihr dann ausgezahlt. In jedem Falle habe die Nutzung durch die Bekl. enden sollen, wenn die Kinder der Kl. den Anbau beziehen wollten oder der investierte Betrag abgewohnt sei. Beides sei der Fall.

Das LG hat die auf Räumung und Herausgabe gerichtete Klage abgewiesen, das OLG hat ihr Zug um Zug gegen Zahlung von 253 500 DM stattgegeben. Hiergegen richtete sich die Revision der Kl., mit der sie den Zug-um-Zug-Vorbehalt bekämpft. Die Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der vordergerichtlichen Entscheidung soweit diese die Kl. beschwert, und zur Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, dem auf § 985 BGB gestützten Anspruch der Kl. stehe ein Recht der Bekl. zum Besitz nicht entgegen. Ein Mietvertrag sei zwischen den Parteien nicht zu Stande gekommen, denn (der Klagevortrag und) die Bekundung des verstorbenen Ehemanns der Kl. als Zeugen, die Bekl. habe als Gegenleistung für das Recht, den Anbau bewohnen zu dürfen, dessen Finanzierung übernommen, reiche nicht für eine entgeltliche Nutzung. Es fehle die Bestimmung der Höhe des Entgelts.

Die Bekundung des Ehemanns, die beim Auszug nicht abgewohnte Gegenleistung habe zurückerstattet werden sollen, sei zu allgemein. Sie könne auch dahin verstanden werden, die Bekl. solle beim Auszug dafür entschädigt werden, dass sie den Anbau finanziert habe. Es sei daher von einer Leihe auszugehen, die die Kl. wirksam wegen Eigenbedarfs (§ 605 Nr. 1 BGB) gekündigt habe. Der Bekl. stehe ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Herausgabe des Wertzuwachses zu, den das Grundstück durch den Anbau erfahren habe. Er belaufe sich nach dem eingeholten Gutachten unter Berücksichtigung eines vom Ehemann der Kl. erbrachten Beitrags von 4500 DM auf 253 000 DM.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Dies hält, soweit die Sache dem Senat angefallen ist, der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Mietverhältnis zwischen den Parteien

Das BerGer. verkennt, dass es sich bei dem zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Vertrag um ein Mietverhältnis gehandelt hat, und sieht deshalb zu Unrecht davon ab, den der Bekl. wegen der aufgewandten Mittel zustehenden Gegenanspruch um den Mietzins zu kürzen.

1. Entscheidungsbefugnis des BGH in der Revision zur rechtlichen Bewertung als Mietverhältnis

Der Umstand, dass der Revisionsinstanz lediglich die Entscheidung über das von der Bekl. hilfswiese (zum Antrag auf Klageabweisung wegen Bestehens eines Wohnrechts auf Lebenszeit) ausgeübte Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) angefallen (§ 559 I ZPO a. F. i. V. mit § 26 Nr. 7 EGZPO) und hinsichtlich der Räumung und Herausgabe zwischenzeitlich Rechtskraft eingetreten ist (§ 556 ZPO a. F.), hindert den Senat nicht daran, das Vertragsverhältnis der Parteien abweichend vom BerGer. zu beurteilen. Die Bewertung als Leihe gab dem BerGer. zwar Anlass, das Besitz-

recht der Bekl. als durch Kündigung beendet anzusehen (§ 986 BGB) und deshalb dem Herausgabe- (§ 985 BGB) und Räumungsanspruch (§ 1004 BGB, vom BerGer. nicht eigens erwähnt) stattzugeben. Die Rechtskraft erfasst indessen nur die zuerkannten Ansprüche, nicht dagegen die Leihe und deren wirksame Kündigung als vorgreifliches Rechtsverhältnis (§ 322 ZPO).

2. Feststellung eines Mietverhältnisses zwischen den Parteien

Nach dem Tatsachenvortrag der Kl. und der Aussage ihres verstorbenen Ehemanns als Zeugen, von denen revisionsrechtlich auszugehen ist, ist zwischen den Parteien ein Mietvertrag zu Stande gekommen. Die abweichende Würdigung des OLG ist fehlerhaft, weil sie die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mietverhältnisses verkennt. Entgegen der Auffassung des BerGer. kann nicht im Hinblick darauf, dass es an der Vereinbarung über den zu entrichtenden Mietzins (§ 535 II BGB) fehle, davon ausgegangen werden, dass ein unentgeltliches Geschäft, Leihe (§ 598 BGB), vorliege. Die nach der Bekundung des Zeugen für das Recht, den Anbau zu bewohnen, zu erbringende Gegenleistung ist, was für die Vereinbarung eines Mietzinses genügt, bestimmbar (allg.M.; statt aller Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 535 Rdnr. 74). Der bei Auszug der Bekl. nicht abgewohnte Teil der auf die Baukosten entrichteten Geldleistung ist allerdings weder beziffert noch in dem Sinne bestimmbar gemacht, dass die Parteien ausdrücklich auf die übliche oder angemessene Miete abgestellt hätten. Die Vereinbarung des üblichen Mietzinses ergibt sich indessen, wozu der Senat angesichts der abgeschlossenen Tatsachenfeststellungen in der Lage ist (BGHZ 65, 107 [112] = NJW 1976, 43), bei sachgerechter Auslegung (§§ 133, 157 BGB) schlüssig aus dem Erklärten und dessen Hintergrund. Anlass zu einem erhöhten oder gegenüber dem Angemessenen herabgesetzten Entgelt bestand nicht. Der Anbau und der Einzug der Bekl. erfolgten im beiderseitigen Interesse; die Bekl. hatte ein weiteres Grundstück zur Erweiterung des Gastbetriebs der Kl. freigemacht, an Stelle der nicht möglichen Parzellierung des Hausgrundstücks erlaubte die Kl. den Anbau mit den Mitteln der Bekl.

Eine Alimentation der einen oder anderen Seite aus verwandtschaftlichen Gründen lag außerhalb der Absichten der Parteien. Selbst wenn die Parteien indessen die Höhe des Entgelts offen gelassen hätten, würde dies nichts an der Vereinbarung der Entgeltlichkeit ändern. Sie kommt in dem von dem Zeugen bekundeten Gegenseitigkeitsverhältnis der Leistungen unwiderlegbar zum Ausdruck. Die Auffassung des BerGer.,

denkbar sei auch, dass die Bekl. mit dem vollen Wertzuwachs des Grundstücks zu entschädigen sei, ist mit der Abrede, (nur) der nicht abgewohnte Betrag sei zu erstatten, unvereinbar. Ist die Entgelthöhe offen gelassen, gleichwohl aber eine Bindung gewollt, so ist die Lücke entweder über eine ergänzende Vertragsauslegung oder über die analoge Anwendung der §§ 612 II, 632 II BGB zu schließen; dies führt zum angemessenen oder ortsüblichen Mietzins (Senat, NJW 1997, 2671; BGH, NJW 2002, 3016 [3018] = NZM 2002, 910).

Nach den hier gegebenen Umständen kommt eine Bestimmung der Zinshöhe nach billigem Ermessen einer Seite (§ 315 BGB) nicht in Betracht. Sie ist vielmehr unmittelbar durch das Gericht, das sich hierbei sachkundiger Hilfe bedienen kann, zu bestimmen.

II. Mietvorauszahlung oder -darlehen durch die Baufinanzierung

Das BerGer. verkennt weiter, dass die Kl. nach der Vereinbarung der Parteien nicht den durch den Anbau bedingten Wertzuwachs des Grundstücks herauszugeben, sondern den nicht abgewohnten Teil der von der Bekl. zur Verfügung gestellten Mittel zurückzuerstatten hat. Ob die Geldleistung der Bekl. als Mietvorauszahlung oder als Mieterdarlehen zu bewerten ist, kann im Ergebnis offen bleiben, denn in beiden Fällen ist sie nach § 547 I 1, II BGB verzinslich; ein „echtes“, mithin bezugslos zur Miete gegebenes Darlehen, für das die Vorschrift nicht gilt (BGH, LM § 557 a BGB Nr. 2), kommt hier nicht in Frage. Der gesetzliche Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts des Mieters (§ 570 BGB) ist, was zulässig war (Gather, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl., § 556 Rdnr. 96 m. w. Nachw.), abbedungen. Der Vorschrift liegt die Vorstellung zu Grunde, dass die durch das Zurückbehaltungsrecht gewährte Sicherheit außer Verhältnis zu den Ansprüchen des Mieters steht. Dies steht im Gegensatz zu den hier vorliegenden tatsächlichen Verhältnissen, der Errichtung des Baus (im Wesentlichen) aus Mitteln des Mieters, und dem darauf aufbauenden schlüssigen und interessegerechten Vertragswillen der Beteiligten.

III. Urteilsaufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Nach Zurückverweisung der Sache hat das BerGer. die erforderlichen Feststellungen zur Höhe der von der Bekl. zur Verfügung gestellten Mittel (diese gibt „mehr als 300 000 DM“ an) und zur angemessenen oder ortsüblichen Miete während der Dauer der Wohnnutzung der Bekl. zu treffen. Der vom BerGer. beigezogene Sachverständige hat, entsprechend seiner Aufgabe, die

Wertsteigerung festzustellen, den auf der Grundlage der gegenwärtigen Verhältnisse nachhaltig erzielbaren Mietzins (13 680 DM jährlich) ermittelt. Zur Bestimmung der Höhe des Gegenrechts der Bekl. ist aber die ab 1980 erzielbare Miete festzustellen. Auf die Wertsteigerung des Grundstücks könnte es nur dann ankommen, wenn, abweichend von den bisherigen Feststellungen des BerGer., davon auszugehen wäre, dass

die Bekl. den Anbau erstellt hätte und dieser ihr wirtschaftlich als Eigentum zuzurechnen wäre. Allerdings wäre, da die Bebauung mit Rechtsgrund erfolgte, nicht § 951 BGB anwendbar. Der Anspruch auf Erstattung des durch die Miete nicht „abgewohnten“ Wertzuwachses des Grundstücks erwüchse aus der Abrede der Parteien.

Standort: Minderjährigenschutz Problem: Minderjähriger als GbR-Gesellschafter

OLG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 22.08.2002
9 UF 397/02 (NJW 2003, 1401)

Problemdarstellung:

In diesem Beschwerdeverfahren musste das OLG Koblenz die Frage klären, ob die Veräußerung von Grundstücken durch eine GbR, an der minderjährige Personen beteiligt sind, einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1821 I Nr. 1 und 4 BGB bedürfen oder nicht.

Die minderjährigen Beschwerdeführer sind Mitglieder einer Familiengesellschaft, zu deren Vermögen im Wege vorweggenommener Erbfolge mehrere Grundstücke gehören. Der damalige Beitritt der minderjährigen Beschwerdeführer zur GbR war gem. § 1822 Nr. 3 BGB durch das zuständige Gericht genehmigt worden. Nunmehr verkaufte die GbR einige Grundstücke und erklärte gegenüber dem Notar die Auflassung zugunsten des Käufers. Das Grundbuchamt weigerte sich jedoch eine entsprechende Umschreibung zugunsten des Käufers vorzunehmen, ohne dass eine familiengerichtliche Genehmigung des Grundstücksgeschäfts gem. § 1821 I Nr. 1 und 4 BGB vorliegt. Dagegen wendeten sich die Beschwerdeführer mit der Begründung, dass eine solche Genehmigung nicht erforderlich sei.

Das OLG Koblenz hat sich bei dieser Frage vom Gesellschaftszweck leiten lassen, der laut Gesellschaftsvertrag ausschließlich auf eine rein verwaltende Tätigkeit und nicht auf eine Erwerbstätigkeit hin ausgerichtet ist. Nach allgemeiner Meinung ist bei Grundstücksveräußerungen bzw. -verfügungen einer OHG, KG oder gewerblich tätigen GbR, an der ein Minderjähriger beteiligt ist, ein gesonderter Genehmigungsvorbehalt gem. § 1821 BGB nicht gegeben, da ansonsten dem Gericht bei der Entscheidung kaufmännische Zweckmäßigkeitsfragen aufgebürdet werden. Bei einer GbR, die hingegen allein Eigenverwaltung angelegt ist, soll die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 1821 BGB selbst dann bestehen, wenn schon zuvor der Bei-

tritt des Minderjährigen zur Gesellschaft bereits gem. § 1822 BGB genehmigt worden war. Die nunmehr anerkannte Partei- und Rechtsfähigkeit einer GbR ändert zum Schutze des Minderjährigen an dieser Rechtsansicht nichts.

Prüfungsrelevanz:

Zu den wenigen klassischen Examenthematen aus dem Gebiet des Familienrechts gehört vor allem die Thematik der Verfügungsbeschränkung.

Im Ehe- bzw. Lebenspartnerschaftsrecht unterliegt beim gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft der über sein Eigentum bzw. Vermögen verfügende Ehegatte/Lebenspartner dem Zustimmungsvorbehalt des anderen Ehegatten/Lebenspartner (§§ 1365, 1369 BGB, 8 LPartG). Zum Schutze des vertretungsbedürftigen Kindes ordnet das Gesetz an, dass bei bestimmten risikoreichen Geschäften die Eltern oder der Vormund von einer Vertretung komplett ausgeschlossen sind oder werden (§§ 1629, 1795, 1796 BGB) oder sich zumindest eine entsprechende Genehmigung durch Familien- bzw. Vormundschaftsgericht als Kontrollinstanz holen müssen (§§ 1643, 1821, 1822 BGB).

Darüber hinaus erhält das Kind über § 1629 a BGB eine zusätzliche Absicherung (sog. Minderjährigenhaftung). Werden trotz der zuvor genannten Kontrollmechanismen zu Lasten des Kindes Schulden durch Eltern oder den Vormund begründet, so haftet das Kind bei Eintritt der Volljährigkeit nur mit dem zu diesem Zeitpunkt bestehenden Vermögen. Neu erworbenes Vermögen nach Eintritt der Volljährigkeit steht den Gläubigern daher nicht zur Befriedigung zur Verfügung.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *OLG Naumburg*, FPR 2002, 322; *OLG Köln*, NJW-RR 1998, 363

Kursprogramm:

Examenskurs: "Familiengeschichten"

Leitsätze:

- 1. Die Veräußerung von Grundstücken durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der minderjährige Personen beteiligt sind und deren Zweck nicht auf eine Erwerbstätigkeit, sondern auf rein verwaltende Tätigkeiten gerichtet ist, bedarf einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1821 I Nr. 1 und 4 BGB (Abgrenzung zur geänderten Rechtsprechung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, NJW 2001, 1056).**
- 2. Dies gilt auch dann, wenn der Beitritt der Minderjährigen zu der Gesellschaft bereits vormundschaftlich (seit Juli 1998: familiengerichtlich) genehmigt worden war.**

Sachverhalt:

Die minderjährigen Ast. zu 1 bis 4 sind Mitglieder der Familiengesellschaft R-GbR (im Folgenden: Gesellschaft). Diese Gesellschaft war 1976 von den Großeltern G und K der Ast. gegründet worden, um Teile ihres Vermögens im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf ihre Kinder und Kindeskinde zu übertragen. In einer dem Gesellschaftsvertrag vorangestellten Präambel äußerten die Gründer den Wunsch, das übertragene Vermögen solle möglichst zusammenbleiben und in angemessener Weise vermehrt werden. § 2 des Gesellschaftsvertrags in der (geänderten) Fassung vom 21. 4. 1997 lautet auszugsweise: „Zweck der Gesellschaft ist es, das ihr gehörende Vermögen im Interesse ihrer Mitglieder zu verwalten und die Nutzungen daraus zu ziehen. Hierzu gehört auch die Anlage von Liquiditätsüberschüssen in geeigneten Neuobjekten... Die Gesellschaft muss sich ... auf eine rein vermögensverwaltende Tätigkeit beschränken; eine gewerbliche Betätigung ist ihr untersagt. Gegenüber der Fruchtzüchtung soll daher die Umschichtung von Vermögenswerten nur im konkreten Einzelfall und ausnahmsweise stattfinden.“ Nach § 3 III des Vertrags ist die Haftung aller Gesellschafter auf ihr Gesellschaftsvermögen beschränkt, weshalb die Geschäftsführungsbevollmächtigten verpflichtet sind, diese Haftungsbeschränkung bei Vertragsabschlüssen zu vereinbaren. In § 7 erteilen die Gesellschafter G zur Vertretung und Geschäftsführung der Gesellschaft eine unwiderrufliche Vollmacht auf Lebenszeit (Geschäftsführungs-Bevollmächtigter). Weiter heißt es in Abs. 5: „Die Geschäftsführungs-Bevollmächtigten [...] vertreten die Gesellschafter Dritten gegenüber uneingeschränkt, jedoch mit der Maßgabe, dass die Haftung der Gesellschafter auf ihr Gesellschaftsvermögen beschränkt bleibt (§ 3 III).“ Der Beitritt der Ast. zu 1 bis 4 zu der Gesellschaft und die in dem vorzitierten Gesellschafts-

vertrag für diese abgegebenen Erklärungen wurden jeweils vormundschaftlich genehmigt. Mit notariellem Vertrag vom 26. 4. 2002 verkaufte die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführungsbevollmächtigten G, mehrere Grundstücke aus dem Gesellschaftsvermögen zu einem Kaufpreis von 2 Mio Euro und erklärte die Auflassung auf den Käufer. Im vorliegenden Verfahren begehren die Ast. zur Vorlage beim Grundbuchamt eine Bestätigung, dass der Vertrag zu seiner Wirksamkeit keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.

Das FamG hat dieses Begehren mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Gesellschaft keine Erwerbsgesellschaft sei und daher nicht der Kontrolle des § 1822 Nr. 3 BGB unterliege, weshalb der Kaufvertrag der Genehmigung gem. §§ 1643, 1821 I Nr. 1 BGB bedürfe. Mit ihrer Beschwerde machen die Ast. geltend, die erforderliche gerichtliche Kontrolle der Handlungen des Geschäftsführungsbevollmächtigten sei bereits bei der vormundschaftlichen Genehmigung des Beitritts zur Gesellschaft und der hierbei erteilten Geschäftsführungsvollmacht erfolgt. Außerdem verkenne das FamG die gesetzlichen Neuerungen der Minderjährigenhaftungsbeschränkung in §§ 1629 a II, 723, 723 I 3 bis 5 BGB und die geänderte Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft. Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:**A. Entscheidungsgrundsatz**

Das begehrte Negativattest kann nicht erteilt werden, weil die Veräußerung des Grundbesitzes dem Genehmigungserfordernis der §§ 1643, 1821 I Nr. 1 und 4 BGB unterliegt. Hiernach bedürfen Verfügungen minderjähriger Kinder über ein ihnen gehörendes Grundstück und die Eingehung einer Verpflichtung zu einer solchen Verfügung der Genehmigung des FamG. Dies gilt nicht nur dann, wenn das Grundstück im Alleineigentum des Kindes steht, sondern auch, wenn dieses nur Miteigentümer zur gesamten Hand ist (allg. Meinung; vgl. z. B. Staudinger/Engler, BGB, 13. Bearb. [1999], § 1821 Rdnr. 19 m. w. Nachw.), wie dies bei der hier vorliegenden Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Fall ist (§§ 718, 719 BGB).

B. Bisherige Fälle in der Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit einer familiengerichtlichen Entscheidung

Die Genehmigung ist nicht deshalb entbehrlich, weil der Beitritt der Ast. zur Gesellschaft sowie die Änderung des Gesellschaftsvertrags vom April 1997, somit auch die umfassende Vollmachtserteilung an den

Geschäftsführungsbevollmächtigten, jeweils vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurden. Allerdings wird nach allgemeiner Meinung bei Grundstücksverfügungen einer OHG oder KG an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, ein gesondertes Genehmigungserfordernis gem. § 1821 BGB verneint (so schon RGZ 54, 278; vgl. auch BGH, NJW 1971, 375; Wagenitz, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 1821 Rdnr. 9; Staudinger/Engler, § 1821 Rdnr. 15). Begründet wird dies zum Teil mit der vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle über den Abschluss von Gesellschaftsverträgen gem. § 1822 Nr. 3 BGB (Klüsener, Rpfleger 1981, 461 [464]), zum Teil mit dem Gedanken der Teilrechtsfähigkeit dieser Gebilde (RGZ 54, 278) oder mit der Erwägung, dass ansonsten dem VormG in weitem Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitfragen bei der Führung des Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet würde, was als praktisch untragbar empfunden wird (BGH, NJW 1971, 375). Mit gleichen Erwägungen wird das Erfordernis gesonderter familiengerichtlicher Genehmigung zu Grundstücksverfügungen einer gewerblich tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts verneint (OLG Schleswig, OLGReport 2002, 230; Staudinger/Engler, § 1821 Rdnr. 16; Wagenitz, in: MünchKomm, § 1821 Rdnr. 9; Brüggemann, FarnRZ 1990, 5). Dies gilt umso mehr, als der BGH in seinem Urteil vom 29. 1. 2001 (NJW 2001, 1056) in Abkehr von der früheren Rechtsprechung nunmehr auch der BGB-Außengesellschaft Teilrechtsfähigkeit ähnlich der OHG und KG zugesprochen hat.

C. Keine Vergleichbarkeit mit den vorliegenden Fall mangels Erwerbstätigkeit der GbR

Im vorliegenden Fall kommt jedoch eine Anwendung dieser Grundsätze nicht in Betracht. Der Zweck der Gesellschaft ist nicht auf eine Erwerbstätigkeit gerichtet, sondern auf rein verwaltende Tätigkeiten beschränkt, eine gewerbliche Betätigung ist sogar ausdrücklich untersagt (§ 2 II des Gesellschaftsvertrags). Außerdem ist im Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Umschichtung von Vermögenswerten gegenüber der Fruchtziehung nur im konkreten Einzelfall und ausnahmsweise stattfinden soll (im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vom 16. 12. 1976 hieß es noch deutlicher, dass das übertragene Vermögen möglichst zusammenbleiben solle und die Ausnutzung substanzieller Vermögenswerte durch Umschichtung nicht entscheidend in den Vordergrund treten dürfe). Hiermit wurde dem in der Präambel geäußerten Wunsch der Gründungsgesellschafter, das Vermögen solle möglichst zusammenbleiben, Rechnung getragen. Unter diesen Umständen umfasste die Prüfung bei der Genehmigung des Beitritts zur Gesellschaft und auch

der Neufassung des Gesellschaftsvertrags vom April 1997 gerade nicht die mögliche Veräußerung von Teilen des Gesellschaftsvermögens durch den Geschäftsführungsbevollmächtigten.

D. Verstoß des Geschäftsführungsbevollmächtigten gegen die Haftungsbegrenzungspflicht

Hinzu kommt, dass der Geschäftsführungsbevollmächtigte sich bei Abschluss des Vertrags vom 26. 4. 2002 möglicherweise über die in § 7 V des Gesellschaftsvertrags vereinbarte Einschränkung seiner Vertretungsmacht hinweggesetzt hat, weil er eine eventuelle (Sekundär-)Haftung der Gesellschafter aus dem Vertrag nicht ausdrücklich auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt hat. Eine solche Haftungsbeschränkung ist gegenüber außenstehenden Dritten nämlich nur wirksam, wenn sie diesen im Einzelfall bei Vertragsschluss offen gelegt wird (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 98; BayObLGZ 1997, 113 [119] = NJW-RR 1997, 1163). Die Verpflichtung, diese Haftungsbeschränkung zu vereinbaren, war Gegenstand der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung des Beitritts der minderjährigen Ast. zur Gesellschaft und auch der Änderung des Gesellschaftsvertrags im Jahr 1997. Wird durch das Rechtsgeschäft abweichend vom Gesellschaftsvertrag eine weitergehende persönliche Haftung der minderjährigen Gesellschafter begründet, ist ein solches Geschäft nicht mehr durch die Genehmigung des VormG gedeckt und auch aus diesem Grund eine separate Genehmigung erforderlich, da ansonsten der Schutzzweck der §§ 1821, 1822 BGB unterlaufen würde (vgl. OLG Hamm, OLG R 2001, 163).

E. Keine Bedenken zum Genehmigungserfordernis aufgrund der geänderten Rechtsprechung zur Teilrechtsfähigkeit der GbR

Diesem Ergebnis steht nicht die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entgegen. Das Urteil vom 29. 1. 2001 (NJW 2001, 1056) befasst sich mit einer bauwirtschaftlichen Arbeitsgemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ein solches Unternehmen ist gewerblich tätig, so dass die Beteiligung eines Minderjährigen hieran dem Genehmigungserfordernis des § 1822 Nr. 3 BGB unterfällt. Wäre aus der Teilrechtsfähigkeit zu folgern, dass Rechtsgeschäfte i. S. des § 1821 BGB bei Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts generell keiner gerichtlicher Genehmigung bedürfen, unterlägen solche Akte bei nicht erwerbstätigen Gesellschaften keinerlei gerichtlicher Kontrolle, weil auch der Beitritt zu einer solchen Ge-

sellschaft genehmigungsfrei ist (a. e. § 1822 Nr. 3 BGB). Dies ist mit dem Schutzgedanken der §§ 1821, 1822 BGB nicht zu vereinbaren.

F. Keine Bedenken zum Genehmigungserfordernis aufgrund der gesetzlichen Haftungsbeschränkung von Minderjährigen gem. § 1629 a BGB

Entgegen der in der Beschwerde geäußerten Ansicht ist auch aus der Fassung der §§ 1629a, 723 I 3 Nr. 2 und S. 4 BGB auf Grund des Gesetzes zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger nichts für den vorliegenden Fall herzuleiten. Diese Vorschriften befassen sich mit der Fortgeltung von Verpflichtungen und Rechtsverhältnissen, die während der Minderjährigkeit begründet wurden, nach Eintritt der Volljährigkeit, wäh-

rend hier die Wirksamkeit eines Vertrags gegenüber den Minderjährigen in Frage steht. Auch eine Parallele zur Erteilung der Prokura (§ 1822 Nr. 11 BGB), deren Genehmigung nach allgemeiner Meinung die gesonderte Genehmigung der vom Prokuristen vorgenommenen Rechtsgeschäfte i. S. des § 1821 BGB überflüssig macht (vgl. Staudinger/Engler, § 1821 Rdnr. 18) führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Prokura kann nur von dem Inhaber eines Handelsgeschäfts erteilt werden (§ 48 HGB); ihr ist die Vornahme von Verfügungen i. S. des § 1821 BGB immanent, wenn der Betrieb des Handelsgeschäfts diese mit sich bringt (§ 49 HGB), so dass die Genehmigung zur Erteilung der Prokura diese mit umfasst. Diese Voraussetzungen sind — wie oben dargestellt — hier gerade nicht gegeben.

Standort: ZPO Problem: Räumungsklage und künftige Nutzungsentschädigung

BGH, BESCHLUSS VOM 20.11.2002
VIII ZB 66/02 (NJW 2003, 1395)

Problemdarstellung:

Die beiden Parteien standen in einem Vermieter-Mieter-Verhältnis, das von der Kl. als Vermieterin wegen mehrmonatigen Zahlungsverzugs der Bekl. als Mieterin fristlos gekündigt wurde (§ 543 I, II Nr. 3 BGB). Im anschließenden Räumungsprozess klagte die Kl. dabei nicht nur die rückständige Miete, sondern im Voraus auch schon die künftig fällig werdende Nutzungsentschädigung (§ 546 a BGB) für die Zeit bis zum endgültigen Auszug. Nachdem der Rechtsstreit einvernehmlich von den Parteien für erledigt erklärt wurde, ging es nur noch um den Kostenbeschluss gem. § 91 a ZPO.

Die Vorinstanzen haben der Kl. die Kosten hinsichtlich des Klageantrags für die erst zukünftig entstehende Nutzungsentschädigung auferlegt, da sie von der Erfolglosigkeit eines solchen Antrags ausgingen, da die umstrittenen Voraussetzungen für eine solche Klage auf künftige Leistung (§ 546 a BGB) gem. §§ 257 ff. ZPO nicht vorliegen würden.

Der BGH tritt dieser Rechtsansicht entgegen. Nach § 257 ZPO ist eine Klage auf künftige Zahlung zulässig, wenn sie nicht von einer Gegenleistung abhängig ist. Diese Voraussetzung mag bei Miet- und Pachtzahlungen nicht vorliegen; hingegen ist bei einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage zur (wiederkehrenden) Nutzungsentschädigung ein Gegenseitigkeitsverhältnis zu verneinen, weil mit diesem Nutzungsentgelt nur die rein tatsächliche Nutzung, nicht aber eine im Gegenzug erbrachte Leistung damit abgegolten werden soll. Ob auch § 546 a BGB zu diesen gesetzlichen Ansprüchen

zählt, ist umstritten, wird vom BGH aber auch nicht beantwortet.

Vielmehr erkennt der BGH die Zulässigkeit der Klage auf zukünftige Leistung aus § 259 ZPO heraus, da zu besorgen war, dass die Bekl. sich der rechtzeitigen Leistung entziehen wird. Nach ständiger Rechtsprechung ist dies stets gegeben, wenn der Schuldner die Forderung des Gläubigers ernsthaft bestreitet. Nunmehr erkennt der BGH auch an, dass bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit eines Mieters die Klage auf künftige Leistung gem. § 259 ZPO rechtfertigt.

Prüfungsrelevanz:

Nicht nur für das Zweite Juristische Staatsexamen sind fundierte Kenntnis über die Verfahrensordnung der ZPO erforderlich; auch bereits im Ersten Juristischen Staatsexamen wird vom Prüfling erwartet, dass er die Grundsätze der Zivilprozessordnung beherrscht, vor allem wenn er Zivilrechtspflege als Wahlfachgruppe gewählt hat.

In einem zivilprozessualen Verfahren sind Klagen auf erst künftige Leistungen grundsätzlich unzulässig. Da der Gläubiger zur Zeit noch gar keinen durchsetzbaren Anspruch auf die Leistung hat, soll er nicht im Voraus bereits die Möglichkeit zur Titulierung erhalten. Vielmehr soll der Schuldner die Freiheit haben, bis zum Eintritt der Fälligkeit und Durchsetzbarkeit seiner Verpflichtung freiwillig und ohne staatlichen Druck nachzukommen.

