

Öffentliches Recht

Standort: Kommunalrecht

Problem: Vertretung der Gemeinde

VGH KASSEL, URTEIL VOM 24.02.2005
3 UE 231/04 (NVWZ-RR 2005, 650)

Problemdarstellung:

In den Gemeindeordnungen vieler Länder finden sich Regelungen, wonach Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, vom Bürgermeister oder seinem Stellvertreter und einem weiteren vertretungsberechtigten Beamten unterzeichnet sein müssen, um rechtsverbindlich zu sein ("Vier-Augen-Prinzip", vgl. den hier einschlägigen § 71 II 2 HessGO, ferner § 64 I 2 GONRW, § 54 GOBW, 56 I RhPFGO, 60 SächsGO usw.). Der VGH Kassel meint nun, dass eine allein vom Bürgermeister unterzeichnete Erklärung entgegen dem eindeutigen Gesetzeswortlaut trotzdem rechtsverbindlich sei, wenn der Rat ihr vorher zugestimmt habe. Das Gericht stellt zur Begründung seiner Ansicht auf den Schutzzweck der Norm ab, den es im Schutz der Gemeinde vor übereilten Alleingängen des Bürgermeisters sieht. Habe die Vertretung (der Rat) dem Vorgehen des Bürgermeisters bereits im Vorfeld zugestimmt, bestehe eine solche aber Gefahr nicht. Die Beachtung des § 71 II 2 HessGO sei dann nur noch eine Förmelerei, auf die es nicht ankomme.

Prüfungsrelevanz:

Die Entscheidung des VGH wird verständlich wenn man weiß, dass nach der Rechtsprechung die in den Gemeindeordnungen enthaltenen Formvorschriften nicht die *Form* der Erklärung, sondern die *Vertretungsmacht* des Handelnden betreffen. Der Unterschied liegt auf der Hand: Wäre das in § 71 II 2 HessGO normierte Gebot der doppelten Unterschriftsleistung eine gesetzliche Formvorschrift, wären einfach unterzeichnete oder mündlich geschlossene Verträge über § 125 BGB nichtig. Sieht man sie hingegen als Regelung der Vertretungsmacht an, führt ein Verstoß lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit (über § 177 BGB, wenn nicht die Gemeindeordnung selbst diese Rechtsfolge enthält, wie z.B. in § 64 IV GONRW) mit der Folge, dass die Gemeinde den Vertragsschluss genehmigen kann. Besteht aber eine zur Wirksamkeit der Erklärung führende Genehmigungsmöglichkeit (Genehmigung ist die nachträgliche Zustimmung, § 184 I BGB), dann muss auch eine im Vorfeld erklärte Einwilligung als vorherige Zustimmung (§ 183 S. 1 BGB)

genügen, um der Erklärung zur Wirksamkeit zu verhelfen.

Hintergrund dieser Einordnung der Formvorschriften in den Gemeindeordnungen als Regelungen der Vertretungsmacht ist, dass sie ansonsten jedenfalls insoweit verfassungswidrig wären, als sie zivilrechtliche Erklärungen betreffen, weil die Länder insoweit keine Gesetzgebungskompetenz haben. Der Bund hat (insbesondere mit dem BGB) abschließenden Gebrauch von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht nach Art. 74 I Nr. 1, 72 I GG gemacht, soweit es die Form von Rechtsgeschäften betrifft (vgl. Art. 55 EGBGB). Für die Länder bleibt daher gem. Art. 72 II GG keine eigene Kompetenz mehr übrig. Stuft man die Formvorschriften aber als Regelungen der Vertretungsmacht ein, ist ihre formelle Verfassungsmäßigkeit unproblematisch, denn für die Regelung der Stellvertretung der Gemeinden gibt es keine Bundeskompetenz.

Diese Einstufung als Vertretungsmachtsregelung gilt aus dem selben Grund übrigens nicht nur für das hier einschlägige Gebot der Doppelunterzeichnung, sondern auch für ganz eindeutig als Formvorschrift formulierte Regelungen wie das Schriftformerfordernis nach § 71 II 1 HessGO und deren Pendanten in anderen Bundesländern (z.B. § 64 I 1 GONRW; § 63 II NGO).

Vertiefungshinweise:

Formerfordernisse in der Gemeindeordnung als Regelung der Vertretungsmacht: *BGHZ* 32, 375, 380; *BGH*, *NJW* 1994, 1528; *NJW* 1980, 117, 118; *DNotZ* 1997, 222, 223 (st.Rspr.); a.A. z.T. die Literatur, vgl. *Schmidt-Jortzig/Petersen*, *JuS* 1989, 27, 29

Haftung des Bürgermeisters als vollmachtloser Vertreter: *BGH*, *RA* 2001, 513 = *BGH-Report* 2001, 591 mit abl. Anm. *Glauben*

Kursprogramm:

Examenskurs : "Kein Geld für den Spielplatz"

Leitsätze:

1. Willigt die Gemeindevertretung in die Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts ein, scheidert die Ausübung nicht daran, dass nur der Bürgermeister den entsprechenden Bescheid unter-

schreibt.

2. Die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts beim Verkauf eines ehemaligen Bundeswehrdepots kann dem Wohl der Allgemeinheit entsprechen, wenn ein privater Grundeigentümer eine geordnete städtebauliche Entwicklung nicht in gleicher Weise erwarten lässt wie die Gemeinde.

Sachverhalt:

Die Kl. kaufte mit notariellem Kaufvertrag vom 6.3.2002 von der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesvermögensamt Kassel, das in der Gemarkung X. gelegene Grundstück des ehemaligen Bundeswehrdepots mit NATO-Lager mit einer Fläche von 417.632 qm zu einem Kaufpreis von 337.093 Euro. Nach Aufgabe der Nutzung des Bundeswehrdepots und NATO-Lagers beschloss die Gemeindevertretung der Bekl. am 23.3.2000 die Aufstellung eines Bebauungsplans für diesen Bereich mit der Bezeichnung Nr. 2.14 "Ehemaliges Bundeswehrdepot mit NATO-Lager".

Gleichzeitig beschloss sie eine Veränderungssperre und durch weiteren gesonderten Beschluss vom 23.3.2000 den Erlass einer Vorkaufsrechtssatzung. Mit Bescheid vom 14.5.2002 übte die Bekl. für das genannte Grundstück gem. § 25 I 2 i.V.m. § 24 III 1 BauGB und der gemeindlichen Vorkaufsrechtssatzung das gemeindliche Vorkaufsrecht gegenüber der Beigel. aus. Am Ende des Bescheids befindet sich neben dem gemeindlichen Dienstsiegel nur die Unterschrift des Bürgermeisters.

Mit Schreiben vom gleichen Tage gab die Bekl. auch der Kl. die Ausübung des Vorkaufsrechts bekannt, verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung, dem gemeindlichen Dienstsiegel und der Unterschrift des Bürgermeisters. Die Kl. legte gegen den Bescheid Widerspruch ein, den die Bekl. zurückwies. Die daraufhin erhobene Klage wies das VG ab. Die vom VG zugelassene Berufung der Kl. blieb ebenfalls erfolglos.

Aus den Gründen:

Die Berufung der Kl. ist nicht begründet. [...] Die Berufungsbegründung rechtfertigt keine der Kl. günstigere Entscheidung. Eine zur Unwirksamkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts führende Verletzung des § 71 II 2 HessGO liegt hier nicht vor. Zweck der Norm

ist der Schutz des Gemeindevermögens vor übereilten Entscheidungen eines einzelnen Mitglieds des Gemeindevorstands. Wenn, wie hier, die Gemeindevertretung mit Beschluss vom 7.5.2002 vorab der Ausübung des Vorkaufsrechts zugestimmt und darin eingewilligt hat, ist dieser Schutzzweck ausreichend erfüllt. Darin liegt ein entscheidender Unterschied zu dem Fall, den der VGH Kassel mit Urteil vom 11.2.1983 (NVwZ 1983, 556) entschieden hat.

A. Formvorschrift als Regelung der Vertretungsmacht

Diese Auffassung steht auch im Einklang mit dem Urteil des VGH Kassel vom 15.2.1996 (NVwZ 1997, 618). Dort ist ausgeführt, soweit nach § 71 II 1 und 2 HessGO bei der Abgabe von Verpflichtungserklärungen zu Lasten der Gemeinde bestimmte Förmlichkeiten zu beachten sind, handelt es sich nicht um Vorschriften über die Form von Rechtsgeschäften, sondern um Vertretungsregelungen, die die Vertretungsmacht von Gemeindeorganen beschränken. Verstöße können dadurch geheilt werden, dass die Gemeinde durch einen Beschluss ihres allgemeinen Vertretungsorgans der Verpflichtungserklärung zustimmt. Dies gilt auch bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungserklärungen.

B. Zeitpunkt der Zustimmung irrelevant

Soweit es hier nicht um die nachträgliche Heilung durch einen Beschluss der Gemeindevertretung geht, sondern um eine vorherige Zustimmung im Sinne einer Einwilligung nach § 183 BGB, ändert dies nichts daran, dass der Schutzzweck des § 71 II 2 HessBauO [sic!], sofern die Norm überhaupt anwendbar wäre, erfüllt ist. In diesem Falle, wo über die Gemeindevertretung hinaus auch der Gemeindevorstand die Ausübung des Vorkaufsrechts am 13.5.2002 beschlossen hat, ist eine zweite Unterschrift eines Mitglieds des Gemeindevorstands unter den angefochtenen Bescheid nicht geboten und wäre eine bloße Förmerei.

Auf das inhaltliche Einverständnis der Gemeindevertretung als des für die Willensbildung der Gemeinde maßgeblichen Beschlussorgans stellt auch das Urteil des BGH vom 22.6.1989 (NVwZ 1990, 403) ab. Danach kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Zustimmung der Verpflichtungserklärung vorangeht oder nachfolgt. [...]

Standort: Versammlungsrecht**Problem: Prioritätsprinzip**

BVERFG, BESCHLUSS VOM 06.05.2005
1 BvR 961/05 (BAYVBL 2005, 592)

Problemdarstellung:

Im Versammlungsgesetz wurde aufgrund des Gesetzes zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches vom 24.3.2005 (BGBl. I, S. 969) mit Wirkung vom 1.4.2005 u.a. § 15 II VersG neu gefasst. Eine Versammlung kann danach nunmehr verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn sie an einem Ort stattfinden soll, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert und zu befürchten ist, dass durch die Versammlung die Würde der Opfer beeinträchtigt wird. Das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin (Holocaust-Mahnmal) ist gem. § 15 II 2 VersG ein solcher Ort.

Im vorliegenden Fall wollten die "Jungen Nationaldemokraten" - eine Jugendorganisation der NPD - am 8. Mai 2005 am Holocaust-Mahnmal vorbei zum Platz des 18. März ziehen. Dies wurde ihnen per Auflage untersagt, weil es nach § 15 II VersG nunmehr unzulässig sei, eine Versammlung am Holocaust-Mahnmal vorbei zu führen, und der Platz des 18. März an diesem Tag schon für die staatliche Gedenkveranstaltung unter dem Motto "Tag für Demokratie" belegt sei. Hiergegen wandten die Veranstalter im Wege eines Eilantrags nach § 32 BVerfGG ein, man wolle die Würde der Opfer des 2. Weltkriegs nicht beeinträchtigen, und die eigene Versammlung sei bereits vor dem "Tag für Demokratie" angemeldet gewesen, sodass dieser nicht gegen jene ins Feld geführt werden könne. Das BVerfG stellt hierzu in wenigen Sätzen fest, dass Motto und Tag der geplanten Versammlung sehr wohl dafür sprächen, dass eine Beeinträchtigung der Würde der Juden als Opfer des Nationalsozialismus zu befürchten sei. Was die Kollision mehrerer zeitgleicher Versammlungen an einem Ort angehe, sei diese nach dem Grundsatz "praktischer Konkordanz" zu lösen. Dabei sei zwar grundsätzlich auf das Prioritätsprinzip abzustellen; von diesem könne aber aus wichtigem Grund abgewichen werden. Ein "wichtiger Grund" in diesem Sinne könne zwar keinesfalls vorliegen, wenn die spätere Versammlung allein den Zweck verfolge, die frühere Versammlung unmöglich zu machen; dies sei hier aber nicht der Fall.

Prüfungsrelevanz:

Die Neufassung des § 15 II VersG allein hat schon dafür gesorgt, dass das Thema "Versammlungen von Neonazis" hohe Examensrelevanz besitzt, denn die

Gesetzesänderung sollte ja gerade dazu dienen, derartigen Versammlungen wirkungsvoller begegnen zu können. Nimmt man noch den seit Jahren schwelenden Konflikt zwischen BVerfG und OVG Münster über die Zulässigkeit von Versammlungsverboten gegenüber Neonazis aufgrund der "öffentlichen Ordnung" nach § 15 I VersG hinzu (vgl. Vertiefungshinweise), erhöht sich diese weiter.

Das BVerfG macht im vorliegenden Beschluss am Rande Ausführungen zum Versammlungsbegriff, die erneut darauf hindeuten, dass das Gericht zum "engen" Versammlungsbegriff zurückgekehrt ist (vgl. *Wiefelspütz*, NJW 2002, 274, der ausführlich auf die verschiedenen), denn es fordert für eine Versammlung explizit eine "Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die *Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung* gerichteten Erörterung oder Kundgebung". Die in der Literatur vertretenen Versammlungsbegriffe lassen hingegen auch private Meinungskundgaben genügen (so der "erweiterte" Versammlungsbegriff,) oder verzichten auf das Element der Meinungskundgabe ganz (so der "weite" Versammlungsbegriff).

Zum ausführlich angesprochenen Grundsatz der "praktischen Konkordanz" vgl. auch das Urteil in Fallstruktur in diesem Heft.

Vertiefungshinweise:

Zum Versammlungsbegriff: *VG Hamburg*, RA 2001, 450; *OVG Weimar*, DVBl. 1988, 104; *VG Braunschweig*, NZV 2000, 142; *VG Frankfurt*, NJW 2001, 1741; *Kniesel*, NJW 2000, 2857; *Deger*, NJW 1997, 923

Versammlungsfreiheit und öffentliche Ordnung: *BVerfG*, RA 2004, 434 = DVBl 2004, 697; RA 2001, 256 = NJW 2001, 1409; 2001, 2072; NVwZ-RR 2000, 554 gegen *OVG NRW*, RA 2001, 256 = NJW 2001, 2113; DVBl 2001, 584; *Hoffmann-Riem*, NJW 2004, 2777

Kursprogramm:

- Examenskurs* : "Waffen-SS"
 Assessorkurs : "Fieser Verein"

Leitsätze (der Redaktion):

1. § 15 II 2 VersG ist verfassungsgemäß.
2. Sind für einen Ort mehrere miteinander nicht in Einklang zu bringende Versammlungen angemeldet worden, ist grundsätzlich nach dem Prioritätsprinzip zu verfahren.
3. Vom Prioritätsprinzip kann jedoch aus wichtigem Grund abgewichen werden. Keinesfalls darf aber die später angemeldete Versammlung allein

dem Zweck dienen, die früher angemeldete Versammlung zu verhindern.

Sachverhalt:

Mit Schreiben vom 4. November 2005 meldete die Beschwerdeführerin, die "Jungen Nationaldemokraten" - eine Jugendorganisation der NPD - für den 8. Mai 2005 einen inhaltlich im Zusammenhang mit dem Ende des Zweiten Weltkrieges stehenden Aufzug in Berlin unter dem Motto "60 Jahre Befreiungslüge – Schluss mit dem Schuldult" an. Die Versammlung sollte in der Zeit von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr stattfinden, als Route war die Strecke Alexanderplatz, Karl-Liebknecht-Straße, Unter den Linden, Glinkastraße, Behrenstraße, Ebertstraße bis zum Platz des 18. März (beim Brandenburger Tor) geplant.

Mit Bescheid vom 25. April 2005 erließ der Polizeipräsident zwölf für sofort vollziehbar erklärte Auflagen. Nach der mit der Verfassungsbeschwerde allein angegriffenen Auflage Nr. 1 darf der angemeldete Aufzug am Alexanderplatz starten und ist über die Wegstrecke Karl-Liebknecht-Straße, Unter den Linden, Friedrichsstraße bis zum Bahnhof Friedrichsstraße zu führen und dort zu beenden. Die Durchführung des Aufzuges über Glinkastraße, Behrenstraße, Ebertstraße bis Platz des 18. März wird untersagt. Zur Begründung dieser Auflage führte die Behörde unter anderem aus, der andernfalls unvermeidbare Vorbeimarsch am Holocaust-Mahnmal erfülle die tatbestandlichen Voraussetzung des § 15 Abs. 2 Versammlungsgesetz (VersG). Es stelle eine Verhöhnung der Opfer des NS-Terrors dar, wenn eine Gruppierung mit offenkundiger Nähe zum NS-Regime am Tag des Endes dieses Regimes, der für die betroffenen Juden das Ende der Verfolgung und unendlichen Leids bedeute, mit dem Thema "60 Jahre Befreiungslüge – Schluss mit dem Schuldult" am Denkmal für die ermordeten Juden Europas vorbeiziehe. Die Beschwerdeführerin mobilisiere Teilnehmer aus dem rechtsextremistischen Spektrum der Bundesrepublik, stelle jüdische Opferzahlen in Frage und bediene sich in einem Aufruf für den Aufzug einer Wortwahl, die der NS-Propaganda äußerst nahe stehe und den Holocaust relativiere. Dass der Aufzug am Mahnmal schweigend vorbeiziehen solle, ändere an der Einschätzung nichts; es handele sich um ein "beredtes Schweigen", dem ein Relativierungs- und Verhöhnungscharakter in gleichem Maße zukomme wie einer entsprechenden Erklärung.

Dem Aufzug stehe weiterhin der größte Teil der angemeldeten Wegstrecke und damit die Möglichkeit zur Verfügung, die Öffentlichkeit anzusprechen. Der gewünschte Endplatz am Brandenburger Tor sei nicht verfügbar, da er durch eine am 19. April 2005 erteilte Sondernutzungserlaubnis des Bezirksamts Mitte von Berlin am 7. und 8. Mai 2005 dem Gemeingebrauch entzogen und dem Senat von Berlin für die Durchführung einer zentralen Gedenkveranstaltung unter dem

Motto "Tag für Demokratie" überlassen worden sei. Es sei von Anfang an zu erwarten gewesen, dass eine zentrale Gedenkveranstaltung am 8. Mai 2005, dem Tag der Kapitulation, an einem Ort stattfinden würde, der im In- und Ausland als Symbol für die Vergangenheit und die Gegenwart Deutschlands angesehen werde. Das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit gehe nicht so weit, diese Örtlichkeit der Allgemeinheit zu entziehen und sie individuell für eine einseitige Veranstaltung zu reservieren. In einer Lage, in der von vornherein damit zu rechnen gewesen sei, dass eine Vielzahl von Veranstaltungen berechtigter Weise an einem bestimmten Ort stattfinden sollten, sei eine umfassende praktische Konkordanz herzustellen, die alle Veranstaltungen größtmöglich zur Geltung bringen und nicht zu Gunsten einer einzelnen Veranstaltung etwa eine Anmeldeihenfolge abuarbeiten habe.

Gegen den Bescheid legte die Beschwerdeführerin Widerspruch ein und beantragte beim Verwaltungsgericht, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Auflage Nr. 1 hinsichtlich der Untersagung der Wegstrecke Glinkastraße, Behrenstraße, Ebertstraße und Platz des 18. März wieder herzustellen. Das Gericht wies den Antrag zurück. Die gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde wies das Obergerverwaltungsgericht zurück. Die Beschwerdeführerin hat sodann Verfassungsbeschwerde erhoben und gleichzeitig beantragt, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Nr. 1 der Auflagenverfügung durch einstweilige Anordnung insoweit wieder herzustellen, als die Wegstrecke Glinkastraße, Behrenstraße, Ebertstraße, Platz des 18. März untersagt wird. Die Verfügung des Polizeipräsidenten und die angegriffenen Beschlüsse verletzen sie in ihren Grundrechten aus Art. 8 und Art. 5 GG.

Aus den Gründen:

Der zulässige Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

A. Prüfungsmaßstab

I. Grundsätzlich reine Folgenabwägung

Nach § 32 Abs. 1 BVerfGG kann das Bundesverfassungsgericht im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Dabei haben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit des angegriffenen Hoheitsaktes vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht zu bleiben.

II. Ausnahmsweise Beachtlichkeit der Erfolgsaussichten in der Hauptsache

Der Antrag auf Eilrechtsschutz hat jedoch keinen Erfolg, wenn die Verfassungsbeschwerde offensichtlich

unbegründet ist (vgl. BVerfGE 88, 169 [171 f.]; 91, 328 [332]; st.Rspr). Die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde können ferner maßgeblich werden, wenn verwaltungsgerichtliche Beschlüsse betroffen sind, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangen sind und die Entscheidung in der Hauptsache vorwegnehmen, insbesondere wenn die behauptete Rechtsverletzung bei Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr rückgängig gemacht werden könnte, die Entscheidung in der Hauptsache also zu spät käme (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]; Beschluss vom 23. Juni 2004 - 1 BvQ 19/04 -, NJW 2004, S. 2814). Einstweiliger Rechtsschutz ist in einem solchen Fall aber nicht zu gewähren, wenn der Grundrechtseingriff offensichtlich nicht im Widerspruch zum Schutzgehalt der betroffenen Grundrechte steht. So liegt es hier.

B. Verfassungsmäßigkeit

Die hier allein angegriffene Auflage hindert die Beschwerdeführerin nicht, die von ihr geplante Versammlung unter dem vorgesehenen Motto im Zentrum Berlins durchzuführen, und zwar als Aufzug mit Abschlusskundgebung und unter Einsatz der geplanten Redner. Erfasst sind lediglich Modalitäten der Versammlungsdurchführung in örtlicher und zeitlicher Hinsicht, die nicht so wesentlich sind, dass die Auflage faktisch einem Verbot gleichkommt. Die behördliche Verfügung ist daher an den rechtlichen Voraussetzungen einer versammlungsrechtlichen Auflage, nicht an denen eines Versammlungsverbots zu messen.

I. Vorbeiziehen am Holocaust-Mahnmal

Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, der Beschwerdeführerin durch eine Auflage zu untersagen, den geplanten Aufzug am Denkmal für die ermordeten Juden Europas vorbeizuführen.

1. Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage

Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet es, dass dieses Denkmal durch § 15 Abs. 2 Satz 2 VersG als ein Ort bestimmt worden ist, an dem ein Aufzug unter den Voraussetzungen des Satzes 1 Nr. 2 verboten oder von Auflagen abhängig gemacht werden kann, darunter auch der Auflage, den Aufzug nicht am Denkmal vorbeizuführen.

2. Verfassungsmäßigkeit des Einzelaktes

Ebenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Annahme der Behörde und der Gerichte, der Aufzug lasse nach den zur Zeit des Auflagenerlasses konkret feststellbaren Umständen besorgen, dass die Würde der jüdischen Opfer der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft durch ihn beeinträchtigt werde. Dabei bedarf hier keiner Klärung, ob insoweit sämtliche von der Behörde und den Gerichten herangezogenen Umstände beachtlich sind. Aus verfas-

sungsrechtlicher Sicht ist es jedenfalls nicht zu beanstanden, wenn die Behörde und die Gerichte eine Beeinträchtigung des sozialen Geltungsanspruchs und damit der Würde der Juden Europas, derer an diesem Ort gedacht wird, darin sehen, dass am Jahrestag der Beendigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft ein rechtsextremistischer Aufzug unter dem Motto "60 Jahre Befreiungslüge - Schluss mit dem Schuldult" an dem Denkmal vorbeizieht, der durch dieses Motto die Millionen jüdischer Opfer des Nationalsozialismus zum Gegenstand eines Kultes degradiert und ihnen zugleich abstreitet, dass die Kapitulation für die vom Nationalsozialismus verfolgten Juden ein Akt der Befreiung war.

II. Beendigung auf dem Platz des 18. März

Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Auflage ist auch insoweit mit dem Grundrechten der Beschwerdeführerin vereinbar, als dieser untersagt wird, die Versammlung auf dem Platz des 18. März zu beenden. Behörde und Gerichte durften die vom Senat initiierte Veranstaltung bei der Entscheidung über Auflagen nach § 15 Abs. 1 VersG einbeziehen und ihr Vorrang bei der Nutzung des Gebiets um das Brandenburger Tor gewähren. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Behörde der Versammlung der Beschwerdeführerin nicht allein deshalb den Vorrang bei der Benutzung des Gebiets um das Brandenburger Tor eingeräumt hat, weil die Anmeldung schon vorlag, als die Pläne zur Durchführung einer Veranstaltung mit dem Motto "Tag für Demokratie" noch nicht bestanden oder konkretisiert waren.

1. Grundsatz "praktischer Konkordanz" bei Kollision mehrerer Versammlungen

Zum Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters gehört zwar die Entscheidung über Ort und Zeitpunkt der geplanten Versammlung. Kommt es zur Rechtsgüterkollision, kann das Selbstbestimmungsrecht aber durch Rechte Anderer beschränkt sein. In diesem Fall ist für die wechselseitige Zuordnung der Rechtsgüter mit dem Ziel ihres jeweils größtmöglichen Schutzes zu sorgen. Wird den gegenläufigen Interessen Dritter oder der Allgemeinheit bei der Planung der angemeldeten Versammlung nicht hinreichend Rechnung getragen, kann die praktische Konkordanz zwischen den Rechtsgütern durch versammlungsbehördliche Auflagen hergestellt werden (vgl. BVerfGE 104, 92 [111]). Dies gilt auch dann, wenn Staatsorgane - wie der Berliner Senat - handeln, die sich nicht auf Grundrechte berufen können. Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Fall aber auch, dass Grundrechte der Teilnehmer der Gedenkveranstaltung betroffen sind.

Bei der Veranstaltung handelt es sich um die örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung, also

um eine Versammlung im Sinne des Art. 8 GG (vgl. BVerfGE 104, 92 [104]). Der versammlungsrechtliche Charakter der Veranstaltung entfällt nicht durch den Umstand, dass im Programm etliche musikalische Einlagen mit mehr oder minder intensivem Bezug zum Motto des Gedenktages vorgesehen sind. Bestimmend für den Gesamtcharakter der Veranstaltung sind die auf das Motto "Tag für Demokratie" bezogenen Programmpunkte, so insbesondere Gespräche mit Zeitzeugen oder die Vorstellung von Projekten gegen Rechtsradikalismus und Fremdenfeindlichkeit und von solchen über zivilgesellschaftliche Teilhabe. Dass diese Veranstaltung vom Senat initiiert worden ist, ändert nichts an dem grundrechtlichen Schutz der Bürger, die an ihr teilnehmen wollen.

2. Grundsatz: Priorität

Die von der Beschwerdeführerin geforderte formale Anknüpfung an den Zeitpunkt der Anmeldung und die grundsätzliche Einräumung einer zeitlichen Priorität für den Erstanmelder werden zwar dem das Versammlungsrecht prägenden Grundsatz staatlicher Neutralität gegenüber den Inhalten von Versammlungszwecken gerecht. Sie tragen insbesondere dem Verbot Rechnung, diese Inhalte staatlicherseits als wichtig oder weniger wichtig zu bewerten und auf eine solche Einschätzung rechtliche Folgen zu stützen. Auch wird auf diese Weise gesichert, dass die zuerst angemeldete Versammlung nicht allein deshalb zurückzutreten hat, weil ein anderer Veranstalter - etwa mit dem Ziel der Verhinderung dieser Veranstaltung - für den vorgesehenen Zeitpunkt und Ort ebenfalls eine Versammlung anmeldet.

3. Ausnahme: Wichtiger Grund

Die Ausrichtung allein am Prioritätsgrundsatz würde es allerdings ausschließen, gegenläufige Erwägungen zu berücksichtigen. So können wichtige Gründe, etwa die besondere Bedeutung des Ortes und Zeitpunktes für die Verfolgung des jeweiligen Versammlungszwecks, für eine andere Vorgehensweise sprechen. Die Ausrichtung allein am Prioritätsgrundsatz könnte im Übrigen dazu verleiten, Versammlungen an bestimmten Tagen und Orten frühzeitig - gegebenenfalls auf Jahre hinaus auf Vorrat - anzumelden und damit anderen potentiellen Veranstaltern die Durchführung von Versammlungen am gleichen Tag und Ort unmöglich zu machen. Dies widerspräche dem Anliegen, die Ausübung der Versammlungsfreiheit grundsätzlich allen Grundrechtsträgern zu ermöglichen.

Der Prioritätsgrundsatz wird aber maßgebend, wenn die spätere Anmeldung allein oder überwiegend zu dem Zweck erfolgt, die zuerst angemeldete Versammlung an diesem Ort zu verhindern. Die zeitlich nachrangig angemeldete Veranstaltung hat allerdings nicht schon deshalb zurückzutreten, weil die geplante Versammlung des Erstanmelders einen Anstoß zur Durch-

führung der später angemeldeten Versammlung gegeben hat. Aufrufe zu Versammlungen reagieren häufig auf aktuelle Anstöße. Kommt es zu konkurrierenden Nutzungswünschen, ist eine praktische Konkordanz bei der Ausübung der Grundrechte unterschiedlicher Grundrechtsträger herzustellen. Dabei kann die Behörde aus hinreichend gewichtigen Gründen unter strikter Berücksichtigung des Grundsatzes inhaltlicher Neutralität von der zeitlichen Reihenfolge der Anmeldung einer Versammlung abweichen.

4. Subsumtion

Das Verwaltungsgericht hat vorliegend festgestellt, dass zwar ein Anstoß für die Veranstaltung des Senats von den Versammlungsplänen der Antragstellerin ausgegangen ist, dass aber kein Anhalt für die Annahme besteht, diese Veranstaltung an dem 8. Mai 2005, einem für die Bundesrepublik Deutschland in hervorhebenen Maße bedeutsamen Tag, sei vom Senat des Landes Berlin allein oder überwiegend zur Verhinderung der Versammlung der Beschwerdeführerin initiiert worden. An derartige Tatsachenfeststellungen ist das Bundesverfassungsgericht gebunden (vgl. BVerfGE 34, 211 [216]; 36, 37 [40]).

Es ist im Zuge der verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht zu beanstanden, dass die Behörde und die Gerichte bei ihrer Entscheidung über Auflagen an die Beschwerdeführerin angenommen haben, dass die geplante Veranstaltung des Senats und die von der Beschwerdeführerin angemeldete Versammlung aus inhaltlichen Gründen und wegen des Risikos gewalttätiger Auseinandersetzungen nicht gleichzeitig am identischen Ort durchgeführt werden können. Dies führt zu der Notwendigkeit von Vorkehrungen zur Vermeidung der örtlichen Überschneidung beider Veranstaltungen. Es ist ebenfalls verfassungsrechtlich bedenkenfrei, dass die Gerichte bei der Entscheidung über die Nutzung des Platzes in der Bedeutung des Ortes für die Verwirklichung des Veranstaltungszwecks einen wichtigen Grund zum Abweichen vom Prioritätsgrundsatz gesehen haben. Dabei sind sie davon ausgegangen, dass der Platz des 18. März wegen seiner Nähe zum Brandenburger Tor, zum Reichstagsgebäude und zum sowjetischen Ehrenmal an der Straße des 17. Juni besondere Bedeutung für eine Veranstaltung am Jahrestag der Kapitulation für die Darstellung und Würdigung der historische Ursprünge für die Bundesrepublik Deutschland nach innen und außen habe. Die Beschwerdeführerin habe diese Annahme in ihrer Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht nicht substantiiert in Frage gestellt. Auch im vorliegenden Verfahren ist die Beschwerdeführerin dieser Argumentation nicht entgegen getreten. Sie hat insbesondere nicht dargelegt, warum sie zur Erreichung des Zwecks der von ihr angemeldeten Versammlung in vergleichbarer Weise auf diesen Ort angewiesen ist.

Standort: Verwaltungsprozessrecht**Problem: Behörde und Rechtsträger**

OVG GREIFSWALD, BESCHLUSS VOM 12.7.2004
2 L 319/02 (NVwZ-RR 2005, 595)

Problemdarstellung:

§ 67 I 3 VwGO bestimmt, dass sich Behörden abweichend von § 67 I 1 VwGO nicht unbedingt durch Rechtsanwälte oder Hochschullehrer vor dem OVG vertreten lassen müssen, sondern als Vertreter auch Beamte oder Angestellte mit der Befähigung zum Richteramt auftreten können. Bei Gebietskörperschaften genügt es sogar, wenn es sich nicht um eigene Beamte oder Angestellte mit der Befähigung zum Richteramt handelt, sondern diese bei der zuständigen Aufsichtsbehörde sitzen. Im vorliegenden Fall hatte sich nun eine Behörde (Landesbesoldungsamt) einer Gebietskörperschaft (Land) durch einen Beamten der Aufsichtsbehörde mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen. Das OVG Greifswald meint, dass dies unzulässig sei. Eine solche Möglichkeit gebe es nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nur für die Gebietskörperschaft selbst, jedoch nicht für Behörden und folglich auch nicht für Behörden, deren Rechtsträger eine Gebietskörperschaft sei.

Nicht irritieren lassen sollte sich der Leser davon, dass das Gericht - immerhin ein OVG - im Leitsatz und in den Gründen durchgängig von der Beteiligtenfähigkeit nach § 61 III VwGO spricht, obwohl ein § 61 III VwGO nicht existiert. Gemeint ist offensichtlich § 61 I Nr. 3 VwGO.

Prüfungsrelevanz:

Die Unterscheidung zwischen Rechtsträgern und ihren Behörden bereitet vielen Studierenden bis ins Examen hinein Probleme. Sie muss gleichwohl im Verwaltungsprozessrecht beherrscht werden, da die VwGO an vielen Stellen (vgl. neben dem angesprochenen § 67 VwGO nur §§ 58, 61, 62, 78, 170 VwGO) zwischen ihnen unterscheidet.

1. Rechtsträger sind alle natürlichen und juristischen Personen. Auf staatlicher Seite können dies nur juristische Personen des öffentlichen Rechts sein, also Körperschaften, Anstalten und Stiftungen.

a. Körperschaften haben *Mitglieder*. Sie lassen sich in Gebiets-, Personal-, Real- und Verbandskörperschaften unterteilen, ohne dass diese Bezeichnung an ihrem Status als Rechtsträger im allgemeinen oder als Körperschaft im besonderen etwas ändert. Relevant wird sie nur, wenn Rechtsfolgen nur für eine bestimmte Art von Körperschaft eintreten sollen, wie im erwähnten § 67 I 3 VwGO nur für Gebietskörperschaften.

aa. Eine *Gebietskörperschaft* erfasst zwangsweise alle auf einem bestimmten Gebiet dauerhaft lebenden Personen. Beispiele sind Bund, Länder, Kreise und Ge-

meinden.

bb. Mitglied einer *Personalkörperschaft* wird eine Person hingegen nicht aufgrund ihres Wohnorts, sondern aufgrund einer bestimmten Eigenschaft. Beispiele sind Rechtsanwaltskammern, Universitäten, Allgemeinen Ortskrankenkassen.

cc. Bei einer *Realkörperschaft* ergibt sich die Mitgliedschaft aus dem Eigentum einer Immobilie bzw. dem Betrieb eines Unternehmens. Beispiele sind Industrie- und Handelskammer, Landwirtschaftskammer, Jagdgenossenschaft.

dd. In einer *Verbandskörperschaft* sind ausschließlich juristische Personen Mitglied. Beispiele sind Kommunal- und Regionalverbände.

b. Anstalten haben *Benutzer*, denen ein Sach- und Personalbestand zur Verfügung steht. Beispiele sind die Rundfunkanstalten (WDR, NDR usw.) und die Sparkassen.

c. Stiftungen sind verselbstständigte Vermögensmassen, die *Nutznießern* zugute kommen. Beispiele sind die Stiftung Preußischer Kulturbesitz (Bundesstiftung) und die Stiftung Mutter und Kind (u.a. Land NRW).

2. Behörden sind hingegen die Organe, derer sich die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen zur Herstellung ihrer Handlungsfähigkeit im Bereich der Exekutive bedienen. Ein Rechtsträger kann mehrere Behörden haben, Behörden sind hingegen üblicherweise nur einem Rechtsträger zugeordnet (Ausnahme: Organleihe). Behörden sind häufig weiter untergliedert, z.B. in Ämter, Dezernate usw.

