

Öffentliches Recht

Standort: Europarecht

Problem: Fremdbesitzverbot bei Apotheken

EUGH, URTEIL VOM 19.05.2009
C-171/07, C-172/07 (EuZW 2009, 209)

Problemdarstellung:

Der EuGH hatte die Frage zu klären, ob das im deutschen Apothekenrecht bestehende Verbot, dass juristische Personen eine Apotheke betreiben (sog. "Fremdbesitzverbot") gegen die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG verstößt. Diese gilt nach Art. 48 EG auch für juristische Personen.

Im Jahr 2006 brach das saarländische Gesundheitsministerium ein Tabu, indem es der niederländischen Gesellschaft DocMorris NV die Genehmigung zum Betrieb einer Apotheke in Saarbrücken erteilte, obwohl §§ 2 I Nrn. 1-4 und 7, 7 S. 1 und 8 S. 1 ApoG jegliche Beteiligung von Kapitalgesellschaften an Apotheken verbieten. Das Ministerium fühlte sich zur Nichtanwendung des deutschen Apothekenrechts berufen, weil es einen Verstoß gegen die europäische Niederlassungsfreiheit aus Art. 43 EG erkannt zu haben glaubte. Ein Verstoß gegen Europarecht führt bekanntlich Kraft dessen Anwendungsvorrangs zur Unanwendbarkeit (nicht: Nichtigkeit) der nationalen Rechtsnormen (EuGH, Slg. 1978, 629 - Simmenthal II).

Motivationshilfe für das Ministerium geleistet haben dürfte die Entscheidung des EuGH zum in Griechenland herrschenden Verbot, dass eine juristische Person ein Optikergeschäft eröffnet, denn darin hatte der EuGH einen Verstoß gegen Art. 43 EG gesehen (EuGH, Slg. 2005, I-3177).

In der Tat lässt sich ein Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit unproblematisch subsumieren; auch der notwendige grenzüberschreitende Sachverhalt lag vor, da DocMorris in den Niederlanden ansässig ist und sich in Deutschland betätigen wollte. Die Preisfrage war, ob sich die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das deutsche Apothekenrecht rechtfertigen ließ. Hierzu holte das OVG Saarlouis - nachdem die vorherzusehende Konkurrentenklage der deutschen Apothekerschaft gegen die DocMorris-Genehmigung bei ihm anhängig war - die nun vorliegende Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 234 EG ein.

Der EuGH bejaht zur Überraschung vieler eine Rechtfertigung. Neben der hier nicht einschlägigen Schran-

ke des Art. 46 EG (es handelte sich bei §§ 2 I Nrn. 1-4 und 7, 7 S. 1 und 8 S. 1 ApoG nicht um eine Sonderregelung für Ausländer, vielmehr gilt das Fremdbesitzverbot auch für Deutsche) vertritt der EuGH, dass als ungeschriebene Schranke der Niederlassungsfreiheit auch solche Regelungen in Betracht kommen, die - ohne zu diskriminieren - durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, wobei sie geeignet und erforderlich sein müssen, um das von ihnen verfolgte Ziel zu fördern (EuGH, EuZW 2009, 298 Rdnr. 44 - Hartlauer).

Solch "zwingende Gründe" sah der EuGH in der besonderen Sensibilität des Umgangs mit Arzneimitteln (Stichwort: Missbrauchsgefahr). Nur die (natürliche) Person des Apothekers biete hinreichende Gewähr dafür, dass mit Arzneimitteln sorgsam umgegangen werde. Darin liege auch der entscheidende Unterschied zum Optiker. Zitat EuGH:

"[60]. In Anbetracht des besonderen Charakters der Arzneimittel und ihres Marktes und beim derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts lassen sich die Feststellungen des Gerichtshofs im Urteil Kommission/Griechenland nicht auf den Bereich des Einzelhandelsvertriebs von Arzneimitteln übertragen. Denn im Unterschied zu Optikerprodukten können aus therapeutischen Gründen verschriebene oder verwendete Arzneimittel sich trotz allem, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann, als für die Gesundheit sehr schädlich erweisen, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden."

Prüfungsrelevanz:

Das vorliegende Urteil zum Fremdbesitzverbot bei Apotheken hat viel Aufsehen erregt und allein deshalb hohe Examensrelevanz. Es lässt sich darüber hinaus nahezu unverändert in Examensaufgaben übernehmen, denn Art. 43 EG lässt sich anhand dieses Falles geradezu schulmäßig durchprüfen. Der Aufbau sollte sich dabei an der Prüfung eines Freiheitsgrundrechts orientieren, also nach dem Schema Schutzbereich - Eingriff - Rechtfertigung erfolgen.

Besonders wichtig ist es zu wissen, dass der EuGH neben den geschriebenen auch eine ungeschriebene Schranke der Grundfreiheiten mit dem oben genannten und in den nachstehenden Entscheidungsgründen ausführlich geprüften Inhalt kennt (grundlegend die

“Cassis de Dijon”-Entscheidung EuGH, Slg. 1979, 649 zur Warenverkehrsfreiheit). Dabei lässt sich die Begründung des EuGH durchaus kritisch sehen: 83% des Umsatzes deutscher Apotheken werden mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln erwirtschaftet; einer Missbrauchsgefahr ist in diesen Fällen schon durch den Arzt (Rezeptpflicht!) vorgebeugt. Nicht verschreibungspflichtige Arzneien sind normalerweise ohnehin harmlos. Zudem wird der Verkauf in praxi vielfach nicht vom Apotheker persönlich, sondern von seinem Personal vorgenommen. Warum sollte nicht auch eine juristische Person geschultes Personal beschäftigen können? Die Antwort auf diese Fragen bleibt der EuGH schuldig, obwohl sie von DocMorris im Verfahren mit Nachdruck gestellt wurden (vgl. zu alledem die krit. Urteilsanmerkung von Herrmann, EuZW 2009, 413).

Der vorliegende Fall mag darüber hinaus Anlass bieten, die Grundzüge des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EG zu wiederholen, auch wenn der EuGH infolge der hier offensichtlich zulässigen Vorlage dazu kein Wort verloren hat.

Vertiefungshinweise:

- Urteilsanmerkungen: *Herrmann*, EuZW 2009, 413; *Martini*, NJW 2009, 2116
- Ungeschriebene Schranke der Grundfreiheiten: *EuGH*, Slg. 1979, 649 - *Cassis de Dijon*; EuZW 2009, 298 - *Hartlauer*
- Arzneimittelvertrieb im Internet: *EuGH*, EuZW 2004, 21 - *DocMorris I*
- Verwaltungsgerichtliche Entscheidungen im Konkurrentenstreit gegen DocMorris: *OVG Saarlouis*, NVwZ-RR 2008, 95; *VG Saarlouis*, ZMGR 2006, 231; *Apotheke & Recht*, 2007, 140
- Wettbewerbsrechtliche Klage gegen DocMorris: *OLG Saarland*, GRUR 2007, 173

Kursprogramm:

- Examenskurs*: “Internet ist gar nicht nett”

Leitsatz:

Die Art. 43 und 48 EG stehen einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verwehrt.

Sachverhalt:

Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung der Art. 43 EG und 48 EG sowie der Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Diese Ersuchen ergehen im Rahmen zweier Rechtsstreitigkeiten, in denen sich die Apothekerkammer des Saarlandes, Frau Schneider,

Herr Holzapfel, Herr Trennheuser und der Deutsche Apothekerverband e.V. (C-171/07) bzw. Frau Neumann-Seiwert (C-172/07) auf der einen Seite sowie das Saarland und das Ministerium für Justiz, Gesundheit und Soziales auf der anderen Seite gegenüberstehen und in denen es um eine nationale Regelung geht, nach der nur Apotheker Inhaber und Betreiber von Apotheken sein können.

Die DocMorris NV (im Folgenden: DocMorris) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in den Niederlanden, die unter anderem ein Versandunternehmen für Arzneimittel betreibt. Mit Bescheid vom 29. 6. 2006 erteilte ihr das Ministerium mit Wirkung vom 1. 7. 2006 die Erlaubnis zum Betrieb einer Filialapotheke in Saarbrücken mit der Maßgabe, einen Apotheker für die persönliche Leitung der betreffenden Apotheke unter eigener Verantwortung einzustellen (im Folgenden: Bescheid v. 29. 6. 2006). Am 2. und am 18. 8. 2006 erhoben die Kl. der Ausgangsverfahren beim VG Saarlouis Klage gegen den Bescheid vom 29. 6. 2006. Die Kl. brachten in diesen Klagen vor, dass dieser Bescheid gegen das Apothekengesetz (ApoG) verstoße, da er das „Fremdbesitzverbot“, nämlich den Grundsatz, dass nur Apotheker Eigentümer und Betreiber von Apotheken sein dürften, wie er sich aus § 2 I Nr. 3 in Verbindung mit den §§ 7 und 8 ApoG ergebe (im Folgenden: Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern), verletze. Das von DocMorris unterstützte Ministerium machte geltend, dass der Bescheid vom 29. 6. 2006 rechtsgültig sei, weil es gezwungen gewesen sei, die betreffenden Bestimmungen des ApoG unangewendet zu lassen, weil sie Art. 43 EG verletzen, der die Niederlassungsfreiheit garantiere. Eine Kapitalgesellschaft, die rechtmäßig in einem Mitgliedstaat eine Apotheke betreibt, habe nämlich keinen Zutritt zum deutschen Apothekenmarkt. Eine solche Beschränkung sei aber zur Erreichung des legitimen Ziels des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung nicht erforderlich. Unter diesen Umständen hat das VG Saarlouis beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof seine, in den beiden Rechtssachen C-171/07 und C-172/07 wortgleich gefassten Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der EuGH hat wie aus dem Leitsatz ersichtlich entschieden.

Aus den Gründen:

A. Zur ersten Frage

[17]. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Art. 43 EG und 48 EG einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen entgegenstehen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verwehrt.

I. Vorbemerkungen

[18]. Erstens geht sowohl aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs als auch aus Art. 152 V EG und dem 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2005/36/EG hervor, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Vorschriften zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen wie der öffentlichen Apotheken unberührt lässt. Jedoch müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen des Vertrags über die Verkehrsfreiheiten einschließlich der Niederlassungsfreiheit beachten. Diese Bestimmungen untersagen es den Mitgliedstaaten, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheiten im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten (vgl. in diesem Sinne EuGH, Urt. v. 16. 5. 2006 - C-372/04, Slg. 2006, I-4325 = BeckRS 2006, 70372 Rdnrn. 92 u. 146 - Watts; EuZW 2009, 298 Rdnr. 29 - Hartlauer).

[19]. Bei der Prüfung, ob das genannte Gebot beachtet worden ist, ist zu berücksichtigen, dass unter den vom Vertrag geschützten Gütern und Interessen die Gesundheit und das Leben von Menschen den höchsten Rang einnehmen und dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu bestimmen, auf welchem Niveau sie den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung gewährleisten wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll. Da sich dieses Niveau von einem Mitgliedstaat zum anderen unterscheiden kann, ist den Mitgliedstaaten ein Wertungsspielraum zuzuerkennen (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 2003, I-14887 = NJW 2004, 131 = EuZW 2004, 21 Rdnr. 103 - Deutscher Apothekerverband; NJW 2008, 3693 = EuZW 2008, 601 Rdnr. 51 - Kommission/Deutschland, und EuZW 2009, 298 Rdnr. 30 - Hartlauer, Rdnr. 30).

[20]. Zweitens ist festzustellen, dass weder die Richtlinie 2005/36/EG noch eine andere Maßnahme zur Durchführung der im Vertrag gewährleisteten Verkehrsfreiheiten Bedingungen für die Aufnahme der Tätigkeiten des Apothekers vorsieht, die den Kreis der Personen klarstellen würden, die zum Betrieb einer Apotheke berechtigt sind. Folglich ist die nationale Regelung allein anhand der Bestimmungen des Vertrags zu prüfen.

[21]. Drittens ist darauf hinzuweisen, dass sich die Regelung, die für Personen gilt, die mit dem Einzelhandelsvertrieb von Arzneimitteln betraut sind, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterscheidet. Während in manchen Mitgliedstaaten nur selbstständige Apotheker Inhaber und Betreiber von Apotheken sein können, lassen es andere Mitgliedstaaten zu, dass Personen, die keine selbstständigen Apotheker sind, Eigentümer einer Apotheke sind, wobei sie aber deren Führung angestellten Apothekern anvertrauen.

II. Zum Vorliegen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

1. Eingriff in den Schutzbereich

[22]. Nach ständiger Rechtsprechung steht Art. 43 EG jeder nationalen Maßnahme entgegen, die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, aber geeignet ist, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit durch die Gemeinschaftsangehörigen zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. u.a. EuGH, Slg. 1993, I-1663 Rdnr. 32 - Kraus; Slg. 2004, I-9761 Rdnr. 15 - Kommission/Niederlande).

[23]. Eine Beschränkung i.S. von Art. 43 EG liegt insbesondere in einer Regelung, die die Niederlassung eines Wirtschaftsteilnehmers eines anderen Mitgliedstaats im Aufnahmemitgliedstaat von der vorherigen Erteilung einer Erlaubnis abhängig macht und die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit bestimmten Wirtschaftsteilnehmern vorbehält, die zuvor festgelegten Anforderungen entsprechen, deren Einhaltung Voraussetzung für die Erteilung dieser Erlaubnis ist. Eine derartige Regelung hält Wirtschaftsteilnehmer anderer Mitgliedstaaten davon ab, im Aufnahmemitgliedstaat ihren Tätigkeiten mittels einer Betriebsstätte nachzugehen, oder hindert sie sogar daran (vgl. in diesem Sinne EuGH, EuZW 2009, 298 Rdnrn. 34, 35 u. 38 - Hartlauer).

[24]. Die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern stellt eine derartige Beschränkung dar, weil sie den Betrieb von Apotheken Apothekern vorbehält und die übrigen Wirtschaftsteilnehmer von der Aufnahme dieser selbstständigen Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausschließt.

2. Zur Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit

a. Schranke

[25]. Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit, die ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar sind, können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sofern sie geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. EuGH, EuZW 2009, 298 Rdnr. 44 - Hartlauer).

b. Subsumtion

aa. Keine Diskriminierung

[26]. In den Ausgangsverfahren ist erstens festzustellen, dass die fragliche nationale Regelung ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit Anwendung findet.

bb. Zwingender Grund

[27]. Zweitens gehört der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, die Beschränkungen der vom Vertrag gewährleisteten Verkehrsfreiheiten wie der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können (vgl. u.a. EuGH, EuZW 2009, 298 Rdnr. 46 - Hartlauer).

[28]. Im Einzelnen lassen sich Beschränkungen der genannten Verkehrsfreiheiten mit dem Ziel rechtfertigen, eine sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung sicherzustellen (vgl. in diesem Sinne Urt. Deutscher Apothekerverband, Rdnr. 106).

cc. Geeignetheit

[29]. Drittens ist zu prüfen, ob die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern zur Erreichung eines derartigen Ziels geeignet ist.

(1). Gestaltungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers

[30]. Hierbei muss der Mitgliedstaat, wenn eine Ungewissheit hinsichtlich des Vorliegens oder der Bedeutung der Gefahren für die menschliche Gesundheit bleibt, Schutzmaßnahmen treffen können, ohne warten zu müssen, bis der Beweis für das tatsächliche Bestehen dieser Gefahren vollständig erbracht ist. Außerdem kann der Mitgliedstaat diejenigen Maßnahmen treffen, die eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, wozu im Einzelnen eine Gefahr für die sichere und qualitativ hochwertige Arzneimittelversorgung der Bevölkerung gehört, weitestmöglich verringern (vgl. EuGH, Slg. 2007, I-4071 - Rosengren u.a.).

[31]. In diesem Zusammenhang ist der ganz besondere Charakter der Arzneimittel zu betonen, deren therapeutische Wirkungen sie substanziell von den übrigen Waren unterscheiden (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1991, I-1487 = LMRR 1991, 9 Rdnr. 54 - Delattre).

[32]. Auf Grund dieser therapeutischen Wirkungen können Arzneimittel, wenn sie ohne Not oder falsch eingenommen werden, der Gesundheit schweren Schaden zufügen, ohne dass der Patient sich dessen bei ihrer Verabreichung bewusst sein kann.

[33]. Eine übermäßige Einnahme oder falsche Verwendung von Arzneimitteln führt außerdem zu einer Verschwendung finanzieller Mittel, die umso schädlicher ist, als der Pharmabereich erhebliche Kosten verursacht und wachsenden Bedürfnissen entsprechen muss, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden können, unabhängig von der Art und Weise der Finanzierung nicht unbegrenzt sind (vgl. entspr. für die Krankenhausversorgung EuGH, Slg. 2003, I-4509 = NJW 2003, 2298 - Müller-Fauré und van Riet, sowie Slg. 2006, I-4325 = BeckRS 2006, 70372 Rdnr. 109 - Watts). Hierbei ist

darauf hinzuweisen, dass zwischen diesen finanziellen Mitteln und den Gewinnen von auf dem Pharmasektor tätigen Wirtschaftsteilnehmern eine unmittelbare Beziehung besteht, denn in den meisten Mitgliedstaaten wird die Verschreibung von Arzneimitteln von den betreffenden Krankenversicherungsträgern erstattet.

[34]. In Anbetracht dieser Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung und das finanzielle Gleichgewicht der Sozialversicherungssysteme können die Mitgliedstaaten die mit dem Einzelhandelsvertrieb der Arzneimittel betrauten Personen, u.a. was die Modalitäten ihrer Vermarktung und das Gewinnstreben angeht, strengen Anforderungen unterwerfen. Insbesondere können sie den Verkauf von Arzneimitteln im Einzelhandel grundsätzlich Apothekern vorbehalten wegen der Garantien, die diese bieten müssen, und der Informationen, die sie den Verbrauchern geben können müssen (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1991, I-1487 = LMRR 1991, 9 Rdnr. 56 - Delattre).

[35]. Da die Mitgliedstaaten befugt sind, über das Niveau des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu entscheiden, ist anzuerkennen, dass sie verlangen können, dass die Arzneimittel von Apothekern vertrieben werden, die über tatsächliche berufliche Unabhängigkeit verfügen. Sie können auch Maßnahmen treffen, die geeignet sind, eine Gefahr der Beeinträchtigung dieser Unabhängigkeit zu beseitigen oder zu verringern, da eine derartige Beeinträchtigung geeignet wäre, sich auf das Niveau der Sicherheit und der Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung auszuwirken.

(2). Besondere Gewähr des Apothekers für Zuverlässigkeit und Schutz

[36]. In diesem Zusammenhang sind drei Kategorien möglicher Betreiber einer Apotheke zu unterscheiden, nämlich die der natürlichen Personen, die Apotheker sind, die der auf dem Sektor der pharmazeutischen Produkte als Hersteller oder Großhändler tätigen Personen und die der Personen, die weder Apotheker sind noch einer Tätigkeit in dem genannten Sektor nachgehen.

[37]. Für den Betreiber, der Apotheker ist, lässt sich nicht leugnen, dass er ebenso wie andere Personen das Ziel verfolgt, Gewinne zu erwirtschaften. Als Berufsapotheker ist bei ihm aber davon auszugehen, dass er die Apotheke nicht nur aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern auch unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel. Sein privates Interesse an Gewinnerzielung wird somit durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt, da ein etwaiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder berufsrechtliche Regeln nicht nur den Wert seiner Investition, sondern auch seine eigene berufliche Existenz erschüttert.

[38]. Nichtapotheker unterscheiden sich von Apothe-

kern dadurch, dass sie definitionsgemäß keine derjenigen der Apotheker entsprechende Ausbildung, Erfahrung und Verantwortung haben. Demnach ist festzustellen, dass sie nicht die gleichen Garantien wie Apotheker bieten.

[39]. Folglich kann ein Mitgliedstaat im Rahmen seines in Rdnr. 19 des vorliegenden Urteils erwähnten Wertungsspielraums der Ansicht sein, dass der Betrieb einer Apotheke durch einen Nichtapotheker im Unterschied zu einer von einem Apotheker betriebenen Apotheke eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, insbesondere für die Sicherheit und Qualität des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel, darstellen kann, weil das Gewinnstreben im Rahmen eines derartigen Betriebs nicht mit mäßigenden Faktoren wie den in Rdnr. 37 des vorliegenden Urteils angeführten einhergeht, die die Tätigkeit der Apotheker kennzeichnen (vgl. entspr. für Leistungen der Sozialhilfe EuGH, Slg. 1997, I-3395 - Sodemare u.a.).

[40]. Es ist somit einem Mitgliedstaat insbesondere unbenommen, im Rahmen des genannten Wertungsspielraums zu beurteilen, ob eine derartige Gefahr bei Herstellern und Großhändlern pharmazeutischer Produkte deshalb vorliegt, weil sie die Unabhängigkeit der angestellten Apotheker dadurch beeinträchtigen könnten, dass sie diese zu einer Förderung derjenigen Arzneimittel anhalten, die sie selbst herstellen oder vertreiben. Ein Mitgliedstaat darf außerdem beurteilen, ob die Gefahr besteht, dass Betreiber, die keine Apotheker sind, die Unabhängigkeit der angestellten Apotheker dadurch beeinträchtigen, dass sie diese dazu anhalten, Arzneimittel zu verkaufen, deren Bevorratung nicht mehr einträglich ist, oder dass diese Betreiber Betriebskostenkürzungen vornehmen, die geeignet wären, die Modalitäten des Einzelhandelsvertriebs der Arzneimittel zu beeinträchtigen.

(3). Keine vergleichbare Gewähr bei Nichtapothekern

[41]. In ihren beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen haben die Kommission und DocMorris außerdem geltend gemacht, dass sich die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern in den Ausgangsverfahren nicht mit dem Allgemeininteresse rechtfertigen lasse, da dieses Ziel nicht in kohärenter Weise verfolgt werde.

[42]. Hierzu geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs hervor, dass eine nationale Regelung nur dann geeignet ist, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen (vgl. EuGH, Slg. 2007, I-1891 Rdnrn. 53 u. 58 - Placanica u.a.; EuZW 2008, 505 Rdnrn. 39 u. 40 - Corporación Dermoestética, sowie EuZW 2009, 298 Rdnr. 55 - Hartlauer).

[43]. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die nationale Regelung den Betrieb von Apo-

theken durch Nichtapotheker nicht absolut ausschließt. [44]. Zunächst sieht § 13 I ApoG als Ausnahme vor, dass die Erben eines Apothekers, die selbst keine Apotheker sind, die Apotheke, die sie geerbt haben, für längstens zwölf Monate betreiben dürfen.

[45]. Diese Ausnahme erweist sich indes im Hinblick auf den Schutz der legitimen Rechte und Vermögensinteressen der Familienmitglieder des verstorbenen Apothekers als gerechtfertigt. Insoweit ist festzustellen, dass die Mitgliedstaaten der Ansicht sein können, dass die Interessen der Erben eines Apothekers nicht geeignet sind, die Anforderungen und Garantien in Frage zu stellen, die sich aus ihren jeweiligen Rechtsordnungen ergeben und denen die Betreiber, die Apotheker sind, entsprechen müssen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass die ererbte Apotheke während der gesamten Übergangszeit unter der Verantwortung eines diplomierten Apothekers betrieben werden muss. Folglich lassen sich die Erben in diesem konkreten Zusammenhang anderen Betreibern, die keine Apotheker sind, nicht gleichstellen.

[46]. Außerdem ist festzustellen, dass die genannte Ausnahme nur befristete Auswirkungen hat, da die Erben binnen zwölf Monaten die Rechte zum Betrieb der Apotheke auf einen Apotheker übertragen müssen.

[47]. Diese Ausnahme zielt somit darauf ab, es den Rechtsnachfolgern zu ermöglichen, die Apotheke innerhalb einer Frist, die sich nicht als unvernünftig erweist, einem Apotheker zu übertragen, so dass sie als ungefährlich für die Sicherheit und die Qualität der Arzneimittelversorgung der Bevölkerung angesehen werden kann.

[48]. Sodann kann sich eine derartige Gefahr auch nicht aus der Tatsache ergeben, dass Krankenhäuser interne Apotheken betreiben dürfen. Denn diese Apotheken sollen nicht die Versorgung von Personen außerhalb dieser Krankenhäuser mit Arzneimitteln sicherstellen, sondern den Einrichtungen, in denen sie sich befinden, Arzneimittel bereitstellen. Die derartige Apotheken betreibenden Krankenhäuser können somit grundsätzlich keinen Einfluss auf das allgemeine Niveau der Sicherheit und der Qualität der Versorgung der Gesamtbevölkerung mit Arzneimitteln haben. Außerdem gibt in Anbetracht dessen, dass diese Krankenhäuser Erbringer medizinischer Dienstleistungen sind, nichts zu der Vermutung Anlass, dass sie ein Interesse an der Erzielung von Gewinnen zu Lasten der Patienten hätten, für die die Arzneimittel der Apotheken, die sich in ihrem Haus befinden, bestimmt sind.

[49]. Schließlich gestattet zwar die genannte Regelung Apothekern, bis zu drei Filialen ein und derselben Apotheke zu betreiben, doch hängt eine derartige Möglichkeit von mehreren Voraussetzungen ab, die darauf abzielen, die zwingenden Gebote der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen. Zunächst be-

treibt der betreffende Apotheker die Filialapotheken in eigener Verantwortung und bestimmt somit die allgemeine Geschäftspolitik dieser Filialen. Für die genannten Filialen ist mithin davon auszugehen, dass auch sie unter einem beruflich-fachlichen Blickwinkel betrieben werden, wobei das private Interesse an Gewinnerzielung in dem gleichen Maße gezügelt wird, wie dies beim Betrieb von Apotheken, die nicht den Status von Filialapotheken haben, der Fall ist. Sodann müssen diese Filialen in einem bestimmten räumlichen Umkreis liegen, damit eine hinreichende Anwesenheit des betreibenden Apothekers in den Filialen und deren tatsächliche Überwachung durch diesen gewährleistet ist. Schließlich hat der betreibende Apotheker für jede Filiale einen Apotheker als Verantwortlichen zu benennen, der für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften und dafür zu sorgen hat, dass die Führung der betreffenden Filialapothekes mit der allgemeinen Geschäftspolitik, die der betreibende Apotheker festgelegt hat, übereinstimmt.

[50]. Da der Betrieb der genannten Filialapotheken von diesen Bedingungen abhängig ist, kann die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung nicht als inkohärent angesehen werden.

(4). Zwischenergebnis

[51]. Nach alledem ist festzustellen, dass die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung geeignet ist, die Erreichung des Ziels zu gewährleisten, eine sichere und qualitativ hochwertige Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und somit den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung sicherzustellen.

dd. Erforderlichkeit

[52]. Viertens ist zu prüfen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht über dasjenige hinausgeht, was zur Erreichung des genannten Ziels erforderlich ist, ob es also keine die von Art. 43 EG garantierte Freiheit weniger beschränkenden Maßnahmen gibt, die es erlauben würden, dieses Ziel ebenso wirksam zu erreichen.

[53]. Hierzu haben die Kommission und DocMorris beim Gerichtshof geltend gemacht, dass sich der genannte Zweck durch weniger beschränkende Maßnahmen wie die Verpflichtung zur Anwesenheit eines Apothekers in der Apotheke, zum Abschluss einer Versicherung oder ein System angemessener Kontrollen und wirksamer Maßregeln erreichen lasse.

[54]. Jedoch kann im Hinblick auf den den Mitgliedstaaten überlassenen Wertungsspielraum, auf den in Rdnr. 19 des vorliegenden Urteils hingewiesen worden ist, ein Mitgliedstaat der Ansicht sein, dass die Gefahr besteht, dass in der Praxis gegen die Rechtsvorschriften zur Sicherstellung der beruflichen Un-

abhängigkeit der Apotheker verstoßen wird, weil das Interesse eines Nichtapothekers an der Erzielung von Gewinnen nicht entsprechend dem der selbstständigen Apotheker gemäßigt würde und die Unterstellung von Apothekern als Angestellte unter einen Betreiber es für sie schwierig machen könnte, sich den von diesem Betreiber erteilten Anweisungen zu widersetzen.

[55]. Abgesehen von allgemeinen Erwägungen hat die Kommission nichts vorgetragen, woraus sich ergeben könnte, welches konkrete System geeignet wäre, ebenso wirksam wie die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern zu gewährleisten, dass trotz der in der vorstehenden Rdnr. des vorliegenden Urteils angeführten Erwägungen in der Praxis nicht gegen die genannten Rechtsvorschriften verstoßen würde.

[56]. Außerdem lassen sich entgegen dem Vorbringen von DocMorris und der Kommission die Gefahren für die Unabhängigkeit des Apothekerberufs auch nicht ebenso wirksam dadurch ausräumen, dass eine Pflicht zum Abschluss einer Versicherung wie der zivilen Haftpflichtversicherung auferlegt wird. Eine solche Maßnahme würde zwar dem Patienten erlauben, für einen etwa erlittenen Schaden einen finanziellen Ausgleich zu erhalten, doch würde sie im Nachhinein greifen und wäre weniger wirksam als die genannte Regel, da sie in keiner Weise den betreffenden Betreiber davon abhalten würde, auf die angestellten Apotheker Einfluss auszuüben.

[57]. Demnach ist nicht erwiesen, dass eine andere Maßnahme, die die von Art. 43 EG garantierte Freiheit weniger beschränkt als die Regel des Ausschlusses von Nichtapothekern, es erlauben würde, ebenso wirksam das sich aus der Anwendung dieser Regel ergebende Niveau der Sicherheit und Qualität der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln sicherzustellen.

[58]. Folglich erweist sich die in den Ausgangsverfahren fragliche nationale Regelung als geeignet, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und geht nicht über dasjenige hinaus, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Die aus dieser Regelung folgenden Beschränkungen lassen sich daher durch dieses Ziel rechtfertigen. [...]

[61]. Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass die Art. 43 EG und 48 EG einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, die Personen, die keine Apotheker sind, den Besitz und den Betrieb von Apotheken verwehrt.

B. Zur zweiten Frage

[62]. Angesichts der Antwort auf die erste Frage ist die zweite Frage nicht zu beantworten.

Standort: Grundrechte**Problem: Persönlichkeitsschutz im Internet**

BGH, URTEIL VOM 23. JUNI 2009

VI ZR 196/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Urteil erklärt der BGH die Bewertung von Lehrern durch Schüler in einem Internetportal (spickmich.de) für zulässig. Zwar handelt es sich um einen Fall mit zivilrechtlichem Einstieg - die klagende Lehrerin verlangte eine Löschung ihrer Daten aus dem Portal nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) und das Unterlassen weiterer Veröffentlichungen nach §§ 1004, 823 BGB analog - jedoch ist die Entscheidung ein Paradebeispiel für die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Zivilrecht. Auf der Abwägung der widerstreitenden Grundrechte - hier der Presse- und Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG des Betreibers der Internetseite einerseits und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der klagenden Lehrerin aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG andererseits - liegt eindeutig der Schwerpunkt der Entscheidungsgründe.

A. Nach § 35 II 2 Nr. 1 BDSG sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Nach § 4 I BDSG ist dies jedenfalls dann der Fall, wenn "überwiegende schutzwürdige Interessen des Betroffenen beeinträchtigt werden". In dieser Formulierung liegt ein unbestimmter Rechtsbegriff, der nach heute nahezu allg.M. im Lichte der Grundrechte auszulegen ist. Auf diese Weise entfalten die Grundrechte, welche gem. Art. 1 III GG eigentlich nur den Staat binden, auch im Zivilrecht mittelbare Drittwirkung. Diese stellt auch der BGH (knapp) für das hier in Rede stehende Recht auf informationelle Selbstbestimmung fest: "Es erschöpft sich nicht in der Funktion des Abwehrrechts des Bürgers gegen den Staat, sondern entfaltet als Grundrecht Drittwirkung und beeinflusst hierdurch auch die Werteordnung des Privatrechts (vgl. BVerfGE 7, 198 ff. - Lüth; Palandt/Sprau aaO, § 823 Rn. 85)."

Sodann wird dieses Recht abgewogen mit den Rechten der Betreiber der Internetseite aus Art. 5 I 1, 2 GG auf Meinungs- und Pressefreiheit. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass (nur) die Sozialsphäre der Lehrerin betroffen sei, innerhalb derer - im Gegensatz etwa zur Intimsphäre - ein Eingriff i.d.R. nur geringe Belastungen nach sich zieht und daher das Recht auf informationelle Selbstbestimmung hinter der Meinungs- und Pressefreiheit zurückstehen müsse. So liege es auch im konkreten Fall, weil es sich bei den im Internetportal verbreiteten Lehrerbenotungen weder um Schmähkritik handele, noch die Lehrerin eine besondere Schutzwürdigkeit gerade ihrer Person dargetan habe (etwa die Verhinderung einer "Prangerwirkung").

B. Entsprechendes führt das Gericht zum Unterlassungsanspruch aus §§ 823, 1004 BGB analog aus. Bekanntlich wird § 1004 BGB über seinen Wortlaut hinaus auf die sonstigen absoluten rechte und Rechtsgüter des § 823 I BGB erstreckt ("quasinegatorischer Unterlassungsanspruch), zu denen auch das allg. Persönlichkeitsrecht der Klägerin gehört.

I. Die notwendige Abwägung desselben mit der Meinungs- und Pressefreiheit der Beklagten ergibt hier aber nichts anderes. Es bleibt dabei, angesichts der nur geringen Belastung für die Klägerin müssen ihre Rechte beim Anspruch auf Unterlassung ebenso zurückstehen wie beim Lösungsanspruch.

II. Jedoch zeigt sich hier eine zweite Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das einfache (Zivil-)recht: Der BGH sieht sich zu einer verfassungskonformen Auslegung des § 29 BDSG genötigt, der die geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung an Dritte regelt. Nach dem Wortlaut des § 29 II 1 Nr. 1 a und 2 BDSG ist eine solche nur zulässig, wenn der Datenempfänger ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten glaubhaft darlegt. Dies wäre in Bezug auf das Internet völlig unmöglich, denn der Datenempfänger (User) ist anonym. Ihrem Wortlaut getreu angewendet bedeutete die Vorschrift das Ende der gewerbsmäßigen Datenerhebung im Internet - ein weder mit der Lebensrealität noch mit den Grundrechten aus Art. 5 I 1, 2 GG zu vereinbarendes Ergebnis. Der BGH stellt auch klar, dass bei der Schaffung des § 29 BDSG im Jahre 1991 niemand an das Internet gedacht hat. Deshalb ist die Norm verfassungskonform ausgelegt auf den Bereich Internet nicht anwendbar; sie war somit auch nicht geeignet, die Datenerhebung auf spickmich.de rechtswidrig erscheinen zu lassen.

Prüfungsrelevanz:

Neben dem zivilrechtlichen Einstieg des Originalfalls lassen sich auch öffentlich-rechtliche Prüfungsaufgaben leicht bilden, vor allem eine Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil (eine solche ist, Presseberichten zufolge, von der Klägerin tatsächlich beabsichtigt bzw. bereits erhoben).

A. Schon in deren Zulässigkeit, genauer gesagt in der Beschwerdebefugnis nach § 90 I BVerfGG, wäre die Frage nach der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht zu beantworten, denn die von § 90 I BVerfGG geforderte Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung des Beschwerdeführers wäre nicht gegeben, wenn die Grundrechte in seinem zivilrechtlichen Fall gar nicht anwendbar wären.

B. In der Begründetheit wäre dann der Verstoß gegen

das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerin in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durchzuprüfen und - wenn man dem BGH folgt - nach Abwägung im Wege "praktischer Konkordanz" mit den Gegenrechten der beklagten Betreiber des Internetportals zu verneinen.

C. Übrigens vermeidet es der BGH geschickt, sich genau festzulegen, welches Grundrecht denn nun die Veröffentlichung der Lehrerdaten im Internet (mittelbar) schützen soll. Einmal ist von Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG), einmal von Meinungsfreiheit (Art. 5 I 1 GG) die Rede. Beide sind problematisch, denn von der Meinungsfreiheit wären reine Tatsachenmitteilungen wie Name des Lehrers, dessen Schule usw. nicht geschützt, die Pressefreiheit umfasste diese zwar, das Internet ist aber kein Druckerzeugnis und passt somit zumindest nicht unter die klassische Definition der "Presse". Das Grundgesetz - auf dem Stand von 1949 - schweigt hierzu, auch ein klärendes Wort des BVerfG fehlt. Angesichts dessen verwundert es kaum, dass die Einordnung der "neuen Medien" wie Internet, E-Mail usw. in Art. 5 I GG umstritten ist. In einem Examensgutachten empfiehlt es sich nicht, den Leser ähnlich wie der BGH hier im Unklaren zu lassen. Nach wohl h.M. fallen die neuen Medien unter die Meinungsfreiheit, wenn ihre Benutzung auf Individualkommunikation angelegt ist. Bei Massenkommunikation ist hingegen i.d.R. Art. 5 I 2 GG spezieller. Es kommt für die Abgrenzung zwischen Meinungs- und Pressefreiheit m.a.W. nicht auf das Medium, sondern den Verbreitungszweck an (Sachs-Bethge, GG, Art. 5 Rn 45; Geier, JURA 2004, 182, 183).

D. Den Begriff des "schutzwürdigen Interesses des Betroffenen" gibt es nicht nur im BDSG, sondern auch an anderen Stellen, z.B. in §§ 22, 23 Kunsturhebergesetz (KUG) bei der Veröffentlichung von Fotos ohne Einwilligung des Abgelichteten. Solche Fälle wären natürlich ebenso unter Rückgriff auf die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu lösen wie der hier vorliegende.

Vertiefungshinweise:

- Weitere Entscheidungen zu Lehrer- und Professorenbewertungen im Internet: LG Köln, MMR 2007, 729; RDV 2007, 252; OLG Köln, NJW-RR 2008, 203
- Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht: Grundlegend BVerfGE 7, 198 - Lüth; ferner BVerfG, RA 2001, 85 = NJW 2001, 160; RA 2001, 276 = NJW 2001, 1607
- Internet-Überwachung durch Verfassungsschutz: BVerfG, RA 2008, 172 = DVBl 2008, 582

Kursprogramm:

- Examenskurs: "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung erschöpft sich nicht in der Funktion des Abwehrrechts des Bürgers gegen den Staat, sondern entfaltet als Grundrecht Drittwirkung und beeinflusst hierdurch auch die Werteordnung des Privatrechts
2. Äußerungen im Rahmen der Sozialsphäre dürfen nur im Falle schwerwiegender Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht mit negativen Sanktionen verknüpft werden (hier verneint für Lehrerbewertungen durch Schüler im Internet).

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Zulässigkeit der Speicherung und Veröffentlichung des Namens, der Schule, der unterrichteten Fächer, einer Benotung und von Zitaten der Klägerin auf der Internetplattform www.spickmich.de. Die als Schülerportal konzipierte Website wird von der Beklagten zu 4, deren Geschäftsführer und Gesellschafter die Beklagten zu 1 bis 3 sind, unterhalten. Es handelt sich um ein sogenanntes Community-Portal, bei dem der Inhalt durch die jeweiligen Nutzer in dem durch den Betreiber des Portals vorgegebenen Rahmen gestaltet wird. Zugang zu diesem Portal haben registrierte Nutzer. Die Registrierung erfolgt nach Eingabe des orthografisch richtigen Namens der Schule, des Schulortes, eines Benutzernamens und einer E-Mail-Adresse. An die E-Mail-Adresse wird ein Passwort versandt, das den Zugang zum Portal eröffnet. Die Nutzer können auf verschiedenen Seiten der Website Informationen über sich selbst zur Verfügung stellen, Nachrichten an andere Nutzer senden oder eigene soziale Kontaktnetze aufbauen. Unter anderem gibt es die Rubrik "meine Schule". Dort können Aspekte wie die Ausstattung der Schule, das Schulgebäude aber auch Faktoren wie der "Partyfaktor" und der "Flirtfaktor" mit Noten bewertet werden. Auf dieser Seite können unter dem Menüpunkt "Lehrerzimmer" die Namen von Lehrkräften, die an der Schule unterrichten, eingetragen werden. Über einen Klick gelangt man zu einer Unterseite, auf der der Klarname und die Unterrichtsfächer der Lehrkraft verzeichnet sind. Daneben sind in einem Bewertungsmodul Kriterien aufgelistet, wie beispielsweise "cool und witzig", "beliebt", "motiviert", "menschlich", "guter Unterricht" und "faire Noten". Unter Verwendung der Bewertungskriterien können Noten von 1 bis 6 der im Schulbereich üblichen Notenwertigkeit vergeben werden. Bei früher mindestens vier und inzwischen mindestens zehn abgegebenen Einzelbewertungen wird aus dem Durchschnitt eine Gesamtnote gebildet. Benotungen mit ausschließlich der Note 1 oder 6 werden ausgesondert und fließen nicht in die Gesamtbenotung ein.

Auf der Lehrerseite befindet sich außerdem die Schaltfläche "Hier stimmt was nicht", über die Nutzer

die Betreiber auf Unstimmigkeiten aufmerksam machen können. Das Bewertungsergebnis wird in Form eines Zeugnisses angezeigt und kann ausgedruckt werden. Ferner können die Nutzer angebliche Zitate der Lehrer unter der Rubrik "Zitate: Alles, was schon so vom Stapel gelassen hat (Lustiges, Fieses ...)" wiedergeben. Erfolgt innerhalb von 12 Monaten keine Neubewertung für einen Lehrer, werden die früher abgegebenen Bewertungen und die eingegebenen Zitate gelöscht.

Die Klägerin hat Anfang Mai 2007 davon erfahren, dass auf der entsprechenden Seite der Website der Beklagten zu 4 ein Zeugnis unter ihrem Namen, der Angabe der Schule, an der sie unterrichtet, und dem Unterrichtsfach Deutsch abgespeichert ist, in dem sie auf der Grundlage von vier Schülerbewertungen mit der durchschnittlichen Gesamtbewertung 4,3 benotet worden ist. Zitate sind dort nicht wiedergegeben. Name, Schule und Unterrichtsfächer der Klägerin können außerdem über die Homepage der Schule im Internet abgerufen werden.

Die Klägerin beantragt, die Beklagten zur Löschung und zur Unterlassung der Veröffentlichung ihrer Daten auf der Website "spickmich.de" zu verurteilen. Das LG hat die auf Löschung der Daten gerichteten Klaganträge 1 bis 3 mangels Rechtsschutzinteresses als unzulässig und im Übrigen die Klage als unbegründet abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Aus den Gründen:

Das Berufungsurteil hält im Ergebnis revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Der Klägerin stehen weder Löschungsansprüche noch Unterlassungsansprüche gegen die Beklagten zu.

A. Zulässigkeit der Klage

Die Klage ist nicht schon unzulässig, soweit die Klägerin die Löschung der bereits veröffentlichten Daten aus der Datenbank der Website www.spickmich.de begehrt. Die Löschung geht über die Unterlassung der künftigen Veröffentlichung gleicher Daten hinaus, weil die Veröffentlichung durch Übermittlung der Daten auch ohne deren Löschung beispielsweise mittels einer wirksamen Zugangssperre verhindert werden könnte. Der Klägerin kann deshalb das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Anträge auf Löschung nicht von vornherein abgesprochen werden.

B. Begründetheit

Die Klage ist aber unbegründet.

I. Kein Anspruchsausschluss nach § 10 TMG

Allerdings sind die Beklagten nicht bereits nach § 10

Telemediengesetz (künftig: TMG) von der Verantwortlichkeit für den Inhalt der von ihnen betriebenen Website befreit.

1. Anwendungsbereich

1. Das Telemediengesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien), § 1 Abs. 1 Satz 1 TMG. Telemediendienste betreffen nicht den Bereich der reinen Übertragung, bei dem es sich um Telekommunikation wie beispielsweise der Internettelefonie handelt. Außerdem sind sie von den Rundfunkdiensten abzugrenzen, bei denen es sich um für die Allgemeinheit bestimmte Darbietungen aller Art in Wort, Ton und Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters handelt, § 2 Abs. 1 Satz 1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV).

2. Subsumtion

Danach ist die Website der Beklagten weder nur der Telekommunikation zuzuordnen noch erfüllt sie inhaltlich die Voraussetzungen für einen Rundfunkdienst. Sie stellt vielmehr einen Informations- und Kommunikationsdienst im Sinne der Vorschriften des Telemediengesetzes. Nach § 10 Satz 1 TMG sind Provider nicht für fremde Inhalte verantwortlich, wenn sie keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Informationen haben, die Informationen auch nicht offensichtlich rechtswidrig sind oder wenn sie diese unverzüglich sperren, sobald sie Kenntnis von deren Rechtswidrigkeit erlangen.

Als Veranstalterin eines Internetforums, das den Nutzern inhaltliche Dienste anbietet und nicht nur Telekommunikationsleistungen zur Verfügung stellt, ist die Beklagte zu 4 zwar Diensteanbieter im Sinne dieser Vorschrift. Ob sie sich die Wertungen der Schüler als eigene zurechnen lassen muss (vgl. ablehnend Ladeur, RdJB 2008, 16, 30), was zu ihrer vollen Verantwortlichkeit für die Inhalte der Informationen nach § 7 TMG führen würde, bedarf jedoch keiner weiteren Klärung, weil die Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG jedenfalls nicht die Störerhaftung umfasst, die von der Klägerin geltend gemacht wird. § 10 TMG betrifft lediglich die strafrechtliche Verantwortlichkeit und die Schadensersatzhaftung des Diensteanbieters (vgl. Senatsurteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - VersR 2007, 1004 f.; BGHZ 158, 236, 264 ff. zur Vorgängerregelung in § 11 Satz 1 TDG). Dies ergibt sich aus der Regelung in § 7 Abs. 2 Satz 2 TMG, wonach die Verpflichtungen zur Entfernung und Sperrung der

Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 8 bis 10 TMG unberührt bleiben. Wird ein rechtswidriger Beitrag in ein Community-Forum eingestellt, ist der Betreiber als Störer im Sinne von § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Unterlassung und, wenn nur über die Beseitigung der Daten die Unterlassung durchgesetzt werden kann, zur Löschung verpflichtet. Ebenso wie der Verleger die von einem Presseerzeugnis ausgehende Störung beherrscht und deshalb grundsätzlich neben dem Autor eines beanstandeten Artikels verantwortlich ist (vgl. Senatsurteile BGHZ 3, 270, 275 ff. und 14, 163, 174; Löffler/Steffen, Presserecht, 5. Aufl., LPG § 6, Rn. 276 f.), ist der Betreiber eines Internetforums Herr des Angebots und kann der Verletzte deshalb Lösungs- und Unterlassungsansprüche auch gegen ihn richten. Rechtliche Betreiberin der Website und damit rechtlich verantwortlich für dadurch gegebene Beeinträchtigungen Dritter ist die Beklagte zu 4. Daneben trifft die Beklagten zu 1 bis 3 als Gesellschafter und Geschäftsführer gegebenenfalls die Verantwortlichkeit als Mitstörer, weil mögliche Beeinträchtigungen Dritter zumindest mittelbar von ihnen zu verantworten sind (vgl. Senat, NJW 1976, 799; BGH, NJW 1979, 551; Palandt/Bassenge BGB, 68. Aufl., § 1004 Rn. 15 ff.).

