

*Öffentliches Recht***Standort: Beamtenrecht****Problem: Ämterstabilität; Verschulden bei Amtshaftung**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 05.06.2003
6 A 4750/01 (NVwZ-RR 2003, 882)

Problemdarstellung:

1. Im Beschluss des OVG ging es zunächst um die Frage, ob ein unterlegener Bewerber im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit noch Ansprüche auf eigene Ernennung geltend machen kann, wenn die zu vergebende Stelle bereits an einen konkurrierenden Bewerber vergeben worden ist. Bisher gingen Rspr. und Literatur nahezu einhellig davon aus, dass dies wegen des aus § 59 BRRG abzuleitenden "Grundsatzes der Ämterstabilität" nicht möglich sei. Das Ernennungsbegehren sei mit Vergabe an den Konkurrenten erledigt. Dies hat prozessual dazu geführt, dass abgelehnte Bewerber neben den Rechtsbehelfen gegen ihre eigene Ablehnung (Widerspruch, Klage) auch darauf abzielen müssen, um jeden Preis die Ernennung des Konkurrenten zu verhindern. Mittel der Wahl ist hierfür § 123 I 1 VwGO, eine einstweilige Anordnung zur Sicherung der späteren, eigenen Verpflichtungsklage auf Ernennung. Versäumt der Bewerber dies oder bleibt ein solcher Antrag ohne Erfolg, tritt durch Ernennung des Konkurrenten Erledigung der eigenen Bewerbung ein, so dass ihm bestenfalls noch eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO (a.A.: Feststellungsklage nach § 43 VwGO) auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der eigenen Ablehnung bzw. der Ernennung des Konkurrenten blieb, um etwa ein Schadensersatzpräjudiz für einen späteren Amtshaftungsprozess zu schaffen. Selbst einer Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Konkurrenten soll wegen der Ämterstabilität das allg. Rechtsschutzinteresse fehlen (vgl. Peter, JuS 1992, 1042, 1044).

Dieses System hat das BVerwG in BVerwGE 115, 89 erschüttert, wo es heißt, wegen des Gebots effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG könnte die Anfechtung einer erfolgten Ernennung eines Konkurrenten abweichend von der bisherigen Rspr. zur Ämterstabilität möglicherweise doch zulässig sein. Diese Bemerkung erfolgte zum einen im Konjunktiv und zum anderen im Rahmen einer nicht entscheidungstragenden Begründung, eines sogen. "obiter dictums", so dass das BVerwG wohl wankt, aber noch nicht gefal-

len ist. Konsequenz wäre, dass die Ernennung des Konkurrenten nicht mehr im Vorfeld über § 123 I 1 VwGO verhindert werden müsste, sondern repressiv, also mit Widerspruch und Anfechtungsklage angegriffen werden könnte. Diese Rechtsbehelfe blieben stattdessen, auch eine Verpflichtungsklage auf eigene Ernennung bliebe zulässig, würde sich also nicht erledigen. Vorläufigen Rechtsschutzes bedürfte es aus diesem Grund u.U. auch nicht mehr. Die Entscheidung ist von der Lit. und übrigen Rspr. überwiegend ablehnend aufgenommen worden.

Das OVG Münster lässt im vorliegenden Beschluss nun offen, ob es der neuen BVerwG-Rspr. folgt; jedenfalls könne die eigene Ernennung dann nicht mehr begehrt werden, wenn der Bewerber die Ernennung des Konkurrenten weder im Vorfeld verhindert (wie bisher erforderlich) noch mit Widerspruch bzw. Klage repressiv angegriffen habe (wie es erforderlich wäre, wenn man BVerwGE 115, 89 beim Wort nähme), diese also habe bestandskräftig werden lassen. Dies versteht sich wegen der dann eingetretenen endgültigen Vergabe des einen freien Postens eigentlich von selbst.

2. Ferner ging es um die Frage, ob für die dann allein statthafte Fortsetzungsfeststellungsklage ein Feststellungsinteresse besteht (§ 113 I 4 VwGO a.E.). Dies könnte allein im Hinblick auf ein Schadensersatzpräjudiz der Fall sein. Der angestrebte Amtshaftungsprozess muss hierfür aber zumindest gewisse Aussicht auf Erfolg bieten. Da hierfür wiederum ein Verschulden des Amtswalters Voraussetzung ist (§ 839 I BGB) und man von einem Verwaltungsbeamten nicht mehr verlangen kann als von einem mit Volljuristen besetzten Kollegialorgan, vertritt der BGH in st.Rspr. die Auffassung, dass Amtshaftungsansprüche (von den in den Gründen erwähnten Ausnahmen abgesehen) von vornherein aussichtslos sind, sobald ein kollegial besetztes Gericht einmal die Rechtmäßigkeit der Amtshandlung bejaht hat.

Prüfungsrelevanz:

Der beamtenrechtliche Einschlag ist vor allem im Hinblick auf seine prozessualen Auswirkungen für das Examen relevant.

Im Rahmen des Verschuldens beim Amtshaftungsan-

spruch wäre zu prüfen, ob dieses nicht allein deswegen verneint werden kann, weil ein Gericht die Verwaltungsentscheidung bereits absegnet hat.

Vertiefungshinweise:

- Zur Beförderung eines Hochschullehrers: *OVG Greifswald*, NVwZ-RR 2003, 580
- Beamtenrechtliche Konkurrentenklage und Ämterstabilität: *BVerfG*, NVwZ 2002, 1367; NVwZ 2003, 200; *BVerwGE* 80, 127; *Peter*, JuS 1992, 1042

Leitsätze:

- 1. Die Klage eines Hochschulprofessors auf Verpflichtung des Dienstherrn zur Neubescheidung einer Bewerbung um ein höherwertiges Amt erliegt sich mit der Ernennung eines Konkurrenten jedenfalls dann, wenn der Bewerber die Ernennung unanfechtbar werden lässt.**
- 2. Ob dem obiter dictum des BVerwG zur Anfechtbarkeit der Ernennung des Mitbewerbers (BVerwGE 115, 89) zu folgen ist, bleibt offen.**
- 3. Zur Verneinung des Interesses an der Feststellung, dass die Auswahl des Mitbewerbers rechtswidrig gewesen sei, nachdem ein Kollegialgericht die Auswahlentscheidung als rechtlich einwandfrei beurteilt hat.**

Sachverhalt:

Der Kl. war Inhaber einer C3-Professur an einer Universität des bekl. Landes. Er erstrebte mit der Klage eine Verpflichtung des Bekl., über seine erfolglose Bewerbung um eine C4-Professur an derselben Universität unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Hilfsweise begehrte er die Feststellung, dass der Ablehnungsbescheid des Ministeriums für Wissenschaft und Forschung rechtswidrig gewesen sei. Sein damaliger Konkurrent erhielt die Professur, nachdem ein Antrag des Kl., die Stellenbesetzung durch eine gerichtliche einstweilige Anordnung vorläufig zu verhindern, ohne Erfolg geblieben war. Das VG wies die Klage ab. Der Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Mit der vom Kl. unter Hinweis auf die Ausführungen des BVerwG im Urteil vom 13.9.2001 (BVerwGE 115, 89 = NVwZ 2002, 604), es sei möglicherweise nicht mehr daran festzuhalten, dass sich der um eine Beförderungsauswahl geführte Rechtsstreit durch die Ernennung eines Mitbewerbers erledige, aufgeworfene Frage, ob sich das Rechtsmittel eines Bewerbers gegen die Auswahlentscheidung zur Besetzung einer offenen Planstelle dadurch erledige, dass ein anderer Bewerber unter Einweisung in die ausgeschriebene Planstelle

durch Ernennung dasjenige statusrechtliche Amt erhalte, dem die ausgeschriebene Stelle zugeordnet sei, ist eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache nicht aufgezeigt. Für die Entscheidung im Berufungsverfahren käme es auf diese Frage nicht an:

A. Zur Ämterstabilität im Beamtenrecht

Das BVerwG hat sein vorerwähntes obiter dictum mit der Überlegung gerechtfertigt, zwar möge der Dienstherr gehindert sein, eine von dem unterlegenen Mitbewerber angefochtene Ernennung zurückzunehmen, wenn die beamtenrechtlichen Voraussetzungen dafür nicht gegeben seien. Das schließe aber ihre Anfechtung durch den unterlegenen Mitbewerber ebenso wenig aus wie ihre gerichtliche Überprüfung. Es erscheine mit Art. 19 IV GG schwer vereinbar, einem Beamten den Rechtsschutz mit der Begründung zu versagen, sein Anspruch auf eine rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung sei durch den Vollzug der getroffenen, diese Grundsätze möglicherweise verletzenden Auswahlentscheidung untergegangen. Dieser Ansatz weicht von der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG und des Senats (vgl. z.B. OVG Münster, Urteil vom 11.8.1994, 6 A 1849/93 m.w.N.), die wiederholt auch die Billigung des BVerfG gefunden hat (vgl. zuletzt BVerfG, NVwZ 2002, 1367; NVwZ 2003, 200) in der Tat grundsätzlich ab. Ob ihm trotz der daran geübten Kritik zu folgen sein wird (vgl. Schnellenbach, ZBR 2002, 180 ff.; Lemhöfer, ZBR 2003, 14 ff.; zustimmend hingegen Battis, NJW 2002, 1085, 1089 sowie Brinktrine, RiA 2003, 15 [17]; vgl. auch Landau/Christ, NJW 2003, 1648 f.), braucht der Senat im vorliegenden Rechtsstreit nicht zu entscheiden. Folgt man dem BVerwG, muss der unterlegene Mitbewerber, um eine Erledigung seines Verpflichtungs- bzw. Neubescheidungsantrages zu vermeiden, auch die Ernennung des erfolgreichen Konkurrenten mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifen. Unterbleibt dies, so kann die Ernennung nur noch unter den engen Voraussetzungen der beamtenrechtlichen Rücknahmegründe aufgehoben werden. Sind diese – wie im vorliegenden Fall – nicht anwendbar, wird dem Verpflichtungs- bzw. Neubescheidungsantrag nach wie vor mit der Ernennung des Konkurrenten die Grundlage entzogen (vgl. Lemhöfer, ZBR 2003, 14ff. sowie Schnellenbach, ZBR 2002, 180 [182] zu einer künftigen Rechtsschutzgewährung auf neuer Basis). Das gilt jedenfalls dann, wenn die Ernennung nach Ablauf der Rechtsbehelfsfristen unanfechtbar geworden ist. So verhält es sich hier: Der Kl. hat sich darauf beschränkt, den ihm erteilten Ablehnungsbescheid mit Widerspruch und Klage anzugreifen. Der Ernennung des Konkurrenten hat er nicht widersprochen. Nach Ablauf der hierfür eröffneten Fristen (§§ 70, 58 II, 60

VwGO) ist dafür auch kein Raum mehr.

B. Zum Schadensersatzpräjudiz

Bezüglich des hilfsweise gestellten Klageantrages fehlt es ebenfalls an einem Zulassungsgrund. Der Hilfsantrag ist mangels eines berechtigten Interesses des Kl. an der Durchführung der Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig geworden, nachdem das VG unter Mitwirkung von u.a. drei Berufsrichtern die Personalentscheidung als rechtlich einwandfrei bezeichnet hat. Die vom Kl. beabsichtigte Amtshaftungsklage wegen der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Personalentscheidung ist nunmehr als aussichtslos anzusehen. Unter diesen Umständen scheidet eine Zulassung der Berufung anhand der vom Kl. insoweit geltend gemachten Zulassungsgründe des § 124 II Nrn. 1 bis 3 und 5 VwGO unabhängig von den insoweit im Einzelnen vorgebrachten Argumenten aus.

I. Verschulden als Voraussetzung des § 839 BGB

Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch ist, dass der Dienstherr bei der Personalentscheidung rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Das rechtswidrige Verhalten muss bei dem überangegangenen Bewerber einen Schaden adäquat verursacht haben. Dafür ist die Feststellung Voraussetzung, dass der Dienstherr in rechtmäßiger Weise voraussichtlich den Bewerber (den Kl.) hätte ernennen müssen (vgl. BVerwG, NJW 1992, 927). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil es jedenfalls an einem für die Begründung einer Schadensersatzpflicht erforderlichen Verschulden fehlt.

II. Kein Verschulden bei Bestätigung der Verwaltungsentscheidung durch kollegial besetztes Gericht

Denn in Gestalt des erstinstanzlichen Urteils liegt die Entscheidung eines Kollegialgerichts vor, mit dem die Entscheidung des Dienstherrn, den Kl. nicht zum C4-Professor zu berufen, für rechtmäßig erklärt worden ist. Diese Beurteilung durch ein Kollegialgericht schließt die Feststellung aus, dass die für den Dienstherrn tätig gewordenen Bediensteten insoweit schuldhaft gehandelt haben (vgl. BVerwGE 80, 127).

III. Ausnahmen

Besondere Gesichtspunkte, die gleichwohl die Annahme eines Verschuldens auf Seiten des bekl. Landes als möglich erscheinen lassen könnten (vgl. in diesem Zusammenhang BVerwGE 80, 127 = NVwZ 1989, 161; Schütz, BeamtenR des Bundes und der Länder, ES/A II 1.4 Nr. 22) sind nicht ersichtlich.

1. Andere Entscheidung in der Rechtsfrage

Dem Kl. ist nicht darin zu folgen, die oben genannte Regel greife nicht ein, weil das VG mit seinen Ausführungen, die notwendige Anhörung der Hochschule sei erfolgt, das Verhalten der Bediensteten des Bekl. aus Gründen gebilligt habe, die diese selbst nicht erwogen hätten. Die vom Kl. damit für sich in Anspruch genommene Ausnahme gilt nach der Rechtsprechung des BGH in Fällen, in denen das Gericht das Vorgehen des Dienstherrn lediglich mehr oder minder "zufällig" im Ergebnis billigt, obwohl das Gericht eine Rechtsfrage, die bei dem Vorgehen des Dienstherrn entscheidend war, anders beurteilt (vgl. die vom Kl. angeführten Urteile BGH, NJW 1982, 36; DVBl 1981, 825; NVwZ 1994, 405). Eine solche Fallgestaltung liegt nicht vor [wird ausgeführt].

2. Nur summarische Prüfung

Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass von einem Beamten eine bessere Rechtseinsicht als von einem mit mehreren Rechtskundigen besetzten Kollegialgericht nicht erwartet werden kann, ist auch nicht unter dem Blickwinkel eines gegenüber der Amtspflicht des Beamten reduzierten Prüfungsmaßstabes des Gerichts zu rechtfertigen (vgl. dazu BGH, NJW 1998, 751). Das VG hat – anders als in dem vom Kl. durchgeführten Verfahren betreffend den Erlass einer einstweiligen Anordnung – keinen in diesem Sinne reduzierten Prüfungsmaßstab angelegt. Wie das VG zutreffend (u. a. unter Hinweis auf BVerwG, NVwZ 1986, 374; vgl. auch VGH München, NVwZ-RR 1999, 119) ausgeführt hat, stand die zum Nachteil des Kl. ausgegangene Personalentscheidung im – verwaltungsgerichtlich nur eingeschränkt nach Maßgabe des § 114 S. 1 VwGO überprüfaren – Ermessen des Dienstherrn. Wenn das VG unter Beachtung dessen (ohne eigene Ermessenserwägungen, die ihm auch zwangsläufig verwehrt waren) die Personalentscheidung für rechtlich einwandfrei gehalten hat, lässt das eine Reduzierung des Prüfungsmaßstabes in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht erkennen. Anders als das LG in dem vom BGH mit Urteil vom 16.10.1997 (NJW 1998, 751) entschiedenen Fall hat das VG – von seinem zutreffenden Ausgangspunkt folgerichtig – erkannt, dass die Entscheidung rechtmäßig gewesen sei.

3. Falsche Tatsachengrundlage

Schließlich trifft die Auffassung des Kl. nicht zu, das VG sei von einem anderen, zudem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen als der Bekl.; deshalb sei ein Verschulden auf Seiten des Bekl. trotz der Bewertung des VG nicht auszuschließen (vgl. in diesem Zusammenhang BGH, NJW 1989, 1924; NJW 1993, 3065) [wird ausgeführt].

Standort: Kommunalrecht**Problem: Zulassung zu Volksfest; Erledigung**

VGH MÜNCHEN, URTEIL VOM 31.03. 2003

4 B 00.2823 (NVwZ-RR 2003, 771)

Problemdarstellung:

Die Gemeindeordnungen der Länder sehen für ihre Einwohner gebundene Zugangsansprüche zu den öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde vor. Ortsfremde können immerhin aus Art. 3 I GG einen Anspruch auf willkürfreie Ermessensentscheidung über ihren Zugang ableiten. Probleme bereitet die Frage, welches Organ für die Bewilligung solcher Zugangsansprüche zuständig ist. Grundsätzlich ist nach den Gemeindeordnungen die Vertretung (der Rat) zuständig für alle Verwaltungsangelegenheiten, wobei Geschäfte der laufenden Verwaltung allerdings als auf den Bürgermeister übertragen gelten. Der VGH München ist nun der Ansicht, dass die Vergabe von Stellplätzen auf einem Volksfest nur dann in die laufende Verwaltung und damit die Kompetenz des Bürgermeisters falle, wenn die Vertretung vorher die Vergabekriterien (Attraktivität, Rotation, Priorität, Losverfahren, "bekannt & bewährt" usw.) festgelegt habe. Lege der Bürgermeister hingegen die Kriterien selbst fest, überschreite er seine Kompetenz nur dann nicht, wenn es sich um unwesentliche Ergänzungen oder Änderungen handle. Ein Ablehnungsbescheid, der ohne Billigung der Vergabekriterien oder wesentlicher Änderungen derselben durch die Vertretung erfolgt, sei daher rechtswidrig.

Prüfungsrelevanz:

Neben der oben angesprochenen Zuständigkeitsfrage ist die Entscheidung vor allem wegen ihrer prozessualen Komponente interessant. Das Zulassungsbegehren des Klägers, eines Schaustellers, hatte sich nämlich erledigt, nachdem das Volksfest ohne seine Teilnahme stattgefunden hatte. Mit seiner nach Erledigung erhobenen Klage begehrte er (nur) noch die Feststellung, dass seine Ablehnung rechtswidrig war. Der VGH wendet hierauf unter Hinweis auf eine gefestigte Rechtsprechung die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO an.

Er verschweigt, dass hier bestenfalls eine Anwendung in doppelter Analogie in Betracht kommt, weil sich zum einen aus der systematischen Stellung des § 113 I 4 VwGO im 10. Abschnitt der VwGO ("Urteile und andere Entscheidungen") ergibt, dass dieser nur bei Erledigung nach Klageerhebung in Betracht kommt (hier vorher - erste Analogie), und sich zum anderen aus der Bezugnahme des Satzes 4 auf Satz 1 des § 113 I VwGO ergibt, dass grds. nur die Anfechtungsklage

nach Erledigung fortgesetzt werden kann (hier Verpflichtungsklage - zweite Analogie). Zudem hatte das BVerwG in RA 1999, 592 = DVBl 1999, 1660 Zweifel angemeldet, ob die für eine Analogie erforderliche Regelungslücke existiert, oder ob nicht, wie von einer m.M. seit jeher vertreten, § 43 I VwGO zur Anwendung kommen kann. Hierüber ist in der RA (a.a.O.) bereits ausführlich berichtet worden; auch hat die Literatur das Thema vielfach aufgegriffen (vgl. Vertiefungshinweise). Im Ergebnis löst die ganz h.M. in Rspr. und Lit. aber weiterhin die Fälle der Erledigung vor Klageerhebung über die Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO, weil es an einem "Rechtsverhältnis" i.S.d. § 43 VwGO fehlt.

Vertiefungshinweise:

- Anwendbarkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage bei Erledigung vor Klageerhebung: *Ehlers*, Jura 2001, 415; *Schenke*, NVwZ 2000, 1255
- Vergabe von Stellplätzen auf öffentlichem Volksfest durch Private: *VG Augsburg*, NVwZ-RR 2001, 468; *VG Freiburg*, NVwZ-RR 2002, 139
- Vergabe allein nach Straßen- und Wegerecht durch Sondernutzungserlaubnisse: *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2001, 159

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmes"

Leitsatz:

Die Einzelentscheidung über die Zulassung von Schaustellern zu einem größeren Volksfest fällt bei Vorliegen konkurrierender Zulassungsanträge auch in einer Großstadt nur dann als laufende Angelegenheit in die Zuständigkeit des ersten Bürgermeisters gem. Art. 37 I 1 Nr. 1 BayGO, wenn der Gemeinderat bzw. ein beschließender Ausschuss zumindest Vorgaben in Form von Auswahlkriterien beschlossen hat.

Sachverhalt:

Am 12.10.1998 beantragten die Kl. bei der Bekl. die Zulassung zum Kiliani-Volksfest 1999 mit der Achterbahn X. Mit Bescheid vom 30.11.1998 lehnte die Bekl. die Zulassung ab. Auf Grund zahlreicher Bewerbungen und nur begrenzt zur Verfügung stehender Flächen habe dem Antrag nicht entsprochen werden können. Der Bescheid enthielt keine Rechtsbehelfsbelehrung. Mit am 3.3.1999 eingegangenem Schriftsatz erhoben die Verfahrensbevollmächtigten der Kl. Wider-

spruch und rügten die Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung. Die Kl. könnten für sich das Kriterium "bekannt und bewährt" in Anspruch nehmen, denn der Vater der Kl. sei bereits 1955 mit einem Fahrgeschäft auf dem Kiliani-Volksfest vertreten gewesen und seine Tochter setze nun mit ihrem Ehemann diese Tradition fort. Das Fahrgeschäft X passe gut in das Konzept des Kiliani-Volksfestes und sei bereits im Jahre 1994 von den Besuchern angenommen worden. Nach der Mitteilung, dass sich ihr Widerspruch nach Durchführung des Volksfestes erledigt habe, erhoben die Kl. Klage, die das VG abwies. Ihre vom VG zugelassene Berufung hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist zulässig und begründet. Der Ablehnungsbescheid vom 30. 11. 1998 war rechtswidrig und hat die Kl. in ihren subjektiven Rechten verletzt.

A. Zulässigkeit

I. Statthaftigkeit

Der auch im Rahmen der Verpflichtungsklage statthafte Fortsetzungsfeststellungsantrag (vgl. BVerwGE 81, 365 [367] = NJW 1990, 335) ist gem. § 113 I 4 VwGO zulässig.

II. Vorverfahren

Der Ablehnungsbescheid war im Zeitpunkt des Eintritts der Erledigung noch nicht in Bestandskraft erwachsen, da die Kl. zuvor rechtzeitig Widerspruch erhoben hatten.

III. Frist

Infolge Erledigung während des laufenden Widerspruchsverfahrens unterlag die Klageerhebung keiner Fristbindung (BVerwGE, 109, 203 = NVwZ 2000, 63) und für eine Verwirkung des Klagerechts gibt es vorliegend keinen Anhalt.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Das VG hat das berechnete Feststellungsinteresse zutreffend aus dem Aspekt der Wiederholungsgefahr hergeleitet (VGH München, NVwZ-RR 1991, 550). Diese Gefahr hat sich auch tatsächlich manifestiert, nachdem den Kl. auch in den Folgejahren die Zulassung zum Kiliani-Volksfest versagt worden ist.

B. Begründetheit

I. Rechtswidrigkeit der Ablehnung

Die Klage ist begründet, weil die (ablehnende) Zulassungsentscheidung der Bekl. für das Kiliani-Volksfest

mangels Regelung der Vergabekriterien durch den Stadtrat bzw. einen beschließenden Ausschuss für den Fall konkurrierender Zulassungsanträge nicht als laufende Angelegenheit i.S. des Art. 37 I 1 BayGO anzusehen war. Die Ablehnungsentscheidung ohne Mitwirkung beschließender Gremien der Bekl. hat das subjektive Recht der Kl. auf fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens im Rahmen der Zulassungsentscheidung verletzt.

1. Zugangsanspruch aus Art. 21 BayGO

a. Öffentliche Einrichtung

Das jährliche Kiliani-Volksfest in W. fällt unter den Begriff der öffentlichen Einrichtung i.S. des Art. 21 BayGO. Die Bekl. hält nicht etwa nur den Festplatz (T.) vor, sondern führt das Volksfest in kommunaler Regie als eigene Veranstaltung durch. Mangels Festsetzung richtet sich die Zulassung nicht nach § 70 GewO, sondern ist anhand der Gemeindeordnung zu beurteilen.

b. Personale Berechtigung

Eine Berufung der Kl. auf Art. 21 I 1 BayGO scheidet aus. Ob die Schausteller auf einem Volksfest überhaupt zu den Nutzern i.S. des Art. 21 I 1 BayGO zu zählen sind (so VGH München, NVwZ 1982, 120; krit. Hölzl/Hien/Huber, Art. 21 BayGO Anm. 5c; Bauer/ Böhle/Masson/Samper, Art. 21 BayGO Rdnr. 21), kann hier dahinstehen, da die Kl. weder Gemeindeangehörige (Art. 15 I BayGO) von W. sind noch über Grundbesitz oder eine gewerbliche Niederlassung im Stadtgebiet der Bekl. verfügen (Art. 21 III BayGO).

2. Zugangsanspruch aus Widmung i.V.m. Art. 3 I GG

Einen Zulassungsanspruch vermag ihnen aber auch prinzipiell die Widmung der Einrichtung im Zusammenwirken mit dem Gleichbehandlungsanspruch (Art. 3 I GG, Art. 118 I BayVerf.) zu ermitteln, wenn diese den Kreis der zulassungsfähigen Schausteller auch auf ortsfremde Beschicker erstreckt.

a. Widmung

Für das Vorliegen einer Widmung bedarf es keines förmlichen Rechtsakts in Form einer Satzung oder einer schriftlich erlassenen Allgemeinverfügung; letztere vermag auch "in anderer Weise" (Art. 37 II 1 BayVwVfG) und damit konkludent erklärt zu werden (VGH München, NJW 1989, 2491 = NVwZ 1990, 333 m. Anm. Ennuschat). So verhält es sich hier. Zwar liegt eine explizite Widmung nicht vor, aber die Zulassungsfähigkeit auch ortsfremder Schausteller zum Kiliani-Volksfest ergibt sich aus der entsprechenden jahrelangen Vergabepaxis der Bekl., die Rückschlüsse

auf den Umfang der konkludenten Widmung gestattet und damit den Kl. prinzipiell einen Zulassungsanspruch verschafft.

b. Umwandlung in Auswahlanspruch wegen Kapazitätserschöpfung

Dieser schwächt sich im Falle erschöpfter Kapazität – wie auch ein Anspruch aus Art. 21 I 1 BayGO – zu einem subjektiv-öffentlichen Recht auf sachgerechte und fehlerfreie Ausübung des Auswahlermessens ab.

c. Zuständigkeit für Auswahl

Die Willensbildung als Grundlage der einzelnen Zulassungsentscheidung von Beschickern und Schaustellern zu einem Volksfest der hier vorliegenden Größe fällt bei Vorliegen konkurrierender Zulassungsanträge auch in einer Großstadt von der Größe der Bekl. nur dann als laufende Angelegenheit in die eigene Zuständigkeit des ersten Bürgermeisters gem. Art. 37 I 1 Nr. 1 BayGO, wenn der Gemeinderat bzw. ein beschließender Ausschuss zumindest Vorgaben in Form von Auswahlkriterien beschlossen hat. Der Senat hat dazu Folgendes erwogen:

aa. Vorgabe der auswahlentscheidung durch Widmung und Auswahlkriterien

Das Resultat der Einzelentscheidung über den Zulassungsantrag eines Schaustellers für ein Volksfest wird – inhaltlich gestuft – durch Vorentscheidungen auf verschiedenen Ebenen beeinflusst: Die Widmung setzt hinsichtlich der Zweckbestimmung des Volksfests als kommunaler Einrichtung einen grundlegenden Rahmen. Sie fixiert zumeist ungefähr Zeit, Dauer und Ort des Fests als Typ (z.B. Weinfest), und umreißt zumindest grob die Anbietergruppen (örtliche Vereine, gewerbliche Schausteller, Verkaufseinrichtungen, Lebensmittelverzehr), mit deren Hilfe die Gemeinde ihre Einrichtung ausgestaltet (vgl. § 4 der nur für festgesetzte Veranstaltungen geltenden Marktsatzung der Bekl. vom 4.7.1984). Darüber hinaus trifft sie hinsichtlich der Besucher die Entscheidung über die Nutzungsart (zulassungsfreier Allgemeingebrauch oder Zulassungsgebrauch). Damit werden Charakter, Gestalt und Prägung der Veranstaltung im Kern umrissen. Die mehr oder weniger ausfüllungsbedürftigen Vorgaben aus der Widmung münden zumeist in ein Konzept, mit dem der Ablauf der konkret bevorstehenden Veranstaltung geplant wird. Die Arten der gewünschten Anbietergruppen werden unter Attraktivitätsgesichtspunkten ausgewählt und ihnen werden Flächenkontingente zugeordnet. Neben sicherheitsrechtlichen Belangen (Flucht- und Rettungswege) wird die räumliche Verteilung der Anbietergruppen auf dem Festplatz durch Aspekte gegenseitiger Verträglichkeit und optimaler

Raumausnutzung gesteuert. Planungen für die Anschlüsse der Geschäfte an Infrastruktureinrichtungen (Elektrizität, ggf. Frisch- und Abwasser) sowie organisatorische Regelungen zu Steuerung bestimmter Abläufe runden den die Konkretisierung der Widmung betreffenden Teil des Konzepts ab. Darüber hinaus sind Entgelte für die Anbieter festzusetzen, und Verfahrensregelungen (Anmeldefrist, notwendige Antragsunterlagen) zu treffen. In diese Stufe gehört auch die Formulierung abstrakter Zulassungskriterien, nach denen die konkrete Vergabe im Falle konkurrierender Bewerbungen um nicht für alle Ast. ausreichende Flächenkontingente zu entscheiden ist. Die auf der Basis eines derartigen Konzepts erfolgte Ausschreibung führt zu Bewerbungen, unter denen im Falle die Kapazität überschreitender Zahl ausgewählt werden muss. In diese Auswahlentscheidung münden die genannten Vorgaben aus Widmung sowie Veranstaltungskonzept und werden auf diese Stufe für den Einzelfall konkretisiert.

bb. Systematisierung der Auswahlkriterien

Die für eine derartige Entscheidung relevanten Auswahlkriterien unterscheiden sich in Ansatz und Funktion: Sachbezogen wird darauf abgestellt, ob das konkrete Geschäft nach seiner Art zu dem gestuft konkretisierten Widmungszweck passt bzw. welches im Fall konkurrierender Bewerbungen besser damit harmonisiert. Personenbezogene Aspekte wie Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bewerten bzw. vergleichen die Gewähr der Bewerber, Sicherheitsstandards einzuhalten, einen ungestörten Betriebsablauf zu garantieren und dadurch zu dem Gelingen der Veranstaltung als Realisierung des Widmungszwecks beizutragen. Beide Arten von Kriterien statuiert die Gemeinde in Ausübung ihrer Ausgestaltungsbefugnis für das Volksfest als kommunale Einrichtung. Gleichzeitig formt sie damit den Zulassungsanspruch des Bewerbers bzw. sein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung entsprechend aus. Die in dem Recht der Gemeinden, Einrichtungen zum Wohl ihrer Einwohner zu schaffen und zu unterhalten, als Ausfluss der Selbstverwaltungsgarantie (vgl. Hölzl/Hien/Huber, Art. 1 BayGO Anm. 5) wurzelnde Gestaltungsbefugnis reicht inhaltlich sehr weit; hinsichtlich der personenbezogenen Kriterien ist sie nur dem aus Art. 3 I GG, Art. 118 I BayVerf. zu entnehmenden Gebot sachgerechter Differenzierung unterworfen (VGH München, NVwZ 1982, 120).

cc. Organkompetenz des Rates oder des Bürgermeisters

Die Ausübung der materiell weitreichenden Gestaltungskompetenz von der Widmung bis zur Einzelzulassung hat die Gemeinde als wesentliche Entschei-

dungen für die öffentliche Einrichtung selbst wahrzunehmen und kann sie nicht privaten Dritten überlassen (VGH München, NVwZ 1999, 1122). Die inhaltliche Reichweite der Ausgestaltungsbefugnis als Kehrseite geringer gesetzlicher Determination einer Entscheidung ist aber bei Einrichtungen von gewissem Gewicht auch für die innergemeindliche Organkompetenz zur Willensbildung von Bedeutung: Je dünner die Dichte materiell-rechtlicher Vorgaben des Gesetzgebers, desto größer ist der Anteil an Gestaltungs- und Bewertungselementen, der eine Beteiligung eines Beschlussorgans erfordert.

(1). Widmung selbst: Rat

Bei der Abgrenzung der Zuständigkeiten von erstem Bürgermeister und Gemeinderat (bzw. beschließendem Ausschuss) ist die Widmung (bzw. ihre Änderung) als wesentliche Grundentscheidung zur Ausgestaltung eines größeren Volksfests in Form der öffentlichen Einrichtung dem Gemeinderat vorbehalten (vgl. auch Hölzl/Hien/Huber, Art. 21 Anm. 4). Nur zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass diese innergemeindliche Kompetenzzuweisung nicht der Annahme einer – insbesondere bei traditionellen Volksfesten vorliegenden (vgl. VGH München, NVwZ 1982, 120) – konkludenten Widmung entgegensteht, die letztlich dem Gemeinderat zuzurechnen ist.

(2). Unwesentliche Änderungen und Konkretisierungen der Widmung: Bürgermeister

Für die verschiedenen Elemente des wiederkehrend zu erstellenden Veranstaltungskonzepts lässt sich die Kompetenzfrage dagegen nicht einheitlich beantworten: Im Bereich widmungskonkretisierender Regelungen (z. B. Änderung der vorgesehenen Geschäftssparten) kommt es entscheidend darauf an, ob Erscheinungsbild und Charakter des Volksfests tangiert werden können oder ob es sich um untergeordnete Fragestellungen (z. B. Sortimentsauswahl, Flächenbeschränkungen) handelt. Nur die für eine Einrichtung wesentlichen Entscheidungen bedürfen der Billigung durch ein Beschlussorgan. Die insoweit entwicklungs-offene, dynamische Widmung lässt genügend Spielraum für die von der Beklagten verständlicherweise reklamierte Flexibilität, um das Volksfest in seiner konkreten Ausgestaltung über die Jahre hinweg abwechslungsreich und attraktiv halten zu können.

(3). Bestimmung der Auswahlkriterien ist wesentliche Frage

Demgegenüber fällt die abstrakte Auswahl und Fixierung der im Einzelfall heranzuziehenden Zulassungskriterien bei größeren Volksfesten als wesentliche Determinante für die jeweilige Auswahlentscheidung

nicht mehr unter die laufenden Angelegenheiten i.S. des Art. 37 I 1 Nr. 1 BayGO (so auch VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 90 f.; a.A. VG Ansbach, NVwZ-RR 1997, 98 f.). Sie entzieht sich deshalb auch einer Delegation auf einen Gemeindebediensteten gem. Art. 39 II 2 BayGO.

