

## Öffentliches Recht

### Standort: Art. 12 GG      Problem: Verfassungsunmittelbarer Anspruch auf Auskunft

BVERWG, URTEIL VOM 02.07.2003  
3 C 46/02 (NJW 2003, 2698)

#### Problemdarstellung:

Die Kl. bemühte sich gegenüber der bekl. Behörde um Auskunft über auslaufende Linienverkehrsgenehmigungen, um selbst Bewerbungen für eine entsprechende Konzession einreichen zu können. Einen entsprechenden Anspruch aus § 29 I VwVfG konnte sie jedoch nicht geltend machen, da dieser an die Beteiligtenstellung (§ 13 VwVfG) anknüpft, und die begehrten Auskünfte gerade im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens (nämlich der Konzessionsvergabe) erteilt werden sollten, die Kl. also noch nicht "Beteiligte" war. Auch aus dem Gemeinschaftsrecht ließ sich nichts herleiten, da es für eine deutsche juristische Person, die in Deutschland um eine Genehmigung nachsucht, an einem Grenzübergang fehlt, der aber als auslösendes Moment für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten nach dem EG-Vertrag (hier namentlich die Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG) erforderlich ist.

Das BVerwG sah sich daher genötigt, einen Anspruch auf Auskunft und Information unmittelbar aus der Verfassung (Art. 12 I GG) herzuleiten, weil die Kl. zu ihrer freien Berufsausübung auf diesen angewiesen war. Freiheitsgrundrechte sind zwar grds. nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; es ist jedoch in der Rspr. und Lit. seit langem anerkannt, dass sie ausnahmsweise auch Leistungsrechte vermitteln, wenn die begehrte staatliche Leistung unerlässlich für die Grundrechtsausübung ist. Prominentester Fall ist wohl der vom BVerwG unmittelbar aus Art. 1 GG abgeleitete Anspruch auf das Existenzminimum (BVerwGE 1, 159, 161; offen gelassen hingegen in BVerfGE 75, 348, 360).

#### Prüfungsrelevanz:

Das BVerwG stellt in den Entscheidungsgründen ein Prüfungsschema auf, dass auch der mit Auskunftsansprüchen konfrontierte Examenskandidat abspulen sollte. Danach besteht ein Auskunftsanspruch aus Art. 12 I GG dann, wenn

1. Keine anderen Anspruchsnormen greifen (z.B. §§ 25, 29 VwVfG),

2. Der Anspruchsteller (ASt.) Träger des Grundrechts aus Art. 12 I GG ist (im Fall: Juristische Person über Art. 19 III GG; Vorsicht auch bei Ausländern - Art. 12 GG ist ein Deutschengrundrecht!),

3. Die Information für die Berufswahl oder -ausübung unerlässlich ist,

4. Sie vom ASt. nicht selbst beschafft werden kann und  
5. Keine Ausschlussgründe bestehen, wobei das Gericht als solche insbesondere unzumutbaren Verwaltungsaufwand und schützenswerte Rechte Dritter nennt.

Das BVerwG hat den Anspruch im vorliegenden Fall aus Art. 12 I GG abgeleitet, also für die Berufsfreiheit anerkannt. Es bleibt abzuwarten, ob die Rspr. hieraus einen "allgemeinen Auskunftsanspruch" entwickeln wird, der auch bei den anderen Grundrechten gilt. Schon jetzt lässt sich aber sagen, dass man z.B. Ausländern über Art. 2 I GG kaum das verwehren können wird, was man Deutschen nach Art. 12 I GG zubilligt, sofern man mit der ganz h.M. die Berufsfreiheit der Ausländer als von Art. 2 I GG geschützt ansieht (anders wieder bei ausländischen jur. Personen, die wegen Art. 19 III GG nicht Grundrechtsträger sind. Handelt es sich um solche mit Sitz in der EU, werden dann die auch vom BVerwG angesprochenen Grundfreiheiten des EG-Vertrages daraufhin zu prüfen sein, ob sie Auskunftsansprüche vermitteln).

#### Vertiefungshinweise:

Akteneinsicht bei schutzwürdigen Belangen Dritter: *OVG Frankfurt*, NVwZ 2003, 884

Anspruch auf Akteneinsicht: *VG Berlin*, NVwZ-RR 2002, 810

Vorlage von Akten durch die Landesregierung: *BVerfG*, NVwZ-RR 2003, 85

#### Leitsatz:

**Das Grundrecht aus Art. 12 I GG kann es einer Behörde gebieten, bereits im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens (hier: Linienverkehrs-Genehmigungsverfahren) und damit unabhängig von einer verwaltungsverfahrensrechtlichen Beteiligtenstellung einem potenziellen Verfahrensbeteiligten Informationen zur Verfügung zu stellen, welcher**

**dieser bedarf, um sachgerecht die Frage prüfen und entscheiden zu können, ob und in welchem Umfang er sich um eine behördliche Genehmigung (Konzession) bewirbt.**

**Sachverhalt:**

Die Kl., eine KG, beabsichtigt den Betrieb von Omnibus- und Straßenbahnlinien nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) auch im Zuständigkeitsbereich des Bekl.; in der Vergangenheit hat sich die Kl. bereits mehrfach erfolglos um Liniengenehmigungen bemüht. Einem Auskunftsbegehren der Kl. aus dem Jahre 1999 betreffend Laufzeiten und Bedingungen zu Gunsten anderer Personen erteilter Genehmigungen wurde seitens des Bekl. nicht entsprochen. Das VG hat mit Urteil vom 7.12.01 Auskunfts- und Informationsansprüche versagt: Weder Bestimmungen des Personenbeförderungs- noch des Landesverwaltungsverfahrensrechts sähen entsprechende Ansprüche vor; auch das Gemeinschaftsrecht sei insoweit nicht einschlägig, insbesondere die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EG) sowie die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EG) könnten sich nicht zu Gunsten der Kl. auswirken. Unmittelbar aus der Verfassung lasse sich das geltend gemachte Begehren auch nicht herleiten. Zwar lasse es Art. 19 IV GG zu, nach pflichtgemäßem Ermessen entsprechende Informationen und Auskünfte zu erteilen, sofern nicht — wofür keine Anhaltspunkte vorlägen — gesetzliche Auskunfts- bzw. Akteneinsichtsverbote eingriffen. Der Bekl. habe aber diesem Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung genügt; es sei nicht zu beanstanden, wenn der Bekl. auf den erheblichen Verwaltungsaufwand verweise, den das umfassende Gesuch der Kl. mit sich brächte. Die Berufung der Kl. war, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, erfolglos. Mit der vom Senat (begrenzt) zugelassenen Revision erstrebt die Kl. die Verurteilung des Bekl., ihr jeweils bis zum 30. September eines Jahres alle im Zuständigkeitsbereich des Bekl. im Folgejahr ablaufenden Genehmigungen mit deren Enddaten, den Streckenverläufen, den genehmigten Fahrplänen und Tarifen sowie den Auflagen der Bedienungsverbote bzw. Koppelungen von Linien mitzuteilen. Es gehe ihr ausschließlich darum, diejenigen Informationen zu erhalten, auf deren Kenntnis sie zur Wahrung ihrer (grundrechtlich geschützten) Rechtspositionen unbedingt angewiesen sei. Ohne solche Informationen werde sie insbesondere im Hinblick auf die Inhaber der bestehenden Genehmigungen unzulässig benachteiligt. In einem Fall einer ausgelaufenen Genehmigung habe sie erfahren müssen, dass deren Inhaber bereits längere Zeit vor dem Ablaufdatum die Genehmigungsverlängerung gewährt worden sei, so dass ihre Bewerbung zu spät ge-

kommen sei; aber auch dann, wenn ein Verfahren noch nicht entschieden sei, sei sie ohne die verlangten Informationen in nicht ausgleichbarer Weise benachteiligt. Kennzeichnend für den öffentlichen Personennahverkehr sei es, dass noch nicht vergebene Linien kaum zu "entdecken" seien. Deswegen stoße ein Neubewerber regelmäßig auf "Altkonzessionäre", die aus einer beanstandungsfreien Bedienung in der Vergangenheit auch für die Zukunft Vorrechte herleiten könnten, so dass ein Neubewerber gezwungen sei, ein besseres Angebot abzugeben. Hierzu seien die verlangten Informationen unerlässlich. Im Einzelnen betreffe dies vor allem die rechtzeitige Mitteilung des Ablaufs von — regelmäßig acht Jahre gültigen — Genehmigungen. Anderenfalls sei die Klägerin gezwungen, "ins Blaue hinein" Genehmigungsanträge zu stellen, was deren Erfolg von vornherein entgegenstünde. Das Rechtsmittel hatte teilweise Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Das angefochtene Berufungsurteil verletzt Bundesrecht i.S. des § 137 I VwGO mit seiner entscheidungstragenden Annahme, die Kl. könne auch aus der Verfassung keinen Anspruch gegen den Bekl. darauf ableiten, ihr bis zum 30. September eines Jahres alle im Zuständigkeitsbereich des Bekl. im Folgejahr ablaufenden Genehmigungen nach §§ 13, 42, 43 PBefG mit Enddatum der Genehmigung und Streckenverlauf mitzuteilen. Im Übrigen ist die Revision unbegründet, weil die Kl. nicht beanspruchen darf, dass ihr — wie von ihr verlangt — weitere Einzelheiten zu den auslaufenden Genehmigungen mitgeteilt werden.

*I. Auskunft über die Eckdaten*

Nicht dem Bundesrecht entspricht die Weigerung des Bekl. sowie deren tatsächengerichtliche Bestätigung, bis zum 30. September eines Jahres im Folgejahr ablaufende Genehmigungen mit deren Enddatum und Streckenverlauf mitzuteilen.

*I. Anspruch aus dem VwVfG*

Allerdings teilt der erkennende Senat die Auffassung des VGH, weder aus dem geschriebenen (einfachen) Bundesrecht noch aus dem (primären oder sekundären) Gemeinschaftsrecht ergebe sich der von der Kl. geltend gemachte Anspruch. Insoweit macht sich der erkennende Senat die im Berufungsurteil dargelegte Überzeugung des VGH zu Eigen. Namentlich das Verwaltungsverfahrensgesetz (des Landes wie des Bundes) ergibt in Fällen der hier in Rede stehenden Art keinen gesetzlichen Auskunfts- bzw. Informationsanspruch, weil die Vorschriften, soweit sie überhaupt in Betracht zu ziehen sind, an die Beteiligtenstellung des § 13 I VwVfG an-

knüpfen (vgl. etwa §§ 25 S. 2 und 29 I VwVfG); einer solchen Beteiligtenstellung berührt sich indes für den im Streitfall in Betracht zu ziehenden Zeitraum (vor Stellung eines Genehmigungsantrags) selbst die Kl. nicht.

### 2. Anspruch aus dem Gemeinschaftsrecht

Zutreffend hat das BerGer. auch einen aus den Grundfreiheiten des EG-Vertrags (insbesondere aus der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit) ableitbaren Anspruch verneint; das Begehren der Kl., die sich als nach deutschem Recht und mit satzungsmäßigem Sitz in der Bundesrepublik Deutschland gegründete KG im Streitfall in der Bundesrepublik Deutschland betätigen möchte, hat keinerlei grenzüberschreitenden Charakter, welcher im vorliegenden Zusammenhang notwendig wäre, um eine Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts ins Blickfeld zu rücken.

### 3. Anspruch aus dem GG

Indessen folgt das Recht der Kl. im tenorierten Umfang unmittelbar aus der Verfassung; die aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 I GG (vgl. etwa BVerfGE 52, 280 338; 73, 280, 294; 82, 209, 227; 84, 34, 45; 84, 59, 72) sowie aus dem Prozessgrundrecht des Art. 19 IV GG (vgl. BVerfGE 69, 1, 49) ableitbaren Vorwirkungen namentlich auf das behördliche Verfahren und dessen Gestaltung rechtfertigen insoweit die Zuerkennung eines Auskunfts- und Informationsanspruchs auch für den Zeitraum eines Vor-Verwaltungsverfahrens.

#### a. Grundrechte als Leistungsrechte

In der Rechtsprechung des BVerwG sind solche unmittelbar aus der Verfassung abzuleitenden Ansprüche bereits für denkbar gehalten, gleichwohl aber als im konkreten Einzelfall nicht begründet beurteilt worden (vgl. BVerwGE 61, 15 sowie BVerwGE 61, 40; BVerwGE 69, 278 und BVerwGE 84, 375); jedenfalls dann, wenn eine begehrte und einer Behörde mögliche Auskunfts- bzw. Informationsleistung zum Schutz des grundrechtlich gesicherten Freiheitsraums des jeweiligen Grundrechtsträgers unerlässlich ist (BVerwGE 61, 15), kann an dessen berechtigtem Interesse an einer solchen behördlichen Leistung kein beachtlicher Zweifel bestehen. Der Streitfall gibt Gelegenheit, diesen verfassungsrechtlichen Ansatz weiterzuentwickeln.

#### b. Eingriff in den Schutzbereich durch Nichtleistung

Der Streitfall ist durch tatsächliche und rechtliche Umstände gekennzeichnet, die die Bejahung eines verfassungsunmittelbaren Auskunfts- und Informationsanspruchs rechtfertigen. Denn die der Kl. ernsthaft drohende Gefahr, zu Gunsten anderer Bewerber, ins-

besondere zu Gunsten so genannter "Altkonzessionäre", mit ihrem Begehren zurückgewiesen zu werden, die Genehmigung für die Bedienung konkreter Verkehrslinien zu erhalten, stellt sich als Beeinträchtigung ihres Berufsgrundrechts aus Art. 12 I GG dar; diese muss zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit auf das notwendige Maß beschränkt werden, indem der Kl. die begehrten Informationen nicht vorenthalten werden. Dies ergibt sich im Einzelnen aus Folgendem:

#### aa. Genehmigungspflicht des Linienverkehrs

Auszugehen ist davon, dass § 2 I PBefG die Aufnahme des Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen unter Genehmigungsvorbehalt stellt. Gemäß § 13 II Nr. 2 PBefG stellt es einen Versagungsgrund dar, wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann oder wenn der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer bereits wahrnehmen (vgl. hierzu BVerwG, NVwZ 2001, 320). Dies hat vor allem zur Konsequenz, dass während der Geltungsdauer der einem Unternehmer erteilten Liniengenehmigung ein anderer Bewerber — wie die Kl. — in der Regel keine Möglichkeit hat, eine entsprechende Genehmigung zu erhalten (Verbot der Doppelbedienung). Folglich hat er regelmäßig erst beim Ablauf einer — meist acht Jahre gültigen (vgl. § 16 II PBefG) — Genehmigung eine tatsächlich und rechtlich relevante Gelegenheit, erfolgreich um eine Genehmigung nachzusuchen. In den Fällen, in denen früher erfolgreiche Bewerber sich erneut um eine Genehmigung bemühen, kommt wegen § 13 III PBefG für einen neuen Bewerber hinzu, dass er — schlagwortartig ausgedrückt — das "bessere Angebot" machen muss, um sich gegenüber einem Altkonzessionär durchsetzen zu können (vgl. BVerwG, NVwZ 2001, 320).

#### bb. Information für Bewerbung unerlässlich

Vor diesem normativen Hintergrund liegt es auf der Hand und bedarf keiner vertieften Begründung, dass ein neuer Bewerber wie die Kl. keine reelle Chance hat, sich sofort und unmittelbar auf einem bereits im Wesentlichen aufgeteilten Markt des Linienverkehrs betätigen zu können. Um zu vermeiden, dass ein Bewerber wegen bestehender und noch längere Zeit gültiger Genehmigungen von vornherein zurückgewiesen wird, ist es deshalb für ihn unerlässlich, sich auf diejenigen Linien zu konzentrieren, die in einer überschaubaren Zukunft ablaufen werden; mit anderen Worten darf er nicht gezwungen sein, sich gewissermaßen blind auf sämtliche überhaupt denkbaren Linien zu bewerben, weil — wie hier nicht weiter dargelegt werden muss — ein ernsthafter und ernst zu nehmender Antrag umfangreiche,

unter Umständen erhebliche Kosten verursachende Vorüberlegungen in finanzieller, sächlicher und personeller Hinsicht (bezogen vor allem auf die zu erwartende Rentabilität) voraussetzt. [...]

*cc. Zumutbarer Verwaltungsaufwand*

Auf der anderen Seite ist der von der Behörde verlangte Aufwand auch unter der Voraussetzung zumutbar, dass die Behörde nicht über ein elektronisches Erschließungssystem verfügen sollte und sie deswegen — wie der Bekl. im Verfahren vorgebracht hat — gezwungen ist, die Unterlagen über laufende Genehmigungen mit absehbarem Ablauf zu Gunsten eines Neubewerbers "herauszusuchen". Eine Genehmigungsbehörde, die für die Erteilung gesetzlich vorgeschriebener und zwingend befristeter Genehmigungen zuständig ist, muss in jedem Fall schon zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben einen ständigen Überblick darüber haben, welche Genehmigungen demnächst auslaufen.

*dd. Grundrechtsberechtigung des Antragstellers*

Ein aus dem vorbezeichneten Dilemma eines Neubewerbers folgendes sowie einer Behörde zumutbares Begehren hat auch verfassungsrechtliches Gewicht. Als inländische Personengesellschaft kann sich die Kl. zumindest entsprechend Art. 19 III GG hinsichtlich der von ihr angestrebten Erwerbstätigkeit auch auf die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG berufen (vgl. lediglich BVerfGE 21, 261, 266).

Für dieses Grundrecht hat das BVerfG namentlich im Beschluss vom 18.6.1986 (BVerfGE 73, 280, für Notarbewerber) dargelegt, dass durch eine Gestaltung von Auswahlverfahren unmittelbar Einfluss auf Konkurrenzsituationen und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen werden kann, so dass ein Verfahren, soll es den Anforderungen des Art. 12 I GG genügen, gewährleisten muss, dass tatsächlich von allen potenziellen Bewerbern derjenige gefunden wird, der am ehesten den gesetzten Anforderungen entspricht. Diese Anforderungen treffen auch auf das hier in Rede stehende Verfahren nach dem Personenbeförderungsrecht zu. Zwar bietet das gültige allgemeine oder fachbezogene Verfahrensrecht demjenigen Alt- oder Neubewerber hinreichende Möglichkeiten, der sich von vornherein nur auf eine kleine Anzahl von Linien konzentriert oder gar für sich bereits eine konkrete Auswahlentscheidung getroffen hat, nicht aber bietet es eine ausreichende Handhabe, in einem Vorklärungsprozess aus einer Vielzahl überhaupt in Betracht zu ziehender Linien diejenigen zu ermitteln, die als Antragsobjekte ernsthaft in Betracht zu ziehen sein könnten. Dieser Umstand rechtfertigt einen verfassungsunmittelbaren Auskunfts- und Informationsanspruch.

*c. Schranken*

Aus den vorstehenden Darlegungen folgen für das Streitverfahren zugleich die Grenzen eines verfassungsunmittelbaren Anspruchs.

*aa. Fehlende eigene Erkenntnisquellen*

Von vornherein versteht es sich von selbst, dass sich ein Anspruch der vorbezeichneten Art nur auf Informationen beziehen kann, über die eine Behörde befugtermaßen und in dem Sinne ausschließlich verfügt, dass der Anspruchsteller sie sich nicht mit zumutbaren Anstrengungen auf anderweitige Weise verschaffen kann. Dies folgt aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass derjenige kein berechtigtes und schutzwürdiges Interesse an einer behördlichen oder gerichtlichen Leistung hat, welcher zumutbar auf andere Weise zu einem entsprechenden Ergebnis gelangen kann. Daher trifft die Behauptung des Bekl. zu, die Kl. könne sich Einzelangaben über Tarife und Fahrzeiten der auslaufenden Linien ohne Mühe selbst verschaffen; hat die Kl. durch eine behördliche Auskunft über den Streckenverlauf einer auslaufenden Linie die Möglichkeit einer Vorauswahl im Hinblick auf die von ihr angestrebten Bewerbungen, so ist sie durch Ausschöpfung allgemein zugänglicher Quellen wie Fahrplänen und Entgeltaufstellungen in der Lage, entsprechende Überlegungen sowie Kalkulationen zur Frage anzustellen, ob sie ein ähnliches oder besseres Angebot abgeben kann.

*bb. Schutz von Rechten Dritter*

Gleichfalls nicht von einem verfassungsunmittelbaren Auskunftsanspruch erfasst sind im vorliegenden Zusammenhang solche Informationen, deren Preisgabe die berechtigten Interessen anderer Bewerber in nicht vertretbarer Weise beeinträchtigen würde. Denn auch diese anderen Bewerber können sich — wie die Kl. — auf ihren Grundrechtsschutz und die staatliche Pflicht berufen, für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung zu sorgen (vgl. hierzu lediglich Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., Vorb. Art. 1 Rdnr. 11); auch diese Bewerber werden von der wettbewerbsfördernden Wirkung des Art. 12 I GG (vgl. Jarass/Pieroth, Art. 12 Rdnr. 15) erfasst und begünstigt. Deshalb kann ein potenzieller Neubewerber nur verlangen, durch entsprechende Informationen in eine dem Altkonzessionär gleichwertige Ausgangslage gebracht zu werden, nicht aber, ihm gegenüber begünstigt zu werden. Letzteres wäre aber der Fall, wenn dem potenziellen Neubewerber solche Informationen über Einzelheiten der ablaufenden Genehmigung erteilt würden, denen in einem sich anschließenden Wettbewerb um die künftige Genehmigung keine Informationen entsprechen, welche der Altkonzessionär von dem Neubewerber erfährt

oder erfahren müsste. Kennzeichnend für einen rechtmäßigen Wettbewerb um eine Genehmigung ist es nämlich, dass die Wettbewerber zwar der Genehmigungsbehörde gegenüber die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel und ihre Absichten offenbaren müssen, aber nicht ihren Konkurrenten; denn Grundregel jedes Ausschreibungsverfahrens im weiteren Sinne — und ein Wettbewerbsverfahren um eine behördliche Konzession kann zwanglos als Ausschreibungsverfahren im weiteren Sinne begriffen werden — ist es, dass jeder Anbieter sein Angebot eigenständig und ohne Kenntnis des Angebots der übrigen Bewerber abzugeben hat.

Da die Annahme nahe liegend ist, dass ein Altkonzessionär eine erfolgreich betriebene Verkehrslinie unter gleichen oder ähnlichen Bedingungen weiter betreiben will,

bestünde im Falle der Informationserteilung, die über den zeitlichen Ablauf sowie die Streckenführung einer genehmigten Linie hinausgeht, immer die grundsätzlich nicht hinnehmbare Gefahr einer unzulässigen Preisgabe von Strategien und Geschäftsgeheimnissen des Altkonzessionärs bereits im Vorfeld des eigentlichen Wettbewerbs.

#### *II. Auskunft über Details*

Daher kann die Kl. nicht verlangen, dass ihr auch bisherige Gestaltungen von Koppelungen der Bedienung verschiedener Linien, Linienteilungen, Aufnahmen von Fahrten anderer Unternehmer sowie Verzichte auf Beförderungsverbote bekannt gegeben werden.

### Standort: Organstreit

### Problem: Ablauf der Legislaturperiode

BERLVERFGH, BESCHLUSS VOM 21.03.2003  
VERFGH 6/01 (NVWZ-RR 2003, 537)

#### **Problemdarstellung:**

Der BerlVerfGH hatte die (vom BVerfG für das Bundesrecht bisher offen gelassene) Frage zu entscheiden, ob eine Parlamentsfraktion im Organstreitverfahren parteifähig bleibt, nachdem die Legislaturperiode abgelaufen ist. Während eine starke Literaturmeinung dies verneint, schließt sich der Senat unter ausführlicher, überzeugender Begründung der Gegenauffassung an. Danach bleibt eine Fraktion parteifähig, wenn sie auch im neuen Parlament wieder (in Fraktionsstärke) vertreten ist und diese neue Fraktion zu erkennen gibt, dass sie den Rechtsstreit fortführen möchte. Das Gericht spricht insoweit von einer "Rechtsnachfolge".

Inhaltlich ging es um die Frage, ob das Parlament (Berliner Abgeordnetenhaus) oder die Verwaltung (Berliner Senat) über eine Kreditaufnahme zu entscheiden haben. Art. 87 I BerlVerf enthält insoweit einen Gesetzesvorbehalt, weist die Entscheidung also ausdrücklich dem Parlament zu. Gleiches gilt im Bund i.Ü. in Art. 115 GG. Genau wie die dort h.M. vertritt der Senat sodann die Auffassung, dass dieser Gesetzesvorbehalt nur für die unmittelbare Landesverwaltung, also die Kreditbeschaffung des Landes Berlin selbst gelte, nicht jedoch für die mittelbare Landesverwaltung durch andere jur. Personen des öffentlichen Rechts.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Für Examenskandidaten sind vor allem die Ausführungen zur Parteifähigkeit einer untergegangenen Parlamentsfraktion interessant. Notiert werden sollte neben

den verschiedenen Ansichten und ihren Argumenten, dass dieser Streit mit dem Problem des - vom Gericht ebenfalls erörterten - Fortbestehens des Rechtsschutzinteresses einhergeht; selbiges leitet sich aus einer Wiederholungsgefahr ab, wenn zu befürchten ist, dass das neu gewählte Parlament in gleicher Weise in die behaupteten Rechte der Verwaltung übergreifen werde wie das Alte. Besteht eine solche Wiederholungsgefahr nicht (etwa wegen geänderter Mehrheiten oder einer entsprechenden Erklärung des neuen Parlaments) müsste das Rechtsschutzinteresse konsequenterweise verneint werden.

#### **Vertiefungshinweise:**

☐ Zur Parteifähigkeit einer Fraktion im Organstreit nach Ende der Legislaturperiode: *ThürVerfGH*, LKV 2000, 449

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**I. Wenn eine Fraktion im neuen Parlament wieder vorhanden ist und für die Fortsetzung des Verfahrens ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, bleibt ein von ihr in der alten Legislaturperiode eingeleitetes verfassungsrechtliches Organstreitverfahren zulässig.**

**II. Der Gesetzesvorbehalt für die staatliche Kreditaufnahme in Art. 87 I BerlVerf gilt nur für Anleihen des Landes Berlin selbst, nicht jedoch für solche anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts.**

#### **Sachverhalt:**

Die Ast., die Fraktion von Bündnis 90/Die Grünen im Abgeordnetenhaus von Berlin, rügte im Wege des Or-

ganstreitverfahrens mit einem Haupt- und drei Hilfsanträgen das Verhalten des Senats von Berlin anlässlich der Kreditaufnahme der Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) zwecks Zahlung eines Gesamtbetrages von 805 Mio. DM durch die BSR an das Land Berlin. Sie ist der Auffassung, über diese Kreditaufnahme habe nicht der Senat entscheiden dürfen, sondern das Abgeordnetenhaus befinden müssen. Der Antrag wurde vor der Neuwahl des Abgeordnetenhauses von Berlin am 21.10.2001 gestellt, wobei die ASt. auch im neuen Abgeordnetenhaus wieder in Fraktionsstärke vertreten ist. Die Anträge wurden zurückgewiesen.

#### **Aus den Gründen:**

Die Anträge zu 1 und 2 sind zulässig, jedoch unbegründet.

#### *A. Zulässigkeit*

[...] Der Zulässigkeit der Anträge steht nicht entgegen, dass nach deren Eingang beim BerlVerfGH das Abgeordnetenhaus von Berlin am 21. 10. 2001 neu gewählt wurde.

#### *I. Parteifähigkeit der ASt.*

Der Unterschied des vorliegenden Verfahrens zu dem vom BerlVerfGH entschiedenen und für zulässig gehaltenen Organstreitverfahren betreffend eine Vereinbarung des Senats von Berlin mit der Investitionsbank Berlin (BerlVerfGH, LVerfGE 6, 66) liegt darin, dass dort zwar ebenfalls die Vereinbarung in der alten Legislaturperiode abgeschlossen worden war, der Antrag auf Durchführung des Organstreitverfahrens aber erst später in der neuen Wahlperiode von der Fraktion des neuen Abgeordnetenhaus eingereicht wurde. Vorliegend wurden die Anträge hingegen noch von der Fraktion des alten Abgeordnetenhauses eingereicht.

#### *I. Ansicht des BVerfG*

Zu den Folgen einer während des Organstreitverfahrens eingetretenen Beendigung der Wahlperiode für die Parteifähigkeit hat das BVerfG bisher nicht abschließend Stellung genommen (vgl. dazu auch Pietzcker, in: FS 50 Jahre BVerfG, 2001, Erster Band, S. 597). So hat es das BVerfG dahinstehen lassen, ob ein Abgeordneter mit Ablauf der Wahlperiode die Parteifähigkeit verloren hat (BVerfGE 87, 207 [209]). Allerdings hat das BVerfG entschieden, dass die einmal gegebene Zulässigkeit eines Normenkontrollantrages eines Drittels der Mitglieder des Deutschen Bundestages auch unabhängig davon fortbestehe, dass die ASt. infolge des Ablaufs der Wahlperiode ihre Stellung als Abgeordnete verlieren (BVerfGE 79, 311 [327]).

#### *2. Literatur: Verneinende Ansicht*

Mit dem Ablauf der Wahlperiode findet zwar nicht das Parlament im Sinne der verfassungsrechtlichen Institution sein Ende (so genannte Organidentität; BVerfGE 4, 144 [152]; Pietzcker, a.a.O., S. 598), wohl aber das durch seine konkret-personelle Zusammensetzung bestimmte Parlament (so genannte personelle Diskontinuität; Klein, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 39, Stand: Nov. 1997, Rdnr. 48; Morlok, in: Dreier [Hrsg.], GG, Bd. II, 1998, Art. 39 Rdnrn. 22 f.). Grundsätzlich sind die Fraktionen nur für die Dauer der Legislaturperiode ständige Gliederungen des Parlaments. Mit dem Ende der Legislaturperiode verliert die Fraktion ihre Rechtsstellung (§ 11 Nr. 3 FraktionsG; vgl. zum Bundesrecht: § 54 I Nr. 3 AbgG).

Daraus schließt ein Teil der Literatur, dass mit Ablauf der Wahlperiode Fraktionen infolge personeller Diskontinuität als Verfahrensbeteiligte fortfielen und das Organstreitverfahren unzulässig werde (Jekewitz, DÖV 1976, 657 [659 ff.]; Achterberg, ParlamentsR, 1984, S. 212; Löwer, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR, Bd. II, 1987, § 56 Rdnr. 12).

#### *3. Literatur: Bejahende Ansicht*

Nach anderer Ansicht wird dadurch die Diskontinuität zweckwidrig ausgeweitet. Deswegen soll die entsprechende Fraktion des neuen Parlaments das Verfahren fortsetzen können, wenn ein Organstreit, den eine Fraktion beantragt hat, über das Ende der Legislaturperiode hinaus andauert. Der Organstreit endet danach wegen Wegfalls der ASt. nur, wenn die Partei im neuen Parlament nicht mehr vertreten ist oder eine Fraktion nicht zu bilden vermag oder wenn die neue Fraktion des neuen Parlaments erklärt, dass sie den Organstreit nicht fortsetzen werde (Ulsamer, in: Maunz/Schmid-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, BVerfGG, § 63, Stand: Nov. 1987, Rdnr. 11; Morlok, in: Dreier [Hrsg.], Art. 39 Rdnr. 23; Pestalozza, VerfassungsprozessR, 3. Aufl. [1991], § 7 Rdnr. 40; NWVerfGH, NVwZ-RR 1998, 478).

#### *4. Stellungnahme des Senats*

Diese Ansicht, die im Ergebnis die neue Fraktion des neu gebildeten Parlaments als Rechtsnachfolgerin der alten Fraktion (vgl. zu diesem Begriff: § 13 S. 2 FraktionsG sowie zum Bundesrecht: § 54 VII 2 AbgG) sieht, ist vorzugswürdig. Entsprechend unterliegt die Zulässigkeit eines verfassungsrechtlichen Organstreitverfahrens nach §§ 36 ff. BerlVerfGHG keinen Zweifeln, wenn — wie hier — die neue Fraktion ausdrücklich die Fortsetzung des Verfahrens erklärt (vgl. zu den Fraktionen der Bezirksverordnetenversammlungen: BerlVerfGH, LVerfGE 1, 9 [17 f.]). Es bestehen außerdem keine Bedenken gegen die fortdauernde Zulässigkeit des Or-

ganstreits, weil dieser nur auf eine verfassungsgerichtliche Entscheidung feststellenden Charakters zielt (§ 39 BerlVerfGHG). Hinzu kommt, dass verfassungsgerichtliche Verfahren typischerweise einige Zeit in Anspruch nehmen, so dass die Verfahrensbeteiligten, deren Lebensdauer von der Dauer der Wahlperiode abhängig ist, weitgehend gehindert wären, die Klärung einer klärungsbedürftigen verfassungsrechtlichen Rechtsfrage zu betreiben, weil sie Gefahr laufen, vor Beendigung dieser Auseinandersetzung ihre Parteifähigkeit einzubüßen (BerlVerfGH, LVerfGE 1, 9 [18]). Rechtsschutz im Organstreitverfahren unter Beteiligung von der Diskontinuität unterliegenden Bet. fände ansonsten in der zweiten Hälfte der Legislaturperiode nicht mehr statt (Morklok, in: Dreier [Hrsg.], Art. 39 Rdnr. 23 sowie Fußn. 56). Zugleich kann ein öffentliches Interesse an der Klärung der Verfassungsfrage befriedigt werden. Als Korrektiv bleibt zudem das Erfordernis des fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnisses (Pietzcker, a.a.O., S. 598). Schließlich ist zu bedenken, dass die Nachfolgefraktion des neuen Parlaments in der Regel auch keinen neuen Antrag stellen könnte, weil zumeist die Sechs-Monats-Frist des § 37 III BerlVerfGHG abgelaufen wäre. [...]

## II. Allg. Rechtsschutzinteresse

Der Ast. steht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anträge zu 1 und 2 zu. Auch der nach den Neuwahlen neu gebildete Ag. hat in seinen Stellungnahmen zum Ausdruck gebracht, dass nach seiner Rechtsauffassung entsprechende Rechtsgeschäfte wie die Zielvereinbarung und in diesem Zusammenhang erfolgende Kreditaufnahmen durch juristische Personen des öffentlichen Rechts keinen parlamentarischen Vorbehalten unterworfen sind. Damit besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass es auch in Zukunft Streitigkeiten zwischen den Bet. aus ähnlichem Anlass geben kann (vgl. BerlVerfGH, LVerfGE 6, 66; vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 87, 207 [209]). [...]

## B. Begründetheit

Der Antrag zu 1 ist unbegründet. Nach Art. 87 I BerlVerf. dürfen ohne gesetzliche Grundlage, also ohne vorheriges Gesetz des Abgeordnetenhauses von Berlin, weder Anleihen aufgenommen noch Sicherheiten geleistet werden.

## I. Begriff der „Anleihe“

Der Begriff der „Anleihe“ in Art. 87 I BerlVerf. entspricht dem des „Kredits“, den der inhaltlich entsprechende Art. 115 I GG sowie alle übrigen Landesverfassungen verwenden. Der Begriff des „Kredits“ ist in den bundes- und landesverfassungsrechtlichen Bestimmungen ebenso wenig definiert wie der Begriff der Anleihe

in Art. 87 I BerlVerf. Aus dem Zweck dieser Bestimmungen, die Verschuldung des Staates von parlamentarischer Zustimmung abhängig zu machen, folgt, dass unter der Aufnahme von Krediten die Beschaffung von Geldmitteln zu verstehen ist, die zurückgezahlt werden müssen. Auf die Art und Weise und die rechtliche Ausgestaltung der Kreditaufnahme kommt es für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung nicht an. Eine Kreditaufnahme liegt damit vor, wenn dem Staat unmittelbar oder mittelbar Geldleistungen zugewandt werden, die er zurückzahlen und in der Regel auch verzinsen muss, die mithin Finanzschulden begründen (BerlVerfGH, LVerfGE 6, 66 m.w.N.).

## II. Zweck des Parlamentsvorbehalts

Das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigung für Anleihen und Sicherheiten ergänzt das Ausgabenbewilligungsrecht des Parlaments (Art. 85 BerlVerf.) und gehört zum Kern des parlamentarischen Budgetrechts, indem es verhindert, dass die Exekutive auf dem Umweg über die Verschuldung die Haushaltsrechte des Parlaments umgeht (vgl. zum Bundesrecht: BVerfGE 67, 256 [281]; Wiebel, in: BK, Art. 115, Stand: April 1978, Rdnr. 19; Heun, in: Dreier [Hrsg.], GG, Bd. III, 2000, Art. 115 Rdnr. 11). Das Entscheidungsrecht des Parlaments über die Deckungsmittel des Haushalts soll sichergestellt und verhindert werden, dass diese Deckungsmittel schon für künftige Jahre vorbelastet werden (Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 115, Stand: 1981, Rdnr. 19). Die staatliche Kreditaufnahme ist eine rechtfertigungsbedürftige Zukunftsbelastung. Jede längerfristige staatliche Kreditaufnahme bedeutet einen Vorgriff auf die Dispositionsmöglichkeiten des jeweiligen Haushaltsgesetzgebers künftiger Legislaturperioden, der entsprechende Zins- und Tilgungslasten zu finanzieren hat (Heun, in: Dreier [Hrsg.], Art. 115 Rdnr. 7 m.w.N.; Fischer-Menshausen, in: v. Münch/Kunig [Hrsg.], GG, Bd. 3, 3. Aufl. [1996], Art. 115 Rdnr. 1).

