

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Eingriff in Grundfreiheit durch Unterlassen

EuGH, URTEIL VOM 12.06.2003
RS. C-112/00 (BAYVBL 2003, 621)

Problemdarstellung:

Der EuGH nimmt nachstehend zu der Frage Stellung, ob auch ein hoheitliches Unterlassen (hier: Nichtauflösung einer Versammlung) gegen die Grundfreiheiten (hier: Warenverkehrsfreiheit) verstoßen kann. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dass wegen der insbesondere in Art. 10 EG zum Ausdruck kommenden positiven Schutzpflicht der Mitgliedsstaat nicht nur selbst alles zu unterlassen hat, was die Grundfreiheiten beeinträchtigen könnte, sondern auch gegen Störungen Dritter (also i. d. R. Privatpersonen) einzuschreiten hat. Unterlässt er dies, greift er in die betroffene Grundfreiheit ein. Ein solcher Eingriff kann allerdings gerechtfertigt sein. Eine solche Rechtfertigung nimmt der EuGH im vorliegenden Fall durch die europäischen Grundrechte der Versammlungsteilnehmer auf Meinungs- und Versammlungsfreiheit an, wobei er klarstellt, dass es allein auf die staatlichen Motive für das Nichteinschreiten ankommt, nicht auf die Beweggründe der Störer. Macht sich der Staat diese aber - wie hier - zu eigen, kann auch auf diese abgestellt werden. Es ist dann abzuwägen zwischen der Grundfreiheit einerseits und den staatlichen Gründen für das Nichteinschreiten andererseits. Hierbei billigt der EuGH den nationalen Behörden einen weiten Ermessensspielraum zu.

Prüfungsrelevanz:

Dieser Fall lässt sich hervorragend in Prüfungsaufgaben einbauen, und zwar nicht nur im Wahlfach Europarecht, sondern auch im Pflichtfach. So könnte etwa - wie im Originalfall - nach Schadensersatzansprüchen wegen des Nichteinschreitens des Staates gegen die Störung gefragt werden (Stichworte: Amtshaftung; gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch) oder einfach die Rechtmäßigkeit desselben zu prüfen sein (Stichwort: Rechtspflicht zum Handeln aus Gemeinschaftsrecht?). Drei Grundthesen lassen sich festhalten:

1. Ein Eingriff in die Grundfreiheiten (man wird dies über die hier betroffene Warenverkehrsfreiheit hinaus auf alle Grundfreiheiten verallgemeinern können) kann wg. Art. 10 EG auch in einem Unterlassen liegen.
2. Ein solcher Eingriff kann aber durch europäische Grundrechte geschützt sein. Da diese (noch) nicht kodifiziert sind, greift der EuGH zu ihrer Herleitung be-

kanntlich in st. Rspr. auf die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie die EMRK zurück. Zwar handelt es sich bei der EMRK gerade nicht um Gemeinschaftsrecht (auch über Art. 6 II EUV wird die EMRK bestenfalls als Programmsatz übernommen, vgl. die Stellung im EUV statt EGV sowie die Formulierung "achtet" statt "gilt"); sie ist aber von allen Mitgliedsstaaten unterzeichnet worden und damit in gleicher Weise wie die Verfassungstraditionen als quasi "kleinster gemeinsamer Nenner" anerkannt. Zudem entsprechen die Art. 10 und 11 EMRK im Wesentlichen den Art. 11 und 12 der (vom EuGH nicht erwähnten) EU-Grundrechtscharta, die auf dem EU-Gipfel von Nizza proklamiert worden ist. Selbige hat zwar noch keine Rechtswirkung, wird aber in der avisierten europäischen Verfassung enthalten sein und dient von daher schon jetzt als Gradmesser bei der Auslegung der vorhandenen, ungeschriebenen Grundrechte.

3. Ob eine solche Rechtfertigung gelingt, ist unter Abwägung der Grundfreiheit mit den Grundrechten zu beurteilen. Diese steht grds. im Ermessen der staatlichen Behörden, wird vom EuGH aber auf ihre Stichhaltigkeit (man könnte auch sagen: auf Ermessensfehler) hin kontrolliert.

Neben der Kenntnis dieser Grundsätze sollte die Entscheidung auch zum Anlass genommen werden, das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG zu wiederholen, denn selbstverständlich kann auch dieses Prüfungsgegenstand sein. Das nachstehende Urteil ist aus Gründen der Übersichtlichkeit mit den Original-Gliederungsziffern des EuGH wiedergegeben.

Vertiefungshinweise:

- Anmerkung zu diesem Urteil: *Lindner*, BayVBl 2003, 623
- Eingriff in den freien Warenverkehr durch Unterlassen: *EuGH*, Slg. 1997, I-6959 (Kommission/Frankreich)
- Grundrechtsgeltung im Europarecht: *EuGH*, BayVBl 1996, 205 (Bosman)
- Bedeutung der EMRK im Rahmen der Grundrechtsprüfung des EuGH: *EuGH*, Slg. 1991, I-2925 (ERT), Rz. 41; Slg. 2001, I-1611, (Connolly/Kommission) Rz. 37; Slg. 2002, I-9011 (Roquette Frekres), Rz. 25

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Tomatenkrieg"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Nichteinschreiten gegen eine Versammlung durch die zuständigen Behörden eines Mitgliedsstaats greift in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit der Art. 30 und 34 EGV (jetzt: Art. 28 und 29 EG) i.V.m. Art. 5 EG-Vertrag (jetzt: Art. 10 EG) ein, wenn dadurch der Transport von Waren durch einen Mitgliedsstaat behindert wird.

2. Ein solcher Eingriff kann jedoch durch die Grundrechte der Versammlungsteilnehmer gerechtfertigt sein. Bei der in diesem Rahmen erforderlichen Abwägung steht den nationalen Behörden ein weiter Ermessensspielraum zu.

Sachverhalt:

Das Oberlandesgericht Innsbruck hat mit Beschluss vom 1.2.2000, beim Gerichtshof eingegangen am 24.3.2000, gemäß Art. 234 EG sechs Fragen nach der Auslegung der Art. 30, 34 und 36 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 28 EG, 29 EG und 30 EG) i.V.m. Art. 5 EG-Vertrag (jetzt Art. 10 EG) sowie nach den Voraussetzungen der Haftung eines Mitgliedstaats für einem Einzelnen durch Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht entstandene Schäden zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Firma Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge (nachstehend: Klägerin), und der Republik Österreich (nachstehend: Beklagte) über die von deren zuständigen Behörden einem Verein mit im Wesentlichen umweltpolitischer Zielsetzung stillschweigend erteilte Genehmigung einer Versammlung auf der Brenner-Autobahn, die zu einer nahezu 30stündigen völligen Verkehrsblockade führte. Die Klägerin ist ein internationales Transportunternehmen mit Sitz in Rot an der Rot (Deutschland), das über sechs lärm- und rußame LKWs mit Sattelauflegern verfügt. Die Haupttätigkeit des Unternehmens besteht darin, Holztransporte von Deutschland nach Italien und Stahltransporte von Italien nach Deutschland durchzuführen. Dabei wird in erster Linie die Brenner-Autobahn benutzt. Die Klägerin klagte beim Landesgericht Innsbruck (Österreich) auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 140.000 ATS Schadensersatz mit der Begründung, fünf ihrer LKWs hätten die Brenner-Autobahn an vier aufeinander folgenden Tagen nicht benutzen können. Die Klage blieb erfolglos. Die Klägerin legte beim Oberlandesgericht Innsbruck Berufung ein. Das Oberlandesgericht hält für die Entscheidung des Rechtsstreits die Auslegung des Gemeinschaftsrechts für erforderlich und hat dem Gerichtshof die nachstehend abgehandelten Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

A. Zum Vorliegen einer Beschränkung des freien Warenverkehrs

[...] 51. Hierzu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der

freie Warenverkehr einer der tragenden Grundsätze der Gemeinschaft ist.

52. So bestimmt Art. 3 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 3 EG), der im Ersten Teil (Grundsätze) des Vertrages steht, in Buchstabe c, dass die Tätigkeit der Gemeinschaft im Sinne des Art. 2 dieses Vertrages einen Binnenmarkt umfasst, der durch die Beseitigung der Hindernisse u.a. für den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist.

53. Art. 7a EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 14 EG) sieht in Absatz 2 vor, dass der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen umfasst, in dem der freie Verkehr von Waren gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist.

54. Dieser tragende Grundsatz wird durch die Art. 30 und 34 EG-Vertrag umgesetzt.

55. Insbesondere sind nach Art. 30 mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Derselben sind nach Art. 34 zwischen den Mitgliedstaaten mengenmäßige Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten.

56. Nach ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil vom 11.7.1974 in der Rechtssache 8/74 (Dassonville, Slg. 1974, 837, RdNr. 5) bedeutet dies nach dem Kontext dieser Bestimmungen, dass alle unmittelbaren oder mittelbaren, tatsächlichen oder potenziellen Beeinträchtigungen der Handelsströme innerhalb der Gemeinschaft beseitigt werden sollen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9.12.1997 in der Rechtssache C-265/95, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-6959, RdNr. 29).

57. So hat der Gerichtshof insbesondere entschieden, dass Art. 30 EG-Vertrag, da er für die Verwirklichung des Marktes ohne Binnengrenzen unabdingbar ist, nicht nur Maßnahmen verbietet, die auf den Staat zurückgehen und selbst Beschränkungen für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten schaffen, sondern auch dann Anwendung finden kann, wenn ein Mitgliedstaat nicht die erforderlichen Maßnahmen ergriffen hat, um gegen Beeinträchtigungen des freien Warenverkehrs einzuschreiten, deren Ursachen nicht auf den Staat zurückgehen (Urteil Kommission/Frankreich, RdNr. 30).

58. Der innergemeinschaftliche Handelsverkehr kann nämlich ebenso wie durch eine Handlung dadurch beeinträchtigt werden, dass ein Mitgliedstaat untätig bleibt oder es versäumt, ausreichende Maßnahmen zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Warenverkehr zu treffen, die insbesondere durch Handlungen von Privatpersonen in seinem Gebiet geschaffen wurden, die sich gegen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten richten (Kommission/Frankreich, RdNr. 31).

59. Folglich verbieten die Art. 30 und 34 EG-Vertrag den Mitgliedstaaten nicht nur eigene Handlungen oder Verhaltensweisen, die zu einem Handelshemmnis führen könnten, sondern verpflichten sie in Verbindung mit Art. 5 EG-Vertrag auch dazu, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um in ihrem Ge-

biet die Beachtung dieser Grundfreiheit sicherzustellen (Urteil Kommission/ Frankreich, RdNr. 32). Nach Art. 5 EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten nämlich verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen zu treffen, die sich aus dem Vertrag ergeben, und alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten.

60. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des freien Warenverkehrs im System der Gemeinschaft und insbesondere für das ordnungsgemäße Funktionieren des Binnenmarktes besteht diese Verpflichtung jedes Mitgliedstaats, den freien Warenverkehr in seinem Gebiet zu gewährleisten, indem er die erforderlichen und geeigneten Maßnahmen ergreift, um gegen Beeinträchtigungen durch Handlungen von Privatpersonen einzuschreiten, unabhängig davon, ob diese Handlungen die Einfuhr, die Ausfuhr oder die bloße Durchfuhr von Waren betreffen.

61. Wie nämlich aus Randnummer 53 des Urteils Kommission/Frankreich hervorgeht, betraf die diesem Urteil zugrunde liegende Rechtssache nicht nur die Einfuhr nach, sondern auch die Durchfuhr von aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Waren durch Frankreich.

62. Folglich haben die zuständigen nationalen Stellen, wenn sie in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren streitigen damit konfrontiert sind, dass eine im Vertrag verankerte Grundfreiheit wie der freie Warenverkehr durch Handlungen von Privatpersonen beeinträchtigt wird, auch dann angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um diese Freiheit im betreffenden Mitgliedstaat zu gewährleisten, wenn sich diese Waren wie im Ausgangsstreit nur auf der Durchfuhr durch Österreich nach Italien oder nach Deutschland befinden.

63. Zudem kommt dieser Verpflichtung der Mitgliedstaaten besondere Bedeutung zu, wenn es um eine wichtige Straßenverbindung wie die Brenner-Autobahn geht, die eine der Haupttrouten des Überland-Handelsverkehrs zwischen Nordeuropa und Norditalien ist.

64. Aus alledem ist zu folgern, dass der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats eine Versammlung, die zu einer ununterbrochenen nahezu 30stündigen völligen Blockade einer wichtigen Verkehrsverbindung wie der Brenner-Autobahn führte, nicht untersagten, eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs darstellen kann und daher als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen anzusehen ist, die grundsätzlich mit den gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus den Art. 30 und 34 EG-Vertrag i.V.m. Art. 5 EG-Vertrag ergeben, unvereinbar ist, sofern die Nichtuntersagung nicht objektiv gerechtfertigt werden kann.

B. Zur Frage einer Rechtfertigung der Beeinträchtigung

65. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Zielsetzung der Versammlung vom 12. und 13.6. 1998 – mit der die

Demonstranten auf die Gefährdung der Umwelt und der Gesundheit durch einen ständig steigenden Schwerlastverkehr auf der Brenner-Autobahn hinweisen und die zuständigen Stellen veranlassen wollten, die Maßnahmen zur Verringerung dieses Verkehrs und der dadurch verursachten Umweltbelastung der hoch empfindlichen Alpenregion zu verstärken – die gemeinschaftlichen Verpflichtungen im Bereich des freien Warenverkehrs verdrängen kann.

66. Auch wenn jedoch der Schutz der Umwelt und der Gesundheit der Bevölkerung insbesondere in dieser Region unter bestimmten Umständen ein dem Allgemeininteresse dienendes legitimes Ziel darstellen kann, das geeignet ist, eine Beschränkung der durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheiten, zu denen der freie Warenverkehr gehört, zu rechtfertigen, ist hervorzuheben, wie dies der Generalanwalt in Nummer 54 seiner Schlussanträge getan hat, dass die spezifischen Ziele dieser Versammlung als solche im Rahmen einer Klage wie derjenigen der Klägerin auf Haftung eines Mitgliedstaats wegen eines angeblichen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht nicht erheblich sind, da dieser Verstoß aus dem Umstand hergeleitet wird, dass die nationalen Stellen die Behinderung des Verkehrs auf der Brenner-Autobahn nicht verhinderten.

67. Für die Beurteilung der Voraussetzungen eines Haftungsanspruchs gegen einen Mitgliedstaat und insbesondere für die Frage, ob dieser gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, ist nämlich allein das Handeln oder Unterlassen dieses Mitgliedstaats in Betracht zu ziehen.

68. Hier ist daher allein das Ziel zu berücksichtigen, das die nationalen Stellen mit der stillschweigend erteilten Genehmigung bzw. der Nichtuntersagung dieser Versammlung verfolgten.

69. Dazu ergibt sich aus den Akten des Ausgangsverfahrens, dass sich die österreichischen Behörden von Überlegungen leiten ließen, die mit der Achtung der Grundrechte der Demonstranten auf Meinungsäußerungs- und Versammlungsfreiheit zusammenhängen, die in der EMRK und der österreichischen Verfassung verankert und durch diese gewährleistet sind.

70. Das vorlegende Gericht wirft in seinem Vorlagebeschluss außerdem die Frage auf, ob der im EG-Vertrag verankerte Grundsatz des freien Warenverkehrs diesen Grundrechten vorgeht.

71. Insoweit ist daran zu erinnern, dass die Grundrechte nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungsstraditionen der Mitgliedstaaten sowie von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Hierbei kommt der EMRK besondere Bedeutung zu (vgl. insbesondere Urteile vom 18.6.1991 in der Rechts-

sache C-260/89, ERT, Slg. 1991, I-2925, RdNr. 41; vom 6.3.2001 in der Rechtssache C-274/99 P, Connolly/Kommission, Slg. 2001, I-1611, RdNr. 37, und vom 22.10.2002 in der Rechtssache C-94/00, Roquette Frekres, Slg. 2002, I-9011, RdNr.25).

72. Die in dieser Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze sind durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte sodann durch Art. F Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union erneut bekräftigt worden (Urteil vom 15.12.1995 in der Rechtssache C-415/93, Bosman, Slg. 1995, I-4921 = BayVBl. 1996, 205, RdNr. 79). Diese Bestimmung lautet wie folgt: "Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4.11.1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben."

73. Daraus folgt, dass in der Gemeinschaft keine Maßnahmen als rechtens anerkannt werden können, die mit der Beachtung der so anerkannten und gewährleisteten Menschenrechte unvereinbar sind (vgl. insbesondere Urteile ERT, RdNr. 41, und vom 29.5.1997 in der Rechtssache C-299/95, Kremzow, Slg. 1997, I-2629, RdNr. 14).

74. Da die Grundrechte demnach sowohl von der Gemeinschaft als auch von ihren Mitgliedstaaten zu beachten sind, stellt der Schutz dieser Rechte ein berechtigtes Interesse dar, das grundsätzlich geeignet ist, eine Beschränkung von Verpflichtungen zu rechtfertigen, die nach dem Gemeinschaftsrecht, auch Kraft einer durch den Vertrag gewährleisteten Grundfreiheit wie dem freien Warenverkehr, bestehen.

75. So hat der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Vorabentscheidungsverfahren dann, wenn wie im Ausgangsverfahren eine innerstaatliche Situation in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, den nationalen Gerichten alle Auslegungshinweise zu geben, die diese benötigen, um beurteilen zu können, ob die Grundrechte, deren Wahrung der Gerichtshof sichert und wie sie sich insbesondere aus der EMRK ergeben, in dieser Situation beachtet sind (vgl. in diesem Sinne insbesondere Urteil vom 30.9.1987 in der Rechtssache 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, RdNr. 28).

76. Hier haben die staatlichen Stellen geltend gemacht, die Notwendigkeit der Achtung der durch die EMRK und die Verfassung des betreffenden Mitgliedstaats gewährleisteten Grundrechte erlaube es, eine im Vertrag verankerte Grundfreiheit zu beschränken.

77. Die vorliegende Rechtssache wirft somit die Frage auf, wie die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft mit den aus einer im Vertrag verankerten Grundfreiheit fließenden Erfordernissen in Einklang gebracht werden können, und insbesondere die Frage, welche Tragweite die durch die Art. 10 und 11 EMRK gewährleistete Meinungsäußerungs- und Ver-

sammlungsfreiheit und der Grundsatz des freien Warenverkehrs jeweils haben, wenn die erstgenannten Freiheiten als Rechtfertigung für eine Beschränkung des letztgenannten Grundsatzes herangezogen werden.

78. Hierzu ist zum einen festzustellen, dass der freie Warenverkehr zwar eines der Grundprinzipien des Systems des EG-Vertrags darstellt, dass er aber unter bestimmten Voraussetzungen, aus den in Art. 36 dieses Vertrages aufgezählten Gründen oder aufgrund zwingender Erfordernisse des Allgemeininteresses, wie sie der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil vom 20.2.1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe-Zentral, Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649) anerkennt, beschränkt werden kann.

79. Zum anderen sind die Grundrechte, um die es im Ausgangsstreit geht, zwar ausdrücklich durch die EMRK anerkannt und stellen wesentliche Grundlagen einer demokratischen Gesellschaft dar, doch können, wie sich aus dem Wortlaut des jeweiligen Absatzes 2 der Art. 10 und 11 EMRK ergibt, auch die Meinungsäußerungs- und die Versammlungsfreiheit bestimmten durch Ziele des Allgemeininteresses gerechtfertigten Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Ausnahmen gesetzlich vorgesehen, von einem oder mehreren nach diesen Bestimmungen berechtigten Zielen getragen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, d.h. durch ein zwingendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sind und insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten berechtigten Ziel stehen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 26.6.1997 in der Rechtssache C 368/95, Familiapress, Slg. 1997, I-3689, RdNr. 26, und vom 11.7.2002 in der Rechtssache C-60/00, Carpenter, Slg. 2002, I-6279, RdNr. 42, sowie EGMR, Urteil Steel u.a./Vereinigtes Königreich vom 23.9.1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VII, § 101).

80. So können auch das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht, sich friedlich zu versammeln, die durch die EMRK gewährleistet sind – anders als andere durch diese Konvention gewährleistete Grundrechte wie das Recht jedes Menschen auf Leben oder das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe, die keinerlei Beschränkung unterliegen –, keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern müssen im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden. Folglich kann die Ausübung dieser Rechte Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den mit den Beschränkungen verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die geschützten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 8.4.1992 in der Rechtssache C-62/90, Kommission/Deutschland, Slg.1992, I-2575, RdNr. 23, und vom 5.10.1994 in der Rechtssache C-404/92 P, X/Kommission, Slg. 1994, I-4737, RdNr. 18).

81. Demgemäß sind die bestehenden Interessen abzuwägen, und es ist anhand sämtlicher Umstände des jeweiligen Einzelfalls festzustellen, ob das rechte Gleichgewicht zwischen diesen Interessen gewahrt worden ist.

82. In dieser Hinsicht verfügen die zuständigen Stellen über ein weites Ermessen. Dennoch ist zu prüfen, ob die Beschränkungen, denen der innergemeinschaftliche Handel unterworfen wurde, in einem angemessenen Verhältnis zu dem berechtigten Ziel stehen, das mit ihnen verfolgt wird, hier dem Schutz der Grundrechte.

83. Zum Ausgangsrechtsstreit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die ihn kennzeichnenden Umstände sich eindeutig von der Situation unterscheiden, wie sie in der Rechtssache vorlag, die zum Urteil Kommission/Frankreich führte, das die Klägerin im Kontext ihrer in Österreich erhobenen Klage als Präzedenzfall angeführt hat.

84. Gegenüber den Tatsachen, von denen der Gerichtshof in den Randnummern 38 bis 53 des Urteils Kommission/Frankreich ausgegangen ist, ist nämlich erstens festzustellen, dass die im Ausgangsrechtsstreit fragliche Versammlung stattfand, nachdem gemäß dem nationalen Recht ein Antrag auf Genehmigung eingereicht worden war und die zuständigen Stellen beschlossen hatten, sie nicht zu untersagen.

85. Zweitens wurde durch die Anwesenheit der Demonstranten auf der Brenner-Autobahn der Straßenverkehr auf einer einzigen Strecke, ein einziges Mal und für nahezu 30 Stunden blockiert. Überdies war die Behinderung des freien Warenverkehrs durch diese Versammlung gegenüber der geografischen Ausdehnung und der Schwere der Unruhen, um die es in der dem Urteil Kommission/Frankreich zugrunde liegenden Rechtssache ging, von begrenzter Tragweite.

86. Drittens ist unstreitig, dass es sich um eine Versammlung handelte, mit der Bürger ihre Grundrechte ausübten und bei der sie eine ihnen im öffentlichen Leben wichtig erscheinende Meinung äußerten; außerdem steht fest, dass diese öffentliche Demonstration nicht den Zweck hatte, den Handel mit Waren einer bestimmten Art oder Herkunft zu beeinträchtigen. Dagegen hatten die Demonstranten in der Rechtssache Kommission/Frankreich eindeutig den Zweck verfolgt, den Verkehr mit bestimmten Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten als der Französischen Republik zu unterbinden, indem sie nicht nur den Transport der fraglichen Erzeugnisse behinderten, sondern diese während des Transports nach bzw. durch Frankreich und sogar dann noch zerstörten, als sie bereits in Geschäften im betroffenen Mitgliedstaat auslagen.

87. Viertens ist festzustellen, dass die zuständigen Stellen im vorliegenden Fall verschiedene Rahmen- und Begleitmaßnahmen getroffen hatten, um die Störungen des Straßenverkehrs möglichst gering zu halten. So waren sie insbesondere zusammen mit Polizeikräften, den Veranstaltern der Demonstration und verschiedenen Automobilclubs bestrebt, einen ordnungsgemäßen Ab-

lauf der Versammlung zu gewährleisten. Bereits lange vor dem dafür vorgesehenen Termin waren mit Hilfe der Medien und der Automobilclubs eine groß angelegte Informationskampagne in Österreich und den angrenzenden Ländern gestartet und verschiedene Ausweichstrecken vorgeschlagen worden, so dass die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer über die Verkehrsbeschränkungen am vorgesehenen Versammlungsort und -termin angemessen informiert waren und rechtzeitig disponieren konnten, um diesen Beschränkungen zu begegnen. Zudem war am Versammlungsort ein Ordnungsdienst eingerichtet worden.

88. Im Übrigen steht fest, dass die isolierte Aktion, um die es geht, im Gegensatz zu den schwereren und wiederholten Störungen der öffentlichen Ordnung in der dem Urteil Kommission/Frankreich zugrunde liegenden Rechtssache keine allgemeine Atmosphäre der Unsicherheit schuf, die sich auf die gesamten Handelsströme nachteilig ausgewirkt hätte.

89. Schließlich ist, was die anderen von der Klägerin im Hinblick auf diese Versammlung genannten Möglichkeiten angeht, angesichts des weiten Ermessens, über das die Mitgliedstaaten verfügen, davon auszugehen, dass die nationalen Stellen unter solchen Umständen wie denen des Ausgangsrechtsstreits annehmen durften, dass ein schlichtes Verbot der Versammlung einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die Grundrechte der Demonstranten, sich zu versammeln und ihre Meinung friedlich öffentlich zu äußern, dargestellt hätte.

90. Strengere Auflagen hinsichtlich des Ortes der fraglichen Versammlung – z.B. neben der Brenner-Autobahn – wie ihrer Dauer – nur wenige Stunden – hätten als übermäßige Beschränkung wahrgenommen werden können, die der Aktion einen wesentlichen Teil ihrer Wirkung hätte nehmen können. Zwar müssen die zuständigen nationalen Stellen bestrebt sein, die mit einer Demonstration auf öffentlichen Straßen verbundenen unausbleiblichen Auswirkungen auf die Freiheit des Verkehrs möglichst gering zu halten; doch haben sie dieses Interesse gegenüber dem der Demonstranten, die öffentliche Meinung auf die Ziele ihrer Aktion aufmerksam zu machen, abzuwägen.

91. Zwar bringt eine derartige Aktion gewöhnlich für unbeteiligte Personen bestimmte Nachteile mit sich, insbesondere was die Freiheit des Verkehrs angeht, doch können diese grundsätzlich hingenommen werden, wenn damit im Wesentlichen der Zweck verfolgt wird, auf rechtmäßige Weise eine Meinung öffentlich zu äußern.

92. Die Beklagte hat hierzu unwidersprochen vorgetragen, dass alle denkbaren Ersatzlösungen die Gefahr schwer beherrschbarer Reaktionen mit sich gebracht hätten, die möglicherweise ungleich schwerer wiegende Störungen des innergemeinschaftlichen Handels und der öffentlichen Ordnung verursacht hätten, etwa in Form von wilden Demonstrationen, Zusammenstößen zwischen Anhängern und Gegnern der betreffenden Protest-

bewegung oder Gewalttaten von Demonstranten, die sich in der Ausübung ihrer Grundrechte beeinträchtigt fühlten.

93. Daher konnten die nationalen Stellen angesichts des weiten Ermessens, das ihnen auf diesem Gebiet zusteht, vernünftigerweise annehmen, dass das mit der Versammlung in legitimer Weise verfolgte Ziel im vorliegenden Fall nicht durch Maßnahmen erreicht werden konnte, die den innergemeinschaftlichen Handel weniger beschränkt hätten.

94. Nach alledem ist daher auf die erste und die vierte Frage zu antworten, dass der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats eine Versammlung

unter Umständen wie denjenigen des Ausgangsrechtsstreits nicht untersagten, nicht mit den Art. 30 und 34 EG-Vertrag i.V.m. Art. 5 EG-Vertrag unvereinbar ist.

C. Zu den Voraussetzungen der Haftung des Mitgliedstaats

95. Aus der Antwort auf die erste und die vierte Frage ergibt sich, dass den zuständigen nationalen Behörden in Anbetracht sämtlicher Umstände einer Rechtssache wie der beim vorliegenden Gericht anhängigen kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorgeworfen werden kann, der geeignet wäre, die Haftung des betreffenden Mitgliedstaats auszulösen.

Standort: Verfassungsbeschwerde

Problem: Unmittelbare Betroffenheit

BVERFG, BESCHLUSS VOM 18.03.2003
2 BvR 246/02 (NVWZ 2003, 1249)

Problemdarstellung:

Das BVerfG erneuert im nachstehenden Beschluss seine st.Rspr., wonach eine unmittelbar gegen ein Gesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde in aller Regel unzulässig ist, sofern das Gesetz noch der Umsetzung durch Vollzugsakte bedarf. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist die Beschwerdebefugnis des § 90 I BVerfGG, wonach die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung des Bf. bestehen und dieser vom angegriffenen Hoheitsakt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein muss. An der unmittelbaren Betroffenheit durch ein Gesetz fehlt es aber, wenn dieses nicht selbst Rechtsfolgen herbeiführt (nicht "self-executing" wirkt), sondern erst nach der Umsetzung, typischerweise aber nicht notwendigerweise durch VA, bedarf. Das BVerfG verweist den Bürger dann auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz gegen den Vollzugsakt, in dessen Rahmen dann die gerügte Verfassungswidrigkeit der Norm inzidenter zu prüfen ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung bietet nichts Neues, sondern bekräftigt nur eine bestehende Rechtsprechung des BVerfG. Trotzdem sollte sie zur Kenntnis genommen werden, zumal die in ihr genannten Ausnahmen von der Regel oft übersehen werden. So ist eine Vb. auch gegen ein noch umzusetzendes Gesetz zulässig, wenn das Gesetz schon vor seiner Umsetzung den Bf. zu Dispositionen zwingt, die unumkehrbar sind oder erheblichen Aufwand bedeuten. Gleiches gilt, wenn der Rechtsschutz gegen den Vollzugsakt nicht möglich oder nicht effektiv genug wäre. Beispielsfälle sind in den Entscheidungsgründen zitiert.

Das Erfordernis einer "eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren" Beschwerde ist i.Ü. nicht gottgegeben, sondern lässt sich aus dem Wortlaut des § 90 I

BVerfGG herleiten, denn danach muss der Bf. in einem "seiner" [nicht fremder, also *selbst*] Grundrechte "durch" den angegriffenen Hoheitsakt [nicht durch einen anderen Akt, also *unmittelbar*] beschwert "sein" [Präsens, also *gegenwärtig*]. Dies sollte in einer Prüfungsarbeit auch deutlich werden.

Vertiefungshinweise:

Zur Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden unmittelbar gegen ein Gesetz: *BVerfG*, NVWZ 1998, 1287; NJW 1997, 791; *MVVerfG*, LKV 2000, 345

Kursprogramm:

Examenskurs: "Reiten im Walde"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen die stufenweise Abschmelzung des Haushaltsfreibetrags (§ 32 II EStG) durch das Familienförderungsgesetz vom 16.8.2001 ist mangels unmittelbarer Grundrechtsbetroffenheit unzulässig, weil die Durchführung dieser Vorschriften besondere Vollzugsakte voraussetzt.

Sachverhalt:

Die von 96 allein erziehenden Müttern und Vätern erhobene und nicht zur Entscheidung angenommene Verfassungsbeschwerde richtete sich unmittelbar gegen die stufenweise Abschmelzung des Haushaltsfreibetrags (§ 32 VII EStG) durch Art. 1 Nr. 7 lit. c und Nr. 17 lit. b des Zweiten Gesetzes zur Familienförderung vom 16. 8. 2001.

Aus den Gründen:

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, weil die Annahmeveraussetzungen des § 93 a II BVerfGG nicht erfüllt sind. Die gegen das Zweite Familienförderungsgesetz gerichtete Verfassungsbeschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf

Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 [25 ff.]; 96, 245 [250]), sie ist unzulässig.

I. Beschwerdebefugnis

Die Bf. werden durch die angegriffenen Normen nicht unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen.

1. Voraussetzungen bei Gesetzes-Verfassungsbeschwerde

Die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz setzt voraus, dass der Bf. durch die angegriffene Norm selbst, gegenwärtig und unmittelbar in einem Grundrecht betroffen ist (vgl. BVerfGE 1, 97 [101]; 97, 157 [164]; 102, 197 [206]). Eine unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die angegriffene Vorschrift ohne einen weiteren vermittelnden Akt in den Rechtskreis der Bf. einwirkt. Die Bf. müssen also geltend machen, dass sie gerade durch die Norm und nicht erst durch deren Vollzug in ihren Grundrechten betroffen sind (vgl. BVerfGE 72, 39 [43]; 97, 157 [164]). Setzt die Durchführung der angegriffenen Vorschrift rechtsnotwendig oder auch nur nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis einen besonderen Vollzugsakt voraus, so muss der Bf. grundsätzlich zunächst diesen Akt angreifen und den gegen ihn eröffneten Rechtsweg erschöpfen, bevor er die Verfassungsbeschwerde erhebt (BVerfGE 93, 319 [338]). Dies gilt selbst dann, wenn der Vollzugsakt von der Verwaltung nach der eindeutigen und klaren Gesetzesregelung ohne jeden Entscheidungs- und Prüfungsspielraum erlassen werden muss (BVerfGE 72, 39 [44]). Eine unmittelbare Betroffenheit ist ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn die Norm ihren Adressaten bereits vor konkreten Vollzugsakten zu später nicht mehr revidierbaren Dispositionen veranlasst (vgl. BVerfGE 97, 157 [164]; 102, 197 [207]) oder er ansonsten nicht in zumutbarer Weise Rechtsschutz gegen den Vollzugsakt durch die Anrufung der Fachgerichte erlangen kann (vgl. BVerfGE 81, 70 [82 f.]).

2. Subsumtion

Sämtliche Bf. sind durch die angegriffenen Vorschriften nicht unmittelbar in ihren Grundrechten betroffen. Die Durchführung dieser Vorschriften setzt rechtsnotwendig und auch nach der tatsächlichen Verwaltungspraxis besondere Vollzugsakte voraus.

a. Grundsatz

Die Einkommensteuer, deren Höhe unter anderem durch die Höhe des Haushaltsfreibetrags beeinflusst wird, ist eine Veranlagungssteuer. Sie wird gem. § 25 EStG, § 155 AO 1977 durch schriftlichen Bescheid festgesetzt. Der Bescheid wiederum löst die Fälligkeit der Steuer aus. Somit setzen die Vorschriften des Einkommensteuergesetzes rechtsnotwendig einen Vollzugsakt in Form der Festsetzung der Einkommensteuer durch Steuerbescheid voraus. Die Erhebung der Lohn-

steuer als einer bloßen Unterart der Einkommensteuer vollzieht sich ebenfalls nicht unmittelbar kraft Gesetzes, sondern auf Grund besonderer Vollzugsakte. Grundlage der Lohnsteuererhebung sind die Lohnsteuerkarte und die darauf befindlichen Eintragungen (Lohnsteuerkartenprinzip). Hierbei handelt es sich um gesonderte Feststellungen von Besteuerungsgrundlagen (§ 39 III b 4 EStG), also um einen Feststellungsbescheid i.S. des § 179 I AO 1977. Nachdem der Arbeitgeber unter Anwendung der Eintragungen auf der Lohnsteuerkarte den Lohnsteuerbetrag ermittelt und vom Arbeitslohn einbehalten hat (§ 39 b EStG), hat er die Lohnsteuer gem. § 41 a I EStG beim Finanzamt anzumelden und abzuführen. Bei der Lohnsteueranmeldung handelt es sich um eine Steuererklärung, die einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht (§ 150 I 2, 168 S. 1 AO 1977). Die Lohnsteueranmeldung stellt damit einen – auch für den Arbeitnehmer – anfechtbaren Steuerbescheid dar. Somit vollzieht sich auch die Lohnsteuererhebung rechtsnotwendig auf der Grundlage von Vollzugsakten.

b. Ausnahmen

Ausnahmen vom Grundsatz der unmittelbaren Betroffenheit sind von den Bf. nicht vorgetragen. Sie sind auch nicht ersichtlich. Weder ist dargelegt oder ersichtlich, dass die angegriffenen Normen die Bf. bereits vor Erlass von Vollzugsakten zu später nicht mehr revidierbaren Dispositionen veranlasst haben, noch ist erkennbar, dass die Bf. nicht in zumutbarer Weise Rechtsschutz gegen die Steuerbescheide durch die Anrufung der Finanzgerichte erlangen könnten. Den Bf. steht vielmehr das gesamte Rechtsschutzinstrumentarium der Abgabenordnung und der Finanzgerichtsordnung zur Verfügung, um gegen die Vollzugsakte vorzugehen. Auf dem Rechtsweg kann ohne weiteres auch die Verfassungswidrigkeit der anzuwendenden Steuernorm geltend gemacht werden. Dass in den Fällen des fehlenden Suspensiveffekts (§ 361 I AO 1977, § 69 I FGO) die Möglichkeiten vorläufigen Rechtsschutzes ungeeignet wären, um etwaigen Härtefällen Rechnung zu tragen, ist nicht erkennbar.

II. Allg. Rechtsschutzinteresse

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen die Begrenzung der Haushaltsfreibetragsregelung auf Altfälle richtet (§ 32 VII 6 EStG i.d.F. des Zweiten Familienförderungsgesetzes), ist auch das Rechtsschutzbedürfnis nicht gegeben, da die angegriffene Regelung zwischenzeitlich durch das Fünfte Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen vom 23.7.2002 (BGBl. I, 2715) ersatzlos aufgehoben wurde. Gründe, die ein dennoch fortbestehendes Interesse an verfassungsgerichtlicher Klärung ausnahmsweise rechtfertigen könnten, sind weder dargelegt noch sonst ersichtlich.

Standort: VwGO Problem: Rechtskraftbindung; Bindungswirkung von Richtlinien

BVERwG, BESCHLUSS VOM 17. 07. 2003
4 B 55/03 (NJW 2003, 3360)

Problemdarstellung:

Das BVerwG nimmt im vorliegenden Beschluss zu zwei Problemkreisen Stellung:

1. Zum einen ging es um die Frage, ob ein Verwaltungsgericht bei der Beurteilung eines Grenzwertes für Lärmemissionen von einem Zivilgericht abweichen darf, wenn das zivilgerichtliche Urteil zur selben Emission ergangen und rechtskräftig geworden ist. Das BVerwG bejaht dies schon deshalb, weil die Rechtskraft (§§ 121 VwGO, 705, 322 ZPO) sich nur auf identische Streitgegenstände erstreckt. Zwar möge es sein, dass das Prozessrecht gegen die selbe emittierende Anlage mehrere Rechtsschutzmöglichkeiten und Rechtswege eröffne (z.B. zivilgerichtliches Vorgehen gegen den Betreiber und verwaltungsgerichtliche Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten gegen diesen); daraus resultierten dann aber auch unterschiedliche Streitgegenstände, so dass die Rechtskraft der einen Entscheidung die Gerichte in der anderen Sache schon deshalb nicht binde.

2. Zum anderen ging es um die Frage, ob und wann die Gerichte sich in Ermangelung gesetzlicher Vorgaben zur Beurteilung zulässiger Grenzwerte für Emissionen an Richtlinien (hier: Freizeidlärm-Richtlinie) orientieren dürfen. Richtlinien sind Verwaltungsvorschriften, die ihrer Rechtsnatur nach nur interne Wirkung entfalten, schon wegen des Grundsatzes der Gewaltenteilung (Art. 20 II, III GG) jedoch nicht die Gerichte binden können (vgl. die Parallelproblematik zur TA Luft und TA Lärm, die über § 48 BImSchG ebenfalls nur Verwaltungsvorschriften sind, denen aber überwiegend normkonkretisierende Wirkung zugesprochen wird mit der Folge, dass sie die Gerichte binden sollen). Das BVerwG stellt heraus, dass die Gerichte sich gleichwohl jedenfalls solange an Richtlinien orientieren können, wie eine einzelfallbezogene Prüfung vorgenommen wird. Es ist m.a.W. nicht zulässig, die abstrakten Grenzwerte der Richtlinie einfach dem konkreten Lebenssachverhalt zugrunde zu legen, ohne dessen Besonderheiten zu berücksichtigen.