II. Kein Anspruch aus § 35 II BDSG auf Löschung der gespeicherten Daten

Der Klägerin steht kein Anspruch nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) auf Löschung der streitgegenständlichen Daten aus der Datenbank der Website www.spickmich.de zu. Nach § 35 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BDSG sind personenbezogene Daten zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist. Dies ist im Streitfall zu verneinen.

1. Zulässigkeit der Datenerhebung

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nach § 4 Abs. 1 BDSG dann zulässig, wenn das Gesetz die Datenverarbeitung erlaubt oder der Betroffene eingewilligt hat. Der Begriff der personenbezogenen Daten umfasst alle Informationen, die über eine Bezugsperson etwas aussagen oder mit ihr in Verbindung zu bringen sind. Das sind nicht nur klassische Daten wie etwa der Name oder der Geburtsort, sondern auch Meinungsäußerungen, Beurteilungen und Werturteile, die sich auf einen bestimmten oder bestimmbar Betroffenen beziehen, die Wiedergabe von mündlichen und schriftlichen Aussagen eines Betroffenen und die Darstellung des privaten oder des dienstlichen Verhaltens eines Betroffenen (vgl. Gola/Schomerus BDSG, 7. Aufl., § 3 Rn. 2 ff.; Dammann in Simitis Hsg., BDSG, 6. Aufl., § 3 Rn. 7 ff.; Schaffland/Wiltfang, BDSG Stand 1/2009, § 3 Rn. 6; Bergmann/Möhrle/Herb, BDSG, 38. Erg.lief., § 3 Rn.

24; Dorn DuD 2008, 98, 99; Dix DuD 2006, 330; Greve/Schärdel MMR 2008, 644, 647).

2. Subsumtion

Von den Beteiligten wird nicht in Zweifel gezogen, dass die Beklagten als nichtöffentliche Stelle im Sinn des § 2 Abs. 4 BDSG unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen Daten verarbeiten und nutzen, die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse der Klägerin enthalten und damit personenbezogen sind (§ 3 Abs. 1 BDSG). Somit gelten für die Erhebung, Speicherung und Übermittlung der Daten durch die Beklagten grundsätzlich die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes. In die Erhebung, Speicherung und Übermittlung ihrer Daten hat die Klägerin zweifelsohne nicht eingewilligt (§ 4 Abs. 1 BDSG). Doch ist die Datenerhebung und Speicherung durch die Beklagten dennoch zulässig.

a. Kein Medienprivileg für Bewertungsforen im Internet

Soweit in der rechtlichen Diskussion zur Zulässigkeit von Bewertungsforen die Auffassung vertreten wird, dass die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes auf die Datenerhebung und -übermittlung in Form eines Bewertungsportals nur eingeschränkt Anwendung finden, weil für mit Bewertungsforen verbundene Datenerhebungen das in § 41 BDSG enthaltene Medienprivileg gelte (vgl. Greve/Schärdel aaO, 647 f.; Plog CR 2007, 668, 669; unklar Pfeifer/Kamp ZUM 2009, 185, 186; aA Walz in Simitis, aaO, § 41 Rn. 7 ff.), vermag sich dem der erkennende Senat für den vorliegenden Streitfall nicht anzuschließen.

aa. Inhalt des Medienprivilegs

Das Medienprivileg stellt die Presse bei der Erfüllung ihrer in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG zuerkannten und garantierten Aufgaben (vgl. Maunz/Dürig/Herzog/Scholz GG, Stand Januar 2009, Art. 75 Rn. 85; v. Münch/v. Münch GG, 5. Aufl., Bd. 3 Art. 75 Rn. 24; Bergmann/Möhrle/Herb, aaO, § 41 Rn. 6) von der Einhaltung der Datenschutzvorschriften weitgehend frei, denn ohne die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils Betroffenen wäre journalistische Arbeit nicht möglich. Deshalb hat der Bund als Rahmengesetzgeber (§ 75 Abs. 1 Nr. 2 GG; aufgehoben durch das Grundgesetzänderungsgesetz vom 28. August 2006, BGBl. I 2006 S. 2034, 2035) in dem im Zuge der Datenschutzreform 2001 geänderten § 41 Abs. 1 BDSG (BGBl. I 2001 S. 904, 918) den Ländern aufgegeben, in ihrer Gesetzgebung den Vorschriften der §§ 5, 9 und 38a BDSG entsprechende Regelungen einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung vorzusehen. Im Rückschluss folgt aus der Regelung des § 41 Abs. 1 BDSG, dass das Bundesdatenschutzgesetz

für die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Presse keine Anwendung finden kann, weil insoweit dem Bund die über die Rahmenkompetenz hinausgehende Regelungskompetenz fehlte. Auch für den Datenschutz besteht keine eigene Bundeskompetenz, vielmehr ist die Kompetenz für denjenigen Bereich einschlägig, in dem die Daten geschützt werden sollen (vgl. Schieder-mair in Dörr/Kreile/Cole Handbuch Medienrecht S. 297 f.). § 41 BDSG gilt für die Presse im verfassungsrechtlichen Sinne, folglich auch für die "elektronische Presse" (vgl. Walz in Simitis, aaO, § 41 Rn. 9; Spindler/Schuster/Waldenberger, Recht der elektronischen Medien, Presserecht, 7. Teil Rn. 118 ff.). Telemedien sind mithin grundsätzlich vom Medienprivileg dann umfasst, wenn sie unter den Pressebegriff des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG fallen.

bb. Keine eigene journalistisch-redaktionelle Gestaltung bei reiner Datenübermittlung

Die sich aus § 41 Abs. 1 BDSG ergebende datenschutzrechtliche Sonderstellung der Medien ist daran gebunden, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten einer pressemäßigen Veröffentlichung dient. Maßgebend ist, dass die Daten "ausschließlich für eigene journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke" bestimmt sind. Übertragen auf den Bereich der Telemedien kann mithin die reine Übermittlung von erhobenen Daten an Nutzer nicht unter den besonderen Schutz der Presse fallen, weil die bloße automatische Auflistung von redaktionellen Beiträgen noch nicht eine eigene journalistisch-redaktionelle Gestaltung darstellt (zu weitgehend Greve/Schärdel aaO). Erst wenn die meinungsbildende Wirkung für die Allgemeinheit prägender Bestandteil des Angebots und nicht nur schmückendes Beiwerk ist, kann von einer solchen Gestaltung gesprochen werden (Schaffland/Wiltfang, BDSG Stand 1/2009, § 41 Rn. 4).

Im Streitfall wird lediglich die Zahl der abgegebenen Bewertungen erfasst und ein arithmetisches Mittel aus den abgegebenen Noten errechnet. Ob dies automatisiert durch ein entsprechendes Programm erfolgt, was nahe liegt, bedarf keiner weiteren Klärung, weil es sich auch bei einer Berechnung durch die Beklagten selbst nicht um eine journalistisch-redaktionelle Bearbeitung handelt, die die Anwendung des Medienprivilegs eröffnen könnte.

b. Zulässigkeit der Datenspeicherung gem. § 29 I 1 Nr. 1, 2 BDSG

Jedoch sind die Beklagten nach den Regelungen in § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BDSG zur Datennutzung berechtigt.

aa. Geschäftsmäßige Übermittlung an Dritte

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist im

Streitfall der Anwendungsbereich des § 29 BDSG und nicht des § 28 BDSG eröffnet. Die Beklagten verfolgen mit der Erhebung der Daten keinen eigenen Geschäftszweck, wie dies § 28 BDSG voraussetzt (Ehmann in Simitis, aaO, § 28 Rn. 22; Gola/Schomerus, aaO, § 28 Rn. 4), sondern erheben und speichern die Daten geschäftsmäßig im Sinne des § 29 BDSG zur Übermittlung an Dritte (vgl. auch Heller ZUM 2008, 243, 245; Dorn DuD 2008, 98, 100; Dix, DuD 2006, 330). Dass zur Finanzierung der Website auch Werbeanzeigen verbreitet werden, ist nicht Zweck der Datenerhebung. Die Erhebung der Daten erfolgt vielmehr im Informationsinteresse und für den Meinungsaustausch der Nutzer. Hingegen liegt eine geschäftsmäßige Erhebung im Sinne des § 29 BDSG vor, weil die Tätigkeit auf Wiederholung gerichtet und auf eine gewisse Dauer angelegt ist. Dabei ist eine Gewerbsmäßigkeit im Sinne einer Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich (Ehmann in Simitis, aaO § 29 Rn. 48; Bergmann/Möhrle/Herb, aaO, § 29 Rn. 19; Schaffland/Wiltfang, aaO, § 29 Rn. 4).

Soweit es um die Namen der Klägerin, der Schule und die unterrichteten Fächer geht, können diese Daten zwar von der Homepage der Schule abgerufen werden. Sie sind somit bereits im System vorhanden, so dass die Erhebung und Nutzung dieser Daten nach § 29 Abs. 1 Nr. 2 BDSG grundsätzlich zulässig ist. Nach den Umständen des Streitfalls bedarf es für die Frage der Zulässigkeit jedoch einer Würdigung im Zusammenhang mit der Speicherung der Bewertungen, weil nur die gemeinsame Verwendung der Daten den von den Beklagten verfolgten Zweck erfüllt.

bb. Abwägung mit entgegenstehenden schutzwürdigen Interessen der Klägerin

Die Speicherung der Bewertungen ist nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig, wenn ein Grund zu der Annahme eines schutzwürdigen Interesses an dem Abschluss der Datenerhebung und -speicherung nicht gegeben ist. Der wertausfüllungsbedürftige Begriff des "schutzwürdigen Interesses" verlangt eine Abwägung des Interesses des Betroffenen an dem Schutz seiner Daten und des Stellenwerts, den die Offenlegung und Verwendung der Daten für ihn hat, mit den Interessen der Nutzer, für deren Zwecke die Speicherung erfolgt, unter Berücksichtigung der objektiven Wertordnung der Grundrechte. Dabei sind Art, Inhalt und Aussagekraft der beanstandeten Daten an den Aufgaben und Zwecken zu messen, denen die Datenerhebung und -speicherung dient (vgl. Gola/Schomerus aaO, § 29 Rn. 11). Legt die Daten erhebende Stelle dar und beweist sie erforderlichenfalls, dass sie die Daten zur Erreichung des angestrebten rechtlich zulässigen Zwecks braucht, darf sie die Daten erheben, solange entgegenstehende schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht erkennbar sind. Das

Vorliegen von schutzwürdigen Interessen des Betroffenen lässt sich nur in Bezug auf den zukünftigen Verwendungskontext der Daten bestimmen (vgl. Ehmann in Simitis, aaO § 29 Rn. 159 ff. m.w.N.). Schutzwürdige Interessen des Betroffenen können in der Wahrung seines Persönlichkeitsrechts, aber auch in der Abwehr von wirtschaftlichen Nachteilen liegen, die bei der Veröffentlichung der Daten zu besorgen sind. Wendet sich der Betroffene gegen die Datenerhebung, hat er darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass er des Schutzes bedarf. Bietet die am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichtete Abwägung keinen Grund zu der Annahme, dass die Speicherung der in Frage stehenden Daten zu dem damit verfolgten Zweck schutzwürdige Belange des Betroffenen beeinträchtigt, ist die Speicherung zulässig (Gola/Schomerus, aaO).

Im Streitfall hat somit eine Abwägung zwischen dem Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Klägerin nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG zu erfolgen, wie das Berufungsgericht sie auch vorgenommen hat. Diese Abwägung unterliegt in vollem Umfang der rechtlichen Nachprüfung und hat im Ergebnis Bestand.

(1). Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Klägerin

(a). Schutzbereich eröffnet

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung stellt sich als Befugnis des Einzelnen dar, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, ob und wann sowie innerhalb welcher Grenzen seine persönlichen Daten in die Öffentlichkeit gebracht werden (vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.; 72, 155, 170; 78, 77, 84; 115, 166, 188; BVerfG NJW 2008, 822, 826). Es erschöpft sich nicht in der Funktion des Abwehrrechts des Bürgers gegen den Staat, sondern entfaltet als Grundrecht Drittwirkung und beeinflusst hierdurch auch die Werteordnung des Privatrechts (vgl. BVerfGE 7, 198 ff. Lüth; Palandt/Sprau aaO, § 823 Rn. 85). Dem entspricht die Regelung in § 27 Abs. 1 Nr. 1 BDSG, wonach die Vorschriften des Datenschutzes auch für nicht öffentliche Stellen gelten.

(b). Eingriff

Durch die Erhebung und Speicherung der Benotungen unter Nennung ihres Namens, der Schule und der von ihr unterrichteten Fächer wird die Klägerin unabhängig vom Vorliegen einer Ehrverletzung zweifellos in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt.

(c). Rechtfertigung

Ob es sich hierbei um schutzwürdige Belange handelt,

die der Datenerhebung und -speicherung durch die Beklagten entgegenstehen, muss durch eine Abwägung mit der ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleisteten Kommunikationsfreiheit der Beklagten und der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG) bestimmt werden.

(aa). Sphärentheorie

In der Rechtsprechung sind wegen der Eigenart des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts, dessen Reichweite nicht absolut feststeht, Abwägungskriterien u.a. nach Maßgabe einer abgestuften Schutzwürdigkeit bestimmter Sphären, in denen sich die Persönlichkeit verwirklicht, herausgearbeitet worden (vgl. Senat, BGHZ 24, 72, 79 f.; 27, 284, 289 f.; 73, 120, 124; Urteile vom 10. März 1987 - VI ZR 244/85 - VersR 1987, 778, 779; vom 13. Oktober 1987 - VI ZR 83/87 - VersR 1988, 379, 381 und vom 13. November 1990 - VI ZR 104/90 - VersR 1991, 433, 434). Danach genießen besonders hohen Schutz die sogenannten sensitiven Daten, die der Intim- und Geheimsphäre zuzuordnen sind. Geschützt ist aber auch das Recht auf Selbstbestimmung bei der Offenbarung von persönlichen Lebenssachverhalten, die lediglich zur Sozial- und Privatsphäre gehören (vgl. BVerfGE 65, 1, 41 ff.; 78, 77, 84). Allerdings hat der Einzelne keine absolute, uneingeschränkte Herrschaft über "seine" Daten; denn er entfaltet seine Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft. In dieser stellt die Information, auch soweit sie personenbezogen ist, einen Teil der sozialen Realität dar, der nicht ausschließlich dem Betroffenen allein zugeordnet werden kann. Vielmehr ist über die Spannungslage zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und -gebundenheit der Person zu entscheiden. Deshalb muss der Einzelne grundsätzlich Einschränkungen seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung hinnehmen, wenn und soweit solche Beschränkungen von hinreichenden Gründen des Gemeinwohls oder überwiegenden Rechtsinteressen Dritter getragen werden und bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 65, 1, 43 ff.; 78, 77, 85 ff.).

(bb). Subsumtion

(aaa). Nur Sozialsphäre der Klägerin tangiert

Zutreffend wertet das Berufungsgericht die von den Beklagten erhobenen und abgespeicherten Bewertungen der Klägerin als Werturteile, die die Sozialsphäre der Klägerin tangieren. Die Bewertungen betreffen die berufliche Tätigkeit der Klägerin, also einen Bereich, in dem sich die persönliche Entfaltung von vornherein im Kontakt mit der Umwelt vollzieht (vgl. Senat, BGHZ 36, 77, 80 und 161, 266, 268; Urteile vom 20.

Januar 1981 - VI ZR 163/79 - VersR 1981, 384, 385 und vom 21. November 2006 - VI ZR 259/05 - VersR 2007, 511, 512; BVerfG, NJW 2003, 1109, 1111; Zimmermanns, ZfL 2003, 79, 80 f.). Äußerungen im Rahmen der Sozialsphäre dürfen nur im Falle schwerwiegender Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht mit negativen Sanktionen verknüpft werden, so etwa dann, wenn eine Stigmatisierung, soziale Ausgrenzung oder Prangerwirkung zu besorgen sind.

(bbb). Keine schwerwiegenden Auswirkungen auf das Persönlichkeitsrecht

Im Streitfall sind entgegen der Auffassung der Revisoren die Bewertungen nicht schon deshalb unzulässig, weil die Beklagten mit der Angabe, dass zehn - früher vier - Schüler die Lehrkraft bewertet hätten, eine unwahre Tatsache behaupteten, da jedermann mehrere Bewertungen unter irgendeinem Namen abgeben könne. Insoweit ist schon aufgrund des Systems des Bewertungsforums ersichtlich, dass die Beklagten nur die Information weitergeben, die von einem Nutzer ins System eingegeben worden ist. Im Hinblick auf die Anonymität der Nutzer ist eine darüber hinaus gehende Überprüfung gar nicht möglich.

Die Bewertungen "fachlich kompetent" und "gut vorbereitet" sind Meinungsäußerungen, auch wenn sie einen Tatsachengehalt aufweisen, mit dem sich die Meinungsäußerung vermengt. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG greift unabhängig davon ein, ob die Äußerung zugleich einen tatsächlichen Kern aufweist, denn der Schutzbereich des Grundrechts erstreckt sich auch auf Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden (vgl. Senat, BGHZ 132, 13, 21; Urteile vom 29. Januar 2002 - VI ZR 20/01 - VersR 2002, 445, 446; vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 45/05 - VersR 2007, 249, 250; BVerfGE 61, 1, 9; 85, 1, 15; BVerfG NJW 2008, 358, 359). Die Einschätzungen der Klägerin als mehr oder weniger "cool und witzig", "menschlich", "beliebt" und mit "vorbildlichem Auftreten" betreffen zwar persönliche Eigenschaften, die aber der Klägerin aufgrund ihres Auftretens innerhalb des schulischen Wirkungskreises beigelegt werden. Sie stellen mithin keinen über die Sozialsphäre hinausgehenden Eingriff in die Privatsphäre der Klägerin dar. Hinsichtlich der Bewertungskriterien "guter Unterricht", "fachlich kompetent", "motiviert", "faire Noten", "faire Prüfungen" und "gut vorbereitet" geht auch die Revision davon aus, dass es sich um Benotungen für ein Verhalten handelt, das der Sozialsphäre der Klägerin zuzuordnen ist.

(ccc). Keine "Schmähhkritik"

Die Bewertungen stellen weder eine unsachliche Schmähhkritik noch eine Formalbeleidigung oder einen

Angriff auf die Menschenwürde der Klägerin dar, die eine Abwägung der Rechte der Beteiligten entbehrlich machen würden (vgl. Senatsurteile vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 45/05 - VersR 2007, 249, 250 f. m.w.N.; BGHZ 143, 199, 209; BVerfGE 93, 266, 294; BVerfG, NJW-RR 2000, 1712). Für derartige Umstände fehlen jegliche Anhaltspunkte. [...]

(ddd). Kein "Unwert" der Informationen

Die Datenerhebung ist auch nicht deshalb unzulässig, weil sie wegen der begrenzten Anzahl der anonymen Bewertungen ungeeignet wäre, das Interesse der Nutzer zu befriedigen. Die anonyme Nutzung ist dem Internet immanent (vgl. Senatsurteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - VersR 2007, 1004, 1005). Dementsprechende Regelungen zum Schutz der Nutzerdaten gegenüber dem Diensteanbieter finden sich in den §§ 12 ff. TMG, den Nachfolgeregelungen zu § 4 Abs. 4 Nr. 10 TDG. Eine Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit auf Äußerungen, die einem bestimmten Individuum zugeordnet werden können, ist mit Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die Verpflichtung, sich namentlich zu einer bestimmten Meinung zu bekennen, würde nicht nur im schulischen Bereich, um den es im Streitfall geht, die Gefahr begründen, dass der Einzelne aus Furcht vor Repressalien oder sonstigen negativen Auswirkungen sich dahingehend entscheidet, seine Meinung nicht zu äußern. Dieser Gefahr der Selbstzensur soll durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung entgegen gewirkt werden (vgl. Ballhausen/Roggenkamp K&R 2008, 403, 406).

Auch wenn die Erhebung der Daten nach Vielfalt und Qualität nicht den Anforderungen an eine aussagekräftige Lehrerevaluation entspricht, begründet dies noch kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin an der Unterlassung der Datenerhebung und -speicherung. Das Recht auf Meinungsfreiheit ist nicht beschränkt auf objektivierbare allgemein gültige Werturteile. Dass es sich um Äußerungen von Schülern und damit weitgehend von Minderjährigen handelt, ist für jeden Nutzer ebenso offenbar wie der Umstand, dass die Bewertungen von subjektiven Einschätzungen geprägt sein können. Einer diffamierenden Herabsetzung beugen die Beklagten in gewissem Maße durch die Vorgabe von Bewertungskriterien und die Schaltfläche "Hier stimmt was nicht" vor, mit der den Nutzern die Möglichkeit gegeben wird, die Betreiber auf Unstimmigkeiten aufmerksam zu machen. Den Nutzern eines Schülerforums wird im Allgemeinen nach ihrem Erwartungshorizont auch bewusst sein, dass die Bewertungen nicht die gleiche Bedeutung haben können wie beispielsweise ein Warentest für ein bestimmtes Produkt, der von neutralen, objektiven und sachkundigen Testern durchgeführt wird (vgl. Senatsurteil vom 17. Juni 1997 - VI ZR 114/96 - VersR 1997, 1501, 1502 m.w.N.; vgl. zu dieser Problematik Pfeifer/Kamp

ZUM 2009, 185, 190).

Demgegenüber befriedigen die Beklagten das Informationsinteresse von Schülern, Eltern und Lehrern der Schule, indem sie den Meinungs austausch unter den Schülern über ihre Erfahrungen mit der Klägerin vereinfachen und anregen. Der Klägerin eröffnet die Bewertungsseite die Möglichkeit eines Feedback über ihre Akzeptanz bei den Schülern. Konkrete Beeinträchtigungen, zu denen es aufgrund der Bewertung gekommen sei, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

(2). Zwischenergebnis

Ein schutzwürdiges Interesse der Klägerin gegen die Erhebung und Nutzung der Daten durch die Beklagten ist nicht gegeben, so dass die Speicherung der Daten nach § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG zulässig ist.

III. Kein Anspruch auf Unterlassen der weiteren Veröffentlichung der Daten

Die Klägerin hat auch keinen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der entsprechenden Daten nach §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB analog, i.V.m. § 4 Abs. 1 BDSG durch deren Übermittlung an die abfragenden Nutzer. Diese ist vielmehr nach § 29 Abs. 2 Nr. 1 a und 2 BDSG zulässig.

1. Verfassungskonforme Auslegung des § 29 II 1 Nr. 1a, 2, 4 BDSG im Bereich Internet

Grundsätzlich ist die Zulässigkeit der Übermittlung der Daten gemäß § 29 Abs. 2 Nr. 1 a und 2 BDSG daran gebunden, dass der Datenempfänger ein berechtigtes Interesse an der Kenntnis der Daten glaubhaft darlegt und kein Grund zu der Annahme besteht, dass ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung besteht. Von daher könnte nach dem Wortlaut des § 29 BDSG eine Datenübermittlung der vorliegenden Art unzulässig sein, weil sie anonymisiert erfolgt und es schon deshalb an einer solchen Darlegung fehlt (vgl. etwa Dix, DuD 2006, 330; Schilde-Stenzel, RDV 2006, 104 ff.).

Indessen ist insoweit eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift geboten, die das Grundrecht der Meinungsfreiheit gebührend berücksichtigt. Hierfür ist zu bedenken, dass ein durch Portalbetreiber organisierter Informationsaustausch im Internet weder technisch möglich war noch dergleichen für denkbar gehalten wurde, als § 29 BDSG am 1. Juni 1991 Eingang in das Bundesdatenschutzgesetz gefunden hat. Vielmehr sollte § 29 BDSG die "klassischen" geschäftlichen Datenverarbeitungen reglementieren, wie etwa den gewerbsmäßigen Handel mit personenbezogenen Daten im Adresshandel oder die Unterhaltung von Wirtschafts- und Handelsauskunftsdateien (Ehmann in Simitis, aaO, § 29 Rn. 1 ff.). Für Datenabfragen aus Bewertungsforen führt mithin die wortgetreue Anwendung der Vorschriften in § 29 Abs. 2 Nr. 1 a und 2

BDSG zu einem Widerspruch zu dem sich aus Art. 5 Abs. 1 GG ergebenden Recht auf uneingeschränkte Kommunikationsfreiheit.

Sie ist auch nicht vereinbar mit dem bis 28. Februar 2007 in § 4 Abs. 6 Teledienststedatenschutzgesetz und seit 1. März 2007 in den §§ 12 ff. TMG gewährleisteten Recht des Internetnutzers auf Anonymität. Einer verfassungskonformen Auslegung bedarf es auch, soweit § 29 Abs. 2 Satz 4 BDSG die Datenempfänger verpflichtet, die Gründe für das Vorliegen eines berechtigten Interesses aufzuzeichnen und, in welcher Art und Weise dieses glaubhaft dargelegt ist (vgl. Ballhausen/Roggenkamp aaO, 409; Braun, jurisPRITR 11/2007 Anm. 4; Plog/Bandehzadeh aaO; zum Grundrecht der Informationsfreiheit Kloepfer/Schärdel JZ 2009, 453 ff.).

2. Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und informationeller Selbstbestimmung

Das Recht der Meinungsfreiheit umfasst auch das Recht, mit seiner Meinung gehört zu werden und diese zu verbreiten. Es besteht der Grundsatz des freien Meinungs austauschs nicht nur für Themen, die von besonderem Belang für die Öffentlichkeit sind (vgl. BVerfGE 20, 56, 97; 20, 162, 177; BVerfG NJW 2008, 1793, 1797). Wäre die verfassungsmäßig geschützte Verbreitung von Beiträgen zur Meinungsbildung in Form der Teilnahme an einem Meinungsforum im Internet nur zulässig, sofern dabei nicht persönliche Daten übermittelt werden, würden Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit auf Äußerungen ohne datenmäßig geschützten Inhalt beschränkt, außer es läge die Einwilligung des Betroffenen vor. Bewertungen würden dadurch weitgehend unmöglich gemacht, weil alle negativen Äußerungen aus dem System genommen werden müssten, für deren Weitergabe die Einwilligung des Betroffenen im Allgemeinen fehlt (vgl. Plog/Bandehzadeh K&R 2008, 45). Bewertungsportale bewegen sich naturgemäß in einem Spannungsfeld, in dem der Betroffene bei negativen Bewertungen ein Interesse an dem Ausschluss der Verwendung seiner Daten hat. Beschränkungen der grundrechtlich geschützten Meinungs- und Informationsfreiheit sind aber nur dann rechtmäßig, wenn sie verhältnismäßig sind (BVerfG, NJW 2001, 503, 505). Die Zulässigkeit der Übermittlung der Daten an die abfragenden Nutzer muss deshalb aufgrund einer Gesamtabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen und dem Informationsinteresse desjenigen, dem die Daten über das Internet übermittelt werden, beurteilt werden. Dabei sind die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen den Interessen des Abrufenden an der Kenntnis der Daten und desjenigen, der die Daten übermittelt hat, an deren Weitergabe gegenüberzustellen. Art, Inhalt und Aussagekraft der beanstandeten Daten sind zu messen an den Aufgaben und Zwecken, denen Spei-

cherung und Übermittlung dienen (vgl. Senat, NJW 1986, 2505, 2506).

Im Streitfall ist danach im Hinblick auf die Zugangsbeschränkungen für die Nutzer, die geringe Aussagekraft und Eingriffsqualität der Daten sowie den Umstand, dass die Erhebung dieser Daten in zulässiger Weise zum Zweck der Übermittlung erfolgt ist, auch diese in Wahrung des Grundrechts auf Informationsgewährung und -beschaffung der Beklagten zulässig. Die Übermittlung kann nicht generell untersagt werden, weil konkrete Umstände, die derzeit einer Über-

mittlung entgegenstehen könnten, von der Klägerin nicht vorgetragen sind. Die Befürchtung einer generellen Prangerwirkung für den benoteten Lehrer kann kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin begründen, solange Anhaltspunkte für eine solche Wirkung im Hinblick auf ihre Person nicht gegeben sind. Auch etwaige negative Auswirkungen auf die Leistungsfähigkeit des Schulwesens können eine schützenswerte subjektive Rechtsposition der Klägerin nicht begründen. [...]

Standort: Verfassungs- und Europarecht Problem: Eingetragene Lebenspartnerschaft

VG STUTT GART, URTEIL VOM 05.02.2009
4 K 1604/08 (NVWZ 2009, 671)
LG KARLSRUHE, URTEIL VOM 24.10.2008
6 S 22/07 (NVWZ-RR 2009, 438)

Problemdarstellung:

Nachstehend sind zwei Urteile zur Frage der Gleichstellung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft wiedergegeben. Eigentlich war anzunehmen, dass seit dem Urteil des BVerfG vom 20.9.2007 (RA 2007, 341 = DVBl 2007, 1431) zu diesem Thema Klarheit herrscht. Darin ging es um die Gewähr des beamtenrechtlichen Familienzuschlags nach §§ 39 ff. BBesG nur an verheiratete Beamte. Das BVerfG stellte in seiner Entscheidung zunächst klar, dass die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft nicht an Art. 3 III GG zu messen sei, sie insbesondere nicht das Merkmal "Geschlecht" betreffe, denn Männer und Frauen hätten sie gleichermaßen hinzunehmen. Auch die sexuelle Orientierung sei nicht Prüfungsmaßstab, denn erstens sei diese in Art. 3 III GG nicht erwähnt, und zweitens werde allenfalls mittelbar an diese angeknüpft, vorrangig hingegen an die Form des Zusammenlebens. Diese unterfalle allein dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG. Dieser sei aber nicht verletzt, weil der besondere Schutz der Ehe aus Art. 6 GG deren Begünstigung und damit die Ungleichbehandlung rechtfertige.

Allerdings verweigert das VG Stuttgart in seinem Urteil vom 05.02.2009 dem BVerfG die Gefolgschaft. Es erblickt in der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG des Rates der EG vom 27.11.2000 eine originäre Anspruchsgrundlage auf Gleichbehandlung und damit auf Gewähr des beamtenrechtlichen Familienzuschlags. Diese Konstruktion ist aus mehreren Gründen gewagt: Erstens gelten europäische Richtlinien nicht, wie das VG mein, nach Ablauf ihres Umsetzungsdatums unmittelbar innerstaatlich, sondern neben anderen Voraussetzungen - nur, wenn und solange sie nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt

worden sind. Die Richtlinie ist aber durch das AGG vom 14.8.2006 (BGBl I, 1897) umgesetzt worden. Zweitens enthält die Richtlinie auch keine Anspruchsgrundlage (ebensowenig das AGG). Und drittens heißt eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung - unterstellt, eine solche läge vor - nicht zwangsläufig, dass die Gerichte den schlechter gestellten Teil besser stellen müssen. Vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, die Ungleichbehandlung zu beheben. Dies kann z.B. auch dadurch geschehen, dass dem begünstigten Teil die Begünstigung nunmehr auch vorenthalten oder ein "Mittelweg" gefunden wird.

Anders, nämlich ganz auf der Linie des BVerfG, entschied das LG Karlsruhe im zweiten hier wiedergegebenen Urteil, das einen Fall aus dem Hinterbliebenenrecht (Sterbegeld) betraf. Dort wird eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft - auch im Lichte des Europarechts - verneint und der besondere Schutz der Ehe aus Art. 6 I GG betont.

Prüfungsrelevanz:

Das Thema "Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft" wird die Gerichte noch einige Zeit beschäftigen. Für Examensaufgaben eignet es sich ideal, weil sich Aufgaben aus dem einfachen Recht (beamtenrechtlicher Anspruch?), Verfassungsrecht (Gleichheitsverstoß?) und Europarecht (Verhältnis von nationalem und Europarecht; unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien; Diskriminierungsverbot) bilden lassen.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Familienzuschlag für Lebenspartner: *BVerfG*, NJW 2008, 2325; *EuGH*, NJW 2008, 1643; *Fastenrath*, NJW 2009, 272; *Stübner*, NJW 2006, 1774

Kursprogramm:

☐ *Examenskurs*: "Wilde Ehe"

**1. Teil: Urteil des VG Stuttgart vom 05.02.2009
(4 K 1604/08):**

Leitsätze:

1. Die Beschränkung des Familienzuschlags Stufe 1 auf verheiratete Beamte stellt im Hinblick auf in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte eine unmittelbare Diskriminierung dar. Diese knüpft unzulässigerweise an die sexuelle Ausrichtung und nicht an den unterschiedlichen Familienstand an.

2. Eingetragene Lebenspartner befinden sich hinsichtlich des Zwecks des Familienzuschlags Stufe 1 in einer vergleichbaren Situation wie Ehegatten.

Sachverhalt:

Der Kl. steht als Oberstudiendirektor im Schuldienst des Landes BW. Seit 7. 9.2001 lebt er in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Erstmals mit Schreiben vom 15.10.2001 beantragte er Gleichbehandlung mit Verheirateten hinsichtlich seiner Bezüge. Dies lehnte das bekl. Land mit der Begründung ab, Familienzuschlag der Stufe 1 erhielten unter anderem verheiratete Beamte, Richter und Soldaten. Das Gesetz sei bislang nicht geändert worden. Mit Schreiben vom 13. 6. 2003 beantragte der Kl. Familienzuschlag der Stufe 2, weil er zwischenzeitlich ein Kind adoptiert hatte. Der Familienzuschlag solle die erhöhten Unterhaltslasten von Ehegatten ausgleichen. Er befinde sich in einer vergleichbaren Situation, weil er gegenüber seinem Lebenspartner dieselben Unterhaltsverpflichtungen wie ein Ehegatte habe. Die Verweigerung des Familienzuschlags stelle eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung dar, welche nach EG-Recht verboten sei. Das Landesamt für Besoldung und Versorgung lehnte dies mit Schreiben vom 15. 7. 2003 ab. Mit Schreiben vom 14. 4. 2004 beantragte der Kl. erneut die Gewährung des Familienzuschlags der Stufe 1. Sein Lebenspartner sei nicht im öffentlichen Dienst tätig und erhalte keine dem Familienzuschlag vergleichbare Zulage. Er beziehe sich auf die Richtlinie 2000/78/EG, die seit dem 2. 12. 2003 umzusetzen sei. Mit Bescheid vom 21. 4. 2004 lehnte das Landesamt den Antrag auf Zahlung des Familienzuschlags ab dem 1. 5. 2004 ab. Zur Begründung hieß es, die Bestimmung finde auf eingetragene Lebenspartnerschaften keine Anwendung.

Aus den Gründen:

Die Ablehnung der Zahlung des Familienzuschlags Stufe 1 an den Kl. durch das bekl. Land ist rechtswidrig und verletzt diesen in seinen Rechten, da dieser einen Anspruch hierauf hat (§ 113 V VwGO).

A. Anspruchsgrundlage

1. Für den geltend gemachten Anspruch findet sich im

dafür geltenden Bundesbesoldungsgesetz keine Rechtsgrundlage.

I. Anspruch aus §§ 39 ff. BBesG

Nach § 39 I 1 und 2 BBesG wird der Familienzuschlag nach der Anlage V zu diesem Gesetz gewährt; seine Höhe richtet sich nach der Besoldungsgruppe und der Stufe, die den Familienverhältnissen des Beamten, Richters oder Soldaten entspricht. Nach § 40 I Nr. 1 BBesG gehören zur Stufe 1 verheiratete Beamte, Richter und Soldaten. Der Kl. ist nicht verheiratet, sondern lebt in eingetragener Lebenspartnerschaft. Auch eine analoge Anwendung des § 40 I Nr. 1 BBesG kommt nicht in Betracht, weil keine planwidrige Gesetzeslücke anzunehmen ist. Dies ergibt sich aus dem Gesetzgebungsverfahren zum Lebenspartnerschaftsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung vom 16. 2. 2001 (BGBl I, 266), wobei die ursprünglich vorgesehene Vorschrift, wonach Bestimmungen des Bundesbesoldungsgesetzes, die sich auf das Bestehen einer Ehe beziehen, auf das Bestehen einer Lebenspartnerschaft sinngemäß anzuwenden sind, nicht Gesetz wurde. Auch im Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 15. 12. 2004 (BGBl I, 3396) ist eine Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe nicht erfolgt (vgl. hierzu BVerwG, NJW 2008, 868).

II. Anspruch aus Art. 1, 2 I der Richtlinie 2000/78/EG

Ein Anspruch ergibt sich aber aus Art. 1 i.V. mit Art. 2 I der Richtlinie 2000/78/EG vom 27. 11. 2000 (ABIEG Nr. L 303 v. 2. 12. 2000, S. 16). Danach ist Zweck der Richtlinie die Schaffung eines allgemeinen Rahmens zur Bekämpfung der Diskriminierung wegen der Religion und der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf im Hinblick auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten. Im Sinne der Richtlinie bedeutet „Gleichbehandlungsgrundsatz“, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe geben darf (Art. 2 I).

B. Tatbestand

I. Anwendbarkeit

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG ist eröffnet. Diese gilt nach ihrem Art. 3 I c und III für alle Personen in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, in Bezug auf (...) die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich der Entlassungsbedingungen und des Arbeitsentgelts, nicht aber für Leistungen jeder Art seitens der staatlichen Systeme oder der damit gleichgestellten Systeme einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schut-

zes. Der fragliche Familienzuschlag Stufe 1 für Beamte ist als familienbezogener Anteil der Entlohnung ein Arbeitsentgelt im Sinne dieser Richtlinie. Er ist Besoldungsbestandteil (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, BBG III, § 40 BBesG Rdnr. 1) und besitzt eine soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion. Er dient der Förderung der Familie, dem familiären Leistungsausgleich und der Unabhängigkeit des verheirateten Bediensteten im Interesse des Staates (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, § 40 BBesG Rdnr. 2). Auch nach Art. 141 II EG handelt es sich bei dem Familienzuschlag um Entgelt, denn darunter sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber auf Grund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt. Diese Voraussetzung ist gegeben, denn der Familienzuschlag Stufe 1 wird als Zuschlag zum Grundgehalt in zwei pauschalisierten Stufen gemäß Anlage V zum Bundesbesoldungsgesetz als Zuschlag zum Grundgehalt gezahlt, auch wenn der Zuschlag in der Höhe nicht von der Arbeitsmenge oder linear von der Besoldungsgruppe bestimmt wird. Dass es sich um Entgelt handelt, ist im Übrigen unter den Bet. unstrittig.

II. Unmittelbare innerstaatliche Geltung

Die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/ 78/EG des Rates musste bis zum 2.12.2003 erfolgen (Art. 18 der Richtlinie). Seit diesem Zeitpunkt kann sich auch der Einzelne auf das Gebot der Richtlinie in Art. 2 I berufen, wonach es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung u.a. wegen der sexuellen Ausrichtung geben darf. Liegt ein Verstoß gegen dieses Verbot vor, so kann der betroffene Diskriminierte die gleiche Behandlung wie die Vergleichsgruppe verlangen, ebenso wie es bei Art. 141 EG hinsichtlich des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen der Fall ist (vgl. Calliess/Ruffert/Blanke, EUV, EGV, 3. Aufl., Art. 141 EG Rdnrn. 68ff.; OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 294).

III. Unmittelbare Diskriminierung

c) Das Gericht ist der Auffassung, dass die Beschränkung auf verheiratete Beamte in § 40 I Nr. 1 BBesG im Hinblick auf in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte eine unmittelbare Diskriminierung nach Art. 2 IIa der Richtlinie 2000/78/EG darstellt. Eine solche liegt vor, wenn eine Person wegen eines der in Art. 1 der Richtlinie genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Das Lebenspartnerschaftsgesetz ermöglicht es Personen gleichen Geschlechts, in einer formal auf Lebens-

zeit begründeten Fürsorge- und Einstandsgemeinschaft zu leben. Damit wurde für diese Personen nicht die Möglichkeit der Eheschließung eröffnet, sondern ein anderes familienrechtliches Institut geschaffen. Die Bedingungen der Lebenspartnerschaft wurden den in der Ehe angeglichen, insbesondere durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. 12. 2004 (BGBl I, 3396), sind aber nicht identisch. Der Kl. unterliegt gegenüber seinem Lebenspartner der Unterhaltspflicht aus § 5 LPartG in gleicher Weise wie Ehegatten. Hinsichtlich dieser Unterhaltspflicht besteht eine im Vergleich zu Verheirateten vergleichbare Situation. Der Kl. erfährt aber durch das Vorenthalten des Familienzuschlags eine weniger günstige Behandlung, die auf seiner sexuellen Ausrichtung beruht. Diese verwehrt ihm einerseits, eine Ehe einzugehen, weswegen er nach § 40 II Nr. 1 BBesG keinen Familienzuschlag Stufe 1 erhalten kann, und stellt andererseits ein unabänderliches persönliches Merkmal dar. Diese sexuelle Ausrichtung, die ihm ein Eingehen der Ehe verwehrt, und nicht der Familienstand ist es, wegen der der Kläger diskriminiert wird. Diese Auffassung wird gestützt durch das Urteil des EuGH vom 1. 4. 2008 (NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375 - Maruko). Darin bejaht der EuGH eine Diskriminierung des Lebenspartners durch Vorschriften, die zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft unterscheiden, falls sich der überlebende Lebenspartner in einer vergleichbaren Situation in Bezug auf die dort streitige Hinterbliebenenversorgung der deutschen Bühnen befindet.

Eine solche mit Ehegatten vergleichbare Situation ist auch beim Kl. im Hinblick auf den fraglichen Familienzuschlag Stufe 1 gegeben: Dieser Familienzuschlag ist ein Besoldungsbestandteil, dem eine soziale, nämlich familienbezogene Ausgleichsfunktion zukommt. Der Familienzuschlag Stufe 1 soll einen pauschalen Beitrag zur Deckung des Mehrbedarfs leisten, der bei verheirateten Beamten auf Grund des gemeinsamen Hausstandes mit dem Ehegatten anfällt. Der kinderbezogene Teil des Familienzuschlags (Stufe 2) ist dazu bestimmt, den von Kindern verursachten Mehrbedarf zu decken (vgl. Plog/Wiedow/Lemhöfer/Bayer, § 40 Rdnr. 12). Der ehегattenbezogene Anteil nach § 40 I Nr. 1 BBesG knüpft an die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten an. Dies zeigt sich im Hinblick auf geschiedene Beamte, die nur dann Anspruch auf einen Familienzuschlag haben, wenn sie aus der Ehe zum Unterhalt verpflichtet sind (§ 40 I Nr. 3 BBesG), die Unterhaltspflicht also fortbesteht. Die Gewährung des Familienzuschlags ohne Rücksicht auf einen konkreten bestehenden Bedarf des Ehegatten stellt eine Maßnahme zur Förderung der ehelichen Lebensgemeinschaft dar, als Ausdruck des besonderen staatlichen Schutzes nach Art. 6 I GG. Hinsichtlich dieses pauschal unterstellten Mehrauf-

wandes und hinsichtlich der Förderung der Unabhängigkeit des Beamten, die mit dem Ehegattenbezogenen Anteil nach § 40 I Nr. 1 BBesG erreicht werden soll, befinden sich Lebenspartner aber in einer vergleichbaren Situation wie Eheleute. Eine Ungleichbehandlung ist daher nicht gerechtfertigt, denn die gegenseitige Unterhaltspflicht besteht grundsätzlich im Hintergrund fort. Maßgeblich ist, wie sich aus dem Urteil Maruko (EuGH, NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375 Rdnr. 72 - Maruko) ergibt, nur, ob sich die Lebenspartner und Ehegatten konkret im Hinblick auf die fragliche Leistung in einer vergleichbaren Situation befinden. Es führt daher nicht weiter, die beiden familienrechtlichen Institute abstrakt hinsichtlich ihrer Unterschiede zu untersuchen, wie es das BVerwG im Urteil vom 15. 11. 2007 (NJW 2008, 868 = ZBR 2008, 381) tut. Denn der streitige Zuschlag wird allein wegen der bestehenden Ehe gezahlt (vgl. hierzu insgesamt OVG Schleswig, Urteil v. 22. 7. 2008 - 3 LB 13/06, BeckRS 2009, 31232).

Die Kammer teilt auch nicht die Auffassung des BVerfG (NJW 2008, 2325 = ZBR 2008, 379), dass der Zuschlag nach § 40 I Nr. 1 BBesG auf Grund des in der Lebenswirklichkeit anzutreffenden typischen Befundes gewährt werde, dass in der Ehe ein Ehegatte namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingte Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit tatsächlich Unterhalt vom Ehegatten erhalte und so ein erweiterter Alimentationsbedarf entstehe. Der Familienzuschlag wird nämlich nur wegen der bestehenden, auf Dauer angelegten Partnerschaft - die aber bei Lebenspartnern in der gleichen Erwartung der Dauerhaftigkeit wie bei Ehegatten eingegangen wird - gewährt und hat nichts mit der Erwartung zu tun, dass aus der Ehe einmal Kinder hervorgehen oder adoptiert werden.

Er knüpft auch nicht daran an, dass früher in der Ehe Kinder gelebt haben, die inzwischen nicht mehr unterhaltsbedürftig sind, als Folge der Kindererziehung der Ehegatte des Beamten aber in seinen Erwerbschancen gemindert ist. Das Bild einer Ehe, die automatisch und im Regelfall auf Kinder angelegt ist, ist mit den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen in dieser Pauschalität nicht mehr vereinbar. Auf eine konkrete Bedürftigkeit kommt es bei der Gewährung des Familienzuschlags ohnehin nicht an. Damit befinden sich die Partner der eingetragenen Lebenspartnerschaft in Bezug auf den Familienzuschlag Stufe 1 in der gleichen Situation wie Eheleute, so dass eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist.

Aus Nr. 22 der Begründungserwägungen der Richtlinie 2000/78/EG folgt nichts anderes. Dort heißt es, die Richtlinie lasse die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt. Aus der Rechtsprechung des EuGH im Fall Maruko (EuGH, NVwZ 2008, 537 =

ZBR 2008, 375) ergibt sich aber, dass die Mitgliedstaaten zwar die Zuständigkeit für den Familienstand und davon abhängige Leistungen haben, bei der Ausübung dieser Zuständigkeit aber das Gemeinschaftsrecht zu beachten ist, insbesondere die Bestimmungen in Bezug auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (EuGH, NVwZ 2008, 537 = ZBR 2008, 375 Rdnr. 59 m.w. Nachw. - Maruko). Dies heißt aber, dass die tragende Erwägung des BVerwG im Urteil vom 26. 1. 2006 (NJW 2006, 1828 = ZBR 2006, 251) nicht zutrifft, es handle sich bei dem Familienzuschlag der Stufe 1 um eine Leistung, die allein wegen des Familienstandes gewährt werde. Vielmehr handelt es sich um eine Leistung, die den Mehraufwand wegen einer lebenslangen Partnerschaft mit der damit gesetzlich verbundenen Unterhaltspflicht ausgleichen soll. Diese Partnerschaft und nicht der Familienstand ist der Anknüpfungspunkt, so dass eine Diskriminierung insoweit nicht zulässig ist.

2. Teil: Urteil des LG Karlsruhe vom 24.10.2008 (6 S 22/07):

Leitsätze:

1. Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes sind nicht miteinander "verheiratet". Sie stehen derzeit in der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes weder hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung noch bezüglich der Sterbegeldgewährung gleich. Dies beruht auf einer maßgebenden Grundentscheidung der Tarifpartner und unterliegt daher einer eingeschränkten Prüfungsbefugnis der Gerichte.