Vertiefungshinweise:

Gleichsetzung von Rechtsträger und Behörde bei Rechtsmittelbelehrung: OVG Frankfurt/Oder, RA 2004, 369 = NVwZ-RR 2004, 315

Zum Bevollmächtigten im Verwaltungsprozess: OVG Koblenz, NVwZ-RR 2004, 703; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2004, 704; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2003, 315

Kursprogramm:

Examenskurs : "Wilde Ehe"

Leitsatz:

Zu den Gebietskörperschaften im Sinne von § 67 I Nr. 3 VwGO gehören die nach § 61 III VwGO [sic!] beteiligungsfähigen Behörden (hier das Landesbesoldungsamt) auch dann nicht, wenn es sich bei ihren Trägern um Gebietskörperschaften handelt.

Sachverhalt:

Durch Urteil vom 27.9.2002 hat das VG den Bekl. verpflichtet, dem Kl. eine (weitere) Beihilfe in Höhe von

545,32 Euro zu gewähren. Der dagegen gerichtete Antrag des Bekl. auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Er ist unzulässig, weil der Bekl. die Vertretungsregelung des § 67 I VwGO nicht beachtet hat.

A. Vertretungszwang

Vor dem OVG muss sich jeder Bet., soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen (vgl. § 67 I 1 VwGO). Dies gilt gem. § 67 I 2 VwGO - soweit hier von Bedeutung - auch für den Antrag auf Zulassung der Berufung.

B. Bei Gebietskörperschaften

Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen (vgl. § 67 I 3 VwGO).

C. Behörden sind keine Gebietskörperschaften

Zu den Gebietskörperschaften i. S. von § 67 I 3 VwGO gehören die nach § 61 III VwGO [sic!] beteiligungsfähigen Behörden auch dann nicht, wenn es sich bei ihren Trägern um Gebietskörperschaften handelt. Dies bedeutet, dass sich Behörden, nur von ihnen angehörenden Beamten oder Angestellten mit der Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, nicht dagegen durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde vertreten lassen können. Dies ergibt die Auslegung der Vorschrift nach ihrem Wortlaut, ihrem systematischen Zusammenhang, ihrer Entstehungsgeschichte sowie ihrem Sinn und Zweck.

I. Wortlaut

Dafür, dass die Verwendung des Begriffs "Gebietskörperschaften" - wie der Bekl. meint - als redaktionelles Versehen des Gesetzgebers bewertet werden könnte, finden sich keine Anhaltspunkte. Es kann ausgeschlossen werden, dass das Gesetz Behörden und Gebietskörperschaften dieselben Vertretungsmöglichkeiten zuerkennen wollte. Denn der Begriff "Behörde" findet sich - wie oben wiedergegeben - ebenfalls in der Vorschrift des § 67 I 3 VwGO. Durch den letzten Halbsatz wird deutlich, dass Gebietskörperschaften im Gegensatz zu den anderen "juristischen Personen des öffentlichen Rechts" und den "Behörden" erweiterte Ver-

tretungsmöglichkeiten eröffnet sind, nämlich u.a. durch die bereits erwähnten Beschäftigten der Aufsichtsbehörden.

II. Systematik

Die Regelung des § 67 I 3 VwGO kann insgesamt als eine vertretungsrechtliche Besserstellung der von ihr erfassten Verfahrensbeteiligten gegenüber dem in § 67 I 1 VwGO normierten Grundsatz betrachtet werden. Vereinfacht ausgedrückt geht es um eine Befreiung vom Anwaltszwang. Die in § 67 I 3 VwGO nicht aufgeführten Bet. sind grundsätzlich auf die in § 67 I 1 VwGO genannten Vertretungsmöglichkeiten beschränkt, wenn für sie nicht andere Ausnahmen greifen (vgl. § 67 I 4 ff. VwGO), um die es im vorliegenden Fall aber nicht geht. In § 67 I 3 VwGO erfolgt die Besserstellung in abgestufter Form. Die "einfache" Verbesserung gilt ausdrücklich für "juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden"; die erweiterte dagegen nur für "Gebietskörperschaften", d.h. im Umkehrschluss nicht für Behörden und ebenfalls nicht für solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die keine Gebietskörperschaften sind. Nur die Gebietskörperschaften können auch auf Beschäftigte der zuständigen Aufsichtsbehörden zurückgreifen.

III. Teleologie

Zu der Ergänzung des § 67 I 3 VwGO durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20.12.2001 (BGBl. I, 3987) sah sich der Gesetzgeber veranlasst, weil (kleinere) Gebietskörperschaften erfahrungsgemäß über keine eigenen Bediensteten mit der Befähigung zum Richteramt verfügen. Daher sollte die Prozessvertretung durch einen entsprechend qualifizierten Beamten oder Angestellten der zuständigen Aufsichtsbehörde (ausdrücklich) ermöglicht werden. Dies ergibt sich aus der Stellungnahme des Bundesrats vom 13.7.2001 zu dem Entwurf des o.g. Gesetzes, der die Bundesregierung ausdrücklich zugestimmt hat (vgl. BT-Drs. 14/6854). Die Ergänzung des § 67 I 3 VwGO ist durch diesen Vorschlag des Bundesrats initiiert worden, die endgültige Formulierung basiert auf dem - nicht weiter erläuterten - Beschluss des Bundesrats vom 14.11.2001 (BT-Drs. 14/7474).

Die Beschränkung der erweiterten Vertretungsmöglichkeiten durch die Ergänzung des § 67 I 3 VwGO auf die "Gebietskörperschaften" würde unterlaufen, wenn man - wie dies der Bekl. tut - die Behörden als einbezogen betrachten wollte. Der zu der früheren Fassung des § 67 I 3 VwGO entstandene Streit zu der Frage, ob die entsprechenden Beamten oder Angestellten der beteiligten juristischen Person des öffentlichen Rechts oder der Behörde angehören müssen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 67 Rdnr. 6a m.w.N.; Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 67 Rdnr. 7 m.w.N.) hat sich damit erledigt (vgl. Kopp/Schenke,

VwGO, 13. Aufl., § 67 Rdnr. 11).

D. Keine Einzelfallprüfung der Qualifikation

Wer im Einzelnen nach § 67 I VwGO die Vertretung übernehmen kann, ist im Gesetz abstrakt-generalisierend geregelt. Eine weitere Prüfung der individuellen Befähigung des Vertreters ist nicht erforderlich, wenn die entsprechenden Merkmale, d.h. insbesondere die geforderte berufliche Qualifikation bzw. berufliche Stellung, vorliegen. Liegen sie dagegen nicht vor, kann der Mangel nicht durch den Nachweis einer individuellen Befähigung von vergleichbarer oder gar besserer Wertigkeit geheilt werden, wie dies der Bekl. mit Schriftsatz vom 18.5.2004 versucht.

E. Subsumtion

Die Anwendung dieser Maßstäbe führt im vorliegen-

den Fall zu dem Ergebnis, dass eine ordnungsgemäße Vertretung des Bekl. zu verneinen ist. Der erste mit Schriftsatz vom 7.11.2002 (ohne Begründung) gestellte Zulassungsantrag ist vom Amtsleiter des Bekl. persönlich unterschrieben worden, der jedoch kein Beschäftigter i.S. von § 67 I 3 VwGO ist. Der zweite mit Schriftsatz vom 18.11.2002 gestellte Antrag ist wie die anschließende Begründung vom 2.12.2002 von einem Beamten des Finanzministeriums Mecklenburg-Vorpommern unterzeichnet worden. Dieser besitzt zwar die Befähigung zum Richteramt, gehört aber nicht dem Bekl., sondern der für diesen zuständigen Aufsichtsbehörde an. Dies reicht hier aber nicht aus, weil es sich beim Bekl. nicht um eine Gebietskörperschaft, sondern um eine Behörde handelt. [...]

Standort: Verwaltungsrecht AT

Problem: VA-Begriff

VG FREIBURG, URTEIL VOM 20.09.2004
1 K 2012/02 (NVWZ-RR 2005, 597)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob eine Anweisung des Amtsgerichtsdirektors als Dienstvorsetzten an ihm nachgeordnete Gerichtsvollzieher, für die Zustellung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen an den Schuldner (§ 829 II 2 ZPO) und an den Drittschuldner (§ 829 II 1 ZPO) nur noch eine Auslagenpauschale zu erheben, einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG darstellt.

Problematisch war zunächst die Außenwirkung. In sogen. Sonderrechtsverhältnissen, in denen die Beteiligten in einer besonderen Nähebeziehung zum Staat stehen (z.B. Richter, Soldaten, Wehrpflichtige, Schüler, Strafgefangene oder - wie hier - Beamte) wird üblicherweise zwischen dem Grundverhältnis (auch Statusverhältnis genannt) und dem Betriebsverhältnis (auch Amtsverhältnis genannt) unterschieden. Letzteres betrifft (nur) den inneren Ablauf der Verwaltung. In ihm wird der Amtswalter angesprochen, nicht der Bürger. Eine Außenwirkung ist mithin zu verneinen. In ersterem hingegen erschöpfen sich die Folgen nicht im innerbetrieblichen Verhältnis, sondern betreffen den Menschen über seine Stellung als Amtswalter hinaus. Im Grundverhältnis liegt mithin Außenwirkung vor. Das VG tendiert dazu, die Außenwirkung mit Blick auf die Auswirkungen der Anweisung auf das Einkommen der betroffenen Gerichtsvollzieher und damit ihre private Lebensqualität zu bejahen.

Jedoch verneint es den Einzelfallbezug. Offensichtlich ist zunächst, dass es sich hier nicht um eine individuelle Maßnahme handelte, weil die Anweisung nicht nur ein Gerichtsvollzieher, sondern alle betraf. Bei einer generellen Maßnahme ist zu unterscheiden, ob diese

konkreter oder abstrakter Natur ist. Eine konkret-generelle Maßnahme ist ein Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG, während eine abstrakt-generelle Maßnahme eine Rechtsnorm (so sie Außenwirkung hat) bzw. eine Verwaltungsvorschrift (so sie reines Innenrecht darstellt) ist. Die Abgrenzung vollzieht sich also - wie das VG völlig zu Recht ausführt - nicht nach dem Adressatenkreis, sondern nach dem vorhandenen oder fehlenden konkreten Anlass. Da hier nicht ein Fall, sondern eine unbestimmte Vielzahl von künftigen Fällen geregelt wurde, nimmt das VG eine abstrakt-generelle Regelung an und verneint damit eine Allgemeinverfügung.

Prüfungsrelevanz:

Die Prüfung, ob ein Verwaltungsakt vorliegt oder nicht, muss jeder Examenskandidat bis ins Detail beherrschen, denn eine Vielzahl von höchst examensrelevanten Normen stellt auf das Vorhandensein eines Verwaltungsaktes ab. Hier stellte sich das Problem schon in der Zulässigkeit der Klage, wo sich das VG zwischen Anfechtungsklage i.S.d. § 42 I 1, 1. Fall VwGO (bei Vorliegen eines Verwaltungsakts) und der Feststellungsklage i.S.d. § 43 I VwGO (gem. § 43 II VwGO subsidiär) entscheiden musste. Das VG wählt übrigens einen sehr eigenwilligen Aufbau, der für Prüfungsaufgaben nicht unbedingt zu empfehlen ist, indem es vorab die Subsidiarität des § 43 II VwGO erörtert, der Feststellungsklage den Vorzug gibt und erst danach prüft, ob überhaupt ein "Rechtsverhältnis" i.S.d. § 43 I VwGO vorliegt, die Feststellungsklage also statthaft ist. Die von der Rspr. allgemein geforderte Klagebefugnis (§ 42 II VwGO analog) prüft das VG überhaupt nicht, wobei unklar bleibt, ob es diese nicht für erwähnenswert hielt oder sich der Literatur anschließt, die eine analoge Anwendung des § 42 II

VwGO bei der Feststellungsklage ganz überwiegend ablehnt. In der gutachterlichen Lösung einer Examensaufgabe wäre auf diesen Punkt in jedem Fall einzugehen.

Mit Vorsicht zu genießen ist auch die Auffassung des VG, der Abhilfebescheid sei mangels Regelung kein eigener Verwaltungsakt. Hier wäre daran zu denken gewesen, ob nicht allein seine äußere Form als Abhilfebescheid ihm - unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 35 VwVfG - die Rechtsnatur eines Verwaltungsakts verliehen haben (vgl. nur BayVGh, RA 2000, 124 = NVwZ 2000, 222) oder zumindest dazu geführt haben könnte, dass der Bürger ihn wegen des gesetzten Anscheins eines Verwaltungsakts mit der Anfechtungsklage angreifen kann (vgl. nur BayVGh, RA 2003, 276 = BayVBl 2003, 212).

Vertiefungshinweise:

Ausführlich zum Grund- und Betriebsverhältnis: *OVG Koblenz*, RA 2003, 222 = NVwZ-RR 2003, 223; *OVG Berlin*, RA 2002, 630 = NVwZ-RR 2002, 762; *VGh München*, RA 2000, 227 = NVwZ-RR 2000, 35; grundlegend *Ule*, DVBl 1957, 17

Kursprogramm:

Examenskurs : "Die wilde Ehe"

Leitsätze:

- 1. Gegenüber einer - den Kostenansatz hinsichtlich des Gebührenanteils und der Auslagenpauschale betreffenden - generellen dienstrechtlichen Anweisung des Amtsgerichtsdirektors in Form eines Rundschreibens können Gerichtsvollzieher Rechtsschutz zulässig in Form der Feststellungsklage geltend machen, da vorrangiger Rechtsschutz in Form der Anfechtungsklage mangels Verwaltungsaktscharakter des Rundschreibens - anders als bei einer konkreten Einzelfallanweisung - ausscheidet.**
- 2. Dem Kostenansatz für die Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an den Drittschuldner und an den Schuldner kann gem. § 3 I 1 GVKostG (sowohl in der alten als auch in der zum 1.8.2002 novellierten Fassung) nur das Vorliegen eines einzigen Vollstreckungsauftrags zu Grunde gelegt werden.**

Sachverhalt:

Der Kl. zu 1 und die Kl. zu 2 sind beide als Gerichtsvollzieher im Amtsgerichtsbezirk X tätig. Sie wenden sich mit ihrer Klage gegen eine - ihre Einnahmen mindernde - generelle dienstrechtliche Weisung des Amtsgerichtsdirektors bezüglich der Kostenerhebung. Die Beteiligten streiten insoweit um die Rechtsfrage, ob es sich bei der Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses sowohl an den Drittschuldner als

auch an den Schuldner um die Erledigung eines oder mehrerer vollstreckungsrechtlicher Aufträge i.S. von § 3 GVKostG handelt.

Mit jeweils wortgleichen Schreiben vom 21.1.2002 übersandte der Direktor des AG allen seiner Dienstaufsicht unterstehenden Gerichtsvollziehern - darunter auch den Kl. - unter der Überschrift: "Zustellungskosten in Pfändungs- und Überweisungs-sachen sowie allgemeine Bemerkungen zum Kostenrecht bzw. Anweisungen im Verwaltungsweg" in Kopie ein Schreiben des Bezirksrevisors vom 15.1.2002 mit der Bitte um Kenntnisnahme und "künftige Beachtung". Auf die im Schreiben des Bezirksrevisors enthaltenen Anweisungen wies er ausdrücklich hin. In diesem Schreiben des Bezirksrevisors wurde ausgeführt, dass im Rahmen des Kostenansatzes für die Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nur von einem Auftrag i.S. von § 3 I 1 GVKostG auszugehen und dementsprechend nur eine Auslagenpauschale nach Nr. 713 Kostenverzeichnis anzusetzen sei.

Gegen diese dienstrechtliche Anweisung des Amtsgerichtsdirektors "remonstrierten" die Kl., legten zugleich "Widerspruch bzw. Rechtsmittel" ein. Mit gleichlautenden Schreiben vom 30.1.2002 teilte ihnen der Amtsgerichtsdirektor mit, bei seinem Rundschreiben vom 21.1.2002 handle es sich um eine "generelle Anweisung", die er in seiner Eigenschaft als Dienstvorgesetzter getroffen habe. Den Widersprüchen helfe er nach erneuter Sachprüfung nicht ab und lege sie dem Präsidenten des LG Konstanz vor. Dieser wies mit Widerspruchsbescheid vom 28.8.2002 die Widersprüche als unbegründet zurück. Die Kl. verfolgen ihr Begehren im Klagewege weiter.

Aus den Gründen:

Die Klagen sind zulässig, aber unbegründet.

A. Zulässigkeit

Gegenüber dem streitgegenständlichen Rundschreiben des Amtsgerichtsdirektors vom 21.1.2002 können die Kl. Rechtsschutz zulässig in Form der Feststellungsklage (§ 43 I VwGO) geltend machen.

I. Keine Subsidiarität

Vorrangiger Rechtsschutz in Form der Anfechtungsklage (§§ 42, 43 II 1 VwGO) [scheidet] mangels Verwaltungsaktscharakters (§ 35 VwVfG) dieses Rundschreibens aus. [...]

I. Außenwirkung

Dabei kann dahinstehen, ob dies bereits deshalb gilt, weil es sich dabei um eine lediglich innerbehördliche, die dienstliche Verrichtung der Kl. betreffende Maßnahme handelt und daher die nach § 35 BadWürttVwVfG erforderliche Außenwirkung fehlt (so wohl VGh Mannheim, Beschluss vom 2.8.1994, 4 S 2610/93, juris; VGHBW-L 1994, Beil. 10, B 8), oder

ob von einer Regelung mit Außenwirkung auszugehen ist, da ihre Befolgung unmittelbar die Einnahmen der Kl. und damit das beamtenrechtliche Grundverhältnis (also nicht nur das interne Betriebsverhältnis) betrifft (so das BVerwG, allerdings nur bezüglich konkreter kostenrechtlicher, einnahmемindernder Einzelfallanweisungen an Gerichtsvollzieher: BVerwG, DöD 1987, 119; NJW 1983, 896; DVBl 1982, 1188; dem zustimmend VGH München, DGVZ 2003, 21; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl.: [2003], § 35 VwVfG Rdnr. 86).

2. Einzelfall

Denn jedenfalls fehlt es wegen des generellen Charakters der Weisung, die sich nicht auf konkrete Einzelfälle von Kostenansätzen, sondern auf eine unbestimmte Vielzahl künftig lediglich möglicher, abstrakter Fälle bezieht, an der für einen Verwaltungsakt - auch in Form einer Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 Bad-WürttVwVfG) - erforderlichen konkreten Einzelfallregelung (so VGH München, DGVZ 2003, 21 hinsichtlich einer dem vorliegenden Fall vergleichbaren generellen dienstrechtlichen Anweisung an Gerichtsvollzieher; generell zur Allgemeinverfügung: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl., § 35 Rdnr. 103). Während der Adressatenkreis einer Allgemeinverfügung aus einer Vielzahl bestimmter oder lediglich bestimmbarer Personen (wie hier der Gerichtsvollzieher im Amtsgerichtsbezirk X.) bestehen kann, muss der Anlass der Allgemeinverfügung ein konkreter Einzelfall sein. Nicht die Unbestimmtheit des Personenkreises, sondern die Konkretetheit des geregelten Sachverhalts unterscheidet daher eine Allgemeinverfügung von einer Rechtsnorm. Die Allgemeinverfügung stellt eine anlassbezogene, nämlich auf einen konkretisierten Sachverhalt bezogene Regelung dar.

3. Regelung

Auch bei der von den Kl. mit gesondertem Widerspruch angegriffenen Entscheidung des Amtsgerichtsdirektors vom 30.1.2002, den Widersprüchen der Kl. gegen die Anweisung vom 21.1.2002 nicht abzuhelfen, handelt es sich nicht um einen mit der Anfechtungsklage angreifbaren eigenen Verwaltungsakt, da dieser gem. § 73 I 1 VwGO im Vorverfahren ergangenen bloßen Nichtabhilfeentscheidung kein eigenständiger Regelungsgehalt mit Außenwirkung zukommt. Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht mithin § 43 I 1 VwGO nicht entgegen.

II. Vorverfahren

Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Feststellungsklage sind erfüllt. Das gem. § 126 III BRRG auch bei Feststellungsklagen erforderliche Vorverfahren wurde durchgeführt.

III. Rechtsverhältnis

Zwischen den Kl. und dem Bekl. besteht auch ein streitiges Rechtsverhältnis i. S. von § 43 I VwGO. Im vorliegenden Fall geht es um die durch § 3 I GVKostG geregelte dienstrechtliche Berechtigung der Kl., für die Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an Schuldner und Drittschuldner entweder zweimal oder nur einmal eine Auslagenpauschale nach Nr. 713 KV GVKostG anzusetzen. Da die Kl. als Gerichtsvollzieher nach den oben erwähnten Rechtsvorschriften diese Auslagenpauschale für sich vereinnahmen dürfen, ist ihre eigene wirtschaftliche Situation und damit eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition, nämlich ihr Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art. 12 GG) bzw. ihr beamtenrechtlicher Anspruch auf Erfüllung der Fürsorgepflicht gegenüber dem Dienstherrn betroffen (so VGH Mannheim, DöD 1995, 32 unter Hinweis auf BVerwGE 24, 253, wonach die Fürsorgepflicht es gebietet, einem Gerichtsvollzieher bei Durchführung von Vollstreckungsaufträgen entstehende Auslagen zu ersetzen).

IV. Feststellungsinteresse

Vor diesem Hintergrund ist ein Feststellungsinteresse der Kl. ohne weiteres zu bejahen (siehe VGH Mannheim, der in zwei Entscheidungen, die kostenrechtliche Ansprüche von Gerichtsvollziehern betrafen, die Zulässigkeit einer Feststellungsklage problemlos bejahte: DöD 1995, 32; Beschluss vom 2.8.1994, 4 S 2610/93, juris; VGHBW-L 1994, Beil. 10, B 8).

B. Begründetheit

Die nach allem zulässige Feststellungsklage ist indessen unbegründet. Die Kl. sind weder auf Grund der Rechtslage nach der Novellierung des GVKostG ab 1.8.2002 berechtigt, bei ihren Kostenansätzen für die Zustellung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses an Drittschuldner und Schuldner zwei Vollstreckungsaufträge zu Grunde zu legen, noch waren sie auf Grund der zuvor geltenden Rechtslage seit Erlass der dienstrechtlichen Anweisung des Amtsgerichtsdirektors vom 21.1.2002 dazu berechtigt [wird ausgeführt].

Standort: Öffentlich-rechtlicher Vertrag**Problem: Schriftform**

BVERWG, URTEIL VOM 19.05.2005
3 A 3/04 (NVwZ 2005, 1083)

Problemdarstellung:

Das BVerwG nimmt im vorliegenden Urteil zum Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG für öffentlich-rechtliche Verträge Stellung. Grundsätzlich bedeutet über § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 126 II BGB "Schriftform" auch für öffentlich-rechtliche Verträge, dass eine Urkunde mit den Unterschriften beider Parteien existieren muss. Daran fehlt es, wenn die Einigung - wie hier - in einem Briefwechsel zustande gekommen ist. Das BVerwG meint aber, auf eine einheitliche Vertragsurkunde könne verzichtet werden, wenn unzweifelhaft sei, dass die wechselseitigen Erklärungen sich aufeinander beziehen.

Warn- und Beweisfunktion sei dann, wie das Gericht einschränkend formuliert, "jedenfalls bei Koordinationsverträgen" i.S.d. § 54 S. 1 VwVfG, also solchen unter Hoheitsträgern, hinreichend genügt. Für "Subordinationsverträge" i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG, also solche zwischen Staat und Bürger, hält es sich offenbar eine Hintertür offen. Zwar hat das BVerwG früher schon entschieden, dass auch bei diesen ein Briefwechsel genügt (NJW 1995, 1104, 1105); in dem dortigen Fall ging es allerdings um einen für den Hoheitsträger lediglich rechtlich vorteilhaften Vertrag, und als Argument führte das BVerwG an, dass es in diesem Fall einer Warnfunktion nicht bedürfe, weil für den Hoheitsträger kein Nachteil entstehen könne. Wie es im Fall eines auch für den Hoheitsträger verpflichtenden Subordinationsvertrages wäre, ist damit also auch noch nicht gesagt. Letztlich wird es - Koordinationsvertrag hin, Subordinationsvertrag her - immer darauf ankommen, ob im Einzelfall Warn- und Beweisfunktion gewahrt sind.

Prüfungsrelevanz:

Fälle wie dieser sind nicht selten und lassen sich leicht in eine Examensaufgabe einbauen. Übrigens ist die vom BVerwG als unstrittig dargestellte Ansicht, dass bei öffentlich-rechtlichen Verträgen eine einheitliche Vertragsurkunde existieren muss, so unstrittig nicht. In der Literatur wird nicht selten das Gegenteil vertreten (Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 57 Rz. 11; Knack, VwVfG, § 57 Rz. 1; Weihrauch, VerwArch 1991, 543). Die h.M. in der Literatur steht aber, gestützt auf den eindeutigen Wortlaut des § 126 II 1 BGB, der über § 62 S. 2 VwVfG auch für öffentlich-rechtliche Verträge gilt, hinter dem BVerwG (Obermayer, VwVfG, § 57 Rz. 10; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 57 Rz. 4; Meyer/Borgs, VwVfG, § 57 Rz.

3).

Unbedingt beachtet werden sollte die vom BVerwG unausgesprochene Dogmatik, nach der § 57 VwVfG bei Nichtbeachtung der Schriftform nicht von selbst zur Unwirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages führt. Die Norm enthält nämlich keine Rechtsfolge. Diese ergibt sich erst aus § 59 I VwVfG i.V.m. § 125 BGB.

Vertiefungshinweis:

Wirksamer öffentlich-rechtlicher Vertrag ohne einheitliche Vertragsurkunde: VG Saarlouis, RA 2003, 455 = NVwZ-RR 2003, 438

Kursprogramm:

Examenskurs : "Baugeschäfte mit der Stadt"

Leitsätze:

1. Bei Verwaltungsvereinbarungen unter den Ländern ist dem Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG durch einen Briefwechsel genügt, wenn die Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Erklärungen aus den Umständen zweifelsfrei ersichtlich ist. Es ist nicht darüber hinaus erforderlich, dass beide Vertragserklärungen in der selben Urkunde enthalten sind.

2. Zur Reichweite von § 164 GVG beim Maßregelvollzug im Jugendstrafrecht.

Sachverhalt:

Der klagende Freistaat Sachsen begehrt vom beklagten Land Sachsen-Anhalt Erstattung von Kosten des Maßregelvollzugs gegenüber M.

Mit Urteil vom 24.3.2000 ordnete die Große Strafkammer - Jugendkammer - des LG Halle/Saale gegen M, der in Leipzig wohnte, gem. § 63 StGB, §§ 1, 105 JGG die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an. Mit Schreiben vom 11.5.2000 richtete der Vorsitzende der Großen Strafkammer ein entsprechendes Aufnahmeersuchen an den Kl. Daraufhin erklärte sich das Sozialministerium des Kl. gegenüber dem Bekl. mit Schreiben vom 29.5.2000 zur Aufnahme des M bereit und bat um Übersendung einer Kostenzusage. Das Sozialministerium des Bekl. antwortete mit Schreiben vom 13.7.2000, dass die Kosten der Unterbringung übernommen würden. M wurde am 23.6.2000 in das Sächsische Krankenhaus für Psychiatrie und Neurologie (SKH) Altscherbitz aufgenommen. Der Bekl. bezahlte die Unterbringungskosten bis einschließlich Januar 2001. Auf entsprechende Mahnungen des SKH antwortete das Sozialministerium des Bekl. mit Schreiben vom 14.5.2001, dass "nach der-

zeitiger Situation ein Rechtsgrund für eine Zahlungsverpflichtung nicht besteht". Die bisherigen Zahlungen seien in Erwartung einer Ländervereinbarung über ein Kostenausgleichsverfahren erfolgt, die jedoch nicht zu Stande gekommen sei. Nach dem Gerichtsverfassungsgesetz (§ 164 GVG) und der Strafvollstreckungsordnung (insb. § 9 StVollstrO) finde eine Kostenerstattung beim Maßregelvollzug nicht statt. Mit weiterem Schreiben vom 17.10.2003 bekräftigte das Sozialministerium des Bekl. diese Rechtsauffassung gegenüber dem Sozialministerium des Kl.; die Kostenzusage sei mit dem Schreiben vom 14.5.2001 zurückgenommen worden.

Der Kl. hat am 1.9.2004 Klage erhoben, mit der er beantragt, den Bekl. zur Übernahme der gesamten angefallenen Kosten zu verurteilen. Die Klage hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Zwischen den Bet. wurde ein öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen, aus dem der Bekl. zur Bezahlung der durch die Unterbringung des M im SKH Altscherbitz entstehenden Kosten verpflichtet ist. Der Vertrag ist wirksam und wurde nicht gekündigt. Die Klage ist auch der Höhe nach begründet.

A. Vertragsschluss

Das Staatsministerium für Soziales, Gesundheit, Jugend und Familie des Kl. hat sich gegenüber dem Bekl. mit Schreiben vom 29.5.2000 gegen eine "Kostenzusage" bereit erklärt, M zum Vollzug der Maßregel in ein Krankenhaus für Psychiatrie des Landes aufzunehmen. In seiner Antwort vom 13.7.2000 erklärte das Ministerium für Arbeit, Frauen, Gesundheit und Soziales des Bekl., die Kosten der Unterbringung zu übernehmen. Damit haben die Bet. einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen (§ 54 S. 1 VwVfG).

I. Kein Verwaltungsakt

Hingegen scheidet aus, die Erklärung des Bekl. im Schreiben vom 13.7.2000 als Verwaltungsakt zu werten. Auf dem Gebiet des Justizvollzuges stehen sich die Länder im Verhältnis der Gleichordnung gegenüber. Kein Land ist dem anderen übergeordnet. Damit fehlt es an einem Rechtsverhältnis, welches dem einen Land die Befugnis vermitteln könnte, gegenüber einem anderen einseitige Regelungen durch Hoheitsakt zu erlassen.

II. Keine einseitige Verpflichtungserklärung

Ebenso wenig kommt eine einseitige Verpflichtung des Bekl. in Betracht. Vielmehr haben die Bet. gegenseitige Rechte und Pflichten begründet: Der Kl. hat sich verpflichtet, M in eine eigene Einrichtung aufzunehmen, und der Bekl. hat sich verpflichtet, die hieraus entstehenden Kosten zu tragen. Dass der Kl. auch

ohne den Vertrag verpflichtet war, M in die für dessen Wohnort zuständige Einrichtung aufzunehmen, ändert hieran nichts. Zwischen den Bet. herrschte Ungewissheit, ob diese Aufnahmepflicht ohne oder nur gegen Kostenerstattung besteht, nachdem die Ländervereinbarung über den gegenseitigen Verzicht auf Erstattung von Kosten bei der Unterbringung von Personen auf Grund strafgerichtlicher Entscheidung gem. §§ 63, 64 StGB vom 19.11.1964 (vgl. HessJMBI 1977, 471) zum 31.12.1990 gekündigt worden war und Verhandlungen über eine Nachfolgeregelung ergebnislos blieben. Dann aber war Raum für eine vertragliche Regelung, die an die objektive Rechtslage anknüpfte und deren Unklarheiten für den gegebenen Einzelfall beiseitigte.

B. Wirksamkeit

Der Vertrag ist wirksam. Ein Vertragsformverbot besteht nicht. Dass der Vertrag durch die jeweils zuständigen Stellen geschlossen wurde, wird von den Bet. nicht bezweifelt.

I. Schriftform, §§ 59 I VwVfG i.V.m. 125 BGB

Das Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG ist gewahrt. Allerdings befinden sich die beiderseitigen Erklärungen nicht auf derselben Urkunde (vgl. § 62 VwVfG i.V. mit § 126 II BGB). Das ist im vorliegenden Fall aber auch nicht erforderlich. Formvorschriften sind kein Selbstzweck und deshalb unter Berücksichtigung ihres Sinngehalts auszulegen und anzuwenden (BVerwGE 96, 326 [333] = NJW 1995, 1104). Der Sinngehalt des § 57 VwVfG liegt in der Warn- und Beweisfunktion der Schriftform. Dem ist hier dadurch genügt, dass die beiderseitigen Verpflichtungen im Schreiben des Kl. an den Bekl. niedergelegt sind und der Bekl. in seinem Antwortschreiben zustimmend die eigene Verpflichtung bestätigt. Jedenfalls bei Verwaltungsvereinbarungen zwischen Ländern ist nicht darüber hinaus erforderlich, dass beide Vertragserklärungen - namentlich die beiden Unterschriften - in ein und derselben Urkunde enthalten sind; ein Briefwechsel genügt, wenn die Zusammengehörigkeit der beiderseitigen Erklärungen aus den Umständen zweifelsfrei ersichtlich ist.

II. Sonstige Nichtigkeitsgründe über §§ 59 I VwVfG i.V.m. 134 BGB

Der Vertrag ist auch nicht nichtig. Ob eine Regelung, die durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag getroffen wird, an einem zur Nichtigkeit führenden Mangel leidet, entscheidet zum einen das allgemeine Vertragsrecht und zum anderen das jeweils einschlägige Fachrecht. Dabei ist der differenzierenden Regelung in § 59 VwVfG zu entnehmen, dass nicht jeder Rechtsverstoß, sondern nur qualifizierte Fälle der Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit führen sollen. Da die in § 59 II VwVfG aufgeführten Tatbestände bei koordinationsrechtlichen

Verträgen ohne weiteres ausscheiden, kommt als Nichtigkeitsgrund allein ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 59 I VwVfG i.V. mit § 134 BGB in Betracht (st.Rspr.; vgl. BVerwGE 89, 7 [10]; 98, 58 [63]). Ein solches Verbot ist indes nicht ersichtlich. Namentlich lässt es sich nicht § 164 I GVG entnehmen. Hiernach werden Kosten der Rechtshilfe von der ersuchenden Behörde nicht erstattet. Es mag dahinstehen, ob diese Vorschrift der ersuchenden Behörde schlechthin verbietet, die Kosten der Rechtshilfe gleichwohl zu erstatten oder sich hierzu zu verpflichten. Ein derartiges unbedingtes Verbot könnte allen-

falls innerhalb des zweifelsfreien Anwendungsbereichs der Vorschrift angenommen werden. Soweit ihre Anwendbarkeit hingegen mit guten Gründen bezweifelt wird, kann die Befugnis der beteiligten Länder, diese Zweifel im Wege einer Vereinbarung auszuräumen, nicht bestritten werden. Von dieser Befugnis geht das Gesetz selbst aus, wenn es eine Behörde sogar in subordinationsrechtlichen Rechtsverhältnissen zum Abschluss von Vergleichsverträgen ermächtigt, die ebenfalls der Beseitigung von Ungewissheiten über die bestehende Rechtslage dienen (§ 55 VwVfG). [...]

IMPRESSUM

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

*Zivilrecht***Standort: Kaufrecht****Problem: Schadensersatz statt der Leistung ohne Frist**

BGH, URTEIL VOM 22.06.2005
VIII ZR 1 / 05 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit nahm der Käufer eines Hundewelpen die Ehefrau des Verkäufers als dessen Gesamtrechtsnachfolgerin (§ 1922 BGB) auf Ersatz der Kosten einer tierärztlichen Behandlung in Anspruch, die infolge einer infektiösen Durchfallerkrankung des Tieres erforderlich geworden war. Der Kl. hatte die umgehend erforderliche Untersuchung sowie anschließende Folgebehandlungen von einem Tierarzt an seinem Wohnort durchführen lassen und darauf verzichtet, dem ca. 30 Km entfernt wohnenden Ehemann der Bekl. aufzusuchen um ihm Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben. Dementsprechend ging es hier erneut um den Fall einer durch den Käufer eigenmächtig durchgeführten Ersatzvornahme und die hierdurch verursachten Kosten.

Der BGH hält in seinem Urteil an seiner zum Teil heftig kritisierten Rechtsprechung, wonach im Falle einer eigenmächtigen Ersatzvornahme kein Ersatzanspruch des Käufers aus § 326 II 2, IV i. V. m. § 346 I BGB herleitbar ist, fest. Er erteilt weiter der vom Berufungsgericht vorgeschlagenen Lösung über einen Anspruch aus unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 684 S. 1, 818 BGB) eine Absage (zum Streitstand vgl. die Vertiefungshinweise unten sowie in den Entscheidungsgründen).

