

## Öffentliches Recht

**Standort: Europarecht**

**Problem: Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit**

EUGH, URTEIL VOM 06.11.2003  
RS. G-243/01 (GAMBELLI) (NVWZ 2004, 87)

### Problemdarstellung:

Der EuGH hatte sich im Wege der Vorabentscheidung nach Art. 234 EG mit der Frage zu befassen, ob nationale Vorschriften, welche die Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen sowie die Teilnahme an solchen sanktionieren, gegen die Grundfreiheiten des EG-Vertrages verstoßen können. Im Ausgangsverfahren hatte ein italienischer Anbieter für Sportwetten Internet-Verbindungen zu Buchmachern in England bereit gestellt.

Der EuGH stellte zunächst fest, dass die Sanktionen sowohl in die Niederlassungs- als auch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 43 bzw. 49 EG) eingreifen. Probleme bereite dabei insbesondere die Notwendigkeit eines Grenzüberschritts, da sowohl Vermittler und Spieler der Sportwetten (in Italien) als auch der Anbieter (in England) ohne Ortswechsel in ihren Mitgliedsstaaten tätig wurden. Im Anschluss an frühere Entscheidungen zur Vermittlung von Glücksspielangeboten per Telefon und Post lässt der EuGH insoweit aber auch den Internet-Verkehr genügen, über den der Spieler in Italien mit dem Anbieter in England eine Wette abschließt.

Fraglich war sodann, ob der in den italienischen Verbotsnormen liegende Eingriff gerechtfertigt sein kann. Die geschriebene Schranke des Art. 46 EG (für die Dienstleistungsfreiheit i.V.m. Art. 55 EG) griff nicht ein. Der EuGH hat jedoch in st.Rspr. folgende Kriterien aufgestellt, nach denen ein Eingriff gleichwohl gerechtfertigt sein kann:

- Die Beschränkung muss durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein,
- sie muss zur Erreichung dieser Ziele geeignet sein,
- unterschiedslos wirken und
- darf nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles erforderlich ist, muss also m.a.W. verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen) sein.

Es sei sodann Sache des vorlegenden Gerichts, diese

Voraussetzungen für die nationalen Vorschriften zu prüfen, wobei der EuGH diesem allerdings einige Segelhinweise mit auf den Weg gibt.

### Prüfungsrelevanz:

Als Faustformel für den Gutachtenaufbau kann festgehalten werden, dass eine Grundfreiheit wie ein Freiheitsgrundrecht geprüft werden kann, also unterteilt nach Eingriff in den Schutzbereich und dessen Rechtfertigung. Der Schutzbereich einer Grundfreiheit ist nur eröffnet, wenn ein europarechtlicher Bezug durch Grenzüberschritt von Leistung, Leistendem oder Empfänger vorliegt. Bei der Rechtfertigung ist zunächst auf die im EG-Vertrag enthaltenen Schranken einzugehen. Sofern eine unterschiedslose, nicht diskriminierende Maßnahme vorliegt - also eine solche, die nicht an die Staatsangehörigkeit als Differenzierungsmerkmal anknüpft - kann eine Rechtfertigung ferner über die o.g. Merkmale gelingen, die der EuGH als ungeschriebene Schranke zunächst für den freien Warenverkehr entwickelt und später auf die übrigen Grundfreiheiten übertragen hat. Diese sollten daher jedem Examenskandidaten geläufig sein.

### Vertiefungshinweise:

- Zu Glücksspielveranstaltungen nach EU-Erlaubnis: *LG München I*, NJW 2003, 171
- Zum Verhältnis von Art. 49 EG zu § 284 StGB: *OLG Köln*, GRUR 2000, 538; *OVG NRW*, NVwZ-RR 2003, 351

### Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Eurolotto"

### Leitsätze:

**1. Eine nationale Regelung, die strafbewehrte Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere für Sportereignisse, enthält, stellt eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 43 und 49**

**EG dar, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Konzession oder Genehmigung erteilt.**

**2. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine solche Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.**

**Sachverhalt:**

Das Tribunale Ascoli Piceno hat beim EuGH gem. Art. 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Art. 43 und 49 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Frage stellt sich in einem Strafverfahren gegen Herrn Gambelli und 137 weitere Beschuldigte (im Folgenden: die Besch. des Ausgangsverfahrens), denen zur Last gelegt wird, widerrechtlich heimlich Wetten organisiert zu haben und Inhaber von Zentren zu sein, in denen Daten über Wetten gesammelt und übermittelt werden, wobei eine solche Tätigkeit den Tatbestand des Betrugs zu Lasten des Staates erfülle.

Die nationalen Regelungen in Art. 4, 4a und 4b Gesetz Nr. 401 vom 13.9.1989 über Interventionen auf dem Gebiet des heimlichen Spiels und der heimlichen Wetten und zum Schutz des ordnungsgemäßen Ablaufs sportlicher Wettkämpfe (im Folgenden: Gesetz Nr. 401/89) bestimmen:

*Widerrechtliche Ausübung von Spiel- oder Wetttätigkeiten*

*Art. 4. (1) Wer widerrechtlich Lotterien, Wetten oder Prognosewettbewerbe organisiert, die gesetzlich dem Staat oder konzessionierten Einrichtungen vorbehalten sind, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft. [...] Wer widerrechtlich öffentliche Wetten über andere Wettkämpfe von Personen oder Tieren und über Geschicklichkeitsspiele organisiert, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahr und einer Geldstrafe von mindestens 1 Mio. ITL bestraft.*

*(2) Wer für die Wettbewerbe, Spiele oder Wetten, die nach den in Abs. 1 beschriebenen Modalitäten veranstaltet werden, ohne Mittäter eines dort festgelegten Delikts zu sein, wirbt, wird mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten und einer Geldstrafe zwischen 100.000 und 1 Mio. ITL bestraft.*

*(3) Wer an Wettbewerben, Spielen oder Wetten, die nach den in Abs. 1 beschriebenen Modalitäten veranstaltet werden, teilnimmt, ohne Mittäter eines dort festgelegten Delikts zu sein, wird mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten oder einer Geldstrafe zwischen 100.000 und 1 Mio. ITL bestraft.*

*Art. 4a. Die in diesem Art. vorgesehenen Sanktionen sind auf diejenigen anwendbar, der in Italien ohne die nach Art. 88 Königliches Dekret erforderliche Konzession, Genehmigung oder Lizenz eine Tätigkeit zur Annahme oder dem Sammeln oder jedenfalls zur Erleichterung der Annahme oder, auf welche Art auch immer, des Sammelns, auch über Telefon oder durch Datenübertragung, von Wetten jeder Art betreibt, die durch wen auch immer in Italien oder im Ausland abgeschlossen werden.*

*Art. 4 b. [...] Die in diesem Artikel vorgesehenen Sanktionen [sind] auf diejenigen anwendbar, der das Sammeln oder die Registrierung von Einsätzen für die Lotterie, Prognosewettbewerbe oder Wetten über Telefon oder durch Datenübertragung betreibt, ohne im Besitz einer Genehmigung zur Benutzung dieser Mittel zur Durchführung des Sammelns oder der Registrierung zu sein.*

Der EuGH erkennt auf einen Verstoß gegen Art. 43 und 49 EG.

**Aus den Gründen:**

*A. Niederlassungsfreiheit eingeschränkt*

44. Erstens ist zu prüfen, ob eine Regelung wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Gesetz Nr. 401/89 eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt.

45. Die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einschließlich der Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften sind nach Art. 43 EG verboten.

*I. Beschränkung der Betätigung*

46. Soweit eine Gesellschaft wie Stanley (bei Stanley handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft britischen Rechts, die im Vereinigten Königreich im Handelsregister eingetragen ist und die auf Grund eines von der Stadt Liverpool nach dem "Betting, Gaming and Lotteries Act" erteilten Lizenz die Tätigkeit eines Buchmachers betreibt) mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Tätigkeit des Sammelns von Wetten durch Vermittlung einer Organisation von Agenturen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat wie denen der Besch. des Ausgangsverfahrens nachgeht, stellen die diesen Agenturen auferlegten Beschränkungen ihrer Tätigkeit Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit dar.

*II. Beschränkung des Konzessionserwerbs*

47. Ferner hat die italienische Regierung in ihrer Ant-

wort auf Fragen des EuGH in der Sitzung eingeräumt, dass die italienische Regelung über Ausschreibungen für die Wetttätigkeit in Italien Beschränkungen enthalte. Der Umstand, dass außer der Einrichtung, die in diesem Bereich über das Monopol verfüge, keine andere eine Genehmigung für diese Tätigkeit erhalten habe, erkläre sich daraus, dass die italienischen Rechtsvorschriften so gefasst seien, dass die Konzession nur bestimmten Personen erteilt werden könne.

48. Soweit nun das Fehlen ausländischer Wirtschaftsteilnehmer unter den Konzessionären auf dem Sektor der Wetten über Sportereignisse in Italien darauf zurückzuführen ist, dass die italienische Regelung für Ausschreibungen die Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind, Konzessionen zu erhalten, praktisch ausschließt, stellt eine solche Regelung auf den ersten Blick eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, und zwar auch dann, wenn diese Beschränkung unterschiedslos allen Kapitalgesellschaften mit Sitz in Italien oder in einem anderen Mitgliedstaat auferlegt ist, die ein Interesse an diesen Konzessionen haben könnten.

49. Es lässt sich daher nicht ausschließen, dass die durch die italienische Regelung auferlegten Bedingungen für die Beteiligung an Ausschreibungen zur Vergabe dieser Konzessionen gleichfalls ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit darstellen.

### *B. Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt*

50. Zweitens ist zu prüfen, ob die genannte italienische Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

51. Nach Art. 49 EG sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten. Dienstleistungen sind nach Art. 50 EG Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

### *I. Erbringung der Leistung*

52. Der EuGH hat bereits festgestellt, dass die Einfuhr von Werbematerial und Losen in einen Mitgliedstaat zu dem Zweck, die in diesem Staat wohnenden Personen an einer in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten Lotterie teilnehmen zu lassen, zu den Dienstleistungen gehört (EuGH, Slg. 1994, I-1039 = NJW 1994, 2013 - Schindler). Entsprechend gehört eine Tätigkeit, die darin besteht, die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats an in einem anderen Mitgliedstaat veranstalteten

Wetten teilnehmen zu lassen, auch dann zu den Dienstleistungen i.S. des Art. 50 EG, wenn es bei den Wetten um in dem erstgenannten Mitgliedstaat veranstaltete Sportereignisse geht.

53. Der EuGH hat weiter entschieden, dass Art. 49 EG dahin auszulegen ist, dass er Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer potenziellen Leistungsempfängern, die in anderen Mitgliedstaaten ansässig sind, telefonisch anbietet und die er ohne Ortswechsel von dem Mitgliedstaat aus erbringt, in dem er ansässig ist (EuGH, Slg. 1995, I-1141 = NJW 1995, 2541 - Alpine Investments).

54. Überträgt man diese Auslegung auf die Problemstellung im Ausgangsverfahren, so ergibt sich, dass Art. 49 EG Dienstleistungen erfasst, die ein Leistungserbringer wie Stanley mit Sitz in einem Mitgliedstaat, hier dem Vereinigten Königreich, über das Internet - und damit ohne Ortswechsel - in einem anderen Mitgliedstaat, hier der Italienischen Republik, ansässigen Leistungsempfängern anbietet, so dass jede Beschränkung dieser Tätigkeiten eine Beschränkung der freien Erbringung von Dienstleistungen durch einen solchen Leistungserbringer darstellt.

### *II. Empfang der Leistung*

55. Außerdem umfasst der freie Dienstleistungsverkehr nicht nur die Freiheit des Leistungserbringers, Leistungsempfängern, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem ansässig sind, in dessen Gebiet sich dieser Leistungserbringer befindet, Dienstleistungen anzubieten und zu erbringen, sondern auch die Freiheit, als Leistungsempfänger von einem Leistungserbringer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat angebotene Dienstleistungen zu empfangen oder in Anspruch zu nehmen, ohne durch Beschränkungen beeinträchtigt zu werden (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1984, 377 = NJW 1984, 1288 Rdnr. 16 — Luisi und Garbone; Slg. 1999, I-7447 = EuZW 2000, 93 Rdnrn. 33 u. 34 - Eurowings Luftverkehr).

56. Auf Fragen des EuGH in der Sitzung hat die italienische Regierung aber bestätigt, dass die Tätigkeit eines Einzelnen, der sich in Italien von zu Hause aus über das Internet mit einem Buchmacher mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat in Verbindung setze und seine Kreditkarte als Zahlungsmittel verwende, ein nach Art. 4 Gesetz Nr. 401/89 sanktioniertes Delikt darstelle.

57. Ein solches strafbewehrtes Verbot der Teilnahme an Wetten, die in anderen Mitgliedstaaten als dem organisiert werden, in dessen Gebiet der Wettende ansässig ist, stellt eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

*III. Vermittlung der Leistung*

58. Das Gleiche gilt für das an Vermittler wie die Beschuldigten des Ausgangsverfahrens gerichtete ebenfalls strafbewehrte Verbot, die Erbringung von Wettendienstleistungen bei Sportereignissen, die von einem Leistungserbringer organisiert werden, der wie Stanley seinen Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem hat, in dem diese Vermittler ihre Tätigkeit ausüben, zu erleichtern, da ein solches Verbot eine Beschränkung des Rechts des Buchmachers auf freien Dienstleistungsverkehr darstellt, und zwar auch dann, wenn die Vermittler in demselben Mitgliedstaat ansässig sind wie die Empfänger dieser Dienstleistungen.

*C. Zwischenergebnis*

59. Es ist daher festzustellen, dass eine nationale Regelung wie die italienische über Wetten, insbesondere Art. 4 Gesetz Nr. 401/89, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.

*D. Rechtfertigung*

60. Unter diesen Umständen ist zu prüfen, ob solche Beschränkungen auf Grund der in den Art. 45 und 46 EG ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmeregelungen zulässig oder nach der Rechtsprechung des EuGH aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind.

*I. Geschriebene Schranke*

61. Was die insbesondere von der griechischen und der portugiesischen Regierung zur Rechtfertigung der Beschränkungen für Glücksspiele und Wetten vorgebrachten Argumente angeht, so genügt der Hinweis auf die ständige Rechtsprechung, wonach Steuermindereinnahmen nicht zu den in Art. 46 EG genannten Gründen gehören und keinen zwingenden Grund des Allgemeininteresses bilden, der zur Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs angeführt werden kann (vgl. in diesem Sinne EuGH, Slg. 1998, I-4695 = EuZW 1999, 20 - ICI; Slg. 2002, I-8147 - Danner).

62. Wie aus Rdnr. 36 des Urteils Zenatti hervorgeht, müssen die Beschränkungen jedenfalls wirklich dem Ziel dienen, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, und die Finanzierung sozialer Aktivitäten mit Hilfe einer Abgabe auf die Einnahmen aus genehmigten Spielen darf nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein.

*II. Ungeschriebene Schranke*

63. Jedoch hat der EuGH, worauf die Regierungen, die

Erklärungen abgegeben haben, wie auch die Kommission hingewiesen haben, in seinen Urteilen Schindler, Läärä u.a. und Zenatti ausgeführt, dass die sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, es rechtfertigen können, dass die staatlichen Stellen über ein ausreichendes Ermessen verfügen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben.

64. Damit die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs gerechtfertigt sind, müssen sie auf jeden Fall die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Voraussetzungen erfüllen (vgl. u.a. EuGH, Slg. 1993, I-1663 = EuZW 1993, 322 - Kraus; Slg. 1995, I-4165 = NJW 1996, 579 - Gebhard).

65. Nach dieser Rechtsprechung müssen die genannten Beschränkungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Auf jeden Fall müssen sie in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden.

66. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, darüber zu befinden, ob im Ausgangsverfahren die durch das Gesetz Nr. 401/89 eingeführten Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs diese Voraussetzungen erfüllen. Dabei hat es die in den nachfolgenden Randnummern angeführten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

*1. Zwingender Gemeinwohlgrund*

67. Zunächst hat der EuGH in den Urteilen Schindler, Läärä u.a. und Zenatti zwar anerkannt, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können.

*2. Geeignetheit*

Jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wettstätigkeiten beitragen.

68. Hierzu hat das vorlegende Gericht unter Bezugnahme auf die Vorarbeiten zu dem Gesetz Nr. 388/00 ausgeführt, dass der italienische Staat auf nationaler

Ebene eine Politik der starken Ausweitung des Spielens und Wettens zum Zweck der Einnahmenerzielung verfolge und dabei die Konzessionäre des CONI [*das Nationale Olympische Komitee Italiens, Anm. d. Red.*] schütze.

69. Soweit nun aber die Behörden eines Mitgliedstaats die Verbraucher dazu anreizen und ermuntern, an Lotterien, Glücksspielen oder Wetten teilzunehmen, damit der Staatskasse daraus Einnahmen zufließen, können sich die Behörden dieses Staates nicht im Hinblick auf die Notwendigkeit, die Gelegenheiten zum Spiel zu vermindern, auf die öffentliche Sozialordnung berufen, um Maßnahmen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden zu rechtfertigen.

### 3. Unterschiedslose Wirkung

70. Ferner müssen die durch die italienische Regelung auferlegten Beschränkungen im Bereich der Ausschreibungen in dem Sinne unterschiedslos anwendbar sein, dass sie in gleicher Weise und mit den gleichen Kriterien für in Italien ansässige Wirtschaftsteilnehmer wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten.

71. Das vorliegende Gericht wird zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für die Beteiligung an Ausschreibungen für Konzessionen zur Durchführung von Wetten über Sportereignisse so festgelegt sind, dass sie in der Praxis von den italienischen Wirtschaftsteilnehmern leichter erfüllt werden können als von denjenigen aus dem Ausland. Gegebenenfalls wäre durch diese Voraussetzungen das Kriterium der Nichtdiskriminierung nicht beachtet.

### 4. Verhältnismäßigkeit

72. Schließlich dürfen die durch die italienischen Rechtsvorschriften auferlegten Beschränkungen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles erforderlich ist. Insoweit wird das vorliegende Gericht zu prüfen haben, ob die Strafe, die gegen jede Person, die von ihrem Wohnort in Italien aus über das Internet mit einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Buchmacher Wetten durchführt, verhängt wird, nicht vor allem deshalb eine im Licht der Rechtsprechung des EuGH unverhältnismäßige Sanktion darstellt (vgl. EuGH, Slg. 1996, I-929 = EuZW 1996, 317 - Skanavi; Slg. 2002, I-6591 = EuZW 2002, 595 - MRAX), weil zur Teilnahme an Wetten ermuntert wird, sofern sie im Zusammenhang mit Spielen stattfindet, die von zugelassenen nationalen Einrichtungen organisiert werden.

73. Das vorliegende Gericht wird sich außerdem die Frage stellen müssen, ob der Umstand, dass Vermittlern, die die Erbringung von Dienstleistungen durch einen Buchmacher, der in einem anderen Mitgliedstaat

als demjenigen ansässig ist, in dem diese Dienstleistungen angeboten werden, dadurch erleichtern, dass sie in ihren Räumen den Wettenden eine Internetverbindung zu diesem Buchmacher zur Verfügung stellen, Beschränkungen auferlegt werden, die mit Strafandrohungen von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bewehrt sind, eine Beschränkung darstellt, die über das zur Betrugsbekämpfung Erforderliche hinausgeht. Dies könnte vor allem deshalb der Fall sein, weil der Leistungserbringer im Mitgliedstaat der Niederlassung einer Kontroll- und Sanktionsregelung unterliegt, die Vermittler rechtmäßig gegründet sind und diese Vermittler vor den sich aus dem Gesetz Nr. 388/00 ergebenden Gesetzesänderungen glaubten, zur Übermittlung von Wetten über ausländische Sportereignisse berechtigt zu sein.

74. Was die Verhältnismäßigkeit der italienischen Rechtsvorschriften im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit angeht, so kann sich, auch wenn das von den Behörden eines Mitgliedstaats verfolgte Ziel darin besteht, das Risiko auszuschalten, dass die Konzessionäre für Spiele in kriminelle oder betrügerische Tätigkeiten verwickelt werden, der Ausschluss der Möglichkeit für Kapitalgesellschaften, die auf den reglementierten Märkten der anderen Mitgliedstaaten notiert sind, Konzessionen für die Verwaltung von Sportwetten zu erhalten, obwohl es vor allem andere Mittel gibt, die Konten und Tätigkeiten solcher Gesellschaften zu kontrollieren, als eine Maßnahme erweisen, die über das zur Betrugsverhinderung Erforderliche hinausgeht.

75. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die nationale Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.

### E. Antwort auf die Vorlagefrage

76. Angesichts all dieser Erwägungen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass eine nationale Regelung, die — strafbewehrte — Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, enthält, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Art. 43 und 49 EG darstellt, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Konzession oder Genehmigung erteilt. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob eine solche Regelung angesichts ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten, und ob die mit ihr auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen.

**Standort: Gefahrenabwehrrecht****Problem: Betreten von Geschäftsräumen**

OVG BREMEN, URTEIL VOM 02.09.2003

1 A 445/02 (NORDÖR 2003, 457)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Polizei einen Geschäftsraum betreten und darin Identitätsfeststellungen vornehmen darf.

Das BVerfG stellt Geschäftsräume unter den Schutz des Art. 13 GG. Da auch das bloße Betreten derselben in den Schutzbereich eingreift, müsste ein hierzu ermächtigendes Gesetz grds. an den Schranken der Art. 13 II-VII GG gemessen werden. Da das Betreten nicht mit dem Durchsuchen (Art. 13 II GG) zu verwechseln ist und offensichtlich auch mit dem Lauschangriff (Art. 13 III-VI GG) nichts zu tun hat, bliebe als Schranke nur Art. 13 VII GG. Das BVerfG hatte jedoch bereits mehrfach über Betretungsrechte zu befinden, die dessen hohen Schrankenforderungen nicht genügten (grundlegend: BVerfGE 32, 54 ff. zu § 17 II HandwO). Vor die Alternative gestellt, diese Normen für verfassungswidrig zu erklären oder eine eigene Schrankendogmatik für solche Betretungsrechte zu entwickeln, hat sich das BVerfG für letzteres entschieden. Danach soll durch ein gesetzliches Betretungsrecht ein "sonstiger Eingriff" i.S.d. Art. 13 VII GG nicht vorliegen, wenn

- es einem erlaubten Zweck dient und für dessen Erreichen erforderlich ist,
- das Gesetz bestimmt genug ist, namentlich den Zweck des Betretens sowie den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lässt und
- das Betreten der Räume nur zu den üblichen Betriebszeiten zugelassen wird (BVerfGE 32, 54, 77).

Für den im Fall einschlägigen § 21 IV BremPolG (das Gefahrenabwehrrecht der übrigen Bundesländer enthält ausnahmslos ähnliche Vorschriften, so dass die Entscheidung auf diese übertragen werden kann) war die Bestimmtheit fraglich, da nur auf die allgemeine Zuständigkeit der Polizei zur Gefahrenabwehr Bezug genommen, nicht aber der Zweck oder das Ausmaß des Betretens geregelt worden ist. Das Gericht bewahrt die Norm im Wege einer verfassungskonformen Auslegung vor der Nichtigkeit.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Entscheidung wird mit Sicherheit im Examen Ver-

wendung finden. Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung der Betretungsrechte des Polizei- und Ordnungsrechts wird immer dann erforderlich sein, wenn diese - anders als die häufig in Spezialgesetzen anzutreffenden Betretungsrechte wie z.B. § 17 II HandwO - eben nicht nur zu einem bestimmten Zweck das Betreten erlauben, sondern generalklauselartig bei jeder Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Dies genügt den Anforderungen von BVerfGE 32, 54 nicht, sodass weitere Kriterien im Wege der verfassungskonformen Auslegung gewonnen werden müssen. Das OVG nennt als solche vor allem dokumentierte, hinreichende Anhaltspunkte für eine Gefahr (als Faustformel mag gelten, dass zumindest ein Gefahrenverdacht vorliegen muss, zumal das OVG den Begriff selbst verwendet), zweifelt aber, ob diese die Schwelle des Art. 13 VII GG überschreiten müssen. Entgegen der Lit. dürften die Zweifel des OVG begründet sein, denn das BVerfG hat seine besondere Rspr. zu den Betretungsrechten ja gerade vor dem Hintergrund entwickelt, dass diese Art. 13 VII GG nicht genügen.

Prozessual nimmt sich das OVG die Freiheit, nicht zwischen Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage abzugrenzen, sondern offen zu lassen, ob Betreten und Identitätsfeststellung nun Verwaltungs- oder Realakte sind. Diese Praxis mag in einem Urteil zulässig sein, ist jedoch im Gutachten keinesfalls zu empfehlen, zumal die Behauptung des OVG, die Sachurteilsvoraussetzungen unterschieden sich nicht, für einige derselben stark umstritten (Vorverfahren, Frist), für andere schlicht falsch ist (Subsidiarität des § 43 II VwGO, ggf. Behörde als Beklagter nach Landesrecht). Richtig ist allerdings in jedem Fall die Prüfung des qualifizierten Feststellungsinteresses anhand der Fallgruppen des § 113 I 4 VwGO auch bei der Feststellungsklage, wenn es sich - wie hier - um ein erledigtes Rechtsverhältnis handelt (vgl. dazu ausführlich das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft).

Welche Klageart nun tatsächlich einschlägig ist, richtet sich i.Ü. danach, ob man mit der früheren Rspr. in einem Verwaltungsrealakt zugleich eine konkludente Duldungsverfügung sehen will (dann: Fortsetzungsfeststellungsklage gegen diese) oder mit der Lit. nicht (dann: Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses).

**Vertiefungshinweise:**

☐ Betretungsrechte und Art. 13 GG: BVerfGE 32, 54; Battis, JuS 1973, 28; Schwan, DÖV 1975, 662

**Kursprogramm:**
 Examenskurs: "Steuerspitzelei"
**Leitsätze:**

- 1. Die Polizei darf Betriebs- und Geschäftsräume zum Zwecke der Gefahrenabwehr betreten und besichtigen, wenn aufgrund hinreichend präziser und aktueller Lagekenntnisse eine Gefährdung nicht nur unerheblicher polizeilicher Schutzgüter droht. Diese Voraussetzung ist jedenfalls dann gegeben, wenn die Maßnahme der Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung i.S.v. Art. 13 Abs. 7 GG dient.**
- 2. Eine öffentlich zugängliche Teestube, die nach Erkenntnissen der Polizei ein Treffpunkt von Ausländern mit illegalem Aufenthalt ist, darf von der Polizei betreten werden.**
- 3. Der Inhaber eines öffentlich zugänglichen Vereinsraums ist gegen die Feststellung der Identität seiner Besucher klagebefugt, wenn die Identitätsfeststellungen geeignet sind, den Betrieb der Einrichtung und ihre Attraktivität für Besucher unmittelbar zu beeinträchtigen.**

**Sachverhalt:**

Der Kläger, ein eingetragener Verein, betreibt eine Teestube, die allgemein zugänglich ist und vornehmlich von Kurden besucht wird. Zwischen Juli 2000 und März 2002 wurden insgesamt 17 Polizeikontrollen in der Teestube durchgeführt, d.h. Polizeibeamte betraten die Teestube und stellten die Identität der Anwesenden fest. Aufgrund der Identitätsfeststellungen wurden gegen insgesamt 12 Personen Strafverfahren wegen illegalen Aufenthalts bzw. aufenthaltsbeendende Maßnahmen eingeleitet.

Am 12.03.2002 wurde erneut eine Kontrolle durchgeführt. Im Einsatzbericht heißt es dazu, in der Teestube und deren Umgebung sei es immer wieder zu diversen strafrechtlichen Verstößen (besonders im ausländerrechtlichen und betäubungsmittelrechtlichen Bereich) gekommen. Am 12.03.2002 seien die Personalien der vier anwesenden Personen überprüft, aber keine Verstöße festgestellt worden.

Am 20.03.2002 hat der Kläger vor dem Verwaltungsgericht Klage gegen diese Kontrolle erhoben. Die Maßnahme stelle eine willkürliche Durchsuchung dar. Die gegen die Besucher der Teestube erhobenen Vorwürfe seien aus der Luft gegriffen. Soweit sich in der Vergangenheit auch Personen mit illegalem Aufenthalt unter den Besuchern befunden hätten, rechtfertige das keinen Generalverdacht gegen alle übrigen Besucher der Teestube. Der Kläger begehrt die Feststellung, dass die am 12.03.2002 durchgeführten Maßnahmen

rechtswidrig gewesen sind. Die Klage ist vor dem VG und dem OVG erfolglos geblieben.

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

Entgegen der Auffassung der Beklagten und des Verwaltungsgerichts ist die Klage nicht schon ganz oder teilweise unzulässig.

**I. Statthaftigkeit****1. Klageart**

Die Klage ist unabhängig davon zulässig, ob sie als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO oder als Feststellungsklage nach § 43 VwGO zu qualifizieren ist, denn beide Klagen unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht voneinander. Die Voraussetzungen der Klage sind unabhängig davon, ob die zur Prüfung gestellten Maßnahmen als mit ihrem Vollzug erledigte Verwaltungsakte zu qualifizieren sind oder nicht, letztlich dem § 43 VwGO zu entnehmen; für ihre Erhebung gilt insbesondere keine Klagefrist (BVerwGE 109, 203 [209]).

**2. Klagebegehren**

Gegenstand der Klage sind die polizeilichen Maßnahmen nicht nur insoweit, als sie sich auf die Wahrung der Integrität der dem Kläger gehörenden Räumlichkeiten richten. Zwar mag der Wortlaut der vom Kläger zunächst gestellten Anträge, in denen lediglich von einer Durchsuchung der Räumlichkeiten die Rede ist, ein solches Vorbringen nahe legen. Auf die Formulierung des Klageantrags kommt es aber nicht entscheidend an; maßgebend für den Umfang des Klagebegehrens (§ 88 VwGO) ist das aus dem gesamten Parteivorbringen, insbesondere der Klagebegründung, zu entnehmende erkennbare wirkliche Rechtsschutzziel (BVerwG, NVwZ 1993, 62). Dieses ist hier eindeutig auf die Überprüfung der polizeilichen Maßnahmen insgesamt, also einschließlich der in der Teestube durchgeführten Identitätsfeststellungen, gerichtet.

**II. Klagebefugnis**

Der Kläger kann auch geltend machen, durch die polizeilichen Maßnahmen in seinen eigenen Rechten verletzt worden zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO). Das gilt auch für die Kontrolle der Personen, die sich in der Teestube aufhielten. Die Personenüberprüfungen knüpfen nicht nur daran an, dass sich die Personen im Lokal des Klägers aufhielten, das auf diese Weise bei Teilen der Öffentlichkeit als mit einem Makel behaftet

erscheint. Sie wirken, zumal sie wiederholt erfolgten, auch auf den Betrieb der Teestube zurück, da deren Besucher damit rechnen müssen, dort nicht ungestört bleiben zu können, sondern Objekt polizeilicher Maßnahmen zu werden. Dadurch beeinträchtigen die Personenüberprüfungen den Betrieb und die Attraktivität der Teestube unmittelbar. Der Kläger kann daher geltend machen, durch sie nicht nur in seinem Hausrecht (vgl. BVerfGE 44, 343 [366]), sondern auch in seinem Recht, eine Teestube zu betreiben, verletzt zu werden (vgl. auch VG München, NVwZ-RR 2000, 154 [155]).

### III. Feststellungsinteresse

Der Kläger hat auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, dass die von ihm angegriffenen polizeilichen Maßnahmen rechtswidrig waren.

#### 1. Wiederholungsgefahr

Ein solches Interesse ergibt sich hier schon aus der Gefahr, dass die Beklagte ähnliche Maßnahmen auch in Zukunft treffen will. Die Beklagte, die ihre Vorgehensweise für rechtlich unproblematisch hält, hat eine Vielzahl von Maßnahmen wie die hier in Streit stehende Kontrolle durchgeführt und nimmt auch für die Zukunft das Recht für sich in Anspruch, solche Überprüfungen durchzuführen.

#### 2. Rehabilitation

Unabhängig davon besteht hier auch ein Rehabilitationsinteresse des Klägers. Entgegen der Auffassung der Beklagten kann der Kläger geltend machen, dass von den polizeilichen Maßnahmen in der Teestube eine ihn diskriminierende Wirkung ausgeht, die fort dauert. Das ergibt sich hier schon daraus, dass die Beklagte ihre Maßnahme ausdrücklich damit begründet hat, es komme in der Teestube des Klägers immer wieder zu diversen Straftaten. Die Überprüfung der auf diese Behauptung gestützten Maßnahme ist geeignet, den Kläger gegenüber seinen Mitgliedern, seinen Besuchern und gegenüber der Öffentlichkeit von einem Makel zu befreien.

#### B. Begründetheit

Die Klage ist aber nicht begründet. Die angegriffenen polizeilichen Maßnahmen waren rechtmäßig.

#### I. Betreten der Teestube

##### 1. Ermächtigungsgrundlage

###### a. Durchsuchung, § 21 I BremPolG

Entgegen der Auffassung des Klägers ist die Maßnah-

me nicht an § 21 Abs. 1 BremPolG zu messen. Eine Durchsuchung im Sinne dieser Vorschrift hat, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht vorgelegen.

###### aa. Definition

Der polizeiliche Begriff der Durchsuchung in § 21 Abs. 1 BremPolG hat die gleiche Bedeutung wie die Durchsuchung einer Wohnung in Art. 13 Abs. 2 GG (vgl. für das entsprechende Berliner Polizeirecht BVerwGE 47, 31 [36]). Zur Wohnung im Sinne dieser Vorschrift gehören auch Betriebs- und Geschäftsräume, die der Inhaber aus eigenem Entschluss der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat (BVerfGE 32, 54 [68]; 97, 228 [264] m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der das Oberverwaltungsgericht folgt, ist kennzeichnend für die Durchsuchung einer Wohnung "das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber einer Wohnung von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften, mithin das Ausforschen eines für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereiches" (BVerwGE 47, 31 [37]). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Definition in der Weise erläutert, dass es zum Durchsuchungsbegriff gehört, "dass der Wohnungsinhaber den Sachverhalt, um dessen Ermittlung es sich handelt, geheim halten möchte" (BVerfGE 75, 318 [327]). Das, was aufgespürt werden soll, darf sich nicht, wie bei einer bloßen Besichtigung, der äußerlichen Betrachtung darbieten.

###### bb. Subsumtion

Dem Auffinden in diesem Sinne verborgener Personen diene die hier angegriffene Maßnahme nicht. Dies gilt unabhängig davon, ob die Maßnahme darauf abzielte, Personen aufzugreifen, die sich illegal in der Bundesrepublik Deutschland aufhielten. Allein die Anwesenheit solcher Personen in den Räumlichkeiten des Klägers bedeutet nämlich noch nicht, dass sie sich dort verborgen hielten. Die Tatsache, dass die Personen sich in einer Örtlichkeit bewegten, die von ihrem Inhaber der Öffentlichkeit zugänglich gemacht worden war, spricht im Gegenteil dafür, dass sie sich dort nicht verstecken wollten. Die angegriffene polizeiliche Maßnahme ist daher, soweit sie sich gegen die Räumlichkeiten des Klägers richtete, nicht als Durchsuchung, sondern lediglich als Betreten zu werten.

###### b. Betreten, § 21 IV BremPolG

Das Betreten der Teestube war nach § 21 Abs. 4

BremPolG zulässig. Danach dürfen Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume sowie andere Räume, die öffentlich zugänglich sind oder zugänglich waren und den Anwesenden zum weiteren Aufenthalt zur Verfügung stehen, zum Zwecke der Gefahrenabwehr (§ 1 Abs. 1 BremPolG) während der Arbeits-, Geschäfts- oder Aufenthaltszeit betreten werden.

## 2. Tatbestand

### a. Konkrete Gefahr

Einer konkreten Gefahr im Einzelfall bedarf es nach dieser Vorschrift nicht. Das ergibt sich aus der ausdrücklichen Verweisung auf die Aufgabenbeschreibung in § 1 Abs. 1 BremPolG. Danach hat die Polizei die Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren.

Diese Auslegung wird durch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes bestätigt. Die Vorschrift geht auf den "Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes" (ME) der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren des Bundes und der Länder in der Fassung vom 25.11.1977 zurück. In der Begründung der gleichlautenden Vorschrift des § 19 Abs. 4 ME heißt es ausdrücklich, dass eine konkrete Gefahr im Sinne des § 8 Abs. 1 ME (= § 10 Abs. 1 BremPolG) nicht vorzuliegen brauche (abgedruckt bei Heise/Riegel, ME, 2. Aufl. 1978, S. 79.) Der bremische Gesetzgeber war bei der Verabschiedung des Bremischen Polizeigesetzes von 1983 "bemüht, dem Musterentwurf zu folgen, soweit das aus unserer Sicht vertretbar war" (so für die den Entwurf des BremPolG tragende Mehrheit Abg. Dr. Klischies, SPD, in der 79. Sitzung der Bremischen Bürgerschaft - Landtag -, 10. Wahlperiode, vom 16.3.1983, Prot S. 6123.) Die Regelung des § 10 Abs. 4 ME hat er unverändert übernommen.

### b. Abstrakte Gefahr

Im Rahmen ihrer Aufgabe, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren, trifft die Polizei auch Vorbereitungen, um künftige Gefahren abwehren zu können (§ 1 Abs. 1 Satz 2). Die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit umfasst auch die Verhütung von Straftaten (§ 1 Abs. 1 Satz 3).

### c. Betriebsbezogenheit der Gefahr

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich auch, dass die Gefahren, deren Abwehr das Betreten dienen soll, in einem Zusammenhang mit dem in den öffentlich zugänglichen Räumen eröffneten Betrieb oder Geschäft stehen und diesem deshalb zurechenbar sein müssen.

#### aa. Rechtsprechung des BVerfG

Wie in der Begründung des Musterentwurfs (Heise/Riegel, a.a.O., S. 79) ausgeführt wird, soll das Betretensrecht "auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Oktober 1971 (BVerfGE 32, 54)" geregelt werden. Nach dieser Rechtsprechung, an der das Bundesverfassungsgericht auch später festgehalten hat (BVerfGE 97, 228 [266]), umfasst der Begriff der "Wohnung" in Art. 13 Abs. 1 GG zwar, wie oben dargestellt, auch die Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume. Den unterschiedlichen Schutzbedürfnissen für private Wohnräume im engeren Sinne einerseits, Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume andererseits ist aber dadurch Rechnung zu tragen, dass die Betretungs- und Besichtigungsrechte für letztere, die den Fachbehörden insbesondere der Wirtschafts-, Arbeits- und Steueraufsicht herkömmlicherweise durch Gesetz eingeräumt sind, nicht an Art. 13 Abs. 7 GG (= Art. 13 Abs. 3 GG a.F.) zu messen sind. Sie unterliegen vielmehr einem geringeren Rechtfertigungsstandard, den das Bundesverfassungsgericht "unter Beachtung namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit" (BVerfGE 32, 54 [76]) entwickelt hat.

Das Bundesverfassungsgericht knüpft daran an, dass diesen Räumen nach ihrer Zweckbestimmung durch den Inhaber eine größere Offenheit nach außen zukommt: "Sie sind zur Aufnahme sozialer Kontakte bestimmt, der Inhaber entlässt sie insoweit aus der privaten Intimsphäre". Das Zugänglichmachen der Räume für die Öffentlichkeit verringert nicht nur das Schutzbedürfnis, sondern führt zugleich dazu, dass das, was in ihnen geschieht, notwendig nach außen wirkt und deshalb auch die Interessen anderer und der Allgemeinheit berühren kann. Daraus folgt, dass die mit dem Schutz dieser Interessen beauftragten Behörden in gewissem Rahmen den Betrieb dieser Einrichtungen auch an Ort und Stelle kontrollieren und zu diesem Zweck die Räume betreten dürfen (BVerfGE 32, 54 [75]). Der Musterentwurf und die ihm folgenden Polizeigesetze haben die solchermaßen begründete Betretensbefugnis auch den Polizeibehörden als allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden eröffnen, sie aber nicht qualitativ erweitern wollen. Daraus folgt eine gegenständliche Beschränkung der Betretensbefugnis: Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume dürfen nur zum Zwecke der Abwehr solcher Gefahren betreten werden, die dadurch ausgelöst oder zumindest gefördert werden, dass ihr Inhaber sie der Allgemeinheit zugänglich gemacht hat.

#### bb. Subsumtion

Im Einzelnen ist das Betreten öffentlich zugänglicher

Betriebs- und Geschäftsräume nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann mit dem Grundgesetz vereinbar, wenn es auf einer besonderen gesetzlichen Vorschrift beruht, einem erlaubten Zweck dient und für dessen Erreichen erforderlich ist, das Gesetz den Zweck des Betretens, den Gegenstand und den Umfang der zugelassenen Besichtigung und Prüfung deutlich erkennen lässt und das Betreten der Räume nur in den Zeiten statthaft ist, zu denen die Räume normalerweise für die jeweilige betriebliche oder geschäftliche Nutzung zur Verfügung stehen (BVerfGE 32, 54 [77]).

*(1). Legitimer Zweck*

Daran, dass das Betreten der Räume im Rahmen der polizeilichen Aufgaben nach § 1 Abs. 1 BremPolG einem verfassungsrechtlich erlaubten Zweck dient, bestehen keine Zweifel. Die Aufgabe des Staates, die Belange der Allgemeinheit und des Einzelnen zu schützen, umfasst nicht nur die Abwehr bereits vorhandener Gefahren, sondern auch die Vorsorge gegen Risiken, die sich noch nicht zu einer Gefahr verdichtet haben (LVerfG MV, LVerfGE 10, 337 [352, 356]; vgl. auch BVerfGE 100, 313 [383]). Zur Verfolgung dieses Zwecks kann auch das Betreten privater Betriebs- und Geschäftsräume geeignet und erforderlich sein. Bei der Frage, inwieweit diese Voraussetzungen im Gesetz selbst festzulegen sind, ist den Besonderheiten der polizeilichen Aufgabe, schon im Vorfeld von Gefahren präventiv tätig zu werden, Rechnung zu tragen.

*(2). Bestimmtheit*

Allerdings ist die in § 1 Abs. 1 BremPolG umschriebene Aufgabe, auf die § 21 Abs. 4 BremPolG Bezug nimmt, außerordentlich weit gefasst und entsprechend unbestimmt. Durch diese Weite der Aufgabe unterscheidet sich das polizeiliche Betretensrecht nicht unerheblich von den herkömmlichen Betretens- und Besichtigungsregelungen der nur für eine bestimmte fachliche Aufgabe zuständigen Behörden der Wirtschaftsaufsicht im weiteren Sinne, die auf die Überwachung der mit dem eröffneten Gewerbe verbundenen Verpflichtungen beschränkt sind (vgl. BVerwGE 37, 283 [289]). Die Gefahrenabwehr im Sinne von § 1 Abs. 1 BremPolG ist nicht auf einzelne Rechtsbereiche begrenzt und dadurch eingengt. Es fehlt die durch die fachliche Zuständigkeit der Kontrollbehörde gezogene Beschränkung des Aufgabenkreises.

*(a). Verfassungskonforme Auslegung notwendig*

Um dem vom Bundesverfassungsgericht formulierten Maßstab zu genügen, bedarf § 21 Abs. 4 BremPolG weiterer Eingrenzungen. Ohne eine weitere tat-

bestandliche Konkretisierung erschöpften sich die Eingriffsvoraussetzungen des § 21 Abs. 4 BremPolG im Ergebnis in der bloßen Bezugnahme auf die allgemeine Aufgabenbeschreibung in § 1 Abs. 1 BremPolG. Damit würde die notwendige Unterscheidung zwischen Aufgaben- und Befugnisnorm, die ein Gebot rechtsstaatlichen Polizeirechts ist (vgl. Denninger, in: Lisken/Denninger [Hg.], Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl. 2001, E 55), verwischt. Weitere Eingrenzungen des § 21 Abs. 4 BremPolG sind daher auch erforderlich, damit die Regelung ihrer Funktion als Befugnisnorm, das polizeiliche Einschreiten insbesondere auch hinsichtlich der Kontrollbreite und Kontrolldichte zu steuern, gerecht wird. Da die Norm selbst diese Einschränkungen nicht enthält, hat sie das Oberverwaltungsgericht im Wege der verfassungskonformen Auslegung einschränkend zu interpretieren.

*(b). Kompetenz zur verfassungskonformen Auslegung*

Zu einer solchen verfassungskonformen Auslegung sind die Gerichte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. z.B. BVerfGE 90, 263 [274] m.w.N.) verpflichtet. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze erst dort, wo sie in Widerspruch zu dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers treten würde. Das ist bei den hier in Rede stehenden Einschränkungen aber nicht der Fall. Weder aus dem Wortlaut des § 21 Abs. 4 BremPolG noch aus seiner Entstehungsgeschichte ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, dass von den verfassungsrechtlich gebotenen Einschränkungen für das Betreten abgesehen werden sollte.

Auch für die mit § 21 Abs. 4 BremPolG übereinstimmenden Betretensbefugnisse in den Polizeigesetzen anderer Länder wird in der Literatur die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung betont (Hornmann, HSOG, 1997, Rn 15 zu § 38; Berner/Köhler, PAG, 15. Aufl. 1998, Rn 13 zu Art. 23; wohl auch Alberts/Merten/Rogosch, SOG Hamburg, 1996, Rn 14 zu § 16; für das Bauordnungsrecht: Finkelnburg/Ortloff, Bd. II, 4. Aufl. 1998, S. 158).

*(c). Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung*

Der Maßstab für die Beschränkung der weit gefassten Betretensbefugnis ergibt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser verlangt unter anderem, dass die Einbußen an grundrechtlich geschützter Freiheit nicht in einem unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken stehen, denen die Grundrechtsbeschränkung dient (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, vgl. BVerfGE 100, 313 [375]). Auch wenn die

Intensität des Grundrechtseingriffs, der mit dem polizeilichen Betreten eines vom Inhaber selbst der Öffentlichkeit zugänglich gemachten Raumes verbunden ist, nur von relativ geringem Gewicht ist (vgl. BVerfGE 32, 54 [76]), braucht der Einzelne die mit ihm verbundene Einschränkung seines Grundrechts nur hinzunehmen, wenn überwiegende Allgemeininteressen dies rechtfertigen. Ob das der Fall ist, hängt unter anderem davon ab, wie groß die möglichen Gefahren sind, für deren Abwehr durch das Betreten Vorsorge getroffen werden soll, und wie wahrscheinlich ihr Eintritt ist (vgl. BVerfGE 100, 313 [376]). Nicht jedes polizeiliche Schutzgut ist von solchem Gewicht, dass allein die Möglichkeit seiner künftigen Gefährdung einen so bedeutenden Gemeinwohlbelang darstellen könnte, dass dahinter die Freiheit des Inhabers der Räume zurückstehen müsste. Es kommen deshalb im Rahmen von § 21 Abs. 4 BremPolG nur solche künftige Gefahren und zu verhütenden Straftaten als polizeiliches Kontrollziel in Betracht, die von ihrer Bedeutung her geeignet sind, das Interesse des Inhabers an der Wahrnehmung seiner privaten Verfügungsgewalt über die Räume zu überwiegen.

*(aa). Voraussetzungen des Art. 13 VII GG*

Wo diese Eingriffsschwelle im Einzelnen zu verorten ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung.

*(aaa). Bejahende Auffassung*

Von einem Teil der polizeirechtlichen Literatur wird das polizeiliche Betreten nur für zulässig erachtet, wenn es zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne des Art. 13 Abs. 7 GG erfolgt (vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 13. Aufl. 2001, Rn 304). Der Begriff der dringenden Gefahr im Sinne des Art. 13 Abs. 7 GG bezieht sich vor allem auf die Qualität des Schadens und weniger auf dessen Wahrscheinlichkeit (vgl. Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 13 [Stand Okt. 1999], Rn 129 ff.; Rachor, in: Liskén/Denninger, a.a.O., F 626, jeweils m.w.N.). Das ergibt sich aus den in Art. 13 Abs. 7 GG aufgeführten Beispielen Wohnungsnot, Seuchengefahr und Jugendschutz. Eine Gefahr ist deshalb dann dringend im Sinne von Art. 13 Abs. 7 GG, wenn sie Rechtsgüter von vergleichbarem Rang wie die erwähnten Regelbeispiele betrifft.

*(bbb). Verneinende Auffassung*

Eine derart hohe Schwelle erscheint im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung indes nicht geboten. Mit ihr würde die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Differenzierung zwischen Wohnräumen und öffentlich zugänglichen Räumen für das allgemeine

Polizeirecht aufgegeben und der Wille des Gesetzgebers, diese unterschiedlichen Schutzniveaus ins Polizeirecht zu übertragen (vgl. auch § 21 Abs. 3 BremPolG) konterkariert.

*(ccc). Art. 13 VII GG jedenfalls erfüllt*

Dem braucht hier jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, denn auch diese hohe Schwelle ist hier erreicht. Maßnahmen zur Bekämpfung der illegalen Zuwanderung dienen nämlich der Verhütung einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Die illegale Einreise und der illegale Aufenthalt stellen nicht nur Straftatbestände dar (§ 92 Abs. 1 AuslG). Sie gefährden eine geordnete Zuwanderungspolitik und führen zu gravierenden nachteiligen Folgen in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht (vgl. dazu den Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ vom 04.07.2001, S. 196).

*(bb). Hinreichender Gefahrenverdacht*

Allein die Qualifizierung des Schutzgutes, auf die sich das Kontrollziel des polizeilichen Betretens bezieht, reicht aber für eine verfassungskonforme Auslegung nicht aus. Die polizeiliche Befugnisnorm ist deshalb weiter dadurch zu konkretisieren, dass sich der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Kontrollziel und dem Kontrollobjekt jeweils durch tatsächliche Anhaltspunkte unterhalb der Schwelle der konkreten Gefahr ergibt. Dies setzt voraus, dass zum Kontrollzeitpunkt hinreichend präzise und aktuelle Lageerkennnisse vorhanden sind, die den Schluss erlauben, dass gerade das zu betretende Objekt ein Ort ist, an dem sich die abzuwehrenden Gefahren oder zu verhütenden Straftaten in nicht allzu ferner Zukunft ereignen könnten.

*(cc). Dokumentationspflicht*

Diese Lageerkennnisse müssen dokumentiert sein, damit der Zusammenhang zwischen der Zweckverfolgung und der einzelnen Maßnahme auch nachweisbar und effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist (vgl. entspr. für die Schleierfahndung LVerfG MV, LVerfGE 10, 337 [361]; BayVerfGH, DVBl 2003, 861 [865]).

*(dd). Subsumtion*

Die hier streitige Maßnahme genügt den vorstehend formulierten Anforderungen. Das Betreten der Teestube des Klägers am 12.3.2003 diente der Bekämpfung der illegalen Zuwanderung. Bei der Verfolgung dieses Zwecks betrat die Beklagte nicht wahl- und ziellos eine der von Ausländern frequentierten Teestuben, sondern verfolgte ein differenziertes Konzept,

bei dem sie ihre Maßnahmen von vorliegenden aktuellen objektbezogenen Erkenntnissen abhängig machte. Für die Teestube des Klägers lagen zum Zeitpunkt des hier strittigen Betretens solche Lageerkenntnisse vor. Die Maßnahme hatte eine von der Beklagten dokumentierte und auch vom Kläger nicht substantiiert bestrittene Vorgeschichte, aus der sich hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergaben, dass die Teestube des Klägers im fraglichen Zeitraum als Treffpunkt für illegal zugewanderte Ausländer in Betracht kam.

## II. Identitätsfeststellung

Auch die Feststellung der Identität der in der Teestube angetroffenen Personen war rechtmäßig.

### 1. Ermächtigungsgrundlage

Sie findet ihre Rechtsgrundlage in § 11 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG. Danach darf die Polizei die Identität einer Person "zur Abwehr einer Gefahr" feststellen.

### 2. Tatbestand

Die Vorschrift setzt eine konkrete Gefahr voraus (vgl. die Begründung zu der gleichlautenden Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 1 ME, abgedruckt bei Heise/Riegel, a.a.O., S. 47).

#### a. Konkrete Gefahr

Dies bedeutet, dass im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen muss, dass in absehbarer Zeit ein Schaden für die öffentliche Sicherheit eintreten wird (§ 2 Nr. 3a BremPolG). Für die Frage, ob eine konkrete Gefahr in diesem Sinne angenommen werden kann, kommt es auf die vertretbare Prognose eines pflichtgemäß, d.h. gewissenhaft und besonnen handelnden Polizeibeamten an. Auch dann, wenn eine solche Prognose zu dem Ergebnis führt, dass es zwar tatsächliche Anhaltspunkte für einen bevorstehenden Schadenseintritt gibt, sich wegen unvermeidbarer Erkenntnislücken aber auch nicht ausschließen lässt, dass ein Schaden nicht eintritt, darf die Polizei zur Abwehr

der solcherart für wahrscheinlich gehaltenen Gefahr tätig werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Identitätsfeststellung typischerweise eine Maßnahme der Gefahrenforschung als Bestandteil der Gefahrenabwehr ist (vgl. Rachor, in: Lisken/Denninger [Hg.], a.a.O., F 322).