2. Die Satzungsbestimmungen des § 38 und des § 85 VBLS n.F. stehen auch im Einklang mit der Antidiskriminierungs-Richtlinie 2000/78/EG in der Auslegung, die sie durch den EuGH in seinem Urteil vom 1. 4. 2008 (EuGH, NJW 2008, 1643 = NVwZ 2008, 537 = NZA 2008, 459 = EuZW 2008, 314) erfahren hat.

Sachverhalt:

Der Kl. wendet sich mit seiner Klage gegen die Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehen bei der betriebsrentenrechtlichen Hinterbliebenenversorgung und der Sterbegeldgewährung. Der Kl. ist im Jahr 1945 geboren. Im Jahre 2005 begründete der Kl. mit dem bei der Bekl. versicherten, im Jahr 2006 verstorbenen Herrn L eine eingetragene Lebenspartnerschaft. Zuletzt hatte der Verstorbene Rentenleistungen von der Bekl. erhalten. Neben einer Erwerbsunfähigkeitsrente aus eigener Versicherung erhält der Kl. von der gesetzlichen Rentenversicherung seit 1. 2. 2006 eine große Witwerrente. Das AG hat die Klage unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 14. 2. 2007 (BGH, NJW-RR 2007, 1441)

abgewiesen. Die Berufung des Kl. blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist - wie bereits vom AG erkannt - nicht begründet. Dementsprechend ist das Urteil des AG in vollem Umfang zutreffend und die Berufung zurückzuweisen. Die Bekl. muss den Kl. hinsichtlich der Hinterbliebenenrente (§ 38 VBLS n.F.) bzw. der Sterbegeldgewährung (§ 85 VBLS n.F. i.V. mit § 58 VBLS a.F.) nicht so behandeln, als ob er mit dem verstorbenen Versicherten verheiratet gewesen wäre.

Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes sind nicht miteinander „verheiratet“. Sie stehen derzeit in der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes weder hinsichtlich der Hinterbliebenenversorgung noch bezüglich der Sterbegeldgewährung gleich. Ein Verstoß gegen höherrangiges Recht tritt durch diese Handhabung nicht ein.

A. Prüfungsumfang

Zunächst ist zu betonen, dass von einer eingeschränkten Prüfungsbefugnis der Gerichte auszugehen ist (vgl. OLG Karlsruhe, VersR 2009, 102). §§ 38 und 85 VBLS beruhen auf den weitgehend wort- und sinn- gleichen tarifvertraglichen Regelungen der §§ 10 und 35 ATV (Tarifvertrag Altersversorgung vom 1. 3. 2002) und somit auf maßgebenden Grundentscheidungen der Tarifpartner, die nach ständiger Rechtsprechung des BGH als solche der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen sind (BGHZ 103, 370; BGH, NZV 2004, 397). Bei der Umsetzung und inhaltlichen Ausgestaltung solcher Grundentscheidungen genießt der Satzungsgeber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit, die die Gerichte grundsätzlich zu respektieren haben (BGHZ 103, 370 [384f.] = NVwZ-RR 1988, 104; BGHZ 174, 127 = NVwZ 2008, 455). Insoweit wirkt der Schutz der Tarifautonomie fort, die den Tarifvertragsparteien für ihre Grundentscheidung besondere Beurteilungs-, Bewertungs- und Gestaltungsspielräume eröffnet.

Unbeschadet dessen dürfen auch solche Satzungsänderungen nicht gegen die Grundrechte und grundgesetzliche Wertentscheidungen verstoßen. Da die Bekl. als Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 S. 1 VBLS) eine öffentliche Aufgabe wahrnimmt, ist die gerichtliche Kontrolle ihrer Satzungsbestimmungen nach ständiger Rechtsprechung neben der Prüfung, ob die Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft beachtet sind (vgl. BGH, NJW-RR 2005, 1161 = VersR 2005, 1228 - u. II 1b), jedenfalls darauf zu erstrecken, ob ein Verstoß gegen das Grundgesetz vorliegt (vgl. BGHZ 103, 370 [383] = NVwZ-RR 1988, 104; BGHZ 169, 122 [125] = NJW 2006, 3774; BVerfG, NJW 2000, 3341 = NZA 2000, 996 = VersR 2000, 835f. = NVwZ 2000, 1409 L). Im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG ist zu beachten,

dass bei der Ordnung von Massenerscheinungen und bei der Regelung hochkomplizierter Materien wie der Zusatzversorgung im öffentlichen Dienst typisierende und generalisierende Regelungen notwendig sein können (BVerfGE 98, 365 [385] = NZA 1999, 194; BVerfG, NJW 2000, 3341 = NZA 2000, 996 = VersR 2000, 835 [837] = NVwZ 2000, 1409 L; BGHZ 103, 370 [385] = NVwZ-RR 1988, 104; BGHZ 139, 333 [338] = LM VBL - Satzung Nr. 26 = NJW 1999, 579 L). Zudem können derartige Bestimmungen das Versorgungssystem vereinfachen und die Durchschaubarkeit erhöhen (vgl. dazu: BVerfG, NJW 2000, 3341 = NZA 2000, 996 = VersR 2000, 835 [838] = NVwZ 2000, 1409 L).

Nichts Anderes gilt für die Normsetzungsbefugnis der Tarifvertragsparteien. Sie sind zwar nicht unmittelbar grundrechtsgebunden, ihre privatautonom legitimierte Normsetzung darf jedoch nicht zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Freiheitsrechte anderer und/oder einer gleichheitssatzwidrigen Regelbildung führen (vgl. u.a. BAGE 111, 8 [14f.] = NZA 2004, 1399). Allerdings ist ihre Tarifautonomie als eigenverantwortliche, kollektivvertragliche Ordnung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch Art. 9 III GG ihrerseits grundrechtlich geschützt. Sie ist darauf angelegt, die strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer beim Abschluss von Arbeitsverträgen durch kollektives Handeln auszugleichen und damit ein annähernd gleichgewichtiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen (vgl. u.a. BVerfGE 84, 212 [229] = NJW 1991, 2549 = NZA 1991, 809; BGHZ 174, 127 = NVwZ 2008, 455).

B. Verstöße gegen höherrangiges Recht

Nach diesem Maßstab sind die Regelungen zur Hinterbliebenenversorgung und zum Sterbegeld nicht zu beanstanden. Relevante Beanstandungen wurden nicht vorgebracht. Zur näheren Begründung verweist das Gericht zunächst auf die Entscheidungsgründe seines Urteils (OLG Karlsruhe, Urt. v. 26. 3. 2004 - 6 O 968/03), welches den Parteien bekannt ist und durch das OLG Karlsruhe (VersR 2005, 636) und durch den BGH (BGHZ 174, 127 = NVwZ 2008, 455) bestätigt wurde; über die eingelegte Verfassungsbeschwerde (1 BvR 1164/07) ist noch nicht entschieden. Ferner verweist das Gericht auf seine Entscheidung (OLG Karlsruhe, Urt. v. 27. 4. 2007 - 6 O 246/05).

I. Insbesondere: Antidiskriminierungsrichtlinie

Der BGH sah die vom Kl. beanstandeten Satzungsregelungen der Bekl. auch im Einklang mit der Richtlinie 2000/78/EG (Rdnrn. 18ff. des Urteils), welche hinsichtlich des Schutzes der eingetragenen Lebenspartner nicht hinter dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zurückbleibt (Rdnr. 24 des Urteils). Daraus ergibt sich, dass auch die Gesetzesänderungen

seit der letztmaligen Befassung der Kammer mit dem hier fraglichen Rechtsproblem zu einer Rechtsprechungsänderung keine Veranlassung geben.

Aus der Entscheidung des EuGH vom 1.4.2008 (EuGH, NJW 2008, 1649 = NVwZ 2008, 537 = NZA 2008, 459 = EuZW 1008, 314 - Maruko) ergibt sich nichts Anderes. Unter Beachtung der Entscheidung des BVerfG vom 6.5.2008 (BVerfG, NJW 2008, 2568 = NZA 2008, 962), die sich mit der Verweigerung des Familienzuschlags für in eingetragener Lebenspartnerschaft lebende Beamte vor dem Hintergrund der Antidiskriminierungs-Richtlinie und der genannten EuGH-Entscheidung auseinandersetzt, hat Folgendes zu gelten:

Die Satzungsbestimmungen des §§ 38 und des 85 VBLS n.F. stehen auch im Einklang mit der Richtlinie 2000/78/EG in der Auslegung, die sie durch den EuGH in seinem Urteil vom 1. 4. 2008 erfahren hat. Die unterschiedliche Behandlung von verheirateten Versicherten und Versicherten in eingetragener Lebenspartnerschaft bei der Regelung der Hinterbliebenenversorgung und des Sterbegelds ist keine unmittelbare Diskriminierung i.S. von Art. 2 II lit. a der Richtlinie. Denn Lebenspartner befinden sich jedenfalls nicht in einer Situation, die in Bezug auf die Hinterbliebenenversorgung und das Sterbegeld mit der Situation von Ehegatten vergleichbar wäre.

II. Privilegierung der Ehe in Art. 6 GG

Eine allgemeine rechtliche Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der Ehe besteht im deutschen Recht nicht. Der Gesetzgeber hat vielmehr an die Rechtsinstitute Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft, die der verfassungsrechtlichen Wertung aus Art. 6 I GG folgend zwischen diesen Formen der Partnerschaft differenzieren (vgl. BVerfGE 105, 313 [350f.] = NJW 2002, 2543 = NVwZ 2002, 1102 L). Eine Gleichstellung entsprach gerade nicht dem gesetzgeberischen Willen. Daher wurde bei Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft durch das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16. 2. 2001 (LPartG - BGBI I, 266) keine allgemeine Verweisungsnorm erlassen, welche sämtliche Rechtsvorschriften, die für die Ehe gelten, entsprechend auf die eingetragene Lebenspartnerschaft übertragen hätte. Der Gesetzgeber regelte das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaften vielmehr durch eigene Vorschriften, die in einzelnen Sachbereichen Übereinstimmungen mit dem Eherecht vorsehen, in anderen Bereichen jedoch abweichende Regelungen enthalten. Die Übertragung eherechtlicher Vorschriften auf die eingetragene Lebenspartnerschaft geschah nicht regelhaft, sondern als punktuelle Annäherung. Eine allgemeine Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der

Ehe ist auch nicht durch das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. 12. 2004 (LPartÜbG - BGBI I, 3396), das zum 1. 1. 2005 in Kraft trat, erfolgt, wenngleich die Unterschiede zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft durch dieses Gesetz geringer geworden sind.

III. Keine Besonderheiten im öffentlichen Dienst

Eine vergleichbare Situation zwischen Ehegatten und Lebenspartnern besteht auch nicht speziell im Recht des öffentlichen Dienstes. Sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetzgeber als auch die Tarifvertragsparteien haben in diesem Bereich bewusst von einer umfassenden Gleichstellung abgesehen und Angleichungen zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft nur in Randbereichen des Dienst- und Arbeitsrechts geschaffen. Diese punktuellen Annäherungen betreffen nicht den hier in Rede stehenden Bereich der Hinterbliebenenversorgung und des Sterbegelds.

Das tarifvertraglich geprägte Zusatzversicherungsrecht des öffentlichen Dienstes sieht eine Gleichstellung in diesem Bereich nicht vor. Auch das Beamtenversicherungsrecht, dessen Versorgungsniveau zumindest ursprünglich Vorbild für das Betriebsrentenrecht des öffentlichen Dienstes war, sieht eine Gleichstellung im Hinterbliebenenrecht und beim Sterbegeld nicht vor (s. §§ 18 und 19, 28 BBeamVG). Es ist auch nicht zu erwarten, dass alle Landesgesetzgeber eine derartige Gleichstellung in nächster Zeit herbeiführen werden (vgl. BadWürttLT-Dr 14/3016 v. 16. 7. 2008).

Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst hinsichtlich ihrer zusätzlichen Altersversorgung besser als Beamte zu stellen, erscheint nicht systemkonform und auch nicht geboten. Für die normative Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft in Bezug auf die hier in Rede stehenden Bereiche der Hinterbliebenenversorgung und des Sterbegelds ist diese Ausgestaltung des öffentlichen Dienstrechts entscheidend, nicht die zivilrechtliche Regelung der Unterhaltspflichten in der Ehe und der Lebenspartnerschaft, die inzwischen grundsätzlich übereinstimmen (vgl. § 5 LPartG). Das einschlägige Tarifvertrags- und Satzungsrecht gestaltet Grund und Höhe der Betriebsrente für Arbeiter und Angestellte im öffentlichen Dienst und ihre Familie eigenständig aus, ohne an die bürgerlich-rechtlichen Unterhaltspflichten gebunden zu sein (vgl. BVerfGE 21, 329 [347f.] = NJW 1967, 1851). In Anknüpfung an die verfassungsrechtliche Wertung in Art. 6 I GG berücksichtigen §§ 38 und 85 VBLS n.F. den in der Lebenswirklichkeit anzutreffenden typischen Befund, dass in der Ehe ein Ehegatte namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit tatsächlich Unterhalt vom Ehegatten erhält und eigene Rentenanwartschaften nur in geringerem Umfang verdienen kann und so

ein erweiterter Versorgungsbedarf entsteht. Demgegenüber hat der Satzungsgeber bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft in der Lebenswirklichkeit keinen typischerweise bestehenden Unterhaltsbedarf gesehen, der eine rechtliche Gleichstellung nahe legen könnte. Auch wenn die Lebenspartnerschaft der Ehe bezüglich

der gegenseitigen Unterhaltspflichten der Partner grundsätzlich entspricht, besteht daher keine Gleichstellung bei den typisierenden Vereinfachungen im Bereich der Hinterbliebenenversorgung und des Sterbegelds.

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:	Rechtsanwältin Kathrin Lühl (<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 65 Euro (Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. 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 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 9 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: Kaufrecht****Problem: Kein Mangel durch Neulackierung**

BGH, URTEIL VOM 20.05.2009
VIII ZR 191/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Rückabwicklung eines Kaufvertrages. Der Kl. erwarb bei der Bekl. ein ca. vier Jahre altes Gebrauchtfahrzeug nach vorheriger Besichtigung desselben. Der Kl. leistete zunächst eine Anzahlung auf das Fahrzeug, welches auf dem Betriebsgelände der Bekl. verblieb. Auf dem Betriebsgelände wurde dieses Fahrzeug gemeinsam mit anderen dort befindlichen KFZ zerkratzt, woraufhin der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag ohne vorherige Fristsetzung erklärte. Der Kl. begehrt die Rückzahlung der Anzahlung nebst Zinsen und die Feststellung, dass der Bekl. kein Anspruch auf einen Verlustausgleich zustehe. Die Bekl. begehrt widerklagend Zahlung des Restkaufpreises nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs sowie die Feststellung eines Annahmeverzugs des Kl..

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage unter Abweisung im Übrigen hinsichtlich des Zahlungsantrags stattgegeben. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage insgesamt stattgegeben, die Anschlussberufung der Bekl., mit der diese ihren Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs sowie hilfsweise auf Feststellung einer Verlustausgleichspflicht des Kl. weiterverfolgt hat, zurückgewiesen und die Widerklage vollständig abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Bekl. mit der vom Senat zugelassenen Revision. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

In der hier vorliegenden Entscheidung befasste sich der erkennende Senat im Wesentlichen mit dem Mangelbegriff gem. § 434 I BGB. Es galt zu entscheiden, ob der Kl. ohne vorherige Fristsetzung vom Kaufvertrag gem. §§ 346 I, 323 I, 326 V BGB zurücktreten konnte.

Dies verneint der Senat aus nachvollziehbaren Gründen entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts. Die Erfüllung des Kaufvertrages ist der Bekl. auch unter Berücksichtigung des Zerkratzens des Originallacks des Fahrzeugs noch möglich. Die Beschädigung der Originallackierung des Fahrzeugs führt nicht zur Unmöglichkeit der Leistung gem. § 433 I BGB

und damit zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs gem. § 275 I BGB, sondern es ist vielmehr ein Sachmangel gem. § 434 I BGB gegeben. Zwar schuldet der Verkäufer dem Käufer gem. § 433 I 2 BGB die Lieferung einer mangelfreien Sache. Dies ist dem Bekl. jedoch nach wie vor möglich, weil der Mangel durch eine Neulackierung behebbbar ist. Die Parteien hatten keine Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB getroffen, insbesondere war eine dementsprechende konkludente Vereinbarung nicht ersichtlich. Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Käufers, die sich auf das Vorliegen der Originallackierung gerichtet haben könnte, genügt dafür selbst dann noch nicht, wenn sie dem Verkäufer bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr weiter, dass der Verkäufer darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert (OLG Saarbrücken, OLG 2007, 645; MünchKomm-Westermann, BGB, § 434 Rn 12). Eine demnach notwendige Zustimmung des Verkäufers lag nicht vor.

Auch eignete sich das Fahrzeug nach der Neulackierung noch zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung, § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Der Kl. beabsichtigte das Fahrzeug weiterzuveräußern. Hier war zu berücksichtigen, dass das KFZ bereits mehrere Jahre alt war und dass durch die Neulackierung ein technisch gleichwertiger Lackierzustand hergestellt werden konnte.

Des weiteren liegt nach der Neulackierung kein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB vor. Die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Straßenverkehr war erkennbar nicht betroffen.

Das Fahrzeug weist nach ordnungsgemäßer Neulackierung auch eine Beschaffenheit auf, die bei Gebrauchtfahrzeugen dieses Alters üblich ist. Bei derartigen Gebrauchtfahrzeugen gehört es nicht zur üblichen Beschaffenheit, dass sich alle Fahrzeugteile noch im Originalzustand befinden. Die übliche Beschaffenheit gleichartiger Sachen ist vielmehr auch dann noch gegeben, wenn einzelne (wesentliche) Fahrzeugteile in technisch einwandfreier Weise erneuert wurden. Das gilt in gleicher Weise, wenn das Fahrzeug mit einer neuen Lackierung versehen worden ist, um es technisch und optisch wieder in einen tadellosen Zustand zu versetzen. Der erkennende Senat bestätigt damit die vorhandene Instanzrechtsprechung (vgl. z.B. LG Oldenburg, MDR 2006, 444; LG Itzehoe, Urteil vom 25.08.2003 - 2 O 41/03, juris, Tz. 21; OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.07.2002 - 17 U 9/02, juris, Tz. 15;

OLG Frankfurt/M., OLGR 2001, 109, 110;).

Schließlich konnte der Kl. auch nicht erwarten, dass das Fahrzeug originallackiert war. Was der Käufer berechtigterweise erwarten kann, richtet sich objektiven Kriterien, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jedenfalls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientieren. Nicht entscheidend ist, welche Beschaffenheit der Käufer tatsächlich erwartet und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert (Senatsurteil vom 07.02.2007 - VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351, Tz. 21). Hat er deshalb in der Kaufsituation höhere Erwartungen, muss er eine entsprechende Beschaffenheit im Sinne von § 434 I 1 BGB individuell vereinbaren, damit sie die Sollbeschaffenheit mit bestimmen (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 434 Rn 30; jurisPK-BGB-Pammler, § 434 Rn 67). Hier galt es zu berücksichtigen, dass es nicht ungewöhnlich ist, dass Neulackierungen an einem Gebrauchtfahrzeug vorgenommen werden.

Die Revision hatte schließlich eingewandt, dass durch die Neulackierung ein einem "Unfallfahrzeug" gleichwertiger Umstand eingetreten sei. Dies war aus obigen Überlegungen nicht mehr haltbar. Bei einem Unfallfahrzeug kann auch dann, wenn der Unfallschaden vollständig und fachgerecht beseitigt wurde, wegen eines merkantilen Minderwerts noch ein Mangel bestehen bleiben, weil der Charakter eines Fahrzeugs als Unfallfahrzeug sich nicht durch Nachbesserung korrigieren lässt (BGHZ 168, 64, Tz. 17; Senatsurteil vom 12.03.2008 - VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517, Tz. 21). Bei der Neulackierung ist dies indes nicht der Fall, weil dieser Schaden durch eine fachgerechte Neulackierung ohne verbleibende technische Risiken zuverlässig beseitigt werden kann. Also war die Erfüllung nach wie vor durch die Neulackierung möglich und der Kl. hätte eine Frist zur Leistungserbringung setzen müssen. Also lagen die Rücktrittsvoraussetzungen nicht vor.

Vertiefungshinweise:

Zur Beschaffenheitsvereinbarung: *BGH*, RA 2006, 559 = NJW 2006, 2694 ("Jahreswagen");

BGH, RA 2005, 337 = NJW 2005, 1422; *BGH*, RA 2003, 687 = NJW 2003, 2824; *BGH*, RA 2000, 473 = NJW 2000, 2018 (sämtl. zu "fabrikneu")

Zur Nacherfüllung beim Stückkauf: *LG Ellwangen*, RA 2003, 192 = NJW 2003, 517; *OLG Braunschweig*, NJW 2003, 1053

Zum Rücktritt: *BGH*, RA 2009, 165 (Fliesen-Fall"); *BGH*, RA 2008, 532 ("Parkettstäbchen-Fall"); *BGH*, RA 2008, 224; *OLG Rostock*, RA 2007, 656 = NJW 2007, 3290; *BGH*, RA 2007, 445 = NJW 2007, 2621; *BGH*, RA 2007, 279 = NJW 2007, 1346; *BGH*, RA

2007, 136; *BGH*, RA 2007, 72

Kursprogramm:

Examenskurs: "Augen auf beim Mustangkauf"

Assessorkurs: "Der versicherte LKW"

Leitsätze:

a) Bei Gebrauchtfahrzeugen gehört es nicht ohne Weiteres zur üblichen Beschaffenheit im Sinne von § 434 I 2 Nr. 2 BGB, dass sich alle Fahrzeugteile noch im Originalzustand befinden. Die übliche Beschaffenheit ist deshalb grundsätzlich nicht in Frage gestellt, wenn einzelne (wesentliche) Fahrzeugteile in technisch einwandfreier Weise erneuert wurden. Das gilt auch, wenn das Fahrzeug mit einer neuen Lackierung versehen worden ist, um es technisch und optisch wieder in einen tadellosen Zustand zu versetzen.

b) Welche Beschaffenheit des Kaufgegenstandes ein Käufer anhand der Art der Sache im Sinne von § 434 I 2 Nr. 2 BGB erwarten kann, bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers und damit nach der objektiv berechtigten Käufererwartung. Diese orientiert sich im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen. Dagegen ist nicht entscheidend, welche Beschaffenheit der Käufer tatsächlich erwartet und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert.

Sachverhalt:

[1] Der damals noch als Verkäufer bei der Bekl. beschäftigte Kl. kaufte von dieser am 18.11.2004 einen gebrauchten Pkw Mercedes CLK Cabrio für 32.900 €. Dieses Fahrzeug hatte er zuvor seinerseits durch Vertrag vom 12.02.2004 zum gleichen Preis an die Bekl. verkauft und dabei die Verpflichtung übernommen, für den Fall, dass die Bekl. bei einem Verkauf des Fahrzeugs Verlust machen sollte, den entsprechenden Betrag nachzuzahlen. Auf den im Vertrag vom 18.11.2004 vereinbarten Kaufpreis leistete der Kl. eine Anzahlung von 5.000 €. Die Restzahlung sollte bis März 2005 erfolgen. Das verkaufte Fahrzeug verblieb auf dem Betriebsgelände der Bekl. und wurde dort am 25.02.2005 zusammen mit anderen Fahrzeugen zerkratzt. Der Kl. erklärte daraufhin ohne vorherige Fristsetzung mit Schreiben vom 30.03.2005 den Rücktritt vom Kaufvertrag und forderte die Bekl. zur Rückerstattung der geleisteten Anzahlung auf.

[2] Mit seiner Klage hat der Kl. die Rückzahlung der Anzahlung in Höhe von 5.000 € nebst Zinsen und die Feststellung begehrt, dass der Bekl. kein Anspruch auf einen Verlustausgleich aus dem Vertrag vom 12.02.2004 zusteht. Die Bekl. hat widerklagend in erster Linie die Verurteilung des Kl. zur Zahlung des

Restkaufpreises in Höhe von 27.900 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs sowie die Feststellung eines Annahmeverzugs des Kl. beantragt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage unter Abweisung im Übrigen hinsichtlich des Zahlungsantrags stattgegeben. Auf die Berufung des Kl. hat das Oberlandesgericht der Klage insgesamt stattgegeben, die Anschlussberufung der Bekl., mit der diese ihren Antrag auf Feststellung des Annahmeverzugs sowie hilfsweise auf Feststellung einer Verlustausgleichspflicht des Kl. weiterverfolgt hat, zurückgewiesen und die Widerklage vollständig abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Bekl. mit der vom Senat zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

[3] Die Revision hat Erfolg.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[4] Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

[5] Der Kl., dem das Fahrzeug zum Zeitpunkt der Beschädigung noch nicht übereignet gewesen sei und der sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mit der Abnahme nicht im Verzug befunden habe, sei auch ohne Fristsetzung wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten, weil der Bekl. infolge der Lackbeschädigung die Erfüllung des Kaufvertrages unmöglich geworden sei. Sie habe einen durch speziellen Gebrauch und spezielle Abnutzung individualisierten Gebrauchswagen im damaligen, beiden Parteien bekannten, unbeschädigten und unfallfreien Zustand geschuldet, und dies bedeute mit Originallack, selbst wenn ausdrücklich im Kaufvertrag keine Originallackierung aufgeführt gewesen sei. Da die Originallackierung zerstört sei, sei das Fahrzeug in einem vertragsgemäßen Zustand nicht mehr lieferbar. Die grundsätzlich mögliche Nachlieferung eines gleichwertigen anderen Fahrzeugs scheide aus, weil der Kl. seine Kaufentscheidung nicht nur aufgrund objektiver Anforderungen getroffen, sondern ein ihm in seinen wertbegründenden Eigenschaften bekanntes Fahrzeug zurückgekauft habe, so dass es angesichts der konkreten Vorstellungen des Kl. zum Wiederverkaufswert für ihn erkennbar nicht austauschbar gewesen sei. Auch eine Nachlackierung des Fahrzeugs könne nicht zur Wiederherstellung der geschuldeten Kaufsache führen. Die mit einem Neulackierungsaufwand von 4.407,50 € zu beseitigende Zerstörung der geschuldeten Originallackierung durch Vandalismus sei vielmehr einem Unfallgeschehen gleichzusetzen und damit als erheblich einzustufen, so dass ein in dieser Weise repariertes Fahrzeug nicht mehr der geschuldeten Kaufsache entsprechen würde.

[6] Da die Weiterverkaufsmöglichkeiten durch das

von der Bekl. zu tragende Schadensrisiko wesentlich gemindert seien, sei auch der vom Kl. im Vertrag vom 12.02.2004 übernommene Verlustausgleich bei verständiger Würdigung der Interessen gegenstandslos geworden. Das dahingehende Feststellungsbegehren des Kl. sei deshalb begründet, während die mit der Widerklage verfolgten Ansprüche der Bekl. durch das Schadensereignis und den wirksam erklärten Vertragsrücktritt entfallen seien.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, dass der Bekl. die Erfüllung des Kaufvertrages wegen des Zerkratzens der Originallackierung unmöglich geworden ist und dem Kl. deshalb ein Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages vom 18.11.2004 durch Rückerstattung der auf den Kaufpreis geleisteten Anzahlung (§ 346 I, § 323, § 326 V, § 275 I BGB) zusteht. Die Beschädigung der Originallackierung führt nicht zur Unmöglichkeit der Vertragserfüllung, sondern stellt lediglich einen Mangel der Kaufsache dar. Dieser Mangel kann aber behoben werden, weil das Fahrzeug durch eine fachgerechte Neulackierung wieder in einen vertragsgemäßen Zustand versetzt werden kann. Der Kl. konnte deshalb nicht gemäß § 326 V, § 323 BGB vom Kaufvertrag zurücktreten, ohne zuvor der Bekl. die Möglichkeit zu geben, das verkaufte Fahrzeug in den geschuldeten Zustand zu versetzen (vgl. MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl., § 434 Rdnr. 45; Erman/ Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 434 Rdnr. 67).

1. Keine Verpflichtung der Bekl. zur Lieferung mit Originallackierung

[8] Die Bekl. schuldet (nur) eine mangelfreie Lackierung, sie ist aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht verpflichtet, das verkaufte Fahrzeug in originallackiertem Zustand zu liefern.

a. Weder ausdrückliche noch konkludente Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I 1 BGB

[9] Eine dahingehende Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I 1 BGB besteht nicht. Die Vertragsurkunde enthält hierzu keine Aussage. Dass dahingehend mündliche Absprachen erfolgt sind, ist nicht festgestellt; hierzu ergibt sich auch aus dem Sachvortrag der Parteien kein Anhalt. Ebenso wenig reicht es zur Annahme einer konkludent getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung aus, dass das Fahrzeug sich zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses in einem den Parteien bekannten unbeschädigten und unfallfreien Zustand befunden hat. Daraus lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schlussfolgern, dass die Originallackierung als Beschaffenheit vereinbart ist. Zwar kann die für eine Be-

schaffenheitsvereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung auch konkludent in der Weise erzielt werden, dass der Käufer dem Verkäufer bestimmte Anforderungen an den Kaufgegenstand zur Kenntnis bringt und dieser zustimmt (BT-Drs. 14/6040, S. 213). Eine einseitig gebliebene Vorstellung des Käufers genügt dafür jedoch selbst dann noch nicht, wenn sie dem Verkäufer bekannt ist. Erforderlich ist vielmehr weiter, dass der Verkäufer darauf in irgendeiner Form zustimmend reagiert (OLG Saarbrücken, OLGR 2007, 645; MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 434 Rdnr. 12; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 434 Rdnr. 55; Bamberger/Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 434 Rdnr. 40). Anhaltspunkte für eine solche Zustimmung ergeben sich weder aus den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen noch aus den sonstigen Umständen.

b. Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung besteht, § 434 I 2 Nr. 1 BGB

[10] Dem verkauften Fahrzeug fehlt nach Beseitigung der Schäden an der Lackierung nicht die Eignung für eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung im Sinne von § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage nicht befasst. Der Kl. beabsichtigt nach seinem unwidersprochenen Sachvortrag, das Fahrzeug weiterzuveräußern. Es kann dahinstehen, ob allein schon aus dieser - der Bekl. bei Vertragsschluss bekannten - Absicht ein bestimmter, im Sinne von § 434 I 2 Nr. 1 BGB vertraglich vorausgesetzter Verwendungszweck folgt (vgl. MünchKommBGB/Westermann, aaO, § 434 Rdnr. 15). Jedenfalls wird bei einem mehrere Jahre alten Gebrauchtfahrzeug dessen Eignung zur Weiterveräußerung durch das Fehlen der Originallackierung nicht in Frage gestellt, wenn - wie hier - durch eine Neulackierung ein technisch gleichwertiger Lackierungszustand hergestellt werden kann.

c. Kein Mangel gem. § 434 I 2 Nr. 2 BGB ersichtlich

[11] Das verkaufte Fahrzeug weist nach ordnungsgemäßer Neulackierung schließlich auch nach den Maßstäben des § 434 I 2 Nr. 2 BGB keinen Mangel auf. Es eignet sich vielmehr für die gewöhnliche Verwendung und weist eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

(1) Eignung zur gewöhnliche Verwendung

[12] Die Eignung für die gewöhnliche Verwendung im Straßenverkehr wird durch die Neulackierung nicht berührt.

(2) Übliche Beschaffenheit liegt vor

[13] Das Fahrzeug weist auch bei Ersetzung der Originallackierung durch eine ordnungsgemäß ausgeführte

Neulackierung eine Beschaffenheit auf, die bei Gebrauchtwagen dieses Alters üblich ist. Bei derartigen Gebrauchtfahrzeugen gehört es nicht zur üblichen Beschaffenheit, dass sich alle Fahrzeugteile noch im Originalzustand befinden. Die übliche Beschaffenheit gleichartiger Sachen ist vielmehr auch dann noch gegeben, wenn einzelne (wesentliche) Fahrzeugteile in technisch einwandfreier Weise erneuert wurden. Das gilt in gleicher Weise, wenn das Fahrzeug mit einer neuen Lackierung versehen worden ist, um es technisch und optisch wieder in einen tadellosen Zustand zu versetzen. Zu Recht wird deshalb in der Instanzrechtsprechung angenommen, dass der Umstand einer technisch einwandfreien Neulackierung für sich allein keinen Mangel des Fahrzeugs begründet (OLG Düsseldorf, Urteil vom 17.07.2002 - 17 U 9/02, juris, Tz. 15; OLG Frankfurt/M., OLGR 2001, 109, 110; LG Oldenburg, MDR 2006, 444; LG Itzehoe, Urteil vom 25.08.2003 - 2 O 41/03, juris, Tz. 21).

(3) Objektiv berechtigte Erwartung des Käufers

[14] Der Kl. konnte nach der Art der Sache - eines rund vier Jahre alten Gebrauchtwagens - nicht erwarten, dass das Fahrzeug mit der ursprünglich vorhandenen Originallackierung versehen war. Dies bestimmt sich nach dem Empfängerhorizont eines Durchschnittskäufers, und zwar danach, welche Beschaffenheit er anhand der Art der Sache erwarten kann, wobei die berechtigten Erwartungen des Käufers bei einem Gebrauchtwagen namentlich durch dessen Alter und dessen Laufleistung bestimmt werden (BT-Drs. 14/6040, S. 214). Es kommt mithin auf die objektiv berechtigte Käufererwartung an, die sich in Ermangelung abweichender Anhaltspunkte jedenfalls im Regelfall an der üblichen Beschaffenheit gleichartiger Sachen orientiert. Dagegen ist nicht entscheidend, welche Beschaffenheit der Käufer tatsächlich erwartet und wie er auf eine hiervon abweichende Beschaffenheit reagiert (Senatsurteil vom 07.02.2007 - VIII ZR 266/06, NJW 2007, 1351, Tz. 21). Hat er deshalb in der Kaufsituation höhere Erwartungen, muss er eine entsprechende Beschaffenheit im Sinne von § 434 I 1 BGB individuell vereinbaren, damit sie die Sollbeschaffenheit mit bestimmen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Aufl., § 434 Rdnr. 30; jurisPK-BGB/Pammler, 4. Aufl., § 434 Rdnr. 67).

[15] Bei einem mehrere Jahre alten Gebrauchtwagen kann ein durchschnittlicher Käufer nicht erwarten, dass das Fahrzeug noch die Originallackierung aufweist. Denn es ist nicht ungewöhnlich, dass es im Laufe des mehrjährigen Gebrauchs eines Kraftfahrzeugs zu Lackschäden kommt, die durch eine mehr oder weniger umfangreiche Neulackierung beseitigt werden. Bestimmte Äußerungen der Bekl., die bei einem durchschnittlichen Käufer weitergehende Erwartungen hätten wecken können, sind nicht ersichtlich, so dass

der Kl. nicht erwarten konnte, das Fahrzeug mit der ursprünglich vorhandenen Originallackierung ausgeliefert zu erhalten.

(4) Kein Unfallfahrzeug wegen Neulackierung

[16] Zu Unrecht will das Berufungsgericht das Fahrzeug wegen des eingetretenen Schadens an der Lackierung einem Unfallfahrzeug gleichsetzen. Bei einem Unfallfahrzeug kann auch dann, wenn der Unfallschaden vollständig und fachgerecht beseitigt wurde, wegen eines merkantilen Minderwerts noch ein Mangel bestehen bleiben, weil der Charakter eines Fahrzeugs als Unfallfahrzeug sich nicht durch Nachbesserung korrigieren lässt (BGHZ 168, 64, Tz. 17; Senatsurteil vom 12.03.2008 - VIII ZR 253/05, NJW 2008, 1517, Tz. 21). Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass trotz völliger und ordnungsgemäßer Instandsetzung eines erheblich beschädigten Kraftfahrzeugs bei einem großen Teil des Publikums, vor allem wegen eines nicht auszuschließenden Verdachts verborgen gebliebener Schäden und des Risikos höherer Schadensanfälligkeit infolge nicht fachgerechter Reparatur, eine den Preis beeinflussende Abneigung gegen den Erwerb eines derart beschädigten Kraftfahrzeugs besteht (vgl. BGHZ 161, 151, 159 f.).

[17] Eine solche Fallgestaltung ist indessen bei einer Neulackierung zur Beseitigung von Kratzschäden an der äußeren Hülle des Fahrzeugs nicht gegeben, weil dieser Schaden durch eine fachgerechte Neulackierung ohne verbleibende technische Risiken zuverlässig beseitigt werden kann. Anders als bei Unfallschäden steht hier nicht zu befürchten, dass verborgen gebliebene Schäden zurückbleiben oder sonst unkalkulierbare Risiken einer erhöhten Schadensanfälligkeit bestehen. Genauso wie der Austausch beschädigter Teile eines Kraftfahrzeugs für sich allein nicht die Zubiligung eines Anspruchs auf Ersatz eines merkantilen Minderwerts rechtfertigen kann (Münch-KommBGB/Oetker, aaO, § 249 Rdnr. 54), bleibt auch unter den hier gegebenen Umständen nach einer fachgerecht durchgeführten Neulackierung kein ersatzfähiger merkantiler Minderwert zurück.

2. Feststellungsantrag bzgl. Anspruch auf Verlustausgleich

[18] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht auch den weiteren Antrag des Kl. auf Feststellung, dass die Bekl. gegen ihn keinen Anspruch aus der Vereinbarung im Kaufvertrag vom 12.02.2004 wegen eines Verlusts bei dem Verkauf des streitgegenständlichen Fahrzeugs habe, für begründet erachtet. Ob dies der Fall ist, lässt sich derzeit noch nicht abschließend beurteilen, sondern hängt ungeachtet der Unwirksamkeit des am 30.03.2005 erklärten Rücktritts entscheidend davon ab, ob dem Kl. das Fahrzeug in einem erfül-

lungstauglichen Zustand angeboten worden ist oder angeboten werden wird und er es deshalb selbst abzunehmen hat. Dazu bedarf es weiterer tatrichterlicher Feststellungen.

3. Widerklage

[19] In Ermangelung eines wirksamen Rücktritts des Kl. vom Kaufvertrag vom 18.11.2004 durfte das Berufungsgericht ebenfalls nicht die auf Zahlung des Restkaufpreises gerichtete Widerklage der Bekl. abweisen. Die Bekl. kann vielmehr Zahlung des restlichen Kaufpreises in Höhe von 27.900 € Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeugs in einwandfrei lackiertem Zustand von dem Kl. verlangen (§ 433 II BGB). Ob und ab welchem Zeitpunkt der Kl. zur Restkaufpreiszahlung verpflichtet ist und Zinsen hierauf schuldet, hängt davon ab, ob und zu welchem Zeitpunkt dem Kl. das Fahrzeug in einwandfrei lackiertem Zustand angeboten worden ist oder angeboten werden wird. Denn vorher ist die Restkaufpreisforderung mangels einer von § 320 I 1 BGB abweichenden Vorleistungspflicht des Kl. nicht fällig (BGHZ 55, 198, 200; 61, 42, 46).

4. Feststellung des Annahmeverzugs

[20] Das gilt in gleicher Weise für die von der Bekl. begehrte Feststellung, dass sich der Kl. mit der Annahme des Fahrzeugs im Annahmeverzug befunden hat. Nachdem der Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt hatte, war die Bekl. zwar nur noch gehalten, ein wörtliches Angebot gemäß § 295 BGB abzugeben, da der Kl. mit seinem Rücktritt zum Ausdruck gebracht hatte, dass er die Leistung unter keinen Umständen mehr annehmen werde (Palandt/Grüneberg, aaO, § 295 Rdnr. 4 m.w.N.). Ein solches Angebot hat die Bekl. spätestens mit ihrer auf Leistung Zug-um-Zug gerichteten Widerklage abgegeben (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.1996 - V ZR 292/95, NJW 1997, 581, unter II 1 c). Jedoch setzt der Eintritt eines Annahmeverzuges nach § 297 BGB weiter voraus, dass die Bekl. ihrerseits bei Abgabe des Angebots imstande war, das Fahrzeug in einem einwandfrei lackierten Zustand zu übergeben. Hierzu hat das Berufungsgericht - nach seinem Standpunkt folgerichtig - bislang keine Feststellungen getroffen.

III. Aufhebung und Zurückverweisung gem. §§ 562 I, 563 I 1 ZPO

[21] Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 I ZPO). Da es weiterer tatrichterlicher Feststellungen zur Fälligkeit der Restkaufpreisforderung und zum Eintritt eines Annahmeverzuges des Kl. bedarf, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

Standort: Schenkungsvertrag**Problem: Zuwendung als Gegenleistung**

BGH, URTEIL VOM 28.05.2009

XA ZR 9/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Kl. ist Trainer eines Sportklubs, der Bekl. ist der Hauptsponsor. Der Kl. behauptet, der Bekl. habe ihm für den Fall, dass seine Mannschaft in der Saison 2005/2006 den Titel eines Deutschen Meisters erringe, mündlich die Zahlung eines Betrags von 5.000 EUR versprochen. Die Mannschaft gewann die Meisterschaft und der Kl. begehrt nunmehr die versprochene Zahlung.

Das Amtsgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie auf die Berufung des Bekl. abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl. den Zahlungsanspruch weiter. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der Senat hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung ein Schenkungsvertrag gem. § 516 I BGB ist. Das Berufungsgericht hatte diese Rechtsauffassung vertreten und wegen der Nichteinhaltung der Form die Klage bereits als unschlussig beurteilt. Dem trat der BGH entgegen.

Die Zusage des Bekl., im Fall des Gewinns des Meistertitels an den Kl. 5.000 EUR zu zahlen, stellte nur dann ein formbedürftiges Schenkungsversprechen (§ 516 I BGB) dar, wenn sich die Parteien darüber einig gewesen wären, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgen sollte (vgl. BGHZ 82, 227, 230; 101, 65, 68). Eine Zuwendung ist dann unentgeltlich, wenn sie rechtlich von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung unabhängig ist (vgl. BGH, NJW 1992, 2566, 2567).

Zu beachten ist, dass allein der Eintritt eines bestimmten Ereignisses (hier der Meisterschaftsgewinn) für sich genommen noch keine Gegenleistung darstellt. Anders ist die Sachlage, wenn eine Entlohnung für eine besondere Bemühung erfolgen soll. Wer für solche Bemühungen eine Zuwendung zusagt, beabsichtigt in der Regel keine belohnende Schenkung, sondern schließt einen entgeltlichen Vertrag über die Entlohnung einer noch zu erbringenden besonderen Leistung (BGH, NJW 1982, 436).

Im vorliegenden Fall erfolgte das Versprechen der erfolgsabhängigen Zuwendung zur Schaffung eines Leistungsanreizes, da sich der Empfänger die Leistung "verdienen" soll. Für das Vorliegen der Entgeltlichkeit reicht es aus, dass die Leistung des einen Teils Bedingung für die Verpflichtung der anderen Seite sein soll;

darauf, ob es sich um eine gleichwertige Gegenleistung handelt, kommt es nicht an (vgl. BGH, NJW 1951, 268).

Weil es sich daher nicht um einen Schenkungsvertrag handelte, sondern um eine Vereinbarung gem. §§ 311 I, 241 I BGB, war auf diese Vereinbarung die Formvorschrift des § 518 I BGB als rechtshindernder Einwand nicht anzuwenden. Also scheiterte der Anspruch jedenfalls insoweit nicht. Der erkennende Senat hob das Urteil des Berufungsgerichts auf und verwies die Sache zur weiteren Tatsachenfeststellung an das Berufungsgericht zurück, § 529 I Nr. 1 ZPO.

Vertiefungshinweise:

❑ Zum Schenkungsvertrag: *Katzenstein*, MDR 2004, 1275; *Haarmann*, FamRZ 1996, 522; *Kolhosser*, ZEV 1995, 391; *ders.* NJW 1994, 2313; *Herrmann*, MDR 1980, 883;

❑ Zu Formvorschriften: *Malzer*, DNotZ 2000, 169; *Ebbing*, CR 1996, 271; *Einsele*, DNotZ 1996, 835; *Heun*, CR 1995, 2; *Wolf*, DNotZ 1995, 179; *Kanzleiter*, DNotZ 1994, 275, *Ebnet*, NJW 1992, 2985, 2989;

Kursprogramm:

❑ *Examenskurs*: "Sparbuch auf den Todesfall"

❑ *Assessorkurs*: "Hundeleben"

Leitsatz:

Wer eine Zuwendung für den Fall zusagt, dass ein bestimmtes Ereignis eintritt, auf das der Zuwendungsempfänger hinarbeiten soll (hier: Gewinn einer Meisterschaft durch die von dem Zuwendungsempfänger trainierte Mannschaft), verspricht keine belohnende Schenkung, sondern eine Gegenleistung für das Bemühen des Zuwendungsempfängers um die Herbeiführung des Ereignisses.

Sachverhalt:

[1] Der Kl. war Trainer der Ringermannschaft eines Sportclubs; der Bekl. ist Hauptsponsor und Vorsitzender des Aufsichtsrats des Sportclubs.

[2] Der Kl. behauptet, der Bekl. habe ihm für den Fall, dass seine Mannschaft in der Saison 2005/2006 den Titel eines Deutschen Meisters erringe, mündlich die Zahlung eines Betrags von 5.000 EUR versprochen. Die Mannschaft gewann die Meisterschaft.

[3] Der Kl. hat den Bekl. auf Zahlung von 5.000 EUR nebst Zinsen in Anspruch genommen.

[4] Das Amtsgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie auf die Berufung des Bekl. abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kl.

den Zahlungsanspruch weiter.

Aus den Gründen:

[5] Das Rechtsmittel führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat die Klage für unschlüssig gehalten. Bei der vom Kl. behaupteten Vereinbarung handele es sich um einen Schenkungsvertrag, der mangels notarieller Beurkundung des Schenkungsversprechens unwirksam sei. Die unter der Bedingung des Meisterschaftsgewinns in Aussicht gestellte Zuwendung in Höhe von 5.000 EUR sei unentgeltlich zugesagt worden. Sie sei nicht an eine Gegenleistung des Kl., sondern an den Eintritt eines Ereignisses geknüpft worden, das nicht allein von der Leistung des Kl., sondern auch von Faktoren abhängig gewesen sei, die der Kl. nicht habe beeinflussen können. Dass dem Bekl. nach Vorstellung der Parteien durch den Gewinn der Meisterschaft wirtschaftliche Vorteile zukommen sollten, die die Zuwendung ausglich, lasse der Klagevortrag nicht erkennen. Zwar habe der Erfolg der Ringermannschaft vermutlich im sportlichen Interesse des Bekl. als Aufsichtsratsvorsitzenden gelegen; die Befriedigung eines solchen ideellen Interesses sei für die Annahme eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts jedoch nicht ausreichend.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[7] Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die vom Kl. behauptete Vereinbarung war formfrei wirksam.