Prüfungsrelevanz:

1. Die Rechtskrafterstreckung und der Streitgegenstandsbegriff müssen jedem Examenkandidaten geläufig sein. Herrschend ist der sogen. "zweigliedrige" Streitgegenstandsbegriff, wonach es auf den Antrag (1. Glied) und den ihm zugrunde liegenden Lebenssachverhalt (2. Glied) ankommt, während der eingliedrige Streitgegenstandsbegriff nur das 1. Glied kennt. Mit der streitigen Darstellung des Streitgegenstands-

begriffs sollte allerdings sparsam umgegangen werden. Der BGH hat den Streit hierüber schon vor langem als "unfruchtbar" bezeichnet (vgl. Nachweise bei Anders/Gehle, Assessorexamen ZivilR, Rz. 440), und in der Rspr. der Bundesgerichte ist nie etwas anderes als der zweigliedrige Streitgegenstandsbegriff vertreten worden. In Prüfungsaufgaben empfiehlt sich eine Erörterung daher nur, wenn der Sachverhalt besonderen Anlass dazu bietet.

2. Die Frage nach der Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften stellt sich immer dann, wenn vom Gericht ein unbestimmter Rechtsbegriff zu untersuchen bzw. eine Ermessensfehlerkontrolle vorzunehmen ist. Dabei sind zunächst drei Arten von Verwaltungsvorschriften zu unterscheiden:

a. *Norminterpretierende* Verwaltungsvorschriften legen einen unbestimmten Rechtsbegriff auf Tatbestandsebene aus und definieren ihn; ihnen liegen juristische Beurteilungen zugrunde, die von den Gerichten voll überprüfbar sind. Bindungswirkung für die Gerichte entfalten sie daher nicht.

b. *Ermessensrichtlinien* sollen eine einheitliche Ermessensausübung gewährleisten. Sie finden auf Rechtsfolgenseite Beachtung, entbinden das Gericht aber grds. ebenfalls nicht von einer einzelfallbezogenen Ermessensfehlerkontrolle. Bindungswirkung können sie nur i.V.m. Art. 3 I GG entfalten, wonach eine willkürliche Abweichung von Ermessensrichtlinien gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen und damit ermessensfehlerhaft sein kann ("Selbstbindung der Verwaltung").

c. *Normkonkretisierende* Verwaltungsvorschriften beziehen sich wieder auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand (z.B. die TAen auf "schädliche Umwelteinwirkungen", §§ 3, 48 BImSchG). Mit ihnen wird die Ausübung eines Beurteilungsspielraums von der Einzelentscheidung im jeweiligen Verwaltungsakt in eine abstrakt-generalisierende Regelung vorverlagert, um so die Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen. Ihnen liegen weniger juristische als tatsächliche Beurteilungen zugrunde (z.B. die Aufstellung von Grenzwerten nach dem Stand der Wissenschaft und Technik). Im Gegensatz zu juristischen Fragen hat das Gericht hier keine oder nur eine geringere eigene Sachkompetenz. Daher soll den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften nach st. Rspr. des BVerwG auch für die Gerichte Bindungswirkung zukommen. Dies ist im Hinblick auf die Gewaltenteilung bedenklich.

In einer Klausur taucht das Problem i.d.R. bei der gerichtlichen Subsumtion unter ein Tatbestandsmerkmal auf. Hängt z.B. die Rechtmäßigkeit einer Genehmigung und damit die Begründetheit der Klage (Anfechtung)

tungsklage gegen oder Verpflichtungsklage auf selbige) von der Frage ab, ob die von der genehmigten Anlage ausgehenden Emissionen "schädlich" i.S.d. §§ 3 BImSchG, 35 III Nr. 3 BauGB sind, könnte das Gericht an die entsprechenden Grenzwerte in einer TA gebunden sein. An dieser Stelle ist dann die Rechtsnatur der TA, Freizeitlärm-Richtlinie usw. zu erörtern sowie danach zu fragen, ob und unter welchen Voraussetzungen diese für das entscheidende Gericht verbindlich sind.

Vertiefungshinweise:

- Zum Abwehranspruch gegen hoheitlichen Lärm: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2003, 194
- Zum Abwehranspruch eines Nachbarn gegen eine Motorsportanlage: *VG Minden*, NVwZ-RR 2003, 198
- Zur Grundstücksbeeinträchtigung durch Lärm von Flugzeugen: *LG Frankfurt a.M.*, NVwZ-RR 2003, 200
- Bindungswirkung von Verwaltungsvorschriften: *BVerwG*, RA 1999, 185 = *DVB1* 1999, 399; *Sendler*, UPR 1993, 321; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken ferner *BVerfGE* 78, 214, 217

Kursprogramm:

- Examenskurs:* "Windkraft contra Nachbarschaft"

Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Eröffnet die Rechtsordnung mehrere Rechtswege zur Verfolgung eines Rechtsschutzziels (hier: Schutz vor Lärmimmissionen), können die jeweils angerufenen Gerichte die Zumutbarkeitsgrenze bei Lärmimmissionen unterschiedlich hoch ansetzen.**
- 2. Vorhandene Richtlinien (hier: Freizeitlärm-Richtlinie) können den Gerichten als Orientierung dienen, entbinden sie jedoch nicht von einer Einzelfallprüfung.**

Sachverhalt:

Das OVG verurteilte den bekl. Landkreis zu bauaufsichtlichem Einschreiten gegen Live-Musik-Veranstaltungen in einer von dem Beigel. betriebenen Halle. Demgegenüber blieb die auf §§ 1004, 906 BGB gestützte Klage des Kl. auf Unterlassung der Lärmeinwirkungen gegen den Beigel. vor den Zivilgerichten (in jenem Verfahren: Bekl.) ohne Erfolg. Das BVerwG hat die Beschwerde des Beigel. gegen die Nichtzulassung in dem Urteil des OVG zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

A. Divergenzrüge

Die erhobene Divergenzrüge ist unzulässig. Nach § 132 II Nr. 2 VwGO ist die Revision nur zuzulassen, wenn das angegriffene Urteil von einer Entscheidung des BVerwG, des GmS-OGB oder des BVerfG ab-

weicht und auf dieser Abweichung beruht. Eine derartige Entscheidungsdivergenz macht die Beschwerde nicht geltend. Sie rügt einen inhaltlichen Widerspruch zwischen dem angegriffenen Berufungsurteil einerseits und dem Urteil des OLG Koblenz vom 15.2.2002 (8 U 461/01) und dem Beschluss des BGH vom 20.6.2002 (V ZR 99/02) andererseits. Die Abweichung von der Rechtsprechung eines anderen obersten Bundesgerichts oder eines OLG stellt nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut keinen selbstständigen Revisionszulassungsgrund dar.

Im Übrigen setzt der Zulassungsgrund der Divergenz einen Widerspruch zwischen zwei abstrakt formulierten und entscheidungstragenden Rechtssätzen voraus. Einen solchen Widerspruch legt die Beschwerde nicht dar. Sie rügt, dass das BerGer. und das OLG Koblenz die Zumutbarkeit der Lärmimmissionen, die mit den Live-Musik-Veranstaltungen in der vom Beigel. betriebenen Sängerkirche verbunden sind, unterschiedlich bewertet haben. Die Beschwerde macht damit keine Divergenz in einer abstrakten Rechtsfrage geltend. Sie rügt vielmehr, dass zwei Gerichte bei der Würdigung desselben Sachverhalts und der Rechtsanwendung zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt sind. Dieses Vorbringen vermag eine Divergenz i.S. von § 132 II Nr. 2 VwGO nicht zu begründen und gibt keinen Anlass zu weiteren Ausführungen.

B. Grundsätzliche Bedeutung

Die Rechtssache hat auch nicht die grundsätzliche Bedeutung, die ihr der Beigel. beimisst. [...] Die Beschwerde wirft die Rechtsfrage auf, ob es der Verwaltungsgerichtsbarkeit verwehrt ist, das nachbarrechtliche Gebot der Rücksichtnahme erneut zu prüfen, wenn dies bereits umfassend in einem den gleichen tatsächlichen Lebenssachverhalt betreffenden zivilrechtlichen Verfahren erfolgt ist. In dieser weiten Formulierung wäre die Frage in einem Revisionsverfahren nicht klärungsfähig. Wird die aufgeworfene Frage auf eine Fallkonstellation beschränkt, wie sie hier besteht, führt sie nicht zu einem grundsätzlichen Klärungsbedarf.

I. Keine Rechtskraftdurchbrechung

Entgegen der Beschwerde hat das BerGer. die Rechtskraft des Urteils des OLG Koblenz vom 15. 2. 2002 nicht "durchbrochen". Dem Urteil des OLG Koblenz, das mit dem Beschluss des BGH vom 20.6.2002 rechtskräftig geworden ist, und der hier angegriffenen Entscheidung des BerGer. vom 16.4.2003 liegen unterschiedliche prozessuale Ansprüche (Streitgegenstände) zu Grunde. Das OLG Koblenz hatte über einen vom Kl. auf die §§ 1004, 906 BGB gestützten und gegen den Beigel. (in jenem Verfahren: Bekl.) gerichteten Anspruch auf Unterlassung der Lärmeinwirkungen zu entscheiden. Das OVG Koblenz hatte zu entscheiden, ob der Kl. vom bekl. Landkreis ein bauaufsicht-

liches Einschreiten gegen Live-Musik-Veranstaltungen in der vom Beigel. betriebenen Halle beanspruchen kann. Als betroffener Nachbar blieb es dem Kl. unbenommen, Rechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg und dem Verwaltungsrechtsweg zu suchen. Eröffnet die Rechtsordnung mehrere Rechtswege zur Verfolgung eines Rechtsschutzziels (Schutz vor Lärmimmissionen), kann nicht ausgeschlossen werden, dass die jeweils angerufenen Gerichte die Zumutbarkeitsschwelle bei Lärmimmissionen, für die – wie hier hinsichtlich der Live-Musik-Veranstaltungen – rechtsverbindliche, für das private und das öffentliche Recht gleichermaßen geltende Immissionsgrenzwerte zum Schutz des Nachbarigentums nicht bestehen, unterschiedlich bestimmen.

II. Anwendbarkeit der Freizeitlärm-Richtlinie

Das BerGer. hat im vorliegenden Fall die vom Länderausschuss für Immissionsschutz (LAI) im Jahr 1995 verabschiedete Freizeitlärm-Richtlinie (NVwZ 1997, 469) als Orientierungshilfe herangezogen, um die Zumutbarkeitsgrenze hinsichtlich der Lärmimmissionen (Live-Musik-Veranstaltungen) zu bestimmen. Die Beschwerde wirft hierzu als grundsätzlich klärungsbedürftig die Frage auf, ob ein maßvolles Überschreiten der Lärmwerte der LAI-Freizeitlärm-Richtlinie bei zwei Veranstaltungen im Kalenderjahr noch hinzunehmen sei. Daran knüpft die Beschwerde die weitere Frage, ob "in der Vergangenheit tradierte Nutzungen einer Halle für zeitgenössische, jugendliches Publikum im ländlichen Bereich betreffende Veranstaltungen" fortgesetzt werden dürften, wenn die Werte der Freizeitlärm-Richtlinie maßvoll überschritten würden. Auch damit zeigt die Beschwerde keinen grundsätzlichen Klärungsbedarf auf. Solange für die Ermittlung und Bewertung der auf Wohngrundstücke einwirkenden Geräusche rechtlich keine bestimmten Mess- und Berechnungsverfahren sowie Lärmwerte vorgegeben sind, bleibt es der tatrichterlichen Würdigung vorbehalten, unter Berücksichtigung der einzelnen Schallergebnisse, ihres Schallpegels und ihrer Eigenart (Dauer, Häufigkeit, Impulshaltigkeit) und ihres Zusammenwirkens die Erheblichkeit der Lärmbelästigung zu be-

urteilen. Die Zumutbarkeitsgrenze ist auf Grund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und insbesondere der speziellen Schutzwürdigkeit des jeweiligen Baugebiets zu bestimmen. Dies hat das BVerwG für den Bereich der Lärmbelastungen – ebenso wie für Geruchs- oder Abgasbelastungen – wiederholt ausgesprochen (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1995, 6; BVerwGE 88, 143 [148 f.]). In diesem Zusammenhang können auch technische Regelwerke zur Beurteilung von Lärmimmissionen herangezogen werden, wenn sie für die Beurteilung der Erheblichkeit der Lärmbelästigung im konkreten Streitfall brauchbare Anhaltspunkte liefern (vgl. BVerwGE 79, 254 [264 f.]). Geklärt ist ferner, dass technische Regelwerke dieser Art im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung nur eine Orientierungshilfe oder einen "grobten Anhalt" bieten. Unzulässig ist in jedem Falle eine nur schematische Anwendung bestimmter Mittelungs- oder Grenzwerte (BVerwG, NVwZ-RR 1995, 6). Zu den Regelwerken, die als Orientierungshilfe in Betracht kommen, gehören auch die vom Länderausschuss für Immissionsschutz verabschiedeten und mehrfach fortgeschriebenen "Hinweise zur Beurteilung der durch Freizeitanlagen verursachten Geräusche" (NVwZ 1985, 98, und NVwZ 1988, 135), die im Jahre 1995 als "Freizeitlärm-Richtlinie" verabschiedet worden ist (vgl. hierzu BVerwGE 88, 143 [149]). Die Beschwerde legt nicht dar, dass der vorliegende Streitfall dem beschließenden Senat in einem Revisionsverfahren Gelegenheit böte, die vorgenannte Rechtsprechung allgemeingültig fortzuentwickeln, zu konkretisieren oder zu korrigieren. Die von der Beschwerde aufgeworfenen Rechtsfragen zielen auf eine Kritik der vorinstanzlichen Sachverhaltswürdigung und Rechtsanwendung im Einzelfall. Die von ihr formulierten Fragen lassen sich auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG auch nur im Rahmen der gebotenen Einzelfallprüfung beantworten. Rechtsfragen nach der Anwendbarkeit der TA-Lärm, wie sie die Beschwerde aufwirft, wären in einem Revisionsverfahren nicht klärungsbedürftig, da sie nach den Urteilsgründen des BerGer. nicht entscheidungserheblich sind.

Standort: Ordnungsrecht

Problem: Partei als Störer beim "Wildplakatieren"

OLG KOBLENZ, URTEIL VOM 21.07.2003
12 U 1671/01 (DVBL 2003, 1342)

Problemdarstellung:

Das OLG Koblenz hatte sich mit der Frage zu befassen, ob und wann eine politische Partei auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, wenn mit ihren Plakaten fremde Flächen zugleibt werden (sogen. "Wildplakatieren"). Da eine

Partei als Personenvereinigung selbst nicht handlungsfähig ist, bedarf es insoweit einer Zurechnung des Verhaltens der Plakatierer auf die Partei. Das OLG stellt dazu folgende Grundsätze auf:

1. Handelt die Partei selbst durch ihre Organe, Mitglieder oder Beauftragte, ist die Zurechnung unproblematisch, da die Partei selbst unmittelbar stört.
2. Handeln hingegen autonome Dritte bzw. - wie hier - Unbekannte, stellt sich die Frage nach der mittelbaren

Verantwortlichkeit. Diese soll allein wegen des Drucks und der unkontrollierten Abgabe der Plakate an Dritte jedoch nicht eintreten. Der Druck von Plakaten ziehe nicht zwangsläufig deren wilde Verbreitung nach sich, so dass allein deshalb der vom OLG geforderte adäquate Zusammenhang zwischen Verhalten der Partei und Störung nicht eintrete. Auch die unkontrollierte Abgabe der Plakate an Dritte genüge nicht, wenn allgemein auf das Verbot des Wildplakatierens hingewiesen werde. Den Plakaten eine spezielle Kennung beizufügen, die Abnehmer namentlich zuregistrieren o.ä. sei zu aufwendig bzw. datenschutzrechtlich bedenklich.

3. Eine Verantwortlichkeit komme aber dann in Betracht, wenn Wildplakatieren gehäuft auftrete, sodass die Partei besonderen Anlass habe, hiergegen einzuschreiten und die Verwendung ihrer Werbematerialien zu kontrollieren.

Prüfungsrelevanz:

Es handelt sich um einen zivilrechtlichen Fall, der jedoch auch im öffentlichen Recht spielen könnte, wenn z.B. die Partei zur Adressatin einer Ordnungsverfügung auf Beseitigung der Plakate, Unterlassen des Wildplakatierens, Überwachung der Abgabe von Plakaten o.ä. gemacht wird. Als Ermächtigungsgrundlage hierfür wird nur die polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel der Länder in Betracht kommen, die sämtlich eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch den Adressaten voraussetzen. Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit liegt in der vereitelten Nutzung der Werbeflächen durch den Berechtigten, denn diese Nutzungsmöglichkeit ist als Individualrechtsgut im Rahmen der öffentlichen Sicherheit geschützt. Fraglich ist dann die Verursachung durch die Partei. Hier wird die herrschende Theorie der unmittelbaren Verursachung zunächst nicht helfen, da letztverantwortlich Dritte (Unbekannte) sind (anders bei Handeln der Organe der Partei usw., vgl. oben). Mithin stellt sich die Frage nach den Ausnahmen, wozu der sogen. "Zweckveranlasser" gehört. Zweckveranlasser ist, wer handelt, obwohl der Eintritt einer Störung objektiv vorhersehbar war (h.M. - objektive Theorie) bzw. wer das letztlich gefährdende Verhalten wollte (m.M. - subjektive Theorie). Zur objektiven Vorhersehbarkeit kann dann auf die vom OLG hergeleiteten Grundsätze zur Adäquanz zurückgegriffen werden.

Vertiefungshinweise:

- Mittelbarer Störer im Deliktsrecht: *BGH*, NJW 1982, 440; NJW 2000, 2901
- Wildes Plakatieren durch Partei im Polizei- und Ordnungsrecht: *VG Osnabrück*, NdsVBl. 2002, 87

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Waffen-SS"

Leitsätze:

1. Eine politische Partei wird grundsätzlich nicht schon dadurch mittelbarer Störer, dass sie Plakate, die rechtswidrig auf fremden Werbeflächen aufgebracht werden, hergestellt und in Verkehr gebracht hat. Ein Anscheinsbeweis dafür, dass solche Aufklebungen von Leuten oder im Auftrag der Partei vorgenommen worden sein müssen, besteht i.d.R. nicht.

2. Es ist einer Partei auch bei Abwägung mit dem gebotenen Schutz von Werbeunternehmen vor unbefugter Fremdplakatierung nicht zumutbar, allein wegen singulärer und örtlich begrenzter Fälle des "wildem" Aufklebens ihrer Plakate zur Vermeidung einer Störerhaftung ihre Werbeplakate generell im Zuge des Druckvorgangs mit einer individuellen Kennzeichnung zu versehen und die Plakatabgabe auch an Privatpersonen mit dem Ziel zu registrieren, missbräuchliche Klebeaktionen erfolversprechender zu ihren Urhebern zurückverfolgen zu können. Eine solche bundesweite Registrierungs-pflicht käme nur unter ganz besonderen Ausnahmeveraussetzungen in Betracht.

3. Kommt es jedoch zu einer Häufung und Verdichtung von "Wildplakatierungen", muss hiergegen unverzüglich und wirksam eingeschritten und jedenfalls in dem betroffenen örtlichen Bereich auch von einer weiteren ungesicherten Abgabe von Plakaten an Dritte abgesehen werden.

Sachverhalt:

Die Kl. betreibt Außenwerbung auf von ihr geschaffenen oder angemieteten Werbeflächen, auf denen Plakate für ihre Kunden angebracht werden. Am 10.10.2000 wurden fünf Stellen in M. festgestellt, auf denen auch Plakate der bekl. Partei mit der Aussage "Nein zum NPD-Verbot" pp. aufgebracht waren. Am 16.10.2000 befand sich auch an einer der Werbeflächen der Kl. in Andernach eine solche Aufklebung. Die Täter blieben unbekannt. Auf das Unterlassungsbegehren der Kl. hat das LG die Bekl. unter Androhung der höchst zulässigen Ordnungsmittel für jeden Fall der Zuwiderhandlung verurteilt, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass Plakate, die für ihre Existenz oder Tätigkeit als Partei werben, nicht auf Werbeträgern angebracht werden, deren Nutzungsrecht der Kl. zusteht. Die Berufung der Bekl. führte zur Klageabweisung.

Aus den Gründen:

I. Anspruchsgrundlage

Zwar kann die Kl., wenn auf Werbeflächen, die ihrem Nutzungsrecht unterliegen, unbefugt Plakate aufgebracht werden, nach Maßgabe der §§ 1004 Abs. 1 Satz 2, 862 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Störer Unterlassung fordern und dazu auch je nach den Umständen die

Vornahme bestimmter Maßnahmen (Staudinger-Gursky, BGB, 1999, § 1004 Rdnr. 227).

II. Störereigenschaft der Partei

Die Kl. hat aber nicht hinreichend dargelegt und bewiesen, dass die Bekl. die Störerin ist.

1. Unmittelbarer Störer

Unmittelbare Handlungsstörerin ist die Beklagte schon deshalb nicht, weil die beanstandeten Aufklebungen nicht durch ihre Organe bzw. Funktionäre, (sonstigen) Mitglieder und Mitarbeiter oder von ihr beauftragten Dritten vorgenommen worden sind.

2. Mittelbarer Störer

Aber auch als mittelbare Störerin ist die Bekl. nicht verantwortlich. Relevante Tatsachen und Nachweise hierfür hat die Kl. nicht beigebracht.

a. Voraussetzungen

Mittelbarer Handlungsstörer ist, wer das störende Verhalten zwar nicht selbst unmittelbar vornimmt, es aber adäquat ursächlich durch seine Willensbetätigung verursacht und in der Lage ist, die Störung zu verhindern. Dabei besteht ein adäquater Zusammenhang nur dann, wenn eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen (vgl. z.B. BGH, NJW 1982, 440; BGH, NJW 2000, 2901, 2902).

b. Subsumtion

aa. Kein Kausalzusammenhang wegen des "In-Verkehr-bringens" der Plakate

Entgegen der Auffassung des LG ist die Bekl. nicht schon dadurch mittelbarer Störer, dass sie die Plakate, die rechtswidrig auf Werbeflächen der Kl. aufgeklebt wurden, in den Verkehr gebracht hat (vgl. auch OLGR Koblenz, 2001, 117, 118). Die Werbung mit Plakaten, und zwar auch außerhalb von Wahlkampfzeiten, ist generell ein Teil der Einflussnahme auf die politische Willensbildung und damit von der Betätigungsfreiheit der politischen Parteien umfasst. Insbesondere kleinere Parteien wie die Bekl., die in den Medien kaum Gehör finden, bedürfen dieses Mittels, um Aufmerksamkeit zu erregen und ihre Meinung zu verbreiten (vgl. auch BVerfG, DVBl. 2002, 409). Die Störerfrage könnte nur dann anders zu beurteilen sein, wenn ein Plakat schon durch seine Aufmachung dazu animiert, es "wild" zu plakatieren. Davon und gar von einer entsprechenden Anreizabsicht der Bekl. kann hier keine Rede sein.

Es entspricht auch nicht dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge i.S. einer relevanten damit "typischerweise" (BGH, NJW 2000, 2902) verbundenen Gefahr, dass

Parteiplakate "wild" plakatiert werden. Daher berechtigt allein der Umstand, dass ein Plakat hergestellt und in Verkehr gebracht worden ist, auch nicht zu der Folgerung, die politische Partei habe sich Dritter bedient, die Plakate irgendwo anzubringen (vgl. VG Osnabrück, NdsVBl. 2002, 87, 88 zur ordnungsrechtlichen Verantwortlichkeit einer Partei für die Anbringung von Aufklebern mit politischem Inhalt an Stromkästen, Ampeln usw.).

bb. Kein Anscheinsbeweis

Es gibt auch keinen Anscheinsbeweis dafür, dass Plakate, die von der Bekl. gedruckt und in den Verkehr gebracht worden sind, dann auch von deren Leuten oder in deren Auftrag geklebt worden sein müssen. Dies mag dann gelten, wenn es bei der Haus-zu-Haus-Verteilung von Werbematerial durch die von der beauftragten Werbefirma eingesetzten Verteiler zu Einwüfen in dafür gesperrte Briefkästen kommt (vgl. BGHZ 106, 229, 234, 235), welche der Auftraggeber dieser Firma aufgrund der ihm durch das Auftragsverhältnis zustehenden Rechtsmacht durch Weisung oder Kündigung umgehend unterbinden kann. Hier ist aber gerade nicht von einer Plakatklebeaktion von Mitgliedern oder beauftragten Personen der Beklagten auszugehen, sondern von Aktionen unbekannter Dritter. Dabei kann unentschieden bleiben, ob, wie die Beklagte meint, das beanstandete Wildplakatieren durch dritte Personen mit der Absicht durchgeführt worden sein könnte, dem Ansehen der Bekl. Schaden zuzufügen. Völlig fern liegend ist diese Erwägung angesichts der starken politischen Gegnerschaft gegen die Bekl., deren Veranstaltungen sehr oft von Gegendemonstrationen begleitet sind, und bei der damals wegen des angekündigten Parteiverbotsverfahrens im Parteiinteresse ganz besonders wichtigen Wahrung von Wohlverhalten nicht. Am nächsten liegt allerdings die Annahme singulärer Einzelaktionen von Sympathisanten der Bekl., die diese Plakate erworben und dann entgegen dem Hinweis auf die Unzulässigkeit wilden Plakatierens doch dazu verwendet haben.

cc. Zurechnung wegen mangelnder Sicherheitsvorkehrungen

Vor diesem örtlich und gegenständlich begrenzten Hintergrund könnte zudem die Verneinung einer Störereigenschaft der Beklagten auch keinesfalls davon abhängig gemacht werden, dass die Bekl. Werbeplakate generell im Zuge des Druckvorgangs mit einer individuellen Kennzeichnung zu versehen und die Plakat- abgabe auch an Privatpersonen mit dem Ziel zu registrieren habe, dass missbräuchliche Klebeaktionen erfolgsversprechender zu ihren Urhebern zurückverfolgt werden können. Eine solche bundesweite Registrierungspflicht erscheint dem Senat – auch unabhängig von Fragen nach dem Datenschutz – überzogen und könnte bei Abwägung des Rechtsguts einer wirksa-

men, von unnötigen Fesseln freien Selbstdarstellung der Parteien einerseits und des Schutzes von Werbeunternehmen vor Wildplakatierungen andererseits nur unter ganz besonderen Ausnahmeveraussetzungen in Betracht gezogen werden. Bei wie hier örtlich begrenztem Wildplakatieren käme dann zudem im Zweifel zunächst auch nur der zuständige, gemäß § 3 Satz 2 PartG selbstständig passivlegitimierte Landesverband der Partei als Störer in Betracht, der hier nicht verklagt wurde.

dd. Zurechnung bei Häufung

Deutlich ist aber darauf hinzuweisen, dass sich eine andere Beurteilung der Störereigenschaft dann ergeben kann, wenn es zu einer Häufung und Verdichtung von Wildplakatierungen kommt und die begünstigte Partei erkennen muss, dass der allgemeine Hinweis auf das Verbot des Wildplakatierens wirkungslos geworden ist. Sie muss dann unverzüglich und wirksam gegen das Wildplakatieren einschreiten und jedenfalls in dem

betroffenen örtlichen Bereich auch von einer weiteren ungesicherten Abgabe von Plakaten an Dritte absehen. Welche Sicherungsmaßnahmen dabei als notwendig und zumutbar anzusehen wären, braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden. Denn im Streitfall gibt es keinerlei Ansatzpunkte für eine die Störerverantwortung begründende Häufung von Wildplakatierungen. Weder trägt die Klägerin vor, das von ihr festgestellte Wildplakatieren stehe bereits als Glied in einer Kette schon mehrfach vorangegangener einschlägiger Vorfälle, noch hat es im längeren Verlauf des Verfahrens weitere einschlägige Vorfälle gegeben; damit wäre auch seit der im März 2003 erfolgten Einstellung des NPD-Verbotsverfahrens (BVerfG, DVBl. 2003, 605) erst recht nicht zu rechnen. Die von der Kl. in der Berufungsinstanz nachgeschobenen Einzelvorgänge wilden Plakatierens liegen zwei Jahre später und beziehen sich auf andere Plakate der Bekl. zum Bundestagswahlkampf, also auf einen zeitlich und thematisch deutlich abgesetzten anderen Vorgang.

IMPRESSUM

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

Zivilrecht**Standort: Verbraucherrecht****Problem: Einwendungsdurchgriff beim Anlageerwerb**

BGH, URTEIL VOM 21.07.2003

II ZR 387/02 (NJW 2003, 2821)

Problemdarstellung:

Mit dieser Entscheidung hat der BGH die Bedeutung des verbraucherschutzrechtlichen Einwendungsdurchgriffs (§§ 358, 359 BGB n.F. = § 9 VerbrKrG a.F.) in seiner Anwendbarkeit und seinen Rechtsfolgen erweitert.

Zunächst stellt der BGH fest, dass der Einwendungsdurchgriff auch auf durch Kredit finanzierte Beteiligungen an Anlagegesellschaften anzuwenden ist. Diese Verbraucherschutzbestimmungen gelten für den finanzierten Erwerb jeglicher Leistung, also auch der Beteiligung an einer Gesellschaft. Der durch Verletzung der ihm geschuldeten Aufklärung zum Beitritt veranlasste Anleger kann sein Recht zur jederzeitigen fristlosen Beendigung seiner Beteiligung und Auszahlung seines Abfindungsguthabens ("fehlerhafter Beitritt zu einer Gesellschaft", § 738 BGB) bei Vorliegen eines Verbundgeschäfts mit dem Kredit auch gegenüber dem finanzierenden Institut geltend machen. Der Verbraucher kann daher die Rückzahlung des Kredits gem. §§ 358, 359 BGB n.F. (= § 9 III VerbrKrG a.F.) insoweit verweigern, als ihm infolge der fristlosen Kündigung seiner Gesellschaftsbeteiligung gegen die Gesellschaft ein Abfindungsanspruch zusteht.

Im Übrigen erkennt der BGH nicht nur einen Einwendungsdurchgriff für die (zukünftig) fälligen Kreditraten, sondern auch einen Rückforderungsdurchgriff für die in der Vergangenheit bereits bezahlten Kreditraten in entsprechender Anwendung von § 9 II 4 VerbrKrG a.F. (= § 358 IV 3 BGB n.F.) an. Das Gesetz sieht den Rückforderungsdurchgriff in der bezeichneten Vorschrift für den Fall des (berechtigten) Widerrufs der auf den Abschluss des Kreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers vor; eine entsprechende Regelung fehlt in § 9 III VerbrKrG a.F. (= § 358 IV 3 BGB n.F.). Die Entstehungsgeschichte des Verbraucherkreditgesetzes bietet jedoch keinen Anhalt für die Annahme, § 9 III VerbrKrG a.F. (= § 358 IV 3 BGB n.F.) sei als abschließende Regelung im Sinne einer negativen Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen, die einen entsprechenden Rückforderungsdurchgriff im Falle des § 9 III VerbrKrG (= § 358 IV 3 BGB n.F.) ausschließe. Die Gesetzesmaterialien sprechen vielmehr für das Gegenteil.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbraucherschutzrecht des BGB, insbesondere in der 3-Personen-Konstellation des finanzierten Erwerbsgeschäfts, gehört zu den schwierigsten und daher auch zu den examensrelevantesten Themengebieten des Zivilrechts. Es wird zwingend von jedem Examenkandidaten erwartet, dass er sich mit den - stetig anwachsenden Anzahl von - Verbraucherschutzinstrumenten auskennt und sie beherrscht, wie z.B. dem Einwendungsdurchgriff gem. §§ 358, 359 BGB.

Daher ist die Lektüre dieser Entscheidung des BGH ausgesprochen wichtig. Zum einen bietet sie die Abfrage wirtschafts- bzw. gesellschaftsrechtlicher Probleme (Stichwort: "Fehlerhafter Beitritt zu einer in Vollzug befindlichen Gesellschaft"). Zum anderen stellt dieses Urteil einen Meilenstein in der Fortentwicklung des Verbraucherschutzrechts dar, da nunmehr höchst-richterlich nicht nur der vorbeugende Einwendungsdurchgriff zur Vermeidung weiterer Kreditraten, sondern auch der nachhaltige Rückforderungsdurchgriff bezüglich bereits gezahlter Kreditraten anerkannt wird und in Analogie zu § 358 IV 3 BGB n.F. bewertet wird.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Problematik: *BGHZ* 148, 201 = *NJW* 2001, 2718; *Littbarski*, LM H. 10/2001 HWiG Nr. 38; *Schäfer*, *JZ* 2002, 247

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Existenzgründung auf Raten"
 Assessorkurs: "Der Ehe Lohn"

Leitsätze:

1. § 9 III VerbrKrG (Einwendungsdurchgriff, vgl. § 359 BGB in der ab 1. 1. 2002 geltenden Fassung) findet auf den kreditfinanzierten Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft entsprechende Anwendung. Wenn der Vertrag über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung mit dem zur Finanzierung der Einlage geschlossenen Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bildet, kann der unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder durch Täuschung zum Gesellschaftsbeitritt veranlasste Anleger sein Recht, jederzeit fristlos unter Forderung des ihm nach den Regeln des fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts zustehenden Abfindungsgut-

habens aus der Anlagegesellschaft auszuschneiden, auch dem Rückzahlungsanspruch des Kreditinstituts entgegenhalten.

2. Die Regelung des § 9 II 4 VerbrKrG (= § 358 IV 3 BGB n.F.) ist in Fällen des § 9 III VerbrKrG entsprechend anzuwenden.

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt den Bekl. auf Rückzahlung eines Darlehens in Anspruch, mit dem der Bekl. seinen Beitritt zu dem geschlossenen Immobilienfonds „G“ finanziert hatte. Das Anlagekonzept für den Fonds, den die W initiiert hatte und vertrieb, sah vor, dass die Anleger über die Treuhänderin, die S-GmbH, der Fondsgesellschaft beitraten und sich die Mittel für ihre Einlage durch Bankdarlehen beschafften. Der Fondsbeitritt wurde durch Vermittler eingeleitet, die Interessierten einen vollständig ausgefüllten formularmäßigen Darlehensvertrag der Kl. zur Unterschrift vorlegten. Der Bekl. unterzeichnete am 1. 9. 1995 einen Antrag auf Gewährung eines am 1. 8. 2015 rückzahlbaren, durch eine Kapitallebensversicherung abzulösenden Darlehens über 68 888,88 DM und trat dem Fonds, vertreten durch die von ihm bevollmächtigte Treuhandgesellschaft, mit notariellem Vertrag vom 21. 12. 1995 unter Übernahme von vier Anteilen von je 15000 DM bei. Seine Einlage wurde von der Treuhandgesellschaft, an die die Kl. die Darlehensvaluta ausgezahlt hatte, der Fondsgesellschaft zugeleitet. Den vom Bekl. monatlich zu leistenden Zins- und Prämienzahlungen standen zunächst planmäßige Ausschüttungen aus Mieteinnahmen durch die Fondsgesellschaft gegenüber. Als die Ausschüttungen ab Sommer 2000 ausblieben, konnte der Bekl. die monatliche Zinslast nicht mehr tragen. Er stellte die Zinszahlungen an die Kl. ein, die daraufhin das Darlehen fällig stellte und zum 6. 12. 2000 Rückzahlung von 68 985,60 DM verlangte. Mit Anwaltsschreiben vom 10. 4. 2001 ließ der Bekl. seinen Beitritt zur Fondsgesellschaft gem. § 123 BGB anfechten, hilfsweise seine Mitgliedschaft in der Gesellschaft fristlos, hilfsweise fristgerecht, kündigen. Der Bekl. ist der Ansicht, von den Vertreibern der Fondsanteile über den Wert des Anlageobjekts getäuscht worden zu sein. Es sei, wie den Fondsbetreibern bekannt gewesen sei, nur 5,8 Mio. DM wert gewesen, die Fondsgesellschaft habe es jedoch für insgesamt 10,8 Mio. DM erworben. Angesichts der den Anlegern verschwiegenen „weichen Kosten“ in Millionenhöhe sei es ausgeschlossen gewesen, dass die Kapitalanlage jemals Gewinn abwerfen würde. Die Kl. müsse sich die Arglist der Fondsbetreiber entgegenhalten lassen. Der Bekl. hat im Wege der Widerklage Rückzahlung der an die Kl. geleisteten Zinsbeträge von 12 072,49 DM sowie Freistellung von sämtlichen Verpflichtungen aus seinem Beitritt zur Fondsgesellschaft verlangt.

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben und

die Widerklage abgewiesen. Mit seiner — zugelassenen — Revision erstrebte der Bekl. die Abweisung der Klage und die Verurteilung der Kl. gemäß seinen Widerklageanträgen. Die Revision hatte Erfolg und führte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, dem unstreitigen Darlehensrückzahlungsanspruch der Kl. stünden Gegenrechte des Bekl. weder aus dem Gesichtspunkt der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten noch auf Grund Einwendungsdurchgriffs nach dem Verbraucherkreditgesetz (in der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung) wegen arglistiger Täuschung beim Fondsbeitritt gegenüber.

Deshalb fehle es auch für die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche an einer Grundlage. Eine Aufklärungspflichtverletzung seitens der Kl. liege nicht vor, weil diese keinen konkreten Wissensvorsprung im Hinblick auf die vom Bekl. behauptete Wertlosigkeit der Gesellschaftsbeteiligung gehabt und auch die neutrale Rolle der Kreditgeberin nicht verlassen habe. Eine arglistige Täuschung der Anlagegesellschafter durch die Initiatorin bzw. die von ihr eingesetzte Vertriebsorganisation führe, weil sie bei Publikumsgesellschaften den Gesellschaftern nicht zurechenbar sei, nicht zu einem Schadensersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft, den der Bekl. der Kl. entgegenhalten könnte. Der getäuschte Gesellschafter könne seine Mitgliedschaft nur nach den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft beenden, die jedoch im Verhältnis zur Finanzierungsbank nicht zur Entkräftung des Darlehensrückzahlungsanspruchs führten. § 9 III VerbrKrG sei auf Fälle der finanzierten Beteiligung an einer Fondsgesellschaft weder unmittelbar noch gem. § 9 IV VerbrKrG entsprechend anwendbar, weil es bei der Gesellschaftsbeteiligung an einem Austauschverhältnis der Leistungen fehle. Jedenfalls aber stünden die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft der Anwendung des § 9 III VerbrKrG entgegen, da sie dem getäuschten Gesellschafter nicht eine Rückabwicklung der Beteiligung ermöglichten, sondern ihm lediglich einen Abfindungsanspruch nach Maßgabe des § 738 BGB gewährten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

I. Keine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung durch die Kl.

Ohne Erfolg muss die Revision allerdings bleiben, soweit sie sich dagegen wendet, dass das BerGer. die Verletzung einer eigenen vorvertraglichen Aufklärungspflicht durch die Kl. vemeint hat. Die Ausführungen des BerGer., wonach die Prüfung der wirt-

schaftlichen Zweckmäßigkeit des zu finanzierenden Geschäfts nicht zu den vorvertraglichen Aufgaben der finanzierenden Bank gehört, steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. GH, NJW 2000, 3558 = NZG 2000, 1215 = ZIP 2000, 1430, und BGH, NJW-RR 2000, 1576 = ZIP 2000, 1483). Ebenso wenig lässt es einen Rechtsfehler erkennen, wenn das BerGer. sich auf der Grundlage des Sachvortrags des Bekl. außer Stande gesehen hat, das Vorliegen von Umständen festzustellen, unter denen die Bank nach dieser Rechtsprechung ausnahmsweise zur Aufklärung und Warnung des Kunden verpflichtet sein kann. Der Bekl. hat weder schlüssig darlegen können, dass die Kl. einen konkreten, auch von ihr selbst als solchen erkannten Wissensvorsprung im Hinblick auf die von ihm behauptete Wertlosigkeit der Gesellschaftsbeteiligung besessen noch dass sie über ihre Rolle als neutrale Kreditgeberin hinausgegangen sei. Der auch in der Revisionsinstanz wiederholte, als übergegangen gerügte Vortrag des Bekl., die Kl. müsse die Anlage zwangsläufig detailliert geprüft haben, weil sie im Gegensatz zu anderen Banken in Kenntnis des Emissionsprospekts fast alle Anteile finanziert und diese als Sicherheit akzeptiert habe, reicht dazu ersichtlich nicht aus. In Ermangelung eigener Aufklärungspflichten kann die Kl. auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss für etwa unterlassene Aufklärungen der Anleger durch den Anlagevermittler verantwortlich gemacht werden.