Stattdessen nimmt der BGH in diesem Fall einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung an und geht von der Entbehrlichkeit der an und für sich erforderlichen Nacherfüllungsfrist gem. § 281 II Fall 2 BGB aus, da aufgrund der umgehend gebotenen Notfallbehandlung des Hundes mit dem Abwarten der Nachfrist ein nicht hinnehmbarer Zeitverlust verbunden gewesen wäre.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage des Ersatzes von Aufwendungen für eigenmächtige Mangelbeseitigungen durch den Käufer hat sich zu einem klassischen Streitfall des modernisierten Mängelgewährleistungsrechts der §§ 437 ff BGB entwickelt. Der BGH setzt mit diesem Urteil seine hierzu eingeschlagene Linie mit erfreulicher Konsequenz fort. Gleichzeitig zeigt dieser Fall auch, dass vorschnelle Beurteilungen eines solchen Falles vermieden

werden sollten, da aufgrund der Entbehrlichkeit der Nacherfüllungsfrist dem Käufer hier ein Schadensersatzanspruch zugesprochen werden konnte, es auf die streitige Frage nach dem Aufwendungsersatz für eine übereilte Ersatzvornahme daher an und für sich überhaupt nicht ankam. Es ist daher weiter damit zu rechnen, dass derartige Fallkonstellationen zum Gegenstand von Examensaufgaben ausgewählt werden.

Vertiefungshinweise:

- Kein Aufwendungsersatz nach eigenmächtiger Ersatzvornahme: *BGH*, RA 2005, 262 = *NJW* 2005, 1348; vorangegangene Berufungsentscheidung: *LG Gießen*, RA 2004, 578 = *NJW* 2004, 2906
- Kritisch zu obiger Rechtsprechung und für Anspruch aus § 326 II 2, IV i. V. m. § 346 I BGB: *Lorenz*, *NJW* 2005, 1321
- Für Aufwendungsersatz aus unberechtigter GoA: *Oechsler*, *NJW* 2004, 1825

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Augen auf beim Mustangkauf"
- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"

Leitsatz:

Beim Kauf eines Tieres können besondere Umstände, die nach § 437 Nr. 3 i. V. m. § 281 II BGB die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruches statt der Leistung rechtfertigen, dann vorliegen, wenn der Zustand des Tieres eine unverzügliche tierärztliche Behandlung als Notmaßnahme erforderlich erscheinen lässt, die vom Verkäufer nicht rechtzeitig veranlasst werden könnte.

Sachverhalt:

Die Parteien streiten um Erstattung der Kosten für die tierärztliche Behandlung eines Hundes, den der Kl. vom Ehemann der Bekl. gekauft hatte. Mit schriftlichem Kaufvertrag vom 07.09.2002 erwarb der Kl. von dem inzwischen verstorbenen Ehemann der Bekl. einen Terrier-Welpen zum Preis von 390 €. Kurze Zeit nach der Übergabe erkrankte das Tier an blutigem Durchfall, der durch verschiedene Bakterien verursacht worden war. Der Kl. brachte den Welpen am 11.09.2002 zu einer Tierarztpraxis an seinem Wohnort. Für diesen Arztbesuch und für die weiteren tierärztlichen Behandlungen, die sich bis zum 07.10.2002

hinzogen, entstanden dem Kl. Kosten von insgesamt 379,39 €. Zur Begründung des geltend gemachten Anspruchs hat der Kl. vorgetragen, die festgestellte Erkrankung sei ausschließlich auf unzulängliche und unhygienische Haltung und Behandlung des Welpen vor der Übergabe an ihn, den Kl., zurückzuführen. Er habe mit dem etwa 30 km entfernt wohnenden Ehemann der Bekl. telefonisch Verbindung aufnehmen wollen; dabei habe er die Bekl. von der Erkrankung des Welpen in Kenntnis gesetzt und diese habe ihm zum Abwarten geraten. Im übrigen sei eine Fristsetzung zur "Nachbesserung" entbehrlich gewesen, weil Gefahr im Verzug bestanden habe. Das AG hat der zuletzt auf 576,39 € gerichteten Klage stattgegeben und die Berufung zugelassen. Nachdem der Kl. die Klage in Höhe eines Betrages von 179,00 € zurückgenommen hatte, hat das LG die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat ausgeführt:

Dem Kl. stehe gegen die Bekl. als Rechtsnachfolgerin ihres verstorbenen Ehemannes (§ 1922 BGB) ein Anspruch auf Ersatz der für die Behandlung des Welpen angefallenen und noch geltend gemachten Tierärztkosten in Höhe von 379,39 € zu. Ein solcher Anspruch des Kl. ergebe sich allerdings nicht, wie das AG angenommen habe, aus §§ 437, 440, 281 BGB, da der Kl. den Ehemann der Bekl. nicht zur Nacherfüllung aufgefordert habe. Entgegen der Ansicht des AG sei es für den Kl. nicht unzumutbar gewesen, sich mit dem erkrankten Welpen zunächst zu dem Ehemann der Bekl. zu begeben, um dort eine Heilbehandlung des Tieres zu verlangen, so dass ein Nacherfüllungsverlangen mit entsprechender Fristsetzung entbehrlich gewesen wäre. Soweit es aus Gründen des Tierschutzes aus Sicht des Kl. geboten gewesen sein könne, keine weitere Zeit verstreichen zu lassen und unverzüglich tierärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, könne dies allenfalls für die erste Notfallbehandlung gelten. Die nicht mehr notfallmäßigen - wenn auch objektiv erforderlichen - Anschlussbehandlungen hätten ohne weiteres von dem Ehemann der Bekl. veranlasst werden können, auch wenn dieser seinerseits einen Tierarzt hätte einschalten müssen, wie die Sachverständige bei der mündlichen Erläuterung ihres Gutachtens im Termin vor dem AG ausgeführt habe. Jedenfalls hinsichtlich der Anschlussbehandlungen könne eine Aufforderung zur Nachbesserung mit Fristsetzung nicht als entbehrlich angesehen werden.

Dem Kl. stehe aber ein Anspruch auf Ersatz der aufgewendeten Behandlungskosten zu, weil diese den Kosten entsprächen, die der Ehemann der Bekl. selbst zur

ordnungsgemäßen Nacherfüllung hätte aufwenden müssen. Ein derartiger Anspruch auf Ersatz der Kosten, die der Käufer für eine sonst erforderliche eigene Mängelbeseitigung erspart habe, sei zwar nicht in direkter oder zumindest analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB begründet. Der Anspruch sei jedoch über § 684 BGB aus dem Bereicherungsrecht herzuleiten. Der Käufer handle bei einer selbst vorgenommenen Nacherfüllung in der Regel mit Fremdgeschäftswillen. Diese Fremdgeschäftsführung, die allerdings nicht nach § 683 S. 1 BGB berechtigt sei, da sie weder dem (mutmaßlichen) Willen des Verkäufers entspreche noch in seinem objektiven Interesse liege, verpflichte den Verkäufer zur Herausgabe der Bereicherung. Danach könne der Käufer nur die Aufwendungen ersetzt verlangen, die der Verkäufer selbst erspart habe und die auch von ihm nach § 439 II BGB zu tragen gewesen wären. Da nach den Erläuterungen der Sachverständigen die durchgeführten Behandlungen zur Genesung des Tieres erforderlich gewesen seien und zwingend von einem Tierarzt hätten erbracht werden müssen, nicht also beispielsweise vom Ehemann der Bekl. selbst hätten erbracht werden können, seien die von diesem ersparten Aufwendungen (ausnahmsweise) identisch mit den beim Kl. für die tierärztliche Behandlung entstandenen Kosten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis, nicht aber in der Begründung stand. Der Kl. kann von der Bekl. unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung Ersatz seiner Aufwendungen für die tierärztliche Behandlung des Welpen verlangen; eine vorherige (erfolglose) Nachfristsetzung war unter den besonderen Umständen des Falles ausnahmsweise entbehrlich (§§ 281 I 1, II 2. Halbs., 280, 437 ff. BGB).

I. Kein Anspruch des Käufers auf Aufwendungsersatz nach eigenmächtiger Mängelbeseitigung

Zu Recht ist das BerGer. davon ausgegangen, dass der Kl. bei Nichtbeachtung der Voraussetzungen der §§ 437 f. BGB für einen kaufrechtlichen Schadensersatzanspruch auch nicht in direkter oder analoger Anwendung des § 326 IV, II 2 BGB Erstattung der von dem Ehemann der Bekl. ersparten Behandlungskosten verlangen könnte. Wie der Senat in seiner nach Erlass des Berufungsurteils ergangenen Entscheidung vom 23.02.2005 (VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348 = WM 2005, 945, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) ausgesprochen hat, setzt der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB voraus, dass der Käufer dem Verkäufer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat, soweit nicht einer der gesetzlich geregelten Ausnahmetatbestände eingreift. Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine

erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er auch nicht gemäß § 326 II 2, IV BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für eine Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern. Zur Begründung hat der Senat darauf hingewiesen, dass die §§ 437 ff. BGB insoweit abschließende Regelungen enthalten, die auch einen Anspruch auf Herausgabe ersparter Aufwendungen in unmittelbarer bzw. analoger Anwendung des § 326 II 2 BGB ausschließen; anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat. Zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt. An diesem Ergebnis ist trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik (Gsell, ZIP 2005, 922; Lorenz, NJW 2005, 1321; Bydlinski, ZGS 2005, 129; Katzenstein, ZGS 2005, 184; zustimmend dagegen: Dauner-Lieb, ZGS 2005, 169; Sutschet, JZ 2005, 574; Luckey, BGH-Report, 2005, 751) festzuhalten.

Nicht gefolgt werden kann jedoch der Auffassung des BerGer., dem Käufer sei bei einer den kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften nicht entsprechenden eigenmächtigen Nachbesserung ein Anspruch nach §§ 684 S. 1, 812 BGB auf Ersatz der von dem Verkäufer ersparten Mängelbeseitigungskosten zuzubilligen. Der abschließende Charakter der in den §§ 437 ff. BGB normierten Rechte des Käufers bei Mängeln (Senatsurteil aaO. unter II, 2 b) verbietet nicht nur eine unmittelbare oder analoge Anwendung des § 326 II 2 BGB, sondern ebenso den vom BerGer. gewählten Weg eines Aufwendungsersatzes nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag in Verbindung mit dem Bereicherungsrecht (Senatsurteil aaO. unter II, 2 c).

II. Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB

Das Urteil erweist sich jedoch aus einem anderen Grund als richtig (§ 561 ZPO).

Der Kl. kann unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung die Erstattung seiner Aufwendungen für die tierärztliche Behandlung verlangen. Nach §§ 437 Nr. 3, 281 II BGB ist die nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung unter anderem dann entbehrlich, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. Ein solcher Ausnahmefall ist hier gegeben.

1. Sofortige tierärztliche Behandlung des Hundes am 11.09.2002 geboten

Das BerGer. selbst schließt es nicht aus, dass die unverzügliche Inanspruchnahme tierärztlicher Hilfe

schon aus Gründen des Tierschutzes geboten war. Nach den getroffenen Feststellungen ist mit dem AG sogar davon auszugehen, dass es sich bei der ersten tierärztlichen Behandlung am 11.09.2002 um eine Notfallmaßnahme handelte, die aus damaliger Sicht keinen Aufschub duldete und auch einen Transport des erkrankten Hundes zum Wohnort des Ehemannes der Bekl. nicht zuließ. Wie die Sachverständige nach den Feststellungen des AG, auf die das BerGer. Bezug genommen hat, in ihrem schriftlichen Gutachten und bei ihrer mündlichen Anhörung erläutert hat, war die sofortige tierärztliche Behandlung bei dem Welpen geboten und erforderlich, auch wenn sich bei der Erstuntersuchung herausstellte, dass eine lebensbedrohliche Erkrankung nicht vorlag. Unter diesen Umständen war der Kl. nicht gehalten, und es war ihm auch nicht zumutbar, mit dem kleinen Tier im Auto eine Strecke von 30 km zurückzulegen, um den Welpen zu dem Ehemann der Bekl. zurückzubringen, damit dieser nunmehr die nötigen tierärztlichen Untersuchungen selbst einleiten konnte. Nach der in § 281 II BGB vorgeschriebenen Interessenabwägung ist diese etwa dann zugunsten des Käufers vorzunehmen, wenn bei einem mit der Nachfristsetzung notwendigerweise verbundenen Zeitverlust ein wesentlich größerer Schaden droht als bei einer vom Gläubiger sofort vorgenommenen Mängelbeseitigung (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 140; ebenso Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 281 Rz. 15). Dieser Gedanke ist auch für den vorliegenden Fall heranzuziehen, in dem bei einem Zeitverlust die Gefahr eines größeren Schadens drohte und überdies Gesichtspunkte des Tierschutzes ein sofortiges Handeln erforderlich machten.

2. Auch Kosten der Anschlussbehandlung ohne vorherige Nachfrist ersatzfähig

Durfte der Kl. danach die tierärztliche Behandlung des erkrankten Welpen am 11.09.2002 veranlassen, ohne vorher den Verkäufer zur Durchführung einer solchen Maßnahme innerhalb einer bestimmten Frist aufgefordert zu haben, so gilt dies in gleicher Weise auch für die weiteren notwendigen tierärztlichen Behandlungstermine. Eine Aufforderung des Verkäufers zur weiteren Nachbesserung mit der Möglichkeit, den behandelnden Tierarzt zu wechseln, war unter Abwägung der beiderseitigen Interessen nach § 281 II BGB entbehrlich. Ob bei einer in mehreren Schritten vorzunehmenden Beseitigung eines Mangels einer anderen Sache - etwa bei einer umfangreicheren Autoreparatur - der Käufer nach einer von einem Dritten durchgeführten Notmaßnahme nunmehr wieder den Verkäufer einschalten muss, kann offen bleiben. Bei der medizinischen Behandlung eines akut erkrankten Tieres, insbesondere eines Hundewelpen, die sich über einen Zeitraum von 4 Wochen hinzieht, erscheint bei der gebotenen Interessenabwägung ein derartiger Wechsel für den Käufer unzumutbar und unzumutbar. Das

gilt umso mehr, als sich die Kosten der Behandlung - absehbar - in Grenzen hielten und nach den Feststellungen des BerGer. in gleicher Höhe auch angefallen wären, wenn der Ehemann der Bekl. nach entsprechender Aufforderung des Kl. die medizinisch gebotene weitere Behandlung des Welpen veranlasst hätte. Bei einem Wechsel des Tierarztes wären möglicherweise

sogar Mehrkosten entstanden, weil dieser nicht an eine eigene Erstuntersuchung hätte anknüpfen können.

III. Zurückweisung der Revision

Nach alledem stellt sich das Berufungsurteil im Ergebnis als richtig dar. Die Revision ist deshalb zurückzuweisen.

Standort: Kaufrecht

Problem: Vertretenmüssen des Verkäufers

BGH, URTEIL VOM 22.06.2005
VIII ZR 281 / 04 (NJW 2005, 2852)

Problemdarstellung:

Der Kl. machte in diesem Prozess insbesondere die Kosten für eine Operation zur Beseitigung einer Fehlstellung des Sprunggelenks des bei dem Bekl. gekauften Rauhaardackels geltend. Diese zuvor vom Kl. ausdrücklich als Nachbesserung an der gelieferten Kaufsache (vgl. § 90 a BGB) verlangte Maßnahme hatte der Bekl. abgelehnt, statt dessen aber die Rückabwicklung des gesamten Kaufvertrags oder die Herabsetzung des Kaufpreises angeboten. Der Kl. ließ daraufhin die Operation auf seine Kosten durchführen und verlangte die entsprechenden Kosten sodann im Wege des Schadensersatzes ersetzt.

Der BGH sprach ihm dem geltend gemachten Anspruch ab. Hierbei kam es nicht darauf an, ob die Vermutungsregel des § 476 BGB im Falle der Erkrankung einer gekauften Tieres anwendbar oder ausgeschlossen, da mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar, ist. Auch handelte es sich nicht um eine übereilte eigenmächtige Mangelbeseitigung des Käufers, da der beklagte Verkäufer diese zuvor abgelehnt hatte. Der BGH stellte vielmehr darauf ab, dass der die Hundezucht nach den anerkannten Grundsätzen von Wissenschaft und Erfahrung betreibende Bekl. die ihm zur Last gelegte Pflichtverletzung nicht zu vertreten habe, wobei er offen ließ, ob dieses Vertretenmüssen im Falle der §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB auf die Lieferung der mangelhaften Kaufsache oder erst auf die anschließend nicht erbrachte Nacherfüllung zu beziehen ist, da es hier in jedem Fall fehle. Er ließ damit die Chance, eine im Schrifttum zwischenzeitlich ausführlich diskutierte Streitfrage für Ausbildung und Praxis zufriedenstellend zu beantworten, ungenutzt.

Prüfungsrelevanz:

Dieses Urteil spricht mit § 476 BGB, den unterschiedlichen Anknüpfungspunkten für das Vertretenmüssen im Rahmen des Anspruches aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB, der Möglichkeit, ein Vertretenmüssen i. S. d. §§ 280 I 2, 276 BGB oder §§ 311 a II 2, 276 BGB auch aus einer nicht eingehaltenen Beschaffenheitsgarantie herzuleiten, sowie der Abgrenzung

der unterschiedlichen Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung aus § 437 Nr. 3 BGB je nach Art des (behebaren oder unbehebaren) Mangels eine Fülle hochgradig examensrelevanter Probleme des Mangelgewährleistungsrechts an. Leider enttäuschen die Entscheidungsgründe nicht nur wegen der offen gelassenen Frage nach dem Anknüpfungspunkt für das Vertretenmüssen bei behebbarem Mangel, sondern stiften auch insofern Verwirrung, als zunächst § 281 BGB mangels Vertretenmüssens abgelehnt wird, anschließend ausführlich dargelegt wird, warum richtigerweise Unmöglichkeitregeln anzuwenden wären, um dann die Frage des Schadensersatzes wegen Unterlassens der Nacherfüllung noch einmal aufzuwerfen.

Gleichwohl sollte auf die Lektüre des Urteils wegen der erheblichen Examensrelevanz der angesprochenen Fragen nicht verzichtet werden.

Vertiefungshinweise:

- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB nach Montage der Kaufsache durch Dritte: *BGH*, RA 2005, 98 = NJW 2005, 283
- Zur Anwendbarkeit des § 476 BGB bei Gebrauchtwagenkauf: *OLG Celle*, RA 2004, 800 = NJW 2004, 3566

Kursprogramm:

- Examenskurs*: "Der defekte Synthesizer"
- Examenskurs*: "Dolce vita"
- Assessorkurs*: "Der versicherte PKW"
- Assessorkurs*: "Der verunfallte Rolls Royce"

Leitsätze:

1. Zum Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung (§ 437 Nr. 3 BGB) bei einem Tierkauf und zur Entlastung des Verkäufers (hier: eines Hundezüchters) gegenüber diesem Anspruch (§ 280 I 2, § 311 a II 2 BGB).

2. Die Operation eines Tieres, die einen körperlichen Defekt nicht folgenlos beseitigen kann, sondern andere, regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken für das Tier selbst erst hervorruft, stellt keine Beseitigung des Mangels im Sinne des § 439 I BGB dar.

Sachverhalt:

Der Kl. zu 2 (im folgenden Kl.) kaufte von dem Bekl., der seit mehr als 30 Jahren die Hundezucht als Hobby betreibt, am 16.06.2002 einen zwei Monate alten Rauhaardackelwelpen zum Preis von 500,00 €. Er ließ den Welpen in den folgenden Monaten mehrfach tierärztlich untersuchen. Der Hund wurde unter anderem gegen Wurmbefall behandelt; am 04.10.2002 wurden ihm zwei Milchzähne gezogen. Am 11.10.2002 stellte die behandelnde Tierärztin bei einer weiteren - ihrer achten - Untersuchung eine Fehlstellung des Sprunggelenks der rechten Hintergliedmaße fest, die zu einer übermäßigen O-Beinigkeit des Dackels führt. Nach einer den Befund bestätigenden Röntgenuntersuchung vom 17.10.2002 forderte der Kl. den Bekl. mit anwaltlichem Schreiben vom 14.11.2002 auf, zur Korrektur der - nach der Behauptung des Kl. genetisch bedingten - Fehlstellung des Hinterbeins eine operative Behandlung des Hundes zu veranlassen, die voraussichtlich 1200,00 € kosten werde. Der Bekl. lehnte dies ab, bot aber seinerseits an, den Hund gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzunehmen oder den Kaufpreis zu mindern. Dies lehnte der Kl. ab. Bei der am 25.11.2002 im Auftrag des Kl. durchgeführten Operation wurde die Fehlstellung des Sprunggelenks durch eine sogenannte Korrekturosteotomie beseitigt, indem am Schienbein des Dackels eine Lochplatte mit sechs Schrauben eingesetzt wurde, die dort verbleibt. Die Operation hat zur Folge, dass der Hund zweimal jährlich zur Kontrolle des schmerzfreien Sitzes der Platte und des Laufbildes tierärztlich untersucht werden muss. Der Kl. hat von dem Bekl. in seiner - mit der Kl. zu 1 erhobenen - Klage die Erstattung der bis dahin angefallenen Tierarztkosten für die Wurmbehandlung, das Ziehen der Milchzähne und die Operation am Schienbein in Höhe von insgesamt 1.179,06 € nebst Zinsen verlangt und darüber hinaus die Feststellung begehrt, dass der Bekl. die für die erforderlichen Kontrolluntersuchungen zu Lebzeiten des Hundes weiter anfallenden Behandlungs- und Fahrtkosten in Höhe von jährlich 59,52 € zu tragen hat.

Das AG hat die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Berufung des Kl. hat das LG der Klage - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - hinsichtlich der geltend gemachten Kosten für die Operation am Schienbein (1.009,37 € nebst Zinsen) sowie hinsichtlich des Feststellungsantrags stattgegeben. Dagegen richtet sich die vom BerGer. zugelassene Revision des Bekl. mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Aus den Gründen:

Die Revision des Bekl. hat Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

Der Kl. habe Anspruch auf Ersatz der durch die Beseitigung der Fehlstellung des Sprunggelenks verursachten und zukünftig weiter entstehenden Tierarzt- und Fahrtkosten gemäß §§ 281 I, 434, 437 Nr. 3, 440 BGB. Die Veränderungen am Sprunggelenk des Hundes stellten einen Sachmangel im Sinne der §§ 434, 90 a BGB dar, für den der Bekl. ersatzpflichtig sei, weil er nicht den Beweis dafür erbracht habe, dass er den Hund mangelfrei an den Kl. übergeben habe. Hierfür sei der Bekl. gemäß § 476 BGB beweisbelastet. Die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB sei anwendbar, weil der Bekl. Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sei; eine Gewinnerzielungsabsicht sei hierfür nicht erforderlich. Die Vermutung gelte auch für den Tierkauf und sei weder mit der Art der Sache noch mit der Art des Mangels unvereinbar. Nach den Ausführungen des Sachverständigen könnten für die Fehlstellung sowohl genetisch bedingte als auch traumatische Ursachen vorliegen. Da gesicherte Erkenntnisse, ob die Veränderungen als entwicklungs- oder als verletzungsbedingt eingestuft werden müssten, nicht bestünden, gehe dies zu Lasten des Bekl. Anhaltspunkte dafür, dass der Mangel kurzfristig aufgetreten oder auf eine Einwirkung von außen zurückzuführen sei, lägen nicht vor. Zwar habe grundsätzlich die Nacherfüllung Vorrang vor allen anderen Rechtsbehelfen. Diese sei jedoch ausgeschlossen, nachdem der Bekl. die Beseitigung des Mangels selbst nicht innerhalb der Frist vorgenommen habe und die Lieferung einer mangelfreien Sache wegen der inzwischen entstandenen Bindung an den für die Familie angeschafften Hund nicht in Betracht gekommen sei. Unerheblich sei, ob der Bekl. zu Recht die Nachbesserung wegen unzumutbaren Aufwandes verweigern durfte. Denn nachdem der Bekl. die Nachbesserung verweigert habe und die Nachlieferung unmöglich gewesen sei, richte sich der Anspruch gemäß § 437 BGB nach der Wahl des Käufers auf Rücktritt, Minderung und auf Schadensersatz. Der Bekl. habe den Schaden auch zu vertreten. Anhaltspunkte, die ein Vertretenmüssen des Bekl. ausschließen würden und für die der Bekl. darlegungs- und beweisbelastet wäre, seien nicht ersichtlich. Als Züchter habe er für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kl. steht der ihm vom BerGer. zugesprochene Schadensersatzanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB auf Erstattung der für die operative Behandlung des Hundes bereits aufgewendeten und in der Zukunft noch entstehenden Tierarztkosten nicht zu, weil der Bekl. die dafür erforderliche Pflichtverletzung, von der das BerGer. ausgegangen ist, jedenfalls nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2, § 276 BGB). Die Verfahrensrüge der Revision, das BerGer. habe insoweit unter Verstoß gegen § 286 ZPO für die Entla-

stung des Bekl. wesentliche Umstände übergangen und nicht gewürdigt, greift durch.

I. Anwendbarkeit des reformierten Schuldrechts auf den Kaufvertrag vom 16.06.2002

Im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend hat das BerGer. seiner Prüfung die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in der seit dem 01.01.2002 geltenden Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl I, S. 3138) zugrunde gelegt, da der Kaufvertrag am 16.06.2002 zustande gekommen ist (vgl. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB).

II. Kein Anspruch des Kl. gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB - unabhängig von § 476 BGB

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass die Fehlstellung des Sprunggelenks des Tieres als Sachmangel im Sinne der §§ 434, 90 a BGB zu qualifizieren wäre, wenn sie bei Gefahrübergang, also bei der Übergabe des Hundes (§ 446 S. 1 BGB), bereits vorlag. Auch wenden sie sich nicht gegen die aufgrund des Sachverständigengutachtens getroffene Feststellung des BerGer., dass nicht geklärt werden kann, ob das Tier im Zeitpunkt des Gefahrübergangs die später auffällig gewordene Fehlstellung des Sprunggelenks schon aufwies. Streitig ist dagegen, ob aufgrund der beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 BGB) geltenden Beweislastumkehr (§ 476 BGB) im vorliegenden Fall die Vermutung gerechtfertigt ist, dass der Hund bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Auf diese Frage kommt es jedoch für die Entscheidung nicht an. Es kann offen bleiben, ob das BerGer. zu Recht von einem Verbrauchsgüterkauf ausgegangen ist oder ob dem bereits entgegensteht, dass der Beklagte, wie die Revision meint, kein Unternehmer (§ 14 BGB) sei, weil er die Hundezucht als Hobby betreibe, ohne damit Gewinn erzielen zu wollen. Auch bedarf keiner Entscheidung, ob aufgrund der Regelung des § 476 BGB zu vermuten ist, dass die Fehlstellung des Sprunggelenks des Hundes - entsprechend der Behauptung des Kl. - genetisch bedingt und damit bei Übergabe im Keim bereits vorhanden war, oder ob die gesetzliche Vermutung - wie die Revision unter Berufung auf den in § 476 BGB geregelten Ausnahmetatbestand geltend macht - beim Verkauf eines Tieres mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar und deshalb nicht anzuwenden ist. Selbst wenn mit dem BerGer. aufgrund der Vermutung des § 476 BGB anzunehmen wäre, dass der Bekl. einen unter einer anlagebedingten Störung des Knochenwachstums leidenden und damit bei Gefahrübergang nicht mangelfreien Hund übergeben hat, steht dem Kl. der vom BerGer. zuerkannte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht zu. Denn der Bekl. hätte in diesem Fall zwar seine Hauptpflicht aus dem Kaufvertrag zur Verschaffung eines von Sachmängeln freien Tieres (§§ 90 a, 433 I 2 BGB) verletzt. Gleichwohl besteht der vom BerGer.

aus §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB hergeleitete Schadensersatzanspruch nicht, weil der Bekl. die vom BerGer. angenommene Pflichtverletzung nach dem unstreitigen Sachverhalt jedenfalls nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2 BGB).

Das BerGer. ist, ohne dies in Frage zu stellen, von einem behebbaren Mangel ausgegangen und hat gemeint, der Bekl. habe die Verletzung seiner Verkäuferpflicht aus § 433 I 2 BGB deshalb zu vertreten, weil er als Züchter für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen habe. Es kann zunächst dahingestellt bleiben, ob der Mangel behebbbar war (dazu näher unter III. 1. a.-c.) und ob es bei einem behebbaren Mangel - nach erfolglosem Nacherfüllungsbegehren des Käufers - zur Entlastung des Verkäufers (§ 280 I 2 BGB) erforderlich ist, dass der Verkäufer das Vorhandensein des Mangels nicht zu vertreten hat, oder ob es hierfür allein darauf ankommt, dass der Verkäufer die Nichtvornahme oder das Fehlschlagen der Nacherfüllung nicht zu vertreten hat (dazu unter III. 2.). Auch wenn ein Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung schon dann gegeben wäre, wenn der Verkäufer das Vorhandensein des (behebaren) Mangels zu vertreten hat, wäre diese Voraussetzung im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung des BerGer. nicht gegeben.

1. Keine Garantie des Bekl. für die genetischen Merkmale des Hundes

Zu vertreten im Sinne des § 280 I 2 BGB hat der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit, sofern nicht aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie, eine strengere Haftung zu entnehmen ist (§ 276 I 1 BGB). Das BerGer. hat nicht festgestellt, dass der Bekl. eine Garantie für die genetische Beschaffenheit des Hundes (§ 443 BGB) übernommen hat. Anhaltspunkte dafür sind auch weder vom Kl. vorgetragen noch sonst ersichtlich.

2. Keine Fahrlässigkeit des Züchters bei Beachtung der für die Hundezucht gelten wissenschaftlichen Erkenntnisse und Erfahrungen

Auch ein Verschulden - Vorsatz oder Fahrlässigkeit - des Bekl. ist bei dem vorliegenden Sachverhalt zu verneinen, wenn die vier Monate nach der Übergabe erkannte Fehlstellung des Sprunggelenks, wie der Kl. behauptet und das BerGer. aufgrund der Vermutung des § 476 BGB angenommen hat, auf genetischen Ursachen beruhte. Entgegen der Auffassung des BerGer. hat ein Züchter nicht schlechthin für eventuelle genetische Fehler eines Hundes einzustehen. Ein Züchter, der eine Garantie für eine bestimmte Entwicklung des Tieres nicht übernommen hat, hat dessen anlagebedingte Fehlentwicklung zu vertreten, wenn er - abgesehen von der im vorliegenden Fall von vornherein ausschließenden Schuldform des Vorsatzes - für die genetischen Ursachen der Fehlentwicklung deshalb die

Verantwortung zu tragen hat, weil er bei der Zucht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen und dadurch fahrlässig gehandelt hat (§ 276 II BGB). War die Fehlstellung des Sprunggelenks genetisch bedingt, so beruhte sie auf einem schon durch die Zeugung vorgegebenen Defekt der spezifischen, für die Knochenentwicklung maßgeblichen Anlagen des Hundes. Hinsichtlich eines solchen, in der Natur des Tieres begründeten genetischen Fehlers ist dem Züchter keine Fahrlässigkeit vorzuwerfen, wenn er die Zucht nach den dafür geltenden, auf Wissenschaft und Erfahrung beruhenden züchterischen Grundsätzen - *lege artis* - betreibt. Von einem Verstoß des Bekl. dagegen kann hier, wie die Revision zu Recht hervorhebt, nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht ausgegangen werden, so dass es weitergehenden Vortrags des Bekl. zu seiner Entlastung (§ 280 I 2 BGB) nicht bedurfte. Es besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass dem Bekl. ein Zuchtfehler nicht vorzuwerfen ist. Der Bekl. betreibt die Hundezucht seit mehr als 30 Jahren, hat damit zahlreiche nationale und internationale Auszeichnungen gewonnen und verkauft jedes Jahr etwa 50 Welpen im In- und Ausland. Er ist im Deutschen Teckelclub als seriöser Züchter anerkannt und war selbst als Zuchtwart tätig. Daraus ergibt sich, dass der Bekl. die Hundezucht mit der erforderlichen Sachkunde und Professionalität betreibt. Gegen ein Verschulden des Bekl. im konkreten Fall spricht darüber hinaus insbesondere, dass nicht zu ersehen ist, wie der Bekl. als Züchter den (vermuteten) genetischen Defekt dieses einzelnen Welpen hätte vorhersehen und verhindern können. Bei den übrigen drei Welpen des Wurfs, aus dem der vom Kl. gekaufte Welpe stammt, ist keine entsprechende Fehlstellung des Sprunggelenks aufgetreten; die Knochen der anderen Hunde haben sich normal entwickelt. Damit fehlt jede tatsächliche Grundlage für den Schuldvorwurf, der Bekl. habe hinsichtlich des spezifischen genetischen Fehlers, von dem das BerGer. bei dem vom Kl. gekauften Welpen aufgrund der Vermutung des § 476 BGB ausgegangen ist, in züchterischer Hinsicht nicht die erforderliche Sorgfalt beobachtet und dadurch die anlagebedingte Fehlentwicklung gerade dieses Hundes fahrlässig verursacht.

3. Keine Erkennbarkeit eines genetischen Defekts bei Übergabe des Hundes

Im übrigen hat das BerGer. zu Recht nicht darauf abgestellt, dass der Bekl. die Verletzung seiner Verkäuferpflicht zur Verschaffung eines von Sachmängeln freien Tieres etwa deshalb zu vertreten hätte, weil die anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums für ihn erkennbar gewesen wäre, bevor er den Hund am 16.06.2002 an den Kl. verkaufte und übergab. Auch insoweit kann dahingestellt bleiben, ob es bei einem behebbaren Mangel für das Vertretenmüssen als Voraussetzung des Anspruchs aus §§ 280, 281

BGB auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe ankommt oder ob sich der Verkäufer allein im Hinblick auf die Nichtvornahme oder das Fehlschlagen der Nachbesserung (§ 439 BGB) zu entlasten hat. Selbst wenn es insoweit auf die Erkennbarkeit des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe ankäme, hätte der Bekl. die vom BerGer. angenommene Verletzung der Pflicht aus § 433 I 2 BGB nicht zu vertreten. Denn eine anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums des Hundes war, wie der Senat aufgrund des insoweit unstreitigen Sachverhalts selbst beurteilen kann, am 16.06.2002 - dem Tag des Verkaufs und der Übergabe - für den Bekl. als Verkäufer jedenfalls noch nicht erkennbar. Dafür spricht nicht nur, dass der Bekl. die vor dem Verkauf eines Welpen üblichen Untersuchungen - auch durch den Zuchtwart - hatte durchführen lassen, ohne dass sich Beanstandungen ergeben hatten, sondern vor allem auch, daß die Tierärztin des Kl., die den Hund kurz nach der Übergabe und danach noch mehrfach untersuchte, die Fehlstellung des Sprunggelenks erst vier Monate nach der Übergabe bei ihrer achten Untersuchung des Dackels bemerkte. Selbst wenn die in der Wachstumsphase allmählich sich entwickelnde Fehlstellung des Sprunggelenks im Zeitpunkt der Übergabe, als der Welpe zwei Monate alt war, etwa mit Hilfe einer Röntgendiagnostik im Ansatz schon erkennbar gewesen sein sollte, wäre der Bekl. zu einer solchen Untersuchung des Hundes ohne greifbare Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Röntgendiagnostik nicht verpflichtet gewesen.

III. Kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auf anderer Rechtsgrundlage

Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Dem Kl. steht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung hinsichtlich keiner der hierfür sonst noch in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu. Denn der Bekl. hat die vom BerGer. angenommene Verletzung der Pflicht zur Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 433 I 2 BGB) im Hinblick auf den vom Kl. behaupteten und vom BerGer. zugrunde gelegten genetischen Defekt des Hundes unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu vertreten (§ 276 I BGB).