## III. Form der parlamentarischen Mitwirkung

Die gesetzliche Ermächtigung kann im Haushaltsgesetz oder in jedem anderen Gesetz erteilt werden. Die bloße Einstellung der Einnahmen aus Krediten in den Haushaltsplan ist dabei noch keine ausreichende gesetzliche Ermächtigung. Dieser wird zwar durch Gesetz festgestellt, ist aber nicht selbst das von Art. 87 BerlVerf. verlangte Gesetz (vgl. zum Bundesrecht: Wiebel, in: BK, Art. 115 Rdnrn. 64 ff.; Stern, Das StaatsR der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, S. 1240; Maunz, in: Maunz/Dürig, Art. 115 Rdnr. 8; Friauf, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], HdbStR, Bd. IV, 1990, § 91 Rdnr. 25; Höfling, StaatsschuldenR, 1993, S. 19 f.).

#### IV. Keine Anwendbarkeit auf mittelbare Landesverwaltung

Der Ag. hat das Haushaltsrecht des Abgeordnetenhauses von Berlin aus Art. 87 I BerlVerf. nicht verletzt. Für die Kreditaufnahme der BSR anlässlich der von ihr auf Grund der Zielvereinbarung vom 6.7.2000 geleisteten Zahlungen an das Land Berlin musste der Ag. nicht die vorherige Ermächtigung des Abgeordnetenhauses einholen. Die Aufnahme von Krediten durch juristische Personen des öffentlichen Rechts wird vom Regelungsgehalt des Art. 87 I BerlVerf. nicht erfasst, und zwar

selbst dann nicht, wenn die juristischen Personen vom Land finanziert werden oder das Land kraft ausdrücklicher Garantie oder seiner Anstaltslast für ihre Verbindlichkeiten haftet (Korbmacher, in: Driehaus [Hrsg.], BerlVerf., 2002, Art. 87 Rdnr. 8; vgl. zum Bundesrecht: Kilian, Nebenhaushalte des Bundes, 1993, S. 722 f.; Siekmann, in: Sachs, GG, 3. Aufl. [2003], Art. 115 Rdnr. 58; Heun, in: Dreier [Hrsg.], Art. 115 Rdnr. 35; Gröpl, in: BK, Art. 110, Stand: Dez. 2001, Rdnr. 101; Wendt, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 3, 4. Aufl. [2001], Art. 115 Rdnr. 70). [Wird ausgeführt.]

### Standort: Kommunalverfassungsbeschwerde

### Problem: Unmittelbare Betroffenheit

NWVERFGH, URTEIL VOM 10.12.2002

VERFGH 10/01 (NVWZ 2003, 982)

#### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall hatte der VerfGH NW über eine sogen. Kommunalverfassungsbeschwerde nach §§ 12 Nr. 8, 52 ff. NWVerfGHG gegen ein Landesgesetz zu entscheiden. Für die im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfende Beschwerdebefugnis (§ 52 I NWVerfGHG) verlangt es - angelehnt an die RSpr. des BVerfG zur Verfassungsbeschwerde (Vb.) des Bürgers nach Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. § 90 I BVerfGG - eine eigene, gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit der Gemeinde. Die Unmittelbarkeit entfällt jedoch bei solchen Gesetzen, die nicht eo ipso wirken. Während eine Vb. des Bürgers gegen Gesetze aus diesem Grund bereits dann ausscheidet, wenn sie noch *irgend eines* weiteren Vollzugsaktes (typisch: Ermächtigungsgrundlagen eines Verwaltungsaktes) bedürfen, gilt dies bei Kommunalverfassungsbeschwerden nur dann, wenn dieser Vollzugsakt seinerseits mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angreifbar ist, also wiederum in einem (materiellen) Gesetz (RVO, Satzung) besteht. Die Norm muss also nicht "self-executing" sein; wäre bspw. eine weitere Umsetzung durch VA nötig, würde dies der Beschwerdebefugnis der Gemeinde (anders als der des Bürgers) nicht schaden. Dies erklärt sich aus dem unterschiedlichen Wortlaut der Art. 93 I Nr. 4a und 4b GG. Während ersterer eine Vb. gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt zulässt, so dass der Bürger auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen diese verwiesen werden kann, können mit der Kommunalverfassungsbeschwerde eben nur (materielle) Gesetze angegriffen werden.

#### Prüfungsrelevanz:

Kommunalverfassungsbeschwerden kommen im Exa-

men immer wieder vor. Sie bietet Gelegenheit, auf das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden einzugehen, wobei vor dem BVerfG Art. 28 II GG als Ausgangsnorm zu wählen ist, während die Verfassungsgerichte der Länder die entsprechende Norm aus der Landesverfassung prüfen (hier für NRW Art. 78 I, II NWVerf).

Neben der hier angesprochenen Beschwerdebefugnis ist vor allem die Subsidiarität zu beachten: Gem. Art. 93 I Nr. 4b GG können Gemeinden Verfassungsbeschwerden zum BVerfG erheben, wenn sie sich durch ein Gesetz in ihrer durch Art. 28 II GG verbrieften Selbstverwaltungsautonomie verletzt sehen. Für Landesgesetze ist diese Kommunalverfassungsbeschwerde vor dem BVerfG jedoch subsidiär zu selbiger vor den Landesverfassungsgerichten. In Schleswig-Holstein gibt es überhaupt kein Landesverfassungsgericht, in Hessen gibt es vor diesem keine Kommunalverfassungsbeschwerde, und in den Stadtstaaten kann sich schon strukturell mangels Unterteilung in Gemeinden die Problematik nicht stellen. Für alle anderen Bundesländer gilt aber der Merksatz, dass Gemeinden gegen ihre Selbstverwaltungsautonomie verletzende Bundesgesetze vor dem BVerfG, gegen Landesgesetze vor dem LVerfG vorgehen können. "Gesetze" sind - wie gesagt - in einem weiten, materiellen Sinn zu verstehen, so dass hierzu auch RVO und Satzungen gehören. Normatives Unterlassen ist nach der Rspr. des BVerfG i.Ü. nicht beschwerdefähig (BVerfGE 71, 25, 37).

#### Vertiefungshinweise:

- Unmittelbare Betroffenheit bei Kommunalverfassungsbeschwerde: *BVerfG*, NVwZ 1986, 289; NVwZ 1988, 47
- Weitere Fälle zur Kommunalverfassungsbeschwerde: *BVerfG*, NVwZ 2001, 66; *NWVerfGH*, NVwZ-

RR 2001, 74; *BbgVerfG*, LKV 2000, 199

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Frauenpower"

**Leitsätze:**

1. Das für die Kommunalverfassungsbeschwerde geltende Zulässigkeitsmerkmal unmittelbarer Betroffenheit verwehrt es den Kommunen, gegen ein Gesetz vorzugehen, das noch der Konkretisierung durch eine untergesetzliche, ihrerseits mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angreifbare Rechtsnorm bedarf.
2. Die Unmittelbarkeit der Betroffenheit fehlt, wenn das Gesetz nicht *eo ipso*, sondern erst in Verbindung mit einer weiteren Norm auf den Rechtskreis der betroffenen Körperschaft einwirkt oder die Betroffenheit vom Ergehen einer solchen Norm abhängt. Rechtsnorm in diesem Sinne kann auch eine Kreissatzung sein.

**Sachverhalt:**

Die Bf., eine kreisangehörige Stadt, wandte sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die in § 6 I NWAG-BSHG getroffene Regelung über die Tragung der Sozialhilfearbeit für den Fall, dass die Kreise kreisangehörige Gemeinden zur Durchführung der Aufgaben des örtlichen Trägers der Sozialhilfe heranziehen. § 3 I NWAG-BSHG gibt den Kreisen als örtlichen Sozialhilfeträgern die Möglichkeit, kreisangehörige Gemeinden durch Satzung zur Durchführung ihrer Aufgaben heranzuziehen. Nach der ursprünglichen Gesetzesfassung hatten die Kreise, wenn sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machten, den Gemeinden die erbrachten Aufwendungen in voller Höhe zu erstatten. Die Neufassung von § 6 I NWAG-BSHG schreibt hingegen vor, dass die beauftragten Gemeinden grundsätzlich 50% ihrer Aufwendungen selbst tragen. Der Kreis, dem die Bf. angehört, hat eine Heranziehungssatzung nach § 3 I NWAG-BSHG erlassen.

Mit ihrer allein gegen § 6 I NWAG-BSHG, nicht auch gegen die Heranziehungssatzung gerichteten Verfassungsbeschwerde machte die Bf. geltend, sie werde in ihrem Recht auf gemeindliche Selbstverwaltung aus Art. 78 NWVerf verletzt. Die angegriffene Regelung verlagere unter Verstoß gegen das Bundessozialhilfegesetz die Kostenträgerschaft für die Aufgaben der örtlichen Sozialhilfeträger teilweise auf die Gemeinden. Der NWVerfGH verwarf die Verfassungsbeschwerde.

**Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist unzulässig. Die angegriffene Bestimmung des § 6 I NWAG-BSHG betrifft die Bf. nicht unmittelbar in ihrem Recht auf Selbstverwaltung (Art. 78 I, II NWVerf).

Die den Gemeinden und Gemeindeverbänden nach §§ 12 Nr. 8, 52 I NWVerfGHG eröffnete Verfassungsbeschwerde gegen Landesrecht setzt voraus, dass die beanstandete Rechtsnorm die beschwerdeführende Körperschaft selbst, gegenwärtig und unmittelbar betrifft (vgl. NWVerfGH, Städte- und Gemeinderat 1985, 293 [294]; NVwZ-RR 2001, 617; zur bundesverfassungsrechtlichen Kommunalverfassungsbeschwerde BVerfGE 71, 25 [34] = NVwZ 1986, 289; BVerfGE 76, 107 [112] = NVwZ 1988, 47). Die Beschwerdebefugnis der Kommune besteht nicht losgelöst von einer eigenen Rechtsposition, sondern ist an einen Rechtsschutz erfordernde Betroffenheit in ihrem Selbstverwaltungsrecht geknüpft.

*I. Unmittelbare Betroffenheit*

Das Erfordernis unmittelbarer Betroffenheit verwehrt es der Kommune, gegen ein Gesetz vorzugehen, das noch der Konkretisierung durch eine untergesetzliche, ihrerseits mit der Kommunalverfassungsbeschwerde angreifbare Rechtsnorm bedarf. Die kommunale Körperschaft muss den Erlass dieser Rechtsnorm abwarten; sie kann im Rahmen der gegen die untergesetzliche Norm gerichteten Verfassungsbeschwerde auch die verfassungsgerichtliche Überprüfung des Gesetzes erreichen (BVerfGE 71, 25 [34 ff.]; 76, 107 [112 f.]; Clemens, in: Umbach/Clemens, BVerfGG, § 91 Rdnr. 46). Die Unmittelbarkeit der Betroffenheit fehlt, wenn das Gesetz nicht *eo ipso*, sondern erst in Verbindung mit einer weiteren Norm auf den Rechtskreis der betroffenen Körperschaft einwirkt oder die Betroffenheit vom Ergehen einer solchen Norm abhängt (vgl. RhPfVerfGH, NVwZ-RR 1996, 458; MVVerfG, NordÖR 1998, 302; BVerfGE 70, 35 [50]; 72, 39 [43]).

Rechtsnorm in diesem Sinne kann auch eine Kreissatzung sein. Die regelungsbetroffenen Gemeinden haben die Möglichkeit, sie in gleicher Weise wie die von Landesorganen erlassenen untergesetzlichen Normen mit der Verfassungsbeschwerde anzugreifen. Für den Begriff des Landesrechts in den §§ 12 Nr. 8, 52 I NWVerfGHG kommt es, wie der VerfGH für lokal wirkendes Gewohnheitsrecht entschieden hat (NWVerfGH, DVBl 1982, 1043), mit Rücksicht auf die Rechtsschutzfunktion der Kommunalverfassungsbeschwerde nur darauf an, ob die Norm der Disposition des örtlichen Selbstverwaltungsträgers entzogen ist. Das trifft auf Kreissatzungen zu.

*II. Subsumtion*

Hiervon ausgehend fehlt es an einer unmittelbaren Betroffenheit der Bf. durch § 6 I NWAG-BSHG. § 6 I 1 NWAG-BSHG knüpft die Pflicht der kreisangehörigen Gemeinden, grundsätzlich 50% der Sozialhilfeaufwendungen zu tragen, an deren Heranziehung zur Durchführung der Aufgaben des örtlichen Trägers der Sozialhilfe. Die Heranziehung erfolgt nach § 3 I NWAG-BSHG durch Satzung. Die Kostenlast kann also nur und erst dann entstehen, wenn der Kreis von der Ermächtigung in § 3 I NWAG-BSHG Gebrauch macht und in der Satzung sein Bestimmungsrecht i.S. von § 3 II NWAG-BSHG ausübt. Die Heranziehungssatzung — hier die Satzung über die Durchführung der Sozialhilfe im Märkischen Kreis vom 20.11.2000 — vollzieht die gesetzliche Kostenregelung zwar nicht in dem Sinne, dass sie deren Maßgaben ausformt und konkretisiert; während das Gesetz die Kostentragungspflicht der Gemeinden regelt, richtet sich der Regelungsgehalt der Satzung auf die Begründung der gemeindlichen Sachkompetenz. Die Heranziehungssatzung bildet aber die unabdingbare Voraussetzung für das Entstehen der Kostenlast; von der Entscheidung des Satzungsgebers hängt es ab, ob, in welchem Umfang und wann die gesetzliche Kostenregelung Wirkungen entfalten kann (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 53, 366 [389]). Das trifft auch dann zu, wenn die Satzung wie im Streitfall auf Grund der schon vorher geltenden Ermächtigung in § 3 I NWAG-

BSHG bereits vor In-Kraft-Treten der Neufassung des § 6 I NWAG-BSHG erlassen worden ist. Unabhängig von der zeitlichen Abfolge tritt die gesetzliche Kostenlast erst in Verbindung mit der satzungsrechtlichen Heranziehung zur Aufgabendurchführung ein. Entsprechendes gilt für die Ermächtigung zur satzungsrechtlichen Regelung von Härtefällen in § 6 I 2 NWAG-BSHG. Sie kann ebenfalls nur greifen, wenn ein Kreis von der Möglichkeit der Heranziehung nach § 3 I NWAG-BSHG Gebrauch macht.

*III. Rechtsprechung des BVerfG*

Soweit das BVerfG in einem vereinzelt gebliebenen Urteil eine unmittelbare Betroffenheit durch ein Gesetz bejaht hat, obwohl dessen Anwendung vom Erlass einer Rechtsverordnung abhing (BVerfGE 34, 165 [179]; krit. dazu Clemens, § 91 Rdnr. 65), vermag das die Beurteilung im vorliegenden Verfahren nicht zu beeinflussen. Der Entscheidung des BVerfG lag nämlich eine nicht vergleichbare Fallgestaltung zu Grunde, die dadurch gekennzeichnet war, dass das Gesetz dem Verordnungsgeber eine Pflicht zur Umsetzung unter präzise bezeichneten Voraussetzungen auferlegt hatte. Demgegenüber kann der Satzungsgeber nach § 3 I NWAG-BSHG autonom über die Heranziehung der Gemeinden entscheiden und hat es damit selbst in der Hand, ob und inwieweit er die gesetzliche Kostenregelung zum Tragen bringt.

**Standort: Öffentl.-rechtl. Vertrag****Problem: § 817 BGB; Treu & Glauben**

BVERWG, URTEIL VOM 26.3.2003  
9 C 4/02 (NVWZ 2003, 993)

**Problemdarstellung:**

Das BVerwG hat im vorliegenden Urteil entschieden, dass § 817 S. 2 BGB im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nicht anwendbar ist. Eine rechtsgrundlose öffentl.-rechtl. Leistungsverchiebung kann also auch dann zurück gefordert werden, wenn der Leistende (Bürger) selbst gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßen hat. Begründet wird diese Auffassung vor allem mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 II GG) und dem aus diesem folgenden Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, wonach eine dem Bürger rechts- oder sittenwidrig abverlangte Leistung keinen Bestand haben könne, selbst wenn dieser sich seinerseits rechts- oder sittenwidrig verhalten habe. Der Senat sah sich zu dieser Klarstellung im Rahmen eines sogen. "obiter dictums" (nicht entscheidungserhebliche

Erwägungen) veranlasst, wollte diese Frage also offenbar entscheiden, obwohl der konkrete Fall keine Notwendigkeit hierzu gab.

Interessant sind auch die Ausführungen zur Frage, ob die Rückforderung vom Bürger gezahlter Beträge gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er die Vorteile aus der nichtigen, rückabzuwickelnden Vereinbarung (hier: Stundung von Zinsen) bereits unwiederbringlich gezogen hat. Das BVerwG verneint dies im vorliegenden Fall, wobei es den Ausnahmecharakter des Rechtsgrundsatzes von Treu & Glauben betont, der nur in krassen Fällen ein einmal anhand des Gesetzes gefundenes Ergebnis noch umkehren könne.

Die Entscheidung streift des weiteren die (offen gelassene) Frage, ob sich die Behörde durch Vertrag eine "VA-Befugnis" für den Erlass weiterer Verwaltungsakte versprechen lassen kann.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall zeigt wieder einmal, wie eng öffentl.-rechtl.

Vertrag und öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruch zusammenhängen. Die Fälle, in denen aufgrund eines öffentl.-rechtl. Vertrages erbrachte Leistungen nach dem - früher aus § 812 BGB analog hergeleiteten, heute aber als eigenes Rechtsinstitut des öffentl. Rechts gewohnheitsrechtlich anerkannten - öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruch zurück gefordert werden, sind geradezu Examensklassiker. Im Rahmen der Voraussetzungen des öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruches (rechtsgrundlose, öffentl.-rechtl. Vermögensverschiebung) ist dann der öffentl.-rechtl. Vertrag auf seine Wirksamkeit hin (§ 59 VwVfG) zu überprüfen, da nur wirksame Verträge einen Rechtsgrund bilden können.

Die Ausführungen zu Treu und Glauben sind auch von besonderer Examensrelevanz, da gerade dieses Thema im Moment weit oben auf der Tagesordnung steht. So hat das BVerwG erst im März 2003 eine Entscheidung des OVG Lüneburg (RA 2002, 664 = NordÖR 2002, 307) bestätigt, wonach es nicht gegen Treu und Glauben verstößt, wenn ein Verwaltungsangestellter, der sich in einem öffentl.-rechtl. Vertrag die Übernahme in das Beamtenverhältnis Zug um Zug gegen einen Gehaltsabschlag hat versprochen lassen, nach seiner Übernahme in das Beamtenverhältnis just diese einbehaltenen Gehaltsabschläge erstattet verlangt (BVerwG, Urteil des 2. Senats vom 20. März 2003 - BVerwG 2 C 23.02).

Weitere Aktualität gewinnt das Thema "öffentl.-rechtl. Vertrag" durch die Reformbemühungen des Gesetzgebers, der gerade an den §§ 54 ff. VwVfG zahlreiche Änderungen vornehmen will. In Rede stehen besonders die Nichtigkeitsgründe des § 59 II VwVfG, eine Flexibilisierung der Schriftform des § 57 VwVfG sowie eine über § 54 S. 1 VwVfG hinaus gehende Regelung des Kooperationsvertrages.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zur beabsichtigten Reform der §§ 54 ff. VwVfG: *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht beim BMI*, NVwZ 2002, 834

Weitere Fälle zum öffentl.-rechtl. Vertrag und öffentl.-rechtl. Erstattungsanspruch: *BVerwG*, RA 2000, 705 = NVwZ 2000, 1319; *Lange*, NVwZ 1983, 313; *Weber*, JuS 1986, 29

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Baugeschäfte mit der Stadt"

#### **Leitsätze:**

**1. § 817 S. 2 BGB findet in öffentlich-rechtlichen Rückabwicklungsverhältnissen keine entsprechende Anwendung.**

**2. Ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, weil die darin vereinbarte Leistung des Bürgers gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, handelt der Bürger, wenn er sich gegenüber dem Zahlungsanspruch der Behörde hierauf beruft, nicht allein deshalb rechtsmissbräuchlich, weil der Vertrag auf seinen Wunsch abgeschlossen wurde und die Behörde ihre Leistungen bereits erbracht hat (im Anschluss an BVerwGE 111, 162).**

#### **Sachverhalt:**

Der Kl. betrieb ein medizinisches Labor auf dem Gemeindegebiet der Bekl. Mit Urteil vom 21. 3. 1995 entschied der BFH, dass diese Tätigkeit des Kl. gewerbsteuerpflichtig sei. Die Bekl. setzte mit Bescheid vom 26.10.1995 Aussetzungszinsen in Höhe von 4.313.575 DM fest. Diese Zinsen waren während des finanzgerichtlichen Rechtsstreits gegen die Gewerbesteuermessbescheide für die Jahre 1980 bis 1987 in dem Zeitraum von 1982 bis 1995 angefallen. Dieser Festsetzungsbescheid wurde bestandskräftig. Mit Schreiben vom 12.2.1996 beantragte der Kl. bei der Bekl. Stundung der mit dem Bescheid vom 26.10.1995 festgesetzten Aussetzungszinsen und Veranlagungszinsen für die Jahre 1990 bis 1994 in Höhe von 577.725 DM, weil er „das Verfahren ab 1990 nochmals aufzurollen“ beabsichtigte. Diesen Antrag lehnte die Bekl. unter dem 20.2.1996 mit formlosem Schreiben und mit einem mit Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Bescheid vom 25.3.1996 ab.

Mit Schreiben vom 10.4.1996 beantragte der Kl. bei der Bekl. erneut Stundung und Ratenzahlung für den Gesamtbetrag der Aussetzungszinsen. Er habe kein laufendes Arbeitseinkommen mehr, so dass er Grundbesitz verkaufen müsste, um die Zinsen bezahlen zu können. Außerdem sei er bereit, den jeweils gestundeten Restbetrag für 3 bis 4% zu verzinsen. Entsprechend diesem Vortrag schlossen der Kl. und die Bekl. am 16.4.1996 eine „Stundungsvereinbarung“, in welcher dem Kl. die mit Bescheid vom 26.10.1995 festgesetzten Aussetzungszinsen gestundet wurden. Die Zahlung des Stundungsbetrags sollte in monatlichen Raten von jeweils 500.000 DM erfolgen. Unter Punkt 3 der Vereinbarung verpflichtete sich der Kl., für die Zeit ab Fälligkeit bis zur tatsächlichen Bezahlung Stundungszinsen in Höhe von 4% im Jahr zu zahlen. Zugleich wurde vereinbart, dass die Bekl. berechtigt sei, die Stundungszinsen durch einen gesonderten Bescheid festzusetzen. Nachdem der Kl. die gestundeten Aussetzungszinsen gezahlt hatte, setzte die Bekl. mit Bescheid vom 17.11.1997 die vereinbarten Stundungszinsen in einer Höhe von 109.616,67 DM fest. Den dagegen erhobenen Widerspruch wies sie mit

Bescheid vom 23.4.1998 zurück.

Auf die Klage des Kl. hat das VG den Festsetzungsbescheid der Bekl. vom 17.11.1997 und deren Widerspruchsbescheid aufgehoben. Die zwischen den Bet. geschlossene Stundungsvereinbarung sei nichtig, weil die darin begründete Pflicht, Stundungszinsen für die festgesetzten Aussetzungszinsen zu zahlen, gegen das gesetzliche Verbot in § 233 S.2 AO 1977 verstoße. Es sei auch nicht rechtsmissbräuchlich, dass sich der Kl. auf die Nichtigkeit der Vereinbarung berufe, obgleich er sie selbst angeregt habe. Auf die Berufung der Bekl. hat das BerGer. das Urteil des VG geändert und die Klage abgewiesen. Im Ausgangspunkt hat es dabei die Auffassung des VG geteilt, dass die Stundungsvereinbarung nichtig sei, in der Berufung des Kl. hierauf jedoch eine unzulässige Rechtsausübung gesehen. Denn die Stundungsvereinbarung sei ausschließlich im Interesse des Kl. getroffen und die Leistung der Bekl. hieraus in Form der Stundung bereits erbracht worden. Die vom BVerwG zugelassene Revision des Kl. führte zur Zurückverweisung der Berufung unter Aufhebung des Urteils des VGH.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist zulässig und begründet. Das Urteil des BerGer. verletzt revisibles Recht (§ 137 I VwGO), da es auf Grund eines zu großzügigen Maßstabs die Berufung des Kl. auf die Nichtigkeit der mit der Bekl. geschlossenen Stundungsvereinbarung als eine unzulässige Rechtsausübung bewertet. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des BerGer. und der Aktenlage kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 144 III 1 Nr. 1 VwGO) und die Berufung zurückweisen.

#### *A. Ermächtigungsgrundlage offen gelassen*

Der angefochtene Leistungsbescheid ist rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten (§ 113 I VwGO). Dabei kann der Senat es ebenso wie das BerGer. offen lassen, ob dies bereits daraus folgt, dass es an einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage für die Festsetzung der Stundungszinsen durch Verwaltungsakt fehlt (zu den Anforderungen an die so genannte „Verwaltungsaktbefugnis“ vgl. etwa BVerwGE 50, 171 [172 f.] = NJW 1976, 1516; BVerwGE 59, 60 [61 ff.]; BVerwGE 89, 345 [349] = NVwZ 1992, 769).

#### *B. Jedenfalls kein Zahlungsanspruch gegen den Kläger*

Denn die Rechtswidrigkeit des Leistungsbescheids folgt jedenfalls daraus, dass es wegen der Nichtigkeit der Stundungsvereinbarung an der mit ihm geltend gemachten Leistungspflicht des Kl. fehlt.

Die Entscheidung des BerGer., wonach die Stundungsvereinbarung vom 16.4.1996 nichtig ist, weil sie mit der Verpflichtung des Kl., Stundungszinsen auf die angefallenen Aussetzungszinsen zu zahlen, gegen das Verbot des § 233 S. 2 AO 1977 verstößt, bindet den Senat (§ 173 S. 1 VwGO i.V. mit § 560 ZPO). Das BerGer. hat über die Auslegung und Anwendung des § 233 S. 2 AO 1977, demzufolge Ansprüche auf steuerliche Nebenleistungen nicht verzinst werden, insoweit als nicht revisibles Landesrecht entschieden. Denn der Vertrag regelt die Stundung und Verzinsung der auf die Gewerbesteuer des Kl. angefallenen Aussetzungszinsen, deren Erhebung und Beitreibung nach § 3 I Nr. 5 lit. b, III BadWürttKAG i.V. mit § 1 GewStG als Landesrecht erfolgt (zu diesen Grundsätzen vgl. BVerwGE 32, 252 [254]; 57, 204 [206 f.]; 91, 77 [81 f.]). Es ist nichts dafür ersichtlich und wird auch von den Bet. nicht geltend gemacht, dass die Feststellungen des BerGer. zur Auslegung des Landesrechts, wonach es sich bei dem Verbot des § 233 S. 2 AO 1977, für steuerliche Nebenleistungen Zinsen zu erheben, um ein gesetzliches Verbot i.S. des § 134 BGB handelt, und dass mit der Stundungsvereinbarung gegen dieses Verbot mit der Folge ihrer Nichtigkeit (§ 59 I BadWürtt VwVfG) verstoßen wird, ihrerseits auf einer Verletzung von Bundesrecht beruhen (zu diesem Maßstab vgl. BVerwGE 75, 67 [69]; 78, 347 [351]). Der Einwand der Bekl., die Stundungsvereinbarung verstoße in Wahrheit nicht gegen § 233 S. 2 AO 1977, weil die vom Kl. eingegangene Verpflichtung zur Zahlung von Stundungszinsen nach § 234 I AO 1977 als *lex specialis* zulässig sei, kann daher in der Revision nicht berücksichtigt werden.

Der angefochtene Leistungsbescheid, der allein auf die Stundungsvereinbarung gestützt werden kann, ist rechtswidrig, weil die darin begründete Verpflichtung des Kl., an die Bekl. Stundungszinsen zu zahlen, wegen der Nichtigkeit der Vereinbarung jedenfalls in diesem Punkt nicht besteht.

#### *C. Kein § 817 BGB bei Rückabwicklung öffentl.rechtl. Verträge*

##### *I. Keine Entscheidungsrelevanz*

Da der Leistungsbescheid schon deshalb aufzuheben ist, kommt es auf die vom Kl. in den Mittelpunkt seiner Revision gerückte Frage nicht an, ob er sich hierfür entsprechende Anwendung des § 817 S. 2 BGB berufen kann. Denn es geht, worauf die Bekl. zu Recht hinweist, hier nicht um die Rückabwicklung einer rechtsgrundlos erfolgten Vermögensverschiebung, sondern allein um die durch den Leistungsbescheid eingeforderte Zahlungspflicht des Kl. Die von ihm aufge-

worfene Frage, ob er sein Leistungsversprechen aus der Stundungsvereinbarung nach § 817 S. 2 Halbs. 2 BGB kondizieren könne, obwohl das Versprechen ein gesetzliches Verbot verletze, stellt sich daher nicht, da er es ohnehin nicht zu erfüllen braucht.

## *II. Obiter dictum*

Der vom Kl. insoweit vertretene Standpunkt gibt dem Senat allerdings Veranlassung, darauf hinzuweisen, dass der Kl., wenn es für ihn entscheidungstragend darauf ankäme, sein in der Stundungsvereinbarung gegebenes, aber noch nicht erfülltes Leistungsversprechen nicht nach § 817 S. 2 Halbs. 2 BGB kondizieren konnte. Denn § 817 S. 2 BGB kann im Rahmen öffentlich-rechtlicher Rückabwicklungsverhältnisse weder unmittelbar noch entsprechend herangezogen werden.

### *1. Regelungsgehalt*

War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, dass der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, so ist nach § 817 S. 2 BGB die Rückforderung der Leistung ausgeschlossen, wenn dem Leistenden ebenso wie dem Empfänger ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, dass die Leistung in der Eingebug einer Verbindlichkeit besteht und diese Verbindlichkeit noch nicht erfüllt worden ist. Über den Zweck dieser Regelung, die in den genannten Fällen trotz Sittenwidrigkeit oder des Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot die rechtsgrundlos erfolgte Vermögensverschiebung bestehen lässt, besteht Uneinigkeit. Während ihr früher zumeist Strafcharakter zugemessen wurde (vgl. BGHZ 39, 87 [91]; RGZ 105, 270 [271]), wird sie heute überwiegend als Ausdruck einer Rechtsschutzverweigerung verstanden (BGHZ 111, 308 [312]; 44, 1 [6]; Lieb, in: MünchKomm, 3. Aufl. [1997], § 817 Rdnr. 9; Staudinger/Lorenz, BGB 1999, § 817 Rdnr. 4).

### *2. Keine Übertragbarkeit auf das öffentl. Recht*

In jedem Fall ist § 817 S. 2 BGB in öffentlich-rechtlichen Rückabwicklungsverhältnissen, insbesondere auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, nicht, auch nicht über § 62 S. 2 VwVfG, anwendbar. Denn die Bestimmung widerspricht dem das öffentliche Recht prägenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, da sie den durch gesetzeswidrige Vermögensverschiebung erreichten Zustand fest schreibt. Aus diesem Grund hat die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung auch § 818 III, IV und § 819 I BGB für nicht anwendbar auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch erklärt (BVerwGE 71,

85 [89]; ebenso zu § 814 BGB auch in Bezug auf die Leistung des Bürgers an die Verwaltung VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583; VGH Kassel, NJW 1991, 510; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 796). Zudem ist § 817 S. 2 BGB integraler Bestandteil der aufeinander abgestimmten Regelungen des zivilrechtlichen Kondiktionsrechts und kann auch deshalb nicht, wie der Kl. fordert, isoliert auf einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch angewandt werden.

### *D. Kein Verstoß gegen Treu & Glauben*

Der allgemeine Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben hindert den Kl. nicht, dem angefochtenen Leistungsbescheid die Nichtigkeit der zu Grunde liegenden Stundungsvereinbarung entgegenzuhalten. Die Vorinstanz, die die Berufung des Kl. hierauf für rechtsmissbräuchlich hält, verkennt die in der Rechtsprechung des BVerwG hierzu entwickelten strengen Voraussetzungen, nach denen dem Bürger in gestörten öffentlich-rechtlichen Vertragsverhältnissen nur ausnahmsweise die Berufung auf deren Nichtigkeit mit Rücksicht auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt werden kann. [...]

### *I. Eingeschränkte Anwendbarkeit*

Nach der Rechtsprechung des BVerwG steht dem auf einem nichtigen verwaltungsrechtlichen Vertrag beruhenden Erstattungsanspruch eines Beteiligten der Grundsatz von Treu und Glauben nicht schon deshalb entgegen, weil eine Rückabwicklung der vom anderen Teil erbrachten Leistung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Anderenfalls würde die gesetzlich angeordnete Sanktion der Nichtigkeit des Vertrags in einer Vielzahl von Fällen rechtlich wirkungslos bleiben. Der Grundsatz von Treu und Glauben erhalte damit eine rechtliche Tragweite, die mit dem Regelungsanspruch des § 59 II Nr. 4 VwVfG in jenem Fall — und dem des § 59 I VwVfG im vorliegenden Fall — nicht vereinbar wäre (vgl. BVerwGE 111, 162).

Der 4. Senat des BVerwG hat in jedem Fall den Erstattungsanspruch des Bürgers bereits in der Nichtigkeitsfolge des § 59 II Nr. 4 VwVfG angelegt gesehen, weil die Behörde ansonsten durch die Zurückbehaltung der Leistung einen Vermögensvorteil erlangen würde, für den sie das Instrument des öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht hätte einsetzen dürfen (BVerwGE 111, 162). Umso mehr muss dies im vorliegenden Fall gelten, in dem nicht lediglich das von der Behörde eingesetzte Mittel zur Erreichung eines an sich gesetzesmäßigen Ergebnisses wegen der Verletzung des Koppelungsverbots zu beanstanden ist, sondern das Ergebnis der angestrebten Vermögensver-

schiebung selbst gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und so erst recht keinen Bestand haben kann. Auch in diesen Fällen kann nicht allein der Umstand, dass die Bekl. ihre Leistung aus der nichtigen Vereinbarung in Form der Stundung bereits erbracht hat, dem Kl. die Berufung auf die Nichtigkeit verwehren. Es müssen vielmehr besondere, in der Person oder im Verhalten des die Erstattung begehrenden oder — wie hier — die Leistung verweigernden Bürgers liegende Umstände hinzutreten, die dieses Verhalten als treu-

widrig erscheinen lassen (BVerwGE 111, 162 [174]).

## II. Subsumtion

Diese Grundsätze hat das BerGer. im Ausgangspunkt zwar zutreffend wiedergegeben, es hat sich aber bei deren Anwendung auf den konkreten Fall nicht daran gehalten und ohne hinreichend gewichtige Gründe in der Person oder auch dem Verhalten des Kl. zu großzügig eine unzulässige Rechtsausübung bejaht. [Wird ausgeführt.]

## Standort: § 38 VwVfG

## Problem: Form der Zusicherung

BVERWG, BESCHLUSS VOM 26.05.2003  
8 B 73/03 (NVWZ 2003, 997)

### Problemdarstellung:

Diese kurze Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, ob auch eine gerichtliche Niederschrift einer Zusicherung der in § 38 I 1 VwVfG geregelten Schriftform genügt. § 37 III VwVfG regelt für Verwaltungsakte, dass diese - sofern schriftlich fixiert - entweder unterschrieben sein oder zumindest die Namenswiedergabe des Behördenleiters, seines Stellvertreters oder seines Beauftragten tragen müssen. Das BVerwG hält diese Vorschrift auf Zusicherungen jedenfalls für "entsprechend" anwendbar. Es geht damit nicht auf die Frage ein, ob die Zusicherung eines Verwaltungsakts nicht bereits ihrerseits ein eigener Verwaltungsakt ist (so die h.M.). Bejaht man dies, sind alle Vorschriften über Verwaltungsakte - also auch § 37 III VwVfG - direkt anwendbar, auch der Verweis in § 38 II VwVfG hat dann nur noch deklaratorischen Charakter. Subsumiert man unter § 37 III VwVfG, kommt es auf die Namenswiedergabe an, da das Gerichtsprotokoll nicht vom Behördenleiter unterschrieben wird.