II. Anwendbarkeit des Einwendungsdurchgriffs gem. § 9 VerbrKrG a.F. (= § 359 BGB n.F.)

Dagegen begegnet die Entscheidung des BerGer. zur Frage der Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes (in seiner bis zum 30. 9. 2000 geltenden Fassung) durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Entgegen der Ansicht des BerGer. findet § 9 III VerbrKrG auf durch Kredit finanzierte Beteiligungen an einer Anlagegesellschaft Anwendung. Der durch Verletzung der ihm geschuldeten Aufklärung zum Beitritt veranlasste Anleger kann sein Recht zur jederzeitigen fristlosen Beendigung seiner Beteiligung und Auszahlung seines Abfindungsguthabens bei Vorliegen eines Verbundgeschäfts auch gegenüber dem finanzierenden Institut geltend machen. Daher trägt auch die Begründung des BerGer. für die Abweisung der Widerklage nicht.

1. Anlagenbeitritt als finanzierbares Geschäft gem. § 9 IV VerbrKrG a.F.

Die Vorschriften des § 9 I - III VerbrKrG gelten nach § 9 IV dieses Gesetzes entsprechend für Kredite, die zur Finanzierung des Entgelts für eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache gewährt werden. Bei dem Erwerb einer Beteiligung an einer Anlagegesellschaft handelt es sich um ein Geschäft über eine andere Leistung als die Lieferung einer Sache. Das ergibt

sich aus dem Zweck der Regelungen des § 9 VerbrKrG, den Verbraucher davor zu schützen, einen Kredit auch dann in voller Höhe zurückzahlen zu müssen, wenn der Vertragspartner des finanzierten Geschäfts seine Leistungen nicht oder nicht vertragsgemäß erbringt. Diesem Zweck wird die vom BerGer. angenommene Begrenzung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf Fälle, die dem Grundmodell des kaufrechtlichen Leistungsaustauschs entsprechen, nicht gerecht.

2. Verbundenes Geschäft von Kreditvertrag und Anlagenbeitritt

Der Vertrag des Bekl. über den Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung bildet nach § 9 I 1 VerbrKrG ein mit dem Kreditvertrag der Parteien verbundenes Geschäft, da der Kredit der Finanzierung der Gesellschaftseinlage des Bekl. diene und beide Verträge als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind. Die wirtschaftliche Einheit wird nach § 9 I 2 VerbrKrG unwiderleglich vermutet, wenn sich der Kreditgeber bei der Vorbereitung oder dem Abschluss des Kreditvertrags der Mitwirkung des Verkäufers bedient, was im Falle des Beitritts zu einem geschlossenen Immobilienfonds der Mitwirkung der Fondsgesellschaft entspricht. Von einer Mitwirkung der Fondsgesellschaft ist auszugehen, wenn der Kreditvertrag nicht auf Grund eigener Initiative des Kreditnehmers zu Stande kommt, der von sich aus eine Bank um die Finanzierung seines Gesellschaftsbeitritts ersucht, sondern deshalb, weil der Vertriebsbeauftragte des Fondsvertreibers dem Interessenten zugleich mit den Beitrittsunterlagen einen Kreditantrag des Finanzierungsinstituts vorgelegt hat, das sich zuvor dem Fondsvertreiber gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hatte. Der Bekl. hat den Kredit, wie dies nach dem Anlagekonzept der Initiatorin der Fondsgesellschaft vorgesehen war, durch Unterzeichnung eines ihm vom Vermittler der Fondsbeteiligung vorgelegten Antragsformulars der Kl. beantragt.

3. Vorliegen einer durchgreifenden Einwendung

Der Bekl. kann die Rückzahlung des Kredits gem. § 9 III VerbrKrG insoweit verweigern, als ihm infolge der fristlosen Kündigung seiner Beteiligung an der Fondsgesellschaft gegen diese ein Abfindungsanspruch zusteht.

a. Keine Einwendung wegen Täuschung beim Vertragsabschluss

Im Ergebnis zutreffend ist das BerGer. davon ausgegangen, dass dem Anleger auf Grund einer Täuschung durch die Initiatoren bzw. die von ihnen eingesetzte Vertriebsorganisation kein Anspruch auf Schadensersatz aus Verhandlungverschulden gegen die Fondsgesellschaft zusteht, den er über § 9 III VerbrKrG dem Anspruch des finanzierenden Kreditinstituts entgegenhalten könnte. Der Grund liegt nach

ständiger Rechtsprechungspraxis in der Überlegung, dass bei rein kapitalistisch organisierten Gesellschaftsbeteiligungen der einzelne Gesellschafter auf die Beitrittsverträge neuer Gesellschafter keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten hat und demgemäß die Gesellschafter dem am Beitritt interessierten Dritten gegenüber überhaupt nicht in Erscheinung treten. Der (getäuschte) Beitrittswillige bringt regelmäßig nur dem die Verhandlung führenden Vertreter der Gesellschafter, nicht aber diesen oder der Gesellschaft Vertrauen entgegen. Daher ist es gerechtfertigt, nur diesen Vertreter persönlich und nicht auch die übrigen Gesellschafter haften zu lassen. Anders lässt sich eine geordnete Auseinandersetzung der Fondsgesellschaft nach dem Regelwerk über die fehlerhafte Gesellschaft bzw. den fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt nicht durchführen (vgl. H.P. Westermann, ZIP 2002, 240 [243, 245]).

b. Kein Anspruch auf Rückzahlung der Gesellschaftseinlage

Ebenso wenig steht dem Anspruch des finanzierenden Kreditinstituts als Gegenstand eines Einwendungsdurchgriffs nach § 9 III VerbrKrG ein Anspruch des Anlegers gegen die Fondsgesellschaft auf ungeschmälerter Rückerstattung seiner Einlage entgegen. Dies folgt zwar nicht bereits daraus, dass die Einlage schon geleistet ist. Da in der Situation des Verbundgeschäfts die Forderung aus dem entgeltlichen Vertrag nach § 9 IV VerbrKrG mittels der zumeist von dem Finanzierungsinstitut direkt an den Gläubiger ausgezahlten Kreditsumme bereits beglichen ist, fingiert § 9 III 1 VerbrKrG die Nichterbringung der Leistung gegenüber dem Verkäufer („berechtigten würde“), so dass zu fragen ist, ob der Kreditnehmer, wenn er die geschuldete Leistung an den Gläubiger des finanzierten Vertrags noch nicht erbracht hätte, berechtigt wäre, sie zu verweigern. Ist die Frage zu bejahen, ist der Kreditnehmer auch gegenüber der Bank zur Verweigerung der Bezahlung der noch offen stehenden Kreditraten berechtigt (Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 13. Aufl. [2001], § 9 VerbrKrG Rdnrn. 66, 75; Habersack, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 9 VerbrKrG Rdnr. 74; ders., BankR 2000, 235 [243]; Bülow, VerbrKrG, 4. Aufl., § 9 Rdnr. 104).

Das Fehlen eines Anspruchs auf ungeschmälerter Rückerstattung der Einlage folgt jedoch aus den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft. Danach führt ein fehlerhafter Gesellschaftsbeitritt grundsätzlich nicht zur Unwirksamkeit des Beitritts nach allgemeinen Grundsätzen. Der Gesellschaftsbeitritt ist vielmehr, wenn er in Vollzug gesetzt worden ist, zunächst wirksam. Der Gesellschafter, der sich auf den Mangel berufen will, hat aber das Recht, sich jederzeit auf dem Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft zu lösen. An die Stelle des ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden An-

spruchs auf Rückzahlung der geleisteten Einlage tritt — auch bei einem durch arglistige Täuschung verursachten Beitritt — ein Anspruch auf das ihm nach den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Abwicklung zustehende Abfindungsguthaben. Dessen Höhe bemisst sich nach dem Wert der Beteiligung im Kündigungszeitpunkt, weil der Anleger, da seiner Kündigung nach den Regeln des Gesellschaftsrechts keine Rückwirkung zukommt, an den bis zu diesem Zeitpunkt eingetretenen Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft im Verhältnis seiner Beteiligung teilnimmt.

c. Fristlose Kündigung wegen fehlerhaften Gesellschaftsbeitritts; keine Verwirkung

Das Recht zur fristlosen Kündigung der Beteiligung, das dem unter Verletzung einer Aufklärungspflicht oder sogar unter arglistiger Täuschung zur Beteiligung veranlassen und damit fehlerhaft beigetretenen Anlagegesellschafter zusteht, unterliegt anders als ein Schadensersatzanspruch nicht der Verjährung, sondern nur der Verwirkung. Es braucht daher nicht in einer bestimmten Frist nach Kenntniserlangung von dem Mangel geltend gemacht zu werden, sondern ist erst verwirkt, wenn sich die Gesellschaft wegen der Untätigkeit des getäuschten Anlegers über einen gewissen Zeitraum hinweg („Zeitmoment“) bei objektiver Beurteilung darauf einrichten durfte und eingerichtet hat, dieser werde von seinem Recht nicht mehr Gebrauch machen („Umstandsmoment“), und die verspätete Geltendmachung daher gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstieße. Das Kündigungsrecht kann unmittelbar der Fondsgesellschaft gegenüber ausgeübt werden, aber auch dadurch, dass der getäuschte Anleger (lediglich) dem Finanzierungsinstitut mitteilt, er sei durch Täuschung zum Erwerb der Beteiligung veranlasst worden, und ihm die Übernahme seines Gesellschaftsanteils anbietet. Diese Mitteilung an das Finanzierungsinstitut genügt mit Rücksicht darauf, dass Fondsbeitritt und Kreditvertrag ein verbundenes Geschäft bilden. Soweit sich aus den Entscheidungen des XI. Zivilsenats des BGH vom 27. 6. 2000 (NJW 2000, 3558 und NJW-RR 2000, 1576) etwas anderes ergeben sollte, hält der XI. Zivilsenat daran nicht mehr fest, wie er auf Anfrage mitgeteilt hat.

4. Abfindungsanspruch als durchgreifende Einwendung

Mit der Berufung auf den Abfindungsanspruch macht der Anleger eine Einwendung i. S. des § 9 III VerbrKrG geltend. Hätte er seine Gesellschaftseinlage noch nicht erbracht, so könnte er deren Zahlung zwar nicht verweigern, weil seine Kündigung die Einlageverpflichtung nicht rückwirkend entfallen ließ. Er könnte der Einlageforderung jedoch im Wege der *dolo-facit*-Einrede seinen Abfindungsanspruch entgegensetzen oder mit diesem Anspruch gegen den Einlageanspruch aufrechnen.

Das BerGer. hat unterstellt, dass der Bekl. durch arglistige Täuschung — Verschweigen von so genannten „weichen Kosten“ in Höhe mehrerer Millionen DM — durch die von den Fondsbetreibern als Vermittler eingeschaltete Vertriebsperson zum Erwerb der Fondsbeteiligung bestimmt wurde. Es ist auf dieser Grundlage rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass dem Beitritt des Bekl. damit ein Mangel anhaftete, aus dem ihm zwar kein Schadensersatzanspruch gegen die Fondsgesellschaft erwachsen konnte, der ihn aber nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft zur fristlosen Kündigung seiner Beteiligung berechnigte. Da der Bekl. seine Beteiligung an der Fondsgesellschaft unstreitig im April 2001 dieser gegenüber gekündigt hat und von einer Verwirkung des Kündigungsrechts keine Rede sein kann, weil eine Kenntnis des Bekl. von der arglistigen Täuschung frühestens ab Ausbleiben der Ausschüttungen der Mieteinnahmen im Sommer 2000 angenommen werden kann, verweigert er im Hinblick auf den ihm gegen die Fondsgesellschaft zustehenden Abfindungsanspruch mit Recht gem. § 9 III VerbrKrG die Begleichung der noch offenen Rückzahlungsansprüche der Kl.

III. Zur Widerklage auf Rückzahlung geleisteter Zinszahlungen

Mit seinem auf Rückzahlung geleisteter Zinszahlungen gerichteten Widerklageantrag macht der Bekl. einen Anspruch auf Grund so genannten Rückforderungsdurchgriffs entsprechend § 9 II 4 VerbrKrG geltend. Dieser Anspruch erweist sich auf der Grundlage der vom BerGer. angenommenen arglistigen Täuschung des Bekl. als begründet.

1. Zur Anwendbarkeit des Rückforderungsdurchgriffs gem. § 9 II 4 VerbrKrG a.F.

Das Gesetz sieht den Rückforderungsdurchgriff in der bezeichneten Vorschrift für den Fall des (berechtigten) Widerrufs der auf den Abschluss des Kreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers gem. § 7 I VerbrKrG vor; eine entsprechende Regelung fehlt in § 9 III VerbrKrG. Die Entstehungsgeschichte des Verbrauchercreditgesetzes bietet jedoch keinen Anhalt für die Annahme, § 9 III VerbrKrG sei als abschließende Regelung im Sinne einer negativen Entscheidung des Gesetzgebers zu verstehen, die einen §§ 9 II 4, 7 I VerbrKrG entsprechenden Rückforderungsdurchgriff im Falle des § 9 III VerbrKrG ausschließt. Die Gesetzesmaterialien sprechen vielmehr nachdrücklich für das Gegenteil. Der in der Begründung des Referentenentwurfs noch enthaltene Hinweis „Andererseits gewährt der Entwurf dem Verbraucher auch keinen Forderungsdurchgriff (Rückforderungsanspruch). Eine Haftung des Kreditgebers für einen Rückforderungsanspruch des Verbrauchers gegenüber dem Verkäufer ist ausgeschlossen“ (ReferentenE v. 10. 6. 1988, S. 34) wurde im Regierungsentwurf gestrichen (BT-Dr

11/5462, S. 23). § 9 III VerbrKrG ist damit als offene Vorschrift zu lesen, durch die der Gesetzgeber die Frage des Rückforderungsdurchgriffs bewusst Rechtsprechung und Lehre überlassen hat (Reinking/Nießen, ZIP 1991, 79 [84]; Vollkommer, in: FS Metz, 5. 595, 603; Goebbels, Der Rückforderungsdurchgriff des Verbrauchers im Rahmen der Rückabwicklung verbundener Geschäfte i. S. des § 9 Verbrauchercreditgesetz, Diss. Bonn 2000, S. 46ff.). Nach Ansicht des Senats besteht ein unabweisbares Bedürfnis, auch im Anwendungsbereich des § 9 III VerbrKrG eine Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach Maßgabe der für das finanzierte Vertragsverhältnis geltenden Regeln zuzulassen. Im Rahmen finanzieller Fondsbeteiligungen spricht für diesen Ansatz, dass er einerseits wegen der Minderung des Rückzahlungsanspruchs um die Verlustbeteiligung das Anlagerisiko beim Verbraucher belässt — wie bei jedem anderen Anleger auch — und dass andererseits die Bank und nicht der Verbraucher das Risiko der Insolvenz der Fondsgesellschaft trägt. Zugleich wird damit dem Grundprinzip Rechnung getragen, dass das Verbrauchercreditgesetz nicht vor allen Folgen einer fehlerhaften Kapitalanlage schützen und den Verbraucher, der eine Beteiligung über einen Kredit finanziert, nicht gegenüber Anlegern, die ihre Fondsbeteiligung eigenfinanziert haben, privilegieren will.

2. Übertragung auf den vorliegenden Fall

In concreto bedeutet dies: Ist der Nettokreditbetrag der Fondsgesellschaft — wie im Falle des Bekl. — bereits zugeflossen, tritt das Kreditinstitut im Verhältnis zum Anleger bei der Rückabwicklung in die Rechte und Pflichten der Fondsgesellschaft ein. Im Übrigen erfolgt die Rückabwicklung gem. §§ 9 II 4, 7 IV VerbrKrG nach § 3 HWiG. Das führt dazu, dass der Anleger nicht mehr zur Rückzahlung des Kredits verpflichtet ist, sondern das Kreditinstitut seinen Anspruch auf Rückzahlung der Darlehensvaluta mit seiner aus der Einnahme der Stellung der Fondsgesellschaft resultierenden Verpflichtung zur Auszahlung des Abfindungsguthabens des Anlegers zu saldieren hat (vgl. H. P. Westermann, ZIP 2002, 240 [248]). Der Anleger bleibt, da ihm das Anlagerisiko nicht abgenommen werden und er auch gegenüber dem die Beteiligung aus eigenen Mitteln finanzierenden Gesellschafter nicht privilegiert werden soll, verpflichtet, in dem Fall, dass sein Abfindungsguthaben niedriger ist als die noch offene Darlehensvaluta, die Differenz an das Finanzierungsinstitut zu zahlen. Die Bank trägt die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen und die Höhe des ihr gegen den Verbraucher etwa noch zustehenden Anspruchs. Deshalb ist sie auch hinsichtlich der Höhe des zu berücksichtigenden Abfindungsguthabens des Anlegers darlegungs- und beweispflichtig. Der Anleger, der — wie der Bekl. — seine Beteiligung gekündigt hat, muss dem Kreditinstitut seinen

Anspruch auf das Abfindungsguthaben zur Verfügung stellen, um es in die Lage zu versetzen, das Guthaben bei der Fondsgesellschaft einzufordern. Der Kreditgeber trägt das Risiko, das Abfindungsguthaben nicht realisieren zu können. Er kann sich bei dessen Uneinbringlichkeit nicht entsprechend § 128 HGB an die übrigen Gesellschafter des Fonds halten, weil nach der Rechtsprechung des Senats bei Publikumsgesellschaften eine Haftung der Gesellschafter für auf Beitrittsmängeln oder arglistiger Täuschung durch Initiatoren und Gründer der Gesellschaft beruhende Abfindungsforderungen von Mitgesellschaftern nicht in Betracht kommt. Sofern sich aus der Entscheidung BGHZ 148, 201 (206f.) = NJW 2001, 2718 = NZG 2001, 936, etwas anderes ergeben sollte, hält der Senat daran nicht fest. Das Kreditinstitut hat entsprechend § 3 III HWiG Anspruch auf Nutzungsentschädigung für die Zeit ab Auszahlung der Darlehensvaluta bis zur Kündigung der Beteiligung, während der Anleger analog § 9 II 4 VerbrKrG Rückzahlung der geleisteten Zins- und Tilgungsraten von ihm verlangen kann. Demnach fordert der Bekl. die unstreitig an die Kl. gezahlten Zinsleistungen von 12.072,49 DM zu Recht mit der Widerklage zurück. Weil dieser Anspruch aber nur einen Teil der zwischen den Parteien durchzufüh-

renden Rückabwicklung von Kredit und Gesellschaftsbeteiligung betrifft, kommt ihm nur die Bedeutung eines in die Gesamtabrechnung einzustellenden Rechnungspostens zu. Eine isolierte Entscheidung darüber verbietet sich, nicht zuletzt auch im Hinblick auf die bisher über die Behandlung durch Kredit finanzierter Gesellschaftsbeteiligungen bestehende Rechtsunsicherheit. Diese Rechtsunsicherheit ist ursächlich dafür, dass die Kl. Einwendungen gegen die Widerklageforderung — etwa nach der Saldierung mit dem Abfindungsguthaben des Bekl. verbleibende Ansprüche auf Darlehensrückzahlung und Nutzungsentschädigung — bislang nicht ermittelt und geltend gemacht hat.

Auch eine Entscheidung des Senats über das Freistellungsbegehren des Bekl. ist unter den gegebenen Umständen nicht veranlasst.

C. Urteilsaufhebung und Zurückverweisung ans BerGer.

Die Sache ist an das BerGer. zurückzuverweisen, damit es, nachdem die Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag erhalten haben, die noch erforderlichen Feststellungen, auch hinsichtlich der bisher nur unterstellten arglistigen Täuschung des Bekl., treffen kann.

Standort: Kaufrecht

Problem: Eigenschaft "fabrikneu"

BGH, URTEIL VOM 16.07.2003
VIII ZR 243/02 (NJW 2003, 2824)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren war vom BGH letztlich die Frage zu beantworten, ab wann ein Kfz nicht mehr als "fabrikneu" bezeichnet werden darf.

Der Kl. hatte im Juni 2000 mit der BMW Leasing GmbH einen Leasingvertrag über ein Neufahrzeug der Marke BMW 523i, Baujahr 2000 geschlossen, wobei die Bekl. als BMW-Vertragshändlerin diesen Leasingvertrag vermittelte. Am 05.09.2000 kam es dann zur Auslieferung des Fahrzeugs vorbezeichneten Typs. Im September/Oktober 2000 hatte der Hersteller BMW bei der 5er-Reihe eine sog. Modellpflege vorgenommen, sodass der vom Kl. geleaste Fahrzeugtyp nicht mehr produziert wurde. Der Kl. begehrte klageweise die Rückabwicklung des Vertrages, da die zugesicherte Eigenschaft der "Fabrikneuheit" bei dem ihm ausgelieferten Fahrzeug nicht mehr vorhanden war.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist ein als Neuwagen verkaufter PKW entgegen der in der Regel hierin liegenden konkludenten Zusicherung nicht mehr "fabrikneu", wenn das betreffende Modell im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr unverändert hergestellt wird (vgl. u.a. BGH, NJW 2000, 2018). Doch während das BerGer. als maßgeblichen Zeit-

punkt für den Modellwechsel auf den Zeitpunkt der Auslieferung der neuen Modellreihe an den Handel abstellt, verlagert der BGH den entscheidenden Moment nach vorne. Es kommt nur darauf an, wann objektiv die Produktion des bisherigen Modells beim Hersteller eingestellt bzw. verändert worden ist. Auf die Tatsache, wann der Händler oder Kunde als Außenstehender diesen Modellwechsel erkennen konnten bzw. wann die Auslieferung an die Händler stattfand, kommt es hingegen nicht an.

Im Übrigen nimmt der BGH in dieser Entscheidung noch zu der Verfahrensfrage Stellung, wann die beantragte Beweisaufnahme über eine beweisbedürftige Tatsache mangels Substanziierung abgelehnt werden darf. Dabei muss die fragliche Tatsache so ungenau sein, dass ihre Erheblichkeit nicht festgestellt werden kann oder sie gleichsam "ins Blaue hinein" aufgestellt, also rechtsmissbräuchlich ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage, wann ein erworbenes Kraftfahrzeug noch als "fabrikneu" bewertet werden darf, ist nicht nur für die Praxis, sondern auch für die Examensvorbereitung von entscheidender Bedeutung. Das Kaufrecht (§§ 433 ff. BGB) gehört zum klassischen Examensstoff für die juristische Prüfung, wobei der Schwerpunkt überwiegend auf dem Gebiet des Gewährleistungsrechts liegt.

Somit muss damit gerechnet werden, dass in der Zivilrechtsklausur auch danach gefragt wird, wann ein Kraftfahrzeug als sachmangelhaft gem. § 434 I 1 BGB bezeichnet werden darf, weil es nicht mehr „fabrikneu“ ist. Nach § 434 I 1 BGB weist die Kaufsache einen Sachmangel auf, wenn die Ist-Beschaffenheit von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht. Zum vertraglich Vereinbarten gehört dann auch die Eigenschaft der „Fabrikneuheit“.

Daher ist diese Entscheidung, auch wenn sie sich auf Vorschriften des alten Kaufrechts vor der Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 bezieht, durchaus lesenswert.

Nach altem Kaufrecht konnte wegen einer zugesicherten Eigenschaft der Kaufvertrag gewandelt (§§ 459 II, 462 BGB a.F.) bzw. verschuldensunabhängig Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 463 S.1 BGB a.F.) verlangt werden. Daran hat sich infolge der Schuldrechtsreform im Ergebnis nichts geändert; fehlt die versprochene „Fabrikneuheit“ kann der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 323 I BGB) und verschuldensunabhängig Schadensersatz statt der Leistung verlangen (§§ 437 Nr. 3, 280 ff. BGB), wobei eine Zusicherung heutzutage als Garantie gewertet wird (§§ 443, 276 I 1 BGB).

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Problematik: *OLG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2001, 166

Kursprogramm:

Examenskurs: „Das gebrauchte Cabrio“

Leitsatz:

Ein als Neuwagen verkaufter Pkw ist entgegen der in der Regel hierin liegenden konkludenten Zusicherung nicht mehr „fabrikneu“, wenn das betreffende Modell im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr unverändert hergestellt wird (Bestätigung von BGH, NJW 2000, 2018).

Sachverhalt:

Im Sommer 2000 schloss die Kl. mit der BMW Leasing GmbH einen Leasingvertrag über ein Neufahrzeug BMW 523 i, Baujahr 2000. Der Vertrag wurde durch die Bekl., die als BMW-Vertragshändlerin ein Autohaus betreibt, vermittelt. Zuvor hatte die Kl. ein mit „Neue Kraftfahrzeuge-Bestellung“ überschriebenes Formular unterzeichnet. Das Bestellformular ist auf den 19. 6. 2000, die Auftragsbestätigung der Bekl. auf den 21. 6. 2000 datiert. Der undatierte Leasingantrag der Kl. wurde unter dem 20. 6. 2000 von der BMW Financial Services — BMW Bank GmbH im Namen und für Rechnung der BMW Leasing GmbH bestätigt. In dem Leasingvertrag hat die Leasinggeberin ihre Gewährleistungsansprüche an die Kl. abgetre-

ten. Am 5. 9. 2000 übergab die Bekl. das Fahrzeug, das bereits im Februar 2000 an sie ausgeliefert worden war, an die Kl. Gleichzeitig gab die Kl. ein Anfang 1999 durch die Vermittlung der Bekl. geleastes Auto desselben Typs, das sich von dem neuen Fahrzeug nur durch die manuell gesteuerte Klimaanlage unterschied, zurück. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der Hersteller BMW bei der 5er-Reihe spätestens im September/Oktober 2000 eine so genannte Modellpflege vornahm, die unter anderem dazu führte, dass der von der Kl. geleaste Typ 523 i nicht mehr produziert wurde. Nach vorangegangenem Schriftwechsel begehrt die Kl. mit ihrer Klage die Rückabwicklung des Kaufvertrags im Wege der Wandelung bzw. des Schadensersatzes mit der Begründung, dem Wagen habe eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt, weil es sich nicht um ein Neufahrzeug gehandelt habe. Überdies habe die Bekl. bei Vertragsabschluss, der tatsächlich erst Ende August 2000 erfolgt sei, ihr gegenüber arglistig verschwiegen, dass eine „Modellpflege“ bevorstehe. Zur Verschleierung ihrer diesbezüglichen Hinweispflichtverletzung habe die Bekl. die Urkunden auf Juni 2000 zurückdatiert. Die Bekl. hat behauptet, sie habe die Kl. darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Pkw um ein Lagerfahrzeug gehandelt habe. Eine Pflicht zur Aufklärung über den bevorstehenden Modellwechsel habe nicht bestanden, weil der Vertrag bereits im Juni 2000 abgeschlossen worden sei.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. hat das OLG zurückgewiesen. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer., dessen Urteil in VersR 2003, 517 abgedruckt ist, hat im Wesentlichen ausgeführt:

Entgegen der Auffassung der Kl. fehle dem Pkw keine zugesicherte Eigenschaft. Zwar liege in dem Abschluss eines Kaufvertrags über ein Neufahrzeug die entsprechende (stillschweigende) Zusicherung des Verkäufers. Auch wenn man aber zu Gunsten der Kl. davon ausgehe, dass der Vertrag erst Ende August abgeschlossen worden und der Modellwechsel bereits Anfang September 2000 erfolgt sei, sei die Zusicherung „Neufahrzeug“ noch erfüllt. „Fabrikneu“ sei ein Neufahrzeug nach der Rechtsprechung insbesondere des BGH dann nicht, wenn das Modell im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr unverändert hergestellt werde. Der Zeitpunkt der werksinternen Produktionsumstellung, der dem Händler und dem Käufer häufig verschlossen bleibe, könne nach dieser Rechtsprechung aber nicht eindeutig als maßgeblich angesehen werden. Vielmehr sei in Übereinstimmung mit einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des BGH vom 3. 12. 1998 (NJW 1999, 2190) auf den Zeitpunkt der Auslieferung des neuen Modells an den Handel ab-

zustellen. Bis dahin sei es gerechtfertigt, die Fahrzeuge der alten Modellserie noch als Neufahrzeuge im Rechtssinne anzusehen. Soweit die Kl. in der Berufungsinstanz erstmals behauptet habe, schon zum Zeitpunkt des Verkaufs sei mit der Auslieferung der neuen Modelle begonnen worden, sei dies unsubstanziert. Der Kl. stehe ein Schadensersatzanspruch auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen zu. Solange die Auslieferung der Fahrzeuge der neuen Modellserie an die Händler noch nicht begonnen habe, sei der Verkäufer nicht verpflichtet, von sich aus auf den bevorstehenden Modellwechsel hinzuweisen. Wenn es dem Kunden hierauf entscheidend ankomme, könne er sich durch Nachfrage beim Händler entsprechend absichern.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Ausführungen des BerGer. halten der rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand. Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand kann ein Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 S. 1 BGB a. F., Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB) nicht verneint werden.

I. Rechtsprechung des BGH zum Begriff „fabrikneu“

Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein als Neuwagen verkaufter Pkw entgegen der in der Regel hierin liegenden konkludenten Zusicherung nicht mehr „fabrikneu“, wenn das betreffende Modell im Zeitpunkt des Verkaufs nicht mehr unverändert hergestellt wird (NJW 1980, 1097 [unter II 2c]; NJW 1980, 2127 = WM 1980, 1068 [unter II 1 und 3]; NJW 2000, 2018 = WM 2000, 1646 [unter II 1 a und 2 a] = BGHR BGB § 459 II Eigenschaft, zugesicherte 26, BGHR BGB § 463 S. 1, Zusicherung 5). Zwar geht auch das BerGer. von diesem Grundsatz aus; es meint jedoch, der Zeitpunkt der fabrikinternen Produktionsumstellung sei jener Rechtsprechung nicht eindeutig als maßgeblich zu entnehmen; vielmehr sei auf den Zeitpunkt der Auslieferung der neuen Modellserie an den Handel abzustellen. Dem ist nicht zu folgen. Wenn der Senat in den angeführten Entscheidungen auf die „unveränderte Herstellung“ eines Fahrzeugmodells abgestellt hat, ist damit ausgesprochen, dass die Einstellung der Produktion des bisherigen Modells den maßgebenden Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage darstellt, ob ein angebotenes Fahrzeug noch als „fabrikneu“ in dem dargelegten Sinn anzusehen ist. Dieser Zeitpunkt ist objektiv feststellbar. Darauf, ob der Händler oder Kunden als Außenstehende ihn erkennen können, kommt es entgegen der Auffassung des BerGer. nicht an. Der Umstand, dass die gesamte Produktionsumstellung von einem auf ein neues oder anderes Pkw-Modell wegen der erforderlichen Umrüstung der Produktionsanlagen, etwa damit verbundener Werksferien und der Anlaufzeit für die Herstellung des neuen Typs, möglicherweise mehrere Wochen in Anspruch nimmt,

spricht deshalb nicht dagegen, die Produktionsumstellung als maßgeblichen Zeitpunkt anzusehen, ab wann ein Fahrzeug nicht mehr unverändert hergestellt wird und das betreffende Modell demzufolge nicht mehr als fabrikneu im Sinne der Rechtsprechung des BGH zu beurteilen ist. Soweit das BerGer. in diesem Zusammenhang auf die Auslieferung des neuen Modells an den Handel abstellen will, würde dies im Übrigen den berechtigten Interessen des Käufers zuwiderlaufen, weil der maßgebende Zeitpunkt noch weiter hinausgeschoben werden würde.

II. Unzureichende Sachverhaltsaufklärung des BerGer.

Das BerGer. unterstellt, dass der Kaufvertrag erst Ende August 2000 geschlossen worden ist. Verfahrensfehlerhaft ist es dabei jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, dem unter Beweis gestellten Vortrag der Kl. nicht nachgegangen, dass das von ihr bestellte Modell ab den Werksferien nicht mehr produziert und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also Ende August 2000, schon mit der Auslieferung der neuen Modelle begonnen worden sei. Darin lag zugleich die Behauptung, die Produktion des Typs 523i sei bereits vor Vertragsschluss eingestellt worden. Das OLG ist auf diesen — von der erstinstanzlichen Klagebegründung teilweise abweichenden — Vortrag der Kl. nicht näher eingegangen, weil es ihn für nicht hinreichend substantiiert gehalten und unter anderem Ausführungen dazu vermisst hat, woher die Kl. ihre Kenntnis von dem Zeitpunkt der Auslieferung hatte. Diese Erwägungen rechtfertigten ein Absehen von der beantragten Beweiserhebung nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf die Beweisaufnahme über eine beweiserhebliche Tatsache nur dann abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Behauptung so ungenau ist, dass ihre Erheblichkeit nicht beurteilt werden kann, oder wenn sie gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt und deshalb rechtsmissbräuchlich ist (Senat, NJW 1996, 394 [unter III] = BGHR ZPO § 138 Abs. 1, Prozessvortrag 1 m. w. Nachw.). Beides war hier nicht der Fall. Die Behauptung der Kl., die Auslieferung des neuen Modells der 5er-Reihe habe bereits vor dem — nach ihrem Vorbringen Ende August 2000 erfolgten — Abschluss des Kaufvertrags begonnen, war hinreichend genau, um damit ihre Erheblichkeit beurteilen und bejahen zu können. Insbesondere war es nicht erforderlich, dass die Kl. den genauen Zeitpunkt des Auslieferungsbeginns benannte; denn es lag auf der Hand, dass sich dieser Vortrag auf einen eng umgrenzten Zeitraum von allenfalls einigen Wochen vor Ende August bezog. Das war ausreichend substantiiert. Anhaltspunkte für eine Behauptung „ins Blaue hinein“ liegen nicht vor. Schließlich war die Kl. auch nicht aus Rechtsgründen gehindert, in ihrer Berufungsbegründung in teilweiser Abweichung von ihrem erstinstanzlichen Vorbringen Ausführungen zum Beginn

der Auslieferung des neuen Modells zu machen, zumal der jetzige Vortrag sich nur unwesentlich von der früheren Behauptung unterschied, die technischen Änderungen seien „mit Wirkung ab dem 1. 9. 2000“ vorgenommen worden (vgl. auch Senat, NJW 1996, 394 [unter III]).

C. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Es war daher auf die Revision der Kl. aufzuheben. Zugleich war die Sache, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, an das BerGer. zu-

rückzuverweisen (§§ 562 I, 563 I ZPO). Sollte die neue Berufungsverhandlung ergeben, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Produktion des älteren Modells noch nicht eingestellt war, dennoch aber die neuen Modelle der 5er-Reihe bereits im Handel angeboten wurden, wird das OLG erneut zu prüfen haben, ob der Schadensersatzanspruch der Kl. unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht über den Modellwechsel begründet ist (vgl. dazu Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rdnr. 214).

Standort: Zivilprozessrecht

Problem: Erledigungszeitpunkt bei Aufrechnung

BGH, URTEIL VOM 17.07.2003
IX ZR 268/02 (NJW 2003, 3134)

Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil hat der BGH zu der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage Stellung genommen, wann ein Rechtsstreit infolge einer im Prozess erklärter Aufrechnung erledigt ist, wenn die Aufrechnungslage schon vor Zustellung der Klage bestanden hat. Strittig war nämlich, ob es dafür auf die Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB) oder - aufgrund der ex-tunc-Wirkung - den Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage (§§ 387, 389 BGB) als Erledigungsmoment ankommt. Diese Frage ist deshalb von so weitreichender Bedeutung, weil nur das erledigende Ereignis nach Rechtshängigkeit (§§ 253, 261 ZPO) vom BGH als maßgeblich erachtet wird. Ein Teil der jüngeren Rechtsprechung und die überwiegende Kommentarliteratur sehen wegen der materiell-rechtlichen Rückwirkung nach § 389 BGB die Aufrechnungslage als erledigendes Ereignis an und verneinen demnach, wenn die Aufrechnungslage schon vor Klageerhebung bestanden hat, eine Erledigung der Hauptsache. Die Gegenansicht hält demgegenüber die durch § 389 BGB angeordnete Rückwirkung als lediglich materiell-rechtliche Fiktion für die verfahrensmäßige Frage der Erledigung der Hauptsache für bedeutungslos und stellt auf den tatsächlichen Vorgang der Aufrechnungserklärung als erledigendes Ereignis ab.

Der BGH schließt sich für den Fall, dass die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung bestanden hat, der Auffassung an, dass nicht die Aufrechnungslage, sondern erst die Aufrechnungserklärung das erledigende Ereignis darstellt. Ein erledigendes Ereignis ist der Eintritt einer Tatsache mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage. Die materiell-rechtliche Wirkung, die bei der Aufrechnung die Geltendmachung der Klageforde-

rung berührt, ist deren Erlöschen. Dieser Erfolg wird aber, wie § 389 BGB eindeutig besagt, erst durch die Aufrechnung, das heißt durch die Aufrechnungserklärung bewirkt und nicht bereits durch die Aufrechnungslage. Das Vorliegen einer Aufrechnungslage führt, wenn und solange die Aufrechnung nicht erklärt wird, noch nicht zum Erlöschen der beiderseitigen Forderungen. Tritt die Erlöschungswirkung erst mit der Erklärung der Aufrechnung ein, so war die Klage bis dahin zulässig und begründet. Die Regelung von § 389 BGB als reine Fiktionsvorschrift sowie die Abwägung der widerstreitenden Interessen ändert daran nichts.

Prüfungsrelevanz:

Zu den klassischen Prüfungsfragen auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts im Juristischen Staatsexamen gehören die Prozesshandlungen der Parteien, insbesondere zur vorzeitigen Beendigung des Prozesses. Die gesetzlich nicht geregelte Möglichkeit des Klägers, den Prozess einseitig für erledigt zu erklären, soll ihm die Chance geben, sich von einem ursprünglich erfolgreichen Rechtsstreit wegen eines nachträglichen erledigenden Ereignisses lösen zu können. Der Rechtsstreit ist in der Hauptsache erledigt, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das behauptete Ereignis unzulässig und / oder unbegründet wurde (st. Rspr.; vgl. z.B. BGHZ 106, 359 [366 f.] = NJW 1989, 2885). Ein vor Eintritt der Rechtshängigkeit liegendes Ereignis kann die Hauptsache hingegen nicht erledigen (st. Rspr.; vgl. z.B. BGHZ 83, 12 [14] = NJW 1982, 1598; BGHZ 127, 156 [163]). Denn erst mit Rechtshängigkeit, also der Zustellung der Klageschrift an den Beklagten (§§ 253, 261 ZPO), entsteht das Prozessrechtsverhältnis zwischen den Parteien, das sich erledigen müsste.

Widerspricht der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers, so ändert sich die erhobene Leistungsklage in eine Feststellungsklage (§ 256 I ZPO) mit

dem Antrag, festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist (sog. Klageänderungstheorie). Stimmt hingegen der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers zu, so ist der Prozess sofort beendet und es wird vom Gericht nur noch durch Beschluss über die Kosten des Rechtsstreits gem. § 91 a ZPO entschieden.

Vertiefungshinweise:

□ Zu dieser Thematik: *BGHZ* 109, 47 = *NJW* 1990, 45; *Gerhardt*, *JZ* 1990, 243

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Mieser Klebstoff"
- *Assessorkurs*: "Immer Ärger mit den Akten"

Leitsatz:

Erklärt der Beklagte nach Klagezustellung mit einer bereits vor Klageerhebung der Klageforderung aufrechenbar gegenüberstehenden Forderung gegen diese die Aufrechnung, so ist trotz der materiell-rechtlichen Rückwirkung der Aufrechnung (§ 389 BGB) erst die Aufrechnungserklärung das „erledigende Ereignis“ für eine bis dahin zulässige und begründete Klage.