1. Kein Schenkungsvertrag i.S.v. § 516 I BGB gegeben

[8] Die Zusage des Bekl., im Fall des Gewinns des Meistertitels an den Kl. 5.000 EUR zu zahlen, stellte nur dann ein formbedürftiges Schenkungsversprechen (§ 516 I BGB) dar, wenn sich die Parteien darüber einig gewesen wären, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgen sollte (vgl. BGHZ 82, 227, 230; 101, 65, 68; BGH, Urt. v. 17.06.1992 - XII ZR 145/91, NJW 1992, 2566, 2567). Eine Zuwendung ist dann unentgeltlich, wenn sie rechtlich von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung unabhängig ist (Urt. v. 17.06.1992, aaO). Dies war nach dem der revisionsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht der Fall.

a. Keine Gegenleistung durch Eintritt eines bestimmten Ereignisses

[9] Der Eintritt eines bestimmten Ereignisses (hier der

Meisterschaftsgewinn) stellt für sich allerdings, wie das Berufungsgericht noch zutreffend angenommen hat, keine Gegenleistung dar; er kann daher, wenn er als Voraussetzung für den Anfall der Zuwendung vereinbart wird, keine Abhängigkeit von einer Gegenleistung begründen und steht damit der Bejahung einer Schenkung nicht entgegen.

b. Gegenleistung bei Entlohnung für besondere Bemühungen

[10] Allerdings kann eine entgeltliche Leistung auch dann vorliegen, wenn sie als Entlohnung für besondere Bemühungen des Zuwendungsempfängers erfolgt, die in dem zukünftigen Eintritt eines bestimmten Erfolgs (hier: des Gewinns der Meisterschaft) sichtbar werden. Wer für derartige Bemühungen eine Zuwendung zusagt, beabsichtigt - jedenfalls in der Regel - keine belohnende Schenkung, sondern schließt einen entgeltlichen Vertrag über die Entlohnung einer noch zu erbringenden besonderen Leistung (BGH, Urt. v. 11.11.1981 - IVa ZR 182/80, NJW 1982, 436). Dass die Zuwendung nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass ein bestimmtes Ereignis in der Zukunft eintreten wird, und die vorzunehmende Handlung vor diesem Ereignis liegt, steht dem nicht entgegen. Denn auch ein einseitiges Rechtsgeschäft nach Art eines Preisausschreibens (§ 661 BGB) oder einer Auslobung (§ 657 BGB) bindet den Verpflichteten nach Vornahme der Handlung (§ 658 BGB); nichts anderes gilt bei einem entsprechenden zweiseitigen Rechtsgeschäft.

c. Gegenleistung im vorliegenden Fall

[11] Eine zu entlohnende Leistung stellt die Tätigkeit des Kl. als Trainer der Ringermannschaft dar, die er (jedenfalls auch) mit dem Ziel des Gewinns der Meisterschaft durch die von ihm trainierte Mannschaft erbringen sollte. Das Versprechen einer erfolgsabhängigen Zuwendung erfolgt in einem solchen Zusammenhang regelmäßig zur Schaffung eines besonderen Leistungsanreizes. Der Empfänger soll sich die Zuwendung „verdienen“ können, indem er mit seiner Leistung zum Erfolgseintritt, hier zum Erringen der Meisterschaft, beiträgt. Die mangelnde Vorhersehbarkeit und begrenzte Steuerbarkeit des Gewinns einer Meisterschaft steht dem nicht entgegen. Feststellungen, die der erfolgsabhängigen Zuwendung im Streitfall ausnahmsweise einen anderen Sinn verleihen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

[12] Für die Bejahung der Entgeltlichkeit der erfolgsabhängigen Zuwendung ist es ausreichend, dass die Leistung des einen Teils Bedingung für die Verpflichtung der anderen Seite sein soll; darauf, ob es sich um eine gleichwertige Gegenleistung handelt, kommt es nicht an (vgl. BGH, Urt. v. 10.01.1951 - II ZR 18/50, NJW 1951, 268). Mit der vom Erfolg der Ringermannschaft abhängig gemachten Zuwendung schuf der

Bekl. einen Leistungsanreiz für den Kl., der sich durch eine besondere Trainerleistung, die ihren objektiven Ausdruck im Erringen der Meisterschaft durch die von ihm trainierte Mannschaft finden sollte, eine zusätzliche Vergütung sollte erarbeiten können. Dass der Kl. als Trainer nicht für den Bekl. tätig war, ist ebenso unerheblich wie der Umstand, dass der Bedingungseintritt nicht allein von der Leistung des Kl. abhing. Weder das eine noch das andere schließt eine im Rahmen der Vertragsfreiheit mögliche Vereinbarung über eine zusätzliche Vergütung für die Leistung eines Beitrags zu einem bestimmten Erfolg aus (§ 241 I BGB). Dem entspricht auch die rechtliche Beurteilung freiwilliger Zuwendungen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, die regelmäßig als Entgelt für die erbrachte Arbeitsleistung und nicht als Schenkung qualifiziert werden (vgl. nur J. Koch in MünchKomm./BGB, 5. Aufl., § 516 Rdn. 33; Soergel/Mühl/Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdn. 26; Erman/E. Herrmann, BGB, 12. Aufl., § 516 Rdn. 12; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 516 Rdn. 8; AnwK/Dendorfer, BGB, § 516 Rdn. 26, je m.w.N.). Der gegenteiligen Auffassung des Oberlandesgerichts München (JZ 1983, 955), auf die sich das Berufungsgericht gestützt hat, vermag der Senat nicht beizutreten.

[13] Da die Gegenleistung des Empfängers der Zuwendung auch immaterieller Art sein kann, durfte das Berufungsgericht seine Annahme, es liege eine Schenkung vor, auch nicht auf die Erwägung stützen, dass dem Bekl. aus dem Meistertitel keine unmittelbaren

wirtschaftlichen Vorteile erwachsen seien (vgl. BGH, Urt. v. 17.01.1990 - XII ZR 1/89, NJW-RR 1990, 386; v. 02.10.1991 - XII ZR 132/90, NJW 1992, 238, 239, jeweils zur ehebedingten Zuwendung). Maßgeblich ist vielmehr, dass sich die Parteien darüber einig waren, dass dem Kl. für seine Trainertätigkeit im Erfolgsfall eine gesonderte Vergütung zugewandt werden sollte.

2. Wirksamkeit der Vereinbarung

[14] Eine solche Vereinbarung unterliegt weder dem Formerfordernis des § 518 I 1 BGB noch einer anderen Formvorschrift. Damit ist der Bekl. nach dem für das Revisionsverfahren maßgeblichen Sachverhalt die Verpflichtung, aus der der Kl. Rechte herleitet, wirksam eingegangen, und der Kl. kann deren Erfüllung verlangen.

III. Aufhebung des Urteils und Rückverweisung an das Berufungsgericht, § 529 I Nr. 1 ZPO

[15] Da das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus zu Recht - nicht geprüft hat, ob konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Amtsgerichts begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten (§ 529 I Nr. 1 ZPO) und diese Prüfung vom Revisionsgericht nicht nachgeholt werden kann (BGH, Urt. v. 30.10.2007 - X ZR 101/06, NJW 2008, 576 Tz. 27), ist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Standort: Bereicherungsrecht

Problem: Rückzahlung von Abschleppkosten

BGH, URTEIL VOM 05.06.2009
V ZR 144/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um die Erstattung von Abschleppkosten. Der Bekl. ist Eigentümer eines Parkplatzes, der mit einem Schild mit folgenden Hinweisen versehen ist: "Mo.-Sa. 6.00-21.00 Uhr nur für Kunden und Mitarbeiter des Nahversorgungszentrums Parken nur mit Parkuhr Parkzeit 1,5 h (daneben ist eine Parkscheibe abgebildet) Parken nur innerhalb der gekennzeichneten Flächen! Widerrechtlich abgestellte Fahrzeuge werden kostenpflichtig abgeschleppt". Der Kl. stellte sein Fahrzeug unbefugt auf dem Parkplatz ab und wurde abgeschleppt. Dem Kl. entstanden dadurch Kosten in Höhe von insgesamt 165 €. Diese entrichtete er an ein Inkassounternehmen, welches mit dem Forderungseinzug betraut worden war. Neben den Abschleppkosten begehrt der Kl. außergerichtliche Kosten in Höhe von 46,41 € ersetzt.

Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landge-

richt zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Bekl. beantragt, verfolgt der Kl. die Durchsetzung seiner Klage - weitgehend erfolglos - weiter.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat befasst sich mit dem Rückforderungsanspruch des Fahrzeughalters gegenüber dem Grundeigentümer wegen entrichteter Abschleppkosten. Der Kl. meint, er sei zu Unrecht in Anspruch genommen worden.

Eine Erstattung kommt nur nach den Grundsätzen der §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB in Betracht. Der Bekl. hatte als vermögenswerten Vorteil die Befreiung von einer Verbindlichkeit erlangt. Problematisch war hier der Leistungsbegriff. Eine Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens in Erfüllung einer - wenngleich vermeintlich bestehenden - Verbindlichkeit (Palandt-Sprau, BGB, § 812 Rn 3). Es lag eine tatsächliche Zuwendung des Kl. an das Inkassounternehmen vor. Allerdings verfolgte der Kl. keinen Zweck gegenüber dem Inkassounternehmen. Denn der Zweck der Zahlung des Kl. bestand darin,

eine von dem Bekl. geltend gemachte Forderung zu erfüllen, nämlich einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Abschleppkosten, deren Begleichung der Bekl. aufgrund des Vertrages mit dem Abschleppunternehmen diesem schuldete. Das Abschlepp- und das Inkassounternehmen waren nur Zahlstelle. Folglich kann der Kl. von dem Bekl. kondizieren, wenn der Schadensersatzanspruch des Bekl. gegen den Kl. nicht besteht. Bestünde der Anspruch nicht, läge auch kein Rechtsgrund vor. Es bestand ein Schadensersatzanspruch des Bekl. gegenüber dem Kl. gem. § 823 II i.V.m. § 858 I BGB. Das Schutzgesetz des § 858 I BGB ist verletzt, da das unbefugte Abstellen des Fahrzeugs auf dem Parkplatz verbotene Eigenmacht darstellt (Vgl. OLG Karlsruhe Die Justiz 1978, 71; LG Frankfurt a.M. MDR 2003, 388; AG Augsburg DAR 2008, 91; AG Essen DAR 2002, 131). Sofern § 858 I BGB als Schutzgesetz gem. § 823 II BGB geprüft wird, ist zu berücksichtigen, dass ein Kostenerstattungsanspruch nur dann bestehen kann, wenn die Voraussetzungen des § 859 BGB gegeben sind. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Selbsthilfe gem. § 859 III BGB nur "sofort" erfolgen kann (Jansen, NJW 1995, 624). Vorliegend konnte offen bleiben, ob eine Besitzstörung (dann § 859 I BGB) oder eine teilweise Besitzentziehung (dann § 859 III BGB) vorliegt. Die Voraussetzungen beider Normen waren gegeben. Zu beachten ist, dass die Selbsthilfe auch verhältnismäßig sein muss. Insoweit hatte sich das Berufungsgericht abweichend entschieden. Die Verhältnismäßigkeit bestimmt sich nach einer Mittel-Zweck-Relation. Die Ausübung eines Rechts ist demnach dann unzulässig, wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwer wiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären (MünchKomm-Roth, BGB, § 242 Rn 380); es gilt das Gebot der schonendsten Sanktion (Staudinger/Looschelders, BGB [2005], § 242 Rn 280). Solche Umstände waren hier nicht ersichtlich, insbesondere konnte der Besitzentzug bzw. die Besitzstörung nur durch das Fortschaffen des PKW beseitigt werden.

Die Revision berief sich erfolglos auf eine Beschränkung der Selbsthilfe gem. § 242 BGB. Entgegen der Rechtsauffassung des Rechtsmittelführes kam es nicht darauf an, ob der PKW behindernd geparkt wurde oder ob andere Parkplätze für weitere Kunden vorhanden waren. Denn genau wie der Eigentümer andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 S. 1 Alt. 2 BGB), auch wenn dies ihn nur teilweise in dem Gebrauch seiner Sache beeinträchtigt, kann sich auch der unmittelbare Besitzer verbotener Eigenmacht durch Selbsthilfe unabhängig davon erwehren, wel-

ches räumliche Ausmaß sie hat und ob sie die Nutzungsmöglichkeit von ihr nicht betroffener Grundstücksteile unberührt lässt (Lorenz, NJW 2009, 1025, 1026). Deshalb darf z.B. ein unbefugt auf einem fremden Grundstück abgestelltes Fahrzeug auch ohne konkrete Behinderung entfernt werden (Erman-Lorenz, BGB, § 858 Rn 3). Anderenfalls müsste der Besitzer die verbotene Eigenmacht all derer dulden, die - wie es der Kl. für sich in Anspruch nimmt - nur eine kleine, räumlich abgegrenzte Grundstücksfläche unbefugt nutzen, ohne dass dadurch die Nutzungsmöglichkeit der übrigen Fläche eingeschränkt wird; von seinem Selbsthilferecht dürfte der Besitzer nur gegenüber demjenigen Gebrauch machen, der sein Fahrzeug ohne Berechtigung auf dem letzten freien Platz abstellt. Dieses Ergebnis ist offensichtlich unbillig.

Da Zweifel an der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden nicht bestanden, war lediglich das Vorliegen eines erstattungsfähigen Schadens zu problematisieren. Die entstandenen Abschleppkosten stehen in adäquatem Zusammenhang mit der verbotenen Eigenmacht. Dass unbefugt auf dem Grundstück des Bekl. abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden, stellt keine überraschende oder fern liegende Reaktion des unmittelbaren Besitzers dar, sondern die Verwirklichung der deutlich sichtbaren Ankündigung auf dem aufgestellten Schild. Allerdings ist hier darüber hinausgehend der Schutzbereich des Schutzgesetzes zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen; es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde, und es muss ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine zufällige äußere Verbindung bestehen (BGHZ 164, 50, 60 m.w.N.). Auch diese Voraussetzung liegt hier vor. Indem das Gesetz dem unmittelbaren Besitzer als spontane Reaktion auf eine verbotene Eigenmacht (Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., § 9 Rn 10) das Selbsthilferecht (§ 859 BGB) zubilligt, dessen Ausübung mit Kosten verbunden sein kann, stellt es selbst den notwendigen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes (§ 858 I BGB) und der Schadensfolge her. Auch entfällt die Schadensersatzpflicht des Kl. nicht deshalb, weil der Bekl. selbst durch die Beauftragung des Abschleppunternehmens die letzte Ursache für die Herbeiführung des Schadens gesetzt hat. Denn die Schadensfolge beruht nicht auf einem selbständigen oder freien Entschluss des Bekl., sondern auf seiner vom Gesetz (§ 859 BGB) gebilligten Reaktion, die durch das Verhalten des Kl. herausgefordert wurde. Dies lässt die Ersatzpflicht des Kl. unberührt (vgl. z.B. BGHZ 63,

189, 192; 132, 164, 166). Damit hatte die Revision wegen der Abschleppkosten keinen Erfolg.

Anders sah der Senat die Rechtslage hinsichtlich der Inkassokosten i.H.v. 15 €. Insoweit bestand ein Rückzahlungsanspruch, weil dieser Betrag nicht i.R.d. Schadensersatzes gem. § 823 II i.V.m. § 858 I BGB ersatzfähig ist und daher ohne Rechtsgrund geleistet wurde. Die Inkassokosten sind als Folgeschäden dem Kl. nicht zurechenbar, da die Beauftragung des Inkassounternehmens nicht der Schadensbeseitigung oder Schadensverhütung diene (vgl. BGHZ 75, 230, 234), sondern ausschließlich der außergerichtlichen Abwicklung der Ansprüche des Bekl.. Auch konnte ein Anspruch nicht aus §§ 280 I, II, 286 I 1 BGB folgen, da die Verzugsvoraussetzungen nicht vorlagen, so dass auch insoweit ein Rechtsgrund nicht vorlag.

Vertiefungshinweise:

- Zu Ansprüchen des Grundeigentümers gegen den Falschparker: *Schwarz/Ernst*, NJW 1997, 2550; *Jansen*, NJW 1995, 624
- Zur Selbsthilfe: *Lorenz*, NJW 2009, 1025
- Zum Besitzschutz: *Röthel/Sparmann*, Jura 2005, 456; *OLG Saarbrücken*, NJW 2003, 1717 mit Anm. *Schmidt*, JuS 2004, 250

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Großeinkauf mit Hindernissen"
- Assessorkurs*: "Der erschlichene LKW"

Leitsatz:

Wer sein Fahrzeug unbefugt auf einem Privatgrundstück abstellt, begeht verbotene Eigenmacht, derer sich der unmittelbare Grundstücksbesitzer erwehren darf, indem er das Fahrzeug abschleppen lässt; die Abschleppkosten kann er als Schadensersatz von dem Fahrzeugführer verlangen.

Sachverhalt:

[1] Dem Bekl. gehört ein Grundstück, welches als Parkplatz mehrerer Einkaufsmärkte genutzt wird. Dort steht ein großes, gut sichtbares Schild mit folgenden Hinweisen:

"Mo.-Sa. 6.00-21.00 Uhr nur für Kunden und Mitarbeiter des Nahversorgungszentrums Parken nur mit Parkuhr Parkzeit 1,5 h (daneben ist eine Parkscheibe abgebildet) Parken nur innerhalb der gekennzeichneten Flächen! Widerrechtlich abgestellte Fahrzeuge werden kostenpflichtig abgeschleppt" (daneben ist ein Abschlepp-Piktogramm abgebildet)

[2] Am 06.03.2007 schloss der Bekl. mit einem Abschleppunternehmen und einem Inkassounternehmen eine Vereinbarung, in der es u.a. heißt:

"2. Der Eigentümer beauftragt das Abschleppunter-

nehmen, unberechtigt parkende oder versperrend abgestellte Fahrzeuge von dem ... Grundstück abzuschleppen und zu entfernen.

3. Die Durchführung des Abschleppvorganges setzt voraus, dass sich das Abschleppunternehmen zuvor darüber vergewissert, dass dieses Fahrzeug nicht über eine Parkberechtigung verfügt bzw. sich der Fahrzeugführer nicht in unmittelbarer Nähe zum Fahrzeug aufhält oder dieser der Aufforderung zum Entfernen bzw. ordnungsgemäßen Abparken des Fahrzeugs nicht sofort nachkommt."

[3] Das Inkassounternehmen beauftragte der Bekl. mit der Einziehung der Abschleppkosten.

[4] Am 20.04.2007 stellte der Kl. seinen Pkw unbefugt auf dem Parkplatz ab. Zwischen 19.00 Uhr und 19.15 Uhr wurde das Fahrzeug abgeschleppt und auf das Gelände des Abschleppunternehmens verbracht. Dort löste es der Kl. am späten Abend gegen Zahlung von 150 € Abschleppkosten und 15 € Inkassogebühren aus. Den Betrag von 165 € nebst Zinsen sowie vorgerichtliche Kosten von 46,41 € verlangt er von dem Bekl. zurück.

[5] Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Bekl. beantragt, verfolgt der Kl. die Durchsetzung seiner Klage weiter.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat einen Rückzahlungsanspruch des Kl. nach § 812 I BGB verneint, weil seine Zahlung von 165 € an den Bekl. mit Rechtsgrund erfolgt sei. Dieser habe gegen den Kl. einen Anspruch auf Ersatz der Abschlepp- und Inkassokosten nach §§ 823 II, 858 BGB gehabt. Die Ausübung des Selbsthilferechts nach § 859 III BGB durch den Bekl. sei rechtmäßig gewesen. Ob das Abschleppen des Fahrzeugs notwendig gewesen sei, sei unerheblich; denn das Selbsthilferecht werde nicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern nur durch das Schikaneverbot und durch den Grundsatz von Treu und Glauben begrenzt. Beides sei hier nicht verletzt. Der Rechtmäßigkeit der Selbsthilfe stehe auch nicht entgegen, dass der Auftrag zum Abschleppen nicht von dem Bekl. als dem unmittelbaren Grundstücksbesitzer erteilt worden sei, sondern dem Abschleppvorgang ein Geschäftsbesorgungsvertrag zwischen dem Bekl. und dem Abschleppunternehmen zugrunde gelegen habe. Die geltend gemachten vorgerichtlichen Kosten könne der Kl. nicht unter dem Gesichtspunkt des Verzugs erstattet verlangen, weil sich der Bekl. nicht in Verzug befunden habe.

[7] Das hält einer rechtlichen Nachprüfung weitgehend stand.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

1. Zulässigkeit der Revision

[8] Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Berufung gegen die Abweisung der auf Zahlung von 46,41 € vorgerichtlicher Kosten gerichteten Klage wendet. Insoweit fehlt es dem Rechtsmittel an der vorgeschriebenen Begründung (§§ 551 I, 553 I 2 ZPO).

2. Begründetheit der Revision

[9] Im Übrigen ist die Revision zwar zulässig, aber überwiegend unbegründet.

a. Anspruch auf Rückzahlung von 150 €

[10] Das Berufungsgericht hat einen Anspruch des Kl. auf Rückzahlung von 150 € Abschleppkosten zu Recht verneint.

aa. Anspruch gem. § 812 I 1 Alt. 1 BGB

[11] Als Anspruchsgrundlage kommt nur die Vorschrift des § 812 I 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondiktion) in Betracht. Der Kl. hat den für das Abschleppen seines Fahrzeugs in Rechnung gestellten Betrag zwar nicht an den Bekl., sondern an das Abschleppunternehmen bzw. für dieses an das Inkassounternehmen gezahlt. Bereicherungsrechtlich hat er damit aber nicht diesen gegenüber eine Leistung erbracht, sondern gegenüber dem Bekl.. Denn der Zweck der Zahlung bestand darin, eine von dem Bekl. geltend gemachte Forderung zu erfüllen, nämlich einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Abschleppkosten, deren Begleichung der Bekl. aufgrund des Vertrages mit dem Abschleppunternehmen diesem schuldete. Das Abschlepp- und das Inkassounternehmen waren nur Zahlstelle. Ihnen gegenüber verfolgte der Kl. keinen Zweck. Folglich kann der Kl. von dem Bekl. kondizieren, wenn der Schadensersatzanspruch nicht besteht, während die Frage, ob das Abschleppunternehmen den ihm zugeflossenen Betrag behalten kann, sich nach dem Rechtsverhältnis zwischen dem Bekl. und dem Abschleppunternehmen beurteilt.

bb. Vorliegen eines Rechtsgrundes gem. § 823 II i.V.m. § 858 I BGB

[12] Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Bereicherungsanspruch nicht gegeben sind, weil die Leistung des Kl. nicht ohne Rechtsgrund erfolgte. Denn es hat rechtsfehlerfrei einen Schadensersatzanspruch des Bekl. gegen den Kl. auf Zahlung der Abschleppkosten nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 858 I BGB bejaht.

(1) Verbotene Eigenmacht gem. § 858 I BGB

[13] Mit dem unbefugten Abstellen des Fahrzeugs auf

dem Parkplatz des Bekl. beging der Kl. eine verbotene Eigenmacht im Sinne von § 858 I BGB (siehe nur OLG Karlsruhe Die Justiz 1978, 71; LG Frankfurt a.M. MDR 2003, 388; AG Augsburg DAR 2008, 91; A G E s s e n D A R 2 0 0 2 , 1 3 1 ; B a m b e r g e r / R o t h / F r i t z s c h e , B G B , 2 . A u f l . , § 8 5 8 R n 1 0 ; M ü n c h K o m m - B G B / J o o s t , 4 . A u f l . , § 8 5 8 R n 5 , 1 1 ; P a l a n d t / B a s s e n g e , B G B , 6 8 . A u f l . , § 8 5 8 R n 3 ; S t a u d i n g e r / B u n d , B G B [2 0 0 7] , § 8 5 8 R n 4 9 ; S c h w a r z / E r n s t , N J W 1 9 9 7 , 2 5 5 0). Ob es sich hierbei um eine Besitzstörung oder um eine teilweise Besizentziehung handelte, ist für die weitere rechtliche Beurteilung ohne Belang.

(2) Bekl. ist unmittelbarer Besitzer des Parkplatzes

[14] Entgegen der in der Revisionsbegründung vertretenen Ansicht hat das Berufungsgericht zutreffend den Bekl. als unmittelbaren Besitzer des Parkplatzes und damit als denjenigen angesehen, gegen den sich die verbotene Eigenmacht richtete. Denn weder hat der Kl. Umstände vorgetragen, die gegen den unmittelbaren Besitz des Bekl. sprechen, noch ergeben sich aus dessen Vortrag Anhaltspunkte dafür, dass er mittelbarer Besitzer war. Für einen mittelbaren Besitz spricht insbesondere nicht der von der Revision hervorgehobene Vortrag des Bekl., dass der Parkplatz tagsüber ausschließlich für die Kunden des Supermarktes vorgesehen sei. Dem ist nichts zu den Besitzverhältnissen zu entnehmen; selbst wenn der Bekl. die Fläche für den Supermarkt an einen Betreiber vermietet oder verpachtet hat, bedeutet das nicht zwingend, dass auch die Parkplatzfläche vermietet oder verpachtet ist. Nichts anderes ergibt sich aus der von der Revision zitierten Feststellung in der in dem Berufungsgericht in Bezug genommenen erstinstanzlichen Entscheidung, der Kl. habe sein Fahrzeug "auf dem Parkplatz des Bekl., dem R. Einkaufsmarkt" geparkt. Unabhängig davon, ob man - wie die Revisionserweiterung - diese Formulierung als sprachlich missglückt ansieht, besagt sie nichts über die Besitzverhältnisse an dem Parkplatz. Auch die von der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zitierte Textstelle aus der Klageerweiterung, wonach der Bekl. verpflichtet sei, dem Betreiber des Supermarktes die Parkplatzfläche zur Verfügung zu stellen, spricht nicht gegen den unmittelbaren Besitz des Bekl.. Schließlich ist die Annahme von mittelbarem Besitz nicht damit zu vereinbaren, dass nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht nur den Kunden des Supermarktes, sondern den Kunden aller angrenzenden Einkaufsmärkte das Parken auf dem Parkplatz des Bekl. gestattet ist. Falls nach alledem gleichwohl noch Zweifel an dem unmittelbaren Besitz des Bekl. bestehen, geht das zu Lasten des Kl.; denn ihm obliegt es, den von dem Bekl. angeführten Rechtsgrund für die Zahlung der Abschleppkosten zu widerlegen (BGH, Urt. v.

14.07.2003, II ZR 335/00, NJW-RR 2004, 556). Das hat der Kl. nicht getan.

(3) Vorliegen eines Schutzgesetzes

[15] Dass § 858 I BGB ein Schutzgesetz im Sinne von § 823 II BGB zugunsten des unmittelbaren Besitzers ist (siehe nur BGHZ 114, 305, 313 f. m.w.N.), hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen. Dies greift die Revision auch nicht an.

(4) Selbsthilferecht zugunsten des Bekl. besteht

[16] Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht dem Bekl. ein Selbsthilferecht zur Beseitigung der Besitzbeeinträchtigung zugestanden. Dieses hat seine Grundlage in der Vorschrift des § 859 I BGB, wenn man das unbefugte Parken als Besitzstörung ansieht; nimmt man eine teilweise Entziehung des Besitzes an, folgt es aus der Vorschrift des § 859 III BGB. Auch hiergegen wendet sich die Revision nicht. Sie rügt allerdings, dass das Berufungsgericht das Selbsthilferecht als nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegend angesehen hat. Diese Rüge bleibt indes ohne Erfolg. Zwar kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, dass die Selbsthilfe des unmittelbaren Besitzers nach § 859 I und III BGB unabhängig davon rechtmäßig sei, ob sie notwendig, geboten oder angemessen sei. Diese Ansicht ist mit dem die Rechtsordnung beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht vereinbar. Aber für die Beurteilung, ob der ebenfalls auf Treu und Glauben beruhende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist, ist grundsätzlich eine Mittel-Zweck-Relation maßgeblich. Die Ausübung eines Rechts ist unter diesem Gesichtspunkt dann unzulässig, wenn sie der Gegenseite unverhältnismäßig große Nachteile zufügt und andere, weniger schwer wiegende Maßnahmen möglich gewesen wären, die den Interessen des Berechtigten ebenso gut Rechnung getragen hätten oder ihm zumindest zumutbar gewesen wären (MünchKomm-BGB/Roth, 5. Aufl., § 242 Rn 380); es gilt das Gebot der schonendsten Sanktion (Staudinger/Looschelders, BGB [2005], § 242 Rn 280). Danach war das Abschleppen des Fahrzeugs nicht unverhältnismäßig. Es ist weder von den Parteien vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass der Bekl. in anderer Weise von seinem Selbsthilferecht hätte Gebrauch machen können.

(5) Beschränkung des Selbsthilferechts gem. § 242 BGB

[17] Der in der Revisionsbegründung hervorgehobene Umstand, das Berufungsgericht habe nicht festgestellt, dass der Kl. sein Fahrzeug behindernd geparkt habe oder keine anderen freien Parkplätze für Kunden des Supermarktes vorhanden gewesen seien, ist für die Entscheidung, ob das Abschleppen des Fahrzeugs rechtmäßig war, unerheblich. Zwar kann die Aus-

übung des Selbsthilferechts nach § 859 BGB, auch wenn es verhältnismäßig ist, unter dem allgemeinen Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzulässig sein. Dies ist aber dann nicht der Fall, wenn die Selbsthilfe eine verbotene Eigenmacht beseitigt, die nur einen örtlich abgegrenzten Teil des Grundstücks betrifft und die übrige Grundstücksfläche unberührt lässt, so dass diese ohne Einschränkung genutzt werden kann. Denn wie der Eigentümer andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 S. 1 Alt. 2 BGB), auch wenn dies ihn nur teilweise in dem Gebrauch seiner Sache beeinträchtigt, kann sich der unmittelbare Besitzer verbotener Eigenmacht durch Selbsthilfe unabhängig davon erwehren, welches räumliche Ausmaß sie hat und ob sie die Nutzungsmöglichkeit von ihr nicht betroffener Grundstücksteile unberührt lässt (Lorenz, NJW 2009, 1025, 1026). Deshalb darf z.B. ein unbefugt auf einem fremden Grundstück abgestelltes Fahrzeug auch ohne konkrete Behinderung entfernt werden (Erman/Lorenz, BGB, 12. Aufl. § 858 Rn 3). Anderenfalls müsste der Besitzer die verbotene Eigenmacht all derer dulden, die - wie es der Kl. für sich in Anspruch nimmt - nur eine kleine, räumlich abgegrenzte Grundstücksfläche unbefugt nutzen, ohne dass dadurch die Nutzungsmöglichkeit der übrigen Fläche eingeschränkt wird; von seinem Selbsthilferecht dürfte der Besitzer nur gegenüber demjenigen Gebrauch machen, der sein Fahrzeug ohne Berechtigung auf dem letzten freien Platz abstellt. Dies widerspricht der rechtlichen Bedeutung, welche das Gesetz dem unmittelbaren Besitz beimisst.

(6) Abschleppvorgang erfolgte rechtmäßig

[18] Ohne Erfolg macht die Revision Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Abschleppens unter dem Gesichtspunkt geltend, dass weder der Bekl. selbst noch ein Vertreter den Abschleppauftrag erteilt habe, sondern der Bekl. dem Abschleppunternehmen die Entscheidung darüber überlassen habe, wann die Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Abschleppen vorlägen. Dies lässt zum einen nicht den rechtlichen Ansatz erkennen, der zur Rechtswidrigkeit des Abschleppens führen soll; denn dass der Bekl. einen Dritten mit der Überwachung seines Grundstücks im Hinblick auf unberechtigtes Parken beauftragen durfte (vgl. nur MünchKomm-BGB/Joost, aaO, § 859 Rn 1), gesteht die Revision zu. Zum anderen sind in der Vereinbarung vom 06.03.2007 die Voraussetzungen festgelegt, unter denen Fahrzeuge abgeschleppt werden dürfen; sie sind von dem Bestreben gekennzeichnet, rechtsmissbräuchliche Abschleppvorgänge, die z.B. auf bloßer Gewinnsucht des Abschleppunternehmens beruhen, zu verhindern. Falls sich das Abschleppunternehmen nicht an die Vorgaben hält, macht es sich gegenüber dem Bekl. schadensersatzpflichtig mit der Folge, dass er die Abschleppkosten nicht bezahlen muss. In

diesem Fall fehlt es an einem Schaden des Bekl., den er von dem Fahrzeughalter oder -führer ersetzt verlangen kann. Dieser ist somit ausreichend vor einem eventuellen Missbrauch geschützt. Deshalb bestehen auch keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass die Höhe des Entgelts für den Beauftragten nach der Anzahl der Abschleppvorgänge bestimmt wird.

(7) Erstattungsfähiger Schaden liegt vor

[19] Schließlich hat das Berufungsgericht die - der Höhe nach nicht zu beanstandenden und von der Revision auch nicht beanstandeten - Abschleppkosten zu Recht als erstattungsfähigen Schaden des Bekl. angesehen. Dieser war aufgrund der Vereinbarung vom 06.03.2007 verpflichtet, die Kosten an das Abschleppunternehmen zu zahlen. Das steht in adäquatem Zusammenhang (siehe dazu nur BGHZ 3, 261, 267; 57, 25, 27 f.; Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 4. Aufl., Rn 52 ff.) mit der von dem Kl. verübten verbotenen Eigenmacht. Denn dass unbefugt auf dem Grundstück des Bekl. abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden, stellt keine überraschende oder fernliegende Reaktion des unmittelbaren Besitzers dar, sondern die Verwirklichung der deutlich sichtbaren Ankündigung auf dem aufgestellten Schild. Das reicht indes noch nicht aus, die Schadensersatzpflicht des Kl. zu bejahen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nämlich nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen; es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde, und es muss ein innerer Zusammenhang zwischen der Pflicht- oder Normverletzung und dem Schaden, nicht nur eine mehr oder weniger zufällige äußere Verbindung bestehen (BGHZ 164, 50, 60 m.w.N.). Auch diese Voraussetzung liegt hier vor. Indem das Gesetz dem unmittelbaren Besitzer als spontane Reaktion auf eine verbotene Eigenmacht (Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl., § 9 Rn 10) das Selbsthilferecht (§ 859 BGB) zubilligt, dessen Ausübung mit Kosten verbunden sein kann, stellt es selbst den notwendigen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes (§ 858 I BGB) und der Schadensfolge her. Auch entfällt die Schadensersatzpflicht des Kl. nicht deshalb, weil der

Bekl. selbst durch die Beauftragung des Abschleppunternehmens die letzte Ursache für die Herbeiführung des Schadens gesetzt hat. Denn die Schadensfolge beruht nicht auf einem selbständigen oder freien Entschluss des Bekl., sondern auf seiner vom Gesetz (§ 859 BGB) gebilligten Reaktion, die durch das Verhalten des Kl. herausgefordert wurde. Dies lässt die Ersatzpflicht des Kl. unberührt (vgl. nur BGHZ 57, 25, 29 f.; 63, 189, 192; 132, 164, 166).

b. Anspruch auf Rückzahlung von 15 €

[20] Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch einen Anspruch des Kl. auf Rückzahlung von 15 € Inkassokosten nebst Zinsen verneint. Der Bekl. kann diesen Betrag nicht als Schadensersatz verlangen; die Zahlung des Kl. erfolgte somit ohne Rechtsgrund, so dass er sie nach § 812 I 1 Alt. 1 BGB zurückfordern kann.

aa. Kein Anspruch gem. § 823 II i.V.m. § 858 I BGB

[21] Ein Schadensersatzanspruch des Bekl. nach § 823 II BGB in Verbindung mit § 858 I BGB scheidet insoweit aus. Die Inkassokosten sind als Folgeschaden anzusehen, der dem Kl. nicht zuzurechnen ist. Die Beauftragung des Inkassounternehmens diente nicht der Schadensbeseitigung oder Schadensverhütung, die den Schädiger unter bestimmten Umständen nicht entlastet (siehe nur BGHZ 75, 230, 234), sondern ausschließlich der Bearbeitung und außergerichtlichen Abwicklung des Schadensersatzanspruchs des Bekl.. Solche Aufwendungen kann der Geschädigte von dem Schädiger regelmäßig nicht ersetzt verlangen (BGHZ 66, 112, 114). Dass hier eine Ausnahme von diesem Grundsatz zum Tragen kommt, ist nicht ersichtlich.

bb. Kein Anspruch gem. § 280 I, II, 286 I 1 BGB

[22] Ein Schadensersatzanspruch des Bekl. aus dem Gesichtspunkt des Verzugs (§ 280 I und II BGB in Verbindung mit § 286 BGB) scheidet ebenfalls aus. Es fehlt an den Voraussetzungen für den Verzugsseintritt.

III. Nebenentscheidung

[23] Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 I, 92 I, 97 I ZPO.

Standort: Mietrecht**Problem: Kostenerstattung wegen Endrenovierung**

BGH, URTEIL VOM 27.05.2009

VIII ZR 302/07 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Parteien streiten um Ansprüche wegen zu Unrecht vorgenommener Schönheitsreparaturen. Der Bekl. hatte an die Kl. eine Wohnung vermietet. In dem Mietvertrag war u.a. vorgesehen, dass der Mieter die Wohnung je nach Bedarf zu renovieren habe. Handschriftlich war zudem hinzugefügt, dass die Wohnung dem Mieter renoviert übergeben worden sei und bei Beendigung des Mietverhältnisses die Übergabe der Wohnung in renoviertem Zustand erfolgen müsse. Die Kl. nahmen die vertraglich vorgesehenen Reparaturen kurz vor Ende des Mietverhältnisses nach Rücksprache mit dem Vermieter vor, wobei der Inhalt dieses Gesprächs zwischen den Parteien streitig ist.

Das Amtsgericht hat die auf Zahlung von 1.620,- € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Kl. mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision. Die Revision hat Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Der erkennende Senat hatte zu prüfen, welche Art von Ersatzansprüchen ein Mieter gegen den Vermieter inne hat, wenn der Mieter in Ansehung vermeintlich wirksamer Schönheitsreparaturklauseln die Reparaturen vornimmt, obwohl kein Rechtsgrund für deren Durchführung besteht.

Zunächst wurde geprüft, inwieweit ein Ersatzanspruch gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB besteht. Der erkennende Senat lehnte einen Anspruch im Ergebnis ab. Zwar begeht der Vermieter bei der Verwendung von unwirksamen Schönheitsreparaturklauseln im Mietvertrag eine Pflichtverletzung gem. § 241 II BGB, die zum Schadensersatz rechtfertigen kann (vgl. Senat BGHZ 99, 101, 107). Hier waren sowohl § 16 Nr. 4 Vertrag als auch § 27 Vertrag als Bedingungen i.S.v. § 305 I BGB gewertet worden. Beide Klauseln verstießen gegen § 307 I 1 BGB und waren damit gem. § 306 I, II BGB unwirksam. Die Unwirksamkeit rechtfertigt sich dadurch, dass für den Vertragspartner der Verwenders der Eindruck entsteht, er sei zur Vornahme der Endrenovierung verpflichtet, unabhängig davon, ob Bedarf besteht. Aber dem Bekl. konnte im vorliegenden Fall kein Verschulden gem. § 276 BGB zur Last gelegt werden. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Formulklausel (§ 16 Ziff. 4 Vertrag), als auch im Hinblick auf den handschriftlichen Zusatz (§ 27 Vertrag). Zum einen, weil bis zu diesem Zeitpunkt eine

dem § 16 Ziff 4 Vertrag entsprechende Klausel noch nicht rechtlich beanstandet worden war, vielmehr hatte der Senat erst kurz zuvor eine identische Klausel für wirksam erachtet (Senaturteil vom 03.06.1998 - VIII ZR 317/97 = WuM 1998, 592). Hinsichtlich des handschriftlichen Zusatzes im Mietvertrag gilt gleiches. Vom Bekl. konnte nicht erwartet werden, dass ihm an der Zulässigkeit einer Endrenovierungsabrede, die individualvertraglich nicht zu beanstanden ist (Senaturteil vom 14.01.2009 - VIII ZR 71/08, WuM 2009, 193), Zweifel kommen mussten, wenn er sie in einer für individualvertragliche Vereinbarungen typischen Weise handschriftlich hinzugefügt hat. Insbesondere kann es ihm nicht angelastet werden, wenn er nicht erkannt hat, dass nach der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senat, BGHZ 141, 108, 110 f.; BGH, Urteil vom 19.05.2005 - III ZR 437/04, WM 2005, 1373) solche handschriftlich hinzu gesetzten Regelungen als vorformulierte Vertragsbestimmungen im Sinne von § 305 I 1 und 2 BGB zu werten sein können mit der Folge, dass ihre Wirksamkeit strengeren Anforderungen unterliegt.

Auch ein Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 539 I i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB wurde zu Recht verneint. Entgegen der Rechtsauffassung der Revision lagen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor. Hierbei ist zu beachten, dass es sich bei dem Verweis in § 539 I BGB um einen Rechtsgrundverweis handelt (Palandt-Weidenkaff, BGB, § 539 Rn 6). Also müsste es sich um ein fremdes Geschäft handeln. Eine Geschäftsbesorgung liegt hier in dem tatsächlichen Tätigwerden des Mieters durch das Weißen der Wände vor. Diese ist jedoch nicht fremd. Bei der Vornahme der Schönheitsreparaturen handelt es sich um ein Eigengeschäft des Mieters. Ein Mieter, der auf Grund vermeintlicher vertraglicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig. Der für eine Fremdgeschäftsführung erforderliche unmittelbare Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Vermieters (vgl. BGHZ 82, 323, 330 f.; BGH, Urteil vom 03.03.2009 - XI ZR 41/08, WM 2009, 790; Palandt-Sprau, BGB, § 677 Rn 4) ist entgegen der Auffassung der Revision nicht schon deswegen gegeben, weil die Renovierungsmaßnahmen zu einer Verbesserung der Mietsache führen und damit dem Vermögen des Vermieters zugute kommen. Denn mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten

Entgelts anzusehen ist (Senatsurteil vom 28.04.2004 - VIII ZR 230/03, NJW 2004, 2087; Urteil vom 20.10.2004 - VIII ZR 378/03, WuM 2005, 50).

Erfolg hatte die Revision bzgl. eines Anspruchs auf Wertersatz gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB. Die Ausführungen des Berufungsgerichts hatten keinen Bestand und führten zur Rückverweisung gem. §§ 562 I, 563 I 1 ZPO. In Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht bejahte auch der Senat die Tatbestandsvoraussetzungen des Bereicherungsanspruchs. Wegen der Unmöglichkeit der Herausgabe der erbrachten Leistungen in Natur ist Wertersatz gem. § 818 II BGB zu leisten. Die Beanstandungen des Senats betrafen die Höhe des Wertersatzes. Maßgeblich ist bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder (nicht verkörperten) Werkleistungen grundsätzlich der Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung (Palandt-Sprau, BGB, § 818 Rn 21). Eine solche Bemessung kann auch bei verkörperten Werkleistungen angebracht sein (vgl. BGH, Urteil vom 26. 04.2001 - VII ZR 222/99, WM 2001, 1766). Das ist hier deswegen geboten, weil der von den Kl. herbeigeführte Dekorationserfolg dem entspricht, was der Bekl. in der von ihm gestellten Endrenovierungsklausel verlangt hatte. Es muss allerdings berücksichtigt werden, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen vielfach von der im Mietvertrag regelmäßig eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die Arbeiten in Eigenleistung zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen zu lassen. In diesem auch hier gegebenen Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen (vgl. Senat, BGHZ 92, 363, 373). Den Wert der von den Kl. erbrachten Eigenleistungen, der im Allgemeinen nur einen Bruchteil des Betrages ausmacht, den der Mieter bei Beauftragung eines Handwerkers hätte aufbringen müssen, wird das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO zu schätzen haben (vgl. BGHZ 92, 363, 373). Genau mit dieser Frage muss sich das Berufungsgericht erneut auseinandersetzen. Darüber hinausgehend liegt hier der Sonderfall vor, dass der Mieter zugleich Tätigkeiten selbst ausgeführt hat, die ihrem Gegenstand nach zur gewerblichen beruflichen Tätigkeit des Kl. gehören. Auch dieser Umstand muss vom Berufungsgericht berücksichtigt werden.

Vertiefungshinweise:

- Zur Schönheitsreparaturklausel: *BGH*, RA 2008, 459 (Quotenklausel; Farbwahlklausel)
- Zur Mieterhöhung nach unzulässiger Abwälzung

der Schönheitsreparaturen: *OLG Karlsruhe*, RA 2007, 588 = *NJW* 2007, 3004; *Blank*, *NZM* 2007, 472; *Arzt*, *NZM* 2007, 265; *Kappus*, *ZMR* 2007, 31

□ Zu den Rechten und Pflichten der Mietvertragsparteien: *Timme*, *NJW* 2005, 2962; *Blank*, *ZGS* 2004, 104; *Hau*, *JuS* 2003, 130; *Ahrens*, *ZGS* 2003, 134; *Börstinghaus*, *MDR* 2002, 501; *Wiesner*, *MDR* 2001, 977; *Derleder*, *JZ* 2000, 260

□ Zum Aufwendungsersatz: *BGH*, RA 2008, 288

□ Zur Culpa in contrahendo: *BGH*, RA 2009, 304; *BGH*, RA 2008, 283 (Verhältnis Gewährleistungsrechte zur *cic*); *BGH*, RA 2006, 664 = *NJW* 2006, 3139 (Verletzung von Aufklärungspflichten); *BGH*, RA 2006, 523 = *NJW-RR* 2006, 993 (Eigenhaftung des Verhandlungsführers); *Schwab*, *JuS* 2002, 773

□ Aktuelle Entscheidungen aus dem Mietrecht: *BGH*, RA 2009, 399; *OLG Düsseldorf*, RA 2009, 234 = *NJW* 2009, 1087 (Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. § 19 I, IV *GWB*; Schilderpräger); *BGH*, RA 2009, 60 = *ZGS* 2008, 474 (Verhältnis von Anfechtung/Gewährleistungsrecht); *BGH*, RA 2009, 37 = *NJW* 2009, 142 (Beweislastumkehr für Pflichtverletzungen im Mietrecht); *BGH*, RA 2008, 757 (Umfang der Instandhaltungspflicht des Vermieters); *BGH*, RA 2008, 436 = *NJW* 2008, 1959 (Räumungsvollstreckung bei Mitbesitz Dritter)

□ Examensklausur zur *cic*: *Rohe/Winter*, *JuS* 2003, 872

Kursprogramm:

- *Examenskurs*: "Keine Lust zu Schönheitsreparaturen"
- *Examenskurs*: "Das Geschäftslokal"
- *Assessorkurs*: "Das Geschäftshaus"

Leitsätze:

a) Ein Mieter, der auf Grund einer unerkannt unwirksamen Endrenovierungsklausel Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig, weil er eine Leistung erbringen will, die rechtlich und wirtschaftlich Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts ist.

b) Der nach § 818 II BGB geschuldete Wertersatz, den der Vermieter an einen Mieter zu leisten hat, der die Mietwohnung vor seinem Auszug auf Grund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel in Eigenleistung renoviert hat, bemisst sich üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Ver-

wandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen.

