

## Öffentliches Recht

**Standort: Art. 4 GG**

**Problem: Befreiung von Klassenfahrt**

VG AACHEN, BESCHLUSS VOM 16.01.2002  
9 L 1313/01 (NJW 2002, 3191)

### Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall wollte eine Schülerin moslemischen Glaubens von einer Klassenfahrt befreit werden, weil ihr Glaube es ihr verbiete, ohne Begleitung eines männlichen Verwandten außerhalb des Elternhauses zu übernachten. Für die Befreiung von Schulveranstaltungen fordert die Allg. Schulordnung (ASchO) einen besonderen Ausnahmefall. Das VG kommt im Rahmen des von der Schülerin und ihren Eltern angestrebten Eilverfahrens nach § 123 I VwGO zu dem Ergebnis, dass ein solcher zum Schutz der Grundrechte - hier der Glaubensfreiheit der Schülerin aus Art. 4 I, II GG - gegeben sein kann. Allerdings war die Glaubensfreiheit mit dem staatlichen Bildungsauftrag nach Art. 7 I GG als verfassungsimmanente Schranke abzuwägen. Das VG orientiert sich hierbei in geradezu vorbildlicher Weise am auch vom BVerfG geforderten Grundsatz der "praktischen Konkordanz", wonach bei der Abwägung widerstrebenden Verfassungsrechts nicht einseitig dem einen oder anderen Recht der Vorzug gegeben werden darf, sondern ein möglichst schonender Ausgleich zu finden ist, der beiden Seiten ein Höchstmaß an Rechtsausübung ermöglicht.

### Prüfungsrelevanz:

Art. 4 GG hat die Gerichte in der jüngeren Vergangenheit wie kein zweites Grundrecht beschäftigt. Die Fälle zum "Schächten" von Opfertieren, zum Tragen eines Kopftuchs und des obligatorischen Kruzifixes im Klassenzimmer sind mittlerweile Klassiker, deren Kenntnis von jedem Prüfling erwartet werden kann. Die Probleme - die streitig beantwortete Frage nach den Schranken der Glaubensfreiheit und ihrer Abwägung mit dieser - sind immer gleich. Auch die RA hat hierüber vielfach berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Der vorliegende Beschluss fügt sich nahtlos in diese Reihe ein.

In der Sache hat das OVG Münster i.Ü. mit Beschluss vom 17.1.2002 (Az.: 19 B 99/02) die Beschwerde der Ast. gegen den vorliegenden Beschluss des VG Aachen zurückgewiesen. Nach seiner Ansicht benötigte die Ast. schon gar keine Befreiung, da sie aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls i.S. von § 9 I ASchO verhindert sei, an der Klassenfahrt teilzunehmen. Nach dieser Vorschrift muss ein durch Krankheit oder "anderen, nicht vorhersehbaren zwingenden Gründen" verhinderter Schüler sein Fehlen lediglich rechtzeitig durch seine Erziehungsberechtigten anzeigen lassen, benötigt jedoch keine Genehmigung für das Fernbleiben vom Unterricht. Demzufolge bestand schon mangels Genehmigungspflichtigkeit keine Genehmigungsfähigkeit.

### Vertiefungshinweise:

- Schächten von Opfertieren: *BVerwG*, RA 2001, 185 = DVBl 2001, 485
- Kopftuch-Fälle: *BVerwG*, RA 2002, 509; *VGH Mannheim*, DVBl 2001, 1534; *VG Lüneburg*, RA 2001, 181 = NJW 2001, 767; *VGH München*, RA 2000, 491 = NVwZ 2000, 952
- Kruzifix im Klassenzimmer: *BVerfGE* 93, 1
- Befreiung vom Unterricht: *OVG Münster*, NVwZ 1992, 77; *NWVBl* 1992, 136

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Schuldiskussionen"
- Examenskurs*: "Das Opferlamm"
- Klausurenkurs*: "Schwimmunterricht als Glaubensfrage"

### Leitsatz:

**Zur Befreiung von einer mehrtägigen Klassenfahrt aus religiösen Gründen.**

### Sachverhalt:

Die Ast. zu 1, Schülerin der zehnten Klasse eines Gymnasiums, beantragte ihre Befreiung von der Teil-

nahme an einer mehrtägigen Klassenfahrt. Zur Begründung führte sie unter Vorlage eines Gutachtens eines Islamischen Zentrums an, ihr moslemischer Glaube verbiete ihr die Teilnahme an einer Klassenfahrt mit Übernachtung außerhalb des Elternhauses ohne Begleitung eines so genannten „Mahram“, d.h. eines Ehegatten oder eines männlichen Verwandten, den sie nicht heiraten dürfe. Der Schulleiter (Ag.) lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, dass er die angeführte religiöse Regel nicht als Grund für eine Befreiung von einer Schulfahrt akzeptieren könne, weil sie gegen Art. 3 II GG und Art. 7 II, 8 I NWVerf. verstoße. Die in mehreren Gesetzen und Verordnungen geforderte Gleichbehandlung der Geschlechter verbiete den Ausschluss von Mädchen von Bildungsangeboten der Schule nur auf Grund ihres Geschlechts. Den dagegen erhobenen Widerspruch wies die Bezirksregierung zurück.

Die Ast. zu 1 hat Klage erhoben und gleichzeitig um einstweiligen Rechtsschutz gebeten. Diesen Antrag hat das VG abgelehnt.

#### *Aus den Gründen:*

Die Ast. haben [...] nicht glaubhaft gemacht, dass ihnen der geltend gemachte Befreiungsanspruch zusteht.

#### *A. Anspruch der Schülerin*

Soweit als Anspruchsgrundlage für dieses Begehren für die Ast. zu 1 § 11 I 1 und 2 der Allgemeinen Schulordnung (NWASchO) in Betracht kommt, ist nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen summarischen Überprüfung auch unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte nicht überwiegend wahrscheinlich, dass die Voraussetzungen für eine Befreiung vorliegen. Gemäß § 11 I 1 NWASchO kann ein Schüler nur in besonderen Ausnahmefällen und in der Regel zeitlich begrenzt auf Antrag der Erziehungsberechtigten vom Unterricht in einzelnen Fächern oder von einzelnen Schulveranstaltungen befreit werden. Nach Satz 2 der Vorschrift entscheidet über die - hier in Rede stehende - Befreiung bis zu zwei Wochen der Schulleiter.

#### *I. Schulische Veranstaltung*

Die durch Art. 8 II NWVerf. angeordnete allgemeine Schulpflicht verpflichtet den Schüler gem. § 8 I 1 NWASchO unter anderem, regelmäßig und pünktlich am Unterricht und an den sonstigen für verbindlich erklärten Schulveranstaltungen teilzunehmen. Dass die vom 18. bis 26. 1. 2002 stattfindende Klassenfahrt

eine derartige Schulveranstaltung darstellt, ziehen die Ast. nicht in Zweifel.

#### *II. Befreiungsgrund*

Vielmehr vertreten sie die Auffassung, dass ein die beantragte Befreiung rechtfertigender „besonderer Ausnahmefall“ vorliegt. Wenngleich dieser unbestimmte Rechtsbegriff, mittels dessen eine Ausnahme von der dem staatlichen Bildungsauftrag entsprechenden allgemeinen Schulpflicht gerechtfertigt werden soll, restriktiv auszulegen ist, ergibt eine verfassungskonforme Anwendung, dass ein solcher Fall jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn die Durchsetzung der Teilnahmepflicht an einer bestimmten Schulveranstaltung eine grundrechtlich geschützte Position des Schülers und/oder seiner Eltern verletzte (vgl. OVG Münster, NVwZ 1992, 77, sowie NWVBl 1992, 136 [137]). Dass im Falle der Ast. zu 1 der in Art. 7 I GG verankerte staatliche Erziehungsauftrag hinter das Recht der Glaubens- und Religionsausübungsfreiheit (Art. 4 I u. II GG) zurücktreten muss, so dass ein „besonderer Ausnahmefall“ i.S. des § 11 I 1 NWASchO gegeben ist, lässt sich indessen nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit annehmen.

#### *1. Grundrecht der Glaubensfreiheit*

Bei der Wahrnehmung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags muss der Staat die gleichrangigen Grundrechte von Schülern (und Eltern) beachten. Insbesondere das Grundrecht der Religionsfreiheit besitzt einen hohen Rang (vgl. Art. 7 II u. III GG). Allerdings trifft denjenigen, der die Befreiung von einer gesetzlich allen auferlegten Pflicht begehrt, die Darlegungslast dafür, dass er durch verbindliche Ge- oder Verbote seines Glaubens gehindert ist, der gesetzlichen Pflicht zu genügen, und dass er in einen Gewissenskonflikt gestürzt würde, wenn er entgegen seinem Glauben die gesetzliche Pflicht erfüllen müsste.

#### *2. Staatlicher Erziehungsauftrag*

Auf der anderen Seite umfasst Art. 7 I GG die Befugnis, das Schulwesen - auch unabhängig von den Vorstellungen der betroffenen Eltern - zu organisieren und zu planen mit dem Ziel der Gewährleistung eines Schulsystems, das allen jungen Bürgern gemäß ihren Fähigkeiten die dem heutigen gesellschaftlichen Leben entsprechenden Bildungsmöglichkeiten eröffnet. Zur wirksamen Wahrnehmung dieses staatlichen Rechts durfte neben der Einführung einer allgemeinen Schulpflicht die Möglichkeit einer Befreiung auf be-

sonders begründete Ausnahmefälle beschränkt werden (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 578 [579] m.w.N.).

### 3. Konfliktlösung im Wege praktischer Konkordanz

Wenn und soweit das Grundrecht aus Art. 4 I und II GG mit dem staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrag (Art. 7 I GG) in Konflikt gerät, ist ein schonender Ausgleich beider Rechtspositionen im Rahmen so genannter praktischer Konkordanz geboten. Hierbei ist die staatliche Schulverwaltung verpflichtet, alle ihr zu Gebote stehenden zumutbaren organisatorischen Möglichkeiten auszuschöpfen; dann - und nur dann -, wenn die Schulverwaltung dieser Pflicht nicht nachkommt oder nicht nachkommen kann, ist der Konflikt in der Form zu lösen, dass ein Anspruch auf Befreiung von der bestimmten Unterrichtsveranstaltung besteht (vgl. BVerwG, NVwZ 1994, 578).

#### a. Religiöse Überzeugung der Ast. zu 1

Ausgehend hiervon legt die Kammer für das vorliegende Eilverfahren zunächst das von den Ast. bereits im Verwaltungsverfahren eingereichte Gutachten des Islamischen Zentrums zu Grunde, wonach eine mehrtägige Reise mit Übernachtung außerhalb der elterlichen Wohnung für ein muslimisches Mädchen ohne Begleitung eines Mahram nicht gestattet ist. Mahram im Sinne des Gutachtens ist entweder ein Ehemann oder jeder andere männliche Verwandte, den die Betreffende nicht heiraten darf (Vater, Großvater, Sohn, Bruder, Onkel oder Neffe). Nicht zuletzt nach dem von der Ast. zu 1 im gestrigen Erörterungstermin gewonnenen Eindruck stellt die Kammer für dieses Eilverfahren auch nicht in Frage, dass diese die für sie als verbindlich bezeichneten Verhaltensregeln konsequent anzuwenden beabsichtigt (vgl. dazu BVerwG, NVwZ 1994, 578 [579]).

#### b. Ausgleich durch organisatorische Maßnahmen des Ag. möglich

Allerdings ist nach derzeitigem Erkenntnisstand [...] nicht erkennbar, dass die Ast. zu 1 vor dem Hintergrund möglichst optimaler Wirksamkeit beider Grundrechtspositionen (Art. 4 und Art. 7 GG) keine zumutbare, nicht diskriminierende Möglichkeit besitzt (vgl. insoweit BVerfG, NJW 1995, 2477 [2480]; BVerwG, NJW 1999, 3063 [3066]), ihrer religiösen Überzeugung bezogen auf die streitige Teilnahme an der Klassenfahrt hinreichend Rechnung zu tragen. Was zunächst das von ihr als verbindlich angesehene Erfordernis anbelangt, eine mehrtägige Reise nur in Beglei-

tung eines Mahram durchzuführen, ist festzuhalten, dass die Ast. sowohl unter dem 20.11.2001 als auch noch bei Antragstellung am 20.12.2001 geltend gemacht haben, dass sowohl dem Vater der Ast. zu 1 als auch einer anderen männlichen Person, die einen auch die Ehe ausschließenden Verwandtschaftsgrad besitze, die Teilnahme an der Klassenfahrt nicht möglich sei. Erstmals im Schriftsatz vom 11.1.2002 sowie der beigefügten Eidesstattlichen Versicherung vom gleichen Tag haben sie dann auf die Möglichkeit hingewiesen, dass der die neunte Klasse des Ag. besuchende Bruder der Ast. zu 1 ebenfalls als Mahram in Betracht kommt. Hierauf hat der Ag. umgehend unter dem 14.1.2002 mit dem Hinweis reagiert, einer Begleitung durch einen männlichen Verwandten stehe organisatorisch nichts entgegen; die Kosten müssten allerdings vollständig durch die Begleitperson übernommen werden. Diese Position hat der Ag. im gestrigen Erörterungstermin dahin gehend konkretisiert, dass er - sofern die Erziehungsberechtigten dies beantragten - den jüngeren Bruder der Ast. zu 1 gem. § 1 I 1 NWASchO vom Unterricht befreien würde, damit er seine Schwester begleiten könne.

Hat demgemäß die Schulverwaltung die ihr zur Verfügung stehenden organisatorischen Möglichkeiten ausgeschöpft, oblag und obliegt es nunmehr vor dem Hintergrund praktischer Konkordanz der Ast. zu 1 sowie ihren Eltern, das ihrerseits zur Lösung der Konfliktsituation Zumutbare beizutragen. Dem entspricht es, wenn die Ast. zu 1 (zumindest) auf ihren Bruder als Mahram zurückgreift. Denn nach dem bereits erwähnten Gutachten des Islamischen Zentrums ist dieser von der Wahrnehmung dieser Aufgabe nicht ausgeschlossen, und es ist nichts für eine Unzumutbarkeit in dem Sinne erkennbar, dass die Ast. zu 2 und 3 mit Blick auf ihr Erziehungsrecht auch gegenüber ihrem Sohn (Art. 6 II GG) diesem nicht aufgeben können sollten, seine Schwester auf der Klassenfahrt zu begleiten.

#### c. Keine Unzumutbarkeit für die Ast. zu 1

Soweit die Ast. zu 1 gegen diese Lösungsmöglichkeit einwendet, derartiges sei ihr unangenehm, ist darauf hinzuweisen, dass sie diese mögliche Folge ihrer Religionsausübung hinzunehmen hat, wenn sie sich auf die Gewährleistung der ungestörten Religionsausübung beruft (vgl. OVG Münster, NVwZ 1992, 77 [79]). Was den heute erfolgten Hinweis der Prozessbevollmächtigten der Ast. anbelangt, der Bruder - dessen schulische Leistungen in einigen Fächern nicht zufriedenstellend seien - werde sich voraussichtlich nicht

unter älteren und unbekanntem Schülern durchsetzen können, so stellt dies die aufgezeigte Lösungsmöglichkeit nicht in Frage. Denn er wird sich nach derzeitigem Erkenntnisstand, soweit erforderlich, an eine der insgesamt sieben mitfahrenden Lehrkräfte wenden können.

Die im Erörterungstermin angegebene finanzielle Situation der Ast. verlangt ebenfalls keine abweichende Beurteilung. Denn entweder können die Eltern der Ast. zu 1 - wie in früheren Fällen auch - auf private Hilfe etwa von Vereinen zurückgreifen. Gegebenenfalls ist es auch zumutbar, sich wegen eines aktuellen Bedarfs an den Sozialhilfeträger zu wenden.

[...] Besteht demgemäß bei summarischer Überprüfung kein Anspruch der Ast. zu 1, gem. § 11 I NWA-SchO unter Berücksichtigung des Grundrechts aus Art. 4 I und II GG von der Teilnahme an der Klassenfahrt befreit zu werden, so ergibt sich nichts anderes,

wenn man auf dieses Grundrecht allein abstellt.

#### *B. Anspruch der Eltern*

Die Ast. zu 2 und 3 besitzen den geltend gemachten Befreiungsanspruch ebenfalls nicht. In diesem Zusammenhang kann auf sich beruhen, dass die Ast. zu 1 religionsmündig ist. Denn diese Tatsache nimmt ihren Eltern nicht die aus dem elterlichen Erziehungsrecht (Art. 6 II 1 GG) folgende Befugnis, ihr minderjähriges Kind in seinen religiösen Bemühungen zu unterstützen sowie Rechte, die das Kind auf diesem Gebiet zu haben glaubt, mit einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren auch im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. statt aller BVerwG, NJW 1983, 2585). Indessen besteht aus den vorstehend dargelegten Gründen, auf die die Kammer zur Vermeidung von Wiederholungen verweist, bei summarischer Überprüfung kein Befreiungsanspruch.

### **Standort: Baurecht**

### **Problem: Vorläufiger Rechtsschutz bei § 15 BauGB**

OVG KOBLENZ, BESCHLUSS VOM 23.05.2002  
8 B 10633/02 (NVWZ-RR 2002, 708)

#### **Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob vorläufiger Rechtsschutz gegen einen Zurückstellungsbescheid nach § 15 BauGB nach § 80 V VwGO oder nach § 123 I VwGO zu suchen ist. Gemäß § 123 V VwGO ist ein Antrag nach § 80 V VwGO vorrangig in Erwägung zu ziehen. Dieser ist statthaft, soweit es um die Abwehr des drohenden Vollzugs eines belastenden Verwaltungsakts geht. Belastende Verwaltungsakte werden in der Hauptsache nach § 42 I, 1. Fall VwGO angefochten, weshalb als Faustformel gilt, dass der Antrag nach § 80 V VwGO bei Anfechtungsklagen, § 123 I VwGO dagegen in sonstigen Fällen einschlägig ist. Welcher Rechtsschutz gegen einen Zurückstellungsbescheid nach § 15 BauGB in der Hauptsache zu suchen wäre, hängt von der Rechtsnatur dieser Maßnahme ab, die streitig ist. Begreift man den Zurückstellungsbescheid als (Teil-)Ablehnung des Antrags auf Erteilung der Baugenehmigung, wäre nur eine Verpflichtungsklage auf Erteilung derselben möglich; die Anfechtung der (Teil-)Ablehnung wäre zwar denkbar, brächte den Kläger aber nicht voran. Vorläufiger Rechtsschutz liefe dann über § 123 I VwGO (Regelungsanordnung).

Begreift man die Zurückstellung hingegen nicht als

Teilablehnung, sondern als eigenständige Maßnahme mit für den Betroffenen nachteiligen Folgen, nämlich der mit der Zurückstellung verbundenen Verzögerung und ggf. zwischenzeitlichen Verschlechterung der Rechtslage, könnte eine Anfechtungsklage in Betracht kommen, um die Verzögerung zu beseitigen. Folgt man - wie das OVG - dieser Ansicht, hätten Widerspruch und Klage hiergegen gem. § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung. Ordnet die Behörde gem. § 80 II Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Zurückstellung an, ist hiergegen vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO möglich.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Abgrenzung zwischen §§ 123 I und 80 V VwGO muss jeder Examenskandidat beherrschen. Die Auswirkungen der statthaften Klageart in der Hauptsache auf den vorläufigen Rechtsschutz wurden oben dargelegt. Angemerkt sei noch, dass die Frage aufgeworfen werden könnte, ob es sich - wenn man mit dem OVG Koblenz der wohl herrschenden Auffassung folgt, dass der Zurückstellungsbescheid noch keine endgültige (Teil-)Ablehnung der Baugenehmigung ist - bei diesem überhaupt um einen anfechtbaren Verwaltungsakt handelt. Insbesondere die Regelungswirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG könnte problematisch sein; sie lässt sich jedoch bejahen, da der Zurückstellungsbescheid mit der von der Behörde beabsichtigten

Aussetzung des Genehmigungsverfahrens unmittelbar auf eine eigenständige Rechtsfolge gerichtet ist und sich somit unter die Definition des Regelungsmerkmals subsumieren lässt. Es handelt sich bei diesem Verständnis dann auch nicht lediglich um einen unselbstständigen Verfahrensschritt, dessen Anfechtbarkeit § 44a VwGO entgegenstehen könnte, sondern eben um einen selbstständigen Verwaltungsakt.

**Vertiefungshinweise:**

Zur VA-Qualität der Zurückstellung: *BVerwG*, DÖV 1972, 497

Weitere aktuelle Entscheidungen zu § 80 V VwGO: *BVerwG*, NVwZ-RR 2002, 153 (zur Aussetzung der Vollziehung); *OVG Münster*, NVwZ-RR 2002, 76 (zur Fortdauer der aufschiebenden Wirkung)

**Leitsätze:**

**1. Der Widerspruch gegen einen Zurückstellungsbescheid nach § 15 BauGB hat gem. § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung.**

**2. Sobald diese eintritt oder im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren gem. § 80 V VwGO wiederhergestellt wird, ist es der Bauaufsichtsbehörde einstweilen untersagt, die Bearbeitung des Baugesuchs unter Hinweis auf § 15 BauGB (weiter) auszusetzen.**

**Sachverhalt:**

Die Ast. wenden sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Zurückstellung ihres Bauantrags. Sie sind Eigentümer eines Grundstücks in M. Das Grundstück ist mit einem Wohnhaus bebaut, das aus einem Vorder-, einem Mittel- und einem Hinterhaus besteht. Die Dächer und jeweils obersten Geschosse des Mittel- und des Hinterhauses wurden im 2. Weltkrieg zerstört. Zur Vermeidung von Schäden der darunter liegenden Wohnungen wurden unmittelbar nach dem Krieg innerhalb der noch stehen gebliebenen Umfassungswände der obersten Stockwerke flach geneigte Notdächer errichtet. Die Ast. beabsichtigen nun, diese Notdächer zu beseitigen, die Wohnungen in den beiden obersten Geschossen des Mittel- und Hinterhauses wiederherzustellen und darüber neue Dächer zu errichten. Nach Eingang des hierzu eingereichten Bauantrags fasste die Ag. den Beschluss zur Aufstellung eines Bebauungsplans für dieses Gebiet und nannte als Ziel der Planung unter anderem den „Ausschluss von weiteren baulichen Anlagen im Blockinnenbereich“. Auf den Antrag der

Stadt verfügte das Bauaufsichtsamt mit Bescheid vom 21. 12. 2001, die Entscheidung über die Zulässigkeit des Wiederaufbaus der beiden obersten Geschosse des Mittel- und Hinterhauses für die Dauer von neuen Monaten zurückzustellen. Das VG lehnte den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den für sofort vollziehbar erklärten Zurückstellungsbescheid ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde blieb ohne Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Das VG hat das Eilrechtsschutzbegehren der Ast. zu Recht und mit zutreffender Begründung abgelehnt.

**A. Zulässigkeit**

Zunächst ist der Senat mit dem VG der Auffassung, dass der Antrag nach § 80 V VwGO der zulässige Rechtsbehelf ist, um die nachteiligen Folgen der Zurückstellung vorläufig auszusetzen. Die Ast. haben ein schutzwürdiges Interesse an dieser Entscheidung. Ist die Zurückstellung ihnen gegenüber nicht vollziehbar, ist die Ag. schon zur Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen gehalten, die Bearbeitung des Bauantrags fortzusetzen. So hat der BGH jüngst entschieden, dass die Bauaufsichtsbehörde die Amtspflicht zur unverzüglichen Weiterbearbeitung des Bauantrags hat, solange der Widerspruch gegen die Zurückstellung aufschiebende Wirkung entfaltet (vgl. BGH, NVwZ 2002, 123). Mit dieser Rechtsprechung ist es unvereinbar, die Zurückstellung nach § 15 I 1 BauGB lediglich als die besondere Form einer (befristeten) Ablehnung des Baugesuchs zu behandeln und Rechtsschutz dagegen nur im Zusammenhang mit dem Verpflichtungsbegehren auf Erteilung der Baugenehmigung, vorläufigen Rechtsschutz mithin nur nach § 123 VwGO, zu gewähren (so allerdings OVG Koblenz in dem - auch von der Ag. zitierten - Beschluss vom 16. 9.1997 (8 A 11884/97); ebenso Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 15 Rdnr. 72; Grauvogel, in: Brüggelmann, BauGB, § 15 Rdnrn. 59; Lemmel, in: BK-BauGB, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 19 - für das Hauptsacheverfahren, vgl. demgegenüber Rdnr. 18 - für das Eilrechtsschutzverfahren: § 80 V VwGO).

Aus Gründen der Rechtseinheit geht der Senat nunmehr unter Aufgabe der gegenteiligen Rechtsauffassung in dem oben zitierten Beschluss davon aus, dass es sich bei der Zurückstellung nach § 15 I 1 BauGB um eine eigenständige Rechtsbeeinträchtigung durch eine qualifizierte Form der Verfahrensaussetzung handelt, die auf Grund bundesrechtlicher Ermächtigung durch Verwaltungsakt ergeht und gegen die vor-

läufiger Rechtsschutz nach § 80 I, V VwGO nachzusehen ist (so: OVG Lüneburg, BRS 49 Nr. 156; OVG Berlin, NVwZ 1995, 399; OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 17; VG Sigmaringen, VBIBW 1999, 432; Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 8. Aufl [2002], § 15 Rdnr. 9; Finkelnburg/Ortloff, Öffentliches BauR, Bd.1, 5. Aufl [1998], S. 217 f.; Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, 6. Aufl [2001], Rdnr. 2843; Stürer, Der Bebauungsplan, 2. Aufl. [2001], Rdnr. 632; Happ, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl. [2000], § 42 Rdnr. 60a). Hierdurch wird dem Betroffenen eine effektive Möglichkeit eröffnet, die Berechtigung zur Zurückstellung einer schnellen Klärung zuzuführen. Wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Zurückstellungsbescheid wiederhergestellt, so ist es der Bauaufsichtsbehörde einstweilen untersagt, die Bearbeitung des Baugesuchs unter Hinweis auf § 15 I 1 BauGB auszusetzen.

### *B. Begründetheit*

In der Sache hat das Eilrechtsschutzbegehren der Ast. indessen keinen Erfolg, was das VG ebenfalls zutreffend dargelegt hat. Auf diese Ausführungen kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Lediglich ergänzend sei zum Beschwerdevorbringen bemerkt:

Neben den formalen Voraussetzungen für die Zurückstellung ist auch das Sicherheitsbedürfnis der Ag. zu bejahen. Dies wäre nur dann zu verneinen, wenn bereits jetzt ersichtlich wäre, dass sich die beabsich-

tigte Planung nicht verwirklichen lässt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

Die Ag. verfolgt ein grundsätzlich legitimes städtebauliches Ziel, wenn sie den Blockinnenbereich von weiteren baulichen Anlagen freihalten will. Das Vorhaben der Wiederherstellung der jeweils obersten Geschosse des Mittel- und Hinterhauses läuft diesem Planungsziel zuwider. Die Ast. haben keinen Anspruch darauf, die beiden im zweiten Weltkrieg zerstörten Geschosse ungeachtet entgegenstehender gesetzlicher oder bauleitplanerischer Vorschriften wiederherzustellen. Der passive Bestandsschutz beschränkt sich darauf, den vorhandenen Baubestand zu erhalten und wie bisher zu nutzen. Die bloße Instandhaltung ist kein Vorhaben i.S. von § 29 I BauGB, weshalb es auch nicht den bauplanungsrechtlichen Anforderungen gem. §§ 30 bis 37 BauGB unterliegt. Der Wiederaufbau der kriegszerstörten Geschosse stellt demgegenüber eine Änderung der vorhandenen Wohnhäuser dar, weshalb die Ast. hierfür auch zu Recht um eine Baugenehmigung nachgesucht haben. Dies bedeutet dann allerdings auch, dass sich dieses Vorhaben an den bestehenden gesetzlichen und bauleitplanerischen Regelungen einschließlich der Bestimmungen über die Sicherung einer beabsichtigten Bauleitplanung orientieren muss. Außerhalb dieser Regelungen gibt es keinen Anspruch auf Zulassung eines Vorhabens aus eigentumsrechtlichen Bestandsschutz (vgl. BVerwGE 106, 278).

## **Standort: Verfassungsbeschwerde**

## **Problem: Grundsatz der Subsidiarität**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 24.06.2002  
1 BVR 575/02 (NVWZ 2002, 1230)

### **Problemdarstellung:**

Das BVerfG hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, unter welchen Voraussetzungen eine Verfassungsbeschwerde (Vb.) gegen einen Beschluss im Eilrechtsschutz erhoben werden kann. Zwar handelt es sich bei einem solchen auch um einen angreifbaren Akt der öffentlichen Gewalt (Judikative; vgl. Art. 93 I Nr. 4a GG). Auch wird regelmäßig der Rechtsweg gem. § 90 II BVerfGG erschöpft sein, wenn der Beschwerdeführer (Bf.) das Beschwerdeverfahren nach § 146 ff. VwGO durchgeführt hat. Allerdings leitet das BVerfG aus § 90 II BVerfGG über das Erfordernis der Rechtsweger-

erschöpfung hinaus den Grundsatz der Subsidiarität der Vb. ab, wonach der Bf. auch über die Rechtswegererschöpfung hinaus alles in seiner Macht stehende tun muss, um eine Vb. zu vermeiden. Das BVerfG verlangt bei Vb. gegen Eilentscheidungen unter diesem Gesichtspunkt vom Bf. häufig, dass er vor Erhebung der Vb. noch die Hauptsache durchführt. Nach den Gründen des vorliegenden Beschlusses soll dies jedenfalls dann angezeigt sein, wenn die geltend gemachte Grundrechtsverletzung die Hauptsache (also die angegriffene Verwaltungsmaßnahme) betrifft. Die Notwendigkeit, vorab das Klageverfahren zu betreiben, entfällt aber dann, wenn dies nicht zumutbar ist. Hierzu nennt das BVerfG folgende Fallgruppen:

1. Die Klage ist im Hinblick auf eine entgegenstehende Rechtsprechung der Fachgerichte von vorn-

herein aussichtslos,

2. Die Verletzung von Grundrechten wird durch die Eilentscheidung selbst geltend gemacht (z.B. durch die Versagung rechtlichen Gehörs oder einer Verletzung des Art. 19 IV GG durch die Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes),

3. Der Sachverhalt ist geklärt und die Voraussetzungen, unter denen gem. § 90 II 2 BVerfGG vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung abgesehen werden kann, sind gegeben.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung ist gleich in mehrfacher Hinsicht examensrelevant: Zum einen hat die RA bereits mehrfach - auch im Hinblick auf Vb. gegen Beschlüsse im vorläufigen Rechtsschutz - auf den Grundsatz der Subsidiarität als Zulässigkeitsvoraussetzung der Vb. hingewiesen (vgl. über die Vertiefungshinweise hinaus z.B. BVerfG, RA 2001, 4 = NVwZ 2000, 1407; RA 1999, 1 = NVwZ 1998, 1173; RA 1999, 481 = NVwZ 1999, 867). Dieser darf nicht mit der Rechtswegerschöpfung verwechselt werden. Vielmehr geht er über diese hinaus (vgl. nur den vorliegenden Fall: Die Durchführung der Hauptsache hat mit der Erschöpfung des Rechtsweges gegen den Eilrechtsbeschluss nichts zu tun. Rechtsweg hiergegen ist das Beschwerdeverfahren nach §§ 146 ff. VwGO).

Zum anderen ist die Verpackungsverordnung mit ihrem Zwangspfand auf Einwegverpackungen und der Rücknahmepflicht in den Blickpunkt des Interesses gerückt. Hierzu finden sich eine Vielzahl von höchst aktuellen Entscheidungen und Literaturbeiträgen (siehe Vertiefungshinweise), die sich z.B. im Rahmen einer auf Art. 12 GG gestützten Verfassungsbeschwerde der betroffenen Unternehmen bestens abprüfen lassen.

#### **Vertiefungshinweise:**

- Die angegriffene Entscheidung des OVG Berlin: *OVG Berlin*, NVwZ-RR 2002, 720
- Grundsatz der Subsidiarität bei Vb. gegen Eilentscheidungen: *BVerfGE* 69, 315; *BVerfG*, NJW 2002, 741; NVwZ-RR 2002, 1
- Zur Verpackungsverordnung und zum Zwangspfand: *VG Düsseldorf*, NVwZ 2002, 1269; *VG Stuttgart*, NVwZ 2002, 1274; *Koch*, NVwZ 1998, 1155

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

##### **1. Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde**

**gegen die Pfanderhebungspflicht für Einwegverpackungen bei Bier und Mineralwasser sowie die Verpflichtung zur Rücknahme und Verwertung gebrauchter Verpackungen.**

**2. Der Grundsatz der Subsidiarität kann der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde entgegenstehen, wenn diese sich gegen eine im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren ergangene Entscheidung richtet und die Hauptsache (hier: vorbeugende Unterlassungsklage) bisher nicht durchgeführt worden ist.**

**3. Wird als Verletzung rechtlichen Gehörs geltend gemacht, ein Verwaltungsgericht habe seiner Entscheidung dem Betroffenen nicht bekannte Akten anderer Verfahren zugrunde gelegt, so ist vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde Akteneinsicht zu beantragen, um feststellen zu können, was bei vorheriger Kenntnis der Akten vorgetragen worden wäre.**

#### **Sachverhalt:**

Die Bf. - es handelt sich um zehn Unternehmen, die in der Bundesrepublik Deutschland in Einwegverpackungen abgefülltes Bier und Mineralwasser herstellen bzw. vertreiben - wollten verhindern, dass sie ab Anfang nächsten Jahres auf Einwegverpackungen für Bier und Mineralwasser Pfand erheben sowie die gebrauchten Verpackungen zurücknehmen und einer Verwertung zuführen müssen. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wandten sie sich unmittelbar gegen vorläufigen Rechtsschutz verweigernde Beschlüsse des VG Berlin und des OVG Berlin, mittelbar auch gegen die zu Grunde liegenden Vorschriften der Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen vom 21.8.1998 (BGBl I, 2379; im Folgenden: VerpackV).

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen

#### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da die Voraussetzungen für ihre Annahme nicht vorliegen. Weder kommt der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu (§ 93a II lit. a BVerfGG), noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Verfassungsrechte angezeigt (§ 93a II lit. b BVerfGG), weil die Verfassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BVerfGE 90, 22, 24 ff.). [...] Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise unzulässig, im Übrigen unbegründet.

## A. Zulässigkeit

### I. Form

Soweit die Bf. einen Verstoß gegen Art. 103 I GG rügen, genügt ihr Vorbringen nicht den gesetzlichen Substanziierungsanforderungen der §§ 23 I 2, 92 BVerfGG.

Zwar haben die Bf. vorgetragen, dass das OVG zur weiteren Sachdarstellung auf Akten anderer Verfahren, an denen sie nicht beteiligt gewesen seien, verwiesen habe, ohne ihnen vor Erlass der Entscheidung Gelegenheit zur Kenntnisnahme dieser Akten zu geben. Ein solches Vorgehen des Gerichts ist grundsätzlich mit Art. 103 I GG unvereinbar. Denn eine dieser Verfassungsbestimmung genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zu erkennen vermögen, auf welchen Sachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann. Sie müssen sich bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt über den gesamten Verfahrensstoff informieren können (vgl. BVerfGE 84, 188 [190]; 86, 133 [144]; 89, 28 [35]).

Die Bf. haben jedoch nicht dargelegt, was sie bei vorheriger Kenntnis der in Bezug genommenen Akten vorgetragen hätten. Es hätte ihnen obliegen, nach Zugang des angegriffenen Beschlusses des OVG bei diesem Einsicht in diese Akten zu beantragen. Insofern gilt zwar § 100 I VwGO nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens nicht mehr. Es steht jedoch im Ermessen des jeweiligen Gerichts, ob danach den ehemaligen Prozessbeteiligten Einsicht auch in beigezogene Akten gewährt wird. Entscheidend ist, ob für diese ein anerkanntes rechtliches Interesse an einer solchen nachträglichen Einsicht besteht (vgl. Geiger, in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 100 Rdnr. 8). Es kann zumindest nicht unterstellt werden, dass das OVG, gerade wenn es unzulässigerweise einen vorherigen Hinweis auf die Einbeziehung der Akten der anderen Verfahren unterlassen haben sollte, nun den Bf. die Einsicht zur Vorbereitung des Verfassungsbeschwerdeverfahrens verweigert hätte. [...]

### II. Grundsatz der Subsidiarität

Einer Prüfung in der Sache steht im Übrigen teilweise der Grundsatz der Subsidiarität entgegen, weil die Bf. es unterlassen haben, das verwaltungsgerichtliche Klageverfahren durchzuführen.

Sind im Eilverfahren ergangene Entscheidungen Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, verlangt § 90 II 1 BVerfGG nicht ohne weiteres, dass der Rechtsweg im Verfahren der Hauptsache erschöpft wird

(vgl. BVerfGE 69, 315 [339]). Der in dieser Norm zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität fordert zwar, dass der Bf. über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erreichen oder sie gar zu verhindern. Das bedeutet, dass auch die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache geboten ist, wenn sich dort nach der Art des gerügten Grundrechtsverstoßes die Chance bietet, der verfassungsrechtlichen Beschwerde abzuwehren (vgl. BVerfGE 79, 275, 278; 86, 15, 22; BVerfG, NJW 2002, 741). Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn und soweit mit der Verfassungsbeschwerde Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die sich auf die Hauptsache beziehen (vgl. BVerfGE 86, 15 [22]; BVerfG, NJW 2002, 741). Die Notwendigkeit, vorab das Klageverfahren zu betreiben, entfällt nur, wenn dies für den Bf. nicht zumutbar ist. Das ist der Fall, wenn eine Klage im Hinblick auf entgegenstehende Rechtsprechung der Fachgerichte von vornherein als aussichtslos erscheinen muss, wenn die Verletzung von Grundrechten durch die Eilentscheidung selbst geltend gemacht wird, wie etwa bei der Versagung rechtlichen Gehörs oder einer Verletzung des Art. 19 IV GG durch die Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes, oder wenn die Entscheidung von keiner weiteren tatsächlichen Aufklärung abhängt und diejenigen Voraussetzungen gegeben sind, unter denen gem. § 90 II 2 BVerfGG vom Erfordernis der Rechtswegerschöpfung abgesehen werden kann (vgl. BVerfGE 79, 275 [278 f.]).