### Prüfungsrelevanz:

Eine Zusicherung nach § 38 VwVfG muss - wie jeder andere Verwaltungsakt auch - wirksam sein, um Rechtsfolgen entfalten zu können. Würde man jedoch wie bei anderen Verwaltungsakten Formvorschriften nur als Rechtmäßigkeits-, nicht aber als Wirksamkeitsvoraussetzungen ansehen, wäre die Behörde auch an mündliche Zusagen gebunden (mit der Folge, dass ihr lediglich die Möglichkeit einer Aufhebung nach §§ 38 II VwVfG i.V.m. 48, 49 VwVfG bliebe, wofür wiederum deren Voraussetzungen vorliegen müssen). Deshalb bestimmt § 38 I 1 VwVfG ausdrücklich, dass die Zusicherung zu ihrer *Wirksamkeit* der Schriftform bedarf. Gleiches gilt aus systematischen Gründen auch

für die ebenfalls in § 38 I 1 VwVfG angesprochene Zuständigkeit der zusichernden Behörde, nicht jedoch für die Mitwirkungspflichten des § 38 I 2 VwVfG, die bewusst aus dem die Wirksamkeit regelnden Satz 1 heraus genommen worden sind.

### Vertiefungshinweise:

- Zur Form der Zusicherung: *BVerwGE* 97, 323; *BVerwG*, NJW 1986, 2267
- Erhebung eines Widerspruchs „zur Niederschrift“: *OVG Weimar*, NVwZ-RR 2002, 408
- Fehlende Unterschrift unter Beschwerdebegründungsschrift: *BVerwG*, NJW 2003, 1544

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Die Zusicherung"

### Leitsatz:

**Zusicherungen zur Niederschrift des Gerichts genügen der Schriftform des § 38 I 1 VwVfG.**

### Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Formwirksamkeit einer zur Niederschrift des Gerichts abgegebenen Zusicherung der Behörde. Das VG als Vorinstanz ist von ihrer Wirksamkeit ausgegangen. Die Beschwerde der Kl. gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des VG hat das BVerwG zurückgewiesen.

### Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist unbegründet. Die Sache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 132 II Nr. 1 VwGO). Grundsätzlich bedeutsam ist eine Rechtssache nur dann, wenn in dem angestrebten Revisionsverfahren die Klärung einer bisher höchstrichterlich ungeklärten, in ihrer Bedeutung über den der Beschwerde zu Grunde liegenden Einzelfall hinausgehenden klärungsbedürftigen Rechtsfrage des revisiblen Rechts (§ 137 VwGO)

zu erwarten ist. Daran fehlt es hier. Die Beschwerde hält sinngemäß für grundsätzlich klärungsbedürftig die Frage, ob eine in einer Niederschrift über eine mündliche Verhandlung vor dem VG enthaltene Erklärung des Vertreters einer beklagten Behörde, er verpflichte sich, einen Verwaltungsakt zu erlassen, eine formwirksame Zusicherung i. S. des § 38 VwVfG darstellt.

### *I. Vorliegen einer Zusicherung*

Diese Frage lässt sich auf Grund der vorliegenden Rechtsprechung des BVerwG bejahen, ohne dass es hierzu der Durchführung eines Revisionsverfahrens bedarf. Nach der Rechtsprechung des BVerwG stellt eine von der zuständigen Behörde im Prozess abgegebene Erklärung dann eine Zusicherung i. S. von § 38 VwVfG dar, wenn gegenüber dem Adressaten unzweifelhaft der Wille der Behörde zum Ausdruck kommt, einen bestimmten Verwaltungsakt. später zu erlassen (vgl. BVerwGE 74, 15 [17]).

### *II. Schriftform*

Eine Zusicherung zur Niederschrift des Gerichts ge-

nügt auch der Schriftform des § 38 I 1 VwVfG. Zwar enthält § 38 VwVfG selbst keine ausdrückliche Regelung, welche förmlichen Anforderungen an die Schriftform der Zusicherung zu stellen sind. Da die Zusicherung aber die Selbstverpflichtung der Behörde zum späteren Erlass eines Verwaltungsakts enthält, ist § 37 III VwVfG auf § 38 I 1 VwVfG entsprechend anwendbar. Das gerichtliche Protokoll erfüllt die sich daraus ergebenden Anforderungen: Aus ihm wird deutlich, welche Behörde die Zusicherung gegeben und wer für sie gehandelt hat. Auch den mit der Schriftform verbundenen Zwecken der Beweis- und Warnfunktion trägt die gerichtliche Niederschrift mit einer Erklärung, die vorgelesen und genehmigt worden ist, hinreichend Rechnung.

Dass das gerichtliche Protokoll von dem zusichernden Behördenvertreter nicht unterschrieben wird, steht der Schriftform i.S. des § 37 III VwVfG nicht entgegen, da Namenswiedergabe genügt (vgl. BVerwGE 97, 323 [327]).

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	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.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	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.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.

*Zivilrecht***Standort: Mietrecht****Problem: Summierung von Schönheitsreparaturklauseln**

BGH, URTEIL VOM 14.05.2003  
VIII ZR 308/02 (NJW 2003, 2234)

**Problemdarstellung:**

In diesem examens- wie praxisrelevanten Revisionsfall musste sich der BGH mit der Wirksamkeit von vorformulierten Mietvertragsbedingungen beschäftigen. Die Parteien stritten um Schadensersatz wegen unterlassener Endrenovierungsarbeiten, wobei sich der klagende Kläger auf den dem Mietverhältnis zugrunde liegenden Formularvertrag vom 23.01.1981 berief. Darin befand sich zum einen eine sog. "Schönheitsreparaturklausel", nach der der Mieter in bestimmten Jahresabständen Schönheitsreparaturen (Innenanstrich, Tapezieren, etc.) an den Mieträumen vorzunehmen hatte (§ 8 des Mietvertrages); zum anderen gab es eine "Endrenovierungsklausel", wonach die Mieträume beim Auszug - ohne Rücksicht auf die Schönheitsreparaturen in der Zwischenzeit - in fachmännisch renovierten Zustand zurückzugeben waren (§ 12 des Mietvertrages). Die Beklagten unterließen bei Beendigung des Mietverhältnisses. Nach entsprechender erfolgloser Fristsetzung verlangte der Kläger nunmehr Schadensersatz.

Der BGH erklärte zunächst die Endrenovierungsklausel wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB n.F.) für unwirksam. Nach der ständigen Rechtsprechung ist eine Regelung in einem vom Vermieter verwendeten Formalmietvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen renoviert zu übergeben, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters unwirksam.

Im Übrigen erklärt der BGH auch die Schönheitsreparaturklausel für unwirksam gem. § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB n.F.). Grundsätzlich sind solche allgemeinen Schönheitsreparaturklauseln in Mietverträgen praxisüblich und nicht zu beanstanden. Aber es können auch jeweils für sich unbedenkliche Klauseln einen Summierungseffekt haben und in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders führen. Zwar sind die Regelungen der §§ 8 und 12 des Vertrags in voneinander getrennten Paragrafen und mit unterschiedlichen Über-

schriften niedergelegt. Sie müssen jedoch, weil sie sich insgesamt mit der Renovierungspflicht des Mieters befassen, ihrer gemeinsamen Bestimmung gemäß als zusammengehörig betrachtet werden. Irrelevant ist dabei die Tatsache, dass bereits eine der beiden Klauseln - hier: die Endrenovierungsklausel - für sich schon unwirksam ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Mit dieser lesenswerten Entscheidung werden gleich zwei klassische Examensthemen erfasst: Mietrecht und AGB-Recht. Neben mietrechtlicher Gewährleistung und der Kündigung von Mietverhältnissen gehört die Renovierungspflicht, die gesetzlich eigentlich dem Vermieter obliegt (§ 535 I 2 BGB), aber vertraglich stets auf den Mieter abgewälzt wird, zum examensrelevanten Prüfungsstoff.

Da diese vertragliche Abwälzung regelmäßig durch vorformulierte Mietvertragsbedingungen des Vermieters erfolgt, ist die Wirksamkeit einer solchen Renovierungsklausel am AGB-Recht (jetzt: §§ 305 ff. BGB n.F.) zu messen. Nach § 307 I BGB ist eine AGB-Klausel unwirksam, wenn sie wider den Geboten von Treu und Glauben eine unangemessene Benachteiligung des anderen Teils darstellt. Eine solche general-klauselartige Formulierung des Gesetzestextes zieht unweigerlich eine sehr kasuistische Rechtsprechung nach sich. Jedem Examensprüfling sei daher geraten, zwecks Examensvorbereitung sich mit der aktuellen Rechtsprechung zum AGB-Recht zu beschäftigen.

**Vertiefungshinweise:**

☐ Zu dieser Thematik: *LG München I*, NZM 2003, 512; *Kappus*, NZM 2002, 761; *Bachmann*, NZM 2002, 768

**Kursprogramm:**

☐ *Examenskurs*: "Keine Lust auf Schönheitsreparaturen"

**Leitsatz:**

**Eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei — und damit eine Unwirksamkeit der**

**Gesamtregelung — kann sich aus dem Zusammenwirken zweier Formulklauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich gesehen unwirksam ist (Bestätigung von BGHZ 127, 245 [253 f.] = NJW 1995, 254).**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um Schadensersatz wegen unterlassener Renovierungsarbeiten. Mit Vertrag vom 23. 1. 1981 mietete die Bekl. von der Rechtsvorgängerin des Kl. eine Wohnung an. Dieser Vertrag enthielt unter anderem folgende Formulklauseln:

§ 8. Instandhaltung der Mieträume. Anzeigepflicht und Haftung des Mieters. (2) Der Mieter hat insbesondere die Verpflichtung, auf seine Kosten alle Schönheitsreparaturen (Innenanstrich — auch Heizkörper und Rohre — sowie Tapezierung) in den Mieträumen fachmännisch auszuführen, bei Küchen mindestens in einem Abstand von zwei Jahren, bei Dielen und Bädern mindestens von drei Jahren, bei Wohnräumen mindestens von vier Jahren und bei Schlafräumen mindestens von sechs Jahren.

Der Bodenbelag ist bei Auszug in einen ordnungsgemäßen und einwandfreien Zustand zu versetzen. Parkettboden ist bei einem Auszug nach mehr als vierjähriger Mietdauer abzuschleifen und zu versiegeln.

§ 12. Beendigung der Mietzeit. (1) Die Mieträume sind bei Auszug sauber und

a) ohne Rücksicht auf den für Schönheitsreparaturen in § 8 II vereinbarten Zeitablauf in fachmännisch renoviertem Zustand zurückzugeben,

Das Mietverhältnis endete zum 31. 1. 2000. Vergeblich forderte der Kl. mit Schreiben vom 28. 1. 2000 die Bekl., die jegliche Renovierungsarbeiten unterlassen hatte, zur Durchführung aller vertraglich vereinbarten und erforderlichen Instandhaltungsmaßnahmen und Schönheitsreparaturen bis zum 11. 2. 2000 auf. In dem vom Kl. beantragten selbstständigen Beweisverfahren hat der gerichtlich bestellte Sachverständige festgestellt, die Wohnung sei umfassend zu renovieren. Die Kosten hierfür würden sich auf 24 377,66 DM belaufen. Zum 1. 7. 2000 wurde die Wohnung wieder vermietet. Der Kl. fordert von der Bekl. neben dem Ersatz der Kosten für die durchgeführte Renovierung Schadensersatz in Höhe von fünf Monatsmieten, weil der unrenovierte Zustand der Wohnung eine frühere Vermietung verhindert habe. Hilfsweise macht der Kl. noch Schadensersatzansprüche wegen der Schäden an den Fliesen in der Küche und im Badezimmer geltend. Mit seiner Klage hat der Kl. insgesamt 31107,06 DM nebst Zinsen begehrt.

Das AG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Auf deren Berufung hat das LG die Klage abgewiesen

(NZM 2003, 278 L). Die zugelassene Revision hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Das BerGer. hat ausgeführt:

Dem Kl. stehe gegen die Bekl. kein Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Renovierungsarbeiten zu. Denn sowohl die Rückgabeklausel in § 12 I lit. a Mietvertrag wie auch die Regelung in § 8 II des Vertrags, mit welcher der Mieter zur Vornahme von Schönheitsreparaturen verpflichtet werde, seien unwirksam. Die Unwirksamkeit der Rückgabeklausel folge aus § 9 AGBG. Denn nach dem Inhalt dieser Klausel habe der Mieter bei Beendigung der Mietzeit die Räume renoviert zurückzugeben unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt die letzte Schönheitsreparatur vorgenommen worden sei. Eine Renovierungsvereinbarung wie hier — gegen deren Fristenregelung im Übrigen Bedenken beständen — könne zwar für sich betrachtet, auch als Formulklausel, wirksam geschlossen werden. Durch das Zusammenwirken mit der Rückgabeklausel entstehe jedoch zum Nachteil des Mieters ein Summierungseffekt. Bei einer Gesamtbetrachtung beider Regelungen zeige sich eine übermäßige Benachteiligung des Mieters als Vertragspartner des Klauselverwenders, die mit dem gesetzlichen Leitbild — Instandhaltung des Mietobjekts als Pflicht des Vermieters gem. § 535 I 2 BGB — nicht mehr zu vereinbaren sei; hieran ändere sich auch nichts dadurch, dass sich beide Klauseln an verschiedenen Stellen im Vertragswerk befänden. Das Übermaß der überbürdeten Pflichten ergebe sich aus dem Umstand, dass zu den abgewälzten Instandhaltungspflichten während der Vertragslaufzeit auch noch — mit der Endrenovierungsklausel — die Pflicht treten solle, den nachvertraglichen Renovierungsaufwand zu tragen. Da die Bekl. mangels wirksamer Vereinbarungen keine Pflichten zur Renovierung der Mietwohnung verletzt habe, schulde sie dem Kl. auch keinen Schadensersatz für den geltend gemachten Mietausfall. Hinsichtlich der Badewanne, des Spiegels, der Mischbatterie sowie der abgelösten Fliesen seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die aufgetretenen Mängel nach etwa zwanzig Jahren Mietzeit nicht durch normale Abnutzung bzw. altersbedingten Verschleiß verursacht worden seien.

*B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung stand, sodass die Revision zurückzuweisen ist. Der Kl. kann wegen Unwirksamkeit der Klau-

seln des § 12 I lit. a und des § 8 II des Vertrags weder Ersatz seiner Aufwendungen für die Renovierungsarbeiten noch Schadensersatz für den fünfmonatigen Mietausfall verlangen.

*I. Unwirksamkeit der Endrenovierungsklausel gem. § 12 des Mietvertrages*

Vergeblich wendet sich die Revision dagegen, dass das LG die Rückgabeklausel in § 12 I lit. a Mietvertrag für unwirksam gehalten hat. Nach der Rechtsprechung des Senats (NJW 1998, 3114 = NZM 1998, 710 = WM 1998, 2145 [unter III 2 a] m. w. Nachw.; vgl. auch BGHZ 101, 253 [268 f.] = NJW 1985, 2564) ist eine Regelung in einem vom Vermieter verwendeten Formularmietvertrag, die den Mieter verpflichtet, die Mieträume bei Beendigung des Mietverhältnisses unabhängig vom Zeitpunkt der Vornahme der letzten Schönheitsreparaturen renoviert zu übergeben, wegen unangemessener Benachteiligung des Mieters nach § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB) unwirksam. Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass nach der Senatentscheidung vom 3. 6. 1998 (NJW 1998, 3114 [unter III 2 b] = NZM 1998, 710) eine solche Klausel, die bei isolierter Betrachtungsweise den Mieter unangemessen benachteiligt und deshalb unwirksam sei, sich bei einer Gesamtbetrachtung der Vereinbarung über die Renovierungspflichten gleichwohl als wirksam erweisen könne. Der Senat hat aber die Klausel dort nur deshalb als wirksam angesehen, weil durch die unmittelbar nachfolgenden Bestimmungen in deren S. 2 hinreichend klargestellt war, dass der Mieter die ihm auferlegte Endrenovierung nur dann vornehmen musste, wenn die Fristen seit der Ausführung der letzten Schönheitsreparaturen bei Vertragsende bereits abgelaufen waren (vgl. auch BGHZ 101, 253 [265] = NJW 1987, 2564). An einer solchen Einschränkung fehlt es hier. In der Rückgabeklausel des § 12 I lit. a Mietvertrag heißt es im Gegenteil, dass die Renovierung bei Beendigung der Mietzeit ohne Rücksicht auf den für Schönheitsreparaturen vereinbarten Zeitablauf zu erfolgen hat.

*II. Unwirksamkeit der Renovierungsklausel gem. § 8 des Mietvertrages*

Zu Recht hält das BerGer. auch die formularmäßige Überwälzung der Pflicht zur Vornahme von Schönheitsreparaturen — die nach der gesetzlichen Regelung grundsätzlich dem Vermieter obliegt — in § 8 II des Vertrags für unwirksam. Nach der Rechtsprechung des Senats (NJW 1993, 532 [unter II 2]) können auch jeweils für sich unbedenkliche Klauseln einen Summierungeffekt haben und in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Ver-

tragspartners des Verwenders führen. Diese Rechtsprechung hat das BerGer. zu Recht seiner Entscheidung zu Grunde gelegt. Zwar sind die Regelungen der §§ 8 und 12 des Vertrags in voneinander getrennten Paragraphen und mit unterschiedlichen Überschriften niedergelegt. Sie müssen jedoch, weil sie sich insgesamt mit der Renovierungspflicht des Mieters befassen, ihrer gemeinsamen Bestimmung gemäß als zusammengehörig betrachtet werden (Senat, NJW 1993, 532). Dieser inhaltliche Zusammenhang wird zudem durch die Klauseln selbst hergestellt. § 12 I lit. a des Vertrags verweist auf die turnusmäßige Renovierungspflicht des § 8 II; § 8 II wiederum enthält eine Anordnung über die Pflichten des Mieters bei Auszug in Bezug auf die Instandsetzung des Bodenbelags, insbesondere des Parkettbodens.

Die Revision meint zwar, die von dem BerGer. herangezogenen Grundsätze könnten nur dann eingreifen, wenn gegen beide Klauseln, für sich gesehen, nichts einzuwenden sei und sie nur in ihrer Gesamtwirkung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters führten, während das BerGer. schon eine der Klauseln, die Rückgabeklausel, isoliert betrachtet für unwirksam halte; in einem solchen Fall ließen sich die Klauseln in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil aufteilen mit der Folge, dass der zulässige Teil aufrechtzuerhalten sei (vgl. Senat, NJW 1998, 2284; NJW 1982, 178). Dem kann für den gegebenen Fall nicht gefolgt werden. Anders als inhaltlich selbstständige, nur in einem äußeren sprachlichen Zusammenhang stehende Regelungen sind die genannten Klauseln wegen ihrer inneren Zusammengehörigkeit nicht in dem von der Revision befürworteten Sinne teilbar. Im Übrigen kann sich eine unangemessene Benachteiligung einer Vertragspartei — und damit eine Unwirksamkeit der Gesamtregelung — aus dem Zusammenwirken zweier Klauseln auch dann ergeben, wenn eine dieser Klauseln schon für sich gesehen unwirksam ist (BGHZ 127, 245 [2S3f.] = NJW 1995, 254). Denn der Verwender einer aus zwei Teilen bestehenden Klausel, deren einer Teil nur Bestand haben kann, wenn der andere Teil unwirksam ist, kann sich wegen des Gebots der Transparenz vorformulierter Vertragsbedingungen nicht zu seinen Gunsten auf die Unwirksamkeit des anderen Klauselteils berufen.

Ob die Renovierungsklausel des § 8 II Mietvertrag — unter anderem die Bestimmung über die Instandsetzung des Bodenbelags (vgl. Langenberg, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl., § 548 Rdnr. 84) — schon aus sich heraus der Inhaltskontrolle des § 9 AGBG nicht standhält, kann nach alledem dahingestellt bleiben.

*III. Keine Ersatzpflicht für den Mietausfall*

Damit erweist sich die Entscheidung des BerGer. auch als zutreffend, soweit dem Kl. Schadensersatzansprüche wegen des fünfmonatigen Mietausfalls versagt worden sind. Bei Unwirksamkeit der vorgenannten Klauseln hat die Bekl. durch das Unterlassen von Renovierungen und Schönheitsreparaturen keine ihr obliegende Pflicht verletzt.

*IV. Keine Ersatzpflicht für sonstige Schäden*

Auch soweit das LG Schadensersatzansprüche des Kl.

wegen Schäden an Fliesen in der Küche und im Badezimmer verneint hat, kann die Entscheidung nicht beanstandet werden. Die Erwägung des BerGer., nach etwa 20 Jahren Mietzeit liege es durchaus nahe, dass die festgestellten Mängel durch Verschleiß im Rahmen einer vertragsgerechten Nutzung der Wohnung entstanden seien, sind frei von Rechtsfehlern. Dass andere Schadensursachen zu Grunde liegen könnten, ist nicht festgestellt und wird auch von der Revision nicht aufgezeigt.

**Standort: ZPO****Problem: Prozessstandschaft durch vermögenslose GmbH**

BGH, URTEIL VOM 03.04.2003  
IX ZR 287/99 (NJW 2003, 2231)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit vor dem BGH klagte eine in Auflösung befindliche GmbH gegen eine Bank als Bürgin aus einer Bürgschaft aufs erste Anfordern, wobei die zugrundeliegenden Rechte - Bürgschaft und akzessorische Forderung - von der GmbH bereits an einen Dritten abgetreten worden waren.

Obwohl die klagende GmbH sich in Liquidation befand, erklärte der BGH sie für parteifähig. Ist eine GmbH aufgelöst worden kann die Gesellschaft mit der Behauptung, ihr stehe ein vermögensrechtlicher Anspruch zu, einen Aktivprozess führen. Insoweit gilt sie weiterhin als parteifähig. Auch die Prozessstandschaft der klagenden GmbH wird vom BGH bejaht. Da die GmbH Regressansprüche des Zessionars zu befürchten hatte, sofern die Bürgschaft der Bank nicht eingetrieben wurde, hatte sie ein berechtigtes Eigeninteresse an dieser fremden Rechtsverfolgung. Zwar verneint der BGH in der Regel die Prozessstandschaft bei Vermögenslosigkeit der GmbH; hiervon macht er aber in diesem Fall eine Ausnahme, da die beklagte Bank nicht unbilligerweise benachteiligt wird. Die Vermögenslosigkeit und die dadurch bedingte Auflösung der GmbH war der Bank schon bei Abgabe der Bürgschaft bekannt, sodass sie dieses Risiko auch bei der nunmehrigen Klage zu tragen hat.

Eine Bürgschaftsverpflichtung der Bank kann der BGH allerdings nicht feststellen. Ein Anspruch aus der fraglichen Urkunde ist auf die Zessionarin nicht gem. § 401 BGB übergegangen. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Bürgschaft im Zeitpunkt der Abtretung bestellt ist. Wird die Bürgschaft erst nach der Abtretung erteilt, fallen im Zeitpunkt des Vertrags der Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubi-

ger auseinander, mit der Folge, dass im Regelfall keine wirksame Bürgschaftsverpflichtung entsteht. Dabei gilt der Grundsatz der Gläubigeridentität bzgl. Hauptforderung und Bürgschaft auf für die Bürgschaft aufs erste Anfordern. Ausnahmsweise ist es auch möglich, im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter gem. §§ 328 ff. BGB eine solche Bürgschaft ohne die ansonsten notwendige Gläubigeridentität herzuleiten; dann muss aber bei einer Bürgschaft aufs erste Anfordern der berechnete Dritte (Gläubiger der zu sichernden Forderung) sich unmittelbar aus der Urkunde bzw. den unstreitigen Tatsachen ergeben.

**Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil ermöglicht es, examensrelevante Themengebiete sowohl des Zivilprozessrechts als auch des Bürgschaftsrechts zu erfassen und zu vertiefen.

In prozessualer Hinsicht ist dieser Fall lesenswert, weil eine im Auflösungsstadium befindliche GmbH fremde Rechte im eigenen Namen - also als Prozessstandschafter - einfordert. Insoweit stellen sich zivilprozessuale Probleme hinsichtlich der Parteifähigkeit und der Prozessführungsbefugnis. Parteifähigkeit klärt die Fähigkeit, überhaupt Partei in einem Zivilprozess sein zu können, und hängt von der Rechtsfähigkeit ab, § 50 ZPO. Selbst in Auflösung befindliche Gesellschaften sind rechtlich noch existent und daher rechts- und parteifähig. Die Prozessführungsbefugnis klärt die Frage, ob man das geltend gemachte Recht überhaupt auch im eigenen Namen geltend machen darf. Sofern es sich dabei um ein fremdes Recht handelt, nennt man diese Fallkonstellation eine Prozessstandschaft. Es gibt gesetzliche Prozessstandschaften (z.B. §§ 265 ZPO, 1368 BGB, 80 InsO) und die gesetzlich nicht geregelte, gewillkürte Prozessstandschaft. Die gewillkürte Prozessstandschaft ist zulässig, wenn das eingeklagte Rechte zumindest in seiner Ausübung anderen überlas-

sen werden kann, wenn der wahre Rechtsinhaber seine Einwilligung dazu gegeben hat (§ 185 I BGB analog), wenn der Kläger ein berechtigtes Eigeninteresse an dieser fremden Rechtsverfolgung hat und wenn keine schutzwürdigen Belangen des Beklagten entgegenstehen.

Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Aspekte des Falls ist bemerkenswert, dass der BGH allgemeingültige Grundsätze des Bürgschaftsrechts (Akzessorietät und Gläubigeridentität bei Bürgschaft; Anwendbarkeit der §§ 328 ff. BGB auf alle Vertragstypen, auch auf die Bürgschaft) konsequent auch bei der besonderen Form der "Bürgschaft aufs erste Anfordern" verlangt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Problematik: *BGHZ* 151, 236 = *NJW* 2002, 3170 = *NZBau* 2002, 609; *Kilgus*, *BB* 2002, 1933; *Haas*, *LMK* 2003, 14; *Theewen*, *EWiR* § 765 BGB 1/03, 17; *K. Schmidt*, *JuS* 2003, 92; *Richrath*, *WuB H.* 12/2002 I F 1a 20.02

Siehe auch ferner: *BGH*, *NJW* 1999, 2361; *Hahn*, *MDR* 1999, 816; *Moritz*, *WuB H.* 3/2000 I E 51.00

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Pleitegeier-GmbH"

#### **Leitsätze:**

**1. Eine vermögenslose GmbH, die durch Erfüllung des geltend gemachten Anspruchs von Verbindlichkeiten gegenüber dem Zessionar frei wird, hat ein schutzwürdiges Eigeninteresse daran, den Anspruch mit Ermächtigung des neuen Gläubigers einzuklagen, wenn sie schon bei Begründung des Anspruchs vermögenslos war und es zweifelhaft ist, ob ein Rechtsübergang auf den neuen Gläubiger stattgefunden hat.**

**2. Auch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern kann als Vertrag zu Gunsten eines Dritten vereinbart werden; dessen Berechtigung muss sich jedoch aus der Bürgschaftsurkunde selbst in Verbindung mit den unstreitigen Tatsachen ergeben.**

**3. Der Grundsatz, dass der Gläubiger von Hauptforderung und Bürgschaft ein und dieselbe Person sein muss, gilt auch bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern.**

#### **Sachverhalt:**

Durch Subunternehmervertrag vom 12. 11. 1992 beauftragte die Kl. als Generalübernehmerin die H mit der schlüsselfertigen Errichtung eines Gebäudes in B.

zum Pauschalpreis von 18 200 000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Die H führte die Arbeiten nicht selbst aus, sondern beauftragte ihrerseits am 30. 11. 1992 die I-GmbH (im Folgenden: I). Nach Ausführung des Bauvorhabens und der Abnahme durch die Kl. erstellte die H am 6. 5. 1994 die Schlussrechnung über einen Restbetrag von 6 748 055 DM. Zuvor hatte die bekl. Bank am 15. 4. 1994 im Auftrag der H eine Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 1 046 500 DM zu Gunsten der Kl. erteilt. Da die Bauherrengemeinschaft als Auftragsgeberin (nachfolgend: Grundstücksgesellschaft) die Schlussrechnung nicht zahlte, schlossen die drei an der Errichtung des Bauwerks beteiligten Gesellschaften am 27. 5. 1994 eine als „Memorandum“ bezeichnete Vereinbarung, um den Konkurs der Kl. und der H abzuwenden. Darin verzichtete die H auf ihre über den Betrag von 5087000 DM hinausgehende Forderung gegen die Kl. und trat sie im Übrigen an die I ab, die sich unter im Einzelnen niedergelegten Voraussetzungen verpflichtete, diese Forderung nicht vor dem 1. 7. 1997 gegen die Kl. geltend zu machen und ihr eine Gewährleistungsbürgschaft über 500 000 DM zu stellen. Ob damit die Gewährleistungsansprüche gegen die H erledigt sein sollten, ist zwischen den Parteien streitig. Am 18. 8. 1994 trat die Kl. Ansprüche aus dem Vertrag mit der H an die Grundstücksgesellschaft ab. Am 3. 2. 1995 wurde ein Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Kl. mangels Masse abgewiesen. Die Auflösung der Gesellschaft wurde am 6. 4. 1995 ins Handelsregister eingetragen. Am 1. 6. 1995 erteilte die Bekl. eine neue Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern für alle Ansprüche gegen die H bis zum Höchstbetrag von 500 000 DM. Die Bürgschaft sollte erst mit Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft über 1 046 500 DM in Kraft treten, was in der Folgezeit geschah. Die Kl. nahm die Bekl. im Urkundenprozess aus dieser Bürgschaft in Anspruch, weil die H die Beseitigung von Mängeln, deren Kosten über 500 000 DM beziffert worden sind, abgelehnt hatte. Die Grundstücksgesellschaft ermächtigte die Kl., deren Rechte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einzuklagen.

Das LG hat der Klage stattgegeben, das KG die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgte die Bekl. ihr Begehren auf Klageabweisung weiter. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### **Aus den Gründen:**

##### **A. Zur Zulässigkeit der Klage**

Das BerGer. sieht die Klage als zulässig an. Die Kl. sei trotz der ins Handelsregister eingetragener Auflösung

der Gesellschaft parteifähig, weil sie Ansprüche gerichtlich geltend mache, die nicht offensichtlich unbegründet seien. Dass sie keine eigenen Rechte verfolge, sondern im Wege gewillkürter Prozessstandschaft die Ansprüche Bauherrengemeinschaft durchzusetzen suche, sei ebenfalls unbedenklich; denn sie sei dazu ermächtigt worden und habe ein eigenes berechtigtes Interesse am Erfolg der Klage.

### *I. Parteifähigkeit der Kl. trotz ihrer Auflösung im Handelsregister*

Mit Recht hat das BerGer. die Kl. trotz der Eintragung ihrer Auflösung im Handelsregister als parteifähig angesehen. Ist eine GmbH infolge Zurückweisung eines Insolvenzantrags wegen Masselosigkeit aufgelöst worden (§ 60 I Nr. 4 GmbHG a. F.; § 1 I des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. 10. 1934, RGBI 1, 914), kann die Gesellschaft gleichwohl mit der Behauptung, ihr stehe ein vermögensrechtlicher Anspruch zu, einen Aktivprozess führen. Insoweit gilt sie weiterhin als parteifähig (BGHZ 48, 303 [307] = NJW 1968, 297; BGH, NJW 1986, 394 = WM 1986, 145; NJW-RR 1995, 1237).

### *II. Gewillkürte Prozessstandschaft der Kl.*

Die Kl. ist auch befugt, Ansprüche der Grundstücksgesellschaft im eigenen Namen einzuklagen.

#### *1. Voraussetzung an eine gewillkürte Prozessstandschaft: Schutzwürdiges Eigeninteresse*

Nach ständiger Rechtsprechung darf eine Partei fremdes Recht gerichtlich geltend machen, wenn der Berechtigte ihr eine entsprechende Ermächtigung erteilt hat und sie an der Durchsetzung des Rechts ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (BGHZ 100, 217 [218] = NJW 1987, 20 BGHZ 102, 293 [296] = NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1989, 1932 = WM 1989, 585 [586]; NJW 1999, 1717). Die Kl. bleibt auch nach dem Übergang der durch die Bürgschaft gesicherten Gewährleistungsansprüche der Zessionarin gegenüber selbst zur Gewährleistung verpflichtet. Das daraus folgende berechnete Eigeninteresse des zur Durchsetzung fremden Gewährleistungsansprüche ermächtigten Bauunternehmers erstreckt sich auch auf die als Sicherheit für diese Forderung dienende Bürgschaft (BGHZ 70, 389 [394] = NJW 1978, 1375; BGH, NJW 1989, 1932 = WM 1989, 585 [586]).

#### *2. Voraussetzung an eine gewillkürte Prozessstandschaft: Keine entgegenstehenden Belange des Bekl.*

Allerdings verneint der BGH bei einer überschuldeten vermögenslosen GmbH in der Regel ein schutzwürdi-

ges Eigeninteresse daran, abgetretene Forderungen im eigenen Namen und auf eigene Kosten zu Gunsten des neuen Gläubigers einzuklagen, weil sich mit der Liquidation der Gesellschaft deren Verbindlichkeiten von selbst erledigen und in Anbetracht dessen eine unzumutbare Beeinträchtigung des Gegners darin zu sehen ist, dass er den ihm bei erfolgloser Klage zustehenden Erstattungsanspruch voraussichtlich nicht durchsetzen kann (BGHZ 96, 151 [155] = NJW 1986, 850). Die höchstrichterliche Rechtsprechung lässt jedoch die Prozessstandschaft zu, sofern der Gegner auf Grund besonderer Umstände nicht unbillig benachteiligt wird. Dies ist etwa angenommen worden, wenn die Vermögenslosigkeit der klagenden GmbH erst während des Prozesses eingetreten ist und kein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Überschuldung, der Offenlegung der Abtretung und der Ermächtigung zur Prozessführung besteht (BGH, NJW 1989, 1932 = WM 1989, 585 [586]; NJW-RR 1990, 505 = WM 1990, 657 [659]; NJW 1995, 3186 [3187]).

### *3. Übertragung dieser Voraussetzungen auf den vorliegenden Fall*

Auch im Streitfall liegen besondere Umstände vor, die die Prozessführung der Kl. rechtfertigen. Bereits bei Erteilung der Bürgschaft war die Auflösung der Kl. im Handelsregister eingetragen. Dies war für die Repräsentanten der Bekl. erkennbar. Da sich seit Begründung des Vertragsverhältnisses, aus dem die Kl. Ansprüche herleitet, an ihren Vermögensverhältnissen nichts Wesentliches geändert hat, wird die Bekl. nicht dadurch unbillig beeinträchtigt, dass die Zedentin den Prozess führt. War der Vertragspartner und ehemalige Anspruchsinhaber bereits bei Vertragsschluss vermögenslos, so hat sich mit der gerichtlichen Auseinandersetzung ein Risiko verwirklicht, das für den Bekl. bereits bei Vertragsschluss erkennbar war. Hier kommt noch hinzu, dass es aus Rechtsgründen zweifelhaft erscheint, ob Rechte aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Bürgschaftsvertrag auf die Zessionarin übergehen konnten. Jedenfalls in einem solchen Fall handelt die vermögenslose GmbH, die dem Zessionar zur Gewährleistung verpflichtet ist, nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sie mit dessen Ermächtigung den Prozess selbst führt..

### *B. Zur Begründetheit der Klage*

Das BerGer. meint, der geltend gemachte Anspruch sei jedenfalls im Rahmen des Urkundenprozesses begründet. Die Kl. habe die formalen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Bürgen beachtet. Die Bekl. habe nicht liquide bewiesen, dass die Kl. die Rechtsstellung aus der Bürgschaft auf erstes Anfor-

dem missbräuchlich ausnutze. Aus dem „Memorandum“ vom 22. 5. 1994 sei nicht zweifelsfrei zu entnehmen, dass die Bet. einen Verzicht auf die gegen die H gerichteten Gewährleistungsansprüche vereinbart hätten. Unabhängig vom widerstreitenden Vortrag der Parteien sei davon auszugehen, dass die Übergabe der Bürgschaft nicht ungewollt geschehen sei. Die Durchsetzung des Klageanspruchs sei weder wegen der Vermögenslosigkeit der Kl. noch im Hinblick auf den Inhalt der Sicherungsabrede des Subunternehmervertrags als missbräuchlich anzusehen. Diese Erwägungen tragen das angefochtene Urteil nicht. Im Gegenteil folgt aus dem für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Prozessstoff, dass ein Anspruch aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht wirksam begründet worden ist.

### *I. Keine wirksame Bürgschaftsbestellung mangels Identität des Gläubigers*

In der Urkunde vom 1. 6. 1995 übernahm dem Wortlaut nach die Bekl. gegenüber der Kl. eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zur Sicherung von deren Gewährleistungsansprüchen gegen die H. Das BerGer. hat bereits nicht hinreichend beachtet, dass damit ein Bürgschaftsanspruch der Kl. nicht begründet werden konnte, weil diese zu jenem Zeitpunkt nicht mehr Inhaber der gesicherten Forderung war. Die Gewährleistungsansprüche gegen die H waren an die Grundstücksgesellschaft abgetreten.