1. Kein Schadensersatz statt der Leistung nach Unmöglichkeitregeln

Als Anspruchsgrundlage für den vom Kl. geltend gemachten Schadensersatzanspruch sind auch die Vorschriften über den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung im Falle der Unmöglichkeit in Betracht zu ziehen. Denn gegen die dem Berufungsurteil zugrunde liegende Annahme, dass es sich bei der anlagebedingten Fehlentwicklung des Knochenwachstums um einen behebbaren Mangel gehandelt habe, bestehen durchgreifende Bedenken. Die Voraussetzungen

für einen Anspruch aus § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 283 BGB oder § 311 a BGB sind jedoch im Ergebnis gleichfalls nicht erfüllt.

a. Operation wegen verbleibender gesundheitlicher Risiken keine Mangelbeseitigung

Der vorgegebene genetische Defekt, in dem das BerGer. die Ursache der Fehlentwicklung gesehen hat, konnte durch die operative Behandlung des Hundes nicht beseitigt werden und ist dadurch auch nicht beseitigt worden. Operativ korrigiert wurden zwar die Fehlstellung des Sprunggelenks und damit die übermäßige O-Beinigkeit des Dackels. Durch die Operation wurde der Hund aber nicht in einen vertragsgemäßen Zustand (§ 433 I 2 BGB) versetzt, wie es § 439 BGB für die Mangelbeseitigung als eine der beiden Modalitäten der Nacherfüllung verlangt (MünchKommBGB/Westermann, 4. Aufl., § 439 Rz. 9). Vielmehr wurde die Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes des Hundes mit einem anderen Sachmangel erkaufte. Der Hund hat seit dem Eingriff einen - durch die am Schienbein verschraubte Platte - künstlich veränderten Knochenbau und muß mit den damit dauerhaft verbundenen gesundheitlichen Risiken leben, die jedenfalls so gewichtig sind, dass sie halbjährlich tierärztliche Kontrolluntersuchungen erfordern. Der Hund bleibt damit lebenslang nicht frei von Mängeln im Sinne der §§ 90 a, 434 BGB. Eine Maßnahme, die - wie die hier durchgeführte Operation - den körperlichen Defekt eines Tieres nicht folgenlos beseitigen kann, sondern andere, regelmäßig zu kontrollierende gesundheitliche Risiken selbst erst hervorruft, ist zu einer nachhaltigen Beseitigung des Mangels nicht geeignet und stellt deshalb keine Mangelbeseitigung im Sinne des § 439 BGB dar. Um einen als geringfügig anzusehenden und deshalb zu vernachlässigenden Fehler, der bei einer nicht vollständig möglichen Mangelbeseitigung unter Umständen noch hinzunehmen sein soll und den Bestand des Nacherfüllungsanspruchs gegebenenfalls nicht berührt (so Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB (2004), § 439 Rz. 38), handelt es sich bei der am Schienbein verschraubten Platte und den damit verbundenen gesundheitlichen Risiken jedenfalls nicht. Da andere Maßnahmen als die durchgeführte Operation nach dem eigenen Vorbringen des Kl. nicht zur Verfügung standen, war eine den Anforderungen des § 439 I BGB entsprechende Beseitigung der anlagebedingten Fehlentwicklung nicht möglich, der Mangel als solcher also nicht behebbar.

b. Keine Möglichkeit der Nacherfüllung durch Nachlieferung

Darüber hinaus war nach den unangegriffenen Feststellungen des BerGer. im vorliegenden Fall auch die Lieferung einer mangelfreien Sache als andere Modalität der Nacherfüllung (§ 439 I BGB) nicht möglich. Das BerGer. hat hierzu ausgeführt, dass die Lieferung

eines anderen - gesunden - Welpen wegen der nach fünf Monaten entstandenen Bindung an den als Familienhund angeschafften Dackel nicht in Betracht kam. Diese Feststellung wird im Revisionsverfahren nicht angegriffen und ist damit für den Senat bindend.

c. Anfängliche Unmöglichkeit bei genetischem Defekt des Hundes

Somit konnte der Bekl. seine Verpflichtung zur Lieferung eines mangelfreien Tieres (§ 433 I 2 BGB) weder durch Beseitigung des Mangels noch durch Ersatzlieferung erfüllen. Es liegt damit der Fall einer Unmöglichkeit vor, in dem der Sachmangel durch keine der beiden Modalitäten der Nacherfüllung behebbar ist und sich der Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung nicht nach den Vorschriften der §§ 437 Nr. 3, 440, 280, 281 BGB, sondern nach §§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB oder §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB richtet (vgl. dazu S. Lorenz, NJW 2002, 2497, 2500 ff.). Aus der Nichtbehebbarkeit des Mangels folgt für einen daran anknüpfenden Anspruch des Käufers auf Schadensersatz statt der Leistung, dass es für die Frage des Vertretenmüssens darauf ankommt, ob das Leistungshindernis von Anfang an bestand (§§ 437 Nr. 3, 311 a BGB) oder erst nach Abschluss des Kaufvertrages entstanden ist (§§ 437 Nr. 3, 280, 283 BGB). Das BerGer. ist - entsprechend der Behauptung des Kl. - aufgrund der Vermutung des § 476 BGB davon ausgegangen, dass die Fehlstellung am Sprunggelenk des Hinterbeins genetisch bedingt war. Nach seinen von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen liegen Umstände dafür, dass die Fehlstellung auf eine Einwirkung von außen zurückzuführen sei, nicht vor. Danach scheidet eine (sowohl vor als auch nach Vertragsschluss denkbare) Verletzung des Hundes als mögliche Ursache für die Störung des Knochenwachstums aus. Wegen einer genetisch bedingten - und damit jedenfalls vor Vertragsschluss entstandenen - Störung des Knochenwachstums richtet sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB; ein solcher Anspruch besteht im vorliegenden Fall aber nicht, weil der Bekl. - wie oben unter II 2 d ausgeführt - das Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat (§ 311 a II 2 BGB).

2. Keine weitere Möglichkeit, an die durch den Bekl. abgelehnte Nacherfüllung anzuknüpfen

Ein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung besteht auch nicht im Hinblick auf das Nacherfüllungsbegehren des Kl., dem der Bekl. nicht nachgekommen ist. Dies gilt hinsichtlich beider Modalitäten der Nacherfüllung (§ 439 I BGB).

a. Noch einmal: Anfängliche Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Da die vom Kl. verlangte Beseitigung des Mangels,

wie unter III. 1. c. ausgeführt, von Anfang an unmöglich war, ist der Bekl. nicht nur von seiner Leistungspflicht aus § 433 I 2 BGB frei geworden, sondern ebenso von seiner aus § 439 BGB sich ergebenden Verpflichtung, den Mangel im Wege der Nacherfüllung zu beseitigen (§ 275 I BGB). Ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 311 a BGB besteht damit auch unter dem Gesichtspunkt nicht vorgenommener Mangelbeseitigung nicht, weil der Bekl. das (anfängliche) Leistungshindernis - die genetisch bedingte Störung des Knochenwachstums - aus den unter II. 4. dargelegten Gründen bei Vertragsschluss nicht kannte und seine Unkenntnis nicht zu vertreten hatte (§ 311 a II 2 BGB).

b. Recht des Bekl., eine teilweise Mangelbeseitigung nach § 275 II BGB zu verweigern

Zu keinem anderen Ergebnis würde die Erwägung führen, dass die Operation, die der Kl. vom Bekl. gefordert hatte, zumindest dazu geeignet war, die Fehlstellung des Sprunggelenks zu korrigieren und dadurch wenigstens zu einer Verbesserung des mangelhaften Zustandes beizutragen. Ließe man eine solche partielle Behebbarkeit des Mangels für den Anspruch des Käufers auf Nacherfüllung genügen (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, aaO), so könnte sich der Bekl. zwar nicht auf eine Befreiung von seiner Verpflichtung zur Mangelbeseitigung unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit (§ 275 I BGB) berufen. Es käme dann aber darauf an, ob er die von ihm zur (teilweisen) Mangelbeseitigung verlangte Maßnahme wegen Unzumutbarkeit verweigern durfte (§ 439 III, § 275 II und III BGB). Dies ist zu bejahen. Es kann dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen ein Verkäufer die vom Käufer geforderte Mangelbeseitigung schon wegen unverhältnismäßiger Kosten verweigern darf (§ 439 III 1 und 2 BGB). Denn dem Bekl. war es - unabhängig von den Kosten - schon wegen des weiteren Aufwandes, den die vom Kl. geforderte Maßnahme nach sich zog, nicht zuzumuten, sich hierauf einzulassen. Nach § 275 II BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Diese Voraussetzungen sind, wie der Senat selbst beurteilen kann, im vorliegenden Fall gegeben. Unzumutbar war der Aufwand, den die Operation des Hundes erforderte, für den Bekl. allerdings nicht schon deshalb, weil er die Operation nicht selbst vornehmen konnte, sondern einen darauf spezialisierten Tierarzt hätte suchen und damit beauftragen müssen. Der mit der Operation verbundene Aufwand war dem Bekl. aber nicht zuzumuten, weil es nicht damit getan gewesen wäre, dass der Bekl. den Hund bei einem Spezialisten hätte operieren lassen. Vielmehr erforderte die Operation, wie von

vornherein absehbar war, regelmäßige tierärztliche Kontrolluntersuchungen zur Überwachung der Risiken, die eine am Schienbein des Hundes verschraubte und dort verbleibende Platte für die Gesundheit des Hundes zwangsläufig zur Folge hat. Auch diese Kontrolluntersuchungen hätte der Bekl. selbst zu veranlassen gehabt, wenn er die Operation als (noch mögliche) Nacherfüllung im Sinne des § 439 BGB schuldete. Dies überstieg auch unter Berücksichtigung des Leistungsinteresses des Kl. den für den Bekl. noch zumutbaren Aufwand. Der Bekl. brauchte sich nicht auf eine Maßnahme einzulassen, die den Hund nicht in einen vertragsgemäßen Zustand versetzen konnte, die ihrerseits mit nicht unerheblichen gesundheitlichen Risiken für das Tier verbunden war und die deshalb für den Bekl. - während der gesamten Lebensdauer des Tieres - halbjährliche tierärztliche Kontrolluntersuchungen und darüber hinaus unabsehbaren weiteren Aufwand zur Folge gehabt hätte, wenn die am Schienbein verschraubte Platte zu Komplikationen führte. Dabei fällt bei der Frage der Zumutbarkeit zugunsten des Bekl. auch ins Gewicht, dass dieser die anlagebedingte Fehlentwicklung des Knochenwachstums, wie ausgeführt, nicht zu vertreten hatte (§ 275 II 2 BGB). Unter Berücksichtigung all dessen bestand ein grobes Missverhältnis zwischen dem Interesse des Kl. an einer Korrektur des äußeren Erscheinungsbildes des Hundes - weitergehende Auswirkungen des genetischen Defekts (etwa auf die Gesundheit des Hundes) hat der Kl. nicht vorgetragen - und dem Aufwand, den der Kl. von dem Bekl. zur ohnehin nur teilweise möglichen Beseitigung des Mangels verlangte (§ 275 II 1 BGB). Das Interesse des Kl. war unter diesen Umständen durch seine sonstigen Rechte auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB) - wie vom Bekl. angeboten - ausreichend gewahrt. War danach die vom Kl. geforderte Mangelbeseitigung wenn nicht schon von Anfang an unmöglich, so doch jedenfalls für den Bekl. unzumutbar, so besteht ebenfalls kein Anspruch des Kl. auf Schadensersatz statt der Leistung wegen der vom Bekl. (zu Recht) verweigerten Nacherfüllung. Zwar enthält die Vorschrift des § 437 Nr. 3 BGB in Verbindung mit §§ 280, 283 BGB beziehungsweise § 311 a BGB eine Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch bei an sich möglicher, aber nach § 275 II BGB unzumutbarer Nacherfüllung. Einem daraus etwa abzuleitenden Anspruch des Kl. stünde aber jedenfalls entgegen, dass der Bekl. auch insoweit die für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung maßgeblichen Umstände nicht zu vertreten hat (§ 280 I 2, § 311 a II 2 BGB).

c. Unmöglichkeit auch der Nachlieferung ebenfalls nicht durch den Bekl. zu vertreten

Schließlich besteht ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auch nicht hinsichtlich der anderen Modalität der Nacherfüllung, der Verpflichtung zur

Ersatzlieferung. Von dieser Verpflichtung ist der Bekl., wie unter III. 1. b. ausgeführt, dadurch frei geworden, dass die Lieferung eines anderen Welpen nach den von den Parteien nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. wegen der zwischenzeitlich entstandenen persönlichen Bindung des Kl. an den "mangelhaften" Welpen unmöglich geworden war (§ 275 I BGB). Ein nachträgliches Unmöglichwerden der Nacherfüllung vermag zwar einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung auszulösen (§§ 437 Nr. 3, 280 I, 283 BGB); ein solcher Anspruch scheidet hier aber jedenfalls daran, dass der Bekl. das entstandene Leistungshindernis - die emotionale Bindung des Kl. an den gekauften Welpen - ebenfalls nicht zu vertreten hat (§ 276 I BGB).

IV. Kein Geltendmachung der Rechte aus § 437 Nr. 2 BGB

Danach steht dem Kl. der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, weil der Bekl. die etwaige Verletzung seiner Verkäuferpflicht aus § 433 I 2 BGB, von der das BerGer. aufgrund der Vermutung des § 476 BGB ausgegangen ist, hinsichtlich aller da-

für in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen nicht zu vertreten hat. Die Rechte des Käufers auf Rücktritt vom Kaufvertrag oder Minderung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 BGB), die im Gegensatz zum Schadensersatzanspruch eine vom Bekl. zu vertretende Pflichtverletzung nicht voraussetzen, macht der Kl. nicht geltend. Ein dahingehendes vorprozessuales Angebot des Bekl. hat er abgelehnt.

V. Aufhebung des Berufungsurteils und Sachentscheidung nach § 563 III ZPO

Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit es der Klage stattgibt, keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist zur Endentscheidung reif, da es keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf. Daher ist das Berufungsurteil aufzuheben, und die Berufung des Kl. gegen das erstinstanzliche Urteil ist insgesamt zurückzuweisen (§§ 562 I, 563 III ZPO). Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 565, 516 III 1 ZPO. Dabei war hinsichtlich der Kosten des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen, dass die gegenüber der Kl. zu 1 zurückgenommene Revision des Bekl. hinsichtlich der Gerichts- und Anwaltsgebühren keine Mehrkosten verursacht hat.

Standort: Deliktsrecht

Problem: Herstellerbegriff des § 4 ProdHaftG

BGH, URTEIL VOM 21.06.2005
VI ZR 238 / 03 (NJW 2005, 2695)

Problemdarstellung:

Die klagende Krankenkasse machte hier aus übergegangenem Recht (§ 116 SGB X) Schadensersatzansprüche eines bei ihr Versicherten geltend, der schwere Verbrennungen erlitten hatte, nachdem ihm beim Nachsprühen eine Flasche mit Grillanzünder in der Hand explodiert war. Die Flasche trug den ausdrücklichen Hinweis, dass das enthaltene Produkt zum Nachsprühen geeignet und dabei ungefährlich sei.

Schwierigkeiten bereitete die Tatsache, dass den Resten der explodierten Flasche nicht mehr sicher zu entnehmen war, wer als Hersteller des Produkts angegeben war. Hier kam sowohl die Bekl. als auch eine 1993 aufgelöste Gesellschaft in Betracht, die zuvor entsprechende Produkte unter demselben Produktnamen auf den Markt gebracht hatte. Die Kl. behauptete, die Bekl. sei bereits Herstellerin gewesen und trat der Darstellung der Bekl., wonach es sich bei der Flasche noch um Restposten aus Altbeständen der zwischenzeitlich aufgelösten Gesellschaft gehandelt habe, entgegen. Der BGH hatte sich demzufolge mit dem Herstellerbegriff des § 4 ProdHaftG ausführlich zu befassen, da eine Haftung der Bekl. sowohl als tatsächliche Herstellerin nach § 4 I 1 ProdHaftG in Betracht kam, als auch bei Auslieferung noch von der Altgesellschaft hergestellter Ware unter Angabe ihres Namens als

Quasi-Herstellerin gem. § 4 I 2 ProdHaftG sowie als Lieferantin gem. § 4 III ProdHaftG für den Fall, dass Altbestände unter Angabe der Altgesellschaft von ihr ausgeliefert und die Vertriebswege nicht innerhalb der Monatsfrist des § 4 III ProdHaftG offengelegt wurden.

Der BGH stellt klar, dass es für die Herstellereigenschaft nach § 4 I 1 ProdHaftG allein auf die tatsächliche Beteiligung am Herstellungsprozess ankommt, nicht jedoch darauf, ob diese beim Inverkehrbringen des Produkts erkennbar war. Das für die Haftung als Quasi-Hersteller maßgebliche "sich als Hersteller ausgeben" (§ 4 I 2 ProdHaftG) kann auch durch ein nachträgliches Einverständnis mit der Anbringung des eigenen Namens oder Markenzeichens auf dem Produkt geschehen, muss sich allerdings konkret auf das schadensstiftende Produkt bezogen haben.

Prüfungsrelevanz:

Die durch das am 01.01.1990 in Kraft getretene ProdHaftG statuierte Gefährdungshaftung des Herstellers für gefährliche Produkte ist neben die Verschuldenshaftung aus § 823 I BGB i. V. m. den einen Produzenten treffenden Verkehrssicherungspflichten getreten. Im Falle der Verletzung von Körper u. / o. Gesundheit durch ein solches Produkt bietet es die Möglichkeit, den Hersteller unter wesentlich geringeren Voraussetzungen als denen des § 823 I BGB in Anspruch zu nehmen, was für die Anspruchsteller zudem attraktiv erscheint aufgrund der seit dem 01.08.2002 bestehen-

den Möglichkeit, aus dieser Gefährdungshaftung auch Schmerzensgeldansprüche abzuleiten (vgl. § 8 S. 2 ProdHaftG). Ferner entfällt hier die bei Sachbeschädigung zu beachtende Beschränkung auf grundsätzlich dem Privatgebrauch dienende Gegenstände (§ 1 I 2 ProdHaftG) sowie die Selbstbeteiligung i. H. v. 500,00 € nach § 11 ProdHaftG.

Die Grundsätze dieser Gefährdungshaftung sowie ihrer Unterscheidung von der Produzentenhaftung nach § 823 I BGB sollten daher jedem Examenskandidaten geläufig sein. Die vorliegende Entscheidung bietet die Möglichkeit, das eigene Wissen zum Herstellerbegriff des § 4 ProdHaftG zu vertiefen. Für Referendare ist das Urteil auch aufgrund der Ausführungen zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen des § 4 ProdHaftG sehr lesenswert.

Vertiefungshinweise:

Keine Produkthaftung der Zigarettenindustrie für Gesundheitsschäden des Rauchers: *LG Bielefeld*, RA 2000, 514 = NJW 2000, 2514; *OLG Hamm*, RA 2005, 90 = NJW 2005, 295

Kein Schmerzensgeld und Schadensersatz nach (Dauer-) Konsum von Coca Cola: *LG Essen*, NJW 2005, 2713

Zusammenfassende Darstellung der Entwicklung des Produkthaftungsrechts: *Katzenmeier*, JuS 2003, 943

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der defekte Gaszug"

Assessorkurs: "Seniorenzentrum"

Leitsätze:

1. Das Einverständnis des Quasi-Herstellers zur Anbringung eines auf ihn als Hersteller weisenden Namens oder Zeichens auf dem Produkt kann auch nachträglich zum Ausdruck gebracht werden. Das Einverständnis muss das konkrete, schadensrelevante Produkt mit umfassen.

2. Dem Geschädigten obliegt die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen, die die Eigenschaft als Hersteller oder Quasi-Hersteller eines Produktes begründen.

3. Eine die Lieferantenhaftung gemäß § 4 III ProdHaftG ausschließende Feststellbarkeit des Herstellers ist erst dann gegeben, wenn das Produkt insofern einen eindeutigen Hinweis enthält.

Sachverhalt:

Die Kl. begehrt als Krankenkasse aus übergegangenem Recht gemäß § 116 SGB X von der Bekl. Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der Produkthaftung für einen Grillanzünder. Die Bekl. vertreibt seit ihrer Gründung im Jahre 1993 flüssige Grillanzünder mit

dem Flaschenaufdruck: "W.-Grillanzünder"; unter "Vertrieb" war die Firma der Bekl. nebst Adresse in D. angegeben. Der Geschäftsführer der Bekl. führte vor dieser Zeit die "H.P. W.-Verwaltungsgesellschaft mbH und Co. KG Vertriebsgesellschaft" (nachfolgend: W.-GmbH & Co. KG). Dieses Unternehmen stellte bis zu seiner Auflösung im Jahre 1993 Grillanzünder ebenfalls mit der Bezeichnung "W.-Grillanzünder" her und druckte auf die Grillanzünderflaschen seine Firma mit einer Adresse in R. auf.

Die Streithelferin bzw. ihre Rechtsvorgängerin bezog Grillanzünder mit der Aufschrift "W.-Grillanzünder" bereits von der W.-GmbH & Co. KG. Im Sommer 1996 kaufte der Kunde M. bei der Rechtsvorgängerin der Streithelferin Grillanzünder mit der Aufschrift "W.-Grillanzünder", welche die Aufschrift "Auch zum Nachsprühen geeignet und ungefährlich" aufwies. Am 12.07.1997 verwendete der Geschädigte F. diesen Grillanzünder zum Anzünden eines Holzkohlegrills. Dabei explodierte die Flasche in seiner Hand. F. zog sich Verbrennungen 2. und 3. Grades über weite Teile seines Körpers zu. Die Kl. hat behauptet, die Bekl. habe den verwendeten Grillanzünder hergestellt und an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin veräußert. Der Geschädigte F. sei bei ihr pflichtversichert gewesen. Für dessen durch das Unfallereignis erlittene Verletzungen seien ihr Aufwendungen in Höhe von 155.439,69 DM entstanden. Die Bekl. hat behauptet, die ursprünglich in den Grillanzünderflaschen enthaltene Flüssigkeit (Paraffin) habe bei einem Nachsprühen aus einem Meter Entfernung nicht explodieren können. Diese Flüssigkeit müsse nachträglich durch Spiritus ersetzt worden sein. Die Kl. macht mit der vorliegenden Klage den Ersatz der ihr entstandenen Aufwendungen geltend. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die um die Feststellungsklage hinsichtlich aller zukünftigen Aufwendungen ergänzte Berufung hat das OLG zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Kl. ihre (erweiterte) Klage weiter.

Aus den Gründen:

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. ist der Auffassung, die Voraussetzungen für eine Haftung der Bekl. nach den §§ 1, 3 und 4 ProdHaftG seien nicht erfüllt. Die Kl. habe nicht nachzuweisen vermocht, dass das schadensverursachende Produkt der Bekl. als Hersteller, Quasi-Hersteller oder als Lieferant zuzurechnen sei.

Hinsichtlich der Herstellereigenschaft gemäß §§ 1 I 1, 4 I 1 ProdHaftG sei der maßgebliche Zeitpunkt für die Feststellbarkeit des Herstellers derjenige, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht worden sei. Denn nach dem Sinn und Zweck des Produkthaftungsgesetzes solle der Verbraucher vor dem Inverkehrbringen anonymer Waren geschützt werden. Die Kl. habe je-

doch nicht dargetan, dass die Bekl. im Zeitpunkt des Inverkehrbringens Herstellerin gewesen sei. Allein der Umstand, dass die Streithelferin der Kl. vorgerichtlich die Auskunft gegeben habe, die Bekl. sei die Herstellerin, mache diese nicht zu einer solchen. Die Bekl. hafte nicht als Lieferantin gemäß § 4 III ProdHaftG, denn diese Haftung setze voraus, dass der Hersteller des Produktes im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht feststellbar gewesen sei bzw. gewesen wäre. Da auf den Scherben der explodierten Flasche unstreitig nicht nur die Aufschrift "W.-Grillanzünder", sondern auch der Rest einer Firmenangabe in Form von "d GmbH u. Co KG R. 3" noch zu erkennen gewesen sei und auf der am gleichen Tage gekauften weiteren Flasche die Firma der W.-GmbH & Co. KG nebst einer Adresse in "R. 3" gestanden habe, komme ein anderer Rechtsträger, nämlich die W.-GmbH & Co. KG als Hersteller in Betracht. Demnach sei auch die explodierte Flasche bei ihrem Erwerb durch den Kunden M. mit Hinweisen auf einen Hersteller versehen gewesen, die weit mehr auf die W.-GmbH & Co. KG als auf die Bekl. hingedeutet hätten. Für die Lieferanteneigenschaft nach § 4 III ProdHaftG komme es nicht auf die Feststellbarkeit des Herstellers in der Zeit nach dem Schadensereignis, sondern auf den Zeitpunkt des Inverkehrbringens an. Insoweit könne nicht sicher ausgeschlossen werden, daß die W.-GmbH & Co. KG auf der zerstörten Flasche als Hersteller noch hätte ermittelt werden können. Damit komme eine Haftung als Lieferant nicht mehr in Betracht. Schließlich scheitere auch eine Haftung als Quasi-Hersteller im Sinne des § 4 I 2 ProdHaftG. Da dafür der Zeitpunkt des Inverkehrbringens des Produktes entscheidend sei, komme eine solche Stellung allenfalls dann in Betracht, wenn die Beklagte den alten von der W.-GmbH & Co. KG hergestellten Warenbestand übernommen und die am 12.07.1997 explodierte Flasche der Rechtsvorgängerin der Streithelferin geliefert hätte. Dies habe die Kl. indessen nicht vorgetragen; vielmehr habe sie lediglich die Behauptung der Bekl. bestritten, dass es sich bei der Flasche um Altbestände der Rechtsvorgängerin der Streithelferin gehandelt haben müsse, die dieser noch von der W.-GmbH & Co. KG geliefert worden seien. Damit habe die Kl. ihrer Darlegungslast nicht genügt. Mangels Übereinstimmung des maßgeblichen Firmenkerns der Bekl. mit demjenigen der W.-GmbH & Co. KG ergebe sich auch keine Haftung unter dem Gesichtspunkt einer Firmenfortführung gemäß § 25 HGB.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

I. Maßgeblich für die Herstellerhaftung allein tatsächliche Beteiligung am Herstellungsprozess

Entgegen der Auffassung des BerGer. kommt es für

eine Haftung der Bekl. als (tatsächliche) Herstellerin eines Produktes, das nach dem Klagevortrag einen Gesundheitsschaden verursacht haben soll (§ 1 I 1, § 4 I 1 ProdHaftG), nicht darauf an, ob der Hersteller zum Zeitpunkt des Inverkehrbringens feststellbar war oder nicht. Dieser Gesichtspunkt kann allein für die Frage von Bedeutung sein, ob ein Lieferant gemäß § 4 III ProdHaftG wie ein Hersteller haftet. Die Haftung eines Herstellers hängt nicht davon ab, ob zugleich die Voraussetzungen für die Haftung eines Lieferanten erfüllt oder ausgeschlossen sind (vgl. dazu Kullmann, ProdHaftG, 4. Aufl., § 5 I, S. 151; Erman/Schiemann, BGB, 11. Aufl., § 4 ProdHaftG, Rz. 6). Dementsprechend haftet der Hersteller für ein fehlerhaftes Produkt sowohl, wenn er sich als solcher auf dem Produkt angegeben hat, als auch, wenn dies unterblieben ist. Für das Klagevorbringen reichte es deshalb aus vorzutragen, die Bekl. habe den in den Händen des Geschädigten explodierten Grillanzünder hergestellt. Wann dieser Herstellungsprozess stattfand, bleibt für die von der Kl. begehrte Rechtsfolge ohne Bedeutung. Das Bestreiten der Bekl. gab ebenfalls keinen Anlass, den Klagevortrag insoweit näher zu substantiieren. Der Umstand, dass auf der explodierten Flasche eine Adresse in R. mit einer noch vierstelligen Postleitzahl angegeben war, indiziert zwar, dass auf dieser Flasche die Adresse der W.-GmbH & Co. KG angegeben war und diese Angabe vor der Gründung der Bekl. erfolgte, was für den Zeitpunkt der Herstellung somit auf einen Zeitraum vor der Gründung der Bekl. hindeuten würde. Dieses Indiz schließt es indessen nicht gänzlich aus, dass die Bekl. den explodierten Grillanzünder unter Aufbrauchen alter, von der W.-GmbH & Co. KG stammender leerer Flaschen bzw. Etiketten nach ihrer Gründung herstellte. Der Kl. ist es daher nicht verwehrt, den Beweis zu führen, die Bekl. habe sich an dem tatsächlichen Herstellungsprozess beteiligt.

II. Haftung der Bekl. auch als Quasi-Hersteller gem. § 4 I 2 ProdHaftG möglich

Auch die Erwägungen, mit denen das BerGer. eine Haftung der Bekl. als Quasi-Hersteller (§ 4 I 2 ProdHaftG) verneint, sind nicht frei von Rechtsfehlern.

1. Voraussetzungen des § 4 I 2 ProdHaftG nach Sinn und Zweck der Norm

Allerdings geht das BerGer. zutreffend davon aus, dass die Bekl. als Quasi-Hersteller haften würde, wenn sie den alten, von der W.-GmbH & Co. KG fertig hergestellten Warenbestand übernommen, aus diesem Bestand die später in der Hand des Geschädigten explodierte Grillanzünderflasche an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin veräußert und sich dabei als Herstellerin dieser Flasche ausgegeben hätte. Gemäß § 4 I 2 ProdHaftG ist auch derjenige als Hersteller im Sinne dieses Gesetzes anzusehen, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen

unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt. Mit dieser Regelung entsprach der deutsche Gesetzgeber der Vorgabe aus Art. 3 I der Richtlinie 85/374/EWG des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25.07.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung soll damit der Geschädigte - meist Verbraucher - von den Mühen befreit werden, den tatsächlichen Hersteller zur Verfolgung seines Schadensersatzanspruches ermitteln zu müssen, und eine Entlastung hinsichtlich des Insolvenzrisikos in Bezug auf diesen Hersteller erfahren, wenn der Quasi-Hersteller für das konkrete Produkt unter Herausstellen eines eigenen Renommeees den Anschein erweckt hat, einen Einfluss auf die Qualität des Produktes und seinen Herstellungsprozess gehabt zu haben (vgl. Richtlinienvorschlag der EG-Kommission vom 09.09.1976, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 11/1976, Erl. zu Art. 1, Nr. 6 und zu Art. 2, Nr. 8 = BT-Drucks. 7/5812, S. 6 f. zu Art. 1 lit. e) und zu Art. 2 lit. b)). Nach dieser Zielrichtung des § 4 I 2 ProdHaftG kommt es nicht darauf an, in welcher zeitlichen Reihenfolge die einzelnen Tatbestandsmerkmale zustande kommen und ob der Quasi-Hersteller diese selbst entstehen lässt. Es reicht, wenn sie ihm zuzurechnen sind.

a. (Nachträgliches) Einverständnis mit Anbringung des Namens / der Marke ausreichend

Nach Sinn und Zweck des § 4 I 2 ProdHaftG und des Art. 3 I der Richtlinie 85/374/EWG braucht der Quasi-Hersteller die Anbringung seines Namens oder eines sonstigen, auf ihn als Hersteller weisenden Zeichens auf dem Produkt nicht selbst zu bewirken; vielmehr steht dem gleich, wenn er eine solche Anbringung mit seinem Einverständnis durch andere, insbesondere den tatsächlichen Hersteller vornehmen lässt (vgl. Regierungsentwurf zum ProdHaftG, BT-Drucks. 11/2447, S. 19; ebenso Staudinger/Oechsler, BGB, Bearb. 2003, § 4 ProdHaftG, Rz. 61; MünchKomm/Wagner, 4. Aufl., § 4 ProdHaftG, Rz. 22; Kullmann, aaO, § 4, III 2 b, S. 133; Rolland, Produkthaftungsrecht, § 4 ProdHaftG, Rz. 27; Krüger, Die Haftung des Quasi-Herstellers, S. 15 f.; Rieckers, VersR 2004, 706, 711; Bräutigam, WM 1994, 1189, 1196). Sein Einverständnis muss auch nicht vor dem Anbringen des Namens oder Zeichens erteilt worden sein. Da es nach dem Zweck der Vorschrift auf den Anschein der Herstellereigenschaft zum Zeitpunkt des Produkterwerbs durch den Verbraucher bzw. Endabnehmer ankommt, reicht es aus, wenn der Quasi-Hersteller diese Darstellung nach ihrer Anbringung auf dem Produkt genehmigt (vgl. MünchKomm/Wagner, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 22; Pott/Frieling, ProdHaftG, § 4, Rz. 38; Krüger, aaO, S. 16).

b. Einverständnis muss sich konkret auf das schadensauslösende Produkt bezogen haben

Entgegen der Ansicht der Revision muss das Einverständnis des Quasi-Herstellers allerdings den Vertrieb des konkreten, die Haftung auslösenden Produktes umfassen. Es wäre nicht ausreichend, wenn die Bekl. lediglich einen Namen verwendet hätte, der der Produktbezeichnung für die zuvor von der W.-GmbH & Co. KG vertriebenen Grillanzünder entsprach, aber die konkret vom Geschädigten F. verwendete Flasche seitens der Rechtsvorgängerin der Streithelferin unmittelbar von der W.-GmbH & Co. KG bezogen worden wäre. Die Bekl. wäre bei einer solchen Fallgestaltung nicht in der Lage gewesen, auf Herstellung oder Vertrieb dieser Flasche Einfluss zu nehmen. Erst der Umstand, dass der Händler oder Lizenzgeber mit der Anbringung seines Namens, seiner Marke oder eines anderen Kennzeichens auf dem Produkt typischerweise ein eigenes Renommee herausstellen will, mit dem auf eine besondere Sorge für die Produktqualität bzw. auf einen Qualitätsstandard für das Produkt geschlossen werden soll, rechtfertigt die Haftung des Quasi-Herstellers gemäß § 4 I 2 ProdHaftG, Art. 3 I der Richtlinie 85/374/EWG (vgl. Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, aaO, Erl. zu Art. 1 Nr. 6).

c. Nach diesen Grundsätzen Haftung der Bekl. bei Veräußerung übernommener Warenbestände und auf sie deutendem Namen

Für die Haftung eines Quasi-Herstellers gemäß § 4 I 2 ProdHaftG ist es allerdings ohne Bedeutung, ob die Genehmigung ausdrücklich gegenüber demjenigen erteilt wurde, der den Namen oder das Zeichen auf dem Produkt angebracht hat, oder ob die Billigung in anderer Weise zum Ausdruck kommt. Das BerGer. ist daher vorliegend zu Recht davon ausgegangen, dass die Bekl. als Quasi-Hersteller die Haftung dann träge, wenn diese Flasche zum alten Warenbestand der W.-GmbH & Co. KG gehörte, sie diesen Bestand übernommen hätte und daraus sodann die verwendete Flasche an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin geliefert worden wäre, sofern spätestens zum Zeitpunkt dieser Lieferung auf der Flasche - insbesondere mit der Produktbezeichnung - ein auf die Bekl. deutender Hinweis im Sinne des § 4 I 2 ProdHaftG angebracht war. Bei einer solchen Fallgestaltung hätte sie auch die Möglichkeit gehabt, die Fehlerfreiheit des Produktes zu prüfen und damit auf dessen Qualität Einfluss zu nehmen.