#### 1. Verstoß gegen Art. 19 IV GG

Soweit die Bf. vortragen, dass das OVG die Anforderungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu Lasten der Bf. rechtsschutzverkürzend bemessen und damit gegen Art. 19 IV 1 GG verstoßen habe, machen sie einen dem Eilverfahren eigenen Verfassungsverstoß geltend. Insofern ist die Verfassungsbeschwerde zulässig.

#### 2. Verstoß gegen Art. 12 GG

Im Übrigen ist die Verfassungsbeschwerde jedoch unzulässig. Die Bf. haben bisher keine vorbeugende Unterlassungsklage gegen die bevorstehende Bekanntmachung der Nacherhebungsergebnisse anhängig gemacht. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund es ihnen nach der Bekanntmachung der Ergebnisse der Regelerhebung für das Jahr 1997 im Januar 1999 unzumutbar gewesen sein sollte, diesen Klage-

weg zu beschreiten. Auf Grund dieser Bekanntmachung war ihnen bewusst, dass eine Nacherhebung durchgeführt würde. Auch waren sie im Klaren darüber, welche Rechtsfolgen sich bei gleichbleibender Rechtslage aus der nochmaligen Feststellung des Unterschreitens der Mehrwegquote ergeben würden. Obwohl mangels entgegenstehender Rechtsprechung der Fachgerichte eine Unterlassungsklage nicht von vornherein aussichtslos erscheinen musste, haben die Bf. - entgegen ihrer eigenen Ankündigung in ihrem das Ausgangsverfahren einleitenden Schriftsatz vom 20. 11. 2000 - von der Erhebung einer Klage abgesehen und ihr Begehren ausschließlich im Eilverfahren verfolgt. Hätten die Bf. zu gegebener Zeit, jedenfalls aber bei Stellung ihres Antrags nach § 123 I VwGO im November 2000, auch Klage erhoben, wäre es den Gerichten möglich gewesen, den Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht weiter aufzuklären. Das OVG hat im angegriffenen Beschluss die entscheidungserhebliche und zwischen den Bet. des Ausgangsverfahrens höchst umstrittene Frage, ob die Quotenregelung des § 9 II VerpackV die ihr zuge dachte Funktion zur Stabilisierung der Mehrwegverpackungssysteme erfüllen kann, nicht abschließend geklärt. Es hat ausdrücklich festgestellt, dass diese Klärung gegebenenfalls einem Verfahren der Hauptsache vorbehalten bleiben müsse. Eine solche abschließende Klärung würde eine eingehende Auseinandersetzung mit den divergierenden Studien, auf die sich die Bet. des Ausgangsverfahrens jeweils berufen hatten, erfordern (vgl. zu der unter Sachverständigen höchst umstrittenen Einschätzung der Folgen einer Pfanderhebung: Umweltgutachten 2000 und Bericht der BReg. vom 28.5.2001 einschließlich Stellungnahme des Umweltbundesamtes vom 30.1.2001, BR-Dr 425/01). Nur auf einer solchen im Klageverfahren zu gewinnenden Grundlage könnte abschließend entschieden werden, ob die Regelung des § 9 VerpackV eine zur Zielerreichung geeignete Maßnahme und ein im verfassungsmäßigen Sinne verhältnismäßiger Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Bf. darstellt. Es ist nicht Aufgabe des BVerfG, diese notwendige und im Klageverfahren zu leistende Aufklärung im Rahmen des Verfassungsbeschwerdeverfahrens erstmalig vorzunehmen. [...]

### *B. Begründetheit*

Soweit die Verfassungsbeschwerde zulässig ist, ist sie jedoch unbegründet. Die Voraussetzungen für die Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs sind in dem angegriffenen Beschluss des OVG nicht in

einer solchen Weise verschärft worden, dass dies dem sich aus Art. 19 IV 1 GG ergebenden Gebot des effektiven Rechtsschutzes widerspräche.

### *I. Schutzbereich des 19 IV GG*

Art. 19 IV 1 GG verpflichtet nicht nur den Gesetzgeber - wie für die Verwaltungsgerichtsbarkeit mit § 123 VwGO geschehen -, eine Regelung vorzusehen, auf Grund derer die Gerichte vorläufigen Rechtsschutz gewähren können. Vielmehr sind auch die diese Vorschrift anwendenden Gerichte gehalten, bei ihrer Auslegung und Anwendung der besonderen Bedeutung der jeweils betroffenen Grundrechte und den Erfordernissen eines effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 79, 69 [74]). Verfassungsrechtlich unbedenklich ist es insoweit, wenn ein VG die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes davon abhängig macht, dass der Bf. das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs und eines Anordnungsgrundes glaubhaft macht (vgl. BVerfGE 79, 69 [74]).

### *II. Beachtung durch das OVG*

Das OVG hat in dem angegriffenen Beschluss bei Bestimmung seines Prüfungsmaßstabs dargelegt, dass es wegen der divergierenden Allgemein- und Drittinteressen für die Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs nicht genüge, wenn lediglich rechtliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der künftigen Bekanntgabe der Nacherhebungsergebnisse bestünden oder ein Obsiegen der Bf. in der Hauptsache ebenso wahrscheinlich wäre wie ein Unterliegen. Vielmehr sei die im vorläufigen Rechtsschutzverfahren mögliche Feststellung einer deutlich überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Erfolgsaussichten der Bf. im Verfahren der Hauptsache notwendig.

Ob dieser Maßstab frei von verfassungsrechtlichen Bedenken ist, mag hier dahinstehen. Denn das OVG hat sich nachfolgend eingehend mit den vorgetragenen Zweifeln an der Recht- und insbesondere auch Verfassungsmäßigkeit der entscheidungserheblichen Regelungen der Verpackungsverordnung sowie des Handelns der Bundesregierung beziehungsweise des BMU auseinander gesetzt. Es ist auf Grund dieser Prüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass zwar eine abschließende Bewertung gerade der Verhältnismäßigkeit der in der Verpackungsverordnung auferlegten Pflichten aufgrund der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren zu gewinnenden Erkenntnisse nicht möglich, wohl aber nach der vorläufigen Beurteilung der Sach- und Rechtslage ein Obsiegen der Bf. im Klageverfahren unwahrscheinlich sei. Für die kon-

krete Entscheidung kam es daher auf die vom OVG eingangs angenommenen erhöhten Anforderungen an die Erfolgsaussichten in einem Klageverfahren nicht

an.

### Standort: VA-Begriff

### Problem: Abgrenzung zur innerdienstlichen Weisung

OVG BERLIN, BESCHLUSS VOM 21.12.2001  
4 S 5/01 (NVWZ-RR 2002, 762)

#### Problemdarstellung:

Das OVG Berlin hatte die Frage zu klären, ob es sich bei der gegenüber einem Beamten ergangenen Anordnung, sich zur Überprüfung seiner Dienstunfähigkeit von einem Amtsarzt stationär untersuchen zu lassen, um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt. Fraglich waren insbesondere Regelungscharakter und Außenwirkung.

1. Das OVG sieht den Regelungscharakter der Maßnahme in deren Konkretisierungswirkung. Zwar ergebe sich die entsprechende Pflicht zur Untersuchung für jeden Beamten bereits aus § 42 I 3 BBG, der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung. Für den einzelnen Beamten trete die Pflicht aber erst ein, wenn sie durch eine - somit konstitutive - Anordnung ihm gegenüber konkretisiert worden sei. In der danach eintretenden Verpflichtung, sich untersuchen zu lassen, die notfalls zwangsweise mit disziplinarischen Mitteln erzwungen werden könne, liege die unmittelbare Rechtsfolge und damit die Regelungswirkung.

2. Die Außenwirkung, war problematisch, weil Beamte in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat stehen und in diesem "besonderen Gewaltverhältnis" auch innerdienstlichen Weisungen unterliegen. Das OVG bejaht hier jedoch die Außenwirkung unter Hinweis auf die persönliche Betroffenheit des Adressaten. Gehe es bei einer Maßnahme nur um den reibungslosen Ablauf der Verwaltungstätigkeit, also das interne Dienstverhältnis, handle es sich um eine Weisung, nicht um einen Verwaltungsakt. Sei der Beamte hingegen nicht nur als Amtswalter, sondern als Person betroffen, liege Außenwirkung vor. Als Indiz für eine solche persönliche Betroffenheit führt das OVG die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme an, die es hier in Art. 2 I, II GG (allg. Handlungsfreiheit und körperliche Unversehrtheit) erblickt.

#### Prüfungsrelevanz:

An den VA-Charakter einer Maßnahme sind eine

Vielzahl von Rechtsfolgen geknüpft. In prozessualer Hinsicht hängen hiervon die statthafte Klageart (Anfechtungs- und Verpflichtungsklage setzen einen Verwaltungsakt als Gegenstand des Klägerbegehrens voraus, § 42 I VwGO) und damit die besonderen Sachurteilsvoraussetzungen ab. Dass die umfassende Kenntnis aller VA-Merkmale allein deshalb unverzichtbares Rüstzeug für jeden Examenskandidaten ist, bedarf daher keiner weiteren Erläuterung.

Um die Abgrenzung zwischen innerdienstlicher Weisung und Verwaltungsakt mit Außenwirkung hat sich insbesondere *Ule* verdient gemacht, der diesbezüglich die Begriffe vom (internen) "Betriebs-" und (externen) "Grundverhältnis" geprägt hat. Für dieses Begriffspaar haben sich in der neueren Fachliteratur zahlreiche andere Begriffe (statt "Betriebsverhältnis" z.B. "Amtsverhältnis", statt "Grundverhältnis" z.B. "Statusverhältnis" oder "persönliches Verhältnis") herausgebildet. Hiermit wird versucht, die oftmals problematische Abgrenzung schärfer zu fassen und zu betonen, dass es letztlich um die Frage geht, ob die Maßnahme sich *in ihrer Zielrichtung* an den Amtswalter oder die Person des Betroffenen richtet, mag sie auch faktische Auswirkungen für Grund- und Betriebsverhältnis haben. So ist im vorliegenden Fall die Dienst(un)fähigkeit des Betroffenen auch für den internen Verwaltungsablauf relevant (Vertretungen müssen organisiert, Pflichten neu verteilt werden usw.). Entscheidend ist jedoch, dass es sich bei dem Gesundheitszustand, auf dessen Überprüfung sich die Maßnahme richtete, um eine Eigenschaft der Person handelt.

#### Vertiefungshinweise:

- Zum Grund- und Betriebsverhältnis grundlegend: *Ule*, DVBl 1957, 17
- Aus der neueren Rechtsprechung: *VGH München*, RA 2000, 227 = NVwZ-RR 2000, 35

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Wilde Ehe"

**Leitsätze:**

**1. Die auf § 42 I 3 BBG gestützte Anordnung, sich untersuchen bzw. beobachten zu lassen, ist ein Verwaltungsakt.**

**2. Die Anordnung stationärer Beobachtung bedarf zu ihrer Rechtfertigung besonders gewichtiger Umstände. Sie muss aus medizinischer Sicht zur Klärung der Dienstunfähigkeit geboten sein.**

**Sachverhalt:**

Der Ast. begehrte einstweiligen Rechtsschutz gegen die ihm gegenüber am 3.8.2001 ergangene Anordnung, sich zur Beurteilung seiner Dienstfähigkeit für längstens fünf Tage stationär beobachten zu lassen. Das VG hat den Antrag abgelehnt. Das OVG stellte unter Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses auf die Beschwerde des Ast. hin die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Ast. gegen den Bescheid der Ag. vom 3.8.2001 wieder her.

**Aus den Gründen:****A. Zulässigkeit**

Der Änderungsantrag gem. § 80 VII 2 VwGO ist zulässig. Vorläufiger Rechtsschutz ist - was das VG offen gelassen hat - im Verfahren nach § 80 V VwGO zu gewähren.

**I. VA-Qualität der Untersuchungsanordnung**

Die hier streitige Anordnung, durch die gem. § 42 I 3 BBG die stationäre Beobachtung des Ast. für die Dauer von längstens fünf Tagen angeordnet wurde, ist ein Verwaltungsakt.

Der Senat ist in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass Weisungen der Dienstbehörde nach § 42 I 3 BBG (= § 77 I 3 BerlBG) Verwaltungsakte i.S. des § 35 S. 1 VwVfG sind. Hieran hält er in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung fest (vgl. OVG Lüneburg, ZBR 1991, 154; VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, 47 [48]; Battis, BBG, 2. Aufl. [1997], § 42 Rdnr. 7; Brockhaus, in: Schütze/Maiwald, BeamtenR, Teil C, § 45 Rdnr. 13; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., [2000], § 35 Rdnrn. 66 und 86; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. [2001], § 35 Rdnr. 87b; offen gelassen in: BVerwG, NVwZ-RR 2000, 174; NVwZ-RR 1998, 574; DVBl 1981, 502 [503]; VGH Mannheim, DVBl 1988, 358; a.A. Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, BBG, § 42 Rdnr. 10a). Bei diesen Weisungen handelt es sich um hoheitliche Maßnahmen einer Behörde, die einen Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen

Rechts betreffen und auch als Regelung auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sind.

**1. Regelungswirkung**

Die Anordnung nach § 42 I 3 BBG enthält eine Regelung in diesem Sinne. Sie ist ihrem objektiven Gehalt nach darauf gerichtet, eine verbindliche Rechtsfolge zu setzen. Die Maßnahme konkretisiert nicht nur ohnehin bestehende Mitwirkungspflichten, sondern begründet eine selbstständige Pflicht des Beamten, deren Nichtbefolgung unabhängig vom Ausgang des Zerruhesetzungsverfahrens durch Disziplinarmaßnahmen geahndet werden kann (vgl. BVerwGE 34, 248 [249 f.]; zu diesem Aspekt auch BVerwGE 111, 246).

**2. Außenwirkung**

Auch das für einen Verwaltungsakt notwendige Merkmal der unmittelbaren rechtlichen Außenwirkung ist gegeben. Ob einer Maßnahme diese Wirkung zukommt, hängt davon ab, ob sie ihrem objektiven Sinngehalt nach dazu bestimmt ist, Außenwirkung zu entfalten, nicht aber davon, wie sie sich im Einzelfall auswirkt (BVerwGE 81, 258 [260]). Durch diese Außenwirkung unterscheidet sich der Verwaltungsakt von behördeninternen Maßnahmen, zu denen insbesondere u.a. zählen die an einen Beamten allein in seiner Eigenschaft als Amtsträger und Glied der Verwaltung gerichteten, auf organisationsinterne Wirkung zielenden Weisungen des Dienstherrn sowie die auf Art und Weise der dienstlichen Verrichtung bezogenen inner-organisatorischen Maßnahmen der Behörde, in deren Organisation der Beamte eingegliedert ist (BVerwGE 81, 256 [260]).

Die Anordnung, sich ärztlich untersuchen bzw. beobachten zu lassen, zielt nach ihrem objektiven Sinngehalt weder auf Art und Weise der dienstlichen Verrichtung, noch ist sie an den Beamten allein als Amtsträger gerichtet. Sie betrifft ihn vielmehr im Schwerpunkt als Träger individueller verfassungsrechtlich geschützter Rechte (vgl. OVG Lüneburg, ZBR 1991, 154; Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. [2000], Anh. § 42 Rdnr. 69; a.A. BVerwGE 111, 246 zur Untersuchungsanordnung nach § 45 III 1 BBG). Die Maßnahme verpflichtet den Beamten, sich von einem bestimmten Arzt, den er nicht wählen kann, untersuchen und die üblicherweise hiermit verbundenen ärztlichen Handlungen - wie auch eine Blutentnahme - an sich vornehmen zu lassen, im Falle der Beobachtung darüber hinaus, sich für regelmäßig mehrere Tage in eine Klinik zu begeben. Berührt ist damit nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG), sondern

ggf. auch das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie die Freiheit der Person (Art. 2 II 1 und 2 GG).

### *II. Kein Ausschluss nach § 44a VwGO*

Die Voraussetzungen des § 80 VII 2 VwGO für einen Änderungsantrag liegen vor. [...] Seiner Zulässigkeit steht § 44a VwGO nicht entgegen. Sollte es sich bei der Anordnung ärztlicher Untersuchung bzw. Beobachtung um eine Verfahrenshandlung i.S. dieser Vorschrift handeln, käme § 44a S.1 VwGO jedenfalls deshalb nicht zur Anwendung, weil die Maßnahme i.S. des § 44a S.2 VwGO vollstreckt werden kann. Für die Bejahung der Vollstreckbarkeit genügt in diesem Zusammenhang, dass auf die Befolgung der Verfahrenshandlung - wie hier - mittels Disziplinarrecht hingewirkt werden kann (vgl. VGH Mannheim, DVBl 1988, 358 [359]; Kopp/Schenke, § 44a Rdnr. 8; Kuntze, in: Bader, VwGO, 1999, § 44a Rdnr. 9).

### *III. Keine Erledigung*

Die Anordnung vom 3.8.2001 hat sich nicht durch Zeitablauf erledigt. Sie war nicht an den in Punkt 2 genannten Untersuchungstermin gebunden, sondern sollte unabhängig hiervon die Pflicht begründen, sich stationär beobachten zu lassen. Bestätigt wird dieses Verständnis durch die weitere Verfügung vom 30.8.2001, mit der dem Ast. unter Hinweis auf die getroffene Regelung ein neuer Aufnahme Termin mitgeteilt wurde.

### *B. Begründetheit*

Der Antrag ist auch begründet. An der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides bestehen bei der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen Prüfung relevante Zweifel, so dass das Interesse des Ast., von dessen sofortiger Vollziehung vorerst verschont zu bleiben, schwerer wiegt als das Vollzugsinteresse.

### *I. Ermächtigungsgrundlage*

Als Rechtsgrundlage der Anordnung kommt allein § 42 I 3 BBG i.V. mit § 2 BerIPolBG in Betracht. Danach ist ein Polizeivollzugsbeamter verpflichtet, sich nach Weisung der Behörde ärztlich untersuchen und, falls ein Amtsarzt dies für erforderlich hält, auch beobachten zu lassen, wenn Zweifel über seine Dienstunfähigkeit bestehen.

### *II. Voraussetzungen*

Eine solche Maßnahme setzt voraus, dass sich die Zweifel des Dienstherrn an der Dienstunfähigkeit auf konkrete Umstände stützen und „nicht aus der Luft gegriffen“ sind. Soweit sie im Ermessen steht, kann sie grundsätzlich nur darauf überprüft werden, ob sie ermessensfehlerhaft, insbesondere, ob sie willkürlich ist (vgl. BVerwG, Beschluss vom 17.9.1997 - 2 B 106/97, abrufbar über juris). Gegenstand der gerichtlichen Kontrolle ist, ob die Dienstbehörde ihr Ermessen zweckgerecht und unter Wahrung der bestehenden Grenzen ausgeübt hat (vgl. BVerwGE 111, 246). Wegen des mit jeder Untersuchung verbundenen wesentlichen Eingriffs in die Rechtssphäre des Beamten gebieten die Fürsorgepflicht und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit größtmögliche Zurückhaltung und Schonung beim Erteilen entsprechender Weisungen. Dies gilt - wie schon das weitere formelle Erfordernis einer Beteiligung des Amtsarztes zeigt - in besonderem Maße für stationäre Beobachtungen. Zur Rechtfertigung der zusätzlichen Beschränkung der persönlichen Freiheit bedarf es insoweit besonders gewichtiger Umstände. Diese Maßnahme wird nur dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht, wenn sie aus medizinischer Sicht zur Aufklärung des Sachverhalts geboten ist. Sie darf lediglich angeordnet werden, wenn eine ambulante Untersuchung von vornherein ungeeignet ist oder sich als nicht ausreichend erwiesen hat und durch Beobachtung eine Klärung der relevanten Fragen zu erwarten ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei der Beurteilung der Dienstunfähigkeit Äußerungen eines Amtsarztes wegen dessen Sachkunde und auch Neutralität grundsätzlich größerer Beweiswert zukommt als privatärztlichen Attesten, sofern diese sich nicht unter Darlegung der Gründe mit den Feststellungen des Amtsarztes auseinandersetzen und dessen Aussage entkräften (vgl. BVerwG, Beschluss vom 15.9.1999 - 1 DB 40/986, abrufbar über juris).

Hiervon ausgehend begegnet die Maßnahme der Ag. Bedenken, die weiterer Klärung in einem Hauptsacheverfahren bedürfen. Die Ag. hat die Notwendigkeit der stationären Beobachtung nicht hinreichend belegt. Die vom beamteten Arzt des Bundesgrenzschutzes (als Amtsarzt) überwiegend nur pauschal vorgetragenen Gründe sind durch die vom Ast. vorgelegten Atteste beachtlich in Frage gestellt.

**Standort: § 58 VwGO****Problem: Unrichtige richtige Rechtsbehelfsbelehrung**

BVERWG, URTEIL VOM 21.03.2002

4 C 2.01 (BAYVBL 2002, 678)

**Problemdarstellung:**

Im Verwaltungsprozessrecht ist die Mehrzahl der Rechtsbehelfe fristgebunden (vgl. insbesondere § 70 VwGO für den Widerspruch und § 74 VwGO für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage). Die Fristen beginnen aber nur zu laufen, wenn eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung erteilt wurde, § 58 I VwGO. War dies nicht der Fall, tritt an ihre Stelle die Jahresfrist des § 58 II VwGO. Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung dann, wenn sie einen notwendigen Inhalt (vgl. Mindestanforderungen des § 58 I VwGO) nicht oder fehlerhaft wiedergibt oder fehlerhafte fakultative Zusätze enthält, die geeignet sind, die Rechtsschutzmöglichkeiten des Bürgers zu verkürzen.

Im vorliegenden Fall waren alle fakultativen Zusätze für sich genommen richtig. Unter ihnen fehlte jedoch der entscheidende Hinweis auf die vor dem OVG bestehende Vertretungspflicht nach § 67 I VwGO. Das BVerwG meint, der Kläger habe sich angesichts der Vielzahl von Hinweisen darauf verlassen können, dass diese abschließend seien; jedenfalls habe er nicht damit rechnen müssen, dass die Behörde einen so entscheidenden Umstand wie den Vertretungszwang weglasse, wenn sie i.Ü. zahlreiche formelle Voraussetzungen der Klageerhebung aufliste. Es handelt sich folglich um den seltenen Fall, in dem auch die (grds. unschädliche) Nichtaufnahme eines fakultativen Zusatzes schädlich oder - anders formuliert - eine für sich genommen richtige Rechtsbehelfsbelehrung doch unrichtig ist.

**Prüfungsrelevanz:**

Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrungen lassen sich leicht in Examensklausuren und Hausarbeiten einbinden. Für fortdauernde Aktualität der Problematik sorgt die Tatsache, dass die Gerichte immer wieder mit ihnen konfrontiert werden. Deshalb hat die RA auch wiederholt über besonders bemerkenswerte Fehler und Probleme berichtet (siehe Vertiefungshinweise). Der Examenskandidat sollte sich in jedem Fall merken, dass entscheidendes Kriterium für die Unrichtigkeit einer Rechtsbehelfsbelehrung im fakultativen Teil die mögliche Irreführung des Bürgers ist. Diese kann durch unrichtige, aber eben auch unvollständige Zu-

sätze eintreten.

**Vertiefungshinweise:**

- Fehlerhaft gewordene Rechtsbehelfsbelehrung: VG Darmstadt, RA 2000, 321 = NVwZ 2000, 591
- Rechtsbehelfsbelehrung bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung: OVG Münster, RA 2000, 443 = NWVBl 2000, 264
- Belehrung über das zuständige "Amt" statt der zuständigen Behörde: OVG Greifswald, RA 1999, 485 = NVwZ-RR 1999, 476
- Unrichtige Belehrung durch das Justizprüfungsamt: OVG Münster, RA 2001, 117 = NVwZ 2001, 212

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Das Stukkateurgewerbe"

**Leitsätze:**

- 1. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist im Sinne von § 58 Abs. 2 VwGO unrichtig, wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen.**
- 2. Dies ist auch der Fall, wenn sie durch die Vielzahl der in ihr enthaltenen Informationen den Eindruck erweckt, alle zu erfüllenden Anforderungen vollständig aufgelistet zu haben.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger wendet sich gegen einen Planfeststellungsbeschluss für eine Ortsumgehung. Er ist Eigentümer mehrerer Grundstücke, die für das Vorhaben in Anspruch genommen werden sollen. Der Planfeststellungsbeschluss wurde nach § 74 Abs. 5 Satz 1 VwVfG öffentlich bekannt gemacht, da mehr als 50 Zustellungen vorzunehmen gewesen wären. Die in der Bekanntmachung enthaltene Rechtsbehelfsbelehrung lautete:

"1. Gegen diesen Planfeststellungsbeschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung schriftlich Klage beim Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, Uelzener Straße 40, 21335 Lüneburg, erhoben werden. (Als Zeitpunkt der Zustellung gilt der letzte Tag der Auslegungsfrist, siehe unten.) Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Streitgegenstand

bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Gemäß § 17 Abs. 6b FStrG sind die zur Begründung der Klage dienenden Tatsachen und Beweismittel innerhalb einer Frist von sechs Wochen nach Klageerhebung anzugeben. Das Gericht kann verspätetes Vorbringen zurückweisen.

2. Die Anfechtungsklage gegen den vorstehenden Planfeststellungsbeschluss für das Straßenbauvorhaben, für das nach dem FStrAbG vordringlicher Bedarf festgestellt ist, hat gemäß § 17 Abs. 6a Satz 1 FStrG keine aufschiebende Wirkung. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO) wäre beim Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht, Uelzener Straße 40, 21335 Lüneburg zu stellen. Er kann nur innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Beschlusses gestellt und begründet werden (§ 17 Abs. 6a Satz 2 FStrG).

Hinweis: Die Klage wäre gegen die Bezirksregierung Hannover zu richten."

Mit einem am Tage vor Ende der Klagefrist eingegangenen Fax erhob der Kläger persönlich Klage. Nachdem er vom Gericht auf den Vertretungszwang gemäß § 67 Abs. 1 VwGO hingewiesen worden war, erhob er mit Schreiben seines Rechtsanwalts, der ihn bereits im Verwaltungsverfahren vertreten hatte, erneut Klage und beantragte Wiedereinsetzung in die inzwischen versäumte Klagefrist.

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 16.3.2000 abgewiesen. Die Klage sei unzulässig. Das vom Kläger selbst verfasste Schreiben sei im Hinblick auf § 67 Abs. 1 VwGO unwirksam, die von seinem Rechtsanwalt erhobene Klage verspätet. Die Rechtsbehelfsbelehrung habe keinen Hinweis auf den Vertretungszwang enthalten müssen. Sie sei auch nicht wegen irreführenden Inhalts unrichtig. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand komme nicht in Betracht. Im Übrigen hätten Anhaltspunkte für eine Begründetheit der Klage nicht vorgelegen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

#### **Aus den Gründen:**

Die Revision ist begründet. Das Oberverwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht als unzulässig abgewiesen. Das Urteil verletzt § 58 Abs. 2 VwGO. Die Klagefrist ist gewahrt, da die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig war. Die Sache ist an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses über die Begründetheit der Klage verhandeln und entscheiden kann.

#### **A. Fehlende Postulationsfähigkeit des Klägers**

Das Oberverwaltungsgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die vom Kläger persönlich erhobene Klage wegen § 67 Abs. 1 Satz 1 VwGO unwirksam ist. Auch eine spätere Heilung durch den Schriftsatz seines Rechtsanwalts scheidet aus, da dies der Zielsetzung der Vorschrift widersprechen würde. Mit dem Vertretungserfordernis in § 67 Abs. 1 Satz 1 VwGO soll erreicht werden, dass dem Gericht nur ein von einem Rechtsanwalt geprüfter und gesichteter Streitstoff unterbreitet wird (vgl. BVerwG, Beschluss vom 20.7.2000 - 1 B 37.00, abrufbar über juris-). Dies wäre bei der nachträglichen Heilung einer bereits beim Gericht eingegangenen Klage oder Rechtsmittelschrift nicht ausreichend gewährleistet.

#### **B. Fristwahrung durch Anwaltsschriftsatz**

Die vom Kläger durch Schreiben seines Rechtsanwalts erhobene Klage war jedoch entgegen der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts rechtzeitig. Da die Rechtsbehelfsbelehrung unrichtig erteilt war, lief die Jahresfrist gemäß § 58 Abs. 2 VwGO.

#### **I. Anforderungen an die Rechtsbehelfsbelehrung**

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht nur dann unrichtig im Sinne von § 58 Abs. 2 VwGO ist, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Angaben nicht enthält. Sie ist es vielmehr auch dann, wenn sie geeignet ist, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf überhaupt, rechtzeitig oder in der richtigen Form einzulegen (BVerwGE 57, 188; BVerwG, BayVBl. 1994, 571; BVerwG, Buchholz 310, § 58 VwGO Nr. 77).

#### **II. Irreführung durch Eindruck der Vollständigkeit**

Vorliegend war die Rechtsbehelfsbelehrung objektiv geeignet, den Kläger in die Irre zu führen. Denn durch die Vielzahl der in ihr enthaltenen Informationen erweckte sie den Eindruck, alle zu erfüllenden Anforderungen vollständig aufgelistet zu haben. Insbesondere konnte sie dahin verstanden werden, dass ein nicht durch einen Rechtsanwalt vertretener Kläger innerhalb der Monatsfrist persönlich Klage erheben und es einem späteren Schreiben überlassen könne, gemäß § 17 Abs. 6b FStrG die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel anzugeben.

Indem die Rechtsbehelfsbelehrung auf die Schriftform hinwies, über die gebotene Bezeichnung von Kläger, Beklagtem und Streitgegenstand belehrte und auf die Regelung in § 17 Abs. 6b FStrG aufmerksam machte, erweckte sie den Eindruck, dass ein anderes gleichgewichtiges Hindernis, die Klage persönlich zu erheben, nicht bestehe. Dies wird durch den zusätzlichen Hinweis auf die Rechtslage hinsichtlich der fehlenden aufschiebenden Wirkung sowie die Möglichkeit, hierzu einen (weiteren) Antrag beim Oberverwaltungsgericht zu stellen, verstärkt. Ein Leser dieser Rechtsbehelfsbelehrung brauchte nicht auf den Gedanken zu kommen, ein so grundlegendes Erfordernis, wie es der Vertretungszwang darstellt, könne der Erhebung einer fristgerechten Klage entgegenstehen. Somit war die Rechtsbehelfsbelehrung im Ergebnis irreführend, obwohl die in ihr enthaltenen Hinweise als solche - isoliert betrachtet - nicht unzutreffend waren. Daher kann unentschieden bleiben, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung in Fällen, in denen für die Anfechtungsklage

bereits erstinstanzlich Vertretungszwang besteht, allgemein einen Hinweis hierauf enthalten muss (vgl. hierzu BVerwGE 98, 126, 127 f.).

### *C. Entscheidung über Wiedereinsetzung entbehrlich*

Ebenso kann dahinstehen, ob dem Kläger vorliegend Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren wäre. Dagegen spricht allerdings neben den vom Oberverwaltungsgericht angeführten Gründen, dass der Kläger im Verwaltungsverfahren durch seinen Rechtsanwalt vertreten war und dieser sich nicht darauf berufen kann, er habe die Möglichkeit einer öffentlichen Bekanntmachung des Planfeststellungsbeschlusses gemäß § 74 Abs. 5 Satz 1 VwVfG nicht in Betracht ziehen müssen und sei daher ohne Verschulden gehindert gewesen, seinen Mandanten rechtzeitig hinsichtlich der Klagemöglichkeit und des Vertretungszwangs zu beraten. [...]

*Zivilrecht***Standort: Werkvertrag****Problem: Abnahme durch Minderungsbegehren**

BGH, URTEIL VOM 16.05.2002  
VII ZR 479/00 (NJW 2002, 3019)

**Problemdarstellung:**

Der BGH hatte in diesem Rechtsstreits zu entscheiden, ob ein Werkunternehmer trotz verweigerter Abnahme des Werks wegen diverser Mängel und Minderungsbegehren zumindest schon einen fälligen Anspruch auf den geminderten Werklohn hat.

Nach § 641 I 1 BGB ist die Vergütung des Werkes erst bei Abnahme fällig. Der BGH stellt in diesem Fall aber fest, dass der Werklohn trotz verweigerter Abnahme durch den Besteller schon deshalb fällig ist, weil der Besteller nur noch Minderung, nicht aber mehr die Erfüllung des Vertrages (Herstellung eines mangelfreien Werkes) verlangt. Das hat zur Folge, dass der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme schon fällig ist (st. Rspr.; zuletzt BGHZ 142, 278 [281] = BGH, NJW 2001, 818).

Im Weiteren beschäftigt sich der BGH mit den Voraussetzungen für das Minderungsbegehren des Bestellers gem. § 634 BGB a.F. (§§ 634 Nr. 3, 638 BGB n.F.). Diese Ausführungen sind aber auch für das reformierte Werkvertragsrecht gültig, da es um die Frage nach einer vorangegangenen Fristsetzung durch Besteller zur Mängelbeseitigung als Voraussetzung für die Minderung geht. Eine solche Fristsetzung ist auch nach dem reformierten Werkvertragsrecht erforderlich. Der BGH hat eine solche Fristsetzung in diesem Fall für entbehrlich bewertet, weil der Unternehmer seine Gewährleistungspflicht bestreitet bzw. ernsthaft verweigert. Diese schon früher geltende Rechtsprechung zur Entbehrlichkeit einer Fristsetzung zur Mängelbeseitigung ist durch die Schuldrechtsreform sogar im Gesetzestext nunmehr mit aufgenommen worden (vgl. §§ 638, 323 II Nr. 1 BGB).

**Prüfungsrelevanz:**

Auch noch nach der Schuldrechtsreform ist die Abnahme des Werkes durch den Besteller Voraussetzung für die Fälligkeit des Werklohns, §§ 640, 641 BGB. Unter Abnahme versteht man die körperliche Hinnahme im Wesentlichen durch Besitzübertragung, verbunden mit der Billigkeit des Werks als in der

Hauptsache vertragsgemäß erbrachte Leistung (BGHZ 48, 257 [262]; BGH, NJW 1993, 1972; Palandt-Thomas, § 640 BGB Rz. 2). Ist die körperliche Hinnahme nach der Beschaffenheit des Werkes ausgeschlossen, z.B. Arbeiten an einem Grundstück oder einem Haus oder bei nicht-körperlichen Werkleistungen, so besteht die Abnahme nur in der vorstehend erwähnten Anerkennung nach Vollendung des Werkes durch den Unternehmer, § 646 BGB.

Es ist Hauptleistungspflicht des Bestellers, das Werk abzunehmen. Dabei kann wegen unwesentlicher Mängel die Abnahme nicht verweigert werden, § 640 I 2 BGB. Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet, § 640 I 3 BGB. Anstelle der Abnahme kann gem. § 641 a BGB auch eine Fertigstellungsbescheinigung durch einen entsprechenden Gutachter treten.

Die Abnahme ist aber nicht nur für die Frage der Fälligkeit des Werklohns für den Unternehmer wichtig. Vielmehr bestimmt sie gem. § 644 BGB auch den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs zwischen den Parteien. Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes; kommt aber der Besteller mit der Abnahme des Werkes in Verzug, so geht die Gefahr des zufälligen Untergangs bzw. der zufälligen Verschlechterung auf ihn über.

**Vertiefungshinweis:**

Zu diesem Fall: *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2001, 82.

**Kursprogramm:**

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

*Examenskurs*: "Die neue Kanzlei"

**Leitsatz:**

**Der Vergütungsanspruch des Unternehmers für ein mangelhaftes Werk wird ohne Abnahme fällig, wenn der Besteller nicht mehr Erfüllung des Vertrags, sondern Minderung verlangt.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. verlangt aus abgetretenem Recht von den Bekl. restlichen Werklohn aus einem Pauschalpreisvertrag sowie Vergütung für zusätzlich erbrachte Leistungen. Die Bekl. beauftragten die Firma E, eine Gesellschaft norwegischen Rechts, im Juli 1993 mit der Errichtung eines Sportstudios in M. zu einem Pauschalpreis von zuletzt 1 469 711,50 DM brutto. Die E trat ihre Ansprüche aus dem Vertrag am 1. 3. 1994 an die Kl. ab. Während und nach der Bauausführung rügten die Bekl. zahlreiche Mängel und forderten deren Beseitigung. Ohne förmliche Abnahme eröffneten sie am 19. 6. 1994 das Sportstudio. Den von der Kl. errechneten Restwerklohn in Höhe von 362 925,05 DM einschließlich der Vergütung für zusätzliche Leistungen zahlten sie nicht. Die Kl. hat Klage auf Zahlung von 362 925,05 DM erhoben. Die Bekl. haben zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht und schließlich in der mündlichen Verhandlung vom 3. 7. 1996 erklärt, dass sie Minderung des Werklohns verlangten. Hilfsweise haben sie mit Kosten in Höhe von 5987,66 DM aufgerechnet, die ihnen durch die Einschaltung von Drittfirmen entstanden sind.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Es hat es als erwiesen angesehen, dass zahlreiche Mängel vorliegen, die eine Minderung in Höhe von mehr als 1 Mio. DM rechtfertigten. Im Berufungsverfahren hat die Kl. eine neue Schlussrechnung über einen Betrag von 341 140,58 DM brutto erstellt, in dem Fahrtkosten sowie die Vergütung für Baustellenberäumung, Baustrom und Stellung eines Krans enthalten sind. Diesen Betrag hat sie zuzüglich Zinsen zuletzt verlangt. Das BerGer. hat der Klage bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Bekl. führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils im Umfang der Anfechtung und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

**Aus den Gründen:****A. Anzuwendendes Recht gem. Art. 229 § 5 EGBGB**

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

**B. Entscheidung und Begründung des BerGer.**

Das BerGer. ist der Auffassung, der Werklohnanspruch sei fällig. Die Bekl. hätten das Werk dadurch abgenommen, dass sie am 19. 6. 1994 das Sportstudio, wenn auch nur zur Schadensminderung,

bezogen und eröffnet hätten.