Sachverhalt:

[1] Die Kl. hatten in der Zeit von Mai 1999 bis Mai 2006 eine Wohnung des Bekl. in K. gemietet. Der dabei vom Bekl. verwendete Formularmietvertrag enthält in seinem § 16 Ziff. 4 zur Frage der Schönheitsreparaturen folgende Bestimmungen:

"a) Der Mieter ist verpflichtet, auf seine Kosten die Schönheitsreparaturen (das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen) in den Mieträumen, wenn erforderlich, mindestens aber in der nachstehenden Reihenfolge fachgerecht auszuführen. ... Die Zeitfolge beträgt: Bei Küche, Bad und Toilette - 3 Jahre, bei allen übrigen Räumen - 5 Jahre. Diese Fristen werden berechnet vom Zeitpunkt des Beginns des Mietverhältnisses, bzw. soweit Schönheitsreparaturen nach diesem Zeitpunkt von dem Mieter fachgerecht durchgeführt worden sind, von diesem Zeitpunkt an. ...

b) Der Mieter ist auch bei Beendigung des Mietverhältnisses verpflichtet, Schönheitsreparaturen durchzuführen, wenn die Fristen nach § 16 Ziff. 4a seit der Übergabe der Mietsache bzw. seit den letzten durchgeführten Schönheitsreparaturen verstrichen sind.

c) Bei Beendigung des Mietverhältnisses hat der Mieter die Wohnung in fachgerecht renoviertem Zustand zu übergeben. Weist der Mieter jedoch nach, dass die letzten Schönheitsreparaturen innerhalb der oben genannten Fristen - zurückgerechnet vom Zeitpunkt der Beendigung des Mietverhältnisses - durchgeführt worden sind, und befindet sich die Wohnung in einem einer normalen Abnutzung entsprechenden Zustand, so muss er anteilig den Betrag an den Vermieter zahlen, der aufzuwenden wäre, wenn die Wohnung im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung renoviert würde; dasselbe gilt, wenn und soweit bei Vertragsbeendigung die obigen Fristen seit Beginn des Mietverhältnisses noch nicht vollendet sind. Als Preisgrundlage gilt das Angebot einer anerkannten Firma. Der Mieter kann die Zahlungsverpflichtung dadurch abwenden, dass er die Schönheitsreparaturen fachgerecht selbst durchführt. ..."

[2] Ferner enthält der Formularmietvertrag im Leerfeld des § 27 (Sonstige Vereinbarungen) unter anderem folgenden handschriftlichen Eintrag:

"Die Wohnung wird dem Mieter renoviert übergeben (Erstbezug). Bei Beendigung des Mietverhältnisses erfolgt die Übergabe in renoviertem Zustand ..."

[3] Im Jahre 2004 renovierten die Kl. die Wohnung. Kurz vor Ende des Mietverhältnisses sprachen die Parteien über eine durchzuführende Renovierung; der genaue Inhalt des Gesprächs ist streitig. Jedenfalls

weißten die Kl. vor Auszug noch die Wohnung. Mit der Behauptung, der Bekl. habe ausdrücklich auf Durchführung einer Endrenovierung bestanden, um die Wohnung in einem frisch renovierten Zustand weiterzuvermieten, beanspruchten die Kl. Erstattung der für das Weißen der Wand- und Deckenflächen getätigten Aufwendungen, die sie mit 9 € je Quadratmeter ansetzen.

[4] Das Amtsgericht hat die auf Zahlung von 1.620,- € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Kl. zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Kl. mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist begründet.

I. Entscheidung und Begründung des Berufungsgerichts

[6] Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

[7] Mit dem Amtsgericht, das eine Schadensersatzpflicht des Bekl. wegen Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten durch Vorlage eines Mietvertragsformulars mit unwirksamen Schönheitsreparaturklauseln ebenso verneint hatte wie Ansprüche der Kl. aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag, sei davon auszugehen, dass die Kl. nur einen Bereicherungsanspruch hätten. Dieser münde hier aber deshalb nicht in einen Zahlungsanspruch, weil der Bekl. durch die trotz unwirksamer Endrenovierungsklausel vorgenommene Renovierung mangels Renovierungsbedürftigkeit der Wohnung nicht bereichert sei. Mit dem Landgericht Berlin (GE 2007, 517) sei vielmehr davon auszugehen, dass durch die Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Schönheitsreparaturen letztlich die Kalkulationsgrundlage gestört gewesen sei, weil der Vermieter sich von den an sich ihm obliegenden Renovierungspflichten nicht habe befreien können, zugleich aber eine geringere Miete erhalten habe, als er sie andernfalls gefordert hätte. Dieses unbefriedigende Ergebnis lasse sich vermeiden oder zumindest mildern, wenn man etwaige Erstattungsansprüche des Mieters auf einen Wertersatz begrenze. Dagegen bestehe keine Notwendigkeit, dem Mieter über die Abschöpfung einer eventuellen Bereicherung des Vermieters hinaus Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag zu gewähren, weil er während der Mietzeit von der wegen der vermeintlich wirksam übergewälzten Schönheitsreparaturverpflichtung niedriger kalkulierten Miete profitiert habe.

II. Entscheidung des BGH in der Revision

[8] Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

[9] Das Berufungsgericht hat zwar im Ergebnis zu

Recht eine Erstattungspflicht des Bekl. unter den Gesichtspunkten eines Schadensersatzes wegen Verschuldens bei Vertragsschluss und einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 539 I, § 677, § 683 S.1, § 670 BGB) verneint. Nicht frei von Rechtsfehlern sind dagegen die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht auch einen Anspruch der Kl. auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 I 1, § 818 II BGB) aberkannt hat.

1. Anspruch gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB

[10] Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen durch die Verwendung unwirksamer Klauseln seine vorvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber seinem Vertragspartner verletzen und sich bei Verschulden diesem gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann, wenn der Vertragspartner in Unkenntnis der Unwirksamkeit der Klausel Aufwendungen tätigt (vgl. Senat, BGHZ 99, 101, 107; BGH, WM 1988, 56, unter 3 a; WM 1984, 986, unter II 5 a bb; ferner etwa Erman/Roloff, BGB, 12. Aufl., Vor § 307 bis 309, Rn 19 m.w.N.). Im mietrechtlichen Schrifttum wird deshalb angenommen, dass ein Vermieter sich wegen einer Verletzung der vorvertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme (§ 280 I, § 241 II, § 311 II BGB) gegenüber dem Mieter schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er diesem gegenüber schuldhaft (§ 276 I 1 BGB) unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen über die Durchführung von Schönheitsreparaturen verwendet und der Mieter daraufhin in der irrigen Annahme der Wirksamkeit dieser Regelungen Renovierungsaufwendungen tätigt (Börstinghaus, WuM 2005, 675, 678; Lehmann-Richter, WuM 2005, 747 f.).

[11] Bei der hier gegebenen Fallgestaltung kann dem Bekl. indessen kein zur Ersatzpflicht führender Verschuldensvorwurf gemacht werden.

a. Kein Verschulden bzgl. Endrenovierungsklausel

[12] Das Amtsgericht, dessen Erwägungen das Berufungsgericht als zutreffend gebilligt und seiner Beurteilung zugrunde gelegt hat, hat die zur Durchführung von Schönheitsreparaturen in § 16 Ziff. 4 Buchst. c des Formularvertrages getroffenen Endrenovierungsbestimmungen als nach § 307 I 1 BGB unwirksam angesehen. Einen Schadensersatzanspruch der Kl. wegen Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten des Bekl. durch Verwendung dieser Klausel hat es verneint, weil zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche Klausel noch nicht beanstandet worden sei und dem Bekl. deshalb kein Verschuldensvorwurf gemacht werden könne. Gegen diese Beurteilung, die die Revision hinnimmt, bestehen schon deshalb keine Bedenken, weil der Senat kurz zuvor eine identische Klausel als wirksam behandelt hatte (Senatsurteil WuM 1998,

592, unter III 2 und 3).

b. Kein Verschulden wegen handschriftlich eingefügter Klausel

[13] Hinsichtlich der handschriftlich eingetragenen Endrenovierungsverpflichtung in § 27 des Formularvertrages rügt die Revision, dass das Berufungsgericht dem unter Zeugenbeweis gestellten Vorbringen der Kl. nicht nachgegangen sei, wonach es sich um eine vom Bekl. vorformulierte Vertragsklausel gehandelt habe, die er nicht nur bei den Nachmietern, sondern auch bei anderen Mietern verwendet habe, so dass bei diesem für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Sachvortrag auch insoweit eine vorformulierte Vertragsbestimmung im Sinne von § 305 I 1 und 2 BGB vorgelegen habe (vgl. Senat, BGHZ 141, 108, 110 f.; BGH, WM 2005, 1373, unter II 2 a). Im Ergebnis bleibt der Einwand der Revision jedoch ohne Erfolg, dass der Bekl. sich durch die Verwendung einer solchen Klausel, die anders als eine inhaltsgleiche Individualvereinbarung gemäß § 307 I 1 BGB unwirksam wäre (vgl. Senatsurteile NJW 2009, 1075, Tz. 10; WuM 2007, 682, Tz. 13), schadensersatzpflichtig gemacht habe, weil es auch insoweit an einem Verschulden fehlt.

[14] Von dem Bekl. konnte nicht erwartet werden, dass ihm an der Zulässigkeit einer Endrenovierungsabrede, die individualvertraglich nicht zu beanstanden ist (Senatsurteil WuM 2009, 193, Tz. 12 f.), Zweifel kommen mussten, wenn er sie in einer für individualvertragliche Vereinbarungen typischen Weise handschriftlich hinzugefügt hat. Insbesondere kann es ihm nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er nicht erkannt hat, dass nach der außerhalb des Mietrechts ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senat, BGHZ 141, 108, 110 f.; BGH, WM 2005, 1373) solche handschriftlich hinzugesetzten Regelungen als vorformulierte Vertragsbestimmungen im Sinne von § 305 I 1 und 2 BGB zu werten sein können mit der Folge, dass ihre Wirksamkeit strengerer Anforderungen unterliegt.

2. Kein Anspruch gem. § 539 I BGB i.V.m. §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB

[15] Entgegen der Auffassung der Revision steht den Klägern auch kein Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

a. Rechtsgrundverweis in § 539 I BGB

[16] Zwar bestimmt § 539 I BGB, dass der Mieter vom Vermieter Aufwendungen auf die Mietsache, die der Vermieter ihm nicht gemäß § 536a II BGB zu ersetzen hat, nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677, § 683 S. 1, § 670 BGB) ersetzt verlangen kann. Indessen handelt es sich bei dieser Bestimmung um eine Rechtsgrundverweisung,

die erfordert, dass zugleich die gesetzlichen Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen (BGH, WM 1982, 698; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 539 Rn 6 m.w.N.). Daran fehlt es hier.

b. Keine Fremdheit des Geschäfts

[17] Eine Fremdgeschäftsführung scheidet zwar nicht schon deshalb aus, weil sich die Kl. - wie die Revisionserwiderung mit der von ihr erhobenen Gegenrüge geltend macht - durch individualvertragliche Abrede wirksam zur Vornahme der getätigten Endrenovierung verpflichtet und in diesem Fall eine eigene vertragliche Pflicht erfüllt hätten (vgl. BGHZ 63, 119, 120 f.; Palandt/Sprau, aaO, § 677 Rn 11). Von einer solchen individualvertraglichen Abrede kann nach dem für das Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt nicht ausgegangen werden. Gleichwohl sind die Voraussetzungen für eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht gegeben.

aa. Arten der Fremdheit

[18] Die Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag setzen voraus, dass der Geschäftsführer ein Geschäft "für einen anderen" besorgt. Das kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits dann der Fall sein, wenn er das Geschäft nicht nur als eigenes, sondern auch als fremdes führt, das heißt in dem Bewusstsein und mit dem Willen, zumindest auch im Interesse eines anderen zu handeln. In diesem Zusammenhang wird zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften unterschieden. Bei objektiv fremden Geschäften, die schon ihrem Inhalt nach in einen fremden Rechts- und Interessenkreis eingreifen (z.B. Hilfe für einen Verletzten, BGHZ 33, 251, 254 ff.; Abwendung der von einem unbeleuchteten Fahrzeug drohenden Gefahren, BGHZ 43, 188, 191 f.; Tilgung fremder Schulden, BGHZ 47, 370, 371; Veräußerung einer fremden Sache, RGZ 138, 45, 48 f.), wird regelmäßig ein ausreichender Fremdgeschäftsführungswille vermutet. Das gilt grundsätzlich auch für Geschäfte, die zugleich objektiv eigene als auch objektiv fremde sind. Dabei kann es genügen, dass das Geschäft seiner äußeren Erscheinung nach nicht nur dem Besorger, sondern auch einem Dritten zugute kommt, insbesondere wenn dessen Interesse an der Vornahme der Handlung im Vordergrund steht oder gar vordringlich ist. Hingegen erhalten objektiv eigene oder neutrale Geschäfte ihren (subjektiven) Fremdcharakter allenfalls durch einen Willen des Geschäftsführers zur vordringlichen Wahrnehmung fremder Interessen. Hierfür besteht grundsätzlich keine tatsächliche Vermutung; der Wille, ein solches Geschäft in erster Linie oder zumindest zugleich für einen anderen zu führen, muss vielmehr hinreichend deutlich nach außen in Erscheinung treten (BGH, Urteil vom 21. 10.2003 - X ZR 66/01, WM 2004, 1397, unter III 2 a aa m.w.N.). Dem-

gemäß hat der Senat etwa in Fällen, in denen ein Energieversorger Energielieferungen in der irrigen Annahme durchgeführt hatte, zur Versorgung vertraglich verpflichtet zu sein, einen Rückgriff auf die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag nur deshalb zugelassen, weil dies über seine eigenen Lieferinteressen hinaus zugleich dem Versorgungsinteresse des Abnehmers an einer ununterbrochenen Energielieferung, und zwar nicht zuletzt mit Blick auf die hierauf angewiesenen Nutzer, entsprochen hat (Senatsurteile WM 2005, 1717; WM 2005, 1089).

bb. Kein Geschäft des Vermieters gegeben da reines Eigengeschäft

[19] In der mietrechtlichen Instanzrechtsprechung wie auch im Schrifttum wird verbreitet die Auffassung vertreten, dass der Mieter, der auf Grund einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel renoviert, selbst bei einer Schlussrenovierung kein Geschäft des Vermieters führt (LG Berlin, GE 2007, 517, 518; LG Waldshut-Tiengen, WuM 2000, 240; AG Köln, WuM 2006, 261, 262; AG München, NZM 2001, 1030; Both, WuM 2007, 3, 6; Horst, DWW 2007, 48, 52; Lange, NZM 2007, 785, 787; Paschke, WuM 2008, 647, 648 f.; Kinne, GE 2009, 358 f.; aA: LG Landshut WuM 2008, 335; LG Wuppertal, ZMR 2007, 973; LG Karlsruhe, NZM 2006, 508; Stornel, aaO, S. 502). Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

[20] Ein Mieter, der auf Grund vermeintlicher vertraglicher Verpflichtung Schönheitsreparaturen in der Mietwohnung vornimmt, führt damit kein Geschäft des Vermieters, sondern wird nur im eigenen Rechts- und Interessenkreis tätig. Der für eine Fremdgeschäftsführung erforderliche unmittelbare Bezug zum Rechts- und Interessenkreis des Vermieters (vgl. BGHZ 54, 157, 160 f.; 61, 359, 363; 72, 151, 153; 82, 323, 330 f.; BGH, WM 2009, 790, Tz. 24) ist entgegen der Auffassung der Revision nicht schon deswegen gegeben, weil die Renovierungsmaßnahmen zu einer Verbesserung der Mietsache führen und damit dem Vermögen des Vermieters zugute kommen. Denn mit der Vornahme von Schönheitsreparaturen will der Mieter eine Leistung erbringen, die rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihm für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung geschuldeten Entgelts anzusehen ist (Senat, BGHZ 92, 363, 370 f.; 101, 253, 262; 105, 71, 79 ff.; Senatsurteile WM 1998, 2145, III 2 c; NJW 2004, 2087, unter III a; WuM 2005, 50, unter II 2 b; BGH, WuM 2002, 484, unter II b). Eine dadurch bewirkte Vermögensmehrung auf Vermieterseite stellt ebenso wenig wie die Zahlung der Miete eine Wahrnehmung von Vermieterinteressen und damit eine Geschäftsführung dar, welche eine Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag rechtfertigen könnte.

3. Anspruch auf Wertersatz gem. § 812 I 1. Fall, 818 II BGB

[21] Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch ein Anspruch der Kl. auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 I, § 818 II BGB) nicht verneint werden.

a. Schönheitsreparaturen erfolgten ohne Rechtsgrund

[22] Nach ihrem für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Sachvortrag haben sie die von ihnen vorgenommenen Schönheitsreparaturen auf Grund einer unwirksamen Endrenovierungsklausel und damit ohne rechtlichen Grund erbracht.

b. Anspruch auf Wertersatz

[23] Da die von den Kl. rechtsgrundlos erbrachte Leistung nicht in Natur herausgegeben werden kann, hat der Bekl. nach § 818 II BGB Wertersatz zu leisten. Dieser ist entgegen einer verbreitet vertretenen Auffassung (z.B. LG Berlin, GE 2007, 517, 518 f.; AG Karlsruhe, DWW 2005, 374, 375; Hannemann, Festschrift für Blank, 2006, S. 189, 203; Lehmann-Richter, aaO, S. 751; Both, aaO, S. 6; Paschke, aaO, S. 651; Blank, aaO, S. 198; Börstinghaus, aaO, S. 677; Kinne, aaO, S. 360) allerdings nicht darauf gerichtet, eine durch die Renovierungsmaßnahmen eingetretene Wertsteigerung der Mieträume in Form von Vorteilen auszugleichen, die der Vermieter aus einem erhöhten objektiven Ertragswert der Mietsache tatsächlich erzielen kann oder hätte erzielen können. Diese für einen Ausgleich von Grundstücksverwendungen maßgebliche Sichtweise (vgl. BGH, Urteil vom 16.09.1998 - XII ZR 136/96, NZM 1999, 19, unter II 3 b m.w.N.) passt hier deshalb nicht, weil die Leistung der Kl. darin bestanden hat, einen rechtlich und wirtschaftlich als Teil des von ihnen für die Gebrauchsüberlassung an der Wohnung vermeintlich geschuldeten Entgelts durch Vornahme der Schönheitsreparaturen und damit durch eine Werkleistung zu erbringen (dazu vorstehend unter II 2 b bb).

[24] Bei rechtsgrundlos erbrachten Dienst- oder (nicht verkörperten) Werkleistungen bemisst sich der Wert der herauszugebenden Bereicherung grundsätzlich nach dem Wert der üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung (Palandt/Sprau, aaO, § 818 Rn 21; Bamberger/Roth/Wendehorst, BGB, 2. Aufl., § 818 Rn 30, jeweils m.w.N.). Eine solche Bemessung kann auch bei verkörperten Werkleistungen angebracht sein (vgl. BGH, Urteil vom 26. 04.2001 - VII ZR 222/99, WM 2001, 1766, unter IV 2 d). Das ist hier deswegen geboten, weil der von den Kl. herbeigeführte Dekorationserfolg dem entspricht, was der Bekl. in der von ihm gestellten Endrenovierungsklausel verlangt hatte

und was er im Zuge der Weitervermietung nutzen konnte, ohne dass es dafür entscheidend darauf ankommt, ob und in welcher Höhe dies zu einer Wertsteigerung der Mietwohnung geführt hat. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass Mieter bei Ausführung von Schönheitsreparaturen vielfach von der im Mietvertrag regelmäßig eingeräumten Möglichkeit Gebrauch machen, die Arbeiten in Eigenleistung zu erledigen oder sie durch Verwandte und Bekannte erledigen zu lassen. In diesem auch hier gegebenen Fall bemisst sich der Wert der Dekorationsleistungen üblicherweise nur nach dem, was der Mieter billigerweise neben einem Einsatz an freier Zeit als Kosten für das notwendige Material sowie als Vergütung für die Arbeitsleistung seiner Helfer aus dem Verwandten- und Bekanntenkreis aufgewendet hat oder hätte aufwenden müssen (vgl. Senat, BGHZ 92, 363, 373). Den Wert der von den Kl. erbrachten Eigenleistungen, der im Allgemeinen nur einen Bruchteil des Betrages ausmacht, den der Mieter bei Beauftragung eines Handwerkers hätte aufbringen müssen, wird das Berufungsgericht gemäß § 287 ZPO zu schätzen haben (vgl. BGHZ 92, aaO). Zugleich wird es zu klären haben, ob ein höherer Wert etwa deshalb anzusetzen ist, weil die Ausführung der Schönheitsreparaturen zugleich Gegenstand eines von den Kl. in selbständiger beruflicher Tätigkeit geführten Gewerbes war. Mit einem dahin weisenden Vorbringen der Kl., wonach der Kl. zu 2 beruflich als Maler und Lackierer tätig sei, hat sich das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bislang nicht befasst.

III. Aufhebung des Berufungsurteils und Rückverweisung in der Sache, §§ 562 I, 563 I 1 ZPO

[25] Hiernach kann die Entscheidung des Berufungsgerichts keinen Bestand haben. Das Berufungsurteil ist daher auf die Revision der Kl. aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht hinsichtlich der in § 27 des Mietvertrages getroffenen Endrenovierungsabrede keine Feststellungen zum Vorliegen einer Individualvereinbarung getroffen hat, deren Wirksamkeit nicht mit dem vom Amtsgericht herangezogenen Summierungseffekt verneint werden kann (Senatsurteil vom 14.01.2009, aaO, Tz.13). Sollte hiernach keine wirksame Endrenovierungsvereinbarung bestanden haben, werden die erforderlichen Feststellungen zur Höhe eines dann gegebenen Anspruchs auf Herausgabe der bei dem Beklagten eingetretenen Bereicherung zu treffen sein. Die Sache ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 142 StGB****Problem: Unvorsätzliches Sich-Entfernen**

OLG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 27.03.2009
 Az.: 3-13/09 (NJW 2009, 2074)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte während einer Fahrt mit einem Lkw einen neben ihm fahrenden anderen Lkw beschädigt, dies jedoch nicht bemerkt. Der Fahrer des beschädigten Lkw fuhr dem Angeklagten nach, es gelang ihm jedoch erst nach ca. 1,5 km Fahrt, den Angeklagten an einer Ampel einzuholen und auf den Unfall hinzuweisen. Der Angeklagte setzte trotz des Hinweises seine Fahrt fort.

Das Amtsgericht Hamburg-Harburg und im Berufungsverfahren auch das Landgericht Hamburg hatten in diesem Verhalten ein unerlaubtes Entfernen vom Unfallort i.S.v. § 142 I StGB gesehen und den Angeklagten entsprechend verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hin hob das Oberlandesgericht Hamburg diese Verurteilung jedoch auf.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob sich ein Unfallbeteiligter, der sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, gem. § 142 StGB strafbar macht, ist bereits mehrfach Gegenstand von Prüfungsaufgaben - sowohl in Klausuren als auch in Kurzvorträgen und Prüfungsgesprächen - gewesen. Aufgrund der Tatsache, dass die wesentliche Änderung der Rechtsprechung durch das Urteil des BVerfG (NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261) nicht nur in der Literatur zahlreiche Kritiker gefunden hat (vgl. Brüning, ZIS 2007, 317; Mitsch, NZV 2008, 217, 218f.), sondern auch die Umsetzung dieser Entscheidung durch die Strafgerichte mit zahlreichen Unklarheiten und Problemen zu kämpfen hat, ist zu erwarten, dass dieses Thema sich weiterhin durch Examensaufgaben ziehen wird.

Ein Unfallbeteiligter macht sich strafbar, wenn er sich berechtigt oder entschuldigt vom Unfallort entfernt hat und die gem. § 142 I Nr. 1 StGB erforderlichen Feststellungen nicht unverzüglich nachträglich ermöglicht, § 142 II Nr. 2 StGB. Lange Zeit streitig war insofern die Frage, ob ein "berechtigtes oder entschuldigtes" Entfernen i.S.v. § 142 II Nr. 2 StGB auch dann gegeben ist, wenn der Täter sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt, weil er den Unfall gar nicht bemerkt hat. Während insb. die Rechtsprechung § 142 II Nr. 2

StGB in solchen Fällen früher für anwendbar hielt (BGHSt 28, 129; BayObLG, NJW 1982, 1059; OLG Koblenz, NZV 1989, 242), hat die herrschende Literatur diesen Tatbestand bei einem solchen Sachverhalt stets abgelehnt (Lackner/Kühl, § 142 Rn 25; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 142 Rn 55; Beulke, NJW 1979, 400). In seiner Entscheidung NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261 hat sich das BVerfG der herrschenden Literatur angeschlossen und die bisherige Rechtsprechung aufgrund ihres Widerspruchs zum Wortlaut des § 142 II Nr. 2 StGB als verfassungswidrig verworfen.

In seiner Entscheidung hatte das BVerfG die Strafgerichte jedoch auf eine Möglichkeit hingewiesen, wie das Verhalten eines Unfallbeteiligten, der sich unvorsätzlich vom Unfallort entfernt hatte und erst nachträglich von dem Unfall erfährt, doch noch unter § 142 StGB subsumiert werden könne. § 142 I StGB setze nämlich - anders als § 142 II StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraus. Da der Vorsatz grundsätzlich auch noch bis zur Beendigung der Tat durch den Abschluss des Sich-Entfernt-Habens gebildet werden könne, seien Sachverhalte denkbar, in denen der Täter sich zwar bereits von der Unfallstelle entfernt habe, das Sich-Entfernen aber noch nicht abgeschlossen sei. Wenn der Täter dann Vorsatz bzgl. des Unfalls erlangt - z.B. durch einen Hinweis des Geschädigten - und sich gleichwohl weiter von der Unfallstelle entferne, so könne dieses "Sich-Weiter-Entfernen" doch noch von § 142 I Nr. 1 StGB erfasst werden.

Das OLG Düsseldorf hatte in einem vergleichbaren Fall (NStZ-RR 2008, 88 = RA 2008, 262) diese BVerfG-Rechtsprechung aufgegriffen und trotzdem eine Strafbarkeit des Angeklagten abgelehnt, da dieser sich im Zeitpunkt des Hinweises durch den Geschädigten bereits drei Kilometer von der Unfallstelle entfernt hatte, sodass nach Auffassung des OLG Düsseldorf das Sich-Entfernen des Angeklagten bereits abgeschlossen und ein strafbares "Sich-Weiter-Entfernen" i.S.v. § 142 I Nr. 1 StGB nach dem Hinweis deshalb nicht mehr möglich sei. Das OLG Hamburg spricht sich in der vorliegenden Entscheidung gegen die Entscheidung des OLG Düsseldorf (und damit auch gegen das BVerfG) aus: Der Begriff des Unfallortes, von dem sich der Täter i.S.v. § 142 I StGB entferne, müsse objektiv bestimmt werden und könne nicht vom Zeit-

punkt des Tätervorsatzes abhängen. Deswegen gebe es auch keine Unterscheidung zwischen einem Sich-Entfernen und einem Sich-Weiter-Entfernen. Wenn der Täter sich bereits (unvorsätzlich) vom Unfallort entfernt habe, also der objektive Tatbestand des § 142 I StGB vollendet sei, könne ein nachträglich entstehender Vorsatz den Täter nicht mehr belasten. Dass das Entstehen des Vorsatzes zwischen Vollendung und Beendigung eines Deliktes für eine Strafbarkeit ausreiche, gelte allenfalls für die Fälle einer sukzessiven Beteiligung, nicht jedoch für die vorliegend relevante Fragestellung.

Vertiefungshinweise:

□ Zu § 142 StGB bei unvorsätzlichem Entfernen: *BVerfG*, NJW 2007, 1666 = RA 2007, 261; *OLG Düsseldorf*, NStZ-RR 2008, 88 = RA 2008, 262; *Blum*, NZV 2008, 495; *Brüning*, ZIS 2007, 317; *Jahn*, JuS 2007, 689; *Küper*, NStZ 2008, 597; *Mitsch*, NZV 2009, 105; *Laschewski*, NZV 2007, 444

Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: "Der Fernfahrer"

Leitsatz:

Nach § 142 I StGB macht sich nicht strafbar, wer erst nach Verlassen des Unfallorts von seiner Beteiligung am Unfall Kenntnis erlangt und sich gleichwohl (weiter) vom Unfallort entfernt (gegen OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2008, 88).

Sachverhalt:

Der Angeklagte befuhr am 6. Mai 2008 gegen 13.45 Uhr mit einem Lkw in Hamburg die Straße Neue Elbbrücken stadteinwärts und streifte dabei unbemerkt mit seinem rechten Außenspiegel den linken Außenspiegel eines auf der rechten Nebenspur fahrenden anderen Lkw, der dabei beschädigt wurde. Der Angeklagte passierte daraufhin mehrere Lichtzeichenanlagen, bog in die Billstraße ab und kam dort an einer Lichtzeichenanlage etwa 1,5 km vom Ort des Unfalldereignisses entfernt, zum stehen. Vom Geschädigten verfolgt und nunmehr auf den Unfall aufmerksam gemacht, setzte der Angeklagte seine Fahrt fort, wobei er billigend in Kauf nahm, sich so möglicherweise Unfallfeststellungen zu entziehen. Erst an einer weiteren Kreuzung konnte der Geschädigte den Angeklagten stoppen, indem er sich mit seinem Fahrzeug vor das Fahrzeug des Angeklagten stellte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidungen der Vorinstanzen; Rechtsmittel

Das Amtsgericht Hamburg-Harburg hat den Angeklagten mit Urteil vom 09.09.2008 wegen unerlaubten Ent-

fernens vom Unfallort (§ 142 Abs. 1 StGB) zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je 50 Euro verurteilt. Auf die Berufung des Angeklagten hat das LG Hamburg mit Urteil vom 20.11.2008 die Höhe eines Tagessatzes auf 40 Euro reduziert und die Berufung im Übrigen verworfen. [...]

Das Landgericht hatte [das] Verhalten des Angeklagten unter Berufung auf Beschlüsse des OLG Düsseldorf (NStZ-RR 2008, 88) und des BVerfG (NJW 2007, 1666, 1668) als unerlaubtes Entfernen vom Unfallort gem. § 142 Abs. 1 StGB bewertet.

Mit Erhebung der allgemeinen Sachrüge beantragt die Verteidigung, das Urteil des Landgerichts mit seinen Feststellungen aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer zurückzuverweisen oder den Angeklagten freizusprechen.

Der Generalstaatsanwalt beantragt, die Revision des Angeklagten kostenpflichtig abzuweisen.

II. Entscheidung des OLG

Die zulässige Revision führt gem. §§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 1 StPO zur Aufhebung des Urteils und zum Freispruch des Angeklagten.

1. Zum Fehlen einer Strafbarkeit gem. § 142 StGB

Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen eine Verurteilung wegen unerlaubten Entfernens vom Unfallort nicht.

a) Zum Fehlen des Vorsatzes des Angeklagten im Tatzeitpunkt

Nach § 142 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer sich nach einem Unfall im Straßenverkehr in Kenntnis seiner Unfallbeteiligung unerlaubt vom Unfallort entfernt. Unfallort ist die Stelle, an der sich das schädigende Ereignis zugetragen hat, einschließlich der unmittelbaren Umgebung, in der die beteiligten Fahrzeuge zum Halten gekommen sind bzw. hätten kommen können und in der die Unfallbeteiligten für feststellungsbereite Personen noch als warte- und auskunftspflichtig zu erkennen sind (Fischer, StGB, 56. Aufl. 2009, § 142 Rn. 20 m.w. N.). Der Radius des Unfallorts lässt sich nicht abstrakt bestimmen, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Jedenfalls nicht zum Unfallort gehören Orte außerhalb von dessen Sichtweite (Fischer, a.a.O.).

Nach den Feststellungen des Landgerichts erhielt der Angeklagte Kenntnis von seiner Unfallbeteiligung erst, nachdem er im innerstädtischen Verkehr nach Passieren mehrerer Ampeln und Abbiegen in eine andere Straße 1,5 km weitergefahren war und somit den Unfallort längst verlassen hatte. Eine Strafbarkeit nach § 142 Abs. 1 StGB ist ausgeschlossen, wenn der Täter erst an einem anderen als dem Unfallort vom Unfall erfahren hat (BGHSt 28, 130, 131; Burmann in: Ja-

gow/Burmann/Heß, Straßenverkehrsrecht, 20. Aufl. 2008, § 142 StGB Rn. 12 m.w. N.).

Entgegen der Auffassung des LG wurde der 1,5 km vom Unfallpunkt entfernte Anhalteort auch nicht etwa dadurch zum Unfallort, dass der Unfall im fließenden Verkehr geschah und der Geschädigte als eine feststellungsbereite Person den Angeklagten verfolgt hatte. Für die Bestimmung der räumlichen Grenze des Unfallorts kommt es auf die Sicht feststellungsbereiter Personen an, die am Ort des Geschehens bleiben und nicht etwa die Verfolgung des Täters aufnehmen.

b) Zum Fehlen eines "Sich-weiter-Entfernens"; Stellungnahme zu OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2008, 88

Allerdings soll nach Auffassung des OLG Düsseldorf ein Unfallbeteiligter den Straftatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch dann verwirklichen, wenn er den Unfall nicht bemerkt, deshalb seine Fahrt zunächst fortsetzt, aber noch innerhalb eines räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs mit dem Unfallgeschehen von diesem erfährt (OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2008, 88). Das OLG Düsseldorf stützt diese Auffassung auf ein obiter dictum des BVerfG, nach dem § 142 Abs. 1 StGB - anders als § 142 Abs. 2 StGB - keinen abgeschlossenen Sachverhalt des Sich-Entfernt-Habens voraussetze, sondern ein Entfernen-vorsatz grundsätzlich bis zur Beendigung der Tat durch ein erfolgreiches Sich-Entfernt-Haben gebildet werden kann, so dass durch § 142 Abs. 1 StGB Fälle erfasst werden können, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich - gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt (BVerfG, NJW 2007, 1666, 1668).

Der Senat folgt dieser Auffassung, die im Schrifttum überwiegend auf Ablehnung gestoßen ist (Fischer, a.a.O., Rn. 20, 52; Brüning, ZIS 2007, 317; Mitsch, NZV 2008, 217, 218f.; ders., NZV 2009, 105; zustimmend Laschewski, NZV 2007, 444, 447; Blum, NZV 2008, 495, 496), nicht.

Der Senat hält es für zwingend, den Begriff des Unfallorts i.S. des § 142 Abs. 1 StGB als Teil des objektiven Tatbestands auch objektiv zu bestimmen und nicht etwa davon abhängig zu machen, ob der Unfallbeteiligte sogleich Kenntnis vom Unfall hatte oder nicht. Hätte der Angekl. den Unfall beim Überholen bemerkt, hätte er den Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB - unerlaubtes Verlassen des Unfallorts - durch Weiterfahren trotz Haltemöglichkeit schon nach wenig mehr als 100 m verwirklicht. Für den Fall unvorsätzli-

cher Tatbestandsverwirklichung kann nichts anderes gelten.

Ebenso wenig sind Überlegungen zu einem erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefassten Vorsatz des Täters geeignet, eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 142 Abs. 1 StGB zu begründen. Nach § 15 StGB muss der Täter Vorsatz zum Zeitpunkt der Tat handlung haben, ein nachträglich gefasster Vorsatz ist bedeutungslos (Fischer, StGB, 56. Aufl. § 15 Rn. 4 m.w. N.). Ein erst nach Vollendung, aber vor Beendigung gefasster Vorsatz ist nur in Fällen sukzessiver Beihilfe oder Mittäterschaft denkbar, die aber immer eine durch einen anderen vorsätzlich begangene, vollendete Tat voraussetzen. Der Alleintäter, der vorsatzlos den objektiven Tatbestand des § 142 Abs. 1 StGB vollendet - hier: in Unkenntnis seiner Unfallbeteiligung den Unfallort verlässt - macht sich durch die Weiterfahrt trotz nunmehr erlangter Kenntnis vom Unfall nicht nach § 142 Abs. 1 StGB strafbar.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 142 II StGB

Eine Strafbarkeit gem. § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB kommt ebenfalls nicht in Betracht, weil das berechtigte oder entschuldigte Entfernen vom Unfallort wegen Verstoßes gegen das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG nicht mit dem vorsatzlosen Entfernen vom Unfallort gleichzusetzen ist (BVerfG, NJW 2007, 1666).

3. Zum Fehlen einer Ordnungswidrigkeit gem. §§ 34 I Nr. 1, 49 I Nr. 29 StVO, 24 StVG

Nach den Feststellungen des Landgerichts hat der Angeklagte auch fahrlässig keine Ordnungswidrigkeit gem. §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 49 Abs. 1 Nr. 29 StVO, 24 StVG begangen. Denn diese Vorschriften erfassen nicht Fälle, in denen sich ein Unfallbeteiligter vom Unfallort entfernt, weil er den Unfall aus Fahrlässigkeit nicht bemerkt hat (BGHSt 31, 55, 57 ff.). Diese Auslegung stützt sich auf den ausdrücklichen Willen des Verordnungsgebers (BGH, a.a.O. S. 58 f. m.w. N.) und auf das Bemühen, Wertungswidersprüche zwischen § 142 StGB und §§ 34, 49 StVO zu vermeiden (BGH, a.a.O. S. 59 f.).

4. Zum eigenen Freispruch durch das Revisionsgericht

Da eine weitere Tatsachenaufklärung nicht zu erwarten ist, hat der Senat auf Grundlage des vom LG festgestellten Sachverhalts gem. §§ 349 Abs. 4, 354 Abs. 1 StPO auf Freispruch erkannt.

Standort: § 185 StGB**Problem: Beleidigung eines Richters**

BGH, URTEIL VOM 27.03.2009
2 STR 302/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war als Verteidiger im Strafprozess tätig gewesen. Im Rahmen dieses Verfahrens ergab sich der Verdacht, dass der Angeklagte auf Zeugen eingewirkt habe, damit diese eine Falschaussage begehen sollten. Daraufhin wurde auch gegen ihn ermittelt, insb. wegen versuchter Strafvereitelung, §§ 258 I, 22, 23 I StGB. In dem Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten wurde aufgrund eines entsprechenden Beschlusses die Zelle seines Mandanten durchsucht. Hierbei wurde ein Brief des Angeklagten an seinen Mandanten gefunden und beschlagnahmt, in dem dieser den zuständigen Richter als unfähigen und faulen Richter bezeichnete, "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss".

Aufgrund der Äußerungen in diesem Brief wurde der Angeklagte vom Landgericht Trier wegen Beleidigung, § 185 StGB, verurteilt. Seine hiergegen gerichtete Revision stützte der Angeklagte zum einen darauf, dass der Brief nicht hätte beschlagnahmt und verwertet werden dürfen und zum anderen darauf, dass Äußerungen eines Verteidigers gegenüber seinem Mandanten über die am Verfahren beteiligten Richter nicht dem Tatbestand des § 185 StGB unterfallen könnten. Der BGH wies diese Revision jedoch zurück.

Prüfungsrelevanz:

Das vom BGH angesprochene Problem, unter welchen Voraussetzungen Verteidigerpost entgegen dem Verbot des § 97 StPO beschlagnahmt und in einem Strafverfahren verwertet werden darf, dürfte eher im zweiten Examen relevant werden - wobei auch im ersten Examen Fragen zu Beweisverwertungsverböten häufig als Zusatzfragen zu Klausuren gestellt werden. Das Problem der Anwendbarkeit von § 185 StGB im Verhältnis von Verteidiger und Mandant kann allerdings in beiden Examen zum Gegenstand von Prüfungsaufgaben werden.

Mit der vom BGH im vorliegenden Fall entschiedenen Revision hatte der Angeklagte gerügt, sein Brief an seinen Mandanten hätte nicht verwertet werden dürfen. Ein Beweisverwertungsverbot bedeutet, dass ein Beweismittel, das dem Gericht vorliegt, von diesem bei seiner Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden darf. Im Gesetz sind solche Beweisverwertungsverböte nur vereinzelt geregelt, z.B. in §§ 100a IV 2, 100c V 3, 136a III 2 StPO. In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings allgemein anerkannt, dass ein Beweisverbot auch ohne ausdrückliche ge-

setzliche Regelung entstehen kann (vgl. die Darstellung bei Meyer-Goßner, Einl. Rn 50 ff.). Ein sog. unselbstständiges Beweiserhebungsverbot kann sich dann ergeben, wenn die Strafverfolgungsorgane bei der Erlangung des Beweismittels gegen Verfahrensvorschriften verstoßen (also ein Beweiserhebungsverbot verletzt) haben, wobei aber nicht jeder Verfahrensverstoß automatisch zu einem Beweisverwertungsverbot führt (BGHSt 44, 243; BGH, NStZ 2006, 465; Meyer-Goßner, Einl. Rn 55). Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte gerügt, dass die Beschlagnahme seines Briefes gegen ein Beweiserhebungsverbot verstoße, da der Schriftverkehr des Verteidigers an seinen Mandanten gem. § 97 I Nr. 1 i.V.m. § 53 I Nr. 2 StPO der Beschlagnahme nicht unterliege. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur (BVerfG, NJW 2005, 965; BGHSt 38, 144, 146 f.; Meyer-Goßner, § 97 Rn 4, 10), dass § 97 I Nr. 1 StPO keine Anwendung findet, wenn gegen den beschuldigten Zeugnisverweigerungsberechtigten selbst (hier: den Angeklagten als Verteidiger) ermittelt wird. Auch § 148 StPO und allgemeine Verfahrensgrundsätze stünden hier einer Beschlagnahme und somit auch einer Verwertung der beschlagnahmten Korrespondenz nicht entgegen.

Weiter befasst sich der BGH mit der Frage, ob eine Äußerung des Verteidigers gegenüber seinem Mandanten, in der dieser seine Missachtung gegenüber dem im Verfahren zuständigen Richter äußert, als Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar sein kann. Insofern ist i.R.v. § 185 StGB nämlich anerkannt, dass es eine sog. beleidigungsfreie Sphäre gibt, innerhalb derer vertrauliche Äußerungen - selbst wenn sie einen ehrverletzenden Charakter haben - keine strafbare Beleidigung darstellen können (BVerfG, NJW 2007, 1194, 1195; OLG Frankfurt, NStZ 1994, 404; Fischer, § 185 Rn 12; Schönke/Schröder-Lenckner, Vorbem §§ 185 ff. Rn 9 ff.). Streitig ist insofern allenfalls, ob in diesen Fällen bereits der Tatbestand des § 185 StGB ausgeschlossen ist (so BVerfGE 90, 255, 261; BGH, NStZ 1996, 509; Fischer, § 185 StGB) oder ob der Täter gem. § 193 StGB gerechtfertigt ist (so LK-Herdeggen, § 185 Rn 14; Schmidhäuser, BT, S. 63). Während eine solche beleidigungsfreie Sphäre in engen familien- und familienähnlichen Verhältnissen anerkannt ist, stellt der BGH in der vorliegenden Entscheidung klar, dass das Verhältnis zwischen Verteidiger und Mandant keine solche beleidigungsfreie Sphäre begründet. Auch werde eine Äußerung des Verteidigers gegenüber dem Mandanten nicht "zur Verteidigung von Rechten" gemacht und sei deshalb auch nicht gem. § 193 StGB gerechtfertigt.

Vertiefungshinweise:

□ Zum Beschlagnahmeverbot gem. § 97 StPO bei Ermittlung gegen den Verteidiger: *BVerfG*, NJW 2005, 965; *BGHSt* 38, 144; *OLG Frankfurt*, NJW 2005, 1727; *Bandisch*, NJW 1987, 2204; *Krekeler*, NStZ 1987, 201; *Wasmuth*, NJW 1989, 2302; *Weyand*, *wistra* 1990, 5

□ Zur beleidigungsfreien Sphäre: *BVerfG*, NJW 2007, 1194; *BGH*, NStZ 1996, 509; NJW 1994, 1149; JR 1995, 379; *OLG Frankfurt*, NStZ 1994, 404; *Geppert*, JURA 1983, 534; *Tenckhoff*, JuS 1988, 788;

Leitsätze:

1. In einem Strafverfahren gegen einen Strafverteidiger stehen weder § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO noch § 148 Abs. 1 StPO der Beschlagnahme und Verwertung von Schreiben des beschuldigten Verteidigers an seinen Mandanten entgegen.

2. Ein Mandatsverhältnis begründet keine Straffreiheit für persönliche Schmähungen Dritter, die ein Strafverteidiger gegenüber seinem Mandanten äußert.

Sachverhalt:

Der Angeklagte war in dem Verfahren 8007 Js 25900/04.5 KLs vor der 3. (Großen) Strafkammer für den dortigen Angeklagten T als Verteidiger in der Hauptverhandlung tätig. T lag u. a. zur Last, versucht zu haben, den Privatdetektiv P zur Begehung einer räuberischen Erpressung zu bestimmen, indem er ihn beauftragte, den Geschädigten H gewaltsam zur Unterzeichnung eines von ihm vorgefertigten Kaufvertrages zu zwingen. Dieser Vorwurf beruhte im Wesentlichen auf den Angaben des Zeugen P. Dieser bekundete im Hauptverhandlungstermin vom 21. Juni 2005 der Wahrheit zuwider, dass er T nicht kenne und dieser nicht sein Auftraggeber gewesen sei. Nach einer Unterbrechung der Hauptverhandlung berichtete er seine Aussage und erklärte, dass er vor seiner Vernehmung mit dem Verteidiger des T, dem Angeklagten, telefoniert und über seine Aussage gesprochen habe. Aufgrund dieser Aussage leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und seinen Mitverteidiger wegen des Verdachts der Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage in Tateinheit mit versuchter Strafvereitelung ein. Bei einer Durchsuchung der Kanzleiräume des Angeklagten wurden am 1. Juli 2005 u. a. an der Postkontrolle vorbeigeleitete Schreiben des T an Zeugen in dem dortigen Verfahren sichergestellt.

Auf Antrag der Staatsanwaltschaft ordnete das Amtsgericht Trier am 5. Juli 2005 in dem Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten und den Mitverteidiger wegen des Verdachts der versuchten Strafvereitelung pp. gemäß §§ 94, 98, 103, 105 StPO auch die Durch-

suchung des Haftraums des T und Beschlagnahme dort vorgefundener Beweismittel an. Gegen den Angeklagten bestehe der Verdacht, Briefe seines Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet zu haben, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt gewesen seien, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Es sei nicht auszuschließen, dass in gleicher Weise Briefe in die JVA Tr. verbracht und an T ausgehändigt worden seien.

Am 5. Juli 2005 wurde auf Grund dieses Beschlusses der Haftraum von T durchsucht und der verfahrensgegenständliche Brief des Angeklagten gefunden. In diesem Brief bezeichnet der Angeklagte den Vorsitzenden Richters am Landgericht Sch. als "unfähigen und faulen Richter", "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss".

Am 14. Juli 2005 ordnete das Amtsgericht Trier die Beschlagnahme des sichergestellten Schreibens wegen des Verdachts der Beleidigung des Vorsitzenden Richters und des Betruges zum Nachteil seines Mandanten an.

Aus den Gründen:

[1] Das Landgericht hat den Angeklagten, einen Rechtsanwalt, wegen Beleidigung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 150 Euro verurteilt. Von den Vorwürfen einer weiteren Beleidigung, der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage sowie der versuchten Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage hat es ihn freigesprochen.