#### *1. Gesetzliches Leitbild zur Identität des Gläubigers*

Nach § 767 I 1 und 2 BGB gilt für den Bestand von Hauptverbindlichkeit und Bürgenschuld der Grundsatz der strengen Akzessorietät. Das trifft auch für die Rechtszuständigkeit auf der Gläubigerseite zu. Das Gesetz geht mithin davon aus, dass bei Begründung der Bürgschaft dieselbe Person Inhaber des Haupt- und des Bürgschaftsanspruchs ist (BGHZ 115, 177 [182f.] = NJW 1991, 3025). Die Gläubigeridentität kann auch durch eine spätere Abtretung der Hauptforderung nicht zerrissen werden. Ebenso wenig erwirbt jemand einen Bürgschaftsanspruch, dem die gesicherte Forderung nicht mehr zusteht (BGHZ 115, 177 [183 f.] = NJW 1991, 3025).

#### *2. Übertragung dieses Grundsatzes auf die Bürgschaft aufs erste Anfordern*

Diese Grundsätze gelten auch für Begründung und Übertragung der Rechte aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern. Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, handelt es sich bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht um ein Sicherungsmittel eigener Art; sie stellt vielmehr lediglich eine den Gläubiger be-

sonders privilegierende Form der Bürgschaftsverpflichtung dar (BGH, NJW 1999, 2361 = WM 1999, 895 [899]; NJW 2003, 352 = WM 2002, 2498 [2499], z. Veröff. best. in BGHZ). Der Vorteil für den Gläubiger besteht im Wesentlichen darin, dass er, wenn er Leistung aus einer solchen Bürgschaft verlangt, nicht die Schlüssigkeit der Hauptforderung darlegen, sondern lediglich die urkundlich vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllen muss und der Bürge mit allen Einwendungen ausgeschlossen ist, die nicht offensichtlich oder liquide beweisbar begründet sind. Alle übrigen aus der Akzessorietät der Bürgschaft folgenden Einwendungen sind damit nicht erledigt, sondern lediglich in einen Rückforderungsprozess verlagert. Die aus dem Akzessorietätsgrundsatz folgenden Einreden des Bürgen nach § 768 BGB können daher bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ebenso wenig wie bei einer gewöhnlichen Bürgschaft formularmäßig wirksam ausgeschlossen werden (BGHZ 147, 99 [104] = NJW 2001, 1857). Eine das Akzessorietätsprinzip aushebelnde Individualabrede hätte zur Folge, dass die Vertragspartner eine von der Bürgschaft auf erstes Anfordern verschiedene, der Garantie entsprechende Sicherheit bestellen.

Daher gibt es in der Frage der Gläubigeridentität keinen Unterschied zwischen der Bürgschaft auf erstes Anfordern und der in § 765 BGB normierten Haftung. Rechte aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern kann nur derjenige erwerben, der schon vorher Gläubiger der Hauptforderung ist oder sie zeitgleich übertragen erhält (§ 401 BGB).

#### *3. Kein Fall von § 401 BGB*

Ein Anspruch aus der Urkunde vom 1. 6. 1995 ist auf die Zessionarin nicht gem. § 401 BGB übergegangen. Diese Vorschrift setzt voraus, dass die Bürgschaft im Zeitpunkt der Abtretung bestellt ist. Wird die Bürgschaft erst nach der Abtretung erteilt, fallen im Zeitpunkt des Vertrags der Gläubiger der Hauptforderung und der Bürgschaftsgläubiger auseinander, mit der Folge, dass im Regelfall keine wirksame Bürgschaftsverpflichtung entsteht (BGH, WM 1966, 859 [861]; Staudinger/Horn, BGB, 13. Bearb., § 765 Rdnr. 203; Lindner-Figura, NJW 2002, 3134). Zwar war die Bürgschaft vom 15. 4. 1994 nach dieser Vorschrift auf die Zessionarin übergegangen. Dieser Bürgschaftsvertrag wurde jedoch nicht geändert; vielmehr wurde am 1. 6. 1995 eine neue Verpflichtung begründet, deren Entstehung gerade vom Erlöschen des alten Vertrags abhängig gemacht wurde. Die Abtretungsvereinbarung der Kl. mit der Grundstücksgesellschaft enthält auch keine Regelung, die als Übertragung künftiger Sicherheiten im Sinne des Senatsurteils vom 15. 8. 2002

(NJW 2002, 3461 = WM 2002, 1968) verstanden werden könnte.

#### 4. Keine Auslegung der Gewährleistungsbürgschaft in eine Rückgriffsbürgschaft

Ein Bürgschaftsanspruch der Kl. lässt sich auch nicht mit den Erwägungen begründen, die dem Urteil des BGH vom 17. 2. 1982 (NJW 1982, 1808 = WM 1982, 485 [486]) zu Grunde liegen. Nach dieser Entscheidung kann eine Gewährleistungsbürgschaft, die der Unternehmer dem Bauträger zu einem Zeitpunkt erteilt hat, als dieser die gesicherten Ansprüche bereits an den Erwerber abgetreten hatte, in dem Sinne ausgelegt werden, dass sie dessen zukünftige, aufschiebend bedingte Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer sichert, die sich dann ergeben, wenn jener zur Mängelbeseitigung nicht in der Lage ist und der Bauträger deshalb selbst dem Erwerber eintreten muss. Ob dieser Auffassung zuzustimmen ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden; denn ein eigener Bürgschaftsanspruch der Kl. kommt nur in Betracht, wenn die gesicherte Forderung wieder auf sie zurückübertragen worden ist. Das aber behauptet die Kl. nicht. Sie klagt deshalb nicht aus eigenem Recht, sondern macht ausschließlich Ansprüche der Grundstücksgesellschaft geltend.

Im Übrigen entfele auch bei einem eigenen Anspruch das Recht, Zahlung auf erstes Anfordern zu verlangen, weil infolge der Ablehnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen der Kl. mangels einer die Kosten deckenden Masse davon auszugehen ist, dass sich die Kl. in masseloser Insolvenz befindet (vgl. BGHZ 151, 236 = NJW 2002, 3170 = NZI 2002, 624 = NZBau 2002, 609 = ZIP 2002, 1633).

#### II. Bürgschaft als Vertrag zu Gunsten Dritter gem. §§ 328 ff. BGB

Bürgschaftsverträge können auch in der Weise geschlossen werden, dass ein Dritter als Inhaber der Hauptforderung die Rechte gem. § 328 BGB erwerben soll (BGH, NJW-RR 1989, 315 [317f.]). Das gilt für Bürgschaften auf erstes Anfordern ebenfalls. Jedoch muss die Vereinbarung eines solchen Anspruchs schon aus dem Inhalt der Bürgschaftsurkunde hinreichend erkennbar hervorgehen. Sonstige dem Gericht vorliegende Urkunden sowie unstrittige Tatsachen können dabei ergänzend berücksichtigt werden (BGH, NJW 1999, 2361 = WM 1999, 895). Diese strengen formalen Anforderungen folgen aus der Natur des Rechtsinstituts, das dem Gläubiger eine vereinfachte Durchsetzung seines behaupteten Anspruchs ermöglicht. Diese Rechtswirkungen sind nur dann gerechtfertigt, wenn sich schon aus der Bürgschaftsurkunde

selbst zweifelsfrei ergibt, dass die geltend gemachte Forderung gesichert ist. Die entsprechenden Voraussetzungen sind vom Gläubiger darzulegen und nachzuweisen (BGH, NJW 1999, 2361 = WM 1999, 895 [897]). Da die Auslegung lediglich die Bürgschaftsurkunde vom 1. 6. 1995 sowie die unstrittigen Tatsachen zu berücksichtigen hat, kann sie der Senat selbst vornehmen. Sie führt zu dem Ergebnis, dass die Bekl. für den von der Kl. geltend gemachten Anspruch der Zessionarin nicht auf Grund einer Bürgschaft auf erstes Anfordern einzustehen hat.

#### 1. Keine ausdrückliche Bezeichnung eines Dritten in der Bürgschaftsurkunde

Die Bürgschaftsurkunde vom 1. 6. 1995 bezeichnet als Gläubigerin ausdrücklich die Kl. In solchen Fällen kann im Allgemeinen nicht statt der benannten Person ein Dritter als Gläubiger angesehen werden; denn die Person des Gläubigers ist für den Bürgen von wesentlicher Bedeutung (vgl. BGH, NJW 2002, 3461 = WM 2002, 1968 [1969]). Dieser Grundsatz, der schon bei der gesetzlichen Bürgschaft (§ 765 BGB) gilt, gewinnt bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern wegen der dort geltenden Formenstrenge erhöhte Bedeutung.

#### 2. Keine ergänzende bzw. erläuternde Auslegung durch Bezugnahme auf die erste Bürgschaft

Für eine Auslegung der Bürgschaft in dem Sinne, dass sie dem Zessionar gegenüber erteilt sein soll, könnte in der Urkunde selbst allenfalls folgender Satz einen Anknüpfungspunkt bilden:

„Diese Bürgschaft tritt in Kraft, sobald uns unsere Gewährleistungsbürgschaft Nr. . . . vom 15. 4. 1994 in Höhe von 1046500 DM im Original vorliegt.“

Die Rechte aus der Bürgschaft über 1 046 500 DM waren auf Grund der unstrittigen Abtretung vom 18. 8. 1994 gem. § 401 BGB auf die Grundstücksgesellschaft übergegangen. Ob dieser Hinweis als ausreichend anzusehen wäre, wenn die Zessionarin die alte Bürgschaft erhalten hätte oder die Urkunde von der Kl. treuhänderisch für sie verwahrt worden wäre, kann dahingestellt bleiben; denn so liegen die Dinge im Streitfall nicht. Nach dem Vortrag der Kl. wandte sich der Geschäftsführer der H im Frühjahr 1995 an den Liquidator der Kl. und verlangte die Herausgabe der Bürgschaft vom 15. 4. 1994. Der Liquidator habe ihm daraufhin mitgeteilt, dass dies im Hinblick auf das Kreditarrangement der Kl. bei der K-Bank nicht möglich sei, ohne dass eine neue Gewährleistungsbürgschaft übergeben werde. Man habe sich am 31. 5. 1995 darauf geeinigt, eine entsprechende Bürgschaft beizubringen. Unstrittig wurde die Bürgschaftsurkunde anschließend der K-Bank übergeben. Die Parteien strei-

ten lediglich darüber, auf welchem Weg dies geschehen ist. Die Kl. behauptet, der Liquidator habe die Urkunde zur K-Bank gebracht. Die Bekl. trägt vor, der Mitarbeiter K der H habe die Bürgschaftsurkunde bei der K-Bank persönlich abgegeben. Nach dem eigenen Vortrag der Kl. hatten die Beteiligten damals nicht im Sinn, einen Bürgschaftsanspruch zu Gunsten der Zessionarin zu begründen. Vielmehr bestand bei der Kl. die Vorstellung, die Bürgschaft sei ein taugliches Sicherungsmittel für die Kreditansprüche ihrer Hausbank. Zwar war diese Auffassung rechtlich unhaltbar. Die Bürgschaftsverpflichtung konnte wirksam werden nur gegenüber der Zessionarin als der Inhaberin des gesicherten Anspruchs. Das allein reicht jedenfalls nicht aus, um nunmehr im Wege ergänzender Vertragsauslegung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu Gunsten der Zessionarin zu bejahen; denn das stände in Widerspruch zu den Anforderungen an die Rechtsklarheit, die aus Gründen des Verkehrsschutzes an den in der Bürgschaftsurkunde niedergelegten Vertragsinhalt zu stellen sind.

### 3. Keine hypothetische Auslegung möglich

Im Hinblick auf den tatsächlich geäußerten Willen der Parteien lässt sich aus den Umständen, die hier allein in die Auslegung einbezogen werden dürfen, nicht nach Treu und Glauben annehmen, dass die Kl., hätte sie die Rechtslage erkannt, einen Bürgschaftsvertrag zu Gunsten der Zessionarin geschlossen hätte. Ein Wille, der Zessionarin etwas zuzuwenden, lässt sich aus den hier für die Auslegung bedeutsamen Tatsachen nicht erkennen.

### C. Aufhebung und Zurückverweisung an das BerGer.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 564 I ZPO a. F.), weil die Kl. den geltend gemachten Anspruch nicht aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern herleiten kann. Die Sache ist jedoch nicht reif zur abschließenden Entscheidung.

Scheitert die auf eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestützte Klage, weil aus der Urkunde nicht hinrei-

chend deutlich hervorgeht, dass der geltend gemachte Anspruch gesichert ist, muss anschließend geprüft werden, ob der Kl. den Anspruch nach den Regeln des gesetzlichen Bürgschaftsrechts beweisen kann; denn eine Vereinbarung über eine Bürgschaft auf erstes Anfordern ist grundsätzlich in dem Sinne auszulegen, dass sie zugleich eine einfache Bürgschaft als Verpflichtung enthält (BGH, NJW 1999, 2361 = WM 1999, 895 [899]). Die Entstehung eines solchen Anspruchs kann auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, die für eine Bürgschaft auf erstes Anfordern rechtlich unerheblich sind. Diese dem Tatrichter obliegende Prüfung ist bisher nicht vorgenommen worden.

Eine solche Überprüfung ist im Streitfall nicht deshalb entbehrlich, weil die Kl. im Urkundenprozess vorgeht und mit den gem. §§ 592, 595 ZPO zulässigen Beweismitteln aus den oben genannten Gründen auch nicht bewiesen werden kann, dass ein gewöhnlicher Bürgschaftsanspruch entstanden ist. In den Vorinstanzen haben die Bet. nicht erkannt, dass der Anspruch möglicherweise an fehlender Gläubigeridentität scheitert. Die Parteien müssen daher noch Gelegenheit erhalten, ihr Prozessverhalten darauf einzurichten und eventuell aus ihrer Sicht wesentliches Vorbringen in den Rechtsstreit einzuführen. Sollte sich die Kl. veranlasst sehen, vom Urkundenprozess nunmehr Abstand zu nehmen, wird das BerGer. zu beachten, haben, dass dies in der Berufungsinstanz unter den gleichen Voraussetzungen wie eine Klageänderung zulässig ist (BGHZ 29, 337 [339] = NJW 1959, 886; BGHZ 69, 66 [69] = NJW 1977, 1883; BGH, NJW 2000, 143 = WM 1999, 2324 [2326]).

Sollte das BerGer. auf Grund der neuen Verhandlung zu dem Ergebnis gelangen, dass ein Anspruch aus einer gewöhnlichen Bürgschaft in Betracht kommt, wird es die Einwendungen und die Beweisanträge der Bekl. umfassend neu prüfen und insbesondere nochmals zu würdigen haben, ob die Kl. in dem „Memorandum“ vom 22. 5. 1994 auf Gewährleistungsansprüche gegen die H wirksam verzichtet hat.

**Standort: Schenkung      Problem: Wegfall des Notbedarfs nach Anspruchsübergang**

BGH, URTEIL VOM 20.05.2003  
X ZR 246/02 (NJW 2003, 2449)

**Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH über einen Rückforderungsanspruchs des Schenkers wegen nachträglichen Notbedarfs gegenüber dem Beschenkten entscheiden, der gem. § 90 BSHG auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet worden war.

Der Sohn der Bekl. hatte unentgeltlich seinen ererbten Anteil an einem Hausgrundstück an die Bekl. übertragen. Später geriet er durch seine Alkoholabhängigkeit in die Arbeitslosigkeit und bedurfte der stationären ärztlichen Behandlung; mangels eigener Sozialversicherung übernahm der Kl. - als Träger der Sozialhilfe - die entstandenen Kosten und leitete sich per Bescheid gem. § 90 BSHG den Rückforderungsanspruch des Sohnes gegen die Bekl. gem. § 528 BGB auf sich über. Die Bekl. hatte inzwischen das Hausgrundstück an ihre Tochter weiterveräußert, um mit dem Erlös ihre Schulden zu tilgen, jedoch behielt sie sich ein mietfreies Wohnrecht vor. Im Übrigen ist der Sohn der Bekl. wieder gesund und arbeitsfähig, daher ist die Bekl. der Ansicht, dass die Voraussetzungen für eine Rückforderung des Schenkungsguts weggefallen sind.

Der BGH hatte nunmehr zu klären, ob es bezüglich der Frage der Rückforderung des Schenkungsguts wegen nachträglichen Notbedarfs des Schenkers gem. § 528 BGB auf den Zeitpunkt der Überleitung auf den Sozialhilfeträger gem. § 90 BSHG oder auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über den übergeleiteten Anspruch ankommt. Der BGH hat sich für die erste Alternative entschieden, sodass die nachträglichen Verbesserungen in der Einkommens- und Vermögenssituation des Schenkers irrelevant sind. Durch die Überleitung nach § 90 BSHG entsteht der Anspruch auf Rückforderung gem. § 528 BGB nicht, sondern bereits mit dem Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers, sodass das verschenkte Vermögen mit dem Eintritt des Notbedarfs bereits mit den Pflichten gem. § 528 BGB belastet ist. Daraus folgt, dass der Beschenkte sich gegenüber der Inanspruchnahme aus dem übergeleiteten Anspruch nicht damit verteidigen kann, dass der Schenker nach Beantragung und Gewährung der Sozialhilfe wieder über Einkommen und/oder Vermögen verfügt.

**Prüfungsrelevanz:**

Die zunehmende Verarmung in der Gesellschaft sowie

die Kostenexplosion im Gesundheitswesen machen es immer wieder erforderlich, dass Sozialhilfeträger die Kosten für ärztliche Behandlungen übernehmen müssen. Da die Sozialhilfe gem. § 2 I BSHG nur nachrangig gewährt wird, kann sich der Sozialhilfeträger etwaige Ansprüche des Verarmten auf Hilfe gegenüber Dritten überleiten lassen (§ 90 BSHG), so zum Beispiel Rückforderungsansprüche aus einer Schenkung wegen Notbedarfs gem. § 528 BGB. Auf diese Weise soll beim Sozialhilfeträger die Haushaltslage hergestellt werden, die bestehen würde, wenn der Verarmte die Ansprüche auf Hilfe gegenüber dem Dritten sogleich geltend gemacht und erhalten hätte. Nach der Rechtsprechung des BGH hat die Überleitungsanzeige nach § 90 BSHG zur Folge, dass der Sozialhilfeträger mit unmittelbarer Wirkung die Rechtsstellung erlangt, die der zu Lebzeiten verarmte Schenker hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs aus § 528 I 1 BGB innehat. Die Überleitung erfolgt mit der ordentlichen Gerichte bindender Wirkung und erfasst den Anspruch so, wie er im Zeitpunkt der Überleitung bestanden hat.

Diese Fälle beschäftigen zunehmend die Praxis und die Gerichte, sodass damit zu rechnen ist, dass auch die Justizprüfungsämter wegen der Aktualität dieser Rechtsproblematik darauf eingehen werden. Zumal auf diese Weise geprüft werden kann, ob der Examenkandidat sich mit der aktuellen Rechtsprechung auseinandersetzt.

**Vertiefungshinweise:**

Zu diesem Thema: *BGHZ* 96, 380 = *NJW* 1986, 1606; *Gitter*, *JZ* 1986, 412

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Flugreise eines Minderjährigen"

**Leitsatz:**

**Wird einem i. S. von § 528 I 1 BGB bedürftigen Schenker Sozialhilfe gewährt und der Rückforderungsanspruch gegen den Beschenkten nach § 90 BSHG auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet, ist für die Einstandspflicht des verschenkten Vermögens die Einkommens- und Vermögenslage des Schenkers im Zeitpunkt der zur Bewilligung der Hilfe führenden Beantragung von Sozialhilfe maßgeblich, nicht dagegen die Einkommens- und Vermögenslage des Schenkers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über den übergeleiteten Anspruch (Er-**

**gänzung zu BGHZ 96, 380 [382] = NJW 1986, 1606).**

**Sachverhalt:**

Die Bekl. ist die Mutter des K. Dieser ist Miterbe zur Hälfte nach dem 1978 verstorbenen A. Zu dessen Nachlass gehörte ein Grundstück. 1996 hat K seinen Erbteil unentgeltlich an die Bekl. übertragen. Vom 26. 3. 1999 bis zum 28. 6. 1999 und vom 24. 7. 1999 bis zum 25. 7. 1999 befand sich K im Bezirkskrankenhaus H. in stationärer Behandlung. Hierfür gewährte ihm der Kl. mit Bescheid vom 6. 5. 1999 Sozialhilfe. Die gewährten Sozialhilfeleistungen beliefen sich auf insgesamt 22 213,56 DM. Mit Bescheid vom 11. 8. 1999 zeigte der Kl. der Bekl. gem. § 90 BSHG an, dass er den Rückforderungsanspruch aus der Schenkung vom 26. 11. 1996 auf sich übergeleitet habe. Der Bescheid ist bestandskräftig. Der Kl. nimmt die Bekl. auf Zahlung in Höhe der geleisteten Sozialhilfe in Anspruch. Er vertritt die Auffassung, ihm stehe gegen die Bekl. ein Schenkungsrückforderungsanspruch zu, da bei dem Sohn der Bekl. nach der Schenkung Notbedarf eingetreten sei. Maßgeblich sei insoweit der Zeitpunkt der Gewährung von Sozialhilfe und nicht der Schluss der mündlichen Verhandlung über den Rückforderungsanspruch. Die Bekl. ist dem Anspruch entgegengetreten und hat geltend gemacht, ihr Sohn sei wieder arbeitsfähig, gesund und habe seine Bedürftigkeit grob fahrlässig herbeigeführt. Maßgeblich für die Frage, ob der Schenker bedürftig sei, sei der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über den Rückforderungsanspruch. Außerdem hat sie auf ihre geringen Einkünfte verwiesen und geltend gemacht, sie habe ihren hälftigen Miteigentumsanteil an dem Grundstück für 100 000 DM an ihre Tochter verkauft. Den Kaufpreis habe sie zur Tilgung ihrer Schulden verwendet.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Bekl. zur Zahlung von 11 357,61 Euro nebst 4% Zinsen hieraus seit dem 13. 4. 2000 an den Kl. verurteilt. Die zugelassene Revision der Bekl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

**A. Feststellung einer Schenkung an die Bekl. durch ihren Sohn**

Das BerGer. ist mit dem erstinstanzlichen Urteil davon ausgegangen, dass der Sohn der Bekl. seinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück der Bekl. im Wege der Schenkung zugewendet hat. Das lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen; davon geht auch die Revision aus.

**B. Inhalt und Umfang des Rückforderungsanspruchs**

Das BerGer. hat den geltend gemachten Zahlungsanspruch in Höhe der vom Kl. für die Krankenhausbehandlung des Schenkers belegten und unbestrittenen Kosten aus § 528 I BGB hergeleitet. Das lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der Anspruch auf Herausgabe des Geschenks gem. §§ 528 I 1, 812 BGB lediglich in dem Umfang besteht, in welchem der Schenkungsgegenstand zur Deckung des angemessenen Unterhalts des Schenkers erforderlich ist, so dass er bei einem nicht teilbaren Geschenk wie einem Grundstück von vornherein auf die wiederkehrende Zahlung eines der jeweiligen Bedürftigkeit des Schenkers entsprechenden Wertanteils gerichtet ist, bis der Wert des Geschenks erschöpft ist (BGHZ 94, 141 [144] = NJW 1985, 2419; BGHZ 96, 380 [382] = NJW 1986, 1606; BGHZ 125, 283 [284] = NJW 1994, 1655). Davon geht auch die Revision aus.

**C. Begründung des Rückforderungsanspruchs wegen Notbedarfs des Sohnes**

Das BerGer. hat den Anspruch auf Zahlung des Wertanteils für begründet gehalten, weil sich der Schenker zur Zeit der Gewährung von Sozialhilfe in einer Notlage befunden habe. Dazu hat das BerGer. ausgeführt, die Bestätigung des behandelnden Krankenhauses vom 20. 11. 2000 zeige, dass der Schenker bei seiner Einlieferung arbeitsunfähig gewesen sei. Darüber hinaus sei durch den Kostenübernahmeantrag des behandelnden Krankenhauses die Diagnose „Alkoholabhängigkeit“ nachgewiesen. Schließlich habe die Bekl. selbst vorgetragen, der Schenker sei keiner geregelten Arbeit nachgegangen und nicht sozialversichert gewesen. Daraus folge, dass sich der Schenker zur Zeit der Sozialhilfegewährung in einer Notlage befunden habe. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch. Die tatsächlichen Feststellungen des BerGer., der Schenker sei alkoholabhängig, infolge der Alkoholabhängigkeit arbeitsunfähig krank und nicht sozialversichert gewesen, zieht die Revision nicht in Zweifel. Aus diesen Feststellungen konnte das BerGer. in tatrichterlicher Würdigung ohne Rechtsverstoß den Schluss ziehen, dass der Schenker zur Zeit der Beantragung und Gewährung von Sozialhilfe außer Stande war, seinen angemessenen Lebensunterhalt zu bestreiten, und sich daher in einer Notlage i. S. von § 528 I 1 BGB befand. Diese rechtliche Würdigung durch das BerGer. ist auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil — wie die Revision meint — aus diesen Feststellungen lediglich eine vorübergehende Notlage des Schenkers folge. War der Schenker infolge seiner

Alkoholabhängigkeit in einer gesundheitlichen Situation, die eine stationäre Behandlung von über drei Monaten erforderlich gemacht hat, wovon nach den von der Revision nicht in Zweifel gezogenen tatsächlichen Feststellungen des BerGer. auszugehen ist, dann ist die rechtliche Würdigung des BerGer., der Schenker sei ohne ärztliche Hilfe auf Dauer nicht in der Lage gewesen, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Tatsächliche Umstände, die dieser Würdigung entgegenstehen könnten und vom BerGer. außer Acht gelassen worden seien, zeigt die Revision nicht auf. Das BerGer. hat zwar nicht ausdrücklich festgestellt, dass der Sohn der Bekl. nicht nur über keine eigenen Einkünfte, sondern darüber hinaus auch sonst über kein Vermögen verfügt hat. Gegenteiliges war von der Bekl. aber nicht behauptet worden und wird auch von der Revision nicht geltend gemacht.

*D. Irrelevanz des späteren Wegfalls des Notbedarfs des Sohnes*

Die Revision macht ohne Erfolg geltend, der Annahme von Notbedarf i. S. des § 528 I 1 BGB stehe die von der Bekl. behauptete spätere Verbesserung der Einkommensverhältnisse ihres Sohns entgegen, der wieder eine geregelte Arbeit aufgenommen habe; seine Unfähigkeit, die Krankenhauskosten zu tragen, sei nur vorübergehend gewesen. Die vom BerGer. aufgeworfene Rechtsfrage nach der Beweislast für den Wegfall eines Notbedarfs stelle sich nicht, weil ein Notbedarf nicht vorgelegen habe. Für die Frage des Notbedarfs komme es zwar auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an, es könne aber offen bleiben, ob dies auch für Fälle gelte, in denen ein Schenker nur vermeintlich dauerhaft die Fähigkeit verloren habe, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, und diese Fähigkeit dann nach einem längeren Zeitraum auf Grund neuer Umstände wiedergewinne. Nach der Rechtsprechung des BGH hat die Überleitungsanzeige nach § 90 BSHG zur Folge, dass der Sozialhilfeträger mit unmittelbarer Wirkung die Rechtsstellung erlangt, die der zu Lebzeiten verarmte Schenker hinsichtlich des Rückforderungsanspruchs aus § 528 I 1 BGB innehat. Die Überleitung erfolgt mit die ordentlichen Gerichte bindender Wirkung und erfasst den Anspruch so, wie er im Zeitpunkt der Überleitung bestanden hat (BGHZ 94, 141 [142] = NJW 1985, 2419; BGHZ 96, 380 [3811] = NJW 1986, 1606). Es ist insbesondere anerkannt, dass der Sozialhilfeträger, der Hilfe nach den Vorschriften des Bundessozialhilfegesetzes gewährt, obwohl dem Hilfeempfänger ein Anspruch gegen einen Dritten zusteht, mit seinen Leistungen für den Dritten nur in Vorlage tritt und durch

die Überleitung des Anspruchs gegen den Dritten Anspruch auf Erstattung der gewährten Hilfe erlangt (BGHZ 96, 380 [383] = NJW 1986, 1606), wobei die Überleitung des Anspruchs der Durchsetzung des Grundsatzes des Nachrangs der Sozialhilfe dient (§ 2 I BSHG; BGH, NJW 1995, 2287) und den Zweck verfolgt, beim Sozialhilfeträger die Haushaltslage herzustellen, die bestehen würde, wenn der Dritte den Anspruch des Hilfeempfängers schon früher erfüllt hätte (BGHZ 123, 264 [267] = NJW 1994, 256; BGH, NJW 1995, 2287). Insoweit übersieht die Revision, dass der Anspruch aus § 528 I 1 BGB nicht durch die Überleitungsanzeige des Trägers der Sozialhilfe entsteht, sondern mit dem Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers, so dass das verschenkte Vermögen unabhängig vom Willen des Schenkers in den Grenzen der Haftung aus § 528 BGB dem Träger der Sozialhilfe gegenüber materiell-rechtlich mit der Pflicht belastet ist, die erbrachten Sozialleistungen zu erstatten. Die Haftung des Beschenkten aus § 528 BGB hängt daher jedenfalls in Höhe der Sozialhilfeleistungen nicht davon ab, ob der Schenker noch lebt oder der Anspruch vor seinem Tod übergeleitet oder geltend gemacht wurde (BGH, NJW 1995, 2287; Senat, BGHZ 147, 288 [292] = NJW 2001, 2084). Daraus folgt, dass mit der Geltendmachung und der daraufhin erfolgenden Gewährung von Sozialhilfe das verschenkte Vermögen mit dem Anspruch aus § 528 I 1 BGB belastet wird, sofern der Anspruch nach § 528 I 1 BGB bei der Geltendmachung von Sozialhilfe besteht. Deshalb kann sich der Beschenkte in diesen Fällen gegenüber der Inanspruchnahme aus dem übergeleiteten Anspruch nicht damit verteidigen, dass der Schenker nach Beantragung und Gewährung von Sozialhilfe wieder über Einkommen oder Vermögen verfügt. Wird einem i. S. von § 528 I 1 BGB bedürftigen Schenker Sozialhilfe gewährt und der Rückforderungsanspruch gegen den Beschenkten nach § 90 BSHG auf den Träger der Sozialhilfe übergeleitet, ist daher für die Einstandspflicht des verschenkten Vermögens die Einkommens- und Vermögenslage des Schenkers im Zeitpunkt der zur Bewilligung der Hilfe führenden Beantragung von Sozialhilfe maßgeblich, nicht dagegen die Einkommens- und Vermögenslage des Schenkers im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung über den übergeleiteten Anspruch (offen gelassen in BGHZ 96, 380 [3821] = NJW 1986, 1606).

*E. Kein Entreichungseinwand der Bekl. wegen Weiterverkaufs zwecks Schuldentilgung*

Das BerGer. hat das Vorbringen der Bekl., den ihr geschenkten Grundstücksteil an ihre Tochter verkauft, den Verkaufserlös zur Schuldentilgung verwendet zu

haben und mithin entreichert zu sein, nicht durchgreifen lassen. Es hat festgestellt, die Bekl. habe das Geschenk ihres Sohns in Kenntnis von dessen Alkoholabhängigkeit entgegengenommen, bereits mit Schreiben vom 4. 6. 1999 im Rahmen der Anhörung nach § 24 SGB-X Kenntnis von der beabsichtigten Rückforderung der Schenkung erhalten und daher den Miteigentumsanteil an dem Grundstück in Kenntnis der Bedürftigkeit ihres Sohns, der Inanspruchnahme von Sozialhilfe und der bevorstehenden Überleitung des Anspruchs auf den Träger der Sozialhilfe an ihre Tochter verkauft. Sie sei bösgläubig gewesen und mit dem Einwand der Entreichung ausgeschlossen (§§ 819 I, 818 III BGB). Auch die Einrede aus § 529 I 1 BGB hat das BerGer. nicht durchgreifen lassen und im Übrigen ausgeführt, die Bekl. sei nicht außer Stande, die Leistung ohne Gefährdung ihres Lebensunterhalts zu erbringen. Angesichts der von ihr behaupteten Einkommensverhältnisse und im Hinblick auf das bestehende mietfreie Wohnrecht sei die Aufnahme eines Darlehens zumutbar. Auch das lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Auffassung des BerGer., die Bekl. sei mit dem Einwand der Entreichung ausgeschlossen, wird von seinen tatsächlichen Feststellungen getragen und von der Revision nicht angegriffen. Das BerGer. ist demzufolge zu Recht von der verschärften Haftung der Bekl. nach §§ 819 I, 818 IV BGB ausgegangen.

Durch § 818 II BGB wird die Haftung des Bereicherungsschuldners beschränkt, soweit nicht die verschärfte Haftung nach §§ 819 I, 818 IV BGB eintritt. Deshalb kann sich die Bekl. auch nicht mit der

Einrede aus § 529 II BGB verteidigen. Denn der nach §§ 818 IV, 819 BGB verschärft haftende Bereicherungsschuldner hat nach § 279 BGB stets für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen (BGHZ 83, 293 [299] = NJW 1982, 1585). Das gilt auch für den Beschenkten, der wie die Bekl. auf Wertersatz wegen Notbedarfs des Schenkers in Anspruch genommen wird. Dem entspricht, dass die Geltendmachung der Einrede nach § 529 II BGB dann, wenn die Voraussetzungen der verschärften Haftung nach §§ 818 IV, 819 BGB nicht vorliegen, nach der Rechtsprechung des Senats eine unzulässige Rechtsausübung darstellen kann, wenn der Beschenkte seine Leistungsunfähigkeit durch unterhaltsbezogene Mutwilligkeit selbst herbeigeführt hat, wobei Mutwilligkeit nicht nur vorsätzliches oder absichtliches, sondern auch leichtfertiges Handeln umfasst (Senat, NJW 2001, 1207 [12081 m. w. Nachw.]). Zwar verwehrt nicht jede Verwertung des Vermögens im Rahmen der Lebensführung, die nach dem Zeitpunkt vorgenommen wird, zu dem der Beschenkte von seiner drohenden Inanspruchnahme hinreichende Kenntnis hat, dem Beschenkten die Berufung auf die eigene Bedürftigkeit und damit die Erhebung der Einrede aus § 529 II BGB unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs. Dies gilt jedoch nicht für den Beschenkten, der der verschärften Haftung nach §§ 818 IV, 819 BGB unterliegt. Darauf, ob — wie die Revision geltend macht — die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bekl. eine Darlehensaufnahme ausschließen, kommt es deshalb nicht an.

### Standort: Zivilprozess

### Problem: Örtliche Zuständigkeit bei Anwaltshonorar

OLG KARLSRUHE, BESCHLUSS VOM 17.03.2003  
15 AR 53/02 (NJW 2003, 2174)

#### **Problemdarstellung:**

Aufgrund eines Rechtsstreits zwischen zwei Amtsgerichten über ihre jeweilige örtliche Zuständigkeit für eine Klage auf Zahlung eines Anwaltshonorars musste das OLG Karlsruhe entscheiden, ob der Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. § 29 ZPO durch den Wohnsitz des Mandanten oder durch den Kanzleisitz des Rechtsanwalts bestimmt wird. Im vorliegenden Fall hatte der klagende Anwalt beim Amtsgericht seines Kanzleisitzes geklagt, welches sich jedoch für unzuständig befand, da der Mandant in einem anderen Amtsgerichtsbezirk seinen Wohnsitz hat. Trotz eines Befangenheitsgesuchs des Anwalts gegenüber der entscheidenden Richterin hat diese per Verweisungs-

beschluss gem. § 281 ZPO den Rechtsstreit an das Amtsgericht des Wohnsitzes des Bekl. verwiesen. Jenes Amtsgericht will sich jedoch an diese Verweisung nicht gebunden sehen, da es für es Anwaltshonorarklagen den Kanzleisitz als maßgeblich erachtet.

Das OLG Karlsruhe hat zunächst die fehlende Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses trotz § 281 III 5 ZPO ausgesprochen, da es den Beschluss wegen Verstoßes gegen § 47 ZPO für objektiv willkürlich hält. Nach § 47 ZPO darf ein Richter bei einem Befangenheitsantrag gegen seine Person allenfalls solche Prozesshandlungen noch vornehmen, die unaufschiebbar sind, was bei einem Verweisungsbeschluss nicht der Fall ist.