Die Bekl. könnten keine Minderung verlangen, da es an der erforderlichen Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und Ablehnungsandrohung fehle. Diese sei auch nicht entbehrlich gewesen. Die Bekl. hätten keine Tatsachen dafür vorgetragen, dass ihr Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung durch die Kl. nachhaltig erschüttert gewesen sei.

**C. Entscheidung des BGH in der Revision**

Das hält den Angriffen der Revision nur zum Teil stand. Die Bekl. können Minderung des fälligen Werklohns der Kl. verlangen.

**I. Fälligkeit des Werklohns**

Im Ergebnis zutreffend ist die Ansicht des BerGer., der Werklohnanspruch sei fällig.

Allerdings liegt eine Abnahme durch die Bekl. nicht vor. Diese haben zwar das Sportstudio am 19. 6. 1994 eröffnet. Darin kann jedoch keine konkludente Abnahme gesehen werden. Die Bekl. haben das Werk nicht als im Wesentlichen vertragsgemäß gebilligt. Nach den Feststellungen des BerGer. erfolgte die Eröffnung nur zur Schadensminderung. Die Bekl. hatten bereits vor dem Bezug mit Schreiben vom 27. 3. 1994 wesentliche Mängel gerügt (vgl. BGHZ 146, 250 [262] = NJW 2001, 818 = NZBau 2001, 132 = LM H. 5/2001 § 134 BGB Nr. 172, und BGH, NJW-RR 1999, 1246 = BauR 1999, 1186 [1188] = ZfBR. 1999, 327 [328]). Sie haben in diesem Schreiben ferner darauf hingewiesen, dass der Bau nur mangelfrei abgenommen werde. Auch in der Folgezeit kam es zu keiner Abnahme. Vielmehr rügten die Bekl. wiederholt Mängel und forderten deren Beseitigung. Die gemeinsame Baustellenbesichtigung am 27. 7. 1994 mit Fertigung eines Mängelprotokolls allein besagt nichts dazu, dass die Bekl. nunmehr das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß anerkannt hätten.

Der Werklohn ist jedoch deshalb fällig, weil die Bekl. nur noch Minderung, nicht mehr Erfüllung des Vertrags verlangen. Damit wurde das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt. Das hat zur Folge, dass der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme fällig wird (BGH, NJW 1979, 549; BGHZ 142, 278 [281]).

**II. Minderung gem. § 634 BGB a.F.**

Die Voraussetzungen des § 634 BGB für eine Minderung liegen vor.

**1. Bestehen von Mängeln am Werk**

Das BerGer. hat zu den von den Bekl. gerügten Mängeln keine Feststellungen getroffen. Diese sind daher

in der Revisionsinstanz zu Gunsten der Bekl. zu unterstellen. Neben zahlreichen weiteren Mängeln wurden danach im Bereich der Duschen für die Wände keine Feuchtraumplatten, sondern nässeempfindliche Gipskartonplatten verwendet (Mangelbeseitigungskosten rund 118 000 DM). Im gesamten Nassbereich wurden die Bodenfliesen auf nässeempfindlichem Anhydridestrich verlegt, eine Abdichtung zwischen Fliesen und Estrich fehlt (Mangelbeseitigungskosten rund 47600 DM). Die Trittschalldämmung der Geschosdecke unter dem Kampfsportraum und dem Gymnastikraum ist ungenügend (Mängelbeseitigungskosten mindestens 800 000 DM).

## 2. Fristsetzung zur Mangelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung

Ob die Bekl. wirksam eine Frist zur Mangelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gesetzt haben, kann offen bleiben. Denn eine Fristsetzung war entbehrlich. Das BerGer. hat bei seiner gegenteiligen Beurteilung das Verhalten der Kl. nicht umfassend gewürdigt.

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das gilt vor allem dann, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Das gesamte Verhalten des Unternehmers ist zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH, NJW-RR 2001, 383 m. w. Nachw. = NZBau 2001, 211 [212] = LM H. 11/2001 § 633 BGB Nr. 117 = BauR 2001, 667 [669] = ZfBR 2001, 177). Die Kl. hat die mangelhafte Trittschalldämmung, die bereits in der Mängelliste vom 26. 1. 1995 aufgeführt ist, sowie die erstmals in der Klagerwiderrung gerügten Mängel an Fußboden und Wänden des Nassbereichs stets und auch noch in der Berufungsinstanz bestritten und eine Nachbesserung verweigert. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung eine Änderung dieser Einstellung hätte bewirken können. Daraus, dass sich die Kl. vorprozessual zur Beseitigung einzelner, weniger schwerwiegender Mängel bereit erklärt hat, folgt nichts anderes. Daraus ergibt sich insbesondere nicht, wie sie sich bei Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinsichtlich der mit einem wesentlich höheren Kostenaufwand zu beseitigenden anderen Mängel verhalten hätte. Für die Kl. war das Interesse der Bekl. erkennbar, die Mängelbeseitigung möglichst schnell und in einem Zuge durchzuführen, so dass die Störungen des Geschäftsbetriebs möglichst gering blieben. An einer Behebung lediglich einzelner Mängel konnte ihnen nicht gelegen sein. Dann

umfasst die Weigerung der Kl., die schwerer wiegenden Mängel zu beseitigen, sämtliche am Bauwerk aufgetretenen Mängel (BGH, BauR 1985, 198 [199f.] = ZfBR 1985, 79 [80]).

Aus ihren Schreiben vom 27. 9. 1999 und 24. 11. 1999 kann die Kl. nichts zu ihren Gunsten herleiten. Sie teilt zwar den Bekl. zunächst mit, dass sie die im Urteil des LG festgestellten Mängel beseitigen möchte, weist aber zugleich im Widerspruch hierzu darauf hin, dass sie gegen das Urteil Berufung eingelegt habe. Die in dem Schreiben vom 24.11.1999 schließlich angesprochenen Reparaturen betreffen wiederum nur einzelne, weniger schwerwiegende Mängel.

## C. Kein Anspruch der Kl. auf Erstattung ihrer Mehraufwendungen

Das BerGer. ist der Ansicht, die Kl. habe auf Grund des Vertrags über die vereinbarte Pauschalvergütung hinaus auch Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen für die Gestellung eines Mobilkrans, den Baustrom und die Räumung der Baustelle sowie der Fahrtkosten. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

### I. Kein Fall der Klageänderung gem. §§ 263 ff. ZPO

Allerdings liegt entgegen der Auffassung der Revision bezüglich dieses Anspruchs keine Klageänderung vor, über deren Zulassung das BerGer. hätte entscheiden müssen. Die Kosten für den Mobilkran, das Räumen der Baustelle und den Baustrom waren bereits Gegenstand der Klage. Im Berufungsrechtszug kam auf Grund der neu erstellten Schlussrechnung einerseits die Position Fahrtkosten hinzu, andererseits wurde die Klageforderung insgesamt reduziert. Beides bewegt sich im Rahmen des § 264 Nr. 2 ZPO.

### II. Kein substantzierter Vortrag der Kl. hinsichtlich dieser Mehraufwendungen

Die Feststellungen des BerGer. tragen jedoch seine Entscheidung nicht. Ausreichend substantzierter Vortrag der Kl. zu diesen von den Bekl. auch der Höhe nach bestrittenen Forderungen fehlt.

Hinsichtlich des Mobilkrans enthält der Vertrag folgende Regelung: „Wenn die Umstände so sind, dass ein Mobilkran verlangt wird, werden die Mehrkosten dem Käufer auferlegt.“ Dass ein Mobilkran verlangt wurde, ist bisher weder von der Kl. vorgetragen noch vom BerGer. festgestellt.

Nach Abschnitt 5.6 der Vertragsbestandteil gewordenen Angebotsbeschreibung enthält der Montagepreis nicht die Reisekosten zum Bauplatz. Sie sind von den Bekl. zusätzlich zu tragen. Der Vortrag der Kl. zur

Höhe der Fahrtkosten ist jedoch nicht schlüssig. Sie nennt lediglich den Endbetrag von 6947,20 DM. Nachprüfbarer Vortrag zu der Anzahl der gefahrenen Kilometer und zu der zu Grunde gelegten Kilometerpauschale fehlt.

Nach dem Vertrag „sorgt“ der Bauherr „für ... Elektrizität ...“, Aufräumen ist nicht die Pflicht des Verkäufers“. Entgegen der Ansicht des BerGer. folgt hieraus nicht ohne weiteres eine Kostentragungspflicht der Bekl. Das BerGer. hat nicht bedacht, dass anders als bei der Regelung über die Kosten für den Mobilkran und die Fahrtkosten hier eine ausdrückliche Aussage darüber, wer die Kosten zu tragen hat, fehlt. Zudem sind auch bei diesen Positionen die geltend gemachten Beträge in keiner Weise nachprüfbar aufgeschlüsselt.

#### *D. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits*

Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das BerGer. zurückzuverweisen. Dieses wird die Feststellungen zu den von den Bekl. behaupteten Mängeln und zu den Voraussetzungen der von der Kl. begehrten zusätzli-

chen Vergütung nachzuholen haben.

Für den Fall, dass es erneut einen Anspruch der Kl. bejaht, weist der Senat auf Folgendes hin: Die Bekl. haben hilfsweise mit den Kosten aufgerechnet, die ihnen durch die Beauftragung von Drittfirmen zur Verhinderung eines weiteren Wassereintritts entstanden sind. Das BerGer. hat die Aufrechnung nicht durchgreifen lassen. Seine Begründung, die Bekl. hätten die ausgeführten Arbeiten nicht genügend konkretisiert, und das angebotene Sachverständigengutachten sei kein geeignetes Beweismittel, trägt diese Entscheidung jedoch nicht. Die Bekl. haben vorgetragen, dass die Arbeiten ausgeführt wurden, um Wassereintritt im Nassbereich des ersten Obergeschosses zu verhindern. Um welche Arbeiten es sich handelte, ergibt sich aus der von ihnen vorgelegten Rechnung der Firma H. Zu den von den Bekl. behaupteten Mängeln hat der vom LG beauftragte Sachverständige K Stellung genommen. Bei dieser Sachlage kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, ein Sachverständiger könne nachträglich nicht mehr beurteilen, ob durch die Firma H Mängel beseitigt wurden, die auf fehlerhafter Bauausführung beruhten.

## **Standort: Gesellschaftsrecht**

## **Problem: Haftung der GmbH-Gesellschafter**

BGH, URTEIL VOM 24.06.2002  
II ZR 300/00 (NJW 2002, 3024)

### **Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren musste sich der BGH mit der Möglichkeit einer Durchgriffshaftung zu Lasten der Gesellschafter einer GmbH beschäftigen. Die beiden Bekl. waren Gesellschafter der K-GmbH, die gegenüber dem Kl. Werklohn in Höhe von über 82.000,- DM schuldig war. Die Vollstreckung wegen dieser Werklohnforderung gegen die K-GmbH blieb jedoch erfolglos, da diese GmbH nach Ablehnung eines Konkursantrags mangels Masse liquidiert wurde. Der Kl. wollte nunmehr persönlich gegen die beklagten Gesellschafter vorgehen.

Der BGH hat hierzu die grundsätzliche Selbstständigkeit der juristischen Person - hier: GmbH - betont, wodurch grundsätzlich eine persönliche Haftung der Gesellschafter oder Organe ausscheidet. Jedoch will der BGH eine Ausnahme zulassen und im Wege der Durchgriffshaftung die Gesellschafter persönlich haftbar machen, wenn sie durch Zugriffe auf das Gesellschaftsvermögen einen für die GmbH existenzvernichtenden Eingriff vorgenommen haben. Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsver-

mögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 II GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die auf Grund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust dieses Haftungsprivilegs für die Gesellschafter führt.

### **Prüfungsrelevanz:**

Wegen der rechtlichen Selbstständigkeit einer juristischen (eingetragener Verein, AG, GmbH, etc.) haften ihre Mitglieder und Organe grundsätzlich nicht persönlich für deren vertraglichen Schulden; vielmehr findet zu Lasten der Gläubiger der juristischen Person eine Beschränkung auf das Gesellschaftsvermögen statt. Eine Durchgriffshaftung auf die Person des Mitglieds, des Gesellschafters, des Organs, etc. findet nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nach dem Zweck der Rechtsordnung aber ausnahmsweise dann

statt, wenn die Berufung auf die förmliche Selbstständigkeit der juristischen Person gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB verstoßen würde. Dies ist in bestimmten Einzelfällen für den Alleingesellschafter einer Einmanngesellschaft, für die Muttergesellschaft, welche die handelnde Tochtergesellschaft finanziell und wirtschaftlich vollständig beherrscht, und ausnahmsweise für den Kommanditisten einer KG bejaht worden (vgl. BGHZ 54, 222; 22, 226).

Zu den für das Staatsexamen erforderlichen Grundkenntnissen im Gesellschaftsrecht gehört auch die Frage nach der Haftbarkeit der Gesellschafter und der Organe einer Gesellschaft für die Verbindlichkeiten derselben. Das Wissen um die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung bei juristischen Personen auf die Gesellschafter und Organe ist daher prüfungsrelevant.

#### Vertiefungshinweis:

□ Zu der zitierten Entscheidung *BGHZ* 149, 10: *Schünemann*, LM, Heft 5/2002 § 309 AktG 1965 Nr. 1; *Goette*, DStR 2001, 1853; *Schaub*, DNotZ 2002, 459; *Altmeppen*, NJW 2002, 321; *Hoffmann*, NZG 2002, 68; *Schmidt*, NJW 2001, 3577

□ Zu der zitierten Entscheidung *BGH*, NJW 2002, 1803: *Henze*, BB 2002, 1011; *Roth*, LM Heft 9/2002 § 6 GmbHG Nr. 3

□ Zu der zitierten Entscheidung *BGHZ* 129, 136: *Bungert*, DB 1995, 1749; *Flume*, ZU 1996, 161; *Drygala*, ZU 1996, 1365; *Schnorbus*, JuS 1998, 877; *Altmeppen*, NJW 1995, 1739

□ Zu der zitierten Entscheidung *BGHZ* 122, 123: *Kübler*, NJW 1993, 1200; *Heidenhain*, LM, Heft 7/1993 § 302 AktG 1965 Nr. 6; *Lutter*, JZ 1993, 580.

#### Leitsätze:

**1. Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 II GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die auf Grund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Missbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil be-**

**reits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.**

**2. Bei Vorliegen der unter 1. genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Ergänzung zu BGHZ 149, 10 - Bremer Vulkan, sowie BGH, NJW 2002, 1803).**

#### Sachverhalt:

Die Kl. verlangt von den Bekl. zu 2 und 3 die Bezahlung einer Forderung von 82 175,92 DM aus einem mit der K-GmbH (K) im Oktober 1994 geschlossenen Werkvertrag, dessen Leistungen sie am 5. 8. 1995 in Rechnung gestellt hat. Die Vollstreckung der Forderung aus einem gegen die K erwirkten Versäumnisurteil war erfolglos; die von dem Bekl. zu 3 am 29. 3. 1996 beantragte Eröffnung des Konkursverfahrens über deren Vermögen ist am 12. 4. 1996 mangels Masse abgelehnt worden. Die Gesellschafter der mit einem Stammkapital von 100 000 DM ausgestatteten K, der Bekl. zu 2 (40%) und der zum Geschäftsführer bestellte Bekl. zu 3 (60%) beschlossen am 27. 12. 1995, den Geschäftsbetrieb einzustellen, den mit dem Bekl. zu 2 über die Anmietung der Fabrikations- und Geschäftsräume geschlossenen Vertrag per 31. 12. 1995 zu kündigen und das vorhandene Personal von der Bekl. zu 1 übernehmen zu lassen. Am 17. 1. 1996 schlossen die K, vertreten durch den Bekl. zu 3, und die Bekl. zu 1, vertreten durch den Bekl. zu 2 als deren Geschäftsführer, einen Vertrag, mit dem die K alle ihr am 26. 1. 1996 zustehenden Forderungen an die Bekl. zu 1 abtrat und ihr ihren gesamten, zum 31. 12. 1995 inventarisierten, mit 150 000 DM bewerteten Warenbestand übertrug. Im Gegenzug übernahm die Bekl. zu 1 Verbindlichkeiten der K in Höhe von 822 273,87 DM. Darunter befand sich die Forderung der Kl. nicht. Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen dieser Gesellschaft ist am 5. 6. 1998 mangels Masse abgelehnt worden. Nach einem von dem Bekl. zu 3 in Auftrag gegebenen Vermögensstatus der K standen per 31. 12. 1995 Aktiva in Höhe von ca. 1,637 Mio. DM Passiva in Höhe von ca. 5,477 Mio. DM gegenüber. Daraus errechnet sich bei einem Stammkapital von 100 000 DM ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von ca. 3,839 Mio. DM. Darin sind Gesellschafter-darlehen in Höhe von ca. 2,928 Mio. DM (davon des Bekl. zu 3 in Höhe von ca. 462 000 DM) enthalten. Die Kl. hält die Bekl. für

verpflichtet, ihre Forderung gegen die K unter Durchgriffsgesichtspunkten zu erfüllen bzw. ihr gern. § 826 BGB Schadensersatz zu leisten. Sie weist darauf hin, dass der Bekl. zu 2 im Einvernehmen mit dem Bekl. zu 3 die Anlagegüter der K erworben und den Kaufpreis mit angeblichen Zahlungsrückständen der K verrechnet habe, die aus dem Mietvertrag über die Geschäfts- und Fabrikationsräume sowie den Leasingverträgen über Anlagegüter seit April 1995 aufgelaufen seien, weil die K ihren Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Bekl. zu 2 nicht mehr habe nachkommen können. Dieses Anlagevermögen habe der Bekl. zu 2 am 1. 8. 1998 versteigern lassen und den Versteigerungserlös für sich vereinnahmt.

LG und BerGer. haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Kl. ihren Zahlungsanspruch gegenüber den Bekl. zu 2 und 3 weiter. Die Revision der Kl. führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

#### **Aus den Gründen:**

Die von dem BerGer. getroffenen Feststellungen tragen die Ablehnung eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB nicht. Ferner wird es zu prüfen haben, ob der von der Kl. geltend gemachte Anspruch - was es nach seinem Kenntnisstand über die Rechtsprechung des Senats bisher noch nicht berücksichtigen konnte - unter dem Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung begründet ist

#### **A. Schadensersatzpflicht der Bekl. gem. § 826 BGB**

Nach dem gegenwärtigen Verfahrensstand kann ein Schadensersatzanspruch der Kl. aus § 826 BGB gegen beide Bekl. revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden.

Unstreitig steht fest, dass die Bekl. zu 2 und 3 auf Grund der Vereinbarung vom 17. 1. 1996 sämtliche Forderungen der K sowie deren gesamten Warenbestand auf die Bekl. zu 1 übertragen haben. Legt man den vom Bekl. zu 3 in Auftrag gegebenen, von dem Wirtschaftsprüfer H per 31. 12. 1995 gefertigten Vermögensstatus der K zu Grunde, hat der Warenwert ca. 215 000 DM betragen. An Forderungen verfügte die K über ca. 990 000 DM, da von den Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in Höhe von ca. 1303000 DM ein Betrag von ca. 313 000 DM auf Grund Sicherheitsabtretung der V-Bank I. zustanden, mit dem das bei dieser geführte Geschäftskonto sowie der von dieser gewährte Kredit noch valutierten. Dem Betrag von 990 000 DM stand eine Übernahme von Verbindlichkeiten der K durch die Bekl. zu 1 in Höhe

von rund 823 000 DM gegenüber. Daraus folgt; dass die Bekl. unter Zugrundelegung des Vermögensstatus der K ein Vermögen von mehr als 380 000 DM (Warenwert: ca. 215 000 DM; Forderungen abzüglich Verbindlichkeiten: 167 000 DM) entzogen haben. Dieses Vermögen stand den Gläubigern der K, zu denen die Kl. gehört, im Konkursverfahren nicht zur Verfügung.

Nach dem Vortrag der Kl. hat die K, vertreten durch den Bekl. zu 3 als ihren Geschäftsführer, ihre Anlagegüter im Jahre 1995 an den Bekl. zu 2 veräußert, nachdem sich etwa ab April 1995 herausgestellt hatte, dass die Gesellschaft dessen Forderungen aus Miet- und Leasingverträgen in Höhe von 100 000 DM monatlich nicht mehr erfüllen konnte. Der Kaufpreis soll gegen die aufgelaufenen Forderungen verrechnet worden sein. Auch durch diese Transaktion ist den Gläubigern der K Zugriffsvermögen entzogen worden. War die K nicht mehr in der Lage, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, hätten ihr die Bekl. zu 2 und 3 als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zuführen müssen, statt ihre Liquidität durch Darlehen aufrechtzuerhalten (vgl. § 32 a I GmbHG), wie das nach dem Vortrag der Kl. vom Bekl. zu 2 in Höhe von 1,2 Mio. DM getan worden ist. Befand sich die K, wie die Kl. behauptet hat, in der Krise, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Mietpreis- und Leasingforderungen, die der Bekl. zu 2 gegen den Kaufpreis aus der Übernahme der Anlagegüter verrechnete, als Eigenkapitalersatz verhaftet waren. Unter einer solchen Voraussetzung war die Verrechnung unzulässig.

Da, wie die Kl. behauptet hat, der Niedergang der K ab April 1995 einsetzte, stellen sich die von den Bekl. zu 2 und 3 einverständlich durchgeführten Vermögensstransaktionen als Maßnahmen dar, mit denen der Bekl. zu 2 als Gesellschaftsgläubiger zu Lasten der übrigen Gläubiger der Gesellschaft bevorzugt befriedigt wurde, obwohl ihm ein durchsetzbarer Anspruch nicht zustand. In gleicher Weise ist die Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Bekl. zu 1 zu beurteilen, soweit sie nicht durch Übernahme von Verbindlichkeiten gedeckt war. Im Zweifel kam auch diese Vermögensverlagerung dem Bekl. zu 2 oder beiden Bekl. als Gesellschafter der Bekl. zu 1 zugute; entsprechende Feststellungen des BerGer. sind dazu bislang nicht getroffen worden.

Legt man diesen Sachverhalt zu Grunde, ist das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB zu bejahen. Die Gläubiger der K einschließlich der Kl. sind durch die Verringerung der Zugriffsmasse geschädigt worden. Den Vermögensentzug haben beide Bekl. planmäßig zu Lasten der Gläubiger und zum Vorteil des Bekl. zu 2 - möglicherweise auch

zum Vorteil des Bekl. zu 3, soweit er Mitgesellschafter der Bekl. zu 1 ist - durchgeführt. Ein solches Verhalten erfüllt die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit und eines rechtswidrig vorsätzlichen Handelns.

Es mag sein, dass der Bekl. zu 2, wie der Bekl. zu 3 in seinem an die StA M. gerichteten Schreiben vom 14. 10. 1996 zum Ausdruck bringt, die treibende Kraft gewesen ist. Dem Bekl. zu 3 ist jedoch der Vorwurf zu machen, dass er sich diesem Verhalten nicht widersetzt, sondern einverständlich mit dem Bekl. zu 2 gehandelt hat. Als Geschäftsführer, der zugleich Mehrheitsgesellschafter war, hatte er die Pflicht, derart grob rechtswidrige Verhaltensweisen des Bekl. zu 2 im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zu unterbinden. Der Umstand, dass er sich zu seinem Mitwirken von dem Bekl. zu 2 hat bestimmen lassen, beseitigt weder die Sittenwidrigkeit noch die Vorsätzlichkeit seines Handelns.

#### *B. Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriff*

Daneben könnte der Kl. auch ein Anspruch aus dem Gesichtspunkt des so genannten existenzvernichtenden Eingriffs zustehen.

Wie der Senat bereits mehrfach ausgesprochen hat, müssen der Alleingesellschafter oder einverständlich handelnde Gesellschafter für Nachteile eintreten, die den Gesellschaftsgläubigern dadurch entstehen, dass sie der Gesellschaft Vermögen entziehen, das sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (BGHZ 149, 10; BGH, NJW 2002, 1803).

Das System der auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruht auf der unausgesprochenen, für das Recht der Kapitalgesellschaften jedoch grundlegenden Voraussetzung, dass das Gesellschaftsvermögen, das zur Erfüllung der im Namen der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten benötigt wird, in der Gesellschaft zum Zwecke der Befriedigung ihrer Gläubiger verbleiben muss und damit der - im Recht der GmbH im Übrigen sehr weitgehenden - Dispositionsbefugnis der Gesellschafter entzogen ist. Die GmbH hat zwar keinen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Gewährleistung ihres Bestands. Sie können die Existenz der Gesellschaft im Grundsatz jederzeit - sei es im Rahmen einer freiwilligen Liquidation, sei es im Rahmen eines Insolvenzverfahrens beendenden (BGHZ 76, 352 [353] = NJW 1980, 1278; BGHZ 103, 184 [192] = NJW 1988, 1579 = LM § 242 [A] BGB Nr. 72; BGHZ 129, 136 [151] = NJW 1995, 1739 = WiB 1995, 548 = LM H. 8/1995 § 53a AktG 1965 Nr. 2). In jedem Fall hat ihre Beendigung jedoch in einem geordneten Verfahren zu erfolgen, in dem die Vermögenswerte der Gesellschaft zunächst zur

Befriedigung ihrer Gläubiger zu verwenden sind. Auf keinen Fall kann es ihnen erlaubt sein, der Gesellschaft ihr Vermögen ohne Rücksichtnahme auf ihre gesetzliche Funktion, an Stelle ihrer Gesellschafter als Haftungsträger zu dienen, zu entziehen und ihr dadurch die Möglichkeit zu nehmen, ihre Verbindlichkeiten - ganz oder wenigstens teilweise - zu erfüllen. Den Gesellschaftern steht innerhalb wie außerhalb der Liquidation nur der Zugriff auf den zur Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht benötigten Überschuss zu. Die Notwendigkeit der Trennung des Vermögens der Gesellschaft von dem übrigen Vermögen der Gesellschafter und die strikte Bindung des Ersteren zur - vorrangigen - Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger besteht während der gesamten Lebensdauer der GmbH. Beide - Absonderung und Zweckbindung - sind unabdingbare Voraussetzung dafür, dass die Gesellschafter die Beschränkung ihrer Haftung auf das Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen können. Allein dieses Zusammenspiel von Vermögenstrennung und Vermögensbindung einerseits sowie die Haftungsbeschränkung andererseits vermag das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG zu rechtfertigen. Entziehen die Gesellschafter unter Außerachtlassung der gebotenen Rücksichtnahme auf diese Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens der Gesellschaft durch offene oder verdeckte Entnahmen Vermögenswerte und beeinträchtigen sie dadurch in einem ins Gewicht fallenden Ausmaß die Fähigkeit der Gesellschaft zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten, so liegt darin, wie der Senat schon früher ausgesprochen hat (vgl. BGHZ 122, 123), ein Missbrauch der Rechtsform der GmbH, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führen muss. Soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil schon nach §§ 30, 31 GmbHG vollständig ausgeglichen werden kann oder kein ausreichender Ausgleich in das Gesellschaftsvermögen erfolgt (vgl. Röhricht, FS "50 Jahre BGH", 2000, Bd. I, S. 83, 93 ff., 105 ff.). Das gilt auch und erst recht bei Vorliegen einer Unterbilanz.

Außerhalb des Insolvenzverfahrens müssen die Gläubiger, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, deshalb grundsätzlich berechtigt sein, ihre Forderungen unmittelbar gegen die Gesellschafter geltend zu machen (zu den im Schrifttum entwickelten unterschiedlichen Haftungsmodellen vgl. Ulmer, ZIP 2001, 2021 [2026]; Wiedemann, in: FS "50 Jahre BGH", Bd. II, 2000, S. 353; Karsten Schmidt, NJW 2001, 3577 [3580]; Bitter, WM 2001, 2133 [2139]; ders., Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, 5. 90ff., insb. 99 f.; Altmeppen, ZIP 2001, 1837 [1843f.]; ders.

ZIP 2002, 961 [966 f.]).

Nach dem vom BerGer. festgestellten und im Revisionsverfahren zu unterstellenden Sachverhalt haben die Bekl. zu 2 und 3 diese Voraussetzungen erfüllt. Durch die von ihnen einverständlich vorgenommenen Zugriffe auf das Vermögen der K, durch die die Bekl. zu 2 und 3 der Gesellschaft die von ihr zur Befriedigung ihrer Gläubiger benötigten Vermögenswerte entzogen haben, haben sie die Abwicklung der Gesellschaft in einem geordneten, der Verwertung ihres Vermögens zur Befriedigung ihrer Gläubiger dienenden Verfahren verhindert und die Gesellschaft in einen masselosen Konkurs geführt. Sie haben damit selber die Voraussetzungen beseitigt, auf denen ihr Recht zur Inanspruchnahme einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruhte und haften deshalb den Gesellschaftsgläubigern für den Ausfall unmittelbar und persönlich. Dabei kann es im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob der Bekl. zu 3 von dem der K entzogenen Vermö-

gen, soweit es der Bekl. zu 1 übertragen worden ist, als möglicher Gesellschafter mittelbar etwas erlangt hat. Wie der Senat in dem zitierten Urteil vom 25. 2. 2002 ausgesprochen hat, haftet auch der Gesellschafter den Gläubigern für Ausfälle unter dem Gesichtspunkt des so genannten existenzvernichtenden Eingriffs, der selbst nichts empfangen hat, jedoch durch sein Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt hat. Diese Voraussetzungen treffen auf den Bekl. zu 3 unstreitig zu.

### *C. Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung*

Damit die erforderlichen Feststellungen, insbesondere auch zur Fälligkeit der Forderung des Kl. - gegebenenfalls nach ergänzendem Sachvortrag durch die Parteien - getroffen werden können, ist der Rechtsstreit an das BerGer. zurückzuverweisen.

## **Standort: Abtretung**

## **Problem: Aufrechnung gem. § 406 BGB**

BGH, URTEIL VOM 26.06.2002  
VIII ZR 327/00 (NJW 2002, 2865)

### **Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreitverfahren musste sich der BGH mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Schuldner nach Abtretung seiner Verbindlichkeit an einen neuen Gläubiger im Wege einer Vorausabtretung (Factoring) noch die Aufrechnung gem. § 406 BGB vornehmen kann, wenn Forderung und Gegenforderung erst später entstehen, er aber schon zuvor von der Vorausabtretung Kenntnis hatte.

Das BerGer. hat eine solche Aufrechnung zugelassen. Der neue Gläubiger (Factor) habe trotz der Vorausabtretung die Forderungen erst mit deren Entstehen erworben. In diesem Entstehungszeitpunkt hätten aber bereits die Gegenforderungen des Schuldners bestanden, so dass diese abgetretenen Forderungen von vornherein mit den Gegenforderungen und damit mit einer Aufrechnungsmöglichkeit belastet waren. § 406 BGB erlaube die Aufrechnung mit einer noch nicht fälligen Gegenforderung, wenn die Fälligkeit zumindest gleichzeitig mit der abgetretenen Forderung erfolge (§ 406, 2. Halbsatz, 2. Fall BGB).

Der BGH lehnt eine solche Aufrechnungsmöglichkeit wegen des Ausschlusses gem. § 406, 2. Halbsatz, 1. Fall BGB (Kenntnis von der Abtretung beim Erwerb der Gegenforderung) ab. § 406 BGB räumt nur dem

gutgläubigen Schuldner, der bei Erwerb seiner Gegenforderung von der Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung keine Kenntnis hatte, eine Aufrechnungsbefugnis ein. Daher ist ein solcher Schutz nicht gerechtfertigt, wenn das Vertrauen darauf fehlt, mit dem Erwerb der Gegenforderung die Aufrechnungslage herstellen zu können. Ist dem Schuldner in diesem Zeitpunkt die Vorausabtretung bekannt, kann er daher nicht erwarten, sich durch Aufrechnung von der gegen ihn gerichteten Forderung zu befreien (BGHZ 66, 384 [387] = NJW 1976, 1351 = LM § 406 BGB Nr. 14). Soweit die Vertreter der Gegenmeinung hinsichtlich der Kenntnis des Schuldners nicht auf den Zeitpunkt der Vorausabtretung, sondern auf den des Wirksamwerdens der Verfügung, d.h. den Übergang der Forderung auf den Zessionar abstellen (vgl. Serick, BB 1982, 873 [875]), wird unberücksichtigt gelassen, dass § 406 BGB lediglich dem „gutgläubigen“ Schuldner die Aufrechnungsmöglichkeit trotz der Abtretung erhalten will. Ein Schuldner jedoch, der damit rechnen muss, dass die im Voraus abgetretene Forderung entstehen und damit auf den Gläubiger übergehen wird, ist nicht gutgläubig in diesem Sinne.

### **Prüfungsrelevanz:**

Zum Schutze des Schuldners, der an der Abtretung seiner Verbindlichkeit an einen neuen Gläubiger nicht beteiligt und gefragt wird, dienen die §§ 404 ff. BGB, um die Rechtsstellung des Schuldners infolge der Ab-

tretung nicht zu verschlechtern.

Der Gedanke, dass sich die Rechtsstellung des Schuldners durch die Abtretung nicht verschlechtern soll, gilt auch für die Aufrechnung. Dabei hat das Gesetz eine relativ komplizierte Regelung aufgestellt. Für die vor der Abtretung erklärte Aufrechnung gilt § 404 BGB. Für die Aufrechnung, die nach der Abtretung aber in Unkenntnis von ihr gegenüber dem Altgläubiger erklärt wird, gilt § 407 BGB. Nur auf die Aufrechnung in Kenntnis der Abtretung ist § 406 BGB anzuwenden. Er legt fest, dass die Aufrechnungserklärung nicht gegenüber dem Alt- sondern gegenüber dem Neugläubiger abzugeben ist. Er erhält dem Schuldner die Vorteile einer bestehenden Aufrechnungslage und schützt zugleich die Aussicht, dass die Aufrechnungslage bis zur Fälligkeit der Forderung eintreten könnte. Diese Perpetuierung der Aufrechnungsmöglichkeit findet jedoch zwei Ausnahmen. Die Aufrechnung gegenüber dem Neugläubiger ist ausgeschlossen, wenn der Schuldner bei Erwerb der Gegenforderung von der Abtretung bereits Kenntnis hatte oder wenn die Gegenforderung erst nach der Kenntniserlangung und später als die abgetretene Forderung fällig wird. Damit will der Gesetzgeber insbesondere den gutgläubigen Schuldner, der auf die Möglichkeit der Aufrechnung vertraut, schützen.

Insbesondere solche Dreiecksverhältnisse werden in Examensklausuren gern problematisiert.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zur Kollision von Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt: *Brinker*, ZIP 1987, 817

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs:* "Die Globalzession der Bank"

*Assessorkurs:* "Immer Ärger mit den Akten"

#### **Leitsatz:**

**Die Kenntnis einer Vorausabtretung ist der Kenntnis der Abtretung im Sinne des § 406 BGB gleichzustellen (Bestätigung von BGHZ 66, 384).**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl., ein Factoring-Unternehmen, hat im vorliegenden Rechtsstreit die K-Computer GmbH auf Bezahlung von Warenlieferungen der in Liquidation befindlichen A-EDV-Handels GmbH (im Folgenden: A) gem. Rechnungen vom 9., 15. und 17. 6. 1999 über insgesamt 107346,40 DM in Anspruch genommen; nachdem über das Vermögen der K-Computer GmbH (im Folgenden: Schuldnerin) das Insolvenzverfahren

eröffnet worden ist, führt die Kl. den Rechtsstreit gegen den bekl. Insolvenzverwalter weiter. Die Rechnungen der A, denen Bestellungen vom gleichen Tage zu Grunde lagen, enthielten - wie auch sämtliche frühere Rechnungen aus der seit Juli 1998 bestehenden Geschäftsbeziehung - den Hinweis: „Unsere Forderungen sind im Rahmen eines Factoring Vertrages an die S-GmbH (Kl.) übertragen. Zahlung kann mit schuldbefreiender Wirkung nur an diese oder auf deren Konten ... geleistet werden...innerhalb von 14 Tagen rein netto fällig am ...“ In § 7 des Factoring-Vertrags zwischen der Kl. und der A vom 14./19. 9. 1995 heißt es:

„In Ausführung des Factoring-Vertrages tritt die A hierdurch alle unter § 1 fallenden Forderungen, die am Stichtag der Übernahme bestehen oder danach entstehen, an den Factor ab. Der Factor nimmt die Abtretung hierdurch an. Die Abtretung der Forderungen ist jeweils im Augenblick ihres Entstehens erfolgt; eines besonderen Übertragungsaktes bedarf es nicht mehr.“ Die Schuldnerin hat gegenüber den mit der Klage geltend gemachten Forderungen mit Gegenansprüchen gegenüber der A gemäß Rechnungen aus der Zeit vom 7. bis 9. 6. 1999 in Höhe von insgesamt 116 998,76 DM und weiteren Rechnungen aus der Zeit vom 10. bis 14. 6. 1999 über insgesamt 124 986,32 DM aufgerechnet; diese Forderungen waren ebenfalls 14 Tage nach Rechnungsstellung fällig. Darüber hinaus hat die Schuldnerin die Vereinbarung eines Kontokorrentverhältnisses zwischen ihr und der A sowie eine Absprache vom 25. 5. 1999, dass alle Ansprüche gegeneinander aufgerechnet werden könnten, behauptet.

Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG (NJW-RR 2001, 539) die hiergegen gerichtete Berufung der Kl. zurückgewiesen. Mit ihrer Revision hat die Kl. zunächst ihren Klageantrag gegen die Schuldnerin weiterverfolgt. Nachdem durch Beschluss des AG Bonn vom 15.11.01 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Bekl. zum Insolvenzverwalter bestellt worden ist, der die Klageforderung bestritten hat, begehrt die Kl. nunmehr die Feststellung der Forderung zur Tabelle des Insolvenzverfahrens. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache.