(a). Weiter Gestaltungsspielraum

Die Ausfüllung der gesetzlich kaum vorgeformten weitreichenden Gestaltungsbefugnis der Gemeinde zwingt zu einer Rückkoppelung an ein Beschlussgremium. Nur wenn der Gemeinderat bzw. ein beschließender Ausschuss zumindest Vorgaben in Form von Auswahlkriterien beschlossen hat, stellt die konkrete Zulassungsentscheidung ein Geschäft der laufenden Verwaltung i.S. des Art. 37 I 1 Nr. 1 BayGO dar. Gleiches dürfte übrigens auch für die in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung insgesamt zu betrachtende Gestaltung der Entgeltregelungen bei einem größeren Volksfest gelten, die selbst für eine Großstadt wie die Bekl. grundsätzliche Bedeutung besitzt.

(b). Grundrechtsrelevanz

Auch wenn wegen des Charakters des Art. 37 BayGO als Schutzvorschrift für die Gemeinde die Zuweisung der Organkompetenz aus der Perspektive der Kommune vorzunehmen ist, spricht im Ergebnis für die Notwendigkeit der Beteiligung eines Beschlussorgans nicht zuletzt die erhebliche Grundrechtsrelevanz der Zulassungskriterien aus der Sicht der betr. Schausteller (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1992, 132 E.).

d. Subsumtion

Mangels Vorgaben eines Beschlussorgans in Form von Auswahlkriterien war die streitgegenständliche Ablehnungsentscheidung gegenüber den Kl. für das Kiliani-Volksfest 1999 nicht von Art. 37 I 1 Nr. 1 BayGO gedeckt. Damit schied auch eine Delegation gem. Art. 39 II BayGO an den Bediensteten W. aus, zumal die Delegationsanordnung des Oberbürgermeisters vom 7.1.1991 ihrerseits wiederum auf "Angelegenheiten der laufenden Verwaltung" beschränkt war.

II. Rechtsverletzung des Klägers

Die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den gemeindlichen Organen hat rechtliche Bedeutung auch nach außen, d.h. es kann sich ein Außenstehender, dem gegenüber der erste Bürgermeister gehandelt hat, darauf berufen, dass es an der Tätigkeit oder Mitwirkung des zuständigen Gemeinderates fehle und daher das gemeindliche Handeln ihm gegenüber fehlerhaft sei (so bereits VGH München, VGH n. F. 10, 64 [65 f.] mit Verweis auf das VGH München, VGH n.F. 8, 69 [72]).

1. Anwendbarkeit des Art. 46 BayVwVfG bei Fortsetzungsfeststellungsklage

Wegen der auch schon in der Zeit vor In-Kraft-Treten des Verwaltungsverfahrensgesetzes vertretenen Heilbarkeit fehlender Organkompetenz bei Erlass von Verwaltungsakten durch nachträgliche Beschlussfassung (VGH München, VGH n. F. 10, 64 [66]) ist dieser Mangel mit Blick auf die für Verwaltungsverfahren geltende Regelung des Art. 45 I Nr. 4 BayVwVfG als Verfahrensmangel anzusehen (Hözl/Hien/Huber, Art. 38 BayGO Anm. 2 b; Bauer/Böhle/Masson/Samper, Art. 38 BayGO Rdnr. 6; Widmann/Grasser, Art. 29 BayGO Rdnr. 25). Die fehlende Beschlussfassung des Stadtrates bzw. eines beschließenden Ausschusses lässt die Außenvertretungsmacht des Oberbürgermeisters (bzw. im Fall der Delegation der Verwaltung) als Wirksamkeitsvoraussetzung für den trotzdem erlassenen Verwaltungsakt unberührt. Sie missachtet aber beim Zustandekommen des Verwaltungsakts die Notwendigkeit einer Beteiligung des Beschlussorgans im Rahmen der innergemeindlichen Willensbildung. Die Erheblichkeit dieses Verfahrensfehlers bestimmt sich nach Art. 46 BayVwVfG. Diese Vorschrift ist auch im Rahmen der Sachprüfung eines Fortsetzungsfeststellungsantrags von Bedeutung, da die Rechtsschutzzone des § 113 I 4 VwGO nicht weiter reicht als die des zu Grunde liegenden Anfechtungs- oder Verpflichtungsantrags. Die Fortsetzungsfeststellungsklage soll nur der spezifischen Situation des Wegfalls der Beschwer bzw. der unmöglich gewordenen Erreichbarkeit des ursprünglich verfolgten Ziels Rechnung tragen, dem Kläger aber nicht mehr Rechtsschutz als im Falle des noch zulässigen Primäranspruchs verschaffen (J. Schmidt, in: Eyermann, VwGO, § 113 Rdnr. 109; a.A.

Kopp/Schenke, VwGO, § 113 Rdnr. 108 m.w. Nachw.).

2. Subsumtion

Das kann aber letztlich dahinstehen, da vorliegend die mangelnde Beteiligung eines Beschlussorgans auch bei Anwendung des Art. 46 BayVwVfG diesem Verfahrensfehler nicht die Bedeutung nimmt. Bei der Auswahlentscheidung als Ermessensverwaltungsakt zu Lasten der Kl. ist es mit Blick auf die Gestaltungsfreiheit der Gemeinde hinsichtlich der heranzuziehenden Auswahlkriterien und der selbst bei deren Anwendung in Teilbereichen verbleibenden Einschätzungsprärogative nicht offensichtlich, dass es bei Mitwirkung eines Beschlussorgans nicht zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre. Die in der Neufassung des Art. 46 BayVwVfG enthaltene Tatbestandsvoraussetzung der negativen Kausalität für den Ausschluss des kl. Kassationsanspruchs weist die Last des "non liquet" der Behörde zu und enthält eine widerlegbare Kausalitätsvermutung zu ihren Lasten. Für deren Widerlegung ist aber vorliegend nichts ersichtlich.

Durch den relevanten Verfahrensfehler werden die Kl. in ihrem durch Art. 12 GG fundierten subjektiv-öffentlichen Recht auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens verletzt. Auch wenn das ursprünglich (im Widerspruchsverfahren) verfolgte Verpflichtungsbegehren auf Zulassung zum Kiliani-Volksfest 1999 mangels Spruchreife nur zu einem Bescheidungsurteil (§ 113 V 2 VwGO) hätte führen können, hat der auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versagungsbescheids beschränkte Fortsetzungsfeststellungsantrag vollumfänglich Erfolg.

Standort: § 70 GewO

Problem: Vergabe von Stellflächen auf festgesetztem Markt

VGHMÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 09.01.2003
22 ZB02.2984 (NVWZ-RR 2003, 837)

Problemdarstellung:

Die vorliegende Entscheidung des VGH München ist im Zusammenhang mit dem vorstehenden Urteil zu lesen. Hier wie dort ging es um einen Zugangsanspruch zu einem Volksfest. In diesem Beschluss geht es jedoch um eine festgesetzte Veranstaltung nach §§ 69 ff. GewO. In diesem Fall verdrängt nach h.M. § 70 I GewO den Zugangsanspruch aus den Gemeindeordnungen. Der Hauptunterschied besteht darin, dass nach den Gemeindeordnungen grds. nur Einwohner der Gemeinde gebundene Zugangsansprüche haben (für Dritte bleibt dann nur willkürfreie Ermessensauswahl, vgl. auch dazu das vorstehende Urteil), während

§ 70 GewO für jedermann gilt, der zum Teilnehmerkreis der Veranstaltung (hier: Glühweinstand auf Weihnachtsmarkt) gehört. Hier wie dort wandelt sich der gebundene Zugangsanspruch jedoch auch in einen Anspruch (nur) auf ermessensfehlerfreie Auswahl unter den Bewerbern um, wenn die Kapazität erschöpft ist. Dies ist in § 70 III GewO ausdrücklich geregelt, während es sich aus den entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen i.d.R. nur mittelbar ergibt. Festzuhalten ist jedenfalls, dass beide Anspruchsgrundlagen nicht auf Erweiterung vorhandener Kapazitäten gehen, wie der VGH hier für § 70 I GewO noch einmal ausdrücklich betont.

Am Rande interessant sind die Ausführungen zur ordnungsgemäßen Begründung einer Ablehnungsentscheidung, die klarstellen, dass eine solche in jedem

Fall einzelfallbezogen sein muss und dass bei unzureichender Begründung eine Heilungsmöglichkeit nach § 45 I Nr. 2 VwVfG besteht.

Prüfungsrelevanz:

In einer Examensaufgabe, deren Gegenstand die Zulassung zu einem öffentlich-rechtlich ausgeprägten Volksfest ist, muss peinlich genau darauf geachtet werden, ob sich im Sachverhalt ein Hinweis darauf findet, dass die Veranstaltung festgesetzt ist. In diesem Fall sind die §§ 69 ff. GewO einschlägig, die i.Ü. neben den o.g. Rechten der potenziellen Beschicker noch weitere Rechte und Pflichten begründen, z.B. die Pflicht des Veranstalters zur Durchführung der Veranstaltung (§ 69 II GewO).

In prozessualer Hinsicht hält der VGH auch in diesem Fall eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO für ein vor Klageerhebung erledigtes Verpflichtungsbegehren auf Zugang zu der festgesetzten Veranstaltung für statthaft. Hierzu wurde bereits in dem vorstehenden Urteil ausführlich Stellung genommen.

Vertiefungshinweise:

- Vergabe von Stellplätzen auf öffentlichem Volksfest durch Private: *VG Augsburg*, NVwZ-RR 2001, 468; *VG Freiburg*, NVwZ-RR 2002, 139
- Vergabe von Stellplätzen als Geschäft der laufenden Verwaltung: *VGH München*, NVwZ-RR 2003, 771 (in diesem Heft)

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Kein Platz auf der Kirmes"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Aus § 70 I GewO kann kein Anspruch auf Erweiterung der bisherigen Kapazität eines festgesetzten Marktes hergeleitet werden.
2. Die Festlegung der Größe der einzelnen Verkaufsstände liegt grundsätzlich im gestalterischen Ermessen des Marktveranstalters. Die Grenze dieses Spielraums ist erst dort zu ziehen, wo Neubewerber auf längere Sicht faktisch ausgeschlossen werden.

Sachverhalt:

Die Kl. bewirbt sich seit Jahren erfolglos um die Zulassung zum Glühweinverkauf auf dem Christkindlesmarkt in Nürnberg. Ihre Fortsetzungsfeststellungsklage gegen den ablehnenden Bescheid für das Jahr 2001 wies das VG ab. Der Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ebenfalls ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Begründung der Ablehnungsentscheidung

Das VG ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. ihre verfahrensrechtliche Verpflichtung zur Begründung der Ablehnungsentscheidung (Art. 39 I BayVwVfG) durch das nach Bescheidserlass übermittelte erläuternde Schreiben vom 7.8.2001 nachträglich in ausreichender Form erfüllt hat (Art. 45 I Nr. 2, II BayVwVfG). Dabei handelte es sich entgegen der Darstellung in der Antragsbegründung nicht um ein bloßes "Standardschreiben", in dem auf die Eigenheiten des individuellen Falles nicht eingegangen würde. Im Schreiben vom 7.8.2001 wurde nicht bloß das allgemeine Vergabekonzept der Bekl. bei einem Überhang von Bewerbern für einen Standplatz auf dem Christkindlesmarkt erläutert, sondern darüber hinaus die konkrete Situation für die Anbietergruppe 2.2 („Glühwein- und Spirituosenausschank“) im Jahr 2001 dargelegt. Weiter wurde ausgeführt, dass die Kl. selbst bei Freiwerden eines dieser Verkaufsstände nicht zugelassen werden könnte, da sich einige der anderen Neubewerber bereits häufiger um die Marktzulassung beworben hätten. Mit diesen individuellen Erwägungen war den inhaltlichen Mindestanforderungen des Art. 39 I 2 und 3 BayVwVfG in jedem Falle ausreichend Genüge getan.

II. Keine Begründung der Nichtabhilfe des Widerspruchs

Die weiteren Ausführungen der Bekl. im Vorlageschreiben an die Regierung von Mittelfranken vom 29.11.2001 waren dagegen kein Teil der Begründung des ablehnenden (Ausgangs-)Bescheids; sie mussten der Kl. demzufolge auch nicht zusätzlich bekannt gegeben werden. In dem genannten Schreiben legte die Bekl. gegenüber der Widerspruchsbehörde den bisherigen Sachstand sowie die Gründe dar, derentwegen sie an der angegriffenen Entscheidung ungeachtet der erhobenen Einwände festhalten wollte. Diese Begründung der verwaltungsinternen Nichtabhilfeentscheidung musste der Widerspruchsführerin im damaligen Verfahrensstadium nach allgemeiner Auffassung nicht von Amts wegen zugänglich gemacht werden (vgl. Dolde, in: Schoch u.a., VwGO, § 72 Rdnr. 19 m.w.N.). [...]

B. Materielle Rechtmäßigkeit

Auch im Übrigen ist nicht erkennbar, dass die Bekl. bei der nach § 70 III GewO zu treffenden Ermessensentscheidung über die Vergabe der Standplätze für den Glühweinverkauf sachfremde oder unzureichende Erwägungen angestellt hätte.

I. "Tauschangebot" nicht bindend

Insbesondere war sie nicht verpflichtet, zu Gunsten der Kl. zu berücksichtigen, dass diese im Fall der Zulassung zum Glühweinverkauf bereit gewesen wäre, auf den ihr seit Jahren zugewiesenen Spielwarenstand (Anbietergruppe 2.6) zu verzichten. Auf einen derartigen Tausch musste sich die Bekl. nicht einlassen. Nach ihrem Marktkonzept, wie es auch in der amtlichen Bekanntmachung für das Jahr 2001 zum Ausdruck kommt, wird bei der Zulassung von Verkaufsständen nach genau festgelegten Anbietergruppen unterschieden, für die jeweils eine maximale Gesamtverkaufsfläche vorgesehen ist. Für jede Gruppe muss eine gesonderte Bewerbung eingereicht werden; hieran anknüpfend wird bei frei werdenden Plätzen maßgeblich auf die Anzahl der bislang erfolglosen Bewerbungen für die jeweilige Anbietergruppe abgestellt. Dieses System, das nach den vorliegenden Erfahrungen auch Neubewerbern die Chance bietet, im Laufe der Jahre zum Zuge zu kommen, wäre in Frage gestellt, wenn Stammbeschickern aus anderen Anbietergruppen, die etwa aus wirtschaftlichen Gründen in einen lukrativeren Verkaufszweig wechseln wollen, wegen ihrer Bereitschaft zur Aufgabe der bisherigen Zulassung ein bevorzugter Zugang eröffnet würde.

II. Keine Kapazitätserweiterung

Die Bekl. war auch nicht verpflichtet, die bestehende Zahl von Verkaufsständen für Glühwein etwa dadurch zu erhöhen, dass sich zwei oder mehrere Bewerber

jeweils einen der bisherigen Verkaufsplätze teilen müssten. Ein Anspruch auf Erweiterung der bisherigen Kapazität ergibt sich aus dem in § 70 I GewO normierten generellen Zulassungsanspruch nicht (Tettinger/Wank, GewO, § 70 Rdnr. 37 m.w.N.). Es muss daher grundsätzlich dem gestalterischen Ermessen des Marktveranstalters überlassen bleiben, neben den Standorten auch die Größe der einzelnen Verkaufsstände festzulegen und dadurch mittelbar über die Anzahl der jeweils möglichen Zulassungen zu entscheiden (vgl. VGH München, BayVBl 1991, 370). An rechtliche Grenzen stößt dieser Gestaltungsspielraum erst dort, wo die insgesamt verfügbare Verkaufsfläche ohne besonderen Grund auf so wenige Stände verteilt wird, dass Neubewerber selbst auf längere Sicht faktisch ausgeschlossen bleiben. Von einer solchen Situation kann jedoch im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Die auf dem Hauptmarkt zugelassenen Glühweinstände haben eine durchschnittliche Verkaufsfläche von nur ca. 4 lfdm und sind damit kaum mehr teilbar.

Bei einer Gesamtzahl von neun Ständen kann ein Wechsel unter den Betreibern durchaus stattfinden, wie sich aus der Neuzulassung von Bewerbern in den Jahren 1997 und 1999 ergibt. Auch für die Kl., die auf Grund ihrer langjährigen Bewerbung bereits den dritten Platz in der "Nachrückerliste" einnimmt, besteht demnach in absehbarer Zeit eine realistische Chance auf Zulassung zum Glühweinverkauf.

Standort: Polizeirecht**Problem: "Paintball"-Spiel**

VG DRESDEN, BESCHLUSS VOM 28.01.2003
14 K 2777/02 (NVWZ-RR 2003, 848)

Problemdarstellung:

Das VG Dresden hatte sich im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO mit der Rechtmäßigkeit einer Untersagungsverfügung gegen das sogen. "Paintball"-Spiel zu befassen, bei dem in Mannschaften organisierte Spieler mit Farbkugeln aufeinander schießen, um ein Spielziel, z.B. die Eroberung der gegnerischen Flagge, zu erreichen (zur genauen Beschreibung der Spielregeln sei auf den Sachverhalt verwiesen). Die ganz h.M. in der Rspr. und Lit. hält diese und vergleichbare Spielvarianten wie "Gotcha", "Laserdrome" usw. für ordnungswidrig und damit unzulässig, wobei in aller Regel das Schutzgut der "öffentlichen Ordnung" als verletzt angesehen wird. Das VG definiert und subsumiert geradezu lehrbuchhaft, wobei es i.E. zu dem abweichenden Ergebnis gelangt, dass die öffentliche Ordnung nicht gefährdet sei,

weil es an einer gegenwärtigen Gefahr fehle. Die abstrakte Möglichkeit, dass das Paintball-Spiel verrohend wirken, die Grenzen zwischen Spiel und Realität bei einigen Spielern verwischen oder die Menschenwürde gefährden könne, begründe allenfalls einen "Gefahrenverdacht", der polizei- und ordnungsrechtlich aber gerade nicht ausreiche, um endgültige Maßnahmen wie eine Untersagungsverfügung zu rechtfertigen. Im Übrigen neigt das Gericht zu der Auffassung, dass auch das spielerisch simulierte Töten bzw. Verletzen von Menschen gesellschaftlich so etabliert ist (bspw. durch Kampfsportarten, Computerspiele usw.), dass von einem Verstoß gegen einen allgemeinen Wertekonsens und damit gegen die öffentliche Ordnung nicht gesprochen werden kann.

Prüfungsrelevanz:

Ein Fall wie dieser lässt sich beinahe ohne Änderungen in eine Examensklausur übernehmen. Die Frage nach der Zulässigkeit von Spielveranstaltungen der

genannten Art ist zudem äußerst aktuell, wie weitere Entscheidungen zu diesem Thema beweisen (siehe Vertiefungshinweise).

Angemerkt sei, dass die ganz h.M. nach wie vor ein Verbot befürwortet, das VG also die m.M. vertritt. Bereits in RA 2002, 359 (Urteil in Fallstruktur) wurde jedoch der Beschluss des BVerwG vom 24.10.2001 (NVwZ 2002, 598) behandelt, mit dem das BVerwG dem EuGH die Frage vorgelegt hat, ob ein Laserdrome-Verbot in Deutschland gegen Grundfreiheiten des Gewerbetreibenden nach dem EG-Vertrag verstößt, weil solche Spiele in anderen Mitgliedsstaaten für zulässig gehalten werden. Diese europarechtliche Komponente schwebt wie ein Damoklesschwert über der ein Verbot befürwortenden h.M. und könnte bei einer entsprechenden Entscheidung des EuGH zu einer Neubewertung jedenfalls für die Fälle führen, in denen ein Grenzübertritt und damit ein europarechtlicher Einschlag vorliegt (also z.B. eine ausländische Muttergesellschaft in Deutschland einen Laserdrome eröffnen will). Sollte es so kommen, müsste aber auch die Frage gestellt werden, ob man dann nationalen Anbietern weiterhin das verbieten kann, was europäischen Mitbewerbern erlaubt werden muss.

Vertiefungshinweise:

□ Weitere "Laserdrome"-Fälle: *OVG Münster*, RA 2001, 163 = NWVBl 2001, 94; NWVBl. 1995, 473; *OVG Koblenz*, NVwZ-RR 1995, 30; *Haurand*, JA 1995, 196

□ Zur europarechtlichen Komponente der "Laserdrome"-Fälle: *Szczekalla*, JA 2002, 996

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Laserdrome"

Leitsätze:

1. Die Gefahr einer Menschenwürdeverletzung ist nur dann gegeben, wenn aktuell ein Verhalten droht, durch das die Subjektqualität eines Menschen prinzipiell in Frage gestellt wird oder in dem im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung der menschlichen Würde liegt. Für eine Verschiebung der Schutzwelle von dem konkret drohenden Eingriff zum Bestehen eines Gefahrenpotenzials gibt es keine Rechtfertigung. Bietet das fragliche Verhalten nur Anlass zur Sorge, dass es späteren entwürdigenden Behandlungen von Menschen Vorschub leisten kann oder sich die allgemeinen Wertvorstellungen oder das Verhalten in der Gesellschaft nachteilig ändern, liegt keine Verletzung der Menschenwürde vor.

2. Ein "spielerischer Tabubruch" ist an der grund-

gesetzlichen Werteordnung zu messen, wenn durch das Spiel eine schlechthin geächtete Emotion erzeugt werden soll oder wenn der Spielende die Grenze zwischen "Spielwelt" und "Alltagswelt" übertritt (hier verneint).

3. Ein gesellschaftlicher Wertekonsens gegen die spielerische Simulation von Tötungs- und Verletzungshandlungen ist weder empirisch belegt, noch lässt die öffentliche Bewertung anderer Spiele mit ähnlichen Spielinhalten einen Rückschluss auf das Bestehen einer solchen allgemein herrschenden Auffassung zu.

Sachverhalt:

Die Ast. begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Ordnungsverfügung, mit der ihr untersagt wurde, in ihren Räumlichkeiten Paintball-Spiele zu gestatten. Die Ast. betreibt eine Freizeit- und Sporthalle in B. auf einem ehemaligen Industriegelände. Mit der Anlage zum Bauantrag wies die Ast. darauf hin, dass in der Freizeit- und Sporthalle die Ausübung der Sportarten Speedball, Paintball und Sub-Air erfolgen solle. Hierbei handelt es sich nach dem Liga-Regelwerk "Deutsches Paintball" u.a. des Deutschen Paintball Verbandes um Mannschaftsspiele, die zwischen jeweils zwei Mannschaften ausgetragen werden. Die Spieler sind mit Gasdruckpistolen – so genannten Markierern – ausgerüstet. Als Munition dienen mit Farbflüssigkeit gefüllte Gelatinekügel (paintball). Die Spielhandlung besteht in Kampf der Mannschaften um eine bzw. zwei Flaggen, die es zu erobern (Flagge reißen) und in die eigene oder gegnerische Startposition zu bringen gilt (Flagge legen). Ein Mittel hierfür ist das Ausschalten gegnerischer Mitspieler durch deren Markierung, d.h. durch das Treffen des Spielers mit einem paintball. Ziel des Spieles ist das Erreichen des höchsten Punktestandes, wobei die höchsten Punktzahlen von 25 und 50 Punkten für das Reißen und Legen der Flagge vergeben werden. Für das Markieren eines gegnerischen Spielers erhält eine Mannschaft demgegenüber 5 Punkte.

Unter der Bezeichnung "Speedball" wird nach Angaben der Ast. eine Spielvariante mit verkürzter Spieldauer verstanden, bei der anstatt der üblichen 4 Spielteilnehmer nur zwei Spielteilnehmer pro Mannschaft zum Einsatz kommen. ", "Sub-Air" bezeichnen demgegenüber einen Spielmodus, bei dem genormte Hindernisse in Form von aufgeblasenen Kegeln, Pyramiden, etc. zum Einsatz kämen. Die Ag. wies die Ast. vorab auf ordnungsrechtliche Bedenken hinsichtlich des unternehmerischen Betriebes einer Paintball-Anlage hin. Mit Bescheid vom 26.11.2002 untersagte die Ag. der Ast., im Grundstück X. auf allen Flächen und in allen Räumen, die sich in ihrer Verfügungsbefugnis

befinden, Gelegenheit dafür zu bieten, dass mit Waffen oder Schussgeräten Farbmarkierungskugeln auf Menschen geschossen werden (Nr. 1) und ordnete den sofortigen Vollzug dieser Verfügung an (Nr. 2). Dem hiergegen gerichteten Eilantrag gab das VG unter Auflagen statt.

Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag ist begründet. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Ast. gegen die für sofort vollziehbar erklärte Untersagungsverfügung war gem. 80 V 1 Alt. 2 VwGO unter Anordnung von Auflagen gem. Satz 4 dieser Bestimmung wiederherzustellen.

A. Formelle Rechtmäßigkeit der Vollziehungsanordnung

Zwar genügt die Anordnung des Sofortvollzugs den formellen gesetzlichen Anforderungen; sie konnte als Regelung ohne Verwaltungsaktqualität ohne Anhörung gem. § 1 SächsVwVfG i.V. mit § 28 I VwVfG erlassen werden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 80 Rdnr. 82 m.w.N.), und wurde auch ordnungsgemäß begründet (§ 80 III VwGO). Die Ag. hat mit dem Hinweis auf die Vorbild- und Werbefunktion der fraglichen Anlage einzelfallbezogen dargelegt, auf Grund welcher Umstände sie von einem besonderen öffentlichen Interesse an einem Wegfall der aufschiebenden Wirkung ausgeht. Ob die angeführte Begründung inhaltlich richtig und sachlich tragfähig ist, ist dagegen für die Erfüllung der formellen Anforderungen nicht von Belang.

B. Interessenabwägung

Die Abwägung des Interesses der Ast., zunächst von den Wirkungen des bekämpften Verwaltungsaktes verschont zu bleiben, gegenüber dem öffentlichen Interesse an seinem Vollzug ergibt allerdings hier nach Auffassung der Kammer ein Überwiegen des Suspensivinteresses.

I. Abwägungskriterien

Bei der hierbei zu treffenden Ermessensentscheidung kommt den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache grundlegende Bedeutung zu, soweit diese bereits überschaubar sind. Diese Erfolgsaussichten sind summarisch zu prüfen; weder können im Rahmen eines Eilverfahrens schwierige Rechtsfragen abschließend geklärt werden noch können aufwendige Beweiserhebungen erfolgen. Lässt sich danach kein hinreichender Grad an Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen oder eine voraussichtliche Niederlage in der Hauptsache feststellen, sind bei der Abwägung das Gewicht der zu besorgenden Folgen eines Vollzuges ebenso

wie die Dringlichkeit des behördlichen Einschreitens besonders zu beachten. Die Schwere der Auswirkungen des Vollzugs eines sich nachträglich als rechtswidrig erweisenden Verwaltungsaktes für den Betroffenen sind dem Ausmaß der zu befürchtenden Beeinträchtigung öffentlicher Belange gegenüberzustellen, wenn die Wirksamkeit der Regelung suspendiert, deren Rechtmäßigkeit im Hauptsacheverfahren aber festgestellt wird. Gemessen an diesem Maßstab überwiegt hier das Aussetzungsinteresse der Ast., denn bei summarischer Prüfung spricht nach dem derzeitigen Erkenntnisstand viel dafür, dass der angegriffene Verwaltungsakt im Hauptsacheverfahren aufzuheben sein wird; zudem besteht bei Vollziehung der Untersagungsverfügung die Gefahr einer erheblichen, irreparablen Grundrechtsverletzung der Ast., während dem öffentlichen Interesse durch die Anordnung von Auflagen hinreichend Rechnung getragen werden kann.

1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache

a. Ermächtigungsgrundlage

Die gesetzliche Grundlage für den Erlass der Untersagungsverfügung bildet § 3 I Alt. 2 SächsPolG. Nach dieser Alternative der polizeilichen Generalklausel kann die Polizei innerhalb der durch das Recht gesetzten Schranken die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine in einzelnen Fällen bestehende Gefahr für die öffentliche Ordnung abzuwehren.

aa. Anwendbarkeit

Diese allgemeine polizeirechtliche Befugnisnorm wird nicht durch eine speziellere gewerberechtliche Eingriffsermächtigung verdrängt, noch wird deren Anwendbarkeit durch sonstige Rechtsvorschriften ausgeschlossen. Insbesondere ist der Ag. die Heranziehung der polizeilichen Generalklausel hier nicht deshalb verwehrt, weil sie mit ihrer Untersagungsverfügung regelnd in die durch Art. 12 I i.V. mit Art. 19 III GG und Art. 28 I i.V. mit Art. 37 III SächsVerf. grundrechtlich geschützte Berufsausübung der Ast. eingreift. Zwar ist grundsätzlich für eine behördliche Berufsausübungsregelung eine spezielle Ermächtigungsgrundlage erforderlich (grundlegend BVerwGE 10, 164; ebenso BVerwGE 115, 189).

(1). Generalklausel als Berufsausübungsschranke

Der Regelungsvorbehalt des Art. 12 GG richtet sich an den Gesetzgeber, der fachlich orientierte Gesetze entsprechend der Belange der jeweils berührten Lebensbereiche treffen muss. Doch behält auch die polizeiliche Generalklausel trotz ihres weiten Geltungsbereiches den Charakter einer Berufsausübungsregelung i.S. von Art. 12 I GG. Ihre Anwendung ist jedoch auf

die Einzelfälle beschränkt, in denen wegen der unvorhersehbaren Vielgestaltigkeit aller Lebensbereiche die Fachgesetze für den Sachverhalt trotz Beachtung der vernünftigerweise zu erwartenden Präzision keine Regelung treffen, die Generalklausel diesen Einzelfall aber hinreichend klar erfasst.

(2). Kein Spezialgesetz erforderlich

Davon kann nicht mehr ausgegangen werden, wenn die Beurteilung einer neuen Form der Berufstätigkeit von einer verwickelten, in den Bereich der Weltanschauungen hineinreichenden, abwägenden Wertung einer Mehrzahl verschiedener Schutzinteressen abhängt (BVerwGE 10, 164; 115, 189). Dem Gesetzgeber ist zudem vor Erlass einer fachgesetzlichen Berufsregelung ein angemessener Zeitraum zuzubilligen, in dem er die Entwicklung und die wirtschaftlichen, sozialen, ökologischen und gesellschaftlichen Wirkungen einer neuen Berufstätigkeit beobachten kann (BVerwGE 10, 164; 115, 189). Nach alledem ist hier nach Auffassung der Kammer eine spezielle Ermächtigungsgrundlage für die Untersagung des gewerblichen Gelegenheits-Bietens für Paintball-Spiele noch nicht erforderlich. Zwar mag das Paintball-Spiel selbst mittlerweile in der Bundesrepublik auf Vereinsebene eine nicht mehr zu vernachlässigende Verbreitung gefunden haben, das gewerbliche Anbieten von Spielmöglichkeiten erfolgt jedoch ersichtlich nur in wenigen Einzelfällen. Die Ast. selbst benennt zwei weitere Einrichtungen, die dem Anschein nach gewerblich betrieben werden. Weitere Objekte sind auch dem Gericht nicht bekannt. Da normative Vorgaben für die Berufsausübung jedoch gerade auch das Gefahrenpotenzial erfassen sollen, das nicht nur der Tätigkeit als solcher, sondern ihrem beruflichen Kontext entspringt – etwa dem unbestimmten Nutzerkreis, der Orientierung auf Gewinnerzielung –, kommt es für die Frage der Regelungsbedürftigkeit dieses Lebenssachverhaltes entscheidend auf den Grad der Verbreitung entsprechender gewerblicher Tätigkeiten an.

bb. Umfang

Allerdings kann auch während dieses demnach dem Gesetzgeber noch zuzubilligenden Zeitraums der Sammlung von Erfahrungen die allgemeine polizeirechtliche Generalklausel nicht einschränkungslos als Grundlage für Berufsregelungen herangezogen werden. Denn es liegt auf der Hand, dass diese "Beobachtungsphase" von den – eigentlich nicht zu grundlegenden Entscheidungen berufenen – Ordnungsbehörden nicht dazu genutzt werden darf, unter Anwendung des Polizeirechts von vornherein die Etablierung einer neuen Form der Berufsausübung nachhaltig zu vereiteln und damit jegliche Beobachtungen des Gesetz-

gebers überflüssig zu machen. Diese Gefahr ist insbesondere dann gegeben, wenn die fragliche Tätigkeit – wie hier – gewerblich nur mit erheblichem investiven Aufwand betrieben werden kann und die ordnungsbehördliche Regelung das Unternehmen typischerweise in seiner Kerntätigkeit und nicht nur in Nebenaspekten des ertragbringenden unternehmerischen Handelns trifft. Dies erscheint zwar hinnehmbar für sich neu entwickelnde gewerbliche Tätigkeiten, die fraglos und eindeutig eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen, ohne dass demgegenüber schutzwürdige Interessen von Gewicht für die Ausübung dieser Tätigkeit streiten. Zweifellos muss die Etablierung einer derartigen unnötig gefährbringenden Unternehmung nicht erst abgewartet werden, wenn die Unverhältnismäßigkeit der entstehenden Gefahr für die Allgemeinheit gegenüber dem Fehlen anderer Schutzinteressen von Gewicht von vornherein klar zu Tage tritt. Der gleichwohl bestehenden Gefahr der Umgehung des spezialgesetzlichen Vorbehalts muss allerdings nach Auffassung der Kammer dadurch begegnet werden, dass besonders sorgfältig geprüft wird, ob die untersagte Handlung im Einzelfall mit der zu fordernden Eindeutigkeit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt und ob das Ausmaß der Gefahr den Umfang des Eingriffs in die Berufsausübung rechtfertigt.

cc. Bestimmtheit

Hinsichtlich der verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmtheit der danach anwendbaren polizeilichen Generalermächtigung bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Die zu den Tatbestandsmerkmalen zählenden unbestimmten Rechtsbegriffe der öffentlichen Sicherheit und öffentlichen Ordnung sind durch Rechtsprechung und Rechtslehre nach ihrem Inhalt und Zweck und Ausmaß der Ermächtigung hinreichend konkretisiert worden (vgl. hierzu BVerfGE 54, 143), so dass ihr Bedeutungsgehalt geklärt ist.

dd. Legalisierungswirkung der Baugenehmigung

Dem ordnungsbehördlichen Einschreiten steht auch die Legalisierungswirkung der für die Nutzungsänderung gem. § 70 SächsBauO erteilten Baugenehmigung nicht entgegen, da sich diese Genehmigung nur mit der Zulässigkeit der Nutzung als Freizeit- und Sporthalle befasst, aber keine abschließende Entscheidung über die ordnungsrechtliche Zulässigkeit der konkret angebotenen Spielform trifft.

b. Tatbestand

Die Kammer geht nach summarischer Prüfung jedoch davon aus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der Untersagungsverfügung aller Voraussicht nach

nicht erfüllt sind. [...] Eine Gefahr für die öffentliche Ordnung gem. § 3 I SächsPolG besteht mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht.

aa. Öffentliche Ordnung

(1). Definition

Das in das sächsische Polizeirecht entgegen grundsätzlicher Bedenken (vgl. hierzu Lisken/Denninger, Hdb. des PolizeiR, 2. Aufl., "E. Polizeiaufgaben", Rdnr. 25) aufgenommene Schutzgut der öffentlichen Ordnung umfasst die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beobachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird (PrOVGE 91, 139 f.). Hierzu zählen nach herrschender Auffassung insbesondere diejenigen Wertmaßstäbe, die ihren Niederschlag in der Wertordnung des Grundgesetzes gefunden haben (OVG Münster, GewArch 2001, 71), wie die Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Denn die in der Verfassung fixierten Wertvorstellungen spiegeln die Gesamtheit der sozial-ethischen Werte wieder, die die verfassungsgebende Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt ihrer Entwicklung erreicht hat (OVG Münster, GewArch 2001, 71). Die Bestimmung des aus diesen Wertmaßstäben im Einzelfall ableitbaren konkreten sozialethischen Gebotes, dem § 3 I Alt. 2 SächsPolG polizeirechtlich zur Durchsetzung verhelfen soll, darf daher nicht unabhängig von den derzeit gültigen Anschauungen der Gesellschaft erfolgen, was maßgebliche unerlässliche Ordnungsvoraussetzungen der Rechtsgemeinschaft sind (vgl. OVG Münster, GewArch 2001, 71).