Trotzdem erachtet das OLG Karlsruhe das angewiesene Amtsgericht wegen des dortigen Wohnsitzes des Bekl. gem. §§ 12, 13 ZPO für örtlich zuständig. Der

Kl. hat gem. § 35 ZPO kein Wahlrecht anstelle des Gerichts des Wohnsitzes des Bekl. ein anderes Gericht, insbesondere nicht das Gericht seines Kanzleisitzes zu wählen. Da für die eingeklagte Zahlungsverpflichtung der Wohnsitz des Bekl. als Schuldner maßgeblicher Leistungs- / Erfüllungsort gem. § 269 I BGB darstellt. Es sind auch keine Gründe für eine Abweichung von dieser allgemeinen Regel zu Gunsten der Anwaltschaft ersichtlich. Da das OLG Karlsruhe aber verpflichtet war, diese Frage per Vorlage dem BGH vorzulegen, ist diese Rechtsfrage noch nicht abschließend geklärt.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Zu den klassischen und daher prüfungsrelevanten Examensthemen gehört das Zivilprozessrecht, dessen Grundzüge von jedem Kandidaten beherrscht werden müssen. Zu diesen grundsätzlichen Kenntnissen über die ZPO gehört vor allem das Recht zur Bestimmung der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

Einerseits ist die sachliche Zuständigkeit - sprich: die Differenzierung zwischen Amts- und Landgerichten als erste Instanz - in den §§ 23 ff., 71 GVG geregelt ist. Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist dabei der Streitwert, der zur Zeit bei 5.000,- Euro liegt; jedoch werden einige Streitigkeiten auch streitwertunabhängig den Amtsgerichten zugewiesen (z.B. Miet- und Pachtstreitigkeiten, Familien- und Ehesachen).

Andererseits ist die örtliche Zuständigkeit (= Gerichtsstand) in den §§ 12 ff. ZPO geregelt, wobei das Gesetz zwischen dem allgemeinen Gerichtsstand (= Wohnsitz des Bekl. gem. §§ 12 ff. ZPO), den besonderen Gerichtsständen (z.B. §§ 29, 32 ZPO) und den ausschließlichen Gerichtsständen (z.B. §§ 24, 29 a, 32 a, 802 ZPO). Sofern ein ausschließlicher Gerichtsstand vorliegt, kann und darf nur noch allein an diesem Ort geklagt werden; alle anderen Gerichtsstände sind ausgeschlossen, des weiteren sind Prorogationen bzw. rügeloses Einlassen gem. § 40 II 1 Nr. 2 ZPO ausgeschlossen. Zwischen dem allgemeinen und einem besonderen Gerichtsstand kann der Kläger gem. § 35 ZPO frei wählen.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Thematik: *BayObLG*, NJW 2003, 1196; *LG Mainz*, NJW 2003, 1612

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Das Versehen"
- Examenskurs: "Pizza, Pizza"
- Examenskurs: "Der rechtskundige Lehrer"

#### **Leitsätze:**

- 1. Ein Verweisungsbeschluss unter Verstoß gegen § 47 ZPO ist objektiv willkürlich und daher nicht bindend.**
- 2. Bei einer anwaltlichen Honorarforderung wird der Gerichtsstand des Erfüllungsorts (§ 29 I ZPO) durch den Wohnsitz des Mandanten zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses (§ 269 I BGB) und nicht durch den Kanzleisitz des Rechtsanwalts bestimmt.**
- 3. Die Entscheidung über die Frage des Erfüllungsortes der Honorarverpflichtung des Mandanten gegenüber dem Rechtsanwalt hat der Senat dem BGH zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. (Leitsatz 3 von der Redaktion)**

#### **Sachverhalt:**

Nach Abgabe des Mahnverfahrens durch das AG S. hat der Kl. mit Schriftsatz vom 27. 9. 2002 vor dem AG K. Anwaltshonorar in Höhe von 667,68 Euro nebst Zinsen geltend gemacht. Der Sitz der Rechtsanwaltskanzlei des Kl. befindet sich in K. Der Bekl. hat seinen Wohnsitz in G., im Bezirk des AG G. Der Kl. macht geltend, er sei im Jahr 2001 im Auftrag des Bekl. außergerichtlich tätig geworden gegenüber dem damaligen Arbeitgeber des Bekl. in K. und gegenüber dem Arbeitsamt in K. Mit Verfügung vom 30. 9. 2002 hat das AG K. den Kl. aufgefordert, sich zur örtlichen Zuständigkeit zu erklären, da der Bekl. nicht im Bezirk AG K. wohne. Mit Verfügung vom 21. 10. 2002 hat die zuständige Richterin Dr. B beim Kl. angefragt, ob er Verweisung an das örtlich zuständige AG G. beantrage, „mit dem erneuten Hinweis auf die örtliche Unzuständigkeit des AG K.“. Am 23. 10. 2002 hat der Kl. darauf hingewiesen, das AG K. sei unter dem Gesichtspunkt des Erfüllungsorts örtlich zuständig. Gleichzeitig hat er jedoch vorsorglich Verweisung an das AG G. beantragt. Mit weiterem Schriftsatz vom 30. 10. 2002 hat der Kl. „mit Besorgnis die erneute Mitteilung des Gerichts zur Frage der örtlichen Zuständigkeit vom 21. 10. 2002“ zur Kenntnis genommen und erklärt, er „lehne deshalb die Richterin wegen der Besorgnis der Befangenheit ab“.

Mit Beschluss vom 11. 11. 2002 hat sich das AG K. für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit auf den Hilfsantrag des Kl. an das AG G. verwiesen. Zur Begründung hat die zuständige Richterin darauf hingewiesen, der Gerichtsstand gem. § 29 ZPO sei nicht gegeben. Mit Beschluss vom 19. 11. 2002 hat das AG G. sich seinerseits für örtlich unzuständig erklärt und die Akte gem. § 36 II ZPO dem OLG Karlsruhe zur Bestimmung des zuständigen Gerichts vorgelegt. Das

AG G. ist der Auffassung, der Beschluss des AG K. sei objektiv willkürlich, da „nach der herrschenden Rechtsprechung und Meinung allgemein anerkannt“ sei, dass bei einer Klage auf Zahlung von Anwalts-honorar ein Gerichtsstand gem. § 29 ZPO am Ort des Sitzes der Kanzlei des Anwalts gegeben sei. Das Ver-fahren wird dem BGH zur Bestimmung des zuständi-gen Gerichts gern. § 36 III ZPO vorgelegt.

### **Aus den Gründen:**

#### *A. Kernaussage der Entscheidung des OLG Karls-ruhe*

Nach Auffassung des Senats ist gem. § 36 I Nr. 6 ZPO das AG G. zuständig. Der Senat ist an einer ei-genen Entscheidung jedoch gehindert, da die Entsch-eidung in einer Rechtsfrage von Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte und des BGH abweichen würde (§ 36 III ZPO). Örtlich zuständig für die Entscheidung über das Anwaltshonorar des Kl. ist das AG G.

#### *B. Fehlende Bindungswirkung des Verweisungs-beschlusses gem. § 281 II 4 ZPO*

Die Zuständigkeit des AG G. ergibt sich nicht aus § 281 II 4 ZPO (bindende Verweisung). Denn die Ent-scheidung des AG K. vom 11. 11. 2002 war nicht bin-dend. Der Verweisungsbeschluss des AG K. ist als objektiv willkürlich anzusehen im Sinne der Rechtspre-chungsgrundsätze zu § 281 ZPO (vgl. Zöllner/Greger, ZPO, 23. Aufl. [2002], § 281 ZPO Rd. nr. 17).

Der Verweisungsbeschluss des AG K. ist unter Ver-letzung von § 47 ZPO (unaufschiebbare Amtshand-lungen bei einem Ablehnungsgesuch) ergangen. Mit Schriftsatz vom 30. 10. 2002 hatte der Kl. die zuständi-ge Richterin wegen Besorgnis der Befangenheit abge-lehnt. Diese hätte gem. § 47 ZPO vor einer Entsch-eidung über den Befangenheitsantrag keine Entsch-eidung zur Zuständigkeitsfrage treffen dürfen; denn der Verweisungsbeschluss enthält keine unaufschiebbare Amtshandlung im Sinne des Gesetzes. Worauf dieser Verstoß beruht, ob etwa die erforderliche Auslegung des Antrags übersehen wurde, kann dahinstehen. Der Verstoß gegen § 47 ZPO ist in jedem Fall in objektiver Hinsicht als schwerwiegend anzusehen; denn eine Ent-scheidung entgegen § 47 ZPO bedeutet der Sache nach eine Verletzung des Prinzips des gesetzlichen Richters. Diese Bedeutung des Verstoßes führt dazu, dass die Handhabung des AG K. als objektiv willkür-lich im Sinne der Rechtsprechungsgrundsätze zu § 281 ZPO angesehen werden muss.

Bei dieser Bewertung spielt es keine Rolle, ob und inwieweit der Befangenheitsantrag des Kl. Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Es kommt im Rahmen von §

281 II 4 ZPO nicht darauf an, ob bei einer Beachtung von § 47 ZPO voraussichtlich der Befangenheitsantrag zurückgewiesen worden wäre und anschließend die-selbe Richterin in gleicher Art und Weise über die Verweisung entschieden hätte. Die theoretische Mög-lichkeit einer anderweitigen Entscheidung über die Zu-ständigkeit allein, die sich bereits unmittelbar aus dem Verstoß gegen § 47 ZPO ergibt, reicht aus, um der Entscheidung des AG K. im Rahmen von § 281 II 4 ZPO die Bindungswirkung abzusprechen. Insoweit muss bei einem Verstoß gegen das Prinzip des gesetz-lichen Richters das Gleiche gelten wie bei den vielfach in der Rechtsprechung behandelten Fällen einer Ver-letzung des rechtlichen Gehörs (vgl. Zöllner/Greger, § 281 ZPO Rdnr. 17 a).

#### *C. Zuständigkeit des AG G. nach dem (Wohn-) Sitz-prinzip zugunsten des Bekl. gem. §§ 12, 13 ZPO*

Die örtliche Zuständigkeit des AG G. ergibt sich je-doch aus § 13 ZPO. Denn der Bekl. hat seinen Wohn-sitz im Bezirk dieses Gerichts.

#### *D. Keine Zuständigkeit des AG K. nach § 29 ZPO*

Der Zuständigkeit des AG G. steht § 35 ZPO (Wahl unter mehreren Gerichtsständen) nicht entgegen. Die vom Kl. im vorausgegangenen Mahnverfahren getrof-fene Wahl des AG K. ist ohne Bedeutung. Denn im Bezirk des AG K. ist ein Gerichtsstand nicht gegeben. Insbesondere ist Erfüllungsort der streitigen Verpflich-tung des Bekl. der Wohnsitz des Bekl. (im Bezirk G.) und nicht der Sitz der Kanzlei des Kl. (in K.).

In früheren Jahren hat die Rechtsprechung ganz überwiegend den Erfüllungsort für die Zahlung des Anwaltshonorars am Sitz der Anwaltskanzlei gesehen (vgl. BGH, WM 1981, 411; NJW 1986, 1178; NJW 1991, 3095). Diese Auffassung ist in den letzten Jah-ren sowohl in der Literatur als auch in der Rechtspre-chung der Instanzgerichte zunehmend auf Kritik ge-stoßen (vgl. Prechtel, NJW 1999, 3617; Siemon, MDR 2002, 366; OLG Frankfurt a.M., NJW 2001, 1583; LG München, NJW-RR 2002, 206; LG Frankfurt a. M., NJW 2001, 2640; LG Ravensburg, BRAK-Mitt. 2002, 99 [100]; AG Dortmund, BRAK-Mitt 2000, 207; AG Rastatt, JurBüro 2002, 39; AG Spandau, NJW 2000, 1654; entsprechend für das Honorar eines Steuerbera-ters OLG Hamburg, OLG-Report 2000, 222); andere wollen hingegen an der bisherigen Auffassung festhal-ten (vgl. Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan, MDR 2001, 1216; BayObLG, NJW 2003, 366; OLG Ham-burg, BRAK-Mitt 2002, 44; OLG München, VersR 2001, 395; OLG Köln, NJW-RR 1997, 825). Der Senat ist der Auffassung, dass die früher herrschende Mei-nung rechtlich nicht haltbar ist. Gerichtsstand des Erfül-

lungsorts für die Zahlung des Anwaltshonorars ist gem. § 29 I ZPO, § 269 I BGB der Wohnsitz des Mandanten zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses.

### *I. Wohnsitz des Schuldners zur Bestimmung des Leistungs-/Erfüllungsortes gem. § 269 I BGB*

Der Leistungsort (bzw. Erfüllungsort) für eine vertragliche Verpflichtung ist in § 269 I BGB geregelt. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Leistungsort für jede einzelne Verpflichtung („Schuldverhältnis“) gesondert zu bestimmen. Auch bei gegenseitigen Verträgen muss sich der Erfüllungsort für die wechselseitigen Leistungen jeweils nach den unterschiedlichen Wohnsitzen der beiden Vertragspartner richten (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl. [2003], § 269 Rdnr. 13). Ein gemeinsamer Erfüllungsort bei gegenseitigen Verträgen ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich fremd. Da es für den Anwaltsvertrag insoweit keine Sondervorschriften gibt, ist auch für die Zahlungsverpflichtung des Mandanten gegenüber dem Rechtsanwalt der Ort maßgeblich, an dem der Mandant zum Zeitpunkt der Beauftragung des Rechtsanwalts seinen Wohnsitz hat (vgl. AG Spandau, NJW 2000, 1654; Prechtel, NJW 1999, 3617; Einsiedler, NJW 2001, 1549; Siemon, MDR 2002, 366). Nur dieses Verständnis von § 269 I BGB kann Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung gerecht werden. Dies hat Siemon (MDR 2002, 366) vor allem unter Heranziehung historischer Argumente bei der Auslegung deutlich herausgearbeitet.

### *II. Keine Abweichung zu Gunsten des Kanzleisitzes*

Der Sitz der Anwaltskanzlei lässt sich auch nicht aus der „Natur des Schuldverhältnisses“ (vgl. § 269 I BGB) als Erfüllungsort ansehen. Die „Natur des Schuldverhältnisses“ ist von Bedeutung bei Ladengeschäften des täglichen Lebens, bei denen es üblich ist, im Ladenlokal die gekaufte Ware bar zu bezahlen (vgl. Palandt/Heinrichs, § 269 Rdnr. 12).

Die für solche Ladengeschäfte des täglichen Lebens geltenden Grundsätze lassen sich weder auf den Anwaltsvertrag noch auf die meisten anderen Dienstverträge übertragen. Denn es ist — zumindest heute — nicht üblich, dass bei Dienstverträgen Zahlungen in bar in den Geschäftsräumen des Dienstverpflichteten erfolgen. Soweit in früheren Zeiten aus der „Natur“ des Dienstvertrags etwas anderes gefolgert wurde, ist dies wohl nur historisch erklärbar. Früher mag es teilweise üblich gewesen sein, dass ein Arbeiter oder Dienstverpflichteter an seiner Arbeitsstätte in bar entlohnt wurde (vgl. insb. Prechtel, NJW 1999, 3617, u. Hinw. auf KG, JW 1927, 1324). Eine solche Art und Weise der

Zahlung ist heute jedoch beim Arbeitslohn genauso unüblich wie beim Anwaltshonorar.

Andere Umstände, die für eine „Verkehrssitte“ zu Gunsten des Rechtsanwalts sprechen könnten, sind nicht ersichtlich. Eine Verkehrssitte, die als Umstand zur Bestimmung des Leistungsorts i. S. von § 269 I BGB anzusehen wäre, könnte sich nur aus einer bestimmten tatsächlichen Handhabung zwischen den Vertragspartnern ergeben. Hierfür ist im Verhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant nichts ersichtlich. Eine — letztlich unrichtige — Rechtsprechungspraxis kann sicherlich eine „Verkehrssitte“ nicht begründen (dies verkennen Krügermeyer-Kalthoff/Reutershan, MDR 2001, 1216 [1218]; vgl. zur Verkehrssitte ausführlich Prechtel, NJW 1999, 3617 [3618]).

### *III. Auseinandersetzung mit den Argumenten der herrschenden Ansicht*

Die früher herrschende Auffassung stützte sich für einen einheitlichen Erfüllungsort beim Anwaltsvertrag vor allem auf den Gesichtspunkt des „Schwerpunkts des Vertrags“, der an dem Ort anzunehmen sei, an welchem die vertragscharakteristische Leistung (die Dienstleistung des Rechtsanwalts) zu erbringen sei (vgl. BGH, WM 1981, 411). Diese Begründung ist nach Auffassung des Senats jedoch nicht tragfähig.

Den Vorschriften des BGB lässt sich keine Grundlage dafür entnehmen, dass bei bestimmten gegenseitigen Verträgen ein einheitlicher Erfüllungsort — für die beiderseitigen Verpflichtungen — nach der „vertragscharakteristischen Leistung“ zu bestimmen sei. Vielmehr spricht sowohl der Wortlaut von § 269 I BGB als auch Sinn und Zweck des Gesetzes (s. oben) dafür, dass es nach dem Gesetz grundsätzlich keinen einheitlichen Erfüllungsort bei gegenseitigen Verträgen geben kann, wenn die Vertragspartner an unterschiedlichen Orten wohnen. Für die Schwerpunkt-Theorie bzw. das Argument der „vertragscharakteristischen Leistung“ fehlt ein ausreichender Anknüpfungspunkt im Gesetz (vgl. Prechtel, NJW 1999, 3617; das OLG Frankfurt a.M., NJW 2000, 1583, weist darauf hin, dass die vom BGH in der Vergangenheit gestützte früher h. M. eine ausreichende Begründung vermissen lasse).

Gegen einen gemeinsamen Erfüllungsort bei einem bestimmten „Schwerpunkt des Vertrags“ sprechen auch die Konsequenzen, die bisher in der Rechtsprechung aus dieser Argumentation gezogen wurden: Bei einer konsequenten Anwendung des Schwerpunkt-Gedankens müsste sich bei allen gegenseitigen Verträgen ein gemeinsamer Leistungsort dort ergeben, wo die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen ist. Diese — an sich zwingende — Konsequenz wird von den

Vertretern der Schwerpunkt-Theorie jedoch nirgendwo gezogen. Soweit die früher herrschende Meinung einen gemeinsamen Erfüllungsort angenommen hat, sollte dies nur bei einigen Arten von gegenseitigen Verträgen gelten, keineswegs jedoch bei allen derartigen Vertragsverhältnissen (vgl. hierzu Palandt/Heinrichs, § 269 BGB Rdnr. 13). Es leuchtet jedoch nicht ein, weshalb die Schwerpunkt-Theorie zwar bei bestimmten Dienstverträgen Anwendung finden soll, jedoch generell nicht bei Kaufverträgen. Würde man andererseits — was an sich konsequent wäre — die Schwerpunkt-Theorie auf sämtliche gegenseitige Verträge ausdehnen, würde dies tragenden Prinzipien des Schuldnerschutzes im Prozessrecht (vgl. §§ 13, 17 ZPO) und im materiellen Recht zuwiderlaufen.

#### *IV. Keine Schwerpunktbildung am Kanzleisitz bei Anwaltstätigkeit möglich*

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Gesichtspunkt des Schwerpunkts des Vertrags — selbst wenn man dieser rechtlichen Argumentation grundsätzlich folgen würde — jedenfalls heute für den Anwaltsvertrag keine Bedeutung mehr haben kann. Auf Grund gewandelter tatsächlicher Verhältnisse kann man heute nicht mehr davon ausgehen, dass die vertragscharakteristische Leistung beim Anwaltsvertrag — die rechtsberatende Tätigkeit des Anwalts — generell oder in der Regel am Sitz der Rechtsanwaltskanzlei erbracht wird. Auf diesen Gesichtspunkt hat zu Recht das LG Frankfurt a. M. (NJW 2001, 2640) hingewiesen.

Der örtliche Bezug der anwaltlichen Tätigkeit hat in den vergangenen Jahren aus verschiedenen Gründen einen erheblichen Wandel erfahren. Viele Kanzleien sind heute als überörtliche Sozietäten tätig, bei denen am Verwaltungssitz der Kanzlei nur noch ein Teil der Rechtsanwälte arbeitet, während andere Rechtsanwälte ständig an anderen Orten ihre Tätigkeit verrichten. Bei einer Kanzlei mit verschiedenen Standorten ist der Ort, an dem der Mandant ein Büro der Kanzlei aufsucht, oft auch nicht mehr identisch mit dem Ort, an welchem das Mandat tatsächlich bearbeitet wird. Vielfach — insbesondere bei Spezialisierungen in der Kanzlei — kommt es vor, dass Rechtsanwälte an anderen Standorten der Sozietät in die Bearbeitung des Mandats einbezogen werden oder sogar den wesentlichen Teil der Arbeit verrichten.

Die örtliche Bindung der Rechtsanwälte hat sich auch

durch den Wegfall der gerichtlichen Zulassungsbeschränkungen verändert. Während früher die gerichtlichen Zulassungsbeschränkungen zu einer starken Bindung der Tätigkeit der Rechtsanwälte an einen bestimmten Bezirk führten, sind diese Bindungen heute fortgefallen, so dass Anwälte deutlich bessere Möglichkeiten haben, überregional tätig zu werden. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass sich die tatsächlichen Beziehungen zwischen Anwalt und Mandant teilweise verändert haben: Während früher der Besuch des Mandanten in der Kanzlei seines Rechtsanwalts notwendiger Bestandteil der Beziehungen zwischen Anwalt und Mandant war, gilt dies heute nur noch für einen Teil der Mandate. Je nach Struktur der Anwaltskanzlei und ihrem Tätigkeitsbereich findet die Kommunikation zwischen Anwalt und Mandant gegebenenfalls ausschließlich schriftlich oder elektronisch statt. Der Ort, an dem der Anwalt seine Tätigkeit ausübt, hat heute für viele Mandanten auf Grund veränderter Kommunikationsformen seine entscheidende Bedeutung verloren.

#### *V. Keine Privilegierung der Anwaltschaft*

Eine konsequente Anwendung von § 269 I BGB erscheint auch beim Anwaltsvertrag interessengerecht. Der Bkl. hat im Rechtsstreit zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht einzusehen ist, weshalb ein Rechtsanwalt bei einer Honorarklage hinsichtlich der Auswahl des Gerichts besser gestellt sein soll als Gewerbetreibende. Für einen großen Teil von Gebührenstreitigkeiten sieht die ZPO zudem eine Erleichterung für den Rechtsanwalt vor: Gemäß § 34 ZPO kann der Rechtsanwalt, der vor Gericht tätig geworden ist, nicht nur am Wohnsitz seines Mandanten, sondern auch am Ort des Hauptprozesses die Gebühren geltend machen.

#### *E. Vorlage zum BGH gem. § 36 III ZPO*

Gemäß § 36 III ZPO ist der Senat an einer eigenen Entscheidung gehindert. Die Frage des Erfüllungsorts der Honorarverpflichtung des Mandanten gegenüber dem Rechtsanwalt ist entscheidungserheblich. Bei dieser Frage möchte der Senat aus den angegebenen Gründen von der bisherigen Rechtsprechung des BGH und einiger Oberlandesgerichte (s. o.) abweichen. Daher muss die Bestimmung des zuständigen Gerichts dem BGH vorbehalten bleiben.

**Standort: § 211 StGB****Problem: Niedrige Beweggründe**

BGH, BESCHLUSS VOM 15.05.2003

3 STR 149/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte seine Frau getötet, weil diese ihn verlassen wollte. Das Landgericht hatte einen Mord aus niedrigen Beweggründen angenommen. Der BGH hob diese Entscheidung auf, da die Feststellungen der Vorinstanz die Annahme niedriger Beweggründe nicht tragen würden.

**Prüfungsrelevanz:**

Tötungsdelikte, und hier vor allem der Tatbestand des § 211 StGB, stellen wegen der guten Kombinationsmöglichkeiten mit Problemen des Allgemeinen Teils sowie der deliktsspezifischen Problemkreise regelmäßig den Gegenstand von Examensaufgaben dar.

Im Rahmen von § 211 StGB besteht Einigkeit darüber, dass Korrekturen unter Billigkeitsgesichtspunkten nur im Tatbestand vorgenommen werden können, da die Rechtsfolge des § 211 StGB zwingend (ohne die Möglichkeit einer Strafzumessung) eine lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht; deshalb sind die Mordmerkmale stets restriktiv auszulegen (BVerfGE 45, 187; Joecks, § 211 Rn. 5 ff.).

Probleme bereitet dies vor allem beim Merkmal der "niedrigen Beweggründe", das in seiner Funktion als Auffangtatbestand (vgl. die Formulierung "sonst") für solche besonders verwerflichen Tatmotivationen, die in § 211 II StGB nicht explizit aufgeführt sind, naturgemäß weit gehalten ist. Nach allgemeiner Auffassung liegen niedrige Beweggründe dann vor, wenn diese nach allgemeiner sittlicher Anschauung besonders verachtenswert sind und auf tiefster Stufe stehen (BGH NStZ 1999, 129; NStZ-RR 2000, 168; Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 9 mwN).

Im vorliegenden Fall führt der BGH seine frühere Rechtsprechung fort (die auch der herrschenden Literatur entspricht), dass für die Beurteilung von Beweggründen als "niedrig" eine Gesamtwürdigung von Anlass und Tat vorzunehmen ist (vgl. BGH, NJW 1991, 1189; NStZ 1999, 129), wobei normal-psychologische Affekte wie Ärger, Eifersucht, Wut oder Hass nur dann einen niedrigen Beweggrund i.S.v. § 211 StGB

darstellen, wenn sie ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (BGH, StV 1995, 302; 1998, 25; vgl. auch den Überblick bei Tröndle/Fischer, § 211 Rn. 11 ff.). Im vorliegenden Fall betont der BGH, dass die Tötung eines Partners, der sich vom Täter trennen will, zwar eine solche aus niedrigen Beweggründen sein könne, dass dies aber nicht zwingend der Fall sei. Zu berücksichtigen sei die Gefühlslage des Täters im Einzelfall. Im vorliegenden Fall, in dem der Täter nach der Tat mehrfach versucht hatte, sich selbst zu töten, spreche dieses Verhalten eher dafür, dass er die Tat aus Verzweiflung heraus begangen habe und eben nicht aus einem niedrigen Beweggrund.

Außerdem betont der BGH, dass bei Spontantaten, die aus einer Gefühlsaufwallung heraus ohne vorherige Planung begangen werden, die Annahme niedriger Beweggründe (und damit eines Mordes) an besonders hohe Voraussetzungen geknüpft sei, da in diesen Fällen berücksichtigt werden müsse, dass der Täter - insb. wenn er auch noch alkoholisiert ist - vielleicht gar nicht in der Lage ist, seine Impulse zu kontrollieren. Auch dies stellt eine Fortführung der bisherigen Rechtsprechung dar (vgl. BGH, MDR/H 1976, 987; NStZ 2001, 87).

Für den Examenskandidaten bedeutet dies vor allem, dass die gutachterliche Prüfung des Vorliegens niedriger Beweggründe stets ausführlich auf die Umstände des Einzelfalles einzugehen hat und sich nicht in der bloßen Annahme eines vermeintlich "typischen" Falles niedriger Beweggründe erschöpfen darf.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe: BGH, NStZ 1993, 342; 1999, 129; Hassemer, JuS 1971, 626; Jakobs, NJW 1969, 489; Paeffgen, GA 1982, 255;

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Enttäuschte Liebe"
- Examenskurs: "Wilde Ehe"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat "niedrig" sind und - in deutlich weiter**

**reichendem Maße als bei einem Totschlag - als verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen. Gefühlsregungen wie Wut, Ärger, Hass und Rache kommen in der Regel nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen.**

**2. Nicht jede Tötung, die geschieht oder versucht wird, weil sich der Ehepartner vom Täter abwenden will oder abgewandt hat, beruht zwangsläufig auf niedrigen Beweggründen. Vielmehr können in einem solchen Fall tatauslösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit sein, die eine Bewertung als "niedrig" im Sinne der Mordqualifikation namentlich dann als fraglich erscheinen lassen können, wenn die Trennung von dem Tatopfer ausgeht und der Angeklagte durch die Tat sich dessen beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte hatte seine Frau getötet. Zur Tatmotivation hat das Landgericht festgestellt, der Angeklagte habe aus "Verärgerung, Wut und Rache über ihr Verhalten" gehandelt. Dieses Verhalten habe "im Kern" darin bestanden, dass sie sich von ihm trennen wollen. Der Angeklagte habe "die Entscheidung seiner Frau (zur Trennung) nicht akzeptieren" wollen und "ihr Leben seiner Wut und seinem Hass" untergeordnet.

#### **Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von elf Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, die das Verfahren beanstandet und die Verletzung materiellen Rechts geltend macht.

Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge im wesentlichen Erfolg. Die Verfahrensrügen dringen hingegen aus den in der Antragschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Gründen nicht durch.

#### **I. Zum Vorliegen niedriger Beweggründe**

Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe seine Ehefrau aus niedrigen Beweggründen töten wollen, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand [...].

#### **1. Innere Verfassung des Angeklagten als maßgeblicher Gesichtspunkt für niedrige Beweggründe**

Die vorgenommene Würdigung begegnet schon des-

wegen durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil sie wesentliche Gesichtspunkte der Tat und der inneren Verfassung des Angeklagten außer acht gelassen hat. Beweggründe sind im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat "niedrig" sind und - in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag - als verachtenswert erscheinen, hat aufgrund einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren zu erfolgen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 35, 116, 127; BGH StV 1996, 211, 212).

Gefühlsregungen wie Wut, Ärger, Hass und Rache kommen nach der Rechtsprechung in der Regel nur dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 16; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 211 Rdn. 18 m. w. N.). Insoweit wäre vorliegend zu bedenken gewesen, dass nicht jede Tötung, die geschieht oder versucht wird, weil sich der Ehepartner vom Täter abwenden will oder abgewandt hat, zwangsläufig auf niedrigen Beweggründen beruht. Vielmehr können in einem solchen Fall tatauslösend und tatbestimmend auch Gefühle der Verzweiflung und der inneren Ausweglosigkeit sein, die eine Bewertung als "niedrig" im Sinne der Mordqualifikation namentlich dann als fraglich erscheinen lassen können, wenn - wie hier - die Trennung von dem Tatopfer ausgeht und der Angeklagte durch die Tat sich dessen beraubt, was er eigentlich nicht verlieren will (vgl. BGHR StGB § 211 Niedrige Beweggründe 32).

Dies hat das Landgericht trotz entsprechender Feststellungen, die solch eine Gefühlslage des Angeklagten nahelegen, nicht ersichtlich bedacht. Das Verhalten des Angeklagten sowohl vor als auch nach der Tat hätte insoweit konkreten Anlass gegeben, sich damit auseinanderzusetzen, ob er aus Verzweiflung und einem Gefühl der Ausweglosigkeit heraus gehandelt hat (vgl. BGH NSTZ 1983, 19; StV 1984, 72; 1984, 465). Hierfür könnten nicht nur die dem Kerngeschehen vorausgegangene Erregung des Angeklagten und seine Unruhe sowie seine sowohl demonstrativen wie auch aggressiven Handlungen gegenüber seiner Ehefrau sprechen. Auch die der Tat nachgehenden Suizidversuche, von denen zumindest der Sprung aus dem Schlafzimmerfenster der im dritten Stock gelegenen ehelichen Wohnung unzweifelhaft ernsthaft war und nur aufgrund zufälliger Umstände nicht zum Tode des Angeklagten führte, könnten auf eine entsprechende innere Verfassung schon bei der Tat hindeuten. Die

Weigerung, sich trotz erheblicher Stichverletzungen behandeln zu lassen und der geäußerte - durch das Herausreißen der Kanüle unterstrichene - Wunsch, sterben zu wollen, wären im Blick auf die Bedeutung der Gemütslage des Angeklagten bei der Tat für die Bewertung seiner Handlungsantriebe ebenfalls zu bedenken gewesen.

## 2. Fehlende Steuerungsfähigkeit des Täters als Gegenanzeichen für niedrige Beweggründe im Rahmen von Spontanataten

Die unzureichende Gesamtwürdigung stellt aus denselben Gründen auch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe rechtlich in Frage. Spielen bei der Tat gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen, wie es die festgestellten Motive Verärgerung, Wut und Rache sind, eine Rolle, so muss sich der Tatrichter in aller Regel damit auseinandersetzen, ob der Angeklagte in der Lage war, sie gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern (st. Rspr.; u. a. BGHSt 28, 210, 212).

Ausdrücklicher Prüfung bedarf diese Frage insbesondere bei Taten, die sich ohne Plan und Vorbereitung plötzlich aus der Situation heraus entwickeln (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 10). Insoweit wäre die Schwurgerichtskammer bei der Beurteilung der entsprechenden Fähigkeiten des Angeklagten möglicherweise zu einem anderen Ergebnis

gelangt, wenn sie die naheliegenden Gefühle der Verzweiflung und der Ausweglosigkeit in ihre Abwägung einbezogen hätte.

Die Urteilsgründe lassen in diesem Zusammenhang zudem die Auseinandersetzung mit der wegen seiner "Alkoholisierung im Zusammenwirken mit einer starken Emotionalisierung" nicht auszuschließenden erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten vermissen, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein kann (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 34).

## II. Zu § 226 StGB

Die Verurteilung wegen schwerer Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist rechtlich nicht zu beanstanden. Jedoch erstreckt sich die Aufhebung der Verurteilung wegen versuchten Mordes notwendig auch auf den Schuldspruch wegen Tateinheitlich begangener schwerer Körperverletzung.

## III. Bestätigung der Feststellungen im Übrigen

Die Nachprüfung der Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen, die von den dargestellten Rechtsfehlern nicht beeinflusst sind, hat im übrigen Rechtsfehler nicht ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO). Sie können daher bestehen bleiben. Ergänzende, hierzu nicht in Widerspruch stehende Feststellungen des neuen Tatrichters sind dadurch nicht ausgeschlossen.

## Standort: § 263 StGB

## Problem: Vorsatz bzgl. rechtswidriger Bereicherung

BGH, BESCHLUSS VOM 09.07.2003

5 STR 65/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten im fremden Namen Ausgleichsansprüche Dritter nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (VermG) wegen Enteignungen von Grundstücken durch die damalige DDR bei den zuständigen Ämtern geltend gemacht, ohne von den Anspruchsinhabern hierzu bevollmächtigt gewesen zu sein. Sie hatten geplant, sich nachträglich von den Berechtigten eine entsprechende Vollmacht erteilen zu lassen, diese rückzudatieren und sich von den Berechtigten dann deren Ansprüche zu einem günstigen Preis abtreten zu lassen.

Das Landgericht hatte hierin einen (versuchten) Betrug gesehen, der BGH hob die Verurteilung wieder auf, da den Feststellungen der Vorinstanz ein Vorsatz der Täter bzgl. der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils nicht zu entnehmen sei.

### Prüfungsrelevanz:

Im Rahmen von § 263 I StGB werden in beiden Examen umfangreiche Kenntnisse, auch von Detailproblemen, als Standardwissen vorausgesetzt, so dass der vorliegende Fall eine sehr hohe Examensrelevanz besitzt.

§ 263 I StGB setzt (ebenso wie § 253 I StGB) voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Rechtswidrig ist der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil dann, wenn er der materiellen Rechtslage widerspricht, d.h. wenn kein materiell-rechtlicher Anspruch auf den begehrten Vorteil besteht (BGHSt 19, 206; NJW 1990, 2476; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 171 ff. mwN). Da die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ein - objektives - Tatbestandsmerkmal darstellt (BGH, NStZ-RR 1997, 257; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 112), ist insofern auch gem. § 16 I StGB ein Vorsatz erforderlich. Hat der zu Bereichernde also tatsächlich einen (fälligen, durchsetzbaren) Anspruch gegen das Opfer, so ist

i.R.v. § 263 I StGB (sofern man nicht bereits den Vermögensschaden verneint, vgl. Joecks, § 263 Rn. 86) jedenfalls die beabsichtigte Bereicherung nicht rechtswidrig, so dass eine Strafbarkeit wegen Betrugs entfällt. Glaubt der Täter hingegen nur an das Vorliegen eines tatsächlich nicht bestehenden Anspruchs, so fehlt ihm der Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung. Er befindet sich also in einem Tatbestandsirrtum gem. § 16 I StGB (BGH, StV 2000, 78; NSTz 2002, 481; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 62 mwN).

Zwar ist eine Absicht des Täters bzgl. der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vorteils nicht erforderlich, so dass insofern Eventualvorsatz ausreicht (BGH, wistra 1991, 181; Tröndle/Fischer, § 263 Rn. 112; a.A.: Mitsch, BT II/1, § 7 Rn. 125). Jedoch betont der BGH im vorliegenden Fall (erneut, vgl. BGHSt 3, 160; 42, 268), dass die Tatsache, dass der Täter versucht, einen Vorteil durch eine Täuschung zu erlangen, nicht ohne weiteres den Schluss darauf zulässt, er habe die Rechtswidrigkeit des entsprechenden Vorteils jedenfalls billigend in Kauf genommen.