[2] Die Revision des Angeklagten, die sich mit der Sachrüge und einer Verfahrensrüge gegen seine Verurteilung wegen Beleidigung richtet, bleibt ohne Erfolg. Die vom Generalbundesanwalt nicht vertretene, auf den Vorwurf der versuchten Strafvereitelung in Tateinheit mit Beihilfe zur uneidlichen Falschaussage beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils.

I. Revision des Angeklagten

[3] Das Landgericht hat seine Verurteilung wegen Beleidigung gegen den Widerspruch des Angeklagten in der Hauptverhandlung auf ein bei einer Durchsuchung des Haftraums seines früheren Mandanten von T sichergestelltes und beschlagnahmtes Schreiben des Angeklagten gestützt, in dem der Angeklagte den Vorsitzenden Richter des damaligen Strafverfahrens u.a. als "unfähigen und faulen Richter" bezeichnete, "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss."

1. Zur Rüge des Verstößes gegen ein Beweisverwertungsverbot

[4] Die Rüge, das Landgericht habe damit unter Ver-

stoß gegen § 148 StPO beschlagnahmefreie Verteidigerkorrespondenz verlesen und rechtsfehlerhaft zu Lasten des Angeklagten verwertet, ist unbegründet.

a) Zum diesbezüglichen Sachverhalt

[5 - 8] [...] Im Termin vom 15. Juli 2005 legte das Landgericht Trier auf Antrag der Staatsanwaltschaft auf Ausschließung des Angeklagten als Verteidiger in dem Verfahren gegen T die Akten dem Oberlandesgericht Koblenz vor und ordnete gemäß § 138c Abs. 3 StPO das Ruhen seiner Verteidigerrechte an. Das Ausschließungsverfahren wurde vom Oberlandesgericht eingestellt, nachdem der Angeklagte sein Mandat für T niedergelegt und erklärt hatte, dass er es nicht mehr aufnehmen werde.

b) Rechtsauffassung des Landgerichts

[9] Das Landgericht meint, der Brief habe beschlagnahmt werden dürfen. Die Rechtsprechung zur Beschlagnahmefreiheit von Aufzeichnungen des Angeklagten zur Prozessvorbereitung sei vorliegend nicht einschlägig. Es habe sich um ein Schriftstück des Verteidigers, nicht des Gefangenen gehandelt. Außerdem habe es sich nicht im Gewahrsam des Verteidigers, sondern in dem seines Mandanten befunden. Es sei nicht erkennbar, dass der Brief Verteidigungszwecken gedient habe. Das Verteidigungsrecht des damaligen Angeklagten T sei nicht beeinträchtigt worden. Die Beschlagnahme sei vielmehr auf Grund einer Durchsuchungsanordnung wegen des Anfangsverdachts der versuchten Strafvereitelung gegen den jetzigen Angeklagten und nicht zwecks Verwertung in dem damaligen Verfahren gegen T ergangen.

c) Zur Verwertbarkeit des beschlagnahmten Briefes

[10] Dies hält im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand. Das Landgericht durfte den im Haftraum des T gefundenen und beschlagnahmten Verteidigerbrief verwerten. Der Brief war weder nach § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO beschlagnahmefrei, noch stand der Beschlagnahme § 148 Abs. 1 StPO entgegen.

aa) Beschlagnahme kein Verstoß gegen § 97 I Nr. 1 StPO

[11] Der Brief des Angeklagten an T war schon kein gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO der Beschlagnahme nicht unterliegender Gegenstand. Die Durchsuchung des Haftraumes und die Beschlagnahme des dort aufgefundenen Briefes erfolgten im Verfahren gegen den Angeklagten als Beschuldigten, nicht in seiner Eigenschaft als Verteidiger und damit als Person, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt ist. § 97 Abs. 1 StPO ist nicht anwendbar, wenn der Zeugnisverweigerungsberechtigte wie im vorliegenden Fall selbst Beschuldigter der Straftat ist (vgl. BGHSt 38, 144, 146 f.; BVerfG NJW 2005, 965; OLG Frankfurt NJW

2005, 1727, 1730; Nack in KK StPO, 6. Aufl. § 97 Rn. 8; Meyer-Goßner StPO 51. Aufl. § 97 Rn. 10; Schäfer in Löwe-Rosenberg StPO, 25. Aufl. § 97 Rn. 25 m.w.N.; Wohlers in SK-StPO 2008 § 97 Rn. 13).

[12] Dies folgt schon aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 1 StPO, der zwischen den Prozessrollen des Beschuldigten und der Person differenziert, die zur Verweigerung des Zeugnisses in dem gegen ihn gerichteten Verfahren berechtigt ist. Das schließt es aus, § 97 Abs. 1 StPO auch in Verfahren anzuwenden, die sich gegen den Zeugnisverweigerungsberechtigten selbst richten. Die Unanwendbarkeit auf Verfahren gegen Berufsgeheimnisträger ergibt sich darüber hinaus aus dem Zweck der Vorschrift. § 97 StPO ergänzt die Regelungen über das Zeugnisverweigerungsrecht und soll deren Umgehung verhindern (BGHSt 38, 144, 146). Berufsgeheimnisträger werden nur geschützt, soweit ihr Zeugnisverweigerungsrecht im Verfahren gegen den Beschuldigten reicht, nicht aber soweit ihr Individualinteresse als selbst beschuldigte Personen betroffen ist (vgl. Wasmuth NJW 1989, 2297, 2302). Insofern besteht auch keine Regelungslücke. Aus § 97 Abs. 2 Satz 3 StPO folgt, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit eigenen strafbaren Verhaltens des Geheimnisträgers gesehen und unter den dort normierten Voraussetzungen für regelungsbedürftig gehalten hat. Auch in diesen Fällen geht es jedoch stets um den Geheimnisträger in seiner Prozessstellung als Zeuge, nicht als Beschuldigter (vgl. BGHSt 38, 144, 146 f.).

bb) Beschlagnahme kein Verstoß gegen § 148 StPO

[13] Ein über § 97 Abs. 1 StPO hinausgehendes Beschlagnahmeverbot kann auch nicht aus § 148 StPO entnommen werden. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich aus § 148 StPO nicht ableiten, dass Eingriffe in die Kommunikation des Verteidigers mit seinem Mandanten jedenfalls bis zu einer Entscheidung über das vorläufige Ruhen der Verteidigerrechte nach § 138c Abs. 3 StPO generell - und damit auch dann, wenn das Verfahren gegen den Verteidiger als Beschuldigten geführt wird - unzulässig sind (vgl. etwa Schäfer in LR-StPO 25. Aufl. § 97 Rn. 95 f.). Zwar normiert § 148 Abs. 1 StPO den Grundsatz des ungehinderten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem als unabdingbare Voraussetzung einer freien Verteidigung (vgl. BGHSt 27, 260, 262). Die Verteidigung soll damit grundsätzlich von jeder Behinderung oder Erschwerung freigestellt sein. Das bedeutet aber nicht, dass § 148 StPO einen generellen Vorrang vor der Vorschrift des § 97 StPO genießt und deren Anwendungsvoraussetzungen überflüssig macht. Vielmehr ist nach § 148 StPO der Verkehr zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nur für die Zwecke der Verteidigung frei. Nur in seiner Eigenschaft und in Wahrnehmung seiner Aufgabe als Verteidiger ist der schriftliche und münd-

liche Verkehr des Verteidigers mit dem Beschuldigten geschützt (vgl. BGH NJW 1973, 2035). Straftaten, die er bei Gelegenheit der Verteidigung eines Beschuldigten begeht, unterfallen diesem Schutz nicht. Daraus folgt, dass die Beschlagnahme und Verwertung von Beweismitteln zulässig ist, soweit der Verteidiger – wie hier – selbst Beschuldigter ist (vgl. OLG Frankfurt NJW 2005, 1727, 1730; Meyer-Goßner StPO 51. Aufl. § 97 Rn. 4). Dies muss insbesondere dann gelten, wenn es wie im vorliegenden Fall mit der Beleidigung des Vorsitzenden Richters nicht um den Vorwurf der Beteiligung an der Straftat geht, die dem Mandanten vorgeworfen wird, sondern um einen davon unabhängigen Lebenssachverhalt.

[14] Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass der Mandant durch das Bekanntwerden der Verteidigerpost in seinen eigenen Verteidigungsinteressen schutzlos gestellt wird. Das aus der Beschlagnahme in dem Verfahren gegen den beschuldigten Verteidiger erlangte Wissen ist nur in dem gegen diesen gerichteten Verfahren verwertbar (vgl. Beulke in FS für Lüderssen S. 693, 707). Im Verfahren gegen den Mandanten ist seine Verwertung dagegen durch § 97 Abs. 1 StPO ausgeschlossen (vgl. Krekeler NStZ 1987, 199, 202; Wohlers in SK-StPO 2008 § 97 Rn. 14). Denn insoweit ist die von der Vorschrift für das Beschlagnahmeverbot vorausgesetzte Verteilung der Prozessrollen zwischen dem Mandanten als Beschuldigtem auf der einen und dem Verteidiger als Berufsgeheimnisträger auf der anderen Seite gewahrt.

[15] Mangels Anwendbarkeit des § 97 Abs. 1 StPO kommt es danach entgegen den Ausführungen des Generalbundesanwaltes auf die zum Ausschluss der Beschlagnahmefreiheit (§ 97 Abs. 2 Satz 3 StPO) entwickelten Grundsätze, insbesondere das Vorliegen eines gravierenden Verstrickungsverdachts gegen den Verteidiger (BGH NJW 1973, 2035; NStZ 2001, 604, 606) nicht an. Auch § 160a StPO ist schon nach seinem Wortlaut nicht auf selbst beschuldigte Berufsgeheimnisträger anwendbar.

cc) Keine anderweitigen Verfahrensverstöße durch die Beschlagnahme

[16] Es bestehen auch im Übrigen keine verfahrensrechtlichen Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der mit Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss des Amtsgerichts Trier vom 5. Juli 2005 angeordneten Durchsuchung der Haftzelle des Zeugen T. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwaltes genügt der Beschluss des Amtsgerichts Trier vom 5. Juli 2005 den inhaltlichen Anforderungen, die an einen Durchsuchungsbeschluss zu stellen sind. Dies gilt insbesondere für die Schilderung des Tatvorwurfs und die Angabe der gesuchten Beweismittel (siehe KK-Nack StPO 6. Aufl. § 105 Rn. 4 m.N.).

[17] Der Tatvorwurf der versuchten Strafvereitelung

war in dem Beschluss ausreichend dahin konkretisiert, dass der Angeklagte als Verteidiger in dem Strafverfahren gegen T Briefe seines in Untersuchungshaft befindlichen Mandanten an der gerichtlichen Postkontrolle vorbei aus der JVA Tr. verbracht und weitergeleitet haben sollte, obwohl diese ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt waren, Zeugen in ihrem Aussageverhalten zu beeinflussen und zu Falschaussagen zu bestimmen. Als gesuchte Beweismittel wurden u.a. Schreiben von Personen bezeichnet, die als Zeugen in dem Strafverfahren gegen T benannt waren und die durch den Angeklagten als Verteidiger an der Postkontrolle vorbei in die JVA Tr. gebracht und an T übergeben worden seien. Weitere inhaltliche Ausführungen waren nicht erforderlich. Insbesondere bedurfte es entgegen der Ansicht des Generalbundesanwaltes schon deshalb nicht der

Darlegung eines qualifizierten Beteiligungsverdachts, weil die Durchsuchungsmaßnahme nach dem im Beschluss bezeichneten Durchsuchungszweck nicht auf die Gewinnung von Verteidigerkorrespondenz, sondern auf die etwaige Sicherstellung eines Mobiltelefons und von Kassibern an T in dessen Verfahren gerichtet war.

[18] Ungeachtet dessen lagen zum Zeitpunkt des Beschlusses vom 5. Juli 2005 gewichtige Anhaltspunkte für eine (versuchte) Strafvereitelung des Angeklagten vor. Die Revision trägt hierzu vor, dass bei einer Durchsuchung der Kanzleiräume des Angeklagten am 1. Juli 2005 u. a. mehrere nicht kontrollierte Schreiben des Beschuldigten T an verschiedene Zeugen sicher gestellt worden seien. Hinzu kommt, dass der Zeuge P in der Hauptverhandlung am 21. Juni 2005 ausgesagt hatte, dass seiner Meinung nach der Angeklagte wusste, „dass ich hier eine abgesprochene Zeugenaussage machen würde“ und dass der Angeklagte erfreut gewesen sei, „dass diese Aussage kommen sollte, dies sei prozessual sehr wichtig“. Damit lagen Indizien gegen den Angeklagten vor, die über den für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses erforderlichen Anfangsverdacht deutlich hinausgingen.

dd) Zur Verwertbarkeit des beschlagnahmten Briefes

[19] Da die Durchsuchungsmaßnahme rechtlich zulässig war, durfte der Brief als Zufallsfund im Sinne des § 108 StPO im Verfahren gegen den Verteidiger wegen versuchter Strafvereitelung einstweilen sichergestellt und verwertet werden (vgl. LR-Schäfer StPO 25. Aufl. § 108 Rn. 10). Auch für Zufallsfunde gelten im Übrigen die allgemeinen Grundsätze zur Beschlagnahmefreiheit nach § 97 StPO (Nack in KK StPO 6. Aufl. § 108 Rn. 1).

2. Zur Sachrüge; Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 185 StPO

[20] Die Feststellungen tragen auch die Verurteilung

des Angeklagten wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB. Die Bezeichnung des Vorsitzenden Richters am Landgericht Sch. in dem beschlagnahmten Brief als "unfähiger und fauler Richter", "an dessen Verstand man mit Fug und Recht zweifeln muss" hat das Landgericht zu Recht als rechtswidrigen Angriff auf dessen Ehre durch vorsätzliche Kundgabe der Missachtung bzw. Nichtachtung gewürdigt. Die Beleidigung ist nicht durch § 193 StGB gerechtfertigt, da die Äußerungen ersichtlich nicht zur Ausführung und Verteidigung von Rechten gemacht wurden.

[21] Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung des Rechtsanwaltes gegenüber seinem Mandanten als Beleidigung zu qualifizieren ist, ein Maßstab anzulegen, der den Besonderheiten des Mandatsverhältnisses Rechnung trägt. Insoweit ist beiderseits ein schutzwürdiges Interesse an einer freien und auch in der Wortwahl deutlichen Aussprache anzuerkennen. Auch für den Rechtsanwalt muss gegenüber dem Mandanten ein "offenes Wort" möglich sein. Wie § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO deutlich macht, kann dies herabsetzende Äußerungen einschließen, wenn andere Prozessbeteiligte oder der Verfahrensverlauf hierzu Anlass gegeben haben. Persönliche Schmähungen und diffamierende Äußerungen sowie Formalbeleidigungen überschreiten in jedem Falle die Grenze des Zulässigen. Dass diese Grenze mit den schriftlichen Äußerungen des Angeklagten über den Vorsitzenden Richter zweifelsfrei überschritten ist, hat das Landgericht zutreffend erkannt.

[22] Entgegen der Ansicht der Revision begründet das Mandatsverhältnis zwischen Strafverteidiger und Beschuldigtem nicht generell einen "beleidigungsfreien Raum". Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob ein solcher beleidigungsfreier Bereich anzuerkennen ist, soweit ehrenrührige Äußerungen des Mandanten über Dritte gegenüber seinem Anwalt betroffen sind. Jedenfalls besteht kein schutzwürdiges Interesse in einem Mandatsverhältnis beleidigende Äußerungen des Rechtsanwaltes stets straffrei zu stellen. Die zum Verhältnis innerhalb enger bzw. engster Familien- und Vertrauensbeziehungen entwickelten Grundsätze (vgl. BVerfGE 90, 255, 261; BVerfG NJW 2007, 1194, 1195; 1995, 1477) sind auf die Beziehung zwischen

Verteidiger und Beschuldigtem nicht übertragbar. Bei dem Verhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem handelt es sich im Kern um eine geschäftsmäßige und nicht durch persönliche Bindung geprägte Beziehung. Zu den Grundpflichten des Rechtsanwaltes gehört es nach § 43a Abs. 3 Satz 1 BRAO, sich bei seiner Berufsausübung sachlich zu verhalten. Nach § 43a Abs. 3 Satz 2 BRAO hat er insbesondere herabsetzende Äußerungen zu unterlassen, zu denen kein Anlass besteht. Eine Verletzung des Sachlichkeitsgebotes liegt ungeachtet seiner im Einzelnen umstrittenen Reichweite (siehe Kleine-Cosack BRAO 5. Aufl. § 43a Rn. 56 ff.; Feuerich/Weyland/Vossebürger BRAO 7. Aufl. § 43a Rn. 31 ff.) jedenfalls dann vor, wenn die Herabsetzungen nach Inhalt und Form als strafbare Beleidigungen zu beurteilen sind, ohne durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt zu werden (vgl. BVerfG NJW 1988, 191, 194; AnwBl. 1993, 632; Kleine-Cosack BRAO aaO § 43a Rn. 72, 74; Feuerich/Weyland/Vossebürger BRAO aaO § 43a Rn. 36).

[23] Darüber hinaus ist die Vertraulichkeit im Verhältnis des Rechtsanwaltes zu seinem Mandanten nur einseitig abgesichert. Nur der Rechtsanwalt ist seinem Mandanten gegenüber aus §§ 43a Abs. 2 BRAO, 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Verschwiegenheit verpflichtet. Der Verteidiger kann sich umgekehrt mangels vergleichbarer rechtlicher Bindungen des Mandanten nicht darauf verlassen, dass dieser die Vertraulichkeit wahrt und seine Äußerungen nicht an Dritte weitergibt (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder StGB 27. Aufl. § 185 Rn. 9b; Feuerich/Weyland/Vossebürger BRAO aaO § 43a Rn. 37). Insofern war die besondere Vertraulichkeit der Kommunikation als Voraussetzung für die Einschränkung des Ehrenschatzes (vgl. BVerfGE 90, 255, 260; BVerfG NJW 2007, 1194, 1195) gerade nicht gewährleistet. Im Übrigen war die Diskretion vorliegend auch aus tatsächlichen Gründen nicht in ausreichendem Maße sichergestellt, da es sich um eine schriftliche Äußerung des Angeklagten handelte, bei der die erhöhte Gefahr bestand, dass sie von seinem Mandanten in der JVA herumgezeigt und verbreitet wurde. [...]

Standort: §§ 266, 283 StGB**Problem: Abgrenzung von Bankrott und Untreue**

BGH, BESCHLUSS VOM 10.02.2009
3 STR 372/08 (NZG 2009, 673)

Problemdarstellung:

Der ehemalige Mitangeklagte K der Angeklagten war Geschäftsführer in zwei Tochtergesellschaften, an denen die Angeklagten mitwirkten. Diese waren außerdem als Komplementäre sowie als Geschäftsführer bzw. Prokuristin der Muttergesellschaft, einer GmbH & Co. KG, maßgeblich beteiligt. Nachdem einige Banken Insolvenzantrag gegen die Tochtergesellschaften gestellt hatten, stellte K nach Absprache mit den Angeklagten fingierte Rechnungen an die Gesellschaft und vereinnahmte aus deren Vermögen ihm nicht zustehende Vergütungen und Honorare von mehr als 1,5 Mio. €.

Das Landgericht Oldenburg hatte die Angeklagten aufgrund der von ihnen getroffenen Absprache mit K wegen Beihilfe zum Bankrott, §§ 283 I, 27 StGB, verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf, da eine teilnahmefähige Haupttat des K i.S.v. § 283 I StGB nicht gegeben sei.

Prüfungsrelevanz:

Zwar gehört der Tatbestand des § 283 I StGB, der Gegenstand dieser BGH-Entscheidung ist, in den meisten Bundesländern nicht zum Prüfungsstoff. Die Interessentheorie, deren Aufgabe der 3. Strafsenat des BGH in der vorliegenden Entscheidung vorschlägt, dient aber gerade zur Abgrenzung dieses Tatbestandes von demjenigen der Untreue, § 266 I StGB, der seinerseits einen beliebigen Prüfungsgegenstand darstellt. Deshalb ist es zumindest in mündlichen Prüfungen nicht unwahrscheinlich, dass im Rahmen einer Diskussion zur Untreue vielleicht auch einmal auf deren Verhältnis zum Bankrott eingegangen wird. Außerdem greifen es Prüfer in mündlichen Prüfungen immer gerne auf, wenn sich eine langjährige Rechtsprechung ändert oder - wie im vorliegenden Fall - eine solche Änderung von einem BGH-Senat zumindest angeregt wird.

Der Tatbestand des Bankrotts, § 283 I StGB, ist eine zentrale Vorschrift des Insolvenzstrafrechts, die es zum Schutze der Insolvenzgläubiger und der allgemeinen Kreditwirtschaft unter Strafe stellt, dass in einer wirtschaftlichen Krisensituation riskante Handlungen vorgenommen werden, die geeignet sind, die Insolvenzmasse zu schmälern (z.B. durch Beiseiteschaffen von Vermögensbestandteilen, § 283 I Nr. 1 StGB). Hierbei ist § 283 I StGB ein echtes Sonderdelikt: Täter kann nur derjenige sein, der selber Schuldner ist (Joecks, § 283 Rn 4; Schönke/Schröder-Stree/Heine, § 283 Rn 65). Insoweit ist zu beachten, dass der Schuld-

ner aber nicht unbedingt eine natürliche Person sein muss. Es kann sich hierbei - wie im vorliegenden Fall - auch um eine Gesellschaft handeln. In diesem Fall greift bzgl. der besonderen Voraussetzungen für die Tätereigenschaft bei § 283 I StGB die Vorschrift des § 14 I StGB: Derjenige, der dazu befugt ist, die entsprechende Gesellschaft zu vertreten ist dann der taugliche Täter eines Bankrotts. Im vorliegenden Fall war der K Geschäftsführer der Gesellschaften, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren durchgeführt werden sollte, und somit gem. § 14 I StGB tauglicher Täter für eine insofern denkbare Tat i.S.v. § 283 I StGB.

Wenn ein Vertreter einer insolventen Gesellschaft Bestandteile des Gesellschaftsvermögens beiseite schafft, kann dies also zu einer Strafbarkeit wegen Bankrotts gem. § 283 I Nr. 1 StGB (zum Nachteil der Gesellschaftsgläubiger) führen. Ein solches Verhalten kann sich aber auch als Untreue gem. § 266 I StGB (zum Nachteil der Gesellschaft) darstellen. Um zwischen diesen beiden Delikten abgrenzen zu können, hat die Rechtsprechung die sog. Interessentheorie entwickelt (BGHSt 30, 127, 128; BGH. NStZ 2000, 206): Eine Strafbarkeit gem. § 283 I StGB setzt voraus, dass der Vertreter zumindest auch im Interesse der Gesellschaft handelt. Handelt der Vertreter ausschließlich im eigenen Interesse, so ist nicht § 283 I StGB einschlägig sondern § 266 I StGB. In der Literatur ist diese Interessentheorie heftiger Kritik ausgesetzt. Es sei nicht verständlich, warum sich nach der Rechtsprechung ein insolventer Einzelkaufmann, der Beträge von seinen Geschäftskonten auf Privatkonten abführt, nach § 283 I Nr. 1 StGB strafbar mache, der geschäftsführende Gesellschafter einer insolventen Ein-Mann-GmbH bei einem identischen Verhalten jedoch nicht, da er ja insofern nicht im Interesse der Gesellschaft sondern allein im eigenen Interesse handle, was die Anwendbarkeit des § 283 I StGB nach der Interessentheorie der Rechtsprechung aber ausschließt. Deshalb wird in der Literatur vorgeschlagen, in den Fällen, in denen der Schuldner keine natürliche Person ist, die Anwendbarkeit des § 283 I StGB auf den gem. § 14 I StGB haftenden Vertreter auf die Fälle zu begrenzen, in denen dieser im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist (MüKo (StGB)-Radtko, Vor § 283 Rn 58; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 14 Rn 26; Labsch, wistra 1985, 59, 60). Dies wird bei rechtmäßigem Handeln dann bejaht, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen.

In der vorliegenden Entscheidung schlägt der 3. Strafsenat des BGH vor, die bisherige Rechtsprechung auf-

zugeben und sich der Literaturlauffassung anzuschließen. In dieser Entscheidung kam es aber noch nicht auf die Frage an, ob die Interessentheorie weiter anzuwenden ist, denn das Urteil war sowieso (aus anderen Gründen) aufzuheben. Deshalb musste der 3. Senat auch noch nicht gem. § 132 III GVG bei den anderen Strafsenaten des BGH anfragen, ob diese einer Rechtsprechungsänderung zustimmen würden.

Vertiefungshinweise:

□ Zur sog. Interessentheorie des BGH i.R.v. § 283 I StGB: *BGHSt* 30, 127; 34, 384; *BGH*, *NStZ* 2000, 206; *OLG Hamm*, *wistra* 1985, 159; *AG Halle/Saalkreis*, *NJW* 2002, 77; *Achenbach*, *NStZ* 2002, 523; *Arloth*, *NStZ* 1990, 571; *Labsch*, *wistra* 1985, 59; *Rönnau*, *NStZ* 2003, 525; *Schäfer*, *wistra* 1990, 83

Leitsatz:

Zur Strafbarkeit des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung wegen Bankrotts durch Beiseiteschaffen von Gesellschaftsvermögen sowie zum Verhältnis von Bankrott und den Vermögens- bzw. Eigentumsdelikten in diesen Fällen.

Sachverhalt:

Der Angeklagte S war Geschäftsführer, die Angeklagte L Prokuristin der Georg S. GmbH mit Sitz in W. Diese Gesellschaft war Komplementärin der Georg S. GmbH & Co. KG, deren alleinige Kommanditisten die Angeklagten waren. Über diese Besitzgesellschaft und mehrere sog. Produktionsgesellschaften betrieben sie u.a. unter der Marke "B Enten" die Entenzucht und den weltweiten Vertrieb von Entenprodukten. Im Jahr 2003 kam es zu einem Umsatzeinbruch und deshalb zu einem erhöhten Kreditbedarf. Die Angeklagten bemühten sich in der Folgezeit vergeblich um eine Umfinanzierung.

Anfang des Jahres 2004 meldeten sie ihren Hausbanken einen Verlust für das Jahr 2003 von mehr als 4,5 Mio. € und kündigten einen über die bestehenden Kredite hinausgehenden Liquiditätsbedarf von über 4 Mio. € an. Die Banken, die zu einer Erhöhung der Kreditlinie nicht bereit waren, sprachen eine mögliche Insolvenz der Unternehmen an. Die Banken verlangten nun als weitere Sicherheit auch die Abtretung der Rechte aus der Marke "B Enten".

Die Angeklagten, die sich zunehmend unter Druck gesetzt fühlten, bestellten in dieser Situation Ende Februar 2004 den ehemaligen Mitangeklagten K zum Geschäftsführer von jedenfalls zwei ihrer Produktionsgesellschaften, der Georg S. GmbH (im Folgenden: S-GmbH) und der Se-GmbH, jeweils mit Sitz in N. Da der neue Geschäftsführer über keine Erfahrung in der Branche verfügte, blieben die Angeklagten wei-

ter für die Gesellschaften tätig, wofür sie pauschal jeweils 250.000 € erhalten sollten. Wegen der angespannten Liquiditätslage der Gesellschaften vereinbarten sie mit dem früheren Mitangeklagten eine rein erfolgsabhängige Geschäftsführervergütung. Es kam indes nur zu einem nach dieser Vereinbarung provisionspflichtigen Geschäftsabschluss mit einem Volumen von 1,67 Mio. €. In einem Gespräch mit Bankvertretern Anfang März 2004 kündigte K an, zur Verbesserung der Liquidität Reserven aufzulösen, und erklärte, er werde auch gegen den erklärten Widerspruch der Banken dieses zustehende Sicherungsgut verwerten. Auf ein Schreiben vom 9. März 2004, mit dem die Banken binnen drei Tagen die Vorlage eines Liquiditätsstatus und eine Übersicht über bereits veräußertes Sicherungsgut verlangten, vertröstete er sie auf den 23. März 2004. Die Banken kündigten daraufhin die gesamte Geschäftsverbindung und setzten für die bestehenden Verbindlichkeiten aller Gesellschaften, insgesamt fast 23 Mio. €, eine Zahlungsfrist bis zum 2. April 2004. Nachdem der frühere Mitangeklagte ihren Mitarbeitern mehrfach eine Inaugenscheinnahme des Sicherungsgutes verweigert hatte, stellten die Banken am 26. März 2004 Insolvenzantrag gegen die Georg S. GmbH & Co. KG und die vier Produktionsgesellschaften.

In der Zeit vom 31. März bis zum 7. April 2004 stellte K in Absprache und nach Vereinbarung mit den Angeklagten der S-GmbH und der Se-GmbH drei Rechnungen über insgesamt fast 2 Mio. €, die nunmehr auch eine erfolgsunabhängige Vergütung sowie Erfolgshonorare für tatsächlich nicht zustande gekommene Geschäfte zum Gegenstand hatten, und vereinnahmte diesen Betrag aus dem Vermögen der S-GmbH. Nach der ursprünglichen Vereinbarung hätte ihm ein Anspruch in Höhe von allenfalls knapp 200.000 € zugestanden. Über das Vermögen der S-GmbH und der Se-GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

[1] Das Landgericht hat die Angeklagten wegen Beihilfe zum Bankrott zu Geldstrafen verurteilt. Dagegen wenden sich deren Revisionen, mit denen sie die Verletzung materiellen Rechts rügen. Der Angeklagte S beanstandet darüber hinaus das Verfahren; die Angeklagte L begehrt wegen der insoweit versäumten Revisionsbegründungsfrist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von Verfahrensrügen.

[2 - 7] Die Revisionen haben bereits mit der Sachrüge Erfolg, so dass es auf die von dem Angeklagten S erhobenen Verfahrensrügen bzw. auf den von der Angeklagten L gestellten Wiedereinsetzungsantrag nicht ankommt. [...]

II. Entscheidung des BGH; Zum Fehlen einer Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe zum Bankrott

[8] Auf der Grundlage dieser Feststellungen hält der Schuldpruch wegen Beihilfe zum Bankrott der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Zur Vornahme einer Tathandlung i.S.v. § 283 I StGB durch K

[9] Das Landgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der frühere Mitangeklagte K durch die Vereinnahmung der Rechnungsbeträge jedenfalls in Höhe von ca. 1,7 Mio. € im Sinne des § 283 Abs. 1 Nr. 1 StGB Vermögen der S-GmbH beiseite schaffte. Die Bezahlung der Rechnungen erfolgte unter Verstoß gegen die Grundsätze eines ordnungsgemäßen Wirtschaftens (vgl. dazu BGHSt 34, 309, 310; Stree/Heine in Schönke/Schröder, StGB, § 283 Rdn. 4 m. w. N.), weil provisionspflichtige Hauptgeschäfte in diesem Umfang nicht getätigt worden waren, deshalb ein Anspruch auf eine erfolgsabhängige Vergütung in dieser Höhe nicht bestand und eine weitere, erfolgsunabhängige Vergütung angesichts der angespannten Liquiditätslage nicht rückwirkend vereinbart werden durfte.

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen der Tätereigenschaft des K

[10] Die Vorschrift des § 283 StGB stellt indes ein Sonderdelikt dar, dessen Täter nur der Schuldner sein kann (Radtke in MünchKomm-StGB § 283 Rdn. 4; Tiedemann in LK 11. Aufl. § 283 Rdn. 225), also die (natürliche oder juristische) Person, die für die Erfüllung einer Verbindlichkeit haftet (Radtke aaO vor § 283 Rdn. 36). Ist der Schuldner - wie hier - eine juristische Person, die nur durch ihre Organe/Vertreter handeln kann, so gilt § 14 StGB. Diese Vorschrift setzt für die strafrechtliche Zurechnung voraus, dass die handelnde Person "als" Organ oder Vertreter (Abs. 1) bzw. "auf Grund dieses Auftrags" (Abs. 2) agiert. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur ist es danach für eine Strafbarkeit des Vertreters nach § 283 StGB erforderlich, dass er zumindest auch im Interesse des Geschäftsherrn handelt. Liegen ausschließlich eigennützige Motive vor, so kann eine Strafbarkeit wegen Untreue nach § 266 StGB in Betracht kommen; eine Verurteilung wegen Bankrotts scheidet hingegen aus (sog. Interessentheorie, BGHSt 30, 127, 128 f.; 34, 221, 223; BGHR StGB § 283 Abs. 1 Konkurrenzen 3; BGH NStZ 2000, 206, 207; zustimmend Schünemann in LK 12. Aufl. § 14 Rdn. 50; Fischer, StGB 56. Aufl. § 283 Rdn. 4 b; aA Tiedemann aaO vor § 283 Rdn. 80; Hoyer in SK-StGB 116. Lfg. § 283 Rdn. 103 f.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder aaO § 14 Rdn. 26; jew. m. w. N.; differenzierend Radtke aaO vor § 283 Rdn. 55).

[11] Das Landgericht hat das Vorliegen eines solchen

Interesses rechtsfehlerhaft bejaht. Ob eine Handlung wenigstens auch im Interesse des Vertretenen vorgenommen worden ist, bestimmt sich nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise (BGHSt 30, 127, 128 f.). Dass - wie die Strafkammer ausgeführt hat - der frühere Mitangeklagte sein weiteres Tätigwerden für die Gesellschaften der Angeklagten von der Bezahlung der Rechnungen abhängig gemacht hat, begründet ein wirtschaftliches Interesse der vertretenen S-GmbH nicht; es widerspricht einem solchen vielmehr, weiter mit einem Geschäftsführer zusammenzuarbeiten, der im großen Umfang eine ihm nicht zustehende Vergütung verlangt. Nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten kann in der Überweisung der ca. 1,7 Mio. € durch den früheren Mitangeklagten K zur Bezahlung der materiell unberechtigten Rechnungen daher nur ein Handeln aufgrund eigennütziger Motive gesehen werden, das der Gesellschaft schadete. Das Einverständnis der Angeklagten mit der Rechnungsstellung und ihrer Begleichung war nicht ausreichend (vgl. BGHSt 30, 127, 128 f.); die Zustimmung der Gesellschafter einer juristischen Person löst - anders als bei einer Kommanditgesellschaft (vgl. BGHSt 34, 221, 223 f.) - den Interessenwiderstreit zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft nicht auf.

3. Zum Fehlen hinreichender Feststellungen für eine drohende Zahlungsunfähigkeit der S-GmbH

[12] Darüber hinaus tragen die Feststellungen des Landgerichts die Annahme einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der S-GmbH nicht, so dass sich auch bei Nichtanwendung der Interessentheorie (dazu unten IV.) die Verurteilung wegen Beihilfe zum Bankrott als rechtsfehlerhaft erwies.

[13] Die Strafkammer hat in der Beweiswürdigung des Urteils unter summarischer Gegenüberstellung der liquiden Mittel und der fälligen Forderungen ausgeführt, Anfang April 2004 habe bei der S-GmbH eine Unterdeckung von ca. 4 Mio. € bestanden; infolge der Kreditkündigungen seien Verbindlichkeiten in Höhe von fast 23 Mio. € hinzu gekommen. Dies ist bereits widersprüchlich, weil an anderer Stelle des Urteils mitgeteilt wird, dass diese Summe der Kreditaufnahme aller Unternehmen der Angeklagten entsprach; auf die S-GmbH entfiel nur ein Teil davon. In der Darstellung des Landgerichts ist zudem ein von Rechtsanwalt F für die S-GmbH geführtes Anderkonto nicht berücksichtigt, von dem der frühere Mitangeklagte K am 5. April 2004 das letztlich von ihm vereinnahmte Geld an die Se-GmbH überwies.

[14] Abgesehen von diesen Widersprüchen und Unvollständigkeitsbegegnungen begegnet die Darstellung der Liquiditätslage der S-GmbH zu den ausgewählten Stichdaten durchgreifenden Bedenken, weil sich das Landgericht auf die Mitteilung der Summen aus dem Liquiditätsstatus und hinsichtlich der liquiden Mittel auf Gut-

haben auf Girokonten beschränkt. Damit ist dem Senat die Überprüfung verwehrt, ob der vom Landgericht zugrunde gelegte Liquiditätsstatus nicht nur alle relevanten kurzfristig fälligen Verbindlichkeiten, sondern auch die zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mittel (also die flüssigen Mittel und kurzfristig einziehbaren Forderungen sowie gegebenenfalls die kurzfristig liquidierbaren Vermögensgegenstände) enthält (vgl. § 17 Abs. 2 InsO und BGH wistra 2001, 306, 307; 2007, 312). Selbst wenn dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch zu entnehmen wäre, dass die S-GmbH durch Forderungszug oder Veräußerung von Vermögensgegenständen weitere liquide Mittel jedenfalls nicht kurzfristig realisieren konnte, war das Abstellen allein auf die angegebenen Kontenguthaben nicht ausreichend; denn in der rechtlichen Würdigung teilt die Strafkammer mit, dass die Gesellschaften der Angeklagten untereinander ein cash-management betrieben, demzufolge Zahlungen jeweils von dem Konto der Gesellschaft vorgenommen wurden, auf dem Guthaben vorhanden war. Dann hätte es zur nachvollziehbaren Annahme der drohenden Zahlungsunfähigkeit der S-GmbH aber auch Feststellungen zu den Vermögensverhältnissen aller anderen Gesellschaften der Angeklagten bedurft. Dies gilt insbesondere deswegen, weil sich dem Urteil nur entnehmen lässt, dass über das Vermögen von zwei der Produktionsgesellschaften das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Über das Schicksal der beiden anderen ergibt sich nichts.

III. Beihilfe zur Untreue

[15] Eine SchuldSpruchänderung kommt nicht in Betracht. Zwar kann ein eigennütziges Beiseiteschaffen von Vermögen durch den Geschäftsführer einer Gesellschaft den Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB erfüllen (BGHSt 28, 371; BGHR StGB § 283 Abs. 1 Konkurrenzen 3). Die Angeklagten hatten der Rechnungsstellung und -begleichung indes zugestimmt.

[16] Das Einverständnis des Geschäftsherrn schließt regelmäßig den Tatbestand der Untreue aus (Fischer aaO § 266 Rdn. 49 m. w. N.). Das gilt grundsätzlich auch für vermögensnachteilige Dispositionen des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft, wenn sie im Einverständnis der Gesellschafter getroffen werden. Ein Einverständnis der Gesellschafter ist allerdings unwirksam und die Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb missbräuchlich, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung oder durch Gefährdung der Liquidität (BGHSt 35, 333; 49, 147, 158; BGH wistra 2003, 457, 460; 2006, 265).

[17] Eine solche Existenzgefährdung der Gesellschaft - etwa durch Gefährdung ihrer Liquidität - ist aus den oben unter II. 3. genannten Gründen aber ebenfalls nicht belegt.

IV. Hinweise des Senats

[18] Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Zur Ablehnung der Interessentheorie des BGH durch die Literatur

[19] Die von der Rechtsprechung entwickelte Interessentheorie ist in der Literatur auf Ablehnung gestoßen, weil sie für die Insolvenzdelikte nur einen geringen Anwendungsbereich lässt, wenn Schuldner im Sinne des § 283 StGB eine Handelsgesellschaft ist (Tiedemann aaO vor § 283 Rdn. 80; Hoyer aaO § 283 Rdn. 103; Radtke aaO vor § 283 Rdn. 55; Labsch wistra 1985, 1, 6 ff.; jew. m. w. N.). Dieser Kritik ist zuzugeben, dass die in § 283 StGB aufgezählten Bankrott-handlungen ganz überwiegend dem wirtschaftlichen Interesse der Gesellschaft widersprechen und der vom Gesetzgeber intendierte Gläubigerschutz in der wirtschaftlichen Krise insbesondere von Kapitalgesellschaften bei Anwendung der Interessentheorie weitgehend leerläuft. Besonders augenfällig wird dies in Fällen der Ein-Mann-GmbH, in denen der Gesellschafter/Geschäftsführer der Gesellschaft angesichts der drohenden Insolvenz zur Benachteiligung der Gläubiger Vermögen entzieht und auf seine privaten Konten umleitet, nach wirtschaftlicher Betrachtung also aus eigennützigem Motiven handelt. Nach der Interessentheorie ist er nicht des Bankrotts schuldig, obwohl er die Insolvenz gezielt herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 30, 127, 128 f.; kritisch dazu Tiedemann aaO vor § 283 Rdn. 80, 85).

[20] Während Einzelkaufleute in vergleichbaren Fällen regelmäßig wegen Bankrotts strafbar sind, entstehen so Strafbarkeitslücken für Vertreter oder Organe von Kapitalgesellschaften. Angesichts der besonderen Insolvenzanfälligkeit von in der Rechtsform der GmbH betriebenen Unternehmen wird der Schutzzweck der Insolvenzdelikte dadurch konterkariert (vgl. Hoyer aaO; Radtke aaO). Dies gilt insbesondere, wenn man die Interessenformel konsequent auch auf die Bankrott-handlungen anwendet, die die Verletzung von Buchführungs- oder Bilanzierungspflichten sanktionieren (§ 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB): Entfällt wegen des fehlenden Interesses der Gesellschaft die Bankrottstrafbarkeit, scheitert eine Verurteilung wegen Untreue regelmäßig am nicht festzustellenden oder nicht nachzuweisenden Vermögensschaden der Gesellschaft (vgl. Arloth NStZ 1990, 570, 572; Tiedemann aaO vor § 283 Rdn. 84). Über diese nicht gerechtfertigte Privilegierung von GmbH-Geschäftsführern gegenüber Einzelkaufleuten hinaus wird der Zweck der § 283

Abs. 1 Nr. 5-7, § 283b StGB unterlaufen, der Verstöße gegen Buchführungs- und Bilanzierungsvorschriften wegen der besonderen Gefahr von Fehleinschätzungen mit schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen als eigenständiges Unrecht erfassen will.

2. Zur Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung hinsichtlich der Interessentheorie

[21] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Interessentheorie bei Vertretern von Personengesellschaften für die praktisch relevanten Fälle, dass die Gesellschafter der Bankrotthandlung zustimmen (vgl. dazu Labsch wistra 1985, 1, 7), zudem nicht durchgehalten worden; ein Handeln, das aus wirtschaftlicher Sicht im vollständigen Widerstreit zu den Interessen der vertretenen Gesellschaft steht, soll etwa bei der Kommanditgesellschaft gleichwohl von dem durch das Einverständnis erweiterten Auftrag des Schuldners - also der Gesellschaft - gedeckt sein, wenn der Komplementär zustimmt (BGHSt 34, 221, 223 f.). Die Einschränkung der Interessentheorie sei insbesondere aus Gründen des Gläubigerschutzes geboten (BGHSt 34, 221, 224). Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof in der Folge auch auf Fälle der GmbH & Co. KG erstreckt, in denen der Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH die Bankrotthandlungen mit Zustimmung der Gesellschafter dieser Kapitalgesellschaft und damit der Komplementärin vorgenommen hatte (BGH wistra 1989, 264, 267; aA BGH wistra 1984, 71; JR 1988, 254, 255 f. m. abl. Anm. Gössel; offen gelassen von BGH NJW 1992, 250, 252). Der Gläubigerschutz hat aber bei den in der Rechtsform der GmbH betriebenen Gesellschaften kein geringeres Gewicht als bei Personengesellschaften oder insbesondere der Mischform der GmbH & Co. KG, so dass mit dieser Argumentation nicht nachvollziehbar erscheint, warum die Zustimmung der Gesellschafter einer Komplementär-GmbH den Auftrag des Geschäftsführers erweitern kann, das Einverständnis der Gesellschafter bei einer reinen Kapitalgesellschaft für die Frage, ob der Geschäftsführer als Organ oder im Auftrag der Gesellschaft handelt, hingegen bedeutungslos sein soll.

3. Vorschlag für eine neue Rechtsprechung zur Aufgabe der Interessentheorie

[22] Der Senat neigt deshalb dazu, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit eines Vertreters wegen Bankrotts abzuweichen und die Abgrenzung zwischen den Insolvenzdelikten der §§ 283 ff. StGB und insbesondere der Untreue

nach § 266 StGB, aber auch den Eigentumsdelikten gemäß §§ 242, 246 StGB nicht mehr nach der Interessenformel vorzunehmen, zumal das Abstellen auf das Interesse des Vertretenen und damit auf ein subjektives Element vom Wortlaut des § 14 StGB nicht gefordert wird (Arloth NStZ 1990, 570, 574).

[23] Es erscheint vielmehr geboten, für die Zurechnung der Schuldnerereignischaft im Sinne der §§ 283 ff. StGB maßgeblich daran anzuknüpfen, ob der Vertreter im Sinne des § 14 StGB im Geschäftskreis des Vertretenen tätig geworden ist. Dies wird bei rechtsgeschäftlichem Handeln zu bejahen sein, wenn der Vertreter entweder im Namen des Vertretenen auftritt oder letzteren wegen der bestehenden Vertretungsmacht jedenfalls im Außenverhältnis die Rechtswirkungen des Geschäfts unmittelbar treffen (Labsch wistra 1985, 59, 60). Gleiches gilt, wenn sich der Vertretene zur Erfüllung seiner außerstrafrechtlichen, aber gleichwohl strafbewehrten Pflichten (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 5-7 StGB) eines Vertreters bedient (Tiedemann aaO vor § 284 Rdn. 84, Lenckner/Perron aaO; Radtke aaO; Arloth NStZ 1990, 570, 572; Winkelbauer JR 1988, 33, 34). Bei faktischem Handeln muss die Zustimmung des Vertretenen - unabhängig von der Rechtsform, in der dieser agiert - ebenfalls dazu führen, dass der Vertreter in seinem Auftrag handelt und ihm die Schuldnerstellung zugerechnet wird (Radtke aaO; Hoyer aaO § 283 Rdn. 106).

[24] Bei Beachtung dieser Grundsätze kann die trotz gleichartiger Verhaltensweisen mit der Interessentheorie verbundene Ungleichbehandlung zwischen Einzelkaufleuten und GmbH-Geschäftsführern ebenso vermieden werden (vgl. Radtke aaO), wie Strafbarkeitslücken bei Verstoß gegen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten, wodurch der Gläubigerschutz verbessert wird. Soweit der Vertreter eigennützig handelt, wird häufiger als bisher eine Verurteilung wegen Bankrotts in Tateinheit mit Untreue oder einem Eigentumsdelikt in Betracht kommen, insbesondere wenn die Zustimmung der Gesellschafter (oder des alleinigen Gesellschafters/Geschäftsführers) einer GmbH wegen des damit verbundenen existenzgefährdenden Eingriffs in das Gesellschaftsvermögen kein tatbestandsausschließendes Einverständnis mit der nachteiligen Vermögensverfügung darstellt (vgl. BGHSt 35, 333; 49, 147, 158; BGH wistra 2003, 457, 460; 2006, 265). Dieses Ergebnis ist jedoch gerechtfertigt, weil in diesen Fällen durch dieselbe Handlung unterschiedliche Rechtsgüter - der Schutz der Gläubiger einerseits und das Vermögen bzw. das Eigentum der Gesellschaft andererseits - beeinträchtigt werden.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Zugang zu öffentlicher Einrichtung**

OVG SAARLOUIS, BESCHLUSS VOM 18.02.2009
3 B 33/09 (NVwZ-RR 2009, 533)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall beehrte ein NPD-Ortsverband Zugang zu einer gemeindlichen Festhalle. Die Gemeinde lehnte ab, weil verfassungsfeindliche Parteien keinen Zugangsanspruch hätten und die Festhalle nur Veranstaltungen mit örtlichem Bezug offenstehe, die NPD aber plane, auswärtige Redner und Besucher zu ihrer Veranstaltung zuzulassen.