(2). Subsumtion

Nach Auffassung der Kammer kann derzeit nicht sicher davon ausgegangen werden, dass die Spielhandlungen des Paintball-Spiels, zu dem die Ast. Gelegenheit bietet, gegen die Menschenwürde gem. Art. 1 I GG verstoßen. Auch eine öffentliche Abkehr von anderen Wertentscheidungen des Grundgesetzes oder ein Nichtbeachten eines sonst allgemein anerkannten Wertekonsens liegt nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit vor.

(a). Menschenwürde

(aa). Definition

Die Würde des Menschen ist der oberste Wert des Grundgesetzes (BVerfGE 32, 98 [108]; 50, 166 [175]; 95, 36); sie ist tragendes Konstitutionsprinzip der Verfassung (BVerfGE 87, 209 [228]; 96, 375 [398]) mit

Ausstrahlungswirkung auf die Auslegung der Grundrechte ebenso wie für die Anwendung einfachgesetzlichen Rechts. Ungeachtet der Schwierigkeiten bei der Bestimmung des begrifflichen Inhalts der Menschenwürde (vgl. hierzu die Darstellung von Dreier, GG I, Art. 1 Rdnr. 36), besteht in Rechtsprechung und Rechtslehre weitgehend Übereinstimmung darin, dass dem Menschen in seiner Freiheit ein jeglichem geschaffenen Recht vorausliegender Eigenwert zukommt (Maunz/Dürig, Art. 1 Rdnr. 18), weil er eine mit der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung begabte Persönlichkeit ist (Leibholz/Rinck/Hesselberger, GG, Art. 1 Rdnr. 2). Dem Menschen kommt in der Gemeinschaft ein sozialer Wert- und Achtungsanspruch zu, er darf daher nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden (BVerfGE 45, 228; 87, 228). Zu der geschützten Würde des Menschen in seiner Individualität gehört, dass der Mensch es in der Hand hat, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten und über sich selbst zu verfügen. (BVerfGE 49, 298). Art. 1 I GG wendet sich mit seinem über die Grundrechte vermittelten Abwehrgehalt zwar unmittelbar nur an staatliche Organe, er verpflichtet den Staat allerdings auch zum Schutz der Menschenwürde vor Angriffen Dritter. Wann die Würde eines Menschen, sei es des Individuums oder des Gattungswesens, verletzt ist, lässt sich nicht allgemeingültig feststellen (Leibholz/Rinck/Hesselberger, GG, Art. 1 Rdnr. 10). Grundsätzlich setzt eine Verletzung jedoch voraus, dass ein Mensch einer spezifischen Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt oder in der im konkreten Fall eine willkürliche Missachtung seiner Würde liegt (BVerfGE 30, 25).

(bb). Gegenwärtige Betroffenheit erforderlich

Die so geartete Behandlung muss nach Auffassung der Kammer aktuell erfolgen; eine Verletzung der Menschenwürde kann daher nicht bereits dann angenommen werden, wenn das fragliche Verhalten als solches zwar keine entwürdigende Behandlung eines anderen Menschen darstellt, aber das Gefahrenpotenzial in sich birgt, eine ethische Haltung zu erzeugen oder zu verstärken, die den Eigenwert des Menschen leugnet, wenn also nur Anlass zur Sorge besteht, dass das derzeitige Verhalten späteren entwürdigenden Behandlungen von Menschen Vorschub leisten kann oder sich die allgemeinen Wertvorstellungen oder das Verhalten in der Gesellschaft nachteilig ändern (so aber BVerfGE 10, 164). Würde man die durch das polizeiliche Eingreifen zu unterbindende Verletzung der Menschenwürde bereits bei einer vermuteten Veränderung sittlich-ethischer Einstellungen annehmen, so würde ohne Berechtigung ein bloßer Gefahrenverdacht mit einer bereits eingetretenen oder konkret bevorste-

henden Rechtsgutsverletzung gleichgestellt.

(cc). Subsumtion

Der Erlass der Ordnungsverfügung durch die Ag. beruht auf einer derartigen Gleichstellung, denn ein konkreter Wirkungszusammenhang zwischen der Ausbildung violenter Persönlichkeiten und dem Konsum von Gewaltdarstellungen bzw. der spielerischen Ausübung von Gewalt konnte bislang, soweit dem Gericht ersichtlich, durch Untersuchungen nicht belegt werden (so auch BVerwG 10, 164; 115, 189). Eine Rechtfertigung für eine derart weitgehende Vorverlagerung der Schutzwelle von der konkreten Verletzung und Gefährdung der Würde eines Menschen zu der Abwehr eines nicht hinreichend erforschten und in seiner Allgemeinheit kaum benennbaren Gefahrenpotenzials besteht nicht. Sie kann insbesondere nicht in der grundlegenden Bedeutung des Schutzgutes der Menschenwürde gesehen werden, weil mit diesem Argument eine Beschränkung des polizeilichen Tätigwerdens ausschließlich im vorliegenden Bereich der gewerblichen Zurverfügungstellung einer Spielmöglichkeit nicht begründet werden kann. Denn liegt der entscheidende Vorwurf in dem Erzeugen oder Verstärken einer Einstellung, die den fundamentalen Wert- und Achtungsanspruch leugnet, der jedem Menschen zukommt, weil dem in Rede stehenden Verhalten die Tendenz zur Bejahung oder Bagatellisierung der Gewalt innewohnt, ist ein akzeptabler Grund für eine Untätigkeit der Polizeibehörden in anderen Bereichen nicht ersichtlich. So müsste jegliches Handeln in der Öffentlichkeit oder auch im Privatbereich, das im Verdacht steht, im oben geschilderten Sinne die ethische Integrität einer Person nachteilig zu beeinflussen, durch den Staat auf Grund seiner Schutzpflicht für die Menschenwürde verhindert werden. (erwähnt seien hier nur beispielhaft Gewaltdarstellungen in Film und Fernsehen, reißerische Presseberichte über Gewalttaten, Gewalt in den Familien, gewaltverherrlichende Aspekte bei einzelnen Religionen).

Jegliche durch das staatliche Einschreiten beeinträchtigte Grundrechte würden angesichts der überragenden Bedeutung der verletzten Menschenwürde ohne weiteres zurücktreten. Welche Folgen dies etwa für die Meinungs-, Presse-, Rundfunk-, Kunst- und Religionsfreiheit und damit für konstituierende Grundrechte der freiheitlich-demokratischen Grundordnung hätte, liegt auf der Hand.

(dd). Kein Widerspruch zur Rspr. des BVerfG

Ein so verstandenes Schutzgebot lässt sich auch nicht auf die Ausführungen des BVerfG in seinem Beschluss vom 20. 10. 1992 (BVerfGE 87, 209 [228] = NJW 1993, 1457) stützen. Diese Entscheidung befasst

sich nicht unmittelbar mit dem Gehalt des verfassungsrechtlichen Menschenwürdebegriffs. Gegenstand des Beschlusses ist vielmehr die Auslegung des Tatbestandsmerkmals "in einer die Menschenwürde verletzenden Weise" des Straftatbestandes des § 131 I StGB. Das Ergebnis dieser Auslegung, wie es in dem Beschluss wiedergegeben wurde, ist mithin zunächst ein einfachgesetzlicher Begriff der Verletzung der Menschenwürde, wie er sich neben der verfassungsrechtlichen Vorprägung auch aus dem normativen Kontext und den Motiven des Gesetzgebers ergibt. Nach Auffassung der Kammer spricht hier viel dafür, dass diese einfachgesetzliche Systematik die Gleichsetzung der Verletzung der Menschenwürde mit dem Bestehen eines Gefahrenpotenzials bedingt, da die Strafvorschrift selbst nicht nur der Verhinderung von Menschenwürdeverletzungen im verfassungsrechtlichen Sinne, sondern auch das der Sanktionierung eines sittlich-ethisch (nur) risikobehafteten Verhaltens dient. Dies macht das BVerfG deutlich, wenn es zunächst auf die Anknüpfung des Gesetzes an den Gehalt von Art. 1 I GG hinweist und sodann zwischen Fällen unterscheidet, in denen (bereits) durch die filmische Darstellung Personen in ihrer Würde verletzt werden und Fällen, in denen sich aus Wortlaut und systematischen Zusammenhang dieses Straftatbestandes ein weitergehender Bedeutungsgehalt des Tatbestandsmerkmals im Hinblick auf das Drohen einer sittlichen Verrohung ergibt. Eine Verallgemeinerung des so gewonnenen Begriffsverständnisses der Menschenwürdeverletzung für die hier in Rede stehende "öffentliche Ordnung" oder eine Übertragung auf den ebenfalls nicht in einem vergleichbaren rechtlichen Rahmen eingebetteten verfassungsrechtlichen Menschenwürdebegriff kann angesichts dieser Genese des Auslegungsergebnisses nicht ohne weiteres erfolgen.

Da bei summarischer Prüfung nach Auffassung der Kammer das Ergebnis der verfassungsgerichtlichen Begriffsbestimmung weniger durch den allgemeinen Gehalt der Menschenwürdegarantie und mehr durch das besondere Wesen des Straftatbestandes beeinflusst worden zu sein scheint, geht die Kammer nicht von einer Anwendbarkeit der vorgenannten Maßstäbe für eine Menschenwürdeverletzung im polizeirechtlichen Kontext aus. Denn eine solche Schutzguterstreckung auf die Abwehr von Risiken ist dem sächsischen Polizeirecht systemfremd, da das Landesrecht grundsätzlich nur ein Einschreiten bei Vorliegen einer Gefahr gestattet. Besteht dagegen – wie hier – lediglich ein Gefahrenverdacht, so ist allenfalls ein so genannter "Gefahrerforschungseingriff" zulässig, im Rahmen dessen in erster Linie Aufklärungs- und Sicherungsmaßnahmen ergriffen werden dürfen, die nur in Extremfällen endgültigen Charakter haben können. Die

sich danach allein noch stellende Frage, ob im Rahmen des Paintball-Spiels Personen einer entwürdigenden Behandlung ausgesetzt werden, ist bei summarischer Prüfung zu verneinen. Durch die Simulation von Gewalt im Rahmen eines Mannschaftsspiels wird erkennbar weder der personale Eigenwert eines Mitspielers gezeugnet, noch wird er zum Objekt des Handelns herabgewürdigt (so auch BVerwGE 10, 164; 115, 189).

(b). Leib und Leben

Der von der Ag. beanstandeten Spielhandlung, dem Schießen mit Farbmarkierungskugeln auf Menschen, stehen auch sonst nicht mit der erforderlichen Klarheit Wertmaßstäbe des Grundgesetzes wie das Recht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 II GG) entgegen (a.A. VGH München, BayVBl 2001, 689; OVG Münster, GewArch 2001, 71; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, 30). Ein Verstoß gegen Werte von Verfassungsrang liegt im Regelfall nur vor, wenn das den Wert konstituierende Rechtsgut tatsächlich verletzt oder ein aus der Verfassung fließendes sozialetisches oder rechtliches Gebot tatsächlich missachtet bzw. ihm öffentlich der Anspruch auf Geltung abgesprochen wird.

(aa). Trennung zwischen Spiel und Realität

Dagegen kann von einem Verstoß nicht ohne weiteres gesprochen werden, wenn ein solches Verhalten nur simuliert wird. Dies gilt insbesondere für die im Rahmen eines Spieles erfolgende Simulation von Wertverstößen. Dem Spiel wird grundsätzlich eine hohe kulturelle Bedeutung sowie ein starker Einfluss auf die Entwicklung des Einzelnen und seine Fähigkeit zur Interaktion in der Gesellschaft beigemessen (Gebauer/Wulf: Spiel Ritual Geste – Mimetisches Handeln in der sozialen Welt, Reinbek 1998, S. 191 ff. m.w.N.). Eine Betrachtungsweise, die den Sinn von Spielen auf das Verschaffen von Unterhaltung und Vergnügen reduziert, wird deren mehrschichtiger Wirkungsweise nicht gerecht [wird ausgeführt]. Angesichts dessen kann von einem Verstoß gegen Verfassungswerte auf der "Wirklichkeitsebene" durch ein Spiel grundsätzlich nicht ausgegangen werden, solange die im Rahmen der Spielhandlung tatsächlich erfolgende oder simulierte Übertretung sozialer Regeln und Konventionen nur mit "spielerischem Ernst" erfolgt und die Handlung ihrem von den Akteuren bestimmten Sinngehalt nach gerade ohne Folgen für die parallele Alltagswelt bleiben soll.

(bb). Grenzen

Ein anderes gilt allerdings dann, wenn durch das Spiel Emotionen erzeugt werden sollen, die in einer wertegebundenen Gesellschaft schlechthin geächtet sind – zu denken wäre dabei etwa an Folterspiele. An der

Werteordnung messen lassen muss sich spielerisches Verhalten zudem auch dann, wenn es den Rahmen der "Metaebene" überschreitet und in die Alltagswelt eintritt. Dies erscheint denkbar, wenn der spielerische Rahmen von einzelnen Mitspielern verlassen wird, indem der allgemeine Konsens über die Regeln des Spiels verletzt wird. Desgleichen ist es möglich, dass sich ein "Spiel" von vornherein nicht nur auf der "Metaebene" der "Spielwelt" bewegt, weil es darauf angelegt ist, auch unmittelbar in der Alltagswelt Folgen zu erzeugen, etwa durch gezielte Provokation und Einbeziehung der Umwelt. Schließlich kommt eine Rahmenüberschreitung auch für den Fall in Betracht, in dem die Grenzen zwischen "Metaebene" und Alltagswelt für den Spieler verschwinden, weil er nicht mehr in der Lage ist, zwischen beidem zu differenzieren. Insofern kann der Grad der Realitätsnähe eines Spielszenarios von Bedeutung sein.

(cc). Subsumtion

Gemessen an diesem Maßstab lässt sich hier ein Verstoß gegen die Werteordnung des Grundgesetzes nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht feststellen. Die Spielhandlung des Paintball-Spiels enthält keine Elemente, die nach Auffassung der Kammer schlechthin als nach den geltenden Wertmaßstäben geächtet anzusehen sind. Die spielerische Simulation des "Ausschaltens" eines Menschen und damit implizit des Verletzens und Tötens dieser Person kann hierzu nicht gezählt werden; dieses Spielelement ist weit verbreitet und kehrt in einer Vielzahl von Variationen in Mannschaftsspielen, Computerspielen und Sportarten wie Fechten, Boxen und Karate wieder. Ein Verschwimmen der Rahmenziehung zwischen Spielwelt und Alltagswelt ist hier nach den bislang bekannten Tatsachen ebenfalls nicht zu befürchten. Das Spielfeld, wie es sich nach den dem Gericht vorliegenden Fotografien darstellt, weist keine starke Ähnlichkeit mit realen Kampffeldern auf. Vielmehr werden zum Teil sogar aufgeblasene, bunte Stoffkörper als Hindernis verwendet. Allein der Umstand, dass Gegenspieler und damit Zielobjekt reale Personen sind, bewirkt nicht einen derartigen Zuwachs an Naturtreue, dass dieses Spiel in Abgrenzung z.B. zu Computerspielen, die hinsichtlich des Spielszenarios regelmäßig weit detailgetreuer sind, eine neue Qualität von Realismus aufweisen würde. [...]

bb. Öffentliche Sicherheit

Infolgedessen ist auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit gem. § 3 I Alt. 1 SächsPolG aller Voraussicht nach nicht gegeben. Allein in Betracht zu ziehen ist insoweit die Gefahr eines Verstoßes gegen die Rechtsordnung durch Begehung einer Belästigung der

Allgemeinheit nach § 118 OWiG. Da dieser Ordnungswidrigkeitstatbestand jedoch mit der Tat handlung der grob ungehörigen Handlung gleichfalls auf einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung rekurriert, sind seine Voraussetzungen nach dem oben Gesagten mutmaßlich ebenso wenig erfüllt.

c. Rechtsfolge

Die Kammer weist im Übrigen darauf hin, dass von einer Rechtswidrigkeit der Untersagungsverfügung selbst dann auszugehen wäre, wenn man einen klar zu Tage tretenden Verstoß der Spielhandlung gegen die grundgesetzliche Werteordnung oder in der Gesellschaft allgemein anerkannte Werte bejahen wollte. Die Ag. hätte in diesem Fall jedenfalls ihr Einschreitensermessen fehlerhaft i.S. von § 114 S. 1 VwGO ausgeübt, denn sie hat zu Lasten der Ast. das geschützte öffentliche Interesse in seiner Bedeutung evident verkannt (Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 114 Rdnr. 13 m.w.N.). Sie hat sich bei ihrer Entscheidung maßgeblich von dem fundamentalen Gewicht der – tatsächlich nicht verletzen – Menschenwürde leiten lassen, während der allenfalls vorliegende Verstoß gegen grundgesetzliche Wertemaßstäbe oder den allgemeinen gesellschaftlichen Wertekonsens vergleichsweise weniger schwer wiegt und deshalb in Bezug hierauf die Bedeutung der Einschränkung der Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG der Ast. neu zu bewerten ist.

2. Allg. Folgenbetrachtung

Bei der Abwägung des Suspensivinteresses der Ast.

mit dem öffentlichen Vollzugsinteresse berücksichtigt die Kammer neben der hohen Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen der Ast. in der Hauptsache maßgeblich auch den Umstand, dass bei vorläufigem Vollzug der Untersagungsverfügung eine endgültige Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Ast. und damit eine irreparable Grundrechtsverletzung in Art. 12, 14 GG droht, deren Folgen auch bei nachträglicher Aufhebung der Verfügung nicht mehr beseitigt werden könnten. Die Ast. verfügt nach ihren glaubhaften Angaben nicht über eine hinreichende Kapitaldecke, die es ihr erlauben würde, die Untersagung ihrer Kerntätigkeit über einen längeren Zeitraum wirtschaftlich zu kompensieren. Zwar besteht angesichts der nicht ausgeräumten tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten gleichwohl ein Interesse der Allgemeinheit an einem Schutz vor den möglichen Auswirkungen des gewerblichen Angebots von Paintball-Spielen. [...] Zudem ist das Risiko der Auslösung von Persönlichkeitsveränderungen durch Gewöhnung an Gewaltanwendung und Übertragung im Spiel erlernter Prinzipien und Verhaltensweisen auf das Verhalten im Alltag nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Da eine Abschätzung des Ausmaßes solcher Auswirkungen für die Gesellschaft derzeit schwer möglich ist, demgegenüber aber das Risiko solcher Fehlentwicklungen bereits durch die Ast. weniger beeinträchtigende Maßnahmen aber verringert werden kann, trägt das Gericht dem allgemeinen Schutzinteresse durch die Anordnung mit Auflagen Rechnung (§ 80 V 4 VwGO).

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: Schuldrecht****Problem: Erfüllungsort im Versandhandel**

BGH, URTEIL VOM 16.07.2003
VIII ZR 302/02 (NJW 2003, 3341)

Problemdarstellung:

Der Kl. bestellte bei der Bekl., die unter anderem einen Versandhandel mit elektronischen Geräten betreibt, per E-Mail einen Camcorder zum Preis von 1999 DM. Die Bekl. übergab die ordnungsgemäß adressierte Sendung einem Paketdienst zum Versand an den Kl. Der Kl. behauptet aber, er habe die Kamera bis jetzt nicht erhalten, und klagte deshalb auf erneute Lieferung.

Der BGH hat im Falle des Versandhandels die grundsätzliche Annahme einer Schickschuld bejaht, sodass der Leistungsort für die bekl. Verkäuferin an ihrem Sitz liegt. Leistungsort für die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung (§ 433 I 1 BGB) ist im Zweifel der (Wohn-)Sitz des Verkäufers; allerdings gilt dies nur, wenn ein (anderer) Ort für die Leistung weder von den Beteiligten bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist (§ 269 I BGB). Dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend einen vom Sitz der Bekl. abweichenden Erfüllungsort für die Lieferung der Kamera vereinbart haben, macht der Kl. nicht geltend und ist auch sonst nicht zu erkennen. Aus den Umständen, etwa aus der Natur des vorliegenden Kaufvertrags, ergibt sich gleichfalls nichts Derartiges. Dass es im Versandhandel typischerweise Aufgabe des Verkäufers ist, die Versendung der Kaufsache — auf eigene oder fremde Kosten — zu veranlassen, begründet für sich allein nicht die Annahme, der Empfangsort solle auch Leistungsort für die Lieferpflicht des Verkäufers sein (arg. § 269 III BGB).

Handelt es sich bei der Schickschuld um eine Gattungsschuld, beschränkt sich deshalb mit der Übergabe an die Transportperson die Schuld des Verkäufers i. S. von § 243 II BGB auf die jeweils übergebene Sache. Geht die verkaufte Sache auf dem Versandweg verloren, so wird der Verkäufer gem. § 275 I BGB. von seiner Verpflichtung zur Leistung frei. Dies entspricht auch der Gefahrtragsregel von § 447 BGB im Kaufrecht. Der nach § 269 BGB zu bestimmende Leistungsort wird von der Regelung des § 447 I BGB nicht berührt. Der Tatbestand des § 447 I BGB setzt vielmehr gerade voraus, dass der Ort der vom Verkäufer

vorzunehmenden Leistungshandlung (Leistungsort) und der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt, auseinander fallen.

Prüfungsrelevanz:

Zum ersten Themengebiet im Allgemeinen Schuldrecht gehört die Leistungsbestimmung nach Gattungsbzw. Stückschuld und nach Hol-, Schick- bzw. Bringschuld. Dieses Urteil zeigt, dass selbst solch eingängige Frage, die am Anfang des Jurastudiums regelmäßig bereits im zweiten Semester behandelt werden, durchaus auch die höchstrichterliche Rechtsprechung beschäftigen können. Damit ist aber zugleich die Prüfungsrelevanz einer solchen Thematik aufgezeigt.

Im Falle einer Stückschuld wird der Schuldner durch Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB von seiner Leistungspflicht frei, wenn die konkret geschuldete, einzelne Sache untergegangen ist. Hingegen trägt der Schuldner einer Gattungsschuld das Beschaffungsrisiko gem. §§ 243 II, 276 I a.E. BGB, sodass er immer wieder aus der Gattung eine Sache anliefern muss, bis der Leistungserfolg eintritt. Jedoch konkretisiert sich die Gattungsschuld ggf. im Laufe der Zeit zu einer Stückschuld, sodass Unmöglichkeit gem. § 275 I BGB eintreten kann. Voraussetzung für die Konkretisierung ist, dass der Schuldner das seinerseits Erforderliche zur Leistungserbringung getan hat, § 243 II BGB. Was das im Einzelfall "Erforderliche" des Schuldner ist, hängt von der jeweiligen Art der Schuld ab (Hol-, Schick- oder Bringschuld).

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *AG Rastatt*, NJW-RR 2002, 199; *Oechsler*, LMK 2003, Heft 11.

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Versandkauf"

Leitsätze:

Auch bei Geschäften im Versandhandel übernimmt der Verkäufer grundsätzlich keine Bringschuld. Handelt es sich um eine Gattungsschuld, beschränkt sich deshalb mit der Übergabe an die Transportperson die Schuld des Verkäufers i. S. von § 243 II BGB auf die übergebene Sache. Geht die verkaufte Sache auf dem Versandweg verloren,

so wird der Verkäufer gem. § 275 I BGB a. F. von seiner Verpflichtung zur Leistung frei.

Sachverhalt:

Am 6. 6. 2001 bestellte der Kl. bei der Bekl., die in M. unter anderem einen Versandhandel mit elektronischen Geräten betreibt, per E-Mail einen Camcorder zum Preis von 1999 DM. Der Kaufpreis wurde von der eingeschalteten Kreditbank bezahlt. Am 28. 6. 2001 übergab die Bekl. die ordnungsgemäß adressierte Sendung einem Paketdienst zum Versand an den Kl. Der Kl. behauptet, er habe die Kamera bis jetzt nicht erhalten. Den im vorliegenden Rechtsstreit von der Bekl. vorgelegten Ablieferungsbeleg vom 29. 6. 2001 habe er nicht unterschrieben; bei der Unterschrift („M.U.“) handele es sich um eine Fälschung. Mit seiner Klage begehrt der Kl. die Verurteilung der Bekl. zur Übergabe eines Camcorders des bezeichneten Typs und zur Verschaffung des Eigentums an der Kamera.

Die Bekl. macht geltend, mit der Übergabe der Sendung an den Paketdienst habe sie, da eine Schickschuld vorliege und § 447 BGB anzuwenden sei, das ihrerseits zur Erfüllung Erforderliche getan. Der Kl. habe das Paket auch erhalten; die Unterschrift auf dem Ablieferungsbeleg stamme von ihm.

Das AG hat die Klage abgewiesen, das LG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Kl. zurückgewiesen. Die vom BerGer. zugelassene Revision des Kl. hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

In seiner den Anforderurigen des § 540 ZPO gerade noch genügenden Entscheidung ist das LG davon ausgegangen, dass es sich im vorliegenden Fall um einen Versendungskauf i. S. des § 447 BGB handele und die Bekl. deshalb mit der Übergabe des Camcorders an den Paketdienst am 28. 6. 2001 ihren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag Genüge getan habe. Die Vorschrift des § 447 BGB sei auch für moderne Vertriebsformen anzuwenden, da der Gesetzgeber trotz kritischer Stimmen im Schrifttum die Reform des Kaufrechts nicht zum Anlass genommen habe, für diese Vertriebsformen etwas anderes zu regeln.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

I. Zulassung der Revision durch das BerGer.

Das BerGer. hat die Revision gem. § 543 II Nr. 2 ZPO offensichtlich deshalb zugelassen, weil es eine Klärung der Rechtsfrage für geboten gehalten hat, ob auch

nach der Reform des Kaufrechts die Bestimmung des § 447 BGB „für moderne Vertriebsformen gelten kann und soll“. Diese Frage bedarf jedoch für Fälle der vorliegenden Art keiner höchstrichterlichen Klärung, da der Gesetzgeber sie durch die Einfügung des § 474 II BGB bereits beantwortet hat. Nach dieser Vorschrift ist die Anwendung des § 447 BGB auf Verbrauchsgüterkaufverträge — zwingend (§ 475 I BGB) — ausgeschlossen. Dass eine Fallgestaltung, wie sie hier gegeben ist, einen Verbrauchsgüterkauf darstellt, steht nach der gesetzlichen Definition des § 474 II Halbs. 1 BGB außer Frage. Obwohl demnach die vom BerGer. formulierte Revisionszulassung ins Leere geht, ist das RevGer. hieran gebunden (§ 543 II 2 ZPO).

Die Begründung für die Zulassung der Revision lässt erkennen, dass das BerGer. das Kaufrecht bereits in seiner neuen, am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Fassung anwenden wollte. Das ist zwar rechtsfehlerhaft, weil im vorliegenden Fall die Bestimmungen noch in ihrer bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung maßgeblich sind (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Da § 447 BGB aber unverändert geblieben ist und das LG die neue Ausschlussvorschrift des § 474 II BGB übersehen hat, bleibt der Rechtsirrtum auch insoweit ohne Folgen, als es auf die Vorschrift — vorbehaltlich der nachfolgenden Ausführungen — ankommt.

II. Keine Pflicht der Bekl. zur erneuten Lieferung

Das BerGer. hat im Ergebnis zu Recht angenommen, dass die Bekl. auch dann, wenn der Kl. den Camcorder nicht erhalten hat und dieser auf dem Versandweg auf ungeklärte Weise verschwunden sein sollte, nicht gem. § 433 I BGB zur Lieferung einer anderen Kamera des gleichen Typs verpflichtet ist.

1. Untergang der Lieferungspflicht infolge Unmöglichkeit

Auf die Frage, ob nach der für den Versendungskauf geltenden speziellen Bestimmung des § 447 I BGB die Gefahr auf den Kl. übergegangen war, kommt es insofern allerdings nicht an. Die Lieferpflicht der Bekl. ist nämlich bei einer nach der Übergabe an den Paketdienst eingetretenen Unauffindbarkeit des übergebenen Camcorders bereits nach der allgemeinen Vorschrift des § 275 BGB a. F. entfallen. Danach wird der Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstands, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt; insbesondere ist nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass die Bekl. bei der Auswahl des mit der Versendung der Kamera beauftragten Paketdienstes ihre Sorgfaltspflichten verletzt hat. Der Befreiung von der Leistungspflicht steht

des Weiteren nicht entgegen, dass mit der Bestellung des Camcorders eine Gattungsschuld vereinbart wurde (§ 279 BGB a. F.). Mit der Auswahl eines konkreten Geräts und dessen Übergabe an den Paketdienst durch die Bekl. beschränkte sich nach § 243 II BGB das Schuldverhältnis auf den übergebenen Camcorder. Die Bekl. hat mit der Übergabe des Geräts an die Spedition das im Sinne dieser Vorschrift zur Bewirkung der geschuldeten Leistung ihrerseits Erforderliche getan, wie sich auch aus § 447 I BGB ergibt; Leistungsort für die von der Bekl. zur Bewirkung der Leistung vorzunehmenden Handlungen war ihr Geschäftssitz (§ 269 I, III BGB).

2. Bestimmung des Leistungsortes im Versandhandel

Leistungsort für die dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Übergabe der Kaufsache an den Käufer und zur Verschaffung des Eigentums an ihr (§ 433 I 1 BGB a. F.) ist im Zweifel der (Wohn-)Sitz des Verkäufers; allerdings gilt dies nur, wenn ein (anderer) Ort für die Leistung weder von den Beteiligten bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen ist (§ 269 I BGB). Dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend einen vom Sitz der Bekl. abweichenden Erfüllungsort für die Lieferung der Kamera vereinbart haben, macht der Kl. nicht geltend und ist auch sonst nicht zu erkennen. Aus den Umständen, etwa aus der Natur des vorliegenden Kaufvertrags, ergibt sich gleichfalls nichts Derartiges. Dass es im Versandhandel typischerweise Aufgabe des Verkäufers ist, die Versendung der Kaufsache — auf eigene oder fremde Kosten — zu veranlassen, begründet für sich allein nicht die Annahme, der Empfangsort solle auch Leistungsort (Erfüllungsort) für die Lieferpflicht des Verkäufers sein (arg. § 269 III BGB). Es bleibt daher bei der Vermutung des § 269 I BGB, wonach der Sitz der Bekl. Erfüllungsort für die ihr obliegenden Verkäuferpflichten war (ebenso Bainberger/Roth/Grüneberg, BGB, § 269 Rdnrn. 10, 33; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl., § 269 Rdnr. 16; a.A. OLG Stuttgart, NJW-RR 1999, 1576; Krüger, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 269 Rdnr. 20; Palandt/Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 269 Rdnr. 12).

3. Irrelevanz der Möglichkeit zur Direktabholung in Filialgeschäften

Ob die Bekl., wie sie behauptet, ihren Kunden auch die Abholung der Ware in ihren Filialgeschäften ermöglicht, kann dahinstehen (vgl. Senat, NJW 1991, 915, zur Versendung an einen anderen Ort als den Erfüllungsort). Selbst wenn sie die Ware ausschließlich im Versandhandel vertreibt, ändert dies nichts daran, dass in der Bestellung des Kunden zumindest die schlüssige Erklärung enthalten ist, die Kaufsache solle ihm an seine Wohnanschrift oder eine andere angegebene Versandadresse geliefert werden.

4. Bestätigung durch die Versendungskaufregel in § 447 BGB

Aus § 447 BGB ergibt sich nichts anderes. Diese Vorschrift weist das mit der Versendung verbundene Risiko des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Beschädigung der Sache dem Käufer zu, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache auf Verlangen des Käufers an einen anderen Ort als den Erfüllungsort versendet. In diesem Fall geht die Gegenleistungsgefahr auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache der mit der Versendung beauftragten Person übergibt (vgl. aber nach neuem Recht für den Verbrauchsgüterkauf § 474 II BGB). Der nach § 269 BGB zu bestimmende Leistungsort wird von der Regelung des § 447 I BGB nicht berührt. Der Tatbestand des § 447 I BGB setzt vielmehr voraus, dass der Ort der vom Verkäufer vorzunehmenden Leistungshandlung (Leistungsort) und der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt, auseinander fallen (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 447 Rdnr. 14; Bamberger/Roth/Faust, § 447 Rdnr. 5).

5. Irrelevanz der Ablieferung oder Nichtablieferung durch den Paketdienst beim Kl.

Auf die Frage, ob der Paketdienst, wie die Bekl. vorgetragen hat, die Sendung tatsächlich dem Kl. übergeben und dieser den Ablieferungsbeleg unterschrieben hat, kommt es nach alledem nicht mehr an. Die (erneute) Lieferung einer Kamera des gekauften Typs kann der Kläger nicht verlangen. Seine Revision ist daher zurückzuweisen.

Standort: Schuldrecht**Problem: Gesamtschuld bei einheitlichem Mangel**

BGH, URTEIL VOM 26.06.2003
VII ZR 126/02 (NJW 2003, 2980)

Problemdarstellung:

Die beiden Parteien waren jeweils mit unterschiedlichen Aufgaben bei den Bauarbeiten für ein Einfamilienhaus beschäftigt, wobei sich letztlich Risse im Putz feststellen ließen. Dabei lässt sich eine mangelhafte Werkleistung beider Parteien feststellen; für die aufgetretenen Risse im Putz lastet dem Bekl. einen Verursachungsbeitrag von 3/4 und der Kl. von 1/4 an. Die einzige Sanierungsmöglichkeit bestehe darin, auf den mangelhaften Putz einen zweiten Putz zu geschätzten Kosten von 22.040 DM aufzubringen. Dabei stellt sich die Frage, ob die beiden Parteien dafür gesamtschuldnerisch haften, sodass auch ein Regress gem. § 426 BGB besteht.