#### Vertiefungshinweise:

Zur Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung i.R.v. § 263 I StGB: *BGHSt* 19, 206; *OLG Düsseldorf*, NJW 1998, 692; *Gröseling*, NSTz 2001, 515; *Krack*, JR 1998, 479; *Mohrbotter*, GA 67, 199; *Otto*, Jura 1993, 424; *Welzel*, NJW 1962, 20;

#### Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Geldeintreiber"

#### Leitsätze (der Redaktion):

1. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs gemäß § 263 I StGB setzt voraus, dass der Täter in dem Bewusstsein handelt, dass der angestrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist.
2. Allein der Umstand, dass ein Anspruch durch Mittel der Täuschung realisiert werden soll, macht den erstrebten Vorteil nicht unrechtmäßig. Wenn das verfolgte Ziel der Rechtsordnung entspricht, wird es nicht dadurch, dass rechtswidrige Mittel zu seiner Verwirklichung angewandt werden, selbst rechtswidrig.

#### Sachverhalt:

Die Angeklagten Dr. W, M und L waren Gesellschafter und Geschäftsführer der Lo B GmbH (künftig: LBG). Ende des Jahres 1992 war den Angeklagten bekannt geworden, dass für mehrere Grundstücke in Dresden bislang noch keine Restitutionsansprüche ge-

stellt waren, obwohl eine Rückgabe der Grundstücke nach dem Vermögensgesetz in Betracht kam. Solche Anträge konnten nach § 30 a VermG bei den Ämtern für offene Vermögensfragen nur noch bis 31. Dezember 1992 gestellt werden. Ohne aufzudecken, dass eine Bevollmächtigung durch die eigentlich Berechtigten bislang noch nicht erfolgt war, stellten die Angeklagten in deren Namen Restitutionsanträge.

Nach ihren Vorstellungen sollten die Berechtigten, die ihnen zu dem Zeitpunkt namentlich noch nicht sicher bekannt waren, die LBG nachträglich bevollmächtigen, wobei gegebenenfalls die Vollmachtserklärungen auf einen Zeitpunkt vor dem 31. Dezember 1992 rückdatiert werden sollten. Die Angeklagten beabsichtigten dann, sich die Restitutionsansprüche von den Berechtigten zu einem - deutlich unter dem Verkehrswert liegenden - günstigen Preis abtreten zu lassen.

Hinsichtlich der in Dresden gelegenen Grundstücke Heinrich-Schütz-Straße und Rähnitzgasse gingen die Angeklagten arbeitsteilig in der beschriebenen Art und Weise vor. Obwohl die Sachbearbeiter des Amts für offene Vermögensfragen eine Rückdatierung der Vollmachten in Betracht gezogen hatten, erfolgte eine Rückübertragung der Grundstücke. Hinsichtlich zweier weiterer Grundstücke in Dresden (Clara-Zetkin-Straße, Augsburger Straße) scheiterte ein Erwerb der Grundstücke im Restitutionsverfahren aus anderen Gründen. Der nicht revidierende Mitangeklagte R war auf Seiten der LBG in den Restitutionsverfahren Rähnitzgasse und Clara-Zetkin-Straße beteiligt.

#### Aus den Gründen:

##### I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat die Angeklagten Dr. W, M und L wegen versuchten Betrugs in vier Fällen zu Gesamtgeldstrafen verurteilt.

Den Angeklagten A hat es wegen Beihilfe zum versuchten Betrug in vier Fällen mit einer Gesamtgeldstrafe belegt. Die Revisionen der Angeklagten haben Erfolg. Die Aufhebung ist auf den nicht revidierenden Mitangeklagten R zu erstrecken, gegen den das Landgericht wegen versuchten Betrugs in zwei Fällen eine Gesamtgeldstrafe verhängt hat.

##### II. Entscheidung des BGH

Die Revisionen der Angeklagten führen zu einer Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil das Landgericht die subjektive Seite des Betrugs nicht ausreichend begründet hat.

##### 1. Zur Erforderlichkeit des Vorsatzes des Täters bzgl. der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermö-

*gensvorteils i.R.v. § 263 I StGB*

Eine Strafbarkeit wegen Betrugs gemäß § 263 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter in dem Bewusstsein handelt, dass der angestrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist. Die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils ist Tatbestandsmerkmal des § 263 StGB. Deshalb macht allein der Umstand, dass ein Anspruch durch Mittel der Täuschung realisiert werden soll, den erstrebten Vorteil nicht unrechtmäßig. Wenn das verfolgte Ziel der Rechtsordnung entspricht, wird es nicht dadurch, dass rechtswidrige Mittel zu seiner Verwirklichung angewandt werden, selbst rechtswidrig (BGHSt 3, 160, 162 f.; 20, 136, 137; 42, 268, 271 m. w. N. aus der Rechtsprechung).

In Betracht kommt allenfalls eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs, wenn der Täter den angestrebten Vermögensvorteil fälschlicherweise als rechtswidrig ansieht (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 7; BGHSt 42, 268, 273). Hält dagegen der Täter - im umgekehrten Fall - den erstrebten Vermögensvorteil für rechtmäßig, liegt ein Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB vor. Wer mit Mitteln der Täuschung einen tatsächlich rechtswidrigen, nach seiner Vorstellung aber rechtmäßigen Anspruch durchsetzen will, begeht daher keinen Betrugsversuch (BGHSt 42, 268, 272; BGH, Beschl. vom 30. August 1988 - 5 StR 325/88; OLG Düsseldorf wistra 1992, 74).

*2. Keine hinreichenden Feststellungen des LGs zum Vorsatz der Angeklagten bzgl. der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils*

Das Landgericht setzt sich nicht im ausreichenden Maße damit auseinander, ob die Angeklagten hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils vorsätzlich gehandelt haben. Bei den Besonderheiten der hier gegebenen Verfahrenssituation konnte das Landgericht nicht ohne zusätzliche Gesichtspunkte von einem jedenfalls bedingten Vorsatz der Angeklagten ausgehen.

*a. Zur Rechtfertigung des angestrebten Vermögensvorteils durch nachträgliche Genehmigung*

Die Frage, ob die Anmeldung von Restitutionsansprüchen durch einen vollmachtlosen Vertreter von dem Berechtigten rückwirkend (und damit fristwährend) genehmigt werden kann, ist durch das Bundesverwaltungsgericht erst durch Urteil vom 24. Juni 1999 entschieden und verneint worden (BVerwGE 109, 169 ff.). Die Vorinstanz hatte eine solche Rückwirkung der Genehmigung bejaht. Nach den Feststellungen des landgerichtlichen Urteils ging auch das zuständige Amt für offene Vermögensfragen zum damaligen Zeitpunkt

von einer rückwirkenden Genehmigung des vollmachtlosen Handelns aus. Diese Rechtsauffassung stand auf dem Boden des allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsatzes (vgl. GemSOGB in BVerwGE 69, 380, 381 mit umfanglichen Nachweisen), wonach die Genehmigung regelmäßig - ex tunc - auf den Zeitpunkt der Handlung des vollmachtlosen Vertreters zurückwirkt (§ 89 Abs. 2 ZPO), jedenfalls soweit nichts anderes bestimmt ist (§ 184 Abs. 1 BGB). Dieser Grundsatz gilt auch im Verwaltungsverfahren (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG 8. Aufl. § 14 Rdn. 20 f.).

*b. Zur Rückdatierung der Vollmachtsurkunden als Indiz für den Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils*

Das Landgericht schließt auf ein entsprechendes Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils bei den Angeklagten im wesentlichen aus dem Umstand, dass sie die Vollmachtsurkunden rückdatiert haben.

Ein solcher Schluss von der Täuschungshandlung auf das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils mag im Regelfall gerechtfertigt sein; denn der Täter wird nur dann zum Mittel der Täuschung greifen, wenn er befürchtet, durch wahrheitsgemäße Angaben seinen (vermeintlichen) Anspruch nicht durchsetzen zu können. Im vorliegenden Verfahren bestand jedoch aufgrund der aufgezeigten Rechtslage eine Fallkonstellation, die eine abweichende Würdigung zugelassen hätte. Zweifel am Vorsatz der Angeklagten lagen bei der hier gegebenen Fallgestaltung nahe und hätten im landgerichtlichen Urteil der Erörterung bedurft.

Angesichts der Besonderheiten der verfahrensrechtlichen Situation wäre es denkbar, dass die Angeklagten, von denen zwei Volljuristen waren, davon ausgingen, dass auch in dem Restitutionsverfahren nach dem Vermögensgesetz die Anmeldung vermögensrechtlicher Ansprüche durch einen vollmachtlosen Vertreter wie in anderen Verfahren auch durch den Berechtigten nachträglich genehmigungsfähig ist und die Genehmigung zurückwirkt. Eine Täuschung über den Zeitpunkt der späteren Bevollmächtigung kann dabei von ihnen veranlasst worden sein, um ein von ihnen befürchtetes Risiko anderer rechtlicher Beurteilung auszuschließen, ohne dass damit schon die Schwelle zum bedingten Vorsatz überschritten worden wäre. Eine solche Täuschungshandlung kann weiterhin aus der Überlegung motiviert sein, das Restitutionsverfahren weitgehend zu beschleunigen und so schon sich damals abzeichnenden Unsicherheiten bezüglich der weiteren Entwicklung der Grundstückswerte entgegenzuwirken. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

reicht ein Schluss von dem äußeren Tatablauf auf die innere Tatseite nämlich dann nicht ohne weiteres aus, wenn die Annahme eines auch bedingten Vorsatzes ein normatives Verständnis des Täters voraussetzt, das nicht ohne weiteres unterstellt werden kann (vgl. BGH, Beschl. vom 27. November 2002 - 5 StR 127/02 zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen, NJW 2003, 907, 910; BGH NJW 2003, 1821, 1822 f.).

Ob die Angeklagten jedenfalls mit bedingtem Vorsatz gehandelt haben, bedarf deshalb neuer tatrichterlicher Prüfung. Dabei wird eine umfassende Abwägung des Einzelfalls vorzunehmen sein, bei der neben dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts insbesondere die Motive und die Interessenlage der Angeklagten zu beachten sind (vgl. BGHSt 46, 30, 35).

### III. Erstreckung der Aufhebung auf R (§ 357 StPO)

Die Aufhebung des landgerichtlichen Urteils hat der

Senat gemäß § 357 StPO auf den Mitangeklagten R erstreckt, weil die nicht ausreichende Prüfung der subjektiven Tatseite ihn in gleicher Weise betraf. Der Nichtrevident ist zur Anwendung des § 357 StPO angehört worden und hat ihr nicht widersprochen.

### IV. Notwendige Berücksichtigung strafmildernder Umstände durch das Tatsachengericht im Falle erneuter Verurteilung

Im Falle eines neuerlichen Schuldspruchs ist im Rahmen der Strafzumessung die beträchtliche zeitliche Verzögerung, die auch das Revisionsverfahren umfasst, erheblich zu Gunsten der Angeklagten zu berücksichtigen.

Der neue Tatrichter wird den gravierenden Zeitablauf dabei auch unter dem Gesichtspunkt einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 MRK zu würdigen haben.

## Standort: §§ 25, 52, 269 III, 267 IV StGB

## Problem: Bandentaten

BGH, BESCHLUSS VOM 13.05.2003  
3 STR 128/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte mit einer Gruppe von Personen zusammengearbeitet, die von öffentlichen Telefonzellen aus mit unbefugt wiederaufgeladenen Telefonkarten von ihnen selbst betriebene 0190-Telefonnummern angerufen hatten, um so von der Telekom als Betreiber der gebührenpflichtigen Nummern die entsprechende Entgelte zu erhalten.

Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen mittäterschaftlicher gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung beweisbarer Daten (§§ 269 I, III, 267 IV StGB) in 5.960 (!) Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf. Zwar seien tatsächlich die Tatbestände der §§ 269 I, III, 267 IV StGB verwirklicht, jedoch würden die Ausführungen des LGs die Annahme von Mittäterschaft und Tatmehrheit nicht ohne weiteres tragen.

### Prüfungsrelevanz:

Der im vorliegenden Urteil zentrale Straftatbestand des § 269 StGB hat im Examen nur eine eingeschränkte Bedeutung, § 267 StGB (auf dessen Absätze 3 und 4 § 269 III StGB allerdings verweist) ist insofern sicherlich wesentlich bedeutsamer. Erhebliche Prüfungsrelevanz erlangt das vorliegende BGH-Urteil jedoch durch dessen Ausführungen zu Problemen des

Allgemeinen Teils, insb. der Mittäterschaft (§ 25 II StGB) und den Konkurrenzen (§§ 52 ff. StGB).

Die (hervorragend lesbare) Entscheidung des Großen Senats des BGH für Strafsachen zu den Fragen des Bandendiebstahls gem. § 244 I Nr. 2 StGB (NJW 2001, 2266) hatte eine wesentliche Änderung der bisherigen BGH-Rechtsprechung mit sich gebracht und (nicht zuletzt deshalb) dazu geführt, dass Probleme aus dem Umfeld der Bandenkriminalität verstärkt Gegenstand von Prüfungsaufgaben waren. Gerne übersehen wird hierbei, dass der Diebstahl nicht das einzige Delikt ist, bei dem die bandenmäßige Begehung eine Rolle für die Strafbarkeit spielt, sondern dass dies auch bei anderen Delikten als Qualifikationstatbestand (oder zumindest als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall) Berücksichtigung findet, z.B. bei §§ 250 I Nr. 2, 260 I, 260 a I, 263 III 2 Nr. 1, IV, 263 a II, 266 II StGB. Zu beachten ist hierbei, dass sich die Ausführungen des BGH zum Bandendiebstahl in der o.g. Entscheidung nicht zwingend uneingeschränkt auf alle anderen Arten von Bandenstraftaten übertragen lassen (vgl. zu § 260 I StGB: Lackner/Kühl, § 260 Rn. 5 mwN).

Im vorliegenden Fall bestätigt der BGH zunächst seine bisherige Rechtsprechung (und die herrschende Literatur) dahingehend, dass "Mitglied" einer Bande auch jemand sein kann, der aufgrund der untergeordneten Natur seiner Beiträge lediglich die Stellung eines Gehilfen hat (vgl. BGH, StV 2002, 191; Tröndle/Fischer, § 244 Rn. 18), und erstreckt diese Rechtsprechung vom Bandendiebstahl nunmehr auch auf die banden-

mäßige Begehung der §§ 267, 269 StGB.

Entgegen seiner früheren Rechtsprechung (vgl. BGHSt 3, 40) geht der BGH mittlerweile nicht mehr davon aus, dass ein Bandenmitglied, selbst wenn es am Tatort mitwirkt, automatisch Mittäter sei, sondern lässt insofern auch die Möglichkeit offen, dass das Bandenmitglied lediglich Gehilfe ist (BGHSt 4, 32; 12, 220; Schönke/Schröder-Cramer, § 244 Rn. 27). Daraus ergibt sich letztendlich, was der BGH im vorliegenden Fall ausdrücklich betont, dass bei einem Bandenmitglied für jede einzelne Tat der Bande zu prüfen ist, ob dieses Mitglied bei dieser Tat Mittäter oder lediglich Teilnehmer ist.

Schließlich befasst sich der BGH noch mit der Auswirkung verschiedener Beteiligungsformen auf die Konkurrenzen. Ausgangspunkt der Prüfung von Konkurrenzen ist stets die Frage, ob die verschiedenen Delikte durch eine oder durch mehrere Handlungen begangen wurden, wobei (vorbehaltlich einer Gesetzeskonkurrenz) im ersteren Falle Tateinheit, im letzteren Tatmehrheit besteht (vgl. die Darstellung bei Wessels/Beulke, Rn. 752 ff.). Die Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen insofern davon aus, dass die Frage, ob eine oder mehrere Handlungen gegeben sind, für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen ist, d.h. eine Handlungseinheit z.B. beim mittelbaren Täter oder Anstifter dann anzunehmen ist, wenn dieser nur eine Handlung vornimmt, ungeachtet dessen, wie viele Handlungen beim (die eigentliche Tathandlung ausführenden) Tatmittler oder Haupttäter vorliegen (BGH, NStZ 1999, 451; wistra 1999, 23; Tröndle/Fischer, Vor § 52 Rn. 2 e; Lackner/Kühl, Vor § 52 Rn. 22). Eine Minderheitsmeinung nimmt dies jedoch nur bei der Teilnahme an und prüft bei der Mit- und mittelbaren Täterschaft (wegen der erfolgenden Zurechnung fremder Handlungen) auch für den die Tathandlung nicht selbst ausführenden Täter, ob beim Handelnden eine oder mehrere Handlungen vorliegen (Schönke/Schröder-Stree, § 52 Rn. 21).

#### **Vertiefungshinweise:**

- Zum Bandenbegriff: *BGH*, NJW 2001, 2266; *Ellbogen*, wistra 2002, 8; *Engländer*, JR 2001, 78; *Müller*, GA 2002, 318; *Sya*, NJW 2001, 343;
- Zum Gehilfen als Bandenmitglied: *BGH*, StV 2002, 191; *Engländer*, JZ 2000, 628;
- Zur Tateinheit bzw. -mehrheit bei mehreren Beteiligten: *BGH*, NStZ 2000, 83; NStZ-RR 1999, 297; wistra 2001, 336;

#### **Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

*Examenskurs*: "Wie die Eltern so die Kinder"

#### **Leitsätze:**

- 1. Wer eine abtelefonierte Telefonkarte unberechtigt wieder auflädt, macht sich gemäß § 269 Abs. 1 StGB strafbar. Der Speicherchip einer Telefonkarte enthält beweis erhebliche Daten im Sinne des § 269 Abs. 1 StGB und nicht lediglich ein Datenverarbeitungsprogramm.**
- 2. Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB zu begehen (vgl. § 267 Abs. 4 StGB), hat dies nicht zur Folge, dass jedes von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Betrugs- oder Urkundenfälschungsdelikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.**
- 3. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dessen Tatbeiträge sich nach der Bandenabrede auf Beihilfehandlungen beschränken.**
- 4. Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille Tatherrschaft auszuüben, d. h. ob objektiv oder jedenfalls aus seiner Sicht die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt.**
- 5. Sind an einer Deliktsserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des Tatbeitrags oder der Tatbeiträge jedes Beteiligten. Hat daher ein Mittäter, mittelbarer Täter oder Gehilfe, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, einen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht,**

**werden ihm die jeweiligen Taten der Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter als Tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang.**

**6. Mehrere Beiträge des Mittäters oder Gehlfen zu derselben Tat der Mit- oder Haupttäter stellen nur eine mittäterschaftlich oder als Gehilfe begangene Straftat dar.**

#### **Sachverhalt:**

Im Februar 2001 erwarb der Mitangeklagte A für 15.000 DM ein "Telefonkartenaufladegerät", mit dem es möglich war, den Speicherchip abtelefonierter Telefonkarten der D-GmbH, eines Tochterunternehmens der Deutschen Telekom AG, nahezu bis zum vollen Nennwert "wiederaufzuladen", ohne dass dies bei späterer Verwendung an öffentlichen Kartentelefonen der D-GmbH durch das Betriebssystem der Telefone erkannt wurde. A sowie die weiteren Mitangeklagten T und B kamen in der Folge überein, sich durch Einsatz derart wiederaufgeladener Telefonkarten für Anrufe bei von ihnen selbst betriebenen "0190-Servicetelefonnummern" eine regelmäßige Einnahmequelle zu verschaffen.

Abprachegemäß wandte sich B an den Angeklagten G, um von dessen Firma M zwei derartige 0190-Rufnummern für die von ihm ebenfalls in Absprache mit A und T gegründete Firma "Ba." anzumieten. Daraufhin wandte sich der zu diesem Zeitpunkt in das Vorhaben noch nicht eingeweihte Angeklagte G an die Firma I-GmbH, an die als sogenannte Zuteilungnehmerin von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 0190-Rufnummern vergeben worden waren, und mietete von dieser unter seiner Firma zwei solche Nummern an. Über deren Weitervermietung an die Firma "Ba." schloss er kurze Zeit später mit B einen weiteren Vertrag. Zusammen mit B erstellte er außerdem eine Audiodatei, auf der eine Frauenstimme einen Text sexuellen Inhalts sprach. Nach Freischaltung der beiden Rufnummern wurde dieser Text abgespielt, sobald ein Anruf einging. Der Mitangeklagte A weihte den Mitangeklagten Y in den Tatplan ein und übertrug ihm gegen Zusage einer Beteiligung am Erlös die Aufgabe, mit den wiederaufgeladenen Telefonkarten von öffentlichen Kartentelefonen der D-GmbH die beiden 0190-Rufnummern anzutelefonieren.

In der Folgezeit übergab A in der von ihm betriebenen Gaststätte, in der er das Telefonkartenaufladegerät auf-

stellte hatte, dem Y Pakete mit wiederaufgeladenen Telefonkarten der D-GmbH im Nennwert von 50 DM, deren Speicherchip mittels des Ladegerätes jeweils auf einen Betrag von 46,80 DM wiederaufgeladen worden war, wobei ungeklärt ist, ob A das Aufladen der Karten selbst vornahm oder dies ebenfalls Aufgabe des Y war. Y rief unter Verwendung der Telefonkarten die beiden 0190-Rufnummern an und verbrachte hierzu teilweise mehrere Stunden täglich in öffentlichen Telefonzellen. Wegen der für die Rufnummern anfallenden hohen "Gebühren" mußte er alle 495 Sekunden eine neue Telefonkarte einsetzen. Zur Steigerung der Verbindungsminuten warb er nach wenigen Tagen seinen Bruder Selami Y und dessen Bekannten Ta als weitere "Telefonierer" an.

Durch jedes Telefonat wurde folgender Zahlungsmechanismus in Gang gesetzt: Für jede Verbindungsminute wurde von dem auf der manipulierten Telefonkarte gespeicherten, tatsächlich aber nicht bestehenden Guthaben ein Betrag von 5,70 DM abgezogen. Von dieser Summe, die die D-GmbH durch den Verkauf der Karte vermeintlich schon eingenommen hatte, überwies sie 3,63 DM an die Deutsche Telekom AG. Dieser Betrag entspricht dem Tarif, der bei einem Anruf bei den 0190-Rufnummern über einen Privat-Festnetzanschluss der Deutschen Telekom AG angefallen wäre. Diese leitete hiervon 3,12 DM an die I-GmbH weiter. Entsprechend den mit der Firma M des Angeklagten G getroffenen vertraglichen Abreden überwies die I-GmbH 2,58 DM pro Minute abzüglich eines "Disagios" von 2 % und zuzüglich der Umsatzsteuer an diese Firma weiter. Nach dem mit B geschlossenen Vertrag hatte der Angeklagte G wiederum 2,4419 DM pro Minute abzüglich eines "Disagios" von 2,5 % und zuzüglich der Umsatzsteuer an die Firma "Ba." abzuführen. Die "Disagios" beruhten darauf, dass in den beiden von dem Angeklagten G geschlossenen Verträgen jeweils entgegen der Branchenübung eine vorzeitige Auszahlung der Beträge schon zwei Wochen nach Ende des Abrechnungsmonats vereinbart worden war. Ende März 2001 wurden T und B von A und Y zu einer ersten Geldauszahlung gedrängt und mit der Ankündigung unter Druck gesetzt, ansonsten werde die Anzahl der Anrufe verringert. B setzte sich daraufhin mit dem Angeklagten G telefonisch in Verbindung, klärte ihn spätestens jetzt über die Hintergründe des Unternehmens auf und forderte eine erste Auszahlung. Der Angeklagte G zeigte sich sofort bereit, mit den anderen Beteiligten zusammenzuarbeiten, weil auch er sich hierdurch die Erschließung einer stetigen Einnahmequelle versprach. Er gab B aufgrund seines Fachwissens sofort Hinweise, wie die "Telefonierer" ihre Anrufe auf verschiedene öffentliche Kartentelefone

verteilen müssten, um dem Entdeckungsrisiko vorzubeugen. Außerdem klärte er B darüber auf, dass die 0190-Rufnummern so geschaltet seien, dass sie von mehreren "Telefonierern" gleichzeitig angerufen werden könnten.

Am 29. März 2001 übergab er B eine erste Anzahlung von 2.000 DM in bar. Hierauf steigerten die "Telefonierer" die Zahl der Anrufe wieder. In der Zeit vom 12. April bis 6. Juni 2001 wurden mit den beiden 0190-Rufnummern 1.559 Wählverbindungen hergestellt. Für die entsprechenden Telefonate war der Einsatz von 3.099 wiederaufgeladenen Telefonkarten erforderlich. Mitte Mai 2001 zahlte der Angeklagte G für den Abrechnungszeitraum 12. bis 30. April 2001 an B 12.891,67 DM in bar aus. Der Verbleib, insbesondere die weitere Verteilung des Geldes, ist ungeklärt.

Im Mai 2001 wurde das Firmenkonto der M vom Finanzamt wegen Steuerschulden gepfändet. Der Angeklagte G hatte daher keinen Zugriff mehr auf die von der I-GmbH geleisteten Zahlungen und konnte dementsprechend auch keine Gelder an die Mitangeklagten weiterleiten. Er informierte B, der wiederum die anderen Tatbeteiligten in Kenntnis setzte. A und Y übten daraufhin erneut - teilweise unter Gewaltandrohung - erheblichen Druck auf T und B aus, den weiteren Geldfluss sicherzustellen. B stieg daraufhin aus dem Unternehmen aus. Die anderen Mitangeklagten setzten sich deswegen erstmals persönlich mit dem Angeklagten G in Verbindung und vereinbarten mit diesem eine weitere Zusammenarbeit. Der Angeklagte G erklärte, dass wegen der Kontenpfändung neue 0190-Rufnummern freigeschaltet werden müssten. Die verbliebenen Tatbeteiligten kamen überein, dass statt der Firma "Ba" des B nunmehr pro forma die Firma H als Diensteanbieter auftreten solle, bei der T zwischenzeitlich beschäftigt war. Der Angeklagte G schloss sodann mit der I-GmbH einen neuen Vertrag über die Anmietung von vier 0190-Rufnummern und mit der H - diese vertreten durch T - einen Vertrag über die Weitervermietung dieser Telefonnummern. Diese Verträge entsprachen inhaltlich den Vereinbarungen, die für die 0190-Rufnummern der "Ba" geschlossen worden waren.

T nahm in der Buchhaltung der Firma H die notwendigen Manipulationen vor, damit vom Angeklagten G eingehenden Zahlungen dort unbemerkt durch die Bücher hätten laufen können. Nach Freischaltung der neuen 0190-Rufnummern stellten die "Telefonierer" mit diesen im Zeitraum vom 1. Juni bis 25. August 2001 1.953 Wählverbindungen her. Hierfür war bis einschließlich 7. August 2001 der Einsatz von 2.861 wiederaufgeladenen Telefonkarten erforderlich. Am 8. August 2001 wurden Selami Y und dessen Bekannter

Ta beim Telefonieren festgenommen.

Für die Zeit vom 12. April bis 25. August 2001 überwies die I-GmbH der Firma M des Angeklagten G insgesamt einen Betrag von 138.826,72 DM. Hiervon zahlte dieser 61.952,56 DM an das Finanzamt, worauf die Kontenpfändung aufgehoben wurde. Außer den bereits genannten Zahlungen übergab der Angeklagte G jeweils in bar im Juni 2001 3.000 DM an Y und im Juli und August 2001 24.473 DM bzw. 19.218 DM an T. Der weitere Verbleib bzw. die weitere Verteilung dieser Gelder ist ungeklärt.

### *Aus den Gründen:*

#### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten G wegen gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung beweisheblicher Daten (§ 269 Abs. 1 und 3, § 267 Abs. 4 StGB) in 5.960 Fällen (Einzelfreiheitsstrafen von jeweils einem Jahr; Summe der Einzelstrafen somit 5.960 Jahre !) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt.

Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und daher unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Jedoch hat die Sachrüge Erfolg und führt gemäß § 357 StPO auch zur Aufhebung der Verurteilungen der nichtrevidierenden Mitangeklagten Y, T und B, die ebenfalls wegen gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung beweisheblicher Daten in 5.962 (Y und T) bzw. 3.099 Fällen (B) zu Gesamtfreiheitsstrafen verurteilt wurden.

#### *II. Entscheidung des BGH*

Das Landgericht hat jeden einzelnen Wiederaufladevorgang, der für die zwischen dem 12. April und dem 7. August 2001 eingesetzten Telefonkarten notwendig war, dem Angeklagten G als tatmehrheitlich und in Mittäterschaft begangene gewerbs- und bandenmäßige Fälschung beweisheblicher Daten zugerechnet. Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

#### *1. Zur Annahme einer Fälschung beweisheblicher Daten*

Nicht zu beanstanden ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Landgerichts. Wer eine abtelefonierte Telefonkarte unberechtigt wieder auflädt, macht sich gemäß § 269 Abs. 1 StGB strafbar (vgl. LG Würzburg NStZ 2000, 374 für den Gebrauch wiederaufgeladener Telefonkarten). Der Gesetzgeber hat § 269 Abs. 1 StGB den Tatbestandsvarianten der Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) so weit nachgebildet, wie es ihm unter Beachtung der Besonderheiten der elek-

tronischen Datenverarbeitung möglich. erschien (vgl. kritisch - jew. m. w. N. - Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 269 Rdn. 1; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 269 Rdn. 1). Die Speicherung oder Veränderung beweisheblicher Daten zur Täuschung im Rechtsverkehr ist danach nur strafbar, wenn bei Wahrnehmung der manipulierten Daten eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde. Gleiches gilt für den täuschenden Gebrauch derartiger Daten.

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Speicherchip einer Telefonkarte enthält beweishebliche Daten im Sinne des § 269 Abs. 1 StGB und nicht lediglich ein Datenverarbeitungsprogramm (vgl. dazu Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 269 Rdn. 8). Ist die Karte unbenutzt, beinhalten die gespeicherten Daten die konkludente Erklärung des ausgebenden Telekommunikationsunternehmens, dass der Inhaber der Karte berechtigt ist, Kartentelefone des Unternehmens bis zu einem Gebührenbetrag zu nutzen, der dem Nennwert der Karte entspricht. Mit jedem Telefonat wird diese Erklärung durch das Betriebsprogramm des Kartentelefon - und damit mittelbar durch das die Karte ausgebende Unternehmen - dahin geändert, dass die Berechtigung nur noch in Höhe des noch nicht verbrauchten Guthabens besteht. Ist das gesamte Guthaben abtelefoniert, beinhaltet die Karte demgemäß die Aussage, dass sie dem Karteninhaber keine Berechtigung zum Telefonieren mehr verleiht. Die entsprechenden, auf dem Chip der Karte gespeicherten Daten werden verändert, wenn die Karte manipulativ wieder aufgeladen wird. Denn hierdurch wird der Karte wieder die konkludente Aussage verliehen, dass ihr Inhaber die Telefone des ausgebenden Unternehmens bis zu einem Gebührenbetrag benutzen darf, der der wiederaufgeladenen Summe entspricht. Damit wird die Beweisrichtung der gespeicherten Erklärung geändert. Würde diese Aussage als verkörperte Gedankenerklärung der menschlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht, läge eine verfälschte Urkunde vor, denn es würde der Anschein erweckt, der Aussteller der Urkunde - das kartenausgebende Unternehmen - habe die Erklärung so abgegeben, wie sie nunmehr nach dem manipulatorischen Eingriff vorliegt.

Dem steht nicht entgegen, dass die auf dem Kartenchip gespeicherten Daten in der Regel nicht dafür bestimmt sind, in einer verkörperten Gedankenerklärung der menschlichen Wahrnehmung eines Dritten zugänglich gemacht zu werden. Denn da gemäß § 270 StGB der Täuschung im Rechtsverkehr die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleichsteht, werden von § 269 Abs. 1 StGB auch solche elektronisch gespeicherten Daten erfasst, die allein dazu vorgesehen sind, einen rechtlich erheblichen Da-

tenverarbeitungsvorgang zu beeinflussen. Im Hinblick darauf erscheint es auch zweifelhaft, ob überhaupt die Möglichkeit bestehen muss, dass die gespeicherten Daten der menschlichen Wahrnehmung zugänglich gemacht werden können (so aber Cramer aaO).

Dies bedarf hier aber keiner Entscheidung. Denn das auf dem Kartenchip gespeicherte (Rest-) Guthaben und damit die konkludente Erklärung des kartenausgebenden Unternehmens lassen sich über ein Kartenlesegerät sichtbar machen; entsprechend wird beim Einsatz einer Telefonkarte das Restguthaben auf dem Display des Kartentelefon angezeigt.

## 2. Zur Mittäterschaft des G

Die Verurteilung des Angeklagten G kann jedoch deswegen keinen Bestand haben, weil das Landgericht dessen Handlungen als mittäterschaftliche Tatbeiträge zu den Datenfälschungen eingestuft hat (§ 25 Abs. 2 StGB), ohne sich mit der Frage zu befassen, ob sie nicht nur Beihilfehandlungen (§ 27 Abs. 1 StGB) darstellen. Darüber hinaus hat das Landgericht zu viele tatmehrheitlich zusammentreffende Einzeltaten angenommen.

### a. Mittäterschaft bei Bandendelikten für jede Tat der Bande gesondert zu prüfen

Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB zu begehen (vgl. § 267 Abs. 4 StGB), hat dies nicht zur Folge, dass jedes von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Betrugs- oder Urkundenfälschungsdelikt den anderen Bandenmitgliedern ohne weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dessen Tatbeiträge sich nach der Bandenabrede auf Beihilfehandlungen beschränken (BGH NStZ 2000, 318 zum Abdruck in BGHSt 47, 214 bestimmt).

Die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an bzw. Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds umfasst sind. Maßgeblich sind dabei insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille Tatherrschaft auszuüben, d. h. ob objektiv oder jedenfalls aus seiner Sicht die Ausführung der Tat

wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt (st. Rspr.; s. die Nachw. bei Tröndle/Fischer aaO § 25 Rdn. 6). Eine Abgrenzung zwischen Mittäterschaft bei oder Beihilfe zu den Datenfälschungen war auf Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen zu den Tatbeiträgen des Angeklagten G unerlässlich. Dieser trat in die Bande erst ein, als die Voraussetzungen für die Manipulation der Telefonkarten schon geschaffen waren und die Tatserie bereits lief. Auch danach hatte er mit dem Wiederaufladen der Telefonkarten unmittelbar nichts zu tun.

Dies war Sache des Mitangeklagten A bzw. des Mitangeklagten Y. Tatherrschaft des Angeklagten ist ebensowenig erkennbar wie sein Wille hierzu. Seine vorsätzlichen Beiträge zu den Datenfälschungen können allein darin gesehen werden, dass er durch die Hinweise für die "Telefonierer", die Auszahlung von Teilen der Erlöse und den Abschluss der erforderlichen Verträge zur Freischaltung der vier 0190-Rufnummern für die Firma H andere Bandenmitglieder bzw. Tatbeteiligte psychisch darin bestärkte, mit ihrem Tun fortzufahren, nämlich weiterhin Telefonkarten aufzuladen (A bzw. Y) und die Karten für Anrufe bei den 0190-Rufnummern einzusetzen (die "Telefonierer"). Zwar hatte der Angeklagte G ein Interesse daran, dass die Telefonkarten weiterhin aufgeladen und abtelefoniert wurden. Dies war jedoch nicht das eigentliche Ziel seiner Mitwirkung. Ihm kam es vielmehr wesentlich darauf an, dass durch den Einsatz der Karten die Zahlungsautomatik ausgelöst wurde, die ihm unberechtigte Einnahmen verschaffte. Sein Interesse war daher maßgeblich auf die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils gerichtet (vgl. § 263 a StGB), nicht auf die von anderen Bandenmitgliedern geleisteten - schon für sich strafbaren - Vorbereitungshandlungen in Form der Wiederaufladung der Telefonkarten. Auch wenn rein psychische Unterstützungshandlungen im Einzelfall einen mittäterschaftlichen Tatbeitrag begründen können, lag daher nach den getroffenen Feststellungen eine derartige Bewertung eher fern. Sie durfte vom Landgericht jedenfalls nicht ohne nähere Begründung vorgenommen werden.

#### *b. Beurteilung von Tateinheit oder -mehrheit anhand der Beiträge des betreffenden Beteiligten*

Unabhängig davon, ob sich der Angeklagte G durch seine Tatbeiträge als Mittäter oder lediglich als Gehilfe an der Fälschung beweisbarer Daten beteiligt hat, kann ihm nicht jedes einzelne Wiederaufladen einer Telefonkarte als rechtlich selbständige Tat im Sinne des § 53 Abs. 1 StGB zugerechnet werden. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die

Frage, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für jeden der Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des Tatbeitrags oder der Tatbeiträge jedes Beteiligten. Hat daher ein Mittäter, mittelbarer Täter oder Gehilfe, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, einen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht, werden ihm die jeweiligen Taten der Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter, Tatmittler oder Haupttäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (vgl. nur BGH wistra 2001, 336, 337 m. w. N.; aA. bei bösgläubigem Tatmittler: Stree in Schönke/Schröder aaO § 52 Rdn. 21).