2. Darlegungs- und Beweislast für Haftung des Quasi-Herstellers

Nach der ausdrücklichen Regelung in § 1 IV 1 ProdHaftG muß der Geschädigte die Voraussetzungen für eine Haftung des Herstellers wie auch des Quasi-Herstellers darlegen und gegebenenfalls beweisen, also den Produktfehler, den Schaden und den Ursachen-

zusammenhang. Weiterhin hat der Geschädigte nach allgemeiner Auffassung auch die Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Eigenschaft des in Anspruch Genommenen als Quasi-Hersteller für das konkrete, schadensrelevante Produkt ergibt (vgl. Baumgärtel, Hdb. d. Beweislast, 2. Aufl., § 823 BGB, Anhang C IV, § 1 ProdHaftG, Rz. 13, § 4 ProdHaftG, Rz. 1; Palandt/Sprau, 64. Aufl., § 1 ProdHaftG, Rz. 25; Staudinger/Oechsler, aaO, § 1 ProdHaftG, Rz. 156; Taschner/Frietsch, ProdHaftG, 2. Aufl., § 1, Rz. 144; Rolland, aaO, § 1 ProdHaftG, Rz. 174; Pott/Frieling, ProdHaftG, § 1, Rz. 144; Schmidt-Salzer/Hollmann, EG-Richtlinie Produkthaftung, Art. 7 der EG-Richtlinie, Rz. 22; Krüger, aaO, S. 42; Landscheidt, Das neue Produkthaftungsrecht, 2. Aufl., 3. Teil, VI 1, S. 129 f., Rz. 80; Arens, ZZP 104 (1991), 123, 128; Frietsch, DB 1990, 29, 33). Erst wenn der (Quasi-)Hersteller geltend macht, das verwendete Produkt sei ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt, obliegt die Darlegungs- und Beweislast insoweit ihm (§ 1 II Nr. 1, IV 2 ProdHaftG). Der in Anspruch genommene (Quasi-)Hersteller soll nicht nachweisen müssen, dass von Dritten ohne seine Zustimmung hergestellte Produkte, die - insbesondere in Form der Produkt- oder Markenpiraterie - den eigenen Produkten täuschend ähnlich sind, mitunter aber eine schlechtere Qualität aufweisen, nicht von ihm hergestellt oder auch nur lizenziert wurden (vgl. dazu Schmidt-Salzer/Hollmann, aaO, Art. 7, Rz. 23; Landscheidt, aaO, S. 134, Rz. 83; Taschner/Frietsch, aaO, § 1 ProdHaftG, Rz. 60), zumal dem Verbraucher auch in diesen Fällen noch die Haftung des Importeurs und des Lieferanten offen steht (§ 4 II, III ProdHaftG). Die Beweislast dafür, das Produkt nicht in den Verkehr gebracht zu haben, trägt zwar gemäß § 1 IV 2, II Nr. 1 ProdHaftG der Hersteller bzw. Quasi-Hersteller, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung ein im Markt befindliches Produkt regelmäßig auch mit Wissen und Wollen dessen in Verkehr gebracht worden ist, dem dieses Produkt als Hersteller bzw. Quasi-Hersteller zuzurechnen ist. Diese tatsächliche Vermutung bezieht sich aber lediglich auf die Frage, ob dem (Quasi-)Hersteller das Produkt gestohlen oder in sonstiger Weise ohne seinen Willen abhanden gekommen ist (vgl. BT-Drucks. 11/2447, S. 14), und soll deshalb erst greifen, wenn feststeht, dass dem in Anspruch Genommenen hinsichtlich des konkreten Produkts die Eigenschaft eines Herstellers bzw. Quasi-Herstellers zukommt.

3. Widersprüchliche Feststellungen des BerGer. zur (Quasi-) Herstellereigenschaft der Bekl.

Dem BerGer. kann allerdings nicht gefolgt werden, soweit es meint, die Kl. habe ihre Darlegungslast insoweit nicht erfüllt. Es verneint die Eigenschaft der Bekl. als Quasi-Hersteller mit der Begründung, die Kl. habe nicht vorgetragen, dass die Bekl. noch von der W.-

GmbH & Co. KG hergestellte Produkte an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin veräußert habe. Vielmehr habe die Kl. den Vortrag der Bekl., dass die verwendete Flasche zu von der W.-GmbH & Co. KG gelieferten Altbeständen der Rechtsvorgängerin der Streithelferin gehört habe, lediglich bestritten und damit ihrer Darlegungslast nicht genügt.

Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils hat die Kl. indes unter Beweisritt vorgetragen, die Bekl. sei Herstellerin der verwendeten Grillanzünderflasche gewesen, welche sie an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin weiterveräußert habe. Dieser Klagevortrag beschreibt zwei von einander getrennte Vorgänge, nämlich dass die Bekl. die Flasche hergestellt und sie später an die Rechtsvorgängerin der Streithelferin weiterveräußert habe. Die Frage der Herstellung ist für eine Haftung als Quasi-Hersteller unerheblich, soweit die weitere Voraussetzung eines Sich-Ausgebens als Hersteller erfüllt ist. Der Vortrag einer Veräußerung durch die Bekl. ist mit den Ausführungen in den Entscheidungsgründen, die Kl. habe eine Lieferung durch die W.-GmbH & Co. KG lediglich bestritten, nicht vereinbar. Die somit widersprüchlichen Feststellungen des BerGer. bieten, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist, keine geeignete Entscheidungsgrundlage, so dass die dem Tatbestand sonst zukommende Beweiskraft (§ 314 ZPO) entfällt und der erkennende Senat daran nicht gebunden ist (vgl. BGHZ 40, 84, 86 f.; BGH, NJW 1996, 2306; NJW 1997, 1917). Das Berufungsurteil ist bereits wegen dieses Mangels aufzuheben, denn damit ist eine erschöpfende sachliche Nachprüfung des Urteils nicht möglich (vgl. BGHZ 40, 84, 86 f.; 80, 64, 67 ff.; BGH, VersR 1990, 974 f.; NJW-RR 1994, 1340, 1341). Die widersprüchlichen Feststellungen des BerGer. lassen es nicht zu, im Revisionsverfahren zu beurteilen, ob die Kl. ihrer Darlegungslast genügt hat.

III. Haftung der Bekl. nach § 4 III ProdHaftG ebenfalls rechtsfehlerhaft verneint

Weiterhin begegnet das Berufungsurteil hinsichtlich der Verneinung einer Haftung der Bekl. als Lieferant gemäß § 4 III ProdHaftG durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

1. Schutz des Verbrauchers vor Aushöhlung der Produkthaftung nach § 4 III ProdHaftG

Gemäß § 4 III ProdHaftG haftet der Lieferant eines fehlerhaften Produktes, wenn die primär haftenden Hersteller, also Produzent oder Quasi-Hersteller im Sinne des § 4 I ProdHaftG, nicht festgestellt werden können und er dem Geschädigten den wahren Hersteller oder seinen Vorlieferanten nicht binnen eines Monats nach Aufforderung mitteilt. Der Lieferant soll dadurch angehalten werden, die Offenlegung der tatsächlichen Verhältnisse zu fördern, womit insbesondere einer Verschleierung der Identität des tatsächlichen

Herstellers entgegengewirkt und der Verbraucher zugleich davor geschützt werden soll, dass die Produzentenhaftung durch die Verwendung anonymer Produkte ausgehöhlt wird (BT-Drucks. 11/2447, S. 20; vgl. auch Staudinger/Oechsler, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 95; Palandt/Sprau, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 8; Rolland, aaO, § 4, Rz. 70; MünchKomm/Wagner, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 31). Ein Ausgleich des Schadens soll nicht daran scheitern, dass dem Geschädigten für eine Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem (Quasi-)Hersteller die erforderlichen Informationen über dessen Person und die Erkenntnismittel fehlen, die zum erfolgreichen Nachweis dieser Eigenschaft erforderlich sind. Er soll dieses Wissen über die Offenbarung der Vertriebskette erhalten oder andernfalls den mit der Auskunft fällig bleibenden (Vor-)Lieferanten in Anspruch nehmen können.

2. Haftung des Lieferanten schon bei unklaren Angaben auf dem Produkt möglich

Dieses Schutzes bedarf der Geschädigte jedoch nur, soweit er auf diese Auskunft angewiesen ist (vgl. Staudinger/Oechsler, aaO, Rz. 99). Hieran sind entsprechend dem Schutzzweck der Ausfallhaftung keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Der Geschädigte ist nicht gehalten, sämtliche anderen objektiv zur Verfügung stehenden Recherchemöglichkeiten zu nutzen, bevor er den Lieferanten nach dem wahren Hersteller fragt (vgl. MünchKomm/Wagner, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 35). Grundsätzlich ist von ihm nur zu erwarten, die Informationen zur Verfolgung seiner Produkthaftungsansprüche zu nutzen, die ihm auf Grund des Produkterwerbs zur Verfügung stehen (vgl. von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 2, 2. Aufl., § 75, Rz. 73). Die Gesetzesbegründung zu § 4 III ProdHaftG und die Erwägungen zu Art. 3 III der Richtlinie 85/374/EWG zeigen, dass bereits das Fehlen von Hinweisen zum Hersteller auf dem Produkt die Ausfallhaftung des Lieferanten eröffnen soll (vgl. BT-Drucks. 11/2447, S. 20; Richtlinienentwurf der EG-Kommission, aaO, Erl. zu Art. 2 Nr. 9). Ein dem Lieferanten zuzurechnendes Auskunftsbedürfnis ist damit bereits gegeben, wenn die Angaben auf dem Produkt nur vage auf einen möglichen Hersteller hindeuten. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn der Name eines Unternehmens angegeben ist, jedoch unklar bleibt, in welcher Beziehung dieses Unternehmen zu dem Produkt steht, etwa ob es dessen Hersteller ist oder nur am Vertrieb beteiligt war. Nur die eindeutige Angabe eines Unternehmens als "Hersteller" vermag dem Geschädigten die nötige Klarheit zu verschaffen, um sich direkt an dieses zu wenden. Wird auf dem Produkt nur ein Vertriebsunternehmen genannt, ist damit der Hersteller noch nicht im Sinne des § 4 III 1 ProdHaftG feststellbar, vielmehr bedürfte es weiterer Recherchen zur Vertriebskette.

3. (Mögliche) Angabe der W.-GmbH & Co. KG auf explodierter Flasche nicht eindeutig

Ausgehend von diesen Maßstäben kann den Ausführungen des BerGer. nicht gefolgt werden. Es kann insoweit offenbleiben, ob für die Feststellbarkeit des Herstellers im Sinne des § 4 III 1 ProdHaftG auf einen Zeitpunkt nach dem Schaden, also dem Zeitpunkt des Auskunftersuchens abzustellen ist, wenn die Angaben auf dem Produkt durch den Produktfehler vernichtet wurden (vgl. Rolland, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 73-75; Pott/Frieling, § 4 ProdHaftG, Rz. 67, 70 ff.), oder auf den Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs (vgl. OLG Düsseldorf, OLGR 2000, 194; Staudinger/Oechsler, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 100; Taschner/Frietsch, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 69). Auch zum Zeitpunkt des letzten Erwerbsvorgangs ergibt sich nach den Feststellungen des BerGer. kein Sachverhalt, bei dem der Hersteller der explodierten Grillanzünderflasche aus den darauf befindlichen Angaben schon damals eindeutig hätte bestimmt werden können. Das BerGer. stellt insoweit unter Berücksichtigung eines zwischen dem Geschädigten und der Bekl. ergangenen Urteils des Landgerichts Wiesbaden fest, dass unstreitig den Bruchstücken der explodierten Flasche noch in Teilen die Angabe einer Firma zu entnehmen war, und es meint, dass diese Teile weit mehr den Angaben der zweiten, am selben Tage vom Kunden M. gekauften Flasche entsprachen, auf der unstreitig die Firma und Adresse der W.-GmbH & Co. KG angegeben waren. Soweit dies beim letzten Erwerbsvorgang der Fall gewesen sein sollte, wie es von der Streithelferin vortragen und von der Kl. im Berufungsverfahren zugestanden wurde, handelte es sich indessen noch nicht um einen eindeutigen Hinweis auf den Hersteller dieses Produkts. Eine solche Angabe lässt offen, ob damit der Hersteller oder eine Vertriebsgesellschaft bezeichnet werden soll. Für die Ermittlung des Herstellers des Grillanzünderbedurfte es daher bei einer solchen Fallgestaltung der weiteren Nachfrage, die entsprechend dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Kl. die Bekl. als Vorlieferantin der Rechtsvorgängerin der Streithelferin mit einschloss. Die bloße Angabe der Firma und Adresse der W.-GmbH & Co. KG auf der explodierten Grillanzünderflasche ohne weitere Zusätze rechtfertigte daher nicht die Annahme, der Hersteller habe festgestellt werden können.

IV. Haftung der Bekl. gem. § 25 I 1 HGB rechtfehlerfrei abgelehnt

Soweit das BerGer. eine Haftung der Bekl. kraft Firmenfortführung (§ 25 I 1 HGB) verneint, sind seine Ausführungen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die tatrichterliche Würdigung, dass die Bekl. in ihrer Firma nicht den maßgeblichen Firmenkern der W.-GmbH & Co. KG fortgeführt habe (vgl. dazu BGHZ 146, 374, 376), wird von der Revision nicht

angegriffen und begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

V. Aufhebung des Berufungsurteils und Maßgaben für die erneute Entscheidung durch das BerGer.

Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben und die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen. Sofern der Kl. nicht der Nachweis gelingen sollte, dass die Bekl. der tatsächliche Hersteller des explodierten Grillanzünders war, werden hinsichtlich einer Haftung der Bekl. als Quasi-Hersteller insbesondere noch tatrichterliche Feststellungen dazu zu treffen sein, ob die Bekl., wenn sie den explodierten Grillanzünder auslieferte, mit der Bezeichnung "W. Grillanzünder" ihren Namen oder eine ihr zuzurechnende Marke oder ein anderes unterscheidungskräftiges Kennzeichen für den Produktabsatz verwandte und dies vom Verkehr dahingehend zu verstehen war, dass sie der Hersteller der Flasche sei (vgl. dazu MünchKomm/Wagner, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 24). Insoweit stünde der Umstand, dass auf der Flasche (auch) der Name der W.-GmbH & Co. KG angegeben war, nicht zwingend einer Stellung der Beklagten als Quasi-Hersteller entgegen; nur ein eindeutiger, nicht zu übersehender Hinweis auf ein anderes Unternehmen als Hersteller könnte dazu führen, dass ein ansonsten festzustellendes Sich-Ausgeben als Hersteller nicht die Quasi-Herstellereigen-

schaft im Sinne des § 4 I 2 ProdHaftG zur Folge hätte (vgl. MünchKomm/Wagner aaO; Staudinger/Oechsler, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 64; von Westphalen, aaO, § 75, Rz. 47). Hierfür wäre zudem zu berücksichtigen, inwieweit der Name der W.-GmbH & Co. KG auch als ein Hinweis auf eine Vertriebsgesellschaft aufgefasst oder irrtümlich dahingehend missverstanden werden konnte, dass die Bekl. diesen Namen früher geführt hätte. Sofern auch die Voraussetzungen für eine Haftung als Quasi-Hersteller nicht festzustellen sein sollten, wäre für eine Lieferantenhaftung gemäß § 4 III ProdHaftG noch zu berücksichtigen, dass diese nur eingreifen könnte, wenn die Kl. die Bekl. aufforderte, ihren Vorlieferanten oder den Hersteller der explodierten Grillanzünderflasche zu benennen (vgl. Staudinger/Oechsler, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 106; Kullmann, aaO, § 4, V 3, S. 145; Rolland, aaO, § 4 ProdHaftG, Rz. 85), sofern eine solche Aufforderung nicht im Hinblick auf die außergerichtlichen und prozessualen Erklärungen der Bekl. eine unnötige Förmelerei gewesen wäre. Letzteres wäre anzunehmen, wenn die Bekl. deutlich zum Ausdruck gebracht hätte, dass sie den Hersteller der explodierten Grillanzünderflasche nicht benennen könne oder wolle und diese Flasche auch nicht vertrieben habe, so dass sie hierfür auch keinen Vorlieferanten nennen könne.

Standort: Schuldrecht

Problem: Anwendungsbereich des § 284 BGB

BGH, URTEIL VOM 20.07.2005
VIII ZR 275 / 04 (NJW 2005, 2848)

Problemdarstellung:

Dem Grunde nach waren sich die Parteien dieses Rechtsstreites darüber einig, dass der zwischen ihnen geschlossene Kaufvertrag über einen PKW aufgrund diverser Mängel desselben nach Maßgabe der §§ 346 ff BGB rückabzuwickeln war. Allerdings hatte die Kl. nach Übergabe des Fahrzeugs dieses mit diversen Zusatzausstattungen für insgesamt 5.080,28 € ausgerüstet und verlangte dieses nun als frustrierte Aufwendungen i. S. d. § 284 BGB ebenso zurück, wie die für Anmeldung und Überführung des KfZ entstandenen Kosten.

Die Bekl. hielt dagegen § 284 BGB für nicht anwendbar, da die Kl. den Wagen zur gewerblichen Nutzung erworben hatte, § 284 BGB dagegen nur Aufwendungen zu ideellen bzw. konsumptiven Zwecke betreffe (so Palandt/Heinrichs, 62. Auflage 2003, § 284 Rz. 4; vgl. auch die unten angegebenen weiteren Vertiefungshinweise).

Der BGH hat nunmehr grundlegende Leitlinien für die Anwendung des § 284 BGB festgelegt:

Danach ist die Vorschrift auch auf Aufwendungen zu

kommerziellen / gewerblichen Zwecken anwendbar, so dass auch insoweit der Rückgriff auf die Rentabilitätsvermutung im Rahmen des Schadensersatzes statt der Leistung entbehrlich ist.

Weiter ist eine Aufwendung bereits dann sinnlos, wenn sie aufgrund der Mangelhaftigkeit der konkreten Kaufsache für diese nicht mehr genutzt werden kann.

Schließlich ist § 284 BGB auch nach Rücktritt vom Vertrag anwendbar (vgl. die ausdrückliche Aussage des Gesetzes betreffend den Schadensersatz in § 325 BGB) und dann nicht durch § 347 II 2 BGB beschränkt.

Prüfungsrelevanz:

Der vom Gesetzgeber mit dem ausdrücklichen Ziel, die zuvor unbefriedigende Behandlung frustrierter Aufwendungen als in den Grenzen der Rentabilitätsvermutung ersatzfähige Schadensposten im Rahmen eines Anspruchs auf (nach alter Terminologie) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beseitigen, eingeführte § 284 BGB hat seit seinem Inkrafttreten zum 01.01.2002 für diverse Unsicherheiten und Streitfragen gesorgt, die zumindest in ihrer Fülle als überraschend geltend dürfen. So streicht der BGH zu Recht heraus, dass es eben gerade nicht nur Ziel des Gesetzgebers war, eine Regelung für die bis dato überhaupt

nicht ersatzfähigen Aufwendungen zu ideellen oder konsumptiven Zwecken zu schaffen, sondern eben auch die durch die Rentabilitätsvermutung begründete Ungleichbehandlung frustrierter Aufwendungen je nach Zwecksetzung zu beseitigen.

Wegen dieser grundlegenden Klarstellungen zu § 284 BGB sollte dieses Urteil einem jedem Examenkandidaten bekannt und Gegenstand seines schuldrechtlichen Repertoires sein.

Vertiefungshinweise:

Noch für die Beschränkung des § 284 BGB auf Aufwendungen zu ideellen bzw. konsumptiven Zwecken: *LG Bonn*, RA 2004, 137 = NJW 2004, 74

Zur Ermittlung der Nutzungsvergütung bei Rückabwicklung eines PKW-Kaufes: *OLG Karlsruhe*, RA 2003, 507 = NJW 2003, 1950

Kursprogramm:

Examenskurs: "Grundfälle zur Unmöglichkeit"

Examenskurs: "Das verschmähte Gefährt"

Assessorkurs: "Der versicherte PKW"

Leitsätze:

1. Der Käufer einer mangelhaften Sache hat auch dann gemäß § 284 BGB Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen, wenn er wegen des Mangels vom Kaufvertrag zurücktritt. Der Anspruch ist nicht gemäß § 347 II BGB auf den Ersatz notwendiger Verwendungen oder solcher Aufwendungen beschränkt, durch die der Verkäufer bereichert wird.

2. § 284 BGB erfasst auch Aufwendungen für kommerzielle Zwecke.

3. Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft erweist, sind in der Regel vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind.

4. Kosten, die dem Käufer eines Kraftfahrzeugs für dessen Überführung und Zulassung entstehen, sind Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB. Wird der Kauf wegen Mangelhaftigkeit des Fahrzeugs rückabgewickelt, nachdem der Käufer das Fahrzeug zeitweise genutzt hat, so mindert sich der Anspruch auf Ersatz auch dieser Aufwendungen entsprechend der Nutzungsdauer oder der Laufleistung des Fahrzeugs.

Sachverhalt:

Die Kl. kaufte im Juni 2002 von der Bekl. zur gewerblichen Nutzung einen Pkw M. zum Preis von 26.912,00 €. Sie leistete auf den Kaufpreis eine An-

zahlung von 13.800,00 €; der Restkaufpreis wurde durch ein Darlehen der D. finanziert, auf das die Kl. 1.192,10 € an Darlehensraten gezahlt hat. Nach der Übernahme ließ die Kl. die Stoßfänger des Fahrzeugs lackieren, Leichtmetallfelgen und Breitreifen montieren sowie Schmutzfänger, einen Tempomat, ein Auto-telefon und ein Navigationssystem einbauen. Ferner schaffte sie Fußmatten für das Fahrzeug an. Für diese Zusatzausstattung wendete sie insgesamt 5.080,28 € auf. Für die Überführung und die Zulassung des Fahrzeugs entstanden ihr weitere Kosten in Höhe von 487,20 €.

Nachdem die Kl. zahlreiche Mängel des Fahrzeugs gerügt hatte, deren Beseitigung nicht vollständig gelang, und die Kl. ein Beweissicherungsgutachten hatte erstellen lassen, für das ihr Kosten in Höhe von 471,92 € entstanden, einigten sich die Parteien Anfang Juli 2003 auf die Rückabwicklung des Kaufs. Dabei sollte für die von der Kl. zurückgelegte Fahrtstrecke - damals 42.400 km - eine Nutzungsvergütung in Höhe von 0,5 % des Kaufpreises je gefahrene 1.000 km angesetzt werden. Die Rückabwicklung des Kaufs scheiterte indessen an Meinungsverschiedenheiten der Parteien darüber, ob und in welcher Höhe die Kl. Ersatz ihrer Aufwendungen für die Zusatzausstattung sowie für die Überführung und die Zulassung des Fahrzeugs verlangen kann.

Die Kl. hat daraufhin Klage auf Zahlung von 15.645,32 € (rechnerisch richtig 15.323,46 €: 13.800,00 € Anzahlung, 1.192,10 € Darlehensraten, 5.567,48 € Aufwendungsersatz, 471,92 € Gutachterkosten abzüglich 5.708,04 € Nutzungsvergütung) nebst Verzugszinsen seit 22.07.2003 und auf Freistellung von der restlichen Darlehensverbindlichkeit gegenüber der D. Bank, Zug um Zug gegen Rückgewähr des Fahrzeugs, erhoben. Ferner hat sie beantragt festzustellen, dass die Bekl. sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug befinde. Die Bekl. hat die Zahlungsklage in Höhe von 9.755,98 € (13.800,00 € Anzahlung, 1.192,10 € Darlehensraten, 471,92 € Gutachterkosten abzüglich 5.708,04 € Nutzungsvergütung) sowie den Freistellungsantrag anerkannt und im übrigen Klageabweisung beantragt.

Das LG hat dem Zahlungsantrag in Höhe von 14.142,60 € - ohne Zinsen - sowie dem Freistellungsantrag, Zug um Zug gegen Rückgewähr des Fahrzeugs, stattgegeben und die weitergehende Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Auf die Anschlussberufung der Kl. hat es dieser weitere 186,86 €, insgesamt 14.323,46 €, nebst Verzugszinsen in der beanspruchten Höhe seit 22.07.2003 zuerkannt und der Feststellungsklage stattgegeben; im übrigen hat es die Anschlussberufung zurückgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgt die Bekl. ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat zum Teil Erfolg.

A. Entscheidung und Begründung des BerGer.

Das BerGer. hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Die Kl. könne gemäß § 437 Nr. 3, § 284 BGB Ersatz ihrer vergeblichen Aufwendungen für die Zusatzausstattung des gekauften mangelhaften Fahrzeugs verlangen. Die Anwendbarkeit des § 284 BGB sei weder durch § 347 II BGB noch deswegen ausgeschlossen, weil die Aufwendungen der Kl. kommerziellen Zwecken gedient hätten. Mit der Einführung des § 284 BGB durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz habe der Gesetzgeber die bisher praktizierte Unterscheidung zwischen Aufwendungen für kommerzielle und solchen für ideelle oder konsumptive Zwecke beseitigen, den Anwendungsbereich der Vorschrift aber nicht auf letztere beschränken wollen. Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen für Zusatzausstattung sei jedoch um 20 % zu mindern, weil die Kl. das so ausgestattete Fahrzeug, dessen Nutzungsdauer mit fünf Jahren anzusetzen sei, bis zur Einigung über die Rückabwicklung rund ein Jahr lang genutzt habe. Dies gelte nicht für die Kosten der Überführung und der Zulassung des Fahrzeugs. Da diese einmalig angefallen und verbraucht seien und bei der Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs erneut aufgebracht werden müssten, seien sie in voller Höhe zu erstatten. Die Bekl. schulde der Kl. daher über den von ihr anerkannten Betrag von 9.755,98 € hinaus Aufwendungsersatz für Zusatzausstattung in Höhe von 4.080,28 € (insgesamt aufgewendete 5.080,28 € abzüglich 1.000,00 € Nutzungsvergütung) sowie vollen Ersatz der Überführungs- und Zulassungskosten in Höhe von 487,20 €, insgesamt somit 14.323,46 €.

Die Bekl. befinde sich mit der geschuldeten Leistung seit 22.07.2003 in Verzug. Mit Schreiben von diesem Tag habe sie die Erstattung der vergeblichen Aufwendungen der Kl. von 4.567,48 € abgelehnt. Zugleich sei sie auch mit der Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs zu bewirkenden Rückzahlung des Kaufpreises in Schuldnerverzug geraten, da die Klägerin ihr mit Schreiben vom 11.06.2003 die Rückgabe des Fahrzeugs in Annahmeverzug begründender Weise angeboten habe. Damit sei hinsichtlich der Rücknahme des Fahrzeugs zugleich Annahmeverzug eingetreten.

B. Entscheidung des BGH in der Revision

Diese Beurteilung ist nicht in jeder Hinsicht frei von Rechtsfehlern.

I. Anspruch der Kl. gem. §§ 437 Nr. 3, 284 BGB dem Grunde nach gegeben

Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, dass das BerGer. der Kl. einen Aufwendungsersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, § 284 BGB zuer-

kannt hat.

1. Voraussetzungen für Schadensersatz statt der Leistung / Aufwendungsersatz liegen vor

Gemäß § 437 Nr. 3 BGB kann der Käufer wegen eines Mangels der Kaufsache unter anderem nach §§ 280, 281 BGB Schadensersatz oder nach § 284 BGB Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen, wenn die Nacherfüllung, was hier unzweifelhaft der Fall ist, fehlgeschlagen ist (§ 440 BGB). Dass die Bekl. die in der Lieferung des mangelhaften Fahrzeugs liegende Pflichtverletzung (§ 280 I 1, § 433 I 2 BGB) nicht zu vertreten hätte (§ 280 I 2 BGB), hat das BerGer. nicht festgestellt. Das wird von der Revision hingenommen.

2. Kein Ausschluss des § 284 BGB durch § 347 II BGB

Die Revision meint jedoch, für Aufwendungen des Käufers, die - wie hier - im wesentlichen zugleich Verwendungen auf die Kaufsache darstellten, enthalte § 347 II BGB für die im Falle des Rücktritts entstehenden Ersatzansprüche eine abschließende Spezialregelung, die andere denkbare Anspruchsgrundlagen verdränge. Das ist nicht richtig.

§ 347 II BGB bestimmt, dass im Falle des Rücktritts Aufwendungen nur zu ersetzen sind, soweit sie notwendige Verwendungen darstellen oder der andere Teil durch sie bereichert ist. Die Bestimmung mag als abschließende Regelung anzusehen sein, soweit Aufwendungen allein als Folge eines Rücktritts - im Rahmen und auf der Grundlage eines Rückgewährschuldverhältnisses nach §§ 346 ff. - ersetzt verlangt werden. Hat der Gläubiger aber, wovon das BerGer. hier zutreffend (s. oben unter B. I. 1.) und von der Revision unbeanstandet ausgeht, daneben (§ 325 BGB) Anspruch auf Schadens- oder Aufwendungsersatz, so tritt dieser Anspruch - hier in Gestalt der Alternative Aufwendungsersatz - neben den Aufwendungs- und Verwendungsersatzanspruch nach § 347 II BGB (Staudinger/Kaiser, BGB (2004), § 347 Rz. 62; Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 347 Rz. 4). Die gegenteilige Auffassung der Revision liefe im Ergebnis darauf hinaus, den Gläubiger, der wegen einer Pflichtverletzung des Schuldners vom Vertrag zurücktritt und zugleich nach § 284 BGB - anstelle des Schadensersatzes statt der Leistung - den Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangt, schlechter zu stellen, als wenn er vom Rücktritt abgesehen und sich auf das Aufwendungsersatzbegehren beschränkt hätte. Diese dem früheren Recht entsprechende Alternativität von Rücktritt und Schadens- oder Aufwendungsersatz soll durch die Regelung des § 325 BGB aber gerade überwunden werden (Begründung zum Koalitionsentwurf des SchuldRModG, BT-Drucks. 14/6040, S. 188).

3. Keine Beschränkung des § 284 BGB auf Aufwendungen zu ideellen oder konsumptiven Zwecken

Entgegen der Auffassung der Revision ist der Anwen-

dungsbereich des § 284 BGB auch nicht auf den Ersatz solcher Aufwendungen beschränkt, mit denen - anders als im vorliegenden Fall - nichtkommerzielle (ideelle oder konsumptive) Zwecke verfolgt werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Vorschrift des § 284 BGB nicht allein eine Gesetzeslücke schließen, indem sie auch für derartige Aufwendungen einen Ersatzanspruch statuiert, sondern darüber hinaus die früher unter Schadensersatzgesichtspunkten erforderliche, auf der sogenannten Rentabilitätsvermutung beruhende Unterscheidung zwischen Aufwendungen für kommerzielle und solchen für andere Zwecke überflüssig machen (BT-Drucks. 14/6040, S. 142 ff., 144). § 284 BGB ist daher Anspruchsgrundlage auch für den Ersatz solcher Aufwendungen, die für kommerzielle Zwecke getätigt worden sind. Dies entspricht auch der inzwischen einhelligen Auffassung des Schrifttums (MünchKommBGB/Ernst, 4. Aufl., Bd. 2 a, § 284 Rz. 5; Grüneberg in Bamberger/Roth, BGB, § 284 Rz. 3; Staudinger/Otto, aaO § 284 Rz. 13; Erman/H.P. Westermann, BGB, 11. Aufl., § 284 Rz. 2; Palandt/Heinrichs, aaO § 284 Rz. 4; S. Lorenz, NJW 2004, 26, 27; Gsell in: Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 321, 324).

4. Alternativität des § 284 BGB nur zum Schadensersatz statt der Leistung

Anders als die Revision meint, ist der Kl. ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB schließlich auch nicht deswegen verwehrt, weil sie hinsichtlich der Erstattung der Kosten des außergerichtlich eingeholten Beweissicherungsgutachtens einen - von der Bekl. anerkannten und ihr somit nach Auffassung der Revision bereits durch das landgerichtliche Urteil rechtskräftig zugesprochenen - Schadensersatzanspruch geltend gemacht habe. Richtig ist allerdings, dass § 437 Nr. 3 BGB bei oberflächlicher Betrachtung den Anschein erwecken mag, der Käufer könne wegen eines Mangels der Kaufsache entweder nur Schadensersatz oder nur Aufwendungsersatz verlangen. § 284 BGB grenzt demgegenüber das Alternativverhältnis konkreter und sachgerecht ein: Aufwendungsersatz ist eine Alternative allein zum Schadensersatz statt der Leistung, nicht zum Schadensersatz schlechthin. Bezweckt wird mit dieser Alternativstellung, dass der Geschädigte wegen ein und desselben Vermögensnachteils nicht sowohl Schadensersatz statt der Leistung als auch Aufwendungsersatz und damit doppelte Kompensation verlangen kann (statt aller: Staudinger/Otto aaO § 284 Rz. 1). Daraus folgt, dass der von der Kl. geltend gemachte und ihr zuerkannte Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten dem hier zu beurteilenden Aufwendungsersatzanspruch schon deswegen nicht entgegenstehen kann, weil die Gutachterkosten nicht Gegenstand des Aufwendungsersatzanspruchs sind. Außerdem ist der Anspruch auf Ersatz der Kos-

ten des außergerichtlich eingeholten Beweissicherungsgutachtens nicht auf Schadensersatz statt der Leistung, sondern auf Schadensersatz "neben der Leistung" (§ 280 I BGB) gerichtet, der schon seiner Art nach nicht in einem Alternativverhältnis zum Aufwendungsersatz nach § 284 BGB steht.

5. Zur Vergeblichkeit von Aufwendungen im Sinne des § 284 BGB

Zu ersetzen sind nach § 284 BGB vergebliche Aufwendungen, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung gemacht hat und billigerweise machen durfte, es sei denn, der mit den Aufwendungen verfolgte Zweck wäre auch ohne die Pflichtverletzung des Schuldners nicht erreicht worden. Die Revision macht hierzu geltend, es fehle an der Vergeblichkeit der Aufwendungen der Kl., weil nicht feststehe und die Kl. auch nicht dargetan habe, dass sie das angeschaffte Zubehör - insbesondere Autotelefon und Navigationssystem - nicht für ein anderes Fahrzeug verwenden könne. Auch mit dieser Rüge dringt die Revision nicht durch.

Vergebliche Aufwendungen sind freiwillige Vermögensopfer, die der Gläubiger im Vertrauen auf den Erhalt der Leistung erbracht hat, die sich aber wegen der Nichtleistung oder der nicht vertragsgerechten Leistung des Schuldners als nutzlos erweisen. Aufwendungen des Käufers auf eine gekaufte Sache, die sich später als mangelhaft herausstellt, sind demnach in der Regel vergeblich, wenn der Käufer die Kaufsache wegen ihrer Mangelhaftigkeit zurückgibt oder sie jedenfalls nicht bestimmungsgemäß nutzen kann und deshalb auch die Aufwendungen nutzlos sind. Denn Eigentum, Besitz und Nutzung einer mangelfreien Kaufsache sind die Leistung, auf deren Erhalt der Käufer vertraut und die er zum Anlass für Aufwendungen auf die Kaufsache nimmt. Ob Zubehörteile, die der Käufer in das später wegen Mangelhaftigkeit zurückgegebene Fahrzeug hat einbauen lassen, für ihn anderweit verwendbar wären, ist für die Ersatzpflicht des Verkäufers grundsätzlich ohne Bedeutung.

Dass die Aufwendungen der Kl. für Zusatzausstattung des gekauften Fahrzeugs ihren Zweck auch ohne die Pflichtverletzung der Bekl. - das heißt im Falle der Mangelfreiheit des verkauften Fahrzeugs - verfehlt hätten, hat das BerGer. nicht festgestellt. Übergangenen Sachvortrag der insoweit darlegungs- und beweissbelasteten Bekl. hierzu zeigt die Revision nicht auf.

II. Zum Abzug für die einjährige Nutzung der angeschafften Zusatzausstattung

Das BerGer. hat den Aufwendungsersatzanspruch der Kl. für die Fahrzeugzusatzausstattung um 20 % gekürzt und dies damit begründet, dass die Kl. das angeschaffte Zubehör bei einer anzusetzenden Nutzungszeit des Fahrzeugs von insgesamt fünf Jahren jeweils etwa ein Jahr bis zur vereinbarten Rückabwicklung

haben nutzen können. Demgegenüber hält es die Revision im Anschluss an die Berechnungsmethode des LG für überzeugender, die Gebrauchsvorteile in der Weise zu berücksichtigen, dass die Aufwendungen der Kl. für die Zusatzausstattung auf den Fahrzeugkaufpreis aufgeschlagen und die Nutzungsvergütung nach der Laufleistung aus dem um die Aufwendungen erhöhten Kaufpreis berechnet wird. Die Frage bedarf für den hier zu beurteilenden Fall keiner Entscheidung, weil sich der Unterschied zwischen den beiden Berechnungsmethoden im Ergebnis nicht nennenswert auswirkt. Denn bei Ansatz einer Nutzungsvergütung von 0,5 % pro gefahrene 1.000 Kilometer, auf die die Parteien sich geeinigt haben, ergibt sich bei tatsächlich gefahrenen rund 42.000 Kilometern ein Abzugsbetrag von ca. 21 %, was einem Unterschiedsbetrag von nur rund 50,00 € zu der zeitanteiligen Berechnung des BerGer. entspricht.