Von diesem Grundsatz machen die §§ 257 ff. ZPO Ausnahmen, da sie als besondere Prozessvoraussetzungen Klagen auf künftige, d.h. noch nicht fällige Leistungen zulassen. Liegen diese besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen in der letzten Tatsachenverhand-

lung nicht vor, ist die Klage ohne Begründetheitsprüfung als unzulässig abzuweisen. Tritt bereits im laufenden Verfahren, selbst erst in der Revisionsinstanz, die Fälligkeit ein, so ergeht das Urteil ohne Rücksicht auf die §§ 257 ff. ZPO. Liegen zwar diese besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen vor und ergibt aber die Sachprüfung, dass es am eingeklagten Anspruch ansonsten - also nicht nur an der Fälligkeit - fehlt, ist die Klage unbegründet und wird abgewiesen.

Materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Anspruch, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung und vor Eintritt der Fälligkeit entstanden sind, muss der Beklagten dann im Wege der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO geltend machen.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Thematik: *LG Berlin*, NZM 1999, 71

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das Geschäftshaus"

Assessorkurs: "Das Geschäftslokal"

Leitsatz:

Wurde Wohnraum gekündigt, weil der zahlungsunfähige Mieter über mehrere Monate hinweg keinen Mietzins zahlte, und erhebt der Vermieter Räumungsklage, kann er zugleich die künftig fällig werdende Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe der Wohnung einklagen.

Sachverhalt:

Die Bekl. bewohnte ab Oktober 1975 auf Grund eines Mietvertrags mit der Kl. Räume in deren Haus. Da die Bekl. seit Juli 2000 keine Mietzahlungen mehr leistete, kündigte die Kl. das Mietverhältnis mit Schreiben vom 7. 12. 2000 fristlos. Auf entsprechende Klage vom Januar 2001 hat das AG Schöneberg die Bekl. am 6. 7. 2001 im Wege des Versäumnisurteils zur Zahlung von rückständiger Miete von 20298,73 DM nebst Zinsen und zur Räumung der Wohnung verurteilt. Soweit die Kl. beantragt hatte, die Bekl. für die Zeit ab August 2001 bis zur Herausgabe der Wohnung zu monatlicher Nutzungsentschädigung von 1128,12 DM nebst Zinsen zu verurteilen, hat das AG die Klage durch Schlussurteil vom 7. 8. 2001 abgewiesen. Die Kl. hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Nach Räumung der Wohnung durch die Bekl. am 1. 3. 2002 und Zahlung geforderter Nutzungsentschädigung für Januar 2002 haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit übereinstimmend für erledigt erklärt. Hinsichtlich der

begehrten Nutzungsentschädigung für die Monate August 2001 bis Dezember 2001 und für Februar 2002 hat die Bekl. den Zahlungsantrag anerkannt.

Daraufhin hat das LG am 30. 4. 2002 antragsgemäß ein Teilerkenntnis- und Schlussurteil erlassen (LG Berlin, GE 2002, 1064). Soweit der Rechtsstreit von den Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt worden war, hat das LG der Kl. nach § 91 a ZPO die Kosten auferlegt. Es hat bezüglich der Kostenentscheidung nach übereinstimmenden Erledigungserklärungen der Parteien die Rechtsbeschwerde zugelassen. Das Rechtsmittel hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat in seiner Entscheidung nach § 91 a I ZPO die Kosten der Kl. auferlegt, weil es die Klage insoweit für unzulässig gehalten und gemeint hat, deshalb wäre die Kl. ohne Erledigungserklärungen in diesem Umfang mit ihren Klageanträgen unterlegen. Hierzu hat das BerGer. im Wesentlichen ausgeführt:

Die Klage auf künftige Leistung der Nutzungsentschädigung sei nicht nach §§ 257 ff. ZPO zulässig gewesen. Anders wäre dies nur, wenn die Kl. aus den Erklärungen oder dem Verhalten der Bekl. hätte schließen dürfen, dass diese nicht leisten wolle. Einen solchen Erklärungswert könne man der bloßen Nichtleistung jedoch nicht beimessen. Die Bekl. habe die Forderungen der Kl. gerade nicht bestritten. Im erstinstanzlichen Verfahren sei sie säumig geblieben. Ihr Verhalten und ihre Erklärungen im Berufungsverfahren ließen lediglich Schlüsse auf ihre Leistungsunfähigkeit, nicht aber auf mangelnden Leistungswillen zu. Nach verbreiteter Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum sei eine voraussichtliche Zahlungsunfähigkeit nicht ausreichend, um die Besorgnis zu begründen, die andere Partei werde sich i. S. des § 259 ZPO der Leistung entziehen. Aus § 258 ZPO lasse sich die Zulässigkeit des Antrags der Kl. gleichfalls nicht herleiten, weil die Forderung auf Nutzungsentschädigung in einem Gegenseitigkeitsverhältnis zu weiterhin gegebenen Verpflichtungen des Vermieters stehe.

B. Entscheidung des BGH in der Rechtsbeschwerde

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Zulässigkeit einer Klage auf künftige Nutzungsentschädigung gem. §§ 257, 258 ZPO

Nach §§ 257, 258 ZPO ist eine Klage auf künftige, nach Erlass des Urteils fällig werdende wiederkehrende Leistungen dann zulässig, wenn ihre Geltendma-

chung nicht von einer Gegenleistung abhängig ist. Diese Voraussetzungen sind bei einer Klage auf Miet- oder Pachtzahlung nicht gegeben, weil der Anspruch auf Miet- oder Pachtzins mit einer Gegenleistung verknüpft ist. Hingegen ist bei einer auf eine gesetzliche Anspruchsgrundlage (Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, ungerechtfertigte Bereicherung) gestützten Klage auf wiederkehrende Nutzungsentschädigung ein Gegenseitigkeitsverhältnis zu verneinen, weil mit dem Nutzungsentgelt die rein tatsächliche Nutzung, nicht eine entsprechende Leistung des zur Entschädigung Berechtigten abgegolten werden soll (BGH, NVwZ 1997, 99 = ZMR 1996, 546 = MDR 1996, 1232) diese künftigen Forderungen auf Wege einer Klage nach §§ 257, 258 ZPO geltend gemacht werden.

Ob diese Grundsätze auch auf den Entschädigungsanspruch nach § 557 BGB a. F. zu übertragen sind, ist umstritten. In dem Anspruch aus § 557 BGB a. F. ist ein vertraglicher Anspruch eigener Art zu sehen, der an die Stelle des Mietzinsanspruchs tritt (BGHZ 104, 285 [290] = NJW 1988, 2665; Scheuer, in: Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., V A Rdnr. 97) und seine Ursache gleichfalls in der Gewährung einer Leistung findet (BGH, NJW-RR 1998, 803 = NZM 1998, 192 = WM 1998, 609 [unter II 1 b aa]; Gather, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl., § 557 Rdnr. 3). Unter diesen Umständen spricht einiges dafür, dass die Vorschrift des § 258 ZPO auf diesen Anspruch keine Anwendung finden kann (Musielak/Foerste, ZPO, 3. Aufl., § 258 Rdnr. 2; vgl. auch Henssler, NJW 1989, 138 [140]; a. A. Lüke, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 258 Rdnr. 9), zumal dem Vermieter, wie das BerGer. zutreffend ausführt, darüber hinaus weiterhin eine Vielzahl von Verpflichtungen auferlegt wird.

II. Zulässigkeit einer Klage auf künftige Nutzungsentschädigung gem. § 259 ZPO

Eine Entscheidung dieser Frage kann aber letztlich dahingestellt bleiben. Die Zulässigkeit der Klage auf die ab August 2001 bis zur Herausgabe der Wohnung zu entrichtenden monatlichen Beträge von 1128,12 DM ergibt sich jedenfalls aus § 259 ZPO. Nach § 259 ZPO kann Klage auf künftige Leistung erhoben werden, wenn die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass sich der Schuldner der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein „Sich-Entziehen“ i. S. des § 259 ZPO stets anzunehmen, wenn der Schuldner die Forderung des Gläubigers ernstlich bestreitet (BGHZ 43, 28 [311] = NJW 1965, 440; BGH, NVwZ 1997, 99 = ZMR 1996, 546 = MDR 1996, 1232; NJW 1999, 954 = ZMR 1999, 533 [unter II 2]). Umstritten ist, ob künftig fällig werdende

Nutzungsentschädigungen nach dieser Vorschrift auch dann eingeklagt werden können, wenn der Mieter nach beendetem Mietverhältnis eine Nutzungsentschädigung voraussichtlich wegen Zahlungsunfähigkeit nicht zahlen wird. Nach einer Ansicht ist § 259 ZPO nicht anwendbar, weil die zu erwartende Nichtleistung infolge Zahlungsunfähigkeit einem Sich-Entziehen nicht gleichstehen soll (OLG Koblenz, FamRZ 1980, 583 [585]; für die Besorgnis künftiger Zahlungsunfähigkeit: Lüke, in: MünchKomm-ZPO, § 259 Rdnr. 13; Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., § 259 Rdnr. 3). Nach anderer Ansicht ist § 259 ZPO auch in Fällen voraussichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Mieters anwendbar (OLG Dresden, NZM 1999, 173; Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbl. Miet-, Pacht- u. LeasingsR, 8. Aufl., Rdnr. 1124; Fischer, in: BubFreier, VIII Rdnr. 34; Musielak/Foerste, § 259 Rdnr. 5; Henssler, NJW 1989, 138 [140f.]).

Jedenfalls bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit des Mieters hält der Senat die Anwendung des § 259 ZPO für gerechtfertigt. Dafür spricht zunächst das Schutzbedürfnis des Gläubigers, dem durch die Vorschrift des § 259 ZPO Rechnung getragen werden soll. Bei Sachverhalten wie dem vorliegenden wird durch den über einen längeren Zeitraum bestehenden, auf Zahlungsunfähigkeit beruhenden Mietrückstand des Mieters die Vermutung begründet, er werde auch die nach Beendigung des Mietvertrags fällig werdenden Raten der Nutzungsentschädigung nicht bezahlen (Henssler, NJW 1989, 138 [141]). Auch der der Vorschrift des § 259 ZPO zu Grunde liegende Zweck lässt eine Anwendung geboten erscheinen. Die §§ 257 bis 259 ZPO sind in das Gesetz eingefügt worden, um einem praktischen Bedürfnis nachzukommen; sie sollen die Effektivität des Rechtsschutzes fördern. Die Zulassung der Klage nach § 259 ZPO entspricht zudem dem Bedürfnis nach einer wirtschaftlichen Prozessführung, weil die Ansprüche auf rückständige Miete sowie auf die zukünftige Nutzungsentschädigung aus demselben Sachverhalt hergeleitet werden und in einem besonders engen Zusammenhang stehen (vgl. BGH, NVwZ 1997, 99 = ZMR 1996, 546 = MDR 1996, 1232). Bei Nichtanwendung des § 259 ZPO wird es in Fällen wie dem vorliegenden regelmäßig zu Folgeprozessen kommen. Wenn mit der Räumungsklage bzw. der Klage auf Mietrückstände die Klage auf künftig fällig werdende Nutzungsentschädigung verbunden werden kann, liegt dies auch im Interesse des ehemaligen Mieters, der nicht mit einer Mehrzahl von Prozessen überzogen wird, die in ihrer Summe höhere, auf ihn entfallende Kosten verursachen als ein einmal angestrebtes Verfahren.

Mit seiner Entscheidung weicht der erkennende Senat

nicht von der oben aufgeführten Rechtsprechung der anderen Zivilsenate ab. Zwar wird in den genannten Entscheidungen ein „Sich-Entziehen“ i. S. des § 259 ZPO bejaht, wenn der Schuldner die Forderung des Gläubigers ernstlich bestreitet. Dass sich die Heranzie-

hung des § 259 ZPO auf die Fälle des Bestreitens beschränken soll (vgl. Gesetzesbegr. in: Hahn/ Mugdan, Die gesamten Mat. zu den Reichs-Justizgesetzen — VIII, S. 100), ist diesen Entscheidungen aber nicht zu entnehmen.

Standort: Werkvertrag

Problem: Mängelbeseitigungsangebot nach Fristablauf

BGH, URTEIL VOM 27.02.2003
VII ZR 338/01 (NJW 2003, 1526)

Problemdarstellung:

Die Bekl. errichtete auf Grund eines Generalübernehmervertrages eine Wohnungseigentumsanlage mit insgesamt elf Eigentumswohnungen. Die Kl. - die Projektgesellschaft, der Bauträger und die Eigentumswohnungserwerber - verlangen nunmehr Vorschuss, Minderung und Schadensersatz wegen Werkmängel. Zu diesem Zweck wurde ein selbstständiges Beweisverfahren auch durchgeführt. Der Prozessvertreter übermittelte nach Abschluss des Beweisverfahrens der Bekl. das Gutachten und forderte sie unter Fristsetzung auf, die in dem Gutachten festgestellten und die Bekl. betreffenden Mängel zu beseitigen. Die Bekl. ließ diese Frist ungenutzt verstreichen, worauf die Kl. ihren Prozessvertreter mit der Geltendmachung von Vorschuss, Minderung und Schadensersatz im November 1998 beauftragten. Anfang 1999 begann die Bekl. mit der eingeforderten Mängelbeseitigung, wurde aber vom Prozessvertreter der Kl. unter Ablehnung jeglicher weiterer Nachbesserung der Baustelle verwiesen.

Die Vorinstanzen haben die Klage auf Vorschuss, Minderung und Schadensersatz wegen Werkmängel abgelehnt, da keine hinreichende substantiierte Mängelbeseitigungsaufforderung erfolgt war. Der BGH tritt dieser Rechtsauffassung entgegen, indem er die Rüge der Mangelercheinungen für ausreichend hält, da es nicht Pflicht des Bestellers sei, die Mängelursachen und die entsprechende Verantwortlichkeit der einzelnen am Bau beteiligten Unternehmen zu klären. Auch der Umstand der Ablehnung jeglicher weiterer Nachbesserung durch die Kl. nach Fristablauf berührt die Gewährleistungsrechte nicht. Nach Ablauf der gesetzten Nachbesserungsfrist ist der Besteller nicht verpflichtet, die vom Unternehmer nachträglich angebotene Nachbesserung anzunehmen. Vielmehr hat der Besteller nunmehr die Wahlmöglichkeit zwischen den verschiedenen ihm zustehenden Gewährleistungsrechten. Diese Wahlmöglichkeit des Bestellers würde unterlaufen werden, wenn der Unternehmer gegen den Willen des Bestellers noch nachträglich die Mängel-

nachbesserung aufzwingen könnte.

Prüfungsrelevanz:

Zwar ist diese Entscheidung des BGH zum alten Werkvertragsrecht des BGB in der Fassung bis zum 31.12.2001 ergangen, trotzdem ist diese Entscheidung für die Examensvorbereitung von prüfungsrelevanter Bedeutung, da sie problemlos auf das neue Schuldrecht übertragen werden kann.

Sowohl im reformierten Werkvertragsrecht (§ 634 Nr. 4 BGB) als auch im reformierten Kaufrecht (§ 437 Nr. 3 BGB) kann Schadensersatz statt der Leistung bei Schlechtlieferung gem. §§ 280 I, III, 281 I BGB erst verlangt werden, wenn man als Käufer / Besteller zuvor dem Verkäufer / Unternehmer eine erfolglose, aber angemessene Frist zur Nacherfüllung (§§ 439, 635 BGB) gesetzt hat; erst wenn der Käufer / Besteller nach fruchtlosem Fristablauf den Schadensersatz statt der Leistung begehrt, verliert er damit seinen Nacherfüllungsanspruch, § 281 IV BGB. Gem. § 281 II 1. Alt. BGB ist allerdings eine solche Fristsetzung entbehrlich, wenn der die Nacherfüllung schuldende Verkäufer / Unternehmer dieselbe ernsthaft und endgültig verweigert. Diese von der Rechtsprechung schon früher entwickelte Ausnahme zum Fristsetzungserfordernis (§ 242 BGB) hat der Gesetzgeber im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung in Gesetzesform gegossen (vgl. dazu auch §§ 286 II Nr. 3, 323 II Nr. 1 BGB). Da sich damit inhaltlich an der Rechtslage nichts geändert hat, kann man diese Entscheidung des BGH auch auf das reformierte Schuldrecht übertragen.

Ist die gem. § 281 I BGB gesetzte angemessene Frist zur Nacherfüllung fruchtlos abgelaufen, so muss der Käufer / Besteller ein nachträgliches Angebot des Verkäufers / Unternehmers zur Mängelbeseitigung nicht mehr annehmen; vielmehr ist er frei in der Entscheidung, ob er sich eine - wenn auch verspätete - Nacherfüllung durch den Verkäufer / Unternehmer gefallen lässt oder ob er sogleich Schadensersatz statt der Leistung verlangt.

Vertiefungshinweis:

☐ Zum Schadensersatz statt der Leistung ohne Fristsetzung: BGH, NJW 2003, 580 = RA 2003, 164

Zur Pflicht des Architekten zur genehmigungsfähigen Bauplanung: *BGH*, NJW 2003, 287 = RA 2003, 90

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

Examenskurs: "Die neue Kanzlei"

Leitsatz:

Nach dem fruchtlosen Ablauf der dem Auftragnehmer zur Nachbesserung oder Nacherfüllung gesetzten Frist ist Auftraggeber nicht verpflichtet, das Angebot des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung anzunehmen.

Sachverhalt:

Die Kl., der Bauträger und die Erwerber, verlangen aus eigenem und abgetretenem Recht von dem Generalübernehmer, der die Wohnanlage für den Bauträger errichtet hat, Vorschuss, Minderung und Schadensersatz. Die Bekl. errichtete Grund eines Generalübernehmervertrags mit der Projektgesellschaft A mbH, der Kl. zu 1 a, eine Wohnungseigentumsanlage mit elf Eigentumswohnungen. Nach dem Vertrag war die Bekl. zur schlüsselfertigen Errichtung der Anlage verpflichtet. Die VOB/B war vereinbart. Die für die Bauausführung erforderliche Genehmigungs- und Ausführungsplanung, die ein Planungsbüro im Auftrag der Kl. zu 1a erstellte, waren Gegenstand des Vertrags. Die Kl. zu 1 a trat in den Erwerbverträgen ihre Gewährleistungsansprüche gegen die Bekl. an die Erwerber ab. Im Jahre 1997 leiteten die Kl. zu 2 und 8 und 1e ein selbstständiges Beweisverfahren gegen die Kl. zu 1 a als Veräußerer der Eigentumswohnungen ein und erklärten der Bekl. den Streit. Anschließend übermittelte Rechtsanwalt F als Vertreter der Kl. der Bekl. am 11. 9. 1998 das im Beweisverfahren erstellte Gutachten und forderte die Bekl. unter Fristsetzung bis zum 15. 11. 1998 die in diesem Gutachten festgestellten und die Bekl. betreffenden Mängel zu beseitigen. Die Bekl. beanstandete die Mängelrüge pauschal und erbat eine angemessene Prüfungsfrist. Rechtsanwalt F verlängerte daraufhin im Namen der Kl. die Frist zur Nachbesserung bis zum 30. 11. 1998. Die Frist ließ die Bekl. verstreichen, ohne Mängelnachbesserungsarbeiten durchzuführen. Am 13. 11. 1998 fassten die Wohnungseigentumsgemeinschaft, Kl. zu 1 a bis d, die übrigen Erwerber, die noch nicht als Eigentümer eingetragen waren, auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens folgenden Beschluss: „Die Eigentümerversammlung bevollmächtigt die Verwalterin, einen Rechtsstreit gegen die Projektgesellschaft A und die

Firma F zur Durchsetzung der Mängelbeseitigung/zur Erlangung Aufwendungen für die Mängelbeseitigung (Kostenvorschuss) zu führen. Eingeschlossen sind — soweit vorhanden — weitergehende Schadensersatzansprüche. Die Verwalterin wird weiterhin ermächtigt Rechtsanwalt F mit der Führung des Rechtsstreits zu beauftragen.“ Als die Bekl. Anfang 1999 damit begann, die Balkonbeläge nachzubessern, verwies Rechtsanwalt F die Bekl. von der Baustelle und verbot ihr jede weitere Nachbesserung. Mit ihrer Klage verlangte Kl. Kostenvorschuss in Höhe von 400 000 DM, Minderung wegen der mangelhaften Trittschalldämmung in Höhe von insgesamt 90000 DM sowie Ersatz der Kosten für zwei Sachverständigen Gutachten. Das LG hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kl. keinen Erfolg. Mit ihrer Revision erstreben die Kl. die Verurteilung der Bekl. Der Senat hat die Revision insoweit angenommen, als die Klage hinsichtlich des Kostenvorschusses in Höhe von 400 000 DM und der an den Sachverständigen S gezahlten Vergütung in Höhe von 9 944,10 DM keinen Erfolg hatte. Die Revision hatte im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führte insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Anzuwendendes Recht

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

B. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Ablehnung des Kostenvorschusses

Das BerGer. hat den Anspruch der Kl. auf Kostenvorschuss mit folgenden Erwägungen verneint: Der Anspruch sei nicht begründet, weil die Kl. die Bekl. nicht gem. § 13 Nr. 5 VOB/B unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung gefordert hätten. Die Mängelbeseitigungsaufforderung der Kl. enthalte keine hinreichende Bezeichnung der Mängelercheinungen und der Mängel, deren Beseitigung von der Bekl. verlangt werde. Das Gutachten des Sachverständigen U, auf das sich die Kl. bezogen hätten, enthalte Mängel, die auf der Bauausführung beruhen würden, andere Mängel, die auf Planungsmängel zurückzuführen seien, und eine Kategorie von Mängeln, die der Sachverständige nicht habe zuordnen können. Folglich hätten die Kl. gegenüber der Bekl. nicht ausreichend klargestellt, welche Mängel die Bekl. habe beseitigen sollen. Die Bekl. habe mehrfach darauf hingewiesen, dass sie nicht erkennen könne, welche Mängel sie beseitigen solle. Es sei der Bekl. nicht zumutbar, dass sie die

Auswahl treffe. Sie sei nicht verpflichtet, eine derartige Entscheidung zu ihren Lasten zu treffen, die von den Kl. sicherer hätte getroffen werden können und müssen.

C. Entscheidung des BGH zum Kostenvorschuss in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

I. Ausreichende Mängelbezeichnung vorhanden

Die Bezeichnung der Mängel in dem Aufforderungsschreiben zur Mängelbeseitigung war ausreichend.

Der Auftraggeber genügt den Anforderungen an die Bezeichnung des Mangels, wenn er die Mangelerscheinungen rügt. Er ist nicht verpflichtet, die Mangelursachen und die Verantwortlichkeit der am Bau beteiligten Unternehmen für die Mängel vorprozessual zu klären (st. Rspr.: vgl. BGHZ 150, 226).

Diesen Anforderungen genügt die Bezeichnung der Mängel in dem Aufforderungsschreiben vom 11. 9. 1998. Aus dem Schreiben und dem als Anlage übersandten Gutachten war für die Bekl. erkennbar, dass die Kl. die Bekl. für alle im Gutachten genannten Mängel verantwortlich hielten und dass die Aufforderung zur Mängelbeseitigung alle Mängel umfasste.

2. Recht zur Verweigerung der verfristeten Nachbesserung

Der Umstand, dass die Kl. der Bekl. nach Ablauf der ihr zur Nachbesserung gesetzten Frist die Nachbesserung untersagt haben, berührt die den Kl. nach Ablauf der Frist zustehenden Gewährleistungsansprüche nicht. Nach Ablauf der dem Auftragnehmer gem. § 13 Nr. 5 II VOB/B gesetzten Frist ist der Auftragnehmer gehindert, ohne Zustimmung des Auftraggebers nachzubessern. Nach Ablauf der Frist ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die vom Auftragnehmer angebotene Nachbesserung anzunehmen. Die dem Auftraggeber nach dem fruchtlosen Ablauf der Nachbesserungsfrist zustehenden unterschiedlichen Gewährleistungsansprüche berechtigen ihn, zu entscheiden, welche Ansprüche er gegen den Auftragnehmer geltend machen will. Mit dem berechtigten Interesse des Auftraggebers, diese Entscheidung über die Art der Vertragsabwicklung zu treffen, ist es unvereinbar, dass der Auftragnehmer gegen dessen Willen die Mängel nachbessert. Der Auftragnehmer wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Die Situation nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist beruht darauf, dass der Auftragnehmer zweifach gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat.

Er hat die geschuldete Leistung vertragswidrig ausgeführt und auf die Aufforderung zur Mängelbeseitigung die geschuldete Mängelbeseitigung nicht durchgeführt.

Dieser Grundsatz gilt auch für den BGB-Vertrag nach dem fruchtlosen Ablauf einer für die Nachbesserung ohne Ablehnungsandrohung gesetzten Frist (§ 633 III BGB a.F.) und für den BGB-Vertrag nach fruchtlosem Ablauf einer dem Auftragnehmer zur Nacherfüllung gesetzten Frist (§ 636 i.V.m. § 323 I BGB; § 637 BGB n.F.).

Aus der Entscheidung des BGHZ 142, 278 kann nichts anderes entnommen werden. Der BGH hat entschieden, dass das Abwicklungsverhältnis aus § 634 BGB a. F. nicht automatisch, sondern erst mit der Wahl des Bestellers eintritt, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert. In diesem Zusammenhang hat er zwar erwähnt, dass das Nachbesserungsrecht des Unternehmers bis zu dieser Wahl nicht erlischt (BGHZ 142, 278).

Damit hat er aber nicht zum Ausdruck gebracht, dass der Auftraggeber im Verzug des Auftragnehmers gem. § 633 I BGB a. F. verpflichtet ist, dessen Angebot zur Mängelbeseitigung anzunehmen.

D. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Erstattung der Kosten für den Sachverständigen

Das BerGer. hat einen Anspruch der Kl. auf Erstattung der an den Sachverständigen S gezahlten Vergütung in Höhe von 9044,10 DM mit folgenden Erwägungen verneint:

Die Kosten in Höhe von 9044,10 DM seien nicht durch eine mangelhafte Leistung der Bekl. verursacht, weil die Kl. den Sachverständigen S beauftragt hätten, bevor die Bekl. in Verzug mit der Nachbesserung geraten sei. Es habe an einer ausreichenden Aufforderung zur Mängelbeseitigung gefehlt.

E. Entscheidung des BGH zur Erstattungsfähigkeit der Gutachterkosten in der Revision

Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand: Der Verzug des Auftragnehmers mit der Nachbesserung ist nicht Voraussetzung des Anspruchs auf Erstattung der an den Sachverständigen gezahlten Vergütung. Die Kosten für ein Privatgutachten über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel sind Mangelfolgeschäden. Dieser Schadensersatzanspruch entsteht neben dem Nachbesserungsanspruch, so dass eine Fristsetzung gem. § 13 Nr. 5 II VOB/B keine Anspruchsvoraussetzung ist (BGH, NJW 2002, 141).

*Strafrecht***Standort: § 250 StGB****Problem: Schreckschusspistole als Waffe**

BGH, BESCHLUSS VOM 04.02.2003
GSST 2/02 (NJW 2003, 1677)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte eine Bank überfallen und dabei mehrere Angestellte, allerdings aus größerer Entfernung und während diese sich teilweise hinter einer Trennscheibe befanden, mit einer geladenen Schreckschusspistole bedroht und sich den Kassenbestand aushändigen lassen. Das LG hatte insb. eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB angenommen. Der 2. Strafsenat, der beabsichtigte, die Revision des Angeklagten gegen dieses Urteil zu verwerfen, sah sich hieran durch die Rechtsprechung anderer Senate gehindert und legte deshalb dem Großen Senat für Strafsachen gem. § 132 II GVG die Frage zur Entscheidung vor, ob § 250 II Nr. 1 StGB auch in einem Fall wie dem vorliegenden anwendbar sei (vgl. NSTZ 2002, 594 = RA 2002, 417). Dies hat der Große Senat für Strafsachen - wie aus dem Leitsatz ersichtlich - bejaht.

Prüfungsrelevanz:

Die vorliegende Entscheidung besitzt erhebliche Prüfungsrelevanz, da sie ein besonders examensrelevantes Problem, nämlich die Frage der Anwendbarkeit von § 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1 StGB - zumindest in einem Teilbereich - für die Rechtsprechung verbindlich klärt.

Durch das 6. StrRG waren in einige Tatbestände (insb. §§ 244 I Nr. 1 a, 250 I Nr. 1 a, 250 II Nr. 1 StGB) die Begriffe "Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug" eingefügt worden. Während insb. der Begriff des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen von § 224 I Nr. 2 StGB einhellig verstanden wird als Gegenstand, der nach objektiver Beschaffenheit und Art der Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (vgl. BGH, NSTZ 1999, 616; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5 mwN), stößt eine Übertragung dieser Definition insb. auf § 250 I Nr. 1 a StGB auf Bedenken, da hier (anders als bei § 224 I Nr. 2 StGB) eine konkrete Verwendung gar nicht verlangt wird. Bisher hatte der BGH eine Qualifikation gem. § 250 II Nr. 1 StGB bei Verwendung einer Schreckschusspistole nur angenommen, wenn die Pis-

tole in einer Weise angewandt wurde, bei der durch die Explosion der Knallpatrone erhebliche Verletzungen des Opfers entstehen konnten, also insb. bei unmittelbarer Nähe zu empfindlichen Körperpartien des Opfers (vgl. BGH, RA 2002, 677). Der Große Senat für Strafsachen erweitert diese Rechtsprechung nunmehr insofern, als dass jedes Drohen mit einer Schreckschusspistole den Tatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB erfüllt, ungeachtet der räumlichen Verhältnisse zwischen Täter und Opfer.