#### b. Subsumtion

Die Polizeibeamten, die die Teestube des Klägers betreten und dort ihnen unbekannt Personen angetroffen hatten, durften mit hinreichender Wahrscheinlichkeit annehmen, dass sich zumindest ein Teil dieser Personen illegal in Deutschland aufhielt. Ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergaben sich aus den zuvor getroffenen Feststellungen. Danach waren bei einer Vielzahl von Kontrollen in der Vergangenheit immer wieder Personen in der Teestube oder in deren unmittelbarer Umgebung angetroffen worden, die sich illegal in Deutschland aufhielten. Die letzte Feststellung eines Ausländers ohne Aufenthaltserlaubnis lag nur wenige Tage zurück. Die bei den zurückliegenden Kontrollen gewonnenen Erfahrungen rechtfertigten im Zeitpunkt des polizeilichen Handelns die Prognose, dass in der Teestube angetroffene Personen sich illegal in Deutschland aufhalten könnten. Allein die Tatsache, dass sich die Prognose bei der Überprüfung der vier angetroffenen Personen nicht bestätigte, berührt die Rechtmäßigkeit der zuvor zu treffenden Entscheidung nicht. [...]

#### c. Kein § 11 I Nr. 2 BremPolG

Da nach den vorhandenen Erkenntnissen eine konkrete Gefahr im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 1 BremPolG angenommen werden konnte, hat die Beklagte ihr Vorgehen zu Recht nicht auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 BremPolG (Befugnis zur Identitätsfeststellung an sog. gefährlichen Orten) gestützt, der zwar einerseits die Gefahrenschwelle absenkt, andererseits aber höhere Anforderungen an das polizeiliche Schutzgut stellt, die hier nicht vorlagen.

**Standort: VerwR AT****Problem: Reichweite von Ermessensrichtlinien**

BVERWG, URTEIL VOM 23.04.2003

3 C 25.02 (DVBL 2004, 126)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob bereits der Verstoß gegen eine Richtlinie die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts i.S.d. § 48 I 1 VwVfG begründen kann. Das BVerwG verneint dies mit der Begründung, dass es sich bei Richtlinien um Verwaltungsvorschriften handle, die ihrem Wesen nach reines Innenrecht der Verwaltung sind. Für eine Rechtswidrigkeit i.S.d. § 48 I 1 VwVfG sei aber immer ein Gesetzesverstoß erforderlich.

Das Gericht geht sodann der Frage nach, ob und wann die Abweichung von Richtlinienvorgaben mittelbar über Art. 3 I GG einen solchen Gesetzesverstoß begründen kan. Diesbezüglich kommen zwei Möglichkeiten in Betracht:

1. Durch eine ständige Verwaltungspraxis bindet sich die Verwaltung selbst mit der Folge, dass sie hiervon nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf. Durch die immer gleiche Anwendung auslegungsbedürftiger Richtlinien kann eine solche Selbstbindung herbeigeführt werden. Im vorliegenden Fall gab es eine solche ständige Praxis jedoch nicht.

2. Ist die Richtlinie nicht auslegungsbedürftig, sondern ihrem Wortlaut nach eindeutig, kann sie bereits für sich genommen die Verwaltung binden; m.a.W. sind dann auch ohne vorherige ständige Praxis willkürliche Abweichungen von der Richtlinienvorgabe wegen Art. 3 I GG unzulässig. Im Fall war die Richtlinie aber nicht eindeutig, sondern beinhaltete unbestimmte Rechtsbegriffe wie "erforderliche fachliche Qualifikation" und "Zuverlässigkeit".

**Prüfungsrelevanz:**

Verwaltungsvorschriften sind die für eine Vielzahl von Fällen vorformulierten Rechtsanwendungsvorschriften einer übergeordneten an eine untergeordnete Instanz innerhalb der Verwaltung, also reines Innenrecht der Exekutive. Außenwirkung gegenüber anderen Staatsgewalten, insbesondere den Gerichten, können sie daher grds. nicht entfalten. Je nach Art der Verwaltungsvorschrift können von diesem Grundsatz jedoch Abstriche zu machen sein:

1. *Norminterpretierende* Verwaltungsvorschriften legen einen unbestimmten Rechtsbegriff auf Tatbestandsebene aus und definieren ihn; ihnen liegen ju-

ristische Beurteilungen zugrunde, die von den Gerichten voll überprüfbar sind. Bindungswirkung für die Gerichte entfalten sie daher nicht, es bleibt bei der reinen Innenwirkung.

2. *Normkonkretisierende* Verwaltungsvorschriften beziehen sich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe im Tatbestand. Mit ihnen wird die Ausübung eines Beurteilungsspielraums von der Einzelentscheidung im jeweiligen Verwaltungsakt in eine abstrakt-generalisierende Regelung vorverlagert, um so die Einheitlichkeit des Verwaltungshandelns sicherzustellen. Ihnen liegen weniger juristische als tatsächliche Beurteilungen zugrunde, z.B. die Aufstellung von Grenzwerten nach dem Stand der Wissenschaft und Technik. Hauptbeispiele sind die Technischen Anleitungen wie TA Luft und TA Lärm, die sich auf "schädliche Umwelteinwirkungen" beziehen, §§ 3, 48 BImSchG. Im Gegensatz zu juristischen Fragen hat das Gericht hier keine oder nur eine geringere eigene Sachkompetenz. Daher soll den normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften nach st.Rspr. des BVerwG auch für die Gerichte normgleiche Bindungswirkung zukommen. Da dies im Hinblick auf die Gewaltenteilung bedenklich ist (vgl. hierzu BVerfGE 78, 214, 217), stellt das BVerwG strenge Voraussetzungen für das Vorliegen einer solchen Bindungswirkung auf (vgl. dazu BVerwG, RA 1999, 185 = DVBl 1999, 399).

3. *Ermessensrichtlinien* sollen eine einheitliche Ermessensausübung gewährleisten. Sie finden auf Rechtsfolgenseite Beachtung, entbinden das Gericht aber grds. ebenfalls nicht von einer einzelfallbezogenen Ermessensfehlerkontrolle. Bindungswirkung können sie nur mittelbar über Art. 3 I GG entfalten, wonach eine willkürliche Abweichung von Ermessensrichtlinien gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen und damit ermessensfehlerhaft sein kann ("Selbstbindung der Verwaltung"). Dies soll - wie auch die vorliegende Entscheidung betont - dann aber nicht nur zu Gunsten, sondern auch zu Lasten des Bürgers möglich sein, was angesichts der Schutzfunktion der Grundrechte zumindest nicht selbstverständlich ist, wenn man zur Begründung dieser Bindungswirkung Art. 3 I GG rekrutiert.

**Vertiefungshinweise:**

Zur Abgrenzung von Verwaltungsvorschrift und Rechtsnorm: *BayVGH*, RA 2001, 128 = DVBl 2001, 311

Zur Auslegung von Verwaltungsvorschriften vor dem Hintergrund einer abweichenden Praxis: *OVG*

NRW, RA 2000, 316 = NWVBl 2000, 184

**Kursprogramm:**

Examenskurs: "Windkraft contra Nachbarschaft"

**Leitsätze:**

**1. Allein der Verstoß gegen Subventions-Richtlinien macht einen Bewilligungsbescheid nicht rechtswidrig i.S. des § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.**

**2. Weicht die Behörde zugunsten eines einzelnen Subventionsbewerbers von einer ansonsten geübten Vergabepaxis ab, ohne aus sachgerechten Gründen ihre Praxis insgesamt zu ändern, so ist ihre Entscheidung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtswidrig.**

**Sachverhalt:**

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Rücknahme von Zuwendungsbescheiden, die die Kl. für die Durchführung von Existenzgründerseminaren erhalten hatte, und die Rückforderung der gezahlten Zuwendungen.

Zwischen dem 19.11.1990 und dem 20.3.1991 führte die Kl. im Beitrittsgebiet 35 Wochenendseminare für Existenzgründer durch. Auf ihren Antrag bewilligte die Bkl. ihr hierzu jeweils nachträglich

einen Zuschuss nach Maßgabe der RLen über die Förderung von Informations- und Schulungsveranstaltungen (Fort- und Weiterbildung) für Unternehmen, Führungs- und Fachkräfte und Existenzgründer in der DDR und Berlin (Ost) vom 25.4.1990 (BANz. S. 2421) i.d.F. der Änderungen vom 2.7.1990 (BANz. S. 3573) und vom 30.11.1990 (BANz. S. 6492). Später führte die Kl. noch 177 weitere Wochenendseminare durch, deren Zuschussung die Bkl. mit der Begründung ablehnte, die eingesetzten Referenten hätten nicht über die erforderliche fachliche Qualifikation verfügt; sie hätten keine praktische Erfahrung in der Beratung oder Schulung von Unternehmern bzw. Existenzgründern gehabt. Die gegen die Ablehnungsbescheide gerichteten Klagen sind rechtskräftig abgewiesen worden.

Nach Anhörung der Kl. nahm das Bundesamt für Wirtschaft die zwischen dem 20.12.1990 und dem 24.4.1991 ergangenen Zuwendungsbescheide über eine Zuschusssumme von insgesamt 105.740 DM durch Bescheid vom 11.2.1992 zurück und gab der Kl. die Rückzahlung auf. Dies geschah mit der Begründung, die Zuschussgewährung sei rechtswidrig gewesen. Die eingesetzten Referenten hätten nicht die nach den RLen erforderliche fachliche Qualifikation besessen. Aus dem Zuwendungszweck, Existenzgründungen in der DDR und Berlin (Ost) zu unterstützen und die

Leistungs- und Wettbewerbsfähigkeit mittelständischer Unternehmen sowie freiberuflich Tätiger durch Vermittlung von Entscheidungs- und Anwendungswissen auf marktwirtschaftlicher Grundlage zu stärken, ergebe sich, dass die Referenten praktische Erfahrungen in der Schulung von Unternehmern und Existenzgründern haben müssten. Das sei bei den von der Kl. eingesetzten Referenten nicht der Fall gewesen. Den hiergegen gerichteten Widerspruch der Kl. wies das Bundesamt durch Bescheid vom 28.8.1992 zurück. Dazu führte es aus, die Referenten hätten zum großen Teil vor oder sogar nach ihrem jeweiligen Einsatz an anderen Informationsveranstaltungen der Kl. teilgenommen. Dies reiche zur Vermittlung der erforderlichen praktischen Erfahrungen nicht aus. Die Kl. habe durch die Rekrutierung von Referenten aus ihren eigenen Seminaren ein Schneeballsystem entwickelt. Das habe zugleich ihre Unzuverlässigkeit herbeigeführt. Das Vorgehen der Kl. stelle einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i.S. des § 4 SubvG (BGBl. I, S. 2034) dar.

Die dagegen erhobene Klage hat das VG abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat der VGH den angefochtenen Rücknahmebescheid im Hinblick auf neun Zuwendungsbescheide in Höhe eines Betrages von insgesamt 27.200 DM aufgehoben und im Übrigen die Berufung zurückgewiesen. Das BVerwG hat die angefochtenen Rückforderungsbescheide in vollem Umfang aufgehoben.

**Aus den Gründen:**

Die Revision der Kl. ist begründet. Das angefochtene Urteil verletzt Bundesrecht, soweit es die Abweisung der Anfechtungsklage durch das VG bestätigt hat. Der angefochtene Bescheid ist in vollem Umfang rechtswidrig und daher aufzuheben (§ 113 I 1 VwGO).

**A. Ermächtigungsgrundlage**

Die Rücknahme der noch im Streit befindlichen 26 Zuwendungsbescheide verletzt § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Danach kann ein rechtswidriger VA ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Der VGH hat auf dieser Grundlage die Rücknahmemöglichkeit bejaht, weil die aufgehobenen 26 Zuwendungsbescheide rechtswidrig gewesen seien. Dies trifft jedoch nicht zu.

**B. Rechtswidrigkeit der Rücknahme**

Das BVerwG hat bereits in seinem Urteil vom 30.8.1961 (BVerwGE 13, 28) ausgesprochen, rechtswidrig sei derjenige VA, welcher durch unrichtige Anwendung bestehender Rechtssätze zustande gekom-

men ist. Der VGH leitet die Rechtswidrigkeit der Zuwendungsbescheide daraus her, dass die in den Förderungsrichtlinien festgelegten Zuwendungsvoraussetzungen nicht erfüllt gewesen seien. Nach Ziff. 3.2 der RLen habe der Veranstalter dafür zu sorgen, dass die Referenten über die erforderliche fachliche Qualifikation verfügten. Dem sei die Kl. nicht gerecht geworden. Außerdem habe sie die in derselben Ziffer geforderte notwendige Zuverlässigkeit für öffentlich geförderte Informations- und Schulungsveranstaltungen nicht be-  
sessen.

### *I. Verstoß gegen RL unzureichend*

Unabhängig davon, ob diese Vorwürfe zutreffen, ist jedoch festzuhalten, dass RLen nach der st.Rspr. des BVerwG (vgl. BVerwGE 58, 45, 49; 104, 220, 222; DVBl. 1996, 814), der sich die übrige Rspr. (vgl. OVG NRW, NVwZ 1997, 297, 300) und der überwiegende Teil der Lit. (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 114 Rdnr. 42; Oldiges, NJW 1984, 1927, 1930; Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 218; a.A. Ossenbühl, in: HbStR III, 2. Aufl., § 65 Rdnr. 50 f.; Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, S. 530, 669) angeschlossen haben, keine Rechtsnormen sind. Sie sind verwaltungsinterne Weisungen und dazu bestimmt, für die Verteilung von Fördermitteln Maßstäbe zu setzen; insoweit regeln sie das Ermessen der letztlich für die Verteilung bestimmten Stellen (vgl. BVerwG, aaO). Allein der Verstoß gegen RLen macht hiernach eine Subventionsvergabe nicht rechts-  
widrig.

### *II. Gesetzesverstöße*

Irgendeine Rechtsnorm, gegen die die noch im Streit befindlichen Zuwendungsbescheide verstießen, benennt das angefochtene Urteil nicht. Obwohl es auf S. 22 ausdrücklich auf den Unterschied zwischen den zuvor rechtskräftig zu Lasten der Kl. entschiedenen Verpflichtungsklagen auf Gewährung weiterer Zuwendungen und der nunmehr zu beurteilenden Anfechtungsklage gegen die Rücknahme der ergangenen positiven Zuwendungsbescheide hinweist, beschränkt es sich anschließend darauf, die mangelnde RLen-Konformität der Zuwendungen darzulegen. Insbesondere die ausdrückliche Übernahme der die damalige Abweisung der Verpflichtungsklagen tragenden Aussage, die Bkl. habe nach den RLen praktische Erfahrungen in der Schulung von Unternehmen bzw. Existenzgründern verlangen dürfen, zeigt, dass der VGH den hier anzuwendenden Maßstab verkannt hat. Während die Behörde bei der Entscheidung über eine in ihrem Ermessen stehende Subventionsvergabe Entscheidungsspielräume und in gewissem Umfang die Interpreta-

tionshoheit über die maßgeblichen Verwaltungsvorschriften hat, kommt die Rücknahme einer bereits gewährten Zuwendung nur in Betracht, wenn die Bewilligung gegen eine Rechtsnorm verstieß und deshalb nicht hätte erfolgen dürfen.

### *1. Art. 3 I GG*

Die Bkl. meint, die Rechtswidrigkeit für Zuwendungsbescheide ergebe sich aus einem Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

#### *a. Mittelbare Bindungswirkung von Richtlinien über Art. 3 I GG*

Sie verweist darauf, dass Verwaltungsvorschriften über die ihnen zunächst nur innewohnende interne Bindung hinaus vermittels sowohl des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) als auch des im Rechtsstaatsprinzip verankerten Gebots des Vertrauensschutzes (Art. 20 und 28 GG) eine anspruchsbegründende Außenwirkung im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger zu begründen vermögen. Dies ist in der höchstrichterlichen Rspr. seit langem anerkannt.

#### *b. Zu Lasten des Bürgers*

Richtig ist auch, dass das Gleichbehandlungsgebot auch zu Lasten von Subventionsbewerbern Bedeutung gewinnen kann. Versagt eine Behörde in Anwendung der einschlägigen RLen unter bestimmten Voraussetzungen regelmäßig die Gewährung einer Zuwendung, so verletzt sie das Gleichbehandlungsgebot in seiner objektivrechtlichen Funktion (vgl. dazu Osterloh, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 3 Rdnr. 65), wenn sie sich im Einzelfall über diese Praxis hinwegsetzt und trotz Fehlens der ansonsten geforderten Voraussetzungen die Leistung gewährt. In einem solchen Fall ist die Entscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG rechtswidrig (vgl. BVerwG, DVBl. 1996, 814; OVG NRW, NJW 1981, 2597; DVBl. 1997, 1286; OVG Lüneburg, NVwZ 1985, 499; VGH BW, NVwZ 1999, 547; OVG Bremen, NVwZ 1988, 447; Dickersbach, NVwZ 1993, 846, 849; Kopp/Schenke, VwGO, § 114 Rdnr. 41, a.A. Rodi, aaO, S. 530 Fußn. 215).

#### *c. Subsumtion*

Diese Überlegungen können aber nur dann Platz greifen, wenn wirklich ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz vorliegt.

#### *aa. Keine Abweichung von ständiger Praxis*

Das setzt im Regelfall die Feststellung einer ansonsten abweichenden Praxis voraus. Eine solche abweichende Praxis hat der VGH jedoch nicht festgestellt. Nach

dem eigenen Vorbringen der Bekl. fehlt dafür auch jede Grundlage. Ausweislich des Berufungsurteils hat die Bekl. vorgetragen, die Vielzahl zu behandelnder Anträge habe sie und die vorgeschaltete Prüfungsstelle gehindert, Erhebungen zur Qualifikation der von den Veranstaltern eingesetzten Referenten vorzunehmen. Sie sei allerdings stets davon ausgegangen, dass die in den RLen geforderte fachliche Qualifikation praktische Erfahrungen in der Beratung oder Schulung von Unternehmern bzw. Existenzgründern umfassen müsse. Die Bekl. hat diese Erwartung jedoch weder verlaublich noch durch Prüfungen in den Bewilligungsverfahren umgesetzt. Erst die Aufdeckung der Praxis der Kl. hat mit der Ablehnung der 177 weiteren Förderungsanträge insoweit eine Änderung im Entscheidungsverhalten der Bekl. gebracht.

*bb. Keine Abweichung von eindeutigem Wortlaut*

Da der Gleichheitssatz auch das Willkürverbot beinhaltet, ist die Frage nahe liegend, ob ein Rechtsverstoß sich auch ohne Feststellung einer entgegenstehenden Praxis aus der Verletzung einer absolut eindeutigen und unmissverständlichen RL-Bestimmung ergeben kann, die für unterschiedliche Interpretationen keinen Raum lässt. Dem braucht jedoch nicht weiter nachgegangen zu werden, da diese Voraussetzung hier erkennbar nicht vorliegt. In ihrer vorliegend maßgebenden Fassung bestimmte die RL, der Veranstalter habe dafür zu sorgen, dass die Referenten über die erforderliche fachliche Qualifikation verfügen. Der Begriff einer erforderlichen fachlichen Qualifikation eröffnet ein weites Auslegungsspektrum. Von einer unmissverständlichen Regelung kann insoweit keine Rede sein. [...]

Die vorstehenden Ausführungen zur Frage der fachlichen Qualifikation der Referenten gelten in gleicher Weise für den Vorwurf mangelnder Zuverlässigkeit der Kl. Auch dieser Begriff ist auslegungsfähig und auslegungsbedürftig.

*2. § 4 II SubvG*

Der erforderliche Rechtsverstoß lässt sich auch nicht aus dem SubvG entnehmen. Insoweit ist § 4 Abs. 2 SubvG in Betracht zu ziehen, wonach die Bewilligung oder Gewährung einer Subvention oder eines Subventionsvorteils ausgeschlossen ist, wenn im Zusammenhang mit einer beantragten Subvention ein Rechtsgeschäft oder eine Handlung unter Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vorgenommen wird. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift führt zur Rechtswidrigkeit der Bewilligung (vgl. BVerwG, DVBl. 1996, 814).

Ein Missbrauch liegt vor, wenn jemand eine den gegebenen Tatsachen und Verhältnissen unangemessene Gestaltungsmöglichkeit benutzt, um eine Subvention oder einen Subventionsvorteil für sich oder einen anderen in Anspruch zu nehmen oder zu nutzen, obwohl dies dem Subventionszweck widerspricht; dies ist namentlich dann anzunehmen, wenn die förmlichen Voraussetzungen einer Subvention oder eines Subventionsvorteils in einer dem Subventionszweck widersprechenden Weise künstlich geschaffen werden.

Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt. [...] Es mag sein, dass der der Kl. vorgeworfene Einsatz von Referenten ohne praktische Erfahrung in der Beratung und Schulung von Unternehmern und Existenzgründern keine optimale Verwirklichung des Zweckerzwecks gewährleistet. Dass die eingesetzten Referenten in wirtschaftlichen Dingen gänzlich unbedarft gewesen seien, stellt der VGH jedoch nicht fest. Er unterstellt vielmehr, dass die Referenten sich durch Selbststudium und Teilnahme an Kursen ein gewisses Wissen angeeignet hätten. Unter diesen Umständen kann nicht angenommen werden, der Einsatz dieser Referenten sei im Hinblick auf den Subventionszweck gänzlich untauglich gewesen und habe im Widerspruch zum Subventionszweck gestanden. [...] Die Schulungsmaßnahmen der Kl. mögen hiernach unzureichend gewesen sein; einen Missbrauch i.S. des § 4 II SubvG stellen sie nicht dar.

**Standort: Gefahrenabwerrrecht**

**Problem: Rechtsnachfolge in Auflage**

OVG NRW, BESCHLUSS VOM 01.08.2003  
7 B 968/03 (NWVBl 2004, 68)

**Problemdarstellung:**

Im vorliegenden Fall war einem Bauherrn eine Baugenehmigung für einen Neubau unter der Auflage erteilt worden, einen bereits bestehenden Altbau abzureißen. Nach dem Tod des Bauherrn erbt seine Tochter den Neubau, eine Erbengemeinschaft den noch stehenden Altbau. Durch die eingetretene Rechtsnachfolge fielen

also plötzlich die Adressaten des Verwaltungsakts (Baugenehmigung, Tochter) und der Nebenbestimmung (Abrissverfügung, Erbengemeinschaft) auseinander. Das OVG hat damit kein Problem: Es sei ohne Weiteres möglich, eine selbstständige Auflage gegen einen anderen als den Adressaten des Verwaltungsakts, auf den sie sich bezieht, zu vollstrecken. Wesen der Auflage sei es gerade, in ihrem rechtlichen Schicksal vom Grundverwaltungsakt unabhängig zu sein.

**Prüfungsrelevanz:**

Der Fall gibt Anlass, sich die Rechtsnachfolge in die konkrete Ordnungspflicht noch einmal ins Gedächtnis zu rufen. Bekanntlich sind dafür Übergangstatbestand und Übergangsfähigkeit erforderlich. Der Übergangstatbestand liegt regelmäßig in den die Rechtsnachfolge begründenden Vorschriften, wobei nach nahezu allg.M. jedenfalls die Gesamtrechtsnachfolge über §§ 1922, 1923 BGB auch die öffentlich-rechtlichen Rechte (Baugenehmigung) und Pflichten (Abrissverfügung) umfasst. Nicht übergangsfähig sind höchstpersönliche Pflichten. Bei der Zustandsverantwortlichkeit gibt es (wie hier) allerdings wenig Probleme, da diese *sachgebunden* und schon deshalb nicht *höchstpersönlich* ist. Anders die Verhaltensverantwortlichkeit, bei der man sich in der Lit. streitet, ob eine Rechtsnachfolge generell ausgeschlossen oder wenigstens für vertretbare Handlungen zu bejahen sein soll. Hinsichtlich der Einzelheiten sei auf die Vertiefungshinweise verwiesen.

Ferner sei auf die verschiedenen Formen der Nebenbestimmung i.S.d. § 36 II Nr. 1-5 VwVfG hingewiesen, namentlich die zuweilen problematische Abgrenzung zwischen Auflage (Nr. 4) und Bedingung (Nr. 2). Während eine Bedingung sich unmittelbar auf die Wirksamkeit des Grundverwaltungsakts auswirkt, bleibt diese von der Auflage unberührt. Auf der anderen Seite sind Auflagen dafür selbst vollstreckbar, Bedingungen hingegen nicht. Mit anderen Worten: Auflagen zwingen, suspendieren aber nicht; Bedingungen suspendieren, zwingen aber nicht. Was genau die Behörde wollte, ist ggf. durch Auslegung vor dem obj. Empfängerhorizont analog §§ 133, 157 BGB zu ermitteln, wie es das OVG hier bei der Frage, ob ein vollstreckbarer Verwaltungsakt vorliegt (nach dem zuvor Gesagten käme als solcher nur eine Auflage, nicht aber eine Bedingung in Betracht) vorgemacht hat.

**Vertiefungshinweise:**

- Überblicke zur Rechtsnachfolge in die Ordnungspflicht: *Rau*, Jura 2000, 37; *Nolte/Niestedt*, JuS 2000, 1071; *Schoch*, JuS 1994, 1026
- Überblicke zu Nebenbestimmungen: *Sproll*, NJW 2002, 3221; *Brenner*, JuS 1996, 281

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Schiefe Schieferplatten"
- Examenskurs*: "Rentnerführerschein"

**Leitsätze:****1. Wird einer Baugenehmigung für einen Ersatz-**

**bau i.S.v. § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BauGB die Nebenbestimmung beigelegt, das bestehende, im Eigentum des Bauherren stehende Gebäude, an dessen Stelle der Ersatzbau treten soll, abzurechnen, handelt es sich um eine selbstständige Auflage, die eigenständig mit den Mitteln des Verwaltungszwangs vollstreckt werden kann.**

**2. Wird lediglich das Eigentum und auch die Bauherreneigenschaft bezüglich des Ersatzbaus auf einen Dritten übertragen, nicht hingegen auch das Eigentum an dem abzurechnenden Altbau, verbleibt die selbstständige Abbruchverpflichtung — jedenfalls auch — bei dem Eigentümer des zu beseitigenden Altbaus.**

**3. Wird der Eigentümer des zu beseitigenden Altbaus von Miterben in einer ungeteilten Erbengemeinschaft beerbt, kann die Abbruchverpflichtung allein den Mitgliedern der Erbengemeinschaft gegenüber vollstreckt werden, auch wenn diese nicht Eigentümer und Bauherren des Ersatzbaus geworden sind.**

**Sachverhalt:**

Die Antragsteller wandten sich gegen eine Verfügung, mit der ihnen zur Befolgung der ihrem verstorbenen Vater in einer Baugenehmigung auferlegten Verpflichtung, ein bestehendes Gebäude abzurechnen, eine Frist gesetzt und ein Zwangsgeld angedroht wurde. Ihr Begehren auf einstweiligen Rechtsschutz hatte in beiden Instanzen keinen Erfolg.

**Aus den Gründen:**

Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, gibt keinen Anlass, die Einschätzung des VG in Frage zu stellen, dass der Widerspruch der Antragsteller gegen die jedem Mitglied der Erbengemeinschaft gegenüber gesondert ergangenen Zwangsgeldandrohungen voraussichtlich erfolglos bleiben wird.

**A. Grundverfügung**

Zutreffend hat das VG das Vorliegen einer unanfechtbaren, die Antragsteller zum Abbruch des Wohnhauses B.-Straße 9 verpflichtenden Grundverfügung bejaht, zu deren Vollstreckung die hier strittigen Zwangsgeldandrohungen erlassen werden konnten. Die Bescheide des Antragsgegners vom 14./15.1.2003, mit denen den Antragstellern eine Frist zum Abbruch des Wohnhauses bis zum 14.3.2003 gesetzt und für den Fall der Nichtbefolgung jeweils ein Zwangsgeld von 2000 € angedroht wurde, sind darauf gestützt, dass sich die Abbruchverpflichtung aus Nr. 2.3 der Nebenbestimmungen zu der dem Vater der Antragsteller er-

teilten Baugenehmigung vom 11.4.1990 ergibt und dass diese Verpflichtung auf die Antragsteller übergegangen ist, da sie nunmehr als Mitglieder einer Erbengemeinschaft Eigentümer der betreffenden Grundstücke geworden sind, auf denen das abzubrechende Haus steht. Diese Wertung trifft zu.

### *I. Nebenbestimmung als vollstreckbare Auflage*

Bei der genannten Nebenbestimmung handelt es sich um eine selbstständige Auflage zur Baugenehmigung vom 11.4.1990. Sie konnte der Baugenehmigung gemäß § 36 Abs. 1 VwVfG NRW zulässigerweise beigefügt werden, weil sie sicherstellen soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts — hier: der Baugenehmigung — erfüllt werden. Das mit der Baugenehmigung legalisierte Gebäude B.-Straße 9 a, das durch Umbau eines früheren Garagenbauwerks zum Wohnhaus entstanden ist, sollte nämlich als Ersatzbau gemäß § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr.2 BauGB an die Stelle des als nicht mehr mit vertretbarem Aufwand renovierungsfähig angesehenen älteren Wohnhauses B.-Straße 9 treten.

Eine solche Auflage, die eine Verpflichtung zu einem selbstständigen, nicht unmittelbar mit der Realisierung des genehmigten Bauwerks verbundenen Tun begründet, steht neben der durch die Baugenehmigung als Hauptverwaltungsakt ausgesprochenen Regelung und ist daher eine selbstständige hoheitliche Regelung. Sie kann demgemäß als ein auf ein Handeln gerichteter Verwaltungsakt eigenständig mit den Mitteln des Verwaltungszwangs vollstreckt werden (vgl. zu alledem: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 36 RdNrn. 32 und 38).

### *II. Rechtsnachfolge in die Ordnungspflicht*

Adressat der Abbruchverpflichtung war zwar ursprünglich der zwischenzeitlich verstorbene Vater der Antragsteller, dem als Bauherren und Eigentümer des mit dem neuen Wohnhaus zu bebauenden Grundstücks die Baugenehmigung erteilt wurde.

#### *1. Übergangsfähigkeit bei Zustandsstörer*

Die Verpflichtung zum Abbruch des Altbaus traf ihn jedoch als Eigentümer der Grundstücke, auf denen seinerzeit das abzubrechende Gebäude stand, das nach dem zur Baugenehmigung vom 11.4.1990 gehörigen Lageplan sich über die damaligen Flurstücke 22, 23 und 21 erstreckte. Nur in dieser Funktion konnte er zu dem — von ihm selbst zusätzlich auch durch Baulast übernommenen — Abbruch des Altbaus verpflichtet werden. Die Verknüpfung der Abbruchverpflichtung mit der Baugenehmigung konnte letztlich nur deshalb erfolgen, weil beide Adressaten, sowohl der Baue-

nehmigung als auch der Abbruchverpflichtung, identisch waren und der bereits genannte Sachzusammenhang einer Sicherstellung der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Baugenehmigung bestand.

### *2. Mehrere Rechtsnachfolger*

Mit dem späteren Auseinanderfallen des Eigentums an dem Ersatzbau einerseits — dieser steht nach dem Vortrag der Antragsteller seit 1990 im Eigentum ihrer Schwester A. — und an dem Altbau andererseits — dieser steht auf den jetzigen Flurstücken 53, 57 und 55, die sich im Eigentum der Antragsteller als Erbengemeinschaft befinden — haben auch die Rechte und Pflichten aus der Baugenehmigung für den Ersatzbau einerseits und der ihr beigefügten selbstständigen Auflage zum Abbruch des Altbaus andererseits unterschiedliche Adressaten erhalten.

#### *a. Baugenehmigung*

Soweit die Baugenehmigung den Ersatzbau legalisiert, sind die entsprechenden Rechte und Pflichten auf die neue Eigentümerin dieses Hauses, Frau A., übergegangen. Sie hat mit dem Eigentum an dem Gebäude zugleich auch die Stellung als Bauherrin übernommen, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Eigentum und Bauherreneigenschaft künftig auseinander fallen sollten (vgl. hierzu: Guckelberger, Rechtsnachfolgeprobleme im Baurecht, VerwArch 1999, 499 [500]). Die Baugenehmigung gilt gemäß § 75 Abs. 2 BauO NRW daher nunmehr ihr gegenüber.

#### *b. Abrissverfügung*

Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit auch die Verpflichtung zum Abbruch des nicht in das Eigentum von Frau A. übergegangenen Altbaus ausschließlich auf diese übergegangen wäre. Bei der Abbruchverpflichtung handelt es sich, wie dargelegt, um eine selbstständige hoheitliche Regelung, die einer eigenständigen Vollstreckung zugänglich ist. Zwar ist sie formal als Nebenbestimmung mit der Baugenehmigung verknüpft, ihr Regelungsgegenstand bezieht sich jedoch nicht auf die Errichtung und Unterhaltung des Ersatzbaus, sondern erfasst allein den Abbruch eines hiervon getrennten, einem eigenen rechtlichen Schicksal zugänglichen Gebäudes, nämlich des Altbaus. Der Sache nach steht die in die Baugenehmigung als Nebenbestimmung aufgenommene Abbruchverpflichtung einer gesonderten Abbruchverfügung gleich, die insoweit inhaltlich mit den in der Baugenehmigung getroffenen Regelungen verknüpft ist, als die Verpflichtung aufschiebend bedingt ist durch die Fertigstellung des von der Baugenehmigung erfassten Ersatzbaus. Fallen — wie hier —

die Positionen des Eigentümers und Bauherren des Ersatzbaus einerseits und des mit dem Ziel der Beseitigung in Anspruch genommenen Eigentümers des zu beseitigenden Abbaus nachträglich auseinander, verbleibt die selbstständige Abbruchverpflichtung jedenfalls auch bei dem Eigentümer des zu beseitigenden Altbaus. Dies war, da die Übertragung von Eigentum und Bauherreneigenschaft bezüglich des Ersatzbaus auf Frau A. vor dem Tod ihres Vaters (zugleich Vater der Antragsteller) erfolgt ist, zunächst weiterhin der Vater der Antragsteller als Eigentümer des Altbaus. Mit seinem Tod ging die Verpflichtung zum Abbruch, nicht anders als auch sonst die Pflicht bei selbstständigen Abbruchverfügungen (vgl. bereits BVerwG, BRS 24 Nr. 193) auf seine Erben als Erbengemeinschaft über. Hierzu gehörte zunächst auch Frau A. Mit ihrem Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft gemäß Vergleich vom 12.1.2001 beschränkte sich die Verpflichtung hingegen auf die Antragsteller als verbleibende Mitglieder der Erbengemeinschaft, die zwar bebautes Grundeigentum geerbt hat, aber nur solches, das von vornherein mit der Verpflichtung zum Abriss des vor-

handenen Abbaus belastet war.

### B. Vollstreckbarkeit

Ist nach alledem die Verpflichtung zum Abbruch des Gebäudes auf die Antragsteller übergegangen, konnte der Antragsgegner die als Grundverfügung im Sinne von § 55 Abs. 1 VwVG NRW zu wertende Nebenbestimmung 2.3 zur Baugenehmigung vom 11.4.1990 ihnen gegenüber vollstrecken. Die Nebenbestimmung war unanfechtbar geworden. Die aufschiebende Bedingung für das Entstehen der Abbruchverpflichtung — Fertigstellung des Ersatzbaus — war eingetreten und die dem Vater der Antragsteller gesetzte Frist — unverzüglich nach Fertigstellung des Ersatzbaus — war abgelaufen.

### C. Vollstreckungsverfahren

Auch die weiteren Voraussetzungen für die Androhung des Zwangsmittels nach § 63 Abs. 1 VwVG NRW sind erfüllt, insbesondere ist den Antragstellern eine angemessene Frist im Sinne von Satz 2 der genannten Bestimmung gesetzt worden. [...]

## Standort: § 80 V VwGO

## Problem: Interessenabwägung

BVERFG, BESCHLUSS VOM 10.10.2003  
1 BVR 2025/03 (NVWZ 2004, 93)

### Problemdarstellung:

Das BVerfG nimmt im vorliegenden Beschluss zu der Frage Stellung, ob und wann im Rahmen des Eilrechtsschutzes nach § 80 V VwGO eine über die Erfolgsaussichten in der Hauptsache hinausgehende Abwägung der Interessen im Einzelfall zu erfolgen hat. Es hält eine solche in den Fällen der §§ 80 II Nr. 1-3 VwGO nur - aber immerhin - dann für geboten, wenn der Antragsteller Umstände vorträgt, die geeignet sind, im Einzelfall Zweifel an der vom Gesetzgeber vorgenommenen Wertung vom Vorrang des Vollziehungsinteresses zu begründen. Demgegenüber hält es bei fehlendem Vortrag eine weitere Überprüfung anhand des Einzelfalles nicht für geboten, wenn man denn die Formulierung, dass in diesen Fällen die Prüfungsanforderungen "gering" seien (vgl. Leitsatz), so verstehen will.

### Prüfungsrelevanz:

Die Frage, ob bei § 80 V VwGO nach der kursorischen Überprüfung der Erfolgsaussichten der Hauptsache noch eine allgemeine, an der Folgenlast orientierte Abwägung der Interessen erforderlich ist, lässt sich unter Berücksichtigung der vom BVerfG im vor-

liegenden Beschluss aufgestellten Grundsätze wie folgt systematisieren:

1. Eine weitere Interessenabwägung ist immer erforderlich, wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen bleiben müssen, weil der zu vollziehende VA weder offensichtlich rechtmäßig noch rechtswidrig ist.
2. Ist der VA rechtswidrig, bedarf es keiner weiteren Abwägung mehr, denn in diesen Fällen hätte er schon nicht erlassen werden dürfen. Ein öffentliches Interesse an der sofortigen Herstellung rechtswidriger Zustände gibt es nicht.
3. Ist der VA hingegen rechtmäßig, muss zwischen der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 V 1, 2. Fall i.V.m. II 1 Nr. 4 VwGO) und der Anordnung der aufschiebenden Wirkung (§ 80 V 1, 1. Fall i.V.m. II 1 Nr. 1-3 VwGO) differenziert werden:
  - a. Im Falle des § 80 II 1 Nr. 4 VwGO ist der gesetzliche Regelfall das Bestehen des Suspensivinteresses (§ 80 I VwGO), das nur durch eine behördliche Vollziehungsanordnung im *besonderen* öffentlichen Interesse überwunden werden kann. Die h.M. fordert daher über die Rechtmäßigkeit des VA hinaus ein weiteres, besonderes Vollziehungsinteresse (a.A. eine m.M., welche ein Suspensivinteresse des Adressaten bei rechtmäßigem VA stets verneint, weil der Rechtsbehelf dann i.E. erfolglos sei; hiergegen spricht aber, dass die Rechtsordnung zum einen den Fortbestand

rechtswidriger Zustände nicht pauschal ablehnt, vgl. nur § 48 VwVfG, und zum anderen auch ein unbegründeter Rechtsbehelf nach § 80 I VwGO, der nicht zwischen begründet und unbegründet differenziert, aufschiebende Wirkung haben kann).

b. Bei § 80 II 1 Nr. 1-3 VwGO überwiegt hingegen von Gesetzes wegen das Vollzugsinteresse. Hier soll daher eine weitere Interessenabwägung bei rechtmäßigem VA regelmäßig entbehrlich und nur dann erforderlich sein, wenn der ASt. besondere Umstände selbst vorträgt, die im konkreten Einzelfall die abstrakt-generelle gesetzliche Vorrangsregelung erschüttern.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf die fachgerichtliche Rspr., die bei § 80 II 1 Nr. 3 VwGO teilweise nicht § 80 II 1 Nr. 3 VwGO selbst, sondern dem Gesetz, auf das die Vorschrift verweist, die Vorrangsregelung entnehmen will. Ob eine solche gesetzgeberische Wertung bestehe, sei durch Auslegung dieser Norm zu ermitteln. Namentlich für den praktisch wie prüfungstechnisch enorm wichtigen § 212a BauGB (welcher i.d.R. bei § 80a VwGO bedeutsam werden wird) verneint bspw. das OVG NRW eine solche Vorrangsregelung von Gesetzes wegen, so dass i.E. auch Fälle existieren können, in denen selbst bei § 80 II 1 Nr. 3 VwGO nach Wertung des Gesetzgebers doch wieder grds. das Suspensivinteresse des § 80 I VwGO überwiegt.

#### **Vertiefungshinweise:**

Keine gesetzgeberische Wertung in § 212a BauGB: *OVG NRW*, RA 1999, 104 = *NWVBl* 1999, 18; *BayVGH*, RA 2003, 79 = *BayVBl* 2003, 48 (auch zur Interessenabwägung bei offener Hauptsache)

Weitere aktuelle Entscheidung des BVerfG zur Interessenabwägung: *BVerfG*, NJW 2002, 2225

Überblick zu § 80 V VwGO im Examen: *Proppe*, JA 1996, 332

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Ernie, der Flitzer"

*Examenskurs*: "Windkraft contra Nachbarschaft"

*Assessorkurs*: "Plutonium"

#### **Leitsätze:**

**1. Die vom BVerfG entwickelten Leitlinien zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Eilverfahren gem. § 80 V VwGO gelten grundsätzlich unabhängig davon, ob der Sofortvollzug eines Verwaltungsakts einer gesetzlichen (vgl. § 80 II 1 Nrn. 1 bis 3 VwGO) oder einer behördlichen Anordnung (vgl. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO) ent-**

**springt.**

**2. In Fällen der gesetzlichen Sofortvollzugsanordnung (hier: § 49 KWG) unterscheidet sich die Interessenabwägung von derjenigen, die in den Fällen einer behördlichen Anordnung stattfindet. In den Fällen des § 80 II 1 Nrn. 1 bis 3 VwGO ist zu beachten, dass hier der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollzugsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen. Die Gerichte sind zu einer Einzelfallbetrachtung grundsätzlich nur im Hinblick auf solche Umstände angehalten, die von den Beteiligten vorgetragen werden und die Annahme rechtfertigen können, dass im konkreten Fall von der gesetzgeberischen Grundentscheidung ausnahmsweise abzuweichen ist. Sind in diesem Sinne qualifizierte Argumente nicht vorgetragen, sind die Abwägungsanforderungen, die die Verwaltungsgerichte nach Art. 19 IV GG im Rahmen ihrer Entscheidung nach § 80 V VwGO zu erfüllen haben, regelmäßig nur gering.**

#### **Sachverhalt:**

Die Verfassungsbeschwerde richtete sich gegen sofort vollziehbare Untersagungs- und Abwicklungsverfügungen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) im Bereich von Eigenhandel und Finanzkommissionsgeschäften sowie gegen verwaltungsgerichtliche Entscheidungen, mit denen die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt worden ist.

Gemäß § 32 KWG bedarf das gewerbsmäßige Betreiben von Bankgeschäften, zu denen nach § 1 Ia 2 Nr. 4 KWG der dort definierte Eigenhandel für andere sowie nach § 1 I 2 Nr. 4 KWG Finanzkommissionsgeschäfte gehören, der Erlaubnis der BaFin. Nach § 37 KWG kann die BaFin die sofortige Einstellung des Geschäftsbetriebs und die Rückabwicklung von Bankgeschäften anordnen, wenn die Geschäfte ohne Erlaubnis betrieben werden. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Verfügungen nach § 37 KWG haben gem. § 49 KWG keine aufschiebende Wirkung. Die Bf., eine AG, ist seit mehreren Jahren als Eigenhändlerin in Wertpapieren sowie im Unternehmensbeteiligungsgeschäft und in der Anlagenberatung tätig. Die BaFin untersagte ihr in zwei getrennten Bescheiden gem. § 37 KWG sowohl das weitere Erbringen des Eigenhandels für andere als auch das Betreiben der Finanzkommissionsgeschäfte, im ersten Fall verbunden mit der Auflage, ihre Kunden durch einen geeigneten Hinweis auf ihren Internetseiten über diese Untersagungsverfügung zu unterrichten, sowie im zweiten Falle verbunden mit der Verpflichtung, das Finanzkommissionsge-

schäft unverzüglich durch Veräußerung der angeschafften Finanzinstrumente und Erlösauskehr an die Berechtigten rückabzuwickeln. Gegen beide Bescheide legte die Bf. Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist. Zugleich rief sie das VG an und begehrte in beiden Verfahren Eilrechtsschutz nach § 80 V VwGO. Sie beantragte insbesondere, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs anzuordnen. Das VG hat den Antrag abgelehnt, der VGH die Beschwerde hiergegen zurückgewiesen. Mit ihrer nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde rügte die Bf. eine Verletzung von Art. 12 I und Art. 19 IV GG.

#### **Aus den Gründen:**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen, da die Annahmenvoraussetzungen germ. § 93a II BVerfGG nicht gegeben sind.

#### *A. Zulässigkeit*

Die Verfassungsbeschwerde mit ihren gegen die Vorenthaltung von Eilrechtsschutz gerichteten Angriffen ist allerdings zulässig. Dies gilt auch hinsichtlich des Bescheids über die Festsetzung eines Zwangsgeldes. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde steht insbesondere nicht der durch die Rechtsprechung des BVerfG anhand von § 90 II BVerfGG entwickelte Grundsatz der Subsidiarität entgegen. Die Bf. war nicht vorrangig auf das Hauptsacheverfahren zu verweisen, da sich die gerügten Grundrechtsverletzungen nicht vorrangig auf die Hauptsache, sondern auf das verwaltungsgerichtliche Eilverfahren als solches beziehen (vgl. dazu BVerfGE 77, 381 401; 80, 40, 45).

#### *B. Annahmegründe*

##### *I. Grundsätzliche Bedeutung*

Der Verfassungsbeschwerde kommt aber in der Sache grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung nicht zu (§ 93a II lit. a BVerfGG).

Das BVerfG hat die hier zu entscheidenden Fragen zur Effektivität des Rechtsschutzes in verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren bereits entschieden. Es hat insbesondere geklärt, dass der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG die Aufgabe zukommt, nicht nur jeden Akt der Exekutive, der in die Rechte des Bürgers eingreift, vollständig der richterlichen Prüfung zu unterstellen, sondern auch irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit wie möglich auszuschließen (vgl. BVerfGE 35, 263, 274). Dabei ist auch ein gesetzlich angeordneter Sofortvollzug in die Prüfung einzubeziehen (vgl. BVerfGE 69, 220, 228).

Weiter hat das BVerfG geklärt, dass Art. 12 I GG einen Eingriff in die Berufsfreiheit schon vor Rechtskraft des Hauptverfahrens nur unter strengen Voraussetzungen zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter zulässt (vgl. BVerfGE 44, 105, 117).

#### *II. Grundrechtsverletzung*

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung ist auch nicht zur Durchsetzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten angezeigt (§ 93a II lit. b BVerfGG).

##### *1. Art. 19 IV GG*

Insbesondere Art. 19 IV GG ist nicht verletzt.

##### *a. Effektiver Rechtsschutz im Eilverfahren*

Der in dieser Vorschrift verbürgte umfassende effektive Rechtsschutz hat gerade in Eilverfahren erhebliche Bedeutung. Die nach § 80 I VwGO für den Regelfall vorgeschriebene aufschiebende Wirkung von Widerspruch und verwaltungsgerichtlicher Klage ist insoweit eine adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie und ein fundamentaler Grundsatz des öffentlich-rechtlichen Prozesses. Andererseits gewährleistet Art. 19 IV GG die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe im Verwaltungsprozess nicht schlechthin. Überwiegende öffentliche Belange können es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen, um unaufschiebbare Maßnahmen im Interesse des allgemeinen Wohls rechtzeitig in die Wege zu leiten (vgl. BVerfGE 35, 382, 401; 51, 268, 284; 65, 1, 70). Für die sofortige Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts ist daher ein besonderes öffentliches Interesse erforderlich, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt (vgl. BVerfGE 35, 382, 402; 38, 52, 58; 69, 220, 228). Der Rechtsschutzanspruch ist dabei umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die dem Einzelnen auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung Unabänderliches bewirken. Geltung und Inhalt dieser Leitlinien sind nicht davon abhängig, ob der Sofortvollzug eines Verwaltungsakts einer gesetzlichen (vgl. § 80 II 1 Nrn. 1 bis 3 VwGO) oder einer behördlichen Anordnung (vgl. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO) entspringt (vgl. BVerfGE 69, 220, 228). [...]

##### *b. Unterscheidung zwischen § 80 II 1 Nr. 1 - 3 und Nr. 4 VwGO*

In Fällen der gesetzlichen Sofortvollzugsanordnung unterscheidet sich die Interessenabwägung von derje-

nigen, die in den Fällen einer behördlichen Anordnung stattfindet. Während im Anwendungsbereich von § 80 II 1 Nr. 4 VwGO bei der Interessenabwägung die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen bedeutsam wird, ist in den Fällen der Nummern 1 bis 3 zu beachten, dass hier der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (vgl. aus der Literatur etwa Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 80 Rdnrn. 114 sowie 153; Schenke, VBIBW 2000, 56 [57]; vgl. für die fachgerichtliche Rechtsprechung z.B. BVerwG, NVwZ-RR 1999, 556).

Die einfachgesetzliche Ausgestaltung beeinflusst auch die Anforderungen, die Art. 19 IV GG an die Interessenabwägung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren stellt. Hat sich schon der Gesetzgeber für den Sofortvollzug entschieden, sind die Gerichte — neben der Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache — zu einer Einzelfallbetrachtung grundsätzlich nur im Hinblick auf solche Umstände angehalten, die von den Beteiligten vorgetragen werden und die Annahme rechtfertigen können, dass im konkreten Fall von der gesetzgeberischen Grundentscheidung ausnahmsweise abzuweichen ist. Es muss also über den Antrag auf Aufhebung, nicht über die Anordnung des Sofortvollzugs begründet entschieden werden. Der Umfang der Begründung einer die Aufhebung ablehnenden Entscheidung ergibt sich dabei aus den Argumenten im Vortrag des Ast. Dieser muss die Wertung des Gesetzgebers mit Besonderheiten seiner Situation entkräften und Wege aufzeigen, die gleichwohl den öffentlichen Belangen noch Rechnung tragen. Dabei sind die Folgen, die sich für den einzelnen Bf. mit dem Sofortvollzug verbinden, nur insoweit beachtlich, als sie nicht schon als regelmäßige Folge der gesetzlichen Anordnung des Sofortvollzugs in der gesetzgeberischen Grundentscheidung Berücksichtigung gefunden haben. Sind in diesem Sinne qualifizierte Argumente nicht vorgetragen, sind die Abwägungsanforderungen, die die

Verwaltungsgerichte nach Art. 19 IV GG im Rahmen ihrer Entscheidung nach § 80 V VwGO zu erfüllen haben, regelmäßig nur gering.

### *c. Subsumtion*

Nach diesen Grundsätzen kann eine Verletzung von Art. 19 IV GG hier nicht bejaht werden. Die Bf. hat weder in ihren Beschwerdeschriften im einstweiligen fachgerichtlichen Rechtsschutzverfahren noch im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerde Gründe vorgetragen, die auf besondere, über die im Regelfall mit der Anordnung sofortiger Vollziehung verbundenen Umstände hingewiesen hätten, auf Grund derer eine Abwägung zu Gunsten ihrer privaten Interessen ausfallen müsste. Die Tatsache, dass eine Schließung der in den Verfügungen bezeichneten Geschäfte unmittelbar droht und dass die untersagten Geschäfte den Geschäftsinhalt wesentlich ausmachen, genügt in diesem Rahmen nicht. Dies ist eine Folge, die sich schon aus der Regelung des § 49 KWG ergibt und dem Anlegererschutz dient (vgl. BT-Dr 13/7142, S. 95), solange keine Erlaubnis nach dem Gesetz über das Kreditwesen erteilt ist. Über die Geschäftsschließung als solche hinausgehende Gründe, die eine Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit bei Wahrung der Anlegerinteressen möglich erscheinen lassen, sind aus dem Vortrag der Bf. nicht ersichtlich. Der VGH hat auch geprüft, ob die sofortige Vollziehbarkeit der Untersagungsverfügungen nicht auf Grund des Vertrauensschutzgedankens rechtswidrig sei, diese Möglichkeit aber unter Hinweis auf die ungenutzte Möglichkeit zur Abwicklung dieser Geschäfte vor Erlass der behördlichen Verfügungen verneint. Zu über diese Ausführungen hinausgehenden Einzelfallabwägungen hat der Vortrag der Bf. keinen Anlass gegeben.

### *2. Art. 12 I GG*

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen auch nicht gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG. Die rechtliche Prüfung der Erfolgsaussichten verkennt die Tragweite des Grundrechts der Berufsfreiheit nicht.

**Standort: Schadensersatz****Problem: Bankhaftung für Aussagen über Kunden**

OLG MÜNCHEN, URTEIL VOM 10.12.2003  
21 U 2392/03 (NJW 2004, 224)

**Problemdarstellung:**

In diesem Berufungsverfahren vor dem OLG München ging es um den - vor allem auch in den Medien behandelten - Prozess des früheren Medienmoguls Leo Kirch gegen die Deutsche Bank bzw. deren Vorstandsvorsitzenden, der in einem Fernsehinterview sich zur Bonität des Kirch-Gruppe negativ geäußert hatte. In der Folgezeit kam es dann auch zum Insolvenzverfahren über die Unternehmen der Kirch-Gruppe, sodass im Wege der Feststellungsklage die Schadensersatzhaftung der Bank und ihres Vorsitzenden aufgrund dieses Interviews geklärt werden sollte.

Das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 I ZPO ist zu bejahen, wenn durch die Klageerhebung etwa einer drohenden Verjährung entgegengewirkt werden soll. Geht es dabei um den Ersatz erst künftig befürchteten Schadens auf Grund einer nach Behauptung des Kl. bereits eingetretenen Rechtsgutsverletzung, so setzt das Feststellungsinteresse zumindest weiterhin die Möglichkeit dieses Schadenseintritts voraus, was im konkreten Fall vom OLG München bejaht wurde.