III. Abzug auch von den Kosten für Überführung und Zulassung des Fahrzeugs

Dagegen beanstandet die Revision zu Recht, dass das BerGer. die Kosten für die Überführung und die Zulassung des Fahrzeugs von der zwanzigprozentigen Reduzierung für die einjährige Nutzungsdauer ausgenommen hat.

1. Ersatz dieser Vertragskosten nur unter den Voraussetzungen des § 284 BGB

Die Kosten für die Überführung und die Zulassung eines Neuwagens zählen zu den Vertragskosten (Reinking/Eggert, Der Autokauf, 8. Aufl., Rz. 348), deren Ersatzfähigkeit vor der Schuldrechtsmodernisierung für Gewährleistungsfälle im Kaufrecht in § 467 S. 2 BGB a.F. gesondert geregelt war. Diese Regelung hat der Gesetzgeber im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung gestrichen. Vertragskosten sind jetzt als Aufwendungen zu behandeln, die der Käufer unter den dort genannten Voraussetzungen nach § 284 BGB ersetzt verlangen kann (BT-Drucks. 14/6040, S. 143; Palandt/Heinrichs, aaO § 284 Rz. 6; Staudinger/Otto, aaO § 284 Rz. 2, 25; Ernst, aaO § 284 Rz. 16; Grüneberg, aaO § 284 Rz. 8). Mit dem vom BerGer. verwendeten Argument, Kosten für die Überführung und Zulassung seien auch vor der Schuldrechtsmodernisierung als Vertragskosten zu ersetzen gewesen, lässt sich eine Ersatzpflicht nach § 284 BGB mithin nicht begründen.

b. Überführung und Zulassung Voraussetzung für Nutzbarkeit des Kfz im Straßenverkehr

Dass Kosten der Überführung und der Zulassung bei der Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs erneut aufgebracht werden müssen, unterscheidet sie, wie die Revision mit Recht hervorhebt, nicht von den Aufwendungen für die Beschaffung von Zubehör, es sei denn, dass Zubehörteile vor der Rückgabe des Fahrzeugs an

den Verkäufer ausgebaut und anschließend für ein Ersatzfahrzeug wiederverwendet werden oder der Käufer auf eine entsprechende Zusatzausstattung des Ersatzfahrzeugs verzichtet. Auch der vom BerGer. angeführte weitere Umstand, dass die Aufwendungen der Kl. für Überführung und Zulassung "einmalig angefallen und verbraucht" seien, ist kein taugliches Abgrenzungskriterium im Hinblick auf die Frage, ob die Kl. für die Dauer der Nutzung des mangelhaften Fahrzeugs auch aus diesen Aufwendungen zeitanteilig einen Nutzen gezogen hat. Was den einmaligen Anfall angeht, besteht kein Unterschied zu den Aufwendungen für die Beschaffung von Zubehör. Dass die Aufwendungen für Überführung und Zulassung - nach der Vorstellung des BerGer. offenbar mit Abschluss des Überführungs- und Zulassungsvorgangs - "verbraucht" seien, trifft nur insoweit zu, als diesen Aufwendungen - anders als einer Zusatzausstattung - kein körperlich nutzbarer Gegenwert gegenübersteht. Dessen ungeachtet profitiert der Fahrzeugkäufer auch nach Beendigung des Überführungs- und Zulassungsvorgangs von den dafür aufgewendeten Kosten, denn ohne diese Aufwendungen stünde ihm die Nutzungsmöglichkeit des Fahrzeugs im Straßenverkehr nicht zur Verfügung. Aufwendungen für Überführung und Zulassung des Fahrzeugs sind daher im Hinblick auf die Ersatzpflicht nach § 284 BGB nicht anders zu behandeln als Aufwendungen für die Anschaffung von Fahrzeugzubehör.

IV. Weder Schuldnerverzug hinsichtlich der Zahlungsansprüche der Kl. noch Annahmeverzug hinsichtlich Fahrzeugrückgabe feststellbar

Mit Erfolg rügt die Revision schließlich, dass das BerGer. der Kl. Verzugszinsen auf den zuerkannten Zahlungsbetrag zugesprochen und dass es festgestellt hat, die Bekl. befinde sich mit der Rücknahme des Fahrzeugs in Annahmeverzug.

1. Vorprozessual überhöhte Aufwendungsersatzforderung der Kl.

Soweit die Bekl. aufgrund der Rückabwicklungsvereinbarung der Parteien die von der Kl. geleistete Anzahlung zurückzugewähren hat, ist sie gemäß §§ 346, 348 BGB zur Zahlung nur Zug um Zug gegen Rückgewähr des verkauften Fahrzeugs verpflichtet. Da die Kl. das Fahrzeug bislang nicht zurückgegeben hat, kann die Bekl. insoweit nur dadurch in Schuldnerverzug geraten sein, dass die Kl. ihr das Fahrzeug in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat. Auch das BerGer. geht hiervon aus und bejaht Schuldner- und Annahmeverzug der Bekl. mit der Begründung, die Kl. habe ihr die Rückgabe des Fahrzeugs angeboten. Diese Beurteilung findet indessen in den vom BerGer. hierzu getroffenen tatsächlichen Feststellungen keine tragfähige Grundlage. Die Feststellung, die Kl. habe „mit Schreiben vom 11.06.2003 die Rückgabe

des Fahrzeugs angeboten,“ genügt dafür schon deswegen nicht, weil sie nichts darüber besagt, unter welchen Bedingungen dies geschehen sein soll. Das erwähnte Schreiben befindet sich nicht bei den Akten, näherer Vortrag zu seinem Inhalt fehlt. Zudem hat die Bekl. mit einem von der Kl. als Anlage zur Klageschrift vorgelegten Schreiben vom 02.07.2003 die Rücknahme des Fahrzeugs ausdrücklich angeboten, zu der es nur deswegen nicht gekommen ist, weil die Parteien über die Höhe der der Kl. zu ersetzenden Aufwendungen keine Einigung erzielen konnten. Dass die Kl. der Bekl. die Rückgabe des Fahrzeugs zu den Bedingungen angeboten hat, von denen sie die Rückgabe nach §§ 346, 348 BGB tatsächlich abhängig machen durfte, ist weder vom BerGer. festgestellt noch von der Kl. vorgetragen worden. Ausweislich einer bei den Akten befindlichen Kopie eines Schreibens der Bevollmächtigten der Kl. an die Bekl. vom 09.07.2003 machte die Kl. die Rückgabe des Fahrzeugs von der Zahlung eines Betrages von 16.147,33 € abhängig. Das sind fast 2.000,00 € mehr, als die Kl. beanspruchen kann. Die “nutzlos gewordenen Aufwendungen und wertsteigernden Verwendungen” sind dort ohne jeden Abzug mit einem Betrag von 5.567,48 € beziffert, der den hierfür tatsächlich geschuldeten Betrag um mehr als 1.100,00 € übersteigt. Das an die Erfüllung dieser überhöhten Forderungen geknüpfte Rückgabeangebot der Kl. war mithin weder zur Begründung von Schuldnerverzug hinsichtlich der Kaufpreisrückzahlung noch zur Begründung von Annahmeverzug auf seiten der Beklagten geeignet.

2. Auch Aufwendungsersatzanspruch nur Zug um Zug gegen Rückgabe des Fahrzeugs

Auch für Schuldnerverzug der Bekl. bezüglich des Aufwendungsersatzanspruchs der Kl. fehlt es an tragfähigen tatsächlichen Feststellungen. Dass die Bekl. die Erstattung “des Betrags von 4.567,48 €“ mit einem Schreiben vom 22.07.2003, das sich nicht bei den Akten befindet, abgelehnt haben soll, liegt schon deshalb fern, weil die Kl. noch am 09.07.2003 1.000,00 € mehr an Aufwendungsersatz gefordert hatte. Überdies hat die Klägerin eine - allerdings unvollständige - Kopie eines Schreibens der Rechtsabteilung der Beklagten vom 29.07.2003 zu den Akten gereicht, in welchem die Bekl. eine Erhöhung ihres “kulanten Vorschlages gem. (ihrem) Schreiben vom 22.07.03“ anbie-

tet. Davon abgesehen ist die Beklagte auch zum Ersatz der Aufwendungen der Kl. für die Fahrzeugzusatzausstattung nur Zug um Zug gegen dessen Rückgewähr verpflichtet. Der Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB steht zwar als Äquivalent zu einem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung nicht in einem Gegenseitigkeitsverhältnis nach § 348 BGB. Es versteht sich aber von selbst, dass die Klägerin nicht Aufwendungsersatz für die Zusatzausstattung verlangen kann, ohne das Fahrzeug - samt Zusatzausstattung - an die Bekl. herauszugeben. Auch insoweit hängt die Frage des Schuldnerverzugs der Bekl. mithin davon ab, dass die Kl. ihr das Fahrzeug in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat, was, wie bereits ausgeführt worden ist, nach den vom BerGer. bislang getroffenen tatsächlichen Feststellungen nicht angenommen werden kann.

V. Aufhebung des Berufungsurteils und teilweise Rückverweisung nach § 563 I ZPO

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben, soweit das BerGer. der Kl. als Aufwendungsersatz für Überführung und Zulassung des verkauften Fahrzeugs mehr als 80 % des hierfür aufgewendeten Betrages von 487,20 €, das sind 389,76 €, zugesprochen und soweit es ihr Verzugszinsen zuerkannt sowie dem Feststellungsantrag stattgegeben hat (§ 562 I ZPO). Über die mit der Zahlungsklage geltend gemachte Hauptforderung entscheidet der Senat abschließend, weil die Sache insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO). Dem von der Beklagten anerkannten Betrag von 9.755,98 € sind 80 % der von der Kl. insgesamt aufgewendeten 5.567,48 €, das sind 4.453,98 €, hinzuzurechnen, so dass sich ein Zahlungsanspruch in Höhe von 14.209,96 € ergibt. Die hinsichtlich der Hauptforderung weitergehende Zahlungsklage ist unbegründet. Bezüglich der Verzugszinsen und des Feststellungsantrags bedarf es dagegen weiterer tatsächlicher Feststellungen; insoweit ist die Sache daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I ZPO). Bei der neuerlich zu treffenden Kostenentscheidung wird das BerGer. auch zu berücksichtigen haben, dass die Klage bei dem örtlich nicht zuständigen Landgericht Frankfurt (Oder) erhoben worden ist (§ 281 III 2 ZPO).

*Strafrecht***Standort: § 31 II 1. Fall StGB****Problem: Rücktritt vom Versuch der Anstiftung**

BGH, URTEIL VOM 14.06.2005
1 STR 503/04 (NJW 2005, 2867)

Problemdarstellung:

Der Angeklagte wollte den Lebensgefährten seiner geschiedenen Ehefrau töten lassen, da er vermutete, dass dieser die treibende Kraft hinter ihren Unterhaltspflichten sei. Deshalb heuerte er einen vermeintlichen Auftragsmörder an, bei dem es sich in Wahrheit jedoch um einen verdeckt ermittelnden Polizisten handelte. Da sich die Verhandlungen über den Unterhalt seiner Ex-Frau aber in einer Weise entwickelten, die den Vorstellungen des Angeklagten entsprach, teilte dieser dem Polizisten, nachdem der bereits eine Anzahlung für die zu begehende Tötung erhalten hatte, mit, die Tötung des Opfers sei vorerst nicht mehr erforderlich. Trotzdem vereinbarte er mit dem Polizisten einen Termin zur Besichtigung der Örtlichkeiten, damit dieser die Tötung des Opfers entsprechend vorbereiten könne, falls sich diese nachträglich doch als erforderlich herausstellen sollte. Der BGH hat den Angeklagten in Bestätigung der Entscheidung des LG Regensburg wegen versuchter Anstiftung zum Mord verurteilt und insb. einen Rücktritt gem. § 31 StGB abgelehnt.

Prüfungsrelevanz:

Sowohl die Tötungsdelikte als auch Probleme aus dem Bereich Täterschaft und Teilnahme und Fragen des Versuchs (und hier insb. des Rücktritts) stellen in beiden Examen Standardprobleme dar. Während der Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB von den meisten Prüfungskandidaten beherrscht wird, ist dies beim Rücktritt vom Versuch der Beteiligung gem. § 31 StGB oft nicht der Fall. Allerdings weisen beide Konstellationen starke Parallelen auf.

Ein Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass derjenige, den der Angeklagte als Mörder zur Tötung des Opfers anwerben wollte, tatsächlich ein verdeckt ermittelnder Polizist war, der zu keinem Zeitpunkt vorhatte (oder auch es bloß ernsthaft in Erwägung gezogen hatte), die Tat, für die er angeworben worden war, tatsächlich zu begehen. Insofern handelt es sich bei der versuchten Anstiftung um einen untauglichen Versuch, da die Tat auf dem vom Angeklagten gewählten Weg nie zur Vollendung gelangen konnte (vgl. BGHSt 6, 251; Tröndle/Fischer, § 22 Rn. 39).

Sofern der BGH in der vorliegenden Entscheidung von einem "objektiv fehlgeschlagenen" Versuch spricht, sollte die vorliegende Konstellation nicht mit derjenigen des (nach herrschender Meinung den Rücktritt ausschließenden, vgl. BGHSt 34, 53; 35, 90; Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 7 mwN) sog. fehlgeschlagenen Versuchs verwechselt werden. Ein solcher ist nämlich dann gegeben, wenn der Taterfolg aus Sicht des Täters nicht mehr herbeigeführt werden kann, ohne dass der Täter auf Grund eines neuen Tatentschlusses einen neue Kausalkette in Gang setzt (BGH, NStZ 1999, 395; Tröndle/Fischer, § 24 Rn. 7). Entscheidend für den fehlgeschlagenen Versuch ist somit die Tätervorstellung, also ein subjektives Element, so dass der BGH mit seiner Formulierung "objektiv fehlgeschlagen" nur den untauglichen Versuch meinen kann, dessen Vorliegen ja nach objektiven Kriterien zu beurteilen ist.

Der BGH stellt fest, dass bei einem "objektiv fehlgeschlagenen" Versuch der Anstiftung, bei dem der Anstifter aber davon ausgeht, er habe den Tatentschluss beim Haupttäter bereits hervorgerufen, ein Rücktritt vom Versuch der Anstiftung nur nach § 31 II StGB erfolgen kann und niemals nach § 31 I (Nr. 1) StGB. In diesem Fall unterbleibe die Vollendung der (Haupt-) Tat stets "ohne Zutun des Täters", nämlich deshalb, weil der vermeintliche Haupttäter von vorneherein objektiv nicht dazu bereit war, die Tat auszuführen. Deshalb seien die Rücktrittsbedingungen des § 31 II StGB zu prüfen. Diese entsprechen jedoch denen des § 24 I 2 StGB bzw. § 24 II 2 StGB (vgl. BGH, NStZ 1998, 510; Tröndle/Fischer, § 31 Rn. 6) und setzen das freiwillige und ernsthafte Bemühen voraus, die Tat zu verhindern. Der BGH betont hierbei, dass ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, nur vorliegt, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den Tatentschluss des (vermeintlich) Angestifteten rückgängig zu machen und er dadurch die Gefahr beseitigt, dass dieser die Tat begeht. Da der Angeklagte der geplanten Tat aber keine endgültige Absage erteilt hatte, lagen die entsprechenden Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht vor.

Vertiefungshinweise:

☐ Zu den Anforderungen an einen Rücktritt gem. § 31 StGB: BGH, NStZ 1996, 429; 2002, 311; Beulke/Satzger, NStZ 1996, 432; Puppe, JR 1996, 511

Kursprogramm:
 Examenskurs: "Wilde Ehe"
Leitsatz:

Glaubt der Anstifter, sein objektiv fehlgeschlagener Bestimmungsversuch sei gelungen, so richtet sich sein Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 II Alt. 1 StGB. Ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, liegt nur vor, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den vermeintlichen Tatentschluss des präsumtiven Täters rückgängig zu machen, und er dadurch die aus seiner Sicht bestehende Gefahr beseitigt, dass der Angestiftete die Tat begeht.

Sachverhalt:

Der Angeklagte sah sich finanziellen Forderungen seiner geschiedenen Ehefrau ausgesetzt. Er ging davon aus, dass deren Lebensgefährte die treibende Kraft hinter diesen Forderungen war. Deshalb entschloss er sich, den Lebensgefährten durch einen Auftragsmörder töten zu lassen. Durch Vermittlung eines Freundes kam er in Kontakt mit einem nicht offen ermittelnden Polizeibeamten mit dem Decknamen "N", der sich als vermeintlicher Auftragsmörder ausgab.

Bei dem ersten Treffen mit "N" am 30.03.2004 äußerte der Angeklagte, es gehe um die "Vollentsorgung" dieses Lebensgefährten, der für immer spurlos verschwinden müsse. Eine "Vertreibung" allein reiche nicht. Der Angeklagte unterrichtete "N" im Einzelnen über die von ihm ins Auge gefasste Vorgehensweise bei der Tötung. Derzeit sei die Gelegenheit zur Tatausführung günstig. Der Lebensgefährte sei regelmäßig allein im Haus, weil die geschiedene Ehefrau ihren Vater im Krankenhaus besuche. Auf Frage von "N", wie es mit der Bezahlung sei, händigte der Angeklagte diesem 4.000 Euro als Anzahlung aus und versprach, weitere 8.000 Euro nach dem Verschwinden des Lebensgefährten zu zahlen. "N" gab daraufhin vor, zur Tatausführung bereit zu sein. Allerdings benötige er zur Tatausführung noch genauere Informationen zur Identifizierung des Hauses des Lebensgefährten. Deswegen bot der Angeklagte "N" an, ihm bei einem weiteren Treffen am übernächsten Tag das Wohnhaus zu zeigen.

Bei diesem zweiten Treffen äußerte der Angeklagte, es sei eine Änderung eingetreten. Er habe ein Schreiben des Rechtsanwalts seiner geschiedenen Ehefrau erhalten. Die dort genannte finanzielle Forderung könne er akzeptieren, und er wolle dies zunächst so regeln. Falls dies aber nicht funktionieren würde, solle die besprochene Sache "durchgezogen" werden. Aus diesem Grund ging er auf den Vorschlag des "N" ein, ihm trotzdem das Haus zu zeigen, um den Auftrag dann bei Bedarf durchführen zu können. Während der Fahrt zum Haus äußerte der Angeklagte, er selbst glaube nicht so recht daran, dass sich seine geschiedene Ehe-

frau an die Erklärung im Anwaltsschreiben halten würde. Deswegen könne "N" auch die Anzahlung behalten. Er solle ihn alle zwei Monate anrufen, und er sage ihm dann, ob der Auftrag durchgeführt werden solle. Falls es zu keiner einvernehmlichen Regelung komme, sei es wohl schwierig, den Lebensgefährten seiner geschiedenen Ehefrau allein im Haus anzutreffen, weil deren Vater dann nicht mehr im Krankenhaus liege. Er könne diese aber aus der Wohnung locken, so dass der Auftrag dann ausgeführt werden könne.

Nachdem der Angeklagte das Haus gezeigt, den Wohnungseingang beschrieben und den Namen des Lebensgefährten genannt hatte, äußerte "N", es sei zu gefährlich, an dieser Stelle zu schießen. Der Angeklagte erwiderte, man brauche einen Schalldämpfer. Außerdem schlug er vor, den Lebensgefährten könne man mit einem Medikament willenlos machen und so aus der Wohnung bringen. Das solle "N" letztlich selbst entscheiden. Bei der Verabschiedung sagte der Angeklagte, er würde sich melden, wenn die Sache anstehe. Der Angeklagte wurde am 23.04.2004 festgenommen. Bis dahin hatte er sich bei "N" nicht mehr gemeldet.

Aus den Gründen:*I. Entscheidung des Landgerichts*

Das LG hat den Angeklagten wegen versuchter Anstiftung zum Mord zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hatte keinen Erfolg.

Das LG ist davon überzeugt, dass der Angeklagte bei seinem zweiten Treffen das Vorhaben, den Lebensgefährten töten zu lassen, nicht endgültig aufzugeben, sondern weiter daran festgehalten habe. Den Mordauftrag habe er auf Grund des Anwaltsschreibens deshalb nur vorläufig zurückgestellt. Die Zurückstellung habe er davon abhängig gemacht, dass er sich mit seiner Frau einigen könne. Hätte der Angeklagte bei einem Scheitern der Einigung den Mordauftrag erteilt, wäre dies keine neuerliche versuchte Anstiftung zum Mord gewesen; vielmehr hätte nur eine Tat im Rechtssinne vorgelegen. Deshalb sei er von der versuchten Mordanstiftung nicht nach "§ 31 I Nr. 1, II StGB" strafbefreiend zurückgetreten.

II. Entscheidung des BGH; Zum Fehlen der Voraussetzungen des § 31 StGB

Die Überprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler ergeben. Der Erörterung bedarf nur Folgendes: Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen scheidet ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch der Anstiftung zum Mord aus.

1. Zum Fehlen der Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 31 I StGB

Der Angeklagte hat nach seiner Vorstellung den prä-

sumtiven Täter bereits beim ersten Treffen dazu bestimmt, einen Mord aus Habgier zu begehen. Der Versuch der Anstiftung war daher "erfolgreich". Beide haben die Tat beim zweiten Treffen, welches mit dem ersten Treffen in einem engen zeitlichen Zusammenhang stand, weiterkonkretisiert, und zwar auch schon für den Fall, dass die Einigung mit der geschiedenen Frau scheitern würde. Das Tatopfer war individualisiert und die Modalitäten der Tatausführung waren abgesprochen, wobei der präsumtive Täter insoweit die näheren Einzelheiten selbst festlegen sollte. Die Tat war so weit konkretisiert, dass sie der Angestiftete hätte begehen können, wenn er dies gewollt hätte (vgl. BGH, BGHR StGB § 30 Abs. 1 S. 1 Bestimmen 3 u. 4).

Die Bestimmung des nicht offen ermittelnden Polizeibeamten als präsumtiver Täter war allerdings - was der Angekl. nicht wusste - objektiv fehlgeschlagen. Die Frage, nach welchen Regeln bei dieser Fallgestaltung ein strafbefreiender Rücktritt in Betracht kommt, ist von der höchstrichterlichen Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich (vgl. BGH, NStZ-RR 2000, 41 = StV 1999, 596) entschieden worden. In diesem Fall beurteilt sich der Rücktritt allein nach § 31 II Alt. 1 StGB, denn die Tat ist "ohne Zutun" des Angeklagten unterblieben (vgl. Roxin; in: LK-StGB, 11. Aufl., § 31 Rdnr. 27).

2. Zum Fehlen der Voraussetzungen des Rücktritts gem. § 31 II StGB

Der Angeklagte hat danach keine Straffreiheit erlangt, weil er sich nicht freiwillig und ernsthaft bemüht hat, die Tat zu verhindern.

Den Entschluss, den Lebensgefährten töten zu lassen, hat der Angeklagte nicht aufgegeben. Zwar hat er beim zweiten Treffen die zuvor schon getroffene Entscheidung, dass der Auftrag durchgeführt werden sollte, vorläufig zurückgestellt. Damit hat er seine Entscheidung, die Tat ausführen zu lassen - wovon sich das LG überzeugt hat - nur aufgeschoben, weil "er selbst ... nicht so recht daran glaube, dass sich seine geschiedene Ehefrau daran halten würde". Deshalb legte der Angeklagte die Tatmodalitäten auch schon für den Fall des Scheiterns einer Einigung fest und zeigte "N" das Haus des Lebensgefährten. Vor allem beließ er deswegen dem aus seiner Sicht weiter zur Tat entschlossenen präsumtiven Täter die Anzahlung und legte Wert darauf, mit diesem weiter in Kontakt zu bleiben. Insofern unterscheidet sich dieser Sachverhalt von der Fallgestaltung in BGH, BGHR StGB § 30 Beteiligung 1, wo der Angeklagte den Täter aus seiner Sicht noch nicht zur Tat bestimmt hatte und er deshalb bemüht war, "noch alles in der Schwebe zu lassen".

Hätte der - nach der Vorstellung des Angeklagten - nach wie vor zur Tatausführung entschlossene "N" nach einer erneuten Aufforderung die Tat begangen, so wäre diese Tat mit derjenigen identisch (§ 264

StPO) gewesen, zu der der Angeklagte ihn zuvor schon bestimmt hatte. Tatidentität hätte auch dann vorgelegen, wenn zwischen Treffen und Tatausführung längere Zeit verstrichen wäre oder wenn - dadurch bedingt - die Tatausführung hätte modifiziert werden müssen. Für diese Fallgestaltung waren nämlich schon beim zweiten Treffen Abreden getroffen worden. Insofern können die Grundsätze für die Tatidentität beim Rücktritt nach § 24 StGB (vgl. BGHSt 41, 368 = NJW 1996, 936 = NStZ 1996, 429, mehrfaches Ansetzen zur Tatvollendung mit zeitlicher Zäsur) hier nicht in gleicher Weise Geltung beanspruchen. Das Zeitmoment beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 StGB hat seinen Grund in der Begriffsbestimmung des Versuchs, der voraussetzt, dass zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt wird (§ 22 StGB). Die versuchte Anstiftung zum Verbrechen ist hingegen dadurch gekennzeichnet, dass die Tatausführung selbst noch nicht unmittelbar bevorsteht, sondern sich noch im Vorbereitungsstadium befindet. Das gilt auch dann, wenn - wie hier - aus der Sicht des Anstifters der Bestimmungsversuch bereits erfolgreich war.

Hinsichtlich des Rücktritts des Anstifters bei einem tatsächlich zur Tat entschlossenen Angestifteten gilt: Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, setzt damit in jedem Falle Kräfte in Richtung auf das angegriffene Rechtsgut in Bewegung, über die er nicht mehr die volle Herrschaft behält (BGHSt 1, 305 [309] = LM § 211 StGB Nr. 7). Die Gefahr der Tatbegehung besteht erst recht, wenn der Bestimmungsversuch erfolgreich war. Will der Anstifter diesen Erfolg verhindern, muss er alle Kräfte anspannen, um die Tat abzuwenden (BayObLG, JR 1961, 269 [270]). Er muss das aus seiner Sicht Notwendige und Mögliche vollständig tun; es reicht nicht aus, dass er nur die Wirkung seiner Beeinflussung zeitweise unschädlich macht (BayObLG, JR 1961, 269; Roxin, in: LK-StGB, § 31 Rdnr. 26). Insbesondere liegt ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, nur vor, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den Tatentschluss des Angestifteten rückgängig zu machen und er dadurch die Gefahr beseitigt, dass dieser die Tat begeht. Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn - wie hier - der Anstifter nur glaubt, einen anderen erfolgreich zur Tatbegehung bestimmt zu haben, dieser aber nicht wirklich tatbereit ist.

Derartige Bemühungen hat der Angeklagte nicht entfaltet. Er beließ dem vermeintlich weiterhin fest zur Tatausführung entschlossenen Angestifteten die Anzahlung. Da dieser nach der Vorstellung des Angeklagten aus Habgier handelte, musste er damit rechnen, dass der Angestiftete auf Grund seines fortbestehenden Tatentschlusses weiterhin nachhaltig an der Ausführung des Auftrags interessiert war. Es bestand insbesondere die Gefahr, dass der Angestiftete sich die restliche Entlohnung verdienen wollte und deshalb die Tat eigenmächtig ausführen oder den Angeklagten

unter Zugzwang setzen würde. Aus Sicht des Angeklagten war deshalb die von ihm hervorgerufene Ge-

fahr der Tatbegehung nicht abgewendet. Ernsthaftige Rücktrittsbemühungen liegen danach nicht vor.

Standort: §§ 30, 30 a BtMG

Problem: Bandenabrede

BGH, URTEIL VOM 16.06.2005
3 STR 492/04 (NJW 2005, 2629)

Problemdarstellung:

M und R gehörten zu einer Organisation, die Marihuana in größeren Mengen nach Deutschland importierte. Dabei war zwischen M und R verabredet, dass hierbei auch noch jeweils ein Dritter mitwirken sollte, wobei R die Auswahl des Dritten dem M überließ. M arbeitete dann mehrfach mit dem Angeklagten zusammen, wobei der Angeklagte von der Beteiligung des R wusste, der M dem R jedoch die Identität des weiteren Mitwirkenden (also des Angeklagten) verschwie, weil zwischen R und dem Angeklagten ein schlechtes persönliches Verhältnis bestand. Das Landgericht Oldenburg hatte den Angeklagten insb. wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln (§ 30 a I BtMG) verurteilt. Hiergegen wandte sich der Angeklagte mit seiner Revision, die der BGH als unbegründet zurückwies.

Prüfungsrelevanz:

Zwar stellt der Tatbestand des § 30 a BtMG keinen Prüfungsstoff dar, jedoch lassen sich die Ausführungen des BGH im vorliegenden Urteil zu den Voraussetzungen für das Bestehen einer Bande auch auf andere Bandendelikte übertragen, die in beiden Examen eine hohe Bedeutung besitzen (z.B. §§ 244 I Nr. 2, 260, 263 III 2 Nr. 1 StGB); immerhin hat der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung auf Urteile z.B. zum Bandendiebstahl zurückgegriffen.

Seit der richtungsweisenden Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH zum Tatbestand des Bandendiebstahls (§ 244 I Nr. 2 StGB) (BGHSt 46, 321) geht die Rechtsprechung davon aus, dass es für das Bestehen einer Bande stets eines Zusammenschlusses von mindestens drei Personen bedarf. Mit dieser Entscheidung ist der BGH gleichzeitig seiner früheren Rechtsprechung und verschiedenen Stimmen in der Literatur entgegen getreten, die für das Bestehen einer Bande einen "gefestigten Bandenwillen" oder ein Tätigwerden in einem "übergeordneten Bandeninteresse" gefordert hatten (vgl. BGH, NStZ 2001, 32; SK-Günther, § 244 Rn. 38; Lackner/Kühl, § 244 Rn. 6). In subjektiver Hinsicht soll ein Bandendelikt nur erfordern, dass sich die Bandenmitglieder mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse, Straftaten der in dem jeweiligen Tatbestand bezeichneten Art zu begehen.

Im vorliegenden Fall führt der BGH weiter aus, dass es bei einem Bandendelikt auch nicht erforderlich ist, dass alle Bandenmitglieder einander kennen. Ist allen Bandenmitgliedern klar, dass mindestens drei Personen an der Begehung der Tat mitwirken werden (und auch den Willen teilen, in Zukunft wiederholt vergleichbare Delikte zu begehen), so genügt dies bereits zur Annahme einer Bande. Dies gilt offensichtlich selbst dann, wenn - wie im vorliegenden Fall - eines der Bandenmitglieder im Falle der Kenntnis der Identität des anderen nicht mit dessen Beteiligung einverstanden gewesen wäre, weil persönliche Antipathien bestanden.

Vertiefungshinweise:

Zum Bestehen einer Bande, insb. zum Erfordernis einer Bandenabrede: BGHSt 46, 321 (= NStZ 2001, 421); NStZ 2001, 32; *Altenhain*, Jura 2001, 836; *Ellbogen*, wistra 2002, 9; *Engländer*, JZ 2000, 630; JR 2001, 78; *Erb*, NStZ 2001, 561; *Otto*, StV 2000, 313; *Sya*, NJW 2001, 343

Kursprogramm:

Examenskurs: "Das eingespielte Team"

Leitsatz:

Für die Annahme einer Bandenabrede ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen, wenn nur jeder den Willen hat, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit (mindestens) zwei anderen zu verbinden.

Sachverhalt:

Nach den Feststellungen führte der Angeklagte zunächst für den gesondert verfolgten R in den Niederlanden übernommenes Marihuana in größeren Mengen nach Deutschland ein. Nachdem der Angeklagte den gesondert verfolgten M, der gleichfalls Drogentransporte für R ausführte, kennengelernt hatte, kam er mit M und R anlässlich eines im November 2001 anstehenden größeren Drogengeschäfts überein, dass "fortan die aufgrund der durch R eingefädelten Drogengeschäfte anstehenden Rauschgifttransporte im gemeinsamen Zusammenwirken zwischen ihm, M, R sowie - nach Bedarf - weiteren Personen" ausgeführt werden sollten; dabei oblag R die Koordination der Geschäfte, dem Angeklagten und M der Transport. Daraufhin führte der Angeklagte im Zeitraum November 2001

bis März 2002, teils gemeinsam mit M, teils mit weiteren, auf Veranlassung von R und M "zu der Gruppe hinzugestoßenen" Personen in vier Fällen Haschischmengen in einer Größenordnung von jeweils 100 kg von Spanien nach Deutschland ein (Teil II. B. 1. bis 4. der Urteilsgründe).

Im Sommer 2002 war R der Ansicht, der Angeklagte habe ihn an eine Gruppe marokkanischer Drogenlieferanten verraten; deshalb ließ er diesen durch angeheuerte Schläger zusammenschlagen. Danach bestand zwischen dem Angeklagten und R kein unmittelbarer Kontakt mehr.

Gleichwohl wurde der Angeklagte auch in der Folgezeit - ohne Wissen des R - für diesen tätig. Zwischen R und M war insoweit abgesprochen, dass die Drogen Transporte nach wie vor stets durch mindestens zwei Personen ausgeführt und gesichert werden würden, wobei die Auswahl der weiteren Personen R gleichgültig war und im Einzelfall M überlassen blieb. Der Angeklagte und M kamen überein, dass der Angeklagte auf jeweilige Anforderung auch weiterhin bei Transporten im Rahmen der Drogengeschäfte des R eingesetzt werden sollte.

Auf dieser Grundlage kam es im Zeitraum von Juli 2002 bis März 2003 zu zwölf weiteren Rauschgifttransporten, die der Angeklagte und M für R - regelmäßig unter Heranziehung weiterer Beteiligter - durchführten. Dabei hatte der Angeklagte in elf Fällen die Funktion eines Sicherungsfahrers inne, in einem Fall diejenige des Rauschgifttransporteurs (Fälle B. 5. bis 11. und 13. bis 17. der Urteilsgründe).

Aus den Gründen:

A. Entscheidung des Landgerichts; Rechtsmittel

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 16 Fällen, wegen Beihilfe zum bandenmäßigen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einem Fall, wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in elf Fällen und wegen Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sieben Monaten verurteilt sowie den Verfall von Wertersatz in Höhe von 40.000 € angeordnet.

Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Näherer Erörterung bedarf nur die Verurteilung wegen bandenmäßiger Einfuhr von Betäubungsmitteln.

B. Entscheidung des BGH

Der Schuldspruch wegen bandenmäßiger Einfuhr von

Betäubungsmitteln hält sachlichrechtlicher Nachprüfung in allen Fällen stand.

I. Bandenabrede als Voraussetzungen für das Bestehen einer Bande

Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich nach der deliktischen Vereinbarung, der sog. Bandenabrede. Sie setzt den Willen voraus, sich mit anderen zu verbinden, um künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen (BGHSt 47, 214, 216; BGH NStZ 2004, 398, 399).

Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 22. März 2001 (BGHSt 46, 321) ist der Wille zur Bindung für die Zukunft und für eine gewisse Dauer bei einem Zusammenschluss von mindestens drei Personen erforderlich.

Danach unterliegt das Zustandekommen einer Bandenabrede für die Fälle II. B. 1. bis 4. keinem Zweifel. Gleiches gilt für die bandenmäßige Begehung dieser Taten.

II. Zum Vorliegen einer Bandenabrede in den Fällen B 5. bis 11. und 13. bis 17.

Dies gilt im Ergebnis auch für die Fälle II. B. 5. bis 11. und 13. bis 17. der Urteilsgründe. Diese Einfuhrdelikte hat der Angeklagte jedenfalls auf der Grundlage einer neuen Bandenabrede begangen.

1. Zu den Voraussetzungen an die Auflösung einer Bandenabrede

Das Landgericht hat sich nicht näher mit der Frage auseinandergesetzt, ob die im November 2001 getroffene Bandenabrede durch den Vorfall im Sommer 2002 hinfällig wurde oder über die vierte Tat hinaus Bestand hatte.