Weiterhin betont der Große Senat für Strafsachen, dass es sich bei einer geladenen Schreckschusspistole nicht nur um ein gefährliches Werkzeug, sondern sogar um eine Waffe handelt. Interessant ist insofern, dass der Große Senat für Strafsachen klarstellt, dass der Waffenbegriff des StGB nicht nur Waffen im Sinne des WaffG erfasst (so aber z.B. Tröndle/Fischer, § 250 Nr. 3 a), sondern einen eigenen Inhalt hat, dem der Waffenbegriff des WaffG zwar als Orientierung dient, der mit diesem aber nicht vollständig identisch ist.

Mit der vorliegenden BGH-Entscheidung sind die Probleme der Auslegung der Begriffe "Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug" aber noch nicht endgültig gelöst. Insbesondere steht noch eine Entscheidung des BGH über eine Vorlage des OLG Braunschweig zu der Frage aus, wann vom Vorliegen eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 244 I Nr. 1 a StGB ausgegangen werden kann (vgl. NJW 2002, 1735 = RA 2002, 349).

Vertiefungshinweise:

Zum Tatmittel i.S.v. § 250 I Nr. 1 a, II Nr. 1 StGB (insb. bei Schreckschusspistolen): BGH, NSTZ 1998, 511; 1999, 102; 2002, 31; NSTZ-RR 1999, 173; 2001, 136; RA 2002, 677; Boettcher/Sander, NSTZ 1999, 292; Geppert, Jura 1999, 599; Streng, GA 2001, 359

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Bankräuber"
 Assessorkurs: "Die Taxifahrt"

Leitsatz:

Wer bei einer Raubtat das Opfer mit einer gela-

denen Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt, bedroht, verwendet eine Waffe und erfüllt damit den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Sachverhalt:

Der Angeklagte betrat mit einer geladenen Schreckschusspistole eine Bankfiliale, lud die Pistole durch und forderte von den beiden anwesenden Bankmitarbeiterinnen mit den Worten "Geld her, das ist ein Überfall, sofort Geld her, sonst schieße ich" die Herausgabe von Bargeld. Eine der Mitarbeiterinnen befand sich in der gesicherten Kassenbox, die zweite zunächst im Schalterraum; sie flüchtete später ebenfalls in den Kassenraum. Im angrenzenden Besprechungsraum führte der Filialleiter ein Kundengespräch. Der Angeklagte drohte, als ihm nicht sogleich Bargeld ausgehändigt wurde, mehrfach damit, "alle zu erschießen"; hierbei deutete er auf die Tür des Besprechungsraums. Die Mitarbeiterinnen, die die Drohung ernst nahmen, übergaben ihm daraufhin einen Bargeldbetrag in Höhe von 34.840 DM, mit welchem der Angeklagte flüchtete. Da sich nicht feststellen ließ, ob die von dem Angeklagten verwendete Pistole mit Gas- oder Schreckschussmunition geladen war, ist das Landgericht zu seinen Gunsten davon ausgegangen, dass nur Schreckschussmunition verwendet wurde.

Aus den Gründen:

A. Prozessgeschichte

I. Urteil des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt und eine Maßregel verhängt. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung unter Verwendung einer Waffe gemäß §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verurteilt. Zwar hat es die Bedrohung einer Person mit der Schreckschusspistole aus kürzester Entfernung durch den Angeklagten nicht festgestellt. Gleichwohl hat es gemeint, der Angeklagte habe "mit der geladenen Schreckschusspistole auch eine Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwendet, da er gedroht hat, mit dieser Waffe andere zu erschießen." Die Strafe hat das Landgericht dem nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen entnommen; das Vorliegen eines minder schweren Falles im Sinne des § 250 Abs. 3 StGB hat es verneint.

II. Auffassung des 2. Senats des BGH

Gegen die Verurteilung wendet sich der Angeklagte

mit seiner Revision.

Der für die Entscheidung über das Rechtsmittel zuständige 2. Strafsenat will die Revision des Angeklagten verwerfen. Nach seiner Auffassung ist eine zur Bedrohung des Tatopfers eingesetzte geladene Schreckschusspistole zwar keine Waffe, sie sei aber als gefährliches Werkzeug im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzusehen, wenn "sie vom Täter innerhalb kürzester Zeit ohne weitere Zwischenschritte unmittelbar am Körper der bedrohten Person zum Einsatz gebracht" werden bzw. "sich die objektive Gefährlichkeit des Werkzeugs im unmittelbaren Fortgang des konkreten Tatgeschehens in kürzester Zeit realisieren" könne. Seine entgegenstehende eigene Rechtsprechung (etwa NStZ 2002, 31, 33), wonach es sich bei einer bei einem Raub oder einer räuberischen Erpressung zur Bedrohung verwendeten geladenen Schreckschusspistole nicht um ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB handele, wenn der drohende Einsatz nicht unmittelbar am Körper des Tatopfers erfolge, will der Senat aufgeben.

III. Auffassungen der anderen BGH-Senate

Auf Anfrage des 2. Strafsenats, der sich an der beabsichtigten Entscheidung durch die Rechtsprechung anderer Senate (vgl. Nachw. bei Sander NStZ 2002, 596) gehindert sieht, haben der 1. Strafsenat mit Beschluss vom 3. April 2002 - 1 ARs 5/02 -, der 3. Strafsenat mit Beschluss vom 5. März 2002 - 3 ARs 5/02 - und der 4. Strafsenat mit Beschluss vom 21. Februar 2002 - 4 ARs 6/02 - mitgeteilt, es werde an der beabsichtigten Entscheidung entgegenstehenden Rechtsprechung festgehalten. Der 5. Strafsenat hat mit Beschluss vom 19. Februar 2002 - 5 ARs 6/02 - mitgeteilt, Rechtsprechung dieses Senats stehe der beabsichtigten Entscheidung nicht entgegen, eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erscheine jedoch wenig sinnvoll. Daraufhin hat der 2. Strafsenat dem Großen Senat für Strafsachen gemäß § 132 Abs. 2 GVG mit Beschluss vom 15. Mai 2002 (= NJW 2002, 2889) folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Ist § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anwendbar in Fällen, in denen der Täter einer räuberischen Erpressung das Tatopfer mit einer mit Platzpatronen geladenen Schreckschusspistole bedroht, bei welcher der Explosionsdruck nach vorne austritt, wenn diese innerhalb kürzester Zeit unmittelbar am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht werden kann?

IV. Auffassung des Generalbundesanwalts

Der Generalbundesanwalt möchte an der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festhalten

und hat beantragt zu beschließen: Eine zur Bedrohung des Tatopfers eingesetzte, mit Platzpatronen geladene Schreckschusswaffe, bei welcher der Explosionsdruck nach vorn austritt, ist nur dann als gefährliches Werkzeug im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzusehen, wenn sie unmittelbar am Körper des Opfers zum Einsatz gebracht wird.

B. Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen

I. Zulässigkeit der Vorlage

Die Voraussetzungen für die Vorlegung an den Großen Senat für Strafsachen nach § 132 Abs. 2 GVG liegen vor.

Die Beantwortung der vorgelegten Rechtsfrage ist entscheidungserheblich. Der 2. Strafsenat kann nur bei Bejahung der Voraussetzungen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB die Revision des Angeklagten verwerfen. Damit würde er sich jedoch in Widerspruch zur Rechtsprechung anderer Strafsenate setzen.

II. Beantwortung der vorgelegten Rechtsfrage

Der Große Senat für Strafsachen beantwortet die vorgelegte Rechtsfrage wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich. Er hält sich damit im Rahmen der Vorlegungsfrage. Eine sinnvolle Entscheidung der Vorlegungsfrage ist nicht möglich, wenn nicht zugleich die Frage der Eigenschaft der geladenen Schreckschusswaffe als einer Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in die Prüfung einbezogen wird.

1. Bisherige Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat bisher Schreckschusswaffen nicht als "Waffen" im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), Abs. 2 Nr. 1 StGB angesehen (vgl. z.B. BGHR StGB § 244 Abs. 1 Nr. 1 Schusswaffe 1; BGH StV 1998, 486 f.; 2001, 274 f.). Dem lag ein strafrechtlicher Waffenbegriff zugrunde, nach dem "Waffe" im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), Abs. 2 Nr. 1 StGB, ebenso wie etwa in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, derjenige körperliche Gegenstand ist, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (vgl. BGHSt 44, 103, 105; 45, 92, 93; BGH NStZ 1999, 301, 302). Obwohl die Schreckschusswaffe auch schon im geltenden Waffenrecht in gewissem Umfang einer Schusswaffe im Sinne von § 1 Abs. 1 WaffG gleichgestellt ist (§ 1 Abs. 2 WaffG; BGHSt 37, 330; Steindorf, Waffenrecht 7. Aufl. WaffG § 1 Rdn. 10), hat die Rechtsprechung bei ihr eine "artbestimmte generelle Bestimmung, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen", verneint. Davon ist auch noch der

Gesetzgeber beim 6. StrRG vom 26. Januar 1998 (BGBl. I 164) ausgegangen, durch das § 250 StGB seine jetzige Fassung erhielt. Danach sollten "Überfälle mit einer Spielzeugpistole, mit einer mit vier Platzpatronen geladenen Schreckschusswaffe oder unter Vorhalt einer ungeladenen Gaspistole" von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) StGB nicht erfasst sein (vgl. BTDrucks. 13/8587, S. 44).

2. Gründe für die Änderung der bisherigen Rechtsprechung

Daran hält der Große Senat jedenfalls in Bezug auf die geladene Schreckschusswaffe nicht mehr fest.

a. Vergleichbarkeit von Gas- und Schreckschusswaffen

Die geladene Schreckschusswaffe ist generell als "Waffe" im Sinne der strafrechtlichen Bestimmungen einzuordnen. Sie wird damit der geladenen Gaswaffe gleichgestellt, die in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schon bisher allgemein als Schusswaffe und damit als Waffe im technischen Sinne angesehen wird (BGHSt 45, 92, 93 m.w.N.). Maßgebend dafür ist, dass die Gefährlichkeit der geladenen Schreckschusswaffe nicht derart hinter der einer geladenen Gaswaffe zurücksteht, dass dies eine unterschiedliche rechtliche Einstufung länger rechtfertigt. Mit Gaskartuschen geladene Waffen sollen die körperliche Unversehrtheit eines anderen Menschen beeinträchtigen, indem das durch den Schuss freigesetzte Gas - auch über eine gewisse Distanz hinweg - auf das Nervensystem des Gegners einwirkt, während mit Knallkartuschen geladene Waffen in erster Linie zur Erzeugung eines Schussknalls dienen. Das allein steht der Qualifizierung der geladenen Schreckschusswaffe als "Waffe" im strafrechtlichen Sinne jedoch nicht entgegen.

b. Erhebliche Gefährlichkeit von Schreckschusswaffen

Auch die geladene Schreckschusswaffe, bei der beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf austritt, ist nach ihrer Beschaffenheit geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Die Waffenmechanik bei dieser Waffe ist identisch mit der bei scharfen Waffen, sie unterscheidet sich nur dadurch, dass Sperrungen vorhanden sind, die das Abschießen fester Geschosse verhindern sollen. In der kriminaltechnischen und rechtsmedizinischen Literatur war früher schon wiederholt auf ihre Gefährlichkeit hingewiesen worden (vgl. u.a. Greiner Kriminalistik 1990, 540 ff.; Sattler/Wagner Kriminalistik 1986, 485; Rothschild/Krause ArchKrim 197 [1996], 65; Rothschild,

Freiverkäufliche Schreckschusswaffen, 1999; ders. NStZ 2001, 406 ff.; Schyma/Schyma Rechtsmedizin 9 [1999], 210 ff.; Perdekamp/Peuten/Sequenc/Schmidt/Pollak ArchKrim 208 [2001], 88 ff.; Püschel/Kulle/Koops ArchKrim 207 [2001], 26 ff.). Diese Einschätzung hat sich in neuerer Zeit, zuletzt im Gesetzgebungsverfahren bei der Neugestaltung des Waffenrechts (dazu weiter unter 3. b), bestätigt und erhärtet. Art und Umfang möglicher Verletzungen hängen dabei von äußeren Bedingungen und dem Waffentyp ab, diese sind um so erheblicher, je näher sich die Waffe am Körper des Opfers befindet. Ein aufgesetzter Schuss auch mit einer Knallkartusche führt regelmäßig zu Aufplatzungen der Haut, je nach Waffenart auch zu schweren Verwundungen tieferliegenden Gewebes. Beim Ansetzen der Waffe an Kopf, Schläfe, Augen oder Hals kann ein Schuss auch tödliche Wirkung haben. Aus rechtsmedizinischer Sicht müssen "Schreckschusswaffen eigentlich genauso behandelt werden wie scharfe Waffen" (Äußerung des vom Innenausschuss des Deutschen Bundestages angehörten Sachverständigen Prof. Dr. Rothschild, Protokoll des Ausschusses 14. WP Nr. 92 S. 16).

c. Konkrete Gefahr auch beim Verwenden einer "echten" Schusswaffe nicht erforderlich

Für das nunmehr vom Großen Senat gefundene Ergebnis spricht auch die Entscheidung BGHSt 45, 92, auf die der vorlegende Strafsenat zu Recht verweist. Der Bundesgerichtshof hat danach den Begriff des Verwendens einer "Waffe" im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht (mehr) davon abhängig gemacht, dass der Einsatz des objektiv gefährlichen Tatmittels eine konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen anderer begründet. Diese Entscheidung stellt klar, dass der Begriff der "Waffe" keine Einschränkung dadurch erfährt, dass "die nach Beschaffenheit und Zustand des Tatmittels bei bestimmungsgemäßer Verwendung gegebene Gefährlichkeit aufgrund anderer Umstände der Tatsituation für den konkreten Einzelfall ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann" (BGHSt aaO S. 93: Bedrohung der in schussicher verglastem Kassenschalter befindlichen Bankangestellten). Zwar bezieht sich diese Entscheidung auf den Fall einer funktionsfähigen und einsatzbereiten (geladenen) Gaswaffe. Doch treffen die Erwägungen auf die geladene Schreckschusswaffe in gleicher Weise zu. Deren Eigenschaft als "Waffe" kann sinnvoll nicht länger mit der Begründung verneint werden, dem Opfer der Raubtat drohe keine gesteigerte Leibesgefahr, solange der Täter die Schreckschusswaffe zunächst aus „sicherer Distanz“ auf das Opfer richtet, um dadurch eine "echte" Schusswaffe vorzutäuschen. Für die

strafrechtliche Einordnung des Gegenstandes als "Waffe" kommt es nicht maßgeblich darauf an, ob sich der Täter in einer Entfernung zum Opfer befindet, welche die Zufügung einer erheblichen Körperverletzung (gerade) noch nicht gestattet, wenn sich andererseits die von dem Gegenstand nach seiner Bauart und seiner bestimmungsgemäßen Verwendung als Schießwerkzeug ausgehende Gefahr grundsätzlich realisieren kann.

d. Täuschungselement bei Verwendung von Schreckschusswaffen kein Gegenargument

Den verbleibenden Unterschied bei der Drohung mit einer geladenen Schreckschusswaffe, mit der in aller Regel nicht deren funktionsgemäßer Einsatz, sondern - täuschend - der Einsatz einer scharfen Waffe in Aussicht gestellt werden soll, erachtet der Große Senat nicht als derart gravierend, dass allein im Blick darauf die bisherige Rechtsprechung aufrechterhalten werden sollte. Dies gilt namentlich wegen des Vergleichs zum Fall der Drohung mit einer geladenen Gaswaffe, mit der typischerweise auch ein derartiges Täuschungselement einhergeht.

3. Kein Widerspruch von geänderter Rechtsprechung und neuem Waffenrecht

In seiner Entscheidung zur vorgelegten Rechtsfrage sieht sich der Große Senat auch durch die gesetzgeberischen Überlegungen zur Neuregelung des Waffenrechts bestätigt:

a. Keine Identität der Waffenbegriffe des StGB und des WaffG

Was als "Waffe" im Sinne § 250 StGB zu gelten hat, wird im Strafgesetzbuch nicht geregelt. Der Inhalt dieses Rechtsbegriffs ist zu bestimmen im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch auch unter Berücksichtigung seiner Wandelbarkeit je nach dem Fortschritt der Waffentechnik in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthaltenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon. Die Begriffsbestimmungen des Waffengesetzes, das den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit und Ordnung regelt, bieten dabei aber eine "gewisse Orientierung" (vgl. BGH NJW 1965, 2115; BGHSt 24, 136, 138; BGH NStZ 1989, 476; vgl. auch BGHSt 4, 125, 127).

b. Gleichstellung von Gas- und Schreckschusswaffen auch im WaffG

Durch das bereits verabschiedete Gesetz zur Neuregelung des Waffenrechts (WaffRNeuRegG - vom 11.

Oktober 2002 - BGBl I 3970 - [Inkrafttreten: 1. April 2003]) wird aus Gesichtspunkten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung die Rechtslage (auch) hinsichtlich der Schreckschusswaffen grundlegend geändert (vgl. zu dem Gesetz allgemein Soschinka/Heller NJW 2002, 2690 ff.; Weerth Kriminalistik 2003, 39 ff.). Der Gesetzgeber hat, sachverständig beraten (vgl. öffentliche Anhörung von Sachverständigen zum Thema "Waffenrecht" durch den Innenausschuss des Deutschen Bundestages am 20. März 2002 - Protokoll 14. WP Nr. 92, insbesondere die Äußerungen des Sachverständigen Prof. Dr. Rothschild, Protokoll aaO S. 14 ff.), Schreckschusswaffen wegen ihrer allgemeinen, nicht nur im einzelnen Anwendungsfall gegebenen Gefährlichkeit als "Feuerwaffen" eingestuft. Sie seien zwar nicht ursprünglich für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gegen Menschen bestimmt, wiesen aber eine Gefährlichkeit auf, die derjenigen vergleichbar sei, die von echten Waffen ausgeht (BRDrucks. 596/01 S. 91 = BTDrucks. 14/7758 S. 49). Die Schreckschusswaffen werden deshalb nunmehr im Sinne des Waffengesetzes gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 WaffG nF Waffen im technischen Sinne ("Schußwaffen", vgl. Anlage 1, Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 Nr. 1 sowie Nr. 2 und Nr. 2.7), für deren Führen es nach § 10 Abs. 4 Satz 4 WaffG nF auch eines Waffenscheins bedarf (Kleiner Waffenschein; Anlage 2 Abschnitt 2 Unterabschnitt 3 Nr. 2 und 2.1; für den bisherigen Rechtszustand vgl. § 2 Abs. 4 Nr. 2 der 1. WaffV). Die Schreckschusswaffe wird dabei in der Gesetzessystematik des Waffenrechts der von der Rechtsprechung im Bereich des Strafrechts bisher schon als "Waffe" im Sinne der §§ 244, 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) und Abs. 2 Nr. 1 StGB eingestuften Gaspistole (vgl. u.a. BGHSt 24, 136 ff.; 45, 92; BGH NSTz 1981, 301; 1989, 476) gleichgestellt.

Hintergrund der Neuregelung ist die im Gesetzgebungsverfahren immer wieder betonte Gefährlichkeit dieser "Waffe", deren missbräuchlicher Umgang eingedämmt werden soll. Waffen im Sinne des Waffenrechts sollen auch Gegenstände sein, die zwar nicht ursprünglich für Angriffs- oder Verteidigungszwecke gegen Menschen bestimmt sind, wegen ihrer besonderen Beschaffenheit, Handhabung oder Wirkungsweise aber in großem Umfang tatsächlich für Angriffs- oder Verteidigungszwecke verwendet werden und damit eine Gefährlichkeit aufweisen, die derjenigen vergleichbar ist, die von echten Waffen ausgeht (BRDrucks. 596/01 S. 91).

c. Erhöhte Gefährlichkeit auch bei Schreckschusswaffen

Zwar bedeutet die "Waffenscheinplicht" nicht ohne

weiteres, dass die Schreckschusswaffe auch nach den strafrechtlichen Regelungen als "Waffe" anzusehen wäre (BGH NJW 1965, 2115). Maßgebend bleibt allein die Gefährlichkeit, die unabhängig von waffenrechtlichen Verboten zu bestimmen ist. Diese ist aber, wie die Gesetzesmaterialien belegen (BTDrucks. 14/7758 S. 1, 49 f., vgl. auch S. 91 zu Anlage 2, Unterabschnitt 3 Nr. 2; 14/8886 S. 1 und 2), neben der eher für die ordnungs- oder polizeirechtliche Sicht bedeutsamen - Tatsache, dass bei einem erheblichen Anteil von Straftaten solche Gegenstände verwendet werden, auch bei Schreckschusswaffen gegeben. Dass deren Benutzung im Einzelfall eine Gefährlichkeit ausschließt, ist ohne Bedeutung für die Einstufung als Waffe im strafrechtlichen Sinne, denn auch sonst können Schusswaffen in bestimmten Anwendungssituationen ungefährlich sein, ohne dass damit ihre rechtliche Einstufung in Frage gestellt wird.

d. Kein Verstoß gegen Art. 103 II GG, § 2 StGB durch Änderung der Rechtsprechung

Es bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, Erwägungen, die dem im wesentlichen am 1. April 2003 in Kraft tretenden Waffenrechtsneuregelungsgesetz zugrunde liegen, bereits zur Entscheidung über die Vorlage heranzuziehen. Das Landgericht hatte im Ausgangsfall die vom Angeklagten verwendete Schreckschusswaffe entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als "Waffe" eingestuft. Diese Rechtsprechung ändert der Große Senat auf Grund neuer tatsächlicher Erkenntnisse, die unter anderem auch dem Waffenrechtsneuregelungsgesetz zugrunde gelegen haben. Die Einstufung der vom Angeklagten verwendeten Schreckschusswaffe als Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB bedeutet aber nur eine geänderte - Auslegung eines Tatbestandsmerkmals; sie korrigiert nicht etwa die bisherige Auslegung im Vorgriff auf eine erst nach der Tat verabschiedete und später in Kraft tretende Gesetzesänderung zu Lasten des Täters (vgl. dazu BVerfG - Kammer -, Beschluss vom 19. Dezember 2002 - 2 BvR 666/02) und beinhaltet keine - rückwirkende - Anwendung einer neuen gesetzlichen Regelung (vgl. u.a. BVerfG - Kammer - NJW 1990, 3140; 1995, 125 f.).

Dass der Große Senat neue Erkenntnisse der Wissenschaft im Bereich der Rechtsmedizin und der Kriminalistik zur Gefährlichkeit der Schreckschusswaffen zur Auslegung einer Vorschrift des Strafgesetzbuches heranzieht, berührt auch nicht deshalb das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG, weil diese Auslegung zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung führt und auch auf zurückliegende Sachverhalte Anwendung findet. Denn die

Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes hindern die Gerichte nicht, bestimmte Sachverhalte aufgrund neuer Erkenntnisse abweichend von der bisherigen Rechtsprechung zu bewerten (vgl. BVerfGE 18, 224, 240 f.; BVerfG - Kammer - NJW 1990, 3140; Salger DRiZ 1990, 16, 19).

4. Harmonisierung von § 250 I Nr. 1 a) StGB und § 250 II Nr. 1 StGB durch die neue Rechtsprechung

Die Bewertung der geladenen Schreckschusswaffe als Waffe im strafrechtlichen Sinne führt zu einer Harmonisierung desselben in § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) StGB und in Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift verwendeten Begriffs. Zudem werden auch weitere Ungereimtheiten vermieden:

Der Täter, der täuschend androht, das Opfer mit seiner Schreckschusswaffe aus einer Entfernung, die nicht mehr zu schweren Verletzungen führen kann, zu erschießen, erfüllte nach der bisherigen Rechtsprechung „nur“ § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) StGB. Hingegen machte sich derjenige Täter nach § 250 Abs. 2

Nr. 1 StGB strafbar, der androhte, mit seiner als solche erkennbaren Schreckschusswaffe näher zu kommen, und zwar auch dann, wenn er sich innerlich vorbehielt, von der Waffe keinen gefährlichen Gebrauch zu machen. Die daraus bislang erwachsene Notwendigkeit, Feststellungen zur Vorstellung des Täters über die beabsichtigte Verwendung der Schreckschusswaffe - Drohung nur aus der Distanz oder gegebenenfalls Einsatz auch aus der Nähe - zu treffen, entfällt nunmehr. Solche inneren Tatsachen sind für den Tatrichter ohnehin schwer aufzuklären.

Die Bewertung der geladenen Schreckschusswaffe als Waffe im Sinne des § 250 StGB beseitigt zugleich einen gewissen Wertungswiderspruch, der in einem Vergleich mit der Bewertung des Einsatzes eines Messers gefunden werden kann. Dieses wurde von der Rechtsprechung stets als „anderes gefährliches Werkzeug“ im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB eingestuft, unabhängig von der festgestellten Entfernung zwischen Täter und Opfer (vgl. z.B. BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Verwenden 1).

Standort: § 13

Problem: Abgrenzung aktives Tun und Unterlassen

BGH, URTEIL VOM 14.03.2003
2 STR 239/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte im vorliegenden Fall war Professor für Medizin und gleichzeitig als Chirurg insb. im Bereich der Herzchirurgie tätig. Spätestens 1993 infizierte er sich mit Hepatitis B. Da er es - im Gegensatz zu allen anderen Mitarbeitern des Instituts und der Klinik - unterließ, sich regelmäßig auf Infektionskrankheiten hin untersuchen oder gegen Hepatitis impfen zu lassen, infizierte er in der Folgezeit bei diversen Operationen wenigstens zwölf Patienten mit Hepatitis B.

Das Landgericht verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung in zwölf Fällen zu einer Geldstrafe. Die Revision des Angeklagten blieb ohne Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Unterlassungs- und Fahrlässigkeitsdelikte stellen wegen der ihnen eigenen Problemstellungen häufiger den Gegenstand von Examensaufgaben dar. Insofern sind aus Sicht des Klausurenstellers fahrlässige Unterlassungsdelikte besonders interessant, da sich hier die verschiedenen Probleme kombinieren lassen.

Im vorliegenden Fall befasste sich der BGH mit dem nicht gerade neuen - Problem der Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen. Ob ein Verhalten des

Täters als aktives Tun oder aber als Unterlassen zu bewerten ist, stellt eine wichtige Frage dar, insb. da gem. § 13 StGB die Herbeiführung eines strafbewehrten Erfolges durch ein Unterlassen nur strafbar ist beim Bestehen einer Garantenstellung des Täters. Selbst wenn eine Garantenstellung besteht und deshalb sowohl aktives Tun als auch Unterlassen strafbar sind, ist bei einem Unterlassen (anders als beim aktives Tun) eine Strafmilderungsmöglichkeit gegeben (§ 13 II StGB), so dass auch dann die Abgrenzung noch von Bedeutung ist.

Während in der Literatur zur Unterscheidung von aktivem Tun und Unterlassen teilweise auf Kriterien wie Energieeinsatz (vgl. Brammsen, GA 2002, 192) oder Kausalität (vgl. Roxin, ZStW 74, 411, 415) abgestellt wird, haben die Rechtsprechung und ganz herrschende Literatur die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen stets nach dem sog. Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit vorgenommen (vgl. BGHSt 6, 59; Schönke/Schröder-Stree, Vor §§ 13 ff., Rn. 158 mwN). Dies bestätigt der BGH auch im vorliegenden Fall. Interessant wird dieses Abgrenzungskriterium insbesondere bei Fahrlässigkeitsdelikten, da diesen selbst bei einem eindeutigen Tun des Täters stets ein Unterlassungsmoment (das Nicht-Erfüllen der Sorgfaltspflichtenanforderungen) immanent ist. Der BGH bestätigt insofern jedoch die bisherige Rechtsprechung, dass dies an der Einordnung eines Verhaltens als aktives Tun nichts ändert (vgl. RGSt 63, 211, 392; Wessels/Beulke, AT,

Rn. 700).

Auch vom BGH angesprochen wird im vorliegenden Fall die Frage, welcher Maßstab anzulegen ist für die Bestimmung der Anforderungen des einzuhaltenden Sorgfaltsmaßstabs des Täters im Rahmen des Tatbestandes von Fahrlässigkeitsdelikten (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 15 Rn. 133 ff.). Eine Minderheitsmeinung will hier auf das individuelle Leistungsvermögen des einzelnen Täters abstellen (SK-Samson, Anh. zu § 16 Rn. 12 f.; Freund, AT, § 5 Rn. 29). Nach ganz herrschender Meinung ergeben sich jedoch Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt aus den Anfordeurngen, die bei Betrachtung der gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Täters zu stellen sind (BGHSt 7, 307; 20, 315; 37, 184; Lackner/Kühl, § 15 Rn. 37 mwN; Wessels/Beulke, AT, Rn. 669). Dies bestätigt der BGH im vorliegenden Fall.

Schließlich befasst sich der BGH noch (mittelbar) mit dem Problem der Verwertbarkeit von Teileinlassungen des Angeklagten. Da der Angeklagte das Recht hat, die Aussage zu verweigern (vgl. §§ 136 I 2, 243 IV 1 StPO), darf, um dieses essentielle prozessuale Recht nicht auszuhöhlen, es nicht gegen den Angeklagten verwendet werden, wenn er tatsächlich nichts aussagt (BVerfG, NStZ 1995, 555; BGHSt 25, 365; 34, 324). Ein teilweises Schweigen des Angeklagten zu einem Tatvorwurf kann jedoch nach ständiger Rechtsprechung als Beweisanzeichen gegen ihn verwertet werden (BGH, NStZ 1984, 377; 2000, 494; a.M. Park, StV 2001, 589, 591 mwN). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte seine Steuerberaterin zur Ermittlung seines Einkommens zur Festlegung der Tagessatzhöhe zwar von ihrer Verschwiegenheitspflicht befreit, allerdings nur bzgl. eines Teiles des relevanten Zeitraumes. Die Frage, ob hierin ein ein Teilschweigen vergleichbares Verhalten gesehen werden kann, das u.U. gegen den Angeklagten verwertet werden könnte, hat der BGH allerdings offen gelassen, da es für seine Entscheidung letztlich nicht darauf ankam.