Das Gericht hat zudem eine entsprechende Schadensersatzpflicht der bekl. Deutschen Bank wegen Verletzung der vertraglichen Verschwiegenheitspflicht festgestellt. Die Meinungsfreiheit, aus Art. 5 I 1 GG steht einer Verurteilung der Bekl. nicht entgegen. Die Bekl. hat ihre Äußerungsfreiheit durch ihre eigenen Vertragsbestimmungen eingeschränkt. Es ist eher abwegig, die von der Bekl. selbst eingeführte Vertragsbestimmung als durch Art. 5 I 1 GG aufgehoben oder eingeschränkt anzusehen.

Hingegen hat das OLG München eine Haftung des Bankvorsitzenden auf Schadensersatz wegen des Interviews verneint. Vertragliche Ansprüche bestehen nicht, weil die Vertragsverhältnisse mit der Deutschen Bank nicht zu Lasten des Vorsitzenden ausgedehnt werden können. Deliktische Ansprüche gem. §§ 824, 823 II BGB i.V.m. §§ 13 ff. UWG scheitern daran, dass es sich bei den Bonitätsauskünften nicht um unwahre oder verzerrte oder überzogene Tatsachen handelten.

Der Vorsitzende haftet auch nicht gem. § 823 I BGB auf Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts. Die Äußerung ist in ihrer Beurteilung im Verhältnis zum Bankvorsitzenden und seiner persönlichen Haftung nicht als rechtswidrig anzusehen, da die Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien eine solche Rechtswidrigkeit nicht hergibt.

**Prüfungsrelevanz:**

Im Rahmen der juristischen Staatsprüfung werden auch immer wieder Klausuren und Fragen in der mündlichen Prüfung gestellt, die sich mit aktuellen Rechtsstreitigkeiten aus Politik, Wirtschaft oder Wissenschaft beschäftigen. Das vorliegende Urteil ist insofern von examensrelevanter Bedeutung, weil es im Wege eines Präzedenzfalls die Haftung von Banken für Aussagen über die wirtschaftliche Bonität ihrer Kunden festlegt.

Neben der Aktualität der Entscheidung enthält das Urteil auch einige klassische Aussagen zu den zivilprozessualen Anforderungen für das Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO; das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 I ZPO ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn der Anspruchsgegner seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Abrede stellt und durch die Klageerhebung etwa einer drohenden Verjährung entgegengewirkt werden soll. Des weiteren enthält das Urteil allgemeingültige Aussagen zu den materiellen Anforderungen für einen deliktischen Schadensersatzanspruch wegen Persönlichkeitsverletzung gem. § 823 I BGB. § 823 I BGB enthält, soweit es um Schadensersatz für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder wegen Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geht, einen offenen Tatbestand. Eine Haftung auf Schadensersatz ist hier nur zu bejahen, wenn die Rechtswidrigkeit der Äußerung positiv festgestellt werden kann.

**Vertiefungshinweis:**

Entscheidung der Vorinstanz: *LG München I*, NJW 2003, 1046 = WM 2003, 725

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Das verhängnisvolle Skateboard"

**Leitsätze:**

**1. Anforderungen an die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im Rahmen des Feststellungsinteresses nach § 256 Abs. 1 ZPO.**

**2. Zur Frage, ob eine Bank auf Schadensersatz haftet, wenn ihr Vorstandssprecher sich in einem Fernsehinterview zur wirtschaftlichen Lage eines Kunden der Bank äußert.**

**3. Zur Frage der persönlichen Haftung des Vorstandssprechers in einem solchen Fall.**

**Sachverhalt:**

Die Parteien streiten um die Frage, ob die Bekl. im Wege einer Feststellungsklage vom Kl. aus eigenem und aus abgetretenem Recht für Schäden in Anspruch genommen werden können, die auf Grund eines Fernsehinterviews, das der Bekl. zu 2 (im Folgenden: der Bekl.) Anfang Februar 2002 in New York gegeben hat, nach Behauptung des Kl. möglicherweise entstanden sind. Das Interview wurde unter anderem am 4. 2. 2002 im Fernsehsender Bloomberg TV ausgestrahlt. Der Kl. ist Gründer und Namensgeber der im nationalen und internationalen Mediengeschäft tätigen KirchGruppe. Diese hatte in der zweiten Hälfte der 90er Jahre, unter anderem durch den Zukauf und die Beteiligung an bestehenden Unternehmen, eine Komplexität erreicht, die eine Neustrukturierung erforderlich machte. Gruppenunternehmen und Beteiligungen wurden unter dem Dach der Taurus Holding GmbH & Co. KG (im Folgenden: Taurus Holding KG), deren Komplementär die Kirch Vermögensverwaltungs-GmbH ist (Geschäftsführer ist der Kl.), in drei großen Obergesellschaften organisiert: KirchMedia GmbH & Co. KGaA (im Folgenden: KirchMedia), KirchPayTV GmbH & Co. KGaA (im Folgenden: KirchPayTV) und KirchBeteiligungs-GmbH & Co. KG (im Folgenden: KirchBeteiligungs KG). Die Bekl. zu 1 (im Folgenden: die Bekl.) ist nach den Feststellungen des LG die größte Bank Deutschlands mit einem Gesamtkreditvolumen zum 31. 12. 2001 von 445,8 Milliarden Euro, davon allein im Bereich Corporate Investment Banking (CIB) 369,1 Milliarden Euro. Sie hatte circa 1100 Kreditengagements, die jeweils ein Volumen von über 100 Mio. Euro aufwiesen. Daneben ist die Beklagte an mehreren Unternehmen beteiligt. So ist sie mit etwa 12% Anteil der größte Aktionär der Daimler Chrysler AG und stellt den Aufsichtsratsvorsitzenden dieses Unternehmens. Sie hält über die DB Investor, eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der Beklagten, auch 100% der Anteile der deutschen Kabelbetriebsgesellschaft TeleColumbus-GmbH, welche zu den drei größten Kabelgesellschaften Deutschlands zählt. Der

Bekl. war zum Zeitpunkt der Sendung des hier streitgegenständlichen Interviews (4. 2. 2002) Vorstandssprecher der Bekl. sowie Präsident des Bundesverbands Deutscher Banken.

Am 20. 5. 1998 schloss die Bekl. über ihre Niederlassung in München mit der PrintBeteiligungs-GmbH, die damals noch unter Taurus Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH firmierte (im Folgenden: PrintBeteiligungs-GmbH), einen Kreditvertrag, mit dem die Bekl. einen der damaligen Taurus Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH von der Berliner Bank AG gewährten Kredit in Höhe von rund 900 Mio. DM übernahm. Die Vertragsparteien stockten diesen Kredit auf 1,4 Milliarden DM auf. Als Sicherheit verpfändete die Taurus Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH PrintBeteiligungs-GmbH von ihr gehaltene vinkulierte Namensaktien an der Axel Springer AG (insgesamt 40,05% des Stammkapitals dieses Verlags) an die Bekl. Dieser Kreditvertrag wurde im Lauf der Zeit um vier Nachträge ergänzt und zwar zuletzt am 10. 10. 2001.

Am 3. 2. 2002 gab der Bekl. in New York während des Weltwirtschaftsforums gegenüber Bloomberg TV, einem Fernsehsender, der weltweit — auch über seinen Online-Dienst „Bloomberg Professional Service“ — Nachrichten aus dem Bereich Wirtschaft und Finanzen verbreitet, ein etwa fünfminütiges Interview. Dieses wurde aufgezeichnet und in Bloomberg TV Deutschland über Satellit deutschlandweit am 4. 2. 2002 erstmalig um 12.38 Uhr MEZ und danach mehrfach wiederholt ausgestrahlt, sowie als Textnachricht über Bloomberg Professional Service übermittelt. Der erste Teil des Interviews (nach den Feststellungen des LG: zwei Minuten 30 Sekunden) beschäftigt sich allgemein mit den wirtschaftlichen Aussichten, der zweite Teil (nach den Feststellungen des LG: eine Minute vier Sekunden) mit der aktuellen geschäftlichen Entwicklung bei der Deutschen Bank. Im dritten Teil enthält das Interview (nach den Feststellungen des LG: eine Minute 37 Sekunden; im Online Dienst angekündigt mit „Deutsche Bank's exposure to Kirch; outlook for more credit“) die hier streitgegenständlichen Passagen. Dieses Interview beherrschte in der Folgezeit die Wirtschaftsnachrichten in sämtlichen Medien. Der Kl. hat in erster Instanz folgende Anträge gestellt:

I. Es wird festgestellt, dass die Bekl. als Gesamtschuldner gegenüber dem Kl. verpflichtet sind, sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihm aus den Äußerungen des Vorstandssprechers der Bekl. zu 1, dem Bekl. zu 2, in einem Interview des Fernsehsenders Bloomberg TV am 4. 2. 2002 bereits entstanden sind und zukünftig entstehen werden.

II. Es wird festgestellt, dass die Bekl. als Gesamt-

schuldner gegenüber dem Kläger aus abgetretenem Recht verpflichtet sind, die Ansprüche auf Ersatz der Schäden zu erfüllen, die der TaurusHolding GmbH & Co. KG und der PrintBeteiligungs-GmbH aus den in Nr. 1 genannten Äußerungen des Bekl. zu 2 bereits entstanden sind und zukünftig entstehen werden.

Das LG hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Die Berufung der Bekl. zu 1 wies das OLG zurück, auf die Berufung des Bekl. zu 2 wurde das Urteil des LG geändert und die Klage gegen den Bekl. zu 2 abgewiesen.

### *Aus den Gründen:*

Der Senat hält die Auffassung des LG für zutreffend, soweit es die Bekl. verurteilt hat, und nimmt insoweit auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug. In dem für ein Berufungsurteil gesetzlich vorgeschriebenen (§ 540 I 1 Nr. 2 ZPO) und auch zulässigen (BVerfG, NJW 1996, 2785; NJW 1999, 1387 [1388]) Umfang — der sich auch daraus erklärt, dass die Sache in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat umfassend diskutiert wurde (vgl. Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 313 Rdnr. 27) — ist Folgendes auszuführen:

#### *A. Zulässigkeit der Klage*

Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen nicht.

#### *I. Feststellungsinteresse gem. § 256 I ZPO*

Das LG hat das gem. § 256 ZPO für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse als gegeben angesehen. Es sei Ungewissheit über das Bestehen von Ansprüchen gegeben. Eine Leistungsklage sei noch nicht möglich. Der Schaden sei noch in der Entwicklung. Entscheidender Zeitpunkt für die Beurteilung dieser Frage sei der Zeitpunkt der Einreichung der Klage; hier seien die Aktien der Axel Springer AG noch nicht verwertet gewesen.

#### *I. Voraussetzungen an ein Feststellungsinteresse*

In dieser Auffassung liegt kein Rechtsfehler i. S. von § 513 I ZPO. Das Feststellungsinteresse i. S. des § 256 I ZPO ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn der Anspruchsgegner seine haftungsrechtliche Verantwortlichkeit in Abrede stellt und durch die Klageerhebung etwa einer drohenden Verjährung entgegengewirkt werden soll. Geht es dabei um den Ersatz erst künftig befürchteten Schadens auf Grund einer nach Behauptung des Kl. bereits eingetretenen Rechtsgutsverletzung, so setzt das Feststellungsinteresse weiter die Möglichkeit dieses Schadenseintritts voraus; diese ist zu verneinen, wenn aus der Sicht des Kl. bei verständi-

ger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt des derartigen Schadens wenigstens zu rechnen; im Rahmen der Zulässigkeit kann darüber hinaus eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit nicht verlangt werden (vgl. BGH, NJW 2001, 1431; Thomas/Putzo/Reichold, § 256 Rdnr. 21). Für die Beurteilung, ob der Schaden erst künftig befürchtet wird, ist der Zeitpunkt der Klageeinreichung entscheidend. Nach Konkretisierung des Schadens besteht keine Pflicht zu einem Übergang zur Leistungsklage (BGHZ 70, 39; BGH, WM 1978, 470).

#### *2. Gefahr der Verjährung als Feststellungsinteresse*

Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Die Ansprüche des Kl. verjähren, weil die Äußerung nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes aufgenommen und ausgestrahlt wurde, gem. §§ 195, 199 BGB mit Ablauf von drei Jahren nach dem Ablauf des Jahres 2002, also mit dem Ende des Jahres 2005. Ob der Gesichtspunkt drohender Verjährung im vorliegenden Fall überhaupt eine Rolle spielt, ist ohne Bedeutung, denn an das Vorliegen eines Feststellungsinteresses dürfen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es soll den Bekl. davor schützen, dass ihm ein Rechtsstreit über gedachte, also eher hypothetische Fragen aufgezwungen wird, von denen ungewiss ist, ob sie jemals praktische Bedeutung erlangen könnten. Darauf braucht sich von Rechts wegen niemand einzulassen (vgl. BGH, NJW 1993, 648 [654]). Die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt irgend eines Schadens ist vom Kl. substantiiert dargetan worden, insbesondere durch die Reaktionen von Banken und auch durch das Scheitern der Verhandlungen mit Disney. Der eigenen Einschätzung des Bekl. hierzu, wie er sie bei seiner persönlichen Anhörung im Senatstermin vom 5. 11. 2003 geäußert hat, kann der Senat nicht zustimmen. Der Bekl. lässt hierbei den rechtlichen Ausgangspunkt unbeachtet. Außerdem wertet er die Sachlage einseitig zu seinen Gunsten.

(Es folgen Ausführungen des Gerichts zum Feststellungsinteresse, insbesondere werden Zeugenaussagen gewürdigt.)

#### *3. Keine Bedenken gegen das Feststellungsinteresse wegen zwischenzeitlicher Veräußerung*

Einwendungen gegen das Bestehen des nach § 256 I ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses ergeben sich auch nicht daraus, dass die von der PrintBeteiligungs-GmbH gehaltenen Aktien des Axel Springer Verlags inzwischen von der Bekl. erworben wurden und dass die GmbH in Liquidation ist. Es geht um die Feststellung der Verpflichtung der Bekl. (zu 1) zum

Schadensersatz als Folge der Äußerung des Bekl. (zu 2). Es steht nicht, auch nicht annähernd, fest, dass der PrintBeteiligungs-GmbH durch diese Äußerung kein Schaden entstanden ist. Vielmehr ist auch insoweit die Möglichkeit, ja sogar die Wahrscheinlichkeit der Entstehung eines Schadens gegeben. Dies folgt schon daraus, dass die von der PrintBeteiligungs-GmbH gehaltenen Aktien zu einem niedrigen Preis, nämlich dem festgesetzten Mindestpreis, veräußert werden mussten.

### *II. Klageerhebung gem. § 253 ZPO*

Bedenken in Bezug auf die Bestimmtheit der Anträge bestehen nicht. Darin, dass das LG die Anforderungen des § 253 ZPO als gegeben angesehen hat, liegt kein Rechtsfehler. Einzelne Passagen aus der Äußerung brauchen nicht in den Antrag aufgenommen zu werden. Der Antrag muss den erhobenen Anspruch nach Inhalt und Umfang konkret bezeichnen und die Art der Klage ergeben (Thomas/Putzo/Reichold, § 253 Rdnr. 11; Thomas/Putzo, Vorb. § 704 Rdnr. 22). Bei Zweifeln ist der Antrag aus der Klagebegründung heraus auszulegen. Solche Zweifel bestehen hier aber nicht. Entsprechendes gilt für die Urteilsformel i. S. von § 313 I Nr. 4 ZPO. Auch diese ist erforderlichenfalls aus den Gründen heraus auszulegen (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, § 313 Rdnr. 9). Bei einem Feststellungsurteil ist wesentlich, dass die Grundlage für einen etwa nachfolgenden Zahlungsprozess zuverlässig und nachvollziehbar festgelegt wird. Insofern bestehen gegen die Formulierung des LG keine Bedenken. Es ist eindeutig, dass die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz infolge der Äußerung des Bekl. festgestellt worden ist.

### *III. Zur Prozessführungsbefugnis des Kl. trotz eröffneten Insolvenzverfahrens*

Der Kl. ist in vollem Umfang prozessführungsbefugt. Dies gilt auch, soweit Ansprüche der Taurus Holding KG geltend gemacht sind. Insbesondere steht dem nicht § 92 InsO entgegen. Die Ansprüche waren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksam abgetreten worden. Das Insolvenzverfahren erfasst nur dasjenige Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört und das er während des Verfahrens erlangt (Insolvenzmasse; § 35 InsO).

Die Abtretung an den Kl. war von Anfang an wirksam; sie musste nicht etwa nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens erneuert werden. Dies wird noch auszuführen sein. Eine Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO) liegt nicht vor, ist also nicht zu prüfen.

### *B. Verfahrensrechtliches*

Der Kl. rügt zu Unrecht, dass die von den Bekl. im

Schriftsatz vom 15. 9. 2003 angebotenen Zeugen geladen, und dass der Zeuge Dr. Wolf (schriftlich) vernommen worden ist. (Wird ausgeführt.)

### *C. Begründetheit der Klage*

#### *I. Zum Umfang der Darstellung und zur Prüfungsbefugnis*

##### *1. Ergebnis*

Auch für den Bereich der Darstellung der Begründetheit sei nochmals darauf hingewiesen, dass § 540 ZPO den Umfang der Ausführungen auch zur Begründetheit der Klage stark beschränkt. (Wird ausgeführt.)

Auch zur Frage der Begründetheit der Klage nimmt der Senat auf die Ausführungen des LG Bezug, soweit die Bekl. verurteilt wurde. Gegen den Bekl. ist die Klage allerdings unbegründet. Hierzu folgt der Senat nicht der vom LG allerdings sorgfältig, aber nach Auffassung des Senats nicht vollständig vorgenommenen Abwägung im Rahmen der Rechtswidrigkeit.

##### *2. Zum Umfang der Prüfungsbefugnis in der Berufung*

Zum Umfang der Prüfungsbefugnis des Senats sei einleitend auf Folgendes hingewiesen: Nach der Neuregelung durch die ZPO-Reform ist das Berufungsverfahren nicht mehr als (zweite) Tatsacheninstanz ausgestaltet. Der Senat ist vielmehr durch § 513 I ZPO auf die Rechtskontrolle beschränkt. Auch die vorliegende Berufung kann deshalb nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung des I.G auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder dass nach § 529 ZPO zu Grunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Dies bezieht sich grundsätzlich auf Ergebnisse im Rahmen der freien Beweiswürdigung im Rahmen von § 286 ZPO (vgl. dazu etwa Thomas/Putzo/Reichold, § 546 Rdnr. 11). Es kann sich aber nicht auf die Bestimmung des Aussagegehalts von Äußerungen erstrecken. Schon bisher konnte im Rahmen der revisionsrechtlichen Rechtskontrolle der Aussagegehalt voll überprüft werden. § 513 I ZPO schränkt dies nicht ein. Vielmehr verlangt Art. 5 I GG eine solche restriktive Handhabung der Berufungsvorschriften (vgl. etwa BGH, NJW 1992, 1314 [1316]; NJW 1993, 930 = VersR 1993, 193 [194]; NJW-RR 1994, 1246, jeweils m.w.N.).

##### *II. Ansprüche des Kl. gegen die Bekl.*

Der Anspruch des Kl. aus eigenem und auch aus abgetretenem Recht gegen die Bekl. ergibt sich aus § 280 I BGB in der ab 1. 1. 2002 geltenden Fassung

(EGBGB Art. 229 § 5). Die streitgegenständliche Äußerung wurde am 4. 2. 2002 ausgestrahlt. Es gilt deutsches Recht, weil die Sendung auch in Deutschland ausgestrahlt wurde; dem steht nicht entgegen, dass das Interview in New York aufgezeichnet wurde und wohl auch in anderen Ländern zu empfangen war (vgl. Art. 40 EGBGB).

Die Bekl. hat durch die Handlung des Bekl. gegen eine Verpflichtung aus dem Kreditvertrag der PrintBeteiligungs-GmbH mit ihr verstoßen. Die Bekl. muss sich die Äußerung des Bekl. gem. § 31 BGB zurechnen lassen. In dieser Annahme des LG liegt kein Rechtsfehler i. S. von § 513 I ZPO.

### *1. Zur Abtretung*

Der Kl. ist jedenfalls in Richtung auf die Bekl. anspruchsberechtigt. Dies gilt auch für die ihm von der Taurus Holding KG und der PrintBeteiligungs-GmbH abgetretenen Ansprüche. In diesem Zusammenhang spielt der vom Kl. hinreichend nachgewiesene Übertragungsfehler keine Rolle. Die Abtretungen vom 26. 4. 2002 umfassten ausdrücklich die Ansprüche gegen die Bekl. Die Voraussetzungen des § 117 I BGB (Scheingeschäft) lagen ersichtlich nicht vor. Es bestehen auch keine Bedenken gegen die Annahme des LG, die Rückabtretung sei durch eine Vereinbarung wieder aufgehoben worden. Die Ansprüche hat der Kl. auch aus eigenem Recht. Auch insoweit wird auf die Ausführungen des LG Bezug genommen. Es ist möglich und auch wahrscheinlich, dass durch die Äußerung des Bekl. die Beteiligungen des Kl. in ihrem Wert vermindert wurden.

### *2. Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht*

Der Bekl. hat durch seine Äußerung gegen die von der Bekl. mit der PrintBeteiligungs-GmbH vertraglich vereinbarte Verpflichtung zur Verschwiegenheit verstoßen. In dieser Annahme liegt kein Rechtsfehler des LG. Nach Nr. 17 des Kreditvertrags über 1,4 Milliarden DM gelten die AGB-Banken auch für dieses Vertragsverhältnis. Nach Nr. 2 Abs. 1 dieser AGB-Banken ist die Bank zur Verschwiegenheit über alle kundenbezogenen Tatsachen und Wertungen verpflichtet, von denen sie Kenntnis erlangt (Bankgeheimnis). Informationen über den Kunden darf die Bank nur weitergeben, wenn gesetzliche Bestimmungen dies gebieten oder der Kunde eingewilligt hat oder die Bank zur Erteilung einer Bankauskunft befugt ist. Das LG hat richtig darauf hingewiesen, dass sich diese Verschwiegenheitspflicht auf Tatsachen und auch Wertungen bezieht und dass es in diesem Rahmen unerheblich ist, ob wahre oder unwahre Tatsachen mitgeteilt werden. Wenn eine Bank auf Grund des beste-

henden Vertrauensverhältnisses bestimmte Tatsachen, die wahr sind, geheim halten muss, muss sie erst recht schweigen, wenn es sich um unwahre Dinge handelt (Sichtermann/Feuerborn/Terdenge, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 3. Aufl., S. 192, wie vom LG zitiert). Der Senat sieht seine in der Senatssitzung vom 13. 8. 2003 geäußerten Bedenken nicht mehr als durchgreifend an. Sie waren zudem zur Diskussion dieser Frage eingebracht. Allerdings muss es sich um Informationen handeln, die dein Außerdem auf Grund der Geschäftsbeziehung bekannt geworden sind. Das ergibt sich aus dem Grund für die Verschwiegenheitspflicht.

### *a. Inhalt des Verstoßes*

Im vorliegenden Fall ist also, soweit es um die Haftung der Bekl. geht, eine Abgrenzung von Tatsachen und Wertungen nicht erforderlich. Die Äußerung des Bekl. enthält Tatsachenaussagen und auch Wertungen. Der Bekl. hielt es im Interview für relativ fraglich, ob man dem Kl. hilft, weiter zu machen. Die Frage war nicht etwa dahin zu verstehen, ob es besser wäre, dem Kl. zu helfen oder besser, ihm nicht zu helfen. Insoweit folgt der Senat nicht der Auffassung von Schwintowski, NZG 2003, 810 (wie auch im Übrigen nicht, etwa zur Andeutung, es könne ein entschuldigender Notstand vorgelegen haben). Eine Wertung der persönlichen Äußerung des Bekl. in der Senatssitzung vom 5. 11. 2003 ergibt zudem, dass auch dieser die Frage gerade nicht so verstanden hat. Schon in der einschätzenden Antwort des Beklagten auf die Frage des Journalisten Michael Storfner liegt ein Verstoß gegen die bankrechtliche Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Ebenfalls ein Verstoß liegt jedenfalls in der vom Bekl. gezogenen Schlussfolgerung (zur rechtlichen Einordnung von Schlussfolgerungen siehe etwa Soehring, PresseR, 3. Aufl., Rdnrn. 14.20 f.; Seitz/Schmidt/Schoener, Der Gegendarstellungsanspruch, 3. Aufl., Rdnrn. 398 ff.), es könnten also nur Dritte sein, die sich gegebenenfalls für eine Stützung interessieren. Damit schloss der Bekl. aus, dass eine Hilfe durch den Finanzsektor auf unveränderter Basis überhaupt nur in Betracht kommt. Das ist die ganz klare und eindeutige Aussage, dass weder die Bekl. noch andere Banken dem Kl. auf der gegebenen Basis Kredite gewähren würden. Auf unveränderter Basis ist dahin zu verstehen, dass Fremd- oder gar Eigenmittel nicht zur Verfügung gestellt werden, solange der Kl. nicht die Umstrukturierung vornimmt oder vornehmen lässt, welche etwa der Bekl. ihm eine Woche später in dem persönlichen Gespräch vorgeschlagen hat. Diese Umstrukturierung war nach den Angaben des Bekl. auch Gegenstand des Gesprächs beim Bundeskanzler am 27.1.02.

*b. Auslegung des Verstoßes nach dem Empfängerhorizont*

Allerdings ist der Aussagegehalt der Äußerung danach zu bestimmen, wie der Zuschauer oder Hörer von Bloomberg TV, einem Wirtschaftssender, sie verstanden hat (vgl. nur BVerfGE 43, 130 - CDU-Baron; BVerfGE 67, 213 - Anachronistischer Zug; BVerfGE 94, 1 - DGHS; BGH, NJW 1998, 1391 - Lateinzeit; Senat, NJW 1997, 62 - Westdeutsche Konjunkturritter; Soehring, RdNr. 14.12 ff. und RdNr. 16.1 ff.). Das ist ein wirtschaftlich informierter und auch interessierter Zuschauer, Hörer und Leser. Für diesen ist der Inhalt der Botschaft des Bekl. eindeutig: Vom Finanzsektor hat der Kl. mit seinen Gesellschaften keine finanzielle Unterstützung durch Fremd- oder gar Eigenmittel zu erwarten, wenn er nicht zur grundsätzlichen Umstrukturierung bereit ist. Der Zeuge Dr. Wolf hat in dieser Richtung ausgesagt. Der Konzern wurde von den Pool-Banken im Kern als erhaltungsfähig und -würdig angesehen und zwar im Hinblick auf das einzigartige Filmvermögen und die wertvollen Sportrechte in Kombination mit TV-Sendern als Abspielkanäle der Lizenzrechte. In diese Richtung deuteten auch die vorangegangenen Berichte in den Medien; dies ist vom LG im Tatbestand, vom Senat in den tatsächlichen Feststellungen substantiiert dargestellt. Und dies — die Einschränkung der Vergabe von Mitteln — wird vom Chef der größten deutschen Bank und Präsidenten des Bundesverbands Deutscher Banken so geäußert. Das unterstreicht die Glaubwürdigkeit der Botschaft grundsätzlich und ganz erheblich. Deshalb ist es in diesem Zusammenhang nicht wesentlich, ob man das alles lesen und hören konnte. Der Chef der größten Deutschen Bank teilt mit, dass man lesen und hören konnte, dass der Finanzsektor ohne Umstrukturierung nicht bereit ist, dem Kl. noch zu helfen und dass also nur Dritte in Betracht kämen. Aus diesem „also“ folgt die Striktheit des Ausschlusses einer Hilfe durch den Finanzsektor. Auf unveränderter Basis hat der Kläger keine Chance, dass ihm der Finanzsektor noch hilft. Das ist eine Bestätigung für diejenigen aus dem Finanzsektor, die schon ganz oder fast oder vorläufig entschlossen waren, sich bei einer Hilfe für den Kl. zurückzuhalten, aber auch ein Hinweis für die anderen, die zur Hilfe bereit gewesen wären, wie etwa die RZB Österreich. Nach der Äußerung konnte es keine Bank mehr verantworten, dem Kl. auf unveränderter Basis ohne „komfortable“ Sicherheit noch Finanzmittel zur Verfügung zu stellen. Insofern ist die Äußerung auch warnend (wenn auch nicht zum Boykott aufrufend), nicht nur mitteilend, zu verstehen. Dies gilt auch für die im Interview angesprochenen Dritten, die sich gegebenenfalls für eine Stützung interessieren. Nach der Aus-

sage des Zeugen Dr. Wolf drohte die sofortige Insolvenz, wenn nicht die Pool-Banken bereit gewesen wären, der Kirch-Gruppe als Sofortmaßnahme einen Überbrückungskredit in Höhe von 100 Millionen Euro zu gewähren zur Bezahlung der fälligen Bundesligarate. Dieser Kredit wurde vor allem gegeben, um Zeit für Verhandlungen und Lösungen außerhalb der Insolvenz zu bekommen. Der Zeuge hat auch bestätigt, dass für weitere Hilfen Sanierungsgutachten eingeholt werden sollten und dass die Einholung solcher Gutachten wegen des Interviews des Bekl. „auf jeden Fall noch dringlicher geworden“ war.

*c. Zusammenhang zwischen der TV-Äußerung und der Geschäftsverbindung des Kl.*

Der erforderliche Zusammenhang zwischen der Äußerung und der Geschäftsverbindung ist vom LG zutreffend bejaht worden. Es besteht der vom LG angenommene innere Zusammenhang der Äußerung zur Geschäftsverbindung. Diese war im Interview vom Fragenden ausdrücklich angesprochen worden und der Bekl. hatte sich auch hierzu geäußert. Er hat von einer Größenordnung des Kredits für die Kirch-Gruppe im mittleren Bereich gesprochen und ihn als voll durch das Pfandrecht an den Aktien des Springer-Verlags gesichert bezeichnet. Die streitgegenständliche Äußerung am Ende des Interviews steht hiermit in untrennbarem Zusammenhang. Sie führt das Thema Kredit und Hilfe für den Kläger und die Kirch-Gruppe fort. Selbst für den Zuschauer, Hörer und Leser, der von dieser Geschäftsverbindung nichts gewusst haben sollte, ist damit diese Geschäftsverbindung samt der bestehenden Sicherung offenbart worden. Und der Bekl. ging davon aus, dass diese Geschäftsverbindung bekannt war; dies hat er ausdrücklich betont. Daraus folgt auch zugleich das Verschulden des Bekl. Er hat selbst darauf hingewiesen, dass er, soweit er die Tatsachen zum Kredit der Bekl. offenbart, keine Indiskretion begehe. Diese Frage der Indiskretion, also der bankrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, war ihm geläufig und für den Chef der größten deutschen Bank dürfte es ohnehin klar sein, dass sie einer Verpflichtung zur Verschwiegenheit unterliegt. Damit handelte der Bekl. jedenfalls fahrlässig und dies genügt für die Annahme einer Pflichtverletzung und die Zurechnung zur Bekl. über § 31 BGB. Ergänzend wird zu dieser Frage ebenfalls auf die Ausführungen des LG im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

*d. Keine entgegen stehende Entscheidung des BVerfG*

Die von den Bekl. herangezogenen Entscheidungen BVerfG NJW 1999, 2262 — Unausgewogene Arbeit,

und BGHZ 139, 95 [104] = NJW 1998, 3047— IM-Sekretär, ergeben zum Aussagegehalt der Äußerung und der rechtlichen Würdigung nichts anderes. Selbstverständlich hat eine Bestimmung des Aussagegehalts vom Wortlaut der Äußerung auszugehen und auch den Kontext mit zu berücksichtigen, in dem sie steht, und auch die für den Empfänger der Äußerung erkennbaren Begleitumstände. Das LG hat nicht gegen diese Grundsätze verstoßen. Und auch der Senat geht von diesen Grundsätzen aus. Sie sind Standard für die Interpretation von Äußerungen in Medien. Sind mehrere sich nicht gegenseitig ausschließende Deutungen einer Äußerung möglich, so ist der rechtlichen Beurteilung diejenige zu Grunde zu legen, die dem auf Unterlassung — oder hier: auf Schadensersatz — in Anspruch Genommenen günstiger ist und den Betroffenen weniger beeinträchtigt (vgl. nur — wie von den Bekl. zitiert — Staudinger/Hager, BGB, 13. Bearb., § 823 Rdnr. C 71 m. w. Nachw.). Darum geht es hier aber nicht. Die Interpretation der Äußerung ergibt keine Deutung, die zu einer Abweisung der Klage gegen die Bekl. führen könnte.

#### *e. Zum Verschulden*

Zum Verschulden des Bekl., das der Bekl. zuzurechnen ist, sind schon Ausführungen gemacht. Dem steht — um dies weiterzuführen — insbesondere nicht entgegen, dass das Interview kurzfristig vereinbart gewesen und die Themen, insbesondere das hier interessierende Thema, nicht vorbesprochen gewesen sein sollen. Hierauf kommt es nicht an. Deshalb ist auch auf die Ausführungen des Kl. hierzu und den Hinweis auf den Artikel in Focus vom 10. 11. 2003, S. 209, nicht näher einzugehen. Auch ohne Vorbereitung auf das Thema Kirch ist die Rechtslage nicht anders zu beurteilen. Der Bekl. hat sich zu dieser Frage selbst in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 5. 11. 2003 geäußert. Der Senat kann dem aber nicht folgen. Zum einen handelte es sich nicht um ein Live-Interview. Es war am Tag vor der Sendung aufgezeichnet worden. Hier konnte der Bekl. selbstverständlich das Thema so abblocken, dass es in der Sendung dann überhaupt nicht vorkam. Außerdem konnte er sich ohne weiteres so ausdrücken, dass der Kl. und seine Gruppe nicht negativ berührt waren. Dazu genügte der bestimmte Hinweis auf die Verschwiegenheitspflicht und dahin, dass sich die Bekl. zu Fragen, die ihre Kunden betreffen, generell und nie äußere. Außerdem kannte der Bekl. die finanzielle Lage der Kirch-Gruppe, wie er ja selbst gelesen haben will. Damit musste ihm klar sein, dass eine ganz besonders empfindliche Situation bestand, die allenfalls eine sehr sensible Äußerung vertragen, aber keinesfalls die Botschaft, dass

allenfalls Dritte noch helfen könnten. Die Begründung des Bekl. bei seiner persönlichen Anhörung in der Senatssitzung am 5. 11. 2003 überzeugt demgegenüber nicht. Er musste ja nicht unbedingt „no comment“ sagen. Auch entschuldigt es den Bekl. nicht, wenn er, wie er in der Sitzung geäußert hat, gedacht hatte, er nütze mit seiner Antwort der Sache. Und der Senat kann auch der Auffassung des Bekl. nicht folgen, er sei hier als „Privatperson“ angesprochen worden, weil er sich auf Grund seiner 35-jährigen Bankerfahrung zum Komplex Kirch allgemeinverständlich äußern könne. Die Einnahme des Augenscheins durch Vorspielen des Videos am 5. 11. 2003 hat dies deutlich anders ergeben. Der Bekl. wurde als einer der führenden Bankiers in Deutschland interviewt.

#### *2. Keine Rücksicht auf die Meinungsfreiheit des Bekl. aus Art. 5 I 1 GG*

Die Meinungsfreiheit des Bekl. aus Art. 5 I 1 GG steht einer Verurteilung der Bekl. nicht entgegen. Die Bekl. hat ihre Äußerungsfreiheit durch ihre eigenen Vertragsbestimmungen eingeschränkt. Es ist eher abwegig, die von der Bekl. selbst eingeführte Vertragsbestimmung als durch Art. 5 I 1 GG aufgehoben oder eingeschränkt anzusehen. Auch von einer Grundrechtsferne der Zivilgerichte kann in diesem Zusammenhang nicht gesprochen werden. Der Vorwurf der „Grundrechtsferne von Zivilgerichten“, wie er in einer renommierten Fachzeitschrift zu lesen war, trifft, soweit es um die Haftung der Bekl. geht, nicht den Kern des Problems. Die Einwendungen des dortigen Autors erschöpfen sich im Wesentlichen in Polemik. Die Äußerung des Bekl. ist eben gerade nicht mehrdeutig. Und sie enthält Tatsachenaussagen und auch Wertungen, die sich allerdings trennen lassen. Und zudem verlangt die von der Bekl. selbst eingeführte vertragliche Regelung eine solche Trennung gerade nicht. Dem zu der zitierten Äußerung eingereichten Gutachten von Josef Isensee vom 23. 7. 2003 ist aus der Sicht des Senats nicht hinzuzufügen. Es zeigt die Schwächen der Argumentation des Autors überzeugend auf. Ein Verstoß der Entscheidung des LG gegen Art. 5 I GG liegt nicht vor.

#### *3. Keine Beschränkbarkeit durch Floskeln*

Dem Anspruch steht nicht entgegen, dass der Bekl. seine Äußerung wörtlich darauf beschränkt hat, was alles man lesen und hören kann. Die Bekl. haben nichts Überzeugendes dazu vorgetragen, was man hierzu hören konnte. Allenfalls kann man das als Floskel abtun. Und man kann es — das ist eine Anwendung der Variantenlehre des BVerfG zur Auslegung von mehrdeutigen Äußerungen — nicht haftungsrecht-

lich dahin verstehen, dass es der Bekl. von seinen Mitarbeitern gehört hat. Aber der Bekl. hat aus dem, was er gelesen haben will, den Schluss gezogen, dass der Finanzsektor nicht bereit ist, dem Kl. und seiner Gruppe auf unveränderter Basis, ohne Umstrukturierung, zu helfen, das heißt Eigen- oder Fremdmittel zur Verfügung zu stellen. Und er hat ferner diese Hilfe auf allenfalls Dritte beschränkt. Das ist mehr als nur die Wiedergabe von Äußerungen im Manager-Magazin und der Süddeutschen Zeitung. Das ist eine Bekräftigung dieser Meldungen durch den Chef der größten deutschen Bank. Und hierin liegt — das ist schon ausgeführt — der schuldhafte Verstoß gegen die vertragliche Verschwiegenheitspflicht. Es ist nicht erforderlich, dass die Information den Bekl. auf Grund des mit der PrintBeteiligungs-GmbH bestehenden Darlehensvertrags bekannt geworden ist. Entscheidend ist der innere Zusammenhang. Es liegt kein Rechtsfehler darin, dass das LG diesen Zusammenhang bejaht hat.

#### 4. Kausalität

Es ist schließlich auch die haftungsbegründende Kausalität gegeben. Diese muss nur zwischen der Handlung und dem eingetretenen Erfolg bestehen, also zwischen der Äußerung und der Verletzung der vertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Diese Kausalität hat das LG ohne Rechtsfehler angenommen.

#### 5. Keine Wahrscheinlichkeitsprognose erforderlich im Rahmen einer Feststellungsklage

Der Senat geht nicht davon aus, dass zusätzlich zur Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung im Bereich des Feststellungsinteresses auch eine solche Wahrscheinlichkeit als materiell-rechtliche Voraussetzung gegeben sein muss (ebenso v. Gerlach, VersR 2000, 525 [532]). Diese Voraussetzung wird vom BGH zum Teil verlangt oder angedeutet (vgl. etwa BGH, LM § 256 ZPO Nr. 7; NJW 1972, 198; LM § 16 UWG Nr. 69; NJW-RR 1989, 1367; NJW-RR 1990, 1532; NJW-RR 1991, 917; NJW 1993, 648 [summarisch zu prüfen]; NJW 1993, 2993; NJW 1998, 160, und NJW-RR 2002, 834). Es reicht aber aus, diese Frage im Bereich des Feststellungsinteresses zu behandeln. Zu Recht hat deshalb der 6. Zivilsenat des BGH insoweit — unter Hinweis auf v. Gerlach, VersR 2000, 525 (531 f.) — Zweifel daran geäußert, ob die Wahrscheinlichkeit auch im Rahmend der materiell-rechtlichen Begründetheit zu verlangen ist. Letztlich kann dies aber hier ebenso wie in der zuletzt angesprochenen Entscheidung des BGH dahingestellt bleiben. Der Senat hat diese Frage schon im Rahmen des Feststellungsinteresses weitgreifend beantwortet. Die dor-

tige Antwort deckt auch die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts im Rahmen der Begründetheit. Es besteht im vorliegenden Fall bei verständiger Würdigung aus der Sicht des Kl. kein Grund, mit dem Eintritt eines derartigen Schadens nicht wenigstens zu rechnen (vgl. zu dieser Formulierung BGH, NJW 2001, 1431; vgl. auch den ähnlichen Fall aus einem etwas anderen Bereich in BGH, NJW 1989, 2127). Das ergibt sich aus Sicht des Senats bei Schluss der mündlichen Verhandlung aus der für den Kläger nicht zu vermeidenden Veräußerung des Aktienpakets Axel Springer zu einem untersten Preis. Es ergibt sich dies auch aus der grundlegend veränderten Einstellung der Banken nach der Sendung des Interviews, so wie sie der Zeuge Dr. Hahn geschildert hat. Und es folgt auch aus der Zeu- genaussage von Rechtsanwalt Prof. Dr. Frohne zum Scheitern der Verhandlungen mit Disney. Die Zeu- genaussage Lanz ergänzt dies nur für die allgemeine Hal- tung der Banken. Aus der Sicht des Kl. lag bei Kla- geerhebung die Annahme, dass ein Schaden eingetre- ten sein kann, nicht nur nicht fern, sondern im Gegen- teil sogar nahe.

#### 6. Irrelevanz der Beweisangebote durch die Bekl.

Der von den Bekl. dazu angebotene Beweis, dass die Bankenaufsicht die Kreditvergabe durch die Bayerische Landesbank und ihrer Konsortialpartner an die Kirch-Gruppe massiv gerügt habe, ist nicht zu erheben. Dies kann als wahr unterstellt werden. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass auch bei künftigen Ent- scheidungen der Bayerischen Landesbank zu einer Kreditvergabe an diese Gruppe das Interview als Mo- tiv mitgeschwungen hätte. Hierauf kommt es aber auch deshalb nicht an, weil nach der Aussage des Zeugen Dr. Wolf eine weitere Kreditvergabe durch die Bayerische Landesbank nicht angestanden hat. Entsprechendes gilt für den Antrag auf Beiziehung von Ermittlungsakten zur Strafanzeige wegen behaupteter Untreue von Mitgliedern der Bayerischen Landesbank.

#### 7. Schadensersatz aufgrund eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Aus alledem ergeben sich, wovon das LG ohne Rechtsfehler ausgeht, Ansprüche des Kl. aus eigenem Recht. Es ergeben sich aber ebenso die geltend ge- machten Ansprüche aus abgetretenem Recht. Der Kreditvertrag der PrintBeteiligungs-GmbH mit der Bekl. entfaltet Schutzwirkung für die TaurusHolding KG als konzernrechtliche „Mutter“. Das LG hat den Kredit- vertrag insoweit bindend für den Senat ausgelegt (§ 157 BGB; § 513 I ZPO). Der Senat ist aber auch aus eigener Anschauung dieser Auffassung. Der Vertrag entfaltet auch Schutzwirkung zu Gunsten des Kl.

selbst. Die PrintBeteiligungs-GmbH war 100prozentige Tochter der KirchBeteiligungs KG und diese wiederum 100prozentige Tochter der TaurusHolding KG. Bei dieser und der Kirch Vermögensverwaltungs-GmbH war der Kl. Geschäftsführer. Es lag eine konzernmäßige enge Verflechtung vor, die eine einheitliche Behandlung auch zur Frage des Schutzbereichs bedingt. Auch ist vom LG ohne Rechtsfehler anhand des Handelsregisterauszugs festgestellt worden, dass der Kl. im Februar 2002 alleiniger Kommanditist der Kirch Vermögensverwaltungs-GmbH war, die ihrerseits alleinige persönlich haftende Gesellschafterin der TaurusHolding KG gewesen ist. Zu Recht ist das LG davon ausgegangen, dass das einfache Bestreiten der Bekl. insoweit nicht genügt. Das LG ist auch von der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit eines eigenen Schadens des Kl. ausgegangen. Eine solche Äußerung wie die hier streitgegenständliche kann sowohl einen Anspruch der betroffenen Gesellschaft als auch einen solchen der Gesellschafter oder Aktionäre auslösen (vgl. dazu etwa Bamberger/Roth/Spindler, BGB, § 826 Rdnr. 72).

### *III. Ansprüche des Kl. gegen den Bekl.*

Ansprüche des Kl. gegen den Bekl. bestehen nicht. Insoweit kann der Senat der Auffassung des LG nicht folgen. Das LG hat angenommen, dass ein Anspruch aus § 823 I BGB als Folge eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb besteht und dass die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschritten sei.

#### *1. Kein Schadensersatzanspruch gem. § 824 BGB*

Zunächst ist klarzustellen, dass ein Anspruch des Kl., sei es aus eigenem, sei es aus abgetretenem Recht, aus § 824 BGB nicht besteht. Der Senat hat schon ausgeführt, dass die Äußerung aus einem Gemisch von Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen besteht. Soweit es Meinungsäußerungen sind, scheidet eine Anwendung von § 824 BGB schon dem Wortlaut nach aus. Soweit es sich um Tatsachenbehauptungen handelt, kann nicht von einer Schadensersatzansprüche rechtfertigenden Unwahrheit der Äußerungen ausgegangen werden. Die Frage, ob eine Äußerung als Tatsachenbehauptung wahr oder unwahr ist, beurteilt sich nach dem Aussagegehalt der Äußerung und einem Vergleich dieses Gehalts mit der Realität. Insoweit stellt § 824 BGB eine lex specialis zu § 823 I BGB dar, soweit es um Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geht (vgl. hierzu Staudinger/Hager, BGB, 13. Barb., § 824 Rdnr. 2).

#### *a. Nur Meinungsäußerungen und wahre Tatsachenbehauptungen des Bekl.*

Der Bekl. hat es im Interview zunächst für relativ fraglich gehalten, ob man dem Kl. und der Kirch-Gruppe noch hilft. Dass er die Frage so verstanden hat, ist schon ausgeführt. Sein Verständnis folgt aus der Antwort in ihrer Gesamtwürdigung. Dieser erste Antwortsatz ist als Meinungsäußerung einzustufen. Die subjektive Komponente steht schon den Worten nach im Vordergrund.

Der zweite Antwortsatz enthält überwiegend eine Tatsachenbehauptung. Der Bekl. gibt wieder, was er zum Thema gelesen hat. Dabei ist wesentlich, dass der Bekl. nicht etwa uneingeschränkt behauptet hat, man habe lesen können, dass der Finanzsektor nicht mehr bereit ist, dem Kl. oder seiner Unternehmensgruppe noch weitere Fremd- oder gar Eigenmittel zu geben. Er hat dies auf die „unveränderte Basis“ eingeschränkt. In diesem Verständnis ist die Äußerung als i. S. von § 824 BGB wahr anzusehen, soweit er gesagt hat, man habe das lesen können. Der Artikel der Süddeutschen Zeitung vom 1. 2. 2002 enthält die Behauptung in dieser Form. Auch hierzu ist der Wertung des Kl. nicht zu folgen. Im Text der Süddeutschen Zeitung wird die Weigerung der Banken, auf unveränderter Basis weitere Mittel zur Verfügung zu stellen, pointiert dargestellt. Das Fernseh-, Fußball- und Formel 1-Geschäft ist nur schwerpunktmäßig vorangestellt und zwar vor allem bezogen auf „die waghalsige Expansionspolitik“ des Kl. Zum „Hören können“ ist von den Bekl. zwar nichts Näheres dargestellt. Der Senat sieht diesen Zusatz aber mit den Bekl. als Floskel an.

#### *b. Keine Unwahrheit infolge von Übertreibungen oder Realitätsverzerrung*

Und auch der Artikel im Manager-Magazin vom Februar 2002 äußert sich in dieser Richtung. Der Kl. spielt die Bedeutung dieses Texts im Schriftsatz vom 24. 10. 2003 zu sehr herunter. Sieht man ihn nur in dem vom Kl. angedeuteten Aussagegehalt, dann käme man eher zur Einordnung als Meinungsäußerung, weil dann die Aussage mehr im wertenden Bereich liegt. In diese Richtung geht auch die Interpretation des Kl. bezüglich des Texts im Handelsblatt vom 1. 2. 2002. Der Beklagte hat zwar seine Äußerung überzogen durch die Formulierung, „was alles man darüber lesen und hören kann“. Darin steckt die Andeutung, man habe das überall oder vielfältig lesen können, es sei ein „Rauschen im Blätterwald“ gewesen.

Für die Beurteilung der Frage der Unwahrheit ist aber auf den Kern der Äußerung abzustellen; die Behauptung ist bei Übertreibungen nur unwahr, wenn sie grob

übertreibt und damit die Realität verzerrt (Staudinger/Hager, § 823 Rdnr. C 86; Palandt/Thomas, BGB 63. Aufl., § 824 Rdnr. 3, jew. m. w. Nachw.). In diesem Ausmaß ist die Interviewäußerung des Bekl. nicht überzogen. Entsprechendes gilt auch für die Wahrheit der behaupteten Tatsache an sich, unabhängig vom Inhalt der Zeitungen. Die Kirch-Gruppe war seit einiger Zeit in erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Insbesondere die Ausübung der Put-Option durch den Axel Springer Verlag hatte sie in diese schwierige Lage gebracht. Zudem waren etwa regelmäßige Leistungen für die Bundesliga zu erbringen. Der Zeuge Dr. Wolf hat ausgesagt, dass ein Überbrückungskredit für die schon Anfang Februar 2002 fällige Bundesligarate erforderlich war, weil sonst die sofortige Insolvenz wegen Illiquidität gedroht hätte. Auch war die Frage von weiteren Umstrukturierungen im öffentlichen Gespräch. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Finanzsektor auf unveränderter Basis noch bereit gewesen war, weitere Mittel zur Verfügung zu stellen. Die Basis musste verändert werden. Das ergibt auch die Aussage des Zeugen Lanz, wonach auch die Landesbank Rheinland-Pfalz allenfalls bei Änderung der Basis die Kreditlinie wieder eröffnen wollte — wenn auch möglicherweise mit durch das Interview beeinflusst. Der Zeuge Lanz hat mitgeteilt — und dies ist durch den Brief der Landesbank Rheinland-Pfalz vom 6. 2. 2002 belegt — dass diese Bank die Wiedereröffnung der Kreditlinie aus drei harten Gründen verweigert hatte. Das muss dahin verstanden werden, dass die Wiedereröffnung — unabhängig von der Frage des Einflusses des Interviews — vielleicht möglich gewesen wäre, wenn wenigstens diese drei harten Hinderungsgründe beseitigt worden wären.

*c. Keine Verkürzung der Fernsehaussage des Bekl. auf eine mangelnde Kreditwürdigkeit*

Entgegen der im Schriftsatz des Kl. vertretenen Auffassung darf die Äußerung des Bekl. nicht darauf verkürzt werden, dass dem Kl. die Kreditwürdigkeit abgesprochen worden sei. Zur Frage der Kreditwürdigkeit konnten möglicherweise aus der Formulierung des Bekl. Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Aussage selbst, und nur an ihr kann man den Bekl. haftungsrechtlich festhalten, bezog sich nur auf den Finanzsektor und auch nur darauf, dass dieser auf unveränderter Basis nicht bereit sei, weitere Mittel zur Verfügung zu stellen.

*2. Keine Schadensersatzansprüche gem. § 823 II BGB i.V.m. §§ 14, 15, 17 UWG*

Entsprechende Erwägungen gelten für Ansprüche aus § 14 und aus §§ 15, 17 UWG (diese i.V. mit § 823 II

BGB). Auch diese Normen setzen die Unwahrheit der Äußerung voraus, wenn auch mit anderer Verteilung der Darlegungs- und Beweislast. Der Senat geht auch für die Beurteilung im Rahmen dieser Normen davon aus, dass die Äußerungen des Bekl. nicht in einem eine Haftung begründenden Ausmaß unwahr, da verzerrt, waren. Auch hierbei ist vor allem auf die Einschränkung in der Äußerung des Bekl. abzustellen, dass der Finanzsektor auf unveränderter Basis nicht zu einem weiteren Engagement bereit ist. Als Boykottaufruf kann dies deshalb nicht verstanden werden, weil die wirtschaftliche Lage der Kirch-Gruppe jedenfalls im Finanzsektor bekannt war. Diese Lage war schon Monate vorher öffentlich diskutiert worden. Dem steht auch nicht die Aussage Dr. Wolf entgegen, dass die RZB Österreich Interesse an einem Eintritt in den Pool gezeigt und sich am 14. 2. 2002 zurückgezogen hatte. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die RZB Österreich dem Kl. oder einem seiner Unternehmen Kredit ohne volle Sicherheit gegeben hätte. So ist die Äußerung des Zeugen Dr. Wolf zu verstehen, dass die Bank an der Werthaltigkeit der Sicherheiten (Filmrechte) zweifelte.

*3. Kein Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB*

Der Bekl. haftet auch nicht gem. § 823 I BGB persönlich auf Schadensersatz. Die Äußerung ist in ihrer Beurteilung im Verhältnis zum Bekl. und seiner persönlichen Haftung nicht als rechtswidrig anzusehen. § 823 I BGB enthält, soweit es um Schadensersatz für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder wegen Eingriffen in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geht, einen offenen Tatbestand. Eine Haftung auf Schadensersatz ist hier nur zu bejahen, wenn die Rechtswidrigkeit der Äußerung positiv festgestellt werden kann (vgl. etwa BGHZ 138, 311; vgl. auch die Abwägung in BGH, NJW 1978, 2151 [2152] bei einer Falschmeldung der Schutzgemeinschaft der Banken über die Kreditwürdigkeit eines Bankkunden und die in BGH, AfP 1975, 801; differenzierend Staudinger/Hager, § 823 Rdnr. C 17).