Der entsprechende Wille des Bandenchefs R, auch weiterhin mit dem Angeklagten gemeinsame Betäubungsmittelleinfuhren zu begehen, könnte zweifelhaft sein, zumal zwischen dem Angeklagten und R nach dem Vorfall - anders als zuvor - kein unmittelbarer Kontakt mehr bestand. Insoweit gilt: Die Auflösung der Bande setzt keine ausdrückliche Erklärung voraus, sondern ist auch durch schlüssiges Verhalten möglich. Die Aufkündigung der Bandenabrede kann in gleicher Weise geschehen, wie ihre Eingehung. Diese bedarf keiner ausdrücklichen Vereinbarung; vielmehr genügt auch eine stillschweigende Übereinkunft, die auch aus dem konkret feststellbaren wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann (BGH NStZ 2002, 318, 319; 2004, 398, 399; BGH wistra 2004, 265; aus der Literatur z. B. Schmitz in MünchKomm StGB § 244 Rdn. 35, 39; Weber, BtMG 2. Aufl. § 30 Rdn. 44 m. w. N.; ebenso zum früheren Bandenbegriff BGH NStZ 1999, 187 und NStZ 1997, 90, 91).

2. Zum Vorliegen einer neuen Bandenabrede

Diese Frage bedarf hier indes keiner abschließenden Entscheidung.

Denn selbst wenn die Strafaktion des R gegen den Angeklagten die bestehende Bandenabsprache beendet hätte, - was sich allerdings angesichts der besonderen Verhältnisse in einer kriminellen Bande generell und hier jedenfalls nach dem Verhalten des Angeklagten nach dem Vorfall nicht von selbst versteht - würde dies den Bestand des Urteils nicht gefährden, weil den nachfolgenden Taten ebenfalls eine (weitere) Bandenabrede zugrunde lag.

a. Beteiligung von anderen Personen als R, M und des Angeklagten unbeachtlich

Diese Abrede kann aber - anders als das Landgericht meint - nicht schon daraus abgeleitet werden, dass sich an den Taten über den Angeklagten, R und M hinaus weitere Personen als Bandenmitglieder beteiligten.

Zum einen trifft dies im Fall B. 9. nicht zu, denn außer dem Angeklagten, M und R ist dort kein weiterer als Bandenmitglied in Frage kommender Beteiligter ersichtlich. Zum andern lassen die Urteilsgründe nähere Feststellungen zu einem Bandenbeitritt der weiteren Beteiligten vermissen.

Zwar sind die Beweisanforderungen hinsichtlich der Bandenabrede um so geringer, je stärker die Gefährlichkeit einer Tätergruppe durch die Zahl ihrer Mitglieder, durch deren Präsenz bei der Tatausführung oder durch organisatorische Stabilität hervortritt (BGH StV 2000, 259). Dennoch erscheint - jedenfalls beim Beteiligten Z, der in 16 Fällen insgesamt nur zweimal in Erscheinung trat - der bloße und nicht näher belegte Hinweis darauf, er sei in die Gruppe eingeführt worden, nicht ausreichend, eine Bandenmitgliedschaft darzulegen.

Letztlich kann auch die Frage einer Beteiligung weiterer Tatgenossen als Bandenmitglieder (vgl. dazu Senat NStZ-RR 2003, 265) dahingestellt bleiben, denn die den Schuldspruch tragende Bande wurde jedenfalls durch den Angeklagten, R und M gebildet.

b. Zum Vorliegen einer Bandenabrede zwischen R, M und dem Angeklagten

Auf der Grundlage der Feststellungen wurde die entsprechende Bandenabrede wie folgt getroffen: R hatte mit M abgesprochen, dass sich neben diesem mindestens eine weitere Person an der Durchführung und Sicherung der im Rahmen der Rauschgiftgeschäfte vorzunehmenden Transporte beteiligte, was dem Angeklagten aufgrund seiner Übereinkunft mit M bekannt war; er hatte sich zwar mit R selbst nicht abgesprochen, wusste jedoch, dass er "weiterhin bei Transporten für R eingesetzt werden sollte", war damit einverstanden und übernahm in der Folgezeit nach Anforderung durch M in 12 Fällen die Funktion eines Transport- bzw. Sicherungsfahrers. Nur R, der die

Auswahl der dritten Person im Einzelfall M überlassen hatte, war nicht bekannt, dass der Angeklagte weiterhin als Sicherungsfahrer eingesetzt wurde.

c. Bandenabrede setzt nicht voraus, dass sich alle Bandenmitglieder kennen und voneinander wissen

Auch in dieser Konstellation liegen eine Bandenabrede und die bandenmäßige Begehung der Betäubungsmittelführen vor. Für die Annahme einer Bandenabrede ist es nicht erforderlich, dass sich sämtliche Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe persönlich verabredet haben und sich untereinander kennen, wenn nur jeder den Willen hat, sich zur künftigen Begehung von Straftaten mit (mindestens) zwei anderen zu verbinden.

Dies ergibt sich auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung aus dem Sinn und Zweck der Bandendelikte.

aa. Rechtsprechung bzgl. der Anforderungen an die Bandenabrede und die Kenntnis der Bandenmitglieder untereinander

Der Bundesgerichtshof hat nach der Entscheidung des Großen Senats, die für den Begriff der Bande einen Zusammenschluss von drei oder mehr Personen voraussetzt (BGHSt 46, 321), zu den Fragen, ob es für die Annahme einer Bandenabrede auch ausreicht, wenn die Beteiligten sie nicht untereinander absprechen, sondern die Vereinbarung in der hier in Rede stehenden Weise treffen, und ob sich die Bandenmitglieder kennen müssen, bislang - soweit ersichtlich - nicht Stellung genommen. Ständige Rechtsprechung ist indessen, dass die Bandenabrede ausdrücklich, stillschweigend oder durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann. Ebenso kommt es in Betracht, dass zwischen einigen Bandenmitgliedern eine ausdrückliche Absprache getroffen wird, der Beitritt anderer zur Bande aber aus dem Verhalten der Beteiligten folgt.

Eine Bandenabrede setzt nicht voraus, dass sich alle Beteiligten gleichzeitig absprechen. Sie kann etwa durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen, und der Dritte, der durch einen dieser beiden Täter über ihr Vorhaben informiert wird, sich der deliktischen Vereinbarung - sei es im Wege einer gemeinsamen Übereinkunft, gegenüber einem Beteiligten ausdrücklich, gegenüber dem anderen durch sein Verhalten oder nur durch seine tatsächliche Beteiligung - anschließt. Dabei kann es sich um den Anschluss an eine bereits bestehende Bande handeln; ebenso kann durch den Beitritt erst die für eine Bandentat erforderliche Mindestzahl von Mitgliedern erreicht werden.

Nach dem Urteil vom 16. Dezember 2003 - 1 StR

297/03 (wistra 2004, 265) steht einer Bande zudem nicht entgegen, wenn der Angeklagte nur die Namen von zwei Bandenmitgliedern kennt, aber möglicherweise keine weitergehende Kenntnis über ihre Identität hat. Als die Rechtsprechung noch davon ausging, dass bereits zwei Personen eine Bande bilden können (BGHSt 23, 239; 38, 26), war bereits anerkannt, dass die Kenntnis mehrerer oder gar sämtlicher Mitglieder einer bandenmäßig organisierten Gruppe von der Bandenabrede nicht erforderlich war, wenn der Täter diese nur mit einem anderen getroffen hatte (vgl. BGH StV 2000, 259; BGH NSStZ 1996, 495); ebenso, dass die Einbeziehung eines Dritten in die zwischen zwei Tätern bestehende Bande möglich war, indem nur einer dieser beiden Täter mit dem Dritten eine Bandenabrede traf (vgl. BGH NJW 2000, 2034). Schließlich wurde in der Entscheidung BGHSt 43, 158 in einem nicht entscheidungstragenden Teil darauf hingewiesen, dass es der Annahme einer Bande nicht entgegenstehe, wenn ein Bandenmitglied keine konkrete Kenntnis von den Aktivitäten anderer oder gar aller Beteiligten habe sowie möglicherweise nur einen Vordermann in der Organisation kenne (BGHSt 43, 158, 164). Zu einer anderen Beurteilung dieser Konstellationen sieht der Senat auch nach der Entscheidung BGHSt 46, 321 keinen Anlass.

bb. Keine ausdrückliche gesetzliche Definition des Bandenbegriffs

Der Gesetzgeber hat den Begriff der Bande sowie die Voraussetzungen der Bandenabrede und einer bandenmäßigen Begehung weder im StGB noch im Nebenstrafrecht definiert. Auch der Wortlaut der Bandendelikte, der teils eine Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds verlangt, teils auf dieses Merkmal verzichtet (vgl. etwa § 244 Abs. 1 Nr. 2, § 250 Abs. 1 Nr. 2 StGB einerseits, § 260 Abs. 1 Nr. 2, § 260 a Abs. 1 StGB, § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30 a Abs. 1 BtMG andererseits), bietet keinen Hinweis auf die Art und Weise, wie die Bandenabrede zustande kommen muss, und sagt zu der Frage, ob sich die Bandenmitglieder kennen müssen, nichts aus.

cc. Historische Entwicklung des Bandenbegriffs

Auch die Betrachtung der historischen Entwicklung des Bandenbegriffs führt nicht weiter.

Die Materialien zum Preußischen StGB 1851 und zum RStGB äußern sich nicht näher zu den Voraussetzungen der Bandenabrede (vgl. Goltdammer Materialien zum PrStGB Band 2 (1852), S. 486 f.; Hahn, StGB 3. Aufl. 1877 § 243 Nr. 6 Anm. 13). Es war damals aber bereits anerkannt, dass eine Bandenbildung bei bloß zufälligem Zusammentreffen ausgeschlossen sei, indes schon eine stillschweigende Verbindung ausreichen sollte (vgl. RGSt 9, 296; 56, 90; von Ohlshausen Kommentar zum StGB 11. Aufl. 1927 § 243 Anm. 47).

Die Interpretation anhand der Materialien zur Einführung der Bandendelikte in das StGB (1969), in das BtMG (1972) und in die AO (1977) bringt ebensowenig ein eindeutiges Ergebnis. So geht die Fassung des Bandendiebstahls in § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB auf einen Entwurf, der vom Täter als "Mitglied einer Gruppe" spricht, zurück; der bandenmäßige Schmuggel in § 373 Abs. 2 Nr. 3 AO knüpft an Vorschriften des Vereinszollgesetzes an, die eine komplottmäßig handelnde, auch äußerlich als Bande in Erscheinung tretende Personenmehrheit voraussetzen, bei der es einer vorausgegangenen Verabredung nicht bedurfte (RGSt 54, 246). Schließlich fiel bei den Bandendelikten im BtMG das im StGB teilweise verwendete Merkmal der Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds ersatzlos weg, ohne dass den Materialien dafür eine Begründung entnommen werden könnte (zum Ganzen BGH NSStZ 2000, 474, 476; Schild GA 1982, 55, 59 ff.).

dd. Systematische Auslegung des Bandenbegriffs

Bereits systematische Erwägungen könnten indes für die vom Senat vorgenommene weite Auslegung sprechen. Eine gegenseitige Absprache der Bandenmitglieder und eine gegenseitige Kenntnis ihrer Identität zu fordern, ließe unberücksichtigt, dass bei anderen Formen deliktischer Verbindungen, die eine Willensübereinstimmung erfordern, nicht verlangt wird, dass sich die einzelnen Mitwirkenden kennen, sofern sich nur jeder bewusst ist, dass neben ihm noch andere mitwirken und diese vom gleichen Bewusstsein erfüllt sind (zur Mittäterschaft RGSt 58, 279; BGH GA 1973, 185).

ee. Teleologische Auslegung der Bandendelikte

Aber jedenfalls Sinn und Zweck der Bandendelikte und mithin auch der § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30 a Abs. 1 BtMG erfordern, an das Zustandekommen einer Bandenabrede keine höheren Anforderungen zu stellen.

Dies ergibt schon eine Betrachtung der die Strafschärfung begründenden Aspekte, die in der besonderen Gefährlichkeit der Bandentat liegen. Der Grund für die höhere Strafwürdigkeit liegt zum einen in der abstrakten Gefährlichkeit der Bandenabrede, zum andern in der konkreten Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung für das geschützte Rechtsgut (BGHSt 46, 321, 334; BGH GA 1974, 308).

Die abstrakte Gefährlichkeit der Bandenabrede folgt aus der engen Bindung, die die Mitglieder für die Zukunft und für eine gewisse Dauer eingehen und die einen ständigen Anreiz zur Fortsetzung der kriminellen Tätigkeit bildet (BGHSt 46, 321, 336; 47, 214, 216 f.; vgl. auch RGSt 66, 236, 241 f.). Die danach vorhandene Organisationsgefahr besteht aber nicht nur dann, wenn eine untereinander getroffene gemeinsame Absprache aller Bandenmitglieder vorliegt, sondern auch, wenn jeder einzelne Beteiligte den Willen hat, sich mit (mindestens) zwei anderen zusammenzutun, um künft-

tig für eine gewisse Dauer Straftaten zu begehen. Denn auch dadurch, dass sich der Bindungswille jedes einzelnen auf zwei oder mehr Personen bezieht, entsteht zwischen den Beteiligten ein enges Band. Insbesondere bewirkt ein Zusammenschluss auch in dieser Konstellation eine gewisse Selbstbindung der Beteiligten an das Zugesagte, so dass eine spätere Willensänderung erschwert wird; er lässt auch die Möglichkeit der Einflussnahme auf das einzelne Mitglied, wenn es etwa die Bandenabrede nicht einhält oder aufkündigt, bestehen. Ferner entfaltet die Abrede auch in der hier in Rede stehenden Form aus gruppenspezifischen Gründen eine vom Willen jedes einzelnen unabhängige Eigendynamik, die das Ausscheiden einzelner gegen den Willen der übrigen Beteiligten erschwert (Hoyer in SK-StGB 47. Lfg. § 244 Rdn. 31). All dies gilt auch dann, wenn sich nicht alle Mitglieder der Bande gegenseitig kennen oder nur eine - untereinander verbundene - Mehrheit von Zweierbeziehungen vorliegt (vgl. Weber, BtMG 2. Aufl. § 30 Rdn. 50, 80; Körner, BtMG 5. Aufl. § 30 Rdn. 29).

Die konkrete Gefährlichkeit der bandenmäßigen Tatbegehung hat sich bei denjenigen Bandendelikten, die - wie § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 30 a Abs. 1 BtMG - im Tatbestand kein Mitwirkungsmerkmal enthalten, zwar bereits dann realisiert, wenn nur ein Bandenmitglied die Tat für die Bande begeht (BGHSt 46, 321, 336); dennoch ist auch in diesen Fällen die Gefährlichkeit im Hinblick auf die Beteiligung mindestens von zwei weiteren, durch die Abrede mit dem handelnden Täter verbundenen Personen, die oft abrufbereit zur Verfügung stehen und erforderlichenfalls die Tatausführung unterstützend oder sichernd begleiten oder bei einem Ausscheren des Handelnden aus der Planung eingreifen können, gegenüber der Tatbegehung durch Einzel- oder Mittäter merklich erhöht. Auch vor dem Hintergrund dieser Ausführungsgefahr wird deutlich, dass die gerade der Bande innewohnende Gefährlichkeit nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob die Bandenabrede auf eine bestimmte, ohnehin häufig von

Zufällen beeinflusste Weise zustande gekommen ist oder ob die am Zusammenschluss Beteiligten über die Identität eines jeden Mitglieds informiert sind.

Die vom Senat verworfene einschränkende Auslegung liefe darauf hinaus, den abgeschotteten und aus der Anonymität heraus agierenden Bandenchef, der gerade deshalb innerhalb der oft hierarchisch aufgebauten Bandenstrukturen seine kriminellen Vorhaben besonders wirksam und mit geringerem Entdeckungsrisiko umsetzen und gleichwohl die Bandentaten entscheidend prägen kann, in nicht zu rechtfertigender Weise gegenüber anderen, besonders den am Tatort gemeinsam auftretenden Mitgliedern der Bande, zu privilegieren.

Es wäre unangemessen, solche wesentliche und besonders gefährliche Erscheinungsformen der Bandenkriminalität im Rauschgiftsektor, seien es im Inland agierende, wirtschaftlich orientierte Drogenhändlerbanden, die sich häufig hinter einem Betrieb tarnen und für kriminelle Organisationen im Ausland tätig werden (vgl. Körner, BtMG 5. Aufl. § 30 a Rdn. 5) oder grenzüberschreitend vorgehende, international tätige Drogenkartelle, im Regelfall mit Freiheitsstrafen unter fünf Jahren zu bestrafen, zumal in solchen, typischerweise arbeitsteilig organisierten bandenmäßigen Verbindungen eine Vielzahl von Tätern Beiträge erbringen und dadurch insgesamt zur Verwirklichung des Bandenzwecks beitragen (vgl. BGH NStZ 2002, 375, 376 f.).

3. Zum Bestehen einer Bandenabrede im vorliegenden Fall

Ausgehend von diesen Maßstäben hat der Angeklagte bereits durch seine Abrede mit M eine Bande gebildet, weil M, wie der Angeklagte wusste, seinerseits mit R abgesprochen hatte, bei den weiteren Drogentransporten einen Dritten hinzuzuziehen. Damit erweist sich als unerheblich, dass R nicht wusste, wer und dass der Angeklagte als weiterer Beteiligter von M hinzugezogen wurde.

Standort: § 210 II StPO analog

Problem: Untätigkeitsbeschwerde

OLG DRESDEN, BESCHLUSS VOM 20.06.2005
2 Ws 182105 (NJW 2005, 2791)

Problemdarstellung:

Die Staatsanwaltschaft hatte bereits im Jahre 2002 wegen Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) in 191 Fällen Anklage beim Landgericht erhoben. Die zuständige Strafkammer hat jedoch bis heute keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens getroffen. Da die ersten 15 der angeklagten Taten im April 2005 verjähren würden, legte die Staatsanwaltschaft im März 2005 Beschwerde gegen die Nichtentscheidung der Kammer über die Eröffnung des Hauptverfahrens ein.

Das OLG Dresden wies diese Beschwerde als unzulässig zurück.

Prüfungsrelevanz:

Die Frage der Zulässigkeit der - gesetzlich nicht geregelten - Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft stellt ein klassisches prozessuales Problem dar, das im ersten Examen in entsprechenden Wahlfach- bzw. Schwerpunktbereichsprüfungen oder im zweiten Examen angesprochen werden kann.

Kommt die Staatsanwaltschaft nach Durchführung des Ermittlungsverfahrens zu dem Ergebnis, dass hinreichender Tatverdacht gegeben ist, so erhebt sie die öf-

fentliche Klage durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht (§§ 170 I, 203 StPO). Die Anklageschrift enthält stets den Antrag, das Hauptverfahren zu eröffnen (§ 199 II StPO). Lehnt das Gericht den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens ab, so steht der Staatsanwaltschaft gegen den ablehnenden Beschluss die sofortige Beschwerde zu (§ 210 II StPO). Fraglich ist jedoch, ob und wenn ja welche Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft offenstehen, wenn das Hauptsachegericht gar keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens trifft. Da es nicht sein kann, dass das Gericht sich dadurch, dass es gar keine Entscheidung trifft, der Möglichkeit zur Überprüfung seiner Entscheidung entzieht, die gem. § 210 II StPO bestünde, wenn das Hauptsachegericht eine ablehnende Entscheidung trafe, wird der Staatsanwaltschaft in diesem Fall grundsätzlich die Möglichkeit einer sog. Untätigkeitsbeschwerde gem. §§ 210, 304 StPO analog zugestanden (BGH, NJW 1993, 1279; OLG Frankfurt, NJW 2002, 453; Meyer-Goßner, § 304 Rn. 3 mwN). Hierbei wird die Beschwer der Staatsanwaltschaft grundsätzlich mit der drohenden Verjährung begründet. Zwar bewirkt die Anklageerhebung gem. § 78 c I Nr. 6 StGB eine Unterbrechung der Verjährung; dies bedeutet jedoch nur, dass die gem. § 78 III StGB geltende Verjährungsfrist von neuem beginnt (§ 78 c III 1 StGB). Außerdem ist stets die absolute Grenze der Verjährung gem. § 78 c III 2 StGB zu berücksichtigen. Der vorliegende Beschluss des OLG Dresden präzisiert die bisher bestenfalls allgemein gehaltenen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer solchen Untätigkeitsbeschwerde. Das OLG betont, dass zwar die Untätigkeitsbeschwerde in Strafvollstreckungssachen mittlerweile anerkannt sei (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.03.2005, 2 BvR 1610/03), eine solche in der StPO jedoch eigentlich nicht vorgesehen sei. Deshalb könne sie auch nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, nämlich dann, wenn die unterlassene Entscheidung selbst anfechtbar wäre, und der Unterlassung die Bedeutung einer Sachentscheidung im Sinne einer endgültigen Ablehnung - und nicht nur einer bloßen Verzögerung - der zu treffenden Entscheidung zukommt (vgl. BGH, NJW 1993, 1279; OLG Stuttgart, NStZ-RR 2003, 284; KK StPO-Engelhardt, § 304 Rn. 3 mwN). Im vorliegenden Fall wäre zwar eine die Eröffnung ablehnende Entscheidung gem. § 210 II StPO anfechtbar, eine einer endgültigen Ablehnung vergleichbare Entscheidung könne in der Nichteröffnung des Hauptverfahrens aber nur dann gesehen werden, wenn die Verjährung drohe, da dies ein Verfahrenshindernis darstellen würde, das einer späteren Verfahrenseröffnung entgegenstünde. Da jedoch im vorliegenden Fall zahlreiche Taten angeklagt waren, so führt das OLG aus, sei eine Untätigkeitsbeschwerde nur statthaft, wenn ein wesentlicher Teil der angeklag-

ten Taten zu verjähren drohe, was bei der Verjährung von nur 15 von 191 Taten nicht der Fall sei. Außerdem müsse das Unterlassen der Entscheidung auf einer groben Pflichtwidrigkeit des Gerichtes beruhen, wovon nicht ausgegangen werden könne, wenn das Gericht (wie im vorliegenden Fall) seine zur Nichtentscheidung führende Überlastung detailliert darlegen könne. Weiter führt das OLG aus, dass einer Untätigkeitsbeschwerde kein Devolutiveffekt zukomme, d.h. das Gericht der Hauptsache habe immer noch die Möglichkeit, der Beschwerde (durch Eröffnung des Hauptverfahrens) selbst abzuwehren. Das Beschwerdegericht hingegen habe keine Befugnis zu einer eigenen Sachentscheidung bzgl. der Eröffnung; es könne allenfalls das Hauptsachegericht anweisen, innerhalb einer bestimmten Frist über die Eröffnung zu entscheiden.

Vertiefungshinweise:

□ Zur Untätigkeitsbeschwerde im Strafprozess: *BGH*, NJW 1993, 1279; *OLG Frankfurt*, NJW 2002, 453; *OLG Stuttgart*, NStZ-RR 2003, 284; *Gimbel*, ZRP 2004, 35; *Wirriger*, NStZ 2002, 389;

Leitsätze:

1. Das Unterlassen einer von Amts wegen oder auf Antrag zu treffenden Entscheidung kann überhaupt nur ganz ausnahmsweise dann anfechtbar sein, wenn (a) die (unterlassene) Entscheidung selbst anfechtbar wäre und (b) dem Unterlassen die Bedeutung einer Sachentscheidung im Sinne einer endgültigen Ablehnung (und nicht nur einer bloßen Verzögerung der zu treffenden Entscheidung) zukommt.

2. Bei angeklagten Serienstraftaten, die im Laufe mehrerer Jahre begangen wurden, so dass einzelne Taten recht bald, andere Taten aber erst in einigen Jahren zu verjähren drohen, ist zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft auf die gesetzliche Wertung in §§ 154, 154 a StPO abzustellen. In diesen Fällen kann eine solche Beschwerde nur dann überhaupt zulässig sein, wenn (a) eine wesentliche Anzahl der Taten zeitnah zu verjähren drohen und (b) das Unterlassen der Gerichtsentscheidung auf grober Pflichtwidrigkeit beruht.

Sachverhalt:

Die StA hat - erstmals am 26.04.2002 und nach Rücknahme der Ersten Anklage erneut - am 28.05.2002 gegen die drei Angeschuldigten wegen 191 Fällen des Subventionsbetrugs (§§ 264 I Nr. 1, 25 II, 53 StGB) Anklage bei der WirtschaftsStrK des LG erhoben. Nachdem der (neue) Vorsitzende der zuständigen 5. StrK mit Verfügung vom 07.04.2004 der StA mitgeteilt hatte, dass der StrK auf Grund ihrer Auslastung eine Entscheidung über die Eröffnung des

Hauptverfahrens derzeit nicht möglich sei, nahm dies die StA zum Anlass, erstmals am 11.05.2004, "gegen die bislang unterbliebene Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens" sofortige Beschwerde einzulegen. Mit Beschluss vom 17.06.2004 hat daraufhin der Senat das Rechtsmittel als unzulässig verworfen. Der Zurückstellung der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens durch die StrK lägen sachliche Erwägungen zu Grunde; die Zurückstellung der Entscheidung sei auch nicht willkürlich, zumal sich die Kammer der Verjährungsproblematik - sukzessive Verjährung drohte (erst) ab 15.04.2005 - bewusst sei. In der Folgezeit hat das LG dann aber keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens getroffen. Die StA hat deshalb am 16.03.2005 "erneut Beschwerde" gegen die Nichtentscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens eingelegt. Das Rechtsmittel enthielt den Hinweis, "der Verjährungseintritt stehe unmittelbar bevor". Im Übrigen wurde auf die Begründung der ersten Beschwerde verwiesen. Mit Vermerk vom 18.03.2005 hat der Vorsitzende der StrK darauf hingewiesen, dass die Kammer auf Grund ihrer "fortdauernden Überlastung mit vorrangigen Aufgaben" nicht in der Lage gewesen sei, über die Eröffnung des Hauptverfahrens, "die eine vertiefte Prüfung der umfangreichen Akten erfordere", zu entscheiden. Im Hinblick darauf, dass die ersten 15 der 191 angeklagten Fälle im Zeitraum vom 13. bis zum 27.04.2005 verjähren würden, sei am 11.03.2005 "mit der Prüfung" (offensichtlich der Entscheidung über die Eröffnung oder Nichteröffnung) begonnen worden. "Bei vorläufiger Prüfung" sei eine "weitgehende Eröffnung" wahrscheinlich, jedoch erscheine es nicht ausgeschlossen, dass auch "teilweise die Nichteröffnung des Verfahrens beschlossen werden könnte", was insbesondere bei der Angeschuldigten ... der Fall sein könne. Schließlich "könne nicht verbindlich zugesagt werden, dass die Kammer so zeitig vor Verjährung der ersten Tat eine Entscheidung treffen kann, dass das OLG über eine eventuelle Beschwerde vor Verjährung der ersten Tat entscheiden könnte". Die StA hat diesen Vermerk des Vorsitzenden als "Nichtabhilfeentscheidung der Kammer" gewertet und die Akten am 29.03.2005 der Generalstaatsanwaltschaft vorgelegt. Diese hat unter dem 29.03.2005 beantragt, auf die "sofortige Beschwerde" der StA gegen die unterbliebene Eröffnung des Hauptverfahrens durch das LG, 5. Große Strafkammer, die Anklage der StA vom 28.05.2002 zur Hauptverhandlung zuzulassen und das Hauptverfahren zu eröffnen. Nach Vorlage der Akten gab der Senat diese mit Verfügung vom 04.04.2005 an das LG zurück. Dem LG wurde in Hinblick auf den unklaren Vermerk des Vorsitzenden der WirtschaftsStrK vom 18.03.2005 aufgegeben zu prüfen, ob nicht eine Entscheidung über die (Teil-)Eröffnung (nur) hinsichtlich der ersten 15 Fälle der Anklage ergehen könne, um so eine Verjährung dieser Taten zu

vermeiden. Dazu sah sich die StrK jedoch nicht in der Lage. Mit Verfügung vom 13.04.2005 hat der Vorsitzende der StrK mitgeteilt, dass sich die Kammer "nur in geringem Umfang weiter mit der Sache befasst habe". Die "weiter geführte Plausibilitätsprüfung der Anklage" lasse eine Entscheidung jedoch nach wie vor nicht zu. Die Kammer sei selbstverständlich - wie auch die übrigen Beteiligten - daran interessiert, die Sache "pragmatisch so weit wie möglich voranzubringen". Auf Grund der Auslastung der Kammer, die im Einzelnen näher dargelegt wurde, sei eine abschließende Prüfung zurzeit nicht möglich. Im Übrigen sei fraglich, ob wegen des "normalerweise eingetretenen" Devolutiveffekts der Untätigkeitsbeschwerde die Kammer noch zur Entscheidung über die Eröffnung "berufen" sei. Deshalb werde die Rücknahme der Beschwerde angeregt. Dem kam die StA - ohne Begründung - nicht nach, woraufhin die StrK am 14.04.2005 ohne Einschaltung der Generalstaatsanwaltschaft die Akten erneut dem Senat übersandte.

Aus den Gründen:

I. Entscheidung des OLG

Die sofortige Beschwerde der StA gegen die Weigerung der Kammer, gegenwärtig über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden, wurde als unzulässig verworfen.

II. Unzulässigkeit der Beschwerde wegen fehlender Statthaftigkeit

Die sofortige Beschwerde (vgl. § 210 II StPO entsprechend) ist - zurzeit - unstatthaft und damit unzulässig.

1. Zur Zulässigkeit einer gesetzlich nicht vorgesehenen Untätigkeitsbeschwerde

Dem deutschen Recht sind Untätigkeitsbeschwerden grundsätzlich nicht vollkommen fremd. Art. 19 IV GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Wirksam ist nur ein zeitgerechter Rechtsschutz. Art. 19 IV GG fordert daher auch, dass Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit gewährleistet wird (vgl. BVerfGE 55, 349 [3691; 93,1 [13]).

Welche Verfahrensdauer allerdings noch angemessen ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab (vgl. BVerfGE 55, 349 [369] = NJW 1981, 1499). Entscheidend sind vor allem die Bedeutung der Sache, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit des Falls und das Verhalten der Beteiligten, insbesondere etwaige den Beteiligten selbst zuzurechnende Verzögerungen, sowie eine gerichtlich nicht zu beeinflussende Verzögerung durch die Tätigkeit von Sachverständigen oder sonstigen Dritten (vgl. BVerfGE 46, 17 [29] = NJW 1978, 152; BVerfG, NVwZ 2004, 334 [335]). Dem Richter steht dabei für die Bearbeitung anhängiger

Verfahren grundsätzlich ein Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen er auf Grund eigener Gewichtung solcher Faktoren Prioritäten in Abweichung von der Reihenfolge des Eingangs setzen kann (vgl. BVerfGE 55, 349 [3691 =NJW 1981, 1499]).

Diese Grundsätze sind vom BVerfG erst kürzlich wieder mit Beschluss vom 29.03.2005 (2 BvR 1610/03, BeckRs 2005, 25461) bestätigt worden. (Der Fall betraf die Untätigkeit einer Strafvollstreckungskammer in einer Strafvollzugssache; ein Strafgefangener war in seinem Grundrecht aus Art. 19 IV GG verletzt worden. Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt hier allerdings nicht vor, zumal die StA ihr Rechtsmittel erkennbar nicht zu Gunsten der Angeschuldigten eingelegt hat.) Zwar ist dem Strafrecht im weiteren Sinne damit eine Untätigkeitsbeschwerde nicht grundsätzlich fremd; dies gilt aber nicht für die Strafprozessordnung. In ihrem Geltungsbereich kann nach verbreiteter Ansicht die Unterlassung einer von Amts wegen oder auf Antrag zu treffenden Entscheidung nur ganz ausnahmsweise dann anfechtbar sein, wenn die - unterlassene - Entscheidung selbst anfechtbar wäre, und der Unterlassung die Bedeutung einer Sachentscheidung im Sinne einer endgültigen Ablehnung (und nicht nur einer bloßen Verzögerung der zu treffenden Entscheidung) zukommt (BGH, NJW 1993, 1279; OLG Frankfurt a.M., NJW 2002, 453; NStZ 2002, 220; OLG Stuttgart, NStZ-RR 2003, 284).

2. Keine verfahrensabschließende Wirkung

Angewandt auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass im Rahmen des § 210 II StPO das bloß zeitlich begrenzte Zuwarten mit der Entschließung über die Eröffnung des Hauptverfahrens grundsätzlich nicht einer ablehnenden Entscheidung gleichgestellt werden kann. Der entscheidende Grund für deren Anfechtungsmöglichkeit liegt gerade in ihrer verfahrensabschließenden Wirkung. Daran fehlt es aber, wenn es lediglich um den zeitlichen Aufschub der Entscheidung geht.

Anderes gilt nur, wenn das Hinausschieben der Entscheidung zwangsläufig einen endgültigen Verfahrensabschluss nach sich zieht, wie etwa bei Eintritt der Verjährung als endgültigem Verfahrenshindernis: In einem solchen Fall erscheint die Gleichstellung von zeitlicher Zurückstellung und ablehnender Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Folge der Anfechtbarkeit geboten, weil materieller Inhalt und Wirkung der "Unterlassung" dann darin bestehen, dass das Hauptverfahren nicht mehr eröffnet werden kann (vgl. BGH, NJW 1993, 1279 [1280]; dort betraf der Fall nur einen Tatvorwurf).

Obwohl im Zeitraum vom 13.04. bis zum 13.06.2005 mittlerweile 17 der insgesamt 191 Fälle verjährt sind und ab 31.08.2005 eine weitere angeklagte Tat zu verjähren droht, hält der Senat den vorliegenden Fall hiermit nicht für vergleichbar. Auch wenn vorliegend das

Verfahren hinsichtlich einiger Taten durch Verjährung seinen endgültigen Abschluss gefunden hat, kann der ganz überwiegende Teil jedoch weiterhin strafrechtlich verfolgt werden, so dass bei einer Gesamtbewertung von einem endgültigen Verfahrensabschluss nicht gesprochen werden kann.

a. Drohende Verjährung als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde

In Fällen wie diesem, in denen Serienstraftaten angeklagt sind, die im Verlauf mehrerer Jahre begangen worden sein sollen, so dass einzelne Taten recht bald, andere Taten aber erst in einigen Jahren zu verjähren drohen, erscheint es sachgerecht, auf die gesetzgeberische Wertung in den Vorschriften der §§ 154 II, 154 a II StPO zurückzugreifen.

Danach kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens eine (teilweise) Verfahrenseinstellung bewirken, wenn für einzelne Taten ein Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten ist und wenn für diese Taten nur Strafen zu erwarten sind, die im Verhältnis zu den übrigen zu erwartenden Strafen nicht beträchtlich ins Gewicht fallen. Bei Berücksichtigung der dieser gesetzlichen Möglichkeit zu Grunde liegenden Wertung kann die Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde der StA überhaupt nur dann bejaht werden, wenn eine wesentliche Anzahl der angeklagten Taten zu verjähren droht.

b. Grob pflichtwidrige Untätigkeit des Gerichts als weitere Voraussetzung

Selbst wenn man den vom OLG Frankfurt a. M. (vgl. OLG Frankfurt a. M., NJW 2002, 453; NStZ 2002, 220) bemühten verfassungsrechtlich abgesicherten Strafanspruch des Staates berücksichtigt, zeigen die Gestaltungsmöglichkeiten nach § 154 II und § 154 a II StPO, dass dieser Anspruch gerade keine Bestrafung um jeden Preis und wegen jeder Tat verlangt (vgl. dazu auch Pfeiffer, in: KK-StPO, Einl. Rdnr. 2).

Zudem sind die Fallgestaltungen, die diesen Entscheidungen des OLG Frankfurt a. M. zu Grunde lagen, mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Anders als in den dort entschiedenen Fällen, in denen die StrK erkennbar nicht gewillt war zu entscheiden, ist vorliegend die Zurückstellung der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens weder willkürlich noch sachfremd. Aus den Verfügungen des Vorsitzenden vom 18.03.2005 sowie vom 13.04.2005 geht hervor, dass neben der Auslastung der StrK mit dringlicheren Verfahren, insbesondere mit Haftsachen, derzeit auch der Umstand, dass ein Beisitzer unvorhergesehen erkrankt war, dazu geführt hat, dass noch keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ergehen konnte. Im Unterschied zu den vom OLG Frankfurt a. M. entschiedenen Sachverhalten wurde vorliegend sehr wohl ein Berichterstatter bestimmt, der die Durchsicht der Akten, wenn auch noch nicht in der erforderlichen vertieften Form, bereits vorgenommen

hat. Die StrK hat auch prognostisch schon zu erkennen gegeben, in welchem Umfang eine Eröffnung des Hauptverfahrens in Betracht kommt. Eine Weigerung der StrK, die Sache zu bearbeiten, kann aus alledem nicht hergeleitet werden. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass der Vorgänger des jetzigen Vorsitzenden der StrK bei der StA die Rücknahme der ersten Anklage erreicht hat, was darauf hindeutet, dass die StrK bereits in ihrer früheren Besetzung die Akten bearbeitet und das Verfahren gefördert hat.