#### **Aus den Gründen:**

*A. Entscheidung und Begründung des BerGer.*

Zur Begründung hat das BerGer., dessen Entscheidung veröffentlicht ist (WM 2001, 1431, m. Anm. Schwarz, WM 2001, 2185 und Emde, EWiR 2001, 415), ausgeführt, der Kl. stehe die abgetretene Kaufpreisforderung nicht zu, weil diese durch Aufrechnung

der Schuldnerin mit Gegenforderungen erloschen sei. Die auf Grund des Factoring-Vertrags erfolgte Vorausabtretung habe bewirkt, dass die Ansprüche der A gegen die Schuldnerin frühestens mit Rechnungsstellung, also am 9. 6. 1999 in Höhe von 31134,40 DM, am 15. 6. 1999 in Höhe von 28304 DM und am 17. 6. 1999 in Höhe von 47908 DM auf die Kl. übergegangen seien. An diesen Tagen hätten aber bereits Gegenforderungen der Schuldnerin bestanden, welche die Ansprüche der A überstiegen hätten. Da die Schuldnerin ihre Gegenforderungen jeweils vor dem Entstehen der Klageforderungen und damit auch vor Wirksamwerden der Abtretung erworben habe, seien die Klageforderungen von vornherein mit Gegenforderungen „belastet“ gewesen, so dass die Voraussetzungen des § 404 BGB vorgelegen hätten. § 406 BGB erlaube die Aufrechnung mit einer noch nicht fälligen Gegenforderung, wenn die Fälligkeit zumindest gleichzeitig mit der zedierten Forderung eintrete, was hier der Fall gewesen sei. Der Schuldnerin sei schließlich die Aufrechnungsmöglichkeit erhalten geblieben, obwohl sie Kenntnis von der Vorausabtretung gehabt habe, da dies der Kenntnis von der Abtretung nicht gleichstehe. Vielmehr blieben dem Schuldner alle Einwendungen erhalten, die er zum Zeitpunkt der Entstehung der zedierten Forderung gehabt habe. Erst mit dem Ankauf der im Voraus zedierten Forderung sei die Abtretung erfolgt; mithin könne die Kenntnis des Schuldners von der Vorausabtretung auch erst zu diesem Zeitpunkt beachtlich werden. Dies entspreche der Regelung des § 404 BGB, die in § 406 BGB erweitert werde. Hingegen wäre, setze man die Kenntnis von der Vorausabtretung der Kenntnis von der Abtretung gleich, der neue Gläubiger stets geschützt, wenn er auch nur eine mit der Möglichkeit der Aufrechnung belastete Forderung erhalten habe. Der Auffassung des BGH, bei Kenntnis von der Vorausabtretung bei Erwerb der Gegenforderung könne der Schuldner auf eine Aufrechnungsmöglichkeit nicht vertrauen, könne nicht gefolgt werden.

### *B. Entscheidung des BGH in der Revision*

Die hiergegen gerichtete Revision der Kl. hat Erfolg.

#### *I. Keine erfolgreiche Aufrechnung*

Entgegen der Ansicht des BerGer. sind die von der Kl. geltend gemachten Kaufpreisforderungen durch die von der Schuldnerin erklärte Aufrechnung mit ihren gegen die A bestehenden Gegenforderungen nicht erloschen.

#### *1. Unstreitiger gegenseitiger Forderungserwerb*

Nach den bisher getroffenen Feststellungen geht das

BerGer. rechtsfehlerfrei davon aus, dass auf Grund der in § 7 des Factoring-Vertrags vom 14./19. 9. 1995 vereinbarten Globalzession Forderungen der A gegen die Schuldnerin gemäß Rechnungen vom 9. 6. 1999 in Höhe von 31.134,40 DM, Rechnung vom 15. 6. 1999 in Höhe von 28.304 DM und Rechnung vom 17. 6. 1999 in Höhe von 47.908 DM auf die Kl. übergegangen sind. Zwischen den Parteien ist auch nicht streitig, dass der Schuldnerin gegen die A Gegenforderungen in die Klageforderung übersteigender Höhe zustanden, und zwar seit dem 7. 6. 1999 in Höhe von 33.954,94 DM und 30.328,20 DM, seit dem 8. 6. 1999 in Höhe von 21.316,16 DM und in der Zeit vom 10. bis 14. 6. 1999 über insgesamt 124.986,32 DM.

#### *2. Kenntnis von der Vorausabtretung seitens der Schuldnerin*

Wie das BerGer. weiter festgestellt hat, war der Schuldnerin seit Juli 1998 bekannt, dass die A ihre künftigen, gegen die Schuldnerin gerichteten Forderungen durch Globalzession an die Kl. abgetreten hatte. Soweit der Bekl. sich gegen diese Feststellung des BerGer. im Wege der Gegenrüge wendet, hat der Senat die Rüge nicht für durchgreifend erachtet; von einer Begründung wird abgesehen (§ 565 a ZPO a. F., § 26 Nr. 7 EGZPO).

#### *3. Keine Aufrechnung gegenüber dem Neugläubiger gem. § 406 BGB wegen dieser Kenntnis*

War aber der Schuldnerin die Vorausabtretung der gegenwärtigen und künftigen Forderungen der A an die Kl. bekannt, konnte sie dieser gegenüber nicht mit ihren gegen die A gerichteten, in der Zeit zwischen dem 7. und 14. 6. 1999 entstandenen Gegenforderungen aufrechnen (§ 406 BGB), da die Kenntnis einer Vorausabtretung der Kenntnis der Abtretung i. S. des § 406 BGB gleichsteht (BGHZ 66, 384 [386f.] = NJW 1976, 1351 = LM § 406 BGB Nr. 14; Senat NJW 1982, 2371 = LM § 931 BGB Nr. 11 = WM 1982, 690 unter II 2a; vgl. auch BGH, NJW 1990, 2544 = LM § 406 BGB Nr. 18 = WM 1990, 1025 unter 2 b). Dieser Rechtsprechung ist das Schrifttum überwiegend gefolgt (Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Aufl., § 406 Rdnr. 4 a.E.; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 406 Rdnr. 2 a.E.; Staudinger/Busche, BGB, 1999, § 406 Rdnr. 28; Roth, in: MünchKomm, 4. Aufl., § 406 Rdnr. 19, für rechtsgeschäftlich erworbene Gegenforderungen; Larenz, Lehrb. des SchuldR I, Allg. Teil, 14. Aufl., S. 591 Fußn. 51a; Kornblum, BB 1981, 1296 [1303]; so schon Schomaker, BB 1969, 940; a.A. Erman/H.P. Westermann, BGB, 10. Aufl., § 406 Rdnr. 3; Denck, DB 1977, 1493; Serick, BB 1982, 873; Nörr/Scheying, Sukzessionen, 2. Aufl., § 7

III 3 b). Der Senat sieht keinen Anlass, hiervon abzugehen.

*a. Zum Inhalt von § 406 BGB*

§ 406 BGB betrifft allein die Aufrechnung des Schuldners gegenüber dem Zessionar, die nach Abtretung erklärt wird; die Vorschrift stellt eine Sonderregelung gegenüber § 404 BGB hinsichtlich der Einwendung der Aufrechnung dar (Soergel/Zeiss, § 406 Rdnrn. 1 f.; Weber, in: RGRK, 12. Aufl., § 406 Rdnr. 5). § 406 BGB liegt ebenso wie § 404 BGB der Gedanke zu Grunde, dass der Schuldner durch die Abtretung nicht benachteiligt werden, er also gegenüber dem neuen Gläubiger nicht ungünstiger gestellt werden soll, als er gegenüber dem alten Gläubiger stand. Hatte der Schuldner vor der Abtretung wirksam die Aufrechnung erklärt, so war die abgetretene Forderung bereits vor der Abtretung (§ 398 BGB) erloschen, so dass sich der Schuldner hierauf schon nach § 404 BGB gegenüber dem neuen Gläubiger berufen kann. War die Aufrechnungslage bereits vor der Abtretung gegeben, so kann der Schuldner ohne weiteres durch Erklärung gegenüber dem Zessionar aufrechnen, ungeachtet der in Folge der Abtretung fehlenden Gegenseitigkeit der Forderungen (BGHZ 19, 153 [156] = NJW 1956, 257 = LM § 404 BGB Nr. 2; BGHZ 58, 327 [329] = NJW 1973, 1193 = LM § 404 BGB Nr. 10; Soergel/Zeiss, § 406 Rdnr. 2). Die Rechte des Schuldners werden durch § 406 BGB zusätzlich dahin erweitert, dass er sich bei Gutgläubigkeit auch auf solche Umstände berufen darf, die später als im Zeitpunkt der Abtretung eingetreten sind und die ihm ohne die Abtretung das Recht zur Aufrechnung gegenüber dem früheren Gläubiger gegeben hätten (BGHZ 19, 153 [157] = NJW 1956, 257 = LM § 404 BGB Nr. 2). Ein solcher Schuldner wird in seinem Aufrechnungsrecht geschützt, wenn er bei Erwerb der Gegenforderung damit rechnen konnte, sich durch Aufrechnung hiermit von der inzwischen ohne sein Wissen abgetretenen Forderung befreien zu können (Staudinger/Busche, § 406 Rdnr. 1).

*b. Gleichstellung von Kenntnis der Vorausabtretung mit der Kenntnis gem. § 406 BGB*

Räumt damit § 406 BGB nur dem gutgläubigen Schuldner, der bei Erwerb seiner Gegenforderung von der Abtretung der gegen ihn gerichteten Forderung keine Kenntnis hatte, eine Aufrechnungsbefugnis ein, ist ein solcher Schutz nicht gerechtfertigt, wenn das Vertrauen darauf fehlt, mit dem Erwerb der Gegenforderung die Aufrechnungslage herstellen zu können. Ist dem Schuldner in diesem Zeitpunkt die Vorausabtretung bekannt, kann er daher nicht erwarten, sich

durch Aufrechnung von der gegen ihn gerichteten Forderung zu befreien (BGHZ 66, 384 [387] = NJW 1976, 1351 = LM § 406 BGB Nr. 14).

Soweit die Vertreter der Gegenmeinung hinsichtlich der Kenntnis des Schuldners nicht auf den Zeitpunkt der Vorausabtretung, sondern auf den des Wirksamwerdens der Verfügung, das heißt den Übergang der Forderung auf den Zessionar abstellen (vgl. Serick, BB 1982, 873 [875]), wird unberücksichtigt gelassen, dass § 406 BGB lediglich dem „gutgläubigen“ Schuldner die Aufrechnungsmöglichkeit trotz der Abtretung erhalten will (vgl. Motive II, 5. 131). Ein Schuldner jedoch, der damit rechnen muss, dass die im Voraus abgetretene Forderung entstehen und damit auf den Gläubiger übergehen wird, ist nicht gutgläubig in diesem Sinne (Anm. Hoffmann, zu BGHZ 66, 384, in LM § 406 BGB Nr. 14).

*II. Problematik der Kontokorrentabrede*

Ist damit die Klageforderung nicht durch die von der Schuldnerin erklärte Aufrechnung erloschen, kommt es auf die unter Beweis gestellte Behauptung an, sowohl die Schuldnerin wie die A hätten ihre jeweiligen gegenseitigen Forderungen im Kontokorrentverhältnis abgerechnet, wozu das BerGer. - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen hat. Durch Einstellung der Einzelforderungen in das Kontokorrent sind diese von vornherein nicht mehr abtretbar, so dass eine Vorausabtretung der kontokorrentpflichtigen Einzelforderungen an der Kontokorrentabrede scheitert (BGHZ 70, 86 [92 f.] = NJW 1978, 538 = LM § 355 HGB Nr. 21; BGHZ 73, 259 [263] = NJW 1959, 1206 = LM § 355 HGB Nr. 23; Senat NJW 1982, 1150 = LM § 355 HGB Nr. 26 = WM 1982, 233 unter III 2c m.w. Nachw.; Roth, in: MünchKomm, § 399 Rdnr. 31; Hefermehl, in: MünchKomm, § 355 Rdnr. 33). Dieses konkludent in der Kontokorrentabrede liegende Abtretungsverbot, das eine besondere gesetzliche Regelung erfahren hat (§§ 355 ff. HGB), wird nach allgemeiner Meinung von § 354 a HGB nicht erfasst (Karsten Schmidt, in: MünchKomm, § 354 a Rdnr. 12; Canaris, in: GroßKommHGB, 4. Aufl., § 354a Rdnr. 9 und § 355 Rdnr. 114; Ernstthaler/Schmidt, GK-HGB, 6. Aufl., § 354 a Rdnr. 7; Martinek, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Hdb., § 102 Rdnr. 133; Wagner, WM 1994, 2093 [2095]).

*III. Problematik der Vereinbarung eines Abtretungsverbots*

Soweit die Schuldnerin weiter unter Beweisantritt behauptet hat, sie habe am 25. 5. 1999 mit der A vereinbart, dass die jeweiligen Ansprüche aus Lieferun-

gen und Leistungen der Vertragsbeteiligten aufgerechnet werden könnten und sollten, ist dies als Vereinbarung eines Abtretungsverbots auszulegen; denn damit wäre zugleich eine Verhinderung der Abtretung der künftig entstehenden, gegen die Schuldnerin gerichteten Forderungen an die Kl. beabsichtigt gewesen. Nach dem hier anwendbaren § 354 a S. 1 HGB, der die Verkehrsfähigkeit der Forderungen gegen „dinglich“ wirkende Abtretungsverbote schützen und dem Gläubiger die Möglichkeit einer Nutzung seiner Forderungen zu Kredit- oder Finanzierungszwecken, auch durch Verkauf an Factoring-Institute, erhalten

soll (Wagner, NJW 1994, 2093), bleibt eine trotz des vertraglich vereinbarten Abtretungsverbots vorgenommene Abtretung gleichwohl wirksam. Die behauptete Vereinbarung vom 25. 5. 1999 hätte allerdings zur Folge gehabt, dass der ursprüngliche Klageantrag auf Zahlung an die Kl. oder die A hätte gerichtet werden müssen (Ernstthaler/Schmidt, GK-HGB, 6. Aufl., § 354a Rdnr. 11; Wagner, NJW 1995, 180 [181]). Entsprechend wäre bei Feststellung der behaupteten Vereinbarung der nunmehr gestellte Feststellungsantrag zur Insolvenztabelle anzupassen.

### Standort: Vindikationsrecht

### Problem: Genehmigung zum Verwendungersatz

BGH, URTEIL VOM 24.06.2002  
II ZR 266/01 (NJW 2002, 2875)

#### **Problemdarstellung:**

In diesem Rechtsstreit musste sich der BGH mit Verwendungersatzansprüchen gem. §§ 994 ff. BGB beschäftigen. Dabei bestätigt der BGH zunächst seine - nicht unumstrittene - Rechtsprechung, dass es für die Anwendbarkeit der §§ 994 ff. BGB ausreicht, wenn die erforderliche Vindikationslage später, also auch noch nach Verwendungsvornahme entsteht. Entscheidend ist allein, dass Verwendungen vom Besitzer vorgenommen worden sind und er zur Zeit der Geltendmachung des Verwendungersatzes einem Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB ausgesetzt ist. Andernfalls wäre der von Anfang unrechtmäßige Besitzer in nicht zu vertretender Weise besser gestellt als der ursprünglich rechtmäßige Besitzer.

Zum anderen hatte der BGH die Frage zu beantworten, ob für eine selbstständige Einklagbarkeit der Verwendungersatzansprüche gem. §§ 994 ff. BGB auch eine vorherige Einwilligung ausreicht, obwohl in § 1001 S.1 BGB nur von einer Genehmigung die Rede ist. Zwar scheint der Wortlaut dieser Norm, der von einer "Genehmigung" spricht, unter welcher nach der Legaldefinition von § 184 I BGB die nachträgliche Zustimmung gemeint ist, zunächst gegen die Einbeziehung einer vor Verwendungsvornahme erklärten Einwilligung in den Anwendungsbereich zu sprechen. Nach historischer und teleologischer Auslegung der Gesetzesnorm folgt jedoch, dass der Ausdruck "Genehmigung" vom Gesetzgeber eher als Synonym für ein Einverständnis zwischen Eigentümer und Besitzer hinsichtlich der Vornahme von Verwendungen zu verstehen ist. Erforderlich ist lediglich die Billigung des Eigentümers zu den in Rede stehenden Verwendun-

gen. Ob der zu schützende Eigentümer dabei seine Billigung vorher oder nachher ausdrückt, kann damit offen bleiben. Zumal ansonsten auch Zufallsergebnisse zu befürchten wären, wenn es um die Frage der zeitlichen Reihenfolge von Verwendungsvornahme und Billigung durch den Eigentümer geht.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Die §§ 994 ff. BGB regeln die Ansprüche des unrechtmäßigen Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungersatzes auf die Sache, wobei sie nach h.M. eine erschöpfende Sonderregelung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses bilden. Verwendungen sind willentliche Vermögensaufwendungen, die zumindest auch der Sache unmittelbar zugute kommen sollen, indem sie sie wiederherstellen, erhalten oder verbessern sollen. Sie dürfen die Sache aber nicht in ihrem Wesen grundlegend verändern (sog. "enger Verwendungsbegriff", BGHZ 41, 157; str.).

Die Geltendmachung eines Verwendungersatzes gem. §§ 994 ff. BGB erfolgt in jedem Fall durch Zurückbehaltung der Sache gem. § 1000 BGB, der eine Sonderregelung gegenüber § 273 II BGB darstellt. Im Übrigen ist die Geltendmachung solcher Verwendungersatzansprüche erschwert; eine eigenständige Klage auf Verwendungersatz kann gem. § 1001 BGB nur erfolgen, wenn der Eigentümer die Sache wiedererlangt oder die Verwendung genehmigt. Dabei gilt die Genehmigung als erteilt, wenn der Eigentümer die unter dem Vorbehalt des Verwendungersatzanspruchs angebotene Sache zurücknimmt, § 1001 S. 3 BGB. Sinn und Zweck dieser Vorschrift von § 1001 BGB ist, den Eigentümer nicht bereits mit Verwendungersatzansprüchen zu konfrontieren, wenn er noch nicht einmal die Sache zurückbekommen hat, um von diesen Verwendungen zu profitieren.

**Vertiefungshinweis:**

*OLG Oldenburg*, NJW-RR 1995, 150; *Kindl*, JABl. 1996, 201

**Kursprogramm**

- Examenskurs*: "Der gestohlene VW-Bus"  
 *Examenskurs*: "Der gestohlene PKW"  
 *Assessorkurs*: "Ein Hundeleben"

**Leitsatz:**

**Eine Genehmigung i. S. der §§ 1001, 1002 BGB erfordert lediglich das Einverständnis zwischen Eigentümer und Besitzer hinsichtlich der Vornahme bestimmter Verwendungen. Sie kann daher nicht nur als nachträgliche Zustimmung (§ 184 BGB), sondern auch vor der Durchführung der Verwendungen als Einwilligung (§ 183 BGB) erteilt werden.**

**Sachverhalt:**

Die Kl., ein Leasingunternehmen, begehrt vom Bekl., der eine Autoreparaturwerkstatt betreibt, die Zahlung einer Nutzungsentschädigung wegen Vorenthaltens eines ihr gehörenden Pkw. 1997 hatte die Kl. dem Leasingnehmer O ein Fahrzeug zur Verfügung gestellt, welches dieser nach dem Leasingvertrag in einem betriebs- und verkehrssicheren Zustand zu halten sowie fällige Wartungsarbeiten pünktlich und erforderliche Reparaturen unverzüglich durch einen vom Hersteller anerkannten Betrieb reparieren zu lassen hatte. Nach einem Unfall vom 30. 5. 1998 verbrachte der Leasingnehmer das Fahrzeug in die Werkstatt des Bekl., um es dort zunächst begutachten zu lassen. Mit einem an den Haftpflichtversicherer des Unfallgegners gerichteten Schreiben vom 4. 6. 1998, das sie auch dem Bekl. übersandte, teilte die Kl. mit, dass sie mit einer Weiterleitung von Entschädigungsleistungen des Fahrzeugversicherers an die Werkstatt oder den Leasingnehmer nach Vorlage der Reparaturrechnung einverstanden sei. Daraufhin beauftragte der Leasingnehmer am 6. 6. 1998 den Bekl. mit der Durchführung der Reparatur und erhielt das Fahrzeug am 15. 6. 1998 zurück. Auf die vom Bekl. in Rechnung gestellten Reparatur- und Mietwagenkosten in Höhe von 10283,26 DM zahlte die Versicherung lediglich 8864,83 DM. Am 31. 8. 1998 brachte der Leasingnehmer O den Pkw erneut zum Bekl.; diesmal wegen eines vermuteten Motorschadens. Für die Fehlersuche berechnete der Bekl. 78,88 DM. Der Leasingnehmer hatte der Kl. kurz zuvor erklärt, zahlungsunfähig zu sein und zahlte ab 1. 9. 1998 auch keine Leasingraten mehr, worauf die Kl. am 3. 9. 1998 den

Leasingvertrag fristlos kündigte und den Bekl. aufforderte, das Fahrzeug bis 8. 9. 1998 zur Abholung bereitzustellen. Dieser verweigerte jedoch die Herausgabe im Hinblick auf die noch ausstehenden Zahlungen aus den durchgeführten Werkarbeiten vom Juni und August. Auch nachdem die Kl. den Betrag von 78,88 DM am 28. 9. 1998 gezahlt hatte, gab der Bekl. das Fahrzeug nicht heraus. Dies geschah erst am 30. 3. 1999 im Laufe eines Herausgabeprozesses.

Das LG hat der Klage auf Nutzungsentschädigung für die Vorenthaltung des Pkw überwiegend stattgegeben. Auf die Berufung des Bekl. hat das BerGer. das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Die Revision der Kl. hatte keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Der Kl. steht gegen den Bekl. ein Anspruch auf Nutzungsentschädigung nicht zu, da der Bekl. sich mit Erfolg für den fraglichen Zeitraum auf ein Zurückbehaltungsrecht an dem Fahrzeug wegen von ihm darauf vorgenommener Verwendungen beruft.

**A. Verwendungsersatzanspruch gem. § 994 I 1 BGB**

Der Bekl. hat gegen die Kl. einen Anspruch auf Verwendungsersatz nach § 994 I 1 BGB.

Zutreffend hat das BerGer. im vorliegenden Fall die §§ 994 ff. BGB unter Berufung auf die gefestigte Rechtsprechung des BGH (grdl. BGHZ 34, 122 [127ff.] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2; vgl. auch BGHZ 131, 220 [222] = NJW 1996, 921 = LM H. 5/1996 § 249 {A} BGB Nr. 111; zuletzt BGHZ 148, 322 = NJW 2002, 130 = NZM 2001, 999) für anwendbar gehalten. Die vom Bekl. vorgenommenen Reparaturarbeiten stellen zur Wiederherstellung des beschädigten Pkw aufgewendete, vermögenswerte Leistungen dar. Sie sind damit Verwendungen i. S. der §§ 994 ff. BGB (vgl. BGHZ 34, 122 [127 f.] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2). Ihre Notwendigkeit auch dem Umfang nach wird von der Kl. nicht in Zweifel gezogen. Ausgeschlossen ist die Anwendung der §§ 994 ff. BGB nur dann, wenn zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer der Sache zu keinem Zeitpunkt eine Vindikationslage bestanden hat (BGHZ 34, 122 [129] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2). War hingegen der Besitzer zum Zeitpunkt der Vornahme der Verwendungen zum Besitz berechtigt, ist aber später eine Vindikationslage eingetreten, steht es dem unrechtmäßigen Fremdbesitzer frei, gem. §§ 994 ff. BGB Ersatz der von ihm getätigten Verwendungen vom Eigentümer zu verlangen; unerheblich ist, wann die Verwendungen erfolgt sind, ob also der Besitzer die Verwendungen bereits zu einem Zeitpunkt vorgenommen hat, als er

noch rechtmäßig besessen hat oder ob dies erst nach Eintritt der Vindikationslage geschehen ist (BGHZ 34, 122 [131 f.] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2). Entscheidend ist allein, dass Verwendungen vom Besitzer vorgenommen worden sind und er zur Zeit der Geltendmachung der Verwendungsansprüche einem Herausgabeanspruch des Eigentümers ausgesetzt ist. Anderenfalls wäre er in nicht zu rechtfertigender Weise schlechter gestellt als ein im Zeitpunkt der Verwendungsvornahme nicht berechtigter Besitzer (BGHZ 34, 122 [132] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2). Eine abweichende Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil und soweit der unrechtmäßige Besitzer einen - hier auf Grund der Insolvenz des Leasingnehmers allerdings kaum realisierbaren - Anspruch aus dem Werkvertrag mit dem Besteller auf Bezahlung der Reparaturkosten hat; der vertragliche Anspruch gegen den Besteller steht in diesem Falle neben dem gegen den Eigentümer gerichteten, der sich aus §§ 994 ff. BGB ergibt (BGHZ 34, 122 [129, 131] = NJW 1961, 499 = LM § 647 BGB Nr. 2).

#### *B. Kein Zurückbehaltungsrecht gem. § 1000 BGB*

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner Aufwendungen für die Reparatur des Wagens kann der Bekl. allerdings nicht auf § 1000 BGB stützen. Nach dieser Vorschrift besteht ein Zurückbehaltungsrecht nicht für solche Verwendungen, die im Rahmen früherer Reparaturarbeiten vorgenommen worden sind, nach deren Abschluss das Fahrzeug bereits wieder an den Eigentümer oder den zum Besitz berechtigten Dritten zurückgegeben worden war (BGHZ 51, 250 [253 f.] = NJW 1969, 606 = LM § 1000 BGB Nr. 4; BGH, NJW 1983, 2140 = LM § 1002 BGB Nr. 3).

#### *C. Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 II BGB*

Dem Bekl. stand jedoch ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 II BGB zu. Er hatte einen fälligen Verwendungsersatzanspruch gegen die Kl. aus der Reparatur vom Juni 1998. Dies folgt aus der vom BerGer. zutreffend angenommenen Genehmigung (§ 1001 S. 1 Alt. 2 BGB) der im Rahmen dieser Reparatur vorgenommenen Verwendungen durch die Kl.

#### *I. Feststellung eines Einverständnisses der Kl. zur Reparatur*

Das BerGer. ist im Wege der Auslegung des - auch - an den Bekl. gerichteten Schreibens der Kl. vom 4. 6. 1998 zu dem Ergebnis gelangt, dass hiermit ein Einverständnis mit den anstehenden Reparaturarbeiten erklärt worden ist. Diese tatrichterliche Interpretation ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH revi-

sionsrechtlich nur eingeschränkt auf die Verletzung von gesetzlichen oder allgemein anerkannten Auslegungsregeln (wozu auch der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung zählt), Denkgesetzen oder Erfahrungssätzen hin überprüfbar (vgl. etwa Senat, NJW 2000, 2099 = LM H. 1/2001 § 133 [B] BGB Nr. 57; BGHZ 131, 136 [138] = NJW 1996, 248 = LM H. 3/1996 § 157 [C] BGB Nr. 46, jew. m. w. Nachw.). Danach sind im vorliegenden Fall keine Auslegungsfehler erkennbar. Dass die Kl. dem Inhalt des Schreibens - wie die Revision ausführt - tatsächlich nur „versicherungstechnische“ Bedeutung beigemessen haben will, ist unerheblich. Für die Auslegung ihrer Erklärung kommt es allein darauf an, wie die Mitteilung der Kl. aus der Sicht des Bekl., der nicht Versicherer, sondern Werkstattinhaber war, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu verstehen war.

#### *II. Einwilligung ausreichend für § 1001 BGB*

In der Mitteilung der Kl., sie sei einverstanden, dass die Versicherungsleistung zur Bezahlung der Reparatur ihres Fahrzeugs verwendet würde, liegt eine Genehmigung i. S. von § 1001 S. 1 Alt. 2 BGB. Der Umstand, dass das Einverständnis der Erteilung des Reparaturauftrags vorangegangen ist, steht dem nicht entgegen. Zwar scheint der Wortlaut der Norm, der von einer „Genehmigung“ spricht, unter welcher nach der Legaldefinition des § 184 I BGB die nachträgliche Zustimmung zu verstehen ist, auf den ersten Blick gegen die Einbeziehung eines bereits vor Verwendungsvornahme erklärten Einverständnisses in den Anwendungsbereich des § 1001 BGB zu sprechen. Die in den §§ 182 ff. BGB vorgegebene Terminologie wird jedoch selbst innerhalb des BGB nicht konsequent durchgehalten. So wird der Begriff der „Genehmigung“ häufig - etwa in den §§ 841, 1643, 18 19-1822 BGB - entgegen §§ 182 ff. BGB als Oberbegriff für die vorherige und nachträgliche Zustimmung verwendet.

Ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm folglich kein eindeutiges Bild, sind andere Auslegungskriterien heranzuziehen. Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der Vorschrift des § 1001 BGB, zeigt sich, dass dieser in seiner ursprünglichen Fassung den Verwendungsersatzanspruch erst und nur im Falle der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer zur Entstehung kommen lassen wollte. Der damalige § 938 S. 1 des ersten Entwurfs zum BGB lautete: „Die dem Besitzer oder Inhaber nach den Vorschriften der §§ 936, 937 zustehenden Ansprüche sind dadurch bedingt, dass der Eigentümer die Sache wiedererlangt“. Später trat der - in §§ 1001 S. 3, 1002 I

BGB enthaltene - Gedanke hinzu, dass die Verwendungsersatzansprüche nur innerhalb einer kurzen Präklusivfrist bzw. dann einklagbar sein sollten, wenn die Rücknahme unter dem Vorbehalt des von Seiten des Besitzers geltend gemachten Erstattungsanspruchs stattgefunden habe (Prot., 5. 6045). Der letztgenannte Grundgedanke beruht dabei auf der Auffassung, dass der die dauerhafte Durchsetzbarkeit des Verwendungsersatzanspruchs begründende Umstand das Einigsein der Beteiligten darüber ist, dass der Eigentümer dem Besitzer den diesem nach dem Gesetz zustehenden Betrag zu bezahlen hat (Prot., 5. 6046). Eine solche Vereinbarung kann aber auch in anderer Weise als durch nachträgliche Annahme der Sache unter Vorbehalt der Ersatzansprüche erfolgen, weshalb die Rücknahme der unter Vorbehalt angebotenen Sache nur als ein Fall der „Genehmigung“ der Verwendung anzusehen ist und die klageweise Durchsetzung des Ersatzanspruchs generell von der Genehmigung der Verwendung durch den Eigentümer abhängig sein soll (Prot., 5. 6046). Hieraus entstand die endgültige Fassung der (späteren) §§ 1001, 1002 BGB. Aus alledem folgt, dass der Ausdruck „Genehmigung“ vom Gesetzgeber in §§ 1001, 1002 BGB nicht bewusst im Sinne der in § 184 I BGB enthaltenen Definition gewählt wurde. Vielmehr steht der Begriff der Genehmigung, wie er von der Redaktionskommission vorgeschlagen worden war, an dieser Stelle als Synonym für ein Einverständnis zwischen Eigentümer und Besitzer hinsichtlich der Vornahme bestimmter Verwendungen. Erforderlich ist damit lediglich die Billigung der jeweils in Frage stehenden Verwendungen durch den Eigentümer. Ist demnach lediglich ein Gutheißen der Verwendungen durch den Eigentümer bzw. ein Konsens über die Verwendungsvornahme Voraussetzung für das Entstehen des Ersatzanspruchs, so kann ein Einverständnis jedenfalls dann auch schon vor der eigentlichen Vornahme von Verwendungen in einer den Voraussetzungen des § 1001 BGB genügenden Weise erklärt werden, wenn zwischen den Beteiligten klar ist, welche Maßnahmen im Einzelfall vorgenommen werden sollen.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch Überlegungen zu Sinn und Zweck der Genehmigungsvoraussetzung in §

1001 S. 1 BGB. Diese sind vornehmlich darin zu sehen, den Eigentümer nicht gegen oder ohne seinen Willen einem Ersatzanspruch für möglicherweise als aufgedrängt empfundene Verwendungen auszusetzen, von deren Vornahme er gar nichts wusste und die deshalb auch nicht seine Billigung gefunden haben (Denkschrift, 5. 979; Medicus, in: MünchKomm, 3. Aufl., § 1001 Rdnr. 1; Westermann, SachenR, 6. Aufl., § 33 I 4).

War dagegen - wie hier - der Eigentümer bereits vorab über die vorzunehmenden Verwendungen (Reparatur der unfallbedingten Schäden an seinem Pkw) informiert und hat deren Vornahme gebilligt, kann es auf den Zeitpunkt der Mitteilung seines Einverständnisses nicht entscheidend ankommen, zumal häufig vom Zufall abhängen wird, ob die Erklärung des Eigentümers den Empfänger vor oder nach Durchführung der als Verwendung anzusehenden Arbeiten erreicht.

Die Richtigkeit dieser Auffassung folgt letztlich auch aus einem Vergleich mit dem bösgläubigen, unrechtmäßigen Besitzer. Jener erhält notwendige Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt (§ 994 II BGB), so dass sich die Ersatzpflicht gem. § 683 S. 1 BGB grundsätzlich nach dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn richtet. Dabei kann der geäußerte wirkliche Wille - von dem der Verwender gar keine Kenntnis zu haben braucht - selbstverständlich auch schon vor Vornahme der Verwendungen erklärt worden sein. Wollte man dies im Falle des Verwendungsersatzanspruchs nach §§ 994 I, 1001 S. 1 BGB anders sehen, käme das einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des zum Zeitpunkt der Verwendungen berechtigten Fremdbesitzers gegenüber dem unrechtmäßigen, bösgläubigen Besitzer gleich.

Da dem Bekl. mithin auf Grund seines fälligen Verwendungsersatzanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 II BGB zustand, war er bis zu der nicht erfolgten Zahlung bzw. Sicherheitsleistung nach § 273 III BGB berechtigt, die Herausgabe des Pkw der Kl. zu verweigern.

**Standort: Arbeitsrecht****Problem: Anwendbarkeit von §§ 104 ff. SGB VII**

BGH, URTEIL VOM 27.06.2002

III ZR 234/03 (NJW 2002, 3096)

**Problemdarstellung:**

Bei diesem Revisionsverfahren ging es um die Rechtsfrage, ob die Haftungsprivilegien der §§ 104 ff. SGB VII, insbesondere des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII (vorübergehende betriebliche Tätigkeit von Versicherten mehrerer Unternehmen auf einer gemeinsamen Betriebsstätte) auch auf Amtshaftungsansprüche gem. § 839 I BGB i.V.m. Art. 34 GG anwendbar sind.

Zunächst stellt der BGH klar, dass es für die Frage der personellen Anwendbarkeit dieses Haftungsprivilegs nicht auf die Person des Staates / der Körperschaft ankommt, sondern auf die Person des Beamten. Da es sich bei der Amtshaftung um eine übergeleitete Haftung vom Beamten auf den Staat handelt, könne nur auf den Beamten abgestellt werden.

Jedoch stellt der BGH fest, dass unabdingbare Voraussetzung für das Haftungsprivileg gem. § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII ist, dass der Schädiger selbst zu den versicherten Personen gehört. Das Gesetz differenziert eindeutig zwischen versicherten und nicht-versicherten Personen. Im vorliegenden Fall war der als Täter in Frage kommende Sanitätssoldat gem. § 4 I Nr. 2 SGB VII versicherungsfrei, weil er gem. § 80 SVG i.V. mit den Vorschriften des Bundesversorgungsgesetzes Anspruch auf Unfallfürsorge durch seinen Dienstherrn bereits hat. Damit kann sich der Täter und infolgedessen auch nicht der Staat auf das Haftungsprivileg gem. § 106 SGB VII berufen.

**Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil ist von examensrelevanter Bedeutung, weil es sich hier um eine Schnittstelle zwischen öffentlichem Recht (Amtshaftung) und Arbeitsrecht (Haftungsprivileg gem. §§ 104 ff. SGB VII) geht.

Verletzt ein "Beamter" schuldhaft die ihm einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten, so hat an sich er den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 839 I BGB). Bei hoheitlichem Handeln, d.h. bei Handeln in Ausübung öffentlicher Gewalt tritt nach Art. 34 GG an die Stelle des Beamten der Staat oder die Körperschaft, die dem Amtsträger die Aufgaben, bei deren Wahrnehmung die Amtspflicht verletzt worden ist, anvertraut hat. Dabei wird der Begriff des "Beamten" sehr weit verstanden und geht über den

Beamten-Begriff im staatsrechtlichen Sinne hinaus. Die derart übergeleitete Amtshaftung des Staates besteht aber nur in dem Umfang wie sie in der Person des Beamten entstanden ist. Folglich kann sich der Staat auf alle Haftungsprivilegien zugunsten des handelnden Beamten selbst berufen. Im Übrigen ist die Amtshaftung gem. § 839 I 2 BGB ausgeschlossen, wenn dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last fällt und der Verletzte auf andere Weise Ersatz verlangen kann. Diese Subsidiaritätsklausel wurde aber im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung immer weiter eingeschränkt, so z.B. für den Straßenverkehr, für bestehenden - gesetzlichen oder privaten - Krankenversicherungsschutz.

Die §§ 104 ff. SGB VII stehen im Zusammenhang mit den Vorschriften zur gesetzlichen Unfallversicherung. Erleidet eine versicherte Person einen Arbeitsunfall (= Unfall bei Ausübung einer versicherten Tätigkeit, inkl. Wegefahrten), so hat sie Ersatzansprüche gegen den jeweiligen Versicherungsträger, z.B. die Berufsgenossenschaften. Im Falle eines Arbeitsunfalls schließen allerdings die §§ 104 ff. SGB VII eine gleichzeitige Inanspruchnahme des Arbeitgebers, des Arbeitskollegen oder des an einer gemeinsamen Betriebsstätte Mitarbeiter eines anderen Unternehmens aus. Sinn und Zweck dieser Regelungen ist es vor allem den Betriebsfrieden zu sichern, indem sich die Unternehmensangehörigen nicht gegenseitig in Anspruch nehmen können. Als Ausgleich erhält man dafür die sofortigen, ungekürzten Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung.