Sachverhalt:

Die Kl. hat Zahlung eines restlichen Steuerberaterhonorars in Höhe von 3916,32 Euro verlangt, das sie den Bekl. mit Schreiben vom 10. 12. 1999 in Rechnung gestellt hat. Sie hat die Klageforderung mit Mahnbescheid vom 29. 12. 2000 rechtshängig gemacht. Die Bekl. haben eingewendet, Auftraggeber der Kl. sei lediglich der Bekl. zu 1 gewesen, und haben weiter einzelne Ansätze der Rechnung bestritten. Im Verlaufe des Rechtsstreits hat der Bekl. zu 1 mit einer ihm durch ein rechtskräftiges Urteil vom 14. 3. 2001 zugesprochenen Forderung gegen die Kl. in Höhe von 3000 DM nebst 4% Zinsen seit dem 1. 5.1998 gegen die Klageforderung aufgerechnet. Die Kl. hat die Hauptsache in Höhe von 1632,72 Euro (= 3193,33 DM) für erledigt erklärt, die Verurteilung der Bekl. als Gesamtschuldner zur Zahlung von 2283,59 Euro (= 4466,32 DM) und, da die Bekl. der Erledigungserklärung nicht zustimmten, die Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache begehrt. Das AG hat den Bekl. zu 1 zur Zahlung von 1401,43 Euro nebst 10,5% Zinsen seit dem 20. 9. 2000 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch gegen die Bekl. zu 2 stehe der Kl. nicht zu, weil diese nicht Auftraggeberin der Kl. sei. Aus der Rechnung vom 10. 12. 1999 seien die dort angesetzten Beträge für Bericht und Antrag zur Bilanz zu streichen, weil die Kl. insoweit keinen Auftrag des Bekl. zu 1 gehabt habe; ferner seien weitere Vorschusszahlungen sowie die zur Aufrechnung gestellte

Forderung in Höhe von 1632,72 Euro abzuziehen. Der Feststellungsantrag der Kl., dass sich die Hauptsache in dieser Höhe erledigt habe, sei zurückzuweisen. Die Forderung des Bekl. zu 1 sei bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung entstanden. Wegen § 389 BGB sei auf den Eintritt der Aufrechnungslage abzustellen, so dass die Klage unbegründet gewesen sei.

Die Berufung der Kl. blieb ohne Erfolg, soweit sie die Verurteilung des Bekl. zu 1 zur Zahlung eines weiteren Betrags von 679,05 Euro beehrte. Hingegen stellte das BerGer. auf die Berufung der Kl. fest, dass sich der Rechtsstreit in Bezug auf den Bekl. zu 1 in Höhe von 1632,72 Euro erledigt habe. Entgegen der Auffassung des AG stelle nicht die Aufrechnungslage, sondern die im Prozess abgegebene Aufrechnungserklärung das erledigende Ereignis dar, durch das die zunächst zulässige und begründete Klage unbegründet geworden sei. Dagegen wendet sich der Bekl. zu 1 ohne Erfolg mit der — zugelassenen — Revision.

Aus den Gründen:

A. Statthaftigkeit der Revision

Die Revision ist gem. § 543 I Nr. 1 ZPO statthaft, da sie vom BerGer. im Tenor des angefochtenen Urteils zugelassen worden ist. Dass in den Entscheidungsgründen von der Zulassung der Rechtsbeschwerde gem. § 574 II Nr. 1 und 2 ZPO die Rede ist, berührt die Bindung des RevGer. an die Zulassung (§ 543 II 2 ZPO) nicht, weil die Zulassungsgründe für die Rechtsbeschwerde mit denjenigen für die Revision übereinstimmen (§§ 543 II 1, 574 II ZPO). Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich jedoch, dass das BerGer. die Revision nur hinsichtlich eines Teils des Streitgegenstands zugelassen hat. Denn es führt dort zur Zulassung aus, zu der hier für einen Teil des Streitgegenstands streitentscheidenden Frage, ob bei einer Erledigung durch Aufrechnung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung oder der Aufrechnungslage abzustellen sei, liege eine divergierende obergerichtliche Rechtsprechung vor. Diese Ausführungen lassen deutlich erkennen, dass das BerGer. nur hinsichtlich eines rechtlich selbstständigen und abtrennbaren Teils des Streitstoffs, über den gesondert hätte entschieden werden können (Antrag auf Feststellung der teilweisen Erledigung der Hauptsache durch die von dem Bekl. zu 1 erklärte Aufrechnung), eine die Anrufung des RevGer. rechtfertigende Rechtsfrage gesehen hat. In einem solchen Fall ist die Zulassung trotz der uneingeschränkten Zulassung der Revision im Tenor auf diesen Teil des Streitgegenstands beschränkt (vgl. *BGH*, *NJW* 1998, 1138 [1139f.]; *NJW* 2001, 969 [970]; *NJW* 2003, 1518).

B. Zulässigkeit der Revision im Übrigen

Die gem. § 543 I Nr. 1 ZPO statthafte Revision ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere ergibt sich —

ungeachtet der weiten Antragsfassung — aus der Revisionsbegründung hinreichend deutlich, dass mit der Revision nur die Aufhebung des Berufungsurteils hinsichtlich des zugelassenen Teils des Streitgegenstands begehrt wird. Denn nur insoweit ist der Bekl. zu 1 durch die angefochtene Entscheidung beschwert.

C. Begründetheit der Revision

Die Revision ist jedoch unbegründet.

I. Kein Revisionsgrund wegen mangelhafter Begründung des Berufungsurteils

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsurteil enthalte keine hinreichenden Gründe i. S. des § 540 I Nr. 1 ZPO, weil die Berufungsanträge nicht aufgenommen seien. Es genügt, dass aus den Ausführungen des BerGer. hinreichend deutlich wird, was die Parteien mit ihren Rechtsmitteln erstrebt haben (vgl. BGH, NJW 2003, 1743; NJW-RR 2003, 1290). Das ist hier der Fall.

II. Kein Revisionsgrund wegen der Feststellung der Erledigung der Hauptsache

Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Rechtsstreit in Bezug auf den Bekl. zu 1 in Höhe von 1632,72 Euro in der Hauptsache erledigt ist.

1. Zum Erfordernis der Erledigung der Hauptsache; kein Zwang der Kl. zur eigenen Aufrechnung

Die Hauptsache ist erledigt, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das behauptete Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (BGHZ 106, 359 [366f.] = NJW 1989, 2885; BGH, NJW 1986, 588 [589]). Ein vor Rechtshängigkeit liegendes Ereignis kann die Hauptsache nicht erledigen (BGHZ 83, 12 [14] = NJW 1982, 1598; BGHZ 127, 156 [163] NJW 1994, 3232). Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz nur noch darüber, ob die Klage durch die von dem Bekl. zu 1 erklärte Aufrechnung in Höhe von 1632,72 Euro (nachträglich) unbegründet geworden ist oder ob sie, wie der Bekl. zu 1 meint, wegen der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung gem. § 389 BGB von Anfang an unbegründet war. Die Feststellung der Vorinstanzen, dass die Klageforderung in dieser Höhe bis zur Aufrechnung gegen den Bekl. zu 1 bestanden hat und durch die Aufrechnung mit der dem Bekl. zu 1 vor Rechtshängigkeit der Klageforderung aufrechenbar zustehenden Gegenforderung in Höhe von 1632,72 Euro erloschen ist, wird von den Parteien nicht beanstandet. Sie lässt einen Rechtsfehler auch nicht erkennen.

Ebenso wenig bestehen an der Zulässigkeit der Klage hinsichtlich des durch Aufrechnung erloschenen Teils der Klageforderung Bedenken wegen eines möglicherweise fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses (vgl. Axel Schulte, Die Kostenentscheidung bei der Aufrechnung

durch den Bekl. im Zivilprozess, 1990, 5. 56; N. Schneider, MDR 2000, 507 [508]). Insbesondere war die Kl. nicht gehalten, ihrerseits gegen die Forderung des Bekl. zu 1 mit ihrer Honorarforderung aufzurechnen, statt diese in vollem Umfange klageweise geltend zu machen. Bei der Gegenforderung des Bekl. zu 1 handelte es sich um eine von der Kl. zunächst bestrittene Kaufpreisforderung, die in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Honorarforderung der Kl. stand. In dem über diese Forderung des Bekl. zu 1 anhängigen Rechtsstreit musste sich die Kl. schon wegen § 145 III ZPO nicht mit einer (Hilfs-)Aufrechnung verteidigen. Da sie die Gegenforderung des Bekl. zu 1 bestritt, war es ihr bis zu deren rechtskräftiger Feststellung auch nicht zuzumuten, von einer gerichtlichen Geltendmachung ihrer eigenen Forderung in Höhe der Gegenforderung des Bekl. zu 1 abzusehen und sich statt dessen durch Aufrechnung zu befriedigen. Nach ihrer rechtskräftigen Verurteilung zur Bezahlung der Forderung des Bekl. zu 1 war ihr die Verteidigung gegen diese Forderung im Wege der Aufrechnung durch § 767 II ZPO verwehrt. Denn nach der Rechtsprechung des BGH beurteilt sich die Frage, wann eine gegen den festgestellten Anspruch geltend gemachte Einwendung entstanden ist, nach materiellem Recht, wobei für die Aufrechnung nicht auf die Ausübung dieses Gestaltungsrechts, sondern ohne Rücksicht auf eine etwaige Kenntnis auf die Aufrechnungslage, also darauf abzustellen ist, wann sich die Forderungen objektiv aufrechenbar gegenübergestanden haben (BGHZ 24, 97 [98] = NJW 1957, 986; BGHZ 34, 274 [279] = NJW 1961, 1067; BGHZ 100, 222 [225] = NJW 1987, 1691).

2. Streit um das erledigende Moment bei einer Aufrechnung

Wenn die Aufrechnungslage (§ 387 BGB) — wie im vorliegenden Fall — bereits vor Zustellung der Klage bestanden hat, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob das erledigende Ereignis die Aufrechnungslage oder die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) ist.

a. Aufrechnungslage als erledigendes Moment

Ein Teil der jüngeren Rechtsprechung und die überwiegende Kommentarliteratur sehen wegen der materiell-rechtlichen Rückwirkung nach § 389 BGB die Aufrechnungslage als erledigendes Ereignis an und verneinen demnach, wenn die Aufrechnungslage schon vor Klageerhebung bestanden hat, eine Erledigung der Hauptsache, weil diese nur durch ein nach Klagezustellung liegendes Ereignis eintreten kann (vgl. OLG Hamm, MDR 2000, 296 [297] = OLG-Report 2000, 100; OLG Jena, OLG-Report 1997, 135 [136]; Lindacher, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 91 a Rdnr. 134; Musielak/Wolst, ZPO, 3. Aufl., § 91 a Rdnr. 57; Zöller-Vollkommer, ZPO, 23. Aufl., § 91 a

Rdnr. 58 „Aufrechnung“; Schlüter, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 389 Rdnr. 11; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 389 Rdnr. 2).

b. Aufrechnungserklärung als erledigendes Moment

Die Gegenansicht hält demgegenüber die durch § 389 BGB angeordnete Rückwirkung als lediglich materiell-rechtliche Fiktion für die verfahrensmäßige Frage der Erledigung der Hauptsache für bedeutungslos und stellt auf den tatsächlichen Vorgang der Erledigungserklärung als erledigendes Ereignis ab (vgl. Bay-ObLG, NJW-RR 2002, 373; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2001, 432 = MDR 2000, 540; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 91 a Rdnr. 4 a. E.; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 21. Aufl., § 91 a Rdnr. 6 Fußn. 12; Heistermann, NJW 2001, 3527; N. Schneider, MDR 2000, 507; Schulte, S. 58 ff., 64)

c. Bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs

Das RG hat kurz nach dem In-Kraft-Treten des BGB — ohne nähere Begründung — ausgesprochen, dass der Kl. wegen der Rückwirkung der Aufrechnungserklärung nach § 389 BGB kostenfällig sei, wenn schon vor Beginn des Prozesses die beiden Forderungen einander gegenüberstanden hätten, obgleich in einem solchen Falle die Beseitigung des Klageanspruchs erst durch die Erklärung erfolge (RGZ 50, 389 [3911]). Später hat es die Erledigung der Hauptsache nur in einem Fall angenommen, in dem die zur Aufrechnung gestellte Forderung im Laufe des Rechtsstreits für die bekl. Partei entstanden war (RGZ 57, 381 [384]). In der Entscheidung RGZ 58, 414, in der es um die Kostenentscheidung bei der Fortsetzung eines von dem Konkursverwalter angestrebten Anfechtungsrechtsstreits nach Aufhebung des Konkurses zwischen dem bisherigen Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner ging, hat das RG offen gelassen, ob in dem Falle, dass die Aufrechnungslage bereits vor Beginn des Rechtsstreits bestand, „die rückwirkende Kraft der Aufrechnung zu einem abweichenden Resultate führen kann“ (RGZ 58, 417).

Der BGH hatte sich in der Entscheidung vom 6. 12. 1984 (NJW 1986, 588) mit dem Sachverhalt zu befassen, dass der Kl. mit einem Teil der in einem Erstprozess im Jahre 1976 rechtshängig gemachten Klageforderung gegen eine Forderung des Bekl. in einem von diesem im Jahre 1980 angestrebten Zwischenprozess aufgerechnet und sodann im Erstprozess die Hauptsache im Hinblick auf die im Zwischenprozess erklärte Aufrechnung insoweit für erledigt erklärt hatte. Der BGH hat eine Erledigung mit der Begründung angenommen, diese sei materiell eingetreten durch die begründete Aufrechnung der streitgegenständlichen Forderung mit ebenfalls begründeten Gegenforderungen des Bekl.; dies sei das „erledigende Ereignis“. Da die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begrün-

det gewesen sei, sei somit Erledigung eingetreten (NJW 1986, 589). Nach dem festgestellten Sachverhalt bestand allerdings kein Anhaltspunkt dafür, dass die Aufrechnungslage bereits vor Klageerhebung in dem Erstprozess bestanden haben könnte.

3. Entscheidung des BGH

Der Senat schließt sich auch für den Fall, dass die Aufrechnungslage bereits vor Rechtshängigkeit der Klageforderung bestanden hat, der Auffassung an, dass nicht die Aufrechnungslage, sondern erst die Aufrechnung als solche, also die Aufrechnungserklärung, das erledigende Ereignis darstellt.

a. Differenzierung zwischen Tatsachen und Wirkungen

Ein erledigendes Ereignis ist der Eintritt einer Tatsache mit Auswirkungen auf die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit oder Begründetheit der Klage (vgl. Musielak/Wolst, § 91 a Rdnr. 10). Die materiell-rechtliche Wirkung, die bei der Aufrechnung die Geltendmachung der Klageforderung berührt, ist deren Erlöschen. Dieser Erfolg wird aber, wie § 389 BGB eindeutig besagt, (erst) durch die Aufrechnung, das heißt durch die Aufrechnungserklärung (§ 388 S. 1 BGB) „bewirkt“ und nicht (bereits) durch die Aufrechnungslage (vgl. BGHZ 109, 47 [51] = NJW 1990, 45). Das Vorliegen einer Aufrechnungslage führt, wenn und solange die Aufrechnung nicht erklärt wird, noch nicht zum Erlöschen der beiderseitigen Forderungen (BGHZ 2, 300 [303 f.] = NJW 1951, 599).

b. Rückwirkung als bloße Fiktionsklausel

Tritt die Erlöschenswirkung erst mit der Erklärung der Aufrechnung ein, so war die Klage bis dahin zulässig und begründet. Die von § 389 BGB angeordnete Fiktion („gilt“) der Rückwirkung des Erlöschens auf den Zeitpunkt der Aufrechnungslage ändert daran nichts. Diese Fiktion der Rückwirkung hat lediglich zur Folge, dass nicht nur die Hauptforderungen erlöschen, sondern auch Ansprüche zum Beispiel auf Verzugszinsen für den Zeitraum bis zur Erklärung der Aufrechnung, die ohne die Rückwirkung nach wie vor bestünden, ab dem Zeitpunkt der Aufrechnungslage wegfallen (vgl. BGHZ 80, 269 [278f.] = NJW 1981, 1729). Diese materiell-rechtliche Rückwirkung tritt aber gleichfalls erst mit Abgabe der Aufrechnungserklärung ein. Sie steht damit der Auffassung, dass prozessual die Aufrechnungserklärung und nicht die Aufrechnungslage das erledigende Ereignis darstellt, nicht entgegen.

c. Abwägung der widerstreitenden Interessen

Weder die Abwägung der Interessen der Beteiligten noch sonstige Billigkeitserwägungen vermögen ein abweichendes Ergebnis zu rechtfertigen. Zwar mag es zutreffen, dass sich der Inhaber einer aufrechenbaren Forderung wegen § 389 BGB ab Bestehen der Auf-

rechnungslage „wirtschaftlich nicht mehr als Schuldner zu fühlen“ braucht (so Palandt/Heinrichs, § 389 Rdnr. 2), weil er jederzeit durch Erklärung der Aufrechnung die Forderung seines Gläubigers rückwirkend zum Erlöschen bringen kann. Gleichwohl wird damit nicht schon die Aufrechnungslage zum „relevanten“ Erledigungsereignis (vgl. aber Lindacher, in: MünchKomm-ZPO, § 91 a Rdnr. 134). Es ist grundsätzlich dem bekl. Schuldner zur freien Entscheidung überlassen, ob und wann er durch Erklärung der Aufrechnung (§ 388 S. 1 BGB) die Erlöschenswirkung (mit der materiell-rechtlichen Folge des § 389 BGB) eintreten lassen will. Fordert ihn der Kl. vorprozessual zur Zahlung auf, so vermag der Schuldner, dem die Aufrechnungslage bekannt ist, durch Erklärung der Aufrechnung vor Rechtshängigkeit eine etwaige Klage von Anfang an unbegründet zu machen. Sieht der Kl. von einer vorprozessualen Aufforderung ab, können ihm gem. § 93 ZPO die Prozesskosten zur Last fallen. Dagegen besteht für den klagenden Gläubiger nicht in jedem Falle die Möglichkeit, sich seinerseits vor Klageerhebung durch Erklärung der Aufrechnung gegen die Forderung des bekl. Schuldners zu befriedigen. Für ihn kann die Aufrechnung aus Rechtsgründen ausgeschlossen sein, zum Beispiel wenn dem Bekl. eine Schadensersatzforderung gegen ihn zusteht (§ 393 BGB) oder die Forderung des Kl. vor Klageerhebung noch einredebehaftet ist (§ 390 S. 1 BGB). Die Aufrechnung vor Klageerhebung kann dem Kl./Gläubiger ferner aus tatsächlichen Gründen unmöglich sein, wenn etwa der Bekl. die Gegenforderung durch Abtretung oder im Wege der Erbfolge erlangt hat (mögli-

cherweise sogar erst nach Klageerhebung) und dies dem Kl. nicht bekannt ist. Im Übrigen kann der Kl. — wie der Bekl. — gute Gründe haben, von einer Aufrechnungserklärung zunächst abzusehen, so wenn Kl. und/oder Bekl. mehrere Forderungen haben, mit denen und gegen die aufgerechnet werden kann. Für den Kl. kann es ferner beispielsweise nahe liegen, von einer Aufrechnung abzusehen, wenn die Forderung des Bekl. demnächst verjährt (vgl. § 390 S. 2 BGB). Würde man bei einer vor Rechtshängigkeit gegebenen Aufrechnungslage bereits diese grundsätzlich als erledigendes Ereignis ansehen, so dass bei einer erst im Prozess erklärten Aufrechnung des Bekl. die Klage gleichwohl als von Anfang an unbegründet zu behandeln wäre, hätte dies zur Folge, dass auch in den soeben genannten Fällen der Kl. weder durch Klagerücknahme noch durch eine Erledigungserklärung verhindern könnte, mit den durch die Klageerhebung verursachten Kosten belastet zu werden, sofern der Bekl. der Erledigung nicht zustimmt (§§ 91, 269 III ZPO a. F.). Auch § 269 III 3 ZPO in der seit dem 1. 1. 2002 geltenden Fassung (§ 26 Nr. 2 EGZPO) zwingt den Kl. nicht, die Klage zurückzunehmen, statt sie für erledigt zu erklären. Ist dagegen die Erledigung der Hauptsache durch Erklärung der Aufrechnung im Prozess eingetreten, erlaubt es die bei übereinstimmender Erledigungserklärung der Parteien gem. § 91 a ZPO nach billigem Ermessen zu treffende Kostenentscheidung, bei der Verteilung der Kostenlast zu berücksichtigen, ob und gegebenenfalls welcher Partei es billigerweise zuzumuten war, die Aufrechnung bereits vorgerichtlich zu erklären.

Standort: Mietrecht

Problem: Isolierte Abtretung der Mietzinsansprüche

BGH, URTEIL VOM 02.07.2003
XII ZR 34/02 (NJW 2003, 2987)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren hat sich der BGH mit der Frage auseinander zu setzen, ob Mietzinsansprüche isoliert abgetreten werden können oder ob darin eine unzulässige Umgehung der Regelungen von §§ 571 BGB a.F., 566 BGB n.F. liegt. Im Rahmen eines notariellen Kaufvertrages über einen Mieterbaurechtsanteil wurden an die Kl. im Vorfeld der Besitzübergabe die Rechte aus der Vermietung des fraglichen Gebäudes abgetreten. Die Kl. verlangte nunmehr aus abgetretenem Recht die restliche Miete von der beklagten Mieterin des Gebäudes.

Während das BerGer. die Rechtsansicht vertritt, der Abtretungsvertrag sei unwirksam, weil die Parteien nicht zugleich auch eine Vereinbarung über den Übergang der Pflichten aus dem Mietvertrag auf die Kl. getroffen haben (vgl. §§ 571 BGB a.F., 566 BGB

n.F.), tritt der BGH dieser Auffassung entgegen.

Die enge Verknüpfung von Rechten und Pflichten in einem gewerblichen Mietvertrag rechtfertigt danach kein Abtretungsverbot für die Rechte aus dem Mietvertrag, wenn nicht gleichzeitig auch die Pflichten übertragen werden. Das gebietet auch nicht der Schutzzweck des § 571 BGB a. F. (§ 566 BGB n. F.), der den Mieter vor einer vorzeitigen „Ausreibung“ durch Veräußerung des vermieteten Grundstücks bewahren soll. Die Zulassung der isolierten Abtretung von Mietzinsansprüchen ist danach zulässig. Der Mieter erleidet durch sie keine besonderen Nachteile. Ihm verbleiben gem. § 404 BGB sämtliche Gegenrechte auch gegenüber dem neuen Gläubiger. Auch besteht für ihn bezüglich der Person des Vertragspartners keine Unklarheit. Denn der Vermieter bleibt nach der Abtretung Vertragspartner. Mietzinsansprüche können also schon vor dem Eigentumserwerb von dem alten Eigentümer an den Käufer abgetreten werden. Auf die umstrittene Frage, ob Gestaltungsrechte, wie das Recht

zur Kündigung, übertragbar sind und von der Abtretung umfasst werden, kommt es hier nicht an; denn eine Unwirksamkeit der Abtretung des Kündigungsrechts hätte jedenfalls keine Nichtigkeit des gesamten Abtretungsvertrags nach § 139 BGB zur Folge.

Prüfungsrelevanz:

Zur Vorbereitung auf die juristische Staatsprüfung ist dieses Urteil des BGH durchaus lesenswert, weil es neben dem klassischen Prüfungsstoff des Mietrechts sich auch mit den Grenzen der Abtretbarkeit von Ansprüchen gem. §§ 398 ff. BGB beschäftigt.

Forderungen sind grundsätzlich übertragbar (§ 398 BGB). Nur in Ausnahmefällen ist die Übertragbarkeit ausgeschlossen. Eine solche Ausnahme enthält unter anderem § 399 Halbs. 1 BGB. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann. Eine solche Inhaltsänderung wird nicht nur bei höchstpersönlichen oder unselbstständigen akzessorischen Ansprüchen, sondern auch dann angenommen, wenn ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutzwürdig ist (BGHZ 96, 146 [149]). Ein solches schutzwürdiges Interesse wird bei Ansprüchen angenommen, bei denen es für den Schuldner entscheidend darauf ankommt, wer die Leistung erbringt.

Eine weitere Ausnahme findet sich in § 399 Halbs. 2 BGB, wonach durch eine entsprechende Parteivereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner im Vorfeld eine Forderung der Abtretbarkeit rechtsgeschäftlich entzogen werden kann. Solche Abreden finden sich oft im Zusammenhang mit nicht-akzessorischen Kreditversicherungsmaßnahmen (z.B. Sicherungsgrundschuld).

Letztlich kann nach § 400 BGB eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn sie nach den Vorschriften der ZPO (§§ 850 ff. ZPO) nicht gepfändet werden kann.

Vertiefungshinweis:

Zu dieser Problematik: *OLG Düsseldorf*, DWW 2000, 170

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das vermiete Geschäftslokal"
- Assessorkurs*: "Das Geschäftshaus"
- Assessorkurs*: "Wer nicht zahlt, der fliegt"

Leitsatz:

Der isolierten Abtretung von Mietzinsansprüchen ohne gleichzeitige Übernahme der Pflichten aus einem Mietvertrag steht weder der Schutzzweck des § 571 BGB a. F. noch die enge Verknüpfung von Rechten und Pflichten aus dem Mietvertrag

entgegen.

Sachverhalt:

Die Kl. verlangt aus abgetretenem Recht restliche Miete. Am 1. 7. 1997 schloss die M-Ltd. (M) mit der H-GmbH (H) einen notariellen Kaufvertrag über das zu deren Gunsten an einem Grundstück bestellte Erbbaurecht. Mit Vertrag vom gleichen Tag vermietete die M an die Bekl. Gewerberäume auf dem Grundstück zum Betrieb eines Eiscafés. Im Vorgriff auf ihre erwartete Eintragung im Erbbaugrundbuch verkaufte die M an die Kl. mit notariellem Vertrag vom 16. 1. 1998 einen Miterbbaurechtsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an den der Bekl. vermieteten Räumen. Gemäß § 7 des Vertrags sollten die Rechte aus dem Mietvertrag mit der Bekl. am Tag der Besitzübergabe, dem 1. 2. 1998, auf die Kl. übergehen. Die Kaufverträge über das Erbbaurecht wurden nicht vollzogen, weil die Eigentümerin des Grundstücks ihre Zustimmung schon zum Vertrag zwischen H und M versagte. Die Bekl. hat an die Kl. von Juni bis September 1998 wegen behaupteter Mängel eine geminderte Miete bezahlt. Weitere Mietzahlungen an die Kl. hat sie nicht erbracht.

Das LG hat der auf Zahlung rückständiger Miete gerichteten Klage teilweise stattgegeben. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG die Klage abgewiesen; die Anschlussberufung der Kl. hat es zurückgewiesen. Die — zugelassene — Revision hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

A. Keine Übertragung der Mietansprüche auf die Kl. nach § 6 des Kaufvertrages

Die Annahme des BerGer., § 6 des Kaufvertrags vom 16. 1. 1998 zwischen der Kl. und der M enthalte keine Abtretung von Mietzinsansprüchen, ist ebenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Diese Bestimmung regelt lediglich im Innenverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber, wem nach Übergabe des Kaufgegenstands die Nutzungen i. S. von § 446 I 2 BGB zustehen (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1234 = ZMR 1994, 505 = MDR 1994, 1009; WuM 1993, 343 = DNotZ 1994, 105 = MDR 1993, 754 = DWW 1993, 175; Wolf/Eckert/Ball, Hdb. d. gewerbl. Miet-, Pacht- und LeasingR, 8. Aufl., Rdnr. 1398; Heile, in: Bub/Treier, Hdb. d. Geschäfts- u. Wohnraummiete, 3. Aufl., II, Rdnr. 865; Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb., § 571 Rdnr. 57; a.A. Stornel, MietR, 3. Aufl., I, Rdnr. 59).

B. Übertragung der Mietansprüche auf die Kl. nach § 7 des Kaufvertrages

Rechtsfehlerhaft hat das BerGer. jedoch einen Übergang der Mietzinsansprüche auf die Kl. gemeint. Die

Kl. ist auf Grund der Vereinbarung in § 7 des mit M abgeschlossenen Kaufvertrags vom 16. 1. 1998 Inhaberin der geltend gemachten Mietzinsforderungen gegen die Bekl. geworden. Das BerGer. hat in § 7 des Kaufvertrags, wonach mit der Übergabe alle Rechte aus dem Mietvertrag auf die Kl. übergehen, die Vereinbarung einer Abtretung der Rechte der M aus dem Mietvertrag an die Kl. gesehen. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zu Unrecht geht das BerGer. aber davon aus, dass dieser Abtretungsvertrag unwirksam ist, weil die Parteien des Abtretungsvertrags nicht gleichzeitig auch eine Vereinbarung über den Übergang der Pflichten aus dem Mietvertrag auf die Kl. getroffen haben.

I. Zulässigkeit der isolierten Abtretung von Mietzahlungsansprüchen

Forderungen sind grundsätzlich übertragbar (§ 398 BGB). Nur in Ausnahmefällen ist die Übertragbarkeit ausgeschlossen. Eine solche Ausnahme enthält unter anderem § 399 Halbs. 1 BGB. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erbracht werden kann. Eine solche Inhaltsänderung wird nicht nur bei höchstpersönlichen oder unselbstständigen akzessorischen Ansprüchen, sondern auch dann angenommen, wenn ein Gläubigerwechsel zwar rechtlich vorstellbar, das Interesse des Schuldners an der Beibehaltung einer bestimmten Gläubigerperson aber besonders schutzwürdig ist (BGHZ 96, 146 [149] = NJW 1986, 713; Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 399 Rdnrn. 1, 8 ff.; Staudinger/Busche, 8GB, § 399 Rdnrn. 8, 11 ff.). Ein solches schutzwürdiges Interesse wird bei Ansprüchen angenommen, bei denen es für den Schuldner entscheidend darauf ankommt, wer die Leistung erbringt. So ist zum Beispiel für den Vermieter von besonderer Bedeutung, wem er den Gebrauch der Mietsache überlassen muss- (Staudinger/Busche, § 399 Rdnr. 8); Gleiches gilt für den Empfänger einer bestimmten Dienstleistung für die Person des Dienstleistungsberechtigten. Es genügt jedoch nicht allein der enge Zusammenhang, in dem Forderungen aus gegenseitigen Verträgen stehen. Dies gilt auch für komplexe Rechtsverhältnisse, weil anderenfalls die Bedeutung des § 398 BGB weitgehend ausgehöhlt würde (Roth, in: MünchKomm, § 398 Rdnr. 91). Die enge Ver-

knüpfung von Rechten und Pflichten in einem gewerblichen Mietvertrag rechtfertigt deshalb kein Abtretungsverbot für die Rechte aus dem Mietvertrag, wenn nicht gleichzeitig auch die Pflichten übertragen werden. Das gebietet auch nicht der Schutzzweck des § 571 BGB a. F. (§ 566 BGB n. F.), der den Mieter vor einer vorzeitigen „Ausreibung“ durch Veräußerung des vermieteten Grundstücks bewahren soll (Staudinger/Emmerich, § 571 Rdnr. 4).

Die Zulassung der Abtretung ist auch sachgerecht. Der Mieter erleidet durch sie keine besonderen Nachteile. Ihm verbleiben gem. § 404 BGB sämtliche Gegenrechte auch gegenüber dem neuen Gläubiger. Auch besteht für ihn bezüglich der Person des Vertragspartners keine Unklarheit. Denn der Vermieter bleibt nach der Abtretung Vertragspartner.

II. Wirksamkeit der Abtretung

Mit der Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Mietvertrag an die Kl. hat die M daher auch die ihr zustehenden Mietzinsansprüche gegen die Bekl. an die Kl. abgetreten (vgl. BGHZ 95, 250 [255] = NJW 1985, 2822). Mietzinsansprüche können nach einhelliger Auffassung schon vor dem Eigentumserwerb von dem alten Eigentümer an den Käufer abgetreten werden (Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 1398; Heile, in: Bub/Treier, II, Rdnr. 865). Auf die umstrittene Frage, ob Gestaltungsrechte, wie das Recht zur Kündigung, übertragbar sind und von der Abtretung umfasst werden, kommt es hier nicht an (zum Streitstand: Senat, NJW 1998, 896 [897] = NZM 1998, 146; Scholz, ZMR 1988, 28S [286]; Mayer, ZMR 1990, 121 [123]).

Eine Unwirksamkeit der Abtretung des Kündigungsrechts hätte jedenfalls keine Nichtigkeit des gesamten Abtretungsvertrags nach § 139 BGB zur Folge. Denn es ist davon auszugehen, dass die Vertragspartner die übrigen Rechte aus dem Mietvertrag auch ohne das Kündigungsrecht übertragen hätten.

C. Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an das BerGer.

Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt. Das BerGer. hat nach seiner Rechtsauffassung folgerichtig keine Entscheidung darüber getroffen, ob das von der Bekl. ausgeübte Recht zur Mietminderung und die Einrede des nichterfüllten Vertrags sowohl dem Grunde wie der Höhe nach durchgreifen.

Standort: Gesellschaftsrecht**Problem: Haftungsprivileg gem. § 106 SGB VII**

BGH, URTEIL VOM 24.06.2003
 VI ZR 434/01 (NJW 2003, 2984)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH zu den Auswirkungen der Haftungsprivilegierung eines Gesellschafters gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII auf die (Mit-)Haftung der Gesellschaft Stellung nehmen.

Der Bekl. zu 2 und seine Ehefrau betreiben eine GbR (die Bekl. zu 1) als Kurierdienst, für den die Kl. als Subunternehmerin Büchersendungen ausliefert. Die Übernahme der jeweiligen Sendungen fand in der Lagerhalle der Bekl. zu 1 statt, wo in Gitterboxen die Sendungen angeliefert und von Mitarbeitern der Bekl. zu 1 per Gabelstapler zu den einzelnen Ladeplätzen der verschiedenen Subunternehmer in der Halle transportiert werden. Der Kl. entnahm dort die einzelnen Bücherpakete, kontrollierte, ob sie zu seiner Tour gehörten, und lud sie sodann in seinen Transporter. Soweit eine Sammelbox Büchersendungen für unterschiedliche Touren enthielt, wurden die Pakete von den betreffenden Subunternehmern nach den jeweils von ihnen zu bedienenden Touren sortiert. Als der Bekl. zu 2 am Unfalltag eine Gitterbox mit einem Gabelstapler zum Ladeplatz der Kl. bringen wollte, kippte die Gitterbox von der Gabel und verletzte die Kl. Der BGH stellt zunächst fest, dass es sich bei der Lagerhalle um eine gemeinsame Betriebsstätte i.S.d. § 106 III Alt. 3 SGB VII handelt. Denn nach gefestigter Rechtsprechung erfasst der Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte über die Fälle der Arbeitsgemeinschaft hinaus betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt. Das Entladen und Verteilen der Büchersendungen in der Lagerhalle erfüllt diese Voraussetzungen. Folglich war der Bekl. zu 2 als Sozialversicherter gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII von einer Haftung gegenüber der Kl. ausgeschlossen.

Diese Haftungsprivilegierung erstreckt sich mittelbar auch auf die Bekl. zu 1 als GbR nach den "Grundsätzen zur gestörten Gesamtschuldnerschaft", wonach die Haftungsprivilegierung als Kürzung im Außenverhältnis zum anderen Schuldner anzurechnen ist.

Prüfungsrelevanz:

In Fallgestaltungen wie der vorliegenden wird eine Inanspruchnahme der Gesellschaft nach den Grundsätzen des so genannten gestörten Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen. Nach diesen Grundsätzen kön-

nen in Fällen, in denen zwischen mehreren Schädigern ein Gesamtschuldverhältnis (§§ 421 ff. BGB) besteht, Ansprüche des Geschädigten gegen einen Gesamtschuldner (Zweitschädiger) auf den Betrag beschränkt sein, der auf diesen im Innenverhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner (Erstschädiger) endgültig entfiel, wenn die Schadensverteilung nach § 426 BGB nicht durch eine sozialversicherungsrechtliche Sonderregelung, wie sie früher in §§ 636, 637 RVO a. F. geregelt war (jetzt: §§ 104 ff. SGB VII), gestört wäre (vgl. u. a. Senat, BGHZ 61, 51 [55] = NJW 1973, 1648). Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten, nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden allein tragen zu lassen.

Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hat ein Gericht den Zweitschädiger „in Höhe des Verantwortungsteils“ freizustellen, der auf den Privilegierten im Innenverhältnis entfiel, wenn man das Haftungsprivileg wegdenkt. Dabei ist unter „Verantwortungsteil“ die Zuständigkeit für die Schadensverhütung und damit der eigene Anteil des betreffenden Schädigers an der Schadensentstehung zu verstehen.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *BGHZ* 151, 198; *J. Schmitt*, LM H. 10/2002 § 839 [K] BGB Nr. 53

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der geschädigte Kollege"

Leitsätze:

- 1. Kommt bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts einem Gesellschafter die Haftungsprivilegierung gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII zugute, weil er selbst auf der Betriebsstätte tätig war, so kann eine Inanspruchnahme der Gesellschaft durch den Geschädigten nach den Grundsätzen des gestörten Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen sein.**
- 2. Zum Begriff der „gemeinsamen Betriebsstätte“ i. S. von § 106 III Alt. 3 SGB VII.**

Sachverhalt:

Die Kl. nimmt die Bekl. wegen eines Unfalls vom 12. 12. 1997 auf Ersatz materieller Schäden, Zahlung eines Schmerzensgeldes und einer Schmerzensgeldrente sowie auf Feststellung der Ersatzpflicht hinsichtlich weiterer materieller und immaterieller Schäden in An-

spruch. Die Bekl. zu 1 ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren (vertretungsberechtigte) Gesellschafter der Bekl. zu 2 und seine Ehefrau sind. Die Gesellschaft betreibt einen Kurierdienst, für den die Kl. als Subunternehmerin Büchersendungen auslieferte. Die Übernahme der Sendungen erfolgte jeweils in der Lagerhalle der Bekl. zu 1. Dort wurden die für verschiedene Empfänger bestimmten Sendungen in Gitterboxen mit einem Lkw angeliefert, der von Mitarbeitern der Bekl. zu 1 mit einem Gabelstapler entladen wurde. Für eine Tour bestimmte Gitterboxen wurden zu dem Ladeplatz des dafür zuständigen Subunternehmers gebracht. Dieser entnahm die einzelnen Bücherpakete, kontrollierte, ob sie zu seiner Tour gehörten, und lud sie sodann in seinen Transporter. Soweit eine Sammelbox Büchersendungen für unterschiedliche Touren enthielt, wurden die Pakete von den betreffenden Subunternehmern nach den jeweils von ihnen zu bedienenden Touren sortiert. Als der Bekl. zu 2 am Unfalltag eine Gitterbox mit einem Gabelstapler zum Ladeplatz der Kl. bringen wollte, kam eine Ecke der Box mit einer Bodenunebenheit in Berührung. Hierdurch kippte die Gitterbox von der Gabel und verletzte die Kl. an der linken Schulter. Die Berufsgenossenschaft für Fahrzeughaltungen hat den Unfall als Arbeitsunfall anerkannt und Leistungen für die Kl. erbracht. Diese meint, der Bekl. zu 2 habe den Unfall fahrlässig herbeigeführt. Deshalb habe sie Schadensersatzansprüche gegen beide Bekl.

Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. meint, die Haftung der Bekl. sei gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII ausgeschlossen, da sich der Unfall bei Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte ereignet habe. Diese Haftungsfreistellung komme nicht nur dem Bekl. zu 2 zugute; der selbst in der Lagerhalle tätig geworden sei, sondern müsse auch für die Bekl. zu 1 gelten; anderenfalls liefe die Haftungsprivilegierung des Bekl. zu 2 letztlich leer.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Das angefochtene Urteil hält den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

I. Zum Begriff der "gemeinsamen Betriebsstätte" gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII

Das BerGer. hat zu Recht angenommen, dass sich der Unfall bei Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte i. S. von § 106 III Alt. 3 SGB VII ereignet hat.

Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung erfasst der Begriff der gemeinsamen Betriebsstätte über die Fälle der Arbeitsgemeinschaft hinaus betriebliche Aktivitäten von Versicherten mehrerer Unternehmen, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen inein-

ander greifen, miteinander verknüpft sind, sich ergänzen oder unterstützen, wobei es ausreicht, dass die gegenseitige Verständigung stillschweigend durch bloßes Tun erfolgt (grdl.: Senat, BGHZ 145, 331 [336] = NJW 2001, 443 = LM H. 9/2001 § 106 SGB VII Nr. 1; vgl. auch Senat, BGHZ 148, 209 [211] = NJW 2001, 3127 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 3; BGHZ 148, 214 [216] = NJW 2001, 3125 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 4; BGH, NJW-RR 2001, 741 = LM H. 9/2001 § 106 SGB VII Nr. 2 = VersR 2001, 372 [373]; NJW-RR 2002, 1386 = VersR 2002, 1107; BAG, NJW 2003, 1891; OLG Hamm, VersR 2002, 1108 [1109]; OLG Köln r+s 2001, 328 [329]; KG, NZV 2002, 33 = VersR 2002, 573; OLG Schleswig, r+s 2001, 197 [198], mit Nichtannahme-Beschl. des Senats v. 10. 7. 2001 - VI ZR 53/01; OLG München, r+s 2002, 507).

Diese Voraussetzungen sind nach den Feststellungen des BerGer. im Streitfall gegeben. Ohne Erfolg rügt die Revision, das BerGer. habe seinen Feststellungen nur den Vortrag in der Klageschrift zu Grunde gelegt und nicht berücksichtigt, dass die Kl. ihr ursprüngliches Vorbringen später dahin korrigiert habe, dass sie beim Entladen des Lkw nicht mitgewirkt habe. Das BerGer. hat seine Beurteilung verfahrensfehlerfrei entscheidend auf das Ergebnis der persönlichen Anhörung gestützt. Danach gehörte es zum Aufgabenbereich der Kl., die in den Gitterboxen befindliche Ware zu kontrollieren, falsch zugeordnete Pakete auszusondern und, wenn dazu Zeit war, die in der Sammelbox befindlichen Pakete zu sortieren und dem Kollegen zu bringen, für dessen Tour die betreffende Ware bestimmt war. Bei dieser Sachlage trafen die Kl. und der Bekl. zu 2 in der Lagerhalle nicht rein zufällig aufeinander. Ihre Tätigkeiten vollzogen sich auch nicht beziehungslos nebeneinander. Auch wenn die Kl. dem Bekl. zu 2 nicht beim Entladen des Lkw half, so war sie doch an dem gemeinsamen Warenumsatz beteiligt, weil sie bei jeder Tour die Bücher in der beschriebenen Weise sortierte. Ob das Merkmal einer gemeinsamen Betriebsstätte erfüllt wäre, wenn sich ihre Tätigkeit darin erschöpft hätte, bereitgestellte Ware abzuholen, kann dahinstehen, denn hier ging es nicht, wie die Revision meint, um das bloße Abholen von Waren, die ein anderer Unternehmer auf einem dafür bestimmten Platz abgestellt hatte. Einer Arbeitsverknüpfung steht auch nicht entgegen, dass für die Anlieferung und den Weitertransport der Waren getrennte Übergabeplätze eingerichtet waren. Die Tätigkeit der Kl. erschöpfte sich nämlich nicht darin, für sie bestimmte Ware entgegenzunehmen und weiterzubefördern. Je nach Arbeitsanfall oblag ihr zusätzlich — neben der Kontrolle der in der Gitterbox befindlichen Pakete und Behältnisse und der Weitergabe der nicht für ihre Tour bestimmten Sendungen an den dafür zuständigen Subunternehmer — auch die Sortierung der in der Sammelbox befindlichen Pakete und deren Wei-

terleitung an andere Subunternehmer. Bei dieser Sachlage handelte es sich um betriebliche Tätigkeiten, die bewusst und gewollt bei einzelnen Maßnahmen ineinander griffen, miteinander verknüpft waren, sich gegenseitig ergänzten und unterstützten.

II. Versicherteneigenschaft des Bekl. zu 2

Ohne Erfolg beanstandet die Revision, das BerGer. habe keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Bekl. zu 2 unfallversichert war. Allerdings kann die Haftungsfreistellung gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII dem für ein Unternehmen Tätigen, der auf einer gemeinsamen Betriebsstätte eine vorübergehende betriebliche Tätigkeit verrichtet und dabei den Versicherten eines anderen Unternehmens verletzt hat, nur zugute kommen, wenn er im Zeitpunkt der Schädigung selbst Versicherter der gesetzlichen Unfallversicherung war (vgl. Senat, BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 3 m. w. Nachw.), denn unabdingbare Voraussetzung des Haftungsprivilegs ist, dass der Schädiger selbst zu den versicherten Personen zählt (BGHZ 151, 198 = NJW 2002, 3096 = LM H. 10/2002 § 839 [K] BGB Nr. 53. Das BerGer. ist jedoch mit Recht davon ausgegangen, dass der Bekl. zu 2 Versicherter war. Dieser Umstand ist, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, in den Vorinstanzen nie in Zweifel gezogen worden und wird letztlich auch von der Revision nicht ernstlich in Frage gestellt.

III. Ausdehnung des Haftungsprivilegs auf die Bekl. zu 1 (GfR)

Das BerGer. ist der Auffassung, eine etwaige Haftungsfreistellung des Bekl. zu 2 könne diesen nur dann wirksam vor einer Inanspruchnahme durch die Geschädigte schützen, wenn das Haftungsprivileg auch für die Bekl. zu 1 gelte.

1. Einstandspflicht der Bekl. zu 1 für den Bekl. zu 2

Die Frage nach einer Geltung des Haftungsprivilegs für die Bekl. zu 1 stellt sich allerdings nur dann, wenn diese für ein Handeln des Bekl. zu 2 einzustehen hätte. Das erscheint nach Falllage nicht ausgeschlossen.

a. Keine Einstandspflicht der Bekl. zu 1 gem. § 831 I BGB

Anhaltspunkte dafür, dass die Bekl. zu 1 gem. § 831 BGB zum Schadensersatz verpflichtet sein könnte, sind allerdings nicht ersichtlich. Voraussetzung dafür wäre, dass der Bekl. zu 2 Verrichtungsgehilfe der Bekl. zu 1 war. Verrichtungsgehilfe i. S. des § 831 BGB ist nur, wer von Weisungen seines Geschäftsherrn abhängig ist. Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts steht im Allgemeinen kein Weisungsrecht gegenüber ihren Gesellschaftern zu (vgl. BGHZ 45, 311 [313] = NJW 1976, 1807 = LM § 831 [B] 8GB Nr. 6). Dass die

gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse im Streitfall anders gelagert gewesen wären, zeigt die Revision nicht auf.

b. Einstandspflicht der Bekl. zu 1 gem. § 31 BGB analog

Ein zu Schadensersatz verpflichtendes Handeln des Bekl. zu 2 könnte der Bekl. zu 1 aber analog § 31 BGB zuzurechnen sein. Diese Vorschrift ist, wie der BGH in Abkehr von seiner früheren Auffassung (vgl. BGHZ 45, 311 [312] = NJW 1976, 1807 = LM § 831 [B] BGB Nr. 6; Senat, NJW 1975, 533 = LM § 823 [H] BGB Nr. 7 = VersR 1975, 329 [331]) nach Erlass des Berufungsurteils entschieden hat, auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts entsprechend anwendbar (BGH, NJW 2003, 1445 = VersR 2003, 650 [651], zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt; vgl. dazu Ulmer, ZIP 2003, 1113; krit. Altmeppen, NJW 2003, 1553). Mit dieser Änderung der Rechtsprechung wird dem allgemein vollzogenen Wandel im Verständnis der Rechtssubjektivität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihrer Haftungsverfassung (vgl. BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = LM H. 5/2001 § SO ZPO Nr. 52 m. Anm. Wilhelm) Rechnung getragen. Die Haftung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterscheidet sich insoweit nicht (mehr) von derjenigen der OHG, bei der die Haftung der Gesellschaft auch für gesetzliche Verbindlichkeiten, insbesondere auch für ein zum Schadensersatz verpflichtendes Verhalten ihrer Gesellschafter, und die entsprechende Anwendbarkeit des § 31 BGB heute allgemein anerkannt ist (vgl. BGH, NJW 2003, 1445 = VersR 2003, 650 m. w. Nachw.).

Unter welchen Voraussetzungen diese Haftungsgrundsätze allerdings bei deliktischem Handeln eines Gesellschafters bürgerlichen Rechts im Einzelfall zum Tragen kommen, ist in Rechtsprechung und Literatur bisher noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere könnte durchaus zweifelhaft sein, ob die deliktische Schadenszufügung in einem Fall der vorliegenden Art „in Ausübung der (dem Gesellschafter) zustehenden (organschäftlichen) Verrichtungen“ begangen worden ist (vgl. dazu Karsten Schmidt, NJW 2003, 1897 [1904]). Diese Problematik bedarf hier jedoch keiner weiteren Vertiefung.

2. Mittelbare Auswirkung des Haftungsprivilegs gem. § 106 III Alt. 3 SGB VII

Etwaige Schadensersatzansprüche der Kl. gegen die Bekl. zu 1 sind nämlich jedenfalls mittelbar wegen der auf § 106 III Alt. 3 i. V. mit § 104 1 SGB VII beruhenden Haftungsbefreiung des Bekl. zu 2 ausgeschlossen.

a. Mittelbare Auswirkung wegen § 31 BGB analog

Die Revisionserwiderung ist der Auffassung, die Haftungsbefreiung gelte auch für die Bekl. zu 1; das ergebe sich schon aus § 31 BGB. Richtig ist, dass die-

se Vorschrift keine haftungsbegründende, sondern eine haftungszuweisende Norm ist und deshalb voraussetzt, dass der verfassungsgemäße Vertreter eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung begangen hat (vgl. Senat, BGHZ 99, 299 [302] = NJW 1987, 1193 = LM § 31 BGB Nr. 31). Ob es an dieser Voraussetzung schon deswegen fehlt, weil der Bekl. zu 2 selbst haftungsprivilegiert ist, kann im Streitfall offen bleiben.

b. Unmittelbare Auswirkung über § 106 III Alt. 3 SGB VII

Nach Auffassung des BerGer. soll die Haftungsfreistellung gem. § 106 III Alt. 3 i.V. mit § 104 I SGB VII der Bekl. zu 1 deswegen zugute kommen, weil die Privilegierung anderenfalls gegenüber dem Bekl. zu 2 leer liefe. Nach dem Wortlaut der Bestimmungen, ihrer Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Regelung gilt die Haftungsprivilegierung bei vorübergehenden Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte allerdings nur für die Ersatzpflicht der für die beteiligten Unternehmen Tätigen untereinander (vgl. Senat, BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 3; BGHZ 148, 214 [217] = NJW 2001, 3125 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 4). Ob dazu auch die Bekl. zu 1 zu rechnen ist, erscheint zweifelhaft.

Dabei kommt es entgegen der Auffassung der Revision nicht darauf an, ob die geänderte Rechtsauffassung hinsichtlich der Haftungszurechnung gem. § 31 BGB dazu führt, bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts neben deren vertretungsbefugten Gesellschaftern (vgl. BSGE 61, 15 [17] = NZA 1987, 326) auch die Gesellschaft selbst als Unternehmer i. S. des § 106 III Alt. 3 SGB VII anzusehen, denn die gesetzliche Haftungsprivilegierung knüpft nicht an die Unternehmereigenschaft an, sondern an das Tätigwerden auf der gemeinsamen Betriebsstätte.

Zwar könnte nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Haftungsfreistellung eine Ausdehnung auf die Bekl. zu 1 zu erwägen sein. Denn die in § 106 III Alt. 3 SGB VII normierte Privilegierung findet ihre Rechtfertigung in dem Gesichtspunkt der so genannten Gefahrgemeinschaft (vgl. Senat, BGHZ 148, 209 [212] = NJW 2001, 3127, und BGHZ 148, 214 [220] = NJW 2001, 3125). Hiernach erhalten die in enger Berührung miteinander Tätigen als Schädiger durch den Haftungsausschluss einen Vorteil und müssen dafür andererseits als Geschädigte den Nachteil hinnehmen, dass sie selbst gegen den unmittelbaren Schädiger keine Schadensersatzansprüche wegen ihrer Personenschäden geltend machen können. Um eine solche auf Gegenseitigkeit angelegte Haftungsbeziehung im Falle des auf der Betriebsstätte tätigen Gesellschafters bürgerlichen Rechts zu erreichen, könnte erwogen werden, die Privilegierung nicht ihm selbst, sondern auch der Gesellschaft zugute kommen zu lassen. Dafür könnte sprechen, dass der Bekl. zu 2, wäre er Geschä-

digter, den gesetzlichen Haftungsausschluss gegen sich gelten lassen müsste. Wenn andererseits als Schädiger zwar er selbst, nicht aber auch seine Gesellschaft privilegiert wäre und diese dem Geschädigten daher in vollem Umfang Ersatz zu leisten hätte, käme dem tätig gewordenen Gesellschafter der mit der gesetzlichen Regelung bezweckte Vorteil letztlich nicht zugute, wenn er für die Verbindlichkeit der Gesellschaft analog § 128 S. 1 HGB persönlich einzustehen hätte. Denn der in dieser Norm zum Ausdruck kommende Grundsatz der akzessorischen Haftung findet entsprechende Anwendung auch auf gesetzliche Verbindlichkeiten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 146, 341 [357] = NJW 2001, 1056 = LM H. 5/2001 § 50 ZPO Nr. 52; BGH, NJW 2003, 1445 = VersR 2003, 650 m. Anm. Reif; vgl. auch Dauner-Lieb, DStR 2001, 356 [388 f.]; Wiegand, SchiedsVZ 2003, S2 [57]; Altmeppen, NJW 2003, 1553; Karsten Schmidt, NJW 2003, 1897 [1900f.]). Die Frage, ob dieser Grundsatz stets dazu führt, die in § 106 III Alt. 3 i. V. mit § 104 I SGB VII normierte Haftungsbeziehung auch der Gesellschaft zugute kommen zu lassen, bedarf im Streitfall jedoch keiner abschließenden Entscheidung.

c. Mittelbare Auswirkung über die Grundsätze zur gestörten Gesamtschuldnerschaft

In Fallgestaltungen wie der vorliegenden ist eine Inanspruchnahme der Gesellschaft jedenfalls nach den Grundsätzen des so genannten gestörten Gesamtschuldverhältnisses ausgeschlossen. Danach können in den Fällen, in denen zwischen mehreren Schädigern ein Gesamtschuldverhältnis besteht, Ansprüche des Geschädigten gegen einen Gesamtschuldner (Zweitschädiger) auf den Betrag beschränkt sein, der auf diesen im Innenverhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner (Erstschädiger) endgültig entfiel, wenn die Schadensverteilung nach § 426 BGB nicht durch eine sozialversicherungsrechtliche Sonderregelung, wie sie früher in §§ 636, 637 RVO a. F. geregelt war (jetzt: §§ 104 ff. SGB VII), gestört wäre (vgl. u. a. Senat, BGHZ 61, 51 [55] = NJW 1973, 1648 = LM § 636 RVO [L] Nr. 7; BGHZ 94, 173 = NJW 1985, 2261 = LM § 426 BGB Nr. 66 = VersR 1985, 763; BGH, NJW 1987, 2669 = LM § 823 [F] BGB Nr. 42). Die Beschränkung der Haftung des Zweitschädigers beruht auf dem Gedanken, dass einerseits die haftungsrechtliche Privilegierung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden soll, es aber andererseits bei Mitberücksichtigung des Grundes der Haftungsprivilegierung, nämlich der anderweitigen Absicherung des Geschädigten, nicht gerechtfertigt wäre, den Zweitschädiger den Schaden allein tragen zu lassen (grdl. Senat, BGHZ 61, 51 [53ff.] = NJW 1973, 1648 = LM § 636 RVO [L] Nr. 7). Unter Abwägung dieser Gesichtspunkte hat der Senat den Zweitschädiger „in Höhe des Verantwortungsteils“ freigestellt, der auf den Privilegierten im Innenverhältnis entfiel,

wenn man das Haftungsprivileg wegdenkt (Senat, BGHZ 61, 51 [54] = NJW 1973, 1648).

Dabei ist unter „Verantwortungsteil“ die Zuständigkeit für die Schadensverhütung und damit der eigene Anteil des betreffenden Schädigers an der Schadensentstehung zu verstehen (Senat, BGHZ 110, 114 [119] = NJW 1990, 1361 = LM § 426 BGBNr. 83).

Diese Grundsätze kommen im Streitfall zum Tragen. Für eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung des Bekl. zu 2 hätten dieser und die Bekl. zu 1 entsprechend §§ 823, 31, 840 I BGB gegebenenfalls als Gesamtschuldner einzustehen. Da der Bekl. zu 2 den Schaden allein verursacht hat und Anhaltspunkte für eine Mitverantwortung der Bekl. zu 1 nicht ersichtlich sind, hätte er gem. § 426 BGB im Innenverhältnis der beiden Gesamtschuldner den „Verantwortungsteil“ allein zu tragen und in vollem Umfang für den Schaden aufzukommen, wenn man das in § 106 III Alt. 3

SGB VII normierte Haftungsprivileg wegdenkt. Da diese Haftungsfreistellung nicht durch eine Heranziehung im Gesamtschuldnerausgleich unterlaufen werden darf, wäre es der Bekl. zu 1 verwehrt, den Bekl. zu 2 im Innenverhältnis auf Ausgleich in Anspruch zu nehmen. Weil jedoch die Bekl. zu 1 für den Schaden ersichtlich nicht verantwortlich ist, auf sie also kein „Verantwortungsteil“ in dem oben dargelegten Sinne entfällt, wäre es nicht gerechtfertigt, wenn sie (endgültig) gleichwohl für den Schaden — und zwar in vollem Umfang — einzustehen hätte. Damit ist vorliegend ein Fall des gestörten Gesamtschuldnerausgleichs gegeben, der im Ergebnis dazu führt, dass die Kl. — eine Haftung der Gesellschaft vorausgesetzt — schon im Außenverhältnis mit Ansprüchen gegen die für die Schadenszufügung nicht verantwortliche Bekl. zu 1 ausgeschlossen ist.

*Strafrecht***Standort: § 13 StGB****Problem: Garantenstellung unter Ehegatten**

BGH, URTEIL VOM 24.07.2003
3 STR 153/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte lebte seit vier Wochen von ihrem Ehemann getrennt, als sie erfuhr, dass der Mitangeklagte plante, ihren Ehemann zu verprügeln. Trotzdem unternahm sie nichts, um ihren Mann zu warnen oder die Tat auf andere Weise zu verhindern, obwohl ihr dies möglich gewesen wäre. Deshalb hatte das Landgericht sie wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Körperverletzung verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung auf, da zwischen den Eheleuten keine Garantenpflichten mehr bestünden.

Prüfungsrelevanz:

Probleme aus dem Bereich der unechten Unterlassungsdelikte spielen in Examensaufgaben häufiger eine Rolle, erst Recht, wenn sie - wie im vorliegenden Fall - mit dem beliebten Problemkreis Täterschaft und Teilnahme kombiniert werden können.

Im vorliegenden Fall stand eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe durch Unterlassen zur Diskussion. Nach ganz herrschender Meinung ist § 13 StGB so zu verstehen, dass auch für eine Beihilfe durch Unterlassen eine Garantenstellung und -pflicht des Gehilfen zur Erfolgsabwendung erforderlich ist (BGH, wistra 1993, 59; Leckner/Kühl, § 27 Rn. 5 mwN). Im vorliegenden Fall konnte sich eine Garantenpflicht der Angeklagten zum Schutze ihres Ehemannes nur aus der (noch) bestehenden Ehe ergeben, wobei sich die Besonderheit ergab, dass die Angeklagte ihren Ehemann verlassen wollte und auch bereits aus der gemeinsamen Ehwohnung ausgezogen war. Während grundsätzlich Einigkeit darüber besteht, dass sich aus der aus § 1353 I BGB ergebenden Beistandspflicht unter Ehegatten auch eine strafrechtlich relevante (Garanten-) Pflicht zum Schutze des Ehegatten ableiten lässt (BGHSt 19,168; Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 6 mwN), sind die Einzelheiten insofern streitig. Teilweise wird vor allem das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft zur Herleitung der Garantenpflicht herangezogen, so dass diese nicht mehr besteht, wenn die Eheleute trotz bestehender Ehe nicht mehr zusammenleben; die Gegenauffassung leitet die Garantenpflicht allein aus dem Bestehen der Ehe ab und differenziert deshalb - ebenso wie § 1353 I BGB - nicht danach, ob auch eine eheliche Lebensgemeinschaft

besteht (vgl. die Darstellung des Streitstandes in der vorliegenden Entscheidung). Der BGH entwickelt im vorliegenden Fall eine vermittelnde Auffassung: bei Fortbestehen der Ehe aber Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft ende die Garantenstellung jedenfalls dann, wenn die Lebensgemeinschaft von zumindest einem Ehegatten mit dem Willen aufgegeben worden sie, sich endgültig von seinem Partner zu trennen.

Da der BGH somit eine Garantenstellung der Angeklagten im vorliegenden Fall ablehnte, brauchte er sich nicht mehr mit der - sehr kontrovers diskutierten - Frage auseinanderzusetzen, ob und wann ein Garant, der einen Begehungstäter nicht an der Begehung einer Straftat hindert, selber Täter oder Teilnehmer ist (vgl. hierzu die Übersicht bei Joecks, § 13 Rn. 58).

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Beihilfe durch Unterlassen: *BGH*, NJW 1989, 914; *wistra* 1993, 59; *Geppert*, Jura 1999, 266; *Ranft*, NJW 1992, 1246; *Seelmann*, StV 1992, 416; *Sowada*, Jura 1986, 399;

☐ Zur Garantenstellung unter Ehegatten: *BGHSt* 2, 150; *Geilen*, FamRZ 1961, 148; *Meyer-Arndt*, wistra 1989, 281;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Familienglück"

Leitsatz:

Die strafrechtliche Garantenpflicht unter Eheleuten endet, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wieder herzustellen.

Sachverhalt:

Am Abend des 1. Juni 1996 drangen beide Angeklagte in das vom geschiedenen ersten Ehemann der Angeklagten S, J, bewohnte, in fremdem Eigentum stehende Haus in O. ein. In Abwesenheit des geschiedenen ersten Ehemannes legten der Angeklagte M im Schlafzimmer und

die Angeklagte S im Bodenraum einen Brand, der das Haus vollständig zerstörte und einen Gebäudeschaden von mindestens 300.000 DM verursachte.

Am 25. Januar 2001 würgte der Angeklagte M den Ehemann der Angeklagten, W, bis an die Grenze der Bewusstlosigkeit und schlug ihm mit der Faust in den Magen. Er war über sein Opfer verärgert, weil dieses

ihn wegen eines Diebstahls bei der Polizei angezeigt hatte. Die Angeklagte S hatte kurz vor der Tat von dem Vorhaben des Angeklagten M Kenntnis erlangt, unterließ es aber, ihren Ehemann, von dem sie sich etwa vier Wochen zuvor getrennt hatte, vor dem Angriff zu warnen. Auch unternahm sie keinerlei Bemühungen, den Angeklagten M von seiner Tat abzuhalten.

Über den Gegenstand der Verurteilung hinaus war bei den Angeklagten in der Anklage zur Last gelegt worden, zweimal versucht zu haben, W heimtückisch zu töten. Sie sollen im Januar 1998 dem Opfer einen Grog zu trinken gegeben haben, in den sie ein zuvor von dem Angeklagten M beim Tierarzt Dr. H entwendetes Mittel zur Tötung von Tieren ("T 61") gemischt hatten. W soll mit dem Bemerkung, der Grog sei salzig, das Getränk sofort wieder ausgespuckt und den Rest in die Güllegrube geschüttet haben. Im Jahr 2000 soll die Angeklagte S ihrem Mann Ecstasy-Tabletten, die der Angeklagte M zuvor besorgt hatte, verabreicht haben. Anstelle des von beiden Angeklagten erstrebten Todes soll es beim Opfer nur zu Kreislaufproblemen gekommen sein. Obwohl der Angeklagte M diese Tatvorwürfe einräumte, hat sich das Landgericht von einem solchen Geschehensablauf nicht überzeugen können und nicht auszuschließen vermocht, dass zwischen den Angeklagten nur unverbindliche Gespräche über solche Tatmöglichkeiten geführt worden waren.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten M wegen schwerer Brandstiftung unter Einbeziehung früherer Entscheidungen zu einer Jugendstrafe von vier Jahren und wegen gefährlicher Körperverletzung unter Einbeziehung früherer Strafen zu einer Gesamtstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt; es hat die Angeklagte S wegen schwerer Brandstiftung und wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zur Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und einem Monat verurteilt. Von dem Vorwurf des gemeinschaftlich versuchten Mordes in zwei Fällen hat das Landgericht die Angeklagten freigesprochen. Gegen diesen Freispruch richtet sich die Revision der Staatsanwaltschaft mit sachlichrechtlichen Beanstandungen.

Die Revision der Angeklagten S rügt die Verletzung von Verfahrensrecht und erhebt materiellrechtliche Beanstandungen. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft bleibt ohne, das der Angeklagten hat nur teilweisen Erfolg. [...]

II. Zur Revision der Angeklagten S

1. Zur Rüge der Verletzung von § 265 I StPO

Auf die Verfahrensrüge, das Landgericht habe gegen

die Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 StPO verstoßen, kommt es nicht an, da die insoweit allein betroffene Verurteilung wegen Beihilfe zur Körperverletzung auf die Sachrüge hin aufgehoben werden muss.

2. Zur Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen

Die Verurteilung der Angeklagten wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zur Körperverletzung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

a) Zum Erfordernis der Förderung der Haupttat bei Beihilfe durch Unterlassen

Entgegen den Angriffen der Revision kann dem Urteil entnommen werden, dass die Tat des Angeklagten M zumindest erschwert worden wäre, wenn die Angeklagte S sich bemüht hätte, ihn von der Tat abzuhalten, oder wenn sie ihren Ehemann telefonisch gewarnt hätte. Dies ist ausreichend. Es ist für die Annahme einer Beihilfe durch Unterlassen nicht erforderlich, dass die unterlassene Handlung den Taterfolg verhindert hätte (vgl. BGH NJW 1953, 1838 m. w. N.).

b) Zum Bestehen einer Garantenpflicht

Die Feststellungen des Landgerichts ergeben jedoch nicht, dass die Angeklagte, wie es für ihre Verurteilung wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zur Körperverletzung erforderlich wäre, zum Tätigwerden zugunsten des Tatopfers verpflichtet gewesen ist. Nach ihnen ist es vielmehr möglich, dass die sich aus der Ehe ergebende Garantenpflicht hier dadurch weggefallen ist, dass sich die Angeklagte etwa vier Wochen vor der Tat von ihrem Ehemann getrennt und einem anderen Mann zugewandt hat.

aa) Garantenpflicht unter Ehegatten bei ehelicher Lebensgemeinschaft

Hinsichtlich der Garantenpflicht unter Ehegatten ist unstrittig, dass Ehegatten bei bestehender Lebensgemeinschaft einander als Garanten zum Schutz verpflichtet sind, also jeweils dafür im Sinne des § 13 StGB einzustehen haben, dass dem anderen Teil kein Schaden zugefügt wird, der sich als "Erfolg" eines Straftatbestands darstellt. Dementsprechend kann nicht zweifelhaft sein, dass die Angeklagte - hätte sie sich nicht von ihrem Ehemann getrennt - verpflichtet gewesen wäre, ihn vor der drohenden Körperverletzung durch den Mitangeklagten M zu warnen bzw. zu versuchen, diesen von der beabsichtigten Tat abzuhalten.

bb) Herleitung der Garantenpflicht und Konsequenzen für die Garantenpflicht bei fehlender ehelicher Lebensgemeinschaft

Unterschiedlich beurteilt wird, worin die Grundlage für die Annahme der Garantenpflicht zu sehen ist und welche Bedeutung eine Trennung der Eheleute für sie hat. Insofern wird einerseits vertreten, dass sich die

Garantenpflicht der Ehegatten, im Grundsatz ohne Rücksicht auf das tatsächliche Bestehen einer Lebensgemeinschaft, aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB ergebe (Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl. S. 823; Welzel, Strafrecht 11. Aufl. S. 217; Geilen FamRZ 1961, 148). Das tatsächliche Bestehen einer Gemeinschaft sei zwar nicht ohne jede Bedeutung. Ohne sie sei etwa eine Garantenpflicht für andere Rechtsgüter als Leib, Leben und Freiheit zu verneinen (Jescheck in LK 11. Aufl. § 13 Rdn. 23 aE). Die Einstandspflicht zum Schutze der genannten Rechtsgüter sei aber schlicht an den Fortbestand der Ehe geknüpft und werde - mit der Folge, dass der Schuldspruch hier keinen Bedenken begegnete - nicht schon dadurch beendet, dass die Ehegatten ihre Lebensgemeinschaft aufgeben und getrennte Wege gehen.

Nach anderer Auffassung findet die Garantenpflicht unter Eheleuten ihre Grundlage nicht in § 1353 BGB. Entscheidend für die Annahme einer Garantenstellung soll vielmehr allein das tatsächliche Bestehen eines gegenseitigen Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Ehegatten im Hinblick auf den Schutz der bedrohten Rechtsgüter sein (Rudolphi in SK-StGB § 13 Rdn. 50 m. w. N.). Fehle es daran, wie z. B. in aller Regel bei tatsächlichem Getrenntleben der Ehegatten, so stehe das Unterlassen mangels eines Obhutsverhältnisses nicht dem aktiven Bewirken des tatbestandmäßigen Unrechtserfolges gleich. Daran vermöge die sich aus § 1353 BGB ergebende Rechtspflicht zur Begründung der ehelichen Lebensgemeinschaft nichts zu ändern. Denn solange der Ehegatte diese Rechtspflicht nicht erfülle, es also an einem auf der tatsächlichen Lebensgemeinschaft basierenden gegenseitigen Vertrauens- und Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Ehegatten fehle, solange sei er auch nicht Garant, sondern lediglich verpflichtet, ein garantenpflichtiges Obhutsverhältnis zu begründen. Diese Pflicht stehe aber - mit der Folge, dass die Verurteilung der Angeklagten hier keinen Bestand haben könnte - der Garantenpflicht nicht gleich (Rudolphi aaO).

Der Bundesgerichtshof hat zu der Frage der strafrechtlichen Garantenpflicht unter Ehegatten - soweit ersichtlich - noch nicht entscheidungserheblich Stellung genommen. Nach einer Entscheidung des 1. Strafsenats gründet die Verpflichtung der Ehegatten, sich gegenseitig zum Schutze beizustehen, auf die "enge, vom Treuegebot beherrschte Lebensgemeinschaft" (BGHSt 2, 150, 153), was in dem Sinne verstanden werden könnte, dass das Bestehen der Gemeinschaft das maßgebliche Kriterium ist. In der weiteren Begründung wird dann aber auf § 1353 BGB abgestellt und unter Berufung auf diese Norm die "Rechtspflicht" bejaht, "einander in Lebensgefahr nach Kräften zu schützen und zu helfen," wobei dieser Grundsatz allerdings wieder durch den Zusatz eingeschränkt wird, die Rechtspflicht bestehe "mindestens so lange,

wie kein Teil das Recht zum Getrenntleben hat und beide Teile ... in Hausgemeinschaft leben (vgl. RGSt 71, 187, 189)" (BGHSt 2, 150, 153 f.). Ob das Getrenntleben die Garantenstellung entfallen lässt, brauchte in der Entscheidung BGHSt 2, 150 nicht entschieden zu werden, weil die Eheleute in dem zu beurteilenden Sachverhalt noch zusammenlebten. Eine weitere - in dem hier in Rede stehenden Zusammenhang gelegentlich zitierte - Entscheidung (BGHSt 6, 322) betrifft nicht die Frage der wechselseitigen Schutzverpflichtung, sondern die der Rechtspflicht zur Verhinderung von Straftaten des anderen Teils und damit - ebenso wie die Entscheidung des Senats NStE Nr. 3 zu § 13 StGB - andere Fallgestaltungen.

cc) Auffassung des erkennenden Senats

Dem Senat erscheint im Ergebnis eine vermittelnde Betrachtung angezeigt: ihren Ausgangspunkt muss die Beantwortung der Frage nach den strafrechtlichen Schutzpflichten unter Eheleuten bei § 1353 BGB nehmen. Es ist nicht ersichtlich, warum, wenn Ehegatten nach dieser Norm Verantwortung füreinander tragen (§ 1353 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. BGB), dies im Grundsatz nicht auch für die strafrechtliche Betrachtung gelten sollte.

Dementsprechend kann die gegenseitige Beistandspflicht nicht etwa schon mit dem bloßen Auszug eines Ehegatten aus der Ehwohnung als solchem, also mit der bloßen räumlichen Trennung als beendet angesehen werden. Das Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft muss - je nach den Umständen - nicht bedeuten, dass die eheliche Lebensgemeinschaft aufgegeben worden ist (Palandt/Brudermüller, BGB 62. Aufl. § 1565 Rdn. 2). Dadurch unterscheidet sich die Ehe von der bloßen, auf gegenseitige Hilfeleistung angelegten Gemeinschaftsbeziehung, wie sie etwa auch bei einer Wohngemeinschaft gegeben sein mag. Bei letzterer wird die strafrechtliche Garantenpflicht im allgemeinen mit dem tatsächlichen Ende der Beziehung enden. Andererseits würde es eine nicht zu rechtfertigende Überdehnung der strafrechtlichen Beistandspflicht unter Eheleuten bedeuten, wollte man annehmen, dass diese erst mit dem Ende der Ehe, ggf. also erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils endet. Es sind zahlreiche Lebensgestaltungen denkbar, in denen - ungeachtet des formal fortbestehenden Ehebandes - keiner der beiden Ehegatten tatsächlich darauf vertraute oder auch nur Anlass hätte, darauf zu vertrauen, der andere Teil würde ihm zum Schutze seiner Rechtsgüter beistehen.

Das gilt besonders augenfällig etwa dann, wenn die Ehegatten bereits seit Jahren getrennt sind, dabei möglicherweise sogar mit anderen Partnern in einer Lebensgemeinschaft verbunden, wie auch dann, wenn sie - etwa aus rein wirtschaftlichen Gründen - nach schweren ein- oder beidseitigen Eheverfehlungen oder Zerwürfnissen in demselben Haus oder in derselben

Wohnung getrennt voneinander leben. In solchen Fällen ist die Annahme einer die Strafbarkeit wegen eines Unterlassungsdelikts begründenden Beistandspflicht unter Ehegatten auch ausgehend davon, dass diese ihre Grundlage in § 1353 BGB hat, keineswegs geboten. Denn für die Bestimmung der Grenzen der strafrechtlichen Beistandspflicht dürfen bei diesem Ansatz die gesetzlichen Regelungen, aus denen sich Beschränkungen der Pflicht zu ehelicher Lebensgemeinschaft ergeben, nicht außer Betracht bleiben.

Dementsprechend endet die strafrechtliche Garantspflicht unter Eheleuten, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht getrennt hat, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wieder herzustellen. Das entspricht den Regelungen in § 1353 Abs. 2 und § 1565 Abs. 1 BGB unter Berücksichtigung von § 1566 BGB. Nach § 1565 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Ehe gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen. Das Scheitern der Ehe hat nach § 1353 Abs. 2 BGB zur Folge, dass die Rechtspflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht. Die danach erforderliche ernsthafte Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft, die auch der strafrechtlichen Beistandspflicht ihre rechtliche Grundlage entzieht, setzt dabei nicht voraus, dass die Ehegatten ein Jahr lang getrennt leben. Dieser Wertung steht § 1566 Abs. 1 BGB nicht entgegen. Danach wird das Scheitern der Ehe zwar unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt. Bei dieser Vorschrift handelt es sich aber nur um eine zwingende Beweisregel für das Scheitern der Ehe, die das Gericht von der Feststellung der Zerrüttung entlastet (Palandt/Brundermüller, BGB 62. Aufl. § 1566 Rdn. 1). Sie schließt die Annahme eines früheren Scheiterns - mit Folgen ggf. auch für die Prüfung der strafrechtlichen Garantpflicht - indes nicht aus. Diese vermittelnde Auffassung, die bereits in der Entscheidung BGHSt 2, 150, 153 f. angelegt ist, dürfte mit der Meinung, nach der die strafrechtliche Garantpflicht unter Eheleuten in ihrem Grund und in ihrem Umfang allein aus dem tatsächlichen Bestehen eines gegenseitigen Vertrauensverhältnis abzuleiten ist, im Ergebnis weitgehend übereinstimmen. Wenn Vertreter dieser Meinung etwa ausführen, dass die Garantpflicht "in aller Regel bei tatsächlichem Getrenntleben der Eheleute" entfallen wird (vgl. etwa Rudolphi in SK-StGB § 13 Rd. 50), so sind - wie zu vermuten steht - gerade die Fälle angenommen, in denen sich die Ehegatten getrennt haben,

um zu prüfen, ob ihre Beziehung eine Chance hat, während in den Fällen, in denen die Trennung die endgültige Aufhebung der Gemeinschaft bedeuten soll, auch nach Auffassung des Senats eine Garantpflicht nicht mehr besteht.

dd) Keine Beihilfe durch Unterlassen im vorliegenden Fall

Auf der Grundlage dieser Auffassung kann die Verurteilung der Angeklagten wegen durch Unterlassen begangener Beihilfe zur Körperverletzung keinen Bestand haben. Nach den bisherigen Feststellungen ist es möglich, dass dem Auszug der Angeklagten S ein ernsthafter Entschluss, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr fortzusetzen, zugrunde gelegen hatte und damit die Garantpflicht beendet war. Dafür könnte sprechen, dass sich die Angeklagte einem anderen Mann zugewandt hatte. Andererseits kann der zum Tatzeitpunkt erst kurze Zeit zurückliegende Auszug aus der Ehwohnung seinen Grund auch darin gehabt haben, dass sich die Angeklagte über die weitere Entwicklung der Ehe klar werden wollte. Feststellungen, die eine fortbestehende Garantpflicht begründen, erscheinen insoweit nicht ausgeschlossen. Der Senat kann die Angeklagte deshalb von diesem Vorwurf nicht freisprechen.

3. Zur Verurteilung gem. § 306 a StGB

Die Einzelstrafe wegen schwerer Brandstiftung wird von der Aufhebung der Verurteilung wegen Beihilfe zur Körperverletzung nicht berührt. Soweit die Revision im übrigen die Verneinung von § 21 StGB durch die Strafkammer sowie die Strafzumessung angreift, ist sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

III. Hinweis an den neuen Tatrichter

Der neue Tatrichter wird das Augenmerk auch darauf zu richten haben, ob die Angeklagte S dem Angeklagten M bei der Körperverletzung nicht sogar durch positives Tun geholfen hat. Anlass zu diesem Hinweis geben die bisherigen Feststellungen. Das Landgericht hat es für möglich gehalten, dass die Angeklagte S in Kenntnis der vom Angeklagten M beabsichtigten Körperverletzung zu diesem gesagt hatte, er solle es "ordentlich" machen. Es hat aber dahinstehen lassen, ob diese Worte tatsächlich gefallen sind, weil es ihnen für den Nachweis einer von der Angeklagten S unternommenen, versuchten Anstiftung des Angeklagten M zu einem Tötungsdelikt keine entscheidende Bedeutung beimessen wollte. Sollte sich der neue Tatrichter von einer solchen Äußerung der Angeklagten S überzeugen, läge eine psychische Beihilfe nahe.