*a. Abwägung der Interessen durch das Landgericht als 1. Instanz*

Das LG hat eine Reihe von Abwägungsgesichtspunkten zutreffend herausgestellt. Hierauf wird Bezug genommen. Insbesondere hat der Bekl. nicht etwa ein nationales Interesse wahrgenommen. Auch ist das durch die Stellung des Bekl. verstärkte Gewicht der Äußerung mit einzubringen und die Bedeutung von Bloomberg TV für die hier maßgeblichen Wirtschaftskreise. Entsprechendes gilt für Ansprüche aus § 823 II in Verbindung mit einem Schutzgesetz, insbesondere

mit §§ 186 und 187 StGB. Hierzu gilt zusätzlich das zu § 824 BGB Ausgeführte sinngemäß.

*b. Abwägung der Interessen durch das BerGer.*

Es sind aber wenigstens zwei Gesichtspunkte mit abzuwägen, die entscheidend gegen eine einen Schadensersatzanspruch rechtfertigende Rechtswidrigkeit sprechen, soweit es um die persönliche Haftung des Bekl. geht. Die Tatsache, dass der Konzern des Kl. in ganz erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten war, war schon, länger vor dem 4. 2. 2002 im allgemeinen Gespräch der Öffentlichkeit (siehe dazu die obigen tatsächlichen Feststellungen). Dass solche wirtschaftlichen Schwierigkeiten auch in der Realität bestanden, ist schon ausgeführt. Die Neuheit an dem Sachverhalt war im Wesentlichen, dass der Bekl. dies in einem Fernsehinterview gesagt hat und auch, dass der Finanzsektor nicht bereit ist, dem Kl. weitere Mittel zur Verfügung zu stellen. Dies allerdings nur „auf unveränderter Basis“. Wenn diese Äußerung — selbst bei Annahme einer Verzerrung — nicht in einem haftungsrelevanten Umfang unwahr und die Tatsache der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Öffentlichkeit ohnehin bekannt ist, dann bedürfte es zur Haftung weiterer die Abwägung beeinflussender Gesichtspunkte. Solche bestehen nicht.

*c. Keine Erstreckung der bankrechtlichen Verschwiegenheitspflicht auf den Bekl. persönlich*

Ein überzeugender Grund für eine Haftung aus einer Abwägung der Rechtswidrigkeit könnte nach Auffassung des Senats nur dann bestehen, wenn man die zwischen der Bekl. und der PrintBeteiligungs-GmbH vereinbarte Verschwiegenheitspflicht auch in die Beziehung des Kl. und der Gesellschaften, die ihm Ansprüche abgetreten haben, zum Bekl. persönlich einbringen könnte. Dies verneint der Senat. Es handelt sich um eine vertragliche Pflicht, in welche der Bekl. nicht selbst eingebunden ist.

Eine andere Auffassung würde die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung von Verschwiegenheitspflichten über das Schuldverhältnis hinaus begründen. Daraus würde sich ein Systembruch ergeben. Schuldverhältnisse wirken grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse bringt zum Ausdruck, dass das Schuldverhältnis nur zwischen Gläubiger und Schuldner besteht (davon zu unterscheiden sind die absoluten Rechte, die gegen jedermann wirken). Dritte werden nicht in das nur relative „*iuris vinculum*“ einbezogen, das heißt sie können aus dem fremden Schuldverhältnis keinen Ansprüchen ausgesetzt werden, andererseits stehen ihnen daraus auch keine Forderungsrechte zu (Grundsatz der Relati-

vität des Forderungsrechts). Aus dem Relativitätsprinzip ist aber nicht nur abzuleiten, dass vertragliche Leistungspflichten nicht (ohne deren Zustimmung) auf Dritte erstreckt werden können. Vielmehr ist es konsequenterweise auch als grundsätzlich unvereinbar mit der dem Relativitätsprinzip zu Grunde liegenden Wertung anzusehen, von Dritten unter Androhung deliktsrechtlicher Folgen eine grundsätzliche Rücksichtnahme auf fremde Verträge zu fordern. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann zu machen, wenn die Voraussetzungen von § 826 BGB oder § 1 UWG vorliegen (Kramer, in: MünchKomm, 3. Aufl., Einleitung vor § 241 Rdnrn. 14 und 21). Auch ist der Kläger durch den gegebenen Anspruch gegen die Bekl. hinreichend geschützt. Es bedarf nicht eines ergänzenden persönlichen Anspruchs gegen Bedienstete der Bekl. oder deren Organe. Allenfalls im Bereich von § 311 III BGB könnte sich vorliegend eine solche Ausdehnung vertretbar begründen lassen. Die Voraussetzungen von § 311 III BGB im Verhältnis zum Bekl. liegen aber gerade nicht vor. Hieran ändert auch die Ausgestaltung dieser Regelung als „offen“ nichts. Der Bekl. hat nicht in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch genommen und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. Er hatte zwar als Sprecher des Vorstands der Bekl. eine ganz besonders herausgehobene Stellung. Dies begründet aber nicht per se eine Einbeziehung in vertragliche Verpflichtungen über § 311 III BGB. Dazu müsste er eine über das normale Verhandlungstrauen hinausgehende persönliche Gewähr für die Seriosität und die Erfüllung des Vertrags übernommen haben (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 63. Aufl., § 311 Rdnr. 63 m. w. Nachw.). Der hier zu Grunde liegende Kreditvertrag wurde aber nicht vom Bekl., sondern von Leitern der Münchener Niederlassung der Bekl. unterzeichnet. Er kann auch nicht etwa der Rechtsfigur des Sachverwalters zugeordnet werden. Die vom Kl. nochmals angeführten Details ändern an dieser Auffassung zu § 311 III BGB nichts. Das sind Einzelheiten, welche die Stellung des Bekl. nicht so, wie nach der gesetzlichen Regelung erforderlich, den Schutzbereich ausdehnend und eine Haftung begründend, herausheben. Entsprechendes gilt für eine Haftungsausdehnung im Bereich des unlauteren Wettbewerbs. Auch hier müssen ganz besondere Voraussetzungen für eine deliktische Haftung eines Nichtvertragspartners vorliegen, etwa die Verleitung zum Vertragsbruch (vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG 22. Aufl., § 1 Rdnrn. 799 ff.).

Zwar traf den Bekl. selbst ebenfalls eine Verschwiegenheitspflicht. Diese ergab sich aber — die Richtigkeit dieser Annahme unterstellt — aus seinem eigenen

Dienstvertrag mit der Bekl. (vgl. etwa Palandt/Putzo, BGB, 62. Aufl., § 611 Rdnr. 41) und gerade nicht aus dem Kreditvertrag der PrintBeteiligungs-GmbH mit der Bekl. Der Schutzbereich der dienstvertraglichen Verschwiegenheitspflicht umfasst aber nicht den Kl. und die Unternehmen der Kirch-Gruppe. Hieran ändert auch § 17 UWG nichts. Ein Geheimnis der Bekl. (zu 1) hat der Bekl. (zu 2) nicht offenbart. Unter diesem Aspekt scheidet § 17 UWG aus. Diese Norm ist nicht anwendbar, soweit ein Geheimnis des Kl. und seiner Unternehmensgruppe betroffen war. Zum einen hat der Bekl. die Wirklichkeit nicht entscheidend verzerrt und das, was er gesagt hat, war im Wesentlichen bekannt. Der Einfluss seines eigenen Gewichts als Vorstandssprecher spielt in der Anwendung des § 17 UWG keine Rolle. Und zum anderen erfasst § 17 UWG nicht die Mitteilung zu Einstellungen Dritter gegenüber dem Geschäftsinhaber, die sich aus Tatsachen ergeben, die im Wesentlichen bereits in der Öffentlichkeit bekannt sind. Denn jedenfalls darf die geheim zu haltende Tatsache nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt gewesen sein (vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG, § 17 Rdnr. 3). Entsprechendes muss gehen, wenn Haltungen oder Einstellungen Dritter auf der Basis der bekannten Tatsachen mitgeteilt werden.

#### *d. Kein Widerspruch zur BGH-Rechtsprechung*

Die Ansicht des BGH im Heberger-Urteil vom 8. 2. 1994 (NJW 1994, 1281 = AfP 1994, 138 = WM 1994, 641; vgl. dazu insbesondere J. Hager, ZHR 158 [1994], 675) könnte der vorstehend dargelegten Auffassung des Senats entgegenstehen, sofern nicht die Besonderheiten des Einzelfalles zur Entscheidung des BGH geführt haben. Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung gesondert auf dieses Urteil hingewiesen. Bei erneuter Diskussion hält er aber die darin entwickelten Grundsätze hier nicht für anwendbar. Es geht vorliegend nicht um die Diskussion von Einzelheiten eines Jahresabschlusses durch einen Spezialisten im Rahmen eines Seminars. Gegenstand ist vielmehr eine pauschale, undifferenzierte Äußerung im Rahmen eines Interviews. Die Entscheidung des BGH im genannten Fall hat Grundsätze zur Eingrenzung der Diskussion der wirtschaftlichen Lage von Unternehmen aufgestellt. Der Senat akzeptiert diese Grundsätze trotz der vielfach gegen die Entscheidung geäußerten Bedenken, ist aber der Auffassung, dass diese dann nicht anwendbar sind, wenn — wie hier — die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens gerade nicht anhand von Einzelheiten, von einzelnen Daten, erläutert wird. Der Bekl. hat vielmehr mitgeteilt, wie sich der Finanzsektor nach seiner Auffassung dem Kl. ge-

genüber, bezogen auf die Frage von Krediten, verhält. Auch war die Äußerung des Bekl. nicht, wie dies der BGH im Fall Heberger festgestellt hat, für erwerbswirtschaftliche Zwecke eingespannt. Die Publizitätsvorschriften in §§ 325 ff. HGB stehen zu solchen Äußerungen in keinem Zusammenhang. Einen Zusammenhang der Bundesbank-Informationen gegenüber der Bekl. mit der Äußerung des Bekl. kann der Senat nicht in ausreichendem Maß erkennen. Ein solcher Zusammenhang ist, auch angesichts der großen Zahl dieser Informationen, eher unwahrscheinlich. Er würde aber auch keine entscheidende Rolle spielen. Der Bekl. hat seine Aussage auf die Hingabe von Mitteln durch den Finanzsektor „auf unveränderter Basis“ beschränkt. Deshalb ist insoweit der von den Bekl. angebotene Beweis zur Zahl der Datensätze zu Bundesbankmitteilungen nicht zu erheben.

#### *4. Übertragung dieser Ausführungen zur Rechtswidrigkeit auf andere Anspruchsgrundlagen*

Die vorstehenden Ausführungen zur Rechtswidrigkeit gelten auch für die weiteren genannten und möglicherweise in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen, insbesondere für Ansprüche aus § 823 II BGB in Verbindung mit einem Schutzgesetz (KWG; StGB; UWG). Für diesen Bereich kann nach Auffassung des Senats die Abwägung nicht anders getroffen werden. Auch hier ist die Frage des Schutzbereichs, der Reichweite der dienstvertraglichen Verschwiegenheitspflicht des Bekl. zu erörtern. Und auch hier ergibt sich, dass etwaige Ausstrahlungswirkungen die Abwägung im Bereich der Beurteilung der Rechtswidrigkeit nicht entscheidend beeinflussen können. Dies gilt auch für die vom Kl. genannte Anspruchsnorm § 826 BGB, ganz abgesehen davon, dass, wie zusätzlich zu bemerken ist, die vorgebrachten Tatsachen für die Annahme der erforderlichen Schädigungsabsicht nicht ausreichen. Zum Vorsatz i. S. von § 826 BGB gehört, dass der Schädiger Art und Richtung der Schadensfolgen vorausgesehen und gewollt oder jedenfalls billigend in Kauf genommen hat (vgl. Palandt/Thomas, § 826 Rdnrn. 9 ff.). Ein Schluss auf den Vorsatz lässt sich zwar im Einzelfall auch aus der Art und Weise der Kundgabe ziehen; dies gilt aber nicht im vorliegenden Fall. Es handelte sich allenfalls um eine überzogene Darstellung der Realität durch den Bekl. Diese überschritt aber nicht das erforderliche Ausmaß einer Verzerrung.

#### *D. Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO*

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gem. § 543 ZPO liegen hinsichtlich der Bekl. zu 1 nicht vor. Insoweit hat die Rechtssache keine grund-

sätzliche Bedeutung. Eine solche wäre nur gegeben, wenn eine für den vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserhebliche Rechtsfrage bisher höchstrichterlich nicht geklärt und über den zu entscheidenden Einzelfall hinaus bedeutsam ist (vgl. Thomas/Putzo/Reichold, § 511 Rdnr. 20). Es geht vorliegend um die Bestimmung des Aussagegehalts einer Äußerung, ihres Wahrheitsgehalts und um die Abwägung der Rechtswidrigkeit im Rahmen von §§ 823 ff. BGB, §§ 186 ff. StGB, §§ 14 ff. UWG und des Gesetzes über das Kreditwesen. Dabei handelt es sich um Einzelfragen, die allein auf Grund der Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalls zu entscheiden sind. Allein aus der wirtschaftlichen

Bedeutung eines Rechtsstreits ergibt sich die Möglichkeit einer Zulassung der Revision nicht. Die Quantität und Qualität der Rechtsfragen ist entscheidend. Eine Entscheidung des BGH ist auch nicht zur Fortbildung des Rechts erforderlich oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

Hinsichtlich des BekI. zu 2 geht der Senat davon aus, dass die Rechtssache grundsätzlich Bedeutung hat. Durch die Entscheidung wird von der im Heberger-Urteil (siehe oben) vertretenen Ansicht des BGH abgewichen, sofern diese nicht auf den Besonderheiten im tatsächlichen Bereich beruht.

### Standort: Zwangsvollstreckung

### Problem: Ein-Mann-GmbH bei § 771 ZPO

BGH, URTEIL VOM 16.10.2003  
IX ZR 55/02 (NJW 2004, 217)

#### **Problemdarstellung:**

Mit diesem Revisionsurteil hat der BGH zu den rechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten einer GmbH Stellung genommen, die sich vor Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern ihrer Gesellschafter wehren will. Die Kl. hatte gegen einen Gläubiger ihres Alleingesellschafters und früheren Geschäftsführers Drittwiderspruchsklage gem. § 771 I ZPO mit der Begründung erhoben, dass das fragliche gepfändete Kraftfahrzeug nicht dem Alleingesellschafter, sondern der GmbH gehört.

Zur Zulässigkeit einer solchen Klage erklärt der BGH zunächst den Kritikern eine deutliche Abfuhr. Die vom OLG Hamm und Stimmen im Schrifttum vertretene Auffassung, eine Drittwiderspruchsklage der GmbH komme wegen der wirtschaftlichen Identität zwischen ihr und dem Alleingesellschafter nicht in Betracht (OLG Hamm, NJW 1977, 1159) stehe in Widerspruch zu grundlegenden gesetzlichen Regelungen. Hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens und des Privatvermögens gilt das Trennungsprinzip. Für Gesellschaftsschulden haftet nur die GmbH mit ihrem Vermögen (§ 13 II GmbHG), für persönliche Schulden allein der Gesellschafter selbst. GmbH und Alleingesellschafter sind nicht nur selbstständige, voneinander grundsätzlich unabhängige Rechtsträger, sie verfügen auch über gesonderte Vermögensmassen, die unterschiedlichen Gläubigern haften. Schon deshalb muss die GmbH in der Lage sein, Eingriffe von persönlichen Gläubigern ihres Gesellschafters in ihr Vermögen mit der Drittwiderspruchsklage abzuwehren. Auch im Verhältnis zwischen Ein-Mann-GmbH und Alleingesellschafter kommt es auf die rechtliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände an.

Im Übrigen macht der BGH Ausführungen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Zusammenhang mit der Eigentumsvermutung gem. § 1006 I BGB. Verbleibt eine Sache, die der Geschäftsführer einer GmbH nur als Organ der Gesellschaft genutzt hat, nach Beendigung der Organstellung in seiner tatsächlichen Gewalt, so erwirbt er an ihr grundsätzlich unmittelbaren Eigenbesitz. Die widersprechende GmbH muss dies dann im Prozess widerlegen und ggf. beweisen.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Zum examensrelevanten Grundwissen gehören auch Kenntnis über das Zwangsvollstreckungsrecht bzw. deren Rechtsbehelfe. Dabei eignet sich vor allem die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 I ZPO als Klausurstoff auch bereits für das erste Staatsexamen, da letztlich materiell-rechtliche Fragen zu klären sind.

Nach § 771 I ZPO kann ein Dritter Klage gegen die Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand mit der Begründung erheben, dass ihm an diesem Gegenstand ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht (sog. Interventionsrecht). Der Dritter muss also im Prozess darlegen und ggf. beweisen, dass der fragliche Gegenstand nicht zum Schuldnervermögen gehört, sondern ihm zusteht. Als Interventionsrecht sind anerkannt: Eigentum, besitzende Pfandrechte, Anwartschaftsrechte, etc.

Im Falle des Eigentums kann die Beweisführung durch die Vermutung von § 1006 BGB verkürzt werden. Gem. § 1006 I 1 BGB wird vermutet, dass derjenige Eigentümer einer beweglichen Sache ist, der sich im Eigenbesitz der Sache befindet. Jedoch steht es dem Prozessgegner in einem solchen Fall frei, diese Vermutung durch den Antritt von Gegenbeweisen zu widerlegen (§ 292 ZPO). Dabei genügt - wie dieser Fall anhand eines Kraftfahrzeugs bzw. des KFZ-Briefs

zeigt - nicht allein schon die Vorlage von Inhaberurkunden.

**Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Thematik: *BGHZ* 149, 10; 151, 181; *Burghard*, WuB H. 2/2002 II C. § 13 GmbHG 1.02; *Goette*, DstR 2001, 1853; *Schaub*, DNotZ 2002, 459; *Schünemann*, LM H. 5/2002 § 309 AktG 1965 Nr. 1; *Heidenhain*, LMK 2003, 7; *Ulmer*, JZ 2002, 1047

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Handbibliothek Kunst"  
 *Examenskurs*: "Katerstimmung"  
 *Assessorkurs*: "Die sicherungsübereigneten Pfändungsgegenstände"

**Leitsätze:**

1. Die Ein-Mann-GmbH ist nicht gehindert, gegen Gläubiger ihres Alleingeschafters Drittwiderspruchsklage zu erheben, wenn deren Vollstreckung ein eigenes, von § 771 ZPO erfasstes Recht verletzt.
2. Verbleibt eine Sache, die der Geschäftsführer einer GmbH nur als Organ der Gesellschaft genutzt hat, nach Beendigung der Organstellung in seiner tatsächlichen Gewalt, so erwirbt er an ihr unmittelbaren Besitz.
3. Die Tatsache, dass der unmittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache zuvor als geschäftsführender Alleingeschafters der GmbH ausgeübt hat, begründet keine Vermutung dafür, dass er nach Beendigung der Organstellung lediglich Fremdbesitzer geworden ist; diese die Vermutung des § 1006 BGB ausschließende Voraussetzung hat vielmehr die gegen die Vollstreckung, klagende Gesellschaft zu beweisen.
4. Die zu Gunsten des Besitzers eines Kraftfahrzeugs geltende Eigentumsvermutung wird nicht allein dadurch widerlegt, dass ein anderer den Kraftfahrzeugbrief in Besitz hat und dort als Halter eingetragen ist.

**Sachverhalt:**

Die kl. GmbH wendet sich mit der Drittwiderspruchsklage gegen die Pfändung eines angeblich ihr gehörenden Fahrzeugs. Im Jahre 1994 kaufte die Kl. bei einem Autohaus in Berlin einen Pkw Porsche. Sie ist seitdem als Halterin im Kfz-Brief eingetragen. Das Fahrzeug wurde in der Folgezeit von H genutzt, der damals alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Kl. war. Am 9. 10. 1996 wurde H als Geschäftsführer abberu-

fen und L als Geschäftsführer bestellt, der zugleich einen Teilgeschäftsanteil treuhänderisch für den bisherigen Alleingeschafters übernahm. Dieser behielt den restlichen Anteil. Die Erstbekl., eine Investitionsbank des zweitbekl. Landes, hat fällige Forderungen gegen H in Millionenhöhe, die durch Haftungsbescheid tituliert waren. Am 9. 5. 1997, als H inhaftiert war, pfändete die Vollstreckungsstelle des Bekl. zu 2 in Amtshilfe für die Bekl. zu 1 den Anspruch des H auf Herausgabe des Pkw gegen seine Lebensgefährtin, bei der sich das Fahrzeug damals befand. Diese gab den Pkw an den Bekl. zu 2 heraus. Am 10. 9. 1998 wurde durch das LG Berlin in einem Arrestverfahren der Bekl. zu 1 gegen H dessen Herausgabeanspruch gegen den Bekl. zu 2 gepfändet. Am 19. 10. 1998 hob der Bekl. zu 2 die von ihm ausgebrachte Pfändung auf und hinterlegte die „Freigabeerklärung“ beim AG Potsdam. Das Fahrzeug befindet sich nunmehr im Gewahrsam der Erstbekl. Die Kl. begehrt, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Sie behauptet, sie habe das gekaufte Fahrzeug zu Eigentum erworben, es H sowie weiteren Mitarbeitern des Unternehmens lediglich zur geschäftlichen Nutzung zur Verfügung gestellt und sei weiterhin Eigentümerin des Wagens. Das LG hat die Klage gegen den Bekl. zu 2 als unzulässig und im Übrigen als unbegründet abgewiesen. Das BerGer. hat nach dem Klageantrag erkannt. Dagegen richtet sich die vorn Senat zugelassene Revision beider Bekl.

Die Revision der Bekl. hatte Erfolg. Sie führte, soweit der Klage gegen den Bekl. zu 2 stattgegeben wurde, zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils und im Übrigen zur Zurückverweisung.

**Aus den Gründen:**

*A. Keine Aufhebung des Berufungsurteils allein wegen Formmangels*

Das Berufungsurteil ist nicht schon deshalb aufzuheben, weil es keinen Tatbestand enthält.

*I. Anzuwendendes Recht nach der ZPO-Reform*

Zwar verletzt das Verfahren des BerGer. die Vorschrift des § 543 II ZPO a. F., die hier noch anzuwenden ist, weil die mündliche Verhandlung in erster Instanz vor dem 31. 12. 2001 geschlossen wurde (§ 26 Nr. 5 EGZPO). Danach müssen Urteile, gegen die die Revision stattfindet, einen Tatbestand aufweisen. Dies gilt auch dann, wenn das BerGer. sein Urteil nicht für revisibel gehalten hat (BGH, NJW 1999, 1720 m.w. Nachw.; NJW 2000, 3560 = WM 2000, 2437 [2438]). Die mündliche Verhandlung im Berufungsrechtszug wurde nach dem 31. 12. 2001 geschlossen. Für die

Revision gilt daher neues Recht (§ 26 Nr. 7 EGZPO). § 544 I ZPO eröffnet die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision, sofern der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20 000 Euro übersteigt (§ 26 Nr. 8 EGZPO). Damit gehört die angefochtene Entscheidung zu den Berufungsurteilen, gegen die eine Revision möglich ist und die deshalb in entsprechender Anwendung von § 543 II ZPO a. F. einen Tatbestand enthalten müssen (vgl. BGH, NJW 2003, 3352, zur Veröff. bestimmt in BGHZ; Urt. v. 1. 10. 2003 — VIII ZR 326/02, zur Veröff. bestimmt).

## *II. Rechtsfolgen bei fehlendem Tatbestand im Berufungsurteil*

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH verfällt ein Berufungsurteil grundsätzlich der Aufhebung, wenn es entgegen den gesetzlichen Bestimmungen keinen Tatbestand enthält, weil ein solches Urteil den vom Tatrichter seiner Beurteilung zu Grunde gelegten Streitstoff in der Regel nicht hinreichend erkennen lässt. Einer Aufhebung aus formalen Gründen bedarf es jedoch nicht, wenn aus den Entscheidungsgründen deutlich wird, von welchem Sachverhalt das BerGer. ausgegangen ist (BGHZ 73, 248 [249 ff.] = NJW 1979, 927; BGH, NJW 1998, 2368 [2369]; NJW 1999, 1720).

Im Streitfall geht aus den Ausführungen des BerGer. zweifelsfrei hervor, dass die Kl. ihr erstinstanzliches Begehren, die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären, gegenüber beiden Bekl. weiterverfolgt. Dem RevGer. ist deshalb die für die rechtliche Überprüfung notwendige Grundlage nicht dadurch entzogen, dass das Berufungsurteil keine Anträge enthält. Die Entscheidungsgründe lassen zudem noch erkennen, dass das BerGer. im Gegensatz zum LG für erwiesen hält, dass die Kl. das Fahrzeug selbst gekauft und bezahlt hat, das BerGer. im Übrigen jedoch den aus dem erstinstanzlichen Urteil ersichtlichen Sachverhalt zur tatsächlichen Grundlage seiner Beurteilung gemacht und allein aus Rechtsgründen abweichend entschieden hat. Damit ist der für die revisionsrechtliche Überprüfung erforderliche Tatsachenstoff der angefochtenen Entscheidung zu entnehmen. Die Revision rügt demzufolge auch nicht, dass das Berufungsurteil in einzelnen Punkten nicht erkennen lasse, von welchem Sachverhalt der Tatrichter ausgegangen sei.

## *B. Kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Drittwiderspruchsklage gegen den Bekl. zu 2.*

Das BerGer. meint, ein Rechtsschutzbedürfnis für die Drittwiderspruchsklage bestehe auch insoweit, als diese sich gegen den Bekl. zu 2 richte. Zwar seien dessen Vollstreckungsmaßnahmen schon deshalb rechtswid-

rig, weil die Vollstreckung aus dem öffentlich-rechtlichen Rückforderungsbescheid nach der Aufhebung nicht habe fortgesetzt werden dürfen. Die Hinterlegung der „Freigabeerklärung“ — dabei handle es sich in Wahrheit um die Aufhebung der Pfändung — genüge der dem Bekl. zu 2 obliegenden Pflicht zur Herausgabe der gepfändeten Sache nicht.

Diese Erwägungen berücksichtigen nicht hinreichend die besondere Stellung des Bekl. zu 2 im Vollstreckungsverfahren und halten deshalb rechtlicher Überprüfung nicht stand.

## *I. Keine Gläubigerstellung des Bekl. zu 2*

Der Bekl. zu 2 war nie Gläubiger eines vollstreckbaren Titels gegen den Schuldner, noch hat er jemals behauptet, dies zu sein. Er ist an der Sache nur deshalb beteiligt, weil die Vollstreckung aus dem öffentlich-rechtlichen Rückforderungsbescheid der Bekl. zu 1 durch das Finanzamt, eine dem bekl. Land unterstellte Behörde, im Wege der Amtshilfe durchgeführt wurde. In einem solchen Fall gilt für die Drittwiderspruchsklage die Körperschaft, der die Vollstreckungsbehörde angehört, als Gläubiger der zu vollstreckenden Ansprüche (§ 252 AO), so dass gegen sie die nach § 262 I 1 AO zulässige Drittwiderspruchsklage zu richten ist. Die gegen den Bekl. zu 2 erhobene Klage betrifft nur die im Zusammenhang mit dem öffentlich-rechtlichen Titel vorgenommene Vollstreckungsmaßnahme, also die Pfändung des Herausgabeanspruchs von H gegen dessen Lebensgefährtin (§§ 309, 318 AO). Nach den Feststellungen des BerGer. ist der öffentlich-rechtliche Titel aufgehoben. Das Finanzamt als Vollstreckungsbehörde des Bekl. zu 2 hat mit Verfügung vom 19. 10. 1999 — wie das BerGer. zutreffend erkannt hat — die Aufhebung der Pfändung erklärt. Das Fahrzeug befindet sich allein im Gewahrsam der Bekl. zu 1.

## *II. Beendigung der Zwangsvollstreckung durch den Bekl. zu 2*

Allerdings zählt zu einer Beendigung der Zwangsvollstreckung grundsätzlich auch die vollzogene Freigabe der im Gewahrsam des Vollstreckungsorgans befindlichen Pfandsache (vgl. Zöller/Stöber, ZPO, 23. Aufl., § 776 Rdnr. 2). Hier fehlt die Rückgabe des gepfändeten Gegenstands an den Schuldner. Der Bekl. zu 2 hat sich jedoch deshalb gehindert gesehen, die gepfändete Sache an den Schuldner zurückzugeben, weil die Bekl. zu 1 im Arrestverfahren gegen H inzwischen einen neuen Pfändungsbeschluss erwirkt hatte. Unter diesen Umständen wäre das Rechtsschutzbedürfnis für eine gegen den Bekl. zu 2 gerichtete Klage nur zu bejahen, sofern diesem unabhängig von den Rechtsfolgen des im Arrestverfahren erwirkten Pfändungsbeschlusses

eine Fortsetzung oder Wiederholung der Vollstreckung aus dem Titel in den betreffenden Gegenstand noch möglich wäre (Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 771 Rdnm 13; vgl. auch BGHZ 72, 334 [336 ff.] = NJW 1979, 373).

Dies ist indes nicht der Fall. Der Bekl. zu 2 hat sich keine eigenen Rechte vorbehalten. Die Bekl. zu 1 könnte demzufolge das Fahrzeug an den Schuldner herausgeben, ohne der Zustimmung des Bekl. zu 2 zu bedürfen. Darin liegt der grundlegende Unterschied zu dem Sachverhalt, der Gegenstand des Urteils BGHZ 72, 334 = NJW 1979, 373 war (vgl. ebda. S. 338). Mit der Aufhebung der Pfändung und der Hinterlegung dieser Verfügung des Finanzamts hat der Bekl. zu 2 sich seiner vollstreckungsrechtlichen Position endgültig begeben. Die Aufhebung der Pfändung ist den Bet. auch zur Kenntnis gebracht worden. Der Bekl. zu 2 hat zudem im Rechtsstreit erklärt, er beanspruche aus der Pfändung keinerlei Rechte mehr. Da der Bekl. zu 2 anderweitige Rechte niemals geltend gemacht hat, besteht ihm gegenüber kein schutzwürdiges Interesse mehr, das eine Klage aus § 771 ZPO rechtfertigen könnte. Das LG hat das Begehren der Kl. daher insoweit zu Recht als unzulässig abgewiesen.

### *C. Interventionsrecht der Kl. aus Eigentümerstellung am Fahrzeug*

Das BerGer. hat der Klage gegen die Bekl. zu 1 stattgegeben, weil die Kl. Eigentümerin des Fahrzeugs sei. Unstreitig sei die Rechnung für den Kauf des Wagens auf ihren Namen ausgestellt worden. Daher entspreche es der Lebenserfahrung, dass die Autohändlerin ihn auch der Kl. übereignet habe. Diese habe das Eigentum nicht an H verloren. Anhaltspunkte für ein „In-sich-Geschäft“ gebe der Sachverhalt nicht her. Eine Übereignung an H könne weder aus der Nutzung des Fahrzeugs hergeleitet werden, weil H Geschäftsführer gewesen sei, noch daraus entnommen werden, dass H nach seiner Inhaftierung das Fahrzeug nicht an die Kl. herausgegeben, sondern bei seiner Lebensgefährtin belassen habe.

Es sei sehr zweifelhaft, ob die Vermutung des § 1006 II BGB auch im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer gelte. Selbst wenn man dies bejahe, sei die Vermutung dadurch widerlegt, dass die Kl. von Anfang an Eigenbesitzer gewesen und es bis heute geblieben sei. Der Besitz am Kraftfahrzeugbrief sei ein Beweisanzeichen für das Eigentum, das die Vermutung des § 1006 II BGB entkräfte. Im Verhältnis zwischen Briefbesitzer und Fahrzeugbesitzer greife die Vermutung des § 1006 II BGB folglich überhaupt nicht.

Diese Begründung beanstandet die Revision zutreffend

als rechtsfehlerhaft.

### *I. Zur Anwendbarkeit der Drittwiderspruchsklage auch bei Arrestvollziehung*

Nach dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung kann der Dritte schon dann im Wege der Klage aus § 771 ZPO vorgehen, wenn das von ihm geltend gemachte Recht durch die Zwangsvollstreckung lediglich gefährdet wird. Die Drittwiderspruchsklage ist demzufolge auch gegen Maßnahmen zulässig, die nur der Anspruchssicherung dienen (Stein/Jonas/Münzberg, § 771 Rdnr. 9), sowie gegen unwirksame Vollstreckungsakte, mit denen der Gläubiger das von ihm erstrebte Ziel nicht erreichen kann (BGH, WM 1977, 76 [77]; WM 1981, 648 [649]; K. Schmidt, in: MünchKommZPO, 2. Aufl., § 771 Rdnr. 59). Daher braucht der Senat nicht zu prüfen, ob die Bekl. zu 1 durch die von ihr im Arrestverfahren ausgebrachte Pfändung des Herausgabeanspruchs von H gegen den Zweitbekl. sowie die von Letzterem veranlasste Übergabe des Fahrzeugs an diesem ein Pfändungspfandrecht erworben hat. Entscheidend ist allein, dass die Zwangsvollstreckungsakte tatsächlich geeignet sind, die Kl. in der Ausübung des von ihr behaupteten Eigentums an der Sache zu beeinträchtigen.

### *II. Keine Hinderung der Drittwiderspruchsklage einer Ein-Mann-GmbH gegen Gläubiger ihres Alleingesellschafters*

Das BerGer. ist zu Recht davon ausgegangen, dass eine Ein-Mann-GmbH unter den Voraussetzungen des § 771 ZPO sich auch gegenüber Pfändungen, die bei ihrem Alleingesellschafter erfolgen, auf ein die Veräußerung hinderndes Recht berufen kann (vgl. BGHZ 55, 20 [261]; BGH, NJW 1957, 1877).

Die vom OLG Hamm und Stimmen im Schrifttum vertretene Auffassung, eine Drittwiderspruchsklage der GmbH komme wegen der wirtschaftlichen Identität zwischen ihr und dem Alleingesellschafter nicht in Betracht (OLG Hamm, NJW 1977, 1159; Thomas/Putzo, ZPO, 25. Aufl., § 771 Rdnr. 14; Zöller/Herget, § 771 Rdnr. 14 Stichwort „Ein-Mann-GmbH“; Geißler, NJW 1985, 1865 [1870]), steht in Widerspruch zu grundlegenden gesetzlichen Regelungen. Hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens und des Privatvermögens gilt das Trennungsprinzip. Für Gesellschaftsschulden haftet nur die GmbH mit ihrem Vermögen (§ 13 II GmbHG), für persönliche Schulden allein der Gesellschafter selbst (BGH, NJW 1957, 1877; NJW-RR 1990, 738 [739]). GmbH und Alleingesellschafter sind nicht nur selbstständige, voneinander grundsätzlich unabhängige Rechtsträger, sie verfügen auch über gesonderte Vermögensmassen, die unter-

schiedlichen Gläubigern haften (vgl. BGHZ 68, 312 [314], sowie zur Haftung des Alleingeschafters bei existenzvernichtendem Eingriff in die GmbH BGHZ 149, 10; BGHZ 151, 181). Schon deshalb muss die GmbH in der Lage sein, Eingriffe von persönlichen Gläubigern ihres Gesellschafters in ihr Vermögen mit der Drittwiderspruchsklage abzuwehren. Auch im Verhältnis zwischen Ein-Mann-GmbH und Alleingeschafter kommt es auf die rechtliche Zuordnung der einzelnen Gegenstände an (K. Schmidt, in: MüKo-ZPO, § 771 Rdnr. 50; Musielak/Lackmann, ZPO, 3. Aufl., § 771 Rdnr. 30; Stein/Jonas, Rdnr. 17 mit Fußn. 112; Wilhelm, NJW 1977, 1887).

### *III. Darlegungs- und Beweislast für die Kl. bezüglich des Eigentums am Fahrzeug*

Die Kl. trifft nach allgemeinen Regeln die Beweislast für das die Veräußerung hindernde Recht (vgl. BGH, NJW 1979, 42). Dabei wird der Umfang der Darlegungs- und Beweislast von gesetzlichen Vermutungen, insbesondere von § 1006 BGB, beeinflusst. Auch der im Wege der Klage aus § 771 ZPO in Anspruch genommene Pfändungsgläubiger kann sich auf die Vermutung des § 1006 BGB berufen, sofern diese zu Gunsten des Schuldners wirkt, gegen den er den vollstreckbaren Titel erlangt hat (K. Schmidt, in: MünchKomm-ZPO, Rdnr. 61; Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl., § 1006 Rdnr. 1; Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb., § 1006 Rdnr. 31; Werizer, JA 1983, 617 [622f.]; Westermann, SachenR, 7. Aufl., § 34 II 4, 5. 249; vgl. auch BGH, NJW 1991, 353). Die Bekl. zu 1 hat sich gegenüber dem Klagebegehren auf den Besitz des Alleingeschafters berufen.

### *IV. Zur Anwendbarkeit der Eigentumsvermutung gem. § 1006 BGB zugunsten H*

Die Gründe, aus denen das BerGer. eine gem. § 1006 BGB für das Eigentum des Gesellschafters H sprechende Vermutung verneint hat, überzeugen nicht.

#### *1. Anwendbarkeit bei fehlender Organstellung des H gegenüber der Kl.*

Als die Arrestpfändung erfolgte, war H nicht mehr Geschäftsführer der Kl.; denn er wurde unstreitig am 9. 10. 1996 als Geschäftsführer abberufen. Wer als Gesellschafter, ohne Organ der GmbH zu sein, ein Kraftfahrzeug persönlich nutzt, hat nach der Verkehrsanschauung die tatsächliche Herrschaftsgewalt inne, die regelmäßig von einem Besitzwillen begleitet wird (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 651). Damit sind die Voraussetzungen des § 1006 BGB im Grundsatz gegeben.

#### *a. Keine Veränderung durch die Lebensgefährtin*

#### *von H als unmittelbare Fremdbesitzerin*

Der danach geltenden Vermutung steht im Streitfall nicht entgegen, dass sich das Fahrzeug zum Zeitpunkt der ersten Pfändung bei der Lebensgefährtin des H befand. Diese war allenfalls unmittelbare Fremdbesitzerin. Sie hatte das Fahrzeug von H im Zusammenhang mit dessen Inhaftierung erhalten. Die Besitzstellung von H sollte dadurch nicht angetastet werden. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass B das Fahrzeug an den Bekl. zu 2 herausgegeben und keine eigenen Rechte daran geltend gemacht hat. Insoweit greift zu Gunsten des H zumindest die Vermutung des § 1006 III BGB ein.

#### *b. Begründung von unmittelbarem Eigenbesitz bei Beendigung der Organstellung*

Hat H, solange er Geschäftsführer war, die tatsächlich die Gewalt über den Pkw nur in seiner Funktion als Organ der Kl. ausgeübt — wie diese behauptet —, so war zwar während dieser Zeit allein die Gesellschaft als Besitzer anzusehen, so dass der Kl. damals die Vermutung des § 1006 BGB zugute kam (BGH, LM Art. 11 Bayer. LandkreisO Nr. 1; Flume, Festgabe f. Hengeler, 5. 76, 80; Westermann, S. 126 f.). Endet jedoch die Organstellung des Gesellschafters, so erhält er an den Sachen, die in seiner tatsächlichen Gewalt verbleiben, unmittelbaren Besitz (Erman/Werner, BGB, 10. Aufl., § 854 Rdnr. 6; Palandt/Bassenge, § 854 Rdnr. 13; Westermann, S.128). Nunmehr kann der Gesellschafter sich auch gegenüber der GmbH auf § 1006 BGB berufen. Die für den unmittelbaren Besitzer sprechende Vermutung, dass er Eigenbesitzer ist (BGH, NJW 1960, 1517 [1518]; WM 1964, 1026 [1027]; NJW-RR 1989, 651; Baumgärtel, Hdb. der Beweislast im PrivatR, 2. Aufl., § 1006 BGB Rdnr. 9), streitet dann auch für das ehemalige Organ einer juristischen Person. Es gilt das gleiche wie beim Besitzdiener, der Besitz erwirbt. Auch hier ist anerkannt, dass diesem nunmehr uneingeschränkt die Vermutung des § 1006 BGB zugute kommt (BGH, LM BGB § 1006 Nr. 2; Baumgärtel, Rdnr. 12).

#### *2. Kein Ausschluss der Anwendbarkeit von § 1006 BGB wegen früheren Fremdbesitzes von H*

Die Voraussetzungen des § 1006 BGB liegen zu Gunsten der Bekl. zu 1 allerdings dann nicht vor, wenn H schon während seiner Stellung als Geschäftsführer zugleich Fremdbesitzer des Fahrzeugs war.

Wer zunächst Fremdbesitzer war, kann sich nach der Rechtsprechung des BGH auch dann nicht auf § 1006 BGB berufen, wenn er später Eigenbesitzer geworden ist (BGH, LM BGB § 1006 Nr. 2; WM 1955, 1318 [1319]; WM 1964, 1193 [1194]; WM 1968, 406 [407]).

Die Kl. hat jedoch keine Tatsachen vorgetragen, die dafür sprechen könnten, dass Kl. während und trotz seiner Organstellung Fremdbesitz am streitbefangenen Pkw ausgeübt hat. Allein der Umstand, dass er die tatsächliche Gewalt über den Gegenstand als Organ der Gesellschaft innehatte, begründet keine Vermutung dafür, dass er Fremdbesitzer war.

### *3. Kein Rückschluss aus der früheren Organstellung auf Fremd- oder Eigenbesitz beim Ausscheiden als Geschäftsführer*

Die bloße Nutzung des Fahrzeugs als Organ der Kl. rechtfertigt auch keine Vermutung, dass H nach seiner Abberufung als Geschäftsführer lediglich Fremdbesitz an dem Wagen begründet hat. Ob es sich beim Erwerb des unmittelbaren Besitzes mit Beendigung der Organstellung um Eigen- oder Fremdbesitz gehandelt hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls und letztlich von der Willensrichtung des Organs ab. Fremdbesitz ist zu bejahen, wenn der Schuldner den Pkw im Rahmen des Abwicklungsverhältnisses für die GmbH besitzt (Palandt/Bassenge, § 854 Rdnr. 13; Westermann, S. 128), den Pkw gemietet hat oder ihn auf Grund eines Anstellungsvertrags weiter nutzen darf. Hat er dagegen den Pkw erworben, als Abfindung erhalten oder selbst aus dem Vermögen der Gesellschaft entnommen, ist er Eigenbesitzer (vgl. Palandt/Bassenge, § 854 Rdnr. 13). Im Verhältnis zwischen dem geschäftsführenden Alleingesellschafter und der Ein-Mann-GmbH fehlt es an einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit für eine der genannten Alternativen. Im Verhältnis zu den Gläubigern des ehemaligen Alleingesellschafter-Geschäftsführers obliegt es der Gesellschaft, den die Vermutung des § 1006 BGB ausschließenden Fremdbesitz des Schuldners darzulegen und zu beweisen; denn im Gegensatz zum Gläubiger hat sie genauen Einblick in die Rechtsbeziehungen zu ihrem früheren Geschäftsführer und ist ihm gegenüber grundsätzlich in der Lage, ihr vermeintliches Eigentum rechtzeitig zu sichern. Diese Risikoverteilung ist zum Schutz der Gläubiger des ehemaligen Alleingesellschafters, der die Kl. auch nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer wirtschaftlich beherrscht hat, geboten, weil jener sonst im Zusammenwirken mit der Gesellschaft ohne weiteres seinen Gläubigern haftendes Vermögen entziehen könnte. Hinreichende Tatsachen dafür, dass H nach seinem Ausscheiden als Geschäftsführer lediglich Fremdbesitzer geworden ist, hat die Kl. nicht dargetan.

### *V. Widerlegung der Vermutung von § 1006 BGB durch die Kl.*

Ist somit auf der Grundlage des bisherigen Sach- und

Streitstands davon auszugehen, dass zu Gunsten der Bekl. zu 1 die Vermutung des § 1006 I 1 BGB eingreift, so kann die Klage nur Erfolg haben, wenn es der Kl. gelingt, diese Vermutung durch den Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) zu widerlegen (BGH, NJW 2002, 2101 [2102]; Staudinger/Gursky, Rdnr. 38). Dazu muss sie den gem. § 286 ZPO zu führenden Beweis erbringen, dass der Schuldner das Eigentum nie erlangt oder es wieder verloren hat (vgl. Werner, JA 1983, 617 1620]; Staudinger/Gursky Rdnr. 38). Entsprechende Feststellungen enthält das angefochtene Urteil nicht.

#### *1. Keine Widerlegung durch den Beweis der Eigentümerstellung zu einem früheren Zeitpunkt*

Die Vermutung zu Gunsten des Eigenbesitzers wird nicht schon — wie das BerGer. meint — durch den Nachweis entkräftet, dass die Kl. zu einem früheren Zeitpunkt Eigentümerin des Pkw war (vgl. BGH, NJW-RR 1989, 651 [652]; Staudinger/Gursky, Rdnr. 42). Selbst wenn die Rechnung der Autohändlerin für den Wagen die Schlussfolgerung rechtfertigt, die Kl. sei im Juni 1994 Eigentümerin des Fahrzeugs geworden, ist damit die Eigentumslage im Zeitpunkt der Pfändung nicht geklärt. Soweit das BerGer. ausführt, es fehle an hinreichendem Vortrag von Umständen, aus denen auf eine Übereignung an H geschlossen werden könne, verkennt es die Reichweite der Vermutung des § 1006 BGB. Die Vorschrift stellt den Besitzer nicht nur von der Beweis-, sondern auch von der Darlegungslast frei, dass und auf welcher Grundlage er mit dem Besitz das Eigentum erworben hat (st. Rspr., vgl. BGH, NJW 2002, 2101 [2102]). Die Kl. hat daher nachzuweisen, dass der Schuldner nie Eigentümer geworden ist. Das Berufungsurteil zeigt abgesehen davon, dass die Kl. den Kfz-Brief besitzt und dort als Halter eingetragen ist, keine Tatsachen auf, die geeignet sind, ihre Behauptung zu belegen.

#### *2. Keine Widerlegung durch den auf die Kl. lautenden Kfz-Brief*

Der Besitz am Kfz-Brief sowie die Eintragung der Kl. als Halter des Fahrzeugs reichen nicht aus, die Vermutung zu Gunsten des jetzigen Besitzers zu widerlegen. Vielmehr wird der Besitzer des Kraftfahrzeugs als Eigentümer auch des Kfz-Briefs vermutet (Staudinger/Gursky, Rdnr. 2; Schlechtriem, NJW 1970, 2088 [2091 f.]). Im Konflikt zwischen dem Besitzer des Fahrzeugs und dem Besitzer des Briefes spricht § 1006 BGB zu Gunsten des Besitzers des Fahrzeugs. Der Kfz-Brief ist ein bloßes Hilfspapier (Schlechtriem, S. 2091; vgl. auch BGH, NJW 1978, 1854). Die Eintragung im Kfz-Brief bildet lediglich ein Indiz, das bei

der Würdigung der gesamten Umstände zu berücksichtigen ist.

Dies steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des BGH, wonach der Erwerber eines gebrauchten Kraftfahrzeugs regelmäßig grob fahrlässig i. S. von § 932 II BGB handelt, wenn er sich nicht anhand des Briefs über das Eigentum des Veräußerers vergewissert (BGHZ 119, 75 [90] = NJW 1992, 2570 m.w. Nachw.). Für die Gutgläubigkeit i. S. des § 932 II BGB kommt es auf den Erkenntnishorizont des Erwerbers an. Für diesen begründet der Besitz des Kfz-Briefs den Rechtsschein der Verfügungsmacht des Veräußerers über das Fahrzeug (BGH, NJW 1975, 735 [736]). Dabei geht es um Fälle, in denen das Eigentum des im Brief eingetragenen Halters feststeht. Eine Beweisregel für den Streit über das Eigentum am Kraftfahrzeug zwischen altem und neuem Besitzer lässt sich aus jener Rechtsprechung nicht ableiten. Gegenüber dem Besitzer des Kraftfahrzeugs, zu dessen Gunsten die Vermutung des § 1006 BGB durchgreift, hat daher auch die Person, die den Kfz-Brief besitzt

und dort als Halter eingetragen ist, den Nachweis ihres Eigentums zu führen.

#### VI. Ergebnis

Die Sache ist, soweit sich die Klage gegen die Bekl. zu 1 richtet, an das BerGer. zurückzuverweisen, um den Parteien Gelegenheit zu geben, auf der Grundlage der aus dem Revisionsurteil ersichtlichen Darlegungs- und Beweislastregeln ihr Vorbringen eventuell zu ergänzen. Dabei wird das BerGer. für die neue Verhandlung und Entscheidung auch zu beachten haben, dass nach dem Inhalt des Handelsregister-Auszuges, den die Bekl. vorgelegt haben, der Antrag der Kl. auf Eröffnung des Konkursverfahrens durch Beschluss des AG Charlottenburg vom 20. 11. 1997 mangels einer die Kosten deckenden Masse abgewiesen wurde, die Kl. also bereits aufgelöst war (§ 60 I Nr. 4 GmbHG), als die allein noch maßgebliche zweite Pfändung am 10. 9. 1998 erfolgte.

Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit des § 563 I 2 ZPO Gebrauch gemacht.

### Standort: Schuldrecht

### Problem: Erfüllungsort für Rechtsanwaltsforderung

BGH, BESCHLUSS VOM 11.11.2003  
X ARZ 91/03 (NJW 2004, 54)

#### Problemdarstellung:

Im Rahmen eines Beschlusses zwecks Bestimmung der Gerichtszuständigkeit nach § 36 ZPO hatte der BGH die Gelegenheit, zur Frage nach dem Erfüllungsort für Honoraransprüche aus Anwaltsverträgen Stellung zu nehmen. Dabei kommt er - in Abweichung zu einer bisher höchstrichterlichen Rechtsprechung der OLG - zu dem Ergebnis, dass in strikter Anwendung von §§ 269, 270 BGB der Wohnsitz des Mandanten letztlich der Erfüllungsort ist, sodass an diesem Ort auch eine entsprechende Zahlungsklage gem. §§ 12, 13, 29 ZPO zu erheben ist. Insoweit stellt § 269 I BGB als dispositive Vorschrift die von Gesetzes wegen zu beachtende Regel auf, dass die Leistung an dem Ort zu erfolgen hat, an welchem der jeweilige Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Etwas anderes gilt nur, wenn festgestellt werden kann und muss, dass die Vertragsparteien einen anderen, insbesondere einen Ort gemeinsamer Leistungserbringung bestimmt haben oder die Umstände des Falls einen solchen Leistungsort ergeben. Allein aus dem Abschluss eines Vertrags mit einem Rechtsanwalt ergibt sich insbesondere keine stillschweigende Vereinbarung über einen Leistungsort dergestalt, dass der Mandant am Ort der Kanzlei

Zahlungsverpflichtungen nachkommen soll. Auch das Schuldverhältnis der Parteien weist keine Besonderheiten auf, die allein einen bestimmten anderen Leistungsort als den jeweiligen Wohnsitz eines Bekl. umständegerecht sein lassen. Es mag zwar sein, dass der Schwerpunkt dieses Vertragsverhältnisses dort liegt, wo die nachgefragte Anwaltstätigkeit entfaltet wird. Allein das verleiht dem Anwaltsvertrag jedoch keine Natur, die es rechtfertigt oder gar erfordert, dass die Mandanten ihre Verpflichtung nicht wirksam an ihrem jeweiligen in § 269 I 1 BGB genannten Wohnsitz erfüllen können. Es lassen sich auch keine Vergleiche mit anderen Schuldverhältnissen ziehen, wo eine der Leistungserbringungen den Schwerpunkt des Vertrages definiert (z.B. Bauhandwerks- oder Arbeitsverträge). Es ist deshalb vielmehr festzustellen, dass es eine vom Gesetz nicht gedeckte Privilegierung der Rechtsanwälte gegenüber anderen Gläubigern von Geldforderungen darstellte, wenn sie ihr Honorar nicht an dem gem. § 13 ZPO bzw. § 29 I ZPO, § 269 I BGB maßgeblichen Wohnsitz des Schuldners geltend machen müssten. Das würde sich insbesondere auch mit dem Schuldnerschutz nicht vertragen.

#### Prüfungsrelevanz:

Auch wenn das Zivilprozessrecht nur als Nebengebiet im ersten Staatsexamen behandelt wird, gehören doch die grundlegenden Kenntnissen zum Prozessverfahren

zu den unabdingbaren Voraussetzungen für einen entsprechenden Prüfungserfolg.