Vertiefungshinweise:

Zur Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen: *BGH*, NStZ 1999, 607; *OLG Düsseldorf*, JMBINW 1983, 200; *Brammsen*, GA 2002, 192; *Kargl*, GA 1999, 459; *Maiwald*, JuS 1989, 186; *Ranft*, JuS 1963, 340; *Roxin*, ZStW 74, 411; *Stoffers*, JuS 1993, 23 u. Jura 1998, 580;

Zum Maßstab der anzuwendenden Sorgfalt: *BGH*, NJW 2000, 2754; *Herzberg*, Jura 1984, 402; *Schmol-*

ler, JBl 1990, 631; *Schroeder*, JZ 1989, 776; *Wolter*, GA 1977, 257;

Zur Verwertbarkeit eines Teilschweigens des Angeklagten: *BGH*, NJW 2002, 2260; *Aselmann*, JR 2001, 80; *Dahs/Langkeit*, NStZ 1993, 213; *Miebach*, NStZ 2000, 236; *Park*, StV 2001, 589;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Kunstfehler"

Examenskurs: "Die Todespirouette"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist eine Wertungsfrage, die nicht nach rein äußeren oder formalen Kriterien zu entscheiden ist, sondern eine normative Betrachtung des Täterverhaltens erfordert. Maßgeblich ist insofern, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens liegt.

2. Die bei Fahrlässigkeitsdelikten häufig im Unterlassen von Sorgfaltsvorkehrungen bestehende "Unterlassenskomponente" selbst ändert nichts am aktiven Begehungscharakter einer Verhaltensweise.

3. Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich bei der fahrlässigen Straftat aus den Anforderungen, die bei Betrachtung der Gefahrenlage "ex ante" an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind. Nachträgliche wissenschaftliche Erkenntnisse bleiben außer Betracht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war seit 1975 bis zu seiner Emeritierung im Jahr 2001 als Professor an der medizinischen Fakultät der Hochschule tätig und leitete dort die Klinik für Thorax-, Herz- und Gefäßchirurgie. Der Angeklagte, der auch wissenschaftlich umfangreich aktiv war, genoss als Herzchirurg einen ausgezeichneten Ruf und operierte selbst mehrere hundert Patienten pro Jahr.

Der Verurteilung liegt die Infektion von zwölf Patienten mit Hepatitis B durch den Angeklagten zugrunde.

Weder anlässlich seines Dienstantritts noch in den folgenden Jahren erfolgte eine medizinische Untersuchung des Angeklagten. Nach der Entdeckung des Hepatitis B-Virus im Jahr 1970 und der späteren Entwicklung von Impfstoffen wurden im Bereich des Klinikums der H seit den 80er Jahren regelmäßig Vorsorge- und Kontrolluntersuchungen bei dem ärztlichen und medizinischen Personal vorgenommen, bei denen obligatorisch auch der Hepatitis B-Status fest-

gestellt wurde. Diese Praxis ging auf die zum damaligen Zeitpunkt in Deutschland und anderen westlichen Ländern verbreitete Erkenntnis zurück, dass medizinisches Personal in besonderer Weise dem Risiko einer Infektion mit ansteckenden Krankheiten, insbesondere auch Hepatitis B, ausgesetzt war und dass umgekehrt auch die Gefahr einer Ansteckung von Patienten durch infizierte Mitarbeiter bestand. Die Untersuchungen, zu denen nahezu das gesamte Personal des Universitätsklinikums in herangezogen wurde, fanden bis Anfang 1999 in regelmäßigen Intervallen von drei Jahren statt; bei Personen, die in besonders risikoträchtigen Bereichen eingesetzt waren, erfolgten Kontrollen in kürzeren Abständen. Von der Untersuchungspflicht nicht erfasst waren lediglich die Mitarbeiter, die man bereits als Beamte eingestellt hatte, insbesondere die Chefarzte und deren Stellvertreter. Der weitaus überwiegende Teil des medizinischen Personals machte von dem Angebot Gebrauch, sich freiwillig gegen Hepatitis B impfen zu lassen.

Auch dem Angeklagten war die in Ärztekreisen und Fachliteratur eingehend diskutierte Problematik der Gefahr wechselseitiger HBV-Infektionen zwischen Ärzten und Patienten - einschließlich des besonderen Risikos bei chirurgischer Tätigkeit - bekannt; seit Beginn der 90er-Jahre gehörte es darüber hinaus zum allgemeinen medizinischen Kenntnisstand, dass unter Umständen schon winzige, optisch nicht wahrnehmbare Mengen von Blut- oder Serumpuren (z. B. Schweißtropfen) für eine Übertragung des Virus ausreichend sind. Ebenso wusste der Angeklagte, dass das gesamte Personal der von ihm geführten Klinik - mit Ausnahme seiner eigenen Person sowie seines Stellvertreters - in regelmäßigen Abständen zu Kontrollen einbestellt wurde. Sein Stellvertreter ließ sich aber freiwillig alle ein bis zwei Jahre anderweitig auf Infektionserkrankungen untersuchen. Der Angeklagte hingegen unterzog sich weder einer Untersuchung durch den Hochschularzt noch außerhalb des Klinikums; auch eine Impfung ließ er nicht vornehmen.

Spätestens im Jahr 1992 infizierte der Angeklagte sich mit Hepatitis B, ohne jemals Krankheitssymptome an sich festzustellen. Die Krankheit nahm einen chronischen Verlauf, und von dem Angeklagten ging eine extrem hohe Infektiosität aus. Im Zeitraum vom 27. Mai 1994 bis 6. November 1998 infizierte er bei Herzoperationen zwölf seiner Patienten. Bei einigen kam es zu erheblichen gesundheitlichen Beschwerden.

Aus den Gründen:

I. Urteil des Landgerichts

Nach Auffassung der Strafkammer wäre der Ange-

klagte angesichts des in seinem Tätigkeitsbereich besonders hohen Infektionsrisikos und der Vielzahl der von ihm durchgeführten Operationen verpflichtet gewesen, sich im Abstand von etwa einem Jahr Kontrolluntersuchungen zu unterziehen. Gegen diese ärztliche Sorgfaltspflicht habe er verstoßen und dadurch fahrlässig bei zwölf Patienten Gesundheitsschädigungen verursacht, da er bei Wahrnehmung der Untersuchungen spätestens im Jahr 1993 Kenntnis von seiner Infizierung erhalten hätte.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung in zwölf Fällen unter Freispruch im übrigen zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu je 1.500 DM verurteilt. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Das Rechtsmittel bleibt ohne Erfolg.

II. Entscheidung des BGH

Die Revision des Angeklagten war zu verwerfen.

Die Verfahrensrügen erweisen sich entsprechend den zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in der Antragschrift vom 14. Juli 2002 als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

Auch die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben.

1. Zur Anwendung materiellen Rechts durch das Landgericht

Der Schuldspruch hält materiell-rechtlicher Überprüfung stand.

a. Zur Begehung der Tat durch aktives Tun

Entgegen der Auffassung der Revision ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass sich das Landgericht im Urteil ausdrücklich weder mit den Voraussetzungen noch mit den Rechtsfolgen einer Unterlassungsstrafbarkeit auseinandergesetzt hat.

Soweit die Strafkammer mehrfach erwähnt, der Schwerpunkt des dem Angeklagten vorzuwerfenden Verhaltens sei nicht in dem aktiven Tun des Operierens, sondern im Unterlassen der gebotenen Vorsorgeuntersuchungen zu sehen, sind diese Formulierungen zwar missverständlich, sind aber wohl eher im Kontext der vom Landgericht geprüften Sorgfaltspflichtverletzung bzw. Verjährungsbeginns zu verstehen.

Dies kann letztlich jedoch dahinstehen. Denn das Verhalten des Angeklagten war hier nach den Gesamtumständen der Tatbegehung jedenfalls als aktives Tun zu qualifizieren, so dass sich eine andere Entscheidung des Tatrichters als unvertretbar darstellen würde (vgl. BGH NStZ 1999, 607).

Die Rechtsprechung fasst die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen als Wertungsfrage auf, die nicht nach rein äußeren oder formalen Kriterien zu entscheiden ist, sondern eine normative Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns verlangt. Maßgeblich ist insofern, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt (vgl. BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265; MDR 1982, 624; BGH NStZ 1999, 607).

Im vorliegenden Fall ist der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens in der Vornahme der Herzoperationen zu sehen, welche unmittelbar und ohne weitere Zwischenschritte zur Infektion der Patienten führte. Die Argumentation der Revision, die Operationen als solche seien *lege artis* erfolgt und stellten daher keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit dar, beschränkt sich auf den rein operativ-handwerklichen Vorgang und greift insofern zu kurz. Geht man vielmehr - wie es die Strafkammer auf der Grundlage der rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen tut - davon aus, dass ein Chirurg mit hochgradig ansteckender HBV-Infektion nicht operieren darf, so stellt sich gerade die Durchführung der Operation im infektiösen Zustand als nicht ordnungsgemäß und damit strafrechtlich relevant dar. Die Ursache der Infektionen liegt in einem tätigen Handeln des

Angeklagten begründet. Das Unterlassen der gebotenen Kontrolluntersuchungen - für sich genommen - vermag demgegenüber nicht ohne weiteres zu einer Strafbarkeit zu führen, da erst bei Vornahme der Operation die Infektion eintritt, die unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung der Gesundheitsschädigung führt. Bei bewusst fahrlässigem oder gar bedingt vorsätzlichem Verhalten des Angeklagten bestände auch kein Zweifel, dass der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit bei der Durchführung der Operation in infiziertem Zustand und nicht im Unterlassen der gebotenen Untersuchung liegt.

Dass der Angeklagte pflichtwidrig davon absah, sich Kontrolluntersuchungen zu unterziehen, begründet hingegen nur den für das Fahrlässigkeitsdelikt elementaren Sorgfaltspflichtverstoß. Diese "Unterlassenskomponente" - die bei Fahrlässigkeitsdelikten häufig im Unterlassen von Sorgfaltsvorkehrungen besteht - ist hier wesensnotwendig mit dem fahrlässigen aktiven Tun verbunden und ändert nichts am aktiven Begehungscharakter der Verhaltensweise, sondern ist dieser immanent (vgl. Rudolphi in SK StGB vor § 13 Rdn. 27; Kühl, Strafrecht AT 4. Aufl. § 18 Rdn. 24; Seelmann in AK StGB § 13 Rdn. 27; Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, S. 99 und in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts 3. Aufl.

§ 140 Rdn. 12; Fünfsinn, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, S. 40 ff.; vgl. BGH, Urt. vom 27. November 1951 - 1 StR 439/51).

b. Zur Sorgfaltspflichtverletzung

Auch die weiteren Einwendungen des Beschwerdeführers gegen den Schuldspruch greifen nicht durch.

Die Strafkammer hat in nicht zu beanstandender Weise eine objektive und subjektive Sorgfaltspflichtverletzung des Angeklagten bejaht und dabei insbesondere berücksichtigt, dass sich Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt aus den Anforderungen ergeben, die bei Betrachtung der Gefahrenlage "ex ante" an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind; maßgeblich ist also, wie sich ein umsichtiger und erfahrener Arzt derselben Fachrichtung in gleicher Situation verhalten hätte, so dass nachträgliche wissenschaftliche Erkenntnisse außer Betracht zu bleiben haben (vgl. BGH NStZ 2000, 2754, 2758; Ulsenheimer in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. § 139 Rdn. 18).

Das Landgericht legt insofern ausführlich dar, dass und aus welchen Gründen zum Zeitpunkt die Gefahr einer Übertragung von Viren auch vom Arzt auf den Patienten in das allgemeine Bewusstsein nicht nur von Virologen, sondern von Ärzten allgemein gerückt war. Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen bestand nach damaligem Kenntnisstand insbesondere für Chirurgen selbst bei Benutzung von Operationshandschuhen ein hohes Risiko der Übertragung von Hepatitis B auf den Patienten. Ohne Rechtsfehler hat daher die Strafkammer den Schluss gezogen, der Angeklagte sei verpflichtet gewesen, sich zumindest regelmäßigen Kontrolluntersuchungen zu unterziehen, wenn er sich nicht impfen ließ.

Die Annahme einer jährlichen Untersuchungsverpflichtung des Angeklagten konnte die Strafkammer auf die Überlegung stützen, dass angesichts der Vielzahl der vom Angeklagten durchgeführten Operationen und des besonders hohen mit seiner Tätigkeit verbundenen Infektionsrisikos die verantwortungsbewusste Wahrnehmung seiner Sorgfaltspflicht jedenfalls eine Kontrolle in jährlichen Abständen gebot, um den verfolgten Zweck einer Risikominimierung auch nur annähernd erreichen zu können. Die zum damaligen Zeitpunkt in der Klinik des Angeklagten praktizierte Übung bei der Ausgestaltung der Untersuchungsintervalle hatte hier ebenso wie die - an anderer Stelle im Urteil erwähnte - Übung in anderen Krankenhäusern und die Handhabung freiwilliger Kontrollen durch den Stellvertreter des Angeklagten einen gewissen Indizwert.

Bei den Anforderungen an die speziell vom Angeklagten zu fordernde Sorgfalt hat das Landgericht zu Recht darüber hinaus seine herausgehobene Stellung berücksichtigt. Danach hätte sich der Angeklagte jedenfalls vor der ersten - hier als fahrlässige Körperverletzung abgeurteilten - Operation (27. Mai 1994) untersuchen lassen müssen und dann in Kenntnis seiner eigenen Infektion nicht mehr operieren dürfen.

2. Zur Festsetzung der Tagessatzhöhe

Auch der Strafausspruch hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

Vergeblich wendet sich die Revision gegen die vom Landgericht festgesetzte Höhe des Tagessatzes. Die nach pflichtgemäßem Ermessen vorgenommene Wertung des Tatrichters bei der Bestimmung der Tagessatzhöhe ist vom Revisionsgericht bis zur Grenze des Vertretbaren hinzunehmen, wenn die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters ausreichend festgestellt und in rechtsfehlerfreier Weise berücksichtigt sind (vgl. BGHSt 27, 212, 215; 27, 228, 230, BGH NJW 1993, 408, 409). Die Urteilsgründe müssen eine Ermessensüberprüfung durch das Revisionsgericht ermöglichen, indem sie die konkreten tatsächlichen Grundlagen der Schätzung ausreichend darlegen (vgl. BGH NJW 1976, 634, 635; Beschl. vom 15. September 1987 - 1 StR 442/87; NJW 1993, 408, 409; OLG Frankfurt StV 1984, 157; OLG Celle NJW 1984, 185, 186; OLG Düsseldorf StV 1997, 460 und NStZ 1998, 464).

Die vom Tatrichter zur Nachprüfbarkeit der Schätzung mitgeteilten Fakten reichen (noch) aus, um die vorgenommene Schätzung zu tragen. Dies gilt um so mehr, als sich die festgesetzte Tagessatzhöhe jedenfalls nicht in einem unvertretbaren, gänzlich aus der Luft gegriffenen Rahmen bewegt. Die Geldstrafensumme hat

sich auch nicht nach oben von ihrer Bestimmung gelöst, gerechter Schuldausgleich zu sein.

Das Landgericht führt im Anschluss an seine Schätzung aus, es habe sich an der Bestimmung eines Tagessatzes in entsprechender Höhe nicht durch die Aussage der Steuerberaterin des Angeklagten gehindert gesehen. Die Kammer legt im einzelnen dar, aus welchen Gründen die Angaben der Steuerberaterin keinen Eingang in die Berechnung fanden und schließt mit der Formulierung "bemerkenswert" sei in diesem Zusammenhang auch, dass der Angeklagte die von ihm im Rahmen eines Beweisantrages benannte Zeugin nur insoweit von ihrer Verschwiegenheitspflicht entbunden habe, als es die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Angeklagten nach seiner Emeritierung betraf.

Der Einwand der Revision, das Landgericht habe hier unter Verstoß gegen § 261 StPO das zulässige Prozessverhalten des zum Tatvorwurf schweigenden Angeklagten zu seinem Nachteil verwertet, greift jedenfalls im Ergebnis nicht durch.

Es kann dahinstehen, ob die hier gegebene teilweise Schweigepflichtentbindung vergleichbar mit einem sogenannten Teilschweigen grundsätzlich im Rahmen der Beweiswürdigung verwertbar war (vgl. insbesondere BGHSt 20, 298) oder ob aus der teilweisen Wahrnehmung eines prozessualen Rechts keine negativen Schlüsse gezogen werden durften (vgl. BGHSt 45, 363 und 45, 367). Es handelt sich hier, worauf auch der Generalbundesanwalt hingewiesen hat, ersichtlich um eine nicht tragende Hilfserwägung der Strafkammer, auf der die Strafzumessung nicht beruht. Denn aus den voranstehenden Ausführungen im Urteil ergibt sich, dass das Landgericht auch ohne die Angaben der Steuerberaterin zu demselben Ergebnis, also zu derselben Tagessatzhöhe, gekommen wäre.

Standort: § 242 StGB

Problem: Gewahrsam am Kasseneinhalt

BGH, URTEIL VOM 11.03.2003

1 STR 507/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte nach einem Streit das Opfer, einen Kellner, in unmittelbarer Nähe des Lokals, in dem dieser arbeitete, niedergestochen. Auf dem Rückweg entschloss er sich dann dazu, die Bedienungsgeldtasche des Opfers, die im Lokal lag, mitzunehmen. Das Opfer verstarb am nächsten Tag. Das LG hatte den Angeklagten wegen Totschlags in Tateinheit mit Diebstahl verurteilt und allgemeines Strafrecht angewandt. Hiergegen wandten sich die

Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft. Der Revision des Angeklagten gab der BGH statt, allerdings nur insofern als es um die Nichtanwendung von Jugendstrafrecht ging. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die sich lediglich auf die Verneinung eines Mordes durch das LG stützte, hatte hingegen keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall hat wegen der entscheidungsrelevanten Probleme aus den Bereichen der Vermögensdelikte erhebliche Examensrelevanz. Das Problem der Anwendung von Jugendstrafrecht auf einen Heranwach-

senden dürfte immerhin für Examenskandidaten mit dem Wahlfach Strafrechtspflege interessant sein.

Zunächst stellte sich dem BGH - um den Ausführungen des LG Rechnung zu tragen - die Frage, ob ein Kellner, der selbstständig auf eine Bedienungsgeldtasche zugreifen kann und deren Inhalt abrechnen muss, Gewahrsam an dem Inhalt hat oder ob sein Arbeitgeber insofern Mit- oder sogar Alleingewahrsam hat. Die Rechtsprechung ist regelmäßig davon ausgegangen, dass ein Kassierer in einem Kaufhaus oder einer Bank, der alleinigen Zugang zur Kasse hat, auch Alleingewahrsam an deren Inhalt hat (BGHSt 8, 275; wistra 1989, 60; Wessels/Hillenkamp, BT2 Rn. 89). Im vorliegenden Fall beurteilt der BGH dies entsprechend für den Gewahrsam eines Kellners an der ihm eindeutig zugewiesenen Geldtasche, für die er auch die Verantwortung trägt.

Der BGH betont weiter im vorliegenden Fall, dass auch ein Bewusstloser (jedenfalls bis zu seinem Tode) noch Gewahrsam an einer Sache haben könne, was zwar der ganz herrschenden Meinung entspricht (BGHSt 4, 211; Tröndle/Fischer, § 242 Rn. 13 mwN) und wovon auch eine Minderheitsmeinung allenfalls dann eine Ausnahme macht, wenn der Bewusstlose verstirbt ohne vorher das Bewusstsein wieder zu erlangen (Seelmann/Pfohl, JuS 1987, 199), was das LG München jedoch nicht berücksichtigt hatte.

Im Rahmen der Überlegungen zum Vorliegen eines besonders schweren Falles des Diebstahls stellte sich dem BGH die Frage, ob eine Hilflosigkeit i.S.v. § 243 I 2 Nr. 6 StGB auch dann gegeben ist, wenn der Täter die Hilflosigkeit des Opfers (hier als Folge einer schweren Verletzung) selbst herbeigeführt hat, und zwar aus einem anderen Grunde als zur Ermöglichung des Diebstahls. Die herrschende Meinung steht insofern auf dem Standpunkt, dass es für eine Hilflosigkeit nur erforderlich sei, dass das Opfer sich des Angriffs auf sein Eigentum ohne fremde Hilfe nicht erwehren könne und es ohne Bedeutung sei, durch welche Umstände diese Hilflosigkeit herbeigeführt wurde (Tröndle/Fischer, § 243 Rn. 21; Joecks, § 243 Rn. 30). Eine Minderheitsmeinung will eine Hilflosigkeit nur dann annehmen, wenn das Opfer unverschuldet in den die Hilflosigkeit begründenden Zustand geraten ist (Maurach/Schroeder/Maiwald, BT1, § 33 Rn. 99). Der BGH folgt im vorliegenden Fall der ersten Auffassung.

Ausführlich wird vom BGH im vorliegenden Fall erörtert, ob auf den Angeklagten, der zur Tatzeit Heranwachsender (vgl. § 1 II JGG) war, allgemeines oder Jugendstrafrecht anzuwenden ist. Gem. § 105 I JGG wird bei der Verfehlung eines Heranwachsenden Jugendstrafrecht angewendet, wenn der Heranwachsende zur Zeit der Tat nach seiner Entwicklung einem

Jugendlichen gleichstand oder es sich bei der Tat um eine Jugendverfehlung handelt. Insb. die Voraussetzungen der entwicklungsmäßigen Gleichstellung von Jugendlichen und Heranwachsenden, vor allem bei schweren sozialen Störungen im Elternhaus, wird vom BGH im vorliegenden Fall erörtert.

Vertiefungshinweise:

Zum Gewahrsam am Kassensinhalt: *BGH*, NStZ-RR 1996, 131; 2001, 268; *Haffke*, GA 1972, 225;

Zum Gewahrsam Bewusstloser: *BGH*, NJW 1985, 1991; *BayObLG*, JR 1961, 188; *Begemann*, JuS 1987, 592; *Fahl*, Jura 1998, 456; *Seelmann/Pfohl*, JuS 1987, 199;

Zur Hilflosigkeit i.S.v. § 243 I 2 Nr. 6 StGB: *BGH*, NJW 1990, 2569; *Gropp*, JuS 1999, 1041;

Zur strafrechtlichen Behandlung von Heranwachsenden: *BGH*, NJW 1954, 1617; *StV* 1991, 424; *Blau*, MDR 1959, 717; *Böhm*, NStZ 1984, 447

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Chauffeur"

Examenskurs: "Der Rembrandt-Liebhaber"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in der Regel Alleingewahrsam am Kassensinhalt.
2. Der Gewahrsam endet nicht mit dem Eintritt einer Bewusstlosigkeit des Gewahrsamsinhabers.
3. Der Grund der Hilflosigkeit des Opfers ist für § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB ohne Bedeutung. Daher fällt es auch unter das Regelbeispiel, wenn der Täter eine von ihm selbst aus anderen Gründen herbeigeführte Hilflosigkeit des Opfers für einen auf Grund eines neuen Entschlusses begangenen Diebstahl ausnutzt.
4. § 243 StGB tritt hinter § 244 I Nr. 1 StGB zurück. Dies steht jedoch der strafschärfenden Berücksichtigung des Umstandes, dass zugleich ein Hilfloser bestohlen wurde, nicht entgegen.

Sachverhalt:

In der Nacht vom 18. auf 19. März 2001 hielten sich nur noch der 19jährige Angeklagte und der Kellner P in einem Münchener Lokal auf und tranken Whiskey. Der Angeklagte glaubte, er sei eingeladen. Als er zahlen sollte, gab es Streit. P drohte mit Anzeige wegen Zechprellerei. Dies erregte den Angeklagten so, dass er aus seiner Jacke, die er abgelegt hatte, ein großes

Küchenmesser - er ging "nachts nie unbewaffnet" aus - nahm und P in Tötungsabsicht in den Rumpf stieß. P flüchtete; der Angeklagte verfolgte ihn durch die Küche bis in den Innenhof einer Wohnanlage, wo er erneut so heftig auf ihn einstach, dass das Messer nicht unerheblich beschädigt wurde. Der Angeklagte schrie so laut, dass Anwohner der Wohnanlage erwachten. Sie verstanden einzelne Worte, wie z. B. er lasse sich nicht "verarschen" und "Zechprellerei". Der Angeklagte ließ schließlich von P ab und ging in das Lokal zurück. Er wollte seine Jacke holen, entschloss sich dann aber, dort zu stehen und nahm die gefüllte Bedienungsgeldtasche Ps an sich. Dann verließ er das Lokal, wobei er das Messer, mit dem er P niedergestochen hatte, auf den Küchenboden warf. P starb am nächsten Tag an den Stichverletzungen.

Am 5. April 2001 bemerkten der Angeklagte und der rechtskräftig abgeurteilte frühere Mitangeklagte A in einem (anderen) Lokal die gut gefüllte Geldtasche des Wirts. Insbesondere auf Drängen von A beschlossen sie, den Wirt zu überfallen und versteckten sich in der Nähe des Lokals. Als der Wirt und ein Begleiter das Lokal verließen, fielen der Angeklagte und A über sie her, der Angeklagte schlug mit einem Vierkantholz auf sie ein. Der Begleiter ging bewusstlos zu Boden, der Wirt konnte fliehen. Er ließ dabei eine Tüte mit 4.000 DM zurück, die sich der Angeklagte und A teilten.

Aus den Gründen:

I. Zur Prozessgeschichte

1. Entscheidung des LG

Die Jugendkammer hat den Angeklagten unter Anwendung von allgemeinem Strafrecht (Erwachsenenstrafrecht) wie folgt verurteilt:

Im ersten Komplex wegen Totschlags zu zehn Jahren Freiheitsstrafe sowie wegen Diebstahls zu 6 Monaten Freiheitsstrafe; im zweiten Komplex wegen schweren Raubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung in zwei Fällen zu fünf Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe. Aus diesen Strafen hat sie eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren gebildet.

2. Revisionen

Gegen dieses Urteil richten sich die auf die Sachrüge gestützten Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft.

Die uneingeschränkt eingelegte Revision des Angeklagten führt näher aus, es sei zu Unrecht allgemeines Strafrecht angewendet worden. Sie hat zum Strafausspruch Erfolg. Die Staatsanwaltschaft wendet sich allein dagegen, dass der Angeklagte im ersten Kom-

plex nicht wegen aus Habgier begangenen Mordes verurteilt wurde. Insoweit hat sie keinen Erfolg; das Rechtsmittel führt aber zur Aufhebung der Verurteilung wegen Diebstahls und damit auch der Gesamtstrafe.

II. Zur Revision des Angeklagten

Die Revision des Angeklagten:

1. Keine Fehlerhaftigkeit des Schuldspruchs zum Nachteil des Angeklagten

Der Schuldspruch enthält keinen Fehler zum Nachteil des Angeklagten. Näherer Ausführung bedarf nur folgendes:

a. Zur Wegnahme der Bedienungsgeldtasche

Gegen die Begründung, mit der die Jugendkammer Diebstahl an der Bedienungsgeldtasche bejaht, bestehen allerdings rechtliche Bedenken.

Gleichwohl tragen die Feststellungen die Annahme eines Diebstahls. Die Jugendkammer nimmt an, der niedergestochene P habe zwar wegen seines Zustandes keinen Gewahrsam an seiner Geldtasche mehr gehabt, der Angeklagte habe jedoch den Mitgewahrsam des abwesenden Lokalinhabers gebrochen. Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in der Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt (BGH NStZ-RR 2001, 268; BGH, Urteil vom 7. November 2000 - 1 StR 377/00 m.w. N.). Ob für die Geldtasche des allein im Lokal anwesenden Kellners anderes gelten könnte, erscheint fraglich. P hatte jedoch bis zu seinem Tod Gewahrsam an seiner Habe (BGH NJW 1985, 1911 m.w.N.).

b. Zur Tateinheit

Tateinheit (§ 52 StGB) zwischen Totschlag und Diebstahl (vgl. BGHSt 47, 243 m.w.N.) liegt nicht vor. Die Feststellung zum Zeitpunkt, zu dem der Angeklagte den Vorsatz zur Wegnahme der Bedienungsgeldtasche fasste, beruht nicht auf dem Zweifelssatz, sondern auf der Überzeugung der Jugendkammer.

2. Fehlerhaftigkeit des Strafausspruchs

Der Strafausspruch hat keinen Bestand. Die Jugendkammer hat auf den zur Tatzeit heranwachsenden Angeklagten allgemeines Strafrecht angewendet.