Diese Frage ist umstritten. Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur verneint ein Gesamtschuldverhältnis; es fehle angesichts der unterschiedlichen Bauverträge an einer Zweckgemeinschaft. Diese lasse sich auch nicht im Hinblick auf die Verpflichtung zur Beseitigung der Mängel feststellen (OLG München, NJW-RR 1988, 20). Ein anderer Teil bejaht ein Gesamtschuldverhältnis; die gegen jeden der beiden Unternehmer gerichteten Gewährleistungsansprüche dienten demselben Zweck; sie seien gleichstufig (OLG Hamm, NJW-RR 1996, 273). Letzteres trifft zu. Das maßgebliche Kriterium sieht der BGH in der gleichstufigen Verbundenheit der beiden Unternehmer im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht, gemeinsam für die von ihnen mitverursachten Mängel eintreten zu müssen, sofern nur eine Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt. In diesem Fall ist ein einheitlicher Erfolg geschuldet. Es wäre zudem nicht nachvollziehbar, wenn bei einer inhaltlich sich überlagernden Gewährleistungspflicht der zunächst in Anspruch genommene Unternehmer die Kosten der Sanierung zu tragen hätte, ohne zu einem internen Ausgleich berechtigt zu sein. Die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses ermöglicht es, im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nach § 426 I BGB, § 254 BGB anzuwenden und damit dem jeweiligen Verursachungsanteil des Vor- und Nachunternehmers gerecht zu werden.

Prüfungsrelevanz:

Das Drei-Personen-Verhältnis aufgrund einer Gesamtschuldnerschaft gem. §§ 421 ff. BGB gehört zum Pflichtprogramm der Examensvorbereitung, da es dem Prüfungsamt die Möglichkeit bietet, zum einen das

Außenverhältnis zum Gläubiger überprüfen zu lassen und zum anderen die interne Regressmöglichkeit zwischen den Gesamtschuldern erörtern zu lassen.

Dabei ist die Frage, wann eine Gesamtschuld entsteht, eine der Kernfragen, wie dieses Urteil auch zeigt. Eine Gesamtschuldnerschaft entsteht durch Vertrag (§ 427 BGB) oder durch gesetzliche Anordnung (vgl. §§ 769, 840 BGB z.B.) oder durch die Generalnorm von § 421 BGB. Im Rahmen des § 421 BGB wird dabei über den Wortlaut hinaus als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal die Gleichstufigkeit der verschiedenen Verbindlichkeiten verlangt, am besten in Form einer Zweckgemeinschaft.

Weitere examensrelevante Problematik in diesem Bereich ist die sog. "Gestörte Gesamtschuldnerschaft".

Vertiefungshinweis:

Zu diesem Urteil: *Stamm*, NJW 2003, 2940; *VG Frankfurt a.M.*, NJW-RR 2002, 300.

Kursprogramm:

Kursprogramm: "Der geschädigte Kollege"

Leitsatz:

Unternehmer mit unterschiedlichen Gewerken, deren fehlerhafte Leistungen zu Mängeln geführt haben, die nur einheitlich beseitigt werden können, haften als Gesamtschuldner.

Sachverhalt:

Die Kl. fordert vom Bekl. Zahlung im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs. Die Firma H-GmbH (künftig: Auftraggeberin) beauftragte die Kl. 1989 mit den Rohbauarbeiten für ein Einfamilienhaus; die VOB/B war vereinbart. Nach Fertigstellung beauftragte sie den Bekl. mit den Innen- und Außenputzarbeiten. Bei Abnahme der Arbeiten stellte sie unter anderem an den Außenwänden des Hauses Mauerrisse und Risse im Putz fest. Nachdem sich die Parteien über ihre Verantwortlichkeit nicht verständigen konnten, einigten sich der Bekl. und die Auftraggeberin darüber, ein Schiedsgutachten einzuholen. Auf Grund des Gutachtens verglichen sie sich 1998 auf 1709,07 DM; das entsprach 5% des Werklohns des Bekl. Die Kl. verklagte 1995 die Auftraggeberin auf Zahlung ihres Restwerklohns in Höhe von 19 600 DM. In diesem Rechtsstreit verkündeten sowohl die Kl. als auch die damalige Bekl. dem jetzigen Bekl. den Streit, der auf Seiten der damaligen Bekl. beitrug. Das BerGer. wies die Klage 1997 rechtskräftig ab. Es führte zur Begründung aus, die Kl.

sei jedenfalls wegen drei im Einzelnen bezeichneter Ausführungsfehler beim Rohbau für die aufgetretenen Risse mitverantwortlich. Auch wenn hierbei nach den Feststellungen des Sachverständigen die vom jetzigen Bekl. zu vertretenden Fehler beim Verputz mitgewirkt hätten, seien die geschätzten Sanierungskosten von 22 040 DM der Kl. durch Minderung ihres Werklohnanspruchs auf Null anzulasten, da die Leistungsbereiche der Kl. und des jetzigen Bekl. in technischer Hinsicht nicht zweifelsfrei voneinander trennbar seien und weil die vom Sachverständigen aufgezeigte allein mögliche Sanierungsmaßnahme zu einer Beseitigung der Risse insgesamt führe.

Die Kl. hat daraufhin den Bekl., soweit in der Revision von Interesse, als Gesamtschuldner auf Zahlung von 19 600 DM, der im Vorprozess entstandenen Kosten von 33 062,07 DM sowie der Kosten für ein Privatgutachten von 1840 DM in Anspruch genommen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das BerGer. hat ein Gesamtschuldverhältnis bejaht und der Kl. 7297,53 Euro (= 14 272,73 DM) zugesprochen; im Übrigen hat es die Klageabweisung bestätigt. Hiergegen richten sich die zugelassenen Revisionen der Kl. und des Bekl., die erfolglos blieben.

Aus den Gründen:

A. Anzuwendendes Recht

Auf das Schuldverhältnis findet das BGB in der bis zum 31. 12. 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

B. Zur Revision der Kl.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer., sachverständig beraten, stellt eine mangelhafte Werkleistung beider Parteien fest; für die aufgetretenen Risse im Putz lastet es dem Bekl. einen Verursachungsbeitrag von 3/4 und der Kl. von 1/4 an. Die einzige Sanierungsmöglichkeit bestehe darin, auf den mangelhaften Putz einen zweiten Putz zu geschätzten Kosten von 22.040 DM aufzubringen. Die faktische Verbundenheit beider Parteien im Rahmen ihrer Gewährleistung rechtfertige es, ein Gesamtschuldverhältnis zwischen ihnen anzunehmen, so dass die Kl. grundsätzlich einen Ausgleichsanspruch nach § 426 BGB geltend machen könne.

II. Bestätigung der gesamtschuldnerischen Ausgleichs durch den BGH

Diese der Revision günstigen Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Zwischen den Parteien besteht ein Gesamtschuldverhältnis gem. § 421 BGB, so dass die Kl. vom Bekl. grundsätzlich Ausgleich

nach § 426 BGB verlangen kann.

1. Keine Gesamtschuld bei mangelnder Identität der Leistungspflichten der verschiedenen Schuldner

Bauen die Leistungen mehrerer Unternehmer aufeinander auf, so schuldet jeder von ihnen nur die Erfüllung seiner eigenen Leistung; für die Annahme einer Gesamtschuld fehlt es an der Identität der übernommenen Pflichten.

2. Gesamtschuld bei nur einheitlich zu beseitigenden Mängeln, die durch die Leistungen beider Schuldner entstanden sind

Der Senat hat die Frage der gesamtschuldnerischen Haftung eines Vor- und Nachunternehmers, die wegen Mängel gewährleistungspflichtig sind, die ihre Ursachen zumindest teilweise in beiden Gewerken haben und die wirtschaftlich sinnvoll nur auf eine einzige Weise beseitigt werden können, bislang nicht entschieden.

Ein Teil der Rechtsprechung und Literatur verneint ein Gesamtschuldverhältnis mit der Erwägung, es fehle angesichts der unterschiedlichen Bauverträge an einer Zweckgemeinschaft. Diese lasse sich auch nicht im Hinblick auf die Verpflichtung zur Beseitigung der Mängel feststellen (OLG München, NJW-RR 1988, 20; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 10. Aufl., Rdnr. 1969; Ingenstau/Korbion, VOB, 14. Aufl., § 4 VOB/B Rdnr. 239; Diehl, in: Festschr. f. Heiermann, 1995, 5. 37, 43; offen: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 9. Aufl., Einf. § 13 VOB/B Rdnr. 27). Ein anderer Teil bejaht ein Gesamtschuldverhältnis mit der Begründung, die gegen jeden der beiden Unternehmer gerichteten Gewährleistungsansprüche dienten demselben Zweck; sie seien gleichstufig (OLG Hamm, NJW-RR 1996, 273; Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb. [2000], § 633 Rdnr. 153; Merl, in: KleineMöller/Merz/Oelmaier, Hdb. d. privaten BauR., 2. Aufl., § 12 Rdnr. 812; Soergel, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 635 Rdnrn. 90 f.; Ganten, in: Beck'scher VOB-Komm., Vorb. § 13 VOB/B Rdnrn. 67 u. 74f.; Weise, BauR 1992, 685 [690]). Letzteres trifft zu. Das maßgebliche Kriterium sieht der Senat in der gleichstufigen Verbundenheit der beiden Unternehmer im Rahmen ihrer Gewährleistungspflicht, gemeinsam und in vollem Umfang für die von ihnen mitverursachten Mängel eintreten zu müssen, sofern nur eine Sanierungsmöglichkeit in Betracht kommt. In diesem Fall ist ein einheitlicher Erfolg geschuldet. Es wäre zudem nicht nachvollziehbar, wenn bei einer inhaltlich sich überlagernden Gewährleistungspflicht der zunächst in Anspruch genommene Unternehmer die Kosten der Sanierung zu tragen hätte, ohne zu einem internen Ausgleich berechtigt zu sein. Die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses ermög-

licht es, im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nach § 426 I BGB, § 254 BGB anzuwenden und damit dem jeweiligen Verursachungsanteil des Vor- und Nachunternehmers gerecht zu werden. Eines Rückgriffs auf andere denkbare Anspruchsgrundlagen, wie sie teilweise in Rechtsprechung und Literatur befürwortet werden, bedarf es daher nicht.

3. Ergebnis

Die Voraussetzungen eines Gesamtschuldverhältnisses und damit eines Ausgleichsanspruchs der Kl. liegen vor. Die Gewährleistungspflicht der Kl. und des Bekl. kann nach den Feststellungen des BerGer. allein durch Auftragen eines zusätzlichen Putzes erfüllt werden.

III. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Mangelhaftigkeit des Rohbaus

Das BerGer. stellt fest, die Kl. habe bei Errichtung des Rohbaus mangelhaft gearbeitet. Diese Mängel seien für einen Teil der Risse im Putz ursächlich geworden. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei der Riss in Höhe des Auflagers der Betondecke über dem Erdgeschoss darauf zurückzuführen, dass sich die Decke durchgebogen habe. Zwar verforme sich jede Decke in gewissem Umfang. Bei richtiger bautechnischer Gestaltung führe diese Verformung aber nicht zu Rissen. Für die Risse im Bereich der Rolladenkästen im Erdgeschoss sei die Kl. gleichfalls mitverantwortlich. Sie habe diese Kästen nicht hinreichend gegen Witterungseinflüsse geschützt. Einen solchen Schutz habe sie auch ohne gesonderten Auftrag geschuldet. Nach den Feststellungen des Sachverständigen sei nur eine grobe Schätzung der jeweiligen Verantwortungsanteile der Parteien möglich. Die Risse an der Stützmauer des Kellerabgangs sowie die Risse im Bereich des Deckenaufлагers hätten nur untergeordnete Bedeutung. Angesichts der dem Bekl. insgesamt anzulastenden Risse an der Fassade müsse dieser die überwiegende Verantwortung tragen.

IV. Bestätigung der Mangelhaftigkeit durch den BGH

Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Zu Unrecht führt die Revision aus, die Kl. habe die Rolladenkästen nicht ohne Auftrag gegen Witterungseinflüsse schützen müssen. Das Gegenteil ergibt sich bereits aus § 4 Nr. 5 VOB/B (vgl. Ingenstau/Korbion, § 4 VOB/B Rdnr. 283). Nach den Feststellungen des Sachverständigen wären außer einem Spritzbewurf, für den die Revision einen besonderen Auftrag für erforderlich hält, auch andere Schutzmaßnahmen in Betracht gekommen. Insoweit zieht die Revision die Ausführungen des BerGer., (auch) diese seien geschuldet gewesen, nicht in Zweifel. Die Bedenken der Kl., gem. § 254 BGB dem Grunde nach zu einem Viertel haften

zu müssen, sind unbegründet. Die dazu erhobenen Verfahrensrügen hält der Senat ebenfalls nicht für durchgreifend.

V. Entscheidung und Begründung des BerGer. zum Umfang der Ausgleichspflicht

Das BerGer. meint, die Kosten des Vorprozesses sowie die Kosten für ein im Vorprozess eingeholtes Privatgutachten seien nicht ausgleichsfähig. Der Bekl. sei hierfür auch nicht schadensersatzpflichtig; er habe seine Mitwirkungspflicht bei der Abwicklung der gemeinsamen Verbindlichkeit nicht verletzt. Er habe sich mit der Auftraggeberin auf die Einholung eines Schiedsgutachtens einigen und auf dessen Richtigkeit vertrauen dürfen. Daher sei ihm nicht vorzuwerfen, wenn er sich später mit der Auftraggeberin auf 1709,07 DM als Abzug von seiner Werklohnforderung verglichen und die streitgegenständlichen Mängel damit als erledigt angesehen habe.

VI. Bestätigung zum Umfang der Ausgleichspflicht durch den BGH

Das zieht die Revision zu Unrecht in Zweifel. Sie erkennt nicht den in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Grundsatz, dass einem klageweise in Anspruch genommenen Gesamtschuldner kein Anspruch auf Ausgleich der Prozesskosten gegenüber dem anderen Gesamtschuldner zusteht (vgl. BGH, NJW 1971, 884 [885]). Jeder Gesamtschuldner muss nämlich mit der Inanspruchnahme auf das Ganze rechnen; es ist ihm daher selbst anzulasten, wenn er den Gläubiger nicht streitlos befriedigt. Die Rechtsprechung schließt allerdings einen Schadensersatzanspruch auf Erstattung von Prozesskosten gegen den Mitschuldner dann nicht aus, wenn dieser den vom Gläubiger zunächst in Anspruch genommenen Gesamtschuldner durch Verweigerung oder verzögerliche Erfüllung seiner Pflicht zur anteiligen Befriedigung des Gläubigers gezwungen hat, ein ungünstiges Prozessrisiko einzugehen oder sich einer offensichtlich berechtigten Klage auszusetzen (BGH, NJW 1971, 884). Zu Unrecht sieht die Revision die Voraussetzungen hierfür als gegeben an. Die Frage, ob die Verantwortlichkeit der Parteien ausschließlich durch das Führen des Vorprozesses geklärt werden konnte, kann offen bleiben. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflicht, an der Erfüllung des Gesamtschuldnerausgleichs mitzuwirken, setzt Verschulden voraus (Bydlinski, in: MüKo, 4. Aufl., § 426 Rdnr. 71). Das BerGer. stellt hierzu rechtsfehlerfrei fest, der Bekl. habe nicht schuldhaft zu dem der Kl. ungünstigen Ausgang des Vorprozesses beigetragen. Damit scheidet ein Anspruch auf Ersatz der Prozesskosten sowie ein Anspruch auf Kostenerstattung des im Vorprozess von der Kl. eingeholten

Privatgutachtens aus.

C. Zur Revision des Bekl.

I. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Irrelevanz der Schiedsgutachtenabrede

Das BerGer. führt aus, der Ausgleichsanspruch der Kl. sei nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Bekl. auf Grund der Schiedsgutachtenabrede mit der Auftraggeberin in einem mit dieser abgeschlossenen Vergleich 1709,07 DM von seiner Werklohnforderung nachgelassen habe. Dieser Vergleich sei erst im September 1998 und damit nach rechtskräftigem Abschluss des Vorprozesses geschlossen worden. Es spräche nichts dafür, dass mit diesem Vergleich auch Ansprüche der Auftraggeberin gegen die Kl. mit der Folge abgegolten werden sollten, dass ein Rückgriffsanspruch der Kl. ausgeschlossen sei. Der Vergleich habe demgemäß lediglich Einzelwirkung.

II. Bestätigung der Irrelevanz der Schiedsgutachtenabrede durch den BGH

Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Der Vergleich hat keine Gesamtwirkung und enthält auch keine beschränkte Gesamtwirkung. Das gilt ebenfalls für die Abrede, ein Schiedsgutachten einzuholen.

Nach § 423 BGB wirkt ein zwischen einem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragsschließenden das ganze Vertragsverhältnis aufheben wollten. Entsprechendes gilt für den Abschluss eines Vergleichs und zwar auch für eine lediglich beschränkte Gesamtwirkung. Ein solcher Wille der Auftraggeberin, das Gesamtschuldverhältnis insgesamt aufzuheben oder dafür Sorge zu tragen, dass der Bekl. von der Kl. im Rahmen eines Gesamtschuldnerregresses nicht in Anspruch genommen werden kann, ist nicht erkennbar. Vielmehr ist der Vergleich zwischen der Auftraggeberin und dem Bekl. erst nach rechtskräftigem Abschluss des Vorprozesses geschlossen worden. Durch diesen Prozess hatte die Auftraggeberin von der Kl. im Wege der Minderung bereits rechnerisch 19.600 DM erhalten. Der zu diesem Zeitpunkt bestehende Ausgleichsanspruch der Kl. gegen den Bekl. konnte ihr nicht mehr entzogen werden. Der Bekl. ist zwar durch die Erfüllung des Vergleichs von seiner Haftung ge-

genüber der Auftraggeberin als Gläubigerin frei geworden. Er bleibt jedoch im Innenverhältnis gegenüber der Kl. als der anderen Gesamtschuldnerin zum Ausgleich entsprechend seiner tatsächlichen Haftungsquote verpflichtet (vgl. BGH, NJW 1986, 1097). Soweit die Revision auf den Zeitpunkt der Einigung des Bekl. mit der Auftraggeberin, ein Schiedsgutachten einzuholen, abstellen will, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Die Auftraggeberin hatte damit nicht die Pflicht übernommen, für eine beschränkte Gesamtwirkung Sorge zu tragen.

III. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Haftungsquote

Das BerGer. führt aus, hinsichtlich der Verantwortlichkeit beider Parteien für die Gewährleistungsansprüche der Auftraggeberin sei eine Haftungsverteilung von 1/4 zu 3/4 der Lasten des Bekl. angemessen. Es hat, sachverständig beraten, den Anteil der Sanierungskosten für die Risse an der Stützmauer des Kellerabgangs, des Deckenauflegers und an den Rolladenkästen als verhältnismäßig gering beurteilt. Folglich liege die ganz überwiegende Verantwortung bei dem Bekl.

IV. Bestätigung der Haftungsquote durch den BGH

Das hält den Angriffen der Revision des Bekl. stand. Sie vermisst zu Unrecht eine überprüfbare Begründung für die Haftungsverteilung. Das BerGer. hat in dem von der Revision nicht zitierten Teil seiner Entscheidungsgründe die Verantwortlichkeit des Bekl. für das Auftreten der Putzrisse dargelegt. Es hat im Einzelnen ausgeführt, der Bekl. habe nach den Feststellungen des Sachverständigen den Putz bei zu niedrigen Temperaturen aufgetragen, so dass er an Festigkeit verloren habe und beim Schwinden risseanfällig geworden sei. Schließlich besagt die Tatsache, dass die Kl. rechnerisch 19.600 DM zahlen musste, entgegen der Annahme der Revision nichts über den Umfang ihrer Verantwortlichkeit. Die Höhe dieses Betrags beruht allein auf der mangelbedingten Notwendigkeit eines vollständigen Neuverputzens der gesamten Fassade, da nach den Feststellungen des BerGer. eine Beseitigung der von der Kl. allein verursachten Risse zwar theoretisch möglich, in der Sache aber sinnlos gewesen wäre.

Standort: ZPO**Problem: Hilfsantrag bei Erledigung des Hauptantrags**

BGH, URTEIL VOM 03.07.2003

I ZR 270/01 (NJW 2003, 3202)

Problemdarstellung:

Die Bekl. vertreibt im Versandwege, auch über das Internet, Bücherreihen zum Sammeln. Der Kunde erhält zunächst auf Anforderung eine von der Bekl. als „Willkommenspaket“ bezeichnete Lieferung und in der Folgezeit Ergänzungslieferungen zugesandt, die er binnen zehn bis 14 Tagen auf seine Kosten zurückschicken kann. Erfolgt keine Rücksendung, muss der Kunde die Sendung bezahlen. Die Kl., eine Verbraucherschutzzentrale, verklagte die Bekl. daraufhin, es zu unterlassen, derartige Büchersendungen zu vertreiben ohne die Verbraucher über ihr finanzbezogenes Widerrufsrecht nach §§ 7 I VerbrKrG, 361 a BGB a.F. (= §§ 505, 355 BGB n.F.) zu belehren; hilfsweise beantragt sie, die Bekl. zu verurteilen, es zu unterlassen, Büchersendungen zu vertreiben ohne die Verbraucher über ihr fernabsatzbezogenes Widerrufsrecht nach §§ 3 FernAbsG, 361 a BGB a.F. (= §§ 312 d, 355 BGB n.F.) zu belehren. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in Bezug auf den gestellten Hauptantrag übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist nach der Rechtsansicht des BGH trotzdem noch über den von der Kl. hilfsweise gestellten Unterlassungsantrag zu befinden. Der von der Kl. für den Fall, dass sie mit dem Hauptantrag nicht durchdringt, gestellte Hilfsantrag zu ist nicht deshalb hinfällig geworden, weil die Kl. mit dem Hauptantrag nicht gescheitert ist, sondern ihn für erledigt erklärt hat. Stellt der Kl., wie vorliegend, einen (echten) Hilfsantrag unter der Bedingung, dass der Hauptantrag unzulässig oder unbegründet ist, darf über den Hilfsantrag erst entschieden werden, wenn der Hauptantrag abgewiesen ist oder sich anderweitig erledigt hat (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 650 [651])

Dabei ist das Eventualverhältnis aber nicht darauf beschränkt, dass der Hauptantrag wegen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit abgewiesen wird. Einer Abweisung des Hauptantrags als unzulässig oder unbegründet steht der Fall gleich, dass es wegen einer Erledigungserklärung zu keiner Entscheidung über den Hauptantrag kommt. In einem derartigen Fall trägt der Kl. durch Abgabe der Erledigungserklärung nur dem Umstand Rechnung, dass der aus seiner Sicht ursprünglich zulässige und begründete Hauptantrag nachträglich gegenstandslos geworden ist.

Prüfungsrelevanz:

Die Prozesshandlungen zum Haupt- bzw. Hilfsantrag

einerseits und zur Erledigung andererseits sind klassische Themengebiete in der Juristischen Staatsexamensprüfung, im zweiten Staatsexamen sicherlich mehr als im ersten. Folglich ist das Studium dieses Urteils des BGH von prüfungsrelevanter Bedeutung, da es eine interessante Verknüpfung zwischen beiden Themengebieten herstellt.

Die Verbindung zweier Anträge im Wege eines Eventualverhältnisses (Haupt-/Hilfsantrag) ist vor allem dann angeraten, wenn das verfolgte Rechtsschutzziel sekundär auch auf andere Weise erreicht werden kann. Dabei wird der echte Hilfsantrag unter der Bedingung gestellt, dass der Hauptantrag abgewiesen wird oder sich anderweitig erledigt hat. Abzugrenzen davon ist der unechte Hilfsantrag, der gerade für den Fall des Obsiegens mit dem Hauptantrag gestellt wird.

Die Erklärung zur Erledigung des Rechtsstreits ist eine prozessuale Möglichkeit für den Kläger von einer ursprünglich zulässigen und begründeten Klage wieder loszukommen, da sie nachträglich unzulässig und/oder unbegründet geworden ist, ohne dass der Kläger zwangsläufig dabei stets die Kosten des Rechtsstreits tragen müsste.

Vertiefungshinweise:

Zu diesem Thema: BGH, NJOZ 2003, 495; Lange, NJW 2001, 2150

Kursprogramm:

Assessorkurs: „Die voreilige Auflassung“

Leitsatz:

Über einen Hilfsantrag ist regelmäßig auch zu entscheiden, wenn der Kläger den Hauptantrag für erledigt erklärt und es daraufhin zu keiner Entscheidung im Sinne des Hauptbehrens kommt.

Sachverhalt:

Die Bekl. vertreibt im Versandwege Bücherreihen zum Sammeln. Der Kunde erhält zunächst auf Anforderung eine von der Bekl. als „Willkommenspaket“ bezeichnete Lieferung und in der Folgezeit im Abstand von ungefähr drei Wochen Ergänzungslieferungen zugesandt, die er binnen zehn bis 14 Tagen auf seine Kosten zurückschicken kann. Erfolgt keine Rücksendung, muss der Kunde die Sendung bezahlen. Schickt der Kunde zwei aufeinander folgende Sendungen zurück oder kündigt er, erhält er von der Bekl. keine Lieferung mehr. Die Kl. ist die Verbraucherschutzzentrale B. Sie hält das Vorgehen der Bekl. wegen fehlender Belehr-

rung über ein dem Kunden zustehendes Widerrufsrecht für wettbewerbswidrig. Die Kl. hat — soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung — beantragt, der Bekl. zu untersagen, Bestellungen zum fortlaufenden Bezug einer Ware entgegenzunehmen, beispielsweise der Sammlung A ohne den Kunden in einer gesondert zu unterzeichnenden, drucktechnisch hervorgehobenen und ihm auszuhändigenden Belehrung auf das ihm nach dem Verbraucherkreditgesetz zustehende Widerrufsrecht hinzuweisen. Die Bekl. ist dem entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, es werde über jede einzelne Lieferung ein Vertragsverhältnis begründet. Mangels Sukzessivlieferungsvertrags sei sie zu einer Belehrung nach dem Verbraucherkreditgesetz nicht verpflichtet. Das LG hat der Klage stattgegeben. Dagegen hat die Bekl. Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren hat die Kl. zusätzlich hilfsweise beantragt, der Bekl. zu untersagen, Bestellungen zum fortlaufenden Bezug einer Ware entgegenzunehmen, beispielsweise der Sammlung A, ohne den Kunden schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger über sein Widerrufsrecht nach § 3 FernAbsG und § 361 a BGB zu belehren, ausgenommen die Fälle, in denen dem Empfänger ein Rückgaberecht gem. § 361 b BGB eingeräumt wird. Das BerGer. hat die Berufung zurückgewiesen (OLG München, NJW-RR 2002, 399). Hiergegen richtet sich die Revision der Bekl. Die Kl. beantragt, die Revision zurückzuweisen. Sie hat ihre Anträge im Hinblick auf die Modernisierung des Schuldrechts in Kraft getretenen Bestimmungen neu gefasst und beantragt,

1. der Bekl. zu untersagen, Bestellungen zum fortlaufenden Bezug einer Ware entgegenzunehmen, beispielsweise der Sammlung A, ohne den Kunden in einer gesondert zu unterzeichnenden, drucktechnisch hervorgehobenen und ihm auszuhändigenden Belehrung auf das ihm nach den §§ 505, 355 BGB n. F. zustehende Widerrufsrecht hinzuweisen,

2. hilfsweise: der Bekl. zu untersagen, Bestellungen zum fortlaufenden Bezug einer Ware entgegenzunehmen, beispielsweise der Sammlung A, ohne den Kunden schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger über sein Widerrufsrecht nach § 312d BGB i.V. mit § 355 BGB n.F. zu belehren, ausgenommen die Fälle, in denen dem Empfänger ein Rückgaberecht gem. § 356 BGB n. F. eingeräumt wird.

Den Klageantrag zu 1 haben die Parteien übereinstimmend für erledigt erklärt, den Hilfsantrag zu 2 verfolgt die Kl. dagegen weiter. Die Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat die Klage nach dem in der Berufungs-

instanz gestellten Hauptantrag aus § 1 UWG i. V. mit § 7 I 1 VerbrKrG, § 361 a BGB a. F. für begründet erachtet.

Hierzu hat es ausgeführt: Die Verträge, die die Bekl. mit ihren Kunden schließt, verpflichteten diese zum fortlaufenden Bezug von Waren. Auf das Vertragsverhältnis seien die Bestimmungen des Fernabsatzgesetzes sowie nach § 2 Nr. 2 VerbrKrG die Vorschrift des § 7 VerbrKrG entsprechend anwendbar. Die Bestimmungen über die Widerrufsbelehrung nach § 3 I 1 FernAbsG und § 7 I 1 VerbrKrG jeweils i. V. mit § 361 a und b BGB a. F. unterschieden sich inhaltlich und seien deshalb nebeneinander anwendbar. Die Bekl. habe die Kunden nicht über ein Widerrufsrecht belehrt und keine deutlich gestaltete Belehrung über ein Rückgaberecht vorgesehen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Die Revision führt hinsichtlich des noch im Streit befindlichen in der Revisionsinstanz weiterverfolgten Hilfsantrags zur Abweisung der Klage.

I. Fortgeltung des Hilfsantrags bei Erledigung des Hauptantrags

Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in Bezug auf den in der Revisionsinstanz gestellten Hauptantrag übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist über den von der Kl. hilfsweise gestellten Unterlassungsantrag zu 2 zu befinden, der von der Kl. für den Fall, dass sie mit dem Hauptantrag zu 1 nicht durchdringt, gestellte Hilfsantrag zu 2 ist nicht deshalb hinfällig geworden, weil die Kl. mit dem Hauptantrag nicht gescheitert ist, sondern ihn für erledigt erklärt hat. Stellt der Kl., wie vorliegend, einen (echten) Hilfsantrag unter der Bedingung, dass der Hauptantrag unzulässig oder unbegründet ist, darf über den Hilfsantrag erst entschieden werden, wenn der Hauptantrag abgewiesen ist oder sich anderweitig erledigt hat (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 650 [651]; NJW 1996, 3147 [3150]; Reichold, in: Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 260 Rdnr. 17; vgl. auch: Stein/Jonas/Schumann, ZPO, 21. Aufl., § 260 Rdnr. 22). Dabei ist das Eventualverhältnis aber nicht darauf beschränkt, dass der Hauptantrag wegen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit abgewiesen wird. Einer Abweisung des Hauptantrags als unzulässig oder unbegründet steht der Fall gleich, dass es wegen einer Erledigungserklärung zu keiner Entscheidung über den Hauptantrag kommt. In einem derartigen Fall trägt der Kl. durch Abgabe der Erledigungserklärung nur dem Umstand Rechnung, dass der aus seiner Sicht ursprünglich zulässige und begründete Hauptantrag nachträglich gegenstandslos geworden ist. Ansonsten bliebe dem Kl., wenn er, wie im Streitfall, nach wie vor eine Entscheidung über den Hilfsantrag

begehrt, nur die Möglichkeit, trotz Erledigung des in erster Linie geltend gemachten Hauptantrags diesen Antrag weiterzuverfolgen und eine Abweisung des Hauptantrags hinzunehmen. Es besteht aber keine Veranlassung, dem Kl. im Falle einer Erledigung des Hauptantrags die Möglichkeit der Erledigungserklärung zu versagen, wenn er eine Entscheidung über den Hilfsantrag erreichen möchte.

II. Kein Unterlassungsanspruch der Kl. nach § 1 UWG wegen unterlassener Widerrufsbelehrung

Der mit dem Hilfsantrag verfolgte Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG wegen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht nach §§ 312 d, 355, 356 BGB besteht jedoch nicht. Es fehlt an der für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen Begehungsgefahr. Zum Zeitpunkt der beanstandeten Verletzungshandlungen im Frühjahr 1999 und Mai 2000 galt die Bestimmung des § 312d BGB noch nicht, die erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz eingeführt worden ist. Auch die Vorschrift des § 3 FernAbsG, die in der Zeit vom 30. 6. 2000 bis 31. 12. 2001 gegolten hat und an deren Stelle § 312 d BGB getreten ist, war zum Zeitpunkt der in Rede stehenden Verletzungshandlungen noch nicht in Kraft. Ein auf eine Erstbegehungsgefahr gestützter Unterlassungsanspruch besteht jedoch nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in der näher bezeichneten Weise verhalten. Dazu reicht allein, dass sich ein Bekl. gegen die Klage verteidigt und dabei die Auffassung äußert, zu dem beanstandeten Verhalten berechtigt zu sein, nicht aus, eine Erstbegehungsgefahr zu begründen, wenn nicht den Erklärungen die Bereitschaft zu entnehmen ist, sich unmittelbar oder in naher Zukunft auch in der beanstandeten Weise zu verhalten (vgl. BGH, GRUR 2001, 1174 [1175] = WRP 2001, 1076 — Berühmungsaufgabe; NJW 2003, 1932, Umdr. 5. 12 — Abonnementvertrag). Anhaltspunkte dafür, das die Bekl. die seit dem 1. 1. 2002 bestehende Belehrungspflicht nach § 312 d BGB nicht erfüllt, sind nicht vorgetragen oder sonst ersichtlich.

C. Kostenentscheidung in diesem Verfahren

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 I, 91 a, 92 I ZPO.

Im Hinblick auf die übereinstimmenden Teilerledigungserklärungen ist nach § 91 a ZPO zu entscheiden, von wem die auf den erledigten Teil der Hauptsache entfallenden Kosten des Rechtsstreits zu tragen sind. In Bezug auf den in erster und zweiter Instanz verfolg-

ten Klageantrag zu 1, den die Parteien in der Berufungsinstanz bereits übereinstimmend für erledigt erklärt haben, bleibt es bei der Kostenentscheidung des BerGer., nach der die auf diesen Antrag entfallenden Kosten des Rechtsstreits von der Bekl. zu tragen sind. Die auf den Klageantrag zu II entfallenden Kosten hat die Kl. mit Ausnahme derjenigen Kosten zu tragen, die bis zur Antragstellung in der ersten mündlichen Verhandlung entstanden sind. Der mit dem Klageantrag zu II verfolgte Unterlassungsanspruch bestand nach Klageerhebung (20. 9. 2000) bis zum 30. 9. 2000. Er entfiel jedoch auf Grund der Änderung des Verbraucherkreditgesetzes zum 1. 10. 2000. Der Verkehr versteht die Angaben der Bekl. als ein Angebot zu einem fortlaufenden Warenbezug. Anders als die Revision meint, kommt der Vertrag nicht jeweils über die einzelne Lieferung mit Ablauf der 14-tägigen Rückgabefrist zu Stande. Denn die Bekl. geht in ihren Unterlagen selbst von einem 14-tägigen Widerrufsrecht aus. Eines Widerrufs bedarf es nur, wenn vorher schon eine Verpflichtung des Kunden zum fortlaufenden Bezug zu Stande gekommen ist. Nach der bis zum 30. 9. 2000 geltenden Rechtslage bestand danach eine Verpflichtung der Bekl. zur Widerrufsbelehrung nach §§ 2 Nr. 2, 7 VerbrKrG a. F.