Zu diesen Grundkenntnissen gehört vor allem die Bestimmung der Zuständigkeit von Gerichten in instanzialer, sachlicher und örtlicher Hinsicht. Eben zu diesem Thema ist die Lektüre dieses Urteils geeignet, zumal es auch grundsätzliche Ausführungen zum Leistungsort bei Schuldverhältnissen gem. §§ 269, 270 BGB macht. Der BGH erarbeitet mit dieser Entscheidung sehr genau und nahezu dogmatisch perfekt den Erfüllungsort für Honorarforderungen von Rechtsanwälten, indem er die Vorschrift des § 269 BGB detailliert auslegt und den Fall dazu subsumiert.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zu dieser Thematik: *OLG Karlsruhe*, NJW 2003, 2174; *LG Magdeburg*, NJW-RR 2003, 130; *LG Mainz*, NJW 2003, 1612

#### **Kursprogramm:**

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

#### **Leitsatz:**

**Gebührenforderungen von Rechtsanwälten können in der Regel nicht gem. § 29 ZPO am Gericht des Kanzleisitzes geltend gemacht werden.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. betreiben als Rechtsanwalt (Kl. zu 1) bzw. als Steuerberater und vereidigter Buchprüfer (Kl. zu 2) eine Sozietät in Berlin im Bezirk des AG Berlin-Charlottenburg. Nach ihrem Vortrag wurden sie von dem Bekl. zu 1, der im Bezirk des AG Zossen (Brandenburg) wohnt, und von dem Bekl. zu 2, der im Bezirk des AG Berlin-Schöneberg wohnt, beauftragt, bestimmte schriftliche Vertragsurkunden zu fertigen und die Eintragung einer Grundschuld zu veranlassen. Die Kl. berechneten für diese Tätigkeiten nach §§ 11, 26, 118 BRAGO einschließlich Mehrwertsteuer insgesamt 906,73 Euro und haben diesen Betrag nebst Zinsen beim AG Berlin-Charlottenburg eingeklagt. Dieses Gericht hält sich nicht für zuständig. Auf den deshalb angebrachten Antrag auf gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit hat das KG beschlossen: Die Sache wird gem. § 36 III ZPO dem BGH zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt:

Ist der Erfüllungsort für Honoraransprüche aus Anwaltsvertrag auch nach der Wandlung des Berufsbilds

des Rechtsanwalts noch immer die Kanzlei des Rechtsanwalts? Zur Begründung hat das KG ausgeführt: Wie schon das AG Berlin-Charlottenburg angenommen habe, bestehe ein für beide Bekl. örtlich zuständiges Gericht nicht, weil im Falle der Geltendmachung von Rechtsanwaltsgebühren ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsorts am Ort der Kanzlei gem. § 29 ZPO zu verneinen sei. An der deshalb gebotenen Bestimmung des AG Berlin-Schöneberg als zuständiges Gericht sehe man sich jedoch gehindert, weil jedenfalls das BayObLG (NJW-RR 2001, 928; NJW 2003, 366), das OLG Hamburg (BRAK-Mitt 2002, 44) und das OLG Köln (NJW-RR 1997, 825) die Frage des besonderen Gerichtsstands des Erfüllungsorts bei Klagen auf Zahlung von Rechtsanwaltsgebühren anders entschieden hätten.

Der BGH hat das AG Berlin-Schöneberg als zuständiges Gericht bestimmt.

#### **Aus den Gründen:**

##### *A. Zu den Voraussetzungen gem. § 36 I Nr. 3 ZPO*

Das zuständige Gericht ist zu bestimmen, weil die Voraussetzungen des § 36 I Nr. 3 ZPO gegeben sind. Die Bekl. haben in Anbetracht ihres unterschiedlichen Wohnsitzes ihren allgemeinen Gerichtsstand bei verschiedenen Gerichten (§ 13 ZPO). Wie das KG zu Recht ausgeführt hat, sollen sie jedenfalls nach dem Hilfsantrag der Kl. als Streitgenossen in einem der beiden in Betracht kommenden allgemeinen Gerichtsstände verklagt werden, wobei der Senat davon ausgeht, dass die Nennung des AG Berlin-Tiergarten im Antrag der Kl. auf einem bloßen Versehen beruht. Für den Rechtsstreit ist schließlich — wie noch auszuführen sein wird — ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet.

##### *B. Zu den Voraussetzungen gem. § 36 III ZPO*

Die nach § 36 III ZPO ferner erforderliche Divergenz ist ebenfalls gegeben. Das vorliegende OLG will seiner Entscheidung die Auffassung zu Grunde legen, dass Forderungen von Rechtsanwälten auf Grund ihrer Beratungstätigkeit nicht gem. § 29 ZPO am Gericht ihres Kanzleisitzes geltend gemacht werden können. Damit will es von der Rechtsprechung der bereits genannten anderen Oberlandesgerichte und des Bayerischen Obersten Landesgerichts abweichen.

##### *C. Bestimmung des zuständigen Gerichts durch den BGH*

Die zulässige Vorlage hat gem. § 36 III 2 ZPO zur Folge, dass der BGH in der Sache zu entscheiden, also das zuständige Gericht zu bestimmen hat. Im Gesetz

ist nicht vorgesehen, dass lediglich die Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt wird. Die Beschränkung der Vorlage hierauf im Tenor des Vorlagebeschlusses des KG ist deshalb bedeutungslos.

Der Senat bestimmt in Ermangelung eines besonderen Gerichtsstands nach § 29 ZPO das AG Berlin-Schöneberg als zuständiges Gericht.

*I. Keine Anwendbarkeit von § 29 ZPO als besonderen Gerichtsstand für den vorliegenden Fall*

§ 29 I ZPO begründet im Streitfall keinen gemeinsamen besonderen Gerichtsstand gegenüber beiden Bekl., weil nichts vorgetragen oder ersichtlich ist, dass beide Bekl. jedenfalls zur Zeit des Zustandekommens des Vertrags mit den Kl., der die streitige Rechtsanwaltsgebührenrechnung ausgelöst hat, im Bezirk ein und desselben AG wohnten.

*1. Zu 29 I ZPO als besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes*

Nach § 29 I ZPO ist, wenn — wie hier — über eine Verpflichtung aus einem Vertragsverhältnis gestritten wird, das Gericht des Orts zuständig, an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Dieser Erfüllungsort bestimmt sich — sofern keine gesetzlichen Sonderregelungen eingreifen — nach dem Leistungsort, der sich aus § 269 I und II BGB ergibt. Insoweit stellt § 269 I BGB als Dispositivnorm (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 297) die von Gesetzes wegen zu beachtende Regel auf, dass die Leistung an dem Ort zu erfolgen hat, an welchem der bzw. — bei als Streitgenossen Verklagten — der jeweilige Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. So ist diese Norm von gewichtigen Stimmen in der Literatur bisher verstanden worden (vgl. z. B. Planck, BGB, 4. Aufl. [1914], § 269 Rdnr. 3a; Rosenberg, 5. 297; Baumgärtel/Strieder, Hdb. d. Beweislast im PrivatR, Bd. 1, Rdnr. 1). Auch der BGH hat den Aussagegehalt dieser Vorschrift wiederholt in diesem Sinne gesehen und angewendet (vgl. z.B. NJW 1988, 1914; NJW 1995, 1546; NZG 2003, 230 = MDR 2003, 402; NJW 2003, 3341 = ZIP 2003, 2080 [2081]). Im Zweifel ist also — wenn nicht gem. § 269 II BGB ersatzweise der Ort der gewerblichen Niederlassung entscheidet — der in § 269 I BGB genannte Wohnsitz des jeweiligen Schuldners der Leistungsort für dessen vertraglich begründete Leistungspflicht, so dass bei einer Klage gegen Streitgenossen mit unterschiedlichem Wohnsitz ein gemeinsamer Leistungsort nicht besteht. Etwas anderes gilt erst dann, wenn festgestellt werden kann und muss, dass die Vertragsparteien einen anderen, insbesondere einen

Ort gemeinsamer Leistungserbringung bestimmt haben oder die Umstände des Falls einen solchen Leistungsort ergeben. Dabei soll durch die zweite dieser (Ausnahme-)Alternativen in Fällen, in denen die Vertragsparteien es unterlassen haben, ihren tatsächlichen Willen zum Leistungsort durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten zum Ausdruck zu bringen, jedenfalls deren mutmaßlichem Willen Rechnung getragen werden können (vgl. Prot. II 1 5. 306; auch Siemon, MDR 2002, 366 [369]). Dieser mutmaßliche Wille kann sich vor allem aus der Beschaffenheit der streitigen Leistung ergeben, was als Selbstverständlichkeit keiner ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz bedurfte (Prot. II 1 306), aber auch aus der Natur des Schuldverhältnisses zu ersehen sein. Sofern sich Besonderheiten des konkreten Schuldverhältnisses nicht feststellen lassen, erlaubt diese weite Alternative damit auch eine Bewertung anhand der typischen Art des Vertragsverhältnisses, das die streitige Verpflichtung begründet hat.

*2. Keine Anwendung des ersten Ausnahmetatbestandes von § 269 I BGB: anderweitige Bestimmung durch die Parteien*

Im Streitfall kommt die Anwendung der gesetzlichen Regel des § 269 I BGB allenfalls wegen der zweiten Ausnahme in Betracht, weil nichts dafür ersichtlich ist, dass die Parteien etwas darüber zum Ausdruck gebracht haben, wo nach ihrem übereinstimmenden Willen die von den Bekl. geschuldete Leistung zu erfolgen habe. Allein aus dem Abschluss eines Vertrags mit einem Rechtsanwalt ergibt sich insbesondere keine stillschweigende Vereinbarung über einen Leistungsort dergestalt, dass der Mandant am Ort der Kanzlei seinen auf die BRAGO gestützten Zahlungsverpflichtungen nachkommen soll.

*3. Keine Anwendung des zweiten Ausnahmetatbestandes von § 269 I BGB: Natur des Schuldverhältnisses*

Auch der zweite Ausnahmetatbestand lässt sich jedoch nicht feststellen.

*a. Rückgriff auf § 270 BGB*

Die streitige Leistungspflicht ist nicht von einer Beschaffenheit, die es als sachgerecht und deshalb im mutmaßlichen Willen der Parteien liegend erscheinen lassen könnte, sie nicht an dem in § 269 I BGB genannten Wohnsitz des jeweiligen Bekl. zu erfüllen. Die Bekl. schulden im Falle der sachlichen Berechtigung der geltend gemachten Forderung lediglich Geld. Insofern besteht anders als etwa bei einer Verpflichtung, die auf Übergabe eines Grundstücks, auf Auflassung

desselben oder auf Herstellung eines Werks an einer bestimmten Stelle gerichtet ist, keine bestimmte örtliche Präferenz. Das steht in Einklang mit § 270 BGB, nach dessen Absatz 4 bei Geldschulden die Vorschrift über den Leistungsort unberührt bleibt.

*b. Zur Natur des Schuldverhältnisses zwischen Mandant und Rechtsanwalt*

Auch das Schuldverhältnis der Parteien weist keine Besonderheiten auf, die allein einen bestimmten anderen Leistungsort als den jeweiligen Wohnsitz eines Bekl. umständegerecht sein lassen. In Frage steht nach dem behaupteten Inhalt des erteilten Auftrags — wie auch durch die Abrechnung nach der BRAGO deutlich wird — ein Schuldverhältnis, das einerseits auf Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt, andererseits auf Zahlung von Rechtsanwaltsgebühren gerichtet ist. Da weitere Einzelheiten, etwa über das Zustandekommen des Vertrags der Parteien, nicht vorgetragen oder sonst wie ersichtlich sind, kommt insoweit nur die typisierende Bewertung eines solchen Schuldverhältnisses in Betracht. Sie ergibt zwar, dass dieses sein Gepräge durch die Leistungspflicht der Kl. erhielt, weil es sich hierdurch um einen von anderen Vertragstypen verschiedenen Vertrag handelt. Es mag auch sein, dass der Schwerpunkt dieses Vertragsverhältnisses dort lag, wo die Kl. ihre nachgefragte Tätigkeit entfalteten. Allein das verleiht dem Schuldverhältnis jedoch keine Natur, die es rechtfertigte oder gar erforderte, dass die Kl. als Mandanten ihre Verpflichtung nicht wirksam an ihrem jeweiligen in § 269 I 1 BGB genannten Wohnsitz erfüllen können. So hat der BGH in seiner Rechtsprechung zu Handelsvertreterverhältnissen zwar bei der Frage, welches materielle Recht nach dem hypothetischen Parteiwillen anzuwenden ist, auf den Schwerpunkt des Schuldverhältnisses abgestellt (vgl. BGHZ 53, 332 [337] = NJW 1970, 1002). Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht auf die Bestimmung des Erfüllungsorts übertragen worden (BGH, NJW 1988, 966 [967]). Sie führte auch praktisch bei jedem Vertragstyp zu einem einheitlichen Leistungsort für beide Vertragsparteien, was mit der Regelung des § 269 I BGB unvereinbar ist (vgl. BGH, NJW 1986, 935; Fleischer, Der Gerichtsstand des gemeinsamen Erfüllungsorts im Deutschen Recht, Diss. 1997, S. 15 f. m. w. Nachw.). Ein solcher Erfüllungsort kann deshalb nur angenommen werden, wenn weitere Umstände festgestellt werden können, wie sie beispielsweise beim klassischen Ladengeschäft des täglichen Lebens bestehen (vgl. BGH, NZG 2003, 230 = MDR 2003, 402), bei dem üblicherweise die beiderseitigen Leistungspflichten sogleich an Ort und Stelle erledigt werden, oder regelmäßig bei einem Bauwerksvertrag vor-

liegen, weil auch der Besteller am Ort des Bauwerks mit dessen Abnahme eine seiner Hauptpflichten erfüllen muss und es interessengerecht ist, dass eine gerichtliche Auseinandersetzung dort durchgeführt werden kann, wo auf Grund der räumlichen Nähe zum Bauwerk eine Beweisaufnahme (z. B. über das Aufmaß oder über behauptete Mängel) regelmäßig wesentlich einfacher und kostengünstiger geschehen kann als an dem auswärtigen Wohnsitz des Auftraggebers (BGH, NJW 1986, 935).

Solche zusätzlichen Umstände sind jedoch im Falle eines Anwaltsvertrags regelmäßig nicht feststellbar. Dem klassischen Ladengeschäft des täglichen Lebens ist der Anwaltsvertrag nicht vergleichbar, weil regelmäßig der Abschluss des Vertrags nicht zur gleichzeitigen Erfüllung der gegenseitigen Leistungen führt. Sowohl der Rechtsanwalt als auch der Mandant erledigen das hierzu Erforderliche regelmäßig erst später. Selbst dass ein Mandant den von ihm beauftragten Rechtsanwalt sofort bezahlt, ist jedenfalls in der heutigen Zeit allenfalls ganz ausnahmsweise der Fall (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2001, 1583; LG Hanau, MDR 2002, 1032; LG München, NJW-RR 2002, 206 [207]; LG Berlin, NJW-RR 2002, 207 [208]; LG Ravensburg, BRAK-Mitt 2002, 99; AG Köln, NJW-RR 1995, 185 [186]). Hierzu hat auch die weite Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen beigetragen; die Rechtsanwälte machen deshalb ihr Tätigwerden häufig lediglich von der Deckungszusage der Rechtsschutzversicherung abhängig. Die spätere Bezahlung des Rechtsanwalts durch den Mandanten entspricht aber auch der Regelung des § 18 I BRAGO, nach welcher der Rechtsanwalt die Vergütung nur auf Grund einer von ihm unterzeichneten und dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung einfordern darf. Angesichts dessen kann auch die Tatsache, dass ein Rechtsanwalt gem. § 17 BRAGO einen Vorschuss verlangen darf, einem Anwaltsvertrag nicht das Gepräge eines in bar abzuwickelnden Vertrags verleihen. Im Rahmen der Vertragsfreiheit kann letztlich jede Vertragsdurchführung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden, so dass die Vorschusspflicht nicht gerade den Anwaltsvertrag seiner Natur nach kennzeichnet.

*aa. Keine Vergleichbarkeit mit anderen Vertragstypen mit lokalem Schwerpunkt*

Auch eine Parallele zum Bauwerksvertrag, die wie bei diesem einen vom Wohnsitz des Auftraggebers abweichenden Erfüllungsort interessengerecht sein lassen könnte, besteht nicht (Prechtel, MDR 2003, 667 [668]). Dabei kann dahinstehen, ob der Anwaltsvertrag überhaupt als Werkvertrag oder wie üblich als Geschäftsbesorgungs- bzw. Dienstvertrag zu Stande

gekommen ist. Im ersteren Fall fehlt der insbesondere bei Mängeln zu Tage tretende Bezug zum Ort der Leistung des Auftragnehmers. Die kostengünstige und sachgerechte Beurteilung der Leistungen des Anwalts ist regelmäßig nicht davon abhängig, dass sie durch das für seinen Kanzleiort zuständige Gericht erfolgt.

*bb. Kein Rückgriff auf die Rechtsprechung des BAG*

Im Falle der Ausgestaltung als Dienst- oder Geschäftsbesorgungsvertrag ergibt sich nichts anderes, auch wenn man berücksichtigt, dass das BAG in ständiger Rechtsprechung vertritt, bei Arbeitsverhältnissen sei in der Regel von einem einheitlichen (gemeinsamen) Erfüllungsort an dem Ort auszugehen, an dem der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu erbringen hat, also der Mittelpunkt seiner Berufstätigkeit liegt (z. B. BAG, NZA 2003, 339). Denn für diese Rechtsprechung, die im Übrigen — wie das BAG in seinem Beschluss vom 12. 10. 1994 (5 AS 13/94) selbst angegeben hat — keinesfalls unumstritten ist, kann angeführt werden, dass der Arbeitsvertrag ein auf Dauer angelegtes Verhältnis begründet, das insbesondere soziale Fürsorgepflichten des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer einschließt. Das sind Umstände, die einen Anwaltsvertrag regelmäßig gerade nicht kennzeichnen; vor allem ist ein dem Arbeitnehmer vergleichbarer Bedarf des Rechtsanwalts nach Schutz, der sachgerecht nur durch Erfüllung seiner Honorarforderung am Ort des Mittelpunkts seiner Berufstätigkeit zu befriedigen wäre, nicht zu erkennen.

*cc. Kein Behinderung bei Auslandsmandaten*

Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass bei einem ausländischen Mandanten und Geltung deutschen Rechts der Erfüllungsort im Ausland liegt und der Rechtsanwalt Rechtsschutz im Ausland suchen muss. Denn das ist kein im Rahmen des § 269 I BGB maßgeblicher Gesichtspunkt, weil der ausländische Leistungsort auf der zur freien Disposition stehenden Auswahl des Vertragspartners beruht und deshalb die Natur des Schuldverhältnisses unberührt lässt. Dass die mit einer Klage im Ausland einhergehenden Nachteile durch Vereinbarung eines inländischen Erfüllungsorts nicht vermeidbar sind, hat hingegen seinen Grund in der in § 29 II ZPO getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung, die Wirkung einer Vereinbarung über durch Erfüllungsort zu beschränken, wenn sie nicht von Angehörigen bestimmter Personengruppen getroffen wird. Im Übrigen ist die Sicherung des allgemeinen Gerichtsstands, die auch der Regelung in § 38 II, III ZPO zu Grunde liegt, nicht lückenlos. So erlaubt die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. 12.

2000 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABIEG Nr. L 12 v. 16. 1. 2001, 5. 1ff.) in dem ihr unterfallenden Anwendungsbereich eine Vereinbarung über die Zuständigkeit (Art. 23 i.V. mit Art. 3 I). Der Rechtsprechung der Instanzgerichte, die bisher angenommen haben, dass die Gebührenforderung des Rechtsanwalts am Ort seiner Kanzlei zu erfüllen sei (vgl. neben den bereits genannten Entscheidungen des BayObLG, des OLG Köln und des OLG Hamburg, OLG Celle, NJW 1966, 1975; MDR 1980, 673; LG Hamburg, NJW 1976, 199, sowie die Nachw. bei und überhaupt zum Meinungsstand neuerdings wieder Prechtel, MDR 2003, 667), ist hierfür und gegen die Anwendung der gesetzlichen Regel des § 269 I BGB schließlich ebenfalls kein tragendes Argument zu entnehmen. Diese Rechtsprechung mag darauf zurückgehen (vgl. KG, JW 1927, 1324), dass man zunächst eine Notwendigkeit gesehen hat, dass Notare ihre Gebührenforderung an ihrem Kanzleisitz gerichtlich geltend machen können. Ein Gesichtspunkt, der sich hieraus möglicherweise für Rechtsanwalts-honorarforderungen nutzbar machen ließe, war jedoch bereits durch die Einführung der §§ 154 ff. KostO durch die Kostenordnung vom 25. 11. 1935 (RGBl 1, 1371) hinfällig, wonach Notare ihre Forderungen selbst betreiben können.

*dd. Vorrang des Schuldnerschutzes*

Für die heutige Zeit ist deshalb vielmehr festzustellen, dass es — bei typisierender Sicht wie im Streitfall — eine vom Gesetz nicht gedeckte Privilegierung der Rechtsanwälte gegenüber anderen Gläubigern von Geldforderungen darstellte, wenn sie ihr Honorar nicht an dem gem. § 13 ZPO bzw. § 29 I ZPO, § 269 I BGB maßgeblichen Wohnsitz des Schuldners geltend machen müssten. Das würde sich insbesondere auch mit dem Schuldnerschutz nicht vertragen, der mit der Reform der Zuständigkeitsvorschriften durch das Gesetz vom 21. 3. 1974 (BGBl 1, 753) gestärkt werden sollte (BT-Dr 7/1384 v. 7. 12. 1973). Soweit auch der BGH (BGHZ 97, 79 [82]; BGH, WM 1981, 411; NJW 1991, 3095) die Meinung vertreten hat, Honorarforderungen eines Rechtsanwalts seien an dessen Kanzleiort zu erfüllen, kann deshalb an dieser Meinung nicht festgehalten werden. Die insoweit betroffenen Zivilsenate haben auf Rückfrage des entscheidenden Senats erklärt, dass gegen die aus den genannten Gründen zu treffende Entscheidung keine durchgreifenden Bedenken bestehen.

*D. Ergebnis der Gerichtsstandbestimmung*

Mangels gemeinsamen besonderen Gerichtsstands ist

es sachgerecht, dass die Streitsache in einem der beiden in Betracht kommenden allgemeinen Gerichtsständen verhandelt und entschieden wird. Der Senat entscheidet sich — der beabsichtigten Auswahl des KG

folgend — insoweit für das AG Berlin-Schöneberg, weil die Kl. in Berlin berufsansässig sind und die anwaltliche Beratungstätigkeit im Hinblick auf eine in Berlin ansässige OHG erfolgt ist.

## Standort: Mietrecht      Problem: Aufnahme des Lebensgefährten in die Mietwohnung

BGH, URTEIL VOM 05.11.2003  
VIII ZR 371/02 (NJW 2004, 56)

### Problemdarstellung:

In diesem Revisionsverfahren ging es um die Frage, ob der Mieter einer Wohnung die Einwilligung seines Vermieters bedarf oder nicht, wenn er seinen Lebensgefährten/-in zwecks Begründung einer Haushaltsgemeinschaft in die Wohnung mit aufnehmen möchte. Im Ergebnis bejaht der BGH einen solchen Einwilligungsvorbehalt gem. §§ 540, 553 BGB (n.F.), gibt jedoch dem Mieter einen grundsätzlichen Anspruch gegen den Vermieter auf Erteilung dieser Einwilligung.

Die Frage, ob der Lebensgefährte eines Mieters als „Dritter“ anzusehen ist, für dessen Aufnahme in die Wohnung die Erlaubnis des Vermieters erforderlich ist, war bereits vor In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes umstritten. Teilweise wurde in Rechtsprechung und Schrifttum die Auffassung vertreten, die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft gehöre — ähnlich wie beim Ehegatten oder sonstigen nahen Familienangehörigen — zum persönlichen Lebensbereich des Mieters und sei von dem Recht zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung umfasst. Demgegenüber handelt es sich nach der — jedenfalls bislang — herrschenden Meinung bei dem Lebensgefährten des Mieters um einen „Dritten“. Der BGH setzt trotz der Mietrechtsreform die Ansicht der h.M. fort und bejaht das Zustimmungserfordernis durch den Vermieter. Die vielfach vorgenommene Unterscheidung zwischen „selbstständigem“ und „unselbstständigem“ Gebrauch mit der Folge, dass der Lebensgefährte des Mieters von vornherein nicht als Dritter i. S. des §§ 540, 553 BGB n. F. galt, ist nicht haltbar. Daher ist zunächst jede Person, die nicht Partei des Mietvertrags ist, „Dritter“; hiervon ausgenommen sind nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ebenso wie schon unter der Geltung des § 549 BGB a.F. die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehung und — mit Rücksicht auf ihren nur kurzen Aufenthalt — Besucher des Mieters. Der Gesetzgeber hat diese Ansicht

in seinen Erläuterungen zur Mietrechtsreform bekräftigt. Die Neuregelungen zur Stärkung der Rechtsstellung des Lebensgefährten gem. § 563 BGB (Übernahme der Wohnung bei Tod des Mieters) steht dem nicht entgegen, da sie einen ganz anderen Tatbestand regelt.

### Prüfungsrelevanz:

Neben Kauf- und Werkvertragsrecht gehört das Mietrecht als im BGB gesetzlich geregelter Vertragstyp zu den klassischen Examensgebieten, die daher zwingend beherrscht werden müssen. Prüfungsrelevante Themen aus dem Mietrecht sind insbesondere das Gewährleistungsrecht (§§ 536 ff. BGB), das Kündigungsrecht und Pflichtverletzungen des Mieters, die zum Schadensersatz bzw. zur fristlosen Kündigung führen können.

Gemäß §§ 540, 553 BGB besteht eine wesentliche Pflichtverletzung des Mieters darin, die gemietete Sache - im Falle des § 553 BGB die Wohnung - einem Dritten zum Gebrauch ohne die Erlaubnis des Vermieters zu überlassen. Im Falle einer Wohnungsmiete hat aber der Mieter aber ggf. einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis, wenn er ein berechtigtes Interesse daran hat, einen Teil des Wohnraums einem Dritten zum Gebrauch zu überlassen; der Vermieter kann die Erlaubnis dann nur verweigern, wenn z.B. in der Person des Dritten ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Eine Ausnahme von diesem Erlaubnisvorbehalt wird bei solchen Personen gemacht, die zum persönlichen Lebensbereich des Mieters gehören (z.B. Ehegatten, Lebenspartner, nahe Familienangehörige); in einem solchen Fall besteht aber zumindest eine entsprechende Anzeigepflicht gegenüber dem Vermieter. Für den nichtehelichen Lebensgefährten ist diese Frage - wie dieser Fall zeigt - streitig.

### Vertiefungshinweise:

□ Zu dieser Thematik: *BGHZ* 92, 213 = *NJW* 1985, 130; *AG Hamburg*, *WuM* 1997, 554; *Blank*, *LMK* 2004, 1; *Bosch*, *FamRZ* 1985, 45

### Kursprogramm:

□ *Examenskurs*: „Das Geschäftshaus“

- Assessorkurs:* "Wer nicht zahlt, der fliegt"
- Assessorkurs:* "Der alte Mann und das Haus"
- Assessorkurs:* "Das Geschäftslokal"

**Leitsatz:**

**Für die Aufnahme eines Lebensgefährten in eine gemietete Wohnung bedarf der Mieter der Erlaubnis des Vermieters. Auf die Erteilung der Erlaubnis hat er im Regelfall einen Anspruch.**

**Sachverhalt:**

Die Kl. hat die von der Bekl. gemietete Wohnung zunächst allein bewohnt. Mit Schreiben vom 7. 1. 2002 teilte sie der Bekl. mit, dass sie Herrn S in die Wohnung aufnehmen und ihm den Mitgebrauch überlassen wolle. Der Aufforderung der Bekl., ihr das Geburtsdatum und die frühere Anschrift von S mitzuteilen, kam die Kl. nicht nach. In der Folgezeit nahm sie S zur Bildung eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts in ihre Wohnung auf. Die Kl. hat beim AG Klage auf Feststellung erhoben, dass sie berechtigt sei, ohne die Erlaubnis der Bekl. den Gebrauch der von der Bekl. gemieteten Wohnung ihrem Lebenspartner mit zu überlassen.

Das AG hat die Klage als unzulässig abgewiesen. Auf die Berufung der Kl. hat das LG der Klage stattgegeben und die begehrte Feststellung ausgesprochen. Die — zugelassene — Revision der Bekl. hatte Erfolg und führte unter Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung zur Abweisung der Klage als unbegründet.

**Aus den Gründen:***A. Zur Zulässigkeit der erhobenen Feststellungsklage*

Gegen die vorn LG bejahte Zulässigkeit der Feststellungsklage bestehen keine Bedenken (§ 256 ZPO). Auch die Revision erhebt insoweit keine Einwände.

*B. Zur Begründetheit der erhobenen Feststellungsklage*

Die Klage ist jedoch nicht begründet. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Rüge der Revision durchgreift, das LG habe verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Bekl. die Behauptung der Kl., S sei ihr Lebensgefährte, bestritten habe; denn auch wenn Letzteres zutrifft, bedarf die Kl. der Erlaubnis der Bekl. gem. § 540 I, 553 BGB.

*I. Zur Zustimmungsfreiheit bei der Aufnahme eines Lebensgefährten in die gemietete Wohnung*

Die Frage, ob der Lebensgefährte eines Mieters als „Dritter“ anzusehen ist, für dessen Aufnahme in die

Wohnung die Erlaubnis des Vermieters erforderlich ist, war bereits vor In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes umstritten. Teilweise wurde in Rechtsprechung und Schrifttum die Auffassung vertreten, die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft gehöre — ähnlich wie beim Ehegatten oder sonstigen nahen Familienangehörigen — zum persönlichen Lebensbereich des Mieters und sei von dem Recht zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietwohnung umfasst. Der Lebensgefährte sei nicht „Dritter“ i. S. des § 549 BGB (a. F.), seine Mitbenutzung der Wohnung bedürfe daher nicht der Erlaubnis des Vermieters. Eine Unterscheidung zwischen Ehegatten und Personen, die in einer eheähnlichen Beziehung zusammenlebten, sei auch im Hinblick auf die gewandelten sozialen Anschauungen nicht mehr gerechtfertigt (vgl. z. B. LG Hamburg, WuM 1980, 255; LG Aachen, WuM 1989, 372; Lammel, WohnraummietR, 1. Aufl., § 535 Rdnr. 62 u. § 549 Rdnr. 4, ebenso nunmehr in der 2. Aufl., § 540 Rdnrn. 5, 6; Sternel, MietR, 3. Aufl., II Rdnrn. 238, 239). Für den Zeitraum nach dem In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes vom 19. 6. 2001 (BGBl. I, 1149) am 1. 9. 2001 wird als weiteres Argument angeführt, der Gesetzgeber habe durch die Neufassung der an die Stelle des bisherigen § 569 a BGB getretenen Bestimmungen des § 563 I 2, II BGB, die ein Eintrittsrecht des gleichgeschlechtlichen Lebenspartners und des (nichtehelichen) Lebensgefährten in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vorsähen, die rechtliche Stellung des Lebenspartners bzw. Lebensgefährten derjenigen des Ehegatten angenähert; die frühere Differenzierung zwischen Ehegatten und nichtehelichen Lebensgefährten könne deshalb nicht mehr aufrechterhalten werden (Haas, Das neue MietR, § 553 Rdnr. 1; Lützenkirchen, Neue Mietrechtspraxis, Rdnr. 515; Blank, in: Schmidt-Futterer, MietR, 8. Aufl., § 540 Rdnr. 30, unter Aufgabe der noch in der Voraufgabe vertretenen Ansicht).

*II. Zur Zustimmungsbedürftigkeit bei der Aufnahme des Lebensgefährten in die gemietete Wohnung*

Demgegenüber handelt es sich nach der — jedenfalls bislang — herrschenden Meinung bei dem Lebensgefährten des Mieters um einen „Dritter“ i. S. des § 549 BGB a. F., an dessen Stelle durch das Mietrechtsreformgesetz § 540 BGB als Grundsatzvorschrift und § 553 BGB — entsprechend der Systematik des reformierten Mietrechts — als Spezialvorschrift für die Wohnungsmiete getreten sind. In der Entscheidung BGHZ 92, 213 = NJW 1985, 130, ist der Senat — allerdings ohne nähere Unterscheidung zwischen einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft und einer „einfachen“ Wohngemeinschaft — davon ausgegangen, dass

beide Formen des Zusammenlebens unter den Erlaubnisvorbehalt des § 549 BGB (a. F.) fallen. In seinem Urteil vom 15. 5. 1991 (NJW 1991, 1750 = WM 1991, 1306 [unter II 2a] = BGHR BGB § 549 Abs. 1, Erlaubnis 2) hat er die vom damaligen BerGer. angenommene Beschränkung der Erlaubnisfreiheit auf die Aufnahme von Familienangehörigen des Mieters gebilligt. Die Rechtsprechung der Obergerichte zu § 549 a. F. ging gleichfalls überwiegend davon aus, dass die Aufnahme eines Lebensgefährten in die Mietwohnung nicht zum vertragsgemäßen — und deshalb erlaubnisfreien — Gebrauch der Wohnung zählte (OLG Hamm, NJW 1982, 2876; WuM 1991, 668; OLG Hamburg, NJW-RR 1988, 1481 [1482]; vgl. auch BayObLG, ZMR 1984, 87; OLG Schleswig, NJW-RR 1993, 274; ebenso die h.M. in der Lit.: Blank/Börstinghaus, *Miete*, § 549 (a.F.) Rdnr. 19; Kraemer, in: *Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- u. Wohnraummiete*, 3. Aufl., III A Rdnr. 1011; Voelskow, in: *MünchKomm*, 3. Aufl., § 549 Rdnr. 10).

### III. Entscheidung des BGH zu dieser umstrittenen Frage

Der Senat hält an der bereits früher vertretenen Auffassung auch für den jetzigen Rechtszustand fest; durch das Mietrechtsreformgesetz hat sich die Gesetzeslage insoweit nicht geändert (ebenso Blank/Börstinghaus, *Neues MietR*, § 540 Rdnr. 2; Palandt/Weidenkaff, *BGB*, 62. Aufl., § 540 Rdnr. 5).

#### I. Grundsatz der Zustimmungspflichtigkeit

Auszugehen ist nach wie vor von dem Grundsatz, dass der Mieter ohne Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt ist, den Gebrauch der Mietsache einem Dritten zu überlassen (§ 540 I 1 BGB). Dem Lebensgefährten, der von dem Mieter in die Wohnung aufgenommen wird, wird der Gebrauch der Mietsache eingeräumt. Die früher vielfach vorgenommene Unterscheidung zwischen „selbstständigem“ und „unselbstständigem“ Gebrauch mit der Folge, dass der Lebensgefährte des Mieters von vornherein nicht als Dritter i. S. des § 549 BGB a. F. galt, hat bereits das OLG Hamm in seinem Rechtsentscheid vom 17. 8. 1982 (NJW 1982, 2876) für die hier zu entscheidende Rechtsfrage zu Recht und mit überzeugender Begründung aufgegeben. Daher ist zunächst jede Person, die nicht Partei des Mietvertrags ist, „Dritter“ i. S. des § 540 BGB; hiervon ausgenommen sind nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ebenso wie schon unter der Geltung des § 549 BGB a.F. die Familie des Mieters wegen ihrer engen, unter dem ausdrücklichen Schutz der Verfassung (Art. 6 GG) stehenden persönlichen Beziehung und — mit Rücksicht auf ihren nur kurzen Aufenthalt

— Besucher des Mieters. Im Übrigen gilt jedoch, dass andere Personen als der Mieter unter den grundsätzlichen Erlaubnisvorbehalt auch des jetzigen § 540 I 1 BGB (§ 549 I 1 BGB a.F.) fallen.

#### 2. Keine Veränderung durch das Mietrechtsreformgesetz

Die Reform des Mietrechts durch das Gesetz vom 19. 6. 2001 gibt keinen Anlass zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Senats. Der Wortlaut der einschlägigen Bestimmung ist — von dem nur sprachlich angepassten Begriff der „Mietsache“ an Stelle der „gemieteten Sache“ abgesehen — unverändert geblieben. Auch der Gesetzgeber ist in der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 553 BGB, der als Sondervorschrift für die Wohnungsmiete an die allgemeine Vorschrift des § 540 BGB über die Gebrauchsüberlassung an Dritte anschließt, ausdrücklich davon ausgegangen, dass der Mieter für „die Aufnahme seines Lebenspartners zum Zwecke der Bildung oder Fortführung eines auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalts“ der Erlaubnis des Vermieters bedarf (BT-Dr 14/4553, S. 49). Die §§ 540, 553 BGB in der Fassung des Regierungsentwurfs sind im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht geändert worden; zu eigenen Anmerkungen hat insbesondere auch der Rechtsausschuss des Bundestags keinen Anlass gesehen (vgl. Haas, S. 111, 142, 402, 407).

Allerdings hat das Mietrechtsreformgesetz die Rechtsstellung des Lebensgefährten insofern gestärkt, als § 563 BGB nunmehr ausdrücklich den Eintritt des Partners in den Mietvertrag bei Tod des Mieters vorsieht, und zwar sowohl für den Partner einer homosexuellen Lebenspartnerschaft (§ 563 I 2 BGB) als auch für sonstige Lebensgefährten (§ 563 II 4 BGB; vgl. dazu auch Nr. 3 der Begr. zu § 563 II 2 BGB RegE [§ 563 II 4 des Gesetzes], BT-Dr 14/4553, S. 62). Diese Regelung geht über den Geltungsbereich des § 569 a BGB a. F., an dessen Stelle § 563 BGB getreten ist, hinaus. Die ihr zu Grunde liegende allgemeine Wertentscheidung des Mietrechtsreformgesetzes rechtfertigt es jedoch entgegen einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht (Haas, § 553 Rdnr. 1; Lützenkirchen, Rdnr. 515; Blank, in: *Schmidt-Futterer*, 8. Aufl., § 540 Rdnr. 30) nicht, abweichend vom konkret geäußerten Willen des Gesetzgebers (Begr. zu § 553 BGB RegE, BT-Dr 14/4553, S. 49 = NZM 2000, 802 [814]; vgl. Haas, S. 142) den Lebensgefährten im Rahmen des § 553 BGB dem Ehegatten oder dem Lebenspartner i. S. des § 1 I LPartG gleichzustellen. Wenn der Gesetzgeber eine solche Gleichstellung gewollt hätte, hätte es sich ihm — angesichts der ihm bekannten höchststrichterlichen Rechtsprechung — aufgedrängt, eine der

Vorschrift des § 563 II 4 BGB entsprechende Bestimmung zur Klarstellung auch in § 553 BGB aufzunehmen. Zudem unterscheidet der Gesetzgeber in § 563 II BGB zwischen dem Lebensgefährten und dem Ehegatten bzw. Lebenspartner insofern, als der Lebensgefährte nur dann in das Mietverhältnis eintritt, wenn Letztere die Wohnung nicht übernehmen. Der Lebensgefährte wird also nur nachrangig berücksichtigt.

Im Übrigen besteht zwischen den beiden Fallgestaltungen, die von § 540 und § 563 BGB erfasst werden, ein Unterschied in tatsächlicher Hinsicht, der auch eine rechtliche Differenzierung rechtfertigt.

Die Situation bei der Aufnahme eines Lebensgefährten in die gemietete Wohnung zur Bildung einer auf Dauer angelegten Beziehung ist mit der Lage, die sich für einen nichtehelichen Lebensgefährten nach dem Tod des Mieters ergibt, nicht ohne weiteres zu vergleichen. Es macht einen Unterschied, ob der gemeinsame Haushalt in einer vom Mieter zunächst allein genutzten Wohnung erst begründet werden soll oder ob der Partner dort bereits — möglicherweise jahrelang — gemeinsam mit dem Mieter seinen eigenen Lebensmittelpunkt gehabt hat, den er nunmehr aufgeben müsste. Dass ein Partner in dieser Lage einen stärkeren Schutz verdient als derjenige, der bisher nicht am Gebrauch der Wohnung teilgenommen hat, liegt auf der Hand.

### *3. Keine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Mieters: Anspruch auf Erteilung der Vermieter-Zustimmung gem. § 553 I BGB*

Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) und das daraus hergeleitete Recht auf ungehinderte Gestaltung des persönlichen Lebensbereichs innerhalb der Wohnung gebieten es gleichfalls nicht, die von der bisherigen herrschenden Meinung entwickelten Grundsätze über den vom Erlaubnisvorbehalt des § 540 BGB (§ 549 BGB a. F.) ausgenommenen Personenkreis auf den Lebensgefährten auszuweiten. Insbesondere greift es zu kurz, wenn darauf abgestellt wird, dem Grundrecht des Mieters auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit stehe „nur die Eigentumsgarantie“ des Vermieters gegenüber (so aber Stornel, II Rdnr. 240). Der Mieter — und mittelbar auch sein (künftiger) Lebensgefährte — sind durch die Vorschrift des § 553 I BGB (§ 549 I 1 BGB a. F.) vor willkürlicher Versagung der Erlaubnis des Vermieters hinreichend geschützt.

Nach § 553 I 1 BGB steht dem Mieter, der ein berechtigtes Interesse an der Aufnahme des Dritten in seine Wohnung hat, ein Anspruch auf Erlaubnis gegen

den Vermieter zu. Schon bisher war in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass für die Geltendmachung eines berechtigten Interesses i. S. des gleich lautenden § 549 II 1 BGB a. F. die nachvollziehbare Darlegung vernünftiger Gründe für die Bildung einer Wohngemeinschaft oder einer ähnlichen Form des Zusammenlebens genügte (vgl. z. B. Senat, BGHZ 92, 213 [218 f.]; Blank, in: Schmidt-Futterer, 7. Aufl., § 549 Rdnr. 25; Grapentin, in: Bub/Treier, Rdnr. 218). Vor dem Hintergrund der gerade in der jüngsten Vergangenheit gewandelten sozialen Anschauungen über hetero- oder homosexuelle Lebensgemeinschaften und der darauf beruhenden Wertentscheidungen des Mietrechtsreformgesetzes ist der — nicht näher zu begründende, weil auf höchstpersönlichen Motiven beruhende — Wunsch des Mieters, eine solche Gemeinschaft zu bilden oder fortzusetzen, in aller Regel für die Darlegung eines berechtigten Interesses an der Aufnahme des Dritten in die Wohnung ausreichend.

Stützt der Mieter mithin gegenüber dem Vermieter sein Anliegen auf eine derartige Absicht, hat er einen klagbaren Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis, die der Vermieter nur dann versagen kann, wenn in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt, der Wohnraum übermäßig belegt würde oder dem Vermieter die Überlassung aus sonstigen Gründen nicht zugemutet werden kann (§ 553 I BGB). Die Vorschriften der §§ 540, 553 BGB gewährleisten einen angemessenen Ausgleich zwischen den berechtigten Belangen sowohl des Mieters als auch des Vermieters; sie greifen weder in das Persönlichkeitsrecht des Mieters noch in das Eigentumsrecht des Vermieters über Gebühr ein. Einer — vom Gesetzgeber nicht gewollten — Ausdehnung des privilegierten Personenkreises, der, obwohl nicht Partei des Mietvertrags, von vornherein nicht zu den „Dritten“ i. S. der §§ 540, 553 BGB zählt, bedarf es entgegen der Auffassung des BerGer. nicht.

### *IV. Ergebnis zur Feststellungsklage*

Benötigt die Kl. somit für die Mitnutzung der Wohnung durch S die Erlaubnis der Bekl. nach §§ 540 I, 553 I 1 BGB, so ist ihre Klage mit dem Ziel der Feststellung, dass sie ohne Erlaubnis der Bekl. berechtigt sei, den Gebrauch des gemieteten Wohnraums ihrem Lebenspartner mit zu überlassen, unbegründet. Weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf es für diese Entscheidung nicht. Die Frage, ob und in welchem Umfang die Bekl. von der Kl. vor Erteilung der Erlaubnis nähere Angaben zur Person des S verlangen kann, ist nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

**Strafrecht****Standort: § 222 StGB****Problem: Kausalität**

BGH, URTEIL VOM 13.11.2003

5 STR 327/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Problemdarstellung:**

Die Angeklagten hatten als verantwortliche Ärzte einem Sexualstraftäter, der in ihre psychiatrische Klinik eingewiesen worden war, unbeaufsichtigten Ausgang gewährt, obwohl dieser bereits zweimal einen solchen Ausgang zur Begehung weiterer Straftaten genutzt und bei einer anderen Gelegenheit aus der Klinik ausgebrochen war. Der Patient kehrte von seinem Ausgang nicht zurück, sondern nutzte die Gelegenheit, um erneut mehrere Straftaten (insb. acht Körperverletzungen und zwei Morde) zu begehen. Das Landgericht hatte eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen fahrlässiger Körperverletzung bzw. Tötung verneint, da nicht auszuschließen sei, dass selbst in dem Falle, dass die Angeklagten keinen Ausgang gewährt hätten, der Täter erneut ausgebrochen wäre und trotzdem die Taten begangen hätte. Der BGH hob dieses Urteil auf.

**Prüfungsrelevanz:**

Fahrlässigkeitsdelikte und hier insbesondere Fragen der Pflichtverletzung, Kausalität und Zurechnung, wie sie den vorliegenden Fall bestimmen, stellen in strafrechtlichen Examensaufgaben - vor allem Hausarbeiten - ein beliebtes Thema dar.

Neben der Prüfung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht eines für die Betreuung psychisch Kranker zuständigen Arztes verhält sich das vorliegende Urteil des BGH vor allem zu Fragen der Kausalität und Erfolgsszurechnung bei Fahrlässigkeitsdelikten.

Zunächst betont der BGH, dass eine Handlung im Strafrecht dann kausal für einen Erfolg ist, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfielen. Diese "conditio-sine-qua-non-Formel" entspricht der im Strafrecht ganz herrschenden Meinung zur Kausalität, der sog. Bedingungs- oder Äquivalenztheorie, wenn auch in der Literatur teilweise Einschränkungen vorgenommen werden, z.B. betont wird, dass es auf den Erfolg "in seiner konkreten Gestalt" ankomme (vgl. den Überblick bei Schönke/Schröder-Lenckner, Vor §§ 13 ff. Rn. 73 ff.). Über diese Einschränkung soll die Kausalität insbesondere in

den Fälle begründet werden, in denen ohne die Handlung des Täters der Erfolg (zumindest möglicherweise) durch die Handlung eines anderen herbeigeführt worden wäre. Der BGH kommt - wie sich vorliegend zeigt - ohne diese Einschränkung zum selben Ergebnis, indem er betont, dass die Prüfung der Kausalität in der Weise erfolgen müsse, dass lediglich die Handlung des Täters hinwegzudenken sei. Wenn dann der Erfolg entfielen, sei eine Kausalität gegeben. Handlungen Dritter dürften jedoch nicht hinzugedacht werden, so dass es unerheblich sei, ob ohne die Handlung des Täters ein anderer den Erfolg herbeigeführt hätte.

Der BGH prüft im Rahmen der Kausalität bei den Fahrlässigkeitsdelikten weiter, ob der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Verhalten des Täters eingetreten wäre und verneint in diesem Fall eine Kausalität (sog. "rechtlicher Ursachenzusammenhang", vgl. BGHSt 33, 61). Die herrschende Literatur, die sog. Lehre von der objektiven Zurechnung, sieht dies nicht mehr unmittelbar als Teil der Kausalität sondern einer im Tatbestand zusätzlich festzustellenden objektiven Zurechnung des Erfolgs (sog. "Pflichtwidrigkeitszusammenhang", vgl. Tröndle/Fischer, Vor § 13 Rn. 17 c mwN).

Im vorliegenden Urteil dehnt der BGH seine ständige Rechtsprechung, dass die Prüfung einer Kausalität mit dem Eintritt der konkreten Tatsituation einzusetzen und deshalb frühere Handlungen außer Betracht bleiben müssen (BGHSt 24, 34; 33, 61; anders noch OLG Karlsruhe, NJW 1958, 430), auch auf andere Konstellationen als Verkehrsunfälle aus. Diese Wertung des BGH ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus der Äquivalenztheorie, sondern nur unter Berücksichtigung normativer Gesichtspunkte, was zeigt, dass der BGH sich der Lehre von der objektiven Zurechnung - zumindest im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte - angenähert hat.

**Vertiefungshinweise:**

□ Zur Kausalität (insb. bei Fahrlässigkeitsdelikten): BGHSt 2, 20; 45, 270; Otto, Jura 1992, 92; Wohlers, JuS 1995, 1019;

□ Zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten: BGHSt 33, 61; Ebert, JR 1985, 356; Jordan, GA 1997, 349; Puppe, JuS 1982, 660; Roxin, ZStW 1962, 411; Schatz, NSTZ 2003, 581;

**Kursprogramm:**

- Examenskurs: "Heroin"
- Examenskurs: "Kollision am Morgen..."

**Leitsätze (der Redaktion):**

- 1. Als haftungsbegründende Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen Erfolges ist jede Bedingung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiere. Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn die Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit besteht, dass ohne die Handlung des Täters ein anderer eine - in Wirklichkeit jedoch nicht geschehene - Handlung vorgenommen hätte, die ebenfalls den Erfolg herbeigeführt haben würde.**
- 2. Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten entfällt allerdings der ursächliche Zusammenhang zwischen dem verkehrswidrigen Verhalten eines Angeklagten und dem Tötungs- und Verletzungserfolg, wenn der gleiche Erfolg auch bei verkehrsgerechtem Verhalten des Angeklagten eingetreten wäre oder wenn sich dies aufgrund erheblicher Tatsachen nach der Überzeugung des Tatrichters nicht ausschließen lässt.**
- 3. Die Prüfung der Ursächlichkeit hat mit dem Eintritt der - einer kritischen Verkehrslage vergleichbaren - konkreten Tatsituation einzusetzen, die unmittelbar zu dem schädigenden Ereignis geführt hat.**
- 4. Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat.**

**Sachverhalt:**

Der 34 Jahre alte S wurde am 18. Juli 1997 nach langjähriger Straftat aufgrund vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses in der vom Angeklagten L als Chefarzt geleiteten 1. Klinik für Psychiatrie des Landeskrankenhauses Brandenburg aufgenommen und der vom Angeklagten H als Oberarzt betreuten geschlossenen Station 6/II zugewiesen. S war zwischen September 1980 und Mai 1988 wegen schwerwiegender Sexualdelikte, Körperverletzungen und Diebstählen viermal zu insgesamt 17 Jahren Freiheitsstrafe verurteilt und 1986 nach § 16 Abs. 3 StGB-DDR in eine psychiatrische Einrichtung eingewiesen worden. Während des Vollzuges der Einweisung im Klinikum Berlin-Buch war S schon nach kurzem Aufenthalt am 19. Juli 1987 Ausgang gewährt worden, den er unter

anderem zur Vornahme mehrerer versuchter Vergewaltigungen missbrauchte. Daraufhin wurde eine erneute Einweisung angeordnet. Diese noch nach DDR-Recht getroffene Anordnung führte nach dem 3. Oktober 1990 zur Einweisung des S nach dem Brandenburgischen Gesetz über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke (BbgPsychKG) durch das Vormundschaftsgericht (vgl. zur Beurteilung der Übergangsrechtslage BVerfG NStZ 1995, 399). Das Amtsgericht hatte auf Grund einer neu eingeholten Begutachtung des S als psychische Erkrankung (§ 8 Abs. 1, § 1 Abs. 2 BbgPsychKG) eine schwere Persönlichkeitsstörung narzisstischer Prägung mit histriionisch-dissozialen Zügen angenommen; eine Fremdgefährdung (§ 8 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BbgPsychKG) sah das Gericht in der von S ausgehenden Gefahr für Leib und Leben anderer, insbesondere möglicher Partnerinnen.

Die Angeklagten teilten diese Beurteilung. Sie waren durch das ihnen vorliegende psychiatrische Sachverständigengutachten über die früheren Straftaten des S unterrichtet und veranlassten eine verhaltenstherapeutisch ausgerichtete Psychotherapie, die allerdings erfolglos blieb. Am 15. November und 20. Dezember 1997 drückte S marode Gitterstäbe vor Fenstern des unter Denkmalschutz stehenden Stationsgebäudes auseinander; mit zusammengeknoteter Bettwäsche seilte er sich ins Freie ab. Die jeweils eingeleiteten Fahndungsmaßnahmen führten zur Festnahme und Rückführung des S. Von einem ihm am 7. Februar 1998 gewährten Ausgang kehrte S nicht mehr zurück. Er beging in Berlin zwei Wohnungsdiebstähle zum Nachteil hochbetagter Frauen. Die Angeklagten teilten dem Amtsgericht in ihrer Stellungnahme vom 8. Mai 1998 mit, dass kein Zusammenhang zwischen der Persönlichkeitsstörung des S und seinen Straftaten bestehe. Sie attestierten ihrem Patienten eine hohe Bereitschaft zu kriminellen Verhalten und stuften ihn als nicht therapiefähig ein. Die Angeklagten regten an, die Unterbringung aufzuheben. Dazu kam es nicht.

S wurde nach siebenmonatiger Strafvollstreckung in Berlin am 24. September 1998 aufgrund der fortbestehenden, nicht aufgehobenen Anordnung erneut in die Obhut der Angeklagten in die psychiatrische Klinik überstellt. Obwohl die Stationsärztin Hö am 1. Oktober 1998 zu besonderer Vorsicht mahnte und bei S Fluchtgefahr erkannte, ordnete der Angeklagte H im Einvernehmen mit dem Angeklagten L Ausgänge des S an. Am 4. Oktober 1998 kehrte dieser von einem Spaziergang mit seiner Freundin nicht mehr in die Klinik zurück. Er lebte verborgen in Berlin und beging zwischen dem 28. Dezember 1998 und 7. Juni 1999 unter

anderem acht mit gefährlichen Körperverletzungen, teils auch mit sexuellen Nötigungen einhergehende Raubüberfälle und zwei Morde zum Nachteil hochbetagter Frauen. Das Landgericht Berlin verurteilte den als uneingeschränkt schuldfähig beurteilten S zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe als Gesamtstrafe, stellte die besondere Schwere der Schuld fest und ordnete die Sicherungsverwahrung an.

### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht hat die Angeklagten von dem Vorwurf freigesprochen, als verantwortliche Ärzte der psychiatrischen Klinik des Landeskrankenhauses Brandenburg durch einen am 4. Oktober 1998 dem Patienten S sorgfaltspflichtwidrig gewährten (unbeaufsichtigten) Ausgang Körperverletzungen von acht und den Tod von zwei Frauen fahrlässig verursacht zu haben. Die dagegen mit der Sachrüge geführten Revisionen der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, haben Erfolg.