Weder sei der Angeklagte noch einem Jugendlichen gleichzusetzen (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) noch lägen Jugendverfehlungen vor (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG). Die Revision macht zutreffend geltend, dass die Ablehnung der Anwendung von Jugendstrafrecht nicht rechtsfehlerfrei begründet ist.

a. Zur Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende

Gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG ist auf einen Heranwachsenden Jugendstrafrecht anzuwenden, wenn die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, dass er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand. Das JGG geht bei der Beurteilung des Reifegrades nicht von festen Altersgrenzen aus, sondern es stellt auf eine dynamische Entwicklung des noch jungen Menschen zwischen 18 und 21 Jahren ab. Einem Jugendlichen gleichzustellen ist der noch ungefestigte und prägbare Heranwachsende, bei dem Entwicklungskräfte noch in größerem Umfang wirksam sind. Hat der Angeklagte dagegen bereits die eines jungen Erwachsenen kennzeichnende Ausformung erfahren, dann ist er nicht mehr einem Jugendlichen gleichzustellen und auf ihn ist allgemeines Strafrecht anzuwenden. Dabei steht die Anwendung von Jugendstrafrecht oder allgemeinem Strafrecht nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG stellt keine Vermutung für die grundsätzliche Anwendung des einen oder anderen Rechts dar. Nur wenn dem Tatrichter, dem bei der Entscheidung dieser Frage ein weites Ermessen eingeräumt ist, nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten Zweifel verbleiben, muss er die Sanktionen dem Jugendstrafrecht entnehmen (vgl. BGH NJW 2002, 72 ff. m.w.N.).

b. Zur Entwicklung des Angeklagten

Zur bisherigen Entwicklung des Angeklagten und zu seinem Umfeld hat die Jugendkammer festgestellt: Die Familie des Angeklagten lebt in einer Unterkunft für "nicht vermittelbare Mieter". Handgreiflichkeiten sind "an der Tagesordnung". Im Umfeld herrschen "schwierige soziale Verhältnisse, Kriminalität, Alkoholismus und Drogenkonsum". Der Angeklagte, "ein wildes, trotziges Kind", wurde nach drei Monaten Schulzeit "in die Sonderschule für Erziehungsschwierige umgeschult". Nach mehreren Schulwechslern wurde er mit 16 Jahren von der Schule verwiesen. Darauf steigerte er seinen früh begonnen Konsum von Alkohol und Drogen. Er lebte "nur noch in den Tag hinein", sämtliche Versuche, ihn zu einer Ausbildung oder einer Arbeit oder auch zum Erwerb des Führerscheins zu veranlassen, scheiterten an seinem Desinteresse. Soweit er nicht von seinem Vater "ausgehalten" wurde, beging er Straftaten.

c. Zur Begründung des LGs für die Anwendbarkeit von allgemeinem Strafrecht

Aus alledem ergibt sich ohne weiteres, dass allgemei-

nes Strafrecht nicht wegen einer "normalen Reifeentwicklung" ohne "Auffälligkeiten in der geistigen und sittlichen Entwicklung" (BGH NStZ 1984, 467 m.w.N.) angewendet worden ist. Die Jugendkammer ist vielmehr nach Beratung durch zwei Sachverständige zu dem Ergebnis gekommen, wegen des beim Angeklagten schon im Vorschulalter einsetzenden Fehlverhaltens und seiner normen- und wertemissachtenden Delinquenz bestünden kaum Chancen einer Nachreifung. "Die Zusammenschau der maßgeblichen Umstände und seiner Delinquenz führt zu dem Schluss, dass die vom Angeklagten ausgehenden Aggressionen auf Störungen beruhen, die bereits bei dem 19 ½ jährigen Angeklagten unbehebbar waren". Mit dieser Formulierung geht die Jugendkammer ersichtlich davon aus, dass beim Angeklagten Entwicklungsrückstände vorliegen.

Sie nimmt jedoch an, diese Rückstände seien nicht behebbbar, so dass die Entwicklung des Angeklagten bei den Taten bereits abgeschlossen war. Nur deshalb stehe er einem Jugendlichen nicht mehr gleich.

d. Zum Abschluss der Entwicklung des Angeklagten

Wie der Senat bereits ausgeführt hat (BGH NJW 2002, 72 ff.; ebenso BGH, Urteil vom 6. März 2003 - 4 StR 493/02), ist Jugendstrafrecht auch dann unanwendbar, wenn der Heranwachsende zwar noch einem Jugendlichen gleich steht, er seine Entwicklung aber bereits abgeschlossen hat. Kann nicht mehr erwartet werden, dass er über die erreichte Entwicklungsstufe hinaus gelangt und dass die im Jugendstrafrecht vorgesehenen Rechtsfolgen bei ihm noch wirksam werden können, so ist auf ihn allgemeines Strafrecht anzuwenden.

Allerdings ist erfahrungsgemäß eine die Chancen jeder Nachreifung gering achtende, pessimistische Einschätzung völliger Entwicklungsunfähigkeit bereits in der Phase zwischen 18 und 21 Jahren nur ausnahmsweise mit der erforderlichen hohen prognostischen Sicherheit möglich; sie erfordert eine Zusammenschau aller für die gesamte Entwicklung maßgeblichen Umstände und deren eingehende Würdigung. Dem werden die Ausführungen der Jugendkammer nicht in jeder Hinsicht gerecht:

So hat der Sachverständige Dr. L., dem sich die Jugendkammer (ebenso wie dem Sachverständigen Dr. F) in vollem Umfang anschließt, ausgeführt, dass der Angeklagte "eine Reihe guter Möglichkeiten aufweise, die sich im Umgang mit seiner materiellen Umwelt und in deren Handhabung niederschlugen". Dies ist nicht näher ausgeführt. Die Feststellungen zur Lebensführung des Angeklagten lassen nicht erkennen, dass sich hierin "gute Möglichkeiten" niederschlugen. Anderer-

seits sprechen "gute Möglichkeiten" eines jungen Menschen hinsichtlich seines Umgangs mit der Umwelt dafür, dass zumindest eine gewisse Aussicht besteht, daß sich diese Möglichkeiten noch realisieren werden. Mit der weittragenden Diagnose unbehebbarer Entwicklungsrückstände erscheint dies jedenfalls ohne nähere Darlegung unvereinbar.

Sind, wie hier, schwerwiegende Gewaltdelikte abzuurteilen, so ist die erforderliche Gesamtwürdigung insbesondere auch auf Erkenntnisse zum Umgang mit Aggression und Gewalt zu erstrecken (Senat aaO, 76). Hier sind jedoch schon die Feststellungen zu der - auch nur eher pauschal gewürdigten - Delinquenz des Angeklagten nicht klar: der Angeklagte wurde zwischen 1997 und 2001 insgesamt sechs Mal vorgeahndet, mehrfach wegen Diebstahls, außerdem wegen Hausfriedensbruchs, Urkundenfälschung, Nötigung und Erwerbs von Betäubungsmitteln. Näheres zu den Taten ist nicht mitgeteilt, es wurden aber nur deutlich unter der Schwelle von Jugendstrafe liegende Maßnahmen nach dem JGG verhängt. Anhaltspunkte für besondere Gewalttätigkeiten ergeben sich aus alledem nicht. Allerdings führt die Jugendkammer aus, der Angeklagte sei viel häufiger und schwerwiegender straffällig geworden, als sich aus den Feststellungen zu den Vorahndungen ergebe; er sei aber "meist nicht erwischt" worden.

Grundsätzlich sind in die in Rede stehende Gesamtwürdigung auch Erkenntnisse über nicht abgeurteilte Straftaten einzubeziehen. Dies kann jedoch nur auf der Grundlage konkreter und tatsächlich klarer Feststellungen geschehen. Daran fehlt es.

Der Angeklagte schloss sich mit etwa 14 Jahren "einer Clique aus mehr als 50 Jugendlichen (an), die ihre Zeit mit Alkohol trinken, Haschisch rauchen und Aggressionen gegenüber anderen Leuten verbrachten". Der bloße Hinweis auf nicht näher beschriebene Aggressionen aus einer großen Gruppe heraus (vgl. allgemein zu "Gruppendynamik und Jugendstrafrecht": Hoffmann, StV 2001, 196 ff.) kann jedoch schwerwiegende Gewaltdelinquenz des Angeklagten nicht belegen.

Nach der Schulentlassung verschaffte sich der Angeklagte Geld "durch Kleindealen mit Haschisch, Wohnungs- und Kellereinbrüche und 'Ablinken' von Geld, Schmuck und Kleidung". Näheres hierzu ist nicht mitgeteilt. Es bleibt daher unklar, ob sich der Angeklagte Geld, Schmuck und Kleidung eher betrügerisch oder eher gewaltsam beschafft hat. Es macht jedoch offensichtlich (auch) im Hinblick auf die Frage einer möglichen Nachreifung einen erheblichen Unterschied, ob die hier abgeurteilten Taten Teile einer Kette schwerwiegender Raub- oder sonstiger Gewaltdelikte sind, oder ob der Angeklagte bisher vor allem Strafta-

ten begangen hat, die - wie etwa Einbrüche und Rauschgifthandel - zwar nicht leicht wiegen, aber auch nicht von Gewalttätigkeit gekennzeichnet sind.

e. Zur Ablehnung von Jugendverfahrungen

Auch gegen die Ausführungen, mit denen die Jugendkammer das Vorliegen von Jugendverfahrungen (§ 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG) ablehnt, bestehen rechtliche Bedenken.

Zwar hat der Tatrichter auch insoweit einen weiten Beurteilungsspielraum (BGH NStZ – RR 1999, 26, 27 m.w.N.) und die bisherigen Feststellungen zu Taten und Täter drängen die Annahme von Jugendverfahrungen jedenfalls nicht auf. Die Jugendkammer beschränkt sich jedoch auf den Hinweis, die Verneinung von Jugendverfahrungen bedürfe keiner näheren Erörterung. Dies ermöglicht dem Senat nicht die Überprüfung, ob die Jugendkammer dabei von einem rechtlich zutreffenden Maßstab ausgegangen ist (vgl. zu alledem zusammenfassend BGH StV 2001, 181 f. m.w.N.).

3. Aufhebung der Feststellungen

Um der neu zur Entscheidung berufenen Jugendkammer einheitliche Feststellungen als Grundlage der neuen Strafzumessung zu ermöglichen, hebt der Senat die der Strafzumessung zugehörigen Feststellungen insgesamt auf. Er bemerkt jedoch, dass die Ausführungen der Jugendkammer zur Schuldfähigkeit des Angeklagten bei den Taten für sich genommen Rechtsfehler nicht erkennen lassen.

III. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Die Revision der Staatsanwaltschaft:

1. Zum Mordmerkmal der Habgier

Die Staatsanwaltschaft hält die Annahme, der Angeklagte habe sich erst zur Wegnahme der Bedienungsgeldtasche entschlossen, nachdem er P niedergestochen hatte, für rechtsfehlerhaft.

Zur Begründung verweist sie nicht zuletzt auf den Akteninhalt sowie auf Gang und Ergebnis der Hauptverhandlung. Das Revisionsgericht gleicht jedoch weder die Urteilsgründe mit dem Akteninhalt ab, noch rekonstruiert es Gang und Ergebnis der Hauptverhandlung (st. Rspr., vgl. zusammenfassend Wahl, NJW – Sonderheft für G. Schäfer 2002, 73 m.N.). Eine zulässige Verfahrensrüge ist insoweit nicht erhoben.

Im übrigen erschöpft sich das Vorbringen in dem Versuch, die Beweiswürdigung der Jugendkammer durch eine eigene zu ersetzen, ohne jedoch Rechtsfehler aufzuzeigen, wie auch der Generalbundesanwalt in der Hauptverhandlung vor dem Senat ebenso wie schon in

seinem schriftlichen Antrag vom 12. Dezember 2002 zutreffend ausgeführt hat.

2. Zu den weiteren Mordmerkmalen

Die Prüfung weiterer Mordmerkmale war nicht erforderlich.

a. Kein Handeln "um eine andere Straftat zu verdecken"

Der Angeklagte glaubte, er sei von P eingeladen worden, dessen Vorwurf der Zechprellerei versetzte ihn in Wut. Die Beanstandung der Staatsanwaltschaft, trotz einer Zechprellerei sei Verdeckungsmord nicht geprüft worden, geht ins Leere.

b. Keine Heimtücke

Wie der Generalbundesanwalt in der Hauptverhandlung vor dem Senat zutreffend ausgeführt hat, war auch eine Erörterung von Heimtücke nicht geboten.

Die Jugendkammer hat festgestellt, dass der Angeklagte vor dem ersten, bereits in Tötungsabsicht gesetzten Stich "das ... Messer ... holte und auf ... P losging". Dies legt die Annahme, P sei bei Beginn dieses Angriffs arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke

gewesen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13 und 17 m. zahlr. N.) nicht nahe. Es ist auch nicht erkennbar, worauf sich nach dem Tode Ps noch Feststellungen darüber stützen ließen, wann er die ihm drohende Gefahr erkannte (vgl. BGHSt 33, 363, 365).

3. Zu § 244 I Nr. 1 a StGB

Es wäre jedoch Diebstahl mit Waffen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB) zu prüfen gewesen. Der Angeklagte hat das Messer, mit dem er P erstochen hatte, erst beim Verlassen des Lokals weggeworfen, hatte es also bei dem Diebstahl bei sich. Ein (großes) Küchenmesser fällt an sich unter § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB (vgl.

BGHSt 43, 265, 269; BayObLG NJW 1999, 2535 f.; Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 244 Rdn. 3 jew. m.w.N.). Ob es trotz seiner Beschädigungen noch funktionsfähig war (vgl. Tröndle/Fischer aaO Rdn. 12 m.w.N.), bedarf trichterlicher Prüfung, ebenso die subjektiven Voraussetzungen von § 244 Abs. 1 Nr. 1 a StGB (vgl. hierzu BGH NStZ-RR 2003, 12 f. m.N.).

4. Zu § 243 I 2 Nr. 6 StGB

Auch unabhängig davon enthält die Strafzumessung wegen des Diebstahls einen den Angeklagten begünstigenden Rechtsfehler, da § 243 StGB nicht geprüft ist, obwohl die Voraussetzungen des Regelbeispiels gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB vorliegen. Der schwerverletzte P war hilflos und konnte deshalb die Wegnahme seiner Bedienungsgeldtasche nicht verhindern. Der Grund der Hilflosigkeit des Opfers ist ohne Bedeutung (Tröndle/Fischer aaO § 243 Rdn. 21). Daher fällt es auch unter das Regelbeispiel, wenn der Täter eine von ihm selbst aus anderen Gründen herbeigeführte Hilflosigkeit des Opfers für einen auf Grund neuen Entschlusses begangenen Diebstahl ausnutzt (BGH, Beschluss vom 19. Februar 2002 – 1 StR 28/02).

5. Zum Verhältnis von § 244 I Nr. 1 a StGB und § 243 I 2 Nr. 6 StGB

Läge bewaffneter Diebstahl vor (vgl. III 3), würde § 243 StGB dahinter zurücktreten (BGHSt 33, 50, 53 m.w.N.). Dies stünde der strafscharfenden Berücksichtigung des Umstandes, dass zugleich ein hilfloser bestohlen wurde, nicht entgegen (vgl. BGHSt 21, 183, 185; BGH, Beschlüsse vom 19. November 1981 – 4 StR 498/81 und vom 9. März 1977 – 3 StR 512/76); das gesteigerte Unrecht eines bewaffnet begangenen Diebstahls steht in keinem inneren Zusammenhang mit dem ebenfalls gesteigerten Unrecht eines Diebstahls zum Nachteil eines Hilflosen. [...]

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster; Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 http://www.jura-intensiv.de - ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION:	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (<i>zugleich Öffentliches Recht</i>)
REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen (<i>Zivilrecht</i>); Rechtsanwalt Uwe Schumacher (<i>Strafrecht</i>) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
ABONNEMENT:	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
BEZUGSPREISE:	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
VERSAND:	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Pflichtverletzung bei Sonderverbindung

VGHBW, URTEIL VOM 16.08.2002
8 S 455/02 (VBLBW 2003, 235)

Problemdarstellung:

Der VGH Mannheim hatte sich mit einem staatshaftungsrechtlichen Fall zu befassen, in dem der Staat Ansprüche wegen Pflichtverletzungen gegen den Bürger geltend machte. Als Anspruchsgrundlagen kamen vor allem der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch und die positive Forderungsverletzung in Betracht. Für ersteren ist interessant, dass das Gericht ihn für subsidiär zu gesetzlich geregelten Erstattungsansprüchen hält, und zwar auch dann, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des gesetzlich geregelten Anspruchs nicht vorliegen. Bei letzterer gebe es eine solche Subsidiarität hingegen nicht.

Bezüglich der positiven Forderungsverletzung stellte sich ferner die Besonderheit, dass zwischen den Parteien kein Schuldverhältnis, sondern (nur) eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung, nämlich ein Anschluss- und Benutzungszwang bzgl. der städtischen Abwasserentsorgung, bestand. Auf diese Fälle soll § 280 I BGB n.F. entsprechend anwendbar sein. Das Gericht geht auch auf die wegen § 40 II 1, 3. Fall VwGO streitige Frage ein, welcher Rechtsweg für solche Ansprüche gegeben ist; es bejaht i.E. den Verwaltungsrechtsweg.

Prüfungsrelevanz:

Der Fall berührt eine Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht, indem schuldrechtliche Ansprüche auf eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung übertragen werden. In der jüngeren Vergangenheit hat es viele Beiträge in der Literatur zu den Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das öffentliche Recht gegeben (vgl. Vertiefungshinweise). Bei der Erarbeitung des neuen Rechts dürfen diese daher nicht vernachlässigt werden.

Ferner sollte der Fall zum Anlass genommen werden, noch einmal Herleitung und Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zu wiederholen. Unbedingt merkwürdig ist dabei die Tatsache, dass selbiger nicht nur vom Bürger gegen den Staat, sondern auch vice versa geltend gemacht wer-

den kann. Da dieser Anspruch jedoch keine "VA-Befugnis" vermittelt, d.h. die Forderung nicht einfach durch Verwaltungsakt festgesetzt werden kann, muss - wie hier - der Hoheitsträger seinen Anspruch notfalls einklagen.

Vertiefungshinweise:

- Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das öffentliche Recht: *Geis*, NVwZ 2002, 385 (umfassend); *Kellner*, NVwZ 2002, 395 (zur Verjährung)
- Zur pFV bei öffentlich-rechtlicher Sonderverbindung: *OVG NW*, NWVBl 1998, 196; *BVerwG*, NJW 1995, 2303; *BGH*, DVBl 1978, 108

Leitsätze:

- 1. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch ist gegenüber anderen zur Erstattung oder zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtenden Vorschriften subsidiär und tritt daher auch dann hinter diesen Vorschriften zurück, wenn deren tatbestandliche Voraussetzungen nicht gegeben sind.**
- 2. Dagegen wird der dem Träger einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung nach den Regeln der positiven Vertragsverletzung gegen den Benutzer zustehende Schadensersatzanspruch wegen einer schuldhaften Verletzung der sich aus dem Benutzungsverhältnis ergebenden Pflichten durch andere Anspruchsgrundlagen nicht ausgeschlossen.**

Sachverhalt:

Die Beklagte ist Inhaberin eines Holz verarbeitenden Betriebs in der Stadt E. in Baden-Württemberg. Auf ihrem Grundstück befinden sich zwei Anlagen, in denen die auf dem Betriebsgelände entrindeten und geschnittenen Hölzer mit Teeröl bzw. einer Chromatsalzlösung imprägniert werden. Die imprägnierten Hölzer werden anschließend zwei bis vier Wochen auf dem Grundstück gelagert. Das auf dem Gelände anfallende Oberflächenwasser wird in den städtischen Abwasserkanal eingeleitet. Nach § 6 der Abwassersatzung (AbwS) der klagenden Stadt E. dürfen jedoch keine Abwässer eingeleitet werden, die den Betrieb der öffentlichen Abwasser- oder Kläranlagen gefährden könnten, insbes. explosive, giftige oder ölhaltige Stoffe,

Säuren, Laugen etc. In § 10 AbwS ist ferner bestimmt, dass die Stadt auf Kosten des Benutzers Abwasseruntersuchungen vornehmen kann.

Bei einer solchen Überprüfung wurden in dem an das Grundstück der Beklagten angrenzenden Teilstück Schlammablagerungen festgestellt, welche den Verdacht einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit begründeten. Um diesen Verdacht zu überprüfen, gab die Klägerin eine Laboranalyse in Auftrag, die eine Belastung mit Chrom und polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffen (PAK) ergab, welche die zulässigen Grenzwerte um ein Vielfaches überschritt.

Mit Schreiben vom 25.11.1998 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die für die Untersuchung der Schlamm- und Wasserproben angefallenen Kosten von zusammen 4.793,40 DM zu erstatten. Die Beklagte lehnte dies ab.

1. Hat die Klägerin einen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 4.793,40 DM?

2. Unterstellt, es bestünde ein Anspruch: Auf welchem Rechtsweg wäre dieser geltend zu machen?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass die Verunreinigungen tatsächlich von der Beklagten verursacht wurden und die Kosten der Analyse tatsächlich 4.793,40 DM betragen.]

Lösung:

1. Teil: Anspruch der Klägerin auf Kostenerstattung

A. Anspruch aus § 10 AbwS

Die Klägerin könnte einen Anspruch aus § 10 ihrer Abwassersatzung auf Zahlung von 4.793,40 DM gegen die Beklagte haben. Dieser sieht vor, dass Abwasseruntersuchungen von der Klägerin auf Kosten der Benutzer des Abwasserkanals vornehmen lassen kann.

Dies setzt jedoch die Wirksamkeit des § 10 AbwS voraus. Dieser könnte gegen den aus Art. 20 III GG ableitbaren Vorbehalt des Gesetzes verstoßen, wonach wesentliche, d.h. vor allem jede in Grundrechte des Bürgers eingreifende hoheitliche Maßnahme einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Eine von der Vertretung einer Gemeinde erlassene Satzung genügt dem nicht; vielmehr bedarf diese ihrerseits einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche vermag der VGH vorliegend nicht zu erkennen:

“Die Beteiligten stimmen darin überein, dass der geltend gemachte Anspruch nicht auf § 10 Abs. 1 AbwS

gestützt werden kann. Das ist zutreffend. Die Klägerin wird zwar durch diese Vorschrift dazu ermächtigt, auf Kosten des Benutzers Abwasseruntersuchungen vorzunehmen. Diese Bestimmung ist jedoch nichtig, soweit sie den Benutzern finanzielle Lasten aufbürdet, da dies einen Eingriff in deren Rechtsbereich darstellt, der eine gesetzliche Rechtsgrundlage erfordert. Eine solche kann weder in § 4 Abs. 1 noch in § 11 GO BW gesehen werden (vgl. OVG NW, NVwZ-RR 1998, 198 zu den entsprechenden Vorschriften des nordrhein-westfälischen Landesrechts). Auch die Vorschriften des KAG enthalten keine Ermächtigung zum Erlass einer solchen Regelung. Auf die hierzu vom VG gemachten näheren Ausführungen nimmt der Senat Bezug.”

B. Öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch

Der Klägerin könnte jedoch ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zustehen. Das Bestehen eines solchen Rechtsinstituts ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt.

I. Subsidiarität zum Ordnungsrecht

Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch kommt jedoch nur dann zur Anwendung, soweit keine spezielle gesetzliche Regelung existiert. Hier wäre nach Ansicht des VGH eine polizei- und ordnungsrechtliche Inanspruchnahme der Beklagten als Störerin in Betracht gekommen:

“Wie das VG ebenfalls richtig erkannt hat, kann die Klägerin auch nicht gestützt auf das Rechtsinstitut des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs Ersatz der ihr durch die Analyse der aus dem Abwasserkanal entnommenen Schlamm- und Wasserproben verlangen, da dieser Anspruch gegenüber anderen zur Erstattung oder zum Ersatz von Aufwendungen verpflichtenden Vorschriften subsidiär ist. Solche anderen Vorschriften hat das VG zu Recht in den §§ 1, 3 PolG BW in Verbindung mit § 31 VwVG BW gesehen, nach denen die Klägerin unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit gehabt hätte, die Beklagte unter Androhung der Ersatzvornahme zur Entnahme von Proben und deren Untersuchung zu verpflichten, sowie gegebenenfalls das Recht, nach Fristablauf die Untersuchung selbst durchzuführen und auf der Grundlage des § 31 VwVG BW Ersatz für die ihr hierdurch entstandenen Kosten zu verlangen.”

II. Inanspruchnahme Dritter beim Gefahrenverdacht

Fraglich ist jedoch, ob eine Inanspruchnahme der Beklagten hier rechtlich möglich war. Eine Ansicht ver-

tritt unter Hinweis auf die Pflicht zur Amtsermittlung nämlich die Auffassung, dass dann, wenn lediglich der Verdacht einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit gegeben ist, die Behörden selbst sogen. "Gefahrerforschungseingriffe" tätigen müssten [VGH Kassel, NVwZ 1991, 498, 499; Götz, NVwZ 1990, 725, 730]. Der VGH BW ist hingegen in st.Rspr. der Hauptvertreter der Gegenmeinung, welche auf die notwendige Effektivität der Gefahrenabwehr verweist:

"Die Klägerin [hat] eingewendet, dass ihr ein polizeirechtliches Vorgehen gegen die Beklagte nicht möglich gewesen sei, da es im Zeitpunkt der Entdeckung der Schlammablagerungen im Abwasserkanal an einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit gefehlt habe. Der Einwand kann nicht verfangen, da auch die Klägerin einräumt, dass es in dem genannten Zeitpunkt objektive Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr gegeben habe, mithin ein so genannter "Gefahrenverdacht" vorgelegen hat. Es bestand daher die Möglichkeit, die Beklagte zu den von der Klägerin für erforderlich gehaltenen Untersuchungen heranzuziehen, da die §§ 1, 3 PolG nach der ständigen Rechtsprechung des VGH BW auch dazu berechtigen, dem potenziellen Störer Gefahrerforschungsmaßnahmen aufzuerlegen, d.h. Maßnahmen, die dazu dienen, das Vorliegen einer Gefahr, ihr Ausmaß oder ihre Ursache festzustellen, und sich daher im Vorfeld der eigentlichen Gefahrbekämpfung bewegen (z.B. VGH BW, VBIBW 1993, 298; NVwZ 1991, 491; NVwZ-RR 1991, 24)."

III. Subsidiarität auch bei Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen

Der VGH lässt eine nähere Erörterung der Problematik jedoch dahinstehen, da auch bei Nichtvorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen die Normen des Polizei- und Ordnungsrechts den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch verdrängen, m.a.W. allein ausreicht, dass überhaupt eine Aufgabe der Gefahrenabwehr vorlag:

"Die Klägerin übersieht im Übrigen mit ihrem Einwand, dass der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch auch dann hinter einer besonderen gesetzlichen Regelung zurücktritt, wenn die dort genannten tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ersatzanspruch im konkreten Fall nicht erfüllt sind. Denn, wie das VG zu Recht bemerkt, dürfen durch einen Rückgriff auf diesen Anspruch weder die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen noch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen staatlichen Handelns umgangen werden. Der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch wäre daher selbst dann nicht gegeben, wenn es im vorliegenden Fall sowohl an einer

Gefahr als an einem Gefahrenverdacht gefehlt haben sollte und es der Klägerin deshalb nicht möglich gewesen wäre, die Beklagte aufgrund polizeirechtlicher Vorschriften zu den genannten Untersuchungen zu verpflichten."

C. Aus positiver Forderungsverletzung

Die Klägerin könnte jedoch einen Anspruch aus positiver Forderungsverletzung (jetzt: § 280 I BGB) haben.

I. Tatbestand

1. Anwendbarkeit

Fraglich ist, ob § 280 I BGB hier anwendbar ist.

a. Schuldverhältnis

Dies setzt zunächst ein Schuldverhältnis voraus. Hier besteht Kraft des Anschluss- und Benutzungszwanges der öffentlichen Kanalisation eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung mit wechselseitigen Rechten und Pflichten. Für solche ist eine entsprechende Anwendbarkeit der Regeln über die pFV anerkannt:

"Zwischen den Beteiligten besteht ein nichtvertragliches öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis, auf das nach ständiger Rechtsprechung die zivilrechtlichen Vorschriften über Leistungsstörungen entsprechende Anwendung finden. Dies gilt auch für die — bisher nur richterrechtlich anerkannten und inzwischen mit dem am 1.1.2002 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts in das BGB aufgenommenen — Grundsätze der positiven Vertragsverletzung, nach denen die Benutzer einer öffentlichen Einrichtung zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, der dem Träger der Einrichtung durch eine schuldhaftige Verletzung der aus dem Benutzungsverhältnis sich ergebenden Pflichten entsteht (vgl. u.a. BVerwG, NJW 1995, 2303; VGH BW, NVwZ 1996, 201 und VBIBW 1990, 225).

b. Keine Subsidiarität

Jedoch könnte die pFV in gleicher Weise wie der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch subsidiär zu den polizei- und ordnungsrechtlichen Regeln über die Störerinanspruchnahme und die hieraus resultierenden Kostenfolgen sein. Der VGH verneint indes hier eine Subsidiarität:

"Entgegen der Ansicht des VG tritt dieser Anspruch nicht ebenfalls hinter den §§ 1, 3 PolG in Verbindung mit § 31 VwVG BW zurück [...], da es, wie die Klägerin zu Recht bemerkt, keinen Grund gibt, dem Träger einer öffentlichen Einrichtung den aus dem Benutzungsverhältnis folgenden Schadensersatzanspruch in den Fällen abzuschneiden, in denen er auch als Polizeibehörde hätte tätig werden können.

Die Grundsätze über die Haftung für positive Vertragsverletzungen wurden entwickelt, um eine dem BGB in seiner bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts zum 1.1.2002 geltenden Fassung anhaftende Lücke zu schließen, die sich daraus ergab, dass die in diesem Gesetz enthaltenen Vorschriften über Unmöglichkeit und Verzug sowie die Gewährleistung bei Kauf, Miete und Werkvertrag nicht alle denkbaren Arten von Leistungsstörungen erfassen. Die — nach Maßgabe der allgemeinen Überleitungsvorschrift in Art. 2 des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf Schuldverhältnisse, die vor dem 1.1.2002 entstanden sind, weiterhin anwendbaren — Grundsätze greifen dementsprechend nur ein, soweit die bisherige gesetzliche Regelung des BGB Lücken enthält, und gelten daher gegenüber anderen schuldrechtlichen Ansprüchen nur subsidiär.

Eine weiter gehende Subsidiarität auch im Verhältnis zu gesetzlich geregelten Ansprüchen aus anderen Regelungsbereichen, insbesondere zu Ansprüchen deliktischer Art ist dagegen nicht gegeben. Nicht anders ist die Rechtslage, soweit die Regeln der positiven Vertragsverletzung auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse entsprechende Anwendung finden und es um das Verhältnis eines sich hieraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Schadensersatzanspruchs zu ausdrücklich normierten Ersatzansprüchen öffentlich-rechtlicher Art geht, die sich — wie die hier zur Stützung der Forderung der Klägerin in Betracht zu ziehenden, wenn auch von ihrem Tatbestand her nicht erfüllten §§ 31 VwVG BW und 8 Abs. 2 PolG BW — auf einer ganz anderen Ebene bewegen. [...]"