Standort: § 253 StGB**Problem: Rechtswidrigkeit der Bereicherung**

BGH, URTEIL VOM 07.08.2003

3 STR 137/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Bei den Angeklagten handelte es sich um Drogenhändler, die einem Kunden Betäubungsmittel ohne Bezahlung überlassen hatten, weil dieser versprochen hatte, den Kaufpreis in den nächsten Tagen zu bezahlen. Als dies nicht geschah, brachten sie ihn durch Gewaltanwendung und Drohungen dazu, ihnen statt Bargeld persönliche Wertgegenstände zu überlassen. Das Landgericht hatte eine Strafbarkeit der Angeklagten insb. weg. §§ 253 I, 255 StGB abgelehnt, da den Angeklagten die hierfür erforderliche Absicht fehle, sich rechtswidrig zu bereichern. Der BGH hob dieses Urteil auf.

Prüfungsrelevanz:

Allein die Tatsache, dass sich der BGH in jüngerer Vergangenheit wiederholt mit dem Problem der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung in den entsprechenden Tatbeständen (insb. §§ 253 I, 263 I StGB) auseinandergesetzt hat (vgl. BGH, NStZ 2002, 481 (= RA 2002, 559); 2003, 151; RA 2003, 575), zeigt, dass dieses Problem eine besonders hohe Prüfungsrelevanz hat, insb. da es in den im Examen so beliebten Bereich der Vermögensdelikte fällt. Auch liegt der Schwerpunkt der Ausführungen des BGH im vorliegenden Urteil gar nicht im Bereich des Strafrechts, sondern in dem des Zivilrechts, so dass diese Entscheidung auch insofern Examensrelevanz besitzt.

§ 253 StGB setzt (ebenso wie § 263 I StGB) voraus, dass der Täter in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Rechtswidrig ist der vom Täter angestrebte Vermögensvorteil dann, wenn er der materiellen Rechtslage widerspricht, d.h. wenn kein materiell-rechtlicher Anspruch auf den begehrten Vorteil besteht (BGH, StV 1984, 422; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 9, § 263 Rn. 61). Da die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ein - objektives - Tatbestandsmerkmal darstellt (BGH, NStZ-RR 1999, 6; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a mwN), ist insofern auch Vorsatz erforderlich (§ 16 I StGB). Hat der zu Bereichernde also tatsächlich einen (fälligen und durchsetzbaren) Anspruch gegen das Opfer, so ist i.R.v. § 253 I StGB (sofern man nicht bereits den Vermögensschaden verneint, vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 19, § 263 Rn. 170 ff.) jedenfalls die beabsichtigte Bereicherung nicht rechtswidrig, so dass eine Strafbarkeit wegen Erpressung entfällt und allenfalls Delikte wie Körperverletzung oder Nötigung in Betracht kommen.

Glaubt der Täter hingegen 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 (BGHSt 17, 87; StV 2000, 79; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a).

Der BGH stellt im vorliegenden Fall nach ausführlicher Prüfung aller in Betracht kommenden zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen fest, dass ein Anspruch eines Drogenhändlers gegen seinen Kunden auf Zahlung des Kaufpreises auch dann nicht besteht, wenn der Händler dem Kunden die Ware bereist überlassen und dieser sie verbraucht hat. Sodann präzisiert der BGH die bisherige Rechtsprechung bzgl. des Vorsatzes hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils insofern als er klarstellt, dass dieser Vorsatz nicht i.S.v. § 16 I 1 StGB bereits dann entfällt, wenn der Täter sich "berechtigt" fühlt, seine (vermeintliche) Forderung durchzusetzen, sondern nur dann, wenn er glaubt, seinen Anspruch (ungeachtet eventueller Beweisprobleme) auch mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen zu können.

Am Rande (i.R.d. Prüfung eines Anspruchs der Angeklagten gem. § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB) befasst sich der BGH mit den verschiedenen im Strafrecht vertretenen Vermögensbegriffen (vgl. hierzu die Übersicht bei Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 78 b ff.).

Vertiefungshinweise:

Zur Erpressung zur Durchsetzung von Forderungen: BGH, NStZ-RR 1999, 6; StV 2000, 79; NStZ 2002, 254, 481; 2003, 151; Lausen, wistra 1991, 283;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Geldeintreiber"

Leitsätze:

1. Überlässt ein Betäubungsmittelhändler seinem Kunden, der ihn über seine Zahlungsfähigkeit und -willigkeit getäuscht hat, die verkauften Drogen ohne Kaufpreiszahlung, hat er auch keinen Anspruch auf deren Rückgabe, denn eine derartige Forderung ist wegen unzulässiger Rechtsausübung mit Treu und Glauben unvereinbar. Ihm steht daher nach Verbrauch der Drogen durch den Kunden auch kein Anspruch auf Geldersatz zu. Will er die Bezahlung der Betäubungsmittel mit Nötigungsmitteln durchsetzen, erstrebt er demgemäß eine unrechtmäßige Bereicherung im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB.

2. Ein Irrtum des Erpressers über die Unrechtmä-

Bigkeit der von ihm erstrebten Bereicherung liegt nicht schon dann vor, wenn er sich nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Anspruchs gegen das Opfer fühlt. Maßgeblich ist vielmehr, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte.

Sachverhalt:

Die Angeklagten R und T hatten dem Ru, den sie für zahlungskräftig hielten, Haschisch zum Preis von 250 Euro angeboten. Ru war mit dem Angebot einverstanden, nahm die Drogen noch im Juni 2002 entgegen und versprach, den Kaufpreis in den nächsten Tagen zu zahlen. Unwiderlegt konnte und wollte er jedoch die 250 Euro nicht begleichen. Die übergebenen Betäubungsmittel verbrauchte er in der Folgezeit. Als ihn die Angeklagten R und T mehrfach zur Zahlung aufforderten, vertröstete er sie und schaltete schließlich sein Mobiltelefon ab, um nicht mehr erreichbar zu sein.

Am Abend des 7. August 2002 trafen die Angeklagten R und E - dieser hatte bis dahin von dem Betäubungsmittelgeschäft nichts gewusst - zufällig auf Ru. Zusammen mit diesem und dem vom Angeklagten R telefonisch informierten Angeklagten T fuhren sie im Pkw des Angeklagten E zu einem einsam gelegenen Betonwerk. Dort wollten die Angeklagten R und T mit Ru die Zahlungsmodalitäten besprechen. Da sich Ru jedoch weiterhin hinhaltend äußerte, wurden die Angeklagten R und T zunehmend erbost. Sie bedrohten Ru zunächst, er werde nicht mehr lange leben und solle schon einmal sein Testament machen. Dann schlugen sie ihm - um ihrer Forderung Nachdruck zu verleihen - abwechselnd mit der flachen Hand ins Gesicht. Außerdem schlug der Angeklagte T mit einer hölzernen Gardinenstange auf den Oberkörper des Ru ein und drückte der Angeklagte R eine brennende Zigarette auf dessen Hand aus. Um den Druck auf den verängstigten und wehrlosen Ru zu erhöhen, fuhren die drei

Angeklagten gegen 23.00 Uhr zu der von den Angeklagten R und T genutzten Wohnung. Dort wurde Ru in der folgenden Nacht zeitweise auf einen Küchentuhl gefesselt sowie von den Angeklagten R und T sowie dem später hinzugekommenen - bereits rechtskräftig abgeurteilten - früheren Mitangeklagten K in verschiedenster Weise bedroht, geschlagen und gedemütigt, um ihn zur Bezahlung des Haschisch zu veranlassen. Ru war hierdurch letztlich so eingeschüchtert, dass er vorschlug, die Forderung der Angeklagten R und T statt mit Geld mit persönlichen Wertgegenständen zu begleichen und zu diesem Zweck zu sich nach Hause zu fahren. Die Angeklagten R und T waren hiermit einverstanden. Noch in der Nacht fuhr der

Angeklagte R mit Ru zu dessen Elternhaus, wo Ru dem Angeklagten R verschiedene ihm gehörende Gegenstände, unter anderem eine Spielkonsole mit Spielen, DVD-Filme und CDs aushändigte. Weil diese Gegenstände zur Begleichung der Forderung nicht ausreichten, bot Ru dem Angeklagten R am nächsten Morgen an, aus dem Schlafzimmer seiner Eltern zusätzlich einen kleinen Tresor zu besorgen, obwohl er wusste, dass dieser kein Geld enthielt. Beide begaben sich nochmals zum Elternhaus des Ru. Zu einer Übergabe des Tresors kam es jedoch nicht mehr, weil sie von dem Stiefvater von Ru überrascht wurden.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts

Das Landgericht hat den Angeklagten R wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung, Bedrohung, Nötigung, versuchtem Wohnungseinbruchsdiebstahl und mit Beleidigung zu einer Jugendstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie den Angeklagten T wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung und mit Bedrohung und wegen Diebstahls zu einer Jugendstrafe von einem Jahr mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Gegen den Angeklagten E. hat das Landgericht wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung und Freiheitsberaubung auf eine Geldstrafe von 120 Tagessätzen erkannt. Mit ihrer zuungunsten der Angeklagten eingelegten, hinsichtlich des Angeklagten T zwar nicht nach dem Revisionsantrag, jedoch nach dem Inhalt der Revisionsbegründung eindeutig und wirksam (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3; BGH bei Becker NStZ-RR 2003, 6 Nr. 18) auf den Fall der Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Freiheitsberaubung und Bedrohung beschränkten Revision rügt die Staatsanwaltschaft die Verletzung materiellen Rechts. Sie beanstandet namentlich, dass die Angeklagten nicht wegen erpresserischen Menschenraubs und räuberischer Erpressung bzw. (Angeklagter E) wegen Beihilfe zu diesen Delikten verurteilt worden sind. Das Rechtsmittel hat Erfolg. [...]

II. Begründung des Landgerichts; Revision der StA

Das Landgericht hat eine Verurteilung der Angeklagten wegen erpresserischen Menschenraubs (§ 239 a StGB) und räuberischer Erpressung (§§ 253, 255 StGB) bzw. wegen Beihilfe hierzu für ausgeschlossen erachtet, weil es an der in beiden Straftatbeständen vorausgesetzten Unrechtmäßigkeit der von den Haupttätern beabsichtigten Bereicherung fehle. Es ist im Anschluß an den Beschluß des Senats vom 12. März 2002 (3 StR 4/02 = NStZ 2003, 151 m. Anm. Kindhäuser/Wallau = JR 2003, 163 m. Anm. Engländer) der Auffassung, dass den Angeklagten R und T aufgrund des von Ru bei Abschluss des Betäubungsmittelge-

schäftes begangenen Betrug ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB zugestanden habe. Sie hätten daher zur Durchsetzung einer berechtigten Forderung gehandelt.

Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin zu Recht.

1. Zur Absicht rechtswidriger Bereicherung i.S.v. § 253 I StGB

Die für den Tatbestand der Erpressung erforderliche Absicht des Täters, sich oder einen Dritten aus dem Vermögen des Genötigten zu Unrecht zu bereichern (§ 253 Abs. 1 StGB), deckt sich inhaltlich mit der beim Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) vorausgesetzten Absicht, sich oder einem Dritten aus dem Vermögen des Getäuschten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen (BGH bei Dallinger MDR 1972, 197; BGH NJW 1988, 2623).

Die erstrebte Vermögensverschiebung geschieht zu Unrecht, wenn dem Täter kein materiell-rechtlicher Anspruch auf die geforderte Leistung zusteht. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach zivil- oder gegebenenfalls auch öffentlichrechtlichen Maßstäben (vgl. BGHSt 19, 206, 214 f.; BGH NStZ 1993, 388; Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 172; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 263 Rdn. 61).

Die Angeklagten R und T verfolgten mit ihren Nötigungshandlungen das Ziel, Ru zur Bezahlung des ihm überlassenen Haschischs zu veranlassen. Ein derartiger Zahlungsanspruch stand ihnen zivilrechtlich jedoch nicht zu (so bereits - ohne nähere Begründung - BGH bei Holtz MDR 1980, 106). Sie erstrebten daher eine unrechtmäßige Bereicherung.

a) Kein Anspruch der Angeklagten aus § 433 II BGB

Einen Kaufpreisanspruch (§ 433 Abs. 2 BGB) über 250 Euro hatten die Angeklagten R und T (im folgenden: die beiden Angeklagten) durch Abschluss des Betäubungsmittelgeschäfts mit Ru nicht erworben. Das Geschäft verstieß, da weder die beiden Angeklagten noch Ru über die entsprechenden Erlaubnisse verfügten, gegen ein gesetzliches Verbot (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG), und die daran Beteiligten machten sich strafbar (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG). Der Kaufvertrag war daher nichtig (§ 134 BGB).

b) Keine Ansprüche der Angeklagten aus Bereicherungsrecht

Bereicherungsrechtliche Zahlungsansprüche der beiden Angeklagten waren ebenfalls nicht entstanden. Allerdings hatten sie Ru wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrages das Haschisch ohne Rechtsgrund übergeben (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB), wodurch dieser wegen der Nichtigkeit auch des Verfügungsgeschäftes (vgl. BGHSt 31, 145, 146 ff.) zwar kein Eigentum, jedoch den Besitz erlangte. Diesen konnten die Angeklagten aber gemäß § 817 Satz 2 BGB nicht

zurückfordern. Durch den Verbrauch des Haschisch entstand daher auch kein Wertersatzanspruch nach § 818 Abs. 2 BGB.

c) Keine Schadensersatzansprüche der Angeklagten

Den beiden Angeklagten stand auch kein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 263 Abs. 1 StGB zu. Dabei bedarf es hier keines näheren Eingehens auf die Frage, ob auch der unter Strafanordnung stehende Besitz an dem Haschisch (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG) strafrechtlich als Vermögensbestandteil der beiden Angeklagten zu werten war, so dass sie durch dessen unentgeltliche Weggabe einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB erlitten (so auf der Grundlage des faktisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs - vgl. allgemein RGSt 44, 230; BGHSt 2, 364; 8, 254; 15, 83 - für den konkreten Fall des Betäubungsmittelbesitzes: BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Sichverschaffen 2; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Versuch 1; BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3). Ebenfalls kann offen bleiben, ob bei zivilrechtlicher Betrachtung gleichfalls ein Schaden der beiden Angeklagten vorlag, und ob, falls dies wegen der Strafbarkeit des Besitzes und der Verwertung des Haschisch (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 3 BtMG) zu verneinen sein sollte, bei gleichzeitiger Annahme eines Schadens im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB der Grundsatz der Einheitlichkeit der Rechtsordnung verletzt wäre (so die Vertreter des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs; s. statt vieler Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 82 f. m. w. N.; Spickhoff JZ 2002, 970, 973), schließlich auch, ob ein unauflöslicher Widerspruch entstände, wenn über § 823 Abs. 2 BGB der abweichende strafrechtliche Vermögensbegriff in das Zivilrecht inkorporiert würde (vgl. Bergmann/ Freund JR 1988, 189, 190; Zieschang in Festschrift für H.-J. Hirsch S. 831, 833 f.).

Auch wenn der Verlust des Besitzes an den Betäubungsmitteln als Schaden im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, § 263 Abs. 1 StGB zu bewerten war, stand den beiden Angeklagten nämlich kein Anspruch auf dessen Ersatz zu, weder im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) noch - nach Verbrauch des Haschisch durch Ru - in Form von Geldersatz (§ 251 Abs. 1 BGB). Die Durchsetzung eines derartigen Anspruchs war wegen unzulässiger Rechtsausübung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen (vgl. Zieschang aaO S. 830, 833). Das Verlangen der beiden Angeklagten an Ru, ihnen das Haschisch zurückzugeben (§ 249 Abs. 1 Satz 1 BGB), wäre rechtsmissbräuchlich gewesen, da es auf die Herstellung eines strafrechtlich verbotenen Erfolges zielte. Dabei ist ohne Belang, ob sich Ru und die beiden Angeklagten durch die Rückabwicklung wegen Abgabe bzw. Erwerbs von Betäubungsmitteln strafbar gemacht hätten (ablehnend Weber, BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 646 und 726 unter Berufung auf BGHSt 37, 147, 149;

BGH StV 1984, 248). Jedenfalls hätten die beiden Angeklagten mit der Wiederinbesitznahme des Haschisch den Straftatbestand des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG - erneut - erfüllt. Die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zur Herbeiführung eines derartigen rechtswidrigen Zustands ist mit Treu und Glauben unvereinbar; denn ebenso, wie es rechtsmißbräuchlich ist, ein Recht, das durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erworben wurde, auszuüben (vgl. BGHZ 57, 108, 111; BVerwG NJW 1994, 954, 955; Palandt/Heinrichs, BGB 62. Aufl. § 242 Rdn. 43 f.), ist es missbräuchlich, ein Recht geltend zu machen, um einen gesetzwidrigen, strafbaren Zustand herbeizuführen. Bestand danach kein Anspruch auf Rückgabe des Haschisch im Wege der Naturalrestitution, konnte aber auch ein Geldersatzanspruch nach § 251 Abs. 1 BGB nicht zur Entstehung gelangen. Dem steht im übrigen auch entgegen, daß durch eine derartige Zahlung wirtschaftlich zumindest teilweise - nämlich in Höhe des negativen Interesses - die Rechtsfolge herbeigeführt würde, die der Gesetzgeber durch das Verbot des ungenehmigten Betäubungsmittelhandels unterbinden wollte.

d) Keine Ansprüche der Angeklagten auf Rückgabe oder Wertersatz

Jedenfalls aus diesem Grunde konnten die beiden Angeklagten - unabhängig vom Vorliegen der jeweiligen sonstigen Voraussetzungen - auch nach allen sonstigen denkbaren Anspruchsgrundlagen (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1; § 249 Abs. 1 BGB - culpa in contrahendo -; §§ 826, 249 Abs. 1 BGB; § 861 Abs. 1 BGB; § 1007 Abs. 1 BGB) die Rückgabe des Haschisch nicht verlangen, so daß auch insoweit ein Sekundäranspruch auf Geldzahlung ausschied.

2. Zum Vorsatz der Angeklagten bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts kann dem angefochtenen Urteil auch nicht entnommen werden, dass sich die beiden Angeklagten zumindest in einem Irrtum über die Berechtigung ihrer Forderung an Ru befanden und daher jedenfalls im Ergebnis zu Recht nicht wegen erpresserischen Menschenraubs und räuberischer Erpressung verurteilt wurden.

Allerdings ist bei der Erpressung die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils ein normatives Tatbestandsmerkmal, auf das sich der - zumindest bedingte - Vorsatz des Täters erstrecken muss. Stellt er sich für die erstrebte Bereicherung einen Anspruch vor, der in Wirklichkeit nicht besteht, so handelt er in einem Tatbestandsirrtum im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB (BGH NStZ-RR 1996, 9 m. zahlr. N.). Ein solcher Irrtum wird hier aber durch die vom Landgericht im Rahmen der Strafzumessung getroffene Feststellung, dass sich die beiden Angeklagten "in naiver Verkennung ihres Tuns berechtigt fühlten, ihre Forderung

gewaltsam durchzusetzen", nicht belegt.

Das Landgericht hat sich - auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung konsequent - nicht damit auseinandergesetzt, ob nach dem Vorstellungsbild der Angeklagten ein Tatbestandsirrtum im dargestellten Sinne vorlag. Auf die genannte Strafzumessungserwägung, die sich zudem weniger auf die Vorstellung der beiden Angeklagten über ihre Forderung, als vielmehr auf ihre vermeintliche Berechtigung zu deren gewaltsamer Durchsetzung bezieht (vgl. § 17 StGB), kann der Senat daher die Feststellung eines Tatbestandsirrtums nicht stützen.

Es kommt hinzu, daß ein solcher Irrtum bei Zugrundelegung der insoweit zu beachtenden rechtlichen Maßstäbe in Konstellationen wie der vorliegenden ohnehin in der Regel nicht gegeben sein wird. In subjektiver Hinsicht erstrebt der Täter eine unrechtmäßige Bereicherung im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB schon dann, wenn er es für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass seine Forderung nicht oder nicht im Umfang des Nötigungsziels besteht oder aber von der Rechtsordnung nicht geschützt wird (BGH aaO). Dies ist - wegen der normativen Natur dieses Tatbestandsmerkmals - nicht bereits dann der Fall, wenn der Täter die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass ihm zivilrechtlich ein Anspruch nicht zusteht. Maßgeblich ist vielmehr, ob er sich als Ergebnis laienhafter Bewertung dieser Umstände einen Anspruch auf die erstrebte Leistung nicht zumisst oder für zweifelhaft hält. Ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung liegt demgegenüber aber nicht schon dann vor, wenn sich der Nötigende nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Anspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung anerkannt wird und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte. Hierbei ist allein auf die Vorstellung des Täters über die materielle Rechtslage abzustellen. Dagegen ist es ohne Belang, ob der Täter die Forderung etwa wegen Beweisschwierigkeiten oder deswegen nicht für gerichtlich durchsetzbar hält, weil er durch eine Klage eigenes strafbares Tun offenbaren müsste. Hier liegt es eher fern, dass die beiden Angeklagten angenommen haben könnten, ihnen stünden aus dem Betäubungsmittelgeschäft mit Ru eine Forderung zu, die mit Aussicht auf Erfolg gerichtlich einklagbar sei (vgl. die Einlassung der Angeklagten [...]: "keine legale Möglichkeit ..., den Anspruch aus dem vorangegangenen Drogendeal durchzusetzen").

3. Zur Entscheidung BGH, NStZ 2003, 151

Der Senatsbeschluss vom 12. März 2002 (NStZ 2003, 151 = JR 2002, 163) steht hiesiger Entscheidung nicht entgegen. Dort hat der Senat für den umgekehrten Fall, dass der betrogene Betäubungsmittelkäufer dem Be-

täubungsmittelhändler den ertrogenen Kaufpreis wieder abpresst, eine Verurteilung wegen erpresserischen Menschenraubs bzw. Erpressung für rechtsfehlerhaft erachtet, weil der Käufer seinen berechtigten Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB habe durchsetzen und sich daher nicht im Sinne des § 253 Abs. 1 StGB zu Unrecht habe bereichern wollen (offen gelassen vom 1. Strafsenat: BGH NStZ 2002, 597, 598).

Dieser Sachverhalt und das hier zu beurteilende Geschehen unterscheiden sich in einer für die rechtliche Bewertung erheblichen Weise: Der Besitz von Betäubungsmitteln ohne die erforderliche Erlaubnis ist verboten und strafbar. Der Betäubungsmittelhändler, der seine gelieferten Betäubungsmittel zurückfordert, erstrebt daher die Herstellung eines strafbaren Zustands. Hierauf billigt ihm das Zivilrecht keinen Anspruch zu. Dagegen ist allein der Besitz des Kaufgeldes, auch wenn es zu strafbaren Zwecken bestimmt ist oder eingesetzt wurde, für sich nicht verboten und strafbewehrt. Verlangt der betrogene Betäubungsmittelkäufer sein Kaufgeld zurück, begehrt er daher nicht die Herbeiführung eines strafrechtlich relevanten Zustandes, sondern den berechtigten Ausgleich seines durch das betrügerische Betäubungsmittelgeschäft erlittenen Schadens, der ihm durch Treu und Glauben nicht versagt wird.

Hieran ist festzuhalten. Entgegen Kindhäuser/Wallau (NStZ 2003, 152 ff.) sind die Beteiligten an einem Betäubungsmittelgeschäft nicht aus dem Schutzbereich des § 263 StGB ausgenommen. Ein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen kennt die Rechtsordnung im Bereich der Vermögensdelikte nicht (vgl. BGHR StGB § 253 Abs. 1 Vermögenswert 3 m. w. N.). Auch können ein Betrugsschaden des Betäubungsmittelkäufers und daran anknüpfend ein Ersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB nicht deswegen verneint werden, weil das Kaufgeld, da zu strafbaren Zwecken eingesetzt bzw. aus strafbarem Tun erlangt, gegebenenfalls der Einziehung (§ 74 StGB) oder dem Verfall (§ 73 StGB) unterliegt. Die Einziehung und der Verfall knüpfen an das Vorliegen einer Straftat an. Für die Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 253, 263 StGB können sie daher keine tauglichen Kriterien liefern. Dies wird für den Verfall an der Argumentation von Kindhäuser/Wallau besonders augenfällig. Da diese wegen der Möglichkeit des Verfalls

den Betrugsschaden des getäuschten Betäubungsmittelkäufers verneinen, läge ein Betrug des Betäubungsmittelhändlers nicht vor, so dass es wiederum an den Voraussetzung für die Anordnung des Verfalls fehlen würde.

III. Hinweise an den Tatrichter

Für das weitere Verfahren weist der Senat noch auf folgendes hin:

1. Zur Strafbarkeit gem. §§ 244 I Nr. 3, 22, 23 I StGB

Die Verurteilung des Angeklagten R wegen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 StGB) wird von den bisherigen Feststellungen nicht getragen. Das Landgericht teilt nicht mit, durch welches Verhalten des Angeklagten R es diesen Tatbestand für erfüllt erachtet. Aus den Feststellungen erschließt sich dies nicht. Als der Angeklagte zusammen mit Ru zum ersten Mal dessen Elternhaus aufsuchte, ist er zwar in das Haus eingestiegen, hat dort jedoch keine fremden Gegenstände im Wege eines Gewahrsamsbruchs weggenommen; vielmehr hat er sich von Ru Gegenstände, die in dessen Eigentum standen, übergeben lassen oder hat sie mit dessen Einverständnis an sich genommen. Als der Angeklagte das Elternhaus von Ru zum zweiten Mal aufsuchte, hat er dieses nicht einmal betreten. Ru ist von seinem Bruder eingelassen worden. Ein versuchter Wohnungseinbruchsdiebstahl scheidet daher aus.

Ob die Wegnahme des kleinen Tresors durch Ru dem Angeklagten R überhaupt als Mittäter, mittelbarer Täter oder Gehilfe zugerechnet werden kann, wird in der neuen Verhandlung näherer Überprüfung bedürfen. Ein fehlender Strafantrag gegen Ru (§ 247 StGB) stünde einer entsprechenden Verurteilung des Angeklagten R jedenfalls nicht entgegen (Lackner/Kühl aaO § 247 Rdn. 3).

2. Zur Strafbarkeit gem. § 241 StGB

Bedenken bestehen auch im Hinblick darauf, dass das Landgericht den Angeklagten R nicht nur wegen Nötigung (§ 240 StGB), sondern daneben auch wegen tateinheitlicher Bedrohung (§ 241 StGB) verurteilt hat. Die Todesdrohungen dienten allein der Durchsetzung des Endzieles des Angeklagten, Ru zur Geldzahlung zu zwingen. Die Bedrohung tritt daher im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter den Tatbestand der Nötigung nach § 240 StGB zurück (BGHR StGB § 240 Abs. 3 Konkurrenzen 2).

Standort: § 136 a StPO**Problem: Fernwirkung**

LG FRANKFURT/MAIN, BESCHLUSS VOM 09.04.2003
5122 Ks 3490 Js 230118/02 (StV 2003, 325)

Problemdarstellung:

Dem Angeklagten, der ein Kind entführt hatte, war während seiner Vernehmung durch die Polizei damit gedroht worden, man werde ihm Schmerzen zufügen, wenn er nicht den Ort verrate, an dem er das Kind versteckt habe; der zuständige Beamte ging davon aus, dass das Opfer möglicherweise noch lebte, aber in Lebensgefahr sei und gerettet werden müsse. Aufgrund des Drucks verriet der Angeklagte den Aufenthaltsort des (allerdings bereits verstorbenen Opfers). Das LG Frankfurt (Main) stellt in der vorliegenden Vorabentscheidung fest, dass sämtliche Angaben, die der Angeklagte während seiner ersten und späteren Vernehmungen gemacht hatte, unverwertbar seien; ein Verwertungsverbot bzgl. anderer Beweismittel, die die Strafverfolgungsorgane infolge der Aussage des Angeklagten erlangt hatten (insb. die Leiche des Opfers) lehnte das LG jedoch ab.

Prüfungsrelevanz:

Der vorliegende Fall bringt zwar inhaltlich wenig Neues, ist jedoch wegen seiner großen sozialen Relevanz und der Tatsache, dass dieser Fall und insb. das Vorgehen der Polizei in allen Medien ausführlich erörtert wurden, von extremer Examensrelevanz. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass Grundkenntnisse zu Problemen der Beweisverwertungsverbote auch zum Pflichtstoff im 1. Examen gehören.

Gem. § 136 a I 3 StPO ist es den Strafverfolgungsorganen insb. verboten, dem Beschuldigten strafprozessual unzulässige Maßnahmen anzudrohen (sog. Beweiserhebungsverbot). Wird gegen das Verbot des § 136 a I StPO verstoßen, so sind die so zustande gekommenen Aussagen gem. § 136 a III 2 StPO nicht verwertbar (sog. Beweisverwertungsverbot).

Fraglich ist im Falle des § 136 a StPO, ob auch weitere Vernehmungen des Beschuldigten, bei denen die verbotenen Vernehmungsmethoden nicht angewandt wurden, verwertet werden können. Die Literatur nimmt eine Verwertbarkeit nur dann an, wenn bei der weiteren Vernehmung eine sog. "qualifizierte Belehrung" erteilt wurde, d.h. der Beschuldigte insb. auch darauf hingewiesen worden ist, dass seine frühere Vernehmung unverwertbar ist (Neuhaus, NStZ 1997, 315 mwN). Der BGH hat bisher nicht so strenge Voraussetzungen aufgestellt und auch ohne qualifizierte Belehrung eine Verwertbarkeit der späteren Aussage angenommen (BGHSt 37, 48; NStZ 1988, 419; 1996, 290). Das LG Frankfurt folgt vorliegend im Wesentli-

chen der Literatur und prüft, nachdem es festgestellt hat, dass eine qualifizierte Belehrung nicht mit hinreichender Sicherheit erfolgt ist, nicht darüber hinaus die Möglichkeit einer Verwertbarkeit.

Auch ist streitig, ob sich das Beweisverwertungsverbot auch auf solche Beweismittel bezieht, die aufgrund der durch verbotene Vernehmungsmethoden i.S.v. § 136 a StPO erzeugten Aussage aufgefunden werden (im vorliegenden Fall insb. die Leiche des Opfers). Während die Rechtsprechung eine solche Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots meist abgelehnt hat (vgl. OLG Hamburg, MDR 1976, 601; OLG Stuttgart, NJW 1973, 1941), wird in der Literatur teilweise pauschal von einem Verwertungsverbot ausgegangen (Reinicke, Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, S. 247; Müssig, GA 1999, 137) oder danach differenziert, ob die Strafverfolgungsorgane das Beweismittel auch verfahrensfehlerfrei hätten erlangen können (Beulke, ZStW 103, 669). Das LG Frankfurt folgt insofern einer vermittelnden Auffassung, die eine Abwägung im Einzelfall vornimmt und einerseits prüft, ob besonders schwerwiegend in (Grund-) Rechte des Beschuldigten eingegriffen wurde, es andererseits aber für eine Verwertbarkeit sprechen lässt, wenn die aufzuklärende Tat besonders schwerwiegend ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zur Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots aus § 136 a III StPO: *BGH*, NStZ 1996, 290; *OLG Hamburg*, MDR 1976, 601; *OLG Stuttgart*, NJW 1973, 1941; *Beulke*, ZStW 103, 669; *Müssig*, GA 1999, 137; *Neuhaus*, NStZ 1997, 315;

Leitsatz:

Wird dem Beschuldigten bei einer polizeilichen Vernehmung Folter angedroht, sind die nachfolgenden Vernehmungen unverwertbar, wenn der Beschuldigte nicht ausdrücklich auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben hingewiesen wird (qualifizierte Belehrung).

Sachverhalt:

Dem Angeklagten wurde anlässlich seiner Befragung durch KHK E. am 01.10.2002 zwischen etwa 8.00 Uhr und 8.50 Uhr angedroht, ihm Schmerzen zuzufügen, wenn er nicht den Aufenthaltsort des entführten Kindes nenne. Daraufhin erklärte der Angeklagte, Jakob von Metzler liege in einem kleinen Teich in der Nähe von B. unter einem Steg

Von dieser Vorgehensweise der Polizei wurde die StA am 01.10.2002 unterrichtet. Weder in einer der noch am gleichen Tage erfolgten weiteren Befragungen des Angeklagten noch in einer der drei im Oktober 2002

durchgeführten staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen des Angeklagten – in denen sich dieser umfangreich geständig äußerte – wurde die Frage der Androhung von Schmerzen angesprochen.

Nachdem der Angeklagte in einer weiteren staatsanwaltschaftlichen Vernehmung am 15.01.2003 die Geschehnisse vom frühen Morgen des 01.10.2002 aus seiner Sicht umfassend geschildert hatte und die Vermerke des Polizeivizepräsidenten Daschner v. 01.10.2002 und des Oberstaatsanwalts Sch. v. 09.10.2002 Aktenbestandteile geworden waren, wurde der Angeklagte am 30.01.2003 durch die als Zeugin gehörte Richterin am AG St. vernommen. Ausweislich des Verhandlungsprotokolls wurde er vor Beginn der eigentlichen Vernehmung über sein Recht belehrt, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, ferner darüber, dass er das Recht habe, vor Einlassung zur Sache anwaltlichen Rat einzuholen und Beweiserhebungen zu verlangen. Anschließend wurde eine – vom Angeklagte anschließend bestätigte – Erklärung des Verteidigers RA Dr. Endres protokolliert, in der betont wurde, die bedrohliche Situation, die anlässlich seiner ersten polizeilichen Vernehmung bestand, bestehe nicht mehr fort; dies gelte auch schon für die Vernehmungen v. 14.10. und 17.10.2002, die Gegenstand der richterlichen Vernehmung sein sollten. Daraufhin wurden die beiden eben genannten staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokolle verlesen: der Angeklagte verfolgte die Verlesung und brachte an einzelnen Stellen Berichtigungen oder Erläuterungen an. Am Ende der Vernehmung wurde folgende Erklärung des Angeklagten protokolliert: "Die bedrohliche Situation war am Morgen des 01.10.2002. Bei meinen späteren Sitzungen wurde ich nicht mehr bedroht und ich fühlte mich nicht mehr bedroht. Ich habe mich zur Tat geäußert, weil es mir ein Bedürfnis war. Auch heute fühle ich mich nicht bedroht."

Aus den Gründen:

I. Keine Verwertbarkeit der Vernehmungen, aber keine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots

Es wird festgestellt, dass infolge der am 01.10.2002 erfolgten Bedrohung des Angeklagten durch einen Kriminalbeamten [die] Vernehmungen sowie in Vermerken festgehaltenen sonstigen Bekundungen des Angeklagten gem. § 136 a Abs. 3 S. 2 StPO nicht verwertet werden dürfen [...]

Der Antrag der Verteidigung auf Feststellung einer Fernwirkung der Bedrohung wird zurückgewiesen.

II. Zur Gebotenheit der Vorabentscheidung

Entgegen der Auffassung der StA und der Nebenklage ist es sachgerecht und geboten, bereits in diesem Verfahrensstadium über die Frage der Fort- und Fernwirkung des Verstoßes gegen § 136 a StPO zu entscheiden, da von der Bewertung dieser Frage zum einen Art

und Umfang der dem Angeklagten vor Beginn seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung zu erteilenden Belehrung abhängt und zum anderen sich das Problem der Verwertbarkeit von Aussagen und Beweismitteln alsbald nach Beginn der Beweisaufnahme stellen wird. [...]

III. Keine Verwertbarkeit der Ergebnisse der Vernehmungen

Nach § 136 a Abs. 1 StPO darf die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten nicht beeinträchtigt werden durch – u. a. – Misshandlung und Quälerei; die Drohung mit einer solchen Maßnahme ist verboten. Die Vorschrift bezieht sich nur auf Vernehmungen. Eine "Vernehmung" liegt vor, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt (BGH GrS St 42, 139, 145 [= StV 1996, 465]).

1. Bzgl. der Vernehmung vom 01.10.2002

Auf dieser Grundlage unterliegt es keinem Zweifel, dass es sich bei der Befragung des Angeklagten am frühen Morgen des 01.10.2002 durch KHK E. um eine Vernehmung handelte, in der eine verbotene Vernehmungsmethode i. S. v. § 136 a StPO zum Einsatz kam, die nach Abs. 3 S. 2 dieser Vorschrift zur Folge hat, dass Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, nicht verwertet werden dürfen.

2. Bzgl. weiterer Vernehmungen

Dies gilt nicht nur für die im Vermerk des KHK E. v. 01.10.2002 festgehaltenen Angaben des Angeklagten, sondern infolge einer Fortwirkung des Verstoßes gegen § 136 a auch für alle weiteren bisher durchgeführten Befragungen und Vernehmungen.

a. Voraussetzungen für eine Fortwirkung des Verwertungsverbots aus § 136 a III StPO auf spätere Vernehmungen

In Lit. (vgl. hierzu u.a. KK-Boujong, 5. A., § 136 a StPO Rdnr. 40 f.; Löwe-Rosenberg-Hanack, 25. A., § 136 a Rdnr. 65; Neuhaus NSTZ 1997, 314) und Rspr. besteht weitgehend Einigkeit dahingehend, dass – hat der Beschuldigte einmal unter dem Einfluss des verbotenen Vernehmungsmittels ausgesagt – spätere Aussagen, auf die das gesetzwidrige Mittel noch fortwirkt, ebenfalls unverwertbar sind. Eine solche Fortwirkung ist aber nicht ohne weiteres, sondern nur unter besonderen Umständen anzunehmen. Eine "Heilung" des der ersten Vernehmung anhaftenden Makels ist möglich, setzt allerdings unabdingbar voraus, dass der Beschuldigte sich bei seiner späteren Vernehmung bewusst ist, unter rechtlichen Gesichtspunkten nunmehr erstmalig und ohne Bindung an die Angaben aus der vorhergehenden Vernehmung auszusagen. Ihm muss

klar sein, dass er seine Entscheidung, zur Sache auszusagen oder zu schweigen, völlig neu treffen kann. Die Annahme einer Fortwirkung kommt dabei im allgemeinen umso weniger in Betracht (vgl. BGH NSTz 95, 462 [= StV 1995, 450]), je länger die wegen Verstoßes gegen § 136 a StPO unverwertbare frühere Aussage zurückliegt und je weniger einschneidend die Beeinträchtigung der Willensfreiheit war. Umgekehrt spricht es eher für eine Fortwirkung, wenn der Angeklagte bei der späteren Vernehmung nicht von sich aus im Zusammenhang berichtet, sondern auf Vorhalt nur seine früheren Aussagen pauschal bestätigt oder auf sie Bezug nimmt.

b. Keine "Heilung" durch "qualifizierte Belehrung" im vorliegenden Fall

Eine dahingehende "qualifizierte Belehrung" (vgl. hierzu u. a. BGH NSTz 1996, 290 [= StV 1996, 360]) ist dem Angeklagten in keiner der im Beschlusstenor aufgeführten Befragungen und Vernehmungen erteilt worden.

Dies bedarf keiner näheren Erörterung, soweit es die staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen von Oktober 2002 betrifft, da in diesen Vernehmungen die Frage des § 136 a StPO nicht angesprochen worden ist.

Aber auch in der richterlichen Vernehmung v. 30.01.2003 ist eine derartige qualifizierte Belehrung nicht erfolgt.

Dass eine solche Belehrung nicht ausdrücklich protokolliert worden ist, ergibt sich aus dem oben wörtlich wiedergegebenen Inhalt der dem Angeklagten erteilten Belehrung.