A. Die Entscheidung ist zunächst hinsichtlich der Zulässigkeit des gestellten Eilantrags interessant, weil nicht der veranstaltende NPD-Ortsverband selbst, sondern der NPD-Landesverband den Anspruch einklagte. Das OVG Saarlouis hält dies wegen für zulässig. Das Gericht erblickt darin einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft als Ausnahme vom Grundsatz des § 42 II VwGO, wonach eigene Rechte geltend zu machen sind. Nach § 3 S. 2 PartG soll ein Landesverband einer Partei selbst dann Rechte eines Ortsverbandes in eigenem Namen geltend machen dürfen, wenn der Ortsverband selbst beteiligtenfähig wäre (hier über § 61 Nr. 2 VwGO als nichtrechtsfähige Vereinigung, der über § 19 I, III SaarlKSVG eigene Rechte zustehen können).

B. Materiell entkräftet das OVG Saarlouis zunächst den Einwand, die NPD sei verfassungswidrig. Diese Feststellung könne nach Art. 21 II 2 GG nur das BVerfG treffen. Fehle es an einer konstitutiven Entscheidung des BVerfG, könne nicht eine Gemeinde durch einen Ratsbeschluss das Entscheidungsmonopol des BVerfG aushöhlen.

Ferner lässt das Gericht i.E. offen, ob der den Einwohnern nach den Gemeindeordnungen der Länder zustehende Anspruch auf Benutzung der öffentlichen Einrichtungen einer Gemeinde (hier: § 19 SaarlKSVG, zu den Parallelvorschriften der übrigen Länder vgl. die Falllösung) dadurch beschränkt werden kann, dass faktisch nur Veranstaltungen zugelassen werden, die ausschließlich regionalen Bezug haben. Grundsätzlich tendiert das Gericht aber dazu, dass es Sache des Veranstalters sei, wie er seine Veranstaltung abhalte und wem er Zugang gewähre; es genüge für einen Zugangsanspruch m.a.W. jedenfalls grundsätzlich, d.h. in Ermangelung einer ausdrücklichen anderweitigen Regelung (etwa in einer Benutzungsordnung), dass der

Anspruchsteller selbst Einwohner der Gemeinde ist.

Prüfungsrelevanz:

Das Verbot von rechtsgerichteten Versammlungen ist mittlerweile ein echter Prüfungsklassiker, dem die Praxis regelmäßig neue Nahrung bietet. Hier ist einmal nicht eine (erlaubnisfreie) Versammlung verboten, sondern eine erlaubnispflichtige Versammlung durch Nichterteilung der Erlaubnis vereitelt worden. Das Problem des Art. 21 II 2 GG präsentiert sich dadurch in anderem Gewand, ohne dass sich inhaltlich etwas am Entscheidungsmonopol des BVerfG ändert.

Der Fall ist nach Landesrecht des Saarlandes gelöst, lässt sich jedoch 1:1 auf die anderen Bundesländer übertragen, weil deren Kommunalverfassungen, soweit es um Landesrecht geht, identische Bestimmungen enthalten. Die eingebauten VwGO-Probleme der Klage- bzw. Antragsbefugnis und der Vorwegnahme der Hauptsache sind selbstverständlich ohnehin landesübergreifend gleich.

Vertiefungshinweise:

Versammlung eines ortsansässigen Veranstalters mit ortsfremden Besuchern: *OVG Münster*, NJW 1976, 820

Kontenündigung bei der NPD: *BGH*, RA 2003, 485 = DVBl 2003, 942

NPD-Verbotsverfahren: *BVerfG*, RA 2003, 141 = NVwZ 2003, 1249

Zugang zu öffentlicher Einrichtung: *VG Düsseldorf*, RA 2004, 3 = NWVBl 2004, 33; *VG München*, RA 1999, 656 = NVwZ 1999, 1122

Zur Unterscheidung zwischen Gleichbehandlungsansprüchen allein auf kommunalrechtlicher Grundlage einerseits und aus § 5 I 1 PartG andererseits: *OVG Lüneburg*, NordÖR 2007, 164

Verbot rechtsgerichteter Versammlungen: *BVerfG*, RA 2004, RA 2004, 613 = NJW 2004, 1618; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG Münster*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584

Kursprogramm:

Examenskurs : "Waffen-SS"

Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze:

1. Da die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit und Auflösung einer Partei allein dem BVerfG obliegt, ist der Rat einer Gemeinde oder deren Bürgermeister gehindert, eine Partei aus eigener Zuständigkeit als verfassungswidrig einzustufen und aus diesem Grund von der Benutzung gemeindlicher Einrichtungen auszuschließen.

2. Wenn der faktischen Nutzung einer gemeindlichen Festhalle in der Vergangenheit eine Begrenzung des Widmungszwecks auf Veranstaltungen mit rein örtlichem Charakter entnommen werden soll, bedarf es verlässlicher und nachvollziehbarer Kriterien in der Verwaltungspraxis, anhand derer die Abgrenzung zwischen Veranstaltungen örtlichen Charakters und solchen mit überörtlichem Charakter erfolgt.

Sachverhalt:

Die Stadt Sch. (im Folgenden: Antragsgegnerin - Ag.) betreibt in Form eines Eigenbetriebes eine der Allgemeinheit zugängliche Festhalle. Zur Vergabe der Halle an politische Parteien hatte der Rat der Ag. am 11.12.2007 folgendes beschlossen:

“In die über die Nutzung der Festhalle abzuschließenden Verträge ist folgende Klausel aufzunehmen: Die Nutzung der Festhalle schließt rechtsextreme, rassistische oder antidemokratische Inhalte und Ziele aus. Die Würde des Menschen darf weder in Wort noch Schrift oder durch Symbole verächtlich gemacht werden, die im Geist verfassungsfeindlicher oder verfassungswidriger Organisationen stehen oder diese repräsentieren”.

Der Ortsverband Sch. der NPD beantragte formell ordnungsgemäß am 5.1.2009 bei der Ag. die Überlassung der Festhalle für den kommenden Aschermittwoch (25.2.2009) zur Durchführung einer Parteiveranstaltung. Dies lehnte die Ag. unter Hinweis auf ihren Ratsbeschluss vom 11.12.2007 ab. Die NPD verfolge rechtsextreme, rassistische und antidemokratische Ziele. Zudem seien - was zutrifft - als potenzielle Besucher und Redner der NPD-Veranstaltung nicht nur ortsansässige, sondern überwiegend ortsfremde Personen vorgesehen. Der Widmungszweck der Festhalle sei aber auf Veranstaltungen mit Ortsbezug beschränkt. Dies ergebe sich aus einer Veranstaltungsliste des Vorjahres. Tatsächlich fanden im Jahr 2008 nur Veranstaltungen mit regional-örtlichem Charakter in der Halle statt.

Die ASt., der NPD-Landesverband Saarland, verweist demgegenüber darauf, dass sie eine demokratische Partei sei. Hinsichtlich des fehlenden Ortsbezuges macht sie geltend, ihr Zugang begehrender Ortsverband sei ortsansässig, und dieser dürfe schließlich selbst entscheiden, welche Redner und Besucher er zulasse.

Die ASt. wendet sich am 17.2.2009 an das Verwaltungsgericht und möchte dort im Wege des Eilantrags erreichen, dass ihr Ortsverband Sch. die Halle wie geplant nutzen kann. Ihrem Antrag fügt sie eine eidesstattliche Versicherung über die von ihr behaupteten Tatsachen bei.

Hat ihr entsprechender Antrag Erfolg?

[Anm.: Der Fall ist im Original nach Landesrecht des Saarlandes gelöst. Der einschlägige § 19 des Kommunal selbstverwaltungsgesetzes des Saarlandes (KSVG) lautet auszugsweise:

§ 19 Rechte und Pflichten der Einwohnerinnen und Einwohner

(1) Die Einwohnerinnen und Einwohner sind im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen und verpflichtet, zu den Gemeindelasten beizutragen. [...]

(3) Die Vorschriften gelten entsprechend für juristische Personen und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen.]

Lösung:

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

A. Zulässigkeit**I. Verwaltungsrechtsweg**

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs richtet sich mangels aufdrängender Sonderzuweisungen nach der Generalklausel des § 40 I 1 VwGO. Diese fordert eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Öffentlich-rechtlich ist die Streitigkeit, wenn der Streitgegenstand sich nach öffentlich-rechtlichen Normen beurteilt, also solchen, die zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Als streitentscheidende Norm in diesem Sinne kommt hier § 19 I KSVG in Betracht, der mit der Gemeinde zwingend einen Hoheitsträger verpflichtet.

Soweit beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen - eine solche stellt die der Allgemeinheit gewidmete Festhalle dar - mit der sog. “Zwei-Stufen-Theorie” zwischen dem “Ob” und dem “Wie” des Zugangs unterschieden wird, ergibt sich vorliegend nichts anderes. Zwar mag das “Wie” grundsätzlich auch nach zivilrechtlichen Regeln abgewickelt werden können. Auch mag die Tatsache, dass der Rat der Ag. am 11.12.2007 eine Regelung bzgl. der Nutzungsverträge getroffen hat, das “Wie” hier tatsächlich vertraglich und damit zivilrechtlich ausgestaltet sein; beim hier in Rede stehenden Anspruch geht es aber um das stets

öffentlich-rechtliche "Ob" des Zugangs. Der Zulassungsanspruch wird hier insgesamt abgelehnt und nicht nur von bestimmten Nutzungsregelungen abhängig gemacht.

Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, abdrängende Sonderzuweisungen sind ebenfalls nicht ersichtlich.

II. Statthaftigkeit

Die Statthaftigkeit des Antrags im vorläufigen Rechtsschutz richtet sich gem. §§ 122, 88 VwGO nach dem Antragsbegehren. Ist dieses in der Hauptsache auf eine Anfechtungsklage gerichtet, entspricht dem im vorläufigen Rechtsschutz ein Antrag nach §§ 80 V, 80a VwGO. Dieser ist gegenüber der einstweiligen Anordnung nach § 123 I VwGO gem. § 123 V VwGO vorrangig. Hier könnte zwar die ASt. den ablehnenden Bescheid der Ag. - einen belastenden Verwaltungsakt i.S.d. § 42 I VwGO - anfechten; damit wäre ihrem auf Zugang gerichteten Begehren aber nicht entsprochen. Sie erstrebt vielmehr eine positive Bewilligungsentcheidung, auf die in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I, 2. Fall VwGO zu erheben wäre. Dieser entspricht im vorläufigen Rechtsschutz ein Antrag nach § 123 I VwGO, hier in Gestalt der Regeleungsanordnung nach § 123 I 2 VwGO, da es der ASt. um eine Erweiterung ihres Rechtskreises geht.

III. Antragsbefugnis

Fraglich ist die Antragsbefugnis der ASt. analog § 42 II VwGO. Diese setzt voraus, dass sie ein subjektiv-öffentliches Recht, hier also einen Anspruch auf Zugang zur Festhalle der Ag., geltend machen kann.

1. Subjektives Recht aus § 19 I, III KSVG

Vorliegend könnte sich ein solcher Anspruch aus § 19 I KSVG ergeben. Zwar gilt dieser zunächst nur für Einwohnerinnen und Einwohner; allerdings erklärt § 19 III KSVG den Zugangsanspruch explizit auf juristische Personen und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen für entsprechend anwendbar. Eine juristische Person oder nicht rechtsfähige Personenvereinigung entspricht einem Einwohner, wenn sie ihrerseits ortsansässig ist. Dies ist für den Ortsverband Sch. der NPD der Fall, nicht allerdings für die ASt. als NPD-Landesverband Saarland. Andere eigene subjektiv-öffentliche Rechte der ASt. sind auch nicht ersichtlich.

2. Gesetzliche Prozessstandschaft

Durch die Pflicht zur Geltendmachung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte sollen sog. Popularklagen verhindert werden, mit denen prozessstandschaftlich fremde Rechte eingeklagt werden. § 42 II VwGO fordert die Geltendmachung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte allerdings nur, "sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist". Somit ist die gesetzliche Pro-

zessstandschaft, mit der fremde Rechte im eigenen Namen eingeklagt werden - im Unterschied zur gewillkürten Prozessstandschaft - zulässig. Einen solchen Fall sieht das OVG hier in § 3 S. 2 PartG:

"Mit dem VG und der von ihm angeführten Entscheidung des OVG Hamburg (NordÖR 2003, 67) ist zunächst davon auszugehen, dass der Ast. als Landesverband Saarland der NPD unter den Voraussetzungen des § 3 S. 2 PartG in gesetzlicher Prozessstandschaft im eigenen Namen für seinen Ortsverband Sch. auch dann öffentlich-rechtliche Ansprüche gerichtlich geltend machen darf, wenn dieser Ortsverband selbst gem. § 61 Nr. 2 VwGO beteiligungsfähig sein sollte (vgl. zur Beteiligungsfähigkeit des Ortsverbandes einer politischen Partei jedenfalls in einem Streit um eine straßenrechtliche Sondererlaubnis für Wahlsichtwerbung: OVG Saarlouis, NVwZ-RR 1999, 218 = DÖV 1998, 1013)."

Ein Landesverband wie die ASt. ist ein "Gebietsverband der höchsten Stufe" einer Partei. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Satzung der NPD die Geltendmachung der Rechte der Ortsverbände durch den jeweiligen Landesverband ausschließt. Somit liegen die Voraussetzungen einer gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 3 S. 2 PartG vor. Die ASt. ist antragsbefugt.

IV. Antragsgegner

Im vorläufigen Rechtsschutz ist der richtige Antragsgegner stets der Beklagte der Hauptsache. Die hier in der Hauptsache zu erhebende Verpflichtungsklage wäre gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen die Rechtsträgerin, hier also die Ag. zu richten, die als Gemeinde eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, § 1 II KSVG.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die ASt. ist nach §§ 63 Nr.1, 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig, nach § 62 III VwGO durch ihren Vorstand auch prozessfähig. Für die Ag. ergibt sich die Beteiligtenfähigkeit aus § 63 Nr.2 i.V.m. 61 Nr. 1, 2. Fall VwGO, die Prozessfähigkeit aus § 62 III VwGO.

VII. Zwischenergebnis

Der Antrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, soweit die ASt. einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht hat, §§ 123 III VwGO i.V.m. 920 II ZPO.

I. Anordnungsanspruch

1. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt hier nur § 19 I, III

KSVG i.V.m. § 3 S. 2 PartG in Betracht.

[Anm.: § 19 KSVG entspricht folgenden Vorschriften in den anderen Bundesländern: Baden-Württemberg: § 10 II 4 GemO; Bayern: Art. 21 GO; Brandenburg: § 14 GO; Bremen: § 15 Verfassung für die Stadt Bremerhaven; Hessen: § 20 HGO; Niedersachsen: § 22 NGO; Nordrhein-Westfalen: § 8 GO NW; Mecklenburg-Vorpommern: § 14 KV; Rheinland-Pfalz: 14 GemO; Sachsen: § 10 SächsGemO; Sachsen-Anhalt: § 22 GO LSA; Schleswig-Holstein: § 18 GO; Thüringen: § 14 ThürKO.]

2. Tatbestand

§ 19 I KSVG bestimmt, dass Einwohnerinnen und Einwohner einer Gemeinde - und Gleiches gilt gem. Absatz 3 entsprechend für juristische Personen und nicht rechtsfähige Personenvereinigungen, die in der betreffenden Gemeinde ansässig sind - im Rahmen der bestehenden Vorschriften berechtigt sind, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu nutzen.

a. Einwohner

Wie bereits unter der Antragsbefugnis ausgeführt, stellt der Ortsverband Sch. der ASt. eine Personenvereinigung dar, die ortsansässig ist und daher wie ein Einwohner über § 19 III KSVG den Zugangsanspruch nach § 19 I KSVG geltend machen kann. Wie ebenfalls bereits unter der Antragsbefugnis ausgeführt, ist die ASt. über § 3 S. 2 PartG berechtigt, diesen fremden Anspruch im Wege der gesetzlichen Prozessstandshaft in eigenem Namen geltend zu machen.

b. Öffentliche Einrichtung

Wie bereits zum Verwaltungsrechtsweg ausgeführt, ist die Festhalle Kraft ihrer Widmung für die Einwohner eine öffentliche Einrichtung i.S.d. § 19 I KSVG.

Fraglich ist jedoch, ob mit der vom Ortsverband Sch. der ASt. angestrebten Nutzung der Widmungszweck überschritten wird. Der Widmungszweck eröffnet und beschränkt gleichzeitig die Nutzung der öffentlichen Einrichtung durch die Einwohner; nur im Rahmen ihrer Widmung ist die Einrichtung überhaupt eine "öffentliche". Die Ag. führt an, der Widmungszweck sei auf Veranstaltungen mit regionalem Bezug beschränkt. Das OVG Saarlouis tritt dem jedoch entgegen:

"Ein förmlicher Widmungsakt oder eine Benutzungsordnung, die näheren Aufschluss über die Zweckbestimmung der Festhalle Sch. geben könnten, hat die Ag. im vorliegenden Verfahren nicht vorgelegt. [...] Eine andere Frage ist, ob sich der faktischen Handhabung der Hallennutzung eine Beschränkung auf Veranstaltungen rein örtlichen Charakters entnehmen lässt und wie dieser örtliche Charakter im Gegensatz etwa zu Veranstaltungen überörtlichen Charakters durch

einheitliche Verwaltungspraxis verlässlich und nachvollziehbar abgegrenzt wird. Zwar deuten die [...] Angaben über die Belegung der Festhalle Sch. im Jahr 2008 darauf hin, dass diese Halle in der Tat zumindest überwiegend für Veranstaltungen mit rein örtlichem Bezug genutzt wird. [...] Insoweit ist freilich darauf zu verweisen, dass es sich bei der derjenigen Vereinigung, die die Überlassung der Halle begehrt, um den in Sch. ansässigen Ortsverband der NPD handelt. [...] Hiernach kann die Veranstaltung, die am kommenden Aschermittwoch in der Festhalle Sch. stattfinden soll, nicht schon deshalb als außerhalb des Widmungszweckes dieser Halle liegende überörtliche Veranstaltung eingestuft werden, weil an ihr Redner teilnehmen sollen, die nicht in Sch. [...] wohnen, und weil Besucher von auswärts anreisen wollen. Es ist örtlichen Gruppierungen von Parteien, die um Mitglieder oder Wähler werben, unbenommen, ihre Veranstaltungen durch Redner von außerhalb "aufzuwerten", wenn sie sich dadurch eine größere Attraktivität versprechen. Das vermittelt der betreffenden Veranstaltung noch keinen überörtlichen Charakter (vgl. in diesem Zusammenhang auch: OVG Münster, NJW 1976, 820, wonach einem Veranstalter, der seinen Sitz in der Gemeinde hat, auch dann ein Anspruch aus § 18 II NWGO auf Benutzung einer öffentlichen Einrichtung zusteht, wenn die Besucher der Veranstaltung auch Ortsfremde sind)."

c. Im Rahmen der bestehenden Vorschriften

Fraglich bleibt, ob der Ortsverband Sch. der NPD mit der von ihm geplanten Nutzung gegen bestehende Vorschriften verstößt. Ein solcher Verstoß könnte hier gegen den Ratsbeschluss vom 11.12.2007 vorliegen, mit dem der Rat der Ag. die Verfolgung "rechtsextremer, rassistischer und antidemokratischer Inhalte und Ziele" als Nutzungszweck ausgeschlossen hat. Der Rat ist für die Regelung der Benutzung zuständig. Er hat dabei einen weiten Gestaltungsspielraum (BayVGh, NJW 1985, 1663).

aa. Verbotsvorschrift

Zweifelhaft ist jedoch schon, ob dieser Ratsbeschluss überhaupt das hier in Rede stehende "Ob" der Benutzung der Festhalle betrifft. Hierzu das OVG Saarlouis: "[Fraglich ist], ob der betreffende Stadtratsbeschluss vom 11.12.2007 von seinem Inhalt her wirklich als Grundlage für die Ablehnung der Überlassung gemeindlicher Einrichtungen an nicht verbotene politische Parteien angeführt werden kann. Denn nach seinem Wortlaut betrifft er die Aufnahme folgenden Nutzungszweckes in Verträge im Zusammenhang mit der Überlassung gemeindlicher Einrichtungen" und fordert die Aufnahme nachstehender Klausel in diese Nutzungsverträge: "Die Nutzung schließt rechtsextreme, rassistische oder antidemokratische Inhalte und

Ziele aus. Die Würde des Menschen darf weder in Wort noch Schrift oder durch Symbole verächtlich gemacht werden, die im Geist verfassungsfeindlicher oder verfassungswidriger Organisationen stehen oder diese repräsentieren“.

Das deutet mit Gewicht darauf hin, dass der in Rede stehende Stadtratsbeschluss nicht die Ebene der Entscheidung über das “Ob” der Überlassung gemeindlicher Einrichtungen, sondern die Ebene des “Wie”, das heißt die Ausgestaltung des Nutzungsverhältnisses betrifft.”

bb. Verstoß

Letztlich könnte diese Frage aber dahinstehen, wenn durch die begehrte Nutzung jedenfalls kein Verstoß gegen den Ratsbeschluss vorliege. Das OVG Saarlouis verneint einen solchen unter Hinweis auf Art. 21 II 2 GG:

“Es steht vorliegend außer Frage, dass der ast. Landesverband und auch der Ortsverband Sch. der NPD, der sich vorliegend um die Überlassung der Festhalle Sch. bemüht, Untergliederungen einer bislang nicht verbotenen politischen Partei sind und von daher im Grundsatz die durch die vorgenannten Bestimmungen gewährleistete Gleichbehandlung einfordern können. Dem kann nicht - wie im Ablehnungsbescheid vom 7. 1. 2009 geschehen - mit Erfolg entgegengehalten werden, auf der Grundlage eines Stadtratsbeschlusses vom 11. 12. 2007 komme die Überlassung gemeindlicher Einrichtungen dann nicht in Betracht, wenn mit der Nutzung rechtsextreme, rassistische oder antidemokratische Inhalte und Ziele verbunden seien. [...]

Auch wenn der Stadtratsbeschluss vom 11. 12. 2007 dahingehend zu verstehen sein sollte, dass er schon die Überlassung gemeindlicher Einrichtungen an Parteien hindern soll, die nach Einschätzung [...] der Ag. rechtsextreme, rassistische oder antidemokratische Inhalte verbreiten bzw. solche Ziele verfolgen, [...] rechtfertigt das keine andere Beurteilung. Insoweit ist darauf zu verweisen, dass nach gesicherter Rechtsprechung (vgl. nur BVerwG, NJW 1990, 134) die Entscheidung über die Verfassungswidrigkeit und Auflösung einer Partei allein dem BVerfG obliegt (Art. 21 II GG). Von daher ist die Ag. rechtlich gehindert, die NPD aus eigener Zuständigkeit als verfassungswidrig anzusehen und aus diesem Grund von der Benutzung gemeindlicher Einrichtungen auszuschließen. Anders gewendet: Solange die NPD nicht durch das BVerfG verboten ist, [...] darf sie nicht wegen Verstoßes gegen Verfassungsrecht generell von der Benutzung gemeindlicher Einrichtungen ausgeschlossen werden, wenn sie die Zulassungsvoraussetzungen des § 19 KSVG im Übrigen erfüllt.“

3. Rechtsfolge

Liegen wie hier die tatbestandlichen Voraussetzungen

vor, gewährt § 19 I KSVG einen gebundenen Anspruch auf Zugang zur öffentlichen Einrichtung. Ein Anordnungsanspruch

II. Anordnungsgrund

Den Anordnungsgrund sieht das OVG Saarlouis im besonderen Eilinteresse:

“Ist danach für das vorliegende Antragsverfahren mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einem Anordnungsanspruch auf vorläufige Überlassung der Halle auszugehen, so ist ferner ein Anordnungsgrund anzuerkennen. Denn in Anbetracht des Umstandes, dass die umstrittene Veranstaltung, die mittels Überlassung der Halle durchgeführt werden soll, bereits am 25. 2. 2009, das heißt in gut einer Woche stattfinden soll, liegt es auf der Hand, dass der Ast. bzw. der Ortsverband Sch. nicht auf die Verfolgung des erhobenen Überlassungsanspruches im Hauptsacheverfahren verwiesen werden kann.”

III. Glaubhaftmachung

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund müssen glaubhaft gemacht werden, §§ 123 III VwGO, 920 II ZPO. Dazu genügt gem. § 294 ZPO eine eidesstattliche Versicherung, wie sie die ASt. ihrem Antrag beigefügt hat.

IV. Ermessen des Gerichts

Gem. §§ 123 III VwGO, 938 ZPO steht es im Ermessen des Gerichts, welche Anordnung es erlässt. Dieses Auswahlermessen darf jedoch grds. nicht zu einer Vorwegnahme der Hauptsache überspannt werden. Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren sind die Tatsachen lediglich glaubhaft gemacht worden. Sie stehen somit nicht mit gleicher Sicherheit fest wie im Hauptsacheverfahren, wo sie erwiesen sein müssen und ihnen ggf. im Wege der Amtsermittlung nachzugehen ist, § 86 I VwGO. Hinzu kommt die Eile, unter der das vorläufige Rechtsschutzverfahren regelmäßig steht. Das mit den Unsicherheiten einer summarischen Prüfung behaftete vorläufige Rechtsschutzverfahren darf m.a.W. nicht durch eine Vorwegnahme der Hauptsache dazu führen, dass diese obsolet wird.

Hier wäre auch im Hauptsacheverfahren ein Antrag auf Bewilligung des Zugangs zur Festhalle zu stellen. Der Beschluss im vorläufigen Rechtsschutz würde also zu einer Vorwegnahme der Hauptsache führen. Allerdings ist selbige hier unausweichlich. Selbst wenn man den Antrag nach dem zuvor Gesagten nun ablehnen würde, würde die Hauptsache infolge Zeitablaufs auch obsolet, denn sie könnte vor dem angestrebten Termin am Aschermittwoch nicht mehr durchgeführt werden. Eine Ablehnung des Antrags käme somit einer Versagung des Rechtsschutzes insgesamt gleich. Dies wäre wiederum mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG nicht

vereinbar. Daher ist eine Vorwegnahme der Hauptsache jedenfalls dann zulässig, wenn - wie hier - ansonsten die Versagung des Rechtsschutzes insgesamt die Folge wäre (BVerfGE 79, 69 [77 f.]; NJW 1995, 950 [951]; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 123 Rn 15 m.w.N.).

[Anm.: Das OVG Saarlouis hat von der ihm im Rahmen des Ermessens nach §§ 123 III VwGO, 938 ZPO grds. auch zustehenden Möglichkeit, die Modalitäten des Zugangs (das "Wie") zu regeln, keinen Gebrauch gemacht. Weil der Sachverhalt hierzu keinen Anlass bietet, sollte auch im Gutachten darauf nicht eingegangen werden. Das Gericht stellt lediglich kurz fest: "Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang, dass der

Umfang des zuerkannten Anordnungsanspruches das "Ob" der Hallenüberlassung betrifft und dass der Senat insoweit davon ausgeht, dass sich der offenbar abzuschließende Nutzungs- bzw. Überlassungsvertrag unter Beachtung des Gleichbehandlungsanspruchs inhaltlich an den mit anderen Parteien für vergleichbare Zwecke geschlossenen Verträgen orientieren wird.]

C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und begründet, er hat Erfolg. Das Gericht wird die Ag. im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Ortsverband Sch. der NPD die Festhalle am Aschermittwoch für die geplante Parteiveranstaltung zu überlassen.

Standort: Zivilrecht

Problem: Gegenläufige betriebliche Übung

BAG, URTEIL VOM 18.03.2009

10 AZR 281/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Die Bekl. ist Arbeitgeberin des Kl.. Die Bekl. hat seit Aufnahme des Arbeitsverhältnisses jährlich ein Weihnachtsgeld in Höhe eines dreizehnten Gehalts, jeweils im Dezember, ausbezahlt. In den Jahren 2002 - 2005 wurde das Weihnachtsgeld gestaffelt ausbezahlt, d.h. anteilig von November bis Januar einschließlich. Die jeweiligen Lohnabrechnungen sämtlicher Arbeitnehmer wurden in diesen Jahren um einen handschriftlichen Vermerk ergänzt: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ Im Jahr 2006 blieb das Weihnachtsgeld vollständig aus.

Der Kl. begehrt nunmehr die Zahlung des Weihnachtsgeldes aus dem Jahr 2006. Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Bekl., soweit für die Revision von Interesse, zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. die Abweisung der Klage. Der Kl. beantragt, die Revision der Bekl. zurückzuweisen.

Die Revision der Bekl. hat keinen Erfolg.

Prüfungsrelevanz:

Das BAG hat sich in dieser Entscheidung mit der Frage auseinander gesetzt, inwieweit sich der Arbeitgeber von der betrieblichen Übung lösen kann.

Eine betriebliche Übung entsteht dann, wenn eine regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers vorliegt, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Dieses als Vertragsangebot zu wertende Verhal-

ten des Arbeitgebers wird von den Arbeitnehmern durch widerspruchslose Inanspruchnahme der Leistung angenommen. Der Zugang der Annahmeerklärung ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Durch die betriebliche Übung erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Eine betriebliche Übung ist für jeden Gegenstand vorstellbar, der arbeitsvertraglich in einer so allgemeinen Form geregelt werden kann (Senat 20.01.2004 - 9 AZR 43/03 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 65 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 5, zu B II 1 der Gründe). Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist jedoch nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (Senat 20.01.2004 - 9 AZR 43/03). Gewährt der Arbeitgeber mindestens drei Jahre eine Leistung (Weihnachtsgratifikation; Ruhegeld), entsteht auch ohne eine ausdrückliche Regelung aus diesem als Willenserklärung zu wertenden Verhalten, das vom Arbeitnehmer konkludent unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung gem. § 151 BGB angenommen wird, ein Anspruch in den Folgejahren (sog. Vertragstheorie, Palandt-Heinrichs, BGB, Einf. vor § 611 Rn 14). Weil die Bekl. in den Jahren 1971 bis 2001 das Weihnachtsgeld vorbehaltlos gezahlt hat, war durch betriebliche Übung ein Zahlungsanspruch auch für das Jahr 2006 entstanden.

Es war nun die Frage zu klären, ob der Anspruch durch eine gegenläufige betriebliche Übung wieder erlischt. Die Bekl. versah in den Jahren 2002-2003 die jeweiligen durch die Weihnachtsgeldzahlung betroffenen Lohnabrechnungen mit einem Freiwilligkeitsvorbehalt. Da dieser Vermerk für eine Vielzahl von Verträgen genutzt wurde und vorformuliert war, handelte

es sich um eine AGB gem. § 305 I BGB. Nach der früheren Rechtsprechung des BAG konnte durch eine sog. gegenläufige betriebliche Übung die Wirkung einer betrieblichen Übung wieder aufgehoben werden (Vgl. Senat 26.03.1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38). Der erkennende Senat hat dies bei Gratifikationszahlungen dann angenommen, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, die Zahlung der Gratifikation sei eine freiwillige Leistung, auf die zukünftig kein Rechtsanspruch bestehe, und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widersprochen haben. Aufgrund der dadurch zustande gekommenen konkludenten Vereinbarung sei der Arbeitgeber nicht mehr zur Zahlung der Gratifikation verpflichtet. Durch die dreimalige widerspruchslose Annahme einer ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation schaffe der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand. Dieser habe aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers keine Veranlassung, eine ausdrückliche Änderung der vertraglichen Abrede herbeizuführen.

Diese Rechtsprechung erhält das BAG nunmehr nicht mehr aufrecht. Ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Gratifikation kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abrede unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden, nicht aber durch eine gegenläufige betriebliche Übung (BAG 24.11.2004 - 10 AZR 202/04 - BAGE 113, 29). Dogmatisch ergab sich dies aus einem Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB. Der Freiwilligkeitsvermerk ist ein Klausel i.S.v. § 305 I BGB, weil sie für eine Vielzahl von Verträgen verwendet wurde und vorformuliert war. Ausprägung dieses Klauselverbots ist, dass dem Schweigen im Rechtsverkehr grundsätzlich kein Erklärungswert zukommt. Von diesem Grundsatz soll nur ausnahmsweise abgewichen werden (Palandt-Heinrichs, BGB, § 308 Rn 25). Genau dies wäre nach der gegenläufigen betrieblichen Übung jedoch der Fall, weil die Hinnahme des Arbeitnehmers in diesen Fällen aus Zustimmung gewertet würde, ohne dass ein Ausnahmetatbestand ersichtlich war.

Weil eine dreimalige vorbehaltlose Gratifikationszahlung den Arbeitgeber vertraglich zur Leistung verpflichtet, kann er einen nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation ebenso wie einen im Arbeitsvertrag geregelten Gratifikationsanspruch nur durch Kündigung oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer unter Vorbehalt stellen, verschlechtern oder beseitigen. Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch ist kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit. Der Arbeitgeber kann ihn daher

im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch des Arbeitnehmers nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen (vgl. Henssler FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 683, 706; ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 225).

Die Erwägungen des BAG zum Verstoß gegen § 308 Nr. 5 BGB sind nachvollziehbar und überzeugen im Ergebnis. Allerdings äußert sich der erkennende Senat zu einer wesentlichen Frage (leider) nicht.

Es bleibt offen, wie der Senat die Einbeziehung der Klausel gem. § 305 II BGB rechtfertigt. Entgegen dem Wortlaut der Norm ist die Einbeziehung auch in einen bereits geschlossenen Vertrag möglich (MünchKomm - Basedow, BGB § 305 Rn 75). Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Klausel eine Benachteiligung zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders beinhaltet. Dass führt dazu, dass dieser sich ausdrücklich mit der Einbeziehung der Klausel einverstanden erklären muss (KG NJW-RR 1994, 1265; Palandt-Heinrichs, BGB, § 305 Rn 47); genau dies war hier nicht geschehen, so dass durchaus Zweifel bestehen, ob die Klausel nicht bereits aus diesem Grunde unbeachtlich ist, §§ 306 I, II BGB.

Vertiefungshinweise:

□ Zur betrieblichen Übung: *Block*, ZTR 1990, 229; *Schauer*, ZAS 1987, 73; *Hromadka*, NZA 1984, 241; *Steinwedel*, DB 1963, 1572

Leitsätze

1. Hat ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer jahrelang vorbehaltlos Weihnachtsgeld gezahlt, wird der Anspruch des Arbeitnehmers auf Weihnachtsgeld aus betrieblicher Übung nicht dadurch aufgehoben, dass der Arbeitgeber später bei der Leistung des Weihnachtsgeldes erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch, und der Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widerspricht.

2. Erklärt ein Arbeitgeber unmissverständlich, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Weihnachtsgeldzahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht, kann nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002 nach § 308 Nr 5 BGB eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme der Zahlung durch den Arbeitnehmer nicht mehr den Verlust des Anspruchs auf das Weihnachtsgeld bewirken (Aufgabe der Rechtsprechung zur gegenläufigen betrieblichen Übung, vgl. BAG 04.05.1999 - 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283; 26.03.1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 50 = EzA

BGB § 242 Betriebliche Übung Nr 38).**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten über Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 in Höhe von 1.354,08 Euro brutto.

Der Kl. ist seit dem 01.08.1971 bei der Bekl. als Spezialbaufacharbeiter gegen einen Stundenlohn iHv. zuletzt 14,56 Euro brutto beschäftigt. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde zwischen den Parteien abgeschlossen. In diesem Vertrag ist in § 12 festgelegt, dass Änderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen. Die nicht tarifgebundene Bekl. zahlte dem Kl. seit dem Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Jahr 2005 Weihnachtsgeld. Dieses erhielten der Kl. und die anderen Arbeitnehmer der Bekl. zunächst am Jahresende. Für die Jahre 2002 bis 2005 zahlte die Bekl. das Weihnachtsgeld jeweils in drei Raten. Die erste Rate leistete die Bekl. jeweils im November, die zweite Rate jeweils im Dezember und die dritte Rate jeweils im Januar des Folgejahres. Die Lohnabrechnungen der Bekl. enthielten für die Monate, in denen sie dem Kl. und ihren anderen Arbeitnehmern für die Jahre 2002 bis 2005 Weihnachtsgeldraten zahlte, jeweils den handschriftlichen Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“

Der Kl. ist der Ansicht, ihm stehe aufgrund betrieblicher Übung für das Jahr 2006 Weihnachtsgeld zu. Er habe einer abändernden betrieblichen Übung nicht zugestimmt, sondern mit einem anwaltlichen Schreiben vom 20.02.2002 dem Freiwilligkeitsvorbehalt in den Lohnabrechnungen ausdrücklich widersprochen. Die Bekl. meint, der Kl. habe keinen Anspruch auf Weihnachtsgeld für das Jahr 2006. Falls sie aus betrieblicher Übung zur Zahlung von Weihnachtsgeld verpflichtet gewesen sein sollte, sei diese Verpflichtung jedenfalls durch eine gegenläufige betriebliche Übung aufgehoben worden. Von ihren insgesamt 42 Arbeitnehmern habe auch nur der Kl. die Zahlung von Weihnachtsgeld für das Jahr 2006 geltend gemacht. Ein anwaltliches Schreiben des Kl. vom 20.02.2002 habe sie nicht erhalten.

Der Kl. begehrt Zahlung i.H.v. 1.354,08 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 01.12.2006 zu zahlen.

Zu Recht?

Lösung:

Der Kl. könnte für das Jahr 2006 einen Anspruch auf Zahlung von Weihnachtsgeld in Höhe von 1.354,08 Euro brutto nebst Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz haben.

A. Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgelds

Der Kl. könnte einen Anspruch auf Zahlung von Weihnachtsgeld i.H.v. 1.354,08 € brutto haben.

I. Anspruch entstanden

Der Zahlungsanspruch müsste entstanden sein. Es könnte ein Anspruch aus betrieblicher Übung gegeben sein.

[Anm.: Das Institut der betrieblichen Übung ist gewohnheitsrechtlich anerkannt (Walker, JuS 2007, 1). Ansprüche aus betrieblicher Übung können nur entstehen, wenn keine anderweitigen Anspruchgrundlagen für den geltend gemachten Anspruch bestehen (BAG, NZA 2008, 179).

Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Dieses als Vertragsangebot zu wertende Verhalten des Arbeitgebers wird von den Arbeitnehmern durch widerspruchslose Inanspruchnahme der Leistung angenommen. Der Zugang der Annahmeerklärung ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich. Durch die betriebliche Übung entstehen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Eine betriebliche Übung ist für jeden Gegenstand vorstellbar, der arbeitsvertraglich in einer so allgemeinen Form geregelt werden kann (Senat 20.01.2004 - 9 AZR 43/03 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 65 = EzA BetrAVG § 1 Betriebliche Übung Nr. 5, zu B II 1 der Gründe). Entscheidend für die Entstehung ist dabei nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung oder das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände (§§ 133, 157 BGB) verstehen musste und durfte (Senat 20.01.2004 - 9 AZR 43/03). Gewährt der Arbeitgeber mindestens drei Jahre eine Leistung (Weihnachtsgatifikation; Ruhegeld), entsteht auch ohne eine ausdrückliche Regelung aus diesem als Willenserklärung zu wertenden Verhalten, das vom Arbeitnehmer konkludent unter Verzicht auf den Zugang der Annahmeerklärung gem. § 151 BGB angenommen wird, ein Anspruch in den Folgejahren (sog. Vertragstheorie, Palandt-Heinrichs, BGB, Einf. vor § 611 Rn 14).]

I. Betriebliche Übung

Fraglich ist, ob betriebliche Übung vorliegt. Für jährlich an die gesamte Belegschaft gezahlte Gratifikationen besteht die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt (st. Rspr., vgl. BAG, NZA 2008, 1173; BAGE 118, 360, 368 f.). Aufgrund der vorbehaltlosen Zahlung von Weihnachtsgeld seitens der Bekl. in den Jahren 1971

bis 2001 und wegen der vorbehaltlosen Entgegennahme der Gratifikation hat sich die Bekl. nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung vertraglich zur Zahlung von Weihnachtsgeld verpflichtet.

2. Kein Ausschluss der betrieblichen Übung

Die betriebliche Übung dürfte nicht ausgeschlossen sein. In Betracht kommt ein Ausschluss durch eine sog. Schriftformklausel und über eine sog. Freiwilligkeitsklausel.

a. Schriftformklausel

Die betriebliche Übung könnte durch die Schriftformklausel ausgeschlossen sein.

aa. Vorliegen einer Schriftformklausel

Es müsste eine Schriftformklausel vorliegen. Zu unterscheiden sind eine einfache Schriftformklausel von einer doppelten Schriftformklausel. Eine einfache Schriftformklausel besagt, dass Änderungen des Vertrages der Schriftform bedürfen während bei der doppelten Schriftformklausel neben der Schriftformbedürftigkeit der Änderungen des Vertrages auch die mündliche Änderung der Schriftformklausel selbst unwirksam ist. Hier ist eine einfache Schriftformklausel im Vertrag enthalten.

bb. Auswirkungen auf die betriebliche Übung

Fraglich ist, welche Auswirkungen die Schriftformklausel auf die betriebliche Übung hat.

Bezüglich der einfachen Schriftformabrede hat das BAG bereits zuvor die Auffassung vertreten, dass diese dem Entstehen einer betrieblichen Übung nicht entgegenstehe (ErfK-Preis § 611 BGB Rn 224). Die Vertragsparteien können das für eine Vertragsänderung vereinbarte Schriftformerfordernis jederzeit schlüssig und formlos aufheben (Senat 17.07.2007 - 9 AZR 819/06 - Rn. 25, EzA TzBfG § 8 Nr. 17). Das ist sogar dann möglich, wenn die Vertragsparteien bei ihrer mündlichen Abrede an die Schriftform überhaupt nicht gedacht haben. Ein vereinbartes Schriftformerfordernis kann deshalb auch durch eine formfreie betriebliche Übung abbedungen werden (BAG 28.10.1987 - 5 AZR 518/85 - AP AVR § 7 Caritasverband Nr. 1 = EzA BGB § 125 Nr. 10, zu III 2 der Gründe).

Anderes gilt für die doppelte Schriftformklausel. Eine solche doppelte Schriftformklausel kann regelmäßig nicht durch eine die Schriftform nicht wahrende Vereinbarung abbedungen werden (BGH 02.06.1976 - VIII ZR 97/74 - BGHZ 66, 378, für Vereinbarungen unter Kaufleuten; BFH 31.07.1991 - I S 1/91 - BFHE 165, 256, für einen GmbH-Geschäftsführervertrag). An der Verwendung gerade der doppelten Schriftformklausel wird deutlich, dass die Vertragsparteien auf die Wirksamkeit ihrer Schriftformklausel besonde-

ren Wert legen. Ein Verstoß führt gem. § 125 S. 2 BGB zur Nichtigkeit der Änderungsabrede (MünchKomm-Förschler, BGB, § 125 Rn. 77). Durch die doppelte Schriftformklausel kann deshalb verhindert werden, dass eine betriebliche Übung entsteht. Das hat der Senat bereits entschieden (24.06.2003 - 9 AZR 302/02 - BAGE 106, 345, zu A II 2 c bb (3) der Gründe).

Im vorliegenden Fall ist eine einfache Schriftformklausel gegeben, die das Vorliegen einer betrieblichen Übung nicht hindert. Mithin ist ein Ausschluss insoweit nicht gegeben.

b. Leistung unter Vorbehalt / Freiwilligkeitsklausel

Die betriebliche Übung könnte wegen Leistung unter Vorbehalt oder einer Freiwilligkeitsklausel ausgeschlossen sein. Eine Leistung unter Vorbehalt liegt dann vor, wenn der Arbeitgeber zu verstehen gibt, über die Zuwendung jedes Jahr erneut entscheiden zu wollen, sei es durch Rundschreiben, Aushang oder Erklärung gegenüber jedem einzelnen Arbeitnehmer (ErfK-Preis, § 611 BGB Rn 222). Durch die Erklärung dieses Vorbehalts schließt der Arbeitgeber eine Bindung für die Zukunft aus, wobei der Vorbehalt keiner bestimmten Form bedarf (BAG 06.09.1994 AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 45). Die identische Wirkung wird dadurch erzielt, dass der Arbeitgeber zu erkennen gibt, die Leistung erfolge freiwillig. Auch dadurch wird die Entstehung eines Vertrauenstatbestandes ausgeschlossen (ErfK-Preis, § 611 BGB Rn 224).

Eine dementsprechende Erklärung der Bekl. erfolgte in dem maßgeblichen Zeitraum nicht. Also ist ein Ausschluss nicht ersichtlich.

Daher ist der Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes aus der betrieblichen Übung entstanden.

B. Anspruch erloschen

Der Zahlungsanspruch könnte erloschen sein. In Betracht kommt ein Erlöschen durch Änderungskündigung oder durch eine gegenläufige betriebliche Übung. Fraglich ist, wie der handschriftliche Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ insoweit zu beurteilen ist.

I. Erlöschen durch Änderungskündigung

Es könnte eine Änderungskündigung vorliegen. Eine Änderungskündigung zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitgeber die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausspricht und zeitgleich dem Arbeitnehmer anbietet, das Arbeitsverhältnis unter veränderten Bedingungen fortsetzen zu wollen (ErfK-Oetker, § 2 KschG Rn 6). Es müsste der Vermerk als Kündigungs-

erklärung auszulegen sein, §§ 133, 157 BGB.

[Anm.: Bitte beachten Sie, dass § 157 BGB entgegen seinem Wortlaut auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und einzelne Willenserklärungen Anwendung findet (RG 169, 125; BGH 47, 75/78).]

Im vorliegenden Fall läßt der Vermerk nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont nicht erkennen, dass der Arbeitgeber an dem Arbeitsverhältnis nicht mehr festhalten will; ein dementsprechender Wille ist bei der Bekl. nicht ersichtlich. Also liegt eine Änderungskündigung nicht vor.

II. Erlöschen durch konkludenten Abschluss eines Änderungsvertrags

Es könnte ein Erlöschen des Anspruch durch einen konkludenten Abschluss eines Änderungsvertrages eingetreten sein. Dazu müsste der Vermerk als Antrag gem. § 145 BGB auf Abschluss eines Änderungsvertrages zu verstehen sein. Es ist bereits fraglich, ob der Vermerk als dementsprechende Willenserklärung gem. §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden kann oder ob es sich lediglich um die Ankündigung einer möglichen Einstellung oder Einschränkung der Gratifikationszahlung oder die Äußerung einer Rechtsansicht handelt (vgl. Maties Die gegenläufige betriebliche Übung S. 43 f.; Waltermann RdA 2006, 257, 268 f.; Thüsing NZA 2005, 718, 720). Jedenfalls hat der Kl. den Antrag nicht angenommen. Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob die Bekl. das anwaltliche Schreiben des Kl. tatsächlich nicht erhalten hat. Selbst wenn kein Widerspruch gegen die Freiwilligkeitsklausel aus dem Vermerk durch den Kl. erfolgte, ist keine Willenserklärung des Kl. ersichtlich, die als Annahme zu werten wäre. Der Kl. hätte demgemäß auf den etwaigen Antrag der Bekl. hin geschwiegen. Das Schweigen hat im Rechtsverkehr grundsätzlich keine Bedeutung, insbesondere besteht grundsätzlich keine Rechtspflicht zum Antworten (Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 119 Rn 7; zu den Ausnahmen vgl. Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 119 Rn 8 - 11). Daher liegt ein Änderungsvertrag nicht vor.