2. Tatbestand

"Ein solcher Anspruch setzt tatbestandlich voraus, dass die im Kanal festgestellten Schlammablagerungen von der Beklagten verursacht worden sind und diese dadurch die sich aus dem Benutzungsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin ergebenden Pflichten schuldhaft verletzt hat."

a. Pflichtverletzung durch die Beklagte

"Die von der Klägerin aufgeführten verschiedenen Indizien lassen keinen Zweifel daran, dass die Schlammablagerungen von der Beklagten verursacht worden sind, auch wenn es dafür keinen direkten Beweis gibt. [...]"

[Anm.: Dies wird vom VGH im Weiteren im Detail ausgeführt, war nach der Anmerkung zum Sachverhalt jedoch ohnehin zu unterstellen.]

"Mit dem Einbringen des zu diesen Ablagerungen führenden, Sägemehl und andere Holzteile enthalten-

den Schlamms hat die Beklagte ihre aus dem Benutzungsverhältnis zwischen ihr und der Klägerin folgenden Pflichten verletzt, da nach § 6 Abs. 1 der diese Pflichten bestimmenden Abwassersatzung der Klägerin sämtliche Stoffe von der öffentlichen Abwasserbeseitigung ausgeschlossen sind, die die Reinigungswirkung der Klärwerke, den Betrieb der Schlammbehandlungsanlagen, die Schlammabeseitigung oder Schlammverwertung beeinträchtigen, die öffentlichen Abwasseranlagen angreifen, ihre Funktionsfähigkeit oder Unterhaltung behindern, erschweren oder gefährden können, oder die den in öffentlichen Abwasseranlagen arbeitenden Personen oder dem Vorfluter schaden können. Nach Abs. 2 gilt dies insbesondere für Stoffe — auch in zerkleinertem Zustand —, die zu Ablagerungen oder Verstopfungen in den öffentlichen Abwasseranlagen führen können, z.B. Schlamm."

b. Verschulden

"Die Pflichtverletzung war auch schuldhaft, da die Beklagte zumindest hätte wissen müssen, dass der von ihr in die Kanalisation eingebrachte Schlamm zu einer Verstopfung des Kanals führen kann und sie somit durch ihr Verhalten gegen ihre Pflichten aus dem Kanalbenutzungsverhältnis verstößt."

c. Kausaler Schaden

"Der der Klägerin dadurch entstandene Schaden besteht in der Belastung mit den Kosten, die durch die von ihr in Auftrag gegebene Untersuchung der Schlamm- und Abwasserproben entstanden sind. Die Klägerin hat die Untersuchungen veranlasst, um Klarheit darüber zu bekommen, ob die [...] festgestellten Ablagerungen auf eine Hausmülldeponie gebracht werden können oder als Sondermüll entsorgt werden müssen. An der Erforderlichkeit dieser Untersuchungen gibt es keinen Zweifel. Die Klägerin hätte zwar, wie die Beklagte einwendet, den festgestellten Schlamm auch gleich als Sondermüll entsorgen können. Das wäre jedoch offensichtlich unsinnig gewesen und hätte unnötige Kosten verursacht, wenn der Schlamm tatsächlich nicht oder nur geringfügig kontaminiert gewesen wäre. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Klägerin vor dem Ergreifen weiterer Maßnahmen zunächst eine Untersuchung des Schlamms veranlasst hat."

3. Rechtsfolge

Die Klägerin kann folglich den Ersatz des ihr entstandenen Schadens i.H.v. 4.793,40 DM verlangen.

2. Teil: Rechtsweg

Für die Geltendmachung dieses Anspruchs könnte der

Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet sein.

1. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S. dieser Norm liegt mit der modifizierten Subjektstheorie dann vor, wenn die streitentscheidenden Normen aus dem öffentlichen Recht stammen. Dies ist mit dem hier einschlägigen § 280 I BGB auf den ersten Blick nicht der Fall, da diese Norm nicht zwingend einen Hoheitsträger berechtigt oder verpflichtet. Allerdings wird diese Vorschrift hier analog auf eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung - den Anschluss- und Benutzungszwang des Abwassersystems der Stadt - angewendet (s.o.). An solchen Sonderverbindungen ist aber zwingend ein Hoheitsträger beteiligt. Mithin ist die Streitigkeit über hieraus resultierende Pflichten öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Sie ist ferner nichtverfassungsrechtlicher Art, da nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Stadt und Bürger um Schadensersatzansprüche nach einfachem Recht streiten.

3. Keine abdrängende Sonderzuweisung

Vorliegend könnte jedoch eine abdrängende Sonderzuweisung nach § 40 I 2 VwGO eingreifen, da es sich um eine Schadensersatzforderung handelt, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnis beruht. Der VGH verneint indes mit der h.M. die Anwendbarkeit des § 40 I 2 VwGO bei positiver Forderungsverletzung aus einer öffentlich-rechtlichen Son-

derverbindung:

“Zwar ist nach § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, der ordentliche Rechtsweg gegeben. Einem öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinn dieser Vorschrift stehen jedoch nichtvertragliche öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse wie namentlich die durch Verwaltungsakt begründeten Benutzungsverhältnisse gleich. Schadensersatzansprüche wegen der schuldhaften Verletzung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden öffentlich-rechtlichen Pflichten sind daher vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen (Eyermann/Rennert, VwGO, 11. Aufl., § 40 Rn. 121; ebenso OVG Sachsen-Anhalt, NJW 2002, 386 zu Schadensersatzansprüchen wegen Verschuldens bei der Anbahnung oder dem Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge).”

Mithin ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

[Anm.: Dieses Ergebnis ist umstritten. Die hier vertretene Auffassung teilt auch das BVerwG (E 37, 231, 236) unter Berufung auf die prozessuale Waffengleichheit, die es gebiete, den Bürger in den Genuss des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 86 I VwGO kommen zu lassen, während er im Zivilprozess zur Beibringung verpflichtet wäre, § 138 I ZPO. Die Gegenansicht in der Literatur (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 40 Rz. 544) beruft sich auf den Wortlaut des § 40 I 2 VwGO, der eindeutig von einem öffentlich-rechtlichen “Vertrag” spreche, der bei einer Sonderverbindung nun einmal nicht vorliege.]

Standort: Bürgschaft

Problem: AGB-Ausschluss der Aufrechenbarkeitseinrede

BGH, URTEIL VOM 16.01.2003
IX ZR 171/00 (NJW 2003, 1521)

Problemdarstellung:

Die Bekl. übernahmen als Ehepaar eine selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Verbindlichkeiten der W-GmbH gegenüber der klagenden Bank. An der W-GmbH waren der bekl. Ehemann zu über 50% und die bekl. Ehefrau zu unter 25% beteiligt. In dem formularmäßigen Bürgschaftsvertrag verzichteten die Bekl. u.a. auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB. Als die W-GmbH in Verhandlungen mit dem Holzhändler K stand, bat sie die Kl. um eine Bonitätsauskunft bezüglich K, die unzurei-

chend und irreführend erfolgt. Die von K hingegebenen Wechsel platzten, woraufhin letztlich die W-GmbH Konkurs anmelden musste.

Die Kl. nahm nun die Bekl. aus der Bürgschaft heraus in Anspruch für einen Gesamtsaldo zu Lasten der W-GmbH in Höhe von 85.584,99 DM.

Der BGH erklärte zunächst zugunsten der bekl. Ehefrau die formularmäßig weite Zweckerklärung der Globalbürgschaft als unwirksam gem. § 307 I, II BGB (= § 9 AGBG a.F.) wegen Verstoßes gegen das Verbot der Fremddisposition, da sie lediglich Minderheitsgesellschafterin ist und daher auf den Geschäftsbetrieb, insbesondere das Eingehen neuer Verbindlichkeiten der W-GmbH gegenüber der Kl., nicht beeinflussen kann. Entsprechend seiner sog. “Anlass-Recht-

sprechung" reduziert sich damit ihre Bürgschaft nur auf jene eine Verbindlichkeit gegenüber der Kl., die den Anlass zur Abgabe der Bürgschaft gegeben hat.

Im Übrigen hält der BGH - entgegen seiner früheren Rechtsprechung (vgl. BGHZ 95, 350) - den formularmäßigen Ausschluss der Aufrechenbarkeitseinrede gem. § 770 II BGB als Verstoß gegen § 307 I, II Nr. 1 BGB (= § 9 AGBG a.F.). Zumal ein Aufrechenbarkeitsausschluss gem. § 309 Nr. 3 BGB (= § 11 Nr. 3 AGBG a.F.) gegenüber dem Hauptschuldner ebenfalls unzulässig wäre, sofern es sich um unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen handelt. Dabei darf der Bürge nicht schlechter gestellt sein als der Hauptschuldner.

Prüfungsrelevanz:

Kaum ein Rechtsgebiet ist von der Rechtsprechung des BGH so intensiv fortentwickelt und beeinflusst worden in den letzten Jahren wie das Bürgschaftsrecht gem. §§ 765 ff. BGB. Zum Schutze des zumeist völlig überforderten Bürgen hat der BGH vor allem die Praxis von Banken bei der Einforderung von Bürgschaften scharf kritisiert und beschnitten. Fundierte Kenntnis im Bürgschaftsrecht zwecks Examensvorbereitung können daher inzwischen nicht mehr allein anhand des Gesetzestextes bzw. eines Lehrbuchs erworben werden, vielmehr ist es dringend erforderlich, sich mit der einschlägigen Judikatur in diesem Fall auch zu beschäftigen.

Gerade dieses Urteil eignet sich dabei, im Rahmen der Prüfungsvorbereitung sich diese Rechtsprechung anzueignen bzw. zu wiederholen. Denn neben der neuen bürgenfreundlichen Entscheidung zum Erhalt der Aufrechenbarkeitseinrede gem. § 770 II BGB werden noch einige andere wichtige Entscheidungen des BGH zum Bürgschaftsrecht erneut aufgegriffen und wiederholt (Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger gem. § 138 BGB; "Anlass-Rechtsprechung" bei vorformulierten Globalbürgschaften).

Durch die Aufrechenbarkeitseinrede gem. § 770 II BGB - als Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes - kann der Bürge seine Leistungsverpflichtung verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällig Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Dieses Verweigerungsrecht des Bürgen reicht nur soweit, als sich der Gläubiger durch Aufrechnung tatsächlich befreien kann, was von der Höhe der jeweiligen Forderungen abhängt. Es bleibt dem Gläubiger frei, auch mit einer anderen als der verbürgten Forderung aufzurechnen, wenn er damit nicht nur zum Schaden des Bürgen handelt (§§ 280, 826 BGB). Ist die Forderung des Gläubigers noch nicht

fällig, sodass es an einer Aufrechnungsbefugnis fehlt, kann der Bürge entsprechend den §§ 257 ff. ZPO trotzdem schon sich auf § 770 II BGB berufen.

Vertiefungshinweise:

Vgl. zur Tragweite von § 770 II BGB: *BGH*, NJW 2002, 2867 und NJW 1999, 55; *Pfeiffer*, LM H. 2/1999 § 765 BGB Nrn. 130, 131.

Vgl. zur Haftung wegen unrichtiger Bonitätsauskunft: *BGH*, NJW-RR 1992, 1397

Kursprogramm:

Examenskurs: "Endlich ins Internet"

Examenskurs: "Drum prüfe wer für Pappi bürgt"

Leitsätze:

- 1. Durch den formularmäßigen Ausschluss der Einrede der Aufrechenbarkeit wird der Bürge unangemessen benachteiligt, wenn der Ausschluss auch für den Fall gilt, dass die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt ist; gegebenenfalls ist der Ausschluss insgesamt unwirksam, selbst wenn im konkreten Fall die Gegenforderung weder unbestritten noch rechtskräftig festgestellt ist.**
- 2. Hat nur der Gläubiger, nicht aber der — rechtskräftig verurteilte — Hauptschuldner die Aufrechnungsbefugnis, kann dem Bürgen gleichwohl die Einrede der Aufrechenbarkeit zustehen.**
- 3. Zur Haftung einer Sparkasse wegen einer unzutreffenden Bonitätsauskunft.**

Sachverhalt:

Der Bkl. zu 2 war Geschäftsführer der W-GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin), die einen Holzhandel betrieb. Das Stammkapital der Hauptschuldnerin belief sich auf 50000 DM. Davon hielten der Bkl. zu 2 einen Anteil in Höhe von 26000 DM und die Bkl. zu 1, seine Ehefrau, einen Anteil von 12000 DM. Am 21. 8. 1990 übernahmen die Bkl. eine selbstschuldnerische Bürgschaft „zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse“ gegen die Hauptschuldnerin „aus ihrer Geschäftsverbindung (insbesondere aus laufender Rechnung, Krediten und Darlehen jeder Art und Wechseln) sowie aus Wechseln, die von Dritten hereingegeben werden, Bürgschaften, Abtretungen oder gesetzlichem Forderungsübergang“. Unter Nr. 2 der Bürgschaftserklärung verzichteten die Bürgen unter anderem auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 BGB. Auf

die sonstigen Einreden nach § 768 BGB wurde verzichtet, „soweit sie nicht unbestritten oder nicht rechtskräftig festgestellt sind“. Unter der Nr. 9 wies die Sparkasse darauf hin, ergänzend seien ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestandteil der Bürgschaft. Im Spätjahr 1990 stand die Hauptschuldnerin in Verkaufsverhandlungen über einen größeren Posten Kiefern-Blockware an den Holzhändler K. Der Bekl. zu 2 als Geschäftsführer der Hauptschuldnerin bat die Kl. um eine Bonitätsauskunft über K. Die Kl. erkundigte sich ihrerseits bei der Hausbank des K, der Sparkasse L. Deren Auskunft ging am 26. 11. 1990 bei der Kl. ein. Die Hauptschuldnerin stellte K unter dem 6. 11. 1990 und 19. 12. 1990 Holzlieferungen im Wert von 29 334,48 DM und 51 703,62 DM in Rechnung. Die Bezahlung erfolgte durch die Hingabe von Wechseln, welche die Kl. ankaufte. Da die Wechsel von K nicht eingelöst wurden, wurden die Wechselsummen dem Konto der Hauptschuldnerin bei der Kl. belastet. K meldete im Januar 1991 Konkurs an. Anschließend wurde der Konkurs über das Vermögen der Hauptschuldnerin beantragt, aber mangels Masse nicht eröffnet. Das Konto der Hauptschuldnerin bei der Kl. wies am 27. 3. 1992 einen Sollstand in Höhe von 85 584,99 DM auf. Über diese Summe erstritt die Kl. gegen die Hauptschuldnerin ein rechtskräftiges Urteil. Nunmehr nimmt sie in dieser Höhe die Bekl. aus deren Bürgschaften in Anspruch.

Zu Recht?

Lösung:

Zahlungsanspruch der Kl. gegen die Bekl. gem. § 765 I BGB

Die Kl. könnte gegenüber den Bekl. als Gesamtschuldner (§ 769 BGB) einen Anspruch auf Zahlung von 85.584,99 DM gem. § 765 I BGB haben.

A. Anspruch entstanden

I. Bestehen einer zu sichernden Forderung (Akzessorietät)

Zur Entstehung eines solchen Anspruchs bedürfte es zunächst der Entstehung einer entsprechenden zu sichernden Forderung der Kl. gegenüber der Hauptschuldnerin, der W-GmbH. Nach Konkurseröffnung über das Vermögen der W-GmbH wies das Konto der W-GmbH bei der Kl. am 27.03.1992 einen Soll-Stand von 85.584,99 DM auf (§§ 670, 675 I, 676 f BGB). Der Bestand eines entsprechenden Zahlungsanspruchs der Kl. gegen die W-GmbH wurde mittlerweile auch rechtskräftig festgestellt.

Damit liegt eine - nach dem Akzessorietätsgrundsatz erforderliche - zu sichernde Forderung der Kl. gegen

die Hauptschuldnerin vor.

II. Abschluss eines Bürgschaftsvertrages

Des Weiteren müssten die beiden Beklagten mit der Kl. als Gläubigerin einen Bürgschaftsvertrag geschlossen haben. Am 21.08.1990 übernahmen die Bekl. eine selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und künftigen, bedingten oder befristeten Forderungen der Sparkasse (= Kl.) gegen die Hauptschuldnerin (= W-GmbH). Damit liegt auch ein entsprechender Bürgschaftsvertrag zwischen den Parteien vor.

III. Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages

Der am 21.08.1990 abgeschlossene Bürgschaftsvertrag müsste aber wirksam sein.

1. Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB

Bezüglich der bekl. Ehefrau könnte sich eine Sittenwidrigkeit ihrer Verbürgung gem. § 138 I BGB ergeben, wenn es sich um eine einkommens- und vermögenslose nahe Angehörige handelt, die durch die Bürgschaftsverpflichtung krass finanziell überfordert wird und aus rein emotionaler Verbundenheit heraus sich verbürgt hat. Dazu führt der BGH aus:

“Allerdings hat das BerGer. die von der Revision „vorsorglich“ zur Nachprüfung gestellte Frage, ob die Verbürgung durch die Bekl. zu 1 wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB) nichtig ist, mit Recht verneint. Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats kommt eine Sittenwidrigkeit nur in Betracht, wenn kumulativ folgende Merkmale gegeben sind: Der Bürge wird finanziell krass überfordert, der Vertrag erweist sich auch aus der Sicht eines vernünftig denkenden Gläubigers als wirtschaftlich sinnlos und der Bürge handelt aus emotionaler Verbundenheit zum Hauptschuldner (BGHZ 136 [347, 351f.] = NJW 1997, 3372; BGHZ 137, 329 [333f.] = NJW 1998, 597; BGH, NJW 2000, 1182 = WM 2000, 410 [411]). An dem zuletzt genannten Merkmal fehlt es regelmäßig, wenn das zu sichernde Darlehen einer GmbH gewährt wird, an welcher der Bürge als Gesellschafter beteiligt ist (BGHZ 137, 329 [336] = NJW 1997, 3372; BGH, NJW 2002, 1337 = WM 2001, 2156 [2157]; NJW 2002, 956; NJW 2002, 2634 = WM 2002, 1647 [1648]). Die Frage, ob dies auch dann gilt, wenn der Bürge nur einen geringen Geschäftsanteil besitzt und die übrigen Anteile einer Person gehören, der er emotional eng verbunden ist, stellt sich hier nicht. Denn mit 24% war der Anteil der Bekl. zu 1 im Sinne dieser Rechtsprechung nicht „gering“. Im Übrigen kann für den maßgeblichen Zeitpunkt der Verbürgung (vgl. BGH, NJW 2000, 1182) auch nicht davon ausgegan-

gen werden, dass die Bekl. zu 1 krass überfordert wurde. Sie hat lediglich vorgetragen, sie sei Hausfrau und „nahezu vermögenslos“ gewesen. Das hat die Kl. bestritten. Nähere Ausführungen hierzu hat die Bekl. zu 1 nicht gemacht.“

Damit kommt der Einwand der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB zugunsten der bekl. Ehefrau nicht zum Zuge.

2. Unzulässigkeit der Globalklausel zur Bürgschaftszweckerklärung gem. § 307 I BGB

Allerdings könnte die formularmäßig weite Zweckerklärung der Bürgschaft wegen Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot gem. § 307 I, II Nr. 1 BGB sein. Dazu meint der BGH bezüglich der bekl. Ehefrau als Minderheitsgesellschafterin:

“Der Revision ist jedoch zuzustimmen, dass — bezogen auf die Person der Bekl. zu 1 — die formularmäßig weite Zweckerklärung unwirksam ist. Sie verstößt gegen das aus § 767 I 3 BGB folgende Verbot der Fremddisposition und schränkt damit die Rechte der Bürgin in einer den Vertragszweck gefährdenden Weise ein (§ 9 I und II Nr. 2 AGBG; vgl. BGHZ 130, 19 [32] = NJW 1995, 2553; BGHZ 132, 6 [8 f.] = NJW 1996, 924; BGHZ 142, 213 [216] = NJW 1999, 3195). Zwar ist eine derartige Globabbürgschaft in den Fällen wirksam, in denen sich Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter einer GmbH für die Verbindlichkeiten „ihrer“ Gesellschaft verbürgen (BGHZ 143, 95 [100 f.] = NJW 2000, 658). Entgegen der Ansicht des BerGer. zählt die Bekl. zu 1 als Minderheitsgesellschafterin aber nicht zu diesem Personenkreis (vgl. BGHZ 142, 213 [216] = NJW 1999, 3195). Dass die Maßregeln zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung der Bestimmung der Gesellschafter unterliegen (§ 46 Nr. 6 GmbHG), ist unerheblich. Denn diese Bestimmung erfolgt, wie sich aus § 47 GmbHG ergibt, durch Mehrheitsentscheidung in der Gesellschafterversammlung. In dieser hatte die Bekl. zu 1 als Minderheitsgesellschafterin keinen bestimmten Einfluss. Einen solchen verschaffte ihr auch nicht die in § 5 des Gesellschaftsvertrags geregelte Verpflichtung der Geschäftsführung, die Weisungen der Gesellschafter zu befolgen. Denn solche Weisungen setzten ebenfalls einen Gesellschafterbeschluss voraus. Zwar hatte jeder Gesellschafter auch für sich allein das Recht, unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft und Einsicht in die Bücher und Schriften zu verlangen (§ 51 a I GmbHG). Von praktischem Nutzen ist dieses Recht aber nur dann, wenn der Gesellschafter rechtzeitig von der Absicht erfährt, den durch die Gesellschafterbürgschaft besicherten Kredit auszuweiten. Daran wird es oft fehlen.

Falls die Bekl. zu 1 — wie die Kl. vorgetragen hat — in dem Geschäft der Hauptschuldnerin als Angestellte beschäftigt war und über das Geschäftskonto verfügen konnte, hatte sie deswegen noch keine Einflussmöglichkeiten, die denen eines Allein- oder Mehrheitsgesellschafters oder eines Geschäftsführers gleichkamen (vgl. BGH, NJW 2001, 1416). Bei Unwirksamkeit der formularmäßig weiten Zweckerklärung haftet der Bürge nur für die Hauptverbindlichkeiten, die den Anlass zur Übernahme der Bürgschaft bildeten (BGHZ 137, 153 [156 f.] = NJW 1998, 450; BGHZ 143, 95 [97] = NJW 2000, 658). Dazu ist in den Tatsacheninstanzen nichts festgestellt worden.“

Bezogen auf den bekl. Ehemann als Mehrheitsgesellschafter vertritt der BGH allerdings eine andere Auffassung:

“Der Bekl. zu 2 haftet als Mehrheitsgesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der Hauptschuldnerin aus der Bürgschaft vollen Umfangs, weil ihm gegenüber die formularmäßig weite Zweckerklärung wirksam ist (BGHZ 142, 213 [215f.] = NJW 1999, 3195; BGHZ 143, 95 [100f.] = NJW 2000, 658). Der Ansicht der Revision, die Bürgschaftserklärung des Bekl. zu 2 sei nach § 139 BGB unwirksam, weil sie zusammen mit der entsprechenden Erklärung der Bekl. zu 1 in einer Urkunde abgegeben worden sei, ist nicht zu folgen. Zum einen ist die Bürgschaft der Bekl. zu 1 — wie oben ausgeführt — nicht unwirksam, sondern lediglich in ihrem Sicherungsumfang begrenzt. Zum anderen ist nicht anzunehmen, dass sich der Bekl. zu 2 nicht ohne seine Ehefrau, die Bekl. zu 1, verbürgt hätte. Nach der maschinenschriftlich ausgefüllten Bürgschaftserklärung verbürgten sich „Ehel. Z und/oder R geb. L“. Die Worte „und/oder“ sprechen dafür, dass die Verbürgung des einen Ehegatten unabhängig von der Verbürgung des anderen Bestand haben soll.“

IV. Form

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass das Schriftformerfordernis gem. §§ 766 S.1, 126 BGB bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages gewahrt wurde.

V. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, dass ein Anspruch der Kl. gegenüber dem bekl. Ehemann auf Zahlung von 85.584,99 DM gem. § 765 I BGB entstanden ist, gegenüber der bekl. Ehefrau jedoch nur auf Zahlung des Anlaskredits.

B. Anspruch untergegangen

Gründe, die zum Untergang dieser Bürgschaftsver-

pflichtungen der Bekl. führen könnten, sind nicht ersichtlich.

C. Anspruch durchsetzbar

Der Bürgschaftsanspruch der Kl. müsste auch durchsetzbar sein. Allerdings könnte den Bekl. in diesem Fall das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 770 II BGB zustehen, weil die Kl. eine Aufrechnungsbefugnis gegenüber der Hauptschuldnerin, also der W-GmbH hat (§§ 387 ff. BGB).

I. Unwirksamkeit des Aufrechnungsbefugnisses gem. § 307 I BGB

Vor der Prüfung der Aufrechnungsbefugnis der Kl. gegenüber der Hauptschuldnerin stellt sich aber noch die Frage nach der Wirksamkeit des formularmäßigen Verzichts der Bekl. auf die Aufrechnungsbefugnis (§ 770 II BGB) im Bürgschaftsvertrag vom 21.08.1990.

Der BGH ändert dazu seine bisherige Rechtsprechung und führt diesbezüglich aus:

“Eine Verpflichtung beider Bekl. kann entfallen, falls sie zu Recht die Einrede der Aufrechnung (§ 770 II BGB) erheben. Nach derzeitiger Sach- und Rechtslage erscheint dies nicht als ausgeschlossen.

Das BerGer. hat gemeint, die Bekl. hätten in Nr. 2 der Bürgschaftserklärung auf die Einrede der Aufrechnung wirksam verzichtet. Dem folgt der Senat nicht. Nach § 770 II BGB hat der Bürge ein Leistungsverweigerungsrecht, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat es bisher zugelassen, dass diese Befugnis auch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen wird (BGHZ 95, 350 [359 ff.] = NJW 1986, 43; BGH, NJW 1986, 928 = WM 1986, 95 [97]; einschränkend NJW 1981, 761 [762]). Demgegenüber vertritt das Schrifttum zunehmend die Auffassung, der formularmäßige Ausschluss benachteilige einen Bürgen unangemessen, wenn die Gegenforderung des Hauptschuldners unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sei (Reinicke/Tiedtke, *Kreditsicherung*, 4. Aufl., Rdnr. 394; Brandner, in: *Ulmen Brandner/Hensen, AGBG*, 9. Aufl., Anh. §§ 9–11 Rdnr. 262; Habersack, in: *MünchKomm*, 3. Aufl., § 770 Rdnr. 3; Palandt/Heinrichs, *BGB*, 61. Aufl., § 9 AGBG Rdnr. 73 — vgl. ferner 62. Aufl., § 307 Rdnr. 94; Graf Lambsdorff/Skora, *Hdb. des BürgschaftsR*, 1994, Rdnr. 226; Fischer, *WM* 1998, 1705 [1712]; Fischen/Ganter/Kirchhof, in: *SO Jahre BGH*, 2000, S. 33 [46]).

Nach nochmaliger Überprüfung schließt sich der Senat der zuletzt angeführten Meinung an. Der formularmäßi-

ge Ausschluss der Einrede der Aufrechnungsbefugnis gem. § 770 II BGB verstößt gegen § 9 I, II Nr. 1 AGBG. Er benachteiligt den Bürgen entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen und ist mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 765 ff. BGB nicht zu vereinbaren. Die Einrede der Aufrechnungsbefugnis gem. § 770 II BGB ist eine Ausprägung des Subsidiaritätsgrundsatzes (vgl. BGHZ 95, 350 [361] = NJW 1986, 43). Der meist uneigennützig handelnde Bürge soll grundsätzlich erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn sich der Gläubiger nicht durch Inanspruchnahme des Hauptschuldners, etwa durch Aufrechnung, befriedigen kann. Der formularmäßige Ausschluss der Einrede des Bürgen gem. § 770 II BGB ist vergleichbar der — durch § 11 Nr. 3 AGBG (§ 309 Nr. 3 BGB n. F.) verbotenen — Bestimmung, die dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis nimmt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. Das Klauselverbot in § 11 Nr. 3 AGBG (§ 309 Nr. 3 BGB n. F.) wurzelt in dem Grundverständnis von Treu und Glauben (Hensen, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 11 Nr. 3 Rdnr. 3). Dem entsprechend lässt der formularmäßige generelle Ausschluss der vergleichbaren Einrede des Bürgen gem. § 770 II BGB eine angemessene Berücksichtigung seiner Interessen vermissen. Diese Bestimmung mutet es eher dem Gläubiger zu, sich durch Aufrechnung mit der verbürgten Forderung von der eigenen Schuld zu befreien, als dem Bürgen, durch Leistung auf die verbürgte Forderung des Gläubigers dem Hauptschuldner dessen Forderung zu erhalten. Das gesetzlich geschützte Interesse des Bürgen, den Gläubiger auf die Aufrechnungsmöglichkeit verweisen zu können, wird nicht durch dessen Interesse aufgewogen, sich die Gegenforderung des Hauptschuldners als anderweitige Sicherheit dienen zu lassen. Allerdings räumt das Gesetz in § 770 II BGB dem Bürgen nur eine schwache Rechtsposition ein. Sein Recht endet, wenn und soweit der Gläubiger die Gegenforderung erfüllt oder der Hauptschuldner auf sie verzichtet oder mit ihr gegen eine andere Forderung des Gläubigers aufrechnet. Das rechtfertigt es aber nicht, die Stellung des Bürgen noch weiter zu schwächen. Zwar ist im vorliegenden Fall die Gegenforderung der Hauptschuldnerin weder unbestritten noch rechtskräftig festgestellt. Dies ist jedoch unerheblich, weil die Verzichtsklausel insgesamt unwirksam ist, wenn sie nicht von vornherein eine Ausnahme für die beiden genannten Fälle vorsieht. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion lässt es nicht zu, die Klausel teilweise aufrechtzuerhalten (Reinicke/Tiedtke, Rdnr. 394; Habersack, in: *MünchKomm*, § 770 Rdnr. 3).