In der Zeit vom 1. 10. 2000 bis 31. 12. 2001 sah § 8 II 1 VerbrKrG n. F. einen Vorrang des Widerrufsrechts nach dem Fernabsatzgesetz für finanzierte Fernabsatzverträge vor, es sei denn, dem Verbraucher stand auf Grund des Fernabsatzgesetzes kein Widerrufsrecht und kein Rückgaberecht zu, § 8 II 2 VerbrKrG n. F. Da § 2 VerbrKrG n. F. auch § 8 VerbrKrG n. F. für anwendbar erklärte, kam die Bestimmung des § 8 II VerbrKrG n. F. für die in § 2 VerbrKrG n. F. angeführten Verträge zur Anwendung, ohne dass es sich um finanzierte Verträge handeln musste. Danach waren im Streitfall in der Zeit vom 1. 10. 2000 bis 31. 12. 2001 die Bestimmungen über das Widerrufsrecht nach dem Fernabsatzgesetz einschlägig und nicht die Regelungen des Verbraucherkreditgesetzes. Für die Zeit ab 1. 1. 2002 sieht § 505 II Nr. 2 BGB ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB vor, über das der Verbraucher zu belehren ist. Im Streitfall ist die Anwendung des § 505 I 1 BGB nach § 505 I 2 und 3 i. V. mit § 491 II Nr. 1 BGB ausgeschlossen, weil bis zum frühestmöglichen Kündigungszeitpunkt das Verpflichtungsvolumen von 2000 nicht überschritten wurde. Nach dem zwischen den Parteien unstreitigen Sachverhalt betrug der Preis des Startpakets 9,95 DM zuzüglich 4,90 DM Porto und Verpackung und der Folgelieferungen zwischen 12,95 DM und 42,70 DM oder 48,65 DM.

Standort: Mietrecht**Problem: Kautionsherausgabe durch Zwangsverwalter**

BGH, URTEIL VOM 16.07.2003
VIII ZR 11/03 (NJW 2003, 3342)

Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren musste der BGH zu der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage Stellung nehmen, ob der Zwangsverwalter einer Mietwohnung gegenüber dem Mieter zur Herausgabe einer geleisteten Kautions auch dann verpflichtet ist, wenn er sie nicht zuvor vom Vermieter erlangt hat. Nach § 572 S. 2 BGB a.F. ist der Erwerber eines vermieteten Grundstücks / Wohnraums nur dann verpflichtet gewesen, eine vom Mieter an den früheren Vermieter gezahlte Kautions nach Fälligkeit (zurück) zu bezahlen, wenn der frühere Vermieter ihm die Sicherheitsleistung ausgehändigt oder der Erwerber gegenüber dem früheren Vermieter die Verpflichtung zur Rückgewähr übernommen hatte. Eine direkte Anwendung auf den Zwangsverwalter scheidet aus, da es zu keiner Veräußerung des Grundstücks im Rahmen der Zwangsverwaltung kommt. Jedoch steht in der Jurisprudenz die Frage einer analogen Anwendung von § 572 S. 2 BGB im Raum, die vom BGH mit dieser Entscheidung verneint wird, jedenfalls für die Vertragsverhältnisse über Wohnraummiete. Gegen eine analoge Anwendung von § 572 S. 2 BGB a.F. spricht, dass durch die Beschlagnahme nach § 148 II ZVG, anders als bei der Zwangsversteigerung, kein Eigentumswechsel und kein Rechtsübergang stattfindet, sondern dem Eigentümer lediglich die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird. Der Zwangsverwalter handelt zwar im eigenen Namen, aber doch für Rechnung des Schuldners/ Vermieters und hat dessen Rechte wahrzunehmen und Verpflichtungen zu erfüllen. Jedoch erkennt der BGH eine Verantwortlichkeit des Zwangsverwalters für die erbrachte Mietkaution aus einer anderen Vorschrift. Der Zwangsverwalter hat im Rahmen des § 152 II ZVG durch die Beschlagnahme die Verwaltung bezüglich der in dem Mietvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Mieter begründeten Rechte und Pflichten übernommen. Die Verwaltungs- und Erfüllungspflicht des Zwangsverwalters schließt die Kautionsabrede als Bestandteil des Mietverhältnisses daher ein.

Dabei sieht sich der BGH durch die Neuregelung in § 566a BGB im Rahmen des Mietrechtsreformgesetzes bestätigt. Nach dieser Vorschrift tritt der Erwerber eines Grundstücks in die Rückgabepflicht einer vom Wohnraummieter hingegebenen Kautions nunmehr ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Kautions ausgefolgt worden ist; dasselbe gilt gem. § 57 ZVG nunmehr für

die Zwangsversteigerung. Im Falle der Zwangsverwaltung ist daher nicht anders zu entscheiden.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil kombiniert ein klassisches Problem im Mietrecht mit dem Zwangsvollstreckungsrecht, beides examensrelevante Themengebiete, sodass die Lektüre zur Prüfungsvorbereitung geeignet ist.

Der Streit um die Rückzahlung der Mietkaution nach Beendigung des Mietverhältnisses ist ein Dauerbrenner in der Praxis und wird vor allem dann interessant, wenn die Person des Vermieters infolge Veräußerung gewechselt hat (§ 566 BGB n.F.). Nach der Neuregelung in § 566a BGB n.F. tritt der Erwerber einer vermieteten Wohnung auch bezüglich der Pflicht zur Rückzahlung der Mietkaution in die Stellung des ursprünglichen Vermieters, unabhängig davon ob er die Mietkaution auch tatsächlich vom früheren Vermieter erhalten oder nicht. Der Gesetzgeber hat für den Bereich der Wohnraummiete durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001 in § 566 a S. 2 BGB jetzt die Interessen des Mieters insoweit vorrangig berücksichtigt, dass der frühere Vermieter subsidiär gleichfalls zur Rückzahlung verpflichtet bleibt.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietkaution wird dann noch um so interessanter, wenn die Veräußerung nicht rechtsgeschäftlich, sondern - wie in diesem Fall - auf einen Hoheitsakt der Zwangsvollstreckung beruht.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Thematik: *OLG Hamburg*, NJW-RR 2002, 878; *Alff*, RPfleger 2002, 216; *Berger*, LMK 2003, Heft 11

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Das vermietete Geschäftslokal"
- Assessorkurs*: "Die Zwangsverwaltung"

Leitsatz:

Der Zwangsverwalter einer Mietwohnung ist dem Mieter gegenüber, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, zur Herausgabe einer von diesem geleisteten Kautions verpflichtet, selbst wenn der Vermieter dem Zwangsverwalter die Kautions nicht ausgefolgt hat. Dies gilt auch dann, wenn für die Verpflichtungen des Zwangsverwalters die Vorschriften des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. 6. 2001 noch nicht heranzuziehen sind.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die Herausgabe der von den Kl. an ihren vormaligen Vermieter geleisteten Kautions. Die Kl. waren auf Grund eines 1997 geschlossenen Vertrags Mieter eines Reihenhauses. In Erfüllung ihrer dabei übernommenen Pflicht zahlten sie 2180DM (= 1114,62 Euro) Kautions an den Vermieter und Eigentümer. Der Bekl. übernahm das Grundstück durch Beschlagnahme vom 15. 6. 1999 als Zwangsverwalter. Die geleistete Kautions wurde nicht an ihn ausgekehrt. Nach Beendigung des Mietverhältnisses verlangten die Kl. vom Zwangsverwalter vergeblich die Rückzahlung der Kautions.

Das AG hat die Klage zurückgewiesen, die Berufung der Kl. führte zur antragsgemäßen Verurteilung des Bekl. Die — zugelassene — Revision ist ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:*A. Anzuwendendes Recht*

Es kann dahingestellt bleiben, ob die Frage einer Verpflichtung des Zwangsverwalters von Wohnraum zur Rückzahlung eines Kautionsbetrags, der ihm von dem Vermieter nicht ausgehändigt worden ist, schon nach der durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001 für die Zeit ab 1. 9. 2001 geschaffenen neuen Rechtslage oder noch nach den früheren Vorschriften zu beurteilen ist. Das BerGer. hat das Mietrecht in seiner alten Fassung angewandt und eine entsprechende Heranziehung des § 572 S. 2 BGB, der einer Rückzahlungspflicht des Zwangsverwalters entgegensteht, zu Recht verneint. Da bei einer Analogie zu § 566 a BGB, der Nachfolgebestimmung zu § 572 BGB a. F., nunmehr eine Erstattungspflicht des Zwangsverwalters gegeben ist (vgl. Gather in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 566 a Rdnr. 20), auch wenn der Vermieter den Kautionsbetrag einbehalten hatte, kommt es nicht darauf an, ob bei einem Eigentumswechsel vor dem 1. 9. 2001 — dementsprechend bei einer vor diesem Zeitpunkt angeordneten Zwangsverwaltung — das Mietrecht in seiner früheren oder in der neuen Fassung gilt (vgl. hierzu Palandt/Weidenkaff, BGB, 62. Aufl., § 566 a Rdnr. 1 m. w. Nachw.; Gather, in: Schmidt-Futterer, § 566 a Rdnr. 4).

B. Zur analogen Anwendung von § 572 S. 2 BGB a.F.

Die Revision nimmt die zutreffenden Ausführungen des BerGer. dazu hin, dass eine direkte Anwendung des § 572 S. 2 BGB a. F. über § 146 I ZVG ausscheidet. Sie meint aber, § 572 S. 2 BGB a. F. sei analog anzuwenden. Deshalb sei der Zwangsverwalter nur dann verpflichtet, eine vom Mieter an den Vermieter gezahlte Kautions nach Fälligkeit (zurück) zu bezahlen, wenn

der Vermieter ihm die Sicherheitsleistung ausgehändigt oder der Zwangsverwalter gegenüber dem Vermieter die Verpflichtung zur Rückgewähr übernommen habe. Im Streitfall sei beides nicht geschehen. Der Zwangsverwalter schulde den Kl. daher nicht die Zahlung des entsprechenden Betrags.

Die Berechtigung einer solchen Analogie ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten (für eine Analogie z.B.: LG Mannheim, NZM 2000, 656; LG Berlin, NJW 1978, 1633; Voelskow, in: MünchKomm, 3. Aufl. [1995], § 572 Rdnr. 9; abl. dagegen: OLG Hamburg, NJW-RR 2002, 878; Stenzel, MietR, 3. Aufl. [1988], III Rdnr. 239; Gather, in: Schmidt-Futterer, MietR, 7. Aufl. [1999], § 572 Rdnr. 20; Blank/Börstinghaus, Miete, § 572 Rdnr. 26). Jedenfalls für die Vertragsverhältnisse über Wohnraummiete ist § 572 S. 2 BGB a. F. nicht heranzuziehen. Gegen eine analoge Anwendung von § 572 S. 2 BGB a. F. spricht, dass durch die Beschlagnahme nach § 148 II ZVG, anders als bei der Zwangsversteigerung, kein Eigentumswechsel und kein Rechtsübergang stattfindet, sondern dem Eigentümer lediglich die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzogen wird. Der Zwangsverwalter handelt zwar im eigenen Namen, aber doch für Rechnung des Schuldners/ Vermieters und hat dessen Rechte wahrzunehmen und Verpflichtungen zu erfüllen.

C. Erfüllungspflicht gem. § 152 II ZVG bezüglich Mietkaution

Scheidet eine analoge Anwendung von § 572 S. 2 BGB a. F. aus, hat der Bekl. als Zwangsverwalter im Rahmen des § 152 II ZVG durch die Beschlagnahme die Verwaltung bezüglich der in dem Mietvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Kl. begründeten Rechte und Pflichten übernommen. Die Verwaltungs- und Erfüllungspflicht des Zwangsverwalters schließt die Kautionsabrede als Bestandteil des Mietverhältnisses daher ein (vgl. Senat, NJW 2003, 2320 = NZM 2003, 473 = WuM 2003, 390, zur Rückzahlung nicht verbrauchter Nebenkosten).

I. Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung

Soweit dem Urteil des Senats vom 20. 9. 1978 (JZ 1978, 799 = WuM 1978, 1326 [unter 2a aa]) zu entnehmen ist, § 152 II ZVG erfasse die mietvertragliche Kautionsabrede nicht, wird daran nicht mehr festgehalten. Der Senat ist auch im Hinblick auf das Urteil des BGH vom 24. 3. 1999 (BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 = NZM 1999, 496) nicht gehalten, das Verfahren nach § 132 II 3 GVG einzuleiten. Die Entscheidung des XII. Zivilsenats des BGH äußert sich (BGHZ 141, 160 [166] = NJW 1999, 1857 NZM 1999, 496) zum Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag nach § 571 I

BGB a. F. und damit zur Reichweite der Vertragsübernahme sowie zum Umfang der von ihm zu übernehmenden Pflichten; die Entscheidung beruht auf der Anwendung der Vorschriften der §§ 571, 572 BGB a.F., die gem. § 57 ZVG unmittelbar zwar für den Erwerb in der Zwangsversteigerung, nicht aber für die Übernahme der Verwaltung durch den Zwangsverwalter heranzuziehen sind. Wie dargetan, hat der Senat im Streitfall über den Umfang der nach § 152 II ZVG auf von dem Zwangsverwalter zu übernehmenden Pflichten im Rahmen der ihm obliegenden Verwaltung des Grundstücks des Schuldners zu entscheiden.

II. Keine ungerechtfertigte Gläubigerbegünstigung zugunsten des Mieters

Dadurch, dass die Pflichten aus der Kautionsabrede in die Erfüllungspflichten des Zwangsverwalters einbezogen und diese nicht auf die mit der Gebrauchsgewährungspflicht unmittelbar zusammenhängenden Pflichten begrenzt werden, wird allerdings der Mieter den anderen Gläubigern des Vermieters gegenüber begünstigt (Wolf/Eckert/Ball, Rdnr. 1535), die aus dem verwalteten Vermögen Befriedigung suchen können. Hat der Vermieter dem Zwangsverwalter die Kautionssumme nicht ausgehändigt, wird die Haftungsmasse, die den anderen Gläubigern zur Verfügung steht, geschmälert. Dies ist aber wegen des einer Treuhand ähn-

lichen Verhältnisses zwischen Mieter und Vermieter im Hinblick auf die Gewährung der Kautionsleistung gerechtfertigt und vom Gesetzgeber gewollt (OLG Hamburg, NZM 2003, 474 = NJW-RR 2002, 878; a. A. LG Köln, NJW-RR 1991, 80).

D. Zur Neuregelung in § 566 a BGB

Wie dargetan, hat der Bkl. bei einer Heranziehung der Vorschrift des § 566a BGB, die an die Stelle des § 572 BGB a. F. getreten ist, den Kautionsbetrag ebenfalls zu erstatten, obwohl ihm der Vermieter diese Summe nicht ausgehändigt hat. Der Gesetzgeber hat für den Bereich der Wohnraummiete durch das Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001 in § 566 a S. 2 BGB jetzt die Interessen des Mieters vorrangig berücksichtigt. Nach dieser Vorschrift tritt der Erwerber eines Grundstücks in die Rückgabepflicht einer vom Wohnraummieter hingegebenen Kautionsleistung ohne Rücksicht darauf, ob ihm die Kautionsleistung ausgefolgt worden ist; dasselbe gilt gem. § 57 ZVG nunmehr für die Zwangsversteigerung. Im Falle der Zwangsverwaltung ist daher nicht anders zu entscheiden, wenn bereits die Vorschriften des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. 6. 2001 anzuwenden sind (Gather, in: Schmidt-Futterer, § 566a BGB Rdnr. 20).

Standort: Bereicherungsrecht

Problem: Entreicherung bei Geschäftsunfähigen

BGH, URTEIL VOM 17.01.2003
V ZR 235/02 (NJW 2003, 3271)

Problemdarstellung:

In diesem Fall musste der BGH zu der Frage Stellung nehmen, ob und wann ein Geschäftsunfähiger sich auf den Einwand der Entreicherung gem. § 818 III BGB berufen kann bzw. ob ihn im Prozess auch die entsprechende Darlegungs- und Beweislast dafür trifft.

Der BGH stellt dabei zunächst fest, dass bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unwirksamer Verträge die Saldotheorie zugunsten des Geschäftsunfähigen keine Anwendung findet, sodass er nicht das Risiko der zwischenzeitlichen Entreicherung trägt (st.Rspr.: BGHZ 126, 105).

Dann trifft der BGH Ausführungen, wann bei einer erlangten Geldleistung Entreicherung durch Verbrauch eintreten kann. Es ist festzuhalten, dass der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs ggf. zum Wegfall der Bereicherung führen kann (vgl. BGHZ 118, 383 = NJW 1992, 2415; BGH, NJW 2000, 740). Das setzt jedoch voraus, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewen-

det wurde und nicht in anderer Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist (BGH, NJW 1984, 2095; BGHZ 118, 383 [386]).

Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislastverteilung im Prozess obliegt - nach den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (vgl. BGHZ 118, 383) - dem Bereicherungsschuldner die Darlegung der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände. Es ist auch nicht eine Ausnahme für den Fall zu machen, dass der Schuldner bei dem Empfang der Leistung geschäftsunfähig war. Die Geschäftsunfähigkeit hat auf die Regeln zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast keinen Einfluss. Dadurch wird der Geschäftsunfähige auch nicht unbillig benachteiligt. Sein gesetzlicher Vertreter ist eher in der Lage, den Verbleib des Empfangenen aufzuklären und festzustellen, ob dessen Wert im Vermögen verblieben ist, als der Bereicherungsgläubiger.

Prüfungsrelevanz:

Auch in diesem Urteil werden zwei klassische The-

mengebiete der Juristischen Staatsexamensprüfung angesprochen und wiederholt, sodass die Lektüre dieser Entscheidung aufgrund der Prüfungsrelevanz der Thematik empfehlenswert ist.

Zum einen wird bereicherungsrechtlich die Rückabwicklung eines Vertrages mit einem Geschäftsunfähigen besprochen, wo die vorherrschende Saldotheorie eine Ausnahme zum Schutze desselben erfährt und vielmehr die strenge Zwei-Konditionen-Theorie zur Anwendung kommt. Derjenige, mit dem der Geschäftsunfähige kontrahiert hat, bleibt ihm — abweichend von den Regelungen der Saldotheorie — zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet, auch wenn der von ihm empfangene Gegenstand untergegangen ist. In diesem Zusammenhang werden auch die Anforderungen an einen Entreichungseinwand gem. § 818 III BGB näher beleuchtet; es wird vor allem klar gestellt, dass für eine Entreichung sich keinerlei Vermögensverbesserung - egal in welcher Form - noch beim Bereicherungsschuldner befinden darf.

Zum anderen wird in diesem Urteil die Frage nach der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Zivilprozess angesprochen. Aufgrund des Verhandlungs- bzw. Beibringungsgrundsatzes sind im Zivilprozess die Parteien selbst dafür verantwortlich, dem Gericht den notwendigen Tatsachenstoff vollständig und schlüssig darzulegen und die ggf. dazu erforderlichen Beweismittel zu beschaffen. Dabei gilt der einfache Grundsatz, dass jede Partei die Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnorm jeweils darlegen und beweisen muss. Folglich muss der sich auf § 818 III BGB berufende Bereicherungsschuldner den Eintritt der Entreichung in seinem Vermögen darlegen und notfalls auch beweisen können.

Vertiefungshinweis:

Zur Neuregelung von § 105a BGB: *Casper*, NJW 2002, 3425

Kursprogramm:

Examenskurs: "Flugreise eines Minderjährigen"

Leitsätze:

- Beruft sich ein Geschäftsunfähiger auf den Wegfall der Bereicherung, so obliegt ihm, nicht anders als einem Geschäftsfähigen, die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände.**
- Der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs kann zum Wegfall der Bereicherung führen; Voraussetzung ist aber, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewendet wurde und nicht in anderer**

Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist.

Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 9. 10. 1998 erwarben die Kl. von dem Bekl. ein Grundstück zu einem Kaufpreis von 200 000 DM. Da der Bekl. bei Abschluss des Vertrags, und darüber hinaus bis Mitte 1999, geschäftsunfähig war, verlangte er Grundbuchberichtigung Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises und er wirkte ein entsprechendes Anerkenntnisurteil gegen die Kl. Auf die Rückzahlungsverpflichtung erbrachte der Bekl. eine Teilleistung über 166 000 DM und rechnet in Höhe eines weiteren Teilbetrags auf. Die Restforderung, die die Kl. mit 13 873 DM errechnet haben, ist Gegenstand der Klage, Zug um Zug gegen Zustimmung zur Grundbuchberichtigung. Der Bekl. beruft sich auf den Wegfall der Bereicherung. Er hat dazu in den Tatsacheninstanzen vorgetragen, der noch offene Betrag sei in seinem Vermögen nicht mehr vorhanden. Es sei davon auszugehen, dass er anderweitig verausgabte bzw. für Aufwendungen des täglichen Bedarfs sowie für die Begleichung von Arzt- und Krankenhausrechnungen ausgegeben worden sei. Näheres lasse sich nicht mehr aufklären.

Das LG hat der Klage in Höhe von 13 037,40 DM nebst Zinsen stattgegeben. Die Berufung des Bekl. und seine Revision sind ohne Erfolg geblieben.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hält den Sachvortrag des Bekl. zur Begründung des § 818 III BGB nicht für ausreichend. Seine damalige Geschäftsunfähigkeit befreie ihn nicht von der dem Bereicherungsschuldner obliegenden Darlegungslast hinsichtlich der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision

I. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast

Ohne Rechtsfehler — und von der Revision auch nicht in Frage gestellt — geht das BerGer. davon aus, dass dem Bekl. als Bereicherungsschuldner die Darlegung der den Wegfall der Bereicherung begründenden Umstände obliegt. Von diesem allgemein anerkannten Grundsatz (BGHZ 118, 383 [387f.]; NJW 1999, 1181; Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl., § 818 Rdnr. 55; Staudinger/Lorenz, BGB, 1999, § 818 Rdnr. 48) ist auch nicht für den hier vorliegenden Fall eine Ausnahme zu

machen, dass der Schuldner bei dem Empfang der Leistung geschäftsunfähig war (so aber wohl KG, OLGE 22, 356, vermischt mit der Frage, ob der Geschäftsunfähige überhaupt etwas erlangt habe). Die Geschäftsunfähigkeit hat auf die Regeln der Darlegungs- und Beweislast keinen Einfluss. Der Geschäftsunfähige wird im Rechtsverkehr dadurch geschützt, dass er Rechtsgeschäfte selbst nicht wirksam tätigen kann (§§ 104, 105 BGB) und dass bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung unwirksamer Verträge die Saldotheorie keine Anwendung findet (BGHZ 126, 105 [107ff.] = NJW 1994, 2021; Senat, BGHZ 146, 298 [307ff.] = NJW 2001, 1127, jew. m.w. Nachw.). Damit trägt er nicht das Risiko, dass er die rechtsgrundlos empfangene Leistung nicht mehr herausgeben kann (BGHZ 126, 105 [108] = NJW 1994, 2021). Derjenige, mit dem er kontrahiert hat, bleibt ihm — abweichend von den Regelungen der Saldotheorie — zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet, auch wenn der von ihm empfangene Gegenstand untergegangen ist. Das ändert aber an den Regeln über die Darlegungs- und Beweislast nichts. Verlangt der Gegner, woran er durch den Ausschluss der Saldotheorie nicht gehindert ist, für den untergegangenen Gegenstand Wertersatz, § 818 II BGB, so ist es Sache des Geschäftsunfähigen, darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen, dass er durch die Leistung in seinem Vermögen nicht mehr bereichert ist (s. schon RG, JW 1917, 465; Baumgärtel/Strieder, § 818 BGB Rdnr. 13; Heimann-Trosien, in: RGRK, 12. Aufl., § 818 Rdnr. 51; Staudinger/Lorenz, § 818 Rdnr. 48). Dadurch wird der Geschäftsunfähige nicht unbillig benachteiligt. Sein gesetzlicher Vertreter ist eher in der Lage, den Verbleib des Empfangenen aufzuklären und festzustellen, ob dessen Wert im Vermögen verblieben ist, als der Bereicherungsgläubiger (Baumgärtel/Strieder, § 818 BGB Rdnr. 13; vgl. auch Erman/Westermann, § 818 Rdnr. 53).

II. Inhaltliche Anforderung an die Darlegung der Entreichung

Nicht zu beanstanden ist auch, dass das BerGer. annimmt, der Sachvortrag des Bekl. lasse eine schlüssige Darlegung des Wegfalls der Bereicherung in Höhe des geltend gemachten Restbetrags vermissen. Allerdings ist der Revision zuzugeben, dass der Verbrauch von Geld zur Bestreitung des allgemeinen Lebensbedarfs zum Wegfall der Bereicherung führen kann (vgl. für rechtsgrundlos empfangene Unterhaltszahlungen: BGH, NJW 1984, 2095 [2096]; BGHZ 118, 383). Das setzt jedoch voraus, dass das empfangene Geld restlos für die Lebensbedürfnisse aufgewendet wurde und nicht in anderer Form, etwa durch Bildung von Ersparnissen, durch Anschaffungen oder auch durch Tilgung von Schulden, noch im Vermögen vorhanden ist (BGH, NJW 1984, 2095; BGHZ 118, 383 [386]). Letzteres kommt hier nach dem eigenen, von der Revision in Bezug genommenen Vortrag des Bekl. in Betracht. Danach hat sein Betreuer unter anderem „allfällige Kosten wie zum Beispiel Krankenhaus- und Arztkosten“ beglichen, also Schulden getilgt, die der Bekl. hatte, und dadurch den Wert des Geleisteten im Vermögen erhalten. Dass es sich bei der Begleichung von Arzt- und Krankenhauskosten — wie die Revision meint — um Ausgaben zur Deckung des Lebensbedarfs handeln mag, steht dem nicht entgegen. Zu einem Wegfall der Bereicherung führen auch solche Ausgaben nur, wenn nicht anzunehmen ist, dass sie ansonsten mit anderen verfügbaren Mitteln bestritten worden wären (vgl. schon BGH, NJW 1984, 2095). Es liegt hier aber nahe, dass der Bekl., der sich nicht etwa auf Vermögenslosigkeit beruft, Arzt- und Krankenhausrechnungen auch ohne die rechtsgrundlos empfangene Kaufpreiszahlung beglichen hätte. Diese Möglichkeit räumt der Bekl.-Vortrag nicht aus.

*Strafrecht***Standort: §§ 211 f. StGB****Problem: Verhältnis der Tötungsdelikte**

BGH, URTEIL VOM 16.07.2003

2 STR 68/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte hatte einen Bekannten durch Versprechen der Zahlung eines Entgelts dazu bewegen wollen, ihren Ehemann zu töten, was der Bekannte auch versucht hatte. Das Landgericht hatte eine Verurteilung der Angeklagten wegen Anstiftung zum versuchten Mord abgelehnt, da sie nicht selbst habgierig gehandelt habe. Der BGH hob dieses Urteil auf; für die Frage der Habgier sei auf die Person des Haupttäters und nicht auf die der Anstifterin abzustellen.

Prüfungsrelevanz:

Der Streit um das Verhältnis der Tötungsdelikte und seine Auswirkung i.R.v. § 28 StGB stellen ein Standardproblem dar, dessen Kenntnis in beiden Examen als absolut selbstverständlich vorausgesetzt wird und das regelmäßig Gegenstand von Examensaufgaben ist.

Die herrschende Literatur geht insb. aufgrund der Struktur der Tatbestände von § 211 StGB und § 212 StGB davon aus, dass es sich beim Mord um eine Qualifikation des Totschlags handelt, so dass die Mordmerkmale strafschärfend wirken und somit auf die täterbezogenen Mordmerkmale (als besondere persönliche Merkmale) § 28 II StGB Anwendung findet. Der BGH hingegen sieht in Mord und Totschlag selbstständige Tatbestände mit der Folge, dass die Mordmerkmale strafbegründende Wirkung haben und somit auf die täterbezogenen Mordmerkmale § 28 I StGB anzuwenden ist (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Eser, Vor §§ 211 ff. Rn. 3 ff., § 211 Rn. 45 ff.).

Dies führt zu Folgendem: Verwirklicht der Haupttäter ein täterbezogenes Mordmerkmal, der Teilnehmer jedoch nicht, so wird nach der Rechtsprechung die Strafe des Teilnehmers gem. §§ 28 I, 49 I Nr. 2 StGB gemildert, nach der Literatur hingegen findet eine Tatbestandsverschiebung statt, so dass der Teilnehmer nur wegen Teilnahme am Totschlag bestraft wird. Verwirklicht nur der Teilnehmer ein täterbezogenes Mordmerkmal, der Haupttäter hingegen nicht, so kann die Rechtsprechung wegen des eindeutigen Wortlautes des § 28 I StGB den Teilnehmer nur wegen Teilnahme am

Totschlag bestrafen. Nach der Literatur erlaubt es der flexiblere Wortlaut des § 28 II StGB, eine Teilnahme am Mord anzunehmen (während der Haupttäter nur wegen Totschlags bestraft wird).

Nach diesem Verständnis der Systematik der Tötungsdelikte ist es nur konsequent, wenn der BGH die Entscheidung des Landgerichts, dass eine Anstiftung zum (versuchten) Habgiermord im vorliegenden Fall mit der Begründung abgelehnt hatte, die Anstifterin habe nicht selbst habgierig gehandelt und darauf hinweist, dass es - da es sich bei Habgier um ein täterbezogenes Merkmal handelt - für die Teilnahme an einem Habgiermord allein relevant ist, ob der Haupttäter aus Habgier handelt. Sofern die Teilnehmerin nicht selbst aus Habgier gehandelt hat, würde sich dies allenfalls (über § 28 I StGB) strafmildernd auswirken. Nach Auffassung der Literatur hingegen wäre es vollkommen korrekt, für das Vorliegen täterbezogener Mordmerkmale auf die Person des jeweiligen Beteiligten abzustellen.

Außerdem erwähnt der BGH noch, dass es bei einem versuchten Mord auch im Rahmen der Prüfung objektiver Mordmerkmale (wie z.B. Heimtücke) nicht darauf ankommt, ob diese objektiv gegeben sind, sondern nur, ob der Täter sich dies vorstellt. Dies müsste angesichts der Tatsache, dass beim Versuch sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale stets nur in der Tätervorstellung gegeben sein müssen, eigentlich selbstverständlich sein.

Auch gibt der BGH zu bedenken, dass bei einer Ehefrau, die ihren Mann aus dem Weg räumen will, um sich den im Falle einer Scheidung entstehenden Ausgleichsansprüchen ihres Mannes zu entziehen, eine Mittäterschaft zur Tötung auch dann in Betracht kommt, wenn diese an der eigentlichen Ausführungshandlung nicht beteiligt ist. Dies entspricht dem grundlegenden Verständnis des BGH von den Voraussetzungen der Täterschaft. Die Rechtsprechung folgt nämlich (wenn auch eingeschränkt) insofern der sog. Animus-Theorie und geht anders als die herrschende Literatur - die sog. Tatherrschaftslehre - nicht davon aus, dass für die Täterschaft eine zentrale Stellung im Tatgeschehen (Tatherrschaft) erforderlich ist, sondern stellt lediglich auf den Täterwillen (animus auctoris) ab, wobei der Tatherrschaft allenfalls indizielle Funkti-

on hierfür zukommt (vgl. den Überblick bei Joecks, § 25 Rn. 2 ff.).

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Verhältnis der Tötungsdelikte: *BGHSt* 1, 372; *StV* 1984, 69; 1987, 386; *NStZ-RR* 2002, 39; *Arzt*, *JZ* 1973, 681; *Küper*, *JZ* 1991, 761, 862, 910; *Küpper*, *JuS* 1991, 639; *Vietze*, *Jura* 2003, 394;

☐ Zu den Voraussetzungen der Täterschaft: *BGH*, *StV* 1983, 461; 1993, 474; 1994, 422; 1997, 411; 1998, 597; *Erb*, *JuS* 1992, 197; *Geerds*, *Jura* 1990, 175; *Hauf*, *NStZ* 1994, 263; *Herzberg*, *JZ* 1991, 856; *Puppe*, *NStZ* 1991, 571, *Roxin*, *JR* 1991, 206; *Stein*, *StV* 1993, 411;

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Peter und Paul"

Leitsätze (der Redaktion):

Für die Bejahung des täterbezogenen Mordmerkmals der Habgier kommt es auf die Person des Haupttäters und nicht auf die des Teilnehmers an. Für letzteren sind seine Vorstellungen und Kenntnisse von der Motivation des Haupttäters maßgebend.

Sachverhalt:

Die Angeklagte und der Nebenkläger heirateten 1983 in Polen. 1987 siedelten sie in die Bundesrepublik Deutschland über, wo in demselben Jahr ihr Sohn M zur Welt kam. Im Laufe der Jahre verschlechterte sich das eheliche Klima. Das Zusammenleben nahm immer mehr den Charakter eines Ehekrieges an. Die Angeklagte, die selbst berufstätig war, gönnte sich einen bürgerlichen Lebensstil, der Nebenkläger dagegen lebte äußerst sparsam. Im Jahre 1996 erwarben sie gemeinsam eine Doppelhaushälfte. Bereits 1997 wurde über eine Ehescheidung gesprochen. 1999 trat die Angeklagte dem Gedanken einer Scheidung erneut näher. Ihr war allerdings bewusst, dass der Nebenkläger erbittert um das Eigentum am Haus kämpfen und sich einen Verzicht auf das gemeinsame Sorgerecht für den Sohn teuer bezahlen lassen würde. Ihr war klar, dass bei einer Scheidung ihr aufwendiger Lebensstil in Gefahr geraten würde. Die Angeklagte lernte im Rahmen ihrer geschäftlichen Tätigkeiten den Zeugen O kennen, von dem sie auch vom Zeugen L erfuhr, der mehrmals im Jahr nach Kiew fuhr. Ihr kam der Gedanke, die Fahrten des L nach Kiew für ihre Interessen auszunutzen. Sie beschloss, ihren Ehemann in Kiew beseitigen zu lassen, da sie die Mühen eines Scheidungsverfahrens und die zu erwartenden erheblichen finanziellen Einbußen nicht in Kauf nehmen wollte. L erklärte sich

etwa Mitte 2000 bereit, bei seiner nächsten Reise nach Kiew, die er Anfang Oktober 2000 plante, den Auftrag der Angeklagten auszuführen. Dazu, ob die Angeklagte ihre Vorstellung nur mit O erörterte oder ob sie durch Vermittlung des O unmittelbar Kontakt mit L aufnahm, hat die Kammer keine Feststellungen getroffen.

Die Angeklagte musste nun dafür Sorge tragen, dass der Nebenkläger sich zum selben Zeitpunkt in Kiew aufhalten würde wie L. Die Angeklagte versprach dem Nebenkläger Erstattung von Unkosten, eine Geldprämie und Übereignung ihres Hausanteils, wenn er - was frei erfunden war - eine äußerst wichtige geschäftliche Angelegenheit in Kiew für sie erledige. Sie besorgte für den Nebenkläger, der sich letztlich dazu bereit fand, ein Visum und Flugtickets. Am 12.10.2000 brachte sie den Nebenkläger zum Flughafen und teilte ihm mit, dass er ihren Geschäftspartner am Flughafen an einem Schild mit der Aufschrift "Kargo" erkennen würde.