Nach Auffassung der Kammer bedarf es nicht unbedingt einer wörtlich protokollierten, in ihrem Wortlaut eindeutigen qualifizierten Belehrung. Es reicht aus, wenn aus anderen Umständen – sei es aus dem Protokoll selbst oder aus dazu abgegebenen Erklärungen – eindeutig hervorgeht, dass sich der Verurteilte seiner Wahlmöglichkeit, auszusagen oder zu schweigen, bewusst war. Dazu ist jedenfalls der unmissverständliche Hinweis erforderlich, dass seine früheren Vernehmungen unverwertbar sind (vgl. SK-Rogall, 1995, § 136 a StPO Rdnr. 86, Vor § 133 Rdnr. 178). Dem Angeklagten soll damit der Eindruck genommen werden, da er bereits einmal sich geständig eingelassen habe, bleibe ihm – wolle er seine Verteidigungsposition für ihn günstig gestalten – nun gar keine andere Möglichkeit, als dieses Geständnis zu wiederholen und zu vertiefen, da man ihn sonst an dem einmal abgegebenen Geständnis festhalten könnte.

Die von RA Dr. Endres für ihn und vom Angeklagten am Ende der Vernehmung selbst abgegebenen Erklärungen beinhalten lediglich, dass die Bedrohungssituation in den Vernehmungen ab dem 14.10.2002 nicht mehr bestand, nicht aber das Wissen des Angeklagten

darum, dass die zuvor gemachten Angaben nicht verwertet werden dürfen und er jetzt – am 30. 1. 2003 – völlig frei entscheiden konnte, ob er ein Geständnis ablegen wollte oder nicht. Auch seine Erklärung "Ich habe mich zur Tat geäußert, weil es mir ein Bedürfnis war", ist interpretationsfähig und nicht geeignet, das Wissen des Angeklagten um seine Wahlmöglichkeit zu belegen.

Auch die Angaben des Angeklagten hierzu sowie die Aussage der Richterin am AG St. führen zu keiner anderen Bewertung. Nach Darstellung der Zeugin wurde der Begriff "Verwertungsverbot" von ihr nicht verwandt. Der vom StA verwandte Ausdruck "qualifizierte Belehrung" wurde nicht in der Form erläutert, dass darunter zu verstehen ist, dass die bisherigen Angaben des Angeklagten wegen der verbotenen Vernehmungsmethode am 01.10.2002 unverwertbar seien. Die Annahme der Zeugin, es sei allen klar gewesen, dass sich der Angeklagte völlig frei ohne Bindung an früher Gesagtes äußert, ersetzt nicht die Gewissheit der Kammer, dass dem Angekl. am 30.01.2003 bewusst war, dass seine früheren Angaben, wie sie im Beschlusstenor aufgelistet sind, "null und nichtig" und rechtlich nicht verwertbar waren. Die Darstellung des Angeklagten, ihm sei am 30.01.2003 nicht bewußt gewesen, dass seine früheren Angaben als nicht gemacht anzusehen waren und deshalb die richterliche Vernehmung erfolgen sollte, ist durch die Aussage der Zeugin St. nicht widerlegt. Der Hinweis auf die berufliche Qualifikation des Angeklagten vermag den Mangel der notwendigen Eindeutigkeit der qualifizierten Belehrung nicht zu ersetzen.

IV. Keine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots auf andere Beweismittel als Vernehmungen

Dagegen besteht keine Fernwirkung des Verstoßes gegen § 136 a StPO in der Weise, dass auch die bei der Aussage bekanntgewordenen Beweismittel nicht benutzt werden dürfen. Die Kammer folgt insoweit der in Lit. und Rspr. vertretenen Mittelmeinung (vgl. Löwe-Rosenberg, a.a.O., Rdnr. 66), wonach eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen und insbes. zu berücksichtigen ist, ob in besonders grober Weise gegen die Rechtsordnung, namentlich gegen Grundrechtsnormen verstoßen wurde, und dabei auch auf die Schwere der aufzuklärenden Tat abzustellen ist. Die Abwägung der Schwere des Eingriffs in Grundrechte des Angeklagten – im vorliegenden Fall die Androhung körperlicher Gewalt – und der Schwere der ihm vorgeworfenen und aufzuklärenden Tat – vollendete Tötung eines Kindes – lässt die Unverwertbarkeit der infolge der Aussage des Angeklagten bekanntgewordenen Beweismittel – insbes. das Auffinden des toten Kindes und die Ergebnisse der Obduktion – unverhältnismäßig erscheinen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Abrissverfügung

OVG NRW, URTEIL VOM 26.03.2003
7 A 4491/99 (NWVBL 2003, 386)

Problemdarstellung:

Das OVG NRW hatte über die Rechtmäßigkeit einer Abrissverfügung zu entscheiden, mit der dem Kläger der Abriss eines von ihm in Eigenarbeit errichteten, an Einsturzgefahr leidenden Gebäudes aufgegeben wurde. Das Urteil ist unter mehreren Aspekten interessant:

1. Das OVG geht mit der h.M. davon aus, dass der Vollzug (hier: erfolgter Abriss) einen Verwaltungsakt nicht erledigt, wenn dieser noch Rechtsgrundlage für einen nachfolgenden Kostenbescheid sein kann. Mit hin blieb auch nach Abriss die Anfechtungsklage statthaft, nicht die Fortsetzungsfeststellungsklage.

2. Sehr lehrreich sind die Ausführungen zum Gefahrbegriff, die neben der Klarstellung, dass es auf eine "ex-ante"-Prognose ankommt, auch darauf hinweisen, dass umso geringere Anforderungen an diese zu stellen sind, je folgenschwerer der zu erwartende Schaden ist (sogen. "Je-desto-Regel" nach BVerwGE 45, 51, 61).

3. Für die Rechtmäßigkeit einer Abrissverfügung genügt die nur formelle Illegalität nicht; vielmehr muss aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch noch die materielle Illegalität hinzukommen. Das OVG deutet an, dass es die materielle Illegalität sogar für allein entscheidend hält. Die diesbezüglichen Ausführungen ("selbstverständlich kann auch gegen formell legal errichtete bauliche Anlagen [...] eine Abrissverfügung in Betracht kommen") sind allerdings sehr gewagt, denn die ganz h.M. bestreitet eben diese "Selbstverständlichkeit". Danach wäre bei formeller Legalität zunächst die vorhandene Genehmigung aufzuheben (§§ 48, 49 VwVfG). Das OVG bezieht seine Ausführungen allerdings nur auf die Statik; zudem kam es im konkreten Fall hierauf nicht an, da das Bauwerk jedenfalls auch formell illegal war. In jedem Fall wäre genau zu prüfen, ob die Baugenehmigung wirklich den vorhandenen Zustand legalisiert. Dies wäre z.B. bei nachträglich eingetretenen Verschlechterungen der Bausubstanz nicht der Fall.

Prüfungsrelevanz:

Jedem Examenskandidaten sollten die Begriffe der formellen und materiellen Illegalität bekannt sein:

1. Formelle Illegalität bedeutet, dass ein genehmi-

gungspflichtiges Bauwerk nicht genehmigt ist. Es ist also sauber in zwei Schritten zu prüfen, ob (a) überhaupt eine Genehmigungspflicht besteht und, wenn ja, (b) keine Genehmigung vorliegt, weil diese nie beantragt, nicht erteilt, zurückgenommen, widerrufen, angefochten oder aus einem anderen Grund unwirksam ist. Belanglos ist hingegen insoweit die Rechtmäßigkeit einer vorhandenen Genehmigung, da auch rechtswidrige Verwaltungsakte Rechtswirkung entfalten.

2. Materielle Illegalität bedeutet fehlende Genehmigungsfähigkeit. Hier ist also zu prüfen, ob für das Bauwerk eine Baugenehmigung erteilt werden könnte bzw. eine vorhandene Baugenehmigung rechtmäßig erteilt worden ist. Materielle Illegalität kann aber auch bei nicht genehmigungspflichtigen Vorhaben gegeben sein, wenn diese gegen materielles Baurecht verstoßen, also bspw. Leib und Leben Dritter gefährden.

3. Für eine *Abrissverfügung* ist wegen der betroffenen wirtschaftlichen Werte in jedem Fall eine materielle Illegalität zu fordern. Diese wird schon im Tatbestand, quasi als vorgezogene Verhältnismäßigkeit, geprüft. Für die bloße *Stillegung* einer Baustelle genügt demgegenüber die formelle Illegalität. Streitig ist dies für *Nutzungsuntersagungen*, wobei zwischen Einstweiliger und Endgültiger zu differenzieren ist. Die wohl h.M. (siehe Vertiefungshinweise) fordert wegen der Nähe zur Abrissverfügung für die endgültige Nutzungsuntersagung gleichfalls auch materielle Illegalität, während sie die einstweilige Nutzungsuntersagung eher bei der Stillegung ansiedelt, also auch nur formelle Illegalität genügen lässt.

Vertiefungshinweise:

Zur materiellen Illegalität bei Nutzungsuntersagungen: OVG NRW, BRS 30 Nr. 172 (endgültige) und BRS 47 Nr. 202 (vorläufige); zu letzterer ferner OVG Rh.-Pf., BauR 1997, 103

Abriss nur bei formeller und materieller Illegalität: BVerwG, BRS 7 VA 1b (S. 77); Rasch, BauR 1988, 266; a.A. Mampel, BauR 1996, 13

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das illegale Wochenendhaus"

Leitsätze:

1. Eine bauaufsichtliche Abbruchverfügung erledigt sich nicht bereits dadurch, dass der Abbruch –

hier: im Wege der Ersatzvornahme – tatsächlich vollzogen wird, wenn sie weiterhin Grundlage der Verwaltungsvollstreckung – hier: Heranziehung des Ordnungspflichtigen zu den Kosten der Ersatzvornahme – ist.

2. Verantwortlich dafür, dass in genehmigten Bauvorhaben enthaltene Bestandszeichnungen der Realität entsprechen und die tatsächliche Bauausführung sich strikt an den genehmigten und einer statischen Prüfung unterzogenen Bauvorlagen ausrichtet, ist ausschließlich der Bauherr selbst.

3. Eine Gefahr im Sinne des Ordnungsrechts (früher: Polizeirechts) liegt vor, wenn eine Sachlage bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen wird.

4. Die Prognose, ob eine Schädigung hinreichend wahrscheinlich ist, ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu treffen.

5. Je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit gestellt werden können; insoweit geht in die Prognose eine wertende Abwägung ein.

6. Gebäude – hier: ein zum Aufenthalt von Menschen bestimmtes Wohnhaus – dürfen nur nach Plänen errichtet werden, die insbesondere auch im Hinblick auf die an sie zu stellenden statischen Anforderungen fachlich geprüft sind.

7. Der Bauherr ist auch im vereinfachten Genehmigungsverfahren – hier: nach § 64 BauO NRW 1984 bzw. § 68 BauO NRW 1995 -, in dem die Bauaufsichtsbehörde nicht die Pflicht hat, die Richtigkeit der statischen Berechnungen für das konkret genehmigte Bauvorhaben zu prüfen, dafür verantwortlich, dass die tatsächliche Bauausführung den genehmigten Bauvorlagen entspricht, auf die sich wiederum die geprüften Standsicherheitsnachweise beziehen müssen.

8. Die tatsächliche Bauausführung darf, auch wenn sie in Selbst- oder Nachbarschaftshilfe erfolgt, nur unter hinreichender Fachkunde erfolgen.

9. Ein zulässiges Austauschmittel nach § 21 Satz 2 OBG NRW muss ebenso wirksam sein wie das zur Gefahrenabwehr geforderte Mittel.

10. Wenn ein Bauherr wiederholt abweichend von den geprüften statischen Unterlagen baut und die konkrete – weitgehend in Selbsthilfe realisierte – Bauausführung eklatante handwerkliche Mängel aufweist, kann als einzige Alternative zu dem Abriss des mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht standsicheren Bauwerks eine in allen Details statisch geprüfte, vollständig von Fachfirmen durchgeführte Komplettisanierung des gesamten Bauwerks nach einem genau festgelegten Sanierungs-

plan in Betracht kommen.

Sachverhalt:

Dem Kläger war im vereinfachten Genehmigungsverfahren eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Wohnhauses erteilt worden. Dieses Wohnhaus errichtete er über einen Zeitraum von 10 Jahren zu großen Teilen in Eigenarbeit. Ein von der Bauaufsichtsbehörde eingeholtes Fachgutachten ergab, dass es dabei zu gravierenden handwerklichen Mängeln bei der Bauausführung gekommen war, die so weit gingen, dass sie die Statik des gesamten Gebäudes beeinträchtigten. Auf der Basis dieses Gutachtens kam die Bauaufsichtsbehörde zu der Einschätzung, dass das Gebäude einsturzgefährdet sei. Der hierzu angehörte Kläger ließ durch seinen Statiker dagegen vortragen. Gleichwohl erließ die zuständige Bauaufsichtsbehörde schriftlich mehrere (für sofort vollziehbar erklärte) Teilabrissverfügungen, da das deutlich über 5m hohe Gebäude des Klägers in exponierter Hanglage direkt an die Straße W. grenzte, so dass Leib und Leben der Passanten gefährdet seien. Die Verfügungen sind inzwischen im Wege des Verwaltungszwangs durch Ersatzvornahme vollstreckt worden.

Trotz des erfolgten Abrisses erhob der Kläger vor dem Verwaltungsgericht (VG) Klage gegen die (Teil-)Abrissverfügungen. Er meint, diese seien rechtswidrig, weil eine Einsturzgefahr nicht bestanden habe. Jedenfalls könne eine solche jetzt, da das Gebäude abgerissen sei, nicht mehr festgestellt werden. Im Übrigen sei ein Abriss unverhältnismäßig, weil man ihm auch Nachbesserungen hätte aufgeben können.

Hat die Klage Erfolg?

Lösung:

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

A. Zulässigkeit

I. Rechtsweg

Um vor dem VG zulässig zu sein, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies richtet sich hier nach § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art fordert, für die keine Sonderzuweisungen zu anderen Gerichten existieren. Öffentlich-rechtlicher Natur ist die Streitigkeit schon deshalb, weil die streitgegenständliche Abrissverfügung ein Verwaltungsakt und damit eindeutig hoheitlicher Natur ist, i.Ü. deshalb, weil mit § 61 I 2 BauO NRW die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Da weder um Verfassungsrecht gestritten wird noch abdrängende Sonderregeln ersichtlich sind, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Dieses ist gegen die Abrissverfügung gerichtet. Selbige stellt einen belastenden Verwaltungsakt (VA) dar, der mit der Anfechtungsklage gem. § 42 I, 1. Fall VwGO angegriffen werden kann. Allerdings dürfte er sich dann noch nicht erledigt haben, da sonst eine Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 I 4 VwGO in Betracht käme. Erledigende Wirkung könnte hier der Abriss, also der Vollzug, gehabt haben. Ein VA ist aber erst dann erledigt, wenn er keinerlei Rechtswirkung mehr entfaltet, vgl. § 43 II VwVfG. Das OVG kommt hier zu dem Ergebnis, dass die Rechtswirkung der Abrissverfügung als Causa eines (künftigen) Kostenbescheids fortwirkt, sodass keine Erledigung eingetreten ist:

“Der Zulässigkeit der Klage steht nicht entgegen, dass der dem Kläger aufgegebene Teilabriss des Gebäudes bereits vor Klageerhebung im Wege der Ersatzvornahme – und zwar durch vollständigen Abriss des Gebäudes – durchgeführt worden ist. Die strittige Abbruchverfügung hat sich durch die Vollstreckungsmaßnahme als Titel nicht erledigt. Zwar hat der Beklagte das Gebäude im Wege der Ersatzvornahme durch einen Unternehmer abrechen lassen. Das Zwangsmittel der Ersatzvornahme erschöpft sich indes nicht in der Vornahme der Handlung durch einen Dritten an Stelle des Pflichtigen. Zur Ersatzvornahme gehört vielmehr, dass die Vollzugsbehörde die Handlung selbst oder durch einen Dritten “auf Kosten des Betroffenen” (§ 59 Satz 1 VwVG) vornimmt. Die Heranziehung des Ordnungspflichtigen zu den Kosten der Ersatzvornahme ist deshalb noch Teil der Verwaltungsvollstreckung. Die Ordnungsverfügung als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung ist auch Voraussetzung dafür, den Pflichtigen zu den Kosten der Ersatzvornahme heranzuziehen. Die Kostenerstattung ist selbst zwar nicht in der Abbruchverfügung geregelt; sie setzt aber die fort-dauernde Wirksamkeit der Grundverfügung über den Zeitpunkt der Ersatzvornahme hinaus voraus. In der Pflicht zur Kostenerstattung wirkt die Ordnungsverfügung fort. Sie hat sich mit dem Abbruch des Gebäudes insoweit nicht erledigt (vgl. OVG NRW, BRS 58 Nr. 213). Im vorliegenden Fall steht die Heranziehung des Klägers zu den Kosten der Ersatzvornahme noch aus.” Mithin bleibt die Anfechtungsklage statthaft.

III. Klagebefugnis

Der Kläger ist durch die Abrissverfügung möglicherweise in seinem Grundrecht auf Eigentum, Art. 14 I GG verletzt, sodass er eine Verletzung seiner subjektiv-öffentlichen Rechte geltend machen kann, § 42 II VwGO.

IV. Vorverfahren

Ein gem. § 68 I 1 VwGO erforderliches Vorverfahren ist laut Sachverhalt durchgeführt worden.

V. Frist

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist auch von der Wahrung der Monatsfrist des § 74 I 1 VwGO auszugehen.

VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist hier gem. §§ 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. 5 II 1 AGVwGO NRW die Behörde, die den angegriffenen VA erlassen hat, hier also die Bauaufsichtsbehörde.

Die Anfechtungsklage ist zulässig. Sie richtet sich gegen mehrere Teilabrissverfügungen, die im Wege der objektiven Klagehäufung (§ 44 VwGO) verbunden werden können.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angegriffene VA - hier also die Abrissverfügung - rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Fraglich ist also zunächst die Rechtswidrigkeit der Abrissverfügung. Rechtmäßig wäre diese, wenn sie auf einer wirksamen und in formeller wie materieller Hinsicht ordnungsgemäß angewandten Ermächtigungsgrundlage beruhte. Rechtswidrig ist sie mithin, wenn es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

I. Ermächtigungsgrundlage

“Gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW in der bei Erlass der angefochtenen Verfügungen maßgeblichen Fassung vom 7.3. 1995, GV NRW, S. 218 (BauO NRW 1995), haben die Bauaufsichtsbehörden u.a. bei der Errichtung sowie der Instandhaltung baulicher Anlagen darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Sie haben in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen (Satz 2). Auf der Grundlage dieser Ermächtigung kann die Bauaufsichtsbehörde berechtigt sein, den (Teil-)Abbruch einer baulichen Anlage anzuordnen, wenn diese den Standsicherheitsanforderungen des § 15 Abs. 1 Satz 1 BauO NRW nicht genügt.”

II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben. Hieran zu zweifeln bietet der Sachverhalt keinen Anlass; insbesondere ist die ausnahmsweise gem. §§ 60 II BauO NRW, 12 I, II, 20 OBG NRW erforderliche Schriftform gewahrt worden.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

1. Tatbestand

Tatbestandlich hat die Behörde in Wahrnehmung "dieser Aufgaben" zu handeln, § 61 I 2 BauO NRW, also solcher i.S.d. § 61 I 1 BauO NRW. Dieser wiederum setzt voraus, dass bei der Errichtung, Instandhaltung usw. einer baulichen Anlage öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt worden sind. Das vom Kläger errichtete Wohnhaus stellt eine "bauliche Anlage" i.S.d. § 2 I BauO NRW dar. Die hier in Rede stehenden Statikfehler resultieren aus dessen Errichtung bzw. Instandhaltung. Fraglich ist, ob dadurch öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt worden sind.

a. Formelle Illegalität

Eine solche könnte zunächst § 63 BauO NRW darstellen, wonach die Errichtung einer baulichen Anlage der Genehmigung bedarf, sofern sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften Ausnahmen ergeben. Hätte der Kläger eine solche Genehmigung nicht, wäre sein Bauwerk schon formell illegal errichtet worden. Es könnte jedoch die ihm erteilte Baugenehmigung formell legalisierend wirken. Allerdings hat der Kläger sich bei der Bauausführung nicht an deren statische Vorgaben gehalten, so dass das tatsächlich vorhandene von dem genehmigten Bauwerk abwich. Mithin kann die Baugenehmigung das vorhandene Gebäude nicht legalisieren; dieses war schon formell illegal. Das OVG lässt zudem durchblicken, dass es auch eine nur materielle Illegalität für ausreichend hält, es auf die formelle Komponente also nicht streitentscheidend ankommt:

"Das aufstehende Gebäude war formell illegal, denn es war nicht von der dem Kläger zuletzt erteilten Baugenehmigung gedeckt. Erweist sich, dass der Beklagte im Rahmen seiner Ermessensentscheidung zu Recht von einer formellen Illegalität der vorhandenen Bausubstanz ausgegangen ist, kann dahinstehen, ob es zur Rechtfertigung der angefochtenen Abrissverfügung überhaupt eines Rückgriffs auf die formelle Illegalität der vorhandenen Bausubstanz – neben der nachfolgend zu behandelnden materiellen Illegalität wegen fehlender Standsicherheit – bedurft hatte. Insoweit erscheint dem Senat lediglich der Hinweis darauf angezeigt, dass selbstverständlich auch gegen formell legal errichtete bauliche Anlagen eingeschritten werden kann, wenn diese – aus welchen Gründen auch immer – wegen mangelnder Standsicherheit einsturzgefährdet sind, und dass, sofern die weiteren Voraussetzungen des Einschreitens zur Gefahrenabwehr gegeben sind, auch bei formell legalen Anlagen eine Abrissverfügung in Betracht kommen kann."

Mithin verstieß die Errichtung des Gebäudes bereits gegen § 63 BauO NRW.

b. Materielle Illegalität

Eine Abrissverfügung vernichtet aber erhebliche wirtschaftliche Werte. Nach allgemeiner Auffassung muss

daher die abzureißende bauliche Anlage jedenfalls auch materiell illegal, d.h. nicht genehmigungsfähig sein. Es wäre unverhältnismäßig, aus rein formellen Gründen den Abriss einer Anlage zu verlangen, die der Betroffene in identischer Form sofort wieder errichten könnte, sobald er eine Baugenehmigung hierfür beantragt und erhält. Fraglich ist also, ob das tatsächlich vorhandene, von der existierenden Genehmigung nicht gedeckte (s.o.) Gebäude seinerseits genehmigungsfähig gewesen wäre. Dies setzt voraus, dass keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen, § 75 I BauO NRW.

Eine solche könnte hier § 15 BauO NRW sein, wonach jede bauliche Anlage im ganzen, in ihren Teilen sowie für sich allein standsicher sein muss. Fraglich ist, ob die Standsicherheit hier gegeben war. Dies lässt sich jetzt - nach Abriss des Gebäudes - nicht mehr feststellen. Das OVG führt jedoch aus, dass für die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsverfügung eine Gefahrenprognose aus "ex-ante"-Sicht, also nach dem Erkenntnisstand der Behörde im Zeitpunkt ihres Einschreitens, genügt. Diese wird sodann bejaht:

aa. "Ex-ante"-Prognose

"Nach allgemeiner Auffassung liegt eine Gefahr im Sinne des Ordnungsrechts (früher: Polizeirechts) vor, wenn eine Sachlage bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen wird (vgl.: BVerwGE 45, 51 [57]; 62, 36 [38]). Dabei lässt sich die hier interessierende Frage, ob bei ungehindertem Geschehensablauf in der Zukunft eine Schädigung hinreichend wahrscheinlich ist, selbstverständlich nur auf Grund einer Prognose beurteilen, die der zur Gefahrenabwehr Handelnde seinem Einschreiten zu Grunde zu legen hat. Diese Prognose ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu treffen. Hat der zur Gefahrenabwehr Handelnde die Lage bis zum tatsächlichen Abschluss seines Einschreitens durch den nicht mehr rückgängig zu machenden Vollzug – "ex ante" gesehen – zutreffend eingeschätzt, durfte er mithin bis zum Abschluss seines Einschreitens vom Vorliegen einer Gefahr im Sinne des hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritts ausgehen, wird die getroffene Maßnahme nicht deshalb im Nachhinein rechtswidrig, weil die Prognose "ex post" betrachtet erschüttert wird. Die hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt dabei nicht Gewissheit, dass der Schaden eintreten werde. Vielmehr ist der Eintritt eines Schadens schon hinreichend wahrscheinlich bei einer nach der Lebenserfahrung begründeten Befürchtung der Gefahrenverwirklichung. Dabei ist hinsichtlich des Grades der Wahrscheinlichkeit insoweit zu differenzieren, als zum einen der Rang des Rechtsguts zu berücksichtigen ist, in das eingegriffen werden soll, und zum anderen aber auch das Gut, zu

dessen Schutz vorgegangen werden soll. Je größer und folgenschwerer der möglicherweise eintretende Schaden ist, desto geringer sind die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit gestellt werden können. Insofern geht in die Prognose eine wertende Abwägung ein (vgl. zu alledem: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 223/224 m.w.N.).”

bb. Subsumtion

“Gemessen an diesen Maßstäben ist die vom Beklagten vorgenommene prognostische Einschätzung, dass das bei seinem Einschreiten vorhandene Bauwerk an solchen Mängeln der Standsicherheit litt, dass sein Abriss gerechtfertigt erschien, nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat sich nicht etwa darauf beschränkt, die von seinen eigenen Bediensteten getroffenen Feststellungen zum Anlass eines Einschreitens zu nehmen. Er hat vielmehr ein umfassendes Gutachten in Auftrag gegeben, das von dem staatlich anerkannten Sachverständigen T. erstellt wurde. Dieses Gutachten wurde zudem dem Kläger und seinem Statiker zur Stellungnahme zugeleitet. Die im Gutachten niedergelegten Erkenntnisse reichten auch unter Berücksichtigung der hierzu eingegangenen Stellungnahmen aus, die Einschätzung des Beklagten zu tragen, das vorhandene Bauwerk weise so erhebliche Mängel der Standsicherheit auf, dass mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit seinem Einsturz zu rechnen sei und daher ggf. auch sein Abriss gerechtfertigt erschien. Wenn der Beklagte diese fachlich begründeten Einschätzungen des Gutachtens, nach denen die Standsicherheit des Gebäudes nicht mehr hinreichend gewährleistet sei und die die von seinen eigenen Bediensteten getroffenen Feststellungen bestätigen und ergänzen, zum Anlass zu seinem bauaufsichtlichen Einschreiten genommen hat, so ist dies nach den bereits dargelegten Maßstäben für die prognostische Einschätzung einer Gefahr nicht zu beanstanden. Bei der vom Beklagten vorzunehmenden wertenden Abwägung hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefahr war einerseits zu berücksichtigen, dass auf Seiten des Klägers der Verlust nicht unerheblicher wirtschaftlicher Werte ggf. durch Vernichtung von Teilen oder gar der gesamten Bausubstanz in Rede stand. Dabei handelte es sich allerdings um einen formell illegal geschaffenen Baubestand. [...] Andererseits war der außerordentlich hohe Rang der zu schützenden Rechtsgüter, nämlich Leib und Leben unbeteiligter Dritter, zu berücksichtigen. Das teilweise deutlich über 5 m hohe unfertige Gebäude des Klägers grenzte in exponierter Hanglage direkt an die Straße W., sodass bei einem Einsturz auch nur von Teilen des Gebäudes die Gesundheit und auch das Leben der Benutzer der öffentlichen Straße, deren Fahrbahn nach den vorliegenden Lichtbildern nur durch einen schmalen unbefestigten Geländestreifen von dem Haus getrennt war, unmittelbar gefährdet war. In dieser Situation musste schon

eine nur geringe Wahrscheinlichkeit des Einsturzes zumindest von Teilen des Gebäudes den zuständigen Bediensteten des Beklagten Anlass geben, ein bauaufsichtliches Einschreiten zu erwägen. Die Wahrscheinlichkeit eines voraussichtlichen Einsturzes bestand umso mehr, als in dem umfangreichen Fachgutachten des Prüfenieurs für Baustatik und staatlich anerkannten Sachverständigen diese Gefahr plausibel und nachvollziehbar im Einzelnen begründet wurde. Hätten die Bediensteten des Beklagten dieses Gutachten nicht zum Anlass für ein bauaufsichtliches Einschreiten genommen, so hätten sie sich im Falle der Realisierung der Gefahr durch Einsturz zumindest von Teilen des Bauwerks und eines dadurch auftretenden Personenschadens wohl zu Recht dem Vorwurf ausgesetzt, im strafrechtlichen Sinne zumindest fahrlässig gehandelt zu haben. [...] Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass der Beklagte auch auf Grund der Stellungnahmen zu den Ausführungen im Gutachten keinen Anlass hatte, die Einschätzung einer fehlenden Standsicherheit in wesentlichen Bereichen des Gebäudes ernsthaft in Frage zu stellen und damit von einem hinreichend wahrscheinlichen Eintritt eines Schadens für hochwertige Rechtsgüter, insbesondere Leib und Leben Dritter, ausgehen und diese Prognose zur Grundlage seines Einschreitens machen durfte.”

Mithin war mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einem Verstoß gegen § 15 BauO NRW auszugehen, und damit das Gebäude auch materiell illegal.

2. Rechtsfolge

Gem. § 61 I 2 BauO NRW hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Das Ermessen kann vom VG auf Ermessensfehler überprüft werden, § 114 S. 1 VwGO, zu denen die Ermessensüberschreitung gehört. Eine solche liegt vor, wenn die getroffene Entscheidung den der Behörde vom Gesetzgeber eingeräumten Spielraum verlassen hat, sie insbesondere unverhältnismäßig war. Verhältnismäßig wäre die Abrissverfügung nur dann, wenn sie zur Beseitigung der von dem Gebäude ausgehenden Gefahren geeignet, erforderlich und angemessen ist.

a. Geeignetheit

Nach dem Abriss kann das Gebäude nicht mehr einstürzen und somit niemanden mehr verletzen. Die Geeignetheit der Anordnung steht folglich außer Frage.

b. Erforderlichkeit

Fraglich ist jedoch, ob die vom Kläger angebotenen Nachbesserungen als milderes Mittel die Abrissverfügung als nicht erforderlich erscheinen lassen. Das OVG verneint dies angesichts der Vielzahl der Mängel:

“Mit einer nur punktuellen ‘Sanierung’ einzelner kritischer Elemente der vorhandenen Bausubstanz konnte sich der Beklagte angesichts der zutreffend einge-

schätzten hinreichend wahrscheinlichen Gefahren für Leib und Leben durch zahlreiche nicht standsichere Elemente des unfertigen Gebäudes nicht zufrieden geben. [...] Es war vielmehr der Sache nach angezeigt, dem Kläger eine genau festgelegte, zügig und fachgerecht durchgeführte Beseitigung aller kritischen Gefahrenpunkte abzuverlangen, denn nur dadurch konnten die auch durch die Stellungnahmen des Klägers und seines Statikers im Wesentlichen nicht erschütterten Standsicherheitsbedenken insgesamt ausgeräumt werden. [...] Mit "Flickwerk" an einzelnen Elementen des in exponierter Gefahrenlage befindlichen gefährlichen Bauwerks durften die zuständigen Bediensteten des Beklagten sich angesichts der gravierenden, bei Realisierung der Gefahr zu erwartenden Schäden nicht zufrieden geben. Sie mussten vielmehr die nach der nicht zu beanstandenden Gefahreinschätzung objektiv gebotenen Maßnahmen zur Gewährleistung der Standsicherheit des Bauwerks insgesamt verlangen, um sich nicht ggf. dem eventuellen Vorwurf eines strafrechtlich relevanten fahrlässigen Verhaltens auszusetzen. Ferner musste der Beklagte auf Grund des sich über mehr als 10 Jahre manifestierten Verhaltens des Klägers zugleich davon ausgehen, dass der Kläger offensichtlich nicht bereit und/oder in der Lage war,

seine Bauausführung künftig an den elementaren Grundsätzen sachgerechten Bauens auszurichten. [...] Zu diesen hartnäckigen Verstößen gegen die objektiven Anforderungen an ein in statischer Hinsicht sachgerecht geprüftes Bauen kommt hinzu, dass auch die konkrete Bauausführung des Klägers eklatante handwerkliche Mängel aufwies, die es nicht mehr vertretbar erscheinen ließen, den Kläger weiterhin weitgehend in Selbsthilfe nach eigenem Gutdünken "herumwerkeln" zu lassen. "

c. Angemessenheit

"[Der Abriss] trug auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als der Wahrung einer hinreichenden Ausgewogenheit zwischen Mittel und Zweck fehlerfrei Rechnung, denn dem Verlust von wirtschaftlichen Werten des Klägers stand der hier konkret gefährdete Schutz hochwertiger Rechtsgüter wie Leib und Leben gegenüber. Schließlich wahrte die Abbruchforderung auch die Anforderungen des Übermaßverbots."

Die Abrissverfügungen waren daher rechtmäßig, die hiergegen erhobene Anfechtungsklage also unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

Standort: Werkvertrag

Problem: Verjährung für gebäudebezogene Software

OLG DÜSSELDORF, URTEIL VOM 04.06.2003
I-18 U 207/02 (NJW 2003, 3140)

Problemdarstellung:

In diesem Berufungsverfahren musste das OLG Düsseldorf die Rechtsfrage klären, ob die fünfjährige Bauwerksverjährung (§§ 638 BGB a.F., 634 I Nr. 2 BGB n.F.) auch auf Mängel einer heizungssteuernden Software anzuwenden ist.

Die Bekl., die für die Heizungsanlage einer Universität eine speicherprogrammierbare Steuerung entwickelt und auf die entsprechende hausinterne Computer-Anlage überspielt hatte, wurde wegen Mängeln des von ihr entwickelten Programms auf Schadensersatz in Höhe von 6859,50 Euro in Anspruch genommen. Die Bekl. hat die Mängel bestritten und zudem die Verjährungseinrede erhoben. Während die Ausgangsinstanz die fünfjährige Bauwerksverjährung für anwendbar erklärte, tritt das OLG Düsseldorf dieser Rechtsansicht entgegen.

Unter „Arbeiten bei Bauwerken“ i. S. des § 638 BGB a. F. sind nicht nur die Herstellung eines neuen Gebäudes, sondern auch die Arbeiten zu verstehen, die für die Erneuerung und den Bestand eines Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, sofern die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (BGH, NJW 1984, 168; NJW 1993, 3195). Geistige Leistun-

gen, die der Errichtung eines Bauwerks dienen, sind der Errichtung des Bauwerks zuzuordnen. Auch für sie gilt die Verjährungsregelung des § 638 BGB a. F. für Bauwerke (BGH, NJW 1993, 723 [724]; vgl. Neuregelung in § 634a I Nr. 2 BGB n.F.). Die erforderliche Abgrenzung kann nicht allgemein, sondern nur nach den Gegebenheiten des jeweiligen Falls entschieden werden.

Die Bekl. erstellte weder Pläne zum Bau oder zur Erneuerung der Heizungsanlage noch zur Erneuerung der Steuerung, Regelung und Überwachung von zwei Kesseln. Ihre geistigen Leistungen waren nicht Grundlage dieser Arbeit und dementsprechend auch nicht dazu bestimmt, ihre Verkörperung in Gestalt des Bauwerks, der Heizungsanlage, etc. zu finden. Die geistigen Leistungen der Bekl. beschränkten sich auf die Aufgabe, das Funktionieren der Heizungsanlage durch Erstellen eines die Anlage steuernden Programms zu ermöglichen. Diese geistige Leistung war aber nicht auf die körperliche Errichtung eines Bauwerks gerichtet noch schaffte sie eine der notwendigen Grundlagen hierfür noch wurde sie im Bauwerk verkörpert. Folglich greift auch nicht die fünfjährige Bauwerksverjährung.

Prüfungsrelevanz:

Neben dem Kaufrecht gehört das Werkvertragsrecht

(§§ 631 ff. BGB) zum klassischen Prüfungsgebiet für das juristische Staatsexamen, sodass dieses Urteil Pflichtlektüre bei der Examensvorbereitung für jeden Studenten/-in sein sollte. Denn es behandelt Standardfragen zum werkvertraglichen Gewährleistungsrecht und seiner Verjährung.

Auch wenn diese Entscheidung zu der alten Verjährungsregel des Werkvertragsrechts (§ 638 BGB a.F.) ergangen ist, ist sie ohne weiteres auf die neue Verjährungsregel für Gewährleistungsrechte im Werkvertrag (§ 634 a I BGB) übertragbar. Sowohl nach altem wie nach neuem Recht verjähren die Ansprüche wegen werkvertraglicher Mängel in fünf Jahren bei einem Bauwerk. (Darüber hinaus wurde in den Gesetzestext lediglich die bisherige Rechtsprechung mit aufgenommen, dass diese fünfjährige Verjährungszeit auch für die Planungs- und Überwachungsleistungen an einem Bauwerk gelten.) Folglich bleibt die Problematik zur Abgrenzung, wann von einem Bauwerk mangel gesprochen werden kann und wann nicht, unverändert bestehen.

Vertiefungshinweise:

□ Zu dieser Problematik: *BGH*, NJW-RR 2003, 1320; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2003, 14

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Die sturm- und wetterfeste Aluminiumfassade"

□ *Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

Leitsatz (der Redaktion):

Die Lieferung der Software zur Steuerung einer Gebäudeheizung stellt keine Werkleistung an einem Bauwerk dar; folglich gilt nicht die Mängelverjährungsfrist von fünf Jahren.

Sachverhalt:

Die Bekl., die im Jahre 2001 als Subunternehmerin für die Heizungsanlage einer Universität eine speicherprogrammierbare Steuerung entwickelt und auf die MSR-Anlage überspielt hat, ist von der Kl. als Hauptunternehmerin wegen eines Virus im Programm auf Schadensersatz in Höhe von 6.859,50 Euro in Anspruch genommen. Die Bekl. hatte die Mängel bestritten, jegliche Form der Nachbesserung abgelehnt und die Verjährungseinrede erhoben.

Lösung:

Die Kl. könnte gegenüber der Bekl. einen Schadensersatzanspruch wegen des virenbehafteten Softwareprogramms gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB n.F.) haben.

A. Abschluss eines Werkvertrages

Zunächst müsste zwischen den Parteien ein wirksamer

Werkvertrag zustande gekommen sein. Dabei kennzeichnet sich der Werkvertrag - in Abgrenzung zu anderen Verträgen (vgl. § 651 BGB) - dadurch aus, dass der Unternehmer einen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, der sich in einem Sachwerk (§ 631 II BGB) oder einem Geisteswerk darstellen kann.

Die Bekl. war von der Kl. im Wege eines Subunternehmervertrages beauftragt worden, eine speicherprogrammierbare Steuerung für die Heizungsanlage einer Universität zu entwickeln und anschließend auf diese Anlage zu überspielen. Der Schwerpunkt der von der Bekl. geschuldeten Leistung liegt in dem - durch Geistesarbeit entwickelten - Ergebnis eines Softwareprogramms, das spezifisch auf die Bedürfnis der fraglichen universitären Heizungsanlage zugeschnitten ist. Demzufolge lässt sich der in der Beauftragung der Bekl. als Subunternehmerin der Abschluss eines Werkvertrages mit der Kl. erkennen.

B. Mangel am Werk

An diesem von der Bekl. entwickelten Geisteswerk in Form der heizungssteuernden Software müsste nunmehr ein Mangel gem. § 633 BGB festzustellen sein. Ein Mangel am Werk liegt vor, wenn die Ist-Beschaffenheit des abgelieferten Werks von der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht.

Von einem in Auftrag gegebenen Softwareprogramm erwartet man - selbst wenn keine entsprechende Abreden getroffen worden sind - die Freiheit von Viren. Computerviren sind geeignet, Störungen im Programmablauf bis hin zum totalen Systemabsturz herbeizuführen. Ein virenverseuchtes Programm ist daher grundsätzlich nicht geeignet, den vertraglich vorausgesetzten oder zumindest den gewöhnlichen Gebrauch des Programms zu gewährleisten. Folglich ist das von der Bekl. entwickelte Geisteswerk (Softwareprogramm) infolge des immanenten Virus mangelhaft.