**Vertiefungshinweise:**

*OLG Karlsruhe*, NJW 2000, 295; *OLG Saarbrücken*, NVersZ 1999, 544 *Schmitt*, LM H. 10/2002 § 839 (K) BGB Nr. 53; *Waltermann*, NJW 2002, 1225

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Der geschädigte Kollege"

**Leitsatz:**

**Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen die Haftungsprivilegierung des § 106 ff. Fallgruppe 3 SGB VII (vorübergehende betriebliche Tätigkeit von Versicherten mehrerer Unternehmen auf einer gemeinsamen Betriebsstätte) auch für Amtshaftungsansprüche gilt.**

**Sachverhalt:**

Die klagende Bundesrepublik Deutschland hatte der G-GmbH Reinigungsarbeiten auf dem Luftwaffenstandort Köln-Wahn übertragen. Am 4. 1. 1998 erlitt eine bei der beklagten Berufsgenossenschaft gesetzlich unfallversicherte Mitarbeiterin jener Firma einen Unfall, als sie im Sanitätszentrum des Standorts Müll entsorgte. Sie verletzte sich an einer Infusionsnadel, die vorschriftswidrig ungesichert in einem Müllsack abgelegt worden war und diesen durchstoßen hatte. Die Bekl. erbrachte Behandlungskosten in Höhe von 3587,27 DM, die ihr die Kl. zunächst erstattete. Die Kl. macht nunmehr geltend, zur Zahlung nicht verpflichtet gewesen zu sein, da der Unfall der Regelung des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII unterlegen habe. Sie nimmt daher die Bekl. auf Rückzahlung in Anspruch.

Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt; das BerGer. hat die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision der Kl. wurde zurückgewiesen.

**Aus den Gründen:****A. Kein Bereicherungsanspruch der Kl. gem. § 812 I 1. Fall. BGB**

Ein Bereicherungsanspruch nach § 812 I 1. Fall. BGB (Leistungskondition) steht der Kl. gegen die Bekl. nicht zu.

**I. Amtshaftungsanspruch zug. der Verletzten gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**

Durch den Unfall ist in der Person der Verletzten ein Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG gegen die Kl. begründet worden, der kraft Legalzession nach § 116 I SGB X auf die beklagte Berufsgenossenschaft übergegangen ist.

Beide Vorinstanzen gehen - in Übereinstimmung mit den eigenen Angaben der Kl. in der vorprozessualen Korrespondenz - davon aus, dass der Unfall durch einen im Sanitätsbereich der Luftwaffen Sanitätsstaffel eingesetzten Sanitätssoldaten fahrlässig verursacht worden ist, indem dieser die betreffende Infusionsnadel ungesichert in dem Müllsack abgelegt hat. Als Soldat unterfiel der Täter dem haftungsrechtlichen Amtsträgerbegriff des Art. 34 GG (Ossenbühl, StaatshaftungsR, 5. Aufl. [1998], S. 13). Der Einsatz des Soldaten in dem Sanitätsbereich war zugleich unmittelbar Ausübung eines anvertrauten öffentlichen Amtes.

Demgegenüber deutet die Kl. sowohl im Berufungszug als auch in der Revisionsbegründung die Möglichkeit an, dass als Täterin auch eine zivile Mitarbeiterin des Sanitätsbereichs, insbesondere eine

Krankenschwester, in Betracht kommt. Auch in diesem Falle sind die Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs erfüllt. Der Einsatz in einem Sanitätszentrum oder -bereich der Bundeswehr ist grundsätzlich Wahrnehmung einer hoheitlichen Aufgabe und damit Ausübung eines öffentlichen Amtes i. S. des Art. 34 GG (BGHZ 108, 230; BGHZ 120, 176 [178]). Auch ein ziviler Mitarbeiter erlangt dadurch Amtsträgereigenschaft im haftungsrechtlichen Sinne.

**II. Keine Anwendbarkeit der Ausschlussklausel des § 106 III SGB VII wegen der Unternehmer-eigenschaft**

Die Kl. beruft sich darauf, dass der Täter und die Verletzte betriebliche Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte verrichtet hätten. Deswegen gelte der Haftungsausschlussstatbestand des § 106 III Fallgruppe 3 i. V. mit §§ 104, 105 SGB VII.

**1. Rechtsauffassung des BerGer. zum Begriff des Unternehmers**

Das BerGer. meint, dieser Haftungsausschluss betreffe nicht den vorliegenden Fall. Die Kl. als Dienstherrin des Schädigers sei als „Unternehmer“ im sozialversicherungsrechtlichen Sinne anzusehen. Die Haftungsprivilegierung bei vorübergehender betrieblicher Tätigkeit auf einer gemeinsamen Betriebsstätte i. S. des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII gelte aber nicht zu Gunsten eines nicht selbst dort tätigen Unternehmers (BGHZ 148, 214 = LM H. 11/2001 § 106 SGB VII Nr. 4 m. Anm. Schmitt). Sie komme einem solchen versicherten Unternehmer nur zugute, wenn dieser selbst eine vorübergehende betriebliche Tätigkeit auf einer gemeinsamen Betriebsstätte verrichte und dabei den Versicherten eines anderen Unternehmens verletze (BGHZ 148, 209).

**2. Rechtsauffassung des BGH zum Begriff des Unternehmers**

Diesen rechtlichen Ausgangspunkt des BerGer. vermag der erkennende Senat nicht zu teilen. Für das Haftungsprivileg ist nicht auf die Person der Kl. als des Unternehmers, sondern auf die des Schädigers abzustellen. Dies folgt aus der Eigenart der Amtshaftung als einer übergeleiteten Beamtenhaftung. Sie beruht auf der durch Art. 34 S. 1 GG verfassungsrechtlich normierten befreienden Schuldübernahme, auf Grund deren der Amtswalter selbst (hier der Sanitätssoldat oder die Krankenschwester) von seiner persönlichen Schadensersatzpflicht befreit und die Bundesrepublik mit ihr belastet wird. Art. 34 GG leitet die durch § 839 BGB begründete persönliche Haftung des Beamten auf den Staat über:

§ 839 BGB ist die haftungsbegründende, Art. 34 GG die haftungsverlagernde Norm (BVerfGE 61, 149). Diese personale Konstruktion der Amtshaftung hat zur Folge, dass der Staat grundsätzlich nur in dem gleichen Umfang haftet, wie der Amtsträger selbst es müsste, wenn es die Schuldübernahme nicht gäbe. Dies bedeutet, dass sämtliche auf die persönliche Verantwortlichkeit des Amtsträgers zugeschnittenen gesetzlichen Haftungsbeschränkungen, -milderungen oder -privilegien mittelbar auch dem Staat zugute kommen (Senat, BGHZ 146, 385 [388]). Daraus hat der Senat beispielsweise die Folgerung gezogen, dass die die persönliche Haftpflicht betreffende Einbeziehung des Fahrers in den Schutz der Kfz-Haftpflichtversicherung auch der Bundesrepublik zugute kommen muss (§ 10 AKB; BGHZ 146, 385 [388f.]). Auf den hier zu beurteilenden Fall übertragen bedeutet dies, dass auch hier zu fragen ist, ob der Schädiger selbst gegenüber der Verletzten oder im Falle des gesetzlichen Forderungsübergangs nach § 116 I SGB X gegenüber der beklagten Berufsgenossenschaft ersatzpflichtig wäre, wenn es die gesetzliche Haftungsverlagerung nach Art. 34 GG nicht gäbe.

### *III. Keine Anwendbarkeit des Haftungsausschlusses gem. § 106 III SGB VII im vorliegenden Fall*

Im Ergebnis hält das Berufungsurteil der revisionsgerichtlichen Prüfung gleichwohl stand (§ 563 ZPO a. F.). Es lässt sich nämlich nicht feststellen, dass hier in der Person des Schädigers selbst die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung erfüllt waren.

#### *1. Anforderungen dieses Haftungsausschlusses*

Nach § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII gelten die Haftungsbeschränkungen der §§ 104, 105 SGB VII für die Ersatzpflicht der für die beteiligten Unternehmen Tätigen untereinander dann, wenn Versicherte mehrerer Unternehmen vorübergehend betriebliche Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstätte verrichten. Voraussetzung ist damit, dass „Versicherte“ im Sinne des SGB VII auf der gemeinsamen Betriebsstätte tätig sind (OLG Hamm, r+s 2001, 195; Risthaus, VersR 2000, 1203; Lemcke, r+s 1999, 376). Der abweichenden Auffassung von Ricke (Kass. Kömm. z. SozialversicherungsR, Losebl. [Stand: 2002], SGB VII, § 106 Rdnr. 11) kann nicht gefolgt werden. Der VI. Zivilsenat hat bereits entschieden (BGHZ 148, 209), dass der Haftungsausschluss des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII auch für den versicherten und auf der gemeinsamen Betriebsstätte tätigen Unternehmer gilt. Unabdingbare Voraussetzung für die Haftungsprivilegierung nach dieser Fallgruppe ist daher, dass

der Schädiger selbst zu den versicherten Personen zählt. Dies gilt in gleicher Weise für den hier zu beurteilenden Fall, dass Schädiger nicht der Unternehmer, sondern der Mitarbeiter eines anderen Unternehmens ist. Dies erschließt sich zwanglos bereits aus dem Gesetzeswortlaut. Die Entstehungsgeschichte des § 106 III SGB VII lässt nichts Gegenteiliges erkennen (BGHZ 148, 214). Auch aus der Verweisung auf §§ 104, 105 SGB VII lässt sich nicht schließen, dass nicht versicherte Schädiger in den Anwendungsbereich miteinbezogen sind. Im Gegenteil machen gerade diese Vorschriften deutlich, dass der Gesetzgeber bewusst nach Versicherten und Nichtversicherten unterschieden hat. So hat er den Anwendungsbereich des § 104 I 1 SGB VII auf Versicherte und Personen, die zu ihren Unternehmen in einer sonstigen die Versicherung begründenden Beziehung stehen, beschränkt, während er in § 105 I 2 SGB VII ausdrücklich auch gem. § 4 I Nr. 1 SGB VII nicht versicherte Beamte einbezogen hat. Auch Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten nicht die Einbeziehung von nicht versicherten Personen. Das Haftungsprivileg des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII beruht auf dem Gesichtspunkt der Gefahrengemeinschaft. Es bewirkt, dass demjenigen, der als Schädiger von Haftungsbeschränkungen profitiert, als Geschädigtem zugemutet werden kann, die entsprechenden Nachteile hinzunehmen, dass er selbst bei einer Verletzung keine Schadensersatzansprüche wegen seiner Personenschäden geltend machen kann (BGHZ 148, 214). Eine solche Gefahrengemeinschaft besteht indessen nicht von vornherein, wenn an einem Unfall auf der einen Seite ein Versicherter, auf der anderen ein nicht versicherter Beamter oder Soldat beteiligt sind. Ein Beamter hat aus Anlass eines Dienstunfalls gegen seinen Dienstherrn nur die in §§ 30 bis 43 BeamtVG geregelten Ansprüche (§ 46 I 1 BeamtVG; für Soldaten vgl. § 91 a I SVG); weitere Ansprüche auf Grund allgemeiner gesetzlicher Vorschriften können gegen einen öffentlichen Dienstherrn im Geltungsbereich des Beamtenversorgungsgesetzes oder gegen in seinem Dienst stehende Personen nur dann geltend gemacht werden, wenn der Dienstunfall durch eine vorsätzliche unerlaubte Handlung einer solchen Person verursacht worden ist (§ 46 II 1 BeamtVG) oder wenn der Dienstunfall sich bei der Teilnahme am allgemeinen Verkehr ereignet hat (§ 46 II 2 BeamtVG i.V. mit § 1 I des Gesetzes über die erweiterte Zulassung von Schadensersatzansprüchen bei Dienst- und Arbeitsunfällen v. 7. 12. 1943, RGBI I, 674). Soweit der Schädiger nicht im Dienst eines öffentlich-rechtlichen Dienstherrn steht, ist er uneingeschränkt den Ansprüchen auch des verletzten Beamten persönlich ausge-

setzt, da ein Haftungsausschluss insoweit nicht vorgesehen ist (§ 46 III BeamtVG; § 91 a III SVG). Gerade in Fällen wie dem vorliegenden würde dies bedeuten, dass im umgekehrten Falle einer Verletzung des Sanitätssoldaten durch die Reinigungsmitarbeiterin diese uneingeschränkt den persönlichen und auf die Kl. übergegangenen Ansprüchen (§ 87a S. 1 BBG) ausgesetzt wäre. Dann aber fehlt es an einer inneren Rechtfertigung dafür, sie selbst im Falle der Schädigung durch eine nicht versicherte Person auf die Ansprüche aus der gesetzlichen Unfallversicherung zu beschränken.

### *2. Keine Versicherungspflicht des Täters als Sanitätssoldat*

Im vorliegenden Fall war der als Täter in Betracht kommende Sanitätssoldat gem. § 4 I Nr. 2 SGB VII versicherungsfrei, weil er gem. § 80 SVG i. V. mit den Vorschriften des Bundesversorgungsgesetzes Anspruch auf Unfallfürsorge hatte. Die Ausnahmen des § 4 I Nr. 2 a und b SGB VII liegen nicht vor.

### *3. Kein Verweis auf eine Zivilkraft als Täter*

War dagegen der Unfall durch eine in der gesetzlichen Unfallversicherung versicherte zivile Mitarbeiterin der Kl. (Krankenschwester) verursacht worden, so würde eine Haftungsprivilegierung nicht schon aus den vorstehend aufgezeigten Gründen ausgeschlossen sein. Der Prüfung der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII, insbesondere der Frage, ob in diesem Falle Versicherte mehrerer Unternehmen vorübergehend Tätigkeiten auf einer gemeinsamen Betriebsstelle verrichtet haben, bedarf es indessen nicht. Die Kl. selbst hat keine näheren Angaben zur Person des Schädigers gemacht, vielmehr, wie oben bereits dargelegt, in der

vorprozessualen Korrespondenz selbst darauf hingewiesen, dass es sich um einen Sanitätssoldaten gehandelt hatte. Der Bekl. konnten keine näheren Angaben über die Person des Schädigers zugemutet werden. Ohnehin brauchte sie den einzelnen Amtsträger, der gegenüber der bei ihr versicherten Person die Pflichtverletzung begangen hatte, nicht konkret zu bezeichnen. Zwar ist im Hinblick auf das Wesen der übergeleiteten Haftung erforderlich, dass der gesamte Haftungstatbestand in der Person irgendeines Amtsträgers erfüllt ist; es bedarf deshalb aber nicht auch der Feststellung der Identität einer Person. Vielmehr ist es ausreichend, wenn feststeht, dass irgendein Amtsträger in seiner Person den gesamten Haftungstatbestand verwirklicht hat. Weitergehende Darlegungen sind dem Geschädigten, der die Interna des Behördenbetriebs nicht kennt und auch nicht zu kennen braucht, häufig nicht möglich und deshalb auch nicht zumutbar (BGHZ 116, 312 [314]). Da es sich bei dem Haftungsprivileg des § 106 III Fallgruppe 3 SGB VII um eine Einwendung handelt, die einen an sich begründeten Amtshaftungsanspruch zu Fall bringen soll, hätte bereits auf der Ebene der unmittelbaren Inanspruchnahme der Kl. durch die beklagte Berufsgenossenschaft die Kl. als Dienstherrin des schuldigen Amtsträgers darlegen und beweisen müssen, dass für diesen die Haftungsprivilegierung gegolten hätte. Erst recht trifft in dem hier zu beurteilenden Fall der Rückforderung bereits erbrachter Leistungen die Kl. die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es insoweit an einem Rechtsgrund gefehlt hatte, das heißt der Schädiger gesetzlich unfallversichert gewesen war. Da es insoweit an konkretem Sachvortrag der Kl. fehlt, war die Sache im Sinne einer Klageabweisung - und damit einer Bestätigung des Berufungsurteils - entscheidungsreif.

*Strafrecht***Standort: § 13 I StGB****Problem: § 225 StGB durch Unterlassen**

BGH, URTEIL VOM 04.07.2002

3 STR 64/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Der BGH hatte über den Fall einer Mutter zu entscheiden, deren Kind wiederholt mit Verletzungen ins Krankenhaus eingeliefert wurden, die auf eine Misshandlung schließen ließen. Nachdem die Angeklagte bereits vom Vorwurf der Misshandlung Schutzbefohler freigesprochen worden war, da sich nicht mit hinreichender Sicherheit klären ließ, ob sie selbst oder nicht vielleicht einer ihrer Mitbewohner (ihre Schwester und deren Lebensgefährte) das Kind misshandelt hatte. Im vorliegenden Fall hatte das LG Wuppertal die Angeklagte dann nach einer weiteren, lebensgefährlichen Verletzung des Kindes wegen Misshandlung Schutzbefohler durch Unterlassen verurteilt, da die Angeklagte die Misshandlung, die von einem der Mitbewohner begangen worden sei, habe verhindern müssen. Der BGH hat diese Verurteilung wegen eines unechten Unterlassungsdelikts aufgehoben, da keine Garantenstellung der Angeklagten gegeben sei. Diese sei zum Schutze ihres Kindes vor Angriffen Dritter nur verpflichtet, wenn sie habe erkennen können, dass ihrem Kinde von dem Dritten eine Gefahr drohe. Da aber nicht sicher festgestellt wurde, dass die früheren Verletzungen von den Mitbewohnern begangen worden seien, habe die Angeklagte ihr Kind auch nicht vor diesen schützen müssen.

**Prüfungsrelevanz:**

Dieser Fall berührt Fragen der Garantenstellung und der Entsprechung von aktivem Tun und Unterlassen, beides Kernprobleme der unechten Unterlassungsdelikte, die gerade in der jüngeren Vergangenheit wiederholt der Gegenstand von Prüfungsaufgaben waren.

Zunächst spricht der BGH (wenn auch kurz) die Frage an, ob eine Misshandlung Schutzbefohler i.S.v. § 225 I StGB überhaupt durch Unterlassen begangen werden kann. Gem. § 13 I StGB a.E. ist eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts nur möglich, wenn das Unterlassen dem gesetzlichen Tun entspricht (sog. Entsprechungsklausel; vgl. Über-

sicht über den Meinungsstand bei Nitze, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel, 1989, S. 15). Bei reinen Erfolgsdelikten ist dies zwar bedeutungslos, da es dort auf ein bestimmtes Tun nicht ankommt (vgl. Lackner/Kühl § 13 Rn. 16 m.w.N.), bei Taten, deren Verwerflichkeit bei Begehung durch aktives Tun gerade in einer bestimmten Handlung liegt, kann es jedoch geboten sein zu prüfen, ob eine Begehung durch Unterlassen denselben Unrechtsgehalt aufweist. Gerade im Rahmen von § 225 I 1. und 2. fall StGB ist dies wiederholt diskutiert und überwiegend angenommen worden (Schönke/Schröder-Stree, § 255 Rn. 11; a.A. LK-Hirsch, § 225 Rn. 17).

Weiter ist fraglich, unter welchen Voraussetzungen eine Mutter verpflichtet ist, ihr Kind vor Angriffen Dritter zu schützen. Während in der Vergangenheit die hM insb. im Hinblick auf §§ 1618 a, 1626 BGB davon ausgegangen ist, dass insoweit umfassende Schutzpflichten bestünden und eine Strafbarkeit der Eltern allenfalls über die Zumutbarkeit oder den Vorsatz entfallen lassen hat (vgl. BGHSt 7, 272, Tröndle/Fischer, § 13 Rn. 6 mwN), führt der BGH in der vorliegenden Entscheidung aus, eine Schutzpflicht bestehe nur dann, wenn es für die Eltern ersichtlich sei, dass dem Kind von dem konkreten Dritten eine Gefahr drohe.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Verwirklichung von § 225 StGB durch Unterlassen: *BGH*, NStZ 1991, 234 und NStZ-RR 1996, 197; *OLG Düsseldorf*, NStZ 1989, 270.

Zur Garantenstellung innerhalb von Familien: *Albrecht*, Die Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen (Diss.)

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Familienglück"

**Leitsätze (der Redaktion):**

1. Ein "rohes Misshandeln" i.S.v. § 225 I StGB kann auch durch Unterlassen begangen werden.
2. Eltern sind zum Schutze ihres Kindes vor Angriffen Dritter nur verpflichtet, wenn sie (insb.

wegen eines Geschehens in der Vergangenheit) damit rechnen müssen, dass ihrem Kind von dieser Person ein Angriff droht.

**3. Bei der Frage, ob das durch Unterlassen begangene Misshandeln roh im Sinne des § 225 I StGB war, sind vor allem die Schwere des drohenden körperlichen Angriffes auf das hilflose Kleinkind, in der sich die gefühllose, fremde Leiden missachtende Gesinnung widerspiegelt, aber auch die Persönlichkeit des Täters und dessen Motivation von Bedeutung.**

**Sachverhalt:**

Die Angeklagte wohnte vom 22. März bis Ende Juni 2000 zusammen mit ihrer am 14. Februar 1999 geborenen Tochter M. bei ihrer Halbschwester und deren wegen Misshandlung von Schutzbefohlenen vorbestraften Lebensgefährten D. in einer Zweizimmerwohnung in S. Sie hielt sich während dieses Zeitraums, soweit das Kind nicht stationär behandelt wurde, immer in dessen Nähe auf; insbesondere war M. mit D. nie allein.

Wahrscheinlich kurz nach ihrer Ankunft in S., nicht ausschließbar auch wenige Tage zuvor, wirkte wahrscheinlich die Angeklagte, möglicherweise aber auch eine andere Person unter im einzelnen nicht feststellbaren Umständen mit massiver Gewalt auf den Kopf des Kleinkindes ein, so daß dieses eine Kalottenfragmentfraktur rechts mit einem Hämatom und eine Hirnswellung erlitt. Während der anschließenden stationären Behandlung informierte eine Klinikärztin die Angeklagte ausdrücklich über den Verdacht einer Kindesmisshandlung. Das Landgericht hat die Angeklagte insoweit vom Vorwurf der Misshandlung von Schutzbefohlenen freigesprochen, weil nicht sicher habe festgestellt werden können, dass sie selbst ihrer Tochter die Verletzungen zugefügt habe; möglicherweise sei sie von den Gewalttätigkeiten einer anderen Person gegen das Kind überrascht worden, so dass sie diese nicht habe abwenden können.

Im Zeitraum zwischen 28. April und 8. Mai 2000 erlitt M. auf im einzelnen nicht mehr feststellbare Art und Weise sechs Hämatome im Lendenwirbelbereich und ein Hämatom am Kopf. Die Strafkammer hat nicht sicher ausschließen können, dass diese Verletzungen durch Stürze des Kindes verursacht wurden. Während des folgenden Krankenhausaufenthaltes erhoben die behandelnden Ärzte gegenüber der Angeklagten wiederum den Vorwurf der Kindesmisshandlung. Diesen Tatvorwurf hat die Strafkammer gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt.

In der Zeit vom 20. bis zum 27. Juni 2000 wirkte eine Person mindestens zweimal bewusst mit sehr massi-

ver, flächenhafter Gewalt auf den Kopf des Kleinkindes ein. Dieses erlitt dadurch einen Bruch des Stirnbeins, ein Hämatom an der Stirn und einen Schädelbruch im Bereich des rechten Hinterkopfes. Wegen dieser Verletzungen wurde M. ca. vier Wochen lang im Krankenhaus behandelt. Ihren Zustand schätzten die Ärzte zeitweise als lebensbedrohlich ein. Das Landgericht konnte nicht klären, auf welche Art und Weise im einzelnen gegen das Kind Gewalt ausgeübt worden war, wobei es zu Gunsten der Angeklagten davon ausging, daß beide Schädelbrüche und das Hämatom nur durch eine Gewalthandlung entstanden und weitere diagnostizierte Verletzungen möglicherweise auf Stürze zurückzuführen sind. Die Strafkammer ist der Überzeugung, dass die Angeklagte im Juni 2000 entweder ihre Tochter selbst in einer deren Leiden bewusst missachtenden Gesinnung verletzte oder das Kind in derselben Gesinnung wissentlich dem Zugriff einer anderen Person aussetzte, von der sie wusste, dass durch diese die Schädelbrüche herbeigeführt werden könnten.

**Aus den Gründen:**

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen "Misshandlung von Schutzbefohlenen durch Unterlassen" zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und sie von einem weiteren Fall der Misshandlung von Schutzbefohlenen freigesprochen. gegen ihre Verurteilung wendet sich die Angeklagte mit der allgemeinen Sachrüge. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

**A. Feststellungen des Landgerichts**

Bei der Beweiswürdigung ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Angeklagte zumindest den Schädelbruch vom März 2000 und die Schädelbrüche vom Juni 2000 sowie die damit zusammenhängenden Kopfverletzungen ihrer Tochter mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit jeweils eigenhändig und mit direktem Vorsatz zugefügt habe. Es verblieben jedoch Zweifel, weil eine andere Person, insbesondere die Halbschwester der Angeklagten und vor allem deren einschlägig vorbestrafter Lebensgefährte als Täter nicht sicher ausgeschlossen werden konnten. Da die Angeklagte das Kind nie längere Zeit allein gelassen habe, habe sie nach den schweren Kopfverletzungen vom März 2000 gewusst, von wem und in welcher Situation diese verursacht worden seien.

Hinsichtlich der im Juni 2000 zugefügten Verletzungen hat die Angeklagte nach Ansicht des Landgerichts ihre Tochter zumindest durch Unterlassen roh misshandelt und dabei das Kind in die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung durch Hirnschäden und einer erheblichen Schädigung der kör-

perlichen und seelischen Entwicklung gebracht (§ 225 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 2. Alt., Nr. 2, § 13 StGB). Sie habe auf Grund der elterlichen Sorge die Pflicht und auch die Möglichkeit gehabt, das Kind von der gefährlichen Person, die ihr durch die Zufügung des ersten Schädelbruchs im März 2000 bekannt gewesen sei, fernzuhalten und dadurch weitere Misshandlungen zu verhindern. Das Unterlassen sei mit direktem Vorsatz erfolgt.

### *B. Aufhebung des Schuldspruchs*

#### *I. "Rohes Misshandeln" i.S.v. § 225 I StGB durch Unterlassen*

Der Schuldspruch hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Dabei geht die Strafkammer zwar zutreffend davon aus, dass die Tatmodalität des "rohen Misshandelns" in § 225 Abs. 1 StGB auch durch Unterlassen begangen werden kann (vgl. BGH NSTZ 1991, 234; Stree in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 225 Rdn. 11).

#### *II. Garantenstellung der Angeklagten*

Die Strafkammer hat aber bei der von ihr als möglich angesehenen Alternative, die Angeklagte habe die Misshandlung ihrer Tochter durch eine andere Person lediglich nicht verhindert, deren Handlungspflicht auf eine nicht tragfähige Schlussfolgerung gestützt.

Das Landgericht hat nicht feststellen können, ob die Schädelbrüche vom Juni 2000 durch Verletzungshandlungen der Angeklagten oder einer anderen Person herbeigeführt wurden. Für die letztgenannte Alternative begründet es eine Täterschaft der Angeklagten durch Unterlassen damit, diese habe auf Grund der Misshandlung vom März 2000 gewusst, dass dem Kind durch die andere Person Gefahr drohe. Diese Schlussfolgerung wäre jedoch nur dann tragfähig, wenn die Verletzungshandlungen vom März und Juni 2000 jeweils durch dieselbe Person begangen worden wären. Dies ist indes nicht festgestellt. Vielmehr kommt nach den getroffenen Feststellungen in Betracht, dass für beide Vorfälle unterschiedliche Täter verantwortlich sind. Für die erste Tat vom März 2000 hat das Tatgericht eine Misshandlung durch die Angeklagte für wahrscheinlich gehalten und nicht einmal ausschließen können, dass diese zeitlich bereits vor dem Einzug der Angeklagten in die Wohnung ihrer Halbschwester in S. erfolgt war. Bei diesen Fall-

gestaltungen kann das Geschehen vom März 2000 weder der Halbschwester noch deren Lebensgefährten angelastet werden. Hatte die Angeklagte oder eine weitere, bislang unbekannte Person die erste Misshandlung begangen, bestand keine Verpflichtung der Angeklagten, ihre Tochter vor ihrer Halbschwester oder deren Lebensgefährten zu schützen, weil nach ihrem Kenntnisstand dem Kind von diesen Personen keine Gefahr drohte.

#### *C. Hinweise für die neue Hauptverhandlung (nach Zurückverweisung)*

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf folgendes hin:

Bei der Beweiswürdigung zu der Tat vom Juni 2000 ist die zur Entscheidung berufene Strafkammer an die dem rechtskräftigen Freispruch zu Grunde liegenden Feststellungen nicht gebunden (vgl. BGHSt 43, 106, 107; Rieß in Löwe-Rosenberg, StPO 25. Aufl. Einl. J Rdn. 103 f. m.w.N.). Sie wird sich in ihr aber mit den Gründen des Freispruchs auseinander setzen müssen.

Sollte sie zu dem Ergebnis kommen, die Angeklagte habe gebotene Handlungspflichten zum Schutze ihrer Tochter vor einer drohenden Misshandlung durch einen Dritten bewusst unterlassen, wird sie sich bei der Prüfung des subjektiven Tatbestandes (vgl. dazu Cramer/Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 15 Rdn. 98) mit deren Vorstellung über die Folgen der Untätigkeit befassen müssen. Wenn die Angeklagte weitere Misshandlungen ihrer Tochter durch einen Dritten lediglich für möglich gehalten haben sollte, ist eine Abwägung auf Grund aller objektiven und subjektiven Tatumstände erforderlich, ob sie diese billigend in Kauf nahm und deshalb bedingter Vorsatz zu bejahen ist oder ob sie auf ihr Ausbleiben ernsthaft vertraute und ihr deshalb nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann (vgl. BGHSt 36, 1, 10; Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 15 Rdn. 9 ff.).

Bei der Frage, ob das durch Unterlassen begangene Misshandeln roh im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB war, sind vor allem die Schwere des drohenden körperlichen Angriffes auf das hilflose Kleinkind, in der sich die gefühllose, fremde Leiden missachtende Gesinnung widerspiegelt, aber auch die Persönlichkeit der Angeklagten und deren Motivation von Bedeutung (vgl. BGHSt 25, 277, 278, 280; Hirsch in LK 11. Aufl. § 225 Rdn. 14).

**Standort: §§ 255, 25 II StGB****Problem: Mittäterexzess**

BGH, URTEIL VOM 09.07.2002

1 STR 93/02 (NSTZ 2002, 597)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall waren die Angeklagten gegen das Opfer vorgegangen, weil dieses ihnen aus einem vorhergegangenen Rauschgiftgeschäft noch Drogen bzw. Geld schuldete. Hierbei hatte der Angeklagte J - ohne dass dies vorher mit dem Angeklagten K abgesprochen war - dem Opfer einen abgebrochenen Flaschenhals ins Gesicht gepresst. K hatte das Opfer außerdem mit einem Gürtel geschlagen.

Das LG hatte beide Angeklagten wegen versuchter Nötigung und den Angeklagten J darüber hinaus wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt.

Auf die Revision der StA hin hob der BGH das Urteil insofern auf, als der K nicht auch wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden ist. Das Verwenden der zerbrochenen Flasche durch J könne dem K auch dann zugerechnet werden, wenn es nicht vorher ausdrücklich in den gemeinsamen Tatplan aufgenommen worden war. Ein Mittäter hafte für die Handlungen der anderen Mittäter bereits, sofern er mit diesen rechnen muss bzw. sofern ihm die Vorgehensweise seiner Komplizen gleichgültig ist. Außerdem sei es denkbar, dass K selbst durch die Schläge mit dem Gürtel ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB verwendet habe. Bestätigt hat der BGH hingegen die Wertung des LG, dass eine versuchte schwere räuberische Erpressung nicht vorliege. Da die Angeklagten geglaubt hätten, aus dem vorhergegangenen Rauschgiftgeschäft einen Anspruch gegen das Opfer zu haben und sich nur das holen wollten, "was ihnen zustand", habe es ihnen an der Absicht gefehlt, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

**Prüfungsrelevanz:**

Dieses Urteil enthält eine für Examensaufgaben typische Verbindung von Problemen aus dem Allgemeinen und dem Besonderen Teil des StGB.

Die vom BGH hier geprüfte Problematik des Mittäterexzesses ist ein klassisches Problem aus dem Bereich der Täterschaft und Teilnahme. Im Rahmen der Mittäterschaft erlaubt es die Norm des § 25 II StGB, einem Mittäter die Handlungen eines anderen Mittäters zuzurechnen, so dass eine (Mit-)Täterschaft an

einem Delikt grds. auch für denjenigen Mittäter möglich ist, der die Tathandlung nicht selbst vornimmt. Jedoch werden einem Mittäter im Rahmen einer Vorsatztat nicht alle Handlungen seines Komplizen zugerechnet, sondern nur solche, die auch von seiner Vorstellung gedeckt sind. Nimmt ein Mittäter Handlungen vor, die den gemeinsamen Tatentschluss übersteigen, so findet insofern eine Zurechnung nicht statt (sog. Mittäterexzess; vgl. Darstellung bei Jescheck/Weigend, AT, S. 677 mwN). Mit dem vorliegenden Urteil hat der BGH seine Rechtsprechung erneut bestätigt, dass es keinen Exzess darstellt, wenn ein Komplize eine Handlung vornimmt, die zwar nicht konkret geplant war, mit der jedoch gerechnet werden musste (BGH GA 1985, 270; Schönke/Schröder-Cramer/Heinze, § 25 Rn. 95) bzw. es dem Mittäter egal war, wie sein Komplize das gesetzte Ziel verfolgte (BGH NJW 1973, 377). Interessant ist insoweit, dass der BGH im Rahmen des Mittäterexzesses, der, da er den Tatentschluss betrifft, ein Vorsatzproblem darstellt (vgl. Joecks, StudKomm, 3. Aufl., § 25 Rn. 66) somit letztlich die objektive Vorhersehbarkeit des Geschehens einer entsprechenden Vorstellung des Täters gleichstellt.

Im Bereich des Besonderen Teils geht es in dem vorliegenden Urteil u.a. um den Begriff des gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB. Gerichtliche Entscheidungen zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs sind in jüngerer Vergangenheit mehrfach ergangen, sowohl zum Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB (vgl. BGH, NSTZ 2002, 594; BGH, StV 2002, 21 = RA 2002, 108) als auch i.R.v. § 244 I Nr. 1 StGB (OLG Braunschweig, NJW 2002, 1735 = RA 2002, 349) und § 259 II Nr. 1 StGB (vgl. BGH, NSTZ 2002, 594 = RA 2002, 417). Im vorliegenden Fall hatte der BGH nur den insofern einfachsten Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB zu prüfen und hier die ganz herrschende Meinung bestätigt, dass gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Norm jeder Gegenstand ist, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im konkreten Einzelfall geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (Lackner/Kühl, § 224 Rn. 5 mwN). Der BGH hat in diesem Urteil lediglich klargestellt, dass dies auch bei einem Gürtel der Fall sein kann, der als Schlagwerkzeug eingesetzt wird.

Schließlich ist vom BGH noch ein Problem im Rahmen der Erpressungstatbestände erörtert worden, das sich in letzter Zeit (auch in Examensarbeiten) gesteigert

gerter Beliebtheit erfreut, nämlich die Frage, wann der Täter in der Absicht handelt, sich rechtswidrig zu bereichern. Die i.R.v. §§ 253, 255 StGB (und auch von § 263 StGB) zu prüfende Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung ist dann gegeben, wenn der Täter auf sie keinen fälligen und einredefreien Anspruch hat (BGH NStZ 1988, 216; Joecks, StudKomm, § 253 Rn. 17). Bei diesem Punkt handelt es sich nach ganz herrschender Meinung um ein objektives Tatbestandsmerkmal (BGH StV 2000, 79; Lackner/Kühl, § 253 Rn. 9, § 263 Rn. 62 mwN), so dass sich auch der Vorsatz des Täters auf die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung beziehen muss. Dieser fehlt, wenn der Täter glaubt, dass er einen (fälligen und einredefreien) Anspruch auf die Bereicherung habe (BGH NStZ 1988, 216). Erst vor kurzem hatte der 4. Senat des BGH erörtert, dass kein vorsatzausschließender Irrtum vorliegt, wenn der Täter sich nur einen undurchsetzbaren, insb. einen sittenwidrigen, Anspruch vorstellt (BGH NStZ 2002, 481 = RA 2002, 559). Der 1. Senat hat im vorliegenden Fall zwar darauf hingewiesen, dass ein Kaufvertrag über Drogen wegen § 134 BGB keinen wirklichen Leistungsanspruch geben kann, hat jedoch die Vorstellung der Täter, aus diesem Rechtsgrunde einen Anspruch zu besitzen, ohne weitere Ausführungen als Tatbestandsirrtum i.S.v. § 16 I StGB bewertet und deswegen den Vorsatz bzgl. der Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung verneint. Da die Täter sich jedoch im vorliegenden Fall nicht über Tatsachen geirrt hatten, sondern über eine rechtliche Bewertung, indem sie nämlich geglaubt hatten, ein Drogenkaufvertrag gebe einen durchsetzbaren Anspruch, wäre auch die Annahme eines (grdsl. unbeachtlichen) Subsumtionsirrtums denkbar gewesen (vgl. die Darstellung bei Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 25 Rn. 43 ff.; im Ergebnis wohl auch BGH NStZ 2002, 481 = RA 2002, 559). Jedoch entspricht es der hM, bei irriger Annahme eines Anspruches durch den Täter den Vorsatz über § 16 I StGB auszuschließen, ungeachtet dessen, ob der Täter sich über die Sachlage oder über die Regelungen des Zivilrechts irrt (BGH NStZ 1988, 216; Krey, BT2, Rn. 319; Tröndle/Fischer, § 253 Rn. 14 a mwN).

#### Vertiefungshinweise:

- Zur Bereicherung bei der räuberischen Erpressung: *BGH*, RA 2002, 559 = NStZ 2002, 481; *Sonnen*, JA 1983, 44
- Zum Umfang der Zurechnung bei der Mittäterschaft: *BGHSt* 35, 231, 234; *Toepel*, JA 1997, 248; *Küpper*, ZStW 1993, 295; *Lesch*, ZStW 1993, 271

- Zum Begriff des gefährlichen Werkzeugs bei § 224 I Nr. 5 StGB: *BGH*, NstZ 2002, 594; *Küper*, JZ 1999, 187; *Hilgendorf*, ZStW 2000, 811; *Maatsch*, GA 2001, 75.