Da der Angeklagte G an dem Wiederaufladen der Telefonkarten nicht unmittelbar beteiligt war, hätte das Landgericht daher prüfen müssen, welche seiner Handlungen als Tatbeiträge hierzu in Betracht kommen und für welche nachfolgenden Wiederaufladungsvorgänge sie sich fördernd auswirkten, so dass sie diese in seiner Person zur Tateinheit zusammenfassten. Dabei wäre zusätzlich zu beachten gewesen, dass mehrere Beiträge zu derselben Tat der Mit- oder Haupttäter nur eine mittäterschaftlich oder als Gehilfe begangene Straftat darstellen (vgl. für die Beihilfe BGH NStZ 1999, 513, 514;). Auch dies hat das Landgericht versäumt.

#### *III. Erstreckung der Aufhebung auf die Mitangeklagten T, B und Y (§ 357 StPO)*

Die dargestellten Rechtsfehler liegen auch den Verurteilungen der Mitangeklagten T, B und Y zugrunde. Gemäß § 357 StPO ist die Urteilsaufhebung daher auf sie zu erstrecken.

##### *1. Zur Erstreckung auf T*

Der Angeklagte T war nach den Feststellungen mit dem Wiederaufladen der Telefonkarten ebenfalls nicht unmittelbar befasst. Seine Aktivitäten beschränkten sich nach den Urteilsgründen im ersten Tatabschnitt auf die Teilnahme an der Tatplanung und Bandenabrede. Im zweiten Tatabschnitt vereinbarte er mit A, Y und G die Fortführung des Tatplans durch Anmietung von vier neuen 0190-Rufnummern über die Firma H, nahm die notwendigen buchhalterischen Manipulationen bei dieser Firma zur Durchschleusung der erwarteten Zahlungen vor, schlossen Vertrag mit dem Angeklag-

ten G ab und ließ sich von diesem zweimal Bargeldbeträge aus den eingegangenen Erlösen aushändigen. Auch bei ihm war daher eine Erörterung der Frage notwendig, ob diese Tatbeiträge nicht lediglich als Beihilfehandlungen zur Veränderung der beweis erheblichen Daten auf den Telefonkarten bewertet werden können. Außerdem kam aus den oben dargelegten Gründen eine Verurteilung wegen 5.962 tatmehrheitlich zusammentreffender Einzeltaten nicht in Betracht.

### 2. Zur Erstreckung auf B

Gleiches gilt hinsichtlich des Mitangeklagten B. Seine Tatbeiträge waren auf den ersten Tatabschnitt beschränkt und erschöpften sich an der Teilnahme an Tatplanung und Bandenabrede, der Gründung der Firma "Ba", der Anmietung der beiden 0190-Rufnummern vom Angeklagten G, der Erstellung der Audiodatei mit diesem Angeklagten, der Weitergabe der von G erhaltenen Tipps für die "Telefonierer" und der Entgegennahme und Weiterleitung von Bargeld aus den bei G eingegangenen Erlösen.

### 3. Zur Erstreckung auf Y

Bezüglich des Mitangeklagten Y ist nicht geklärt, ob er selbst Telefonkarten wiederaufgeladen hat. Festgestellt ist allein, dass er derartige Karten abtelefoniert hat. Auch hierin liegt nicht ohne weiteres ein mittäter-schaftlicher Beitrag zum Aufladen der Karten. Seine Verurteilung kann auch nicht deswegen bestehen bleiben, weil er durch das Abtelefonieren der Karten die veränderten Daten zur Täuschung im Rechtsverkehr gebrauchte und damit die dritte Tatbestandsalternative des § 269 Abs. 1 StGB verwirklichte. Denn er hat nicht alle Karten selbst abtelefoniert. Vielmehr waren auch sein Bruder und dessen Bekannter Ta als "Telefonierer" aktiv, so dass die ihm anzulastenden Einzeltaten nach den bisherigen Feststellungen offen sind.

### IV. Keine Erstreckung der Aufhebung auf den Mitangeklagten A

Dagegen kann die Verurteilung des Mitangeklagten A

bestehen bleiben. Sie wird von den aufgezeigten Rechtsfehlern nicht berührt. Dabei ist ohne Belang, dass nach den Feststellungen offen bleibt, ob das Wiederaufladen der Karten von ihm oder dem Mitangeklagten Y vorgenommen wurde. Denn aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe folgt, dass der Angeklagte A auch im Falle des Tätigwerdens des Mitangeklagten Y Tatherrschaft über jeden einzelnen Aufladevorgang ausübte, da das Aufladen in seiner Gaststätte mit dem von ihm zur Verfügung gestellten Aufladegerät vorgenommen wurde.

### V. Hinweis an das Prozessgericht

Für das weitere Verfahren sieht der Senat Anlass zu folgendem Hinweis:

Das maßgebliche Interesse der Angeklagten und das Hauptgewicht ihrer Taten lag nicht in der Datenfälschung, sondern im Einsatz der manipulierten Telefonkarten, um über die geschilderte Zahlungsautomatik unberechtigte Erlöse aus den betriebenen 0190-Rufnummern zu erlangen. Dies erfüllt den Tatbestand des Computerbetruges (§ 263 a StGB) unabhängig davon, ob bei einem Gebrauch der manipulierten Telefonkarten allein zum kostenfreien Telefonieren nur eine Leistungserschleichung (§ 265 a StGB) vorgelegen hätte (vgl. hierzu Tiedemann in LK 11. Aufl. § 263 a Rdn. 59 und § 265 a Rdn. 42; Hefendehl NSTZ 2000, 348, 349). Das strafrechtliche Gewicht der Taten wird daher nur unzureichend erfasst, wenn sich die Verurteilung auf die Fälschung beweis erheblicher Daten und damit auf die Ahndung von Handlungen beschränkt, die für das Gesamtvorhaben der Angeklagten nur vorbereitenden Charakter hatten.

Die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird daher zu prüfen haben, ob es nicht angemessen erscheint, den gemäß § 154 a StPO aus dem Verfahren ausgeschiedenen Tatvorwurf des Computerbetruges nach § 154 a Abs. 3 Satz 1 StPO wieder in das Verfahren einzubeziehen. Auch in diesem Falle wird § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO zu beachten sein.

## *Urteile in Fallstruktur*

**Standort: Öffentliches Recht**

**Problem: Befangenheit; Ausfertigung bei B-Plan**

OVG NRW, URTEIL VOM 12.03.2003  
7A D 20/02 (NVwZ-RR 2003, 667)

**Problemdarstellung:**

Das OVG NRW hatte sich im Rahmen eines Normenkontrollantrages mit der Gültigkeit eines Bebauungsplans für eine Umgehungsstraße zu befassen. Streitentscheidend war die Frage, ob ein Ratsmitglied, das an einer durch die Umgehung vom Schwerlastverkehr befreiten Straße wohnt, wegen Befangenheit von der Abstimmung ausgeschlossen gewesen wäre. Das OVG verneint dies jedenfalls für die Fälle, in denen auch noch andere Straßen entlastet werden, die Ortsumgehung m.a.W. Teil eines verkehrsrechtlichen Gesamtkonzepts der Gemeinde ist und nicht (nur) dazu dient, bestimmte Anwohner zu entlasten.

Ferner hatte sich das OVG mit der - gesetzlich nicht geregelten - Frage zu befassen, in welcher Form ein Bebauungsplan ausgefertigt werden muss. Bebauungspläne enthalten i.d.R. sowohl textliche als auch grafische Festsetzungen. Sie sind mit ihrer Begründung zu jedermanns Einsicht bereit zu halten (§ 10 I 2 BauGB). Dieses Publizitätserfordernis bedingt zunächst das Vorhandensein einer Originalurkunde. Auf dieser muss aus Gründen der Authentizität eine Unterschrift des Bürgermeisters bestätigen, dass Text und Grafik genau das wiedergeben, was der Rat zuvor beschlossen hat. Die hier streitige Frage, ob er sich dabei durch einen Verwaltungsbeamten vertreten lassen kann, bejaht der Senat.

**Prüfungsrelevanz:**

Normenkontrollanträge gegen Bebauungspläne eignen sich hervorragend für Examensaufgaben, weil sie in der Schnittmenge von Kommunal- und Baurecht liegen, also Gelegenheit bieten, beide Rechtsmaterien abzuprüfen. Der vorliegende Fall müsste bspw. nur mit baurechtlichen Problemen angereichert werden, um in eine Klausur oder Hausarbeit übernommen werden zu können. Selbstverständlich eignet sich ein solcher Normenkontrollantrag auch als "Aufhänger" für mündliche Prüfungen. In jedem Fall sollte der Examenskandidat sich einprägen, dass ein Bebauungsplan als Ratsbeschluss in Form einer Satzung (§ 10 I BauGB) nicht

nur an baurechtlichen Mängeln leiden, sondern auch gegen Vorschriften verstoßen kann, die das Kommunalrecht allgemein für Satzungsbeschlüsse des Rates aufstellt. Die hier einschlägige Befangenheit eines Ratsmitglieds ist nur ein Beispiel. Ferner sind die vom OVG aus Publizität und Authentizität entwickelten, nicht gesetzlich geregelten Formalien bei der Ausfertigung des Bebauungsplans von Interesse, wenngleich eine solche Herleitung wegen des gesteigerten Schwierigkeitsgrades wohl nur in Hausarbeiten verlangt werden kann.

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Befangenheit von Ratsmitgliedern bei Bebauungsplänen: *VG Frankfurt/Main*, NVwZ-RR 2002, 868
- Zu den Formalien bei der Ausfertigung von Bebauungsplänen: *VGH München*, NVwZ-RR 2003, 669

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Mitbefangen, mitgegangen"
- Examenskurs*: "Alles nur eine Frage der Form"

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Zum Ausschluss eines Ratsmitglieds von der Mitwirkung an einem Bebauungsplan, der das Verkehrskonzept der Gemeinde in Teilen betrifft, die für das Ratsmitglied als Teil der hiervon betroffenen Bevölkerungsgruppe von Bedeutung sind.**
- 2. Zur ordnungsgemäßen Ausfertigung eines Bebauungsplans.**

**Sachverhalt:**

Der Ast. ist Landwirt. Sein Hof liegt inmitten des Geltungsbereichs der 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 der Stadt W. - Ag. -, gegen die sich der Ast. im vorliegenden Verfahren wendet. Der Ast. sieht sich durch diesen am Bau eines Stalles zur Ferkelaufzucht gehindert, da der Bebauungsplan den Bau einer neuen Umgehungsstraße vorsieht, die z.T. über die für den Stall vorgesehene Baufläche führen soll. Ein für die Errichtung des Stalles vom Ast. bereits beantragter Bauvorbescheid ist bisher nicht beschieden worden.

Die besagte 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 der Ag. wurde von deren Rat als Satzung mit 14 Ja-Stimmen bei 13 Gegenstimmen beschlossen. An der Abstimmung nahm u.a. das Ratsmitglied H teil, dessen Wohnhaus zur Kreisstraße 27 hin ausgerichtet ist, die - wie andere Straßen auch - durch die beschlossene Änderung vom Schwerlastverkehr entlastet werden soll. Er hatte sich schon im Vorfeld der Abstimmung gegenüber anderen Ratsmitgliedern und der Presse positiv zu dem Beschluss geäußert, u.a. mit der Bemerkung, er wolle das "Hali Gali" vor seiner Haustür nicht länger haben.

Der Satzungsbeschluss wurde am 21.7.2001 öffentlich bekannt gemacht. Auf der Bebauungsplanurkunde hat der von der Bürgermeisterin der Ag. entsprechend bevollmächtigte Stadtoberamtsrat E durch seine Unterschrift bestätigt, dass der Rat der Stadt W. den Bebauungsplan in der Form beschlossen habe, wie er in dieser Originalurkunde ausgefertigt worden sei.

Der ASt. meint, die Mitwirkung des offensichtlich befangenen H sei ein Skandal. Auch müsse die Bürgermeisterin die Übereinstimmung von ausgefertigtem Bebauungsplan und Ratsbeschluss schon persönlich durch ihre Unterschrift bestätigen. Dies könne schon wegen der Wichtigkeit des Vorgangs nicht irgend ein Verwaltungsbeamter erledigen.

Hat ein am 11.3.2002 beim OVG NRW eingegangener Normenkontrollantrag des ASt. gegen die 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 vor dem VG Erfolg?

*[Bearbeitervermerk: Alle rechtlichen Probleme des Falles sind - notfalls hilfsweise - zu begutachten. Dabei ist zu unterstellen, dass der Bebauungsplan in baurechtlicher Hinsicht rechtmäßig ist und dem vom ASt. beantragten Bauvorbescheid andere Gründe als der geänderte Bebauungsplan nicht entgegen stehen.]*

### **Lösung:**

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

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Um vor dem Erfolg haben zu können, müsste zunächst der Rechtsweg zu diesem eröffnet sein. Nach § 40 I 1 VwGO ist hierzu eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art Voraussetzung.

1. Erstere liegt vor, wenn der Streitgegenstand ein solcher des öffentlichen Rechts ist. Hier wendet sich der

ASt. gegen einen als Satzung beschlossenen Bebauungsplan mit der Rüge, dieser sei unter Mitwirkung eines befangenen Ratsmitglieds zustande gekommen und nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden. Dieser Streitgegenstand wird durch Normen des öffentlichen Rechts, namentlich solche des BauGB, der GO NRW und der BekanntmVO NRW geregelt, ist also öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Es streiten auch keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sondern Bürger und Gemeinde um die Wirksamkeit eines Bebauungsplans, so dass die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist. Der Verwaltungsrechtsweg ist damit nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

##### *II. Statthaftigkeit*

Die Statthaftigkeit des Antrags richtet sich nach dem Begehren des ASt., § 88 VwGO. Selbiger wendet sich gegen die vom Rat der Ag. beschlossene 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 der Stadt W. Hierzu könnte der Normenkontrollantrag nach § 47 I Nr. 1 VwGO dienen. Dann müsste es sich bei einem Bebauungsplan um eine Satzung nach dem BauGB handeln, was nach § 10 I BauGB der Fall ist. Mithin ist hier ein Normenkontrollantrag statthaft

##### *III. Sachliche Zuständigkeit des OVG*

Grundsätzlich ist das VG gem. § 45 VwGO für alle Streitigkeiten im Verwaltungsrechtsweg in 1. Instanz sachlich zuständig. Für Normenkontrollanträge macht § 47 I 1 VwGO hiervon allerdings eine Ausnahme, so dass das vom ASt. angerufene OVG NRW auch sachlich in 1. Instanz zuständig ist.

##### *IV. Antragsbefugnis*

Gem. § 47 II 1 VwGO kann einen Normenkontrollantrag nur stellen, wer geltend machen kann, durch diesen in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Wie sich aus dem Begriff "geltend macht" ergibt, genügt insoweit die Möglichkeit einer Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte des ASt.

Ohne die Änderung des bestehenden Bebauungsplans hätte der ASt. einen gebundenen Anspruch auf einen positiven Bauvorbescheid (§§ 71, 75 BauO NW) für die von ihm geplante Errichtung eines Stalles gehabt. Möglicherweise ist er in diesem Recht durch den Änderungsbeschluss verletzt, da infolge dessen nunmehr eine Straßentrasse durch seinen Bauplatz geführt werden soll, wodurch sein Vorhaben bauplanungsrechtlich unzulässig geworden sein könnte. Mithin ist er antragsbefugt.

*V. Antragsfrist*

Die Antragsfrist beträgt nach § 47 II 1 VwGO zwei Jahre seit Bekanntmachung, hier also seit dem 19.07.2001. Der am 11.03.2002 gestellte Normenkontrollantrag war also fristgerecht.

*VI. Antragsgegner*

Richtiger Antragsgegner ist die Erlasskörperschaft nach § 47 II 2 VwGO, hier also die Stadt W. Diese ist vom Ag. auch als solche genannt worden.

Der Antrag ist damit zulässig.

*B. Begründetheit*

Der Antrag ist begründet, soweit der Bebauungsplan i.S.d. § 47 I 1 VwGO ungültig, d.h. unwirksam ist. Eine Rechtsnorm ist unwirksam, soweit sie gegen höherrangiges Recht verstößt. Ein solcher Rechtsverstoß könnte sich hier aus der nach Ansicht des ASt. bestehenden Befangenheit des H bzw. fehlerhaften Bekanntmachung ergeben.

*I. Befangenheit des H*

Gem. §§ 43 II i.V.m. 31 GO NRW sind Ratsmitglieder unter den dort näher genannten Voraussetzungen wegen Befangenheit von der Mitwirkung an Beratung und Entscheidung im Rat ausgeschlossen. Die GO NRW ist als formelles Landesgesetz im Verhältnis zum als Gemeindegesetz (§ 10 I BauGB) beschlossenen Bebauungsplan höherrangig, so dass ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften geeignet wäre, die Unwirksamkeit des angegriffenen Bebauungsplans zu begründen. Fraglich ist, ob ein solcher Befangenheitsgrund vorliegt. In Betracht kommt hier § 31 I 1 Nr. 1 NWGO, wonach ein Ratsmitglied dann von der Entscheidung ausgeschlossen ist, wenn die Entscheidung ihm selbst einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil bringen kann.

*1. Eigener Vorteil*

Mit der 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 der Stadt W. soll u.a. die Straße, an der das Wohnhaus des H liegt, vom Schwerlastverkehr entlastet werden. Hierdurch tritt de facto eine Steigerung des Wohnwertes und damit der Lebensqualität durch verminderte Lärm- und Geruchsemissionen ein. Auch der Grundstückswert, der nicht unwesentlich durch die Lage bestimmt wird, erhöht sich hierdurch. Ein Vorteil für H selbst durch die Annahme der 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 liegt also vor.

*2. Unmittelbarkeit*

Fraglich ist jedoch die Unmittelbarkeit desselben. Das

OVG führt zunächst aus, welche Anforderungen das Gesetz an die danach notwendige Kausalbeziehung zwischen Entscheidung und Vorteil stellt:

“Die Gemeindeordnung regelt in ihrem § 31 NWGO (hier i.V. mit § 43 II) abschließend, aus welchen persönlichen Gründen ein Ratsmitglied von der Mitwirkung an einem Satzungsbeschluss ausgeschlossen ist. Die Regelung bezweckt grundsätzlich, die auf einen Ausgleich der Individual- und Gemeininteressen beruhenden Entscheidungen des Rats von individuellen Sonderinteressen freizuhalten, um durch eine allein an Gesetz und öffentlichem Wohl orientierte Tätigkeit das Vertrauen in eine unvoreingenommene Entscheidungsfindung zu stärken (vgl. OVG Münster, NVwZ 1984, 667; NVwZ-RR 1996, 220). Mit [...] § 31 I 2 NWGO ist der Ausschluss allerdings dahin beschränkt worden, dass nicht allein der “böse Schein” zu einem Ausschluss eines Ratsmitglieds führt, sofern nicht die Entscheidung selbst ihn direkt berührt (vgl. zur früheren Rechtslage: OVG Münster, NJW 1979, 2632). Erforderlich ist vielmehr darüber hinaus eine direkte Kausalbeziehung zwischen der zutreffenden Entscheidung und dem daraus für das Ratsmitglied resultierenden Vor- oder Nachteil (vgl. LT-Dr 10/4890, S. 5; Rehn/Cronauge, NWGO, Stand: Januar 2002, § 31 Anm. II 2).”

*a. Verändertes Fahrverhalten als weitere Zwischenursache*

Nach Ansicht des OVG genügt die Änderung des Bebauungsplans nicht für einen direkt-unmittelbaren Vorteil des H. im o.g. Sinne, weil die Straße vor seinem Wohnhaus dem Schwerlastverkehr weiterhin offen steht, d.h. noch ein geändertes Fahrverhalten der LKW-Fahrer hinzu kommen muss, um einen Vorteil für H entstehen zu lassen, der dann nur noch mittelbare Folge der beschlossenen Änderung des Bebauungsplans wäre:

“Gem. § 31 I NWGO ist ein Ratsmitglied von der beratenden und der entscheidenden Mitwirkung ausgeschlossen, wenn die Entscheidung einer Angelegenheit ihm selbst einen unmittelbaren Vorteil bringt (S. 1). Unmittelbar ist der Vorteil, wenn die Entscheidung eine natürliche oder juristische Person direkt berührt (S. 2). Die 3. Änderung des Bebauungsplans bewirkt für den Ratsherrn H keinen direkten Vorteil i.S. des § 31 I 1 und 2 NWGO. Das von ihm bewohnte Haus steht in Luftlinie knapp 2 km vom Geltungsbereich des Bebauungsplans entfernt. Im Bebauungsplanbereich wird keine Nutzung ermöglicht, die für die Wohnsituation des Ratsherrn von Belang ist. Die veränderte Führung der D.-Straße mag dazu führen, dass Schwerlastverkehr aus und in Richtung T. das Industriegebiet D.-

Straße nicht mehr über die K 27 und die L 782 anfährt, sondern von der K 27 noch vor dem Wohnhaus des Ratsherrn in die D.-Straße abbiegt. Aus diesem Grunde dürfte das Verkehrsaufkommen auf der K 27 im weiteren Verlauf namentlich von Teilen des Schwerlastverkehrs entlastet werden. Die K 27 steht jedoch weiterhin für den Kraftfahrzeugverkehr in vollem Umfang zur Verfügung und kann in gleichem Ausmaß wie bisher genutzt werden. Der Bebauungsplan eröffnet eine zusätzliche Möglichkeit, das Industriegebiet D.-Straße zu erreichen, greift jedoch nicht direkt in die Verkehrsführung ein. Führt der Bebauungsplan nicht zu einem unmittelbaren Vorteil für den Ratsherrn H, war er schon aus diesem Grunde nicht daran gehindert, am Satzungsbeschluss mitzuwirken.“

#### *b. Äußerungen des H im Vorfeld irrelevant*

An diesem Ergebnis ändert sich nach Ansicht des OVG auch durch die Äußerungen des H im Vorfeld des Beschlusses nichts, da die NWGO solche nicht verbiete, diese m.a.W. keinen Befangenheitstatbestand i.S.d. (abschließenden) § 31 NWGO erfüllen:

“Anders als dies etwa in § 42 II ZPO für die richterliche Tätigkeit oder in § 21 NWVwVfG für das von einer Behörde geführte Verwaltungsverfahren geregelt ist, ist ein Ratsmitglied nicht zur Unparteilichkeit in dem Sinne verpflichtet, dass es sich nicht zu Gunsten oder zu Lasten von von einer Entscheidung betroffenen Interessen äußern dürfte. Ob sich der Ratsherr H gegenüber einem anderen Ratsmitglied derart geäußert hat, [...] ist daher letztlich unerheblich. Aus der hier einmal unterstellten Äußerung, er wolle das “Hali Galí” vor seiner Haustür nicht haben, folgt noch kein Ausschluss seiner Mitwirkung, denn einer der hierfür erforderlichen Ausschlussgründe des § 31 NWGO greift nicht ein, namentlich sind die Voraussetzungen des vom Ast. angeführten und hier einzig in Betracht zu ziehenden § 31 I NWGO nicht gegeben.“

#### *3. Kein Ausschluss (hilfsweise)*

Unterstellte man einen unmittelbaren Vorteil des H, stellte sich mit Blick auf den Bearbeitervermerk hilfsweise die Frage, ob die Befangenheitsrüge ausgeschlossen sein könnte.

#### *a. Nach § 31 III Nr. 1 NWGO*

Das OVG findet einen solchen Ausschlussgrund in § 31 III Nr. 1 NWGO:

“Darüber hinaus gilt das aus § 31 I Nr. 1 NWGO folgende, hier einmal unterstellte Mitwirkungsverbot gem. § 31 III Nr. 1 NWGO nicht. Nach dieser Vorschrift greift das Mitwirkungsverbot nicht, wenn der Vorteil nur darauf beruht, dass jemand einer Bevölkerungs-

gruppe angehört, deren gemeinsame Interessen durch die Angelegenheit berührt werden. Plant eine Gemeinde eine Straßenführung, die geeignet ist, zur Verkehrs-entlastung auf anderen durch die Gemeinde führenden Straßen beizutragen, sind regelmäßig die Anwohner der entlasteten Straßen durch die Planung begünstigt. Geht es um Entlastungen, die nicht nur individualisierbare Interessen einzelner Gemeindeangehöriger, sondern letztlich das Verkehrskonzept der Gemeinde insgesamt oder jedenfalls in solchen Teilen betreffen, die für Bevölkerungsgruppen von Bedeutung sind, zu denen das Ratsmitglied gehört, steht seiner Mitwirkung an der Planung von Gesetzes wegen nichts entgegen. So ist es hier. Die zu erwartende Verkehrs-entlastung betrifft zum einen alle die Gemeindeangehörigen, die im Einzugsbereich der K 27 und der L 782 zwischen dem westlichen und dem östlichen Ende der D.-Straße wohnen. Darüber hinaus kann die D.-Straße zwischen K 27 und L 782 Teil einer faktischen Ortsumgebung der Stadt W. im nördlichen Stadtbereich sein und damit eine Verkehrsfunktion erfüllen, die für Bevölkerungsteile und nicht nur für einzelne Gemeindeangehörige von Bedeutung sind.“

#### *b. Nach § 31 VI GO*

Verfristet wäre die Befangenheitsrüge nach § 31 VI NWGO nach Ansicht des OVG allerdings nicht:

“Die Mitwirkung eines wegen Befangenheit Betroffenen kann nach Beendigung der Abstimmung danach geltend gemacht werden, wenn sie für das Abstimmungsergebnis entscheidend war (vgl. § 31 VI NWGO). So ist es hier. Der Satzungsbeschluss ist mit einer Stimme Mehrheit angenommen worden. Ohne die Stimme des Ratsherrn H wäre möglicherweise ein Stimmengleichstand eingetreten. Bei Stimmengleichheit gilt ein Antrag (hier die Satzung) als abgelehnt, § 50 I 2 NWGO.“

#### *4. Zwischenergebnis*

H ist kein unmittelbarer Vorteil i.S.d. § 31 I 1 Nr. 1 NWGO aus der Änderung des Bebauungsplans entstanden, so dass er schon aus diesem Grunde nicht von der Mitwirkung an der Abstimmung ausgeschlossen war. Wäre ihm ein solcher entstanden, wäre er gleichwohl wegen § 31 III Nr. 1 NWGO nicht befangen gewesen.

#### *II. Ausfertigung*

Die Unwirksamkeit des Bebauungsplans könnte sich jedoch aus der Rüge des Ast. ergeben, der Bebauungsplan sei nicht ordnungsgemäß ausgefertigt worden.

### I. Voraussetzungen

In welcher Form ein Bebauungsplan ausgefertigt werden muss, ist weder im Bundes- noch im Landesrecht ausdrücklich geregelt. Das OVG leitet daher aus der Zweckbestimmung des Bebauungsplans zunächst die notwendigen Formalien her:

“Durch die Ausfertigung des als Satzung und damit als Rechtsnorm beschlossenen Bebauungsplans soll sichergestellt werden, dass der Inhalt des Plans mit dem Willen des gemeindlichen Beschlussorgans übereinstimmt (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1996, 630), wobei das Bundesrecht unregelt lässt, welche Anforderungen an eine solche Ausfertigung zu stellen sind (vgl. BVerwG, NVwZ 1990, 258; BVerwGE 88, 204). Für das hiernach allein maßgebliche Landesrecht ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass es mangels ausdrücklicher normativer Vorgaben für die Ausfertigung von Bebauungsplänen ausreicht, wenn eine Originalurkunde geschaffen wird, auf welcher der Bürgermeister als Vorsitzender des Rats zeitlich nach dem Ratsbeschluss und vor der Verkündung der Satzung schriftlich bestätigt, dass der Rat an einem näher bezeichneten Tag “diesen Bebauungsplan als Satzung beschlossen” hat (vgl. OVG Münster, NWVB1 1992, 357). Entscheidend für die Ausfertigung eines im Regelfall aus zeichnerischen und textlichen Festsetzungen bestehenden Bebauungsplans, der nicht im Wortlaut bekannt zu machen, wohl aber zu jedermanns Einsicht bereitzuhalten ist, ist die Herstellung einer Originalurkunde, hinsichtlich der dokumentiert wird, dass sie den Inhalt der vom Rat beschlossenen Festsetzungen zutreffend wiedergibt. Eine solche Dokumentation kann durch den Bürgermeister allein erfolgen. Er ist als Vorsitzender und Vertreter des Rats hinreichend legitimiert, den Inhalt des vom Rat Beschlossenen zu dokumentieren und seine Authentizität zu bestätigen (vgl. OVG Münster, NWVB1 1997, 210).”

Mithin bedarf es aus Gründen der *Publizität* einer zu

jedermanns Einsichtnahme bereit zu haltenden Originalurkunde, die aus Gründen der *Authentizität* vom Bürgermeister als mit dem Ratsbeschluss identisch gekennzeichnet sein muss.

### 2. Subsumtion

Fraglich ist, ob die hier “im Auftrag” geleistete Unterschrift eines Verwaltungsbeamten genügt. Das OVG ist der Ansicht, dass der Bürgermeister diese Aufgabe delegieren kann, wobei eine solche ausdrücklich erfolgen muss:

“Der Bürgermeister seinerseits wird im Verhinderungsfall bei Ratssitzungen und bei der Repräsentation durch aus der Mitte des Rats gewählte ehrenamtliche Stellvertreter vertreten (vgl. § 67 I NWGO). Geht es nicht um die Durchführung einer Ratssitzung oder um repräsentative Aufgaben, kann der Bürgermeister gem. § 68 III 1 NWGO andere Beamte oder Angestellte mit der Erledigung bestimmter Angelegenheiten — wie hier der ihm obliegenden Ausfertigung eines Bebauungsplans — auftragsweise betrauen. Erforderlich ist eine besondere Willenserklärung des Bürgermeisters (vgl. Held u. a., § 68 NWGO Anm. 8).

Die Bürgermeisterin der Ag. hat [...] Herrn Stadtoberamtsrat E u.a. mit der Ausfertigung von Bebauungsplänen beauftragt. Er war damit auch zur Ausfertigung der 3. Änderung des Bebauungsplans Nr. 14 in gemeinderechtlich nicht zu beanstandender Weise befugt.”

### III. Baurechtliche Verstöße

Verstöße gegen baurechtliche Vorschriften liegen laut Bearbeitervermerk nicht vor, so dass insgesamt keine Verstöße gegen höherrangiges Recht ersichtlich sind.

Der Normenkontrollantrag ist daher zulässig, aber unbegründet. Er hat keinen Erfolg.

**Standort: Mietrecht****Problem: Folgen der Jahrhundertflut**

LG LEIPZIG, URTEIL VOM 28.05.2003

1 S 1314/03 (NJW 2003, 2177)

**Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreitsverfahren wurden die Folgen der Jahrhundertflut im Sommer 2002 für Mietverhältnisse aufgearbeitet. Die Parteien sind Vermieter bzw. Mieter von Gewerberäumlichkeiten in Grimma, die am 13.08.2002 durch das Hochwasser überschwemmt und daher nicht mehr nutzbar waren. Daraufhin stellte der Beklagte die Mietzahlungen ein, die der klagende Vermieter folglich gerichtlich geltend machte.

Ausgangs- und Berufungsgericht haben die Mietzinsklage abgewiesen, da dem Beklagten ein Mietminderungsrecht gem. § 536 I BGB zusteht, das soweit geht, dass eine Mietminderung "auf Null" zu bejahen war. Gemäß § 535 I 2 BGB hat der Mieter Anspruch auf Gebrauchsgewährung einer mangelfreien Sache. Der Vermieter muss die Mietsache so bereitstellen, dass der Mieter den üblichen oder vertraglich bestimmten Gebrauch ausüben kann. Ist durch äußere, nicht vom Mieter zu vertretende Umstände die Bereitstellung der Mietsache zum vorgesehenen Gebrauch wegen des Eintritts eines Mangels nicht oder nur teilweise möglich, ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses ganz oder teilweise befreit. Das Recht zur Mietminderung besteht unabhängig von einem Verschulden des Vermieters, folglich auch dann, wenn der Mangel durch ein nicht vom Vermieter voraussehbares Naturereignis verursacht wird. Während der Mietzeit ist ein Mangel entstanden, der die Gebrauchstauglichkeit der Räumlichkeiten vollständig aufgehoben hat. Dieser nachträgliche Mangel liegt in der massiven Beschädigung der Mietsache durch die eingetretene Überflutung mit der Folge des vollständigen Verlusts der Gebrauchstauglichkeit der Räume.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus einem Urteil des OLG München (WuM 1991, 681) bezüglich einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzpflicht des Vermieters gem. § 536 a BGB. In dem damaligen Fall ging es um die Frage, ob die Überschwemmung einen anfänglichen Fehler/Mangel darstellte. Die Mietrechtsreform vom 01.09.2001 hatte auf diese Entscheidung i.Ü. keinen Einfluss.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Lektüre dieses Berufungsurteils ist - im Hinblick

auf die Examensvorbereitung - lesenswert, weil sie eine Wiederholung und Vertiefung des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts darstellt. Gewährleistungsrecht, insbesondere auch des Mietrechts (§§ 536 ff. BGB), gehört zu den klassischen Examensthemen.

Dabei ist zwischen den drei verschiedenen Gewährleistungsrechten, die der Mieter im Falle der Mangelhaftigkeit der Mietsache haben und kumulativ verwenden kann, zu unterscheiden. Ist die Mietsache mangelhaft, so kann der Mieter die Miete mindern (§ 536 BGB), Schadensersatz verlangen (§ 536 a BGB) und fristlos kündigen (§§ 543 II Nr. 1, 569 I BGB). Dabei macht es grundsätzlich keinen Unterschied, ob der Mangel von Anfang an vorlag oder erst nachträglich im Laufe der Zeit entstanden ist. Da der Mietvertrag ein Dauerschuldverhältnis ist, schuldet der Vermieter gem. § 535 I 2 BGB während der gesamten Vertragszeit eine derart mangelfreie Mietsache, damit der Mieter den üblichen oder vertraglich bestimmten Gebrauch ausüben kann. Lediglich hinsichtlich des Schadensersatzes gem. § 536 a BGB ist dahingehend zu differenzieren, dass der Vermieter für anfängliche Mängel an der Mietsache verschuldensunabhängig und für nachträgliche Mängel nur bei entsprechendem Verschulden seinerseits haftet.

**Vertiefungshinweise:**

Zum Thema "Hochwasserschäden" siehe auch: *Ewer*, NJW 2002, 3497; *Eisenschmid*, NZM 2002, 889; *Rozek*, NVwZ 2003, 397

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Hubschrauberleasing"

**Leitsatz (der Redaktion):**

**Nach einer „Jahrhundertflut“ steht dem Mieter von Räumen ein 100-prozentiges Minderungsrecht zu, wenn die Räume infolge des Hochwassers nicht mehr nutzbar sind, selbst wenn sie bei normaler Hochwasserlage ungefährdet sind.**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

Die Parteien waren seit 1998 Partner eines Gewerberaummietverhältnisses in der Innenstadt von Grimma. Die Gewerberäume wurden am 13. 8. 2002 durch ein Hochwasser überschwemmt und waren nicht mehr nutzbar. Als Mieter hatte der Bekl. daraufhin die Miet-

zahlung eingestellt. Erstinstanzlich hat der Kl. den Bekl. auf Mietzahlung für den Zeitraum 13. 8. 2002 bis 30. 11. 2002 vor dem Amtsgericht Grimma in Anspruch genommen. Während des Verfahrens kündigte der Bekl. das Mietverhältnis fristlos. Das Kündigungsschreiben ist dem Kl. am 7. 11. 2002 zugegangen. Es wird nunmehr seitens des Kl. begehrt, den Bekl. unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung rückständiger Miete von 1296,93 Euro für die Zeit vom 13. 8. bis zum 6. 11. 2002 zu verurteilen.

Hat diese Zahlungsklage Aussicht auf Erfolg?

[Anm.: Es wird der Fall ausschließlich nach den Vorschriften des BGB in der zur Zeit gültigen Fassung geprüft.]

### **Lösung:**

Die Zahlungsklage wird erfolgreich sein, wenn sie zulässig und begründet ist.

#### *A. Zulässigkeit*

Zunächst müsste die vor dem Amtsgericht Grimma erhobene und später abgeänderte Klage auf Mietzahlung in Höhe von 1296,93 Euro zulässig sein.

##### *I. Zuständigkeit des angerufenen Amtsgerichts Grimma*

Das angerufene Amtsgericht Grimma müsste für die erhobene Mietzahlungsklage zuständig sein.

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich nicht aus § 23 Nr. 2a GVG, da sich nicht um eine Rechtsstreitigkeit über Wohnraummiete geht. Da aber die eingeklagte Miete die Streitwertgrenze von 5.000,- Euro nicht übersteigt, ergibt sich die sachliche Zuständigkeit für Amtsgericht Grimma aus den §§ 23 Nr. 1 GVG, 8 ZPO. Die örtliche Zuständigkeit für das Amtsgericht Grimma ergibt sich ausschließlich gem. § 29 a ZPO.