#### *I. Zum Prüfungsumfang des Landgerichts*

[...] In dem angefochtenen Urteil hat es die Strafkammer in ihrer rechtlichen Würdigung letztlich dahinstehen lassen, ob die Gewährung des Ausgangs eine Pflichtwidrigkeit der Angeklagten darstellte. Sie hat deren mögliche Kausalität für den Tod und die Verletzungen der Frauen verneint, weil S nicht ausschließbar die ungenügend gesicherte Station jederzeit gewaltsam hätte verlassen und die Verbrechen auch ohne das den Angeklagten als rechtswidrig zur Last gelegte Verhalten hätte begehen können.

#### *II. Entscheidung des BGH*

Der Freispruch hält der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand. Das Landgericht hat es zu Unrecht unterlassen, die Frage der Pflichtwidrigkeit des am 4. Oktober 1998 gewährten Ausgangs abschließend zu prüfen. Dessen Ursächlichkeit für die Todesfälle und die Körperverletzungen war nicht, wie rechtsfehlerhaft angenommen, mit Rücksicht darauf entfallen, dass auch durch die ungenügend gesicherten Fenster der Klinik hätte entweichen können.

#### *I. Kausalität des Verhaltens der Angeklagten*

Der von den Angeklagten gewährte Ausgang ist nach der maßgeblichen Bedingungstheorie kausal.

##### *a. Voraussetzungen für Kausalität*

Nach ständiger Rechtsprechung ist als haftungsbegründende Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen Erfolges jede Bedingung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfie-

le (BGHSt 39, 195, 197; 45, 270, 294 f.). Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn die Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit besteht, dass ohne die Handlung des Täters ein anderer eine - in Wirklichkeit jedoch nicht geschehene - Handlung vorgenommen hätte, die ebenfalls den Erfolg herbeigeführt haben würde (BGHSt 2, 20, 24; 45, 270, 295).

Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten entfällt allerdings der ursächliche Zusammenhang zwischen dem verkehrswidrigen Verhalten eines Angeklagten und dem Tötungs- und Verletzungserfolg, wenn der gleiche Erfolg auch bei verkehrsgerechtem Verhalten des Angeklagten eingetreten wäre oder wenn sich dies aufgrund erheblicher Tatsachen nach der Überzeugung des Tatrichters nicht ausschließen lässt (BGHSt 33, 61, 63 m.w.N.).

##### *b. Umfang der Prüfung der Kausalität*

Indes hat die Prüfung der Ursächlichkeit mit dem Eintritt der - einer kritischen Verkehrslage vergleichbaren - konkreten Tatsituation einzusetzen, die unmittelbar zu dem schädigenden Ereignis geführt hat (vgl. BGHSt 33, 61, 63 f. m.w.N.; Jähnke in LK 11. Aufl. § 222 Rdn. 1). Die Frage, welches Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre, ist im Hinblick auf den Pflichtenverstoß zu beantworten, der als (unmittelbare) Schadensursache in Betracht kommt. Im Übrigen ist der Prüfung der tatsächliche Geschehensablauf zugrunde zu legen. Hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen ist daher nur der dem Täter vorwerfbare Tatumstand; darüber hinaus darf von der konkreten Tatsituation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden (vgl. BGHSt aaO; BGH VRS 74, 359 f.; BGHR StGB § 222 Kausalität 1; Jähnke aaO). Zur konkreten Tatsituation zählen demgemäß nur solche Bedingungen, deren Grund in diesem Tatgeschehen selbst unmittelbar angelegt sind (vgl. Schatz NSTZ 2003, 581, 585), wie etwa das eigene Verhalten von Verkehrsoffizieren (vgl. BGHSt 11, 1 f.; 33, 61 f.).

##### *2. Keine Berücksichtigung der Möglichkeit eines Ausbruchs*

Das Landgericht hätte deshalb das pflichtgemäße Verhalten der Angeklagten, die Untersagung des Ausgangs, nur mit solchen gedachten alternativen Geschehen in Verbindung setzen dürfen, die der konkreten Tatsituation zuzurechnen wären. Dazu zählt aber die von der Strafkammer herangezogene Möglichkeit eines gewaltsamen Ausbruchs nicht. Dieser hätte einer völlig außerhalb des Tatgeschehens liegenden autonomen Willensbildung des S bedurft (vgl. Schatz aaO), für dessen Umsetzung nach den vom Landgericht ge-

troffenen Feststellungen auch nach den zwei länger zurückliegenden Ausbrüchen keine hinreichend konkreten Anhaltspunkte bestanden.

Dass die hypothetische Möglichkeit eines gewaltsamen Entweichens des S nicht die Kausalität des von den Angeklagten zu verantwortenden Ausgangs beseitigen kann, belegt auch die Verantwortung Dritter für die Sicherheit des Klinikgebäudes (vgl. BGHSt 30, 228, 231 f.; vgl. auch BGHSt 48, 77, 94 f.). Im Fall einer Erfolgsverursachung nach einem Ausbruch hätten anstelle der Angeklagten - sofern nicht sogar diese selbst eine Verantwortlichkeit für den maroden baulichen Zustand getroffen hätte - nämlich diejenigen Personen S die Freiheit verschafft, die für die infolge pflichtwidrigen Unterlassens fehlenden Sicherungen der geschlossenen Station der psychiatrischen Klinik die Verantwortung trugen. Demnach durfte der von den Angeklagten gewährte Ausgang als Erfolgsursache nicht ausgeschlossen werden (so auch Schatz aaO 583 ff.).

Die Sache bedarf deshalb insgesamt neuer Aufklärung und Bewertung.

### *III. Zur Pflichtwidrigkeit des Handelns der Angeklagten*

Für die Beurteilung einer Pflichtwidrigkeit des Verhaltens der Angeklagten weist der Senat auf folgendes hin: Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat (vgl. dazu näher BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 5 m.w.N.).

#### *1. Zum Umfang der Pflichten der Angeklagten*

Die Pflichten der Angeklagten ergaben sich aus den Vorschriften des Brandenburgischen Gesetzes über Hilfen und Schutzmaßnahmen sowie über den Vollzug gerichtlich angeordneter Unterbringung für psychisch Kranke nach Maßgabe der konkreten Umstände der Unterbringung des S. Nach § 15 Abs. 3 BbgPsychKG ist die Unterbringung zwar nach Möglichkeit gelockert durchzuführen, sobald der Zweck der Unterbringung dies zulässt. Sollte der neue Tatrichter erneut feststellen, dass S nicht therapierbar war und wegen seiner Neigung zu Straftaten die Möglichkeit des Missbrauchs der offenen Unterbringung im Sinne von § 15 Abs. 3 BbgPsychKG bestand, hätte ein (unbeaufsichtigter) Ausgang zu therapeutischen Zwecken - aber auch sonst - ausscheiden müssen (vgl. Pollähne in Kammeier, Maßregelvollzugsrecht 2. Aufl. Rdn. F 64; Volckart, Maßregelvollzug 5. Aufl. S. 130); seine Anordnung hätte dem Gesetz widersprochen und wäre damit - naheliegend auch subjektiv - pflichtwidrig ge-

wesen. Anders wäre die Sachlage, falls der Ausgang etwa therapeutisch begründet den Regeln der psychiatrischen Kunst entsprochen hätte.

Im Blick auf den Versagungsgrund der Missbrauchsfahr wäre dann ein prognostischer Beurteilungsspielraum eröffnet gewesen, in dessen Rahmen möglicherweise mehrere gleichermaßen als rechtlich vertretbar bewertbare Entscheidungen hätten getroffen werden können (vgl. BVerfG - Kammer - NJW 1998, 2202, 2204; BGHSt 30, 320, 324 ff. zu der ähnlichen Problematik bei Vollzugslockerungen). Eine im Ergebnis falsche Prognose wäre nur dann pflichtwidrig gewesen, falls auf relevant unvollständiger Tatsachengrundlage oder unter unrichtiger Bewertung der festgestellten Tatsachen die Missbrauchsfahr verneint worden wäre (vgl. Pollähne NStZ 1999, 53, 54). Daneben ist der weitergehenden Erwägung des Landgerichts nicht zu folgen, die Angeklagten hätten möglicherweise - mangels anderweitiger Sicherungen - S den Aufenthalt in der Klinik durch großzügige Gewährung von Lockerungen so angenehm gestalten dürfen, dass er nicht den Wunsch zum Entweichen hätte verspüren können. Eine solche Wertung ließe den in § 9 Abs. 1 Satz 2 BbgPsychKG normierten Zweck der Unterbringung, auch eine Gefahr von der Öffentlichkeit abzuwenden, gänzlich unbeachtet und würde die vorrangig für gefährliche Patienten in § 16 Abs. 2 Satz 1 BbgPsychKG vorgesehene Möglichkeit einer Verlegung aus Gründen der Sicherheit übersehen.

#### *2. Zur Vorhersehbarkeit des Erfolges*

Die Zurechenbarkeit und objektive Vorhersehbarkeit des Erfolges - der Tod und die Verletzungen der Opfer von S's Straftaten - werden nach dem Maßstab des gewöhnlichen Erfahrungsbereichs (vgl. BGHSt 12, 75, 78; BGH NJW 1992, 1708, 1709; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 222 Rdn. 26) jedenfalls dann angenommen werden können, wenn zwischen der bei S festgestellten psychischen Störung und den von ihm begangenen Straftaten ein Zusammenhang besteht. Einen solchen zu begründen, erscheint die vom Amtsgericht Brandenburg festgestellte narzisstische Persönlichkeitsstörung grundsätzlich geeignet, weil sie die Hemmschwelle zur Begehung von Straftaten herabsetzen kann (vgl. Venzlaff in Venzlaff/Foerster, Psychiatrische Begutachtung 2. Aufl. S. 296 f.), auch wenn im Einzelfall eine Schuldrelevanz im Sinne einer schweren anderen seelischen Abartigkeit des § 20 StGB nicht erreicht wird (vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 34; Tröndle/Fischer aaO § 20 Rdn. 41 f.).

Aber auch jenseits eines solchen gesicherten Zusammenhangs wäre vorliegend aufgrund der besonderen

Schadensgeneigtheit des pflichtwidrig gewährten Ausgangs die Annahme der objektiven Vorhersehbarkeit des Erfolges in Betracht zu ziehen (vgl. Jähnke in LK 11. Aufl. § 222 Rdn. 6), ohne dass an dem erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gezweifelt werden müsste. Aus dem Regelungszusammenhang von § 9 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 und § 20 Abs. 1 Satz 1 BbgPsychKG folgt, dass Zweck der Unterbringung des S auch die Sicherung der Öffentlichkeit vor einer Gefährdung durch ihn war, und zwar unabhängig von bestehenden Behandlungsmöglichkeiten.

Aus der rechtlich verbindlichen Unterbringungsanordnung ergab sich für die Angeklagten die Pflicht, auch in den Zeiten einer Nichtbehandlung - etwa bis zu einer Verlegung in eine andere Einrichtung nach § 9 Abs. 3 und § 10 Abs. 1 Satz 2 BbgPsychKG, einer Überstellung in den Strafvollzug oder einer Entlassung - die Öffentlichkeit jedenfalls vor erheblichen Straftaten des S zu schützen, selbst wenn deren Gefahr nicht zweifelsfrei im Zusammenhang mit seiner psychischen Erkrankung gestanden haben sollte (vgl. Pollähne in

Kammeier, Maßregelvollzugsrecht 2. Aufl. Rdn. F 71). Dass sich die bestehende Gefahr in den konkret begangenen Taten verwirklicht hat, liegt nach den bisher getroffenen Feststellungen nahe.

### 3. Zur Strafzumessung

Sollte der neue Tatrichter nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung zu der Überzeugung gelangen, dass die Angeklagten strafrechtlich verantwortlich sind, wird er der Besonderheit Rechnung tragen müssen, dass sie fahrlässige Nebentäter neben S als vorsätzlich handelndem (Haupt-)Täter sind. Er wird für diesen Fall bei der Bestimmung und Bemessung der Rechtsfolgen maßgeblich zu Gunsten der Angeklagten zu berücksichtigen haben, dass die von ihnen geleitete geschlossene Abteilung der Akutpsychiatrie mit der Einweisung von kaum oder nicht therapierbaren Schwerstkriminellen, wie dem Patienten S, ganz erheblichen Anforderungen bis an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit ausgesetzt war.

## Standort: § 11 I Nr. 2 c StGB

## Problem: GmbH-Geschäftsführer als Amtsträger

BGH, URTEIL VOM 14.11.2003

2 STR 164/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Die Angeklagten hatten dem Geschäftsführer der G-GmbH, deren Gesellschaftszweck die Versorgung der Haushalte mit Fernwärme und deren alleinige Gesellschafterin die Stadt war, Zahlungen für die Vergabe von Aufträgen geleistet. Das Landgericht hatte eine Verurteilung der Angeklagten wegen Vorteilsgewährung bzw. Bestechung (§§ 333, 334 StGB) abgelehnt, da es sich bei dem Geschäftsführer nicht um einen Amtsträger i.S.v. § 11 I Nr. 2 StGB handele. Der BGH hob dieses Urteil auf.

### Prüfungsrelevanz:

Zwar sind die Amtsdelikte nicht in jedem Bundesland Prüfungsgegenstand, jedoch werden Grundkenntnisse zu den Begriffsbestimmungen des § 11 StGB in beiden Examen stets verlangt.

Gem. § 11 I Nr. 2 c StGB ist Amtsträger insb. auch, wer dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen. Amtsträger ist somit nicht mehr nur der klassische Beamte (§ 11 I Nr. 2 a StGB), sondern dies kann auch ein Mitarbeiter eines privatrechtlich organisierten Unternehmens sein, so-

fern dieses Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dies entspricht der verwaltungsrechtlichen Wertung, dass sich ein Hoheitsträger beim Betrieb öffentlicher Einrichtungen nicht durch die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform seiner bestehenden Grundrechtsbindung entziehen kann (keine "Flucht ins Privatrecht", vgl. Steiner, Bes. VerwR, S. 149).

Da die G-GmbH im vorliegenden Fall Fernwärme zur Verfügung stellte, was zur Daseinsvorsorge gehört, ist der BGH davon ausgegangen, dass sie Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnahm (vgl. BGHSt 38, 201; Lenckner, ZStW 106, 525). Dagegen spricht nach Auffassung des BGH auch nicht, dass die G-GmbH darüber hinaus auch erwerbswirtschaftlich (im Bereich des Heizungsbaus) tätig wurde. Weiter hat der BGH - ohne dass dies durch § 11 I Nr. 2 c StGB ausdrücklich gefordert wird - darauf abgestellt, dass die G-GmbH durch staatliche bzw. kommunale Stellen gesteuert wird. Eine solche Steuerung hat der BGH zum einen daraus abgeleitet, dass die Stadt alleinige Gesellschafterin war, zum anderen aber auch daraus, dass durch kommunale Satzungen ein Anschlusszwang und -recht begründet worden war, das die Grundstückseigentümer einerseits dazu verpflichtete, Fernwärme von der G-GmbH zu beziehen, gleichzeitig aber auch die Stadt verpflichtete, die erforderliche Fernwärme (über die G-GmbH) zur Verfügung zu stellen.

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zur

Frage der Verjährung einer Straftat bei nachträglicher Veränderung des Strafrahmens für ein Delikt, da dieser gem. § 78 III StGB grds. ausschlaggebend für die Verjährungsfrist ist (auch wenn der BGH vorliegend diese Ausführungen etwas versteckt im Rahmen der Erörterung von § 78 b IV StGB macht). Die Rechtsprechung geht - entgegen Teilen der Literatur (vgl. Tröndle/Fischer, § 2 Rn. 7 mwN) - davon aus, dass einer nachträgliche Veränderung der Verjährungsfristen des § 78 III StGB das Rückwirkungsverbot des § 2 III StGB nicht entgegen steht und deshalb über eine Verlängerung von Verjährungsfristen ein zunächst bereits verjährtes Delikt wieder verfolgt werden kann (BGHSt 26, 288; 46, 310). Bei einer nachträglichen Änderung des Strafrahmens eines Tatbestandes, die dazu führt, dass dieser nunmehr anderen Verjährungsvorschriften unterliegt, greift § 2 III StGB jedoch unstrittig, so dass das für den Angeklagten günstigere Recht anzuwenden ist. Diese Ungleichbehandlung stützt der BGH darauf, dass die Änderung eines Strafrahmens eine Änderung materiellen Rechts darstelle und deshalb § 2 StGB unterfalle, nicht jedoch die Änderung der rein prozessualen Verjährungsfristen.

#### *Vertiefungshinweise:*

□ Zur Amtsträgereigenschaft i.S.v. § 11 I Nr. 2 c StGB: *BGHSt* 43, 475; *NJW* 2001, 3062; *Haft*, *NJW* 1995, 113; *König*, *JZ* 1997, 397; *Weiser*, *NJW* 1994, 968;

□ Zur Verjährung bei nachträglicher Änderung des Strafrahmens: *BGHSt* 21, 367; 46, 310; *Dreher*, *NJW* 1962, 2210; *Schröder*, *ZStW* 2000, 44;

#### *Leitsätze:*

**1. Der Geschäftsführer einer GmbH, die sich in städtischem Alleinbesitz befindet und deren wesentliche Geschäftstätigkeit die Versorgung der Einwohner mit Fernwärme ist, ist Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB, wenn die Stadt die Geschäftstätigkeit im öffentlichen Interesse steuert.**

**2. Liegen wegen einer Veränderung der Strafdrohung die Voraussetzungen der Ruhensvorschrift des § 78 b Abs. 4 StGB vor, so ist § 2 Abs. 3 StGB zu beachten.**

#### *Sachverhalt:*

Der Angeklagte M war Alleingesellschafter und faktischer Geschäftsführer der Firma P-GmbH, einem Ingenieurbüro, das sich unter anderem mit Planung und Vertrieb von Heizungs-, Sanitär-, Lüftungs- und Elek-

troanlagen befasste; die Angeklagte G war im Handelsregister eingetragene Geschäftsführerin und erledigte Buchhaltungs- und Büroarbeiten. Die P-GmbH stand in Geschäftsbeziehung zu der G-GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Stadt G. ist. Gegenstand dieser im Jahr 1991 gegründeten GmbH ist nach dem Gesellschaftsvertrag die Erzeugung von Fernwärme und Energie und die Versorgung des Stadtgebiets G. und Umgebung. In dem von der Anklage umfassten Zeitraum (1992 bis 1995) wurde etwa die Hälfte der Bürger der Stadt G. mit Fernwärme versorgt; die Stadt G. hatte bestimmte Fernwärmepreferenzgebiete in einem Plan ausgewiesen und in der von ihr erlassenen Fernwärmesatzung für die im Versorgungsgebiet liegenden Grundstücke einen Anschluss- und Benutzungszwang festgelegt. Nach den Feststellungen des Landgerichts wurde dieser "in der Realität gegenüber den Bürgern der Stadt nicht angewandt, ... die freie Entscheidung für eine andere Energiequelle wurde stets geduldet".

Zwischen 1992 und 1995 leistete die P-GmbH an den alleinigen Geschäftsführer der G-GmbH, M, Zahlungen in einer Gesamthöhe von rund 200.000 DM für die Vergabe von Ingenieuraufträgen an die P-GmbH.

#### *Aus den Gründen:*

##### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat die Angeklagten vom Vorwurf der Bestechung in acht Fällen aus Rechtsgründen freigesprochen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird, führt mit der Sachrüge zur Aufhebung des Urteils.

Den Angeklagten war zur Last gelegt worden, aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung in acht Fällen an den Geschäftsführer der G-GmbH Zahlungen in Höhe von 3 bis 5 % der Nettohonorarsumme als Gegenleistung für die Erteilung von Planungsaufträgen an ihr Ingenieurbüro erbracht zu haben. [...] Nach Auffassung des Landgerichts schied eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Bestechung oder Vorteilsgewährung aus, da der Geschäftsführer der G-GmbH kein Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB gewesen sei. Die GmbH könne nicht als sonstige Stelle Sinne dieser Vorschrift einer Behörde gleichgestellt werden, weil sie bei einer Gesamtbetrachtung eher mit einem privaten Wirtschaftsunternehmen vergleichbar und nicht aufgrund staatlicher Steuerung behördenähnlich organisiert sei. Weder der Umstand, dass die GmbH mit der Energieversorgung eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge wahrgenommen habe, noch die 100 %ige Beteiligung der Stadt G. oder deren

Einflussmöglichkeiten über den Aufsichtsrat reichten aus, um die Gleichstellung mit einer Behörde zu rechtfertigen. Vielmehr sei die GmbH nach privatrechtlichen Geschäftsgrundsätzen geführt worden und habe nach dem Gesellschaftsvertrag ein breites, nicht auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beschränktes Betätigungsfeld gehabt, indem sie sich neben der Energieversorgung auch mit Heizungsbau beschäftigte.

## II. Entscheidung des BGH

Der Freispruch hält der sachlichrechtlichen Prüfung nicht stand.

### I. Zur Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers der G-GmbH

Auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen tragen die Erwägungen der Strafkammer die Verneinung der Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers der G-GmbH nicht.

Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB ist, wer sonst dazu bestellt ist, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Unter "sonstigen Stellen" sind - ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform - behördenähnliche Institutionen zu verstehen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne sind, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (vgl. BGHSt 43, 370, 376; Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 11 Rdn. 19; Gesetzentwurf zum EGStGB BTDrucks. 7/550, S. 209). Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als "sonstige Stellen" den Behörden gleichzustellen sind, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen - unten a) - und dabei derart staatlicher bzw. hier kommunaler Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als "verlängerter Arm" des Staates erscheinen - unten b) - (vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; BGH NJW 2001, 3062, 3063).

Das Landgericht ist zwar von dieser Begriffsbestimmung ausgegangen, hat aber bei der gebotenen Gesamtbewertung verschiedene Umstände außer Acht gelassen und teilweise falsch gewichtet.

#### a. Zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die G-GmbH

Bei der Energieversorgung, nach dem Gesellschafts-

vertrag maßgeblicher Gegenstand der G-GmbH, handelt es sich um eine Aufgabe aus dem Bereich der Daseinsvorsorge. Tätigkeiten dieser Art, die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen, wurden von der Rechtsprechung seit jeher als öffentliche Aufgaben angesehen (vgl. BGHSt 12, 89, 90; 31, 264, 268; 45, 16, 19). Entsprechend ging auch der Gesetzgeber des Korruptionsbekämpfungsgesetzes davon aus, dass die Leistungsverwaltung zur Daseinsvorsorge, welche zunehmend in privatrechtlich organisierter Form ausgeführt werde, zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu rechnen sei (vgl. Gesetzentwurf BTDrucks. 13/5584, S. 12).

Dass die Stadt G. mit der Fernwärmeversorgung hier auch tatsächlich eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen und sich nicht etwa ausschließlich gewinnbringend wirtschaftlich betätigen wollte, ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass die Stadt am 23. Oktober 1991 und am 3. Februar 1993 Fernwärmesatzungen beschlossen hatte, die nicht nur einen Anschluss- und Benutzungszwang, sondern auch ein Anschluss- und Benutzungsrecht der im Versorgungsgebiet liegenden Grundstückseigentümer vorsahen und damit deren Versorgung sicherstellten. Grundlagen dieser Satzungen waren §§ 5 und 15 des Gesetzes über die Selbstverwaltung der Gemeinden und Landkreise in der DDR (Kommunalverfassung) vom 17. Mai 1990 (GBl 1990, 255) sowie §§ 5, 15 der Vorläufigen Kommunalordnung für das Land Thüringen in der Fassung der Neubekanntmachung vom 24. Juli 1992 (GVBl 1992, 383), wonach die Gemeinden die Angelegenheiten ihres eigenen Wirkungskreises durch Satzung regeln können, soweit Gesetze nichts anderes bestimmen. Darüber hinaus lagen dem in der Satzung normierten Anschluss- und Benutzungszwang Zwecke des Umweltschutzes zugrunde, wie sich auch aus den entsprechenden Rechtsgrundlagen ergibt. Diese Gesichtspunkte - auf die im folgenden noch näher einzugehen sein wird - lässt das Landgericht unberücksichtigt, wenn es, ohne dies näher zu belegen, ausführt, bei der Entscheidung über den Anschluss neuer Wohnungen seien allein wirtschaftliche Gründe ausschlaggebend gewesen. Eine derartige, ausschließlich an wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Vorgehensweise stünde im Gegensatz zu den von der Stadt selbst aufgestellten Rechtssätzen und könnte angesichts der Satzungsregelungen nicht ohne weiteres als Indiz dafür herangezogen werden, dass es der Stadt nicht um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ging. Im Übrigen steht eine etwa zusätzlich zu Zwecken des Allgemeinwohls hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht der Einstufung als öffentliche Auf-

gabe nicht entgegen (vgl. BGH NJW 2001, 3062, 3064; Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht S. 412).

Durch die Wahl der privatrechtlichen Organisationsform "GmbH" verliert die hier wahrgenommene Tätigkeit der Energieversorgung nicht ihren Charakter als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung. Denn die Stadt G. gab die Aufgabe nicht gänzlich aus der Hand, sondern erfüllte sie durch eine von ihr beherrschte, als Alleingesellschafterin gehaltene juristische Person des Privatrechts, so dass nur die Organisation der Aufgabenwahrnehmung privatisiert wurde (vgl. BGHSt 43, 370, 374; Ossenbühl JR 1992, 473, 475; Dölling, Gutachten zum 61. Deutschen Juristentag, C 55). Die Unbeachtlichkeit der Organisationsform ist durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I 2038) ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB aufgenommen worden. Wie der Senat bereits in seiner in BGHSt 43, 370 abgedruckten Entscheidung dargelegt hat, ist es angesichts der bloßen Klarstellung durch den Gesetzgeber (vgl. auch BGHSt 46, 310, 312 und BGH NJW 2001, 3062, 3063 sowie Gesetzentwürfe BTDrucks. 13/5584, S. 12 und gleichlautend BTDrucks. 13/6424, S. 4) unerheblich, dass der hier von der Anklage umfasste Zeitraum vor der durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz erfolgten Gesetzesänderung liegt.

Dass die G-GmbH neben der Energieversorgung auch erwerbswirtschaftlich auf dem Gebiet des Heizungsbaus tätig war, ändert entgegen der Auffassung des Landgerichts nichts daran, dass der eigentliche Unternehmenszweck auf eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung gerichtet war. Die verfahrensgegenständlichen Vorgänge beziehen sich allein auf den Bereich der Energieversorgung, so dass der Senat nicht darüber zu befinden hat, ob eine rein erwerbswirtschaftliche Tätigkeit des Staates bei der Bestimmung des Amtsträgerbegriffs dem Bereich der öffentlichen Aufgaben zuzurechnen ist (vgl. BGHSt 31, 264, 269; 38, 199, 202).

#### *b. Zur staatlichen bzw. kommunalen Steuerung der G-GmbH*

Die Stadt G. ist alleinige Gesellschafterin der GmbH. Als solche und über den von ihr bestellten Aufsichtsrat bestimmt sie nach näherer Maßgabe des Gesellschaftsvertrags die Grundzüge der Unternehmensführung. Wie die bisherige Rechtsprechung angenommen hat, sind zwar weder die alleinige Inhaberschaft einer Gesellschaft noch die damit verbundenen Aufsichtsbefugnisse für sich genommen geeignet, eine ausreichende staatliche oder kommunale Steuerung zu bejahen (vgl. BGHSt 43, 370, 378; 45, 16, 20; BGH NJW

2001, 3062, 3064). Auch insofern sind aber die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, die bei einer Gesamtbewertung die Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen können.

Hier sieht der Gesellschaftsvertrag im Einzelnen nicht unbedeutende Zustimmungserfordernisse zugunsten des Aufsichtsrates vor: so beeinflusst dieser nicht nur über den Wirtschaftsplan die Finanzausstattung und Geschäftsstrategie, sondern muss insbesondere auch einer Änderung der Allgemeinen Tarifpreise und der Allgemeinen Versorgungsbedingungen zustimmen. Diese Allgemeinen Versorgungsbedingungen unterliegen der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (AVBFernwärmeV, BGBl I 742). Angesichts des auch in den Regelungen der AVBFernwärmeV zum Ausdruck kommenden öffentlichen Interesses an der Erbringung der Versorgungsleistungen zu einem vertretbaren Preis und weitgehend gleichen Bedingungen (vgl. Begründung zum Verordnungsentwurf des Bundeswirtschaftsministers, BRDrucks. 90/80 S. 32; Schmidt-Salzer in Hermann u.a., Kommentar zu den Allgemeinen Versorgungsbedingungen, Einl. Rdn. 68) wird hier die Bedeutung der Einflussnahme durch den Aufsichtsrat evident. Dass die von der Stadt G. entsandten Aufsichtsratsmitglieder die städtischen Interessen tatsächlich nicht wahrgenommen hätten, lässt sich den Urteilsfeststellungen nicht entnehmen und liegt auch nicht nahe.

Im übrigen konnte die Stadt nach § 7 Abs. 3 Buchst. e) des Gesellschaftsvertrags ohne weiteres auch andere Geschäfte für zustimmungsbedürftig erklären. Als Alleininhaberin bestand also für sie die Möglichkeit, die Geschäftstätigkeit in dem von ihr für richtig gehaltenen Umfang zu steuern (vgl. eingehend Altmeppen NJW 2003, 2561, 2565).

Hier kommt für die Beurteilung der kommunalen Steuerung zusätzlich einem anderen Gesichtspunkt maßgebliche Bedeutung zu, den das Landgericht nur unzureichend berücksichtigt hat. In den bereits genannten Satzungen war ein Anschluss- und Benutzungszwang vorgesehen, der der Stadt eine wesentliche Möglichkeit der direkten Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit der GmbH eröffnete: So war nach § 4 Abs. 1 der Satzung aus dem Jahr 1993 jeder Eigentümer eines durch eine betriebsfertige Versorgungsleitung angeschlossenen und im Geltungsbereich der Satzung liegenden Grundstücks verpflichtet, dieses an das öffentliche Fernwärmeversorgungsnetz der G-GmbH anzuschließen, soweit nicht auch ohne diesen Anschluss ein immissionsfreier Betrieb gewährleistet war. Auf Grundstücken, die an das öffentliche Fernwärmeversorgungsnetz angeschlossen waren, war der

gesamte Bedarf an Fernwärme (Heiz- und Prozesswärme, Warmwasseraufbereitung) ausschließlich aus dem Fernwärmeversorgungsnetz zu decken, auf den anschlusspflichtigen Grundstücken war die Benutzung von Feuerungsanlagen zum Betrieb mit Kohle, Koks, Öl oder anderen Stoffen, die Rauch oder Abgase entwickeln können, nicht gestattet (§ 4 Abs. 2 und 3). Nach § 5 Abs. 3 dieser Satzung musste im Einzelfall auf Antrag Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang erteilt werden, wenn dadurch der Satzungszweck nicht beeinträchtigt wurde und ein besonderes öffentliches Interesse an der Befreiung bestand bzw. unzumutbare Härten vermieden wurden. Gemäß § 5 Abs. 4 und 5 war die Befreiung bei der Stadtverwaltung G. - nicht bei der GmbH - zu beantragen und wurde von der Stadtverordnetenversammlung erteilt.

Schon die Tatsache, dass die Stadt von ihrer kommunalen Satzungsbefugnis Gebrauch gemacht und einen Anschluss- und Benutzungszwang statuiert hat, verdeutlicht ihren Willen zur Einflussnahme auf die Wahrnehmung der Energieversorgung durch die GmbH. Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich maßgeblich von derjenigen, die der Entscheidung des Senats in BGHSt 45, 16 zugrunde liegt. Der Senat hat für den dortigen Fall ausgesprochen, dass dem Bestehen eines Benutzungs- und Kontrahierungszwangs für die Bewertung als sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB keine Bedeutung zukomme. Dabei ging es um die Pflicht des Flughafenbetreibers, mit jedem Nutzungswilligen einen Flughafenbenutzungsvertrag abzuschließen. Anders als im dortigen Fall wurden hier die Nutzer der öffentlichen Einrichtung verpflichtet, der Anschluss- und Benutzungszwang betraf also die umgekehrte Richtung. Die Regelungen der Fernwärmesatzung 1993 sahen eine eigene Entscheidungszuständigkeit der Stadt vor, nämlich sowohl bei der Befreiung vom Anschlusszwang (§ 6 Abs. 5 der Satzung) als auch bei der Versagung des Anschlussrechts (§ 3 S. 1 der Satzung). Damit war die Stadt als Entscheidungsträger in das Rechtsverhältnis zwischen der GmbH und den Nutzern der Fernwärme gleichsam "zwischen geschaltet"; sie war bei Vorliegen der satzungsmäßigen Voraussetzungen verpflichtet, dem anschlusswilligen Grundstückseigentümer einen Anschluss an das Fernwärmenetz der GmbH zu verschaffen.

Demnach belegt der satzungsmäßig angeordnete Anschluss- und Benutzungszwang, dass die Stadt G. die Fernwärmeversorgung nicht, wie das Landgericht meint, ohne jede Einflussmöglichkeit ihrerseits an eine private GmbH aus der Hand gegeben hat, sondern vielmehr die öffentlichen Belange gewahrt sehen wollte. Diese sind nicht nur in der Sicherstellung der Ener-

gieversorgung in dem ausgewiesenen Gebiet zu einem sozialverträglichen Preis zu sehen, sondern auch in der Wahrung von Umweltschutzbelaugen. Letzteres ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut der Ermächtigungsgrundlage in § 15 der Vorläufigen Kommunalordnung, der ersichtlich das Ziel verfolgt, Gefahren und Belästigungen durch Luftverunreinigung zu begegnen.

Die von der Verteidigung geäußerten Zweifel an der Wirksamkeit der Satzung vom 3. Februar 1993 wegen angeblich fehlender Genehmigung durch die Kommunalaufsicht sind nicht gerechtfertigt. Nach § 5 Abs. 5 der Vorläufigen Kommunalordnung war lediglich eine Anzeige der Satzung an die Rechtsaufsichtsbehörde erforderlich, welche hier auch erfolgte. Einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde bedurfte es demgegenüber nicht. Im Übrigen hatte die Stadt G. auf der Grundlage der damals noch geltenden Kommunalverfassung der DDR bereits in der am 23. Oktober 1991 erlassenen Fernwärmesatzung einen entsprechenden Anschluss- und Benutzungszwang festgelegt.

Die Strafkammer hat - auf der Grundlage der Aussage des Geschäftsführers der G-GmbH sowie eines weiteren Mitarbeiters - zwar ausgeführt, der Anschluss- und Benutzungszwang sei faktisch nicht ausgeübt worden, die Inanspruchnahme anderer Energieträger sei stets geduldet worden. Dies steht der Bejahung einer staatlichen oder kommunalen Steuerung nicht entgegen. Denn die vom Landgericht getroffenen Feststellungen sind nicht geeignet, entgegen den in der Satzung enthaltenen Regelungen das Vorliegen und die Konsequenzen eines Anschluss- und Benutzungszwangs in Abrede zu stellen, zumal die Gemeinde nach § 15 Satz 2 der Kommunalverfassung sowie § 15 Abs. 1 Satz 2 der Vorläufigen Kommunalordnung verpflichtet war, den Anschluss- und Benutzungszwang durchzusetzen, wenn es zur Einhaltung der geltenden Umweltschutzbestimmungen erforderlich war.

Nach den Urteilsgründen bleibt schon unklar, ob die Stadtverwaltung mit entsprechenden Anträgen auf Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang überhaupt befasst wurde oder ob das in der Satzung vorgeschriebene förmliche Verfahren nicht eingehalten wurde und die GmbH selbst - außerhalb ihrer eigenen Entscheidungszuständigkeit - die Inanspruchnahme anderer Energieträger gestattete. Ein den eindeutigen Regelungen der Satzung widersprechendes und damit pflichtwidriges Verhalten der Stadt oder aber der GmbH kann jedenfalls nicht dazu führen, die grundlegende Entscheidung über die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses und die damit verbundenen Steuerungsmöglichkeiten in Frage zu stellen.

Eine kommunale Steuerung ist schließlich nicht etwa

deshalb zu verneinen, weil der Geschäftsführer der GmbH nach § 3 des Geschäftsführervertrags die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu führen hatte - diese Regelung orientiert sich offenbar an § 43 Abs. 1 GmbHG und § 347 Abs. 1 HGB - und im übrigen nach der Regelung in § 7 des Gesellschaftsvertrags bis auf die dort vorgesehenen Einschränkungen weitgehende Alleinentscheidungsbefugnisse hatte. Die Amtsträgereigenschaft steht nicht im Widerspruch zu dem mit der privatrechtlichen Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses verfolgten Zweck, unternehmerische Initiative und Führung des Unternehmens nach Rentabilitäts Gesichtspunkten zu ermöglichen (vgl. BGHSt 31, 264, 278). Es entspricht dem Wesen einer GmbH, dass eine Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers im Außenverhältnis nicht möglich ist (§ 37 Abs. 2 GmbHG), der Geschäftsführer vielmehr nur im Innenverhältnis verpflichtet ist, die ihm auferlegten Beschränkungen (vgl. hier §§ 7 und 9 des Gesellschaftsvertrags) einzuhalten (§ 37 Abs. 1 GmbHG).

*c. G-GmbH als "sonstige Stelle" i.S.v. § 11 I Nr. 2 c StGB*

Bei einer Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale ist die G-GmbH daher als "sonstige Stelle" im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB zu qualifizieren. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes. Schützen die §§ 331 ff. StGB das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen (vgl. BGHSt 15, 88, 96 f.; 43, 370, 377), so gilt gleichartiges Vertrauen auch den Funktionsträgern einer staatlich gesteuerten Privatrechtsorganisation und wird durch die Erfahrung ihrer Käuflichkeit in gleicher Weise enttäuscht wie auch bei anderen Amtsträgern (vgl. BGHSt 43, 370, 377; vgl. auch Welp, Festschrift für Lackner S. 761, 781; Lenckner ZStW 106, 502, 531; Dölling aaO C 58). Aufgrund der dargelegten besonderen Gegebenheiten trat die G-GmbH den Bürgern im Bereich der Energieversorgung nicht wie ein Anbieter unter mehreren gegenüber. Die Entscheidung für eine (nur) formelle Privatisierung unter Einrichtung von kommunalen Steuerungs- bzw. Einflussmöglichkeiten begründet ein schutzwürdiges Vertrauen des Bürgers in eine funktionierende, integre Aufgabenwahrnehmung.

*d. Zur Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers der G-GmbH*

Der Geschäftsführer der G-GmbH war zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bei der GmbH als sons-

tiger Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB bestellt und hat solche Aufgaben auch selbst wahrgenommen. Im Hinblick auf seine herausgehobene Position als Geschäftsführer der Gesellschaft reicht hier für die Bestellung bereits aus, dass ihm dauerhaft Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur eigenständigen Wahrnehmung übertragen wurden und er demnach in die Organisation der Gesellschaft fest eingegliedert war (vgl. BGHSt 43, 370, 379 f.; Eser in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 11 Rdn. 27; Rudolphi in SK-StGB § 11 Rdn. 26; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 11 Rdn. 32; für den anders gelagerten Fall eines freiberuflich für die Verwaltung tätig werdenden Bauingenieurs vgl. BGHSt 43, 96, 105 und BGH NJW 1998, 2373 f.).

*2. Zur Verjährung*

Da die Strafkammer infolge des von ihr vertretenen rechtlichen Standpunkts keinerlei nähere Feststellungen zum Inhalt der Absprachen zwischen den Angeklagten und dem Geschäftsführer M sowie zur konkreten Ausgestaltung der Zahlungsmodalitäten getroffen hat, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen, ob in den Einzelfällen 1, 5, 6 und 7 der Anklageschrift Verfolgungsverjährung eingetreten ist.

*a. Zu den Konkurrenzen bei §§ 333 f. StGB*

Mehrere Vorteilsgewährungen stehen in der Regel zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit, wovon auch die Anklageschrift hier ausgegangen war. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn die Annahme des Vorteils auf eine Unrechtsvereinbarung zurückgeht, die den zu leistenden Vorteil genau festlegt, mag er auch in bestimmten Teilleistungen zu erbringen sein. Dann liegt eine tatbestandliche Handlungseinheit vor, sofern nicht die Vorteilsgewährung "open-end"-Charakter trägt und der versprochene Vorteil von der künftigen Entwicklung abhängen soll (vgl. BGH StV 1995, 84, 85; BGHSt 47, 22, 30; Senatsurteil vom 20. August 2003 - 2 StR 160/03). Sollten hingegen Gegenleistungen, denen mehrere Unrechtsvereinbarungen zugrunde liegen, durch eine einzelne, zusammengefasste Zahlung erfolgt sein [...], käme demgegenüber Tateinheit in Betracht (vgl. BGHR StGB § 332 Abs. 1 Konkurrenzen 5; BGHSt 47, 22, 29). Angesichts der bisher unvollständigen Feststellungen kann der Senat nicht gänzlich ausschließen, dass das Verhalten der Angeklagten letztlich als eine Tat zu werten ist.

*b. Zum Ruhen der Verjährung gem. § 78 b IV StGB bei nachträglicher Änderung des Strafrahmens*

Für den Fall, dass die neu zur Entscheidung berufene Strafkammer hinsichtlich der genannten Einzelfälle zur

Annahme von Tatmehrheit gelangt, sind die Taten in den Einzelfällen 1, 5, 6 und 7 der Anklageschrift allerdings infolge der inzwischen eingetretenen absoluten Verjährung nicht mehr verfolgbar.

Nach der Anklageschrift erfolgten die Zahlungen an den Geschäftsführer der G-GmbH am 20. August 1992 (Fall 1) und am 30. Oktober 1992 (Fälle 5, 6 und 7). Die absolute Verjährungsfrist nach § 78 c Abs. 3 Satz 2 in Verbindung mit § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB war am 20. August 2002 bzw. 30. Oktober 2002 abgelaufen, das Urteil des Landgerichts datiert vom 10. Dezember 2002.

Entgegen der Annahme der Strafkammer kam ein Ruhen der Verjährung gem. § 78 b Abs. 4 StGB ab Eröffnung des Hauptverfahrens, welche hier durch das Thüringer Oberlandesgericht am 17. Juni 2002 vor dem Landgericht Erfurt erfolgte, nicht in Betracht. § 78 b Abs. 4 StGB setzt voraus, dass das Gesetz strafschärfend für besonders schwere Fälle Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren androht. Das Landgericht hat dies mit der Vorschrift des § 335 StGB, welcher durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 (BGBl I 2038) in das Gesetz aufgenommen wurde, als gegeben angesehen und es für unerheblich gehalten, dass es diese Strafschärfung zur Tatzeit der Einzelfälle 1, 5, 6 und 7 noch nicht gab. Es trifft zwar zu, dass nach ständiger Rechtsprechung das Rückwirkungsverbot der nachträglichen Verlängerung von

Verjährungsfristen, die bloße verfahrensrechtliche Regeln darstellen, nicht entgegensteht (vgl. BGHSt 2, 300, 307; 4, 379, 384; 26, 288, 289; 46, 310, 318). Resultiert jedoch, wie im vorliegenden Fall, die Verlängerung der Verjährungsfrist bzw. der Eintritt des Ruhens lediglich aus der Veränderung einer Strafdrohung und damit einer materiellrechtlichen Vorschrift, so ist § 2 Abs. 3 StGB zu beachten mit der Folge, dass sich die Verjährung nach dem für den Angeklagten günstigeren Recht der Tatzeit richtet (vgl. BGH GA 1954, 22; BGH bei Dallinger MDR 1954, 335; Dreher NJW 1962, 2209; Tröndle/Fischer aaO § 2 Rdn. 7; Gribbohm in LK aaO § 2 Rdn. 8). Ein Ruhen der Verjährung unter Rückgriff auf die erst später erfolgte materiellrechtliche Gesetzesänderung zum Nachteil der Angeklagten scheidet daher aus.

In den übrigen Fällen ist die Strafkammer dagegen zu Recht davon ausgegangen, dass kein Verfolgungshindernis besteht. Insbesondere wurde - entgegen der Ansicht der Verteidigung - durch Art. 315 a Abs. 2 EGStGB in der Fassung des 3. Verjährungsgesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl I 3223) die Verjährung auch für die nach dem 31. Dezember 1992 begangenen Taten verlängert, so dass Verjährung nicht vor Ablauf des 2. Oktober 2000 eintreten konnte (vgl. BGH NSTz 2001, 248; vgl. auch BVerfG, Beschl. vom 28. März 2002 - 2 BvL 2/01).

## Standort: § 249 StGB

## Problem: Finalzusammenhang

BGH, URTEIL VOM 15.10.2003

2 STR 283/03 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Problemdarstellung:

Der Angeklagte hatte das Opfer zunächst durch den Wurf mit einem harten Gegenstand niedergestreckt, dann gefesselt und danach u.a. dessen Pkw entwendet. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB verurteilt. Der BGH hob die Verurteilung bzgl. der Qualifikation des § 250 II Nr. 1 StGB auf, da dem Angeklagten nicht nachzuweisen sei, dass er bereits im Zeitpunkt der Verwendung des gefährlichen Wurfgeschosses einen Wegnahmevorsatz hatte. Dass dieser sich jedoch vielleicht sogar erst nach erfolgter Fesselung des Opfers zur Wegnahme entschlossen habe, stehe der Annahme eines Raubes nicht entgegen.

### Prüfungsrelevanz:

Der Tatbestand des Raubes gehört zu den beliebtesten Delikten in Examensaufgaben; die umfassende Kennt-

nis auch von Detailproblemen ist insofern unerlässlich. Da der BGH im vorliegenden Urteil zudem eine frühere Rechtsprechung aufgibt, ist diese Entscheidung von besonders hoher Examensrelevanz.

Ein klassisches Problem i.R.v. § 249 I StGB stellt die Frage dar, in welcher Beziehung die beiden Handlungen des mehraktigen Tatbestandes des § 249 I StGB, nämlich Raubmittel (Gewalt bzw. Drohung) einerseits und Wegnahme andererseits, zueinander stehen müssen. Teile der Literatur fordern insofern eine Kausalität, verlangen also, dass der Einsatz des Raubmittels die Wegnahme tatsächlich ermöglicht oder erleichtert hat (SK-Günther, § 249 Rn. 36; Schmidhäuser, BT, S. 100). Die herrschende Meinung fordert allerdings nur eine Finalität, lässt es also genügen, wenn der Täter das Raubmittel anwendet, um die Wegnahme zu ermöglichen (BGHSt 41, 123; StV 1995, 416, RA 2003, 252, Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 7 mwN).

Eine Finalität setzt grundsätzlich voraus, dass der Täter bereits im Zeitpunkt der Vornahme des Raubmittels eine spätere Wegnahme plant. Wendet der Täter das Raubmittel an und entschließt sich erst danach dazu,

etwas wegzunehmen, so ist die für § 249 I StGB erforderliche Finalität jedenfalls dann nicht gegeben, wenn die Bedrohung bzw. Gewalt im Zeitpunkt des Wegnahmeentschlusses bereits beendet ist und der Täter nur deren andauernde faktische Wirkung (z.B. die Bewusstlosigkeit des ohne Diebstahlsvorsatz niedergeschlagenen Opfers) ausnutzt (vgl. Joecks, § 249 Rn. 28 ff.). Fraglich ist, ob eine Finalität auch gegeben ist, wenn das Raubmittel im Zeitpunkt der Bildung des Wegnahmevorsatz noch fort dauert (z.B. die Drohung als konkludente Drohung weiterer Handlungen oder die Gewaltanwendung durch Fesselung wegen der fortbestehenden Zwangswirkung). In der Literatur wird in dieser Konstellation das Vorliegen eines Raubes zum Teil bejaht (vgl. Schönke/Schröder-Eser, § 249 Rn. 6; Biletzki, JA 1997, 385 mwN). Das Verhalten des Täters, der trotz der pflichtwidrigen Schaffung der Zwangslage des Opfers diese nicht beseitigt, führe zwar nicht als aktives Tun, aber als finales Unterlassen in Garantenstellung (aus Ingerenz) zur Annahme des Raubes. Von der herrschenden Literatur wird dies jedoch abgelehnt (LK-Herdegen, § 249 Rn. 16; SK-Günther, § 249 Rn. 34 mwN), da diese Lösung die Grenzen zwischen finaler Gewaltanwendung und bloßer Ausnutzung einer Zwangslage, die gerade nicht von § 249 I StGB erfasst sei, verwische bzw. die Begehung eines Raubes durch Unterlassen in dieser Weise gar nicht möglich sei. Der BGH war bislang der herrschenden Literatur gefolgt (BGHSt 32, 88) und hatte einen Raub in den genannten Fällen abgelehnt. In der vorliegenden Entscheidung ändert der BGH seine Rechtsprechung und bejaht § 249 I StGB, wobei er ausdrücklich offen lässt, ob die finale Gewaltanwendung durch den Täter in einem aktiven Tun oder einem Unterlassen besteht.

#### **Vertiefungshinweise:**

Zum Raub beim Ausnutzen einer fortbestehenden Zwangslage des Opfers: *BGHSt 32, 88; Biletzki, JA 1997, 385; Joerden, JuS 1985, 20; Küper, JZ 1981, 568; Schünemann, JA 1980, 349;*

#### **Kursprogramm:**

*Examenskurs:* "Der Besuch"

#### **Leitsatz:**

**Gewalt zur Wegnahme unter Verwendung eines Mittels im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB wendet an, wer das Tatopfer zunächst mit anderer Zielrichtung gefesselt hat und im engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der so bewirkten Wehrlosigkeit des**

#### **Opfers dessen Sachen entwendet.**

##### **Sachverhalt:**

Der obdachlose Angeklagte war in die Jagdhütte des Geschädigten eingedrungen und hatte dort übernachtet. Als der Geschädigte am nächsten Morgen die Hütte aufsuchte und die Tür öffnete, sprühte ihm der in der Hütte befindliche Angeklagte eine Flüssigkeit ins Gesicht, versetzte ihm einen Faustschlag, wodurch der Geschädigte zu Fall kam, warf sich auf ihn und zerbrach eine von dem Geschädigten mitgebrachte Sprudelflasche auf dessen Kopf, so dass sie zerbrach. Sodann warf er einen über 8 kg schweren Feldstein in Richtung des Kopfes des Geschädigten. Der Stein traf den Geschädigten, der einem frontalen Aufprall ausweichen konnte, an der rechten Kopfhälfte, so dass der Geschädigte einen Bruch des Orbitalbodens erlitt. Schließlich fesselte er die Hände des Geschädigten und schob ihn in die Hütte. Spätestens jetzt fasste der Angeklagte den Entschluss, sich den Landrover und weitere Sachen des Geschädigten anzueignen. Er ergriff die Taschen des Geschädigten, brachte sie in den Landrover, verschloss die Hütte und fuhr davon. Der Landrover wurde einige Zeit später aufgefunden, eine Pistole, ein Jagdmesser, ein Handy sowie Kleidungsstücke und diverse andere Gegenstände, u.a. auch Schlüssel und Papiere des Geschädigten, blieben jedoch verschwunden.

##### **Aus den Gründen:**

###### *I. Entscheidung des Landgerichts*

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs sowie wegen schweren Raubs in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren (Einzelstrafen: ein Jahr sechs Monate und fünf Jahre) verurteilt. Dagegen wendet sich die Revision des Angeklagten mit der Sachrüge.

Die Revision ist offensichtlich unbegründet, soweit sie die Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs (Fall II.1) betrifft. Hingegen hat sie im Fall II. 2 teilweise Erfolg. Sie führt zur Änderung des Schuldspruchs und zur Aufhebung der insoweit verhängten Einzelstrafe sowie der Gesamtstrafe.

###### *II. Entscheidung des BGH*

###### *1. Zum schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1 StGB*

Auf der Grundlage dieser Feststellungen begegnet die Verurteilung wegen schweren Raubs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durchgreifenden Bedenken.

Das Landgericht hat die für die Erfüllung des Raubtatbestands erforderliche finale Verknüpfung zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme im Rahmen seiner rechtlichen Würdigung nicht näher begründet. Die Ausführungen zur Strafzumessung, bei der das Landgericht zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt hat, dass er "innerhalb des schweren Raubs sogar (ein) gesteigertes Maß an Gewalt einsetzte und seinem Opfer gleich mehrere Schläge unter Einsatz von zwei verschiedenen gefährlichen Werkzeugen versetzte", lassen aber besorgen, dass das Landgericht der Auffassung war, auch diese Schläge hätten dazu gedient, die Wegnahme zu ermöglichen. Dies stünde jedoch im Widerspruch zu den Feststellungen, nach denen der Angeklagte den Geschädigten zunächst nur deshalb angegriffen hatte, um aus der Hütte zu entfliehen, und den Wegnahmeentschluss möglicherweise erst gefasst hat, als er den Geschädigten niedergeschlagen, an den Händen gefesselt und in die Hütte geschoben hatte. Wann der Angeklagte sich zur Wegnahme des Landrovers (und der anderen Sachen) entschlossen hat, ist jedoch für die rechtliche Einordnung von Bedeutung. Denn während der Angeklagte sich des schweren Raubs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (ggfs. auch nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a StGB) schuldig gemacht hätte, wenn er die Flasche und den Feldstein zur Ermöglichung der Wegnahme eingesetzt hätte, kommt - wie noch aufzuzeigen sein wird - lediglich die Verwirklichung des Tatbestands des schweren Raubs nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB in Betracht, wenn der Wegnahmeentschluss erst bei oder nach der Fesselung des Geschädigten gefasst worden sein sollte. Selbst wenn das Landgericht diese unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen verkannt und deshalb von einer weiteren Aufklärung des Zeitpunkts abgesehen haben sollte, zu dem der Wegnahmevorsatz gefasst wurde, nötigt dies hier nicht zu einer über die aus dem Urteilstenor ersichtlichen Änderung des Schuldspruchs hinausgehenden Aufhebung. Der Senat schließt aus, dass in einer erneuten Hauptverhandlung noch eine Vorverlagerung des Wegnahmevorsatzes auf die Zeit belegt werden könnte, als der Angeklagte den Geschädigten mit der Flasche und dem Feldstein misshandelte, zumal der Angeklagte den Landrover erst während der sich nach draußen verlagernden Auseinandersetzung wahrgenommen und erst nach der Fesselung des Geschädigten nach dem Zündschlüssel gefragt hatte. Soweit davon auszugehen ist, dass der Geschädigte durch die massiven Misshandlungen eingeschüchtert war und bei Widerstand weitere Gewaltanwendung erwartete, käme zwar auch eine konkludente Drohung des Angeklagten als Nötigungsmittel der Wegnahme in Betracht, wenn der Angeklagte diese Situation be-

wusst ausgenutzt hätte, um den Geschädigten zu veranlassen, die Wegnahme zu dulden. Die Annahme eines schweren Raubs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzte aber voraus, dass damit zugleich konkludent die Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs angedroht worden wäre. Das ist hier nicht naheliegend, nachdem der Geschädigte keinen Widerstand mehr leistete, die Situation sich beruhigt und der Angeklagte auch nicht etwa erneut den Stein oder ein anderes gefährliches Werkzeug ergriffen hatte. Auch insoweit kann der Senat ausschließen, dass in einer erneuten Hauptverhandlung noch weitergehende Feststellungen in diese Richtung getroffen werden können.