#### Kursprogramm:

- Examenskurs: "Heimatfilme"
- Examenskurs: "Die Geldeintreiber"

#### Leitsätze (der Redaktion):

- 1. Der Täter handelt nicht in der Absicht, sich rechtswidrig zu bereichern, wenn er glaubt, einen Anspruch aus einem Drogengeschäft zu haben.**
- 2. Jeder Mittäter haftet zwar für das Handeln der anderen nur, soweit sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last. Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist.**
- 3. Je nach den Umständen - etwa bei Schlägen gegen besonders verletzbare oder empfindliche Organe und Körperteile - kann ein Gürtel ein "gefährliches" Werkzeug sein.**

#### Sachverhalt:

Nach den Feststellungen wurden beide Angeklagte, die sich vor der Tatbegehung nicht kannten, bei einem Drogengeschäft am 14.08.2001 von dem Geschädigten Kl in der Weise "gelinkt", dass dieser dem Angekl. J den restlichen Kaufpreis und dem Angekl. K restliches Kokain schuldig blieb. Zu Fall II.3. stellt das Landgericht fest: Die Angeklagten suchten den Kl gemeinsam auf, um - notfalls gewaltsam - ihre Restforderungen durchzusetzen. Mehr als das, was ihnen nach ihrer Beurteilung zustand, strebten sie dabei nicht an. Der Angekl. K drohte dem Kl Schläge an, während der Angekl. J, um die Forderungen zu unterstreichen, ihm mit der Faust in das Gesicht schlug. Sodann zerschlug der Angekl. J eine Schnapsflasche und drückte, den Flaschenhals in der Hand haltend, die restliche Flasche mit dem scharfen Glasteil mit aller Kraft gegen die untere linke Gesichtshälfte des Kl, so dass das Glas die Wange durchdrang und im Bereich des Jochbeins wieder austrat. Kl blutete stark und versuchte zu fliehen. Die Angeklagten holten ihn wieder ein und schlugen beide auf ihn ein. Der An-

gekl. K zog dazu einen Ledergürtel aus seiner Hose und schlug auch damit mehrmals zu. Als Kl weiter zu flüchten versuchte, verfolgten sie ihn erneut. Nachdem eine Frau aus dem Fenster gerufen hatte, sie werde die Polizei alarmieren, gaben die beiden Angeklagten ihre Tat auf und flohen.

#### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat den Angekl. J wegen unerlaubter Veräußerung von Betäubungsmitteln und wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten und den Angekl. K wegen unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln sowie wegen versuchter Nötigung unter Einbeziehung einer Verurteilung aus einem anderen Verfahren zu einer Jugendstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat, verurteilt.

Mit ihren auf die Sachrüge gestützten Revisionen beanstandete die Staatsanwaltschaft, dass beide Angeklagte im Fall II. 3. der Urteilsgründe statt wegen versuchter Nötigung wegen versuchter schwerer räuberischer Erpressung hätten verurteilt werden müssen und dass der Angekl. K im Fall II.3. der Urteilsgründe nicht auch wegen gefährlicher Körperverletzung verurteilt worden ist. Die Rechtsmittel führten hinsichtlich des Angekl. K zur teilweisen Aufhebung des Schuldspruchs und zur Aufhebung des Strafauspruchs; im Übrigen waren sie unbegründet.

#### *A. Keine Erpressung wegen Irrtums der Angeklagten über die Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung*

Das Landgericht hat in dem Verhalten beider Angeklagter zu Recht mangels Absicht der unrechtmäßigen Bereicherung keine versuchte schwere räuberische Erpressung gesehen. Zwar stand den Angeklagten wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) ein Anspruch weder auf den restlichen Kaufpreis noch auf das restliche Kokain zu. Ob sie berechtigt waren, von Kl gemäß § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB Schadensersatz wegen Betrugs zu verlangen, wie der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit Beschluss vom 12.03.2002 - 3 StR 4/02 (NStZ-RR 2002, 214) entschieden hat, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden. Den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zufolge, an die der Senat gebunden ist, sind sie jedenfalls für die von ihnen erstrebte Bereicherung vom Bestehen solcher Ansprüche ausgegangen, so dass sie - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist - zumindest in einem Tatbestandsirrtum (§ 16 I 2 StGB) handelten.

Damit fehlte ihnen die Absicht einer unrechtmäßigen Bereicherung (vgl. BGH, Beschl. vom 11.07.2000 - 4 StR 232/00; BGH NStZ-RR 1999, 6).

#### *B. Mittäterschaftliche gefährliche Körperverletzung des Angekl. K*

Die Annahme des Landgerichts, der Angekl. K habe sich nur der versuchten Nötigung, nicht aber Tateinheitlich auch als Mittäter der von dem Angekl. J begangenen gefährlichen Körperverletzung strafbar gemacht, hält hingegen rechtlicher Überprüfung nicht stand.

#### *I. Keine Verurteilung gem. § 244 I Nr. 4 StGB wegen fehlenden Hinweises gem. § 265 StPO*

Die von dem Landgericht zugrundegelegten Feststellungen ergeben, dass der Angekl. diesen Straftatbestand bereits in der Form der gemeinschaftlichen Begehung (§ 224 I Nr. 4 StGB) erfüllt hat (vgl. UA S. 13: "Beide Angeklagten schlugen dort ..."). Der Senat sieht sich allerdings an einer eigenen entsprechenden Ergänzung des Schuldspruchs gehindert, weil dieser erweiterte Schuldvorwurf von der Anklage nicht erfasst war und der Angekl. auch in der Hauptverhandlung vor dem Landgericht keinen entsprechenden Hinweis nach § 265 StPO erhalten hat, so dass er nicht rechtzeitig Gelegenheit hatte, sich in dieser weitgehenden Richtung zu verteidigen.

#### *II. Voraussetzungen der Zurechnung gem. § 25 II StGB*

Nach den getroffenen Feststellungen ist zudem nicht erkennbar, warum dem Angekl. K der Einsatz der zersplitterten Glasflasche als gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 I Nr. 2 und 5 StGB nicht zuzurechnen ist. Jeder Mittäter haftet zwar für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht; ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last (vgl. BGHSt 36, 231, 234; Tröndle/Fischer, 50. Aufl., § 25 Rn 8 a). Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat; ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist (BGH NJW 1973, 377; BGH GA 1985, 270). Der gemeinsame, die Anwendung erforderlicher Gewalt einschließende Plan und dessen konsequente und koordinierte Durchführung, bei der sich der Angekl. K aktiv - und zwar insbesondere noch nach dem Einsatz der zerbrochenen

Flasche - an den Verletzungshandlungen beteiligte, legen nahe, dass der Angeklagte sich mit der konkreten Vorgehensweise des Mitangeklagten J einverstanden erklärt hat oder sie ihm zumindest gleichgültig war.

### III. Gürtel als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB

Das Landgericht geht schließlich angesichts der Tatsache, dass der Angekl. K selbst mit einem Ledergürtel auf den Zeugen Kl eingeschlagen hat, nicht auf die für den Tatbestand des § 224 I Nr. 2 StGB unentbehrliche Frage ein, ob hier "ein Werkzeug nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung zu einem gefährlichen gemacht" worden

ist. Je nach den Umständen - etwa bei Schlägen gegen besonders verletzliche oder empfindliche Organe und Körperteile - kann ein solcher Gürtel ein "gefährliches" Werkzeug sein. Zur Klärung dieser Frage bedurfte es hier daher näherer Feststellungen zu den objektiven und subjektiven Umständen des Tatgeschehens. Diese hat das Landgericht nicht getroffen.

### C. Aufhebung des Urteils des Landgerichts

Zu II. 3. der Urteilsgründe sind daher erneute tatrichterliche Feststellungen und Würdigungen geboten. Das bedingt auch die Aufhebung des Strafauspruchs.

## Standort: § 20 StGB

## Problem: Schuldunfähigkeit und Alkoholkonsum

BGH, URTEIL VOM 06.06.2002

1 STR 14/02 (NSTZ 2002, 532)

### Problemdarstellung:

Der Angekl. war im vorliegenden Fall wegen verschiedener Straftaten verurteilt worden, obwohl nach Auffassung des Gerichtes feststand, dass er im Tatzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration (BAK) zwischen 2,5‰ und 3,54‰ aufwies. Mit der Revision rügte der Angeklagte, das Gericht habe zu seinen Gunsten von einer zumindest verminderten Schuldunfähigkeit (§ 21 StGB), wenn nicht sogar von seiner Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) ausgehen müssen. Der BGH hat jedoch das Urteil des LG bestätigt. Hierbei hat er u.a. ausgeführt, dass eine durch Rückrechnung ermittelte BAK für den Tatzeitpunkt insb. dann an Relevanz verliere, wenn der Zeitraum, über den zurückgerechnet werden müsse, sehr groß sei.

### Prüfungsrelevanz:

Auch wenn Fragen der verminderten Schuldunfähigkeit (§ 21 StGB) infolge Alkoholkonsums ein Problem der Strafzumessung darstellen und deswegen eher im 2. Staatsexamen relevant werden, so ist insofern zu berücksichtigen, dass bei sehr hoher Intoxikation die Schuldunfähigkeit des Täters ganz entfallen kann (§ 20 StGB), was dann eine Strafbarkeit gänzlich ausschließt und deswegen auch in dem im 1. Staatsexamen zu erstellenden Gutachten zu berücksichtigen ist. Hinzu kommt, dass der Fall einer Schuldunfähigkeit infolge Alkoholkonsums häufig kombiniert wird mit dem hochgradig prüfungsrelevanten Problem der actio

libera in causa (vgl. hierzu BGHSt 42, 235; Otto, Jura 1999, 212; Fahl, JA 1999, 842).

Ein Problem, das auch gelegentlich Gegenstand von Prüfungsarbeiten ist, ist die Rückrechnung einer BAK. Die tatsächliche BAK des Täters kann i.d.R. erst durch eine Blutentnahme nach der Tatbegehung bestimmt werden. Da maßgeblich jedoch die Schuldunfähigkeit des Täters im Tatzeitpunkt ist, muss aus dem Entnahmewert auf die BAK in diesem Zeitpunkt zurückgerechnet werden. Da insoweit ein genereller Abbauwert nicht feststellbar ist, kann der zugrunde liegende Abbauwert zwischen 0,1‰/h und 0,2‰/h (zzgl. Sicherheitszuschlag von 0,2‰) betragen, was bei einer zurückgerechneten BAK dazu führt, dass kein bestimmter Wert, sondern nur ein Minimum und ein Maximum berechnet werden können (vgl. Darstellung bei Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 20 Rn. 16 f mwN). Je länger der Rückrechnungszeitraum, desto erheblicher wirken sich auch die entsprechenden Unsicherheiten aus, so dass die ermittelte BAK an Bedeutung für die Bestimmung der Schuld(un)fähigkeit verliert (vgl. BGH NStZ 2000, 136) Dies hat der BGH in der vorliegenden Entscheidung auch noch einmal betont.

Des weiteren führt der BGH hier seine bisherige Tendenz (vgl. BGH NStZ 1997, 591; NStZ-RR 1999, 359) fort, bei der Bestimmung der Schuldunfähigkeit nach Alkoholkonsum - gerade bei alkoholgewöhnten Tätern - der BAK als Indiz für die Schuldunfähigkeit eine immer geringere Bedeutung beizumessen und stattdessen verstärkt auf eine umfassende Würdigung sämtlicher Tatumstände abzustellen.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Schuldunfähigkeit und verminderten Schuldfähigkeit nach Alkoholkonsum: *BGH*, NSTZ 2000, 24, 136, 193; *Fahl*, DAR 1996, 393; *Goydke*, DAR 1990, 241; *Kröber*, NSTZ 1996, 569; *Maatz*, StV 1998, 279; *Tolksdorf*, DAR 1995, 181.

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die Schwiegermutter"

**Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Der errechnete maximale Blutalkoholwert verliert bei einem langen Rückrechnungszeitraum für die Beurteilung der Schuldfähigkeit an Beweiswert.**

**2. Es gibt es keinen gesicherten Erfahrungssatz darüber, dass allein wegen einer bestimmten BAK zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen ist.**

**Sachverhalt:**

Nach den Feststellungen des LG missbrauchte der Angekl. seine 1985 geborene Stieftochter 1995 oder 1996 sowie am 25.03.2001 sexuell. Ferner schlug und trat er sie im Dezember 2000, im Februar und am 25.03.2001. Bei allen Taten war der Angekl. durch den vorangegangenen Genuss alkoholischer Getränke leicht enthemmt. Jedoch war seine Einsichts- und Steuerungsfähigkeit bei keiner der Taten erheblich vermindert.

**Aus den Gründen:**

Das LG hat den Angekl. wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in 2 Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit sexuellem Missbrauch von Kindern, und wegen Körperverletzung in 3 Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Mit seiner Revision griff der Angekl. insbesondere die Feststellung nicht erheblich vermindelter Schuldfähigkeit an. Das Rechtsmittel blieb ohne Erfolg.

**A. Bestätigung des Urteils des Landgerichts**

Rechtsfehlerfrei hat sie Strafkammer festgestellt, dass die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Angekl. in keinem der Fälle alkoholbedingt oder in Folge der Einnahme von Tabletten (Diazepam) erheblich vermindert war.

**B. Wiedergabe der festgestellten Tatsachen****I. Zur Alkoholgewöhnung des Angeklagten**

Der Angekl. nimmt regelmäßig große Alkoholmengen zu sich. Er ist "hochgradig alkoholgewöhnt". Nach Alkoholkonsum wird er zuweilen aggressiv. Eine süchtige Einengung auf den Konsum von Alkohol liegt jedoch nicht vor. Seine Lebens- und Freizeitgestaltung ist nicht beeinträchtigt. Mit Rücksicht auf seinen Beruf als Fernfahrer, den er seit 15 Jahren beanstandungsfrei ausübt, trinkt der Angekl. in der Regel nur an Wochenenden, soweit familiäre Unternehmungen nicht entgegenstehen. Erinnerungslücken infolge von Trunkenheit hatte der Angekl. noch nie. Alkoholbedingte Entzugerscheinungen konnten bei einer einmonatigen stationären Behandlung des Angekl. ab Ende Mai 1995 nach einem Suizidversuch nicht festgestellt werden.

**II. Zur Alkoholisierung des Angeklagten im Tatzeitpunkt**

Konkrete Anhaltspunkte zum Grad der Alkoholisierung des Angekl. bei den Taten gibt es nur hinsichtlich der Vorfälle am 25.03.2001. Eine am nächsten Tag um 2.10 Uhr entnommene Blutprobe ergab eine BAK von 1,91‰. Davon ausgehend ergibt sich eine maximale BAK von 3,54‰ bei der Körperverletzung - Tatzeit zwischen 19.00 und 19.23 Uhr - und von 3,41‰ bei der sexuellen Nötigung (Tatzeit zwischen 19.40 und 20.00 Uhr). Ein um 20.45 Uhr vorgenommener Atemtest ergab eine Alkoholkonzentration von 2,48‰. Ausfallerscheinungen waren bei dem Angekl. weder zum Zeitpunkt seiner Festnahme um 20.00 Uhr noch bei der ärztlichen Prüfung seiner Leistungsfähigkeit im Zusammenhang mit der Blutentnahme um 2.10 Uhr erkennbar.

**III. Zur Abhängigkeit des Angeklagten von Medikamenten**

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen nahm der Angekl. auf Grund ärztlicher Verordnung ab Mai 1994 ungefähr 1 Jahr lang täglich lediglich eine Tablette Diazepam ein und nicht 5 bis 7, wie sich der Angekl. in der Hauptverhandlung entgegen seinen Angaben gegenüber dem ihn 1995 behandelnden Arzt einließ. Die Beendigung dieses Tablettenkonsums hatte zu Beginn seiner stationären Behandlung nach einem Suizidversuch ab Ende Mai 1995 nur eine leichte Entzugssymptomatik zur Folge.

**C. Würdigung der Tatsachen bzgl. der Feststellung der Schuldfähigkeit**

Auf dieser Grundlage ist die selbst sachkundige und zudem sachverständig beratene Strafkammer auf Grund sorgfältiger Erwägungen unter Darstellung der

maßgeblichen Anknüpfungstatsachen zu der Überzeugung gekommen, dass weder der Alkoholmissbrauch des Angekl. noch (hinsichtlich der ersten Tat) die regelmäßige Einnahme von Diazepam - auch nicht im Zusammenhang mit Alkohol - eine schwere Persönlichkeitsveränderung i.S. einer suchtbedingten und suchttypischen Depravation des Angekl. zur Folge hatte und er zu den Tatzeiten auch nicht infolge einer akuten Alkohol- und/oder Medikamentenintoxikation an einer krankhaften seelischen Störung litt.

#### *I. Unsicherheit wegen langen Rückrechnungszeitraums bei Bestimmung der BAK*

Dies ist auch hinsichtlich der Taten am 25.03.2001 von Rechts wegen nicht zu beanstanden. Die BAK des Angekl. lag zum Zeitpunkt der ersten der beiden Taten am 25.03.2001 im Bereich von 2,5‰ bis 3,54‰. Die Strafkammer hat nicht verkannt, dass eine BAK in der hier nach Rückrechnung nicht ausschließbaren Höhe "zwar an sich geeignet ist, eine forensisch relevante Intoxikation zu indizieren". Allerdings verliert - worauf die Strafkammer zu Recht hinweist - der errechnete maximale Blutalkoholwert infolge des langen Rückrechnungszeitraums an indizieller Bedeutung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit (vgl. BGH NStZ 1998, 457, 458), zumal hier die - ebenfalls indizielle - tatnahe Atemluftmessung eher auf eine BAK zur Tatzeit an der unteren Grenze der Bandbreite der möglichen Werte schließen lässt.

#### *II. Kein zwingender Zusammenhang zwischen BAK und Schuldunfähigkeit*

Vor allem aber gibt es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz darüber, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten BAK zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit auszugehen ist. Denn eine durch den Blutalkoholgehalt angezeigte, wirksam in den Blutkreislauf aufgenommene Alkoholmenge wirkt nach medizinischer Erfahrung auf jeden Menschen unterschiedlich (BGHSt 43, 66, 71 f.; vgl. auch BGH NStZ 1998, 458). Das LG stellte rechtsfehlerfrei fest, dass das körperliche und geistige Leistungsvermögen des in hohem Maße alkoholgewohnten Angekl. kurz nach der Tat und auch zum Zeitpunkt der Entnahme der Blutprobe - bei dann einer BAK von 1,91‰ - nicht wesentlich beeinträchtigt war. Dabei hat die Strafkammer - bei Darlegung der Befundtatsachen - nicht nur auf das kontrollierte und äußerlich geordnete Verhalten des Angekl. abgestellt, sondern insbesondere auch auf dessen klares Bewusstsein, seine sofortigen adäquaten Reaktionen auf Fragen und Handlungen anderer, den geordneten Denkablauf, seine ruhige Stimmung und sein normales Befinden. Wenn die Strafkammer vor diesem Hintergrund eine erhebliche Verminderung der Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit auch bei Begehung der Taten am 25.03.2001 ausgeschlossen hat, ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden [...]

## Urteile in Fallstruktur

**Standort: Öffentlich-rechtlicher Vertrag**

**Problem: Rechtsweg; Wirksamkeit**

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 27.11.2001  
5 LB 1309/01 (NORDÖR 2002, 307)

**Problemdarstellung:**

Der Kläger hatte aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Land Niedersachsen Leistungen erbracht, die er nun zurückforderte, weil er die entsprechende Vertragsklausel für nichtig hielt. Problematisch war dabei zunächst die Rechtsnatur des Vertrages, welche sich auf den Rechtsweg und die Anspruchsgrundlage (§ 812 BGB oder öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch?) auswirkte. Inhaltlich ging es insbesondere um die Nichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge nach § 59 VwVfG. Ferner waren Ausschlussstatbestände nach §§ 814 und 242 BGB zu prüfen.

**Prüfungsrelevanz:**

Der öffentlich-rechtliche Vertrag kann im Examen nicht nur - wie hier - als möglicher Rechtsgrund im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs eine Rolle spielen. Es kann z.B. auch sein, dass unmittelbar Ansprüche aus einem solchen Vertrag eingeklagt werden, oder die Frage auftauchen, ob die Behörde sich durch einseitige Zusage wirksam zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages verpflichten kann (siehe hierzu VGH Mannheim, NVwZ 2000, 1304).

Zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch sei angemerkt, dass auf seine Herleitung in Klausuren grds. nicht mehr eingegangen werden muss. Vielmehr genügt ein Hinweis auf zwischenzeitlich eingetretenes Gewohnheitsrecht. Allerdings ist bei seiner Anwendung Vorsicht geboten, dass nicht eine der vielen geschriebenen Ausprägungen übersehen wird. Insbesondere Erstattungsansprüche des Staates gegen den Bürger sind vielfach normiert (vgl. nur § 49a VwVfG, 12 II BBG, 53 II BRRG u.v.m.).

Umstritten sind außerhalb ausdrücklicher Regelungen zudem nach wie vor die Anwendung zivilrechtlicher Ausschlussvorschriften im öffentlichen Recht, wozu neben dem hier angesprochenen § 814 BGB insbe-

sondere der Entreichereinwand nach § 818 III BGB gehört (siehe hierzu die Vertiefungshinweise).

**Vertiefungshinweise:**

- Zur Rechtsnatur von Mischverträgen: *BVerwG*, DVBl 1980, 687; *BGHZ* 56, 368; *OVG Schleswig*, NordÖR 2002, 309
- Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag: *BVerwG*, RA 2000, 705 = NVwZ 2000, 1319; *OLG Naumburg*, RA 2001, 197 = NVwZ 2001, 354; *Lange*, NVwZ 1983, 313
- Zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch: *Weber*, JuS 1986, 29; *Mörtel*, BayVBl 1970, 396
- Zum öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger: *Gusy*, DVBl 1983, 1222
- Zur Anwendbarkeit von § 818 III BGB im öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch: *BVerwGE* 20, 295, 299; *BayVGH*, NJW 1974, 2021, 2022 (bejahend); *BVerwGE* 30, 12, 16; 71, 85, 87 (verneinend)

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Baugeschäfte mit der Stadt"

**Leitsätze:**

- 1. Die im Rahmen eines Angestelltenvertrages vereinbarte Nebenabrede: „Für die Zusicherung (Vollzeitbeschäftigung als Beamtin/Beamter und entsprechender Altersversorgung und Anrechnung der Beschäftigung im Angestelltenverhältnis) verpflichtet sich die/der Angestellte zu einer Gegenleistung in Höhe von 200,- DM monatlich“ stellt eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung (§ 54 VwVfG) dar und ist nichtig, weil ein entsprechender Verwaltungsakt nichtig wäre (§ 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG) und weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 59 Abs. 1 VwVfG, 8 Abs. 1 NBG, Art. 33 Abs. 2 GG).**
- 2. Hinsichtlich der auf Grund einer solchen Vereinbarung erbrachten Leistungen besteht deshalb ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger schloss mit dem Land Niedersachsen einen Arbeitsvertrag, nach dem der Kläger als Angestellter auf unbestimmte Zeit mit drei Vierteln der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten beim Niedersächsischen Landesverwaltungsamt eingestellt wurde. In § 4 des Vertrages wurde folgende Nebenabrede getroffen:

“Der Arbeitgeber sichert zu, dass er den Angestellten spätestens nach Ablauf von vier Jahren bei Vorliegen der beamtenrechtlichen Einstellungs Voraussetzungen in das Beamtenverhältnis berufen wird. Der Arbeitgeber gewährleistet dem Angestellten mit dem Tage der Begründung des Arbeitsverhältnisses eine Anwartschaft auf Versorgung bei verminderter Erwerbsfähigkeit und im Alter sowie auf Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften. Auf Grund der Gewährleistung dieser Versorgungsanwartschaft besteht Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Rentenversicherung, so dass insoweit Arbeitnehmeranteile von dem Angestellten nicht zu entrichten sind. Für die Zusicherung (Vollzeitbeschäftigung als Beamter und entsprechender Altersversorgung und Anrechnung der Beschäftigung im Angestelltenverhältnis) verpflichtet sich der Angestellte zu einer Gegenleistung in Höhe von 200,- DM monatlich. Dieser Betrag wird mit den laufenden Vergütungsansprüchen verrechnet.”

Nach seiner Ernennung zum Regierungsinspektor z.A. forderte der Kläger, der von Anfang an Zweifel an der Wirksamkeit der Einbehaltungsklausel hegte, diese jedoch unterschrieben und zunächst hingenommen hatte, um die angestrebte Verbeamtung nicht zu gefährden, die bis dahin auf Grund der Nebenabrede einbehaltenen 2.400,-DM zurück. Das Land Niedersachsen lehnte die Rückforderung mit der Begründung ab, dass die Klausel zulässig sei und der Kläger zudem wider Treu und Glauben handele, wenn er erst stillschweigend die Einbehaltung dulde und dann, nachdem er in das Beamtenverhältnis übernommen worden und damit in den Genuss sämtlicher Vorteile aus der vertraglichen Zusicherung gekommen sei, Rückforderungsansprüche stelle.

Wie wird das VG über die vom Kl. erhobene Klage auf Zahlung von 2.400 DM entscheiden?

**Lösung:**

Das VG wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist.

**A. Zulässigkeit****I. Verwaltungsrechtsweg**

Zunächst müsste ein Rechtsweg eröffnet sein.

**1. Aufdrängende Spezialzuweisung**

Hier kommt eine Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs über § 126 I BRRG in Betracht. Dieser gilt jedoch nur für beamtenrechtliche Streitigkeiten, wozu auch Rückforderungsansprüche zählen können. Der Kl. wurde jedoch zunächst nur in das Angestelltenverhältnis berufen, war also während der von ihm erbrachten Zahlungen gerade nicht verbeamtet. Mit ihm resultieren seine Rückforderungsansprüche auch nicht aus einem gegenwärtigen oder früheren Beamtenverhältnis i.S.d. § 126 I BRRG.

**2. Generalklausel**

Der Verwaltungsrechtsweg könnte aber über § 40 I 1 VwGO eröffnet sein. Dann müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen.

**a. Modifizierte Subjektstheorie**

Mit der modifizierten Subjektstheorie ist eine Streitigkeit dann öffentlich-rechtlich, wenn die ihr zugrunde liegenden Normen öffentlich-rechtlich sind. Dies ist wiederum der Fall, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Vorliegend kommen Ansprüche sowohl aus § 812 BGB als auch aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch in Betracht. Während ersterer bei rechtsgrundlosen privatrechtlichen Leistungen einschlägig ist, regelt letzterer die Rückabwicklung öffentlich-rechtlicher Vermögensverschiebungen.

**b. Kehrseitentheorie**

Die Frage nach der streitentscheidenden Norm richtet sich folglich nach dem der Rückforderung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis (sogen. “Kehrseitentheorie”), also danach, ob die Zahlungsverpflichtung des Kl. ihrerseits öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich war. Da diese aus § 4 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages resultierte, kommt es auf die Frage an, ob dieser Vertrag ein Öffentlich-rechtlicher i.S.d. §§ 54 ff. VwVfG oder ein Privatrechtlicher i.S.d. §§ 305, 611 BGB ist.

Die Rechtsnatur eines Vertrages richtet sich primär nach seinem Gegenstand. Hier waren jedoch sowohl privatrechtliche (Arbeitsvertrag i.S.d. § 611 BGB) als

auch öffentlich-rechtliche Elemente (avisierte Übernahme in das Beamtenverhältnis; vorweggenommener Erwerb von beamtenrechtlichen Versorgungsanswartschaften) Vertragsgegenstand. Es handelt sich mithin um einen sogen. "Mischvertrag". Die Rechtsnatur solcher Verträge ist streitig.

#### *aa. Streitstand zu Mischverträgen*

Eine Ansicht will nach der jeweils streitigen Pflicht trennen und differenzieren. Hierfür spräche die größere Sachnähe der jeweiligen Gerichte. Die Gegenansicht ordnet Mischverträge insgesamt dem öffentlichen Recht zu, da sie in ihrer Gesamtheit nur von einem Hoheitsträger erfüllt werden könnten.

#### *bb. Stellungnahme*

Differenzierte man nach der jeweiligen Pflicht, stünde hier die Rückzahlung von Abzügen vom Arbeitseinkommen in Rede. Die Vergütung der Dienste ist synallagmatischer Bestandteil des Dienstvertrages i.S.d. § 611 BGB. Andererseits wurden die Abzüge als Gegenleistung für Anwartschaften auf die Versorgung des Kl. nach beamtenrechtlichen - d.h. öffentlich-rechtlichen - Maßstäben einbehalten. Eine eindeutige Zuordnung zu einem Rechtsgebiet ist daher nicht möglich. Hierin liegt - wie der Fall zeigt - bereits eine wesentliche Schwäche der differenzierenden Ansicht. Zudem können vertragliche Pflichten über Einreden nach §§ 273, 320 BGB miteinander verknüpft werden, so dass auch das Argument der größeren Sachnähe des einen oder anderen Gerichts nicht überzeugt. Mithin kann eine genauere Einordnung der konkreten Pflicht dahinstehen. Mischverträge sind insgesamt dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

*[Anm.: Für das OVG, dessen Berufungsentscheidung dem Fall zugrunde liegt, stellte sich die Rechtswegfrage gem. §§ 173 VwGO i.V.m. 17a VGVG in der Berufungsinstanz nicht mehr. Gefragt war im Fall jedoch nach der Entscheidung des VG. Dieses hatte i.Ü. im Ausgangsverfahren den Verwaltungsrechtsweg fälschlich verneint und den Rechtsstreit an das ArbG Hannover verwiesen; die hiergegen gerichtete Beschwerde des Kl. hatte vor dem OVG Erfolg (OVG Lüneburg, Beschluss vom 11.12.98, 5 O 4951/98).]*

Die Rückforderung auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gezahlter Beträge richtet sich mithin auch nach öffentlichem Recht. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art und keinem

anderen Gericht zugewiesen, so dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

#### *II. Statthafte Klageart*

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Der Kl. begehrt die Rückzahlung einbehaltener Beträge. Diese ist nicht von einer vorherigen Bewilligung in Form eines Verwaltungsakts abhängig, da kein weiterer Rechtsgrund für den (Rück-)erwerb des Kl. geschaffen werden muss. Sein Begehren ist also auf die Auszahlung des Geldes als Realakt gerichtet. Dieser kann mit der allgemeinen Leistungsklage durchgesetzt werden, die in der VwGO zwar nicht explizit geregelt, aber an vielen Stellen (z.B. §§ 43 II, 111 VwGO) erwähnt und deshalb allgemein als statthaft anerkannt ist.

#### *III. Klagebefugnis*

Analog § 42 II VwGO bzw. aus der Notwendigkeit einer allgemeinen Prozessführungsbefugnis zur Vermeidung von Popularklagen heraus müsste der Kl. ferner eine Verletzung eigener subjektiv-öffentlicher Rechte geltend machen können.

Es erscheint nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass er einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch i.H.v. 2.400 DM gegen das beklagte Land hat. Das OVG leitet einen solchen Anspruch wie folgt her:

*"Dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch liegt der Rechtsgedanke der §§ 812 ff. BGB zugrunde, nach dem Leistungen ohne Rechtsgrund und sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden müssen. Im öffentlichen Recht hat sich dieser Rechtsgedanke auf den verschiedenen Rechtsgebieten in einer Vielzahl von Vorschriften niedergeschlagen, in denen für das jeweilige Rechtsgebiet die Rückgewähr des rechtsgrundlos Erlangten geregelt ist. Aber auch dort, wo es - wie im vorliegenden Fall - an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehlt, müssen rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden. Hierzu dient der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch, der seit langem anerkannt ist (vgl. BVerwGE 71, 85, 87 m.w.N.)."*

Der Kl. könnte durch die Zahlungsverweigerung des Landes in diesem gewohnheitsrechtlich anerkannten Anspruch verletzt sein.

#### *IV. Klagegegner*

Richtiger Klagegegner ist bei der allg. Leistungsklage nach dem Rechtsträgerprinzip die durch ihre Behör-

den handelnde Körperschaft selbst, hier also das Land Niedersachsen. Dieses ist auch verklagt worden. Die Klage ist danach zulässig.

### *B. Begründetheit*

Die Klage ist begründet, soweit der Kl. einen Anspruch auf die begehrte Leistung, hier also Rückzahlung von 2.400 DM hat. Ein solcher könnte sich aus Wohnheitsrecht, namentlich dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ergeben.

#### *I. Tatbestand*

Fraglich ist, ob dessen Voraussetzungen vorliegen.

##### *1. Öffentlich-rechtliche Vermögensverschiebung*

Zunächst müsste es zu einer öffentlich-rechtlichen Vermögensverschiebung vom Kl. zum bekl. Land gekommen sein. Dem Kl. standen die monatlich einbehaltenen 200 DM als Einkommen zu. Indem das bekl. Land diese einbehält, ist es in selbiger Höhe bereichert, der Kl. gleichzeitig entreichert. Dass diesem Verhalten eine öffentlich-rechtliche Vertragsbeziehung zugrunde lag, wurde bereits oben im Verwaltungsrechtsweg dargelegt.

##### *2. Ohne Rechtsgrund*

Fraglich ist jedoch, ob die Einbehaltung rechtsgrundlos geschah. Als Rechtsgrund kommt hier § 4 des Vertrages in Betracht. Dann müsste diese Vereinbarung wirksam zustande gekommen sein.

##### *a. Einigung*

An einer entsprechenden Einigung der Parteien gem. §§ 62 S. 2 VwVfG, 145 ff. BGB besteht kein Zweifel.

##### *b. Wirksamkeit*

Die Vereinbarung könnte jedoch nach § 59 VwVfG unwirksam sein.

##### *aa. Nichtigkeit nach § 59 II Nr. 1 VwVfG*

Die Vereinbarung wäre nach § 59 II Nr. 1 VwVfG dann nichtig, wenn es sich um einen sogen. Subordinationsvertrag i.S.d. § 54 S.2 VwVfG handeln würde und ein Verwaltungsakt entsprechenden Inhalts nichtig wäre.

##### *(1). Subordinationsvertrag*

Ein Subordinationsvertrag liegt insbes. dann vor, wenn der Vertrag geschlossen worden ist, statt einen Verwaltungsakt zu erlassen. Wie der Wortlaut des § 54

S. 2 VwVfG ("insbesondere") zeigt, kommt aber auch jede andere Rechtsbeziehung in Betracht, in der die Parteien außervertraglich in einem Über- Unterordnungsverhältnis stehen. Dies ist zwischen Staat und Bürger in aller Regel, weshalb Subordinationsverträge sich ganz allgemein als öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Staat und Bürger kennzeichnen lassen. Ein solcher liegt hier zwischen dem Kl. als Bürger und dem bekl. Land als Gebietskörperschaft vor.

##### *(2). Verwaltungsakt gleichen Inhalts nichtig.*

Fraglich ist, ob ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts nichtig wäre. Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten richtet sich nach § 44 VwVfG. Spezielle Nichtigkeitsgründe i.S.d. § 44 II VwVfG sind nicht ersichtlich, ebensowenig Ausschlussgründe nach § 44 III VwVfG. Mithin kommt es auf die Frage an, ob ein solcher Verwaltungsakt an einem offenkundigen und besonders schwer wiegenden Fehler leiden würde. Dies könnte sich aus einer unzulässigen Verknüpfung der Zusicherung einer späteren Übernahme in das Beamtenverhältnis mit der Zahlung von monatlich 200 DM ergeben.

##### *(a). Zahlung als Gegenleistung für die Zusicherung*

Während das bekl. Land eine solche Gegenseitigkeit in Abrede stellt, geht das OVG von einer entsprechenden Verknüpfung aus:

"Aus der Systematik des § 4 des Arbeitsvertrages [...] ergibt sich mit Eindeutigkeit, dass die vom Kläger zu erbringende Zahlung von 200,- DM nicht als Gegenleistung für die Gewährung der Versorgungsanwartschaft vereinbart worden ist, sondern als Gegenleistung für die Zusicherung der Einstellung in das Beamtenverhältnis spätestens nach Ablauf von vier Jahren. Diese Auslegung [...] ergibt sich einmal daraus, dass die Vertragsparteien [...] unterscheiden zwischen den Leistungen, welche der Arbeitgeber zusichert (Einstellung), und solchen, welche der Arbeitgeber gewährleistet (Versorgungsanwartschaft nach beamtenrechtlichen Vorschriften), und [...] die Gegenleistung nur für die "Zusicherung", nicht aber für die Gewährleistung vereinbart wird. Zum anderen erläutert der Klammerzusatz in dem dritten Absatz des § 4 des Arbeitsvertrages nochmals den Umfang der Zusicherung. Die Vollzeitbeschäftigung als Beamter, die entsprechende Altersversorgung und Anrechnung der Beschäftigung im Angestelltenverhältnis sind sämtlich Begriffe und Merkmale, die dem Beamtenverhältnis zuzurechnen sind. Das gilt insbesondere für

den Begriff der Zusicherung „entsprechender Altersversorgung“, der sich nur auf das zuvor erwähnte Beamtenverhältnis beziehen kann. Die Gewährleistung einer Versorgungsanwartschaft ist in dem dritten Absatz des § 4 des Arbeitsvertrages mit keinem Wort erwähnt worden, was jedoch erforderlich gewesen wäre, um diese vertragliche Leistung des Beklagten als Grund für die vom Kläger zu erbringende Gegenleistung in Höhe von 200,- DM monatlich anzusehen. Einer Auslegung des § 4 des Arbeitsvertrages[...] in dem Sinne, [...] dass [...] der Kläger die 200,- DM für die Gewährleistung der Versorgungsanwartschaft und die damit verbundene Freistellung von der gesetzlichen Rentenversicherung zu zahlen hat, steht der eindeutige Wortlaut dieser Vertragsbestimmung entgegen.“

[Anm.: Anderer Ansicht ist das LAG Niedersachsen, NdsVBl 2000, 102, das annimmt, es handele sich um eine monatliche Gehaltskürzung als Ausgleich für die Zusage beamtenähnlicher Versorgung.]