Unerheblich ist ferner, dass gem. Buchstabe A Nr. I.1

VII der AGB-Sparkassen (Fassung vorn Januar 1986; dem entspricht Nr. 11 I der Fassung Januar 1993) der Kunde unbestrittene und rechtskräftige Forderungen gegen solche der Sparkasse aufrechnen darf. Es ist schon zweifelhaft, ob sich danach auch ein Bürge auf eine Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers berufen darf. Auf die zitierte Bestimmung kann sich die Kl. jedenfalls deswegen nicht stützen, weil die AGB-Sparkassen nur „ergänzend“ Bestandteil der Bürgschaft sind (Nr. 9 der Bürgschaftserklärung). Die in ihrer Tragweite unklare Bestimmung in Buchstabe A Nr. I.1 VII der AGB-Sparkassen kann die eindeutige Regelung in Nr. 2 der Bürgschaftserklärung nicht verdrängen. Zumindest fehlt es angesichts zweier widersprüchlicher Regelungen an der notwendigen Transparenz.“

Damit bleibt den Bekl. die Einrede zur Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB erhalten.

II. Aufrechnungsbefugnis der Kl.

Die Einrede zur Aufrechnungsbefugnis gem. § 770 II BGB setzt voraus, das die Kl. als Gläubigerin selbst Schuldnerin gegenüber der W-GmbH als Hauptschuldnerin ist. In diesem Fall könnte die Kl. schadensersatzpflichtig wegen unzureichender bzw. irreführender Bonitätsauskunft sein. Hierzu meint der BGH:

“Die Ansicht des BerGer., die Bekl. hätten für eine aufrechenbare Forderung der Hauptschuldnerin gegen die Kl. nicht hinreichend vorgetragen, wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

1. Fehlerhafte Bonitätsauskunft der Kl.

Nach dem Vorbringen der Bekl. hat der Bekl. zu 2 als Geschäftsführer der — erst im Januar 1990 gegründeten — Hauptschuldnerin vor der Durchführung des Geschäfts mit K die Kl. um Erteilung einer Auskunft über dessen Bonität gebeten. Auf Anfrage der Kl. teilte die Sparkasse L als Hausbank des K (Korrespondenzbank) der Kl. unter dem 23. 11. 1990 mit, dass es sich bei der Holzhandlung K um eine nicht im Handelsregister eingetragene Einzelfirma handele. Weiter hieß es in dem Schreiben wie folgt: „Die Firma wurde im März 1983 gegründet. Wir haben Kredite und Darlehen auf gedeckter Basis gewährt. Es werden Überziehungen beansprucht. Es werden rege Umsätze getätigt. Unseres Wissens ist Grundbesitz vorhanden. Belastungen lassen sich durch Einsichtnahme in das Grundbuch feststellen. Zur Zeit wird eine Betriebsverlagerung nach Frankreich/Elsass vorgenommen. Die Hauptumsätze werden künftig dort abgewickelt. Weitere Bankverbindung: Volksbank-Raiffeisenbank L eG. Eingegangene Verpflichtungen sind nach unseren Beobachtungen bisher reguliert worden.“

Die Auskunft der Korrespondenzbank, die am 26. 11. 1990 bei der Kl. einging, wurde von ihr nicht im Wortlaut an die Hauptschuldnerin weitergegeben. Nach der Behauptung der Bekl. teilte der mit der Sache befasste Mitarbeiter der Kl. dem Geschäftsführer der Hauptschuldnerin als Ergebnis der Anfrage lediglich mit: „Ich würde das Geschäft machen.“ Daraufhin habe die Hauptschuldnerin das Geschäft durchgeführt. Von der Betriebsverlagerung durch K habe sie erst nach der Auslieferung des Holzes erfahren.

2. Abschluss eines Auskunftsvertrages zwischen der Kl. und der Hauptschuldnerin

Danach hat die Kl. mit der Hauptschuldnerin einen Auskunftsvertrag gem. Nr. 7 a I AGB-Sparkassen i. d. F. vom Mai 1988 (dem entspricht inhaltlich die Nr. 3 der derzeit geltenden Fassung vom Januar 1993) geschlossen. Die Hauptschuldnerin hat, indem sie die Kl. um eine Bonitätsauskunft bat, jener das Angebot auf Abschluss eines derartigen Vertrags unterbreitet. Die Kl. hat dieses Angebot spätestens zu dem Zeitpunkt angenommen, als sie der Hauptschuldnerin durch ihren Mitarbeiter das Ergebnis der bank-internen Anfrage in wertender Form („Ich würde das Geschäft machen“) mitteilen ließ. Die Auskunft war keine bloße Gefälligkeit, weil sie für den Empfänger erkennbar von erheblicher Bedeutung war und dieser sie zur Grundlage wesentlicher Vermögensverfügungen machen wollte (vgl. BGHZ 74, 103 [106] = NJW 179, 1449; BGHZ 133, 36 [42] = NJW 1996, 2734 m.w. Nachw.; BGH, NJW 1997, 730 [731]). Ein Geschäft mit einem Volumen von ca. 81 000 DM war für ein junges Unternehmen, dessen Stammkapital lediglich 50 000 DM betrug und das bisher — wie für die Zeit ab Anfang November 1990 durch die vorgelegten Kontoauszüge belegt worden ist — nur bescheidene Umsätze getätigt hatte, ein riskantes Vorhaben.

3. Pflichtverletzung der Kl. bei der Bonitätsauskunft

Das Vorbringen der Kl. rechtfertigt ferner entgegen der Meinung des BerGer. die Annahme, dass die Kl. ihre Pflichten aus dem Auskunftsvertrag verletzt hat. Aus der von der Korrespondenzbank erteilten Auskunft ergaben sich „Negativmerkmale“. Die gegenteilige Ansicht des BerGer. ist für den Senat nicht bindend, weil es nicht um die Auslegung einer Willenserklärung geht. Dass Überziehungen beansprucht worden waren und „Belastungen“ vorlagen, ließ für einen Kundigen — und der Angestellte der Kl. muss als solcher betrachtet werden — den Schluss darauf zu, dass es sich bei K um ein finanzschwaches Unternehmen handelte. Hinzu kam die Mitteilung, dass K eine Be-

triebsverlagerung ins Ausland plante. Für einen Geschäftspartner, der mit einem kleinen Betrieb (Einzel-firma, nicht im Handelsregister eingetragen) ein größeres Geschäft durchführen will, ist dies ein bedenken-werter Umstand. Denn eine Rechtsverfolgung im Aus-land ist regelmäßig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und verursacht höhere Kosten. Angesichts dieser Negativmerkmale durfte der Angestellte der Kl. der Hauptschuldnerin nicht raten, „das Geschäft“ zu „machen“. Er konnte von einer Auskunft ganz abse-hen. Wenn er sich zu einer solchen entschloss, durfte diese bestenfalls neutral sein, etwa in dem Sinne, dass die erhaltenen Informationen nicht hinreichend aussage-kräftig seien. Jedenfalls durfte er sich nicht in einer die wirklichen Verhältnisse des K verharmlosenden und zur Täuschung der Hauptschuldnerin geeigneten Wei-se äußern.

4. Schaden der Hauptschuldnerin

Aus der irreführenden Auskunft der Kl. kann der Hauptschuldnerin ein Schaden entstanden sein. Aller-dings ist ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Hauptschuldnerin nur auf das negative Interesse ge-richtet. Den von K nicht zu erlangenden Kaufpreis für die Holzlieferung schuldet die Kl. unter keinen Umstän-den. Ebenso wenig kann die Hauptschuldnerin verlan-gen, dass die Kl. die infolge Nichteinlösung der Wech-sel vorgenommenen Belastungsbuchungen storniert. Sie kann als Schaden jedoch den Wert des Holzes, das sie an K geliefert hat, sowie die ihr aus dem Geschäft entstandenen Unkosten geltend machen. Zwar hat die Hauptschuldnerin im Vorprozess vorgetragen, sie habe an K geliefertes Holz auf Grund ihres vorbehaltenen Eigentums zurückgeholt. Zugleich hat sie aber geltend gemacht, die damit verbundenen Unkosten seien höher gewesen als die Verwertungskosten. Feststellungen hierzu fehlen.

5. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Scha-den

Derzeit kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Insofern ist ent-scheidend, was die Bekl. getan hätten, wenn die Aus-kunft der Kl. nicht so positiv ausgefallen wäre, wie es nach der Behauptung der Bekl. der Fall war. Es ist nicht auszuschließen, dass auf einen gem. § 139 ZPO zu erteilenden Hinweis substanziiert vorgetragen wor-den wäre, ohne eine eindeutig positive Aussage hätte der Bekl. zu 2 als Geschäftsführer der Hauptschuldne-rin die Ausführung des von K erteilten Auftrags sofort gestoppt. Angeblich ist das Holz insgesamt erst im De-zember 1990 an K ausgeliefert worden.“

Damit ist eine Schadensersatzpflicht der Kl. gem. § 280 I 1 BGB (früher: p.F.V.) gegenüber der W-GmbH als Hauptschuldnerin gegeben.

III. Kein Ausschluss wegen mangelnder Aufrech-nungsmöglichkeit der Hauptschuldnerin

Es stellt sich die Frage, ob der Einrede der Aufrechen-barkeit gem. § 770 II BGB nicht doch noch die Tatsa-chen entgegen stehen, dass die Hauptschuldnerin selbst wegen ihrer zwischenzeitlichen rechtskräftigen Verurteilung bzw. ihrer Konkursöffnung nicht selbst aufrechnen kann.

Dazu führt der BGH aus:

“Aus Gründen entgegenstehender Rechtskraft sind die Bekl. nicht gehindert, die Einrede der Aufrechen-barkeit zu erheben. Einer Aufrechnung seitens der — rechtskräftig verurteilten — Hauptschuldnerin steht zwar § 767 II ZPO entgegen. Das gegen die Haupt-schuldnerin ergangene Urteil wirkt jedoch nicht gegen-über den Bürgen (BGHZ 107, 92 [96] = NJW 1989, 1276). Im Übrigen ist der Hauptschuldnerin die von ihr geltend gemachte Gegenforderung nicht aberkannt worden. Vielmehr ist die Aufrechnung im Vorprozess an dem AGB-mäßig vereinbarten Aufrechnungsverbot gescheitert.

Dass die Hauptschuldnerin selbst nicht mehr aufrech-nen kann, hindert die Bekl. als Bürgen nicht, sich auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB zu berufen. Der BGH hat diese Frage bisher offen gelassen (BGHZ 24, 97 [99] = NJW 1957, 986). Sie wird im vorliegenden Fall entscheidungserheblich. Falls die Bekl. wegen der Gegenforderung der Hauptschuld-nerin nur ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 273 BGB geltend machen könnten, würde dies gem. § 274 BGB nur zu einer Verurteilung Zug um Zug führen (BGH, WM 1965, 578 [579]; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 768 Rdnr. 10; Habersack, in: Münch-Komm, § 768 Rdnr. 6). Die zulässigerweise erhobene Einrede der Aufrechenbarkeit bewirkt demgegenüber, dass die Klage des Gläubigers — soweit die Forderun-gen sich decken — als derzeit unbegründet abzuwei-sen ist (BGHZ 38, 122 [129] = NJW 1963, 244; Stau-dinger/Horn, § 770 Rdnr. 12; Habersack, in: Münch-Komm, § 770 Rdnr. 11). Für die Ansicht, dass der Bür-ge sich auf eine Aufrechenbarkeit dann nicht berufen könne, wenn nur der Gläubiger, nicht aber — wegen § 767 II ZPO — der Schuldner, zur Aufrechnung befugt sei, könnte zwar der akzessorische Charakter der Bürgschaft sprechen. Grundsätzlich soll der Bürge so haften, wie der Hauptschuldner haftet. Indes ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 770 II BGB (“... solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung ... be-friedigen kann“), dass die Einrede der Aufrechenbar-

keit dem Bürgen unabhängig davon zusteht, ob der Hauptschuldner aufrechnen kann. Zudem greift auch in dieser Hinsicht ebenfalls der Gedanke der Subsidiarität ein. Da der Bürge, der seine Verpflichtung in der Regel aus altruistischen Gründen übernommen hat, möglichst geschont werden soll, ist ihm die Einrede der Aufrechenbarkeit auch dann zu gewähren, wenn nur der Gläubiger sich durch Aufrechnung befriedigen kann, nicht aber der Hauptschuldner (Staudinger/Horn, § 770 Rdnr. 8; Mormann, in: RGRK, 12. Aufl., § 770 Rdnr. 4; Habensack, in: MünchKomm, § 770 Rdnr. 8;

Erman/Seiler, BGB, 10. Aufl., § 770 Rdnr. 6; Reinicke/Tiedtke, Rdnr. 254)“

IV. Ergebnis

Somit ist als Ergebnis festzuhalten, dass die Bekl. sich erfolgreich auf die Einrede der Aufrechenbarkeit gem. § 770 II BGB gegenüber der Kl. berufen können. Die Kl. hat gegenüber den Bekl. keinen durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung von 85.584,99 DM gem. § 765 I BGB.

Standort: § 32 StGB

Problem: Notwehr gegen eine Erpressung

BGH, URTEIL VOM 12.02.2003

I STR 403/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte im vorliegenden Fall war vom späteren Opfer erpresst worden, das damit gedroht hatte, bei der Polizei Anzeige zu erstatten, weil der Angeklagte mit Raubkopien von CDs handelte. Nachdem der Angeklagte dem Erpresser Zutritt zu seiner Wohnung gewährt und ihm einen erheblichen Bargeldbetrag übergeben hatte, überraschte er sein Opfer, schnitt ihm von hinten die Kehle durch und tötete es. Das Landgericht hatte den Angeklagten deshalb wegen Mordes verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da der Angeklagte kein Mordmerkmal verwirklicht habe und außerdem gerechtfertigt sein könnte.

Prüfungsrelevanz:

Probleme im Rahmen der Rechtfertigungsgründe, gerade der Notwehr (wie im vorliegenden Fall) sind in Examensaufgaben besonders beliebt, und zwar neben den klassischen Irrtumsproblemen (irriges Annahme der Rechtfertigung bzw. Unkenntnis des Vorliegens einer Rechtfertigungslage) vor allem die Fallgruppen sozialer Notwehreinschränkung.

Zwar ist im Rahmen der Notwehr (§ 32 StGB) - anders als bei vielen anderen Rechtfertigungsgründen (z.B. § 34 StGB, §§ 228, 904 BGB) - eine Abwägung von geschütztem und beeinträchtigtem Interesse nicht erforderlich. Rechtsprechung und herrschende Literatur gehen dennoch davon aus, dass auch § 32 StGB in bestimmten Fallgruppen eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen sein kann (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 32 Rn. 43 ff.). Als Fallgruppen in Betracht kommen insofern u.a. eine absichtliche (vgl. BGH, NJW 1983, 2267) oder zumindest vorwerfbare (vgl. BGH, RA 2003, 249; NStZ-RR

1997, 194) Provokation des Angriffs durch den Täter oder ein unerträgliches Missverhältnis von verteidigtem und verletztem Rechtsgut (vgl. BGH, NStZ 1981, 22; BayObLG, NJW 1995, 2646).

In der Literatur wird weiterhin überaus kontrovers diskutiert, ob eine Notwehr auch möglich sei gegen eine Schweigegelderpressung, wenn der Erpresser also mit der Preisgabe kompromittierender Tatsachen, insb. mit einer Strafanzeige, droht (sog. "Chantage"). Insofern ist zunächst festzustellen, dass eine Erpressung (unabhängig davon, womit der Erpresser droht) einen gegenwärtigen Angriff auf die Willensfreiheit des Erpressten darstellt und deshalb eine Notwehrlage begründen kann. Trotzdem wird hier teilweise nur eine "kommunikative Gegenwehr" (insb. durch Gegendrohungen) für zulässig gehalten (Amelung, GA 1982, 386). Die herrschende Literatur lässt hier jedoch auch eine weiter gehende Verteidigung zu (Roxin, AT1, S. 594; Novoselec, NStZ 1997, 219). Der BGH hat zu dieser Frage bisher nicht Stellung genommen und hält dies auch im vorliegenden Fall nicht für erforderlich.

Nachdem der BGH in diesem Fall das Vorliegen einer die Notwehr ausschließenden Fallgruppe abgelehnt hat, stellt er die Überlegung an, dass eine Notwehreschränkung vielleicht auch deshalb in Betracht kommen könnte, weil mehrere der anerkannten Fallgruppen erörterungswürdig waren, wenn auch keine von ihnen einschlägig war. Eine entsprechende Einschränkung der Notwehr lehnte der BGH jedoch ab.

Auch macht der BGH Ausführungen zum Mordmerkmal der Heimtücke. Diese ist nach herrschender Meinung dann gegeben, wenn der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst in fendlicher Willensrichtung ausnutzt (BGHSt 2, 251; NStZ 1984, 261; Schönke/Schröder-Eser, § 211 Rn. 23 mwN), wobei das Opfer dann arglos ist, wenn es sich keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (BGH, StV 1998, 544; Rödler/Fischer, § 211 Rn. 17). Eine Gegenauf-

fassung in der Literatur verlangt jedoch zusätzlich noch einen besonders verwerflichen Vertrauensbruch (Welzel, Das deutsche Strafrecht, S. 283; SK-Horn, § 211 Rn. 32 f. mwN). Diese Frage hatte der BGH im vorliegenden Fall jedoch nicht zu entscheiden, da er bereits die Arglosigkeit des Opfers verneinte, das als Erpresser mit einem Angriff des Erpressten gerechnet habe.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Einschränkung des § 32 StGB: *Roxin*, ZStW 1993, 68; *Bertel*, ZStW 84, 1; *Gutmann*, NJW 1962, 286; *Krause*, GA 1979, 329; *Kühl*, Jura 1990, 244; *Schumann*, JuS 1979, 559; *Seier*, NJW 1987, 2576;

□ Zur Notwehr gegen Erpressung: *KG*, JR 1981, 254; *Amelung*, NStZ 1998, 70; *Arzt*, JZ 2001, 1052; *Eggert*, NStZ 2001, 225; *Müller*, NStZ 1993, 366; *Novoselec*, BSStZ 1997, 218;

□ Zum Mordmerkmal der Heimtücke: *BGH*, StV 1981, 622; *Eser*, JR 1981, 177; *Küper*, JuS 2000, 740; *Otto*, Jura 1994, 149; *Rengier*, MDR 1980, 4; *Schmolzer*, ZStW 99, 389; *Spendel*, StV 1984, 46;

Klausurenkurs:

□ *Examenskurs*: "Der Autofahrer"

□ *Examenskurs*: "Die Autobombe"

Leitsätze:

1. Der Erpresser ist in einer von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten gegenüber einem wehrenden Gegenangriff des Erpressten auf sein Leben regelmäßig nicht arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken.

2. Zur Notwehr gegen eine Erpressung.

Sachverhalt:

M hatte dem A in Teilbeträgen insg. 6.000 DM abgepresst. Er hatte ihm gedroht, ihm im Nichtzahlungsfalle wegen seines Handels mit sog. Raubpressungen von CDs Schwierigkeiten bei der Polizei zu bereiten und ihn von Freunden zusammenschlagen zu lassen. Beide, M und der Angeklagte, waren miteinander bekannt und hatten oft persönlichen Kontakt. Als A am Tattage morgens M in dessen Wohnung besuchte, verlangte dieser weitere 1.000 DM. M drohte A erneut mit einer Anzeige wegen seiner illegalen Geschäfte. Um A zur Zahlung zu veranlassen, rief M über die Notrufnummer die Polizei an, um "einen Termin" zu vereinbaren.

Er kündigte überdies an, er werde mit Freunden das Geld von ihm eintreiben. A ließ sich jedoch nicht zur Zahlung bewegen und verließ schließlich die Wohnung des M.

Abends suchte M in Begleitung des Z den A in dessen Wohnung auf. A ließ beide ein. Während Z Proviant und eine Flasche Wodka besorgte, stritten A und M lautstark miteinander. M hielt dem A vor, dass er seit drei Jahren von Sozialhilfe lebe und daneben illegal CDs verkaufe. Er forderte nunmehr von A die Zahlung von 5.000 DM. Nach Rückkehr des Z tranken die drei Anwesenden schließlich - am Wohnzimmerstisch sitzend - drei Viertel des Inhalts einer Flasche Wodka, A indessen lediglich etwa 0,2 cl. Als A auch auf Ms erneute, nun höhere Forderung nicht einging und diese ablehnte, drohte M, die Wohnzimmereinrichtung zu zerstören. A bot M darauf die Übergabe von 1.200 DM an, die er in der Wohnung habe. Dies war M jedoch zu wenig; er bestand auf der Zahlung von 5.000 DM und drohte im weiteren Verlauf erneut mit Polizei und Finanzamt sowie der Zerstörung der Sachen in der Wohnung oder aber der Mitnahme von Gegenständen im Wert von 5.000 DM. Schließlich begann M, gegen die CD-Sammlung des A zu treten. A erklärte sich daraufhin bereit, den geforderten Betrag zu zahlen, wenn M "seine Sachen in Ruhe ließe". Er ging ins Badezimmer und holte dort eine Plastiktüte aus einem Versteck, in der sich 5.000 DM und 500 US-Dollar befanden. Zurück im Wohnzimmer überließ er Z die Tüte. [...] M stand zu diesem Zeitpunkt mit den Händen in den Hosentaschen im Wohnzimmer. Völlig überraschend für ihn, der "keinerlei Angriff erwartete", trat A hinter ihn, um ihn aus Wut zu töten. Blitzschnell riss er den Kopf des M zurück, schlug ihm mehrfach auf denselben und schnitt M mit einem aus der Hosentasche gezogenen feststehenden, einseitig geschliffenen Küchenmesser mit einer Klingenlänge von 5,8 cm sofort mehrfach von links nach rechts durch den Hals. Dabei fügte er M mehrere bis auf die Wirbelsäule reichende Schnittverletzungen zu. M brach zusammen und verstarb umgehend. Der völlig überraschte Z rannte unter Mitnahme des Geldes aus der Wohnung. [...] Bei dem trinkgewohnten M bestand zum Todeszeitpunkt eine hochgradige Alkoholbeeinflussung. Seine Blutalkoholkonzentration lag zwischen 3,03 und 3,26 Promille. [...]

Strafbarkeit des A?

Lösung:

I. Strafbarkeit wegen Mordes gem. § 211 StGB

A könnte sich durch die Messerschnitte wegen Mordes gem. § 211 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tötung eines anderen Menschen

Durch die Schnitte mit dem Messer hat A dem M, also einen anderen Menschen, getötet.

2. Heimtücke

S könnte heimtückisch gehandelt haben.

Heimtücke ist die Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in feindlicher Willensrichtung, wobei das Opfer arglos ist, wenn es sich im konkreten Zeitpunkt keines Angriffs von Seiten des Täters versieht (Lackner/Kühl, § 211 Rn. 6 ff.).

Der BGH führt zur Arglosigkeit des M aus: "Der Erpresser ist in der von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten im Blick auf einen etwaigen wehrenden Gegenangriff des Opfers auf sein Leben jedoch nicht arglos, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken. Das sich wehrende Erpressungsoffer handelt in einem solchen Falle mithin in aller Regel nicht heimtückisch.

Arglos in dem bei heimtückischer Begehungsweise vorausgesetzten Sinn ist der Getötete dann, wenn er nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen, geschweige denn mit einem lebensbedrohlichen Angriff rechnet. Diese Arglosigkeit kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles. Die Frage, ob ein Mensch arglos ist, beurteilt sich grundsätzlich nach seiner tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Vorhandensein einer Gefahr. Dass er einen tätlichen Angriff (hier: Gegenangriff) in Rechnung gestellt hat, kann sich allein schon aus seinem eigenen vorausgegangenen Verhalten ergeben (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13; vgl. weiter BGHSt 20, 301, 302; 33, 363, 365; BGH NJW 1980, 792; StV 1985, 235). Ist in einem Fall wie dem vorliegenden eine Notwehrlage aufgrund eines gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs durch den später Getöteten gegeben, der aktuell nicht nur im Fortwirken einer erpressungstypischen Dauergefahr besteht (Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit, etwa durch Setzen einer Frist zur Zahlung unter Übelsandrohung), sondern darüber hinaus in einer konkreten Tathandlung im Angesicht des Opfers, die unmittelbar die Verletzung eines beachtlichen Rechtsguts des Opfers besorgen lässt, so gilt: Es ist regelmäßig der Angreifer, der durch sein Verhalten einen schützenden oder trutzwehrenden Gegenangriff herausfordert, mag dieser sich nun im Rahmen des durch Notwehr Rechtfertigten halten oder deren Grenzen überschrei-

ten. Für die Frage der Arglosigkeit ist letzteres unerheblich. Mit seinem konkreten Angriff hat das spätere Opfer des Gegenangriffs in aller Regel seine Arglosigkeit bereits zuvor verloren. Er ist der wirkliche Angreifer. Dem Angegriffenen gesteht die Rechtsordnung das Notwehrrecht zu. Mit dessen Ausübung muss jeder Angreifer in solcher Lage grundsätzlich rechnen. Das ist von der strafrechtlichen Werteordnung und damit normativ prägend vorgegeben. Dem entspricht, dass das Notwehrrecht generell im Rechtsbewusstsein der Bevölkerung tief verwurzelt ist. Der Erpresser ist deshalb unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig nicht gänzlich arglos (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13).

Das Mordmerkmal der Heimtücke ist einer solchen, auch normativ orientierten einschränkenden Auslegung zugänglich. Diese gründet mit darin, dass der Gegenwehr hier ersichtlich nicht das Tückische in einem Maße innewohnt, welches den gesteigerten Unwert dieses Mordmerkmals kennzeichnet (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). Es gilt zudem, einen Wertungsgleichklang mit dem Notwehrrecht zu gewährleisten. Gerade für ein zunächst unterlegenes Opfer kann es sich als unausweichlich erweisen, gegenüber dem überlegenen Rechtsbrecher, der gar noch von einem Tattleilnehmer unterstützt wird, bei der Verteidigung einen Überraschungseffekt auszunutzen, soll die Notwehr überhaupt Aussicht auf Erfolg haben. Unter solchen Umständen erscheint es bei wertender Betrachtung nicht systemgerecht, dem sich wehrenden Opfer, wenn es in der gegebenen Lage - in der Regel plötzlich - in den Randbereich der erforderlichen und gebotenen Verteidigung gerät oder gar exzessiv handelt, das Risiko aufzulasten, bei Überschreitung der rechtlichen Grenzen der Rechtfertigung oder auch der Entschuldigung sogleich das Mordmerkmal der Heimtücke zu verwirklichen. [...]

Der danach anzunehmende Argwohn des später getöteten M wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass er den Feststellungen zufolge von dem Gegenangriff des Angeklagten 'überrascht' war und diesen nicht erwartet hatte. Das belegt lediglich, dass er die Aussichten falsch eingeschätzt hat, seinen Rechtsbruch ohne Gegenwehr zu Ende führen zu können; seine Arglosigkeit hatte er - mangels entgegenstehender Umstände - bereits mit seinem (erneuten) Angriff auf das Vermögen des Angeklagten in dessen Angesicht verloren.

Dem steht nicht entgegen, dass er sich auch in der Gefährlichkeit eines möglicherweise zu erwartenden Gegenangriffs verschätzt haben mag, weil er bis zuletzt wohl die Bewaffnung des Angeklagten mit einem kleinen Messer nicht bemerkt hatte (ebenso BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). Nach allem gilt:

Büßt der später Getötete wegen seines eigenen gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs nicht gänzlich seine Arglosigkeit gegenüber der Möglichkeit eines körperlichen (schutz- oder trutzwehrenden) Gegenangriffs ein, so fehlt es an der Heimtücke selbst dann, wenn der sich Wehrende das Überraschungsmoment bewusst ausnutzt.“

Da M nicht arglos war, hat A somit nicht heimtückisch gehandelt.

3. Grausamkeit

Die Tötung des M durch Schnitte in den Hals könnte jedoch grausam sein.

Grausam handelt der Täter dann, wenn er dem Opfer besonders starke Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung zufügt (BGH, StV 1997, 566; SK-Horm, § 211 Rn. 43). Zwar ist die Tötung des M durch die zahlreichen Schnitte in den Hals schon von einer hohen Brutalität gekennzeichnet, doch lässt sich insbesondere eine gefühllose Gesinnung des A nicht nachweisen, da dieser letztlich gehandelt hat, um sich gegen das Verhalten des M zu wehren. Eine grausame Tötung liegt somit ebenfalls nicht vor.

4. Niedrige Beweggründe

A könnte aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben.

Niedrig sind die Beweggründe des Täters dann, wenn sie sittlich auf tiefster Stufe stehen und deswegen besonders verächtlich sind (BGH NStZ-RR 200, 168; LK-Jähnke, § 211 Rn. 26 ff.).

A tötete den M im vorliegenden Fall, um sich gegen dessen Erpressung und somit einen Angriff auf seine Willensfreiheit und sein Vermögen zu wehren. Diese Motivation steht jedoch nicht sittlich auf tiefster Stufe, sondern ist vielmehr anerkennenswert (und führt ggf. sogar dazu, dass A gerechtfertigt ist), so dass niedrige Beweggründe des A nicht vorliegen.

II. Ergebnis

Da die Verwirklichung sonstiger Mordmerkmale durch A nicht ersichtlich ist, hat A bereits den Tatbestand des § 211 StGB nicht verwirklicht. A ist nicht strafbar gem. § 211 StGB.

B. Strafbarkeit wegen Totschlags, § 212 I StGB

A könnte sich jedoch durch die Schnitte wegen Totschlags gem. § 212 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A hat den M, also einen anderen Menschen, vorsätzlich getötet (s.o.) und damit den Tatbestand des § 212

I StGB erfüllt.

II. Rechtswidrigkeit

Die Tötung des M könnte jedoch aus Notwehr (§ 32 StGB) gerechtfertigt sein.

1. Notwehrlage

Dann müsste zunächst eine Notwehrlage bestanden haben, also gem. § 32 II StGB ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff des M.