Eine Verurteilung wegen schweren Raubs nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB scheidet danach aus.

## 2. Zum schweren Raub gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1 b StGB

Der Angeklagte hat sich jedoch eines schweren Raubs nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB (in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung) durch Verwendung des am Tatort aufgefundenen Stricks zur Fesselung des Geschädigten schuldig gemacht, unabhängig davon, ob er den Wegnahmevorsatz schon bei der Fesselung oder - wie das Landgericht in seinem Feststellungsblock unterstellt hat - erst später gefasst hat.

### a. Zum Finalzusammenhang

Für die zweite Alternative (der Angeklagte hatte den Geschädigten nur deshalb gefesselt, um sich einen Fluchtvorsprung zu sichern, erst danach entschloss er sich, den Landrover und weitere Sachen des Geschädigten mitzunehmen) bedarf allerdings die Frage, ob von Gewalt als Nötigungsmittel der Wegnahme auszugehen ist, näherer Erörterung: Bei einem Motivwechsel nach einer zunächst mit anderer Zielsetzung begangenen Nötigung, kommt ein Schuldspruch wegen Raubs nicht in Betracht, wenn es nur gelegentlich der Nötigungshandlung zur Wegnahme kommt oder die Wegnahme der Nötigung nur zeitlich nachfolgt, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht (BGH NSTZ-RR 2002, 304, 305 m.w.N.). Hingegen ist auch bei einer zunächst mit anderer Zielrichtung erfolgten Nötigung, die der Täter zur Wegnahme ausnutzt, der Raubtatbestand erfüllt, wenn die Gewalt noch andauert oder als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung auf das Opfer einwirkt und dieses dazu veranlasst, die Wegnahmehandlung zu dulden (BGHR StGB § 249 Abs. 1 Drohung 3).

Ob bei einem Motivwechsel nach einer ohne Wegnahmevorsatz erfolgten Fesselung (oder anderen Freiheitsberaubung) eine fortdauernde Gewalt zum Zwecke der Wegnahme ausgeübt wird, wenn der Tä-

ter das gefesselte Tatopfer bestiehlt oder ob in einem solchen Fall lediglich die andauernden faktischen Wirkungen der zuvor ohne Wegnahmevorsatz verübten Gewalt ausgenützt werden, ist in der Literatur streitig. Dass von einer zum Zwecke der Wegnahme eingesetzten andauernden Gewalt auszugehen ist, ist von Eser (NJW 1965, 377 und in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 249 Rdn. 9) schon früh vertreten worden. Danach ist Nötigungsmittel der Wegnahme nicht die positive Herbeiführung der Gewaltsituation, sondern deren auf Ingerenz beruhende pflichtwidrige Nichtbeendigung. Dieses Unterlassen und nicht die positive Gewaltanwendung durch die Vornahme der Fesselung setze der Täter zur Verwirklichung seiner Wegnahmeabsicht ein, wobei dieses Unterlassen einem positiven Tun entspreche (so auch Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 249 Rdn. 4; Schönemann JA 1980, 349 f., 351, 352; Jacobs JR 1984, 385, 386, Anm. zu BGHSt 32, 88 f.; Seelmann JuS 1986, 203; im Ergebnis auch Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. § 249 Rdn. 3).

Dagegen wird insbesondere eingewandt, dass damit die Trennung zwischen finalem Gewalteinsetz und bloßer Ausnutzung der Zwangslage des Opfers verwischt werde (so Küper JZ 1981, 568, 571; Herdegen in LK 11. Aufl. § 249 Rdn. 16; Günther in SK-StGB § 249 Rdn. 34), dass schon der Begriff der Gewalt kein Unterlassen beschreiben könne (Joerden JuS 85, 20; Herdegen aaO), dass die Unterlassungskonstruktion nicht der finalen Struktur des Raubtatbestands entspreche (Küper aaO; Rengier, StGB BT/I 6. Aufl. § 7 Rdn. 16; Krey, StGB BT Bd. 2 13. Aufl. Rdn. 193) und dass das Unterlassen der Beseitigung der Zwangslage nicht der Gewaltanwendung durch positives Tun entspreche (Wessels/Hillenkamp, StGB BT/2 26. Aufl. § 7 Rdn. 333, 337; Otto JZ 1985, 21 f.; Münch-KommStGB/Sander § 249 Rdn. 32).

Der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 32, 88 die Verurteilung von zwei Tätern, die, um ihre Hotelrechnung nicht bezahlen zu müssen, den Hotelportier in ihrem Zimmer gefesselt und eingeschlossen und beim Verlassen des Hotels aus der Kasse der unbesetzten Rezeption Geld entnommen hatten, wegen Diebstahls gebilligt. Bei der Wegnahme sei die Nötigungshandlung gegenüber dem Portier abgeschlossen gewesen, lediglich die Nötigungswirkungen hätten fortgedauert. Demgegenüber ist im Rahmen des § 177 StGB, der im Hinblick auf das Erfordernis der Finalität zwischen Nötigungsmittel und erstrebtem Verhalten der Tatbestandsstruktur des § 249 StGB vergleichbar ist, das bewusste Ausnutzen einer aus anderen Gründen andauernden Freiheitsberaubung zur Erzwingung der Duldung oder Vornahme sexueller Handlungen ohne weiteres als Gewaltanwendung angesehen wor-

den (vgl. BGH NSTZ 1999, 83).

Die Auffassung, dass das Ausnutzen einer ohne Wegnahmevorsatz begonnenen andauernden Freiheitsberaubung zum Zwecke der Wegnahme schon sprachlich nicht als "Gewalt" angesehen werden könne oder dass jedenfalls der Raubtatbestand von seiner Struktur her ein aktives Handeln erfordere, ein Unterlassen allenfalls dann als tatbestandsmäßig erfasst werden könne, wenn jedenfalls ein Dritter aktiv Gewalt ausübe, die der Täter als Garant pflichtwidrig nicht hindere (Kindhäuser in NK-StGB § 249 Rdn. 36 bis 38), überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht. Sie ist - worauf Jacobs zu Recht hinweist (aaO 386) - naturalistischen Bildern der Gewaltausübung verhaftet. Dass Gewalt durch Unterlassen jedenfalls dann verwirklicht werden kann, wenn körperlich wirkender Zwang aufrechterhalten oder nicht gehindert wird, entspricht im übrigen der herrschenden Meinung zum Nötigungstatbestand (Tröndle/Fischer aaO § 240 Rdn. 29; Eser in Schönke/Schröder aaO Vorbem. §§ 234 ff. Rdn. 20; Lackner/Kühl aaO § 240 Rdn. 9; Träger/Altvater in LK 11. Aufl. § 240 Rdn. 52 jeweils m.w.N.; vgl. auch Timpe, Die Nötigung S. 89 f.). Das Abstellen allein auf die aktive Gewaltanwendung wird aber auch dem Charakter der Freiheitsberaubung als Dauerdelikt nicht gerecht. Wer einen anderen einschließt oder fesselt, übt gegen diesen Gewalt aus, und zwar vis absoluta. Durch das Aufrechterhalten des rechtswidrigen Zustands, den der Täter zurechenbar bewirkt hat, setzt sich - anders als etwa beim Niederschlagen des Opfers - die Gewalthandlung fort, sie ist erst beendet mit dem Aufschließen oder dem Lösen der Fesselung.

Ob dieses Verhalten, das auf eine schuldhafte Verursachung eines rechtswidrigen Zustands durch den Täter aufbaut, als Gewaltanwendung durch positives Tun oder durch Unterlassen bei aus Ingerenz folgender Garantienpflicht des Täters anzusehen ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn auch wenn der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit im Unterlassen gesehen wird, bestehen gegen die Annahme eines Raubs durch Ausnutzung einer durch Freiheitsberaubung (mit anderer Zielrichtung) geschaffenen Zwangslage keine Bedenken. Soweit in der Literatur teilweise vertreten wird, dass es jedenfalls an der Finalität des Nötigungsverhaltens fehle (Kindhäuser aaO; Graul Jura 2000, 204, 205), stellt sich dies letztlich nur als Konsequenz des verkürzten Gewaltbegriffs dar, wonach Gewalt nur als aktives Handeln begriffen wird. Tatsächlich schließen sich Unterlassen und Finalität nicht aus (vgl. auch Träger/Altvater aaO Rdn. 52; Timpe, aaO S. 93 Fn. 43). Der Unterlassungstäter kann die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustands wollen, um die Wehrlosigkeit des Opfers zur Wegnahme auszunutzen.

Aber auch der Einwand, dass der Unrechtsgehalt bei einem so begangenen Raub nicht dem der aktiven Tatbestandsverwirklichung entspreche, erscheint jedenfalls für Fallgestaltungen wie der hier vorliegenden nicht begründet.

Gerade wenn - wie hier - die aus anderen Gründen erfolgte Gewaltanwendung durch positives Tun und ihre Ausnutzung zur Wegnahme durch den Täter, der das Opfer durch die Fesselung in seine Gewalt gebracht hatte, zeitlich und räumlich dicht beieinander liegen - hier hatte der Angeklagte unmittelbar nach der (möglicherweise) aus anderen Gründen erfolgten Fesselung den Geschädigten nach dem Zündschlüssel gefragt und sich zur Wegnahme entschlossen - kann von einem unterschiedlichen Unrechtsgehalt je nachdem, wann sich der Täter zur Wegnahme entschlossen hatte, nicht ausgegangen werden. Dies unterscheidet den Sachverhalt von der in BGHSt 32, 88 wiedergegebenen Fallgestaltung.

#### *b. Zu § 250 I Nr. 1 b StGB*

Mit der Verwendung des am Tatort aufgefundenen Stricks zur Fesselung des Geschädigten hat der Angeklagte zwar - im konkreten Fall - kein gefährliches Werkzeug verwendet (BGH, Beschl. vom 4. September 1998 - 2 StR 390/98; BGH, Beschl. vom 4. März 1999 - 4 StR 2/99), wohl aber den Tatbestand des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst 1 b StGB erfüllt. Dies gilt nicht nur, wenn der Täter bereits bei der Fesselung mit Wegnahmevorsatz gehandelt hat, sondern auch dann, wenn er den Wegnahmevorsatz erst später gefasst und die durch die Fesselung bewirkte, schon bestehende Wehrlosigkeit des Opfers ausgenutzt hat, da gerade durch den Einsatz des Stricks zur Fesselung eine fortdauernde Zwangslage geschaffen wurde.

#### *3. Zur finalen Gewaltanwendung durch Einsperren des Opfers*

Ob der Angeklagte mit dem Einsperren des Geschä-

digten in der Hütte weitere der Wegnahme dienende Gewalt angewandt hat oder sich - wie der Generalbundesanwalt ausgeführt hat - Bedenken im Hinblick auf die Finalität dieser Gewaltanwendung deshalb ergeben könnten, weil der Angeklagte nach der Misshandlung und Fesselung des Geschädigten möglicherweise keinen Widerstand gegen die Wegnahme mehr erwartete, bedarf danach keiner weiteren Erörterung.

#### *4. Änderung des Schuldspruchs*

Der Senat hat den Schuldspruch, wie aus der Urteilsformel ersichtlich, geändert. § 265 StPO steht nicht entgegen, da nicht ersichtlich ist, dass der Angeklagte, der nur die Wegnahme des Landrovers eingeräumt und sich hinsichtlich der Fesselung auf Erinnerungslücken berufen hat, sich gegen den geänderten Schuldvorwurf wirksamer hätte verteidigen können.

#### *5. Aufhebung der Einzel- und Gesamtstrafe*

Der geänderte Schuldspruch führt zur Aufhebung der wegen schweren Raubs verhängten Einzelstrafe und der Gesamtstrafe. Zwar hat das Landgericht einen minder schweren Fall des schweren Raubs nach § 250 Abs. 3 StGB angenommen und ist damit von einer Strafdrohung ausgegangen, die auch dem des minder schweren Falls des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB entspricht. Jedoch hat es innerhalb dieses Strafrahmens gerade auch die massive Gewaltanwendung und die Verwendung von gleich zwei Werkzeugen im Rahmen des Raubtatbestands straferschwerend berücksichtigt. Die Strafe muss danach neu bemessen werden.

Entgegen den Bedenken des Generalbundesanwalts kann dabei der Umstand, dass der Geschädigte zahlreiche der ihm abhanden gekommenen, für den Angeklagten aber nutzlosen Gegenstände mit erheblichem Aufwand neu beschaffen musste, als verschuldete Tatfolge straferschwerend berücksichtigt werden.

*Urteile in Fallstruktur***Standort: Öffentliches Recht****Problem: Feststellungsklage gegen Kammer**

OVG NRW, URTEIL VOM 12.06.2003  
8 A 4281/02 (NWVBL 2004, 62)

**Problemdarstellung:**

Das OVG NRW hatte sich mit der Frage zu befassen, ob ein Mitglied einer Industrie- und Handelskammer (IHK) einen Anspruch darauf hat, dass diese sich im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten hält. Das Gericht bejaht dies, wobei es sich vorprozessuale Probleme insoweit gestellt sah, als die streitige Kompetenzübertretung bereits der Vergangenheit angehörte. Das Gericht macht daher auch interessante Ausführungen zur Zulässigkeit einer auf erledigte Rechtsverhältnisse bezogenen Feststellungsklage, insbesondere zu dem hierfür notwendigen "qualifizierten" Feststellungsinteresse analog § 113 I 4 VwGO.

In der Sache grenzt das OVG zwischen den Zuständigkeiten nach § 1 I IHKG (weit) und § 1 II IHKG (eng) ab, wobei es im konkreten Fall die Beteiligung an einer Museumsstiftung i.H.v. (kreditfinanzierten) 6 Mio. DM als nicht mehr zu den Aufgaben der IHK gehörig ansah.

**Prüfungsrelevanz:**

Die Feststellungsklage nach § 43 VwGO führt - wohl wegen ihrer Subsidiarität nach § 43 II VwGO - in der Prüfungsvorbereitung häufig zu Unrecht ein Schattendasein. Viele Fallgestaltungen lassen sich über § 43 VwGO abprüfen, so dass die Feststellungsklage in Zulässigkeit und Begründetheit beherrscht werden muss. Folgende Punkte sollten sich anhand der folgenden Lösungsskizze einprägen:

1. Feststellungsfähig kann auch ein bereits erledigtes Rechtsverhältnis sein.
2. In diesen Fällen ist ein besonderes Feststellungsinteresse zu fordern, das sich an den zu § 113 I 4 VwGO entwickelten Fallgruppen (insbes. Wiederholungsgefahr und Rehabilitation) orientiert.
3. Zwischen Rspr. (bejahend) und Lit. (verneinend) ist streitig, ob die Klagebefugnis analog § 42 II VwGO zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört. Dieser Streit kann regelmäßig offen gelassen werden, wenn die Klagebefugnis i.E. gegeben wäre.

In materieller Hinsicht ist die Ableitung des Anspruchs

des Kammermitglieds auf Einhaltung der Kompetenzen aus Art. 2 I GG sehr lehrreich, insbes. auch in Abgrenzung zur (negativen) Koalitionsfreiheit aus Art. 9 I GG, die bei öffentlich-rechtlichen Zwangsmitgliedschaften nach der Rspr. nicht bestehen soll. Diese Fragen haben in den Zeiten von Semesterticket und Studiengebühren ohnehin Konjunktur.

**Vertiefungshinweise:**

- Klage eines Kammermitglieds wegen Kompetenzüberschreitung der Kammer: *BVerwGE* 107, 169
- Verfassungsmäßigkeit von öffentl.-rechtl. Zwangsmitgliedschaften: *BVerwG*, RA 1999, 2 = *NJW* 1998, 3510 (IHK); RA 2000, 244 = *NVwZ* 2000, 318 (Semesterticket)
- Zur Negativen Vereinigungsfreiheit: *BVerfG*, *NJW* 1995, 514, 515

**Kursprogramm:**

- Examenskurs*: "Arbeitskämpfe"

**Leitsatz:**

**Eine Industrie- und Handelskammer überschreitet den ihr zugewiesenen Aufgabenkreis, wenn sie die Errichtung einer Museumsstiftung dadurch sicherstellt, dass sie einen Kredit i.H.v. 6 Millionen DM als Vorausleistung auf noch einzuwerbende Zustiftungen aus der Wirtschaft gewährt.**

**Sachverhalt:**

Die Beklagte, eine Industrie- und Handelskammer (IHK), beteiligte sich im Jahr 2000 an der Gründung einer Stiftung für ein städtisches Museum. Im Stiftungsvertrag ist der Kulturpflege- und Bildungsauftrag der Stiftung festgeschrieben. Die IHK sicherte an gleicher Stelle der Stiftung "als bevollmächtigte Vertreterin der wirtschaftsseitigen Stifter" insgesamt 15.000.000 DM in bar zu, und zwar im Jahre 1999 1 Million DM, im Jahre 2000 5 Millionen DM, im Jahre 2001 5 Millionen DM und im Jahre 2002 4 Millionen DM. Die zugesicherten Stiftungsmittel sollten von der Beklagten bei den Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft eingeworben werden. Da einer der Stifter

seine Stiftungsbeteiligung von einem Stiftungsbeginn im Jahre 2001 abhängig gemacht hatte und zu diesem Zeitpunkt noch keine ausreichenden Stiftungsmittel von den Unternehmen eingezahlt waren, trat die Beklagte in Vorlage und nahm einen Kredit über 6 Mio. DM auf, den sie bei der Stiftung einzahlte. Die Klägerin, ein Mitglied der Beklagten, erhob hiergegen Klage mit der Begründung, die Förderung einer Museumsstiftung gehöre nicht zu den Aufgaben einer IHK. Die Beklagte bestreitet dies und meint i.Ü., die Klage sei schon als Popularklage unzulässig. Ferner habe sich der Sachverhalt bereits erledigt, da die Leistung nun einmal unwiderruflich erbracht worden sei.

Hat die Klage Erfolg?

### **Lösung:**

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

#### *A. Zulässigkeit*

##### *I. Verwaltungsrechtsweg*

Um vor dem VG Erfolg haben zu können, müsste zunächst der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist hier über § 40 I VwGO der Fall. Es handelt sich insbesondere um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Vorschrift, da die in Rede stehenden Zuständigkeiten der Bekl. in § 1 IHKG geregelt sind, der mit der IHK nur eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 3 IHKG) und damit ausschließlich einen Hoheitsträger als Zuordnungssubjekt kennt.

##### *II. Statthaftigkeit*

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, § 88 VwGO. Selbiges ist hier auf Feststellung der Kompetenzüberschreitung der Bekl. durch Aufnahme des Kredits i.H.v. 6 Mio. DM zum Zweck der Stiftungsbeteiligung gerichtet.

##### *1. Leistungsklage*

In Betracht käme grds. eine allgemeine Leistungsklage auf Unterlassen der Kreditaufnahme und Weiterleitung des Geldes an die Stiftung. Da diese aber bereits abgeschlossen sind, könnte diesem Begehren nicht mehr abgeholfen werden. Die Kl. wendet sich demgemäß auch nicht mehr gegen die Abwicklung selbst, sondern begehrt nur noch die Feststellung, dass dieser Vorgang wegen Kompetenzüberschreitung rechtswidrig war.

##### *2. Fortsetzungsfeststellungsklage*

Für erledigte Verwaltungsakte kann eine solche Feststellung über die Fortsetzungsfeststellungsklage (ana-

log) § 113 I 4 VwGO begehrt werden. Allerdings ist diese nur bei Erledigung eines Verwaltungsakts statthaft. Weder die Kreditaufnahme noch die Weiterleitung des Geldes an die IHK sind jedoch Verwaltungsakte - die Kreditaufnahme ist schon kein Hoheitsakt, die Weiterleitung hat jedenfalls keine Regelungswirkung -, sodass schon aus diesem Grunde eine Fortsetzungsfeststellungsklage ausscheidet.

##### *3. Feststellungsklage*

Das OVG nimmt vielmehr eine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO an:

“Nach § 43 Abs. 1 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Mit dem [...] Antrag festzustellen, dass die Beklagte nicht zur Aufnahme eines Kredites in Höhe von 6 Mio. DM und Auszahlung an die Museumsstiftung berechtigt war, geht es um die Klärung des konkret zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsverhältnisses, nämlich die Frage, ob die Beklagte mit der Kreditaufnahme den ihr zugewiesenen Aufgabenkreis überschritten hat.”

##### *III. Feststellungsinteresse*

Problematisch ist das Feststellungsinteresse gem. § 43 II VwGO seitens der Klägerin, denn die Bekl. rügt die Erhebung einer Popularklage.

##### *1. Allgemeines Feststellungsinteresse*

Grundsätzlich ist § 43 I a.E. VwGO weit zu verstehen. Es genügt für das Feststellungsinteresse jedes rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse der Kl. Ein solches bejaht das OVG zunächst, wobei es mit der st.Rspr. des BVerwG einen Anspruch aus Art. 2 I GG ableitet, also ein rechtliches Interesse des einzelnen Kammermitglieds an der Einhaltung der Zuständigkeitsgrenzen der IHK bejaht:

“Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Dieses könnte nur dann fehlen, wenn der im Wege des Feststellungsbegehrens geltend gemachte Anspruch der Klägerin offensichtlich und eindeutig nicht zustehen könnte (vgl. BVerwGE 112, 69). Das ist nicht der Fall. Das einzelne Kammermitglied kann, sollten die Industrie- und Handelskammern über die ihr zugewiesenen Aufgaben hinaus tätig werden, dem mit einer Unterlassungsklage entgetreten oder die Feststellung einer Aufgabenüberschreitung im Wege der Feststellungsklage geltend machen (st. Rspr. des BVerwG, BVerwGE 107, 169). Der Anspruch gründet auf Verfassungsrecht. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Entfaltung

der Persönlichkeit schützt auch davor, durch Zwangsmitgliedschaft von "unnötigen" Körperschaften in Anspruch genommen zu werden. Es darf durch eine Pflichtmitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nur eingeschränkt werden, wenn das entsprechende Gesetz zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, d.h. in formeller und materieller Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Das setzt voraus, dass die Errichtung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und die Inanspruchnahme der Pflichtmitglieder zur Erfüllung legitimer öffentlicher Aufgaben erfolgt, dazu geeignet und erforderlich ist und die Grenze der Zumutbarkeit wahrt (vgl. BVerwG, a.a.O.). Überschreitet eine Körperschaft ihren gesetzlichen Aufgabenbereich, greift sie ohne die erforderliche Rechtsgrundlage in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ein. Jeder der Körperschaft Zugehörige kann eine derartige rechtswidrige Ausdehnung seiner Zwangsunterworfenheit mit der verwaltungsgerichtlichen Unterlassungsklage abwehren (vgl. BVerwG, a.a.O.). Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des BVerwG nicht darauf an, ob das einzelne Kammermitglied einen über die Aufgabenüberschreitung hinausgehenden rechtlichen oder spürbaren faktischen Nachteil erleidet (vgl. BVerwG, a.a.O.)."

*[Anm.: Die Rspr. rekrutiert den Anspruch nicht aus der negativen Koalitionsfreiheit nach Art. 9 I GG, weil diese nicht weiter gehen könne als ihr positives Pendant. Da aber positiv Privatpersonen keine Körperschaft des öffentlichen Rechts wie eine IHK gründen können, könne negativ aus Art. 9 I GG auch kein Abwehranspruch gegen diese folgen.]*

## 2. Qualifiziertes Interesse bei erledigtem Rechtsverhältnis

Fraglich ist jedoch, ob diese Grundsätze auch im vorliegenden Fall ausreichen. Zweifel daran bestehen, weil das streitgegenständliche Rechtsverhältnis bereits erledigt sein könnte. In diesen Fällen fordert die Rspr. ein sogen. "qualifiziertes" Feststellungsinteresse, das sich an den zu § 113 I 4 VwGO entwickelten Grundsätzen orientiert. Das OVG nimmt auch hierzu Stellung:

"Dass die Aufnahme des Kredites in Höhe von 6 Mio. DM und die Auszahlung an die Museumsstiftung vor Klageerhebung erfolgt sind, steht der begehrten Feststellung nicht entgegen. Der Senat kann offen lassen, ob Gegenstand der vorliegenden Feststellungsklage ein gegenwärtiges oder ein vergangenes, zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung bereits erledigtes Rechtsverhältnis ist. Denn die Klägerin hat jedenfalls ein qualifiziertes Interesse an der Feststellung der Berechtigung der Beklagten zur Aufnahme und Auszah-

lung des Kredites.

In Fällen, in denen mit der Feststellungsklage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines vergangenen Rechtsverhältnisses begehrt wird, orientieren sich die rechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines berechtigten Interesses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO an den Anforderungen zum berechtigten Interesse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO (vgl. BVerwG, NJW 1997, 2534; Eyermann-Happ, VwGO, § 43 Rn. 34; Sodan/Ziekow, VwGO, § 43 Rn. 90). Hiervon ausgehend ist das berechtigte Interesse der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr zu bejahen."

Eine solche kann hier darin gesehen werden, dass die Bekl. es abstreitet, ihre Kompetenzen überschritten zu haben. Es ist zu befürchten, dass Sie in vergleichbaren Fällen wieder genauso entscheiden könnte.

## IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob neben dem Feststellungsinteresse Raum für eine Klagebefugnis analog § 42 II VwGO ist. Obwohl dies in st. Rspr. praktisch der gesamten Verwaltungsgerichtsbarkeit bejaht wird (a.A. hingegen die überwiegende Literatur), ist das OVG im vorliegenden Fall hierauf nicht eingegangen. Der Streit mag aber auf sich beruhen, denn der oben hergeleitete, möglicherweise aus Art. 2 I GG bestehende Anspruch der Kl. vermittelte ihr auch die Klagebefugnis, so man eine solche für erforderlich hält.

## V. Keine Subsidiarität

Die Feststellungsklage ist nach § 43 II VwGO subsidiär zu Leistungs- und Gestaltungsklagen. Wie oben gezeigt, scheidet eine Leistungsklage schon deshalb aus, weil sie zu spät käme. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, wie die Kl. ihr Begehren besser, schneller und einfacher hätte durchsetzen können.

## VI. Klagegegner

Der Klagegegner richtet sich mangels gesetzlicher Regelung bei der Feststellungsklage nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip. Die bekl. IHK ist als Körperschaft eine juristische Person der öffentlichen Rechts (§ 3 IHKG), als solche Trägerin von Rechten und Pflichten und damit richtige Beklagte dieses Rechtsstreits.

## B. Begründetheit

Die negative Feststellungsklage ist begründet, soweit das streitige Rechtsverhältnis tatsächlich nicht besteht, d.h. die Bekl. im vorliegenden Fall nicht berechtigt war, zugunsten der Museumsstiftung einen Kredit

i.H.v. 6 Mio. DM aufzunehmen. Fraglich ist also, ob sie damit den Kreis der ihr zugewiesenen Aufgaben verlassen hat, sie mithin unzuständig für ein derartiges Tätigwerden war.

### *I. Zuständigkeitsregelung*

“Gemäß § 1 Abs. 1 IHKG haben die Industrie- und Handelskammern die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirks wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbebezüge oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen; dabei obliegt es ihnen insbesondere, durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten sowie für die Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken. Nach § 1 Abs. 2 IHKG können sie, soweit hier von Belang, Anlagen und Einrichtungen, die der Förderung der gewerblichen Wirtschaft oder einzelner Gewerbebezüge dienen, begründen, unterhalten und unterstützen.”

#### *1. § 1 I IHKG*

“Die in § 1 Abs. 1 IHKG genannte Aufgabe lässt sich als Vertretung der Interessen der gewerblichen Wirtschaft im weitesten Sinn beschreiben. Selbst dort, wo Belange der gewerblichen Wirtschaft nur am Rande berührt sind, ist es den Industrie- und Handelskammern grundsätzlich gestattet, das durch sie repräsentierte Gesamtinteresse zur Geltung zu bringen. Demgegenüber sind die Voraussetzungen enger, unter denen Industrie- und Handelskammern Anlagen oder Einrichtungen begründen, unterhalten oder unterstützen dürfen.”

#### *2. § 1 II IHKG*

“§ 1 Abs. 2 IHKG lässt dies nur zu, wenn die Anlagen oder Einrichtungen der Förderung der gewerblichen Wirtschaft oder einzelner Gewerbebezüge dienen. Hierfür muss die Anlage oder Einrichtung gerade und in erster Linie auf ein spezifisches Interesse der gewerblichen Wirtschaft ausgerichtet und von diesem gefordert sein. Mittelbar kann sie auch dem Gemeinwohl zugute kommen. Dient hingegen eine Anlage oder Einrichtung dem allgemeinen Wohl, darf sich eine Industrie- und Handelskammer nicht an ihrer Begründung, Unterhaltung oder Unterstützung beteiligen. Dies gilt auch, wenn die jeweilige Anlage oder Einrichtung zugleich der gewerblichen Wirtschaft von Nutzen ist (vgl. BVerwG, a.a.O.; wohl weiter: Frentzel/Jäkel/Junge, Kommentar zum Kammerrecht des Bundes und der Länder, 6. Aufl., § 1 Rn. 69: Es reicht, wenn die Beteiligung der Kammer dem gesetzlichen

Förderauftrag dient und dazu beiträgt).”

### *3. Abgrenzung*

Auch die Beteiligung an einem Verein oder an einer privatrechtlichen Stiftung, die dem Betrieb einer Einrichtung dient, kann die Begründung, Unterstützung oder Unterhaltung einer Anlage oder Einrichtung darstellen (vgl. Frentzel/Jäkel/Junge, a.a.O., § 1 Rn. 61). [...] Ist Gegenstand der Betätigung der Kammer eine Anlage oder Einrichtung, die in erster Linie dem Interesse der Allgemeinheit dient und nicht ein spezifisches Interesse der gewerblichen Wirtschaft verfolgt, kommt es entscheidend darauf an, ob die Betätigung der Kammer noch als Wahrnehmung der Interessen der gewerblichen Wirtschaft verstanden werden kann. Ausnahmsweise kann nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls auch die Beteiligung an einer auf den Betrieb einer allgemeinen Infrastruktureinrichtung gerichteten Gesellschaft nach § 1 Abs. 1 IHKG zulässig sein, sofern die Industrie- und Handelskammer auf diese Weise das ihr obliegende Interesse wirksam zur Geltung bringen kann und feststeht, dass ihre Beteiligung nicht über die Wahrnehmung der Interessen der gewerblichen Wirtschaft hinausgeht (vgl. BVerwG, a.a.O.). Dies kann insbesondere bei Maßnahmen zur Vorbereitung des Betriebs der Fall sein, die die Schwelle der — nicht erlaubten, nach § 1 Abs. 2 IHKG zu qualifizierenden — Beteiligung am laufenden Betrieb der Anlage oder Einrichtung noch nicht überschreiten. [...] Je stärker spezifische Interessen der gewerblichen Wirtschaft berührt sind, desto nachhaltiger kann die interessenwahrende Tätigkeit der Kammer sein. Umgekehrt begrenzt ein geringes Interesse der gewerblichen Wirtschaft an einer bestimmten Maßnahme den zulässigen Umfang und das Gewicht der Betätigung der Kammer entsprechend.”

### *II. Subsumtion*

Nach diesen Grundsätzen wäre die Beklagte zur Aufnahme und Auszahlung eines Kredites an die Museumsstiftung nicht berechtigt, wenn diese dem Allgemeinwohl zu dienen bestimmt wäre und das Engagement der Beklagten sich nicht auf die Interessenvertretung gemäß § 1 I IHKG beschränkt, sondern auf eine unzulässige Beteiligung nach § 1 II IHKG erstreckt hätte.

#### *1. Allgemeinwohlbezug des Museums*

“Die Museumsstiftung dient dem allgemeinen Wohl. Nach § 2 ihrer Satzung vom 9.6.2000 erfüllt sie als Teil der Kulturpflege einen Bildungsauftrag. Zweck der Stiftung ist es, den zu Eigentum übertragenen Kunstbesitz zu verwalten und durch Erwerbungen zu

erweitern, ihn und die Leihgaben nach museumskundlichen Grundsätzen zu pflegen und sie besonders mit dem Ziel der Volksbildung der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Damit "dient" die Stiftung dem Interesse der Allgemeinheit am Museum und nicht Interessen der gewerblichen Wirtschaft."

### 2. Keine Interessenvertretung, sondern Beteiligung

"Die Aufnahme und Auszahlung eines Kredites über 6 Mio. DM an eine solche im allgemeinen öffentlichen Interesse liegende Stiftung geht über eine zulässige Vertretung der Interessen der gewerblichen Wirtschaft nach § 1 Abs. 1 IHKG hinaus. Die Kreditaufnahme und -auszahlung war keine vorbereitende oder sonst fördernde Maßnahme mehr, mit der die Stiftung die damit verbundene Unterstützung des Museums auf den Weg gebracht wurde. Vielmehr war die Zahlung der Beklagten unmittelbar auf die Errichtung der Stiftung und Unterstützung des Museums gerichtet. Diese Betätigung ist nach § 1 Abs. 2 IHKG zu beurteilen.

Es mag sein, dass die dauerhafte Unterstützung des Museums gemäß § 1 Abs. 1 IHKG im weitesten Sinne noch im Interesse der von der Beklagten vertretenen gewerblichen Wirtschaft liegt. [...] Daneben mag auch das Kultursponsoring eine Rolle spielen, das dem Ansehen der gewerblichen Wirtschaft dienen und von der Kammer im Rahmen ihrer Öffentlichkeitsarbeit zur

Geltung gebracht werden kann (vgl. Frentzel/Jäkel/Junge, a.a.O., § 1 Rn. 13). Die Belange der gewerblichen Wirtschaft sind durch das Museum jedoch allenfalls am Rand berührt. Das setzt dem Tätigwerden der Beklagten enge Grenzen. Die Inanspruchnahme der Pflichtmitglieder ist am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG zu messen und darf deshalb nur zur Erfüllung legitimer Aufgaben erfolgen. [...]

Mit der Aufnahme des Kredites ging die Bekl. über ihre im Stiftungsvertrag enthaltene Erklärung, der Stiftung "als bevollmächtigte Vertreterin der wirtschaftsseitigen Stifter" 15 Mio. DM zuzusichern, hinaus. Ihre Tätigkeit beschränkte sich nicht mehr auf das ursprünglich geplante Einwerben der Stiftungsmittel bei der gewerblichen Wirtschaft. Die Bekl. ist vielmehr mit der Aufnahme des Kredites eine eigene Zahlungsverpflichtung eingegangen. Gegenüber der Stiftung tritt sie damit selbst wie ein Stifter auf. [...] Hinzu kommt, dass sie mit der Aufnahme eines Kredites über 6 Mio. DM ein - gemessen geringen Interesse der Wirtschaft an der Förderung eines Museums - unverhältnismäßig hohes finanzielles Risiko eingegangen ist."

Mithin hat die Bekl. ihre Kompetenzen überschritten. Die Feststellungsklage ist auch begründet und hat somit insgesamt Erfolg.

## Standort: Zivilrecht

## Problem: Aufwendungen als Schadensposition

LG BONN, URTEIL VOM 30.10.2003  
10 O 27/03 (NJW 2004, 74)

### Problemdarstellung:

Mit diesem Urteil hat sich das LG Bonn zur Frage der Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages beschäftigt. Die Kl. hatten von der Bekl. ein Hausgrundstück mit notariellem Vertrag gekauft, laut dem eine Sachmängelhaftung mit Ausnahme von Arglist ausgeschlossen war. Das fragliche Hausgrundstück wies den Verdacht schwerer Feuchtigkeitsschäden im Fundament und Untergeschoss auf, was durch ein Sachverständigengutachten belegt wurde. Nach sofortiger Rücktrittserklärungen verlangen die Kl. neben Schadensersatz auch Ersatz für frustriert erbrachte Aufwendungen.

Das LG Bonn hat zunächst - in Fortsetzung der bisherigen Rechtsprechung zum Gewährleistungsrecht - festgestellt, dass für die Mangelhaftigkeit einer Kaufsache auch schon der Verdacht eines schwerwiegenden Mangels ausreicht. Dies ist darin begründet, dass der Verkehr Sachen, bei denen der Verdacht einer

schwerwiegenden Mangelhaftigkeit besteht, einen geringeren Verkehrswert beimisst, mag dieser Verdacht auch in Wahrheit unbegründet sein. (Der Verkäufer muss daher den Verdacht aus der Welt schaffen.)

Die Gewährleistungspflicht der Bekl. war in diesem Fall auch nicht erfolgreich ausgeschlossen, weil ihr Arglist infolge vorsätzlichen Verschweigens eines Sachmangels vorzuwerfen war. Nach ständiger Rechtsprechung handelt im Sinne einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels arglistig, wer einen Mangel mindestens für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Den Kl. war die gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht aufgrund des arglistigen Verhaltens der Bekl. zuzumuten, § 440 S.1 Alt. 3 BGB.

Nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB konnten daher die Kl. Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wodurch insbesondere die Gutachterkosten abge-

deckt werden. Aber das LG Bonn erklärt unter Übernahme der früheren Rentabilitätsvermutung auch die nunmehr nutzlos gewordenen Aufwendungen als Schadenspositionen für ersetzbar; eine Exklusivität ist durch § 284 BGB nicht gegeben. Denn § 284 BGB ist keine abschließende, sondern eine die bisherigen Grundsätze ergänzende Regelung, die ihren Hauptanwendungsfall bei Aufwendungen zu ideellen Zwecken hat.

#### **Prüfungsrelevanz:**

Auch wenn es sich in diesem Fall "nur" um eine landgerichtliche Entscheidung handelt, ist sie zum Zwecke der Examensvorbereitung lesenswert, weil sie sich mit dem durch die Schuldrechtsreform vom 01.01.2002 umgestalteten Schadensersatz-, Aufwendungsersatz- und Kaufrecht beschäftigt.

Im Rahmen des Kaufrechts werden die examensrelevanten Themengebiete des Mangelbegriffs, des Gewährleistungsausschlusses bzw. seiner Grenzen sowie die Voraussetzungen zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung für den Rücktritt (§§ 437 Nr. 2, 323 I BGB) wegen Unzumutbarkeit gem. § 440 S.1 BGB wiederholt und näher erläutert.

Im Verhältnis zwischen Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 280 III, 281 ff., 311 a II BGB und dem Aufwendungsersatz gem. § 284 BGB stellt das Gericht klar, dass hierin kein strenges Exklusivitätsverhältnis herrscht. Vielmehr gibt es freiwillige Vermögensopfer, die sowohl Schadensposition als auch Aufwendung sein können (Rentabilitätsvermutung), sodass die zwingende Wahlentscheidung zwischen dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung einerseits und dem Aufwendungsersatzanspruch andererseits in solchen Fällen entfällt.

#### **Vertiefungshinweis:**

Zu dieser Thematik: *Lorenz*, NJW 2004, 26

#### **Kursprogramm:**

Examenskurs: "Das gebrauchte Cabrio"

Examenskurs: "Der nostalgische Ofen"

#### **Leitsätze:**

**1. Bereits der Verdacht der Mangelhaftigkeit kann als solcher einen Sachmangel i. S. von 434 I BGB darstellen.**

**2. Zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 440 S. 1 BGB im Falle einer arglistigen Täuschung über die Mangelfreiheit der verkauften Sache sowie zur ernsthaften Erfüllungsverweige-**

**rung i. S. von § 281 II Alt. 1 BGB durch Leugnung eines Sachmangels.**

**3. § 284 BGB schließt nicht aus, im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 280 I, III, 281 BGB auf die so genannte Rentabilitätsvermutung zurückzugreifen.**

#### **Sachverhalt:**

Die Kl. haben durch Kaufvertrag des Notars Dr. R vom 13. 11. 2002 von der Bekl. ein Einfamilienhaus zu einem Kaufpreis von 183 000 Euro erworben. In § 10 Nrn. 3 und 4 des notariellen Vertrags heißt es:

3. Sachmängel am Gebäude. ... Das Recht, wegen eines Sachmangels zurückzutreten, wird ausgeschlossen, außer bei schweren Sachmängeln, die den vertragsgemäßen Gebrauch ausschließen oder erheblich beeinträchtigen. Schadensersatzansprüche werden in den nachfolgenden Grenzen ausgeschlossen.

4. Allgemeine Regelungen. Von den vorstehenden Rechtsbeschränkungen ausgenommen ist eine Haftung bei Vorsatz oder Arglist.

In § 12 des notariellen Vertrags unterwarfen sich die Kl. wegen der übernommenen Zahlungspflichten der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Der Notar wurde ermächtigt, der Bekl. nach Eintritt der Fälligkeit eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu erteilen. Am 14. 12. 2002 wurde den Kl. das Einfamilienhaus in Erfüllung des Kaufvertrags übergeben. Nachfolgend erfuhren die Kl. von den Eigentümern der beiden Nachbarhäuser, die mit dem verkauften Haus baugleich als Dreierreihe errichtet worden sind, dass das Objekt vor seinem Verkauf an Dritte (die Zeugen W und L) vermietet gewesen sei. Diese hätten wegen massiver Feuchtigkeit im Objekt gekündigt und seien ausgezogen. Weiter erfuhren die Kl., dass sich die beiden Nachbarn in gerichtlichen Auseinandersetzungen mit der Bekl. wegen unzureichenden Feuchteschutzes am Fundament und im Untergeschossbereich befänden. Die Kl. beauftragten daraufhin den Sachverständigen Dipl.-Ing. S mit der Begutachtung der Immobilie. Dieser kam in seinem Gutachten vom 24. 12. 2002 zu dem Ergebnis, dass die Feuchtigkeitsabdichtung unzureichend sei und den anerkannten Regeln der Baukunst widerspreche. Er stellte fest, dass in der Vergangenheit — so wörtlich — „saniert/ manipuliert“ worden sei. Unter anderem sei ein Kunststoffanstrich frisch aufgebracht, der mögliche Feuchtebelastung der Wand erst verzögert sichtbar mache. Mir Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 20. 12. 2002 ließen die Kl. den Rücktritt vom Kaufvertrag und „vorsorglich“ die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung erklären. Unter Hinweis auf das Gutachten S berief man sich darauf, dass das Haus in

mehreren Punkten nicht den DIN-Normen entspreche. Insbesondere gelte dieses für den Bereich des Fundaments und der Außenwandisolierung. Als Reaktion auf dieses Schreiben ließ die Bekl. durch ihre Prozessbevollmächtigten am 9. 1. 2003 die Vorwürfe zurückweisen. Gleichzeitig ließ sie ankündigen, sich nunmehr eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde zu beschaffen und aus dieser ohne weitere Vorankündigung die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Die Kl. behaupten, dass das Einfamilienhaus bei Übergabe die im Gutachten des Sachverständigen S aufgeführten Baumängel aufgewiesen habe. Insbesondere seien Fundament und Kellergeschoss unzureichend gegen Feuchtigkeit abgedichtet gewesen. Eine Mangelbeseitigung koste 70000 bis 80000 Euro. Mit der am 14. 1. 2003 eingereichten und am 29. 1. 2003 zugestellten Klage hatten die Kl. beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der Notarurkunde des Notars Dr. R vom 13. 11. 2002 für unzulässig zu erklären. Die Parteien haben in der mündlichen Verhandlung vom 14. 3. 2003 einen Zwischenvergleich geschlossen, wonach der notarielle Kaufvertrag rückabgewickelt werde. Sie haben insoweit die Klage übereinstimmend für erledigt erklärt und stellen nunmehr wechselseitige Kostenanträge. In gleicher Sitzung erweiterten die Kl. mit Zustimmung der Bekl. die Klage um einen — zunächst unbezifferten - Schadensersatzantrag in Höhe von 4120,06 Euro. Sie machen damit ihre vergeblichen - da durch den Vertragsabschluss motivierten - Aufwendungen geltend und zudem die Kosten des Sachverständigengutachtens.

Das Gericht hat nur noch über den zuletzt noch geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz zu entscheiden. Soweit die Parteien daneben über die Rückabwicklung des Kaufvertrags gestritten haben, ist die Rechtshängigkeit durch den Zwischenvergleich entfallen. Der Rechtsstreit ist insoweit beendet, sodass diesbezüglich nur noch über die Kosten zu entscheiden ist, § 91a I ZPO.

Wie wird das LG Bonn über den Anspruch und die Kosten entscheiden?

### **Lösung:**

#### *A. Schadensersatzanspruch gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB*

Die Kl. könnten gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 4120,06 Euro aus §§ 280 I, III, 281 I, 437 Nr. 3 BGB haben.

#### *I. Kaufvertrag zwischen den Parteien*

Für diese Schadensersatznorm bedarf es zunächst ei-

nes wirksamen Kaufvertrages zwischen den Parteien über eine Sache (§ 433 BGB). Die Kl. haben durch Kaufvertrag des Notars Dr. R vom 13. 11. 2002 von der Bekl. ein Einfamilienhaus zu einem Kaufpreis von 183 000 Euro erworben. Damit liegt ein - insbesondere der notariellen Form (§ 311 b I BGB) genügender - Kaufvertrag über ein Hausgrundstück vor.

#### *II. Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB*

Die Kaufsache müsste einen Mangel aufweisen, wobei in diesem Fall an dem Hausgrundstück ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB in Betracht kommen könnten. Dazu führt das LG Bonn aus:

“Denn das den Kl. verkaufte Einfamilienhaus war mit einem Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 1 BGB behaftet. [...] Ein Sachmangel lag in Form eines Mangelverdachts vor. Es kann dahinstehen, ob — wie die Kl. behaupten — bei Übergabe des Objekts sogar ein „echter“ Baumangel in Form einer nicht den anerkannten Regeln der Baukunst entsprechenden Abdichtung des Kellergeschosses bzw. der Kellerdecke vorhanden war. Denn zumindest bestand bei Übergabe objektiv der Verdacht auf einen solchen schwerwiegenden Baumangel.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass bereits der Verdacht eines schwerwiegenden Mangels der Kaufsache selbst einen Mangel darstellen kann, über den der Verkäufer den Käufer aufklären muss, will er nicht — unter den weiteren Voraussetzungen der Normen — nach §§ 280 I, III, 281 I 1, 437 Nr. 3 BGB haften (vgl. BGHZ 52, 51 = NJW 1969, 1171 — Salmonellenverdacht; BGH, WM 1968, 1220 — Hausschwammverdacht; NJW 2001, 64 — Altlastenverdacht; NJW-RR 2003, 772 — alle Urteile zu § 463 S. 2 BGB a.F.). Dies ist darin begründet, dass der Verkehr gemeinhin Sachen, bei denen der Verdacht einer schwerwiegenden Mangelhaftigkeit besteht, einen geringeren Verkehrswert beimisst, mag dieser Verdacht auch in Wahrheit unbegründet sein (vgl. BGH, NJW 1968, 1220 [1221] — Hausschwamm). Solange dieser Verdacht nicht beseitigt ist, haftet dieser der Sache an und beeinträchtigt i. S. von § 434 I 2 Nr. 1 BGB die Eignung zu der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung.

Daraus folgt aber nicht, dass der Verkäufer über jede noch so entfernte Möglichkeit des Vorliegens eines Mangels aufklären muss. Vielmehr besteht eine Offenbarungspflicht nach allgemeinen Grundsätzen nur dann, wenn der andere Teil nach der im Verkehr herrschenden Auffassung redlicherweise Aufklärung erwarten darf (Palandt/Heinrichs, 13GB, 61. Aufl., § 242 Rdnr. 37). Bezogen auf den Verdacht eines Baumangels ist der Verkäufer damit zur Aufklärung verpflich-

tet, wenn mit der Verwirklichung des Verdachts und mithin mit Eintritt eines Schadens nach der maßgeblichen Verkehrsanschauung ernsthaft gerechnet werden muss (ähnl. BGH, NJW 1968, 1220 [1221] —Hauschwamm).

Von einem einen Sachmangel begründenden Verdacht ist vorliegend auszugehen. [...]”

### III. Bestehen eines wirksamen Schuldverhältnisses

Ausgangsnorm für den Schadensersatzanspruch ist § 280 I BGB, auf den wiederum § 437 Nr. 3 BGB verweist. Danach bedarf es grundsätzlich eines wirksamen Schuldverhältnisses zwischen den Parteien, das bereits infolge des festgestellten Kaufvertrages (s.o. I.) vorliegt.

### IV. Pflichtverletzung des Schuldners

Nach § 280 I BGB müsste die Bekl. eine Leistungspflicht verletzt haben. Die Pflichtverletzung liegt vorliegend in der Übergabe einer mangelhaften Sache. Denn das den Kl. verkaufte Einfamilienhaus war mit einem Sachmangel i. S. von § 434 I 2 Nr. 1 BGB behaftet (s.o. II.). Die Bekl. war gem. § 433 I 2 BGB als Verkäufer indes verpflichtet, den Kl. als Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen.

### V. Vertretenmüssen des Schuldners

Die Bekl. als Verkäuferin des Hausgrundstücks müsste diese Pflichtverletzung zu vertreten haben. Nach § 280 I 2 BGB wird diese Tatsache zu ihren Lasten vermutet und die Bekl. hat nichts zur Widerlegung dieser Vermutung vorgetragen.

### VI. Fällige, mögliche, leistungsbezogene Pflicht

In Abgrenzung zu den §§ 282, 283, 311 a II BGB muss es sich bei der verletzten Pflicht um eine fällige, mögliche und leistungsbezogene Pflicht handeln. Die Bekl. war gem. § 433 I 2 BGB als Verkäufer verpflichtet, den Kl. als Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Diese Pflicht war mit Abschluss den notariellen Kaufvertrages am 13.11.2002 sogleich fällig (§ 271 BGB) und gehörte zu den Hauptleistungspflichten der Bekl. als Verkäuferin. Gründe, warum die Beseitigung des Mangelverdachts der Bekl. unmöglich sein sollte (§ 275 BGB), sind nicht ersichtlich. Demzufolge ist auch diese Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch erfüllt.

### VII. Erfolgreiche, angemessene Fristsetzung zur Nacherfüllung

Gem. § 281 I BGB müssten die Kl. vor dem Schadensersatzverlangen noch eine angemessene, aber

erfolgreiche Frist setzen, in der die Bekl. ihrer Nacherfüllungspflicht (§§ 437 Nr. 1, 439 I BGB) nachkommen kann. Eine solche Frist ist von den Kl. allerdings nicht gesetzt worden.

Jedoch könnte in diesem Fall eine Fristsetzung zugunsten der Kl. gem. § 440 S. 1, 3. Alt. BGB entbehrlich sein. Das LG Bonn begründet dies wie folgt:

“Den Kl. war es nämlich auf Grund der arglistigen Täuschung der Bekl. gem. § 440 S. 1 Alt. 3 BGB unzumutbar, der Bekl. die Beseitigung der Mängel zu ermöglichen.

Diese Regelung dient der Umsetzung des in Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mehrfach erwähnten Postulats, die Nacherfüllung müsse „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Käufer erfolgen. Bei der Auslegung wird in gewissem Umfang auf die bisher zu der werkvertraglichen Vorschrift des § 634 II Alt. 3 BGB a.F. und zu § 11 Nr. 10 b AGBG (Fehlschlagen bei Unzumutbarkeit) ergangene Rechtsprechung zurückzugreifen sein. Danach ist unter anderem das Verhalten des Verkäufers bei den Vertragsverhandlungen und bei Vertragserfüllung von entscheidender Bedeutung (Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, § 440 Rdnr. 9). Ob eine die Nacherfüllung entbehrlich machende Unzumutbarkeit bei jeder arglistigen Täuschung gegeben ist (so Büdenbender, in: AnwKomm-BGB, § 440 Rdnr. 9; Lorenz, JZ 2001, 742 [743]) oder ob es auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere darauf ankommt, wie schwerwiegend die Täuschung ist, kann dahinstehen. Denn vorliegend war auf Grund der Begleitumstände der arglistigen Täuschung die Vertrauensgrundlage zerstört, so dass die Kl. auf eine ordnungsgemäße Nachbesserung durch die Bekl. nicht vertrauen konnten.