L war bereits am 10.10.2000 in Kiew eingetroffen und hatte sich am Morgen eine Pistole Kaliber 7,65 mit fünf scharfen Patronen besorgt und diese in einem Gebüsch an einem einsamen Ort versteckt. Mit einem Papier mit der Aufschrift "Kargo" machte er am Flughafen den Nebenkläger auf sich aufmerksam. Als L vom Nebenkläger die Aushändigung von Reisepass und Ticket erbat, begann dieser misstrauisch zu werden. L nahm den Nebenkläger in seinem Auto mit, um ihn angeblich ins Hotel zu bringen. Als L in eine dunkle Seitenstraße abbog und dort anhielt unter dem Vorwand, er müsse "austreten", stieg auch der erneut misstrauisch gewordene Nebenkläger aus. L, der seine Pistole aus dem Gebüsch geholt und in seiner Jackentasche versteckt hatte, kam zurück und lief hinten um das Auto herum auf die Beifahrerseite zu. Das Misstrauen des Nebenklägers war jetzt "vollends geweckt". L zog die Pistole heraus und schoss zweimal in den Kopf des Nebenklägers. Der Nebenkläger konnte trotz seiner schweren Kopfverletzungen fliehen und sich in Sicherheit bringen.

L war zunächst hinter dem fliehenden Nebenkläger hergelaufen. Als ihm aber bewusst wurde, dass sein Opfer entkommen war, versteckte er die Pistole. Er konnte aber kurze Zeit später festgenommen werden. L wurde durch Urteil des Berufungsgerichts der Stadt Kiew rechtskräftig wegen versuchten Mordes zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren verurteilt.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag in Tateinheit mit gefähr-

licher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt.

Gegen dieses Urteil richteten sich die Revisionen der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft. Die Angeklagte rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechtes. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit der Sachrüge, dass eine Verurteilung wegen versuchten Mordes (in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) mit rechtsfehlerhafter Begründung abgelehnt worden sei.

Das Rechtsmittel der Angeklagten hat keinen Erfolg. Die vom Generalbundesanwalt vertretene Revision der Staatsanwaltschaft, die sich nicht gegen die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen wendet, greift in vollem Umfang durch.

II. Zur Revision der Staatsanwaltschaft

Das Rechtsmittel [der Staatsanwaltschaft] hat Erfolg.

Die Verurteilung nur wegen Anstiftung zum versuchten Totschlag (in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Schon bei der Verneinung der Mordmerkmale "Heimtücke" und "Habgier" weisen die Urteilsgründe durchgreifende Rechtsfehler auf.

Der Tatrichter hat zu seiner Ansicht, die Angeklagte habe den L nur zu einem versuchten Totschlag angestiftet, folgende Ausführungen gemacht: "Das Mordmerkmal der Heimtücke, von dem die Anklage ausgeht, ist nicht verwirklicht, da der Nebenkläger zur Zeit des Angriffs nicht arglos war. Wie aufgrund der Angaben des Nebenklägers festzustellen war, hatte bereits das Verhalten des L am Flughafen dessen Argwohn geweckt; die Fahrt zu der alten Tankstelle und erst recht das Anhalten in der dunklen P.-straße zum Zwecke des 'Austretens' hatten ihn wachsam und abwehrbereit gemacht. [Der Nebenkläger] hat insoweit angegeben, dass er in beiden Fällen deshalb aus dem Pkw ausgestiegen sei, weil er das Gefühl gehabt habe, außerhalb des Fahrzeugs besser auf etwaige Gefahren reagieren zu können. Die Tatsache, dass L, als er aus dem Gebüsch zurückkam, nicht zur Fahrer-, sondern zur Beifahrerseite gekommen sei, habe ihn alarmiert. [Der Nebenkläger] rechnete also mit einem Angriff und war reaktionsbereit, so dass nicht von Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausgegangen werden kann. Da es sich bei dem Mordmerkmal der Heimtücke um ein tatbezogenes Merkmal handelt, ist das Fehlen dieses Merkmals auch der Angeklagten zugute zu halten. Die Mordmerkmale der Habgier oder 'sonstige niedrige Beweggründe' können ebenfalls nicht als verwirklicht angesehen werden. Zwar handelte die Angeklagte in der Absicht, eine Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse durch die Folgen der Scheidung zu verhindern, jedoch kann dieses Motiv nicht einem über

die Gewinnsucht hinaus gesteigerten Gewinnstreben um jeden Preis gleichgesetzt werden. Entscheidend war für sie der Wunsch, für sich und ihren Sohn eine angenehme Existenzgrundlage zu erhalten. Der Umstand, dass auch die Sorge um das Wohl des Kindes Bestandteil ihrer Motivation war, verhindert auch die Annahme des Mordmerkmals der 'sonstigen niedrigen Beweggründe'."

1. Zum versuchten Heimtückemord

Die Verneinung des Mordmerkmals "Heimtücke" begegnet rechtlichen Bedenken.

Es kann dahinstehen, ob objektiv keine Heimtücke vorlag oder ob - wie die Staatsanwaltschaft meint -, ein heimtückisches Handeln des L gegeben ist, weil der Nebenkläger in einen Hinterhalt gelockt wurde (vgl. hierzu u.a. Tröndle/ Fischer StGB 51. Aufl. § 211 Rdn. 11 m.w.N.). Denn für die rechtliche Qualifizierung als versuchter Mord würde es genügen, dass der Haupttäter L glaubte, heimtückisch zu handeln (vgl. u.a. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 19).

Die Strafkammer hat aber die aufgrund des festgestellten Geschehensablaufs gebotene Würdigung des Umstandes unterlassen, dass L - was durch Verbergen der Waffe in der Jacke belegt ist - ersichtlich nach wie vor davon ausging, der Geschädigte rechne nicht mit einem Angriff gegen sich, und dass er dies zur Begehung seiner Tat ausnützen wollte. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafkammer unter Beachtung dieser Grundsätze bei L zur Annahme eines versuchten Heimtückemordes gelangt wäre. Es kann weiter nicht ausgeschlossen werden, dass die Angeklagte den entsprechenden Anstiftervorsatz hatte. Dieser muss die fremde Haupttat nicht in allen Einzelheiten, sondern nur in ihren Hauptmerkmalen erfassen. Ob entsprechende Merkmale der Tat dem Anstiftervorsatz zuzurechnen sind, hängt davon ab, ob die Rahmenvorstellung des Anstifters vom nachfolgenden Tatgeschehen dies umfasst (vgl. u.a. BGH NStZ 1996, 434, 435). Da die Angeklagte den Nebenkläger unter Verschleierungsmaßnahmen zum Tatort Kiew gelockt hatte, liegt nicht fern, dass sie den L vorsätzlich zu einer heimtückischen Tötung des Nebenklägers bestimmt hat.

2. Zur Habgier

Auch die Ablehnung des Mordmerkmals "Habgier" lässt Rechtsfehler erkennen.

Der Tatrichter stellt zur Verneinung einer "Habgier" ausschließlich auf die Angeklagte ab, die aber nicht als Täterin, sondern als Anstifterin verurteilt wurde. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Verhältnis des § 211 StGB zu § 212 StGB (vgl. u.a. BGHSt 22, 375; vgl. dazu auch Tröndle/Fischer

StGB § 211 Rdn. 4 und 40 jeweils m.w.N.) kommt es für die Bejahung des täterbezogenen Mordmerkmals der Habgier auf die Person des Haupttäters und nicht auf den Teilnehmer an. Für letzteren sind seine Vorstellungen und Kenntnisse von der Motivation des Haupttäters maßgebend. Das Landgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob der Haupttäter L habgierig handelte und die Angeklagte dies wusste. Das lag hier nahe. Denn die Tat eines für Geld gedungenen "Mörders" stellt sich regelmäßig als eine typische Erscheinungsform der Tötung aus Habgier dar (vgl. dazu BGHR StGB § 211 Abs. 2 - Habgier 1 m.w.N.). Die Angeklagte, die zum Nebenkläger einmal gesagt hat, sie kenne einen Mann, der für Geld Leute beseitige, hat nach eigenen Angaben "eine finanzielle Belohnung nach Erledigung des Auftrags zugesagt". Die Einlassung der Angeklagten, L habe die Tat nur aus Freundschaft zu O begehen wollen, hat sie anschließend dahin korrigiert, "der Mann, der nach Kiew gefahren sei, habe etwas dafür haben wollen, dass er den Auftrag übernommen habe".

3. Zur Mittäterschaft

Im übrigen drängen schon die bisherigen Feststellungen zur Erörterung einer Mittäterschaft der Angeklagten. Die Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft zur Anstiftung hat der Tatrichter in wertender Betrachtung der Gesamtumstände vorzunehmen (vgl. hierzu u.a. BGHSt 37, 289, 291). Da der Tatrichter nach den Urteilsgründen die Abgrenzungsfrage nicht bedacht hat, fehlen bereits Feststellungen zu bedeutsamen Umständen. Der Tatrichter hat zum Beispiel offen gelassen, ob die Angeklagte den geplanten Tatablauf in Kiew kann-

te und ob sie jemals selbst Kontakt mit L hatte. Entsprechende Feststellungen wird der neue Tatrichter zu treffen und dann die gebotene Wertung vorzunehmen haben. Er wird hierbei zu beachten haben, dass Mittäterschaft auch bei Tatbeiträgen nur im Vorfeld der Tatausführung in Betracht kommen kann.

4. Aufhebung des Urteils ohne Aufhebung der Feststellungen

Die aufgezeigten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des Urteils. Dies gilt auch hinsichtlich der - für sich rechtsfehlerfrei festgestellten - gefährlichen Körperverletzung, die mit dem versuchten Tötungsdelikt in Tateinheit steht (vgl. BGH, Beschl. vom 11. Februar 2003 - 4 StR 25/03; auch BGHR StPO § 353 Aufhebung 1).

Die Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen sind von den Rechtsfehlern jedoch nicht berührt und können daher bestehen bleiben. Ergänzende, nicht in Widerspruch stehende Feststellungen sind möglich.

5. Zur Strafmilderung gem. § 23 II StGB

Im Hinblick auf die Nähe zur Tatvollendung ist im Übrigen auch rechtlich bedenklich, dass der Tatrichter ohne jede Begründung von der Möglichkeit, wegen Versuch zu mildern (§§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB), Gebrauch gemacht hat.

6. Zurückverweisung

In Anbetracht des bisherigen Verfahrensganges hat der Senat die Sache - im Umfang der Aufhebung - an eine Schwurgerichtskammer eines anderen Landgerichts zurückverwiesen (§ 354 Abs. 2 Satz 1 StPO). [...]

Standort: § 266 StGB

Problem: Subjektiver Tatbestand

BGH, BESCHLUSS VOM 26.08.2003

5 STR 188/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Amtsdirektor eines Amtes in den neuen Bundesländern. In dieser Funktion kaufte er insb. für die kreisangehörigen Gemeinden einen Pritschenwagen und einen Pflug, die jedoch für die Gemeinden untauglich waren. Das LG hatte ihn deshalb wegen Untreue (§ 266 I StGB) verurteilt. Der BGH hob diese Verurteilung wieder auf, da dem Angeklagten der entsprechende Vorsatz nicht nachgewiesen werden konnte.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte (und somit auch § 266 StGB) stellen einen besonders beliebten Prüfungsstoff in beiden

Staatsexamen dar; da auch Irrtumsprobleme immer wieder gerne diskutiert werden, erscheint die vorliegend diskutierte Problematik von besonderer Examensrelevanz.

Bei § 266 I StGB handelt es sich um ein sehr kompliziert formuliertes Delikt, das eigentlich zwei selbstständige Tatbestände, den Missbrauchs- (§ 266 I 1. Fall StGB) und den Treuebruchtatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB), enthält (vgl. Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 2 ff.). Für beide Tatbestände ist erforderlich, dass der Täter dem Vermögen des Opfers Nachteil zufügt, was dann der Fall ist, wenn im Wege einer Gesamtsaldierung bei Vergleich des Vermögens des Opfers vor und nach der schädigenden Handlung festzustellen ist, dass sich das Vermögen vermindert hat (OLG Bremen, NStZ 1989, 228; LK-Schünemann, § 266 Rn. 136). Der Begriff des "Vermögensnachteils" i.R.v. § 266 I StGB entspricht

also dem des "Vermögensschadens" i.R.v. § 263 I StGB. Anders als bei § 263 I StGB ist allerdings für § 266 I StGB keine Bereicherungsabsicht erforderlich (vgl. BGH, wistra 1994, 95), so dass im Rahmen des subjektiven Tatbestands der Untreue nur ein (zumindest bedingter) Vorsatz bzgl. der objektiven Tatumstände, insb. auch bzgl. des Vermögensnachteils zu prüfen ist. Anders als bei § 274 I Nr. 1 StGB ist somit bei § 266 I StGB eine Nachteilszfügungsabsicht nicht erforderlich.

Wegen der relativ geringen Anforderungen an den objektiven Tatbestand des § 266 I StGB und aufgrund der Tatsache, dass diese Norm keine besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale aufweist, hat vor allem die Rechtsprechung stets betont, dass besonders strenge Anforderungen an den Nachweis der inneren Tatseite, insb. des Nachteilszfügungsvorsatzes zu stellen seien (BGH, wistra 2000, 60; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 59 mwN). Diese Rechtsprechung führt der BGH im vorliegenden Fall fort.

Vertiefungshinweise:

Zum subjektiven Tatbestand des § 266 I StGB: BGH, wistra 1994, 95; 2000, 60; Keller, JR 1983, 516; Nack, NJW 1980, 1602; Seier/Martin, JuS 2001, 874;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die Perlenkette"

Leitsätze (der Redaktion):

Der weite Rahmen des objektiven Tatbestandes der Untreue macht es erforderlich, strenge Anforderungen an den Nachweis der inneren Tatseite zu stellen. Dies gilt um so mehr, wenn nur bedingter Vorsatz in Frage steht. Der Täter muss sich nicht nur der Pflichtwidrigkeit seines Tuns, sondern auch und gerade des dadurch bewirkten Nachteils für das zu betreuende Vermögen bewusst sein.

Sachverhalt (vereinfacht):

Der Angeklagte war Amtsdirektor des Amtes Temnitz im Landkreis Ostprignitz-Ruppin.

Fall 1: Die Gemeindevertretung hatte beschlossen, ein Grundstück einer amtsangehörigen Gemeinde für 50.000 DM bei Einräumung eines 30jährigen Nutzungsrechts zu veräußern. Der Angeklagte veräußerte das Grundstück auch zu diesem Preis, stimmte dabei jedoch der Eintragung eines Nutzungsrechts zu Gunsten der Gemeinde von nur zehn Jahren zu.

Fälle 4 B, C und D: Während des Jahres 2000 nutzte der Angeklagte einen im Eigentum des Amtes stehenden Traktor 2000 wiederholt für eigene Zwecke, wobei er eine Nutzungsgebühr entrichtete, durch die al-

lerdings nur eine Nutzung von einer halben Stunde pro Tag abgegolten war.

Fälle 7 und 8: Der Angeklagte erwarb dann zum Einsatz in amtsangehörigen Gemeinden einen Pritschenwagen und einen Pflug mit treuhänderisch für die Gemeinden gebundenen Mitteln. Diese Gegenstände waren jedoch für die Gemeinden objektiv untauglich.

Aus den Gründen:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Vorteilsannahme und Untreue in neun Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge den im Beschlusstenor ersichtlichen Erfolg; im übrigen ist sie aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts vom 28. April 2003 unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

Der Angeklagte war Amtsdirektor des Amtes Temnitz im Landkreis Ostprignitz-Ruppin. In dieser Eigenschaft hat er nach den Feststellungen des Landgerichts zu Lasten des Amtes und der von diesem verwalteten Gemeinden Vermögensnachteile bewirkt und in einem Fall einen Vorteil gefordert.

1. Zu den Fällen 4 A, C und D

In den Fällen 4 B, 4 C und 4 D hat das Landgericht den Angeklagten wegen Untreue verurteilt, da er einen im Eigentum des Amtes stehenden Traktor während des Jahres 2000 wiederholt für eigene Zwecke genutzt hatte. Dies hält sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand. Schon die Annahme, der Angeklagte habe das Fahrzeug jeweils täglich länger als eine Stunde genutzt, erweist sich als bloße Vermutung, die die Schuldsprüche nicht tragen kann (vgl. BGH StV 2002, 235 m. w. N.). So führt die Strafkammer selbst aus, sie habe die täglichen Nutzungszeiten "nicht mehr überprüfen können". Lassen sich die Nutzungszeiten nicht mehr aufklären, muss zu Gunsten des Angeklagten davon ausgegangen werden, dass die von ihm geleistete Nutzungsgebühr eine ausreichende Kompensation für den Gebrauch des Fahrzeugs darstellt (vgl. BGH wistra 2002, 300, 301 m. w. N.) oder der Angeklagte zumindest davon ausging. Dies gilt auch im Blick auf die Ausführungen des Landgerichts zu einem Nachteil in Gestalt einer Vermögensgefährdung.

Da weitere Feststellungen auszuschließen sind, spricht der Senat den Angeklagten insoweit frei (vgl. BGH NJW 1999, 1562, 1564).

2. Zu Fall 1

Auch die Verurteilung im Fall 1 ist nicht frei von Rechtsfehlern. Die Strafkammer sieht den Missbrauchstatbestand als erfüllt an, da der Angeklagte ein

Grundstück einer amtsangehörigen Gemeinde für 50.000 DM veräußerte und dabei zu Gunsten der Gemeinde der Eintragung eines Nutzungsrechts von nur zehn Jahren zustimmte, obwohl die Gemeindevertretung den Verkauf zu diesem Preis bei Einräumung eines dreißigjährigen Nutzungsrechts beschlossen hatte.

Die diesen Feststellungen zugrundeliegende Beweiswürdigung ist lückenhaft und begründet einen sachlichrechtlichen Mangel. Nach den Urteilsgründen hat der Notar, der den Grundstückskaufvertrag und die Auflassung beurkundet hat, in eben dieser Urkunde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ein nur zehnjähriges Nutzungsrecht dem Beschluss der Gemeindevertretung widerspreche. Gerade vor dem Hintergrund der Einlassung des Angeklagten, er sei aufgrund von Äußerungen von Gemeinderatsmitgliedern davon ausgegangen, dass es zwischenzeitlich zu einem weiteren Gemeinderatsbeschluss und der Bewilligung der kürzeren Nutzungsdauer gekommen sei, hätte das Landgericht darlegen müssen, warum es gleichwohl - zumal erst über zwei Jahre später - zur Eintragung eines auf nur zehn Jahre befristeten Nutzungsrechts in das Grundbuch gekommen ist. Da die Revision insoweit schon mit der Sachrüge durchdringt, kann offenbleiben, ob sich das Gericht im Urteil nicht in Widerspruch zu der Begründung des Beschlusses gesetzt hat, mit dem die Vernehmung des Zeugen W als bedeutungslos abgelehnt worden ist (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 22).

3. Zu den Fällen 7 und 8 und zu den allgemeinen Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des § 266 StGB

Schließlich hat auch die Verurteilung des Angeklagten in den Fällen 7 und 8 keinen Bestand. Das Landgericht sieht den Treuebruchstatbestand darin erfüllt, daß der Angeklagte zum Einsatz in amtsangehörigen Gemeinden einen Pritschenwagen und einen Pflug mit treuhänderisch für die Gemeinden gebundenen Mitteln erworben hatte, obwohl diese Gegenstände für die Gemeinden objektiv untauglich gewesen wären. Nach ständiger Rechtsprechung macht der weite Rahmen

des objektiven Tatbestandes der Untreue erforderlich, strenge Anforderungen an den Nachweis der inneren Tatseite zu stellen. Dies gilt um so mehr, wenn nur bedingter Vorsatz in Frage steht und der Täter - wie hier - nicht eigennützig gehandelt hat (vgl. BGHSt 47, 295, 302; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 38 und 48, S. 9 mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Der Täter muss sich nicht nur der Pflichtwidrigkeit seines Tuns, sondern auch und gerade des dadurch bewirkten Nachteils für das zu betreuende Vermögen bewusst sein (BGH aaO).

Diesen Anforderungen wird das Urteil nicht gerecht. Die Ausführungen des Tatrichters zur subjektiven Tatseite erschöpfen sich darin, dass dem Angeklagten nicht habe nachgewiesen werden können, das Fahrzeug und den Pflug zur privaten Nutzung im Landwirtschaftsbetrieb seiner Ehefrau angeschafft zu haben. Die fehlenden Feststellungen lassen sich auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe herleiten. Insoweit kann vielmehr zu Gunsten des Angeklagten Bedeutung erlangen - was allerdings angesichts bislang unvollständiger Angaben zum Stand des damaligen Ermittlungsverfahrens nicht abschließend beurteilt werden kann -, dass der Angeklagte im Oktober 2000 den Wagen verkauft sowie den Pflug an sich genommen und den betroffenen Gemeinden die Anschaffungskosten vollständig ersetzt hat. Ungeachtet dieses Umstandes liegt ein vorsätzliches Handeln im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB aber schon nach den bisher getroffenen Feststellungen eher fern. Nach alledem erübrigt sich derzeit ein näheres Eingehen auf die Ausführungen des Revisionsführers, mit denen er insbesondere das Vorliegen eines Nachteils im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB in Abrede stellt.

4. Aufhebung des gesamten Strafausspruchs

Die Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen 1, 4 B, 4 C, 4 D, 7 und 8 zieht die Aufhebung des gesamten Strafausspruchs nach sich. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafen in den anderen Fällen durch die Höhe der aufgehobenen Strafen, darunter die Einsatzstrafe, zu Lasten des Angeklagten beeinflusst sind.

Standort: § 248 a StGB**Problem: Geringwertige Sache**

OLG HAMM, BESCHLUSS VOM 28.07.2003

2 Ss 427/03 (NJW 2003, 3145)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte bei einem Diebstahl 43 Tafeln Schokolade im Werte von je 1,- € erbeutet. Obwohl ein Strafantrag der bestohlenen Firma nicht vorlag, war er wegen Diebstahls verurteilt worden. Die Vorinstanzen waren davon ausgegangen, dass der Wert der Beute die Geringwertigkeitsgrenze des § 248 a StGB überschreite. Das OLG Hamm lehnte dies ab, was dennoch nicht zu einem Freispruch des Angeklagten führte, da mittlerweile das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht worden war (§ 248 a I 2. Fall StGB).

Prüfungsrelevanz:

Die Erforderlichkeit von Strafanträgen sind vor allem in Aufgaben im zweiten Staatsexamen von Bedeutung. Bei absoluten Antragsdelikten stellt die Stellung eines Strafantrags durch den Berechtigten eine Verfolgungsvoraussetzung dar (vgl. §§ 123 II, 247 StGB), die es im Gutachten vorrangig zu prüfen gilt. Auch bei relativen Antragsdelikten, bei denen der fehlende Antrag durch die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung kompensiert werden kann (vgl. §§ 248 a, 303 c StGB) ist es wichtig, festzustellen, ob ein Antrag erforderlich und - falls ja - gestellt ist, da ansonsten noch das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses geprüft werden muss. Auch im ersten Staatsexamen wird jedoch von den Bearbeitern erwartet, dass diese ggf. auf das Erfordernis eines Strafantrages hinweisen.

Besondere Bedeutung erlangt insofern der Begriff der "geringwertigen Sache", da gem. § 248 a StGB der Diebstahl einer solchen grds. nur auf Antrag verfolgt wird. Auch zahlreiche andere Vorschriften verweisen auf das Antragserfordernis des § 248 a StGB (vgl. §§ 263 IV, 263 a II, 266 II, 266 b II StGB). Auch für das Vorliegen eines besonders schweren Falles kann es relevant sein, ob sich die Tat auf eine geringwertige Sache bezieht (vgl. §§ 243 II, 263 IV StGB), wobei sich die Tat bei § 243 II StGB objektiv und subjektiv auf eine geringwertige Sache beziehen muss (BGH, NStZ 1987, 71; Schönke/Schröder-Eser, § 243 Rn. 52 ff.), während es i.R.v. § 248 a StGB nur auf die objektive Geringwertigkeit ankommt (BGHSt 6, 41; Tröndle/Fischer, § 248 a Rn. 2).

In der Vergangenheit war die herrschende Meinung, insb. die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass

eine Sache ab einem Wert von 50,00 DM (bzw. 25,00 €) nicht mehr geringwertig sei (OLG Düsseldorf, NStZ 1988, 220; Tröndle/Fischer, § 248 a Rn. 3, beide mwN). Das OLG Hamm zieht - letztlich als Folge der allgemeinen Teuerung - diese Grenze nunmehr bei 50,00 € (so bereits OLG Zweibrücken, StV 2000, 298).

Vertiefungshinweise:

Zu § 248 a StGB: *BayObLG*, NJW 2003, 2926; *OLG Düsseldorf*, NJW 1987, 1958; *OLG Zweibrücken*, StV 2000, 298; *Naucke*, NStZ 1988, 220

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der Chauffeur"

Leitsatz:

Die Grenze für die Geringwertigkeit einer Sache i.S. des § 248 a StGB liegt derzeit bei 50 Euro.

Aus den Gründen:*I. Entscheidungen der Vorinstanzen*

Das AG hat den Angeklagten wegen gemeinschaftlichen Diebstahls [...] zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist, verurteilt. Auf die Berufung des Angeklagten hin ist dieses Urteil durch das angefochtene Urteil abgeändert worden. Der Angeklagte ist nur noch zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden. Hiergegen wendet sich der Angeklagte nunmehr noch mit seiner Revision.

Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

II. Zum Vorliegen der Verfolgungsvoraussetzungen gem. § 248 a StGB

Die Revision des Angeklagten war nach § 349 II StPO auf Kosten des Angeklagten (§ 473 I StPO) als offensichtlich unbegründet zu verwerfen, da die Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung aufgrund der vom Angeklagten erhobenen Sachrüge Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht aufgezeigt hat. In diesem Zusammenhang kann die von der Revision aufgeworfene Frage, ob es sich bei der erzielten Beute von 43 Tafeln Schokolade im Wert von jeweils 1 Euro (noch) um eine "geringwertige Sache" i.S. des § 248 a StGB handelt, dahinstehen. Zwar ist von der geschädigten Firma der bei Bejahung der Eigenschaft einer "geringwertigen Sache" i.S. von § 248 a StGB erfor-

derliche Strafantrag nicht gestellt. Die GenStA hat jedoch in der Begründung ihres Verwerfungsantrags das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Das ist auch noch im Revisionsverfahren zulässig (vgl. BGHSt 16, 225 [226 f.] = NJW 1961, 2120; BGH bei Dallinger, MDR 1974, 546). damit sind die Prozessvoraussetzungen gegeben. Der Senat weist zudem ausdrücklich darauf hin, dass der Tatrichter die Vorschrift des § 47 StGB nicht übersehen hat, sondern die Strafzumessung dazu Ausführungen enthält.

III. Zum Begriff der "geringwertigen Sache" i.S.v. § 248 a StGB.

Für zukünftige Fälle weist der Senat auf Folgendes hin:

Die StrK und die GenStA haben sich für ihre Auffassung, dass es sich bei der Tatbeute von 43 Tafeln Schokolade im Gesamtwert von 43 Euro nicht um eine "geringwertige Sache" i.S. des § 248 a StGB gehandelt hat, auf die Kommentierung von Tröndle/Fischer (StGB, 51. Aufl., § 248 a Rdnr. 3) und die dort zitierte Literatur und die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 16.03.1987 (NJW 1987, 1958 = NStZ 1988, 220) bezogen. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Zwar ist es zutreffend, dass nach allgemeiner Meinung die Grenze der Geringwertigkeit in der Vergangenheit von den Gerichten in der Regel bei etwa 50

DM bzw. nun 25 Euro angenommen worden ist (vgl. nur die Nachw. bei OLG Düsseldorf, NJW 1987, 1958 = NStZ 1988, 220, und bei Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl., § 248 a Rdnr. 5 a). Insoweit handelt es sich jedoch durchweg um "ältere Rechtsprechung" (so auch Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 248 a Rdnr. 3), die teilweise noch aus dem Jahr 1981 stammt; auch die von der StrK und der GenStA in Bezug vorgenommene Entscheidung des OLG Düsseldorf ist vor mehr als 16 Jahren ergangen. Der Senat ist mit der Revision der Auffassung, dass diese Rechtsprechung unter Berücksichtigung der seitdem eingetretenen Kosten- und Preissteigerung als überholt anzusehen und die Grenze heute bei 50 Euro zu ziehen ist (so auch, allerdings ohne nähere Begründung, OLG Zweibrücken, NStZ 2000, 536 = StV 2000, 298).

Ebenso wie bei der Preisentwicklung und Kostensteigerung im Rahmen des § 142 StGB bei der Frage der Schadenshöhe und bei §§ 69 II Nr. 3, 69 a StGB bei der Frage des bedeutenden Schadens Rechnung zu tragen ist und in der Vergangenheit getragen worden ist, müssen diese Umstände, vor allem auch unter zusätzlicher Berücksichtigung der geänderten Wertvorstellungen in der Bevölkerung, bei der Bemessung der Geringwertigkeit einer Sache i.S. des § 248 a StGB Bedeutung erlangen.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Widerruf bei zweckgebundenen Mitteln**

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 13.06.2002
12 A 693/99 (NVwZ-RR 2003, 803)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um den Widerruf eines Subventionsbescheids, in dem die bewilligten Mittel einer Zweckbindung unterlagen. Tatbestandlich war zunächst zwischen den §§ 48 und 49 VwVfG abzugrenzen, wobei das Gericht mit der h.M. § 49 VwVfG trotz des gegenteiligen Wortlauts auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte anwendet. Hat sich dies für § 49 II VwVfG inzwischen weithin durchgesetzt, so kann nach Auffassung des OVG für den hier einschlägigen § 49 III VwVfG nichts anderes gelten.

Spannend war ferner die Frage, zu wessen Lasten es geht, wenn sich die Frage einer zweckwidrigen Verwendung, welche ja Widerrufsvoraussetzung nach § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG ist, nicht mehr klären lässt. Das OVG weist die Beweislast grds. der Behörde zu, macht hiervon jedoch eine Ausnahme, wenn gerade der Begünstigte durch sein Verhalten das "non liquet" zu vertreten hat. An Rande streift das Gericht schließlich noch die (streitige) Frage, ob die Zweckbindung im Verwaltungsakt selbst festgeschrieben sein muss (so die h.M. mit Blick auf den Wortlaut des § 49 III 1 Nr. 1 VwVfG) oder ob ein Hinweis auf bereits in Gesetzen, Richtlinien usw. enthaltene Zweckbestimmungen genügt.

Ausführlicher sind dann wieder die Ausführungen zum intendierten Ermessen. Danach sollen die Grundsätze einer wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung die Verwaltung in aller Regel zwingen, zweckwidrig verwendete Subventionen zu widerrufen und zurückzufordern (sogen. "intendiertes Ermessen").

Prüfungsrelevanz:

Fälle zum intendierten Ermessen haben momentan Hochkonjunktur. Bereits in RA 10/2003, S. 611 wurde über das Urteil des BayVGH vom 30.10.2002 berichtet, das § 48 II 4 VwVfG ein solches entnahm. Dort wie hier gehen die Gerichte davon aus, dass immer dann, wenn die Behörden einem intendierten Ermessen nachkommen, keine Begründung i.S. von § 39 VwVfG erforderlich ist. Nur in besonderen Ausnahmefällen (das OVG diskutiert in der nachfolgenden Entscheidung rein formelle Verstöße und drohende Existenzvernichtung, verneint aber beide) könne die Behörde

überhaupt vom intendierten Ermessen abgewichen werden.

Die einschlägige Materie, Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten nach §§ 48, 49 VwVfG, gehört zum Standardwissen eines jeden Examenkandidaten. Das Verhältnis der Vorschriften zueinander muss klar sein. Wie die vorliegende Entscheidung zeigt, unterwirft die h.M. zunächst auch rechtswidrige Verwaltungsakte dem Widerruf nach § 49 VwVfG. Liegen dessen (relativ enge) Voraussetzungen nicht vor, kommt § 48 VwVfG zur Anwendung.

Vertiefungshinweise:

Zum Widerruf eines Zuwendungsbescheids: *OVG Frankfurt/Oder*, NVwZ-RR 2002, 479

Zum intendierten Ermessen: *BayVGH*, RA 2001, 505 = NVwZ 2001, 931; RA 2003, 611 = BayVBl 2003, 530

Weitere aktuelle Fälle zur Aufhebung von Verwaltungsakten: *BVerwG*, RA 2000, 366 = NJW 2000, 1512; RA 2000, 241 = NVwZ-RR 2000, 196; RA 2001, 299 = NJW 2001, 1440; *OVG NRW*, RA 2000, 188 = NWVBl 2000, 105

Kursprogramm:

Examenskurs: "Stipendium"

Leitsätze:

1. Zu Lasten des Zuwendungsempfängers ist bei Nichterweislichkeit der Verwendung der Mittel auf Grund von Umständen aus seinem Verantwortungsbereich von einer zum Widerruf des Zuwendungsbescheides nach § 49 III 1 Nr. 1 NW-VwVfG ermächtigenden, nicht zweckentsprechenden Mittelverwendung auszugehen.

2. Bei Verfehlung des mit der Gewährung von öffentlichen Zuschüssen verfolgten Zwecks kann im Regelfall das Ermessen nur durch eine Entscheidung für den Widerruf fehlerfrei ausgeübt werden (im Anschluss an BVerwGE 105, 55).

Sachverhalt:

Der Kl. ist ein Verein, der in sozialen Brennpunkten der Stadt E. tätig war. Für einen der von ihm unterhaltenen Arbeitslosentreffs beantragte er in den Jahren 1989, 1990, 1991 und 1992 jeweils für das laufende Kalenderjahr Zuwendungen des Landes Nordrhein-Westfalen gemäß den Richtlinien über die Gewährung

von Zuwendungen zur Förderung von Arbeitslosenzentren und Arbeitslosentreffs. Mit Zuwendungsbescheiden vom 15.11.1989, 5.7.1990, 25.7.1991 und 3.7.1992 bewilligte das Landesversorgungsamt dem Kl. in Form der Festbetragsfinanzierung für das jeweilige Kalenderjahr einen Zuschuss in Höhe von 6.000 DM zur Verwendung für die Arbeitslosentreffs M.-Straße in E. Über die Verwendung der Mittel habe der Kl. alle Belege fünf Jahre aufzubewahren, um eine jederzeitige Verwendungskontrolle zu ermöglichen.