*(b). Evidente Unzulässigkeit*

Das OVG sieht in dieser Verknüpfung einen evidenten und - da gegen Verfassungsrecht verstoßend - besonders schweren Fehler:

“Mit Recht hat das VG auch angenommen, dass [...] § 4 des Arbeitsvertrages nichtig ist, soweit die Zahlung des Monatsbetrages von 200,- DM als Gegenleistung für die erfolgte Zusicherung der Einstellung des Klägers in das Beamtenverhältnis vereinbart worden ist. Indem von dem Kläger verlangt wird, sich für die Zusicherung der Einstellung in das Beamtenverhältnis zu einem finanziellen Beitrag zu verpflichten, wird seine Auslese um die Übernahme in ein Beamtenverhältnis von einem leistungs- und eignungsfremden Gesichtspunkt abhängig gemacht. Die Zahlung von Geld für die Zusicherung zur Übernahme in das Beamtenverhältnis steht in eindeutigem Widerspruch zum verfassungsmäßigen Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG und § 8 NBG, der eine abschließende Liste der zulässigen Auswahlkriterien enthält und die Heranziehung anderer Merkmale verbietet (vgl. BVerwGE 82, 196 (204); Maunz-Dürig, GG, Rdn. 21 zu § [sic!] 33 GG; v.Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 33 Rdn. 28). Der erkennende Senat teilt die Auffassung des VG, dass ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt deshalb unter einem schweren und offensichtlichen Fehler litte und deshalb nichtig wäre (§ 44 Abs. 1 VwVfG) und dies zur

Nichtigkeit der streitbefangenen Vertragsklausel gemäß § 59 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG führt.“

*bb. Nichtigkeit nach §§ 59 I VwVfG i.V.m. § 134 BGB*

Darüber hinaus hält das OVG die Vertragsklausel wegen eines Verstoßes gegen § 134 BGB für nichtig:

“Außerdem stellt die Missachtung des Art. 33 Abs. 2 GG und des § 8 NBG auch einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot dar, der nach § 1 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 59 Abs. 1 VwVfG zur Nichtigkeit der Vereinbarung führt.“

Mithin waren die vom Kl. insgesamt gezahlten 2.400 DM rechtsgrundlos.

*3. Kein Ausschluss*

*a. § 814 BGB*

Der Anspruch des Kl. könnte jedoch gem. § 814 BGB analog ausgeschlossen sein. Dazu das OVG:

“Die in Rechtsprechung und Schrifttum umstrittene Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 814 BGB auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch des Bürgers möglich ist, wenn es um die Rückabwicklung einer rechtsgrundlosen Leistung des Bürgers in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung zu einem Träger öffentlicher Verwaltung geht (vgl. VGH Mannheim, NVwZ 1991, 583; OVG Koblenz, NVwZ 1992, 796), bedarf hier nicht einer abschließenden Entscheidung. [...] Auch wenn man eine entsprechende Anwendung des § 814 BGB auf den vorliegenden Fall für möglich hält, steht diese Vorschrift dem vom Kläger mit seiner Klage geltend gemachten Anspruch nicht entgegen, weil die Voraussetzungen des § 814 BGB hier nicht erfüllt sind. Nach dieser Vorschrift kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Für die erforderliche positive Kenntnis der Nichtschuld reicht nicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt; der Leistende muss vielmehr auch wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (vgl. Palandt/Thomas, BGB, 60. Aufl. 2001, Rdn. 3 zu § 814). Der Kenntnis der Nichtschuld steht es nicht gleich, wenn der Leistende Zweifel am Bestehen der Verbindlichkeit hegt, und auch ein Rechtsirrtum über das Bestehen der Verbindlichkeit, selbst wenn er auf einer grob fahrlässigen Verkennung der Sach- oder Rechtslage beruht, genügt nicht.“

Da der Kl. hier laut Sachverhalt nur an der Wirksamkeit der Klausel zweifelte, ohne dass ihm die Unwirksamkeit positiv bekannt gewesen wäre, greift § 814 BGB analog also nicht ein.

*b. § 242 BGB*

Schließlich prüft das OVG auch noch einen Verstoß des Kl. gegen Treu und Glauben, indem er erst seine Verbeamtung abwartete, bevor er die von ihm erbrachten Leistungen zurückverlangte. Nach Auffassung des Senats genügt dieses Verhalten jedoch nicht für einen Ausschluss des Anspruchs:

“Auch in Würdigung sämtlicher Umstände dieses Falles kann nicht angenommen werden, dass die Geltendmachung der Rückforderung des Klägers gegen Treu und Glauben verstößt. Zwar hat der Kläger den Anspruch erst geltend gemacht, nachdem er die ihm eingeräumten Vorteile (Zusicherung der Einstellung in

das Beamtenverhältnis, Gewährleistung der Alters- und Hinterbliebenenversorgung nach beamtenrechtlichen Vorschriften) ausgenutzt hatte. Dass der Kläger die vertraglich vereinbarte Gegenleistung für die Einstellung in das Beamtenverhältnis zunächst auch geleistet, später aber zurückgefordert hat, verstößt aber deshalb nicht gegen Treu und Glauben, weil es sich hierbei nicht um eine von vornherein erkennbare und erkannte rechtswidrige Leistung handelt und nicht er, sondern der Beklagte die Nichtigkeit der Vereinbarung zu verantworten hat.”

*II. Rechtsfolge*

Das bekl. Land hat dem Kl. die einbehaltenen 2.400 DM zu erstatten. Die Klage ist mithin begründet. Das VG wird ihr stattgeben.

**Standort: ZPO**

**Problem: § 767 ZPO und Rechtsprechungsänderung**

BGH, URTEIL VOM 11.07.2002  
IX ZR 326/99 (NJW 2002, 2940)

**Problemdarstellung:**

In diesem Revisionsverfahren hatte sich der BGH mit der Frage auseinander zu setzen, inwieweit sich ein Bürge gegen seine bereits titulierte Bürgschaftsverpflichtung mit der Begründung zur Wehr setzen kann, dass nach neuerer Rechtsprechung - insbesondere des BVerfG - eine solche Bürgschaftsverpflichtung gem. § 138 I BGB sittenwidrig ist.

Dazu wurde zunächst die Möglichkeit diskutiert, die nunmehr höchstrichterlich anerkannte Sittenwidrigkeit von krass finanziell überfordernden Bürgschaften näher Angehöriger gem. § 138 I BGB mittels einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 I ZPO geltend zu machen. Auslöser dieser neueren Rechtsprechung war ein Beschluss des BVerfG vom 19.10.1993, wonach Vorgaben zur Auslegung von § 138 BGB gemacht wurden, welche Gesichtspunkte bei der Gesetzesauslegung im Lichte der grundrechtlich gewährleisteten Privatautonomie zu berücksichtigen sind. Allerdings erwächst eine solche Vorgabe des BVerfG nicht gem. § 79 BVerfGG in Gesetzeskraft. § 79 BVerfGG bezieht sich in jedem Falle nur auf Entscheidungen des BVerfG, die Rechtsnormen für nichtig erklären, deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellen oder den Geltungsbereich ei-

ner Vorschrift einschränken, dass sie eine bestimmte Auslegung als verfassungswidrig ausschließen. Folglich kann diese Entscheidung nicht eine Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Titel stützen, der die Forderung aus einem Bürgschaftsvertrag betrifft, welcher nach nunmehr höchstrichterlicher Rechtsprechung gem. § 138 BGB sittenwidrig ist. Die Änderung der Rechtsprechung ist - auch wenn sie durch das BVerfG erfolgt - keine materiell-rechtliche Einwendung i.S.d. § 767 ZPO.

Eine Klage aus § 826 BGB kann im Allgemeinen auch nicht auf eine solche Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gestützt werden, da darin kein sittenwidriges Verhalten des Titelinhabers gesehen werden kann.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO ist eine Klage, durch die materiell-rechtliche Einwendungen gegen den im Urteil festgestellten Anspruch beim Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend gemacht werden können. Die Vollstreckungsabwehrklage kann gegen fast alle Vollstreckungstitel mit dem Ziel erhoben werden, die Zwangsvollstreckung aus diesen Titeln wegen der materiell-rechtlichen Einwendung für unzulässig zu erklären. Mit dieser Klage dürfen grundsätzlich nur solche Einwendungen geltend gemacht werden, die in dem vorangegangenen Er-

kenntnisverfahren, auf dem der Vollstreckungstitel beruht, nicht berücksichtigt werden konnten, insbesondere weil sie erst nach dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt entstanden sind. Gem. § 767 II ZPO ist der Schluss der mündlichen Verhandlung grundsätzlich dieser maßgebliche Zeitpunkt. Alle bereits vorher entstandenen materiell-rechtlichen Einwendungen hätten - zumindest theoretisch - schon im vorangegangenen Erkenntnisverfahren geprüft werden können. Zum Schutz der Rechtskraft von Titeln sind daher solche Einwendungen präkludiert gem. § 767 II ZPO.

Auch im ersten Staatsexamen kann ein Prüfling mit einer Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO konfrontiert werden, da es sich - neben der zwangsvollstreckungsrechtlichen Einkleidung des Falls - um die Prüfung von materiellem Recht handelt (z.B. Erfüllung, Anfechtung, Rücktritt, Aufrechnung, Verjährung, Erlass).

#### *Vertiefungshinweise:*

BVerfGE 89, 214; Honsell, NJW 1994, 565

#### *Kursprogramm:*

Examenskurs: "Drum prüfe, wer für Pappi bürgt"

Assessorkurs: "Die Maklerprovision"

#### *Leitsätze:*

**1. § 79 II 2 BVerfGG bezieht sich nicht auf Erkenntnisse des BVerfG, die eine gerichtliche Entscheidung wegen verfassungsrechtlicher Mängel aufheben, den inhaltlichen Bestand der einschlägigen Rechtsvorschriften jedoch unberührt lassen.**

**2. Der Beschluss des BVerfG vom 19. 10. 1993, mit dem ein die Haftung eines finanziell überforderten Bürgen betreffendes Urteil des BGH aufgehoben wurde, bezeichnet nicht eine bestimmte Normauslegung als mit dem Grundgesetz unvereinbar; daher kann auf diese Entscheidung nicht eine Vollstreckungsabwehrklage gegen einen Titel gestützt werden, der die Forderung aus einem Bürgschaftsvertrag betrifft, welcher nach nunmehr geltender höchstrichterlicher Rechtsprechung wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.**

**3. Die Vollstreckung aus einem vor der Entscheidung des BVerfG vom 19. 10. 1993 erwirkten Urteil über die Forderung aus einer Bürgschaft, die nach nunmehr geltender höchstrich-**

**terlicher Rechtsprechung wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist, kann im Allgemeinen nicht mit der Klage aus § 826 BGB abgewehrt werden.**

#### *Sachverhalt:*

Die bekl. Bank hatte dem Ehemann der Kl. in den Jahren 1986/87 für das von ihm betriebene Geschäft verschiedene Kredite im Gesamtvolumen von 180 000 DM gewährt. Im Zusammenhang mit einer Neuordnung der Darlehensverträge übersandte die Bekl. der Kl. Ende des Jahres 1987 ein Formular über eine Höchstbetragsbürgschaft von 200 000 DM zur Absicherung der Forderungen aus der Geschäftsverbindung mit deren Ehemann. Die Kl., die sich damals ausschließlich der Haushaltsführung und Kindererziehung widmete und kein nennenswertes Vermögen besaß, unterzeichnete die Bürgschaftsurkunde am 4. 1. 1988 und leitete sie der Bekl. zu. Dieser war als weitere Sicherheit eine Grundschuld in Höhe von 50 000 DM auf einem den Eltern der Kl. gehörenden Hausgrundstück eingeräumt worden. Im März 1988 verschaffte ihr der Kreditnehmer darüber hinaus das Pfandrecht an Wertpapieren sowie die Rechte aus zwei Lebensversicherungsverträgen. Anfang des Jahres 1991 kündigte die Bekl. die Geschäftsverbindung zum Hauptschuldner wegen Zahlungsverzugs und stellte eine Gesamtforderung von 201 497,66 DM fällig. Nach Verwertung der übrigen Sicherheiten nahm sie die Bekl. in Höhe einer Restforderung von 70882,06 DM zuzüglich Zinsen gerichtlich aus der Bürgschaft in Anspruch. Die Bekl. beauftragte einen Rechtsanwalt, der die Klageerwidmung einreichte und die Gewährung von Prozesskostenhilfe beantragte. Mit ausführlich begründetem Beschluss vom 13. 7. 1992 lehnte das LG den Antrag ab, weil die Rechtsverteidigung der heutigen Kl. keine hinreichende Aussicht auf Erfolg habe. Im Verhandlungstermin trat der Prozessbevollmächtigte deshalb nicht für die Kl. auf. Das am 14. 10. 1992 zu Gunsten der Bekl. ergangene und der Kl. am 21. 10. 1992 zugestellte Versäumnisurteil wurde rechtskräftig. Die Kl. lebte seit 1991 von ihrem Ehemann getrennt. Die Ehe wurde durch ein am 26. 10. 1992 rechtskräftig gewordenes Urteil geschieden. Die Kl. wendet sich mit der nunmehr eingereichten Klage beim Ausgangsgericht gegen die Vollstreckung aus dem Versäumnisurteil sowie dem im Erstprozess ergangenen Kostenfestsetzungsbeschluss. Sie ist der Ansicht, die im Jahre 1988 erteilte Bürgschaft sei gem. § 138 I BGB nichtig. Die ihr ungünstige Entscheidung des LG im Vorprozess beruhe auf einer Auslegung jener Vorschrift, die das BVerfG mit

Beschluss vom 19. 10. 1993 (BVerfGE 89, 214) für verfassungswidrig erklärt habe. Daher sei die weitere Vollstreckung aus den zu Gunsten der Bekl. ergangenen Titeln gern. § 79 II 2 BVerfGG unzulässig. Die Kl. meint weiter, sie könne außerdem im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen, dass das ursprüngliche Sicherungsinteresse der Bank, das sich nur auf den Schutz vor Vermögensverschiebungen bezogen habe, entfallen sei. Hilfsweise hat die Kl. Unterlassung der Vollstreckung sowie Herausgabe des Titels verlangt, weil dessen weitere Ausnutzung in Anbetracht der Rechtslage eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstelle.

Hat die Klage Erfolg?

### **Lösung:**

*A. Hauptantrag: Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 ZPO*

Eine Vollstreckungsgegenklage hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

#### *I. Zulässigkeit*

Zunächst müsste die von der Kl. erhobene Vollstreckungsabwehrklage zulässig sein.

##### *1. Statthaftigkeit*

Die Vollstreckungsabwehrklage müsste statthaft sein. Gem. § 767 I ZPO ist eine solche Klage statthaft, wenn materiell-rechtliche Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, geltend gemacht werden.

Durch Versäumnisurteil vom 14.10.1992 wurde die Kl. zur Bezahlung ihrer Bürgschaftsverpflichtung in Höhe von 70.882,06 DM verurteilt. Damit liegt ein durch Urteil festgestellter Anspruch (§§ 765 I, 488 I 2 BGB) gegenüber der Kl. vor. Gegen diese inzwischen rechtskräftig festgestellte Bürgschaftsverpflichtung erhebt die Kl. - gestützt auf die heutige höchstrichterliche Rechtsprechung - nunmehr den Einwand der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB, weil sie als nahstehende Angehörige des Schuldners durch die Bürgschaft krass finanziell überfordert sei. Folglich erhebt sie eine materielle rechtshindernde Einwendung gegen den titulierten Anspruch.

Die Vollstreckungsgegenklage ist demzufolge statthaft.

[Anm.: Ob die geltend gemachte materielle Einwendungen gem. § 767 II ZPO präkludiert ist oder

*nicht, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit.]*

#### *2. Zuständigkeit*

Die Klage müsste beim zuständigen Gericht erhoben worden sein. Gem. §§ 767 I, 802 ZPO ist das Prozessgericht des ersten Rechtszuges ausschließlich zuständig für Vollstreckungsabwehrklagen. Daher ist das Landgericht zuständig, das das in Rede stehende Versäumnisurteil vom 14.10.1992 erlassen hat. Da die Kl. beim Ausgangsgericht klagt, ist auch diese Zuständigkeitsvoraussetzung erfüllt.

#### *3. Rechtsschutzbedürfnis*

Es müsste auch das entsprechende Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Vollstreckungsabwehrklage vorliegen. Zu beachten ist, dass ein solches Rechtsschutzbedürfnis eintritt, sobald ein Vollstreckungstitel, z.B. in Form eines Urteils, auch nur vorliegt. Eine Vollstreckungsklausel muss noch nicht erteilt bzw. ein Antrag auf Zwangsvollstreckung noch nicht gestellt worden sein. Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt erst, wenn die Zwangsvollstreckung als Ganzes beendet ist, insb. wenn der Vollstreckungsgläubiger befriedigt worden ist und die vollstreckbare Ausfertigung an den Vollstreckungsschuldner ausgehändigt wurde (§ 757 ZPO). Im vorliegenden Fall ist dieser zeitliche Rahmen für ein Rechtsschutzbedürfnis gegeben.

#### *II. Begründetheit*

Die Vollstreckungsgegenklage ist begründet, wenn die geltend gemachte materielle Einwendung gegenüber dem titulierten Anspruch tatsächlich besteht und diese Einwendung nicht gem. § 767 II ZPO ausgeschlossen ist.

##### *1. Bestehen der geltend gemachten materiell-rechtlichen Einwendung*

Es ist zu prüfen, ob der von der Kl. geltend gemachte Einwand der Sittenwidrigkeit der von ihr übernommenen, titulierten Bürgschaftsverpflichtung wirklich sittenwidrig gem. § 138 I BGB ist. Dazu macht der BGH folgende Ausführungen:

“Die Revision macht allerdings zu Recht geltend, dass der Bürgschaftsvertrag vom 4.1.1988 auf der Grundlage der heutigen Rechtsprechung des IX. und des XI. Zivilsenats des BGH wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB) als nichtig anzusehen sei.

##### *a. Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen*

Die Kl. wurde durch die Übernahme einer Haftungs-

verpflichtung von 200 000 DM finanziell krass überfordert; denn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses war davon auszugehen, sie werde bei Eintritt des Bürgschaftsfalls nicht einmal in der Lage sein, die Zinsen der Hauptschuld aufzubringen (vgl. BGHZ 146, 37 [42] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; BGH, NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [411 f.]). Die anderweitigen Sicherheiten, die das Kreditinstitut erhalten hatte, sind bei der Beurteilung der finanziellen Überforderung nicht zu berücksichtigen, weil sie das Haftungsrisiko des Bürgen nicht in rechtlich gesicherter Weise eingeschränkt haben. Die Bekl. hatte die den Bürgen schützende Bestimmung des § 776 BGB formularmäßig abbedungen (vgl. BGHZ 136, 347 [352f.] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGHZ 146, 37 [44] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99). Im Übrigen wäre die Kl. nicht einmal in der Lage gewesen, die Zinsen für den durch die übrigen Sicherheiten nicht gedeckten Teil der Hauptschuld aufzubringen.

*b. Bewertung der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB*

Nach der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats spricht in einem solchen Falle bereits ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine widerlegliche tatsächliche Vermutung dafür, dass sich der Ehegatte oder nahe Angehörige bei der Haftungsübernahme nicht von einer rationalen Einschätzung des wirtschaftlichen Risikos hat leiten lassen und das Kreditinstitut die emotionale Beziehung zwischen Hauptschuldner und Bürgen in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat (BGHZ 146, 37 [42] = NJW 2001, 815 = LM H. 5/2001 § 138 [Bb] BGB Nr. 99; BGH, NJW 2002, 2228 = WM 2002, 1347 [1349 f.]; NJW 2002, 2230 = WM 2002, 1350 [1351 f.]). Tatsachen, die geeignet sind, eine solche Vermutung zu widerlegen, hat die bekl. Bank nicht vorgetragen. Zwar verlangt der IX. Zivilsenat trotz krasser finanzieller Überforderung zusätzlich, dass der Bürgschaftsvertrag sich in jeder Hinsicht als wirtschaftlich sinnlos erweist, was er bei vor dem Jahr 1999 abgeschlossenen Verträgen verneint, wenn der Gläubiger begründeten Anlass hatte, die Bürgschaft zum Schutz vor Vermögensverlagerungen zwischen dem Kreditnehmer und dessen Lebenspartner hereinzunehmen (vgl. BGHZ 134, 325 [327f.] = NJW 1997, 1003 = LM H. 5/1997 § 765 BGB Nr. 114; BGH, NJW 2000, 362 = LM H. 5/2000 § 765 BGB Nr. 141 = WM 2000, 23 [24]). Ein entsprechendes Interesse der kreditgebenden Bank erkennt diese Rechtspre-

chung jedoch nur an, soweit dieser für ihre Forderungen gegen den Hauptschuldner keine anderweitigen Sicherheiten zur Verfügung stehen. Die Bekl. hatte hier Sachsicherheiten im Gesamtwert von mindestens 50 000 DM erhalten. Daher war es unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar, mit der Kl. einen Bürgschaftsvertrag über 200 000 DM abzuschließen. Der vertraglich vereinbarte Umfang der Bürgschaft steht daher nicht in einer vernünftigen Relation zu dem von der Bank geltend gemachten Sicherungsinteresse. Damit verstößt die Bürgschaft auch aus diesem Grunde gegen die guten Sitten und ist gem. § 138 I BGB nichtig (vgl. BGHZ 136, 347 [352 f.] = NJW 1997, 3372 = LM H. 5/1998 § 765 BGB Nr. 120; BGH, NJW 1999, 58 = LM H. 3/1999 § 765 BGB Nr. 132 = WM 1998, 2327 [2328]; NJW 2000, 1182 = LM H. 9/2000 § 138 [Bb] BGB Nr. 97 = WM 2000, 410 [412])."

Damit liegt nach heutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB wegen krasser finanzieller Überforderung gegenüber der Bürgschaftsverpflichtung der Kl. vor. Der geltend gemachte materielle Einwand gem. § 138 I BGB gegen den titulierten Anspruch besteht damit zu Recht.

*2. Keine Präklusion gem. § 767 II ZPO*

Die Vollstreckungsabwehrklage beseitigt nur die Vollstreckbarkeit des Urteils und berührt die Rechtskraft desselben nicht. Dementsprechend kann die Klage auch nur auf solche Einwendungen gegen den materiellen Anspruch des jeweiligen Vollstreckungstitels gestützt werden, die nachträglich entstanden sind. Bei einem Versäumnisurteil liegt dieser Präklusionszeitpunkt gem. § 767 II 2. Fall ZPO im Ablauf der Einspruchsfrist (§ 339 ZPO).

Fraglich ist, ob der Einwand der Sittenwidrigkeit der übernommenen Bürgschaft gem. § 138 I BGB möglicherweise ausgeschlossen ist, da er lediglich auf einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung sich stützt.

Das im Vorprozess ergangene, auf der im Beschluss vom 13. 7. 1992 niedergelegten Rechtsauffassung des LG beruhende Versäumnisurteil vom 14. 10. 1992 stand indessen damals mit der Rechtsprechung des zu jener Zeit für das Bürgschaftsrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH in Einklang (vgl. BGHZ 106, 269 = NJW 1989, 830 = LM § 765 BGB Nr. 62; BGHZ 107, 92 = NJW 1989, 1276 = LM § 138 [Aa] BGB Nr. 38; BGH, NJW 1989, 1605 = LM § 765 BGB Nr. 67 = ZIP 1989, 629; NJW 1992, 896 = LM H. 6/1992 § 765 BGB Nr. 77/78 = ZIP 1992, 233). Eine dem

Bürgen günstige Änderung dieser Rechtsprechung setzte für die Öffentlichkeit erkennbar erst nach dem Beschluss des BVerfG vom 19. 10. 1993 (BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36) ein (vgl. zu den Einzelheiten der Rechtsentwicklung Fischer/Ganter/Kirchhof, in: 50 Jahre BGH, Festschr. aus Anlass des 50-jährigen Bestehens von BGH, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim BGH, S. 33 ff.), der das erwähnte Urteil des BGH vom 16. 3. 1989 (NJW 1989, 1605) aufhob, welches der Bürgerschaftsklage gegen die finanziell krass überforderte Tochter des Hauptschuldners stattgegeben hatte.

Dabei kommt der Regelung von § 79 BVerfGG besondere Bedeutung in dieser Frage zu.

#### *a. Entscheidung und Begründung des BerGer. zur Vollstreckungsgegenklage*

Nach Auffassung des BerGer. - sein Urteil ist in ZIP 1999, 1707, veröffentlicht - kann die Kl. sich gleichwohl nicht nach § 79 II 3 BVerfGG i. V. mit § 767 ZPO gegen die Vollstreckung aus dem rechtskräftigen Versäumnisurteil wenden. Das BVerfG habe nicht die in dem aufgehobenen Urteil des BGH angewandten gesetzlichen Vorschriften für verfassungswidrig erklärt, sondern lediglich Vorgaben dazu gemacht, welche Gesichtspunkte bei der Gesetzesauslegung im Lichte der grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie zu berücksichtigen seien, die im konkreten Fall als nicht zutreffend gewürdigt befunden worden seien. § 79 II BVerfGG treffe Anordnungen nur für Entscheidungen, die auf einer vom BVerfG für nichtig erklärten Norm beruhen. Die Vorschrift solle ihrem Sinn und Zweck nach nicht jedes Urteil erfassen, das eine rechtliche Würdigung enthalte, die möglicherweise anders ausgefallen wäre, wenn die vom BVerfG später aufgestellten Richtlinien berücksichtigt worden wären. Bei einer analogen Anwendung der Norm auf solche Fälle werde das Institut der Rechtskraft ausgehöhlt und die Rechtssicherheit beeinträchtigt.

#### *b. Entscheidung des BGH in der Revision*

Diese Erwägungen werden vom BGH als im Kern zutreffend bewertet.

„Der Beschluss des BVerfG vom 19. 10. 1993 enthält keine Aussage, die die Wirkungen des § 79 II 2 und 3 BVerfGG auslöst.“

#### *aa. Umstrittene Reichweite von § 79 BVerfGG*

§ 79 BVerfGG bestimmt, dass unanfechtbare Entscheidungen, die auf einer gem. § 78 BVerfGG

für nichtig erklärten Norm beruhen - mit Ausnahme der Strafurteile - in ihrem Bestand unberührt bleiben. Jedoch ist die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung unzulässig, was in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO geltend gemacht werden kann (§ 79 II 2 und 3 BVerfGG). § 79 BVerfGG bezieht sich unmittelbar nur auf Entscheidungen im Normenkontrollverfahren, ist jedoch entsprechend anwendbar, wenn eine Verfassungsbeschwerde Erfolg hat (§ 95 III 2 und 3 BVerfGG). Nach § 79 I BVerfGG ist die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen ein rechtskräftiges Strafurteil nicht nur im Falle einer gem. § 78 BVerfGG für nichtig erklärten Norm - Alternative 2 - , sondern auch dann zulässig, wenn das BVerfG lediglich die Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Bestimmung mit dem Grundgesetz festgestellt - Alternative 1 - oder eine bestimmte Auslegung einer Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt hat - Alternative 3 -. Die beiden zuletzt genannten Fälle erwähnt § 79 II BVerfGG nicht. Die Frage, ob bei allen Entscheidungen außerhalb von Strafurteilen die Vollstreckungssperre nur nach Nichtigerklärung einer Norm (§ 78 BVerfGG) greift oder die Bestimmung gleichwohl in ebenso umfassendem Sinne zu verstehen ist, die Regel des Absatzes 2 Satz 3 sich also auf alle in § 79 I BVerfGG enthaltenen Alternativen bezieht, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

Nach wohl überwiegender Meinung erfasst § 79 II BVerfGG nur die Entscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen (vgl. BFHE 82, 567 [572ff.]; BFHE 91, 1 [10 f.]; 110, 53 [58]; K. Schmidt, in: MünchKomm-ZPO, § 767 Rdnr. 70; Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 767 Rdnr. 26 Stichwort „Verfassungswidrigkeit“; Pestalozza, VerfassungsprozessR, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 77; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 21. Aufl., § 767 Rdnrn. 15, 24; Wiczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 767 Rdnr. 19 Fußn. 72; Hau, JA 1996, 830 [832]; Wissmann, EWiR 1999, 741 [742]). Im Gegensatz dazu wird in den Kommentaren zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz praktisch durchgängig die Auffassung vertreten, die weitere Vollstreckung aus einem hoheitlichen Akt sei gem. § 79 II 3 BVerfGG auch dann unzulässig, wenn das BVerfG lediglich eine Norm oder eine bestimmte Auslegung als mit dem Grundgesetz unvereinbar bezeichnet habe (Lechner/Zuck, BVerfGG, 4. Aufl., § 79 Rdnr. 8; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 79 Rdnr. 25; Benda/Klein, Lehrb. des VerfassungsprozessR, Rdnrn. 1192, 1198; vgl. auch Steiner, in: Festg. aus Anlass

des 25-jährigen Bestehens des BVerfG, S. 628 [630 f., 647 f.]).

*bb. Rechtsauffassung des BGH zum Wirkungskreis von § 79 BVerfGG*

Diese letztere Meinung dürfte mit der aus der Rechtsprechung des BVerfG erkennbaren Tendenz übereinstimmen. Dieses hat ausdrücklich entschieden, dass eine Norm, deren Verfassungswidrigkeit lediglich festgestellt wird, ebenso wie im Falle der Nichtigerklärung vom Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG an nicht mehr angewandt werden darf. Das gem. § 79 II 2 BVerfGG geltende Vollstreckungsverbot ist insoweit entsprechend anzuwenden. Die Durchsetzung von hoheitlichen Akten, die auf einer Vorschrift beruhen, deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz in allgemeinverbindlicher Weise (§ 31 I BVerfGG) ausgesprochen worden ist, soll für die Zukunft ausgeschlossen sein (BVerfGE 37, 217 [262f.] = NJW 1974, 1609; BVerfGE 81, 363 [384] = NVwZ 1990, 1061). Gilt danach § 79 II BVerfGG für die in Alternative 1 genannten Fälle, so liegt es nahe, die Regelung auch auf Entscheidungen anzuwenden, die eine bestimmte Normauslegung als verfassungswidrig bezeichnen. Das wäre auch deshalb sach- und interessegerecht, weil eine vom BVerfG vorgegebene, die bisherige Auslegung einer Norm aus verfassungsrechtlichen Gründen ändernde Gesetzesinterpretation in ihrer Wirkung der - teilweisen - Nichtigerklärung einer Norm wesentlich näher steht als einer bloßen Änderung der Rechtsprechung (ebenso BGH, NJW 1990, 3020 [3022]). Eine solche Entscheidung ist in gleicher Weise wie die Nichtigerklärung einer Norm gem. § 31 I BVerfGG von allen Gerichten zu beachten (BVerfGE 40, 88 [94]; BVerfGE 72, 119 [121]).

*cc. Grenzen des Wirkungskreises von § 79 II BVerfGG*

Selbst wenn man die Vorschrift des § 79 II BVerfGG in diesem weiteren Sinne versteht, erfasst die Regelung nicht die Entscheidungen des BVerfG, die Urteile oder Beschlüsse lediglich wegen verfassungswidriger Anwendung einer Rechtsnorm aufheben. § 79 II BVerfGG bezieht sich in jedem Falle nur auf Entscheidungen des BVerfG, die Rechtsnormen für nichtig erklären, deren Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellen oder den Geltungsbereich einer Vorschrift dadurch einschränken, dass sie eine bestimmte Auslegung - die nach Wortlaut, Inhalt und Zweck an sich möglich wäre, - als verfassungswidrig ausschließen. Der Richter hat bei Auslegung und Anwendung

aller gesetzlichen Vorschriften das verfassungsrechtliche Wertesystem als interpretationsleitend zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 7, 198 [205 ff.] = NJW 1958, 257; BVerfGE 99, 185 [1961 = NJW 1999, 1322]).

Weist die gerichtliche Entscheidung in dieser Hinsicht erhebliche Mängel auf, handelt es sich jedoch nur um verfassungsrechtlich bedeutsame Subsumtionsfehler, die vom BVerfG im Einzelfall korrigiert werden können. Solche Entscheidungen lassen in der Regel den inhaltlichen Bestand der einschlägigen Rechtsvorschriften unberührt. § 79 II BVerfGG setzt demgegenüber normbezogene Erkenntnisse des Verfassungsgerichts voraus und verbietet daher die Vollstreckung nur aus solchen Entscheidungen, die auf einem Inhalt der Rechtsnorm beruhen, den das BVerfG im Wege der verfassungskonformen Auslegung ausgeschlossen hat (generell-abstraktes Verständnis; zutreffend Wessner, NJW 2001, 475 [477 ff.]; im Ergebnis ebenso Eckardt, MDR 1997, 621 [623]; vgl. auch Graßhof, NJW 1995, 3085 [3088]).

*(dd. Übertragung auf den vorliegenden Fall)*

Der Beschluss des BVerfG vom 19. 10. 1993 (BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36) enthält keine einschränkende verfassungskonforme Auslegung von Rechtsnormen, die die Rechtsprechung des BGH zum Bürgschaftsrecht zuvor angewandt hatte. Vielmehr betont die Entscheidung, dass dem Richter für die verfassungsrechtlich gebotene Inhaltskontrolle solcher Verträge mit den zivilrechtlichen Generalklauseln in der durch die höchstrichterliche Rechtsprechung vorgenommenen Ausgestaltung, insbesondere den §§ 138, 242 BGB, ein Regelwerk zur Verfügung stehe, das es ermögliche, auf strukturelle Störungen der Vertragsparität, die geeignet sind, die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie (Art. 2 1 GG) zu verletzen, angemessen zu reagieren. Die Entscheidung liefert demzufolge keine Vorgaben dazu, wie die Bestimmung des § 765 BGB zu verstehen oder in welchem Sinne §§ 138, 242 BGB auszulegen sind, sondern beanstandet, dass sich das Urteil des BGH vom 16. 3. 1989 (NJW 1989, 1605 = LM § 765 BGB Nr. 67) mit der ausgeprägten Unterlegenheit der Bürgin im konkreten Fall sowie der von ihr geltend gemachten Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit nicht bzw. in untauglicher Weise auseinander gesetzt habe (BVerfGE 89, 214 [234f.] = NJW 1994, 36). Die Entscheidungsgründe des aufgehobenen Urteils hatten die Bestimmungen der §§ 138, 242 BGB nicht einmal erwähnt und schon damit den Eindruck hervorgeru-

fen, die Bedeutung der Privatautonomie als Grundrecht sowie die Notwendigkeit, die Vertragsfreiheit verfassungskonform zu praktizieren, nicht berücksichtigt zu haben (vgl. auch Dieterich, WM 2000, 11 [13]). Das BVerfG hat damit ausschließlich einen verfassungsrechtlichen Fehler allgemeiner Art bei der dem BGH im konkreten Fall obliegenden rechtlichen Subsumtion beanstandet und darauf hingewiesen, die Gerichte müssten in solchen Fällen klären, ob die vertragliche Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sei, „und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen. Wie sie dabei zu verfahren haben und zu welchem Ergebnis sie gelangen müssen, ist in erster Linie eine Frage des einfachen Rechts, dem die Verfassung einen weiten Spielraum lässt“ (BVerfGE 89, 214 [234] = NJW 1994, 36).

Der Beschluss vom 19. 10. 1993 besagt mithin nichts darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen Bürgschaften wegen finanzieller Überforderung des Verpflichteten als nichtig anzusehen ist. Die entsprechenden Kriterien herauszuarbeiten, war allein Aufgabe der Zivilgerichte. Die erforderlichen Maßstäbe wurden erst in, der nach Zurückverweisung ergangenen zweiten Revisionsentscheidung (B GH, NJW 1994, 1341 = LM H. 9/1 994 § 765 BGB Nr. 90 = WM 1994, 680), einem am selben Tage ergangenen weiteren Urteil (BGHZ 125, 206 = NJW 1994, 1278 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nr. 91) sowie der nachfolgenden Rechtsprechung erarbeitet. Dem Beschluss des BVerfG vom 19. 10. 1993 fehlt damit eine normbezogene Aussage i. S. des § 79 II BVerfGG.

Diese Wertung wird durch die Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BGH vom 18. 1. 1996 (NJW 1996, 1274 = LM H. 6/1996 § 765 BGB Nr. 104 = WM 1996, 519) bestätigt. Der BGH hatte in jener Entscheidung einen Bürgschaftsvertrag als wirksam angesehen, obwohl die Bürgin im Sinne der heute geltenden Rechtsprechung des IX. und XI. Zivilsenats finanziell krass überfordert war und lediglich mittelbare Vorteile aus dem Kredit an den Ehemann erwarten konnte. Das BVerfG hat die Annahme der dagegen erhobenen Verfassungsbeschwerde mit der Begründung abgelehnt, die angegriffene Entscheidung habe das Problem gestörter Vertragsparität umfassend behandelt. Da der gesicherte Kredit dem Handwerksbetrieb des Ehemanns der Bürgen gedient habe, sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der BGH sie selbst als unmittelbar interessiert an der Verlingerung des Darlehens angesehen habe. Schließlich

sei auch ein schützenswertes Eigeninteresse des Darlehensgebers zu bejahen, weil beide Eheleute gemeinsam in der Lage seien, nicht unerhebliche Tilgungsleistungen zu erbringen (BVerfG, NJW 1996, 2021 = WM 1996, 948). Diese Begründung macht besonders deutlich, dass die heutige höchstrichterliche Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften finanziell überforderter, dem Hauptschuldner emotional eng verbundener Personen nicht auf verfassungsgerichtlichen Vorgaben zur Auslegung bestimmter Rechtsnormen beruht.“

Mangels tatsächlicher oder rechtlicher Veränderungen nach Ablauf der Einspruchsfrist (§ 767 II 2. Fall ZPO) ist der Einwand der Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB präkludiert.

### *III. Ergebnis*

Die von der Kl. erhobene Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 I ZPO wird erfolglos sein, weil sie aufgrund der Präklusionsklausel von § 767 II ZPO unbegründet ist.

#### *B. Klage auf Unterlassung der Vollstreckung gem. § 826 BGB*

Die Kl. verlangt hilfsweise Unterlassung der Vollstreckung und Herausgabe des Titels mit der Begründung, dessen weitere Ausnutzung stelle eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) dar.