Zudem hat die Bekl. die Nacherfüllung i. S. von § 440 S. 1 i. V. mit § 281 II Alt. 1 BGB ernsthaft und endgültig verweigert. Dafür reicht aus, wenn der zur Nacherfüllung Verpflichtete das Vorhandensein von Mängeln und damit seine Gewährleistungspflicht schlechthin bestreitet (vgl. BGH, NJW 1983, 1731; NJW-RR 1995, 939). Ein solches die Fristsetzung entbehrlich machendes Verhalten kann auch in einem Prozessverhalten zu sehen sein. Denn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung muss nicht bereits vor Klageerhebung vorliegen. Vielmehr kann eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung auch in der Stellung eines Klageabweisungsantrags liegen (vgl. BGH, NJW 1984, 1460) oder aber — wie vorliegend — aus dem Prozessverhalten resultieren. Die Bekl. hat bis zuletzt bestritten, dass überhaupt jemals Feuchtigkeit im Kellergeschoss des den Kl. verkauften Einfamilienhauses vorhanden gewesen sei; die Bekl. hat damit zur Überzeugung des Gerichts nicht nur gegen

ihre prozessuale Wahrheitspflicht (§ 138 I ZPO) verstoßen, sondern damit — was im vorliegenden Zusammenhang von Relevanz ist — auch hinreichend deutlich gemacht, dass sie bewusst und endgültig ihren Gewährleistungspflichten nicht nachkommen wird. Aus Sicht der Kl. musste es auf Grund des vehementen Bestreitens der Bekl. aussichtslos erscheinen, mit einer Fristsetzung die Bekl. noch umstimmen zu können (vgl. BGH, NJW-RR 1993, 882 [883]). Denn die Bekl. hätte sich zu ihrem Bestreiten in einen offensichtlichen Widerspruch gesetzt, wenn sie auf Grund einer (im Prozess nachholbaren) Fristsetzung die Mängel beseitigt hätte. In einer solchen Situation waren die Kl. nicht verpflichtet, einen Versuch in diese Richtung zu unternehmen.“

Folglich konnten die Kl. ohne vorherige Fristsetzung sogleich Schadensersatz verlangen.

### VIII. Kein Ausschluss

Die Sachmängelhaftung der Bekl. dürfte auch nicht ausgeschlossen sein. Gesetzliche Ausschlussgründe, wie z.B. § 442 BGB, liegen nicht vor. Jedoch könnte hier nach Nr. 3 des notariellen Kaufvertrages die Schadensersatzhaftung vertraglich ausgeschlossen. Jedoch greift nach den Ausführungen des LG Bonn im konkreten Fall die Ausschlussregelung nicht ein:

“Zwar war in § 10 Nr. 3 des notariellen Kaufvertrages ein Gewährleistungsausschluss vereinbart, womit die Pflicht aus § 433 I 2 BGB abbedungen wurde. Indes gilt gem. § 10 Nr. 4 der Ausschluss nicht für die Fülle der Arglist. Arglistiges Verschweigen lag indes vor.“

#### 1. Pflicht der Bekl. zur Aufklärung über die Feuchtigkeiterscheinungen

“Auf Grund der gravierenden Feuchtigkeiterscheinungen im Kellergeschoss kann nicht angenommen werden, dass auf Seiten der Bekl. nicht daran gedacht wurde, dass die Feuchtigkeitisolation im Keller schadhaft sein könnte. Nach eigenem Sachvortrag hat man vielmehr sogar den Estrich und die Wände geöffnet. Ob dies — wie die Bekl. vorträgt — allein zu Untersuchungszwecken geschah oder — was nahe liegt — man versucht hat, die Feuchtigkeiterscheinungen notdürftig und in Täuschungsabsicht zu beseitigen, kann dahinstehen. Denn nach dem übereinstimmendem Sachvortrag beider Parteien hat man zumindest die Ursache der Feuchtigkeit nicht beseitigt, sei es — wie die Kl. vortragen — weil man dies gar nicht vorhatte oder weil man die Ursache nicht auffinden konnte. Im ersteren Fall wäre ohne weiteres von einer Kenntnis der Bekl. auszugehen, im letzteren Fall hielt man es auf Seiten der Bekl. zumindest für möglich, dass die Feuchtigkeit ihre Ursache in einem Bauman-

gel hatte. im ersteren wie im letzteren Fall hätte man die Kl. aufklären müssen, im ersteren Fall über das Vorliegen eines Baumangels, im Letzteren über den schwerwiegenden Verdacht eines solchen Baumangels und die tatsächliche Grundlage dieses Verdachts.“

#### 2. Vorwurf der Arglist

“Das Unterlassen dieser Aufklärung rechtfertigt den Vorwurf der Arglist. Nach ständiger Rechtsprechung handelt im Sinne einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels arglistig, wer einen Mangel mindestens für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte. Damit erfasst das Tatbestandsmerkmal der Arglist nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, bei denen es an einer betrügerischen Absicht fehlt, die vielmehr auf bedingten Vorsatz — im Sinne eines (bloßen) „Für Möglichhaltens“ und „Inkaufnehmens“ reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (OLG Celle, NJW-RR 1997, 848). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.“

Damit liegt kein Ausschluss der Schadensersatzhaftung vor.

#### IX. Keine Unwirksamkeit wegen Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 438 I, IV, 218 BGB

Die Schadensersatzhaftung der Bekl. ist auch nicht infolge fünfjährigen Zeitablaufs gem. §§ 438 I Nr. 2 a, IV, 218 BGB unwirksam geworden.

#### X. Schaden (statt der Leistung)

Schließlich müssten die Kl. Schadensersatz statt der Leistung geltend machen. Dazu meint das LG Bonn:

“Gemäß §§ 280 I, III, 281 I 1, 437 Nr. 3 BGB sind die Kl. somit so zu stellen, wie sie gestanden hätten, wenn die Bekl. den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte (sog. „positives Interesse“).

Bis auf die Sachverständigenkosten machen die Kl. nutzlos gewordene Aufwendungen geltend. Diese Aufwendungen haben sie im Vertrauen auf den Bestand des Kaufvertrages gemacht. Die Aufwendungen wären also auch dann angefallen, wenn das Kaufobjekt mangelfrei gewesen wäre. Solche nutzlosen Aufwendungen sind im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung aber dennoch zu ersetzen, wenn es sich um Aufwendungen zu materiellen Zwecken han-

delt. Bei diesen wird vermutet, dass sie sich letztlich für den Aufwendenden rentiert hätten. Der Schaden liegt dann in dem Verlust der (vermuteten) Kompensation. Vorliegend handelt es sich um Aufwendungen zu einem materiellen Zweck; die Vermutung der Rentabilität ist auch nicht widerlegt.

§ 284 BGB, der im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung in das BGB aufgenommen wurde und den Ersatz von Aufwendungen regelt, sperrt den Rückgriff auf § 281 I 1 BGB und die Rentabilitätsvermutung nicht (Palandt/Heinrichs, Ergänzungsbd., BGB, § 281 Rdnr. 23; Grigoleit, ZGS 2002, 122 [123]; wohl auch Canaris, JZ 2001, 499 [517]; a. A. Dauner-Lieb, in: AnwKommBGB, § 284 Rdnr. 5). Denn § 284 BGB ist keine abschließende, sondern eine die bisherigen Grundsätze ergänzende Regelung, die ihren Hauptanwendungsfall bei Aufwendungen zu ideellen Zwecken hat. Ziel der Regelung ist es insbesondere, ideelle und konsumtive Zwecksetzungen bei Störungen der vertraglichen Leistungspflicht wirksam zu schützen. Verfolgt der Gläubiger wirtschaftliche Zwecke und ist die Rentabilitätsvermutung nicht widerlegt, so kann der Ausgleich frustrierter Aufwendungen weiterhin im Wege des Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht werden. Der § 284 BGB dient nicht dazu, den schadensrechtlichen Ausgleich frustrierter Aufwendungen einzuschränken; vielmehr soll eine zusätzliche Alternative für den Ausgleich geschaffen werden (Grigoleit, ZGS 2002, 122 [123]).

Auch gegen die Berechtigung der Aufwendungen bestehen keine Bedenken. Insbesondere kann die Bekl. nicht damit durchdringen, bei den Wertschätzungskosten handele es sich um nicht ersatzfähige „Sowieso-Kosten“. Wie die Kl. nachvollziehbar dargelegt haben, sind dies die Kosten, die für die Begutachtung des konkreten Objekts angefallen sind. Bei dem nunmehr erworbenen Objekt sind diese nochmals angefallen. Auch die Erstattungsfähigkeit der Abstandsprovision unterliegt keinen Bedenken. Es handelt sich um eine Pauschale, die auf Grund der drohenden Zwangsvollstreckung seitens der Sparkasse E. erhoben wurde und ihren Grund in der zusätzlichen Bearbeitung der Angelegenheiten der Kl. hat. Auch bestehen gegen die Erstattungsfähigkeit des Gutachtens von S keine durchgreifenden Bedenken. Das Gutachten war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich und geeignet. Bei den in seiner Rechnung angesetzten „Fahrkosten“ handelt es sich nach dem unwidersprochen gebliebenen Sachvortrag der Kl. nicht allein um die Abrechnung seiner Kosten, sondern teilweise um Vergütung für die Anfahrts- und Abfahrtszeit. Auf Grund der gerichtsbekanntem Überlastung der Sachverständigen für Bausachen im Bonner Bezirk und der Eilbedürftigkeit

der Gutachtenerstellung auf Grund der drohenden Zwangsvollstreckung war es auch nicht erforderlich, einen ortsansässigen Sachverständigen zu beauftragen. Die Feststellungskosten sind für die zweistündige Begutachtung vor Ort angefallen. Die Feststellungsprotokollpauschale bezieht sich auf die Abfassung des Gutachtens. Insgesamt sind die Kosten des Gutachtens als moderat zu bewerten.“

#### *XI. Ergebnis*

Die Kl. haben gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 4120,06 Euro aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB.

#### *B. Schadensersatzanspruch gem. §§ 311 II, III, 280 I 1 BGB*

Es stellt sich die Frage, ob neben dem Schadensersatz gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB auch noch ein Schadensersatzanspruch wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gem. §§ 311 II, III, 280 I 1 BGB in Betracht kommt. Das LG lässt diese Frage offen:

“Da vorliegend der Anspruch bereits aus §§ 280 I, III, 281 I 1, 437 Nr. 3 BGB begründet ist, kommt es auf die Frage, ob sich der Anspruch auch aus § 311 II, III i. V. mit § 280 I BGB ergibt, nicht an. Bei arglistigem Handeln des Verkäufers hatte die ständige Rechtsprechung vor der Schuldrechtsmodernisierung das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo, welches nunmehr in § 311 II, III i. V. mit § 280 I BGB kodifiziert ist, neben den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften für anwendbar gehalten (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 61. Aufl., Vorb. § 459 Rdnr. 7). Ob an dieser Rechtsprechung auch nach der Schuldrechtsmodernisierung festgehalten werden kann, muss vorliegend nicht entschieden werden.“

#### *C. Zur Kostenentscheidung: Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes bezüglich der ursprünglichen Klage (§ 91 a ZPO)*

Im Rahmen der Kostenentscheidung musste das LG Bonn auch über den durch Vergleich erledigten Teil der Vertragsrückabwicklung befinden.

“Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 I 1 Halbs. 1, 91a I, 709 S. 1 und 2 ZPO. Soweit die Parteien auf Grund des Zwischenvergleichs den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war auf der Grundlage von § 91 a I ZPO über die insoweit entstandenen Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden.

Sind sich die Parteien — wie vorliegend — bei Abschluss eines gerichtlichen (Teil-) Vergleichs über die Hauptsache, auf Grund dessen sie den Rechtsstreit in

der Hauptsache für erledigt erklären, darüber einig, dass die Kosten des in der Hauptsache erledigten Rechtsstreits von dem Vergleich ausgenommen sind und zur Entscheidung des Gerichts gestellt bleiben sollen, so ist darin eine „andere Vereinbarung“ i. S. von § 98 ZPO zu erblicken und über die Kosten des in der Hauptsache erledigten Rechtsstreits auf Antrag nach § 91 a ZPO zu entscheiden (BGH, NJW 1965, 103).

Die Möglichkeit der Prozessbeendigung durch isolierten Hauptsachevergleich und Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO versteht sich allerdings nicht von selbst. Denn der Fall des (auch teilweisen) Hauptsachevergleichs ist in § 98 ZPO ausdrücklich dahin geregelt, dass die Kosten des Vergleichs und des Rechtsstreits als gegeneinander aufgehoben anzusehen sind, wenn die Parteien nicht ein anderes vereinbart haben. Hinsichtlich solch anderer Vereinbarung wird die Meinung vertreten, dass hierunter nur eine andere konkrete Kostenregelung der Parteien zu verstehen sei, also bei Fehlen einer solchen zwingend auf Kostenaufhebung zu erkennen sei (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, § 98 Rdnr. 7 m. w. Nachw.). Der weit überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung folgt dieser Meinung jedoch aus zutreffenden Erwägungen nicht: Sind die Parteien bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs über die Hauptsache, auf Grund dessen sie den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären, darüber einig, dass die Kosten des in der Hauptsache erledigten Rechtsstreits von dem Vergleich ausgenommen seien und zur Entscheidung des Gerichts gestellt bleiben sollen, so ist darin eine andere Vereinbarung i. S. von § 98 ZPO zu erblicken und über die Kosten des in der Hauptsache erledigten Rechtsstreits auf Antrag nach § 91 a ZPO zu entscheiden (Zöller/Herget, ZPO, § 98 Rdnr. 3; Thornas/Putzo, ZPO, § 98 Rdnr. 4). Das Gegenargument, den Parteien könne nicht die Befugnis zustehen, zu vereinbaren, nach welchen Grundsätzen das Gericht über die Verfahrenskosten zu entscheiden habe, ist nicht stichhaltig. Denn ebenso sicher ist den Parteien nicht verwehrt, den Rechtsstreit durch übereinstimmende Erklärung der Hauptsacheerledigung soweit zu beenden und dies auch im Wege des auf die Hauptsache beschränkten Teilvergleichs. Damit aber kommt es von Gesetzes wegen zur Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO. Es ergibt sich also als gesetzessystematisch schlüssig, die gesetzlich zugelassene Abdingbarkeit der Grundregel des § 98 ZPO auch durch „negative Kostenvereinbarung“ für wirksam zu erachten. Die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO in diesem Falle den Parteien allein deshalb zu versagen, weil sie diese sogar ausdrücklich wünschen, ist nicht Sinn und Zweck des § 98 ZPO. Gestützt wird dies durch die Erwägung, dass die

Parteien den Rechtsstreit zur übereinstimmenden Hauptsacheerledigung auch durch einen außergerichtlichen Hauptsachevergleich führen könnten, ohne gehalten zu sein, dem Gericht den Erledigungsgrund — hier den Hauptsachevergleich — überhaupt mitzuteilen. Die Gegenmeinung hätte also in der praktischen Durchführung zur Folge, dass die nur noch im Kostenpunkt uneinigten Parteien diesen Weg des Verschweigens ihres Hauptsachevergleichs gehen müssten, um die Streitentscheidung des Gerichts nach § 91 a ZPO erreichen zu können. Dies erschiene aus keinem Gesichtspunkte sinnvoll, würde vielmehr in der Praxis die Möglichkeit der erörterten besonderen, stufenweisen Streitbeendigung durch Hauptsachevergleich und Kostenentscheidung verbauen.

Die übereinstimmende Erklärung der (teilweisen) Hauptsacheerledigung im Wege gerichtlichen Zwischenvergleichs unter Verbleib des Kostenstreits führt daher wie jeder andere Fall der Hauptsacheerledigung durch übereinstimmende Prozessklärung zur Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO. Es kommt also für die Entscheidung darauf an, in welchem Umfange die jeweilige Partei obsiegt bzw. verliert und demgemäß im Falle streitiger Verfahrensdurchführung nach §§ 91ff. ZPO die Verfahrenskosten zu tragen gehabt hätte. Nach diesen Grundsätzen waren der Bekl. nach § 91 a I ZPO die insoweit entstandenen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die durch den Zwischenvergleich erledigte Vollstreckungsgegenklage gem. §§ 795, 794 Nr. 5, 767 ZPO war bei Abschluss des Zwischenvergleichs zulässig und begründet.

Da der Mangel nicht unerheblich war, hatten die Kl. gem. §§ 323 I, II Nr. 1, 437 Nr. 2, 440 S. 1 Alt. 2 BGB das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag und haben dieses auch ausgeübt. Damit ist die in dem notariellen Kaufvertrag titulierte Kaufpreisforderung untergegangen, vgl. § 346 I BGB. Die Anfechtung haben die Kl. nur „vorsorglich“ für den Fall der Unwirksamkeit der Kündigung erklärt. Die Vollstreckungsgegenklage wäre im Zeitpunkt ihrer Erledigung auch nicht als teilweise unbegründet abzuweisen gewesen. Zwar wäre die Bekl. gem. § 348 S. 1 BGB auf entsprechende Einrede nur Zug-um-Zug gegen Rückgabe des den Kl. bereits eingeräumten Besitzes an dem Einfamilienhaus zu verurteilen gewesen; indes hat die Bekl. diese Einrede nicht erhoben.“

#### *Endergebnis:*

Das LG Bonn wird der Zahlungsklage der Kl. stattgeben und der Bekl. auch die Kosten hinsichtlich des erledigten Rechtsstreits über die Vertragsrückabwicklung auferlegen.

**Standort: § 266 StGB****Problem: Vermögensbetreuungspflicht**

BGH, BESCHLUSS VOM 25.11.2003

4 STR 239/03 (NJW 2004, 454)

**Problemdarstellung:**

Der Angeklagte hatte sich von seinem Hausarzt eine Nährlösung verschreiben lassen, obwohl sowohl er als auch der Hausarzt wussten, dass die verschriebene Menge den tatsächlichen Bedarf des Angeklagten um ein Vielfaches überstieg. Dann hatte der Angeklagte sich in einer Apotheke die Nährlösung aushändigen lassen, die dann vom Apotheker mit der Krankenkasse des Angeklagten abgerechnet wurde. Das Landgericht hatte den Angeklagten wegen Betrugs verurteilt. Der BGH hob dieses Urteil auf und stellte fest, dass den Angeklagten allenfalls ein Vorwurf wegen Teilnahme an einer Untreue des Hausarztes treffen würde.

**Prüfungsrelevanz:**

Vermögensdelikte, insb. der Betrug, stellen regelmäßig den Schwerpunkt von Examensaufgaben dar. Hier werden Probleme aus dem Bereich Täuschung/Irrtum sowie die klassische Konstellation des Dreiecksbetrugs, die im vorliegenden Urteil relevant werden, immer wieder problematisiert. Da die Lösung des vorliegenden Falles allerdings Kenntnisse des kassenärztlichen Abrechnungssystems voraussetzt, eignet sie sich eher für eine Hausarbeit - es sei denn, einer Klausur wären die entsprechenden Angaben beigelegt. Die im vorliegenden Urteil enthaltenen Angaben des BGH zu den Rechtsverhältnissen im Rahmen einer gesetzlichen Krankenversicherung sind auch unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten interessant, da der BGH - mit der herrschenden Meinung - eine rechtliche Konstruktion annimmt, in der der Versicherte selbst lediglich eine Botenstellung innehat.

Im Rahmen seiner Ausführungen zum Betrug gegenüber dem Apotheker durch Vorlage des Rezeptes leitet der BGH das Fehlen eines Irrtums aus dem geringen Umfang der Prüfungspflicht des Apothekers ab. Dies erinnert an die Konstellation bei Vorlage eines Sparbuchs, in der (wegen § 808 BGB) auch allenfalls eingeschränkte Überprüfungsspflichten des Bankangestellten bestehen und deshalb das Vorliegen eines Irrtums problematisch ist (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1989, 2003; Schönke/Schröder, § 263 Rn. 48 mwN).

**Vertiefungshinweise:**

Zum Irrtum i.R.v. § 263 I StGB: *BGH*, StV 1994, 82; *Amelung*, GA 77, 1

Zu § 266 I StGB: *BGHSt* 24, 386; 35, 244; 46, 30; *wistra* 2000, 656; *Kargl*, ZStW 2001, 565; *Labsch*, Jura 1987, 343, 411; *Seier/Martin*, JuS 2001, 874

**Kursprogramm:**

*Examenskurs*: "Die erschlichene Wohnungseinrichtung"

*Examenskurs*: "Der Missbrauch des Sparbuchs"

**Leitsatz:**

**Zur Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter, aber nicht notwendiger Medikamente.**

**Sachverhalt (vereinfacht):**

N musste sich aufgrund seines Gesundheitszustandes seit 1996 vorwiegend parenteral, d. h. unter Umgehung des Magen-Darm-Kanals zentralvenös ernähren. Die Kosten der Infusionen der hochkalorischen Nahrung und der Hilfsmittel im Gesamtwert von DM 436,64 täglich trug die gesetzliche Krankenkasse (TKK), bei der der N krankenversichert war. Die mit einer Ernährungsberaterin abgestimmten Kalorienmengen verordnete ihm sein Hausarzt Dr. S. N verlangte, dass Dr. S das Dreifache der täglichen Kalorienbedarfsmenge verschrieb. Dr. S verordnete diese Übermengen an Infusionslösung, ohne dass dafür eine entsprechende ärztliche Indikation vorlag. Die gemäß der Vorlage der kassenärztlichen Rezepte durch den Apotheker A ausgelieferte Übermenge verwendete der Angeklagte N - wie von ihm von vornherein geplant - auf nicht feststellbare Art anderweitig, was Dr. S billigend in Kauf nahm.

Hat N sich nach dem StGB strafbar gemacht?

**Lösung:**

*A. Strafbarkeit des N wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber und zum Nachteil des A*

N könnte sich dadurch, dass er das Rezept des Dr. S in der Apotheke vorlegte und sich eine Menge an

Nährlösung aushändigen ließ, die seinen erforderlichen Bedarf überstieg, gem. § 263 I StGB wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des A strafbar gemacht haben.

### *I. Tatbestand*

#### *1. Täuschung des A*

Der Tatbestand des § 263 I StGB setzt zunächst voraus, dass der Täter das Opfer über Tatsachen täuscht.

Der BGH führt aus: "Täuschung ist [...] jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt (BGHSt 47, 1, 3 m.w.N.). Bei schlüssigem Verhalten ist entscheidend, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung zukommt (vgl. auch BGH NJW 1995, 539 f.)." Die Täuschung im Rahmen von § 263 I StGB muss sich stets auf Tatsachen beziehen. Tatsachen sind vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Innen- und Außenwelt, die dem Beweise zugänglich sind (Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 8).

Eine ausdrückliche Täuschung des Apothekers bei Vorlage des Rezeptes ist nicht gegeben. N könnte jedoch den A durch schlüssiges Verhalten (konkluident) getäuscht haben. Dies würde voraussetzen, dass seinem tatsächlichen Verhalten - der Vorlage des Rezeptes - ein Erklärungsinhalt beizumessen wäre. Der BGH nimmt an, N habe durch die Vorlage der Rezepte "den Eindruck erweckte, die Verordnungen seien medizinisch indiziert und die Medikamente ... würden von ihm zu seiner Gesunderhaltung alle verbraucht", was tatsächlich nicht der Wahrheit entsprach. Da die Frage, ob die Verordnung medizinisch indiziert war, auch dem Beweise zugänglich ist und somit eine Tatsache darstellt, hat N den A über Tatsachen getäuscht.

#### *2. Täuschungsbedingter Irrtum des A*

N müsste auch durch die Täuschung einen Irrtum bei A erregt oder unterhalten haben.

Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen (LK-Lackner, § 263 Rn. 73; Schönke/Schröder-Cramer, § 263 Rn. 33).

Der BGH macht zunächst Ausführungen zu den Eigenheiten des kassenärztlichen Abrechnungssystems, deren Kenntnis zur Lösung des Falles unerlässlich ist: "Nach §§ 27 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 3, 31 Abs. 1 SGB V haben die Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung einen Anspruch auf Krankenbe-

handlung. Als Bestandteil der Krankenbehandlung sind Arznei-, Verband-, Heil- und Hilfsmitteln als Sachleistung zu erbringen (§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V). Ein derartiger Sachleistungsanspruch kann grundsätzlich nur dadurch begründet werden, dass ein Vertragsarzt das Arzneimittel auf Kassenrezept verordnet und damit die Verantwortung für die Behandlung übernimmt; denn die §§ 31 ff. SGB V begründen keine unmittelbar durchsetzbaren Ansprüche auf 'Versorgung' mit von dem Versicherten gewählten Arznei- oder Hilfsmitteln, sondern ausfüllungsbedürftige Rahmenrechte. Ein bestimmtes Arzneimittel kann der Versicherte daher erst dann beanspruchen, wenn es ihm als ärztliche Behandlungsmaßnahme in Konkretisierung des gesetzlichen Rahmenrechts vom Vertragsarzt als einem mit öffentlichrechtlicher Rechtsmacht 'beliehenen' Verwaltungsträger verschrieben wird (vgl. BSGE 73, 271, 278 f., 280 f.; 77, 194, 199 f.: 'Vertragsarzt als Schlüsselfigur der Arzneimittelversorgung'; vgl. auch BSG SozR 3-2500 § 39 SGB V Nr. 3, S. 9; SozR 3-2500 § 13 SGB V Nr. 12, S. 59; krit. Neumann in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts 2002, § 12 Rdn. 17 ff.).

Bei Verordnung einer Sachleistung handelt der Vertragsarzt also kraft der ihm durch das Kassenarztrecht verliehenen Kompetenzen (vgl. etwa §§ 72 Abs. 1, 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V) als Vertreter der Krankenkasse (BSGE 73, 271, 278; 77, 194, 200). Mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse gibt er die Willenserklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages über die verordneten Medikamente ab. Der Apotheker, dem das Kaufvertragsangebot der Krankenkasse mit Vorlage der kassenärztlichen Verordnung durch den Versicherten (als Boten) angetragen wird, nimmt dieses an, indem er dem Versicherten das verordnete Arzneimittel aushändigt. Es handelt sich um einen zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker - unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse - geschlossenen Vertrag zugunsten des Versicherten (vgl. BSGE 77, 194, 200; Schmidt in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Bd. 2, Stand: 48. Lfg. November 2002, § 31 SGB V Rdn. 95). [...]

Dem Apotheker obliegt bei Vorlage des kassenärztlichen Rezeptes eine eigenständige, aber begrenzte Prüfungspflicht, deren Modalitäten in § 17 ApoBetrO und - soweit es sich um spezielle Pflichten bei der Arzneimittelabgabe an Versicherte handelt - in § 129 SGB V und in den das Nähere bestimmenden Rahmenverträgen über die Arzneimittelversorgung auf Bundesebene (§ 129 Abs. 2 bis 4 SGB V) bzw. ergänzenden Arzneilieferungsverträgen auf Landesebene (§ 129

Abs. 5 SGB V) festgelegt sind. Er hat insoweit zunächst zu prüfen, ob die vorgelegte ärztliche Verordnung (§§ 73 Abs. 2 Nr. 7, 129 Abs. 1 SGB V) den formalen Anforderungen entspricht, sie beispielsweise den Namen, die Berufsbezeichnung und die Anschrift des verschreibenden Arztes, den Namen der Person, für die das Arzneimittel bestimmt ist und die abzugebende Menge der verschriebenen Arzneimittel enthält (vgl. etwa § 4 Abs. 2

Arzneilieferungsvertrag vom 4. Mai 1995 - ALV -, abgedruckt bei Gerdemann/Rostalski, Arzneimittel - Rezeptprüfung, Beratung und Regress, Stand: September 2003, Bd. 1, Nr. 270; s. auch § 2 Abs. 1 der Verordnung über verschreibungspflichtige Arzneimittel vom 30. August 1990, BGBl. I 1866). Daneben hat er zu prüfen, ob das Arzneimittel von der Versorgung nach § 31 SGB V ausgeschlossen ist (§§ 34, 93 SGB V). Schließlich muss er gemäß § 17 Abs. 8 ApoBetrO einem erkennbaren Arzneimittelmissbrauch in geeigneter Weise entgegenzutreten, insbesondere den Empfänger der Medikamente informieren und beraten, um dazu beizutragen, Gefahren im Umgang mit Arzneimitteln zu verhüten oder zu mindern, wobei die ärztliche Therapie nicht beeinträchtigt werden darf (vgl. auch § 20 ApoBetrO).

Über diese pharmazeutische und pharmakologische Prüfungspflicht hinaus ist der Apotheker grundsätzlich nicht verpflichtet, die Angaben des Arztes zu überprüfen, insbesondere ob die Verschreibung sachlich begründet ist (§ 4 Abs. 4 Satz 3 ALV; vgl. auch BSGE 77, 194, 207 f., 209; Cyran/Rotta, Apothekenbetriebsordnung, 4. Aufl. [Stand: 1. Juli 2000] § 17 Rdn. 22; Pfeil/Pieck/Blume, Apothekenbetriebsordnung 5. Aufl. Stand: 1999, § 17 Rdn. 125; Obermayer, aaO, S. 163 ff.); denn es wäre eine zeitlich-fachliche Überforderung des Apothekers und würde seiner Stellung im System der Kassenversorgung nicht entsprechen, wenn er jedes ihm vorgelegte Rezept auf dessen medizinische Richtigkeit überprüfen sollte (BSGE aaO). Nach der sozialrechtlichen Kompetenzverteilung ist der Apotheker 'weder ein medizinischer Obergutachter noch eine Aufsichtsbehörde des Arztes' (BSGE aaO); allein die Krankenkasse kann die Nichterforderlichkeit einer Leistung im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V überprüfen lassen und bei den entsprechenden Prüfungsgremien eine Wirtschaftlichkeitsprüfung (auch mit dem Ziel eines Arzneimittelregresses beantragen (§ 106 Abs. 2, 2a Nr. 1, 5 SGB V; vgl. im einzelnen dazu auch Schwerdtfeger NZS 1998, 97, 101 f.). Weiterhin kann die Krankenkasse gegen Vertragsärzte, die ihre vertragsärztlichen Pflichten nicht ordnungsgemäß

erfüllen, bei der Kassenärztlichen Vereinigung Maßnahmen nach § 81 Abs. 5 SGB V anregen bzw. die Entziehung der Zulassung (§ 95 Abs. 6 SGB V) beantragen (vgl. im einzelnen BSGE 77, 194, 203)."

Aufgrund der eingeschränkten Prüfungskompetenz des Apotheker lehnt der BGH im vorliegenden Fall einen Irrtum des A ab: "Das Landgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Angeklagte N bei den Apothekern keinen tatbestandsmäßigen Irrtum erregt hat. Soweit mit der Vorlage der Rezepte konkludent behauptet worden ist, dass es sich bei den vom Vertragsarzt verschriebenen Medikamenten und Hilfsmitteln um notwendige Leistungen handele, fehlt es an einem Irrtum der Apotheker, der für die von ihnen jeweils getroffene Verfügung, die Aushändigung der parenteralen Nahrung an den Angeklagten N, kausal geworden ist. Ob die Leistungen notwendig im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V sind, haben die Apotheker grundsätzlich nicht zu prüfen. Da es sich bei den eingereichten Rezepten um ordnungsgemäß ausgestellte kassenärztliche Verordnungen handelte, waren die Apotheker - aufgrund des Rechtsanspruchs der Versicherten auf Versorgung im Sinne des § 31 SGB V - verpflichtet (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ALV), die kassenärztlichen Verschreibungen gemäß § 17 Abs. 4 ApoBetrO unverzüglich einzulösen ('zivilrechtlicher Kontrahierungszwang', vgl. auch Cyran/Rotta aaO Rdn. 158; Pfeil/Pieck/Blume aaO Rdn. 125; Obermayer, aaO, S. 164, 166); hierbei war es für sie ohne Bedeutung, ob die verschriebenen Medikamentenmengen das Maß des Notwendigen (§ 12 Abs. 1 SGB V) überschritten. Ob etwas anderes für den Fall gilt, dass die kassenärztliche Verordnung in der Weise offensichtlich missbräuchlich ist, dass (ausnahmsweise) die Verpflichtung des Apothekers begründet wird, die Abgabe der Überverordnungsmenge zu verweigern (vgl. auch BSGE 77, 194, 208), kann letztlich dahin gestellt bleiben. Nur bei ganz offensichtlichen, objektiv klar erkennbaren Verletzungen kassenärztlicher Pflichten darf der Apotheker, der bei Zweifeln an der Richtigkeit der Verschreibung jedoch zunächst Rückfrage beim Arzt nehmen muss (vgl. dazu Cyran/Rotta aaO und Rdn. 22, 261; Pfeil/Pieck/Blume aaO Rdn. 155), das verschriebene Arzneimittel - allerdings nur für eine kurze Übergangszeit bis zum Eingreifen der von den Prüfinstanzen zu ergreifenden Maßnahmen (vgl. auch BSGE aaO, S. 208 f.) - nicht abgeben. Besteht der verschreibende Arzt auf uneingeschränkter Beachtung seiner Verschreibung, so ist der Apotheker regelmäßig berechtigt und verpflichtet, die ärztliche Verordnung auf Kosten der Krankenkasse auszuführen (vgl. Pfeil/Pieck/Blume

aaO).

Dass die Verletzung der kassenärztlichen Pflichten in dieser Weise offensichtlich gewesen ist, ist weder festgestellt noch liegt sie nach den bisher getroffenen Feststellungen nahe. Dagegen spricht schon der Umstand, dass die Krankenkasse keinen Anlass gesehen hat, den Angeklagten Dr. S im Tatzeitraum an der Fortsetzung der Verordnungsweise zu hindern. Die TKK erfüllte vielmehr ihre Zahlungsverpflichtungen auch dann noch, als ihr der Apotheker A seine Bedenken hinsichtlich der Verordnungsmenge mitteilte. Hinzu kommt, dass die Apotheker regelmäßig keinen (medizinischen) Einblick in das Arzt-Patienten-Verhältnis haben, so dass sich ihnen die Notwendigkeit sozialversicherungsrechtlicher Leistungen gerade nicht erschließt.“ Ein Irrtum des A ist somit nicht gegeben.

## II. Ergebnis

N hat sich nicht wegen Betrugs gegenüber und zum Nachteil des A strafbar gemacht.

### B. Strafbarkeit des N wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber A und zum Nachteil der TKK

Da N bei A keinen Irrtum erregte, kommt auch ein (Dreiecks-) Betrug gegenüber A und zum Nachteil der TKK nicht in Betracht.

### C. Strafbarkeit des N wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall gegenüber und zum Nachteil der TKK

Dadurch, dass der (gutläubige) A das Rezept an die TKK weiterleitete und sich von dieser den Preis für die Medikamente auszahlen ließ, könnte N sich gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gegenüber und zum Nachteil der TKK strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Täuschung der TKK

Zunächst müsste die TKK getäuscht worden sein.

##### a. Täuschung durch N

N selbst hat das Rezept nicht an seine Krankenkasse weitergeleitet. Er hat tatsächlich überhaupt keine Erklärung gegenüber der TKK abgegeben, so dass eine Täuschung der TKK durch N nicht gegeben ist.

##### b. Mittelbar täterschaftliche Täuschung durch A

A könnte jedoch durch das Einreichen des Rezepts bei der TKK diese getäuscht haben und diese Täuschung

könnte dem N als mittelbaren Täter gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen sein.

Ebenso wie der N gegenüber dem Apotheker durch die Vorlage des Rezepts konkludent darüber täuschte, dass die Verordnung der verschriebenen Medikamente auch tatsächlich medizinisch indiziert war (s.o.), gibt auch der Apotheker eine entsprechende schlüssige Erklärung gegenüber der Krankenkasse ab, wenn er die an den Versicherten ausgehändigten Medikamente mit dieser abrechnet. Da im vorliegenden Fall eine entsprechende medizinische Indikation nicht gegeben war, hat A die TKK getäuscht.

Diese Täuschung müsste N gem. § 25 I 2. Fall StGB zuzurechnen sein, d.h. es müsste sich um einen Fall der mittelbaren Täterschaft handeln. Eine solche setzt voraus, dass der Hintermann, der mittelbare Täter, auf den Vordermann, den Tatmittler, einwirkt, dieser (in der Regel wegen eines Strafbarkeitsmangels) unterlegen ist und der Hintermann kraft seines planvoll lenkenden Willens das Geschehen “in der Hand” hat (Wessels/Beulke, AT, Rn. 535; Joecks, § 25 Rn. 17).

N hatte A das Rezept übergeben, hierdurch den Eindruck erweckt, die verschriebenen Medikamente seien medizinisch notwendig (s.o.) und so auf A eingewirkt. A wusste nicht, dass die Medikamente medizinisch nicht notwendig waren und handelte somit unvorsätzlich, was einen Strafbarkeitsmangel darstellt. Da N hingegen genau wusste, dass die Medikamente (in dieser Menge) nicht notwendig waren und die Unwissenheit des A ausnutzte, hielt er das Geschehen in der Hand, so dass ihm die Handlung des A zuzurechnen ist.

N hat somit die TKK durch den A getäuscht.

##### b. Täuschungsbedingter Irrtum der TKK

Die TKK müsste weiterhin einem Irrtum unterlegen sein, d.h. sie müsste sich vorgestellt haben, dass die verschriebenen Mittel tatsächlich medizinisch erforderlich waren.

Der Apotheker, der dem Versicherten die verordneten Medikamente aushändigt, prüft nicht, ob deren Verordnung medizinisch indiziert war und unterliegt deshalb auch keinem entsprechenden Irrtum (s.o.). Es ist davon auszugehen, dass auch die Krankenkasse beim Einreichen eines Rezepts im Rahmen der Abrechnung durch den Apotheker eine entsprechende Prüfung nicht vornimmt. Die Krankenkasse geht davon aus, dass diese Prüfung bereits durch den Kassenarzt, der als ihr Vertreter handelt (s.o.), im Rahmen der ärztlichen Untersuchung stattgefunden hat, so dass es einer weiteren Überprüfung durch die Kasse selbst

nicht bedarf. Allenfalls überprüft die Krankenkasse (wie der Apotheker), ob die Verordnung offensichtlich missbräuchlich ist (s.o.). Da dies jedoch vorliegend nicht der Fall war, ist ein Irrtum der TKK nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A hat sich nicht gem. §§ 263 I, 25 I 2. Fall StGB strafbar gemacht.

*[Anm: Der BGH führt weiter aus: "Sofern die Krankenkasse überhaupt eine inhaltliche Prüfung auf die medizinische Notwendigkeit verordneter Heilmittel nach Leistungserbringung vornimmt, erfolgt diese - wie ausgeführt - ausschließlich im Hinblick auf eine nachträgliche Korrektur medizinisch nicht indizierter Maßnahmen im Innenverhältnis des Vertragsarztes zur Krankenkasse (vgl. Schwerdtfeger aaO S. 101; Igl in GK-SGB V, Stand: Juni 1999, § 12 Rdn. 32 m.w.N.). Insoweit bestünde jedoch keine Stoffgleichheit zwischen der unterlassenen Geltendmachung etwaiger Regressansprüche gegenüber dem Angeklagten Dr. S und dem vom Angeklagten N erstrebten Vermögensvorteil."]*

### D. Strafbarkeit des N wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber Dr. S und zum Nachteil der TKK

Hierzu der BGH: "Die Vermögensverfügung, die letztlich den Vorteil des Angeklagten N und spiegelbildlich den Schaden der Krankenkasse bewirkt hat, hat der Mitangeklagte Dr. S durch Ausstellung der die Krankenkasse zur Leistung verpflichtenden Arzneimittelverordnungen getroffen. Der Angeklagte Dr. S - insoweit als Vertreter der TKK handelnd - kannte jedoch nach den Feststellungen die den Mangel begründenden Umstände; insoweit wurde die Krankenkasse nicht getäuscht."

Eine Strafbarkeit gem. § 263 I StGB gegenüber Dr. S liegt nicht vor.

### E. Strafbarkeit des N wegen mittäterschaftlicher Untreue gem. §§ 266 I, 25 II StGB

N könnte sich wegen Untreue in Mittäterschaft gem. §§ 266 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben, indem Dr. S ihm aufgrund einer entsprechenden Absprache eine größere als die medizinisch erforderliche Menge der Nährlösung verschrieb.

(Mit-) Täter einer Untreue kann jedoch nur sein, wer in einem besonderen Pflichtenverhältnis zum Opfer steht, d.h. wer eine Verfügungs- bzw. Verpflichtungs-

befugnis (§ 266 I 1. Fall StGB) bzw. eine Vermögensbetreuungspflicht (§ 266 I 2. Fall StGB) hat; § 266 StGB ist also ein Sonderdelikt (BGHSt 13, 330; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 79 mwN).

Ein entsprechendes Pflichtenverhältnis mag für den Dr. S bestehen, der als Kassenarzt Vertreter der Krankenkasse ist, nicht jedoch für den N als Versicherten. N ist also kein tauglicher (Mit-) Täter der Untreue und hat sich folglich nicht gem. §§ 266 I, 25 II StGB strafbar gemacht.

### F. Strafbarkeit des N wegen Anstiftung zur Untreue gem. §§ 266 I, 26 StGB

N könnte sich jedoch wegen Anstiftung zur Untreue gem. §§ 266 I, 26 StGB strafbar gemacht haben, indem er Dr. S bat, ihm eine größere als die medizinisch erforderliche Menge der Nährlösung zu verschreiben.

## I. Tatbestand

### 1. Teilnahmefähige Haupttat

Zunächst müsste eine teilnahmefähige Haupttat vorliegen, d.h. Dr. S müsste den Tatbestand des § 266 I StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht haben.

### a. Verwirklichung des Tatbestandes des § 266 I StGB durch Dr. S

#### aa. Missbrauchs-Tatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB)

Dr. S könnte den Missbrauchs-Tatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) verwirklicht haben.

#### (1) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

Dr. S müsste zunächst die Befugnis gehabt haben, über das Vermögen der TKK zu verfügen oder diese zu verpflichten.

Als Kassenarzt handelt Dr. S als Vertreter der gesetzlichen Krankenkassen und schließt somit die TKK verpflichtende Verträge insb. mit den Apothekern ab (s.o.). Dr. S hat also die Befugnis, die TKK zu verpflichten.

#### (2) Missbrauch der Befugnis

Dr. S müsste diese Befugnis missbraucht haben.

Ein Missbrauch i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB ist dann gegeben, wenn der Täter eine rechtsgeschäftliche Handlung im Rahmen seines rechtlichen Könnens (d.h. im Außenverhältnis wirksam), aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens (im Innenverhältnis) vornimmt (BGHSt 5, 61; LK-Schünemann, § 266 Rn. 48 mwN).

Der BGH führt hierzu aus: "Tathandlung der Untreue des [...] Dr. S nach § 266 Abs. 1 StGB ist seine im Außenverhältnis wirksame, aber im Verhältnis zum Geschäftsherrn bestimmungswidrige Ausübung der Befugnis zur Vermögensverfügung oder Verpflichtung (Missbrauchstatbestand).

Nach den Prinzipien des kassenärztlichen Abrechnungssystems handelt der Vertragsarzt bei Ausstellung einer Verordnung - wie ausgeführt - als Vertreter der Krankenkasse, indem er an ihrer Stelle das Rahmenrecht des einzelnen Versicherten auf medizinische Versorgung konkretisiert. Der Kassenarzt darf allerdings den materiellen (und formellen) Rahmen der kassenärztlichen Versorgung nicht verlassen (vgl. nur BSGE 73, 271, 278, 281 f.). Er darf deshalb Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst (vgl. Schwerdtfeger aaO, S. 101) eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind, nicht verordnen (§§ 12 Abs. 1 Satz 2, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, dass er die Leistung - wie hier - im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken darf, missbraucht er diese ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse."

### (3) Vermögensbetreuungspflicht

Streitig ist, ob der Missbrauchstatbestand (§ 266 I 1. Fall StGB) ebenso wie der Treuebruchstatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB) das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht voraussetzt (vgl. die Darstellung bei Joecks, § 266 Rn. 23). Während eine Minderheitsmeinung dies wegen der Selbstständigkeit der Tatbestände des § 266 I StGB ablehnt (Labsch, Jura 1987, 346; Otto, JZ 1988, 884), sieht die herrschende Meinung den Missbrauchstatbestand als *lex specialis* zum Treuebruchstatbestand, sodass auch der erstere das Bestehen einer solchen Pflicht voraussetzt (BGHSt 33, 244; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 18 mwN). Dieser Streit kann jedoch dahinstehen, wenn jedenfalls eine solche Pflicht gegeben ist.

Hierzu der BGH: "Indem der Arzt Medikamente auf Rezept verschreibt, erfüllt er die im Interesse der Krankenkasse liegende Aufgabe, gemäß § 31 Abs. 1 SGB V ihre Mitglieder mit Arzneimitteln zu versorgen. Da er bei Erfüllung dieser Aufgabe der Krankenkasse gegenüber kraft Gesetzes (§ 12 Abs. 1 SGB V) verpflichtet ist, nicht notwendige bzw. unwirtschaftliche Leistungen nicht zu bewirken, kommt darin eine Vermögensbetreuungspflicht zum Ausdruck (vgl. auch Goetze, Arzthaftungsrecht und kassenärztliches Wirt-

schaftlichkeitsgebot, 1989, S. 178). Der Arzt nimmt insoweit Vermögensinteressen der Krankenkasse wahr (vgl. Goetze aaO, S. 179)."

Eine Vermögensbetreuungspflicht des Dr. S ist somit jedenfalls gegeben.

### (4) Vermögensnachteil

Dr. S müsste dem Vermögen der TKK einen Nachteil zugefügt haben.

Der Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB entspricht dem Vermögensschaden bei § 263 I StGB (Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 59) und liegt dann vor, wenn bei Vergleich des Opfervermögens vor und nach der Tathandlung eine Vermögensminderung festgestellt werden kann (OLG Bremen, NStZ 1989, 228; Schönke/Schröder-Lenckner/Perron, § 266 Rn. 40).

Vorliegend hat Dr. S als Vertreter der TKK (durch N als Boten, s.o.) durch Verschreibung des Medikaments einen die TKK zur Zahlung verpflichtenden Vertrag geschlossen, so dass das Vermögen der TKK gemindert wurde. Auch hat diese kein Äquivalent hierfür erhalten; ein solches hätte zwar bestanden, wenn sie durch die Leistung von ihrer Pflicht aus §§ 27 I 1, 2 Nr. 3, 31 I SGB V gegenüber N frei geworden wäre, für dessen medizinische Versorgung zu sorgen. Es bestand jedoch - jedenfalls bzgl. der die notwendige Dosis überschreitende Menge der verschriebenen Medikamente - keine entsprechende Pflicht der TKK, so dass diese einen Vermögensnachteil erlitten hat.

### (5) Vorsatz

Dr. S handelte auch vorsätzlich.

#### bb. Treuebruchs-Tatbestand (§ 266 I 2. Fall StGB)

Eine ggf. mitverwirklichte Untreue gem. § 266 I 2. Fall StGB wird durch den spezielleren Missbrauchstatbestand verdrängt (BGHSt 46, 30; Tröndle/Fischer, § 266 Rn. 86).

#### b. Rechtswidrigkeit

Dr. S handelte auch rechtswidrig. Eine teilnahmefähige Haupttat ist somit mit der Untreue des Dr. S gegeben.

### 2. Bestimmen

N müsste Dr. S zur Begehung der Haupttat bestimmt haben. Der Anstifter bestimmt den Haupttäter zu Begehung der Haupttat, wenn er dessen Tatentschluss hervorruft (BGH, NStZ 2000, 421; Lackner/Kühl, § 26

Rn. 2).

Durch die Bitte, ihm eine größere als die erforderliche Menge an Nährlösung zu verschreiben, hat N bei Dr. S den Entschluss zur Begehung einer Untreue hervorgerufen und diesen somit zur Begehung der Haupttat bestimmt.

### 3. Vorsatz

N handelte auch vorsätzlich bzgl. der teilnahmefähigen Haupttat und des Bestimmens.

### II. Rechtswidrigkeit und Schuld

N handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Strafraumenverschiebung (§ 28 I StGB)

Da es sich bei der Haupttat des § 266 I StGB um ein Sonderdelikt handelt, dessen täterschaftliche Begehung das Bestehen eines besonderen Pflichtenverhältnisses voraussetzt, dieses bei N aber gerade nicht gegeben ist, fehlt ihm ein strafbarkeitsbegründendes persönliches Merkmal. Die Strafe des Teilnehmers, dem die von § 266 I StGB vorausgesetzte Pflicht fehlt, ist gem. § 28 I StGB zu mildern (BGH, wistra 1997, 100; SK-Samson/Günther, § 266 Rn. 51 mwN).

### IV. Ergebnis

N ist strafbar gem. §§ 266 I, 26 StGB; seine Strafe ist jedoch gem. §§ 28 I, 49 I StGB zu mildern.

## 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..

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

<b>Autor/Titel:</b>	Sachs, Michael: "Abgeordneter unter Druck"
<b>Fundstelle:</b>	NWVBI 2004, 79
<b>Inhalt:</b>	Original-Examensklausur zur "Profalla"-Entscheidung des BVerfG (E 104, 310), über welche die RA (2002, 139) bereits im Vorfeld berichtet hatte. Inhaltlich geht es um ein Organstreitverfahren und die Frage, ob und in welchem Umfang Art. 46 GG dem einzelnen Abgeordneten subjektive Rechte verleiht.

<b>Autor/Titel:</b>	Engelken, Klaas: "Nach dem Kopftuchurteil des BVerfG"
<b>Fundstelle:</b>	BayVBI 2004, 97 (Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag untersucht, welche Bindungswirkung dem spektakulären "Kopftuch"-Urteil des BVerfG (RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111) zukommt und welche Gestaltungsmöglichkeiten den Ländern verbleibt. Besonderes Gewicht liegt auf der Frage, ob nach dem Urteil im Falle landesrechtlicher Beschränkungen des Kopftuch-Tragens auch christliche Symbole, Kleidung usw. den gleichen Einschränkungen unterworfen werden müssen.

<b>Autor/Titel:</b>	Scherzberg, Arno / Mayer, Matthias: "Die Prüfung des Gleichheitssatzes in der Verfassungsbeschwerde"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 137 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Anhand der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des Transsexuellengesetzes (BVerfGE 88, 87) exerzieren die Autoren die Prüfung des Art. 3 I GG durch, wobei die "neue Formel" zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit besondere Berücksichtigung findet.

*Zivilrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Tröger, Tobias: "Kundenschädigung durch Fernsehinterview: Der Fall Leo Kirch / Deutsche Bank und Rolf Breuer"
<b>Fundstelle:</b>	Jura 2003, 824 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Es wird die Entscheidung des LG München vom 08.02.2003 umfassend erörtert und besprochen, die zugleich Grundlage des Berufungsurteils des OLG München ist, das in dieser Heftausgabe abgedruckt ist.

<b>Autor/Titel:</b>	Kellermann, Markus: "Die Rechtskraft klageabweisender Urteile"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 151 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Der Aufsatz beschäftigt sich mit dem Umfang der Rechtskraft von klageabweisenden Urteilen, insbesondere bei Versäumnisurteilen und bezüglich des kontradiktorischen Streitgegenstandes.

<b>Autor/Titel:</b>	Oestmann, Peter: "Goldfund im Kaufmannsladen"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 126 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Gutachterlich gelöste Klausur zum Ersten Staatsexamen auf gehobenem Niveau mit Schwerpunkten im Kaufvertragsrecht und in der Zivilprozessordnung.

<b>Autor/Titel:</b>	Weishaupt, Arnd: "Der Maklervertrag im Zivilrecht"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2003, 1167 (Heft 12)
<b>Inhalt:</b>	Der Beitrag beleuchtet umfassend den im BGB nur knapp geregelten Vertragstyp des Maklervertrages, dem im Studium relativ wenig Beachtung geschenkt wird und deshalb im Staatsexamen gerne als für viele Studenten unbekanntes Vertragstyp geprüft wird.

### *Strafrecht*

<b>Autor/Titel:</b>	Göres, Ulrich: "Rechtmäßigkeit des Zugriffs der Strafverfolgungsbehörden auf die Daten der Mauterfassung"
<b>Fundstelle:</b>	NJW 2004, 195(Heft 4)
<b>Inhalt:</b>	Ausführliche Erörterung der Entscheidung des AG Gummersbach (NJW 2004, 240) bzgl. der Frage, ob die über die elektronische Lkw-Maut erfassten Daten einer Beschlagnahme gem. §§ 100 g, h StPO unterliegen. Während das diskutierte Problem strafprozessual durchaus interessant ist, mangelt es leider an praktischer Bedeutung, da das geplante Lkw-Maut-System ja bis auf Weiteres nicht eingeführt werden wird.

<b>Autor/Titel:</b>	Heyers, Johannes: "Vormundschaftlich genehmigte Sterbehilfe - BGH, NJW 2003, 1588"
<b>Fundstelle:</b>	JuS 2004, 100 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Nicht die erste Besprechung der genannten (zivilrechtlichen) Entscheidung des BGH (= RA 2003, 433) zur Erforderlichkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen bei Schwerstkranken, aber ein sehr verständliche Aufarbeitung dieser sehr examensrelevanten Konstellation aus dem Bereich der Sterbehilfe.

<b>Autor/Titel:</b>	Walter, Tonio: "Zur Lehre von den Konkurrenzen: Die Bedeutung der Konkurrenzen und wie man sie prüft"
<b>Fundstelle:</b>	JA 2004, 133 (Heft 2)
<b>Inhalt:</b>	Die Prüfung von Konkurrenzen führt bei vielen Examenskandidaten zu Verwirrung und Unsicherheit. In diesem Beitrag gibt der Verfasser einen Überblick über die Bedeutung von Konkurrenzen in Studium und Praxis und deren Prüfung im Gutachten. Ausführungen zu den verschiedenen Arten von Konkurrenzen fehlen jedoch.