##### *II. Klageänderung durch Reduzierung des Antrags*

Der Kl. hat im Laufe des Verfahrens die eingeforderte Mietzahlung reduziert, da nunmehr der Bekl. fristlos zum 07.11.2002 das in Rede stehende Mietverhältnis gekündigt hatte. Entsprechend reduzierte der Kl. seinen Antrag auf Mietzahlung für die Zeit vom Beginn des Hochwassers (13.08.2002) bis zur Kündigung.

Fraglich ist, ob eine solche Klageänderung einseitig durch den Kl. überhaupt zulässig ist. Gem. § 263 ZPO ist eine Klageänderung nur zulässig, wenn der Bekl. dazu eingewilligt hat oder das Gericht dieselbe für sachdienlich befunden hat. Nach § 264 Nr. 2 ZPO

wird aber eine Erweiterung bzw. Beschränkung des Klageantrags in der Hauptsache erst gar nicht als Klageänderung angesehen, sodass keine Zustimmung des Bekl. oder Sachdienlichkeitsbewertung des Gerichts erforderlich ist. Ein solcher Fall liegt hier vor, da der Kl. seinen Mietzahlungsanspruch lediglich in der Höhe beschränkt. Eine solche Veränderung ist daher stets zulässig.

##### *III. Ergebnis zu A.*

Da im Übrigen keine Bedenken gegenüber der Zulässigkeit der erhobenen Mietzahlungsklage bestehen, ist diese insgesamt als zulässig zu bewerten.

#### *B. Begründetheit*

Diese zulässige Zahlungsklage ist begründet, wenn der Kl. einen Anspruch auf die Zahlung von 1296,93 Euro gem. § 535 II BGB hat.

##### *I. Anspruch entstanden*

Zur Entstehung eines solchen Anspruchs aus § 535 II BGB bedarf es des Abschlusses eines wirksamen Mietvertrages zwischen den Parteien. Die Parteien waren seit 1998 Partner eines Gewerberaummietverhältnisses in der Innenstadt von Grimma, sodass ein entsprechender Vertragsabschluss angenommen werden kann. Unwirksamkeitsgründe sind gegenüber diesem Vertragsabschluss auch nicht ersichtlich.

[Anm.: §§ 550, 578 BGB enthalten keine Wirksamkeitsanforderung; ein entsprechend formwidriger Mietvertrag ist trotzdem wirksam, gilt nur als auf unbestimmte Zeit geschlossen.]

##### *II. Anspruch untergegangen*

Der somit entstandenen Mietzahlungsanspruch des Kl. gem. § 535 II BGB könnte jedoch infolge Minderung gem. § 536 I 1 BGB untergegangen sein. Dabei geht es allein um die Rechtsfrage, ob die Überschwemmung von Mieträumen und der damit einhergehende Verlust der Gebrauchstauglichkeit infolge eines für den Vermieter nicht vorhersehbaren Naturereignisses (hier: „Jahrhunderthochwasser“ in Sachsen) den Mieter zur Mietminderung berechtigt.

##### *1. Nachträgliche Entstehung eines Mangels an der Mietsache als Minderungsvoraussetzung*

Der Wegfall der Mietzahlungspflicht nach § 536 I 1 BGB (Mietminderung) ist begründet, wenn während der Mietzeit ein Mangel entstanden ist, der die Gebrauchstauglichkeit vollständig aufgehoben hat. Da-

zu meint das Gericht:

“Der nachträgliche Mangel liegt hier in der massiven Beschädigung der Mietsache durch die eingetretene Überflutung mit der Folge des vollständigen Verlusts der Gebrauchstauglichkeit der Räume. Dass die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch im relevanten Zeitraum aufgehoben gewesen ist, ist zwischen den Parteien unstreitig. Gemäß § 535 I 2 BGB hat der Mieter Anspruch auf Gebrauchsgewährung einer mangelfreien Sache. Diese während der Mietzeit zu gewährleisten, ist Hauptverpflichtung des Vermieters. Er muss die Mietsache so bereitstellen, dass der Mieter in der Lage ist, den üblichen oder vertraglich bestimmten Gebrauch auszuüben. Ist durch äußere, nicht vom Mieter zu vertretende Umstände die Bereitstellung der Mietsache zum vorgesehenen Gebrauch wegen des Eintritts eines Mangels nicht oder nur teilweise möglich, ist der Mieter von der Entrichtung des Mietzinses ganz oder teilweise befreit. Das Recht zur Mietminderung besteht unabhängig von einem Verschulden des Vermieters, folglich auch dann, wenn der Mangel durch ein nicht vom Vermieter voraussehbares Naturereignis verursacht wird.

Die vorliegend während der Mietzeit eingetretenen Beschädigungen der gemieteten Räume stellten einen Sachmangel i. S. von § 536 I BGB dar. Allgemein wird unter einem Mangel jede für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich Vereinbarten angesehen, wenn hierdurch die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufgehoben oder nicht nur unerheblich gemindert ist (vgl. st. Rspr., BGH, NJW 2000, 1714 = NZM 2000, 492; Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 536 Rdnr. 16). Dass die eingetretenen Beschädigungen der Geschäftsräume in diesem Sinne Abweichungen vom vertraglich gewollten Zustand mit der Folge fehlender Gebrauchstauglichkeit darstellen, steht außer Zweifel.”

## 2. Keine Ausnahme vom Minderungsrecht wegen mangelnder Gefahrgeneigtheit des Mietobjekts

Eine andere Einschätzung des Minderungsrechts könnte sich daraus ergeben, dass das Mietobjekt bei “normaler Hochwasserlage” nicht derart gefährdet gewesen wäre und es sich in diesem Fall um ein außergewöhnliches Naturereignis gehandelt hat. Das Gericht führt hierzu aus:

“Anderes ergibt sich auch nicht aus den vom Kl. angeführten Entscheidungen des BGH und des OLG München (NJW 1971, 424; WuM 1991, 681), weil die ent-

schiedenen Rechtsfragen nicht auf den vorliegenden Fall anwendbar sind. Dort hatte ein Mieter Ersatzansprüche gegen seinen Vermieter geltend gemacht, nachdem durch Hochwasser seine Mieträume überschwemmt wurden und er an seinen eingebrachten Sachen Schaden erlitten hatte. Es ging danach vor allem um die Frage, wie weit die Garantiehaftung des Vermieters für „bei Abschluss des Vertrags vorhandene“ Mängel an der Mietsache i. S. von § 538 I BGB a. F. reicht (vgl. jetzt § 536 a BGB). In diesem Zusammenhang hat der BGH entschieden, dass die Lage von Räumen in einem Gebiet, das nur bei außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen hochwassergefährdet ist, keinen „anfänglichen Fehler“ der Mietsache darstellt. Die grundsätzlich ohne Verschulden des Vermieters konzipierte Garantiehaftung für anfängliche, das heißt bei Vertragsschluss bereits vorhandene Fehler, darf — so der BGH — nicht uferlos ausgeweitet werden, insbesondere nicht darauf, dass nur die bereits theoretische Möglichkeit einer schädlichen Einwirkung von Naturgewalten als „Fehler“ angesehen wird. Nur in diesem Sinne hat der BGH bejaht, dass das Eintreten des Vermieters für Schäden (Garantiehaftung) dort seine Grenze finden muss, wo die schädliche Einwirkung zur Zeit des Vertragsschlusses weder voraussehbar war noch hierfür Anhaltspunkte gegeben gewesen sind, nach denen eine solche Einwirkung befürchtet werden musste (BGH, NJW 1971, 424).

Im zu entscheidenden Fall geht es nicht darum, ob der Vermieter wegen einer bereits bei Vertragsschluss vorhandenen gefährlichen Lage der Räume zur Gewährleistung verpflichtet ist oder nicht. Die Berufung verkennt, dass sich der Anspruch des Bekl. auf Mietminderung allein auf den erst während der Mietzeit entstandenen Mangel der Beschädigung der Mietsache stützt. Sie übersieht insbesondere, dass es um verschiedene Mängel geht, auch wenn diese in einem inneren Zusammenhang stehen mögen.”

## 3. Keine Änderung infolge des Mietrechtsreformgesetzes vom 01.09.2001

Auch die zwischenzeitliche Mietrechtsreform vom 01.09.2001 verlangt keine Änderung dieser Rechtsansichten. Dies wird vom Gericht wie folgt begründet:

“Der Berufung ist auch nicht zu folgen, dass mit der seit 1. 1. 2002 geltenden Neufassung des BGB eine Änderung der Rechtslage eingetreten ist. § 536 a BGB verweist auf den Mangelbegriff i. S. des § 536 BGB. Gleich dem hat § 538 I BGB a. F. auf den Mangelbegriff des § 537 BGB verwiesen, der zwar als Begriff „Fehler“ nennt, aber nichts anderes meint. Sowohl

nach alter als auch neuer Rechtslage wurde gleichwohl unterschieden zwischen Mängeln, die der Mietsache zur Zeit der Überlassung anhaften, und solchen, die während der Mietzeit entstehen können.“

#### 4. Kein Ausschluss des Minderungsrechts gem. §§ 536 b - d BGB

Ausschlussgründe gegenüber dem festgestellten Minderungsrecht des Bekl. - ob vertraglicher oder gesetzlicher Natur (wie z.B. gem. §§ 536 b - d BGB) - sind nicht ersichtlich.

#### 5. Ergebnis zu II.

Der Bekl. kann gem. § 536 I 1 BGB in vollem Umfang die Miete für den in Rede stehenden Zeitraum vom 13.08.2002 bis zum 06.11.2002 mindern, sodass dem Kl. kein Mietzahlungsanspruch gem. § 535 II BGB zusteht.

#### C. Endergebnis

Die zulässigerweise erhobene Mietzahlungsklage ist unbegründet und wird daher keine Aussicht auf Erfolg haben.

## Standort: Strafrecht

## Problem: Versuchsbeginn bei §§ 249 ff. StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 11.06.2003  
2 STR 83/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Angeklagten waren in der Nacht von Samstag auf Sonntag in den Vorraum einer Bank gelangt und hatten dort die Tür der Bank aufgebrochen. Ihr Plan war es, sich am Montagmorgen in der Bank zu verstecken, die dann eintreffenden Bankangestellten mit einer Schreckschusspistole zu bedrohen und zum Öffnen des Tresors zu bewegen, damit sie sich das dort befindlich Geld nehmen könnten. Ihre Maßnahmen wurden jedoch vom Bankdirektor entdeckt, der die Polizei verständigte. Die Angeklagten bemerkten, dass noch jemand in der Bank gewesen war, befürchteten die Entdeckung ihrer bisherigen Tuns und sahen von der Durchführung ihres Planes ab. Das Landgericht verurteilte die Angeklagten insb. wegen versuchten schweren Raubes. Der BGH hob dieses Urteil auf, da ein unmittelbares Ansetzen der Angeklagten zum Versuch nicht gegeben sei.

### Prüfungsrelevanz:

Problemstellungen aus dem Bereich des Versuchs sind relativ häufig - wenn auch selten alleiniger - Gegenstand von Examensaufgaben; insofern zählen Probleme im Rahmen des unmittelbaren Ansetzens neben Fragen des Rücktritts zu den beliebtesten Fragestellungen. Auch bietet der vorliegende Fall Gelegenheit zu Ausführungen zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung, die der BGH jedoch (von seinem Standpunkt aus konsequent) nicht weiter aufgreift. Gerade diese Abgrenzung ist aber absolutes Standardwissen für jeden Examenskandidaten.

Da ein strafbarer Versuch erst im Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens gegeben ist, erhält dieser (in § 22 StGB genannte, aber nicht definierte) Begriff entscheidende Bedeutung als Abgrenzungskriterium zwischen (strafloser) Vorbereitungshandlung und (strafbarem) Versuch. In der Literatur werden zur Frage des unmittelbaren Ansetzens so viele, teilweise lediglich in Nuancen oder Formulierungen unterschiedliche Meinungen vertreten (vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 24 ff.), dass mittlerweile vereinzelt fast Resignation eingetreten ist und behauptet wird, eine gängige Formel, unter die einfach und ohne weitere wertende Betrachtungen subsumiert werden könnte, gebe es nicht (Wessels/Beulke, Rn. 600).

Der BGH vertritt seit geraumer Zeit die aus dem Leitsatz ersichtliche sogenannte Kombinationsformel, die verschiedene in der Literatur vertretene Ansätze, insb. die Zwischenakts- und Gefährdungstheorie, vereint. Neu ist im vorliegenden Fall insofern, dass der BGH darauf abstellt, dass es für ein unmittelbares Ansetzen erforderlich sei, dass es eines weitem Willensimpulses zur Tatbegehung nicht mehr bedürfe. Dies stellt jedoch - wie die Subsumtion des BGH zeigt - nur eine etwas veränderte Formulierung dar; die Voraussetzungen, unter denen ein unmittelbares Ansetzen gegeben sein soll, haben sich hierdurch jedenfalls nicht geändert.

### Vertiefungshinweise:

□ Zum unmittelbaren Ansetzen zum Versuch: *BGH*, NJW 2002, 1057; *Berz*, Jura 1984, 511; *Krack*, ZStW 110, 611; *Kühl*, JuS 1979, 718, 814; 1980, 120, 273, 506, 650, 811; 1981, 193; 1982, 110, 189;

**Kursprogramm:** Examenskurs: "Der Schmuckhändler" Examenskurs: "Der Bankräuber"**Leitsatz (der Redaktion):**

Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Dafür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Fall des ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, es eines weiteren "Willensimpulses" nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt.

**Sachverhalt:**

Die Angeklagten F und S beschlossen, die Sparkasse in H. am Montag, den 19. März 2001, zu überfallen. Nach ihrem Tatplan wollten sie vor Erscheinen der Bankangestellten in die Bank eindringen, bei deren Eintreffen diese unter Bedrohung mit einer geladenen Schreckschusspistole zum Öffnen des Tresors zwingen und dessen Inhalt an sich nehmen.

Zur Vorbereitung des Überfalls öffneten sie in der Nacht von Samstag auf Sonntag die Außentür der Sparkasse mit einer bei einem früheren Überfall erbeuteten Kundenkarte und gelangten so in den Vorraum. Der Angeklagte F überklebte die Kameralinsen der Überwachungskameras und brach die Tür zum Schalterraum auf. Beim Verlassen der Bank verdrehte der Angeklagte F eine Lamelle des sich an der Tür zum Schalterraum befindlichen Lamellenvorhangs.

Am Sonntag, den 18. März 2001, betrat der Filialleiter das Gebäude. Er richtete die vom Angeklagten F verdrehte Lamelle und entdeckte einige der von den Angeklagten getroffenen Vorbereitungen. Die von ihm informierte Polizei postierte sich daraufhin in der Bank, um auf die Täter zu warten. Als die Angeklagten S und F am Sonntagabend gemeinsam zur Sparkasse fuhren, bemerkte der Angeklagte F, dass die von ihm verdrehte Lamelle gerichtet worden war. Daraufhin sahen die Angeklagten von einem Überfall ab, weil sie befürchteten, dass jemand in der Bank gewesen sei und den Einbruch entdeckt habe.

Haben S und F sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: §§ 123, 239, 239 a und 303 StGB sind nicht zu prüfen.]

**Lösung:**

A. Strafbarkeit von S und F wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB

S und F könnten sich wegen versuchten schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

**I. Vorprüfung**

Da es nicht zu einer Wegnahme gekommen ist, ist der (schwere) Raub nicht vollendet. Da es sich beim schweren Raub gem. § 250 II StGB um ein Verbrechen handelt (vgl. § 12 I StGB), ist dessen Versuch gem. § 23 I StGB strafbar.

**II. Tatentschluss**

S und F müssten Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen schweren Raubes gehabt haben. Der Tatentschluss beinhaltet den Vorsatz bzgl. der Verwirklichung aller objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der sonstigen subjektiven Tatbestandsmerkmale (Wessels/Beulke, AT, Rn. 596).

**1. Bzgl. §§ 249 I, 25 II StGB**

Beim Versuch einer Qualifikation muss zunächst Tatentschluss bzgl. des Grunddelikts gegeben sein, d.h. S und F müssten Tatentschluss zur Begehung eines mittäterschaftlichen Raubes gehabt haben.

**a. Bzgl. Anwendung eines Raubmittels**

S und F müssten zunächst die Anwendung eines Raubmittels geplant haben.

**aa. Bzgl. Gewalt gegen eine Person**

S und F könnten Tatentschluss dahingehend gehabt haben, Gewalt gegen eine Person anzuwenden.

S und F wollten einen Bankangestellten mit vorgehaltener (Schreckschuss-) Pistole zum Öffnen des Tresors zwingen. Fraglich ist, ob ein solches Verhalten bereits Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 249 I StGB darstellt.

**(a). Rechtsprechung**

Nach der Rechtsprechung stellt bereits das Vorhalten

einer Waffe Gewalt dar, wenn das Opfer in einen psychischen Erregungszustand gerät und damit sein körperliches Wohlbefinden beeinträchtigt wird (BGHSt 23, 126; 19, 263).

Da davon auszugehen ist, dass S und F sich vorgestellt hatten, die überfallenen Bankangestellten in Angst und somit in einen Erregungszustand zu versetzen, der auch deren Wohlbefinden beeinträchtigt hätte, hatten S und F somit Tatentschluss zur Anwendung von Gewalt gegen eine Person.

*(b). Herrschende Literatur*

Die herrschende Lehre lehnt in diesen Fällen Gewalt i.S.v. § 249 I StGB ab (Geilen JZ 1970, 501; Küper Jura 1983, 206 m.w.N.).

Ein Tatentschluss von S und F zur Anwendung von Gewalt wäre nach dieser Auffassung also nicht gegeben.

*(c). Stellungnahme*

Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung zum Gewaltbegriff (i.S.v. § 240 I StGB) betont, dass für die Annahme von Gewalt nicht nur ein körperlich wirkender, sondern insb. auch ein körperlich vermittelter Zwang erforderlich sei (BVerfG, NJW 1995, 1141). Eine solche körperliche Zwangsvermittlung fehlt aber beim bloßen Drohen mit einer Schusswaffe, wenn auch eine körperliche Auswirkung (Schuckzustände etc.) vielleicht noch gegeben ist. Entscheidend für die herrschende Literatur spricht jedoch, dass nach der Rechtsprechung eine Unterscheidung zwischen Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben in diesen Fällen nicht möglich wäre. Vielmehr ist darauf abzustellen, dass der Schwerpunkt bei der Drohung mit einer Schusswaffe in der Ankündigung des Gebrauchs und somit in der Ankündigung eines zukünftigen Übels liegt und gerade nicht in der Zufügung eines gegenwärtigen Übels, durch die die Gewalt gekennzeichnet ist. Auch sind Strafbarkeitslücken nicht zu befürchten, da auch die bloße Drohung von § 249 I StGB erfasst wird.

Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. S und F haben keinen Tatentschluss bzgl. der Anwendung von Gewalt gegen eine Person.

*bb. Bzgl. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben*

S und F hatten jedoch geplant, dem überfallenen Bankangestellten mit seinem Tode oder zumindest mit der Beibringung einer Schussverletzung zu bedrohen, um ihn zur Öffnung des Safes zu veranlassen. Sie hatten

somit Tatentschluss dahingehend, mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben zu drohen.

*b. Bzgl. fremder beweglicher Sache*

S und F wollten die im Tresor befindlichen Wertsachen erlangen. Sie müssten sich vorgestellt haben, dass es sich hierbei um fremde bewegliche Sachen handelte.

Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5).

S und F wussten, dass die Wertsachen bewegliche Sachen darstellten. Sie wussten auch, dass das Geld im Eigentum der Bank und nicht in ihrem eigenen Eigentum stand. Sie hatten also Tatentschluss bzgl. fremder beweglicher Sachen als Tatobjekte.

*c. Bzgl. Wegnahme*

S und F müssten Tatentschluss gehabt haben, das Geld wegzunehmen.

Eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt - ebenso wie bei § 242 StGB - den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 2).

Umstritten ist jedoch, anhand welcher Kriterien beim Raub das Vorliegen einer Wegnahme zu prüfen ist. Dies hängt letztlich mit dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung und mit der für eine Erpressung erforderlichen Tathandlung zusammen.

*aa. Rechtsprechung*

Nach der Rechtsprechung kommt als Tathandlung einer (räuberischen) Erpressung entsprechend dem Gesetzeswortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen in Betracht; dann stellt § 249 I StGB eine *lex specialis* zu §§ 253 I, 255 StGB dar, da jeder Raub immer auch eine räuberische Erpressung beinhaltet (bei der das Opferverhalten dann in dem Dulden der Wegnahme besteht, vgl. BGHSt 41, 123). Eine Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung ist dann nach dem äußeren Erscheinungsbild durchzuführen.

A und B stellten sich zwar vor, dass ihnen der Bankangestellte die Tresortür öffnen würde. Dadurch allein würden sie jedoch noch keinen unmittelbaren Gewahrsam an dem Geld erhalten. Hierzu wäre es noch erforderlich, dass sie selbst auf das Geld zugreifen, was vom äußeren Erscheinungsbild her eine Wegnahme wäre. Nach der Rechtsprechung stellten sich S und F somit einer Wegnahme vor.

*bb. Herrschende Literatur*

Nach herrschender Lehre muss das Verhalten des

Genötigten i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB stets (wie beim Betrug) eine Vermögensverfügung darstellen; da der Raub hingegen (wie der Diebstahl) eine Wegnahme voraussetzt, liegt es nahe, dass § 249 I StGB und §§ 253 I, 255 StGB - ebenso wie § 242 StGB und § 263 StGB - in einem Exklusivitätsverhältnis stehen und die Abgrenzung hier ebenfalls wie dort nach der inneren Willensrichtung des Opfers zu erfolgen hat (Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 9 mwN).

Umstritten ist jedoch auch innerhalb der Literatur, wie die innere Willensrichtung des Opfers beschaffen sein muss, damit von einer Verfügung i.S.v. § 253 StGB gesprochen werden kann.

#### *(1). Erste Untermeinung*

Nach einer Auffassung innerhalb der Literatur liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB (und damit keine Verfügung i.S.v. §§ 253, 255 StGB) vor, wenn das Opfer glaubt, dass die Beute auch ohne seine Mitwirkung dem Zugriff des Täters preisgegeben sei (Küper, BT, S. 376; Wessels/Hillenkamp, Rn. 713, 731).

S und F stellten sich vor, dass die überfallenen Bankangestellten wussten, dass sich die Wertsachen noch im Tresor befanden und dass sie diese ohne ihre Mitwirkung nicht erhalten würden. S und F glaubten also nicht, dass sie nach Vorstellung der Opfer ohne deren Mitwirkung auf die Beute zugreifen könnten, so dass sie keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme, sondern bzgl. einer Verfügung des Angestellten hatten.

#### *(2). Zweite Untermeinung*

Nach einer weiteren Auffassung liegt eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB vor, wenn das Opfer glaubt, es habe keine andere Wahl, weil Widerstand praktisch zwecklos sei (Krey, BT2, Rn. 314).

S und F wollten hier den Anschein erwecken, das Opfer mit einer echten Pistole und nicht nur mit einer Schreckschusswaffe zu bedrohen. In diesem Falle wäre das Opfer davon ausgegangen, dass es sinnlos sei, sich den Tätern zu widersetzen, da diese es ansonsten ohne weiteres töten könnten. S und F glaubten also, dass sich das Opfer keine Wahlmöglichkeit vorstellen würde, so dass sie nach dieser Auffassung Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme hatten.

#### *(3). Dritte Untermeinung*

Schließlich wird vertreten, dass eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann vorliege, wenn das Opfer den Gewahrsam willentlich übertrage, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die Willentlichkeit des Opferverhaltens dienen solle (Rengier, BT2, § 11 Rn.

22 a; Biletzki, Jura 1995, 636).

S und F stellten sich hier ein Verhalten vor, das nach dem äußeren Erscheinungsbild eine Wegnahme darstellen würde (s.o.), so dass nach dieser Meinung auch kein willentliches Opferverhalten und somit einer Wegnahme gegeben wäre.

#### *cc. Stellungnahme*

Gegen die Literatur spricht zunächst einmal der Wortlaut des § 253 I StGB, der lediglich von einer "Handlung, Duldung oder Unterlassung" und gerade nicht von einer Vermögensverfügung des Opfers spricht. Zwar ist auch i.R.v. § 263 I StGB die Vermögensverfügung ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, so dass der Wortlaut des § 253 StGB auch die Auslegung der Literatur zulässt. Jedoch besteht die der Literaturauffassung zugrunde liegende Parallelität von Erpressung und Betrug - jedenfalls was die Vermögensverfügung betrifft - nicht. Während der Betrug nämlich ein Delikt ist, das eine unbewusste Selbstschädigung voraussetzt, so dass das Erfordernis einer (freiwilligen) Verfügung Sinn macht, ist die Erpressung durch ein erzwungenes Opferverhalten und eine bewusste Selbstschädigung geprägt, so dass es fehlt, hier eine Verfügung (und die damit als Verfügungsbewusstsein untrennbar verbundene Freiwilligkeit) zu verlangen. Der Rechtsprechung ist somit zu folgen.

S und F hatten Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme des Geldes.

#### *d. Bzgl. § 25 II StGB*

S und F müssten auch Tatentschluss dahingehend gehabt haben, die Tat als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB zu begehen.

S und F hatten einen gemeinsamen Tatplan gefasst und wollten die Tat arbeitsteilig durchführen. Sie stellen sich beide von, das Tatgeschehen zu beherrschen und hatten aufgrund ihres Interesses an der Beute, die sie aufteilen wollten, auch jeder Täterwillen, so dass sie eine mittäterschaftliche Begehung planten.

#### *e. Finalzusammenhang*

Nach herrschender Meinung setzt der Tatbestand des § 249 I StGB voraus, dass der Täter das Raubmittel einsetzt, um die Wegnahme zu ermöglichen oder zu erleichtern (sog. Finalzusammenhang); unbeachtlich ist es hingegen, ob die Wegnahme tatsächlich gefördert worden ist (BGHSt 18, 331; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 3 mwN; a.A.: (Kausalität erforderlich) SK-Günther, § 249 Rn. 36).

S und F müssten sich also vorgestellt haben, durch die

Drohung die Wegnahme zu ermöglichen. Dies ist hier der Fall.

#### *f. Absicht rechtswidriger Zueignung*

S und F müssten weiterhin die Absicht gehabt haben, sich die Geldscheine rechtswidrig zuzueignen.

Die Absicht rechtswidriger Zueignung setzt zunächst eine Zueignungsabsicht voraus, d.h. die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem eines Dritten einzuverleiben (Aneignungskomponente) sowie den Willen, den Berechtigten dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungskomponente) (BGHSt 1, 262; 16, 190; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21). Außerdem muss der Täter beim versuchten Raub Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung haben, d.h. er darf sich nicht vorstellen, einen fälligen, einreddefreien Anspruch auf die Zueignung der Beute zu haben (BGHSt 17, 87; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 27).

S und F hatten die Absicht, die Wertsachen ihrem Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss der berechtigten Bank. Sie wussten auch, dass sie keinen Anspruch auf die Beute hatten, so dass sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung handelten.

#### *2. Bzgl. § 250 II Nr. 2 StGB*

S und F müssten weiterhin Tatentschluss bzgl. der Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes des § 250 II Nr. 1 StGB gehabt haben, d.h. sie müssten sich vorgestellt haben, bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug zu verwenden.

S und F wollten das Opfer mit einer geladenen Schreckschusswaffe bedrohen. Nach neuester Rechtsprechung des BGH stellt dies das Verwenden einer Waffe i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB dar (BGH, NJW 2003, 1677 = RA 2003, 373), wobei insb. auch eine Schreckschusspistole auch unter Berücksichtigung des neuen Waffenrechtes als Waffe i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB anzusehen ist.

S und F hatten somit auch Tatentschluss zur Verwirklichung der Voraussetzungen des § 250 II Nr. 1 StGB.

#### *III. Unmittelbares Ansetzen*

S und F müssten auch i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Hierzu der BGH: "Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Dafür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Es genügt, dass er Handlungen vornimmt,

die nach seinem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals unmittelbar vorgelagert sind und im Fall des ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden. Das ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum 'jetzt geht es los' überschreitet, es eines weiteren 'Willensimpulses' nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt (st. Rspr., BGHSt 26, 201, 202 f.; 48, 34, 35 f. m. w. Nachw.).

Nach diesen Kriterien fehlt es schon an einem engen zeitlichen Zusammenhang mit Tatbestandshandlungen des Raubes, da die Angeklagten mehr als einen Tag vor dem geplanten Überfall in die Bank eindringen, die Räumlichkeiten 'präparieren' und die Bank wieder verlassen. Darin liegt nur eine straflose Vorbereitungs-handlung. Aber auch durch die Fahrt zur Sparkasse am Sonntagabend haben die Angeklagten nicht unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt, weil noch weitere erhebliche Zwischenschritte erforderlich waren. Denn sie hätten zunächst in die 'vorbereiteten' Bankräume eindringen und dort auf das Eintreffen der Bankmitarbeiter am nächsten Morgen warten müssen, um sie in ihre Gewalt zu bringen. Ein 'Zurück' war für die Täter, die sich zu diesem Zeitpunkt außerhalb der Bank befanden, noch ohne weiteres möglich, eine konkrete Gefährdung der durch § 250 StGB geschützten Rechtsgüter war noch nicht gegeben."

Ein unmittelbares Ansetzen von S und F liegt somit nicht vor.

S und F sind nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB.

#### *B. Strafbarkeit von S und F wegen Verabredung zum schweren Raub gem. §§ 30 II, 249 I, 250 II Nr. 1 StGB*

S und F könnten sich jedoch wegen Verabredung zum Verbrechen des schweren Raubes gem. §§ 30 II, 249 I, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

#### *I. Tatbestand*

S und F müssten sich zur Begehung eines Verbrechens verabreden haben.

Verabredung i.S.v. § 30 II StGB ist die ernstliche und konkretisierte Vereinbarung von mindestens zwei Beteiligten zur gemeinschaftlichen Begehung eines Verbrechens (SK-Samson, § 30 Rn. 18).

S und F hatten hier ernstlich vereinbart, eine Tat zu begehen, die einen schweren Raub i.S.v. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB und somit auch ein Verbrechen darstel-

len würde (s.o.). Sie wollten die Tat weiterhin gemeinschaftlich, nämlich mittäterschaftlich, begehen.

Da S und F auch vorsätzlich handelten, haben sie den Tatbestand der Verabredung zum schweren Raub verwirklicht.

## *II. Rechtswidrigkeit und Schuld*

S und F handelten auch rechtswidrig und schuldhaft.

## *III. Kein Rücktritt gem. § 31 I Nr. 3 StGB*

S und F könnten jedoch gem. § 31 I Nr. 3 StGB von der Verbrechensverabredung zurückgetreten sein.

Hierzu müssten sie die Tat freiwillig verhindert haben.

Der Begriff der Freiwilligkeit ist i.R.v. § 31 StGB ebenso zu verstehen wie bei § 24 StGB (Joecks, § 31 Rn. 2), d.h. freiwillig handelt, wessen Handeln aus autonomen Motiven heraus bestimmt ist, wer also infolge einer eigenverantwortlichen Entscheidung die Tat ver-

hindert, ohne sich aufgrund einer äußeren Zwangslage hierzu gezwungen gesehen zu haben BGHSt 35, 186; Wessels/Beulke, Rn. 651).

S und F haben hier von der Durchführung des Raubes nicht aufgrund eines eigenverantwortlich gefassten Entschlusses abgesehen, sondern deshalb, weil sie aufgrund der verdrehten Lamelle (zu Recht) vermuteten, dass ihre Vorbereitungshandlungen entdeckt worden waren und bereits Polizisten in der Bank bereitstünden, um sie zu verhaften. Sie führten die Tat also aufgrund einer äußeren Zwangslage nicht durch, so dass ihr Verhalten nicht freiwillig war.

Ein strafbefreiender Rücktritt gem. § 31 I Nr. 3 StGB liegt nicht vor.

S und F sind strafbar gem. §§ 30 II, 249 I, 250 II Nr. 1 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Bertrams, Michael: "Aus der Rechtsprechung des OVG NRW zum Polizei- und Ordnungsrecht"
<b>Fundstelle:</b>	NWVBI 2003, 289 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Dieser Beitrag ist nicht nur für die Examensvorbereitung in NRW interessant, denn der Autor geht auf viele aktuelle Probleme des Gefahrenabwehrrechts ein, die sich ebenso in anderen Bundesländern stellen. Beispielhaft seien Kampfhunde, Laserspiele oder Aufenthaltsverbote gegen Drogendealer genannt.

<b>Autor/Titel:</b>	Arndt, Nina / Droege, Michael: "Versammlungsfreiheit versus Sonn- und Feiertagsschutz?"
<b>Fundstelle:</b>	NVwZ 2003, 906 (Heft 8)
<b>Inhalt:</b>	Die Rechtsprechung hatte sich in jüngerer Vergangenheit immer wieder mit Fällen zu befassen, in denen Behörden Versammlungen - besonders solche rechtsgerichteter Gruppen - unter Hinweis auf die Sonn- und Feiertagsruhe (Art. 140 GG i.V.m. 139 WRV) verboten haben (vgl. nur BVerfG, NJW 2001, 2075). Die Autoren gehen der Frage nach, ob ein solches Vorgehen zulässig ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Gatawis, Siegbert: "Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im verwaltungsgerichtlichen Verfahren"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 692 (Heft 8/9)
<b>Inhalt:</b>	Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage muss jedem Examenskandidaten für jede Klageart der VwGO geläufig sein, da der Prüfung bei Änderungen ansonsten u.U. der falsche Sachverhalt zugrunde gelegt wird. Der Autor stellt anhand kleiner Beispielfälle den Normalfall und die Besonderheiten für jede Klageart dar.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Kellermann, Markus: "Die BGB-Gesellschaft in ihrer Ausgestaltung durch die neuere Rechtsprechung"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 648 (Heft 8/9)
<b>Inhalt:</b>	Ausführlicher Beitrag zum erneuerten Verständnis des Rechts zur GbR infolge der jüngsten Rechtsprechung hinsichtlich ihrer Rechts- und Parteifähigkeit, der Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, der Rolle als Verbraucher, der Vertretung und Wissenszurechnung.

<b>Autor/Titel:</b>	Ulrici, Bernhard: "Geschäftsähnliche Handlungen"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2003, 2053 (Heft 29)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag bemüht sich um eine gründliche Erörterung der Frage, nach welchen Vorschriften geschäftsähnliche Handlungen zu behandeln sind, wobei er auch kritische Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung diesbezüglich macht.

<b>Autor/Titel:</b>	Lorenz, Stephan: "Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen (Teil 2)"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 839 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Umfassender Fortsetzungsbeitrag zu der komplexen Problematik der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung im Mehrpersonenverhältnis, der durch Anschauungsbeispiele unterstützt wird.

<b>Autor/Titel:</b>	Titz, Andrea: "Der Tatbestand im Zivilurteil"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 677 (Heft 8/9)
<b>Inhalt:</b>	Umfassende Erläuterungen zum Aufbau des Tatbestandes in einem Zivilprozessurteil, inklusive der Besonderheiten bei Widerklagen, Haupt- bzw. Hilfsanträgen, Teil- bzw. Grundurteilen, etc.

## *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Verrel, Torsten: "Mehr Fragen als Antworten - Besprechung der Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH vom 17.03.2003 über die Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen bei einwilligungsunfähigen Patienten -"
<b>Fundstelle:</b>	NStZ 2003, 449 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Besprechung der Entscheidung BGH, NJW 2003, 2558 (= NStZ 2003, 477; RA 2003, 433) zur Rechtfertigung eines Behandlungsabbruchs, die im Rahmen der eher undurchsichtigen Rechtsprechung zu den Fragen der Zulässigkeit einer Strehilfe auch nicht unbedingt dazu beiträgt, Klarheit zu schaffen; trotzdem eine verständliche Besprechung, die die Vorteile und Mängel der besprochenen Entscheidung deutlich hervorhebt.

<b>Autor/Titel:</b>	Zöllner, Mark Alexander: "Übungsklausur Strafrecht: Die Segnungen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 637 (Heft 9)
<b>Inhalt:</b>	Interessanter und sehr examensrelevanter Übungsfall, der insb. die Probleme im Rahmen der Tatbestände der §§ 263, 266 StGB bei Verwendung einer durch Täuschung ggü. der Bank erlangten Scheckkarte am Geldautomaten darstellt.

<b>Autor/Titel:</b>	Schrödl, Markus: "Klausur Strafrecht: 'Das provozierte Opfer'"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2003, 656 (Heft 8/9)
<b>Inhalt:</b>	Aufarbeitung der Entscheidung BGH, NStZ 2001, 143 (= RA 2001, 143) als Fall; dieser Fall enthält wichtige Probleme aus dem Bereich der Notwehrprovokation inkl. der Fallgruppen sozioethischer Notwehreinschränkungen unter besonderer Berücksichtigung der sog. "actio illicita in causa"