Im Januar 1993 leitete die Staatsanwaltschaft E. ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Geschäftsführer sowie den Vorsitzenden des Kl. wegen des Verdachts des Betruges ein. Zu den Verdachtsmomenten gehörte u.a. eine zweckwidrige Verwendung der o.g. Mittel, denen von Seiten der StA jedoch nicht abschließend nachgegangen wurde, da das Verfahren insoweit nach § 154 StPO eingestellt wurde. Der vom Landesversorgungsamt daraufhin eingeschaltete Landesrechnungshof berichtete, die meisten der von ihm bei der Staatsanwaltschaft eingesehenen Belege seien nicht zweifelsfrei zuzuordnen; es handle sich ganz überwiegend um Ausgaben für Nahrungsmittel und Getränke in Supermärkten, die für die Arbeitslosentreffs, aber auch andere Zwecke verwendet worden sein könnten. Eine Buchführung beim Kl., welche über die genaue Verwendung hätte Auskunft geben können, existierte nicht. Selbst eine eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers über die zweckentsprechende Mittelverwendung konnte der Kl. nicht beibringen. Mit Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid vom 30.1.1995 widerrief das Landesversorgungsamt daraufhin die oben genannten Zuwendungsbescheide und forderte die Zuwendungen in Höhe von insgesamt 24.000 DM zurück. Obwohl der Kl. im Rahmen seiner Anhörung vortrug, dass damit die Existenzvernichtung der von ihm betriebenen Projekte einhergehe, komme eine andere Entscheidung nicht in Betracht.

Sind Widerruf und Rückforderung rechtmäßig?

[Anm.: Der Fall ist nach dem VwVfG des Landes NRW gelöst. Das VwVfG des Bundes und der übrigen Länder enthalten aber identische Regelungen.]

Lösung:

Die Bescheide sind rechtmäßig, soweit sie auf einer wirksamen gesetzlichen Grundlage beruhen und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen. Diesbezüglich ist zwischen dem Widerruf des Zuschusses und dessen Rückforderung zu differenzieren:

A. Widerruf des Zuschusses

I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 49 III NWVwVfG in Betracht. Dieser lässt den rückwirken-

den Widerruf zweckgebundener Mittel zu.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

1. Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit für einen Widerruf nach § 49 III VwVfG ist nicht gesetzlich geregelt. Sie ergibt sich aber aus dem actus-contrarius-Gedanken, wonach der Widerruf die Kehrseite der Bewilligung darstellt, mithin die Erlassbehörde auch für den Widerruf zuständig ist. Als Erlassbehörde zuständig war hier das Landesversorgungsamt. Selbiges hat auch den Widerruf erklärt.

2. Verfahren

Vor dem Widerruf ist dem Betroffenen gem. § 28 I NWVwVfG Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, da es sich bei dem Widerruf um einen belastenden Verwaltungsakt handelt. Dies ist laut Sachverhalt geschehen.

3. Form

Grundsätzlich können Verwaltungsakte formfrei erlassen werden, § 37 II NWVwVfG. Selbst wenn man mit der Kehrseitentheorie die Form des Ausgangsbescheids auch für den Widerrufsakt fordert, wie z.T. vertreten wird, wäre diese gewahrt, da es sich hier wie dort um "Bescheide", also schriftliche Verwaltungsakte handelte.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

1. Tatbestand

a. Rechtmäßiger Verwaltungsakt

Seinem Wortlaut nach fordert § 49 III NWVwVfG zunächst einen rechtmäßigen Verwaltungsakt als Gegenstand des Widerrufs. Die Bewilligungsbescheide von 1989-92 sind Verwaltungsakte. Fraglich ist, ob sie - dem Wortlaut entsprechend - auch rechtmäßig sein müssen. Dies ist umstritten.

aa. Rechtmäßigkeit erforderlich

Eine Ansicht sieht in diesem Merkmal gerade das Abgrenzungskriterium zu § 48 NWVwVfG, der sämtlich von "rechtswidrigen" Bescheiden spricht. Auch an anderen Stellen, z.B. in § 15 GastG, wird der Terminus "Widerruf" im Gesetz immer nur im Zusammenhang mit rechtmäßigen, der Terminus "Rücknahme" hingegen mit rechtswidrigen Verwaltungsakten verwendet.

bb. Rechtmäßigkeit nicht erforderlich

Nach der Gegenansicht ist die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des zu widerrufenden Verwaltungsakts hingegen ohne Belang. Behandelte man rechtswidrige Verwaltungsakte ausschließlich nach § 48 VwVfG, käme ein rechtswidrig Begünstigter in den Genuss des Vertrauensschutzes nach § 48 II NWVwVfG, wohingegen ein rechtmäßig Begünstigter, der nach § 49 NWVwVfG zu behandeln wäre, sich auf einen solchen nicht berufen könnte, da es in § 49 VwVfG weder eine entsprechende Regelung noch einen Verweis gibt. Es würde so zu einer mit rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unvereinbaren Besserstellung rechtswidrig gegenüber rechtmäßig erlangter Positionen kommen. § 49 III NWVwVfG sei also im Wege eines "erst-Recht-Schlusses" anwendbar: Wenn schon rechtmäßige Positionen widerrufen werden können, dann erst Recht rechtswidrige. Dieser herrschenden Auffassung schließt sich das OVG an:

"Ob die Zuwendungsbescheide rechtmäßig oder rechtswidrig erlassen wurden, braucht nicht entschieden zu werden. [...] Die Frage der Rechtmäßigkeit der Zuwendungsbescheide kann offen bleiben, weil nach § 49 III NWVwVfG auch der Widerruf rechtswidriger Zuwendungsbescheide möglich ist. Seinem Wortlaut nach verlangt § 49 III 1 NWVwVfG ebenso wie § 49 II NWVwVfG einen rechtmäßigen Verwaltungsakt. Für den Widerruf nach § 49 II NWVwVfG ist inzwischen in Rechtsprechung und Literatur jedoch anerkannt, dass davon auch ein von Beginn an rechtswidriger Verwaltungsakt erfasst sein kann. (vgl. Kopp, VwVfG, 7. Aufl. [2000], § 49 Rdnr. 5 m.w.N.). Nach Systematik sowie Sinn und Zweck kann für § 49 III NWVwVfG nichts anderes gelten. Der durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt Begünstigte darf, auch wenn der Bescheid eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks gewährt, nicht besser gestellt sein, als der durch einen rechtmäßigen Verwaltungsakt gleichen Inhalts Begünstigte. Für eine Erstreckung der Widerrufsmöglichkeit auf rechtswidrige Verwaltungsakte spricht auch das praktische Bedürfnis, beim klaren Vorliegen von Widerrufsgründen ggf. auch ohne aufwändige Prüfung der Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Bescheids einen Widerruf aussprechen zu können (so auch OVG Münster, Urteil vom 7.7.1992 – 14 A 111/89)."

b. Zweckgebundene, einmalige Geldleistung

"Die widerrufenen Zuwendungsbescheide gewährten eine einmalige Geldleistung zur Erfüllung eines bestimmten Zwecks, nämlich der Förderung von Arbeit mit Arbeitslosen im Arbeitslosentreff in E."

c. Zweck im Verwaltungsakt bestimmt

"Ob die nach § 49 III NWVwVfG erforderliche Zweckbindung der Leistung in dem Verwaltungsakt

selbst bestimmt sein muss oder ob etwa auch ein Hinweis auf die Rechtsgrundlage, Verwaltungsrichtlinien oder Kommentierungen der Titel im Haushaltsplan ausreichen, sofern diese den zu erfüllenden Zweck eindeutig angeben, ist umstritten. Für die erstgenannte Auffassung sprechen der Wortlaut in § 49 III 1 Nr. 1 NWVwVfG ("für den in dem Verwaltungsakt bestimmten Zweck") sowie die Entstehungsgeschichte der bundesrechtlichen Parallelvorschrift. Danach wurde zunächst erwogen, der Zweck müsse "nicht stets in dem Verwaltungsakt – insbesondere bei Leistungen, die nicht Zuwendungen sind – angegeben sein", sondern es genüge "ein Hinweis auf die Rechtsgrundlage, wenn die Rechtsvorschrift den zu erfüllenden Zweck eindeutig angibt". Diese Erwägung ist indes in der Begründung zum Gesetz gewordenen wortgleichen Entwurf nicht mehr enthalten (vgl. BT-Dr 11/3920, S. 6).

Diese Frage bedarf hier aber keiner weiteren Klärung. Denn der Zweck der Zuwendung ergibt sich aus den Bescheiden nebst Anlagen selbst. Aus dem in ihnen angegebenen Betreff folgt, dass die gewährte Zuwendung zur Förderung von Arbeitslosenzentren und Arbeitslosentreffs dienen soll. Konkret gewährte das Landesversorgungsamt im Auftrag des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen dem Kl. jeweils zu den bei der Durchführung der förderungswürdigen Maßnahmen im Arbeitslosentreff in der M.-Straße in E. entstehenden Kosten eine Zuwendung für das jeweilige Kalenderjahr in Höhe von 6.000 DM in Form einer Festbetragsfinanzierung als Zuschuss. Damit war Zweck der Leistung die Durchführung eines Arbeitslosentreffs durch den Kl. und die damit einhergehende Verwendung finanzieller Mittel zu den von ihm im Antrag angegebenen Maßnahmenteilen, wie die Beratung zu Fragen bei Arbeitslosigkeit, die Schaffung von Begegnungsmöglichkeiten für Arbeitslose untereinander, für Arbeitslose mit Arbeitenden sowie für Arbeitslose mit gesellschaftlichen Institutionen und Organisationen, die Durchführung allgemein- und berufsbildender Maßnahmen und die Freizeitbeschäftigung."

d. Zweckwidrige Verwendung des Geldes

Die Geldleistung müsste ferner nach § 49 III 1 Nr. 1 NWVwVfG zweckwidrig verwendet worden sein.

aa. Nichterweislichkeit

"Die Erfüllung des Leistungszwecks ist mangels Nachweisbarkeit der Verwendung der jährlichen Zuschüsse nicht feststellbar. Der Kl. konnte keine Unterlagen vorlegen, die die Ausgaben für den Arbeitslosentreff M.-Straße für die Jahre 1989 bis 1992 belegen. Andere Möglichkeiten, die Verwendung der zugewendeten Mittel aufzuklären, gibt es im vorliegenden Fall nicht."

bb. Risikoverteilung

Fraglich ist, ob dieses "non liquet" zu Lasten der Be-

hörde oder zu Lasten des Klägers geht. Das OVG bejaht Letzteres:

“Die Nichterweislichkeit der zweckentsprechenden Mittelverwendung geht zu Lasten des Kl., weshalb davon auszugehen ist, dass die jährlichen Zuwendungen nicht zu dem in den Bescheiden bestimmten Zweck verwendet wurden. Sind – wie dargelegt – alle in Betracht kommenden Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft, ohne dass bestimmte entscheidungserhebliche Tatsachen zur Überzeugung der Behörde oder des Gerichts feststehen, so geht die Nichterweislichkeit der Tatsachen zu Lasten dessen, der daraus für sich günstige Rechtsfolgen herleitet, sofern nicht das materielle Recht eine andere Verteilung der Beweislast vorsieht (st.Rspr. des BVerwG: NVwZ-RR 1995, 172 m.w.N.).”

(1). Grundsätzlich: Beweislast bei der Behörde

“Beim Widerruf eines begünstigenden Verwaltungsakts trägt grundsätzlich die Behörde die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen seiner Widerrufbarkeit. Denn wie die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsakts (vgl. dazu BVerwGE 18, 168) greift auch der Widerruf eines solchen Verwaltungsakts in eine durch seinen Erlass bewirkte Begünstigung und damit in eine schutzwürdige Rechtsposition – vor allem im Sinne eines Vertrauensschutzes – seines Adressaten ein.”

(2). Ausnahme bei Pflichtenverstoß des Begünstigten

“In konsequenter Weiterverfolgung dieses Gedankens ist eine Abweichung hiervon allerdings dann geboten, wenn der Begünstigte den Verwaltungsakt mit unlauteren Mitteln sich zu erhalten sucht, d.h. durch vorwerfbares einschließlich leicht fahrlässigen Verhaltens (vgl. BVerwGE 24, 294 [299]) die Prüfung vereitelt, ob der begünstigende Verwaltungsakt Bestand haben kann. In einem derartigen Fall beruht die Unerweislichkeit der Widerrufsvoraussetzungen auf einem treuwidrigen Verhalten des Begünstigten oder ist sie Folge von mit der Zuwendungsgewährung nicht zu vereinbarenden Handlungen oder Unterlassungen des Begünstigten, die ausschließlich seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen sind (so bereits OVG Münster, NVwZ 1996, 610 [612]).”

(3). Subsumtion

“Ob dies stets bei Nichtbeachtung allgemeiner Mitwirkungspflichten gilt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden, in denen der Zuwendungsempfänger treuwidrig ihm im Zuwendungsbescheid auferlegten Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, deren Erfüllung der Behörde gerade eine gesicherte Entscheidungsgrundlage bei der Prüfung, ob der Zuwendungszweck erfüllt wurde, bieten sollte, hat der Zuwendungsempfänger die Folgen der Nichterweislichkeit der zweckentsprechenden Ver-

wendung der Zuwendung zu tragen. Dabei ist nicht von Belang, ob diese Verpflichtungen rechtmäßig auferlegt wurden. Da sie nicht nichtig waren und der Kl. Einwendungen gegen sie nicht erhoben hatte, musste er sie auf Grund ihrer Bindungswirkung beachten. Er würde sich auch in Widerspruch zu diesem Unterlassen setzen, beriefe er sich nunmehr auf die Unbeachtlichkeit der Verpflichtungen, denn er musste davon ausgehen, dass die Bekl. im Vertrauen auf die Beachtung dieser Pflichten durch ihn auf eigene nachweissichernde Maßnahmen verzichten wird.

Zum Nachweis der Verwendung der dem Kl. gewährten Landesmittel zu dem bereits benannten Zweck sollte die Aufbewahrung von zur Verwendungsprüfung geeigneten Belegen für fünf Jahre dienen. Der entsprechenden Pflicht handelte der Kl. zuwider. Die von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmten Belege sowie die beim Kl. verbliebenen restlichen Unterlagen ließen nach dessen eigener Einschätzung eine Verwendungsprüfung nicht zu. Er vereitelte dadurch treuwidrig den bei Beachtung der Verpflichtung aus den Bescheiden möglichen Nachweis zweckgerechter Mittelverwendung. Die Unerweislichkeit der zweckgemäßen Mittelverwendung ist damit auch ausschließlich seinem Verantwortungsbereich zuzurechnen.”

e. Frist

Über § 49 III 2 NWVwVfG ist die einjährige Aufhebungsfrist des § 48 IV NWVwVfG anwendbar. Anhaltspunkte für eine Fristversäumnis liegen hier jedoch nicht vor.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 49 III 1 Nr. 1 NWVwVfG sind damit insgesamt gegeben.

2. Rechtsfolge

Der Widerruf steht nach § 49 III 1 NWVwVfG im Ermessen der Behörde. Hier könnte sich das Landesversorgungsamt zu Unrecht für gebunden gehalten haben, indem es ausführte, es komme trotz der vom Kl. angeführten Existenzgefährdung keine andere Entscheidung in Betracht. Fraglich ist, ob hierin ein zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs führender Ermessensfehler in Form des Nichtgebrauchs gesehen werden kann. Das OVG verneint dies unter Hinweis auf das vom Gesetzgeber “intendierte Ermessen”, von dem hier keine Ausnahme gemacht werden könne:

a. Intendiertes Ermessen

“Für die rechtliche Beurteilung der Ermessensausübung ergeben sich in Fällen der vorliegenden Art Besonderheiten, die aus der Anwendbarkeit der Grundsätze über das gelenkte bzw. intendierte Ermessen folgen. Danach ist eine Ermessen einräumende Vorschrift, die für den Regelfall von einer Ermessensausübung in einem bestimmten Sinne ausgeht, dahin auszulegen, dass besondere Gründe vorliegen müssen, um

eine gegenteilige Entscheidung zu rechtfertigen. Liegt ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt nicht vor, versteht sich das Ergebnis der Abwägung von selbst, mit der weiteren Konsequenz, dass es einer ansonsten nach § 39 I 3 NWVwVfG erforderlichen Darlegung der Ermessenserwägungen im Bescheid nicht bedarf (BVerwGE 105, 55; OVG Münster, ZFSH/SGB 2001, 658). Nur dann, wenn der Behörde außergewöhnliche Umstände des Falls bekannt geworden oder erkennbar sind, die eine andere Entscheidung möglich erscheinen lassen und die von der Behörde nicht erwogen worden sind, liegt ein rechtsfehlerhafter Gebrauch des Ermessens vor (BVerwG, Buchholz 451.513 "Sonst. Marktordnungsrecht", Nr. 1).

Ermessenslenkende Vorgaben im zuvor dargelegten Sinne sind im vorliegenden Fall dem § 7 I NWHO i.V.m. § 6 I HGrG zu entnehmen. Dem darin enthaltenen gesetzlichen Gebot, bei der Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten, ist zu entnehmen, dass bei Verfehlung des mit der Gewährung von öffentlichen Zuschüssen verfolgten Zwecks im Regelfall das Ermessen nur durch eine Entscheidung für den Widerruf fehlerfrei ausgeübt werden kann. Diese Haushaltsgrundsätze überwiegen im Allgemeinen das Interesse des Begünstigten, den Zuschuss behalten zu dürfen, und verbieten einen großzügigen Verzicht auf den Widerruf von Subventionen (so zur vergleichbaren Rechtslage in Niedersachsen auch BVerwGE 105, 55)."

b. Keine Ausnahmen

"Im Falle des Kl. lagen im Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids die Voraussetzungen vor, die eine solche Verwaltungsentscheidung ohne weitere Abwägung des Für und Wider ermöglichten. Es liegt der Tatbestand der Zweckverfehlung vor."

aa. Nur formeller Verstoß

"Die verbleibende Möglichkeit, dass der Zuwendungszweck vom Kl. erfüllt wurde, er dies jedoch (nur) nicht durch Belege nachweisen konnte, stellt keine Besonderheit des einzelnen Falls dar. Sie lässt den Verstoß gegen die Pflicht zum Nachweis der Ausgaben insbesondere nicht als einen eher formalen Art erscheinen, der die eigentlich subventionierte Arbeitslosenarbeit nicht betrifft. Zwar hängt das Gewicht des öffentlichen Interesses an dem Widerruf auch davon ab, ob es sich bei dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm um einen solchen materieller oder eher formaler Art handelt. Dies bedeutet aber nichts anderes, als dass das Gewicht des Verstoßes formaler Art bei der Berücksichtigung für einen Widerruf abnimmt, je ferner seine Auswirkungen auf das materielle Recht sind. Umgekehrt ist ein Verstoß formaler Art umso wesentlicher, je mehr Bedeutung er für die Durchsetzung oder Berücksichtigung des materiellen Rechts hat. Eine solche aus-

schlaggebende Bedeutung kommt dem formalen Verstoß gegen die Nachweispflichten im Verhältnis zur materiellen Pflicht der Erfüllung des mit der Zuwendung verfolgten Verwendungszwecks zu. Wie der vorliegende Fall anschaulich zeigt, ist ein Nachweis der Verwendung des Zuschusses zu dem Zweck der Förderung, hier von speziellen Maßnahmen mit Arbeitslosen durch den Zuwendungsempfänger, ohne Verwendungsbelege nahezu unmöglich zu führen. Deshalb kommt ihnen nicht nur eine nachwirkende – formale – Bedeutung bei der Prüfung zu, ob die Zuwendungen zweckentsprechend verwandt wurden. Sie haben vielmehr auch (materielle) Auswirkungen auf das Ausgabeverhalten der Zuwendungsempfänger, die sich auf Grund der Nachweispflicht gehalten sehen, die Zuwendungen zur Vermeidung der Rückforderung zweckentsprechend zu verwenden. Die Bekl. misst demnach der Nachweispflicht der Mittelverwendung zutreffend eine wesentliche Bedeutung bei, die im Rahmen der Ermessensausübung ein Unterlassen des Widerrufs der Zuwendungsbescheide nicht gebietet und ein Eingehen hierauf im Rahmen der Ermessensbegründung nicht erfordert."

bb. Existenzvernichtung

"Gleiches gilt bezüglich des Einwandes des Kl., die Behörde habe die existenziellen Folgen des Widerrufs der Zuwendungsbescheide für diesen und die anderen Arbeitslosentreffs als Besonderheit des Einzelfalls bei der Widerrufsentscheidung berücksichtigen müssen. Welche finanziellen Konsequenzen die Rückforderung einer Subvention beim Zuwendungsempfänger hat, lässt sich stets konkret nur im Zeitpunkt der Einforderung des Rückforderungsbetrages und damit nach Bestandskraft des Rückforderungs- und Erstattungsbescheids beantworten. Unter Darlegung seiner finanziellen Verhältnisse kann der Schuldner noch in diesem Stadium des Verfahrens die (teilweise) Niederschlagung oder Stundung der Forderung erreichen, wenn die Beitreibung des Geldes für ihn existenzielle Folgen hat."

IV. Zwischenergebnis

Der Widerruf der Zuwendungsbescheide war rechtmäßig.

B. Die Rückforderung der gezahlten Zuwendungen

Die Rückforderung der gezahlten Zuwendungen in Höhe von insgesamt 24.000 DM im Bescheid vom 30.1.1995 ist ebenfalls rechtmäßig. Sie ist nach § 49a I NWVwVfG zwingende Folge des Widerrufs für die Vergangenheit. Ein Ermessen kommt der Behörde insoweit nicht zu. Auch enthält § 49a I 2 NWVwVfG die ausdrückliche Befugnis, die zu erstattenden Beträge durch Verwaltungsakt festzusetzen. Die Bescheide sind somit insgesamt rechtmäßig.

Standort: Zivilrecht**Problem: Sachverständigenhaftung bei Versteigerung**

BGH, URTEIL VOM 20.05.2003
VI ZR 312/02 (NJW 2003, 2825)

Problemdarstellung:

Der Bekl. ist öffentlich bestellter und allgemein vereidigter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstück und hat in dieser Eigenschaft für ein im Zwangsversteigerungsverfahren befindliches Hausgrundstück ein Wertgutachten abgelegt, wo der Verkehrswert mit 1.070.000,- DM festgelegt wurde. Der Kl. erwarb nach Einsichtnahme in das Gutachten per Meistgebot für 820.000,- DM das fragliche Grundstück. Jetzt verlangt er aber Schadensersatz, weil infolge Fehlbewertung das Grundstück eigentlich nur einen Verkehrswert von 865.000,- DM aufwies.

Eine vertragliche Haftung des Bekl. aufgrund eines Vertrages mit dem Vollstreckungsgericht mit Schutzwirkung zugunsten der Bieter als Dritte lehnt der BGH ab. Es fehlen bereits vertragliche Beziehungen zwischen dem Vollstreckungsgericht und dem Bekl. als primäre Voraussetzung für eine vertragliche Haftung. Der Sachverständige im Zwangsversteigerungsverfahren wird, auch wenn § 74 a ZVG dies nicht ausdrücklich erwähnt, durch das Vollstreckungsgericht entsprechend den Beweiserhebungsvorschriften der §§ 402 ff. ZPO herangezogen. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vollstreckungsgericht und dem Sachverständigen sind deshalb öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur. Damit scheiden die durch Vertrag begründeten Haftungsansprüche aus.

Als gerichtlicher Sachverständiger kann der Bekl. deshalb nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung in Anspruch genommen werden. Jedoch kommt eine Haftung nach § 839 BGB nicht in Betracht, da der bekl. Sachverständige - trotz seiner öffentlichen Bestellung - nicht als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne anzusehen ist. Folglich verbleibt in solchen Fällen nur die Haftung gem. § 826 BGB, was eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung voraussetzt. Ein Sachverständiger handelt aber nicht sittenwidrig, wenn er es unterlässt, bereits eingangs seines Gutachtens allgemein auf die eingeschränkte Möglichkeit der Erhebung der tatsächlichen Bewertungsfaktoren hinzuweisen. Es ist ausreichend, wenn er im Laufe seines Gutachtens dies vermerkt.

Prüfungsrelevanz:

Das Urteil betrifft ein Thema, das durch die Schadensersatznovelle vom 01.08.2002 überarbeitet wurde. Nach der neu eingefügten Vorschrift von § 839 a BGB ist ein gerichtlich bestellter Sachverständiger zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten erstattet und

dadurch einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung ein Schaden entsteht. Diese Vorschrift schließt die Lücke, die zuvor im deliktischen Haftungsrecht für die Erstellung unrichtiger Gerichtsgutachten bestanden, wie der vorliegenden Fall zeigt. Bis dato waren nämlich solche Gerichtsgutachter nur deliktisch haftbar, wenn sie vorsätzlich und sittenwidrig gehandelt hatten (§ 826 BGB). Neben dieser - weiterhin bestehenden - Haftungsmöglichkeit kommt aber mit der Neuregelung in § 839 a BGB jetzt auch eine Haftung bei geringerem Verschulden des Gerichtsgutachters zum Zuge. Gerade infolge der Neuregelung stellt diese gesamte Thematik eine entsprechende Prüfungsrelevanz dar.

Vertiefungshinweise:

Zu dieser Problematik: *Herwig*, NotBZ 2002, 407; *OLG Zweibrücken*, NJOZ 2003, 222

Kursprogramm:

Examenskurs: "Die aggressiven Holzwürmer vom Niederrhein"

Leitsätze (Satz 2 von der Redaktion):

- 1. Zur Haftung eines im Zwangsversteigerungsverfahren gerichtlich beauftragten Sachverständigen für Grundstücks- und Gebäudebewertung gegenüber dem Ersteigerer.**
- 2. Ein Sachverständiger handelt nicht sittenwidrig, wenn er es unterlässt, bereits eingangs seines Gutachtens allgemein auf die eingeschränkte Möglichkeit der Erhebung der tatsächlichen Bewertungsfaktoren hinzuweisen.**

Sachverhalt:

Der Kl. verlangt Schadensersatz für ein im Zwangsversteigerungsverfahren für ein Grundstück abgegebenes Gebot. Der Bekl. ist öffentlich bestellter und allgemein vereidigter Sachverständiger für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken. Er wurde vom Vollstreckungsgericht mit der Erstattung eines schriftlichen Gutachtens über den Verkehrswert eines Grundstücks beauftragt. Auf der Grundlage des Gutachtens des Bekl. wurde der Verkehrswert vom Vollstreckungsgericht auf 1070000 DM festgesetzt. Vor dem Versteigerungstermin konnten die Bieter das Gutachten einsehen. Am 16. 5. 2000 ersteigerte der Kl. das Grundstück als Meistbietender mit einem Bargebot von 820 000 DM. Er behauptet, das Grundstück sei nur 865 000 DM wert, weil die Nutzflächen geringer und die Mieten niedriger seien als im Gutachten vom Bekl. angegeben. Bei Kenntnis der richtigen Umstände hätte er nur 665 000 DM geboten. Ausgehend von der

Relation zwischen dem abgegebenen Gebot und dem vom Bekl. geschätzten Verkehrswert wäre ihm unter Zugrundelegung des niedrigeren Grundstückswerts von 865 000 DM der Zuschlag bereits bei diesem Gebot in Höhe von 77% des Verkehrswerts erteilt worden. Die Auswertung von 100 Zuschlägen von Januar 1999 bis Dezember 2000 in der Statistik eines AG habe nämlich ergeben, dass die erzielten Versteigerungserlöse im Durchschnitt 68,32% des zu Grunde gelegten Verkehrswerts betragen. Der Kl. macht einen Gesamtschaden von 150 000 DM geltend, von dem er mit der Klage einen Teilbetrag von 100 000 DM fordert. Er ist der Ansicht, der Bekl. hafte wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung, denn er habe die Grundlagen der Schätzung nur nachlässig ermittelt und seine Angaben „ins Blaue“ gemacht. Seiner Aufgabe habe er sich leichtfertig und gewissenlos entledigt.

Ist eine solche Zahlungsklage begründet?

Lösung:

Eine Zahlungsklage des Kl. wäre begründet, wenn der Kl. einen entsprechenden Schadensersatzanspruch gegen den Bekl. hätte.

A. Schadensersatz aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Der Kl. könnte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 150.000,- DM aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gem. §§ 634 Nr. 4, 280 ff. BGB haben.

Voraussetzung dafür ist zunächst, dass das Vollstreckungsgericht mit seiner Beauftragung einen Vertrag mit dem Bekl. geschlossen hat, in dessen Schutzbereich der Kl. als Dritter miteinbezogen wurde (§ 328 BGB analog). Das BerGer. meint dazu:

“Das BerGer. verneint eine vertragliche Haftung des Bekl., weil die Beauftragung des Sachverständigen durch das Vollstreckungsgericht nach § 74 a V 3 ZVG keine Schutzwirkung zu Gunsten der Bieter entfalte. Das Vollstreckungsgericht habe den Kl. auch nicht stillschweigend in den Schutzbereich des Gutachtenauftrags einbeziehen wollen, zumal ein Schutz des Bieters nach Zuschlag oder dessen Versagung über den Weg einer Anfechtung gesetzlich selbst dann nach § 74 a V 4 ZVG ausgeschlossen sei, wenn der Grundstückswert auf Grund eines fehlerhaften Gutachtens oder auch sonstiger Umstände unrichtig festgesetzt worden sei. Auch habe der Bekl. nicht erkennen lassen, dass er dem Bieter als demjenigen, den es angehe, für die Richtigkeit des Gutachtens haften wolle.” Der BGH nimmt dazu folgende Stellung:

“Das BerGer. verneint im Ergebnis zu Recht eine vertragliche Haftung des Bekl. Allerdings kommt es entgegen der Auffassung des BerGer. im Streitfall nicht darauf an, ob das Vollstreckungsgericht bei der Beauftragung des Sachverständigen die Bieter in den

Schutzbereich des Auftrags stillschweigend einbeziehen wollte. Es fehlen bereits vertragliche Beziehungen zwischen dem Vollstreckungsgericht und dem Bekl. als primäre Voraussetzung für eine vertragliche Haftung. Hierauf weist die Revisionserwiderung mit Recht hin. Der Sachverständige im Zwangsversteigerungsverfahren wird, auch wenn § 74 a ZVG dies nicht ausdrücklich erwähnt, durch das Vollstreckungsgericht entsprechend den Beweiserhebungsvorschriften der §§ 402 ff. ZPO herangezogen. Er wird vom Vollstreckungsgericht ausgewählt und kann wegen Befangenheit abgelehnt werden (vgl. Zeller/Stöber, ZVG, 17. Aufl., § 74a Rdnr. 10.2). Demgemäß erfolgt die Beauftragung in entsprechender Anwendung des § 404 I ZPO. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Vollstreckungsgericht und dem Sachverständigen sind deshalb öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1986, 2891; OLG Hamm, VersR 1995, 225; Wessel, in: Praxishdb. SachverständigenR, 3. Aufl., § 34 Rdnr. 2). Damit scheiden die durch Vertrag begründeten Haftungsansprüche aus (vgl. Roßner, in: Praxishdb. SachverständigenR, § 8 Rdnr. 23). Als gerichtlicher Sachverständiger kann der Bekl. deshalb nur unter dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung in Anspruch genommen werden.”

Im Ergebnis lassen sich daher keine vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Bekl. herleiten.

B. Schadensersatz gem. § 839 I BGB

Der Kl. könnte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 150.000,- DM aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gem. § 839 I BGB haben.

Voraussetzung dafür ist nunmehr, dass der Bekl. als Beamter im haftungsrechtlichen Sinne aufgefasst werden kann. Dazu führt der BGH wie folgt aus:

“Zu Recht hat das BerGer. unter den gegebenen Umständen eine Haftung des Bekl. nach § 839 I BGB nicht in Erwägung gezogen. Gerichtliche Sachverständige werden, auch wenn sie öffentlich bestellt sind — was für den Bekl. unstrittig zutrifft —, durch die gerichtliche Beauftragung nicht Beamte im haftungsrechtlichen Sinn. Sie haften deshalb, wenn sie schuldhaft ein objektiv unrichtiges Gutachten erstatten, nicht nach § 839 BGB (vgl. Staudinger/Wurm, BGB, 2002, § 839 a Rdnr. 1 m.w.N.; BGH, NZM 2003, 411). Etwas anderes gilt, wenn die Erstattung von gerichtlichen Sachverständigengutachten — wie etwa beim Gutachterausschuss — im Rahmen einer normalen Amtstätigkeit erfolgt (vgl. dazu BGH, NZM 2003, 411). Im vorliegenden Fall war der Bekl. zwar auf Grund der öffentlichen Bestellung zur Übernahme des Auftrags auf Grund seiner Ernennung zum gerichtlichen Sachverständigen verpflichtet (§ 407 I ZPO), doch blieb er weiterhin Privatperson und haftet deshalb für Vermögensschäden auf Grund eines fehlerhaften Gutachtens lediglich unter den Voraussetzungen

des § 826 BGB.”

Mangels der persönlichen Eigenschaft des Bekl. als Beamter i.S.d. § 839 I BGB kommt eine entsprechende Schadensersatzpflicht insoweit nicht in Betracht.

C. Schadensersatz gem. § 839 a I BGB

Der Kl. könnte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 150.000,- DM aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gem. § 839 a I BGB haben.

Fraglich ist jedoch, ob diese neu geschaffene Vorschrift auf den vorliegenden Fall schon Anwendung findet. Der BGH stellt dazu fest:

“Die durch Art. 2 Nr. 5 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. 7. 2002 (BGBl I, 2674) mit § 839a BGB geschaffene, eigenständige Anspruchsgrundlage für die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen findet im Streitfall noch keine Anwendung, weil die Gesetzesänderung nur greift, wenn das schädigende Ereignis nach dem 31. 7. 2002 eingetreten ist (vgl. Art. 229 § 8 I EGBGB in der Fassung des Art. 12 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften). Der Kl. hat das Grundstück aber bereits am 16. 5. 2000 ersteigert.”

Damit fehlt es für eine Haftung des Bekl. aus § 839 a I BGB an der zeitlichen Anwendbarkeit dieser Schadensersatznorm.

C. Schadensersatz gem. § 826 BGB

Der Kl. könnte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 150.000,- DM aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gem. § 826 BGB haben. Zu dieser Schadensersatzmöglichkeit wendet jedoch der BGH ein:

“In Übereinstimmung mit dem BerGer. hält auch die Revision zutreffend als Voraussetzung für eine Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung eines Dritten durch ein fehlerhaftes Gutachten für erforderlich, dass der Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens leichtfertig und gewissenlos und mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat (vgl. Senat, NJW 1991, 3282 = VersR 1991, 1413). Die Erstattung eines fehlerhaften Gutachtens reicht dafür nicht aus. Hinzutreten muss vielmehr, dass sich der Sachverständige etwa durch nachlässige Ermittlungen zu den Grundlagen seines Auftrags oder gar durch „ins Blaue“ gemachte Angaben der Gutachtensaufgabe leichtfertig entledigt und damit eine Rücksichtslosigkeit gegenüber dem Adressaten des Gutachtens und den in seinem Informationsbereich stehenden Dritten an den Tag gelegt hat, die angesichts der Bedeutung, die das Gutachten für deren Entschlüsse hatte, und der von ihm in Anspruch genommenen Kompetenz als gewissenlos bezeichnet werden muss (vgl. Senat, NJW 1991, 3282 = VersR 1991, 1413; BGH, VersR 1979, 283 [284]; VersR 1962, 803 [804]). Nach dem im Berufungsurteil festgestellten Sachverhalt sind

solche besonderen Umstände, die die Erledigung des Gutachtensauftrags durch den Bekl. als sittenwidrig erscheinen lassen könnten, nicht gegeben. Ob das Verhalten des Bekl. als sittenwidrig anzusehen ist und ob das BerGer. die Gesamtumstände des Falls in erforderlichem Umfang gewürdigt hat, unterliegt der uneingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung (vgl. Senat, NJW 2003, 1934; VersR 2003, 653; NJW 2001, 3702; NJW 1991, 1046; BGH, NJW 1991, 353 [354].”