#### *I. Zulässigkeit*

Gegenüber der Zulässigkeit einer solchen Unterlassungsklage bestehen keinerlei Bedenken.

#### *II Begründetheit*

##### *1. Entscheidung und Begründung des BerGer. zu § 826 BGB*

Das BerGer. hat auch diesem Begehren den Erfolg versagt. Die Bekl. habe den Titel in einem gerichtlichen Verfahren erlangt, in dem die anwaltlich vertretene Kl. ihren Standpunkt umfassend habe darlegen können. Ein Versäumnisurteil sei nur deshalb ergangen, weil die jetzige Kl. die ihren Prozesskostenhilfeantrag mit ausführlicher Begründung zurückweisende Entscheidung des LG hingenommen habe. Die Benutzung eines in solcher Weise erlangten Urteils, dessen Unrichtigkeit erst später erkannt worden sei, verdiene das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit nur in eng begrenzten Ausnahmefällen. Solche besonderen Umstände habe die Kl. nicht dargelegt. Der Bekl. sei insbesondere nicht schon ein so hoher Betrag zuge-

flossen, dass deshalb jede weitere Vollstreckung das Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletze.

## 2. Entscheidung des BGH in der Revision zu § 826 BGB

Diese Erwägungen halten nach der Rechtsansicht des BGH der rechtlichen Nachprüfung stand.

### a. Voraussetzungen für einen Anspruch auf Vollstreckungsunterlassung gem. § 826 BGB

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung hat die Rechtskraft eines gerichtlichen Titels zurückzutreten, wenn dessen Ausnutzung unter Missachtung der materiellen Rechtslage nach den Umständen des Falls als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung i. S. des § 826 BGB anzusehen ist. Eine solche Durchbrechung der Rechtskraft beschränkt sich jedoch auf besonders schwerwiegende, eng begrenzte Ausnahmefälle, in denen es mit dem Gerechtigkeitsgedanken schlechterdings unvereinbar wäre, dem Titelgläubiger seine formelle Rechtsstellung zu belassen. Jede Erweiterung dieses Rechtsinstituts würde die Rechtskraft aushöhlen und die Rechtssicherheit beeinträchtigen (BGHZ 101, 380 [383] = NJW 1987, 3256 = LM § 700 ZPO Nr. 5; BGHZ 103, 44 [46] = NJW 1988, 971 = LM § 826 [Fa] BGB Nr. 32; BGHZ 112, 54 [58] = NJW 1991, 30 = LM § 607 BGB Nr. 124; GH, NJW 1999, 1257 = LM H. 9/1999 § 826 [Gi] BGB Nr. 31 = WM 1999, 919 [920]). Deshalb müssen außer der Kenntnis des Gläubigers von der materiellen Unrichtigkeit des Titels noch weitere Umstände hinzukommen, die die Art der Erlangung des Titels oder die Ausnutzung der Vollstreckung betreffen und es geboten erscheinen lassen, dass der Gläubiger die ihm nach materiellem Recht unverdient zugefallene Rechtsposition aufgibt (BGHZ 101, 380 [385] = NJW 1987, 3256 = LM § 700 ZPO Nr. 5; BGH, NJW 1999, 1257 = LM H. 9/1999 § 826 [Gi] BGB Nr. 31).

### b. Überprüfung des vorliegenden Falls auf diese Anforderungen für eine Vollstreckungsunterlassung gem. § 826 BGB

Solche besonderen Umstände hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bejaht, wenn der Gläubiger für die Ansprüche aus einem sittenwidrigen Ratenkreditvertrag einen Vollstreckungsbescheid erwirkt hatte, obwohl er hätte erkennen können, dass er bei Wahl des Klageverfahrens mit seinem Anspruch schon deshalb gescheitert wäre, weil die gerichtliche Schlüssigkeitsprüfung die Sittenwidrigkeit des Vertrags offenbart hätte (vgl. BGHZ 101, 380 [387] = NJW 1987,

3256 = LM § 700 ZPO Nr. 5), und darüber hinaus der Schuldner damals aus Unerfahrenheit oder Ungewandtheit den Vollstreckungsbescheid hatte rechtskräftig werden lassen, sich also gegen den Anspruch nicht verteidigt hatte. Hat der jetzige Kl. sich bereits rechtzeitig vor Erlass des Titels anwaltlich beraten und vertreten lassen, so ist in der Vollstreckung aus dem materiell unrichtigen Titel grundsätzlich kein den Anspruch aus § 826 BGB begründendes Verhalten zu sehen (BGH, NJW 1987, 3259 = LM § 700 ZPO Nr. 6 = ZIP 1987, 1309 [1310]).

Im Streitfall stand das Versäumnisurteil des LG Köln in Einklang mit der damaligen Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zu Bürgschaften finanziell überforderter Personen. Die Bürgin hatte zuvor durch einen Rechtsanwalt aus ihrer Sicht zur Sach- und Rechtslage eingehend Stellung genommen. Ob es dem Gläubiger als besonders belastender Umstand zuzurechnen wäre, wenn die Bürgin den Erstprozess nur infolge der Verweigerung von Prozesskostenhilfe verloren hätte, kann dahingestellt bleiben; denn entsprechende Voraussetzungen sind im Streitfall nicht gegeben. Die Kl. hat auch nicht behauptet, die Bekl. habe bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags ihre Entscheidungsfreiheit in verwerflicher Weise beeinträchtigt oder entsprechendes Handeln eines Dritten ausgenutzt. Solche für die Senatsurteile vom 24. 2. 1994 (BGHZ 125, 206 = NJW 1994, 1278 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nr. 91; BGH, NJW 1994, 1341 = LM H. 9/1994 § 765 BGB Nr. 90 = WM 1994, 680) maßgeblichen Umstände fehlen hier. Vielmehr handelt es sich um einen Fall so genannter einfacher krasser Überforderung, der dem Sachverhalt vergleichbar ist, über den der Senat im Urteil vom 18. 1. 1996 (NJW 1996, 1274 = LM H. 6/1996 § 765 BGB Nr. 104) zu Ungunsten des Bürgen entschieden hat. Damit liegen hier unter keinem Gesichtspunkt Gründe vor, die den BGH in der Vergangenheit veranlasst haben, der Klage gegen einen Vollstreckungsbescheid, der Ansprüche aus einem sittenwidrigen Rechtsgeschäft tituliert, stattzugeben.

### c. Keine Sittenwidrigkeit allein wegen Unrichtigkeit des Titels

Der BGH hat bisher nicht abschließend entschieden, ob von dem Erfordernis zusätzlicher besonderer Umstände in Extremfällen abgesehen werden kann. Dies kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die materielle Unrichtigkeit des Titels auf Grund der Sittenwidrigkeit des Vertrags der Parteien so eindeutig und schwerwiegend ist, dass allein schon deswegen jede Voll-

streckung das Rechtsgefühl in schlechthin unerträglicher Weise verletzen würde (BGHZ 101, 380 [386] = NJW 1987, 3256 = LM § 700 ZPO Nr. 5). Daran fehlt es jedenfalls deshalb, weil das bekl. Kreditinstitut nicht in rechtlich zu missbilligender Weise an einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der klagenden Bürgin mitgewirkt hat.

*d. Keine Sittenwidrigkeit wegen bereits erbrachter Leistungen oder wegen der Möglichkeit zur Restschuldbefreiung gem. §§ 286 ff. InsO*

Schließlich hat die Bekl. von der Kl. bisher auch nicht in einem Umfang Leistungen erhalten, die es geboten erscheinen lassen, die Vollstreckung im Hinblick auf die kontinuierlich weiterlaufenden Zinsen einzuschränken. Die Kl. behauptet selbst nicht, nach der letzten

Vollstreckungsmaßnahme der Bekl. aus dem Jahre 1993 Zahlungen an diese geleistet zu haben. Daher braucht nicht erörtert zu werden, ob die Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach §§ 286 ff. InsO zu einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Klage aus § 826 BGB führen kann.

### *III. Ergebnis*

Damit ist auch eine Unterlassungsklage nach § 826 BGB unbegründet und erfolglos für die Kl.

### *Endergebnis*

Die von der Kl. eingelegten Rechtsmittel haben keine Aussicht auf Erfolg.

## **Standort: § 316 a StGB**

## **Problem: Räuberischer Angriff auf Taxifahrer**

BGH, URTEIL VOM 21.8.2002

2 STR 152/02 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich von einem Taxifahrer zunächst nach Hause fahren lassen, diesen dort mit einem geladenen Schreckschussrevolver bedroht und sich dann von ihm kostenlos nach Berlin fahren lassen und außerdem die Herausgabe von Geld sowie eine "Einladung" zum Essen erzwungen.

Der BGH hat das Urteil des LG, das den Angeklagten nur gem. §§ 253 I, 255, 250 I Nr. 1 b StGB verurteilt hatte, auf die Revision der Staatsanwaltschaft hin mit der Begründung aufgehoben, nicht nur sei entgegen der Auffassung des LG der Täter gem. § 316 a I StGB strafbar, außerdem habe der Täter auch noch den Tatbestand des § 239 a I StGB und wohl auch den des § 250 II Nr. 1 StGB verwirkt.

### **Prüfungsrelevanz:**

Der Tatbestand des § 316 a I StGB, den der BGH am ausführlichsten behandelt, besitzt zwar als Teil der Vermögensdelikte eine nicht zu unterschätzende Examensrelevanz, ist jedoch eher selten zentraler Gegenstand einer Examensaufgabe. Die vom BGH auch angesprochenen Tatbestände des § 239 a StGB und § 250 II Nr. 1 StGB stellen jedoch im Examen einen absoluten Standardstoff dar.

Ein typisches Problem i.R.v. § 316 a I StGB stellt die

Frage dar, wann der Angriff des Täters auf den Körper oder die Entschlussfreiheit des Opfers unter Ausnutzung der "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" erfolgt. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass dies dann der Fall ist, wenn der Angriff in naher Beziehung zur Benutzung des Fahrzeugs als Verkehrsmittel steht und die typischen Situationen und Gefahren des fließenden Verkehrs in den Dienst des Tatplans gestellt werden (BGH, VRS 29, 198; NStZ 1996, 389; NZV 1997, 236). Dies hat der BGH i.d.R. nur dann angenommen, wenn der Angriff während der Fahrt verübt wurde. Bei einem Angriff des Täters nach Beendigung der Fahrt - selbst wenn dieser noch im Fahrzeug und unter Ausnutzung der dort herrschenden Enge und der hierdurch eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers erfolgte - hat die Rspr. den § 316 a StGB früher abgelehnt (BGH NStZ 1996, 390; 2000, 144). Jedoch hat der BGH hiervon eine Ausnahme gemacht und § 316 a StGB angenommen, wenn der Angriff während eines nur vorübergehenden Haltes erfolgte (BGHSt 38, 196; NJW 2001, 764). Im vorliegenden Urteil präzisiert und erweitert der BGH seine Rechtsprechung insoweit, als er klarstellt, dass auch der Halt eines Taxis nach Erreichen des vom Fahrgast angegebenen Fahrzieles nur einen solchen vorübergehenden Halt darstellt.

Im Rahmen von § 239 a (und b) StGB sind im Examen besonders beliebt die Probleme der Verwirklichung dieser Tatbestände im Zwei-Personen-Verhält-

nis, da die hM davon ausgeht, dass diese Tatbestände hier einer teleologischen Reduktion bedürfen, um Überschneidungen zwischen §§ 239 a und b StGB und den klassischen Delikten mit Nötigungselementen (insb. §§ 249 I, 253 I, 255 StGB) zu vermeiden (vgl. BGHSt 40, 350 ff.). Da es sich bei §§ 239 a und b StGB nach hM um unvollkommen zweiaktige Delikte handelt, ist ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten objektiven Teilakt (des Sichbemächtigen oder Entführens) und dem zweiten, in die Vorstellung des Täters verlagerten Teilakts (der angestrebten Erpressung bei § 239 a StGB und der angestrebten qualifizierten Nötigung bei § 239 b StGB), erforderlich. §§ 239 a und b StGB setzen also voraus, dass der Täter beabsichtigt, zunächst durch den ersten Teilakt eine Zwangslage zu schaffen und diese erst nachdem sie sich verfestigt hat für sein weiteres Vorgehen auszunutzen (vgl. BGH NStZ 1999, 509; NStZ 2002, 31 = RA 2002, 43).

Die Frage, ob eine geladene Schreckschusspistole ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 250 II Nr. 1 StGB darstellen kann, wenn sie lediglich aus größerer Entfernung als Dohungsmittel eingesetzt wird, hatte der 2. Senat des BGH erst vor kurzem dem Großen Strafsenat vorgelegt (BGH NStZ 2002, 594 = RA 2002, 417). Da im vorliegenden Fall die Schreckschusspistole jedoch unmittelbar gegen empfindliche Körperpartien des Opfers (den Hals) gerichtet war, hat derselbe Senat hier relativ unproblematisch § 250 II Nr. 1 StGB bejaht.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu § 316 a StGB: *Mitsch*, JA 1999, 662; *Geppert*, Jura 1995, 310; *Roßmüller/Rohner*, NZV 1995, 253

Zu §§ 239 a, b StGB im 2-Personen-Verhältnis: *BGH GrS*, NJW 1995, 471; *Renzikowski*, JR 1995, 349; *Martin*, JuS 1999, 1239

Zur Schreckschusspistole als Tatmittel i.S.v. § 250 StGB: *BGH*, NStZ 1998, 511; 1999, 102; 2002, 31; NStZ-RR 1999, 173; 2001, 136

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsätze (der Redaktion):**

**1. Droht der Täter bei einer geladenen Schreckschusswaffe, bei der Pulvergas nach vorne aus**

**der Mündung austritt, mit einem relativen Nahschuss, so liegt das Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB vor.**

**2. Ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs i.S.v. § 316 a StGB ist auch dann gegeben, wenn der Täter einen Angriff auf die Entschlussfreiheit eines Taxifahrers verübt, der am Zielort der Fahrt hält, um den Fahrpreis zu kassieren.**

#### **Sachverhalt:**

Der Angeklagte A verfügte am Tattag, dem 20.08.2001, nicht mehr über die für den täglichen Bedarf erforderlichen Geldmittel und hatte seit zwei Tagen fast nichts mehr gegessen. Er kam auf den Gedanken, ein Taxi "zu kapern", um nach Berlin zu fahren, wo seine Eltern und eine Bekannte wohnten. Gegen 23.30 Uhr bestieg er am Frankfurter Flughafen ein Taxi. Er setzte sich auf den Rücksitz und ließ sich zunächst zu seinem früheren Wohnort nach R. fahren. Diese Fahrt wollte er dazu nutzen, sich darüber klar zu werden, ob er die geplante Tat tatsächlich durchführen wollte.

Als der Taxifahrer T am angegebenen Ziel anhielt, das Innenlicht anschaltete und kassieren wollte, fasste A den Entschluss, sein Vorhaben durchzuführen. Er richtete einen geladenen Schreckschussrevolver auf den Halsbereich des T und forderte ihn auf, Innenlicht sowie Sprechfunk auszuschalten und ihn nach Berlin zu fahren. Dabei kam es ihm gerade auf die unentgeltliche Nutzung des Taxis als Transportmittel nach Berlin an, weil er nicht über genügend Geld verfügte, um eine reguläre Fahrt zu bezahlen. T, der den Revolver für eine scharfe Waffe hielt, nahm die Drohung ernst und fuhr auf die Autobahn in Richtung Berlin. In seiner Angst spielte er kurzzeitig mit dem Gedanken, einen Unfall herbeizuführen, um sich aus der Bedrohungssituation zu befreien. Es konnte nicht festgestellt werden, ob A die Waffe während der Fahrt ständig in den Händen hielt oder zwischenzeitlich auf dem Rücksitz abgelegt hatte. Zumindest war die Waffe für A jederzeit griffbereit.

Unter dem Einfluss der fortdauernden Bedrohung kaufte T für A in der Nähe von Kassel für ca. 10 DM etwas zu essen, ließ ihn mit seinem Handy ein Telefongespräch führen und fuhr schließlich gegen 4.00 Uhr am Folgetag weisungsgemäß auf den Parkplatz der Raststätte W.. Dort forderte A - weiter unter Ausnutzung der fortdauernden Bedrohung - von T die Herausgabe von 10 DM und die Fahrzeugschlüssel. Nachdem er beides erhalten hatte, stieg er aus, um

sich etwas zu kaufen. T entdeckte nun den Schreckschussrevolver, den A unter dem Fahrzeugsitz versteckt hatte, nahm ihn an sich und ging dem A nach. Als A dies erkannte, warf er den Wagenschlüssel ins Taxi und flüchtete.

Wie hat A sich nach dem StGB strafbar gemacht?

[Bearbeitervermerk: § 249 StGB und § 263 StGB sind nicht zu prüfen.]

### **Lösung:**

*A. Strafbarkeit wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. § 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB*

#### *I. Tatbestand*

##### *1. §§ 253 I, 255 StGB*

###### *a. Qualifiziertes Nötigungsmittel*

A müsste Gewalt gegen eine Person angewandt oder mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gedroht haben.

Gewalt gegen eine Person erfordert eine zumindest mittelbar gegen den Körper des Opfers gerichtete Einwirkung (Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 4 mwN). Obwohl eine rein seelische Zwangswirkung sowie das Auslösen von Angst- und Erregungszuständen deshalb nach hM nicht ausreichen (BGH StV 1986, 61; LK-Herdegen, § 249 Rn. 5), hat der BGH in der Vergangenheit bei der Bedrohung des Opfers mit einer Schusswaffe wegen der hierdurch ausgelösten, körperlich wirkenden, Schock- und Angstzustände, das Vorliegen von Gewalt i.S.v. § 255 StGB angenommen (vgl. BGHSt 19, 203; 23, 126). Da es sich hierbei jedoch um einen lediglich psychisch wirkenden Zwang handelt, dürfte eine Fortführung dieser Rechtsprechung insb. im Lichte der BVerfG-Rechtsprechung zur Gewalt wohl nicht möglich sein, da das BVerfG bereits bei dem (ggü. §§ 249 I; 255 StGB weiteren) Gewaltbegriff des § 240 I StGB das Erfordernis einer körperlichen Vermittlung des Zwanges betont hat (vgl. BVerfG NJW 1995, 1141; RA 2002, 1). Es besteht auch kein Bedürfnis zur Annahme dieser Tatbestandsvariante, da das Verhalten des A jedenfalls eine - zumindest konkludente - Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben des T darstellt (Wessels/Hillenkamp, BT2 Rn. 319 mwN).

A hat somit ein qualifiziertes Nötigungsmittel angewandt.

###### *b. Opferverhalten*

Infolge des von A ausgeübten Drucks hat T diesen nach Berlin gefahren, ihn außerdem mit seinem Handy telefonieren lassen, ihm etwas zu essen gekauft und ihm Bargeld überlassen. Dies müsste ein taugliches Opferverhalten des T darstellen. Insoweit kann dahinstehen, ob als Opferverhalten i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB jedes Verhalten des Opfers ausreicht (so die Rspr., vgl. BGH NSTZ-RR 1997, 321; NSTZ 1999, 350) oder ob eine Vermögensverfügung erforderlich ist, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt (so die hLit, vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 8 mwN). Denn sowohl die unentgeltliche Beförderung, also die unentgeltliche Gewährung einer Leistung, die üblicherweise nur gegen Entgelt gewährt wird, als auch das Spendieren des Essens und die Herausgabe des Geldes durch T führen unmittelbar zu einer Minderung von dessen Vermögen und stellen deswegen eine Vermögensverfügung dar. Ein tatbestandsmäßiges Opferverhalten ist somit gegeben.

###### *c. Vermögensnachteil*

A müsste dem Vermögen des T einen Nachteil zugefügt haben. Ein solcher Vermögensnachteil ist - ebenso wie der Vermögensschaden bei § 263 I StGB - dann gegeben, wenn die Vermögenslage des Betroffenen nach der Tat ungünstiger ist als vorher (BGH NSTZ-RR 1998, 233; Schönke/Schröder-Eser, § 253 Rn. 9 mwN). Da das Vermögen des T gemindert wurde (s.o.), ohne dass er hierfür eine äquivalente Kompensation erfahren hat, hat T einen Vermögensnachteil erlitten.

###### *d. Kausalität*

Sowohl die Kausalität des Nötigungsmittel für das Opferverhalten als auch die Kausalität dieses Verhaltens für den Vermögensnachteil sind gegeben.

###### *e. Vorsatz*

A handelte vorsätzlich.

###### *f. Bereicherungsabsicht*

A beabsichtigte auch, sich durch die Erlangung der unentgeltlichen Beförderung sowie des kostenlosen Essens und des Bargelds zu bereichern. Er hatte hierauf keinen Anspruch, so dass diese Bereicherung rechtswidrig war. Die beabsichtigte Bereicherung stellt sich auch als Spiegelbild des bei T eingetretenen Schadens dar, so dass Stoffgleichheit gegeben ist. Schließlich hatte A auch Vorsatz bzgl. der Rechts-

widrigkeit und Stoffgleichheit der Bereicherung.

## 2. § 250 II Nr. 1 StGB

A könnte eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet haben, indem er eine Schreckschusspistole auf den Hals des T richtete.

Eine Waffe i.S.v. §§ 244 I Nr. 1 a; 250 I Nr. 1 a StGB ist jeder Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (SK-Hoyer, § 244 Rn. 13). Dies ist bei einer Schreckschusspistole nicht der Fall.

Es könnte sich hierbei jedoch um ein gefährliches Werkzeug handeln. Dies sind Gegenstände, die geeignet sind, nicht unerhebliche Verletzungen beizubringen (BGH StV 198, 486; NStZ 1999, 242). Der BGH zum vorliegenden Fall: "Eine geladene Schreckschusswaffe, bei der Pulvergas nach vorne aus der Revolvermündung austritt, kann bei einem relativen Nahschuss nach der Rechtsprechung des BGH als gefährliches Werkzeug i.S. von § 250 II Nr. 1 StGB verwendet worden sein (vgl. BGHR StGB § 250 II Waffe 2; BGH, Beschl. vom 3. 4. 2002 - 1 ARs 5/02 - mit weiteren Nachweisen). [...] Aufgrund der engen räumlichen Verhältnisse im Fahrzeug spricht [...] vieles dafür, dass er mit dem geladenen Schreckschussrevolver dem Halsbereich des Zeugen sehr nahe kam." Da A somit ohne weiteres die Möglichkeit eines Nahschusses auf eine sehr empfindliche Körperpartie des T hatte und diesen hierdurch erheblich hätte verletzen können, ist die Schreckschusspistole als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB zu qualifizieren.

A müsste dieses gefährliches Werkzeug verwendet haben. Zwar hat A nicht mit der Pistole geschossen; jedoch ist i.R.v. § 250 II Nr. 1 StGB ein Verwenden der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs im Rahmen einer Drohung ausreichend (BGH JR 1999, 33 (m. Anm. Dencker); Küper, JZ 1999, 189). A hat mit der Schreckschusspistole gedroht, so dass er diese verwendete. A handelte auch vorsätzlich bzgl. der Qualifikationsmerkmale.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A hat sich gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB strafbar gemacht.

## B. Strafbarkeit wegen erpresserischen Menschenraubs gem. § 239 a I 1. Fall StGB

## I. Tatbestand

### 1. Tathandlung

A müsste sich des T bemächtigt oder diesen entführt haben.

Ein Sichbemächtigen setzt voraus, dass der Täter physische Gewalt über das Opfer erlangt (BGH NStZ 1996, 277, Renzikowski, JZ 1994, 495). Hier hält A den T mit einer Schreckschusspistole in Schach. Da der T nicht weiß, dass es sich hierbei nicht um eine echte Schusswaffe handelt, muss er fürchten, sofort erschossen zu werden, wenn er nicht den Anweisungen des A folgt, da er auch nicht ohne weiteres fliehen kann, so dass A die Gewalt über T erlangt hat und ein Sichbemächtigen gegeben ist (vgl. BGH NStZ 1986, 166).

Ein Entführen liegt dann vor, wenn der Täter das Opfer an einen anderen Ort verbringt, um sich dort seiner zu bemächtigen (SK-Horn, § 239 a Rn. 4). Daran fehlt es, wenn der Täter das Opfer bereits vor der Ortsveränderung in seiner Gewalt hatte (Britz/Müller-Dietz, Jura 1997, 317). Hier liegt zwar in der gemeinsamen Fahrt von T und A eine Ortsveränderung, jedoch hatte A den T von Anfang an in seiner Gewalt, da er sich bereits vor der Fahrt nach Berlin dessen bemächtigt hatte (s.o.), so dass ein Entführen nicht gegeben ist.

Eine tatbestandsmäßige Handlung liegt dennoch in der Form des Sichbemächtigen vor.

### 2. Einschränkende Auslegung des § 239 a I 1. Fall StGB

§ 239 a I 1. Fall StGB setzt eine eigenständige Bedeutung der Bemächtigungssituation und eine gewisse Stabilisierung der Lage, die ausgenutzt werden soll, voraus. Hierdurch soll vor allem in Zwei-Personen-Verhältnissen der Anwendungsbereich dieser Vorschrift von den klassischen Delikten mit Nötigungselementen abgegrenzt werden (BGHSt 40, 350 ff.; NStZ 2002, 31 = RA 2002, 43). Deshalb ist bei dem unvollkommenen zweiaktigen Delikt des § 239 a StGB ein funktionaler Zusammenhang zwischen den beiden Teilakten des Tatbestandes erforderlich, d.h., der Täter muss vorhaben, die durch das Sichbemächtigen geschaffene Zwangslage sich zunächst verfestigen zu lassen, bevor er sie zu einer Erpressung ausnutzt (BGH NStZ 1999, 509; Lackner/Kühl, § 239 a Rn. 4 a mwN). Diese Voraussetzung ist hier jedoch erfüllt. Hierzu der BGH: "[A] hatte sich in R. des Taxifahrers bemächtigt und nutzte während der Fahrt in Richtung Berlin die von ihm geschaffene Bemächti-

gungslage zu weiteren Erpressungshandlungen aus, indem er von dem Taxifahrer verlangte, ihm für ca. 10 DM etwas zu essen zu kaufen, ihn mit seinem Handy telefonieren zu lassen und ihm schließlich 10 DM auszuhändigen.“ § 239 a StGB ist also in diesem Fall anwendbar.

### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

### 4. Erpressungsabsicht

A hatte bereits im Zeitpunkt des Sichbemächtigens die Absicht, die Sorge des T um sein Wohl zu einer (schweren räuberischen) Erpressung auszunutzen.

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

A hat sich gem. § 239 a I 1. Fall StGB strafbar gemacht.

## C. Strafbarkeit wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer gem. § 316 a I StGB

### I. Tatbestand

#### 1. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlussfreiheit eines Kraftfahrzeugführers

A müsste einen Angriff auf Leib oder Leben oder die Entschlussfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs oder eines Mitfahrers verübt haben. Einen solchen Angriff verübt, wer in feindseliger Willensrichtung auf den Körper oder die Entschlussfreiheit des Opfers einwirkt (Rengier, BT I, § 12 Rn. 3; Joecks, Stud-Komm., § 316 a Rn. 6). In dem Zeitpunkt, in dem A den T mit der Schreckschusspistole bedroht, wirkt er in feindseliger Willensrichtung auf dessen Entschlussfreiheit ein, so dass das Verüben eines entsprechenden Angriffs gegeben ist.

#### 2. Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

A müsste weiterhin für seinen Angriff die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt haben. Der BGH verlangt hierfür, dass im Rahmen des Tatplanes das Kraftfahrzeug in seiner Funktion als Verkehrsmittel im fließenden Verkehr eine Rolle spielt und nimmt dementsprechend dieses Tatbestandsmerkmal i.d.R. nur dann an, wenn der Angriff während der Teilnahme am fließenden Verkehr stattfindet

(BGHSt 15, 322; 37, 258; 38, 197; NStZ 2000, 144). Da A den Angriff auf T während eines Haltes verübt, ist fraglich, ob ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs vorliegt. Hierzu der BGH: “Das LG hat von einer Bestrafung nach § 316 a StGB abgesehen, da es an einer Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs fehle. Es ist der Auffassung, zur Zeit des Angriffs auf den Taxifahrer in R. - durch Vorhalten der Waffe - sei die zuvor durchgeführte Taxifahrt beendet und das Fahrzeug nicht mehr Teil des fließenden Verkehrs gewesen. Den Entschluss zur Begehung der schweren räuberischen Erpressung habe der Angeklagte daher erst nach Ende der Fahrt gefasst. Trotz der unmittelbar folgenden Weiterfahrt sei ein nur vorübergehendes, fahrtechnisch bedingtes Anhalten nicht gegeben. Die im Verlauf der folgenden Fahrt geäußerten weiteren Forderungen würden für sich genommen keinen erneuten Angriff auf die Entschlussfreiheit darstellen, da diese durch das anfängliche Vorhalten der Waffe bereits aufgehoben gewesen sei. Diese rechtliche Würdigung der getroffenen Feststellungen hält richtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist erfüllt, wenn der Täter sich eine Gefahrenlage zunutze macht, die dem fließenden Verkehr eigentümlich ist. Eine solche besteht vor allem während des Fahrvorgangs; sie kann auch während eines verkehrsbedingten und sogar während eines sonstigen vorübergehenden Halts im Verlauf einer noch andauernden Fahrt vorliegen (BGHSt 6, 82, 84; 13, 27, 29 f.; 18, 170, 171; 37, 256, 258; 38, 196, 197; BGHR StGB § 316 a 1 Straßenverkehr 10). [...] Beim Verüben des Angriffs wird jedoch eine dem fließenden Verkehr eigentümliche Gefahrenlage nur dann ausgenutzt, wenn nach dem Tatplan das Kraftfahrzeug als Verkehrsmittel für die Begehung eines Raubes, eines räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung eine Rolle spielt. Dies ist nicht gegeben, wenn der Entschluss zu einer solchen Tat erst nach Beendigung der Fahrt gefasst und ausgeführt wird (BGHSt 19, 191, 192; 24, 320, 321; 37, 256, 258; BGH NStZ 2000, 144). So liegt der Fall hier nicht. Der Angeklagte hatte den räuberischen Entschluss in R. gefasst, als für den Taxifahrer die Fahrt noch nicht beendet war, er vielmehr nur kurz angehalten hatte, um zu kassieren und danach weiterzufahren. Somit lag für ihn, gemessen an seiner berufsbedingten Situation, nur ein vorübergehender Halt und deshalb keine Beendigung der Fahrt vor. Durch Ziehen der Waffe im vorübergehend haltenden Fahrzeug

hatte der Angeklagte den Angriff auf die Entschlussfreiheit des Taxifahrers verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt. Damit war der Tatbestand des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer nach § 316 a StGB vollendet [...]”

Ein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist somit gegeben.

### 3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich.

### 4. Absicht der Begehung eines Raubes, räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung

A hatte auch die Absicht, eines der genannten Delikte, nämlich eine (schwere) räuberische Erpressung, zu begehen, die er ja auch tatsächlich ausführte (s.o.). Insofern ist auch unschädlich, dass der Angriff i.R.v. § 316 a I StGB gleichzeitig die Drohung i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellt, da § 316 a I StGB nicht erfordert, dass der räuberische Angriff auf einen Kraftfahrer und die beabsichtigte Tat zueinander in Tatmehrheit stehen und deswegen auch einschlägig ist, wenn beide Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht werden (BGHSt 25, 316; Schönke/Schröder-Cramer/-

Lieben, § 316 a Rn. 7).

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

A hat sich auch gem. § 316 a I StGB strafbar gemacht. Die von A mitverwirklichte Strafbarkeit wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 I StGB, Nötigung gem. § 240 I StGB, Bedrohung gem. § 241 I StGB und Unterschlagung gem. § 246 I StGB tritt hinter die o.g. Verbrechen zurück.

### D. Konkurrenzen und Ergebnis

§§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1 StGB bleibt neben § 239 a I StGB und § 316 a I StGB in Idealkonkurrenz bestehen, um zu zeigen, dass die Erpressung auch tatsächlich durchgeführt wurde und nicht nur beabsichtigt war (BGH NSTZ 1987, 22; 1999, 351). Auch § 239 a I StGB und § 316 a I StGB bleiben wegen der (zumindest teilweise) unterschiedlichen Schutzbereiche nebeneinander bestehen.

A ist somit strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1; 239 a I 1. Fall; 316 a I; 52 StGB.

## IMPRESSUM

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & CO. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer ( <i>zugleich Öffentliches Recht</i> )
<b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Dr. Carsten Scheen ( <i>Zivilrecht</i> ); Rechtsanwalt Uwe Schumacher ( <i>Strafrecht</i> ) Die Redakteure sind postalisch erreichbar unter der Adresse der Herausgeberin.
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft und/oder wird auf Wunsch zugeschickt. Einmalige Anforderung eines Probeheftes jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich. Bestellungen bitte an die o.g. Anschrift der Herausgeberin oder via Internet unter der o.g. Adresse.
<b>BEZUGSPREISE:</b>	Jahresabonnement (12 Hefte) zum Vorzugspreis von 45 Euro (Einzelpreis: 4 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Der Lieferbeginn erfolgt zum nächstmöglichen Termin nach Gutschrift der Lastschrift.
<b>VERSAND:</b>	Ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins monatlich per Post.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte <i>früherer</i> Jahrgänge können zum Preis von 4 Euro/Heft nachbestellt werden, solange Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 3 Euro/Jahrgang. Einbanddecken (dunkelblau, jahresneutral): 7 Euro/Stück. Nachbestellung von Sonderbeilagen auf Anfrage. Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten. Bitte Verrechnungsscheck oder Einzugsermächtigung beifügen. Der Bezug von Einzelheften des <i>laufenden</i> Jahrgangs ist nur i.V.m. einem Abonnement möglich.
<b>DRUCK:</b>	Wiermer Drucke, Gutenbergstraße 3, 48341 Altenberge; Tel. 02505/930811

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Demel, Michael / Lochen, Tobias: "Das religiöse Passbild"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2002, 878 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag schließt mit einem Klausurfall an den bereits in der Literaturlauswertung RA 2002, 619 empfohlenen Aufsatz von Häußler (BayVBl 2002, 619 - Heft 20) an. Dabei geht es darum, dass eine abzuschiebende Ausländerin zum Zwecke der Anfertigung eines auch im Iran gültigen Passes gezwungen werden sollte, ein Kopftuch zu tragen. Die RA hatte bereits ausführlich über die hierzu ergangene Entscheidung des VGH München berichtet (RA 2000, 491 = NVwZ 2000, 952 = BayVBl 2000, 435).

<b>Autor/Titel:</b>	Hellermann, Johannes / Sievers, Harald: "Bundesrichterwahl zwischen Bestenauslese und Ländereparität"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 998 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Ein weiterer Klausurfall, der einer in der RA behandelten Entscheidung (VG Schleswig, RA 2001, 656 = NJW 2001, 3210), die im Mai 2002 sogar Gegenstand einer Examensklausur in Nordrhein-Westfalen war, nachempfunden worden ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Beljin, Sasa: "EG-Recht in der Fallbearbeitung"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 998 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	EG-Recht gewinnt in Praxis und Examen immer mehr an Bedeutung. Der Beitrag ist besonders interessant, weil er nicht die "reinen" Europarechtsfälle beinhaltet, sondern vor allem auf "klassische" Fallkonstellationen eingeht, in denen Europarecht relevant wird, ohne Schwerpunkt zu sein (z.B.: Rücknahme europarechtswidriger Verwaltungsakte). Das zur Lösung solcher Fälle nötige Grundlagenwissen kann von jedem Examenskandidaten verlangt werden.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Gruber, Urs Peter: "Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1066 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag beschäftigt sich mit der umstrittenen Frage, ob die im alten Schuldrecht entwickelten Lösungsansätze für die beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit auch auf das neue Schuldrecht übertragbar sind oder nicht.

<b>Autor/Titel:</b>	Bosak, Michael: "Die Veritätshaftung des Zedenten"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2002, 858 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Der Autor beschäftigt sich mit der Frage, was aus der Veritätshaftung des Forderungsverkäufers gem. § 437 I BGB a.F. nach der Schuldrechtsreform geworden ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Raab, Thomas: "Die Bedeutung der Verkehrspflichten und ihre systematische Stellung im Deliktsrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1041 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Bei der Ausfüllung der Voraussetzungen des § 823 I BGB sind die Verkehrssicherungspflichten von erheblicher Bedeutung. Jedoch bereitet ihre systematische Stellung und die konkrete Falldarstellung bzw. -lösung Schwierigkeiten, die dieser Beitrag bereinigen will.

<b>Autor/Titel:</b>	von Koppenfels, Katharina: "Die explodierte Mikrowelle"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2002, 860 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Gutachterlich aufgearbeiteter Klausurfall mit Schwerpunkten aus dem neuen werkvertraglichen Gewährleistungsrecht gem. §§ 634 ff. BGB.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Nippert, Allit / Tinkl, Christina: "Erlaubnistatbestandsirrtum? Auswirkungen der ex-ante- bzw. ex-post-Beurteilung der Rechtfertigungslage von § 32 und § 34 StGB"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 964 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Interessante Überlegungen dazu, inwiefern die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen von Rechtfertigungsgründen aus einer ex-post- oder ex-ante-Perspektive dazu führen, dass der Täter entweder tatsächlich gerechtfertigt ist oder (nur) einem Erlaubnistatbestandsirrtum unterliegt.

<b>Autor/Titel:</b>	Brögelmann, Jens: "Methodik der Strafzumessung"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2002, 1005 (Heft 10)
<b>Inhalt:</b>	Kurzer Überblick über die für die Strafzumessung relevanten Punkte; interessant vor allem für Referendare und Praktiker (Fortsetzung aus Heft 9).

<b>Autor/Titel:</b>	Krüger, Matthias: Neue Rechtsprechung zum "Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2002, 766 (Heft 11)
<b>Inhalt:</b>	Überblick über die Probleme im Rahmen von §§ 244 I Nr. 1a und 250 I Nr. 1a StGB, die in jüngerer Vergangenheit wiederholt Gegenstand obergerichtlicher Rechtsprechung waren.