[Anm.: Der erkennende Senat ergänzte :

“[15] Allerdings ist in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts anerkannt, dass eine widerspruchslose Fortsetzung der Tätigkeit durch den Arbeitnehmer nach einem Änderungsangebot des Arbeitgebers gemäß den §§ 133, 157 BGB als konkludente Annahme der Vertragsänderung ausgelegt werden kann, wenn diese sich unmittelbar im Arbeitsverhältnis auswirkt, nicht hingegen, solange deren Folgen nicht hervortreten (01.08.2001 - 4 AZR 129/00 - BAGE 98, 293; 13.05.1987 - 5 AZR 125/86 - BAGE 55, 275). Letzteres war der Fall. Das Arbeitsverhältnis der Par-

teien änderte sich nicht unmittelbar. Die Bekl. hat das Weihnachtsgeld für die Jahre 2002 bis 2005 weitergezahlt. Anders als bei einer Einschränkung oder Einstellung der Gratifikationszahlung wirkte sich der von der Bekl. in den Lohnabrechnungen erklärte Vorbehalt der Freiwilligkeit damit nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis aus. In einem solchen Fall muss ein Arbeitnehmer nicht erkennen, dass seine widerspruchslose Weiterarbeit als Einverständnis mit einer Vertragsänderung verstanden wird (vgl. Ricken DB 2006, 1372, 1376, der den Freiwilligkeitsvorbehalt für eine ungewöhnliche Klausel iSv. § 305c I BGB hält). Setzt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit widerspruchslos fort, darf der Arbeitgeber dem regelmäßig nicht das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Aufgabe seines bisherigen Rechtsanspruchs auf die Gratifikation entnehmen.”]

III. Erlöschen durch konkludente Änderung durch gegenläufige betriebliche Übung

Es könnte ein Erlöschen durch eine gegenläufige Übung eingetreten sein.

1. Rechtslage nach bisheriger Rechtsprechung

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG konnte eine betriebliche Übung durch gegenläufige betriebliche Übung beendet werden.

Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[10] Allerdings konnte nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats eine betriebliche Übung durch eine geänderte betriebliche Übung beendet werden (26.03.1997 - 10 AZR 612/96 - AP BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 50 = EzA BGB § 242 Betriebliche Übung Nr. 38) . Der Senat hat dies bei Gratifikationszahlungen dann angenommen, wenn der Arbeitgeber erklärt hat, die Zahlung der Gratifikation sei eine freiwillige Leistung, auf die zukünftig kein Rechtsanspruch bestehe, und die Arbeitnehmer der neuen Handhabung über einen Zeitraum von drei Jahren hinweg nicht widersprochen haben. Aufgrund der dadurch zustande gekommenen konkludenten Vereinbarung sei der Arbeitgeber nicht mehr zur Zahlung der Gratifikation verpflichtet. Durch die dreimalige widerspruchslose Annahme einer ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation schaffe der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber einen schutzwürdigen Vertrauenstatbestand. Dieser habe aufgrund des Verhaltens des Arbeitnehmers keine Veranlassung, eine ausdrückliche Änderung der vertraglichen Abrede herbeizuführen.”

2. Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung

An der soeben dargestellten Rechtsprechung hält das BAG nunmehr nicht mehr fest. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[12] Der Senat hält nach dem Inkrafttreten des Ge-

setzes zur Modernisierung des Schuldrechts am 01.01.2002, mit dem die Bereichsausnahme des § 23 I AGBG aufgegeben wurde, an seiner Rechtsprechung zur Verschlechterung oder Beseitigung vertraglicher Ansprüche von Arbeitnehmern auf Sonderzahlungen aufgrund einer gegenläufigen betrieblichen Übung nicht fest. Eine dreimalige widerspruchslose Annahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation kann nach § 308 Nr. 5 BGB nicht mehr den Verlust eines vertraglichen Anspruchs auf die Gratifikation bewirken.

[13] (...) Ein im Arbeitsvertrag vereinbarter Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Gratifikation kann nur durch Kündigung oder vertragliche Abrede unter Vorbehalt gestellt, verschlechtert oder beseitigt werden, nicht aber durch eine gegenläufige betriebliche Übung (BAG 24.11.2004 - 10 AZR 202/04 - BAGE 113, 29) . Da eine dreimalige vorbehaltlose Gratifikationszahlung den Arbeitgeber vertraglich zur Leistung verpflichtet, kann er einen nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandenen Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gratifikation ebenso wie einen im Arbeitsvertrag geregelten Gratifikationsanspruch auch nur durch Kündigung oder eine entsprechende Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer unter Vorbehalt stellen, verschlechtern oder beseitigen. Der nach den Grundsätzen der betrieblichen Übung entstandene Rechtsanspruch ist kein vertraglicher Anspruch minderer Rechtsbeständigkeit. Der Arbeitgeber kann ihn daher im Vergleich zu einem durch ausdrückliche arbeitsvertragliche Abrede begründeten Anspruch des Arbeitnehmers nicht unter erleichterten Voraussetzungen zu Fall bringen (vgl. Henssler FS 50 Jahre Bundesarbeitsgericht S. 683, 706; ErfK-/Preis § 611 BGB Rn. 225)."

a. Antrag gem. § 145 BGB ist Klausel i.S.v. § 305 I BGB

Sollte es sich bei der Erklärung des Arbeitgebers um einen Antrag auf Änderung des Vertrages handeln, dann liegt eine Klausel i.S.v. § 305 I BGB vor.

[Anm.: Natürlich müssten auch die weiteren Voraussetzungen, insbesondere die Einbeziehung der Klausel in den Vertrag des Kl. gem. § 305 II BGB vorliegen. Genau hier lag in der Originalentscheidung ein Problem, zu dem sich der Erkennende Senat leider nicht äußert. Entgegen dem Wortlaut der Norm ist die Einbeziehung auch in einen bereits geschlossenen Vertrag möglich (MünchKomm - Basebow, BGB § 305 Rn 75). Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Klausel eine Benachteiligung zu Lasten des Vertragspartners des Verwenders beinhaltet. Dass führt dazu, dass dieser sich ausdrücklich mit der Einbeziehung der Klausel einverstanden erklären muss (KG NJW-RR 1994, 1265; Palandt-Heinrichs, BGB, § 305 Rn 47); genau dies war hier nicht geschehen. Die Folge

daraus ist, dass die Klausel streng genommen nicht Bestandteil des Vertrages geworden ist, so dass der Zahlungsanspruch bereits aus diesem Grunde nicht erloschen ist in Ansehung der Klausel. Die Frage der Einbeziehung kann jedoch offen bleiben, wenn sie aus anderen Gründen nicht zur Anwendung kommt. Es kommt der Verstoß gegen ein Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit in Betracht, §§ 308 Nr. 5, 306 I, II BGB.]

b. Unwirksamkeit der Klausel gem. §§ 308 Nr. 5, 306 I, II BGB

Die Klausel könnte gem. §§ 308 Nr. 5, 306 I, II BGB unwirksam sein. Der erkennende Senat führte dazu aus:

“[19] Soll eine an ein Schweigen geknüpfte Fiktionswirkung eintreten, muss dies nach § 308 Nr. 5 BGB nicht nur von den Vertragsparteien vereinbart worden sein. Nach dieser Vorschrift muss der Klauselverwender sich darüber hinaus verpflichtet haben, seinen Vertragspartner bei Beginn der Frist auf die Bedeutung seines Schweigens besonders hinzuweisen. Schließlich muss dieser Hinweis auch tatsächlich und in einer Form erfolgen, die unter normalen Umständen Kenntnisnahme verbürgt (Palandt/Grüneberg BGB § 308 Rn. 26a mwN) . Gibt der Klauselverwender den Hinweis, hat er sich aber dazu vertraglich nicht verpflichtet, tritt die Erklärungsfiktion nicht ein (Däubler/Dorndorf AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht § 308 Nr. 5 BGB Rn. 6; Palandt/Grüneberg BGB § 308 Rn. 26a; MünchKommBGB/Kieninger § 308 Nr. 5 Rn. 14; H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht § 308 Nr. 5 BGB Rn. 12) . Dies gilt auch bei einem unterbliebenen Hinweis auf eine vereinbarte Erklärungsfiktion.”

Daraus folgt, dass eine dreimalige widerspruchslose Entgegennahme einer vom Arbeitgeber unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit gezahlten Gratifikation nicht ausreicht, um eine vertragliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Gratifikationszahlung zu beenden. Haben die Arbeitsvertragsparteien nicht vereinbart, dass das Schweigen des Arbeitnehmers zu einem Änderungsangebot des Arbeitgebers als Annahme des Angebots gilt, reicht selbst ein ausdrücklicher Hinweis des Arbeitgebers bei der Zahlung der Gratifikation nicht aus, dass eine dreimalige widerspruchslose Annahme der unter dem Vorbehalt der Freiwilligkeit geleisteten Zahlung zum Verlust des Rechtsanspruchs auf die Gratifikationszahlung führt.

[Anm.: Unschädlich ist dabei, dass der Kl. bereits sei 1971 bei der Bekl. beschäftigt ist. Dadurch wurde das Arbeitsverhältnis deutlich vor der Schuldrechtsreform geschlossen. Dies bewirkt jedoch nicht, dass sich die Bekl. mit Erfolg auf die bisherige Rechtsprechung zur

gegenläufigen betrieblichen Übung berufen kann und deshalb nicht zur Zahlung des vom Kl. beanspruchten Weihnachtsgeldes verpflichtet ist. Denn wollte ein Arbeitgeber die betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Gratifikationszahlung beenden, durfte er sich bereits nach der Entscheidung des Senats vom 04.05.1999 (- 10 AZR 290/98 - BAGE 91, 283) nicht wie die Bekl. auf den Hinweis der Freiwilligkeit beschränken, sondern musste gegenüber seinen Arbeitnehmern unmissverständlich erklären, dass die bisherige betriebliche Übung einer vorbehaltlosen Zahlung beendet werden und durch eine Leistung ersetzt werden soll, auf die in Zukunft kein Rechtsanspruch mehr besteht. Damit musste der Arbeitgeber auf die bisherige betriebliche Übung hinweisen und sein Änderungsangebot mit dem Anerkenntnis eines Rechtsanspruchs des Arbeitnehmers auf die Gratifikation verbinden.

An einem solchen Anerkenntnis fehlt es. Die Bekl. hat in den handschriftlichen Vermerken auf den Lohnabrechnungen lediglich erklärt, die Zahlung des Weihnachtsgeldes sei eine freiwillige Leistung und begründe keinen Rechtsanspruch.]

Damit ist der Anspruch auf Zahlung des Weihnachtsgeldes auch nicht erloschen.

III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Zahlungsanspruch ist durchsetzbar; rechtshemmende Einreden sind nicht ersichtlich.

B. Anspruch auf Zinsen

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 288 I, 286 I 1 BGB.

Standort: Strafrecht

Problem: Irrtum beim Betrug

BGH, BESCHLUSS VOM 09.06.2009

5 STR 394/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte war Vorstandsmitglied der BSR, einer Anstalt des öffentlichen Rechts unter Aufsicht des Berliner Senats, die die Straßenreinigung in Berlin durchführte. Obwohl im Berliner Straßenreinigungsgesetz ausdrücklich geregelt ist, dass die Kosten für die Reinigung von anliegerfreien Straßen nicht von den Anliegern der anderen gereinigten Straßen zu tragen sind, ließ A einen Tarif erstellen, der auch die Kosten für die Reinigung von anliegerfreien Straßen auf die kostenpflichtigen Anlieger umlegte, natürlich ohne dass dies im Tarif ausdrücklich berücksichtigt wurde. Diesen Tarif stellte A dem Vorstand und Aufsichtsrat vor, ohne auf die fehlerhafte Berechnungsgrundlage hinzuweisen, sodass dieser Tarif letztlich genehmigt wurde. Aufgrund des Tarifes wurden von den Anliegern im Ergebnis überhöhte Kosten verlangt und auch gezahlt.

Das Landgericht Berlin hatte den Angeklagten aufgrund seines Verhaltens wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft, §§ 253 I, 25 I 2. Fall StGB, zum Nachteil der Grundstückseigentümer, die aufgrund des Tarifs überhöhte Reinigungskosten gezahlt hatten, verurteilt. Einer hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten gab der BGH nur im Hinblick auf eine fehlerhafte Strafzumessung des LG statt, den Schuldspruch ließ er unverändert.

Prüfungsrelevanz:

Betrug gem. § 263 I StGB ist wohl einer der beliebtesten Tatbeständen in beiden Examen - zumindest bei

den Prüfern. Diese setzen dementsprechend bei den Prüflingen Kenntnisse auch in Bezug auf Einzelfälle und Detailprobleme voraus, sodass solche Kenntnisse unerlässlich sind. Die vorliegende Entscheidung bringt zwar keine wirklich neuen Erkenntnisse, enthält jedoch interessante Ausführungen sowohl zu Punkten der konkludenten Täuschung als auch des Irrtums sowie der mittelbaren Täterschaft, § 25 I 2. Fall StGB, beim Betrug. Die vom BGH ebenfalls angesprochenen §§ 352, 353 StGB gehören in den meisten Bundesländern nicht zum Prüfungsstoff, trotzdem sind die Ausführungen insb. zum Verhältnis dieser Tatbestände zu § 263 I StGB durchaus interessant.

Tathandlung des Betruges ist gem. § 263 I StGB die "Vorspiegelung falscher oder [...] Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen", also die Täuschung über Tatsachen. Insofern ist allgemein anerkannt, dass eine Täuschung nicht nur durch ausdrückliche, sondern auch durch schlüssige (konkludente) Erklärung erfolgen kann (BGH, NJW 1995, 539; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 14/15; Rengier, BT I, § 13 Rn 5). Das Angebot einer Ware oder Leistung zu einem bestimmten Preis beinhaltet zwar nicht die konkludente Erklärung, dass dieser Preis angemessen oder üblich sei (BayObLG, NJW 1994, 1078; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 17c; Rengier, BT I, § 13 Rn 6). In den Fällen, in denen ein Preis jedoch nicht frei verhandelbar, sondern durch eine gesetzliche Regelung (z.B. eine Gebührenordnung) vorgeschrieben ist, ist jedoch anerkannt, dass eine entsprechende Abrechnung die konkludente Erklärung beinhaltet, dass diese auch der entsprechenden Regelung entspricht (OLG Stuttgart, NJW 1996, 990; Joecks, § 263 Rn 35; Lackner/Kühl, § 263 Rn 10; Rengier, BT I, § 13 Rn 6; a.A.: Schön-

ke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 17c). In der vorliegenden Entscheidung hat der BGH klargestellt, dass bei einer Abrechnung aufgrund eines bestehenden Tarifs nicht nur erklärt wird, dass sich der abgerechnete Betrag aus dem entsprechenden Tarif ergibt sondern auch, dass der Tarif unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt wurde und dieser mithin auch auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage beruht.

Die Täuschung muss beim Betrug zu einem Irrtum des Opfers führen. Ein solcher ist gegeben bei einer Fehlvorstellung des Opfers über Tatsachen. Hierzu ist es nicht erforderlich, dass das Opfer sich konkrete Gedanken über die Richtigkeit der vom Täter erklärten Tatsachen macht; es reicht bereits aus, dass die Tatsachen, über die der Täter täuscht, in der Opfervorstellung nur als sog. "sachgedankliches Mitbewusstsein" eine Rolle spielen (BGHSt 24, 389; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 33). Hiervon kann ausgegangen werden, wenn sich aus bestimmten Tatsachen ableiten lässt, dass die fragliche Tatsache für das Opfer wichtig und deshalb Teil seines (Mit-) Bewusstseins war (BGH, wistra 2005, 23; Joecks, § 263 Rn 48; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 509). Die bloße allgemeine Vorstellung des Opfers, es sei "alles in Ordnung", reicht hingegen nach der herrschenden Literatur für einen Irrtum nicht aus (Krey/Hellmann, BT II, Rn 383; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 509). In der vorliegenden Entscheidung verwendet der BGH die insofern etwas unglückliche Formulierung, dass die Grundstückseigentümer der Auffassung gewesen seien, mit den ihnen zugegangenen Abrechnungen sei alles in Ordnung (was für einen Irrtum wohl nicht ausreichen würde) und deshalb - im Rahmen eines sachgedanklichen Mitbewusstseins - davon ausgegangen waren, dass die Abrechnungen aufgrund eines rechtmäßigen Tarifs erstellt worden waren (was den BGH - in Übereinstimmung mit der herrschenden Literatur - zur Annahme eines Irrtums führt).

Vertiefungshinweise:

□ Zum den Anforderungen an das Vorliegen eines Irrtums: BGH, wistra 1994, 104; NSTz 2007, 213; OLG Hamburg, NJW 1983, 768; Bockelmann, NJW 1961, 1934; Seelmann, NJW 1980, 2545

Leitsätze:

- 1. Verdrängung von § 263 StGB durch §§ 352, 353 StGB.**
- 2. Ein Irrtum im Sinne des § 263 StGB liegt schon dann vor, wenn der Anspruchsverpflichtete tatsächlich davon ausgeht, eine Abrechnung sei ordnungsgemäß vollzogen worden, auch wenn er deren Grundlagen nicht kennt.**

Sachverhalt:

A war seit Dezember 1995 Mitglied des Vorstands der BSR und dabei intern für die Ressorts "kaufmännische Dienstleistungen" und "Reinigung" zuständig. Die BSR war im tatrelevanten Zeitraum eine Anstalt des öffentlichen Rechts, die neben dem Vorstand auch über einen Aufsichtsrat verfügte und der Rechtsaufsicht des Berliner Senats unterstand. Der BSR oblag in ihrem hoheitlichen Bereich die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Die Rechtsverhältnisse waren privatrechtlich ausgestaltet; für die Bemessung der Entgelte galten die öffentlich-rechtlichen Grundsätze der Gebührenbemessung, wie etwa das Äquivalenz- oder das Kostendeckungsprinzip. Insoweit unterlagen die von der BSR festgesetzten Entgelte richterlicher Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB.

Nach den gesetzlichen Regelungen des Berliner Straßenreinigungsgesetzes hatten die Anlieger 75 % der angefallenen Kosten für die Straßenreinigung zu tragen; 25 % der Kosten verblieben beim Land Berlin (§ 7 Abs. 1). Die Aufwendungen der Reinigung für Straßen ohne Anlieger musste das Land Berlin in vollem Umfang tragen (§ 7 Abs. 6). Die Entgelte, die sich nach der Häufigkeit der Reinigung in vier Tarifklassen unterteilten, wurden für den Tarifzeitraum auf der Grundlage einer Prognose der voraussichtlichen Aufwendungen festgesetzt. Die Tarifbestimmung erfolgte durch eine Projektgruppe "Tarifkalkulation". Infolge eines Versehens wurden bei der Berechnung der Entgelte in der Tarifperiode 1999/2000 auch die Kosten für die Straßen zu 75 % einbezogen, für die es keine Anlieger gab und die das Land Berlin vollständig hätte tragen müssen. Verantwortliches Vorstandsmitglied war A, der - als die Tarife bereits in Kraft waren - über den Berechnungsfehler informiert wurde, diesen jedoch nicht korrigieren ließ.

Für die Tarifperiode 2001/2002, den Tatzeitraum, wurde vom Gesamtvorstand der BSR eine neue Projektgruppe eingesetzt, die zunächst den Berechnungsfehler aus der vergangenen Tarifperiode beheben wollte. Auf Weisung des A wurde dies jedoch unterlassen. A beabsichtigte, zumal die BSR durch eine am 6. Juli 2000 geschlossene Zielvereinbarung mit dem Land Berlin sich zu Effizienzsteigerungen und erheblichen Zahlungen verpflichtet hatte, den Fehler fortzuschreiben, um Kostenrisiken auszugleichen und um den von ihm zu verantwortenden Fehler bei der vorherigen Tarifkalkulation zu vertuschen. Der Tarif, in dessen Berechnungsgrundlage auch die anliegerfreien Straßen einbezogen worden waren, wurde vom Vorstand und Aufsichtsrat der BSR gebilligt. A stellte als verantwortlicher Vorstand den Tarif dort jeweils zumindest in Grundzügen vor, ohne jedoch die Entscheidungsträger auf die Einbeziehung der anliegerfreien Straßen hinzuweisen. Die Senatsverwaltung geneh-

migte den Tarif. Auf der Grundlage des genehmigten Tarifs wurden die Eigentümer der Anliegergrundstücke von dem zuständigen Mitarbeiter der Rechnungsstelle M angeschrieben es wurden von ihnen und höhere Entgelte in Höhe von insgesamt etwa 23 Mio. Euro verlangt. Die geforderten Entgelte wurden zu 98 % bezahlt.

Hat A sich durch sein Verhalten in der Tarifperiode 2001/2002 strafbar gemacht?

Lösung:

A. Strafbarkeit gem. § 352 I StGB

A könnte sich dadurch, dass er aufgrund des Tarifes für die Tarifperiode 2001/2002 überhöhte Entgelte von den Eigentümern der Anliegergrundstücke einfordern ließ, wegen Gebührenüberhebung gem. § 352 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste zunächst ein tauglicher Täter des § 352 StGB sein

Täter des § 352 I StGB kann nur ein ein Amtsträger, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand sein, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteil zu erheben hat.

Hierzu der BGH: "Der Angeklagte hat als Organ einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die hier in einem durch einen Anschluss- und Benutzungszwang in einem dem freien Markt entzogenen Bereich tätig ist (vgl. BGH NJW 2007, 2932), zwar als Amtsträger gehandelt. Er ist jedoch kein Amtsträger im Sinne des § 352 StGB, der für seine Amtshandlungen Gebühren oder andere Vergütungen zu seinem Vorteil erheben darf. Nur solche Amtsträger, etwa Notare, Gerichtsvollzieher oder beamtete Tierärzte (vgl. Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 352 Rdn. 3), die Vergütungen zu ihrem eigenen Vorteil geltend machen dürfen, fallen unter diesen Tatbestand. Es muss sich deshalb um ein eigenes Recht des Täters handeln, für seine Tätigkeit Vergütungen nach Vergütungsordnungen festsetzen zu können. Hieran fehlt es in Bezug auf den Angeklagten, der für seine Tätigkeiten gegenüber Dritten keine Vergütungen berechnen darf. Gläubiger der Vergütungsansprüche ist vielmehr die BSR, die der Angeklagte organschaftlich vertrat.

[11] Die Strafvorschrift des § 352 StGB erfasst nicht die gesetzwidrige Gebührenberechnung per se, sondern nur diejenige bestimmter, abschließend benannter Berufsgruppen. Eine Zurechnung besonderer persönlicher Merkmale nach § 14 Abs. 1 StGB ist deshalb nur dann möglich, soweit der organschaftlich vertretene Rechtsträger selbst dem (strafrechtlich privilegierten) Personenkreis angehört, wie dies z. B. bei der Rechts-

anwalts-GmbH nach §§ 59c ff. BRAO der Fall ist. Eine Ausdehnung auf organschaftliche Vertreter sämtlicher Rechtsträger, die Gebühren für Amtshandlungen erheben dürfen, ist mit dem Ausnahmecharakter der Vorschrift nicht zu vereinbaren (zur rechtspolitischen Fragwürdigkeit dieser Bestimmung vgl. schon BGH NJW 2006, 3219, 3221; Fischer, StGB 56. Aufl. § 352 Rdn. 2). Einer erweiternden Auslegung stehen der Wortlaut der Strafvorschrift und vor allem ihr systematischer Zusammenhang entgegen. Ein Fehlverhalten von Amtsträgern, die Gebühren nicht für sich selbst, sondern für öffentliche Kassen erheben, ist nämlich durch § 353 StGB strafrechtlich erfasst. Die unterschiedliche Beschreibung des Täterkreises der Sonderdelikte nach § 352 StGB und § 353 StGB spricht aber dafür, dass auch jeweils ein unterschiedlicher Personenkreis bezeichnet ist und § 352 StGB nur einen besonderen Teil von Amtsträgern erfassen soll, nämlich diejenigen, die Gebühren für ihre Verrichtungen zum eigenen Vorteil erheben dürfen (BGHSt 2, 35, 36; Träger in LK 11. Aufl. § 352 Rdn. 6)."

A ist also kein tauglicher Täter für eine Tat gem. § 352 I StGB.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 352 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 353 I StGB

Durch die Einforderung überhöhter Entgelte könnte sich A jedoch wegen Abgabenerhöhung gem. § 353 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste zunächst den Tatbestand des § 353 I StGB verwirklicht haben.

Der BGH führt hierzu aus: "[12] Auch eine Strafbarkeit nach § 353 StGB, die gleichfalls gegenüber dem Betrugstatbestand im Verhältnis der Spezialität stünde (Träger in LK 11. Aufl. § 353 Rdn. 23), liegt nicht vor. Zwar ist eine 'Gebührenüberhöhung' gegeben, es fehlt jedoch das zusätzliche Merkmal, dass die (rechtswidrig) überhöhten Gebühren nicht vollständig zur Kasse gebracht wurden."

A hat also den Tatbestand des § 353 I StGB nicht verwirklicht.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 353 I StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 263 III 2 Nr. 4 StGB

Dadurch, dass er durch M überhöhte Entgelte von den Eigentümern der Anliegergrundstücke einfordern ließ, wegen könnte sich A wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft in einem besonders schweren Fall gem. § 263 I, 25 I 2. Fall, 263 III 2 Nr. 4 StGB gegenüber und

zum Nachteil der Eigentümer strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Anwendbarkeit

A hat im vorliegenden Fall als Amtsträger gehandelt (s.o.). Deshalb könnte es sein, dass die Tatbestände der §§ 352 f. StGB, die der Gesetzgeber geschaffen hat, um betrügerische Verhaltensweisen von Amtsträgern zu erfassen, eine abschließende Regelung darstellen und § 263 I StGB daneben u.U. gar keine Anwendung mehr finden kann, sofern es um die Tätigkeit als Amtsträger geht.

Der BGH stellt insofern klar:”aa) [10] Der Privilegierungstatbestand des § 352 StGB schließt allerdings eine Strafbarkeit nach § 263 StGB jedenfalls dann aus, wenn zu der Täuschungshandlung, die notwendig zu den Gebührenüberhebungen gehört, keine weitere Täuschung hinzukommt (BGH NJW 2006, 3219, 3221). Hier scheidet aber eine Strafbarkeit nach § 352 StGB aus. [...]

bb) [12] Auch eine Strafbarkeit nach § 353 StGB, die gleichfalls gegenüber dem Betrugstatbestand im Verhältnis der Spezialität stünde (Träger in LK 11. Aufl. § 353 Rdn. 23), liegt nicht vor. [...] Da schon der Tatbestand des § 353 StGB nicht erfüllt ist (s.o.), kommt diesem Straftatbestand auch keine Sperrwirkung zu.

cc) [13] Die Privilegierungstatbestände der §§ 352, 353 StGB können andererseits nicht als Beleg dafür herangezogen werden, dass Täuschungshandlungen im Zusammenhang mit Gebühren und öffentlichen Abgaben nur unter den dort benannten Tatbestandsvoraussetzungen überhaupt strafbar sind. Vielmehr stehen auch solche Zahlungsverpflichtungen grundsätzlich unter dem strafrechtlichen Schutz des § 263 StGB, wenn sich die Täuschungshandlung auf sie bezieht. Die Pönalisierung einer täuschungsbedingten Schädigung des Vermögens Dritter entfällt nicht deshalb, weil für Sonderformen des Betrugs überkommene Privilegierungstatbestände zugunsten einzelner Berufsgruppen fortbestehen.”

Die §§ 352 f. StGB stellen also zwar Privilegierungen im Verhältnis zu § 263 I StGB dar, entfalten diesem gegenüber aber keine Sperrwirkung, sodass ein tatbestandliches Verhalten des A i.S.v. § 263 I StGB durchaus möglich ist.

2. Täuschung über Tatsachen

Die Grundstückseigentümer müssten über Tatsachen getäuscht worden sein.

Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen (Fischer, § 263 Rn 10; Joecks, § 263 Rn 22; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 11).

a) Täuschung durch A selbst

A selbst kann nicht auf das Vorstellungsbild der Grundstückseigentümer eingewirkt haben, da er mit diesen gar nicht in Kontakt getreten ist. A hat also nicht selbst getäuscht.

b) Täuschung durch M, gem. § 25 I 2. Fall StGB zurechenbar

Es könnte jedoch sein, dass M die Grundstückseigentümer getäuscht hat und diese Täuschung dem A als mittelbarem Täter gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen ist.

aa) Täuschung der Grundstückseigentümer durch M

Dann müsste zunächst M die Grundstückseigentümer getäuscht haben.

Hierzu führt der BGH aus: “[15] Zwar enthalten die an die Eigentümer gerichteten Schreiben unmittelbar keine falsche Tatsachenbehauptung. In der Rechtsprechung ist jedoch anerkannt, dass eine Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB auch konkludent erfolgen kann. Diese Voraussetzung liegt vor, wenn der Täter die Unwahrheit zwar nicht *expressis verbis* zum Ausdruck bringt, sie aber nach der Verkehrsanschauung durch sein Verhalten miterklärt (BGHSt 51, 165, 169 f.; 47, 1, 3). Welcher Inhalt der Erklärung zukommt, bestimmt sich ganz wesentlich durch den Empfängerhorizont und die Erwartungen der Beteiligten. Diese werden regelmäßig durch den normativen Gesamtzusammenhang geprägt sein, in dem die Erklärung steht (vgl. BGHSt 51, 165, 170). Deshalb hat der Bundesgerichtshof auch entschieden, dass ein Kassenarzt mit seiner Abrechnung gegenüber der Kasse nicht nur erklärt, dass die abgerechnete Leistung unter die Leistungsbeschreibung der Gebührennummer fällt, sondern auch, dass seine Leistung zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinen Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 12; vgl. auch Täuschung 9, 11).

[16] Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei dem Rechnungsschreiben der BSR die (konkludent miterklärte) Aussage entnommen, dass die Tarife unter Beachtung der für die Tarifbestimmung geltenden Rechtsvorschriften ermittelt und sie mithin auch auf einer zutreffenden Bemessungsgrundlage beruhen. Der Verkehr erwartet nämlich vor allem eine wahrheitsgemäße Darstellung im Zusammenhang mit der Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs, soweit die Tatsache wesentlich für die Beurteilung des Anspruchs ist und der Adressat sie aus seiner Situation nicht ohne weiteres überprüfen kann (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 22). Eine solche Möglichkeit, die geltend gemachten Straßenreinigungsentgelte auf die Richtigkeit ihrer Bemessungsgrundlage überprüfen zu können, hat der Adressat der Rechnung praktisch

nicht. Die BSR nimmt deshalb zwangsläufig das Vertrauen der Adressaten in Anspruch. Dies prägt wiederum deren Empfängerhorizont. Da die Eigentümer damit rechnen dürfen, dass die Tarife nicht manipulativ gebildet werden, erklärt der Rechnungssteller dies in seinem Anspruchsschreiben konkludent. Für die BSR gilt dies im besonderen Maße, weil sie als öffentlich-rechtlich verfasster Rechtsträger wegen ihrer besonderen Verpflichtung zur Gesetzmäßigkeit gegenüber ihren Kunden gehalten ist, eine rechtskonforme Tarifgestaltung vorzunehmen. Dass sie diese Pflicht eingehalten hat, versichert sie stillschweigend, wenn sie gegenüber ihren Kunden auf der Grundlage der Tarife abrechnet.”

M hat also die Grundstückseigentümer darüber getäuscht, dass die Tarifberechnung unter Beachtung der geltenden Tarifbestimmungen zustande gekommen ist.

bb) Zurechnung gem. § 25 I 2. Fall StGB

Diese Täuschung des M müsste A gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen sein, d.h. A müsste mittelbarer Täter sein.

Der BGH bestätigt im vorliegenden Fall die Annahme des LG, dass eine mittelbare Täterschaft gegeben sei: “[18] Ohne Rechtsverstoß hat das Landgericht bei dem Angeklagten eine mittelbare Täterschaft im Sinne des § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB angenommen. Der Angeklagte hat dadurch, dass er den Entscheidungsgremien (einschließlich der Senatsverwaltung als Genehmigungsbehörde) die Tarifvorschläge unter Heranziehung falscher (überhöhter) Bemessungsgrundlagen vorlegte, deren Festlegung erreicht. Damit hat er aber zugleich die Grundlage für einen weiteren von ihm ausgelösten Kausalverlauf geschaffen, nämlich die Absendung der Zahlungsanforderungen an die anspruchspflichtigen Anlieger, die eigentliche Betrugshandlung gegenüber den Eigentümern. Damit hat sich der Angeklagte der mit der Rechnungsstellung und Forderungseinziehung befassten (gutgläubigen) Mitarbeiter bedient, die er zu den Täuschungshandlungen gegenüber den Anliegern verleitet hat. Seine Position als Organ innerhalb der BSR und sein besonderes Wissen darum, wie die Tarife zustande gekommen sind, verschafften ihm die notwendige Tatherrschaft.

[19] Es wäre allerdings auch denkbar, in der Tariffestsetzung selbst die eigentliche Vermögensverfügung zu sehen. Dann wäre der Angeklagte unmittelbar Täter, der den Entscheidungsgremien die (falschen) Bemessungsgrundlagen dargelegt oder in seinem Beisein hat darlegen lassen. Da die BSR aufgrund ihrer Stellung zu einer einseitigen Leistungsbestimmung gemäß § 315 BGB berechtigt war, könnte aufgrund dieses hierin begründeten Näheverhältnisses eine vermögensschädigende Verfügung zu Lasten der Eigentümer der Anliegergrundstücke zu sehen sein (vgl. BGH NSTZ

1997, 32; wistra 1992, 299; Hefendehl in MünchKomm § 263 Rdn. 286 ff.). Die einzelnen Rechnungsstellungen wären dann (mitbestrafte) Nachtaten. Dem braucht allerdings nicht weiter nachgegangen zu werden, weil der Angeklagte durch die Annahme eines Betrugs in mittelbarer Täterschaft jedenfalls nicht beschwert ist.”

A ist also mittelbarer Täter. Die Täuschungshandlung des M ist ihm somit gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen.

A hat also die Grundstückseigentümer durch M über Tatsachen getäuscht.

3. Täuschungsbedingter Irrtum

Die Grundstückseigentümer müssten auch einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein.

Irrtum i.S.v. § 263 I StGB ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (Joecks, § 263 Rn 47; Lackner/Kühl, § 263 Rn 18; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 508).

Hierzu der BGH: “[17] Einem entsprechenden Irrtum unterlagen auch die Adressaten der Rechnungen. Der im Rahmen der Täuschungshandlung maßgebliche Empfängerhorizont spiegelt sich regelmäßig in dem Vorstellungsbild auf Seiten der Empfänger wider. Deshalb kommt es - worauf das Landgericht zutreffend hingewiesen hat - nicht darauf an, ob die Adressaten sich eine konkrete Vorstellung über die Berechnung der Reinigungsentgelte und die in Ansatz gebrachten Bemessungsgrundlagen gemacht haben. Entscheidend ist vielmehr, dass die Empfänger der Zahlungsaufforderungen sich jedenfalls in einer wenn gleich allgemein gehaltenen Vorstellung befanden, dass die Tarifberechnung ‘in Ordnung’ sei, zumal die Höhe der Tarife ihre eigenen finanziellen Interessen unmittelbar berührte (vgl. BGHSt 2, 325; 24, 386, 389; Fischer, StGB 56. Aufl. § 263 Rdn. 35). Damit gingen sie - jedenfalls in der Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins (vgl. BGHSt 51, 165, 174) - davon aus, dass die Bemessungsgrundlage zutreffend bestimmt und die Tarife nicht manipulativ zu ihren Lasten erhöht wurden. Insofern ist bei ihnen ein Irrtum erregt worden, weil sie auf eine ordnungsgemäße Abrechnung vertrauten und in diesem Bewusstsein auch die Rechnungen der BSR als gesetzeskonforme Zahlungsaufforderung ansahen.”

Ein täuschungsbedingter Irrtum der Grundstückseigentümer ist somit gegeben.

4. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Die Grundstückseigentümer müssten auch eine irrumsbedingte Vermögensverfügung vorgenommen haben.

Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (BGHSt 14, 170; Fischer, §

263 Rn 54; Rengier, BT I, § 13 Rn 22). Die Grundstückseigentümer haben - zumindest größtenteils - aufgrund ihres Irrtums über das Bestehen einer entsprechenden Verpflichtung (s.o.) die in den Rechnungsbüchern der BSR genannten Beträge an diese gezahlt. Dies stellt ein unmittelbar vermögensminderndes Verhalten und somit eine irrumsbedingte Vermögensverfügung dar.

5. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Die Grundstückseigentümer müssten auch einen verfügungsbedingten Vermögensschaden erlitten haben. Ein Vermögensschaden ist dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Verfügung vermindert wurde (BGH, NStZ 1998, 506; Lackner/Kühl, § 263 Rn 36; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn 538). Im vorliegenden Fall haben die Grundstückseigentümer Geld an die BSR gezahlt und dadurch ihr Vermögen gemindert (s.o.). Der Gesamtwert ihres Vermögens wäre hierdurch jedoch nicht gemindert worden, wenn sie hierfür ein Äquivalent erhalten hätten. Ein solches Äquivalent für eine Zahlung stellt die Befreiung von einer tatsächlich bestehenden Verbindlichkeit dar (BGHSt 20, 136, 137 f.; Joecks, § 263 Rn 118; Rengier, BT I, § 13 Rn 112). Da jedoch die BSR keinen Anspruch gegen die Grundstückseigentümer auf Zahlung der Straßenreinigungsentgelte hatte - zumindest nicht in der geltend gemachten Höhe, da diese ja zu Unrecht auch die Kosten für die Reinigung der anliegerfreien Straßen den Grundstückseigentümern auferlegte -, wurden die zahlenden Grundstückseigentümer durch die Zahlung zumindest nicht in voller Höhe von bestehenden Verbindlichkeiten befreit. Sie haben also - zumindest bzgl. der von ihnen verlangten anteiligen Entgelte für die Reinigung der anliegerfreien Straßen - kein Äquivalent erhalten und somit durch ihre Verfügung einen Vermögensschaden erlitten.

6. Vorsatz

A hat vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatumstände gehandelt.

7. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A müsste auch in der Absicht gehandelt haben, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen und stoffgleichen Vermögensvorteil zu verschaffen.

a. Bereicherungsabsicht

A müsste zunächst die Absicht gehabt haben, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil, also eine Bereicherung, zu verschaffen.

Der BGH führt insofern aus: "aa) [21] Eine solche Bereicherungsabsicht kann auch dann vorliegen, wenn der Täter einem Dritten rechtswidrig einen Vorteil

verschaffen will. Hierfür genügt es, dass es dem Täuschenden auf den Vermögensvorteil als sichere und erwünschte Folge seines Handelns ankommt, mag der Vorteil auch von ihm nur als Mittel zu einem anderweitigen Zweck erstrebt werden. Nicht erforderlich ist, dass der Vermögensvorteil die eigentliche Triebfeder oder das in erster Linie erstrebte Ziel seines Handelns ist (BGHSt 16, 1; vgl. auch Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 263 Rdn. 176 f.). Diese Voraussetzung hat das Landgericht bejaht. Nach seinen Feststellungen war die Tat in erster Linie zwar auf die Verdeckung des Fehlers aus der Tarifperiode 1999/2000, aber zugleich auch auf eine erneute, erweiterte Bereicherung der BSR gerichtet.

bb) [22] Entgegen der Auffassung der Verteidigung ist diese Beweismwürdigung des Landgerichts zur inneren Tatseite des Angeklagten nicht zu beanstanden. Nach den Urteilsgründen ging es dem Angeklagten zwar vorwiegend darum, den Fehler in der Tarifgestaltung 1999/2000 zu vertuschen; er billigte die Mehreinnahmen der BSR aber nicht nur, sondern sie stellten für ihn einen notwendigen, zudem nicht einmal unerwünschten Nebeneffekt dar. Diese im Übrigen nahe liegende Schlussfolgerung hat das Landgericht auf die finanziellen Unsicherheiten wegen der zuvor abgeschlossenen Zielvereinbarung mit dem Land Berlin gestützt sowie auf sein allgemeines von dem Angeklagten selbst bekundetes Bestreben, zum Wohle des Unternehmens tätig sein zu wollen. Das Landgericht hat damit seine Wertung auch hinreichend mit Tatsachen belegt. Ein Rechtsfehler ist insoweit nicht ersichtlich."

A hat also mit (Dritt-) Bereicherungsabsicht gehandelt.

b. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

Die von A beabsichtigte Bereicherung der BSR müsste auch rechtswidrig und stoffgleich gewesen sein.

Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn der Täter - oder bei einer Drittbereicherungsabsicht der Dritte - keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung hat (BGH, NStZ 2003, 663; Fischer, § 263 Rn 111; Rengier, BT I, § 13 Rn 110). Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn diese die Kehrseite des Schadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Bereicherung und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht (BGH, NStZ 2003, 264; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 168; Krey/Hellmann, BT II, Rn 492).

Da die BSR keinen Anspruch auf Zahlung der Straßenreinigungsentgelte in der geltend gemachten Höhe hatte, ist die von A beabsichtigte Bereicherung der BSR zumindest teilweise (nämlich soweit auch ohne

entsprechende Rechtsgrundlage Kosten für die Reinigung der anliegerfreien Straßen von den Grundstückseigentümern verlangt wurden) rechtswidrig. Die beabsichtigte Bereicherung der BSR würde auch auf derselben Verfügung beruhen wie die Schädigung der Grundstückseigentümer (der entsprechenden Zahlung) und auch zu Lasten von deren Vermögen gehen, so dass die beabsichtigte Bereicherung auch stoffgleich ist.

c. Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A handelte auch vorsätzlich bzgl. der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der von ihm beabsichtigten Bereicherung.

A handelte in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung und hat somit den Tatbestand des Betrugs in mittelbarer Täterschaft verwirklicht.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Besonders schwerer Fall gem. § 263 III 2 Nr. 4 StGB

Bei dem von A begangenen Betrug könnte es sich um einen besonders schweren Fall handeln.

A könnte seine Befugnisse oder seine Stellung als Amtsträger missbraucht haben, § 263 III 2 Nr. 4 StGB. Aufgrund seiner Stellung als Organ einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die hier in einem durch einen An-

schluss- und Benutzungszwang in einem dem freien Markt entzogenen Bereich tätig ist, ist A Amtsträger i.S.v. § 11 I Nr. 2 StGB (s.o.).

Der Täter missbraucht seine Befugnisse als Amtsträger, wenn er einen Betrug durch eine Handlung begeht, die im Rahmen seiner Befugnisse liegt; seine Stellung als Amtsträger missbraucht der Täter, wenn er den Betrug außerhalb seines Zuständigkeitsbereiches aber unter Ausnutzung der durch das Amt gegebenen Möglichkeiten begeht (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn 188f; Krey/Hellmann, BT II, Rn 503). A hat den Betrug (in mittelbarer Täterschaft) durch Handlungen im Rahmen seiner Befugnisse, nämlich durch Vorlage der Tarifvorschläge an die Entscheidungsgremien (unter Heranziehung überhöhter Bemessungsgrundlagen, s.o.) begangen und somit seine Befugnisse als Amtsträger missbraucht. Dessen war er sich auch bewusst.

Da durch den Betrug auch nicht nur ein geringwertiger Schaden entstanden ist, ist das Vorliegen eines besonders schweren Falles auch nicht gem. § 263 IV i.V.m. § 243 II StGB ausgeschlossen. Auch sonstige Umstände, die gegen einen besonders schweren Fall sprechen würden, sind nicht ersichtlich.

Ein besonders schwerer Fall des Betruges gem. § 263 III 2 Nr. 4 StGB ist also gegeben.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall, 263 III 2 Nr. 4 StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Staufer, Michaela: "Die unfaire Professorenbewertung"
Fundstelle:	Jura 2009, 549 (Heft 7)
Inhalt:	Übungsklausur zum Urteil des BGH vom 23. Juni 2009, VI ZR 196/08 (in diesem Heft) zur Bewertungen im Internet ("spickmich.de"). Die zentralen Probleme des Falles - mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht, Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, allgemeines Persönlichkeitsrecht, praktische Konkordanz - werden sehr anschaulich dargestellt.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Schmolke, Klaus Ulrich: "Grundfälle zum Bürgschaftsrecht"
Fundstelle:	JuS 2009, 585 (Heft 7)
Inhalt:	Das Bürgschaftswesen ist im Rahmen der Kreditsicherung ein klassischer Gegenstand von Examensklausuren. Erfahrungsgemäß haben insbesondere Anfangssemestern Schwierigkeiten bei der Bearbeitung von Bürgschaftsfällen. Der Autor befasst sich anhand von Beispielfällen mit den klausurrelevanten Problemen des Bürgschaftswesens. Ein zum Erlernen und Wiederholen der Materie gut geeigneter Beitrag.

Autor/Titel:	Blasche, Sebastian: "Aktuelle Probleme des Verjährungsrechts"
Fundstelle:	Jura 2009, 481 (Heft 7)
Inhalt:	In diesem Beitrag befasst sich der Autor mit den Grundzügen zur Verjährung unter Einbeziehung aktueller Probleme. Da die Verjährung in der Examensvorbereitung des öfteren etwas stiefmütterlich behandelt wird, ist die Lektüre empfehlenswert.

Strafrecht

Autor/Titel:	Satzger, Helmut: "Probleme des Schadens beim Betrug"
Fundstelle:	JURA 2009, 518 (Heft 7)
Inhalt:	Der Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, ist in beiden Examen eines der beliebtesten Delikte. Die Kenntnis von Detailproblemen ist hier absolut unerlässlich. Gerade im Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens verbergen sich hier gerne knifflige Fragestellungen. In diesem Aufsatz geht der Verfasser zunächst auf die verschiedenen in Schrifttum und Literatur vertretenen Vermögensbegriffe und die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Vermögensminderung ein - auch wenn dies in der Regel eher Probleme der Vermögensverfügung als des -schadens darstellen. Dann befasst er sich aber auch mit den klassischen Themen bei der Prüfung eines Vermögensschadens wie dem sog. "persönlichen Schadenseinschlag", der "Zweckverfehlungslehre" bei bewusster Selbstschädigung des Opfers, der sog. "schadensgleichen Vermögensgefährdung" und der Abgrenzung von Eingehungs- und echtem und unechtem Erfüllungsbetrug. Wegen der erheblichen Examensrelevanz des § 263 I StGB empfiehlt sich dieser Aufsatz trotz seiner - vielleicht unvermeidlichen - sehr ausführlichen Darstellung zur Vertiefung der genannten Probleme.