C. Verschulden des Unternehmers

Gem. § 635 BGB muss der festgestellte Mangel auf einem Umstand beruhen, den der Unternehmer zu vertreten hat. Diesbezüglich sind keine Ausführungen gemacht worden. Jedoch tritt hier eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast ein, sodass der Unternehmer - nach den Grundsätzen der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen - sein fehlendes Verschulden darzulegen und zu beweisen hat (vgl. BGHZ 48, 310; Neuregelung in §§ 634 Nr. 4, 280 I 2 BGB n.F.). Demzufolge ist mangels anderweitiger Anhaltspunkte zu Lasten der Bekl. von ihrem Verschulden hinsichtlich der Mangelhaftigkeit des Softwareprogramms auszugehen.

D. Fristsetzung zur Mängelbeseitigung

Grundsätzlich muss der Besteller eines Werks dem Unternehmer zunächst eine Frist setzen, in der der Mangel zu beseitigen ist, § 634 I BGB a.F. (= §§ 634

Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB n.F.). Eine solche Fristsetzung ist allerdings entbehrlich, wenn der Unternehmer die Nachbesserung (= Nacherfüllung) ernsthaft und endgültig verweigert, § 634 II BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 II BGB n.F.). In diesem Fall hat die Bekl. bereits das Vorliegen eines Mangels in Form eines Virus bestritten und aus diesem Grund jegliche Nachbesserung verweigert. Folglich ist die Kl. nicht verpflichtet, der Bekl. durch Nachfristsetzung eine zweite Chance zur Andienung zu geben.

E. Kein Ausschluss der Gewährleistung

Ausschlussgründe für eine gewährleistungsrechtliche Schadensersatzpflicht der Bekl. - rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Natur - sind vorliegend nicht ersichtlich.

F. Keine Verjährung

Der gewährleistungsrechtliche Schadensersatzanspruch dürfte zudem noch nicht verjährt sein, wobei sich die Verjährungsfrist nach der Art des Werkobjekts orientiert und mit Abnahme des Werkes grundsätzlich beginnt, § 638 BGB a.F. (= § 634 a BGB n.F.).

Das OLG Düsseldorf führt dazu Folgendes aus:

“Das für die Verjährung maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. 12. 2001 geltenden Gesetzen, weil ein etwaiger Anspruch der Kl. nach § 638 BGB a. F. vor dem 1. 1. 2002 bereits verjährt war (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., Art. 229 EGBGB § 6 Rdnr. 3).

Die Gewährleistungsansprüche des Bestellers verjähren nach § 638 BGB a. F. bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahr und bei Bauwerken in fünf Jahren.

I. Abnahmezeitpunkt als Verjährungsbeginn

Die Kl. sieht das von der Bekl. erstellte Software-Programm (erst) am 17. 11. 1997 als abgenommen an. Zu diesem Zeitpunkt war das von der Bekl. entwickelte Steuerungsprogramm auch bezüglich des Kessels I etwa eineinhalb Jahre vor Ort im Einsatz; die bei dem Programm vorhandenen Fehler waren mittlerweile beseitigt; am 17. 11. 1997 fand die endgültige TÜV-Abnahme ohne Beanstandungen statt. Auch wenn man zu Gunsten der Kl. von einer Abnahme (erst) am 17. 11. 1997 ausgeht, so hätte die am 24. 7. 2000 bei Gericht eingereichte Klage die Verjährung des § 638 BGB a. F. nur rechtzeitig unterbrechen können, wenn die Werkleistung der Bekl. der fünfjährigen Verjährungsfrist unterfallen würde. Für eine Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung nach dem 17. 11. 1997 fehlt es an jeglichen Anhaltspunkten. [...]

II. „Arbeiten bei Bauwerken“ i.S. des § 638 BGB a.F.

Unter „Arbeiten bei Bauwerken“ i. S. des § 638 BGB a. F. sind nicht nur die Herstellung eines neuen Gebäu-

des, sondern auch die Arbeiten zu verstehen, die für die Erneuerung und den Bestand eines Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind, sofern die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (BGH, NJW 1984, 168; NJW 1993, 3195). Danach kann allerdings nicht schon jede Reparatur an einem Gebäude, beispielsweise nicht schon die Ausbesserung einzelner Schäden, als „Arbeit bei Bauwerken“ angesehen werden. Die erforderliche Abgrenzung kann nicht allgemein, sondern nur nach den Gegebenheiten des jeweiligen Falls entschieden werden. Instandsetzungs- und Umbauarbeiten sind dann als „Arbeiten bei Bauwerken“ anzusehen, wenn entsprechende Leistungen bei Neuerrichtung „Arbeiten bei Bauwerken“ wären und wenn sie nach Umfang und Bedeutung solchen Neubauarbeiten vergleichbar sind. Denn auf derartige Instandsetzungsarbeiten trifft der gesetzgeberische Grund für die längere Verjährungsfrist bei Bauwerksarbeiten nach der ähnlichen Interessenlage gleichermaßen zu. Auch bei solchen Instandsetzungsarbeiten besteht allgemein die Gefahr, dass Mängel erst nach Jahren erkannt werden (BGH, NJW 1984, 168).

III. Keine fünfjährige Verjährungszeit für die gebäudebezogene Software

Für die Werkleistung des Kl. — Erstellung eines Software-Programms zur Steuerung, Regelung und Überwachung von zwei Heizkesseln — gilt keine fünfjährige Verjährungsfrist, weil es sich nicht um „Arbeiten bei Bauwerken“ i. 5. des § 638 BGB a. F. handelt.

I. Abgrenzung zu geistigen Arbeiten an einem Bauwerk

Geistige Leistungen, die der Errichtung eines Bauwerks dienen, sind der Errichtung des Bauwerks zuzuordnen. Auch für sie gilt die Verjährungsregelung des § 638 BGB a. F. für Bauwerke (BGH, NJW 1993, 723 [724]). Das ist bei den eigentlichen Bauarbeiten wie bei den zugehörigen geistigen Leistungen auch dann anzunehmen, wenn es um die grundlegende Erneuerung oder die Erweiterung eines Bauwerks geht (BGH, NJW 1993, 723). Geistige Leistungen, die der Errichtung eines Bauwerks dienen, sind vor allem die Leistungen der Architekten, Statiker, Vermessungsingenieure und weiterer Ingenieure, die bestimmungsgemäß ihre Verkörperung im Bauwerk finden (vgl. BGH, NJW 1999, 2434; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 814 [815]; OLG München, MDR 1974, 753; Soergel, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 638 Rdnr. 24).

Die Bekl. erstellte weder Pläne zum Bau oder zur Erneuerung der Heizungsanlage noch zur Erneuerung der Steuerung, Regelung und Überwachung von zwei Kesseln noch zum Bau des Schaltschranks (das einzige neu eingebaute Teil, welches möglicherweise als fest mit dem Bauwerk verbunden anzusehen ist). Ihre geistigen Leistungen waren nicht Grundlage dieser Arbeit und dementsprechend auch nicht dazu bestimmt, ihre

Verkörperung in Gestalt des Bauwerks, der Heizungsanlage bzw. des Schaltschranks zu finden; auf ihnen baute weder die Heizungsanlage noch der Schaltschrank auf. Die geistigen Leistungen der Bekl. beschränkten sich auf die — durchaus wichtige und sicherlich nicht einfach zu realisierende — Aufgabe, das Funktionieren der Heizungsanlage durch Erstellen eines die Anlage steuernden Programms zu ermöglichen. Diese geistige Leistung war aber nicht auf die körperliche Errichtung eines Bauwerks gerichtet noch schaffte sie eine der notwendigen Grundlagen hierfür noch wurde sie im Bauwerk verkörpert. So wäre es jederzeit möglich, die von der Bekl. programmierte Software — wie hinsichtlich der Zykluszeit geschehen — umzuprogrammieren oder aber gänzlich neu zu programmieren, neu in das System aufzuspielen und so zur Gänze zu ersetzen, ohne das Bauwerk körperlich im Geringsten zu verändern. Geistige Leistungen unterfallen aber gemäß der — ohnehin bereits sehr weitgehenden Auslegung der — Vorschrift des § 638 BGB a. F. nur dann der fünfjährigen Verjährungsfrist, wenn sie der Errichtung eines Bauwerks dienen und in ihm verkörpert werden bzw. wenn sie — wie die Leistungen beispielsweise des Vermessungsingenieurs — die für die körperliche Herstellung notwendigen Grundlagen schaffen. Hieran fehlt es vorliegend.

2. Rechtfertigung dieser Abgrenzung nach dem Gesetzeszweck von § 638 BGB a.F.

Diese Differenzierung zwischen geistigen Leistungen, die der Errichtung eines Bauwerks dienen, und solchen, die der Funktionsfähigkeit der — unabhängig von den geistigen Leistungen — errichteten baulichen Anlage dienen bzw. diese erst ermöglichen, rechtfertigt sich auch aus dem gesetzgeberischen Zweck des § 638 I BGB a. F. für eine fünfjährige Verjährungsfrist. Der gesetzgeberische Zweck der Verjährungsfrist von fünf Jahren bei Arbeiten bei Bauwerken liegt im Bauisiko, weil Mängel von Bauwerken — insbesondere aus den Bereichen von Planung, Statik und Material, aus überdeckten Bauleistungen und aus Witterung und Nutzung — häufig erst später erkennbar werden. Es geht dabei vor allem neben den schon vom Gesetzgeber ausdrücklich erwogenen Mängeln aus dem Bereich von Planung und Statik typischerweise um die spätere Erkennbarkeit aus Gründen der Verdeckung durch aufeinander folgende Arbeiten einerseits sowie der Witterung und Nutzung andererseits (BGH, NJW 1992, 1445). In den Fällen, in denen Mängel sich regelmäßig alsbald nach der Abnahme des Werks herausstellen, wie bei der Herstellung einer beweglichen Sache oder Arbeiten an einem Grundstück, wird vom Gesetzgeber eine kurze Verjährungsfrist von einem halben bzw. einem Jahr als angemessen angesehen. Unter Zugrundelegung dessen ist es nicht gerechtfertigt, die Programmierarbeiten der Bekl. einer fünfjährigen Verjährungsfrist zu unterwerfen.

Mängel der eine Heizungsanlage steuernden Software wie Mängel der in einem Schaltschrank eingebauten Steuerungseinrichtung einer Heizungsanlage bzw. der diese Steuerung regelnden Software werden typischerweise nicht erst spät nach Abnahme der Werkleistung entdeckt; das Problem der Verdeckung durch aufeinander folgende Arbeiten einerseits sowie der Witterung und Nutzung andererseits stellt sich hierbei regelmäßig nicht. Mängel der in einem Schaltschrank eingebauten Steuerungseinrichtung einer Heizungsanlage haben auch nichts damit zu tun, dass der Schaltschrank — hier zu Gunsten der Kl. unterstellt — fest mit dem Boden bzw. der Wand eines Gebäudes verbunden ist. Auch für die Erkennbarkeit der Mängel war die Verbindung zwischen dem Schaltschrank und dem Boden und der Wand des Raums, in welchem der Schaltschrank untergebracht und verkabelt ist, ohne jede Bedeutung. Dementsprechend zeigten sich vorliegend Mängel der Steuerungsanlage bereits kurze Zeit nach Beginn des Probelaufs der neuen Heizungssteuerung. Dass das Auffinden der Fehlerursache sodann geraume Zeit in Anspruch nahm, ändert nichts daran, dass die Fehlerhaftigkeit der Heizungssteuerung bereits lange Zeit vor Abnahme der Werkleistung der Bekl. bekannt war und nicht auf Grund von Witterung und Nutzung erst spät nach Abnahme der Werkleistung entdeckt wurde. Der lange Zeitraum, der zwischen der Abnahme der Werkleistungen und der Klageeinreichung im Juli 2000 verging, ist allein auf das lange Zuwarten der Kl. mit der Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der Bekl. zurückzuführen, obgleich der Kl. jedenfalls bei Abnahme der Werkleistungen die — zu Gunsten der Kl. hier unterstellte — Mangelhaftigkeit der Werkleistung der Bekl. positiv bekannt war.

3. Bestätigung durch die Neuregelung in § 634 a BGB n.F.

Der Senat sieht sich mit dieser Sichtweise durch die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz neu gefasste Vorschrift des § 634 a BGB bestätigt. Gemäß § 634 a I Nr. 2 BGB verjähren die Rechte des Bestellers bei Mängeln nach § 634 Nr. 1 und 2 BGB „in fünf Jahren bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht“. Hierunter fallen alle Leistungen, die der Planung des Bauwerks im weitesten Sinne bzw. der Überwachung seiner Erstellung dienen. Hierzu zählen die üblichen Architektenleistungen wie Planung und Objektüberwachung, ferner die für die Planung erforderlichen statischen Berechnungen wie Tragwerkplanung oder Ähnliches (Palandt/Sprau, § 634 a Rdnr. 10). Die Erstellung von Software für die Steuerung einer Heizungsanlage fällt nicht hierunter.

IV. Keine 30 Jahre gem. § 195 BGB a.F.

Die Verjährungsfrist beträgt auch nicht 30 Jahre. Die

Bekl. hat Mängel nicht arglistig verschwiegen. Weder hatte die Bekl. die für ein arglistiges Verschweigen erforderliche (Soergel, in: MünchKomm, § 638 Rdnr. 32) sichere Kenntnis eines Mangels ihrer Werkleistung noch kann ihr vorgeworfen werden, bei arbeitsteiliger Ausführung eines Bauwerks nicht bereits während der Bauausführung sichergestellt zu haben, dass deutlich sichtbare und wesentliche, sowie massiert auftretende Mängel, insbesondere, wenn sie nur über kurze Zeit

sichtbar sind und dann durch weiterführende Arbeiten verdeckt werden, gesichert und dem für die Abnahme zuständigen Organ gemeldet werden.“

G. Ergebnis

Aufgrund von Verjährung kann die Kl. gegen die Bekl. keinen gewährleistungsrechtlichen Schadensersatzanspruch gem. § 635 BGB a.F. (= §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB n.F.) vor Gericht durchsetzen.

Standort: §§ 22, 25 II StGB

Problem: Vermeintliche Mittäterschaft

BGH, BESCHLUSS VOM 06.05.2003

4 STR 108/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagten wollten Drogen aus Kolumbien importieren. Einer von ihnen setzte sich deshalb in Kolumbien mit einem Lieferanten in Verbindung, der versprach, 3 Kilogramm Kokain in einem Paket nach Deutschland zu schicken. Als das Paket in Deutschland ankam, enthielt es jedoch keine Drogen und es konnte nicht geklärt werden, ob sich überhaupt jemals Drogen in dem Paket befunden hatten. Das LG hatte die Angeklagten trotzdem insb. wegen versuchter unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Mittäterschaft (§ 30 I Nr. 4 BtMG, §§ 25 II, 22, 23 I StGB) verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung insofern auf, da ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung i.S.v. § 22 StGB nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Während die Tatbestände des BtMG nicht zum Prüfungsstoff gehören, so stellt doch das vom BGH angesprochene Problem des unmittelbaren Ansetzens bei vermeintlicher Mittäterschaft ein sehr examensrelevantes Problem dar, das natürlich auch leicht mit Tatbeständen des Besonderen Teils des StGB kombiniert werden kann.

Ein strafbarer Versuch setzt gem. § 22 StGB stets ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung voraus. Im Falle eines mittäterschaftlichen Versuches prüft die sog. "Einzellösung", ob jeder Mittäter selbst zu seinem eigenen Beitrag unmittelbar angesetzt hat, während die ganz herrschende "Gesamtlösung" ein unmittelbares Ansetzen eines Mittäters zur Verwirklichung des Tatbestandes ausreichen lässt, da dieses - sofern es sich im Rahmen des gemeinsamen Tatplanes hält - den anderen Mittätern zugerechnet werden kann (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 55).

Nach herrschender Meinung ergibt sich jedoch dann ein Problem, wenn diejenige Person, die die zuzurechnende Handlung vornimmt, selbst gar kein Mittäter ist, sondern von dem tatsächlichen Täter nur irrig für ei-

nen solchen gehalten wird (sog. vermeintliche Mittäterschaft). In diesem Fall ist streitig, ob die Handlung einer Person, die selber gar kein (Mit-) Täter ist und deswegen auch nicht selbst zur Tatbestandsverwirklichung ansetzt, jemandem, der wirklich Täter sein will, als unmittelbares Ansetzen zugerechnet werden kann. Eine Meinung lehnt dies ab (BGH (2. Senat) St 39, 236; Schönke/Schröder-Eser, § 22 Rn. 55 a mwN), insb. weil das Verhalten des Handelnden, der ja nicht selbst die Tat begehen will, eben - für ihn - kein unmittelbares Ansetzen darstelle und deswegen anderen auch nicht als solches zugerechnet werden könne. Die Gegenauffassung nimmt auch in dieser Konstellation der vermeintlichen Mittäterschaft ein unmittelbares Ansetzen an (BGH (4. Senat) St 40, 299; Tröndle/Fischer, § 22 Rn. 22 f. mwN), da die Frage des unmittelbaren Ansetzens entsprechend dem Wortlaut des § 22 StGB nach der Tätervorstellung beurteilt werden müsse, so dass es diesen nicht entlasten könne, wenn entgegen der Vorstellung des Täters der Handelnde gar nicht selbst Täter sein wolle. Im vorliegenden Fall schränkt der 4. Senat seine Rechtsprechung insofern ein, als dass er nunmehr verlangt, dass der handelnde vermeintliche Mittäter die Handlung, die ein unmittelbares Ansetzen darstellen würde, wenn er denn tatsächlich Mittäter wäre, wirklich vornehmen muss und dass insofern die Vorstellung des "echten" Täters nicht ausreichend ist.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum unmittelbaren Ansetzen bei Mittäterschaft: BGH, NStZ 2000, 589; Bloy, ZStW 113, 93; Küpper, JZ 1979, 775; Küpper, ZStW 105, 295; Vogler, JA 1997, 341;

☐ Zum unmittelbaren Ansetzen bei vermeintlicher Mittäterschaft: BGHSt 39, 336; 40, 299; Erb, NStZ 1995, 424; Joerden, JZ 1995, 735; Jung, JuS 1995, 360; Küpper/Moosbacher, JuS 1995, 488; Riemen-schneider, JuS 1997, 631; Zopfs, Jura 1996, 19;

Kursprogramm:

- ☐ Examenskurs: "Schmuckhändler"
- ☐ Examenskurs: "Kein Humor"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Versuch der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln beginnt frühestens mit Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen, das geschützte Rechtsgut somit unmittelbar gefährden. Bei einem Einfuhrversuch auf dem Postwege liegen diese Voraussetzungen dann vor, wenn die Sendung bei der Post zur Weiterleitung an den Empfänger eingeliefert wird.

2. Die Ausführungshandlung eines nur vermeintlichen Mittäters ist als tauglich und damit den tatsächlichen Mittätern zurechenbar zu betrachten, wenn sie der Vorstellung der tatsächlichen Mittäter entspricht und objektiv auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte.

Sachverhalt:

Die Angeklagten C und G vereinbarten im Januar 2002, auf dem Postwege aus Kolumbien drei Kilogramm Kokain in die Bundesrepublik Deutschland einzuführen, um es hier gewinnbringend weiter zu veräußern. Dem Angeklagten C fiel die Aufgabe zu, das Rauschgift in Kolumbien zu beschaffen und für dessen Versendung nach Deutschland zu sorgen. Entsprechend dieser Vereinbarung schloss er in Kolumbien mit dem Lieferanten L einen "Vertrag" über den Ankauf von drei Kilogramm Kokain, das in Filmrollen versteckt in einem Paket per Post nach Deutschland versandt werden sollte. Tatsächlich wurde auf Veranlassung des Angeklagten C in Kolumbien von L ein Paket mit Filmrollen bei der Post aufgegeben. Das Paket war an eine von den Angeklagten zuvor vereinbarte Anschrift in Deutschland adressiert und sollte vom Angeklagten G in Empfang genommen werden. Entgegen der Vorstellung der Angeklagten enthielten die in dem Paket befindlichen Filmrollen jedoch entweder von vornherein kein Rauschgift oder dieses wurde auf dem Postwege durch Austausch der Filmrollen entfernt. Das an der Lieferanschrift in Deutschland angelangte Paket mit sechs Filmrollen enthielt jedenfalls keine Betäubungsmittel.

Strafbarkeit von C und G, wenn L von vornherein kein Rauschgift in den Filmrollen verpackt und dies auch nie geplant hatte.

Lösung:

A. Strafbarkeit von C und G wegen versuchter unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Mittäterschaft gem. § 30 I Nr. 4 BtMG, §§ 25 II, 22, 23 I StGB

I. Vorprüfung

Da es zu einer Einfuhr von Betäubungsmitteln tatsäch-

lich nicht gekommen ist, ist die Tat nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter des § 30 I BtMG (vgl. § 12 I StGB) i.V.m. § 23 I StGB.

I. Tatentschluss

C und G müssten Tatentschluss gehabt haben, den Tatbestand des § 30 I Nr. 4 StGB gemeinschaftlich zu verwirklichen.

C und G hatten Tatentschluss Kokain, also ein Betäubungsmittel i.S.v. § 1 I BtMG, in die Bundesrepublik einzuführen. Da sie insgesamt 3 Kilogramm einführen wollten, bezog sich ihr Tatentschluss auch auf eine "nicht geringe Menge" i.S.v. § 30 I Nr. 4 BtMG. Schließlich wollten sie den Tatbestand des § 30 I Nr. 4 BtMG auch gemeinschaftlich verwirklichen, denn sie handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes und wollten auch arbeitsteilig vorgehen.

C und G hatten somit Tatentschluss zur Begehung einer Straftat gem. §§ 30 I Nr. 4 BtMG, § 25 II StGB.

II. Unmittelbares Ansetzen (§ 22 StGB)

C und G müssten auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben.

Ein unmittelbares Ansetzen ist nach der ganz herrschenden gemischt subjektiv-objektiven Theorie dann gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum "jetzt geht es los" überschreitet, was der Fall ist, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan so eng mit der tatbestandlichen Ausführungshandlung verknüpft sind, dass sie bei ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenschritte unmittelbar in die Tatbestandshandlung einmünden sollen mit der Folge, dass aus Tätersicht das Angriffsobjekt bereits unmittelbar gefährdet erscheint (BGH, StV 1997, 241; Wesels/Beulke, AT, Rn. 598).

Zum unmittelbaren Ansetzen i.R.v. § 30 I Nr. 4 BtMG führt der BGH aus: "Der Versuch der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln beginnt frühestens mit Handlungen, die in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen, das geschützte Rechtsgut somit unmittelbar gefährden (st. Rspr., vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 18 m.w.N.). Bei einem Einfuhrversuch auf dem Postwege liegen diese Voraussetzungen dann vor, wenn die Sendung bei der Post zur Weiterleitung an den Empfänger eingeliefert wird. Damit ist alles geschehen, um bei ungestörtem Fortgang die Tatbestandsverwirklichung herbeizuführen (vgl. BGHR BtMG aaO; Weber BtMG 2. Aufl. § 29 Rdn. 519). Frühestmöglicher Beginn der Ausführungshandlung ist hier deshalb die Aufgabe des die Filmrollen enthaltenden Pakets bei der Post in Kolumbien."

I. Unmittelbares Ansetzen durch C und G

C und G könnten zunächst durch eine eigene Hand-

lung zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt haben. Dazu müssten C und G jedoch grundsätzlich selbst das Paket bei der Post in Kolumbien aufgegeben haben (s.o.). Dies ist nicht der Fall. Fraglich ist, ob bei Mittäterschaft jeder Mittäter selbst zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzen muss und wenn ja, was für ein Verhalten insofern erforderlich ist, oder ob das unmittelbare Ansetzen eines Mittäters anderen Mittätern zugerechnet werden kann.

a. Einzellösung

Nach der sog. Einzellösung ist das unmittelbare Ansetzen zum Versuch für jeden Mittäter gesondert zu prüfen. Allerdings muss nicht jeder Mittäter zur Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Handlung unmittelbar ansetzen; ausreichend ist insofern, dass jeder Mittäter zu dem ihm zgedachten Tatbeitrag ansetzt (SK-Rudolphi, § 22 Rn. 19; LK-Roxin, § 25 Rn. 198 ff.).

Nach dem gemeinsamen Plan von C und G sollte C in Kolumbien einen Lieferanten kontaktieren und veranlassen, dass das Rauschgift nach Deutschland geschickt wird; G hingegen sollte das Paket in Empfang nehmen. Sowohl C als auch G hätten danach nicht nur zu den ihnen jeweils zgedachten Tatbeiträgen angesetzt, sie hätten diese sogar bereits komplett erbracht. Nach der Einzellösung wäre somit ein unmittelbares Ansetzen von C und G gegeben.

b. Gesamtlösung

Nach der ganz herrschenden Gesamtlösung ist es für ein unmittelbares Ansetzen bei Mittäterschaft erforderlich, dass einer der Mittäter die Handlung vornimmt, die bei einem Einzeltäter ein unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung darstellen würde; diese Handlung wird dann - sofern sie sich im Rahmen des gemeinsamen Tatplanes hält - den anderen Mittätern gem. § 25 II StGB zugerechnet (BGH, wistra 1999, 386; LK-Vogler, § 22 Rn. 88; Wessels/Beulke, AT, Rn. 611).

Die für das unmittelbare Ansetzen eines Einzeltäters zu der Tat gem. § 30 I Nr. 4 BtMG maßgebliche Handlung, das Verschicken des Kokains per Post (s.o.), hat weder C noch G vorgenommen; allerdings wäre es denkbar, ihnen ein unmittelbares Ansetzen des L zuzurechnen.

c. Stellungnahme

Die Einzellösung widerspricht dem Prinzip der wechselseitigen Zurechnung, das aber für eine Mittäterschaft kennzeichnend ist. Es erscheint unverständlich, warum eine Handlung, die bei Vollendung des Delikts gem. § 25 II StGB zugerechnet werden könnte, beim Versuch nicht (als unmittelbares Ansetzen) zugerechnet werden kann. Außerdem ist unverständlich, warum nach der Einzellösung bei einem Mittäter andere Handlungen als beim Alleintäter für den Versuchsbeginn maßgeblich sein sollten. Die Einzellösung ist so-

mit abzulehnen.

C und G selbst haben somit nicht selbst unmittelbar angesetzt.

2. Unmittelbares Ansetzen durch L

Es könnte jedoch C und G das Versenden des Pakets durch L als eigenes Handeln zugerechnet werden. So auch der BGH: "Da sich die Angeklagten bei der Einlieferung des Pakets bei der Post eines Dritten bedienten und selbst keine Handlungen im Hinblick auf die Einfuhr der Betäubungsmitteln entfalteten, sind sie nur dann wegen (untauglichen) Versuchs der Einfuhr von Betäubungsmitteln schuldig, wenn ihnen das Handeln des Dritten als eigenes Ansetzen zur Tat zuzurechnen ist."

Wäre der L tatsächlich Mittäter, so würde also sein Verhalten (das Absenden des Pakets) C und G als unmittelbares Ansetzen zugerechnet. Allerdings war L tatsächlich kein Mittäter, da er von vornherein nicht vorhatte, gemeinschaftlich mit C und G zu handeln und anders als diese auch gar keine Betäubungsmittel nach Deutschland einführen wollte. Wie es sich auswirkt, wenn bei einer als mittäterschaftlich gewollten Tat diejenige Person, die die für das unmittelbare Ansetzen maßgebliche Handlung vornimmt, selbst die Tat gar nicht begehen will, also objektiv kein Mittäter ist (sog. vermeintliche Mittäterschaft), ist Streitig.

a. 1. Meinung

Der BGH führt aus: "Nach Auffassung des 2. und 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHSt 39, 236; BGHR StGB § 22 Ansetzen 3) kann eine nur vermeintliche Mittäterschaft eine Zurechnung von Tatbeiträgen nicht begründen. Eine Tathandlung ist als Ausführungshandlung nach Ansicht dieser Senate anderen Tatbeteiligten vielmehr nur dann zuzurechnen, sofern sie sich für den Handelnden selbst als mittäterschaftlicher Tatbeitrag darstellt, also von dem Willen getragen ist, gemeinschaftlich mit den anderen Beteiligten zum Zwecke der Tatausführung zusammenzuwirken (BGHSt aaO; BGHR StGB aaO; ebenso: Eser in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 22 Rdn. 55 a; a.A. Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 22 Rdn. 22 f.). Nach dieser Auffassung scheidet hier eine Zurechenbarkeit der Posteinlieferung des Pakets aus, da der [L] [...] zu diesem Zeitpunkt zur Mitwirkung an der unerlaubten Betäubungsmitteln einfuhr nicht bereit war."

b. 2. Meinung

Der 4. Senat des BGH präzisiert seine eigene bisherige Rechtsprechung: "Auch nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats (BGHSt 40, 299) kommt eine Zurechnung der Handlung des vermeintlichen Mittäters hier nicht in Betracht. Der Senat stellt für die Frage der Zurechenbarkeit einer Tathandlung eines nur vermeintlichen Mittäters auf die Vorstellung des Täters von der Tauglichkeit der Handlung, die als unmittelba-

res Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung im Sinne des § 22 StGB anzusehen ist, ab. Nach dieser Auffassung ist jedenfalls dann eine Ausführungshandlung eines vermeintlichen Mittäters als tauglich und damit zurechenbar zu betrachten, wenn sie nach der Vorstellung des Täters zur Tatbestandserfüllung führen soll und nach natürlicher Auffassung auch zur Tatbestandserfüllung führen könnte (BGHSt 40, 299, 302). Diese Rechtsprechung geht davon aus, dass der vermeintliche Mittäter jedenfalls die ihm nach dem Tatplan zugeordnete Handlung tatsächlich ausführt (vgl. auch BGH NJW 1952, 430 f.; Tröndle/Fischer StGB § 22 Rdn. 22 f.).

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der vermeintliche Mittäter hat die von den Angeklagten vorgestellte Ausführungshandlung, die Aufgabe eines mit Betäubungsmitteln präparierten Pakets bei der Post, gerade nicht erbracht. Die Einlieferung eines neutralen Pakets bei der Post konnte vielmehr weder nach der Vorstellung der Angeklagten noch nach natürlicher Auffassung zur Tatbestandserfüllung führen.“

c. Zwischenergebnis

Nach beiden Auffassungen ist ein unmittelbares Ansetzen von C und G nicht gegeben.

III. Ergebnis

C und G sind nicht strafbar gem. § 30 I Nr. 4 BtMG, §§ 25 II, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit von C und G wegen Verabredung zum Verbrechen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 30 II StGB, § 30 I Nr. 4 BtMG.

C und G könnten jedoch wegen Verabredung zur Begehung einer Straftat gem. § 30 I Nr. 4 BtMG strafbar sein.

Bei § 30 I Nr. 4 BtMG handelt es sich gem. § 12 I StGB um ein Verbrechen, so dass gem. § 30 II StGB auch die bloße Verabredung zur Begehung einer solchen Tat strafbar ist.

Verabredung i.S.v. § 30 II StGB ist die vom ernstlichen Willen getragene Einigung von mindestens zwei Personen, an der Verwirklichung eines bestimmten Verbrechens mittäterschaftlich mitzuwirken (BGH, NStZ-RR 2002, 74; Tröndle/Fischer, § 30 Rn. 12).

C und G hatten sich ernstlich dahingehend geeinigt, ein Verbrechen gem. § 30 I Nr. 4 StGB als Mittäter zu begehen (s.o.), so dass eine Verabredung vorliegt. Sie handelten auch vorsätzlich, rechtswidrig und schuld-

haft. C und G sind also strafbar gem. § 30 II StGB, § 30 I Nr. 4 BtMG.

C. Strafbarkeit von C und G wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Mittäterschaft gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG, § 25 II StGB

C und G könnten sich weiterhin durch ihr Verhalten wegen mittäterschaftlichen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG, § 25 II StGB strafbar gemacht haben.

Bei den 3 Kilogramm Kokain handelt es sich um Betäubungsmittel in nicht geringer Menge (s.o.). Fraglich ist allenfalls, ob C und G wirklich mit Kokain i.S.v. § 29 a I Nr. 2 BtMG Handel getrieben haben, da sie nie im Besitz des Rauschgifts waren.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist "Handeltreiben" i.S.v. § 29 a I Nr. 2 BtMG jede eigennützige, auf Umsatz gerichtete Tätigkeit ohne Rücksicht darauf, ob der Täter jemals Besitz an den zum Umsatz vorgesehenen Betäubungsmitteln gehabt hat oder es tatsächlich zur Anbahnung oder zum Abschluss eines bestimmten Umsatzgeschäfts gekommen ist (BGHSt 30, 359; NStZ 2000, 207). Dass es also niemals zu einer Lieferung oder auch bloß zu einem ernst gemeinten Verkauf durch L gekommen ist, vermag C und G also nicht zu entlasten. Ein Handeltreiben ist somit gegeben.

C und G handelten auch mittäterschaftlich, vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft, so dass sie auch gem. § 29 a I Nr. 2 BtMG, § 25 II StGB strafbar sind.

[Anm.: Da diese weite Auslegung des Begriffs des "Handeltreibens" die Vollendungsstrafbarkeit sehr weit vorverlegt, wird sie von der Literatur kritisiert (vgl. Roxin, StV 1992, 517; Krack, JuS 1995, 585). Der 3. Senat des BGH hat dies nunmehr aufgegriffen und in einem Anfragebeschluss eine neue Auslegung dieses tatbestandsmerkmals vorgeschlagen, die im Wesentlichen den Tathandlungen bei der Hehlerei entspricht (vgl. BGH, StV 2003, 501).]

D. Konkurrenzen und Ergebnis

Hierzu der BGH: "Die Angeklagten [...] sind deshalb nur des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit (vgl. BGHSt 40, 73, 74) mit Verabredung zum Verbrechen der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge schuldig."

Literaturauswertung

Öffentliches Recht

Auto r/Titel:	Schoch, Friedrich: "Das Widerspruchsverfahren nach §§ 68 ff. VwGO"
Fundstelle:	Jura 2003, 752 (Heft 11)
Inhalt:	Der Autor behandelt in diesem hervorragenden Beitrag das Widerspruchsverfahren allumfassend. Neben den Zulässigkeits- und Begründetheitsmerkmalen, deren Prüfung durch kleine Beispielfälle angereichert ist, werden auch die Zielsetzung und die Auswirkungen des Widerspruchs (Stichworte: Suspensiv- und Devolutiveffekt) erörtert.

Auto r/Titel:	Janz, Norbert: "Erteilung von Auskünften über die Verbindungsdaten der Telefongespräche von Journalisten"
Fundstelle:	JuS 2003, 1063 (Heft 11)
Inhalt:	Besprechung des Urteils BVerfG, NJW 2003, 1787, über das die RA bereits in Heft 6/2003, Seite 333 ff. ausführlich berichtet hat. Zwei Journalisten des ZDF waren bei Recherchen zum Fall des damals noch flüchtigen "Baulöwen" Dr. Jürgen Schneider in telefonischen Kontakt zu diesem getreten. Das AG Frankfurt/Main ordnete an, dass die Telekom der StA Auskunft über die Telefonate zu erteilen habe, die vom Dienstanschluss der Journalisten beim ZDF geführt worden waren. Inhaltlich ging es um Art. 10 und 5 I GG sowie die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde nach Wegfall der Beschwer (Erledigung).

Auto r/Titel:	Gröpl, Christoph: "Baurecht gegen Vorkasse"
Fundstelle:	Jura 2003, 778 (Heft 11)
Inhalt:	Gut gegliederter Klausurfall mit baurechtlichem Aufhänger, in dem es allerdings schwerpunktmäßig um den öffentlich-rechtlichen Vertrag geht.

Zivilrecht

Auto r/Titel:	Timme, Michael: "Rechtsfolgen vorbehaltloser Mietzahlung in Mangelkenntnis"
Fundstelle:	NJW 2003, 3099 (Heft 43)
Inhalt:	Der Beitrag beschäftigt sich konstruktiv mit den Auswirkungen des BGH-Urteil vom 16.07.2003 (NJW 2003, 2601 = RA 2003, 618), in dem die jahrzehntelange Rechtsprechung zum Verlust des Minderungsrechts bei vorbehaltloser Mietzahlung trotz Mangelkenntnis aufgegeben wurde.

Auto r/Titel:	Joussen, Jacob: "Abgabe und Zugang von Willenserklärungen unter Einschaltung einer Hilfsperson"
Fundstelle:	Jura 2003, 577 (Heft 9)
Inhalt:	Die rechtliche Behandlung der Wirksamkeit einer Willenserklärung gehört zu den klassischen Ausbildungsgebieten aus dem BGB-AT. Dieser Beitrag verschafft hierzu einen umfassenden Überblick, wobei der Schwerpunkt die Einschaltung von Dritten (Stellvertreter, Bote) bei der Willenserklärung bildet.

Autor/Titel:	Petersen, Jens: "Schweigen im Rechtsverkehr"
Fundstelle:	Jura 2003, 687 (Heft 10)
Inhalt:	Der Verfasser beschäftigt sich ausführlich mit der Problematik des Schweigens im Rechtsverkehr, das über die allgemeine Rechts geschäftslehre hinaus bis ins Handelsrecht reicht.

Autor/Titel:	Staudinger, Ansgar / Heinze, Stefan: "Der Grabstein - Stein des Anstoßes"
Fundstelle:	Jura 2003, 581 (Heft 9)
Inhalt:	Die rechtliche Handhabung des Grabsteins betrifft schuld-, sachen- und vollstreckungsrechtliche Fragen, die daher immer wieder Thema der Staatsexamina sind und die in diesem Aufsatz umfassen beantwortet werden.

Strafrecht

Autor/Titel:	Fischer, Thomas: "Waffen, gefährliche und sonstige Werkzeuge nach dem Beschluss des Großen Senats"
Fundstelle:	NStZ 2003, 569 (Heft 11)
Inhalt:	Seit dem 6. StrRG 1998 bereitet die Abgrenzung von Waffen, gefährlichen und sonstigen Werkzeugen in Tatbeständen wie §§ 244 I Nr. 1, 250 I Nr. 1, II Nr. 1 StGB Probleme. In seinem Beschluss NJW 2003, 1677 (= RA 2003, 373) hatte der Große Senat des BGH mit ausführlicher Begründung einen eigenen Waffenbegriff des StGB hergeleitet, der mit dem des WaffG nicht notwendig identisch sei und war zu dem Schluss gekommen, dass eine geladene Schreckschusspistole nicht nur ein gefährliches Werkzeug, sondern sogar eine Waffe i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB darstellt. Der Autor übt - durchaus berechnete - Kritik an dieser Entscheidung und stellt denkbare Konsequenzen für die Auslegung anderer Tatbestände bzw. die Verwendung anderer Mittel dar.

Autor/Titel:	Neubacher, Frank: "Der halbherzige Rücktritt in der Rechtsprechung des BGH"
Fundstelle:	NStZ 2003, 576 (Heft 11)
Inhalt:	Ein in Rechtsprechung und Literatur immer wieder diskutiertes Problem ist die Frage, welche Anforderungen an einen Rücktritt gem. § 24 I 1 2. Fall StGB zu stellen sind, insb. ob der Täter den Erfolg durch ernsthafte Bemühungen abwenden muss oder ob jede Erfolgsverhinderung ausreichend ist (sog. "halbherziger Rücktritt, vgl. BGH, RA 2002, 726; 2003, 246). Der Verfasser präsentiert die Entwicklung der Rechtsprechung und der Literaturauffassungen insb. im Hinblick auf deren jeweilige Argumentation.

Autor/Titel:	Lange, Jerome / Trost, Annette: "Strafbarkeit des 'Schwarztankens' an der SB-Tankstelle"
Fundstelle:	JuS 2003, 961 (Heft 10)
Inhalt:	Die Strafbarkeit des "Schwarztankens" an SB-Tankstellen gehört zu den Themen, die im Examen immer wieder aufgegriffen werden. Die Verfasser stellen die denkbaren Konstellationen und ihre jeweilige Strafrechtliche Behandlung nach herrschender und diversen Minderheitsmeinungen dar. Wenn auch als Folge der Kürze des Beitrags nicht optimal verständlich, verschaffen die Autoren jedoch einen guten Überblick.