I. Kein Vorwurf wegen mangelhafter Angaben infolge eingeschränkter Besichtigung

“Die Revision rügt erfolglos, das BerGer. habe auf Grund fehlender Gesamtwürdigung der Umstände zu Unrecht ein sittenwidriges Verhalten des Bekl. verneint, obwohl es die vom Kl. behaupteten Unrichtigkeiten des Gutachtens unterstellt habe. Sie stellt nicht in Abrede, dass der Bekl. in seinem Gutachten mehrmals verdeutlicht hat, dass ihm die Räumlichkeiten der Gebäude nur eingeschränkt zugänglich gewesen seien und damit vollständige Angaben zu Art, Beschaffenheit und Größe der Wohnfläche gefehlt hätten. Auch hätten ihm nur unvollständige Angaben zu den tatsächlichen Erträgen des Grundstücks vorgelegen.

Unter diesen Umständen ist der Vorwurf der Nachlässigkeit bei der Ermittlung der Anknüpfungstatsachen gegenüber dem Bekl. aber nicht gerechtfertigt. Der Zutritt zum Objekt kann im Zwangsversteigerungsverfahren vom Vollstreckungsgericht weder für sich noch für den Sachverständigen erzwungen werden. Es ist allein Sache des Vollstreckungsschuldners, wem er Zutritt gewährt (Zeller/Stöber, § 74 a Rdnr. 10.S und § 42 Rdnr. 3). Nur wenn die Möglichkeit besteht, die dem Gutachten zu Grunde liegenden Fakten gesichert zu erheben, ist dem Sachverständigen, der das Gutachten auf einer ungesicherten Tatsachengrundlage erstattet, Nachlässigkeit anzulasten. Sind hingegen dem Sachverständigen die für die Beurteilung maßgeblichen Umstände nicht bekannt und bleiben seine Bemühungen zur Absicherung der Anknüpfungstatsachen erfolglos, so darf er sein Gutachten auch auf Unterstellungen aufbauen, muss dies aber im Gutachten kenntlich machen (vgl. BGHZ 127, 378 [387] = NJW 1995, 392, und BGH, NJW 1984, 355 [356]; Zeller/Stöber, § 74 a Rdnr. 10.6). Dies hat der Bekl. durch zahlreiche Einzelhinweise in seinem Gutachten getan.”

2. Kein Vorwurf wegen fehlenden Hinweises auf die eingeschränkte Besichtigung zu Beginn des Gutachtens

“Entgegen der Auffassung der Revision ist der Vorwurf des sittenwidrigen Handelns auch nicht deshalb begründet, weil der Bekl. es unterlassen hat, bereits eingangs des Gutachtens allgemein auf die eingeschränkte Möglichkeit der Erhebung der tatsächlichen Bewertungsfaktoren hinzuweisen. Hierzu besteht keine

rechtliche Verpflichtung. Das BerGer. hält deshalb einen entsprechenden Hinweis mit Recht lediglich für wünschenswert. Dass allein das Fehlen eines zusammenfassenden Hinweises in der Einleitung des Gutachtens nicht geeignet ist, das Verhalten des Bekl. als rücksichts- oder gewissenlos zu qualifizieren, hat das BerGer. zutreffend hervorgehoben. Der Auffassung der Revision, das Gutachten rufe beim Leser den Eindruck hervor, dass es gänzlich auf vom Sachverständigen geprüften Zahlen beruhe, kann angesichts der vielen Hinweise auf Schätzungen und Vermutungen nicht gefolgt werden."

3. Kein Vorwurf eines von vornherein mangelnden Ermittlungswillens des Gutachters

"Soweit die Revision behauptet, der Bekl. sei von vornherein nicht willens gewesen, einen genauen Ertragswert zu ermitteln und habe in dem Bestreben, nicht zur Verantwortung gezogen zu werden, wenn das Grundstück im ersten Termin unter 7/10 seines Werts versteigert würde, den Wert zu Lasten der Bieter hoch angesetzt, fehlt es an tatsächlichen Anhaltspunkten, die diesen Vorwurf stützen könnten. Die Revision zeigt nicht auf, dass das BerGer. entsprechenden Tatsachenvortrag außer Acht gelassen habe. Ein der Be-

hauptung entsprechendes Verhalten des Bekl. erfüllte außerdem noch nicht die Voraussetzungen für den Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens zum Nachteil des Kl. Hierfür wäre erforderlich, dass der Bekl. über das unrichtige Gutachten einen konkreten eigenen Vorteil ohne Rücksicht auf die Belange Dritter suchte und es ihm gleichgültig gewesen sei, ob und gegebenenfalls welche Folgen sein Verhalten habe (vgl. BGHZ 95, 307 [311] = NJW 1985, 2823). Gegen eine derart rücksichtslose Einstellung des Bekl. spricht schon, dass er mehrfach auf die ungesicherte Tatsachengrundlage für seine Berechnungen hingewiesen hat. Die Belange des Kl. fanden hinreichend Berücksichtigung dadurch, dass er die Möglichkeit hatte, vor der Versteigerung das Gutachten einzusehen und sich dadurch Kenntnis über die Grundlagen der Verkehrswertfestsetzung zu verschaffen."

Mangels einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung kommt eine Schadensersatzhaftung des Bekl. auch nicht aus § 826 BGB in Betracht.

D. Endergebnis:

Mangels eines entsprechenden Schadensersatzanspruchs des Kl. gegen den Bekl. ist die erhobene Zahlungsklage unbegründet.

Standort: Strafrecht

Problem: Absicht zur Begehung eines Raubes

BGH, URTEIL VOM 05.03.2003
2 ST R 494/02 (NSTZ 2003, 604)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das Opfer mit einem Messer bedroht und so dazu gezwungen, Büroräume aufzuschließen, aus denen er dann Wertgegenstände mitnahm. Der BGH bestätigte das Landgericht darin, dass im vorliegenden Fall eine Strafbarkeit gem. § 239 a StGB gegeben sei und zwar unabhängig davon, ob das spätere Verhalten des Täters als Raub oder als räuberische Erpressung zu werten sei.

Prüfungsrelevanz:

Vermögensdelikte und hier insb. die §§ 249 ff. StGB stellen einen absoluten Standardstoff im Examen dar. Insb. das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung sowie die Anwendbarkeit von §§ 239 a, b StGB in Zwei-Personen-Verhältnis gehören hierbei zu Problemen, deren Kenntnis als selbstverständlich vorausgesetzt wird.

Ein klassischer Streit aus dem Bereich der Vermögensdelikte ist der über das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung. Die Literatur verlangt als Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB (ebenso wie bei § 263 StGB) eine Vermögensverfügung, während § 249

I StGB (wie § 242 I StB) eine Wegnahme voraussetzt. Deshalb geht diese Auffassung davon aus, dass § 249 I StGB und § 255 StGB (ebenso wie § 242 I StGB und § 263 I StGB) in einem Exklusivitätsverhältnis stehen (Joecks, § 255 Rn. 4; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3 mwN). Die Rechtsprechung hingegen lässt als Opferverhalten bei der (räuberischen) Erpressung entsprechend dem Gesetzeswortlaut jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers genügen, ohne dass dieses eine Vermögensverfügung darstellen müsste. Dementsprechend stellt § 249 I StGB nur einen Spezialfall des § 255 StGB dar mit der Folge, dass jeder Raub (notwendigerweise) eine räuberische Erpressung enthält (BGHSt 14, 386; 25, 224; SK-Günther, § 249 Rn. 10).

Bedeutung erlangt die Frage nach dem Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung auch i.R.v. § 239 a I StGB, da diese Vorschrift voraussetzt, dass der Täter die von ihm geschaffene Zwangslage zu einer Erpressung (§ 253 StGB) ausnutzen will. Hat der Täter vor, die Zwangslage nicht zu einer (räuberischen) Erpressung, sondern zu einem Raub auszunutzen, so entscheidet das Verhältnis von § 249 I StGB und § 255 StGB über die Anwendbarkeit von § 239 a StGB. Geht man (mit der Literatur) davon aus, dass Raub und räuberische Erpressung sich ausschließen, so hat ein Täter, der einen Raub ermöglichen will, gerade nicht die Absicht, eine (räuberische) Erpressung zu begehen, so

dass § 239 a StGB nicht einschlägig ist (dafür allerdings i.d.R. § 239 b StGB). Hält man hingegen (mit der Rechtsprechung) § 249 I StGB nur für einen Unterfall von §§ 253 I, 255 StGB, so will der Täter, der die Absicht hat, einen Raub zu ermöglichen, auch eine (räuberische) Erpressung ermöglichen, so dass § 239 a StGB eingreift.

Ein weiteres Problem i.R.v. §§ 239 a, b StGB stellt die Anwendbarkeit dieser Normen in Zwei-Personen-Verhältnissen dar. Ursprünglich setzten diese Vorschriften nämlich voraus, dass der Täter das Opfer entführte oder sich seiner bemächtigte, um "die Sorge eines Dritten um das Wohl des Opfers" auszunutzen, so dass ein Dreiecksverhältnis zwingend erforderlich war. Nunmehr sind die entsprechenden Tatbestände aber auch verwirklicht, wenn der Täter handelt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen, so dass §§ 239 a, b StGB auch in Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar sind. Dies führt jedoch bei uneingeschränkter Anwendung zu Wertungswidersprüchen, da die Tatbestände, die Zwei-Personen-Verhältnisse typischerweise erfassen (insb. §§ 249 I und 255 StGB) eine sehr viel geringere Mindeststrafe vorsehen (ein Jahr) als die nunmehr - zufällig - auch einschlägigen §§ 239 a und b StGB (mindestens fünf Jahre). Deshalb bedarf es einer teleologischen Reduktion von §§ 239 a und b StGB. Der Große Strafsenat des BGH (BGHSt 40, 350) hat mit überwiegender Zustimmung in der Literatur (vgl. Lackner/Kühl, § 239a Rn. 4a) betont, dass es sich bei § 239 a und b StGB um unvollkommen zweiaktige Delikte handelt, so dass sie nur einschlägig sein können, wenn die vom Täter geschaffene Zwangslage eine Stabilisierung erfahren soll, bevor der Täter sie zur Begehung der in §§ 239 a und b StGB genannten Delikte ausnutzen will. Diese Voraussetzung dürfte in den Fällen des Entführens in aller Regel gegeben sein, in denen eines bloßen Sich-Bemächtigungens hingegen regelmäßig nicht.

Vertiefungshinweise:

- Zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung: BGHSt 14, 368; NSTZ 2002, 31; Otto, JZ 1984, 143; Geppert/Kubitza, Jura 1985, 276
- Zur Anwendbarkeit von §§ 239 a, b StGB im Zwei-Personen-Verhältnis: BGHSt 40, 350; Fahl, Jura 1996, 456; Hauf, NSTZ 1995, 184; Müller-Dietz, JuS 1996, 110; Renzikowski, JR 1998, 126

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Der Bankräuber"

Leitsatz (der Redaktion):

Für den Tatbestand des § 239 a StGB kommt es nicht darauf an, ob die von dem Täter beabsichtigte Tat rechtlich als schwere räuberische Erpressung

oder als schwerer Raub zu werten ist.

Sachverhalt:

Der Angeklagte T und der Zeuge A waren Mitarbeiter der Firma B in L. T wollte bei seiner Arbeitgeberin Computer und andere Wertgegenstände entwenden und sie über das Internet verkaufen. Mit Hilfe des Generalschlüssels des Zeugen A wollte er außerhalb der Arbeitszeit unbemerkt in die Büroräume der Firma B eindringen.

Am Abend des 04.02.2000 suchte er den mit ihm befreundeten Zeugen in dessen Wohnung auf. Als der Zeuge A einen gemeinsamen Diebstahl ablehnte, entschloss sich T, den Zeugen mit einem Messer dazu zu bringen, ihm Zutritt zu den Büros zu verschaffen und die Wegnahme der Computer und anderer Wertgegenstände zu dulden [...]. T bedrohte den Zeugen daher verbal und mit einem Butterfly-Messer, so dass der einfach strukturierte Mann panische Angst bekam und um sein Leben fürchtete. Er folgte daher im weiteren den Anweisungen des T, der ihm befahl, gemeinsam mit ihm zum Betriebsgelände der Fa. B zu fahren. Auf dem Weg zum Pfortner hielt der T dem Zeugen erneut zeitweise das Messer drohend in die Seite und forderte ihn auf, "die Klappe zu halten". Nachdem beide nacheinander den Pfortner passiert hatten, tranken sie auf Verlangen des Zeugen an einem Getränkeautomaten einen Kaffee. In dem Bürogebäude, dessen Kellertür zufällig nur angelehnt war, ließ sich T von dem Zeugen mit dem Generalschlüssel die Büroräume aufschließen und durchsuchte sie. Um den Zeugen einzuschüchtern, bedrohte er ihn erneut verbal, so dass A keinen Widerstand wagte. T nahm aus den verschiedenen Büros insgesamt 15 Notebooks [...] im Gesamtwert von ca. 70.000 DM an sich. [...]

Hat T sich wegen der Begehung von Verbrechen strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit des T wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB

T könnte sich durch sein Verhalten wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grundtatbestand (§ 249 I StGB)

a. Raubmittel

aa. Gewalt gegen eine Person

Durch das Vorhalten des Messers könnte T Gewalt gegenüber S angewandt haben. Fraglich ist, ob ein solches Verhalten bereits Gewalt darstellt.

(1) Rechtsprechung

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

Da der A in panische Angst verfiel, wurde er in einen Erregungszustand versetzt, der auch sein Wohlbefinden beeinträchtigt, so dass T nach dieser Auffassung Gewalt gegen eine Person angewendet hat.

(2) Herrschende Literatur

Die herrschende Lehre lehnt in diesen Fällen Gewalt i.S.v. § 249 I StGB ab (Geilen, JZ 1970, 501; Küper, Jura 1983, 206 mwN). Nach dieser Auffassung hätte T also nicht Gewalt gegen eine Person angewendet.

(3) Stellungnahme

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

Der letztgenannten Meinung ist somit zu folgen. T hat keine Gewalt gegen eine Person angewendet.

bb. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben

T hat jedoch mit dem Tod des A oder zumindest mit der Beibringung einer erheblichen Verletzung gedroht, also mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben.

b. Fremde bewegliche Sache

Bei den von T erbeuteten Notebooks müsste es sich um fremde bewegliche Sachen handeln.

Die Notebooks stellen bewegliche Sachen dar. Fremd i.S.v. § 249 I StGB ist eine Sache, die nach bürgerlichem Recht im Eigentum eines anderen steht (Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 2, § 242 Rn. 5). Dies ist bei den Notebooks auch der Fall, so dass sie taugliche Tatobjekte eines Raubes sind.

c. Wegnahme

T müsste diese Sachen auch weggenommen haben.

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

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

aa. Rechtsprechung

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

T hatte sich zwar von A die Tür zu dem Bürogebäude öffnen lassen. Dadurch allein hatte er jedoch noch keinen unmittelbaren Gewahrsam an den Notebooks erhalten. Hierzu war es noch erforderlich, dass er selbst die Geräte ergriff, was vom äußeren Erscheinungsbild her eine Wegnahme darstellt. Nach der Rechtsprechung ist somit eine Wegnahme gegeben.

bb. Herrschende Literatur

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

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

(1) 1. Untermeinung

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

A wusste hier, dass es dem T auch ohne seine Kooperation möglich wäre, ihn zu überwältigen, ihm den Schlüssel abzunehmen und sich selbst Zutritt zum Gebäude zu verschaffen, wobei der A auch von dem

Pförtner nicht aufgehalten würde, da A ja selbst dort arbeitete und deshalb ein Zugangsberechtigung besaß. Nach dieser Meinung läge somit eine Wegnahme vor.

(2) 2. Untermeinung

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

A war in panische Angst geraten als T ihn mit dem Messer bedrohte. Offensichtlich ging er nicht davon aus, dass er eine andere Möglichkeit habe als sich dem Willen des T unterzuordnen und das zu tun, was von ihm verlangt wurde. A stellte sich somit keine Wahlmöglichkeit vor, so dass auch nach dieser Auffassung eine Wegnahme gegeben ist.

(3) 3. Untermeinung

Schließlich wird vertreten, dass eine Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB immer dann vorliege, wenn das Opfer den Gewahrsam willentlich übertrage, wobei das äußere Erscheinungsbild als Indiz für die Willentlichkeit des Opferverhaltens dienen sollte (Rengier, BT2, § 11 Rn. 22 a; Biletzki, Jura 1995, 636).

Nach dem äußeren Erscheinungsbild ist hier eine Wegnahme gegeben (s.o.), so dass nach dieser Meinung auch kein willentliches Opferverhalten und somit eine Wegnahme vorliegt.

cc. Zwischenergebnis

Nach allen Auffassungen stellt das Verhalten des T eine Wegnahme dar. Eine Streitentscheidung ist somit entbehrlich.

d. Vorsatz

T handelte auch vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatbestandsmerkmale

e. Finalzusammenhang

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

T müsste sich also vorgestellt haben, durch die Drohung die Wegnahme zu ermöglichen. Dies ist hier der Fall.

f. Absicht rechtswidriger Zueignung

T müsste weiterhin die Absicht gehabt haben, sich die Notebooks rechtswidrig zuzueignen.

Die Absicht rechtswidriger Zueignung setzt zunächst eine Zueignungsabsicht voraus, d.h. die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen

oder dem eines Dritten einzuverleiben (Aneignungskomponente) sowie den Willen, den Berechtigten dauerhaft aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen (Enteignungskomponente) (BGHSt 1, 262; 16, 190; Lackner/Kühl, § 242 Rn. 21). Außerdem muss die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig sein, d.h. der Täter darf keinen fälligen, einredefreien Anspruch auf die Zueignung der Beute haben (BGHSt 17, 87; Tröndle/Fischer, § 249 Rn. 8, § 242 Rn. 49 f.). Bei der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung handelt es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal, so dass sich der Vorsatz des Täters hierauf erstrecken muss (BGH, NJW 1990, 2832; Tröndle/Fischer, aaO).

T hatte die Absicht, die Notebooks seinem Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss der berechtigten Eigentümer. Er hatte keinen Anspruch hierauf und wusste dies auch, so dass er in der Absicht rechtswidriger Zueignung handelte.

2. Qualifikation (§ 250 II Nr. 1)

T könnte auch den Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB verwirklicht haben. Dann müsste er bei der Tat ein gefährliches Werkzeug verwendet haben.

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ist jedenfalls ein solches, das objektiv gefährlich, d.h. geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (BGHSt 44, 103; StV 1999, 646; Tröndle/Fischer, § 250 Rn. 7). Dies ist bei einem Messer der Fall.

T müsste das Messer auch verwendet haben. "Verwenden" i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB umfasst jeden Gebrauch, auch den zur Drohung (BGHSt 45, 92; NSTZ 1999, 301; Lackner/Kühl, § 250 Rn. 4). T hat mit dem Messer gedroht, es also verwendet. Da T bzgl. der qualifizierenden Umstände auch vorsätzlich handelte, hat er auch den Qualifikationstatbestand verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit/Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T ist strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB.

B. Strafbarkeit des T wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB

Nach der Rechtsprechung stellt der Raub eine *lex specialis* zur räuberischen Erpressung dar, so dass in jedem Raub zwingend eine räuberische Erpressung mitverwirklicht ist, die jedoch als *lex generalis* hinter § 249 I StGB zurücktritt (BGHSt 14, 386; SK-Günther, § 249 Rn. 10 ff.). Da T sich wegen schweren Raubes strafbar gemacht hat (s.o.), ist somit auch eine schwere räuberische Erpressung mitverwirklicht, tritt jedoch zurück.

Nach der Literatur stehen Raub und räuberische Erpressung hingegen in einem Exklusivitätsverhältnis (Joecks, § 255 Rn. 4; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3). Da T einen schweren Raub beging (s.o.), kann er somit

nicht gleichzeitig auch noch wegen schwerer räuberischer Erpressung strafbar sein.

Nach beiden Auffassungen ist eine isolierte Strafbarkeit des T gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB somit nicht gegeben, sodass eine Stellungnahme entbehrlich ist.

C. Strafbarkeit des T wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239 a I StGB

T könnte sich jedoch wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239 a I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung

a. Entführen

T könnte den A entführt haben.

Ein Entführen ist gegeben, wenn der Täter das Opfer gegen seinen Willen an einen anderen Ort verbringt, an welchem es dem ungehemmten Einfluss des Täters ausgesetzt ist (BGHSt 39, 350; NSTZ 1994, 283; SK-Horn, § 239 a Rn. 4).

Hierzu der BGH: "Der Angeklagte hat den Zeugen A entführt, indem er ihn mit dem Messer bedrohte und ihn sodann gegen seinen Willen aus seiner Wohnung in das Bürogebäude der B brachte. Da sich zur Tatzeit dort keine Mitarbeiter aufhielten, war der Zeuge jedenfalls in dem menschenleeren Bürogebäude in seinen Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten in einem Maße eingeschränkt, dass er dem ungehemmten Einfluss des Angekl. ausgesetzt war (vgl. BGHSt 40, 350, 359 mwN)." Ein Entführen liegt somit vor.

b. Sich-Bemächtigen

T könnte sich auch des A bemächtigt haben.

Der Täter bemächtigt sich des Opfers, wenn er die physische Herrschaftsgewalt über den Körper des anderen begründet (BGH, NSTZ 1996, 277; Renzikowski, JZ 1994, 492).

Auch dies bejaht der BGH: "Zugleich hat sich der Angeklagte des Zeugen A auch bemächtigt (zum Verhältnis von Entführen und Sichbemächtigen vgl. Tröndle/Fischer 51. Aufl., § 239 a Rn 4; LK-Traeger/Schluckebier 11. Aufl. § 239 a Rn 9), weil er die physische Herrschaft über ihn erlangte und an einer freien Bestimmung über sich selbst hinderte (vgl. BGH NSTZ 2002, 31, 32; BGHR StGB § 239 a 1 Sichbemächtigen 5, 6 und 8 - jeweils mwN), indem er ihn durch Bedrohung mit dem Messer zwang, mit ihm in das Bürogebäude zu kommen." Auch ein Sich-Bemächtigen ist somit gegeben.

2. Anwendbarkeit von § 239 a StGB im Zwei-Personen-Verhältnis

Nach dem Wortlaut ist § 239 a StGB zwar eigentlich

unproblematisch auch innerhalb von Zwei-Personen-Verhältnissen anwendbar, da er auch die Fälle erfasst, in denen der Täter das Opfer entführt oder sich seiner bemächtigt, um "die Sorge des Opfers um sein Wohl" auszunutzen; ein Dreiecksverhältnis wird somit nicht zwingend vorausgesetzt. Jedoch hätte eine uneingeschränkte Anwendung von § 239 a StGB zur Folge, dass solche Fälle, die bereits von §§ 249 I; 255 StGB erfasst werden, auch § 239 a StGB unterfielen, so dass dessen höherer Strafrahmen letztlich die anderen Normen verdrängen würde.

Rechtsprechung und herrschende Lehre lösen dieses Problem, indem sie den Charakter von § 239 a StGB als unvollkommen zweiaktiges Delikt betonen und zwischen dem objektiv verwirklichten Teilakt des Entführens oder Sich-Bemächtigens und dem in die Tätervorstellung verlegten Teilakt der angestrebten weiteren Erpressung einen funktionalen Zusammenhang verlangen (BGH, StV 1997, 302; Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 7); dieser ist dann gegeben, wenn die Bemächtigungssituation eine eigenständige Bedeutung erlangt, wenn also die Lage, die der Täter ausnutzen will, zuvor eine gewisse Stabilisierung erfährt (BGH, NJW 1997, 1082; Heinrich, NSTZ 1997, 368).

Im vorliegenden Fall hatte sich durch die längere Fahrt von Täter und Opfer zum Gebäude, das der A dann aufschloss und während derer A unter der physischen Herrschaft des T stand die Bemächtigungssituation bereits stabilisiert, bevor es zur Ausnutzung der Lage dadurch kam, dass der T den A dazu zwang, das Gebäude aufzuschließen. Somit ist § 239 a StGB im vorliegenden Fall ungeachtet des Zwei-Personen-Verhältnisses anwendbar. So sieht es auch der BGH:

"Auch die eigenständige Bedeutung der Bemächtigungssituation und eine Stabilisierung der Lage, die ausgenutzt werden sollte, waren somit gegeben."

3. Vorsatz

T handelte vorsätzlich.

4. Absicht, die Sorge des Opfers um sein Wohl zu einer Erpressung auszunutzen

T müsste außerdem die Absicht gehabt haben, die von ihm geschaffene Bemächtigungssituation und die daraus entstehende Sorge des A um sein Wohl zu einer Erpressung i.S.v. § 253 StGB auszunutzen.

Dies erscheint fraglich, da T zwar die Absicht hatte, die Sorge des A auszunutzen, jedoch zu einem (schweren) Raub (den er ja auch tatsächlich beging, s.o.).

a. Herrschende Lehre

Folgt man der herrschenden Lehre, nach der § 249 StGB und §§ 253 I, 255 StGB im Verhältnis tatbestandlicher Exklusivität stehen, kommt § 239 a I StGB hier nicht in Betracht, da T die Zwangslage des Opfers zu einem Raub und damit gerade nicht zu einer (räuberischen) Erpressung ausnutzen wollte. Einschlä-

gig wäre vielmehr § 239 b StGB.

b. Rechtsprechung

Basierend auf dem Rechtsverständnis des BGH ist § 249 StGB lex specialis zu §§ 253 I, 255, d.h. in jedem Raub ist auch eine räuberische Erpressung enthalten. Insofern beinhaltet die Absicht des Täters, die Sorge des Opfers zu einem Raub auszunutzen, die Absicht zur Ausnutzung zu einer (räuberischen) Erpressung.

Dementsprechend führt auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung aus: "Ob sich diese Absicht des Angeklagten auf die Begehung einer schweren räuberischen Erpressung richtete - wie das LG ohne nähere Begründung meint - oder aber auf einen schweren Raub, ist hier nicht zweifelsfrei, für den Schuldspruch nach § 239 a StGB aber nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Denn in der Rechtsprechung des BGH (BGHSt 14, 368, 390; BGH NStZ 2002, 31, 32 - jew. mwN) ist anerkannt, dass der Tatbestand der Erpressung den des Raubs mitumfasst. Der Raub ist insofern der besondere Tatbestand gegenüber dem allgemeineren des § 255 StGB. Der engere Tatbestand des Raubs schließt zwar die Anwendung des weiteren Tatbestands der räuberischen Erpressung insoweit aus, als seine Voraussetzungen vorliegen. Das ändert aber nichts daran, dass neben dem speziellen Tatbestand des Raubs zugleich auch der allgemeinere Tatbestand der räuberischen Erpressung erfüllt ist. Für den Tatbestand des § 239 a StGB bedeutet dies, dass es nicht darauf ankommt, ob die von dem Angekl. beabsichtigte Tat rechtlich als schwere räuberische Erpressung oder als schwerer Raub zu werten ist."

c. Stellungnahme

Für die herrschende Lehre spricht die strukturelle Vergleichbarkeit der §§ 253, 255 StGB mit § 263 StGB. In beiden Fällen handelt es sich um Selbstschädigungsdelikte, die mit Hilfe des Tatbestandsmerkmals der Vermögensverfügung zu den jeweiligen Fremdschädigungsdelikten Raub und Diebstahl abgegrenzt werden können. Dem Hinweis der Literatur auf die Strukturgleichheit mit § 263 StGB begegnet der

BGH zu Recht, indem er die Vergleichbarkeit der Erpressung mit der Nötigung betont, auf der § 253 I StGB eindeutig aufbaut und die keine Vermögensverfügung erfordert. Entscheidend für die Rechtsprechung streitet jedoch Folgendes: nach allgemeiner Ansicht ist die vis absoluta ein taugliches Nötigungsmittel des Raubes. Trotz des insoweit identischen Wortlauts ("Gewalt gegen eine Person") von § 249 StGB und §§ 253 I, 255 StGB kommt nach herrschender Lehre jedoch eine räuberische Erpressung bei vis absoluta nicht in Betracht, da diese Gewaltform eine Vermögensverfügung unmöglich macht. Der brutalere Täter wird von der herrschenden Lehre de facto privilegiert. Dies vermeidet die Rechtsprechung mit ihrem Verzicht auf das Erfordernis einer Vermögensverfügung i.R.v. § 253. Der Rechtsprechung ist zu folgen.

T hatte somit die Absicht, die von ihm geschaffene Lage zu einer "Erpressung" im Sinne von § 239 a I StGB auszunutzen.

II. Rechtswidrigkeit/Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

T ist strafbar gem. § 239 a I StGB.

D. Strafbarkeit des T wegen Geiselnahme gem. § 239 b I StGB

Hierzu der BGH: "Neben § 239 a StGB ist § 239 b StGB im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Zwischen erpresserischem Menschenraub und Geiselnahme besteht Gesetzeskonkurrenz (Subsidiarität), wenn die Geiselnahme allein dem Zweck dient, durch Bedrohung des Opfers eine unrechtmäßige Bereicherung zu erlangen (vgl. BGHSt 25, 386)."

Eine Strafbarkeit gem. § 239 b I StGB ist somit nicht gegeben.

E. Konkurrenzen

§ 239 a I StGB und §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB stehen zueinander in Tateinheit (§ 52) (BGH, NStZ 1993, 39; Tröndle/Fischer, § 239 a Rn. 21).

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Ortmann, Andreas: "Der umstrittene Untersuchungsausschuss"
Fundstelle:	Jura 2003, 847 (Heft 12)
Inhalt:	Klausur aus dem Staatsorganisationsrecht. Gegenstand ist ein Organstreitverfahren, wobei neben den verfassungsrechtlichen Fragen wie der Untersuchung privater Sachverhalte, der Gewaltenteilung und der Minderheitenrechte auch das Untersuchungsausschussgesetz (PUAG) Berücksichtigung gefunden hat.

Autor/Titel:	Leist, Wolfgang: "Zur Rechtmäßigkeit typischer Auflagen bei rechtsextremistischen Demonstrationen"
Fundstelle:	NVwZ 2003, 1300 (Heft 11)
Inhalt:	Immer wieder verhängen Behörden gegen rechtsgerichtete Versammlungen und Aufzüge Auflagen nach §§ 5, 15 VersG oder allgemeinem Polizei- und Ordnungsrecht. Die vom Autor als "typisch" herausgearbeiteten Auflagen wie das Verbot des Mitführens bestimmter Flaggen und Symbole, der Vermummung und Redeverbote werden auf ihre Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen hin untersucht.

Autor/Titel:	Baldus, Manfred: "Präventive Wohnraumüberwachung durch Verfassungsschutzbehörden der Länder"
Fundstelle:	NVwZ 2003, 1289 (Heft 11)
Inhalt:	Der Beitrag untersucht die seit dem 11.9.2001 immer häufiger anzutreffenden Versuche, bereits durch präventive Wohnraumüberwachung Erkenntnisse im Vorfeld der Begehung terroristischer Anschläge über diese zu gewinnen, auf ihre verfassungsmäßige Zulässigkeit. Zur Sprache kommen insbes. Art. 13 GG, das Gebot der Normenklarheit und der Schutz unbeteiligter Dritter.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Casper, Matthias: "Haftung des GbR-Gesellschafters für Altverbindlichkeiten und deliktische Verbindlichkeiten"
Fundstelle:	Jura 2003, 770 (Heft 11)
Inhalt:	Anhand eines Falls werden die neusten Entscheidungen des BGH zur Haftungsverfassung der GbR und ihrer Gesellschafter ausführlich besprochen.

Autor/Titel:	Dethloff, Nina: "Vertragsschluss, Widerrufs- und Rückgaberecht im E-Commerce"
Fundstelle:	Jura 2003, 730 (Heft 11)
Inhalt:	Der Beitrag behandelt durch Fallbeispiele die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Vertriebsweg über das Internet, der vor allem durch die Schuldrechtsmodernisierung spezifisch geregelt worden ist.

Autor/Titel:	Reischl, Klaus: "Grundfälle zum neuen Schuldrecht"
Fundstelle:	JuS 2003, 1076 (Heft 11)
Inhalt:	Die Neuerungen im Kauf- und Werkvertragsrecht infolge der Schuldrechtsmodernisierung werden in diesem Fortsetzungsbeitrag ausführlich durch Grund- und Aufbaufällen dargestellt und Problematiken erläutert.

Autor/Titel:	Büscher, Patrick: "Das verbrannte Vermächtnis"
Fundstelle:	JA 2003, 849 (Heft 11)
Inhalt:	Ausführliche Klausurdarstellung und -lösung zu den Themengebieten Vermächtnis, Auslegung, Verzicht, Anfechtung, Drittschadensliquidation und Gesamtschuld, die das Niveau einer schweren Fortgeschrittenklausur aufweist.

Strafrecht

Autor/Titel:	Trüg, Gerson: "Der 'halbherzige Rücktritt' vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts"
Fundstelle:	JA 2003, 836 (Heft 11)
Inhalt:	Anhand des BGH-Urteils NJW 2003, 1058 (= RA 2003, 246) diskutiert der Autor neben der Frage, ob die Begehung eines Mordes unter Verwendung gemeingefährlicher Mittel durch Unterlassen möglich ist, zwei klassische Fragen zum Rücktritt, nämlich ob es beim Rücktritt vom Versuch eines unechten Unterlassungsdelikts einer Differenzierung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch bedarf und welche Anforderungen an die Verhinderung des Erfolges durch den Täter i.R.v. § 24 I 1 2. Fall StGB zu stellen sind.

Autor/Titel:	Schatz, Holger: "Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt und die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe"
Fundstelle:	NStZ 2003, 581 (Heft 11)
Inhalt:	Hartnäckig hält sich der (grundsätzlich durchaus richtige) Satz, hypothetische Kausalverläufe seien im Strafrecht nicht zu berücksichtigen. Der Verfasser zeigt anhand eines Urteils des LG Potsdam auf, dass dies zumindest bei der Prüfung des sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhangs im Rahmen der objektiven Zurechnung des Erfolgs beim fahrlässigen Erfolgsdelikt nicht ohne weiteres gilt und schlägt Kriterien vor, nach denen das insofern zu prüfende "rechtmäßige Alternativverhalten" zu bestimmen ist.

Autor/Titel:	Gröseling, Nadine: "Standardprobleme des Diebstahls und des Betrugs"
Fundstelle:	JuS 2003, 1097 (Heft 11)
Inhalt:	Klausurfall zur klassischen Thematik der Abgrenzung zwischen Trickdiebstahl und Sachbetrug. Ein zwar kurzer, aber vor allem zur Wiederholung sehr gut geeigneter Fall, in dem einmal nicht die Darstellung eines umfangreichen Meinungsspektrums, sondern Normverständnis das Verhältnis verschiedener Strafgesetze im Vordergrund stehen.