Angriff i.S.v. § 32 II StGB ist jede Bedrohung rechtlich geschützter Interessen durch menschliches Verhalten (Schönke/Schröder-Lenckner/ Perron, § 32 Rn. 3). Gegenwärtig ist der Angriff vom Augenblick seines unmittelbaren Bestehens bis zu seinem vollständigen Abschluss (BGH NStZ 2000, 365).

Zum Vorliegen einer Notwehrlage stellt der BGH fest: “Die Notwehrlage bestand für den Angeklagten während seiner Messerattacke auf M noch fort. Ms erpresserischer Angriff auf das Vermögen des Angeklagten war noch ‘gegenwärtig’ im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB. Er war zwar vollendet, aber noch nicht beendet; denn die Beute war noch nicht gesichert (vgl. BGH bei Holtz MDR 1979, 985; sBGHSt 27, 336, 339; BGH NJW 1979, 2053; RGSt 55, 82, 84; Schönke/Schröder, § 32 Rdn. 13, 15; Lackner/Kühl, § 32 Rdn. 4). Notwehr ist nicht darauf beschränkt, die Verwirklichung der gesetzlichen Merkmale des Tatbestandes abzuwenden. Sie ist zum Schutz gegen den Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut zugelassen. Dieser Angriff kann trotz Vollendung des Delikts noch fortauern und deshalb noch gegenwärtig sein, solange die Gefahr, die daraus für das bedrohte Rechtsgut erwächst, entweder doch noch abgewendet werden kann oder bis sie umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist. Nur im Falle des endgültigen Verlustes handelt es sich etwa bei einem Angriff auf Eigentum und Besitz beweglicher Sachen für den Berechtigten nicht mehr um die Erhaltung der Sachherrschaft, sondern um deren Wiedererlangung, für die Gewaltanwendung jedenfalls nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Notwehr zugelassen ist.” Eine Notwehrlage lag somit vor.

2. Notwehrhandlung

a. Erforderlichkeit

Die Tötung des M müsste auch das erforderliche Verteidigungsmittel gewesen sein.

Erforderlich ist diejenige Verteidigungshandlung, die einerseits geeignet ist, den Angriff abzuwehren und andererseits das relativ mildeste Mittel zur Abwehr darstellt (BGHSt 27, 336; Tröndle/Fischer, § 32 Rn. 9).

Die Erforderlichkeit der Tötung des M könnte hier da-

ran scheitern, dass dem A u.U. gleich geeignete, aber mildere Mittel zur Verfügung gestanden hätten. So hätte A seine Wohnung verlassen, die Polizei alarmieren oder ein Handgemenge mit M und Z (ohne Verwendung des Messers) beginnen können.

Hierzu der BGH: "Ein 'Weggehen' des Angeklagten aus seiner eigenen Wohnung oder ein Herbeirufen der Polizei nach dem etwaigen Verlassen der Wohnung durch M und Z, also ein Abziehenlassen der Erpresser wäre keine Verteidigung gegen den rechtswidrigen Angriff mehr gewesen. Dass ein drohendes, wehrendes Vorzeigen des mit kurzer Klinge versehenen Küchenmessers sich ebenso wie der Versuch einer 'körperlichen Auseinandersetzung' als aussichtsreiche Verteidigungsmittel erwiesen hätten, versteht sich im Blick auf die Übermacht zweier Angreifer nicht von selbst. Der trinkgewohnte M war zwar hochgradig alkoholisiert, aber ersichtlich aktionsfähig und aggressionsbereit.

Zuvor, als der Angeklagte mit M vorübergehend allein war, weil Z Proviant herbeiholte, hatte der Angeklagte versucht, M hinzuhalten. Als die Tat vollendet wurde, sah der Angeklagte sich indessen wieder zwei Angreifer gegenüber. Dass der Versuch einer vom Angeklagten mittels körperlicher Gewalt geübten Trutzwehr, die Androhung des Einsatzes des Messers oder aber der Versuch des Herbeirufens der Polizei in Anwesenheit zweier Angreifer aussichtsreich gewesen wären, liegt nicht nahe [...]. Hätte der Angeklagte den Einsatz des Messers angedroht oder hätte er sich auf eine körperliche Auseinandersetzung eingelassen, wäre zu besorgen gewesen, dass er eine Eskalation durch die Angreifer heraufbeschworen hätte.

Ein nicht bloß geringes Risiko, dass ein milderes Verteidigungsmittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit mehr für den Einsatz eines stärkeren Verteidigungsmittels bleibt, braucht der Angegriffene zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss er sich nicht einlassen (vgl. nur BGH StV 1999, 143; BGH NStZ 2001, 591, jew. m.w.N.). [...]" Der Einsatz des Messers gegen M war somit erforderlich.

b. Gebotenheit

Jedoch war die Verteidigungshandlung des A vielleicht nicht geboten. Fraglich ist, ob eine der Fallgruppen gegeben ist, in denen nach herrschender Meinung die Gebotenheit der Notwehr aus sozialetischen Gesichtspunkten zu verneinen ist.

aa. Unerträgliches Missverhältnis zwischen geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut

Hierzu der BGH: "Die Auffassung des Landgerichts,

die Tötung Ms sei 'völlig unverhältnismäßig' gewesen, vermag der Senat nicht zu teilen. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter findet bei der Notwehr grundsätzlich nicht statt (anders etwa im Notstandsfall gemäß § 34 StGB; vgl. BGH NStZ 1996, 29; Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 17). Ein Fall des Missbrauchs des Notwehrrechts wegen geringen Gewichts des angegriffenen Rechtsguts stand hier nicht in Rede (sog. Bagatellfälle; vgl. BGH MDR bei Holtz 1979, 985; Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 20 m.w.N.). Es ging bei dem Angriff Ms nicht lediglich um eine etwaige Sachbeschädigung der CD-Sammlung des Angeklagten, sondern um die Erpressung eines Bargeldbetrages in Höhe von 5.000 DM. Bei solcher Ausgangslage gilt der Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht."

Ein unerträgliches Missverhältnis der betroffenen Rechtsgüter ist somit nicht gegeben.

bb. Absichtsprovokation

Die Notwehr ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Täter den Angriff ausschließlich zu dem Zweck provoziert hat, den Angreifer unter Ausnutzung der so entstehenden Notwehrlage verletzen zu können (BGH NJW 1983, 2267; Lenckner, JR 1984, 206).

Hierzu führt der BGH aus: "Der Angeklagte könnte sich nicht wirksam auf Notwehr berufen, wenn er sich absichtlich oder jedenfalls vorsätzlich in eine erwartete Verteidigungssituation hineinbegeben hätte, um dann M unter dem Vorwand einer objektiven Notwehrlage angreifen und 'vernichten' zu können. In einem solchen Fall erwiese sich seine Gegenwehr in Wahrheit als vorgeplanter Angriff auf das Leben Ms, rechtsmissbräuchlich im Gewande der Verteidigung geführt (vgl. nur BGH NJW 1983, 2267; NStZ 2001, 143; vgl. Tröndle/Fischer aaO § 32 Rdn. 18, 23). In diesem Zusammenhang bedarf es auch einer Bewertung der Äußerung des Angeklagten im Ermittlungsverfahren, wonach er auch "zukünftige weitere Wegnahmen" habe verhindern wollen. Dies kann für sich betrachtet auf den Willen zu einer Art (unerlaubter) "Präventivnotwehr" hindeuten. Für die tatsächliche Würdigung kann auch eine Rolle spielen (Indizwirkung), dass der Angeklagte M und Z in Kenntnis des wiederkehrenden, vorangegangenen erpresserischen Verhaltens Ms und von dessen Ankündigung am Vormittag in seine Wohnung einließ. Die Tatsache, dass und wann der Angeklagte sich mit einem kleinen Küchenmesser bewaffnet hatte, kann im Gesamtzusammenhang des Geschehens für den Schluss auf seine Beweggründe bedeutsam sein. Dem steht nicht entgegen, dass es im Grundsatz dem Notwehrübenden nicht anlastbar ist, wenn er sich für den Fall einer ihm aufgezwungenen Ausein-

andersetzung bewaffnet. Auch der Stellenwert der Äußerung, er habe M unbedingt töten wollen, ist in ihrer Bedeutung für die Motivlage zu beurteilen. Gleiches gilt für den Umstand, dass der Angeklagte sich beim gemeinsamen Wodka-Trinken vergleichsweise zurückhielt und lediglich ca. 0,2 cl zu sich nahm.

Andererseits ist aber auch im Auge zu behalten, dass M die Intensität seines Angriffs gesteigert hatte. So forderte er einen erheblich höheren Geldbetrag als noch am Vormittag. Er ließ sich auch nicht mehr erfolgreich hinhalten, sondern begann mit Sachbeschädigungen und drohte weitere Übel an, die die Durchsetzung mit räuberischen Mitteln nicht fernliegend erscheinen ließen. Dass der Angeklagte erst dann zum Gegenangriff übergang, als ihm der endgültige Verlust seines Geldes unausweichlich vor Augen stehen musste, könnte eher gegen eine Absichtsprovokation sprechen.

Nach allem muss sich der neue Trichter fragen, ob er sich im Blick auf einen etwaigen Missbrauch des Notwehrrechts davon überzeugen kann, dass der Angeklagte in der vorgefassten Absicht handelte, M zu töten und sich nicht erst in der aktuellen Situation, weil er möglicherweise den Verlust seines Geldes nicht mehr anders meinte abwenden zu können, zur Verteidigung entschloss. Hat der Trichter Zweifel, wird ein mitbestimmender wirklicher Verteidigungswille des Angeklagten anzunehmen und Rechtsmissbrauch zu verneinen sein."

In dubio pro reo ist somit zugunsten des A davon auszugehen, dass dieser den M nicht gezielt in seine Wohnung gelockt hat, um ihn zu verletzen oder zu töten. Eine Absichtsprovokation liegt somit nicht vor.

cc. Vorwerfbar herbeigeführte Notwehrlage

Nach herrschender Meinung ist die Notwehr auch dann zumindest eingeschränkt, wenn der Angegriffene den Angriff zwar nicht gezielt herbeigeführt hat, aber doch durch ein vorwerfbares Vorverhalten provoziert hat BGH, NJW 1962, 308; Schönke/Schröder-Lenckner/ Perron, § 32 Rn. 58 ff.).

Der BGH stellt insofern klar: "Eine Einschränkung des Notwehrrechts des Angeklagten im Blick auf eine etwaige Provokation Ms durch vorwerfbares Vorverhalten würde voraussetzen, dass dieses Vorverhalten rechtswidrig oder wenigstens sozialetisch zu missbilligen wäre; zudem müsste zwischen ihm und dem rechtswidrigen Angriff des M ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang bestehen (vgl. zu diesen Erfordernissen: BGHSt 27, 336, 338; 42, 97, 101; siehe auch BGHSt 24, 356, 358 f.; 26, 143, 145; BGH NStZ 1998, 508; NStZ-RR 1999, 40, 41; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, aaO § 32 Rdn. 54, 59; Tröndle/

Fischer aaO § 32 Rdn. 24)."

Fraglich ist, worin ein solches Vorverhalten des A zu sehen sein könnte.

(1) Einladung des M als Vorverhalten

Ein vorwerfbares Vorverhalten des A könnte darin liegen, dass er M und Z in seine Wohnung hineingelassen hat.

Der BGH führt aus: "Die bisherigen Feststellungen belegen nicht, dass der Angeklagte die Notwehrlage in rechtswidriger oder sonst sozialetisch zu missbilligender Weise herbeigeführt und M 'provoziert' hätte. Das bloße Einlassen Ms und dessen Begleiters in seine, des Angeklagten, Wohnung trotz der zuvor ausgesprochenen Drohungen und der bereits erfolgten Erpressungen genügt dafür nicht. Damit hat er M lediglich die Gelegenheit zum erneuten Erpressungsversuch gegeben und damit gleichsam fahrlässig - die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten betreffend - die Notwehrlage mit herbeigeführt. Ein rechtlich erlaubtes Tun - wie etwa das Öffnen der Wohnungstür gegenüber einem unbekanntem Bewaffneten (BGH NStZ 1993, 332, 333) - führt jedoch nicht ohne weiteres zur Einschränkung des Notwehrrechts, auch wenn der Täter wusste oder wissen musste, dass der andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnte (so schon BGH NStZ 1993, 332, 333). Entscheidend ist nicht, ob der später Angegriffene die Entwicklung vorhersehen konnte, sondern - mit Blick auf das Rechtsbewährungsinteresse - ob der Angreifer sich durch das vorwerfbare Verhalten des von ihm Angegriffenen provoziert fühlen konnte (vgl. Roxin ZStW Bd. 75 <1963>, 497, 582). Die bloß fahrlässige oder gar leichtfertige Herbeiführung einer Notwehrlage führt nicht zu einer Einschränkung des Maßes der gebotenen Verteidigung. Das würde selbst dann gelten, wenn der Angeklagte mit einem erneuten Angriff Ms gerechnet und dies beim Einlassen in seine Wohnung - wenn er dies hätte verhindern können - in Kauf genommen und geglaubt hätte, einen solchen Angriff hinhaltend oder sonst 'schon irgendwie' abwehren zu können. Er hätte auch dann nicht im Sinne einer Provokation des Angreifers gehandelt, sondern lediglich eine notwehrträchtige Lage durch erlaubtes Tun mitverursacht, für die er sich sogar wappnen durfte.

Dieses Verhalten mochte dann zwar in hohem Maße den Geboten der Vorsicht und der Lebensklugheit zuwiderlaufen; es nahm dem Angeklagten jedoch nichts von seinem Recht, sich gegen den Angriff mit den nach Maßgabe der Situation erforderlichen und gebotenen Mitteln zu verteidigen."

In dem Gewähren des Zutritts ist somit kein vorwerf-

bares Vorverhalten zu sehen.

(2) Handel mit Raubpressungen als Vorverhalten

Ein vorwerfbares Vorverhalten des A könnte jedoch darin liegen, dass dieser rechtswidrig mit Raubpressungen von CDs handelte, was es ja dem M überhaupt erst ermöglichte, ihn zu erpressen.

Der BGH stellt jedoch klar: "Ebensowenig erweist sich bei dem festgestellten Sachverhalt der illegale Handel des Angeklagten mit Raubpressungen von CDs als notwehreinchränkendes vorwerfbares Vorverhalten im Sinne einer Provokation der Notwehrlage oder Ms. Dieses Verhalten des Angeklagten ist zwar von Rechts wegen ersichtlich vorwerfbar. Es richtete sich jedoch nicht gegen ein Rechtsgut gerade des M, wie das etwa bei Tötlichkeiten oder Beleidigungen gegenüber dem späteren Angreifer der Fall ist. Betroffen waren vielmehr Rechtsgüter Dritter, nämlich der Urheberrechtsinhaber der CD-Titel. Dementsprechend fehlte auch der räumliche und zeitliche Zusammenhang mit dem Angriff Ms. Eine Notwehr des Angeklagten (wenn seine Trutzwehr vom Verteidigungswillen mitgetragen und erforderlich war) stünde 'nicht im Zeichen seines eigenen Unrechts'. Seiner Gegenwehr würde das eigene Unrecht nicht unmittelbar anhaften. Sie wäre mithin durch seine anderweitigen Straftaten nicht in einer Weise bemakelt, dass sie deshalb nicht mehr uneingeschränkt als Mittel auch der Rechtsbewahrung gegenüber dem erpresserischen Angriff Ms auf sein Vermögen hätte angesehen werden können (vgl. BGHSt 27, 336, 338; BGH NStZ 1989, 474; Schönke/Schröder, § 32 Rdn. 59). Auch demjenigen, der früher eine strafbare Handlung begangen hat, steht grundsätzlich ein uneingeschränktes Notwehrrecht zur Seite, wenn er in anderem Zusammenhang selbst Opfer einer Straftat wird. Er hat nicht etwa deshalb, weil die gegen ihn gerichtete Tat (hier: eine Erpressung) vom Täter an seine gegen die Rechtsgüter Dritter begangene eigene Straftat angeknüpft wird, einen 'Status minderen Rechts', der Erpresser nicht deswegen einen größeren, im Ergebnis nicht notwehrfähigen Freiraum für seinen Rechtsbruch."

Auch der Handel mit den Raubpressungen stellt somit kein notwehreinchränkendes vorwerfbares Vorverhalten dar.

Somit hat A die Notwehrlage nicht selbst vorwerfbar herbeigeführt, so dass eine Notwehreinchränkung aus diesem Grunde ebenfalls nicht in Betracht kommt.

dd. Einschränkung bei Notwehr gegen "Chantage"

Der BGH erörtert weiter: "Eine Einschränkung des Notwehrrechts jenseits der in der Rechtsprechung bis-

lang anerkannten Fallgruppen wird in der Literatur für die Fälle der sogenannten Schweigegelderpressung diskutiert ('Chantage'). Typischerweise droht der Erpresser hier mit der Enthüllung kompromittierender Tatsachen, namentlich mit einer Strafanzeige wegen einer vom Erpressungsoffer seinerseits begangenen Straftat. Wehrt der Erpresste sich oder tötet gar den Erpresser, so wird das Gebotensein der Notwehr verneint oder von einer Einschränkung des Notwehrrechts wegen verminderten Rechtsbewährungsinteresses ausgegangen. Das Interesse des Erpressten am Schutz vor Enthüllung einer Straftat verdiene keinen uneingeschränkten Schutz (vgl. zu alledem nur Roxin, Strafrecht AT, Rdn. 89/90; Haug, MDR 1964, 548, 549; Amelung GA 1982, 381; H. E. Müller NStZ 1993, 366; Novoselec NStZ 1997, 218 gegen Amelung, NStZ 1998, 70; Arzt JZ 2001, 1052; weiter Eggert NStZ 2001, 225).

Der Senat stellt dahin, ob und inwieweit einer solchermaßen begründeten Einschränkung des Notwehrrechts beizupflichten wäre. Das muss hier nicht entschieden werden. Der vorliegende Fall ist - anders als die in der Literatur zumeist erörterten Sachverhalte - dadurch geprägt, dass eine Erpressung in Rede steht, die nicht ausschließlich auf der Androhung der Anzeige von Straftaten des Erpressten fußt. Vielmehr hatte M dem Angeklagten schon damit gedroht, ihn zusammenschlagen zu lassen; noch am Vormittag des Tattages hatte er angekündigt, das Geld 'mit Freunden einzutreiben'. Ob daraus eine Leibesgefahr im Sinne des § 255 StGB folgte, die zum Vorfallszeitpunkt noch 'gegenwärtig' war, bedürfte gegebenenfalls der tatrichterlichen Würdigung (vgl. zu deren Fortwirken in Erpressungsfällen BGH NStZ-RR 1998, 135; BGHR StGB § 255 Drohung 9). In der aktuell gegebenen Notwehrlage drohte M mit erheblichen Sachbeschädigungen und der Wegnahme von Gegenständen aus der Wohnung des Angeklagten im Wert von 5.000 DM, was naheliegenderweise durch Gewaltanwendung gegenüber dem Angeklagten oder jedenfalls durch Drohung mit weiteren Übeln durchzusetzen gewesen wäre und sich dann rechtlich möglicherweise gar als Raub oder räuberische Erpressung erwiesen hätte. Sind die Drohmittel solcherart verschieden, um gleichsam eine 'gemischte Drohkulisse' aufzubauen, so liegt kein reiner Fall der Schweigegelderpressung mehr vor; es steht eine Mischung aus Schutz- und Schweigegelderpressung in Rede. In diesen Fällen ist das, was zur Verteidigung 'geboten' ist, unter dem Gesichtspunkt eigenen strafbaren Vorverhaltens des Erpressungsoffers gegenüber Dritten jedenfalls dann nicht eingeschränkt, wenn der Angriff des Erpressers auf die Willensentschlussfreiheit zugleich in einen gegenwärtigen Angriff auf

das Vermögen übergeht, mit weiteren Übeldrohungen verstärkt wird und der Angreifer im Angesicht des Opfers dabei ist, mit aktuell realisierbaren - auch konkludenten - Drohungen gegen Sachwerte und etwa auch die körperliche Integrität des Opfers seinen Angriff auf das Vermögen zu vollenden und zu beenden.

Daran ändert nichts, dass das Erpressungsoffer zuvor die Möglichkeit gehabt hätte, staatliche Hilfe zu suchen. Maßgeblich für die Beurteilung dessen, was zur Abwehr des Angriffs erforderlich und geboten ist, sind die Verhältnisse im Augenblick des konkreten Angriffs, also zum Zeitpunkt der Verteidigung durch den Angegriffenen ('Auseinandersetzungslage'; vgl. BGH NJW 1989, 3027; StV 1999, 143, 144)."

ee. Angriff erkennbar Schuldloser

Nach herrschender Meinung ist die Notwehr auch dann eingeschränkt, wenn der Angreifer erkennbar schuldlos ist (BGH, MDR/D 1975, 194).

Hier könnte der M infolge seines erheblichen Alkoholkonsums schuldunfähig gewesen sein. Der BGH verneint dies jedoch: "In Betracht zu ziehen haben wird der neue Tatrichter für den Fall einer vom Verteidigungswillen jedenfalls mitbestimmten und erforderlichen Notwehr schließlich eine Einschränkung dieses Rechts im Blick auf Ms Trunkenheit, an deren Zustandekommen der Angeklagte durch Gestattung und Mitwirkung am Konsum von Dreivierteln des Inhalts einer Flasche Wodka beteiligt war. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass das Notwehrrecht gegenüber schuldlos handelnden Angreifern eingeschränkt sein kann (vgl. Tröndle/Fischer, § 32 Rz. 19).

Dass M allerdings schuldunfähig gewesen sein könnte, dürfte eher fernliegen. Näher wird - zumal in Rücksicht auf den Zweifelsatz - eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit liegen, weil er jedenfalls noch in beachtlichem Maße aktionsfähig war."

ff. Einschränkung wegen Möglichkeit verschiedener Notwehrrestriktionen

Der BGH stellt schließlich noch folgende Überlegung an: "Der Senat hat schließlich erwogen, ob eine weitere Kategorie eingeschränkter (gebotener) Notwehr zu begründen ist, wenn mehrere Umstände vorliegen, die Anlass zur Prüfung einer Einschränkung nach den insoweit anerkannten Fallgruppen geben, dort aber eine solche Einschränkung je für sich nicht zu rechtfertigen vermögen. Dies hat der Senat jedoch verworfen: Das liefe auf eine Art Gesamtschau und die Gewichtung verschiedener Umstände hinaus. Damit verlöre das

Notwehrrecht in solchen Fällen seine Konturenschärfe. Es muss geeignet bleiben, in den einschlägigen, oft durch die Plötzlichkeit der Entwicklung charakterisierten Fällen des Lebens dem rechtlichen Laien ohne weiteres überschaubare, grundsätzlich einfache Richtschnur für das Handeln zu sein. Allzu differenzierte Erwägungen würden seinem Zweck widerstreiten. Die anerkannten Fälle der Einschränkung des Notwehrrechts sind denn auch solche, in denen das zumutbar geringere Maß der gebotenen Verteidigung oder eine Pflicht zum Ausweichen für jedermann ohne weiteres augenfällig ist (Evidenzfälle)."

Die Verteidigungshandlung des A war somit auch geboten.

3. Subjektives Rechtfertigungselement

A müsste weiterhin mit Verteidigungswillen gehandelt haben.

Der BGH führt aus: "Die bisherigen Feststellungen und die Würdigung des Landgerichts tragen schließlich nicht die Annahme, der Angeklagte habe nicht mit Verteidigungswillen gehandelt, sondern 'Selbstjustiz' geübt. In den Feststellungen hebt die Strafkammer selbst hervor, dass der Angeklagte 'wütend darüber war, dass M ihm das angesparte Geld wegnehmen wollte und er sich von M nicht seine Existenz zerstören lassen wollte'. Dies kann darauf hindeuten, dass der Angeklagte sich jedenfalls auch vom Willen zur Verteidigung gegen den Verlust des Geldes hat leiten lassen. Hinzutretende andere Tatmotive schließen den Verteidigungswillen nicht aus. Eine Rechtfertigung kommt nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann in Betracht, wenn neben der Abwehr eines Angriffs auch andere Ziele verfolgt werden, solange sie den Verteidigungszweck nicht völlig in den Hintergrund drängen (vgl. nur BGH NStZ 1983, 117 m.w.N.)."

Jedenfalls nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" ist somit von einem Verteidigungswillen des A auszugehen. A ist also aus § 32 StGB gerechtfertigt.

III. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 212 I StGB.

C. Gesamtergebnis

Auch alle anderen in Betracht kommenden Delikte (insb. §§ 223 ff. StGB) sind gem. § 32 StGB gerechtfertigt, so dass A straflos ist.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Beljin, Saša / Micker, Lars: "Besonderes Verwaltungsrecht im ersten Staatsexamen"
Fundstelle:	JuS 2003, 556 (Heft 6)
Inhalt:	Erster Teil einer Fortsetzungsreihe, die als "Crashkurs" Verwaltungsrecht verstanden werden kann. Die Autoren geben einen raschen Überblick über die gängigen Probleme des besonderen Verwaltungsrechts (im vorliegenden 1. Teil bezogen auf das Polizei- und Ordnungsrecht), ohne in die Tiefe zu gehen.

Autor/Titel:	Wilrich, Thomas: "Kommunalrechtliche Mitwirkungsverbote"
Fundstelle:	JuS 2003, 587 (Heft 6)
Inhalt:	Gegenstand des Beitrags ist ein Fall zur Befangenheit von Ratsherren beim Beschluss eines Bebauungsplans. Der Fall ist prozessual als Normenkontrollantrag aufgezo-gen. Der Sachverhalt ist einer Entscheidung des VGH Mannheim (NVwZ 1990, 588) nachempfunden.

Autor/Titel:	Doerfert, Carsten: "Borkumlied-Fall"
Fundstelle:	JA 2003, 385 (Heft 5)
Inhalt:	Der "Borkumlied-Fall" des Preußischen OVG (E 80, 176) ist ein "Klassiker" des öffentlichen Rechts zur Entwicklung der Rechtsfigur des Zweckveranlassers im Polizei- und Ordnungsrecht und zur Störerauswahl. Der Autor bereitet den Fall ansprechend wieder auf, wodurch das Lesen des Beitrags lehrreich und vergnüglich zugleich wird.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Hirsch, Christoph: "Schadensersatz statt der Leistung"
Fundstelle:	Jura 2003, 289 (Heft 5)
Inhalt:	Der Beitrag erarbeitet eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Schadensersatzansprüchen, die § 280 BGB in seinen drei verschiedenen Absätzen gewährt; dabei liegt der Schwerpunkt auf dem "Schadensersatz statt der Leistung" gem. §§ 280 III, 281 ff. BGB.

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Bestand und Umfang der Vertretungsmacht"
Fundstelle:	Jura 2003, 310 (Heft 5)
Inhalt:	Der Aufsatz beschäftigt sich mit elementaren Grundfragen des Rechts zur Stellvertretung, die nicht nur für die Anfangssemester wichtig sind, sondern aufgrund ihrer Verzahnung mit dem Handels- und Gesellschaftsrecht auch für die Examensvorbereitung wiederholt werden sollten.

Autor/Titel:	Hampel, Christian: "Der praktische Fall: Kaufrechtliche Probleme beim Gebrauchtwagenkauf"
Fundstelle:	JuS 2003, 465 (Heft 5)
Inhalt:	Umfassende Aufarbeitung einer zivilrechtlichen Examensklausur mit den klassischen kaufrechtlichen Problemen beim Gebrauchtwagenkauf nach dem neuen Schuldrecht des BGB; dabei liegt der Schwerpunkt auf der Darstellung der verschiedenen Käuferrechte bei Lieferung einer mangelhaften Sache.

Autor/Titel:	Saenger, Ingo: "Die voreilige Schranke"
Fundstelle:	JA 2003, 390 (Heft 5)
Inhalt:	Gutachterlich aufgearbeitete Examensklausur mit den Themenschwerpunkten im Unmöglichkeitensrecht, Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff. BGB), GoA-Recht gem. §§ 677 ff. BGB sowie den deliktischen Verkehrssicherungspflichten.

Strafrecht

Autor/Titel:	Himmelreich, Klaus / Lessing, Karen: "Überblick über neue Entscheidungen in Verkehrsstraf- und Bußgeldsachen"
Fundstelle:	NStZ 2003, 301 (Heft 6)
Inhalt:	Aktuelle Folge der regelmäßig erscheinenden Übersicht über aktuelle Rechtsprechung zu den relevanten Fragen des Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts (zuletzt in NStZ 2002, 301) mit interessanten (kommentierten) Entscheidungen, insbesondere auch für den Praktiker

Autor/Titel:	Kudlich, Hans: "Computerberug und Scheckkartenmissbrauch durch den berechtigten Karteninhaber - BGH, NJW 2002, 905"
Fundstelle:	JuS 2003, 537 (Heft 6)
Inhalt:	Interessante, gut verständliche Ausführungen zu der im Titel genannten, bedeutsamen BGH-Entscheidung (s. auch RA 2002, 246), die der Verfasser zum Anlass nimmt, auch an Parallelfällen Probleme der Strafbarkeit des Missbrauchs von Scheckkarten zu erörtern, was insb. angesichts der hohen Examensrelevanz von Straftatbeständen wie §§ 263, 263 a und 266 b StGB besondere Beachtung verdient.

Autor/Titel:	Radtke, Henning / Schwer, Dominic: "Anwendbarkeit der Regeln über den ärztlichen Heileingriff auf medizinisches Hilfspersonal"
Fundstelle:	JuS 2003, 580 (Heft 6)
Inhalt:	Interessante Variation des klassischen Problems, ob ärztliche Heileingriffe Körperverletzungen darstellen können, inklusive ausführlicher Darstellung der in diesen Problemkreisen denkbaren Rechtfertigungsgründen; auch das klassische Problem der Abgrenzung von § 315 b und § 315 c StGB wird behandelt.