Nach Auffassung des Senats könnte die Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde der StA überhaupt nur dann bejaht werden, wenn es sich um eine "grob pflichtwidrige Untätigkeit" des Gerichts handelt (vgl. Schoreit, in: KK-StPO, § 152 Rdnr. 14) und diese dazu führt, dass angeklagte Taten betroffen sind, die neben anderen angeklagten Taten beträchtlich ins Gewicht fallen (vgl. auch Matt, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 304 Rdnrn. 7 u. 11, der in allen Fällen, die "durch eine bewusste und willentliche Entscheidung des Gerichts pro Untätigkeit gekennzeichnet" sind, die Untätigkeitsbeschwerde zwar für zulässig, aber nur in "extremen Fällen" für begründet erachtet). Eine solche Fallgestaltung liegt hier aber gerade nicht vor.

c. Keine generelle zulässige Untätigkeitsbeschwerde bei drohender Verjährung

Unabhängig davon erscheint die Auffassung des OLG Frankfurt a. M., eine Untätigkeitsbeschwerde der StA stets bei (auch sukzessiv) drohender Verjährung zuzulassen, zu weit gehend, zumal sich das OLG Frankfurt a. M. außer Stande sieht, selbst eine Entscheidung in der Sache (als BeschwGer.) zu treffen. Wirriger weist zutreffend darauf hin (NStZ 2002, 389 [390]), dass die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. der StA nur "Steine statt Brot" gegeben hat.

d. Keine Kompetenz des Beschwerdegerichts zu eigener Sachentscheidung

Gleichwohl wäre auch dem Senat eine Entscheidung in der Sache, und sei es auch nur in Form einer Teilentscheidung, verwehrt. Es fehlt insoweit an einer Rechtsgrundlage für das Obergericht, das LG zu einem Handeln, etwa zu einer Entscheidung mit bestimmtem Inhalt oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkt, anzuweisen. Das BeschwGer. ist in seiner Aufgabenstellung nach der Strafprozessordnung grundsätzlich - wie ausgeführt - nur zur rechtlichen Überprüfung von Sachentscheidungen berufen, nicht zur Dienstaufsicht (zutr. LG Stuttgart, NStZ 1991, 204). Diese fällt in den Zuständigkeitsbereich anderer Stellen.

Eine in diesem Zusammenhang vom Hessischen Ministerium der Justiz im August 2003 angekündigte Gesetzesinitiative, durch die eine gesetzliche Regelung der allgemeinen Untätigkeitsbeschwerde im Strafpro-

zess durch Gesetz angestrebt werden sollte (vgl. Gimpel, ZRP 2004, 35), ist offensichtlich nicht Gesetz geworden. Aber selbst diesem Initiativentwurf, insbesondere dem vorgeschlagenen § 17 c GVG, ist zu entnehmen, dass - als sehr "stumpfes Schwert" - nur folgende Regelung angestrebt worden ist: "§ 17 c III. Erachtet das BeschwGer. die Beschwerde für begründet, so bestimmt es eine Frist zur Vornahme der notwendigen Verfahrenshandlung."

Daraus ist zu erkennen, dass auch nach dem genannten Initiativvorschlag dem BeschwGer. keine Entscheidungskompetenz in der Sache zugewiesen werden sollte. Einem erkennbar unwilligen Vorderrichter eine Frist zur Vornahme seiner Entscheidung zu setzen, ist aber offenkundig wenig Erfolg versprechend. Die Verpflichtung zur Entscheidung nach Recht und Gesetz hat er schon auf Grund seines geleisteten Dienstes.

3. Keine Devolutiveffekt der Untätigkeitsbeschwerde

Ergänzend merkt der Senat an, dass Untätigkeitsbeschwerden der StA gerade dazu führen können, dass Verfahren zusätzlich verzögert werden. Zum einen bestehen große Unsicherheiten über die rechtliche Einordnung einer Untätigkeitsbeschwerde. Bezeichnend ist die Irritation der StA, die ihr Rechtsmittel zum einen als sofortige Beschwerde, zum anderen als einfache Beschwerde mit der Konsequenz einer eventuell erforderlichen Nichtabhilfeentscheidung erhoben hat. Auch die WirtschaftsStrK sieht sich wegen eines ihrer Ansicht nach möglichen "Devolutiveffekts der Untätigkeitsbeschwerde" an einer unverzüglichen eigenen Sachentscheidung gehindert.

Bei der Untätigkeitsbeschwerde tritt ein Devolutiv-effekt nicht ein. Nach allgemeiner Ansicht darf das BeschwGer. in Fällen der Untätigkeitsbeschwerde gerade keine Eröffnung oder Nichteröffnung in der Sache beschließen. Es ist vielmehr nur gehalten, den Tatrichter zu verpflichten, "unverzüglich in die sachliche Prüfung einzutreten, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist" (vgl. OLG Frankfurt a. M., NStZ 2002, 220). Die WirtschaftsStrK war daher nicht gehindert, trotz des Beschwerdeverfahrens selbst über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden, sofern dazu Kapazitäten frei geworden sein sollten. [...]

4. Zum Bestehen anderer Abhilfemöglichkeiten bzgl. der Überlastung der Strafkammer

Auf die Überlastung der StrK ist dienstaufsichtsrechtlich und durch das Präsidium des LG zu reagieren. Sollte eine Umstrukturierung auf Grund einer bei allen Spruchkörpern bestehenden Überlastung keine Abhilfe schaffen können, so obliegt es der Landesjustizverwaltung, die zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs erforderlichen sachlichen und personellen Mittel zur Verfügung zu stellen.

Urteile in Fallstruktur

Standort: Öffentliches Recht

Problem: Grundrechtskollision

BGH, URTEIL VOM 21.06.2005
VI ZR 122/04 (NJW 2005, 2844)

Problemdarstellung:

Im vorliegenden Fall ging es um die Veröffentlichung des Romans "Esra" von Maxim Biller, gegen die sich die türkische Umweltaktivistin Birsal Lemke und ihre Tochter, die Schauspielerin Ayse Romey, gerichtlich zur Wehr setzten. Lemke und Romey sahen sich durch den Roman in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, weil sie als reale Vorbilder für die Romanfiguren Esra und Lale gedient haben sollen.

Es stellte sich zunächst die zivilrechtliche Frage, ob Privatpersonen einen Anspruch gegen einen Verlag auf Unterlassen der Veröffentlichung eines Romans haben können, wenn die Romanfiguren nach ihrem Vorbild gestaltet sind und sie in ein schlechtes Licht rücken würden. Der BGH bejaht dies, wobei folgende juristische Erwägungen maßgeblich waren:

- Einen Unterlassungsanspruch gegen die drohende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kennt das BGB nicht. Jedoch hat die Rechtsprechung aus einer Gesamtanalogie zu §§ 12, 862, 823, 1004 BGB den "quasinegatorischen Unterlassungsanspruch" entwickelt, der die Rechtsfolge des §1004 über den dort geregelten Eigentumsschutz hinaus auf alle absoluten Rechte und Rechtsgüter erstreckt.

- Fraglich war, auf welchen Horizont bei der Frage des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht abzustellen ist, wenn es darum geht, ob reale Personen hinter den Romanfiguren erkennbar hervortreten. Der BGH weicht von der vom BVerfG gebildeten Formel eines "nicht ganz unbedeutenden Leserkreises" ab und meint, schon die Erkennbarkeit für den Familien- und Bekanntenkreis der Betroffenen genüge, um einen Eingriff in das allg. Persönlichkeitsrecht zu bejahen.

- Bei der Rechtswidrigkeit des Eingriffs war zwischen dem allg. Persönlichkeitsrecht der Betroffenen einerseits und der Kunstfreiheit des Autors und des Verlages andererseits abzuwägen. Der BGH orientiert sich hierbei, nachdem er den Roman unter die Kunstfreiheit subsumiert hatte, lehrbuchartig an dem vom BVerfG zur Auflösung von Grundrechtskollisionen entwickelten Grundsatz der "praktischen Konkordanz".

Prüfungsrelevanz:

Seit der legendären "Mephisto"-Entscheidung des BVerfG (E 30, 173) handelt es sich bei Fällen wie diesem um "Klassiker", die jedem Examenskandidaten geläufig sein müssen. Bei der vorliegenden Falllösung

wurde ein zivilrechtlicher Problemeinstieg über den quasinegatorischen Unterlassungsanspruch gewählt, innerhalb dessen es allerdings Grundrechte zu prüfen und abzuwägen galt. Es lässt sich aber auch leicht eine rein öffentlich-rechtliche Aufgabenstellung bilden, etwa über eine Verfassungsbeschwerde des unterlegenen Teils gegen das letztinstanzliche Urteil des Zivilgerichts, in der es dann ausschließlich auf die betroffenen Grundrechte und deren Abwägung im Wege "praktischer Konkordanz" geht.

Natürlich kann das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur mit der Kunstfreiheit in Konflikt geraten. Häufig sind auch Fälle, in denen es um eine Abwägung mit der Pressefreiheit gilt, etwa bei der Berichterstattung über Prominente. Die RA hat über derartige Fälle vielfach berichtet (vgl. Vertiefungshinweise). Der Grundsatz der "praktischen Konkordanz" - also der Notwendigkeit eines Ausgleichs der widerstreitenden Interessen - gilt bei jeder Grundrechtskollision (vgl. z.B. BVerfG, Beschluss vom 06.05.2005, 1 BvR 961/95 -in diesem Heft- zur Kollision mehrerer Versammlungen), mithin natürlich auch dort.

Lässt sich kein Ausgleich finden - und erst dann -, ist nach der Schwere der Eingriffe zu fragen und dem schwerer belasteten Teil Rechtsschutz zu gewähren. So hatte der Autor im vorliegenden Fall durch zahlreiche Nachbesserungen versucht, Handlung und Figuren so weit zu verfremden, dass die Klägerinnen nicht mehr als reale Vorbilder zu erkennen waren. Darin lag der Versuch, einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen vorzunehmen. Der BGH hielt diese Versuche jedoch sämtlich für unzureichend und entschied dann, dass die Veröffentlichung unterbleiben müsse, weil der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerer wog als die Kunstfreiheit.

Vertiefungshinweise:

☐ Zum Grundsatz der "praktischen Konkordanz": BVerfGE 93, 1 (Kruzifix); BVerfG, RA 2001, 98 = NJW 2001, 503; RA 2000, 414 = NJW 2000, 1859 (Lebach); VG Gießen, RA 2003, 284 = NJW 2003, 1265

☐ Allg. Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit: BVerfG, RA 2004, 537 = NJW 2004, 2371; NJW 2000, 1021; OLG Braunschweig, RA 2001, 85 = NJW 2001, 160; EGMR, ZUM 2004, 651

Kursprogramm:

☐ Examenskurs : "Der anachronistische Zug"

☐ Examenskurs : "Die Prinzessin und die Paparazzi"

Leitsätze:

1. Zur Frage der Erkennbarkeit einer realen Person in einer Romanfigur.

2. Zur Abwägung zwischen Kunstfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht, wenn eine Romanfigur keine verselbständigte Kunstfigur, sondern eine real existierende Person darstellt und diese durch Hinzufügung von Details in negativer Weise entstellt wird.

Sachverhalt:

Die Klägerinnen wenden sich gegen die Veröffentlichung des von der Beklagten verlegten Romans "Esra" von Maxim Biller (im folgenden: Autor). Das Buch schildert die Liebesbeziehung zwischen der Titelfigur Esra und dem Ich-Erzähler, dem Schriftsteller Adam.

Die Klägerin zu 1 erkennt sich in der Figur der Esra wieder, deren Lebensweg mit ihrem persönlichen Werdegang bis in Details übereinstimme. Sie habe bspw. mit dem Autor über eineinhalb Jahre eine Liebesbeziehung unterhalten und genau wie Esra als 17jährige den Deutschen Filmpreis als beste Schauspielerin gewonnen. Die Klägerin zu 2 erkennt sich in der Romanfigur "Lale" wieder. Neben anderen Übereinstimmungen werde Lale bspw. der Alternative Nobelpreis für ihren Kampf gegen den umweltzerstörenden Goldabbau in der Türkei verliehen, wie ihn die Klägerin zu 2 tatsächlich im Jahr 2000 erhalten habe.

Beide Klägerinnen rügen eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Klägerin zu 1 vor allem wegen der detailreichen Schilderungen aus dem Sexualleben von Esra und Adam, ferner wegen der geschilderten Umstände ihrer Schwangerschaft. Die Klägerin zu 2, weil Lale als depressive und psychisch kranke Alkoholikerin dargestellt werde, die ihre Tochter zur Abtreibung genötigt und nur gegen den Goldabbau gekämpft habe, weil auf ihren eigenen, durch Intrigen ergaunerten Grundstücken kein Gold zu finden war.

Der beklagte Verlag macht sich hingegen die Auffassung des Autors zu eigen, bei den Romanfiguren handle es sich um durch reale Personen inspirierte, aber doch fiktive Charaktere, deren Darstellung durch die Kunstfreiheit gedeckt sei. Kunst werde oftmals durch reale Geschehnisse inspiriert, wobei die Kunst gerade darin bestehe, diese schöpferisch zu verarbeiten. Es liege schon in der Natur eines Romans, dass dieser ein fiktives Geschehen schildere.

Unterstellt, dass die von den Klägerinnen zutreffend geschilderten Übereinstimmungen zwischen ihnen und den Romanfiguren für ihren Familien- und Bekanntenkreis, nicht aber für die allgemeine Leserschaft ohne besondere Vorkenntnisse erkennbar sind: Haben die Klägerinnen einen Anspruch gegen die Beklagte auf Unterlassung der Veröffentlichung des Romans?

Lösung:

Einen Unterlassungsanspruch wie den von den Klägerinnen gegen die Beklagte könnte sich aus § 1004 I 2

BGB ergeben.

I. Anspruch entstanden

§ 1004 I 2 BGB setzt zunächst eine Verletzung des Eigentums des Anspruchstellers voraus.

1. Eigentum

Dies ist hier nicht der Fall, denn es geht nicht um das Eigentum, sondern um das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerinnen.

2. Erweiterung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Einen Anspruch auf das Unterlassen bei Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kennt das geschriebene Recht ebenso wenig wie bei Eingriffen in Leib, Leben, Freiheit, Ehre oder andere absolute Rechte und Rechtsgüter. Eine solche Lücke wollte der Gesetzgeber jedoch erkennbar nicht hinterlassen, denn sie würde bedeuten, dass erst eine Beeinträchtigung der genannten Rechte und Rechtsgüter abgewartet werden müsste, der dann lediglich auf Sekundärebene - etwa durch Schadensersatz nach § 823 BGB - begegnet werden könnte. Sie ist folglich durch eine analoge Anwendung der §§ 12, 862, 823, 1004 BGB zu schließen, die sich als "quasinegatorischer Unterlassungsanspruch" auf alle absoluten Rechte und Rechtsgüter erstreckt. Dieser Anspruch ist seit langem allgemein anerkannt, ebenso, dass das aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht zu den Schutzgütern dieses Anspruchs gehört (Palandt-Basenge, BGB, § 1004 Rdnr. 3 m.w.N.).

3. Eingriff

Fraglich ist jedoch, ob durch den Roman bzw. seine Veröffentlichung tatsächlich in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Klägerinnen eingegriffen wird.

a. Schutzbereich

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht leitet sich aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG ab. Es umfasst den Anspruch des Einzelnen auf Achtung seiner Person, sich frei entfalten zu können und in Ruhe gelassen zu werden. Als Grundrecht schützt es zunächst (nur) gegenüber staatlichen Eingriffen (Art. 1 III GG), wird aber auf den privaten Rechtsverkehr - wie hier zwischen den Klägerinnen als natürlichen Personen und der Beklagten als juristischer Person des Zivilrechts - erstreckt (allg.M., BGHZ 24, 72, 76; 27, 284). Zum Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört neben der Intims- und Privatsphäre auch das Ansehen des Einzelnen in der Öffentlichkeit (BVerfG, NJW 2000, 1021, 1026; BGH, NJW 1996, 1128; Palandt-Thomas, BGB, § 823 Rdnr. 178).

b. Subsumtion

Dieses Ansehen der Klägerinnen könnte hier durch die Romanveröffentlichung beeinträchtigt werden. Dies setzt zum einen voraus, dass die Klägerinnen hinter den Romanfiguren erkennbar hervor treten, und zum

anderen, dass die Schilderungen in dem Roman tatsächlich derart negativer Natur sind, dass dadurch eine Beeinträchtigung des Ansehens der Klägerinnen in der Öffentlichkeit droht.

aa. Betrachterhorizont

Der BGH wirft zunächst die Frage auf, auf wessen Horizont für die Beurteilung der Frage abzustellen ist, ob die Klägerinnen hinter den Romanfiguren hervortreten oder nicht. Für den Familien- und Bekanntenkreis waren sie als Vorbilder erkennbar, für die allgemeine Leserschaft hingegen nicht. In seiner Mephisto-Rechtsprechung (BVerfGE 30, 173, 198) hatte das BVerfG seinerzeit ausgeführt, dass ein "nicht unbedeutender Leserkreis" unschwer erkennen können müsse, wer hinter der Romanfigur stecke. Der BGH meint hingegen, dass eine Erkennbarkeit für den Familien- und Bekanntenkreis genüge:

"Ohne Erfolg macht die Revision geltend, eine Erkennbarkeit der Klägerinnen setze voraus, dass diese "von einem nicht unbedeutenden Leserkreis unschwer" in den Romanfiguren wiedererkannt würden. Bei dieser Formulierung (vgl. BVerfGE 30, 173, 198 - "Mephisto") handelt es sich um den von den Zivilgerichten seinerzeit zugrunde gelegten Maßstab hinsichtlich der Erkennbarkeit. Dieser Maßstab ist indes zu eng, weil grundsätzlich die Erkennbarkeit in einem mehr oder minder großen Bekanntenkreis bzw. in der näheren persönlichen Umgebung genügt (BGH, NJW 1979, 2205; LG Berlin, AfP 2004, 287, 289 f.; vgl. Soehring, Presserecht, 3. Aufl., Rdn. 13.37; Wegner/Wallenfels/Kaboth, Recht im Verlag, 2004, Kap. 3, Rdn. 111).

Ein Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts steht demjenigen zu, der durch die Veröffentlichung individuell betroffen ist. Dies setzt voraus, dass er erkennbar zum Gegenstand einer medialen Darstellung wurde. Die Erkennbarkeit ist bereits dann gegeben, wenn die Person ohne namentliche Nennung zumindest für einen Teil des Leser- oder Adressatenkreises aufgrund der mitgeteilten Umstände hinreichend erkennbar wird. Es kann die Wiedergabe von Teilinformatoren genügen, aus denen sich die Identität für die sachlich interessierte Leserschaft ohne weiteres ergibt oder mühelos ermitteln lässt (BGH, NJW 1963, 1155; NJW 1966, 2010, 2011; VersR 1981, 384, 385; VersR 1992, 363, 364; vgl. auch BVerfG, NJW 2004, 3619, 3620; für die Aufgabe des Begriffs im Zusammenhang mit künstlerischen Figurationen v. Becker, KUR 2003, 81, 87 f.). Dafür kann unter Umständen die Schilderung von Einzelheiten aus dem Lebenslauf des Betroffenen oder die Nennung seines Wohnorts und seiner Berufstätigkeit ausreichen (vgl. Wenzel/ Burkhardt, aaO, Kap. 12, Rdn. 43)."

bb. Erkennbarkeit

"Bei Anlegung dieses Maßstabs ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerinnen seien in den Romanfiguren Esra und Lale zu erkennen, nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht sieht zunächst wesent-

liche Übereinstimmungen zwischen dem äußeren Erscheinungsbild und dem Lebens- und Berufsweg der Klägerinnen und denen der Romanfiguren Esra und Lale. Es stützt sich dabei auf eine Vielzahl von Einzelheiten, deren Feststellung von der Revision nicht angegriffen wird. Darüber hinaus stellt das Berufungsgericht darauf ab, dass sich die Verleihung des Bundesfilmpreises an die Klägerin zu 1 und des alternativen Nobelpreises an deren Mutter, die Klägerin zu 2, im Roman erkennbar widerspiegeln. [...] Die Klägerin zu 1 ist die einzige Türkin, die als Siebzehnjährige für die Darstellung eines türkischen Mädchens, das sich in einen deutschen Jungen verliebt, den Bundesfilmpreis erhalten hat. Die Klägerin zu 2 ist die einzige Türkin, der für ihren Einsatz in der Türkei gegen den Goldabbau mittels Zyanid der alternative Nobelpreis verliehen wurde. [...] Das Berufungsgericht weist mit Recht auf die große Bedeutung dieser beiden Preise hin. Über ihre jährliche Verleihung wird in den Medien berichtet. Hinzu kommt, dass eine Preisverleihung an eine in Deutschland lebende Türkin ein außergewöhnliches Ereignis darstellt und auch dadurch zur Identifizierbarkeit der Preisträgerin beiträgt. Darüber hinaus fällt ins Gewicht, dass die Verleihung des alternativen Nobelpreises erst fünf Jahre zurückliegt und dass die Preisträgerinnen Mutter und Tochter sind. Dass die Klägerin zu 1 als ehemalige Schauspielerin und die Klägerin zu 2 als engagierte Umweltaktivistin im persönlichen und beruflichen Umfeld aufgrund der im Roman geschilderten Umstände und der Bedeutung der Preise erkennbar sind, kann bei dieser Sachlage nicht zweifelhaft sein.

Gegen diese Bewertung wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg, denn ihre Angriffe orientieren sich an dem zu strengen Maßstab, den das Berufungsgericht für die Frage der Erkennbarkeit angelegt hat (vgl. oben). Aufgrund der Vielzahl der vom Berufungsgericht festgestellten Übereinstimmungen im Erscheinungsbild und im Lebens- und Berufsweg der Klägerinnen sowie in den aus diesem Lebens- und Berufsweg herrührenden Kontakten liegt die Erkennbarkeit für den maßgeblichen Personenkreis vorliegend auf der Hand. Jeder, der die Klägerinnen mehr als nur oberflächlich kennt und einigermaßen mit ihren Lebensumständen vertraut ist, muss aus den Darstellungen im Roman auf die Klägerinnen schließen. Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht habe übersehen, dass es auf die unschwere Identifizierbarkeit für einen nicht unbedeutenden Leserkreis ankomme und dass Kenntnisse, die der Roman nicht selbst vermittele und die bei einer objektiven Leserschaft auch nicht vorausgesetzt werden könnten, außer Betracht bleiben müssten, überspannt sie die Anforderungen an die Erkennbarkeit. Ihre Ausführungen orientieren sich insoweit an einem unzutreffenden Maßstab und gehen deshalb an der Sache vorbei."

II. Kausalität

Die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerinnen müsste auf ein Verhalten der

Beklagten zurück gehen. Dieses liegt hier in der geplanten Veröffentlichung des Buches. Zwar hat nicht die Beklagte als Verlag, sondern der Autor das Buch geschrieben. Ihre Mitwirkung im Form des Verlegens und Verbreitens des Buches kann aber nicht hinweggedacht werden, ohne dass die Publizitätswirkung und damit die das Ansehen der Klägerinnen in der Öffentlichkeit beeinträchtigende Wirkung des Romantextes entfielen. Mithin ist das Verhalten der Beklagten auch äquivalent kausal für den Eingriff.

III. Widerrechtlichkeit

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht müsste ferner widerrechtlich sein. Diese ist im Rahmen einer Gesamtschau, namentlich unter Berücksichtigung der mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Klägerinnen kollidierenden Rechte festzustellen. Als kollidierendes Recht kommt hier insbesondere die Kunstfreiheit in Betracht, Art. 5 III GG.

1. Eingriff in den Schutzbereich

Der BGH meint, dass der Roman "Esra" in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt. Daran ändere insbesondere nichts, dass reale Vorbilder dem Autor als Vorbild für seine Figuren dienten:

a. Sachlich

"Das Berufungsgericht unterstellt das Werk zu Recht der Kunstfreiheitsgarantie des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG. Der beanstandete Roman fällt in den Schutzbereich dieses Grundrechts, denn er ist das Ergebnis freier schöpferischer Gestaltung, in dem Eindrücke, Erfahrungen und Phantasien des Autors in literarischer Form zum Ausdruck kommen (BVerfGE 30, 173, 188 f.; 67, 213, - 12 - 226; 75, 369, 377; 83, 130, 138; Isensee, AfP 1993, 619, 623). [...] Bei einem erzählenden Kunstwerk umfasst die Verfassungsgarantie auch die freie Themenwahl und die freie Themengestaltung. Denn die Kunstfreiheitsgarantie enthält das Verbot, auf Methoden, Inhalte und Tendenzen der künstlerischen Tätigkeit einzuwirken, insbesondere den künstlerischen Gestaltungsraum einzuengen, oder allgemein verbindliche Regeln für diesen Schaffensprozess vorzuschreiben (BVerfGE 30, 173, 190). Romanfiguren haben häufig Entsprechungen für Teile ihres Charakters und Handelns in der Realität (vgl. die Nachweise bei Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, 13. Aufl., § 80 V 2 b; Moosmann, Exklusivstories, 2002, S. 22; Ladeur/Gostomyzky, ZUM 2004, 426, 427), da der Künstler Eindrücke, Erfahrungen und Erlebnisse durch das Medium einer bestimmten Formensprache zu unmittelbarer Anschauung bringt (BVerfGE 30, 173, 188 f.; 67, 213, 226; 75, 369, 377; 83, 130, 138). Erzählende Kunst, die an Vorgängen der - historischen - Wirklichkeit anknüpft, würde erheblich beeinträchtigt, wenn der Schriftsteller die Realität stets so verfremden müsste, dass die real existierenden Personen nicht mehr erkannt werden (vgl. die Beispiele bei Stein, abweichende Meinung zu BVerfGE 30, 173; aaO, 200, 208)."

b. Personal

"Auf dieses Grundrecht kann sich die Beklagte als Verlegerin berufen. Da ein Werk der erzählenden Kunst ohne die Vervielfältigung, Verbreitung und Veröffentlichung durch den Verleger keine Wirkung in der Öffentlichkeit entfalten könnte, der Verleger daher eine unentbehrliche Mittlerfunktion zwischen Künstler und Publikum ausübt, erstreckt sich die Freiheitsgarantie auch auf seine Tätigkeit (BVerfGE 30, 173, 191 m.w.N.)"

2. Rechtfertigung

Der BGH führt sodann aus, dass zwischen der Kunstfreiheit der Beklagten und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Klägerinnen eine am Grundsatz der "praktischen Konkordanz" orientierte Abwägung stattzufinden habe:

a. Abwägungskriterien

"Die Freiheit der Kunst ist nicht schrankenlos gewährt. Anders als die Meinungsfreiheit (vgl. Art. 5 Abs. 1 und 2 GG) steht das Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) zwar nicht unter einem Gesetzesvorbehalt. Jedoch darf sich auch der Künstler, wenn er sich in seiner Arbeit mit Personen seiner Umwelt auseinandersetzt, nicht über deren verfassungsrechtlich ebenfalls geschütztes Persönlichkeitsrecht hinwegsetzen; er muss sich innerhalb des Spannungsverhältnisses halten, in dem die kollidierenden Grundwerte als Teile eines einheitlichen Wertesystems neben- und miteinander bestehen können. Deshalb ist im Konfliktfall auf die nachteiligen Auswirkungen der Veröffentlichung für die Persönlichkeit des Dargestellten zu sehen und auf die durch ein Veröffentlichungsverbot betroffenen Belange freier Kunst. Beide Interessensbereiche sind gegeneinander abzuwägen, wobei insbesondere auch zu beachten ist, dass Charakter und Stellenwert des beanstandeten Textes als Aussage der Kunst das Verständnis von ihm im sozialen Wirkungsbereich zu beeinflussen vermögen (BGHZ 84, 237, 238 f.; NJW 1975, 1882, 1884; BVerfGE 30, 173, 193 f., 196 ff.; 67, 213, 228; 83, 130, 143). Keinem der Rechtsgüter kommt von vornherein Vorrang gegenüber dem anderen zu. Zwar könnten zweifelsfrei feststellbare schwerwiegende Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts durch die Kunstfreiheit nicht gerechtfertigt werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Prüfung, ob eine solch schwerwiegende Beeinträchtigung festzustellen ist, isoliert, das heißt ohne Berücksichtigung des Charakters des Werks, vorgenommen werden dürfte. Die in ihrem Durchsetzungsanspruch betroffenen und bedrohten Rechtsgüter würden zu Lasten der Kunstfreiheit nicht optimiert, wenn allein der widerstreitende Belang betrachtet und die Lösung des Konflikts ausschließlich von der Schwere abhängig gemacht würde, mit der dieser durch das Kunstwerk beeinträchtigt werden könnte (BVerfGE 67, 213, 228; 83, 130, 146 f.; vgl. dazu auch BVerfGE 75, 369, 378 ff.). Die erforderliche Abwägung kann nach allem nicht allein auf die Wirkungen eines

Kunstwerks im außerkünstlerischen Sozialbereich abheben, sondern muss auch kunstspezifischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Die Entscheidung darüber, ob durch die Anlehnung der künstlerischen Darstellung an Persönlichkeitsdaten der realen Wirklichkeit ein der Veröffentlichung des Kunstwerks entgegenstehender schwerer Eingriff in den schutzwürdigen Persönlichkeitsbereich des Dargestellten zu befürchten ist, kann nur unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles getroffen werden. Dabei ist zu beachten, ob und inwieweit das "Abbild" gegenüber dem "Urbild" durch die künstlerische Gestaltung des Stoffs und seine Ein- und Unterordnung in den Gesamtorganismus des Kunstwerks so verselbständigt erscheint, dass das Individuelle, Persönlich- Intime zugunsten des Allgemeinen, Zeichenhaften der "Figur" objektiviert ist. Wenn eine solche, das Kunstspezifische berücksichtigende Betrachtung jedoch ergibt, dass der Künstler ein "Porträt" des "Urbildes" gezeichnet hat oder gar zeichnen wollte, kommt es auf das Ausmaß der künstlerischen Verfremdung oder den Umfang und die Bedeutung der "Verfälschung" für den Ruf des Betroffenen an (BVerfGE 30, 173, 195, 198). Die Kunstfreiheit wird um so eher Vorrang beanspruchen können, je mehr die Darstellungen des Urbildes künstlerisch gestaltet und in die Gesamtkonzeption des Kunstwerks eingebettet sind."

b. Subsumtion

Nach diesen Maßstäben kommt der BGH für den vorliegenden Fall zu einem Überwiegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Klägerinnen:

"Der Autor hat mit den Figuren Esra und Lale keine gegenüber dem Urbild der Klägerinnen verselbständigten Kunstfiguren geschaffen. Das Berufungsgericht verneint zu Recht eine genügende Verfremdung und hebt - insoweit unangegriffen durch die Revision - eine Vielzahl im Roman geschilderter Umstände hervor, die eine ausgeprägte Übereinstimmung des Erscheinungsbildes und des Lebens- und Berufsweges der Klägerinnen mit denen der Romanfiguren ergeben. Dem Leser steht danach kein verselbständigtes Abbild der Klägerinnen vor Augen. Auch bei Berücksichtigung des Umstands, dass es sich um einen Roman, also um erzählende Prosa handelt, ergibt sich kein anderes Textverständnis. Zwar weisen Stimmen in der Literatur darauf hin, dass Romane häufig in einer eigenständigen Welt spielen, also erkennbar Fiktionscharakter haben. Da sie keine Wirklichkeitstreue beanspruchen, könnten Persönlichkeitsrechte nicht be-

troffen sein (vgl. Larenz/Canaris, aaO, § 80 V 2 c; Staudinger/Hager, BGB, 1999, § 823, Rdn. C 130 m.w.N.; v. Becker, KUR 2003, 81, 89; Busch, AfP 2004, 203, 209; Ladeur/Gostomzyk, ZUM 2004, 426, 431 m.w.N.). Das Kunstwerk wirkt jedoch nicht nur als ästhetische Realität, sondern hat daneben ein Dasein in den Realien, die zwar in der Darstellung künstlerisch überhöht werden, damit aber ihre sozialbezogenen Wirkungen nicht verlieren. Diese Wirkungen auf der sozialen Ebene entfalten sich "neben" dem eigenständigen Bereich der Kunst; gleichwohl müssen sie auch im Blick auf den Gewährleistungsbereich des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG gewürdigt werden, da die "reale" und die "ästhetische" Welt im Kunstwerk eine Einheit bilden (BVerfGE 30, 173, 193 f.). Lehnt sich eine Romanfigur an eine reale Person an, wird diese daher nicht bereits aufgrund der Einbettung in die Erzählung zum verselbständigten Abbild. Ob dies der Fall ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Im Streitfall ist dies unter den festgestellten Umständen zu verneinen. Die tatsächlich nachprüfbaren Merkmale der Romanfiguren Esra und Lale, die sich mit Merkmalen der Klägerinnen decken, sind zahlreich und so charakteristisch, dass daneben die vorhandenen Unterschiede zurücktreten. Mittel künstlerischer Verfremdung fehlen. Für den Leser, der die dargestellte Person erkannt hat, werden mit den beiden Romanfiguren keine Typen, sondern die Klägerinnen in ihrem realen Bezug dargestellt. Diese Wirkung wird noch dadurch verstärkt, dass Daten auf dem Klappentext zur Person des Autors mit Daten des Ich-Erzählers übereinstimmen. Wer wie im Streitfall als Schriftsteller Personen in einer Weise erkennbar macht, dass sich Romanfiguren einer real existierenden Person eindeutig zuordnen lassen, kündigt die Übereinstimmung zwischen Autor und Leser auf, dass es sich beim literarischen Werk um Fiktion handelt (so zutreffend Ladeur/Gostomzyk, ZUM 2004, 426, 435). Die Klägerinnen müssen ein solches "Porträt" in Buchform nicht dulden. Ihre Beeinträchtigung wiegt so schwer, dass dem Schutz ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Vorrang vor der zugunsten der Beklagten streitenden Kunstfreiheit einzuräumen ist [wird sodann im Einzelnen ausgeführt]."

II. Ergebnis

Mithin haben die Klägerinnen einen Anspruch analog § 1004 I 2 BGB auf Unterlassung der Verbreitung des Romans gegen die Beklagte. Dieser ist auch nicht untergegangen und durchsetzbar.

Standort: Maklerrecht**Problem: Verflechtungseinwand**

BGH, BESCHLUSS VOM 28.04.2005
III ZR 387 / 04 (WM 2005, 470)

Problemdarstellung:

In diesem Rechtsstreit hatte die Kl. in den Jahren 1998 - 2000 mehrere Eigentumswohnungen erworben. Die zugrundeliegenden Kaufverträge waren jeweils von der Bekl. als Maklerin vermittelt worden. Nachdem die hierfür berechneten Maklerprovisionen gezahlt worden waren, erfuhr die Kl., dass die Bekl. jeweils Verwalterin des Gemeinschaftseigentums (vgl. § 1 V WEG, Schön. Nr. 37) sowie des erworbenen Sondereigentums (vgl. §§ 1 II, 5 WEG) war. Sie stand deshalb auf dem Standpunkt, dass die Bekl. überhaupt keine neutrale Vermittlungsleistung ihr gegenüber erbracht haben konnte, da ihre Interessen zu sehr mit denen der Wohnungsveräußerer verweben gewesen seien (Einwand der sog. "unechten Verflechtung" infolge eines institutionalisierten Interessenkonflikts).

Die auf § 812 I 1 Fall 1 BGB gestützte Klage auf Rückzahlung der Maklerprovision hatte auch in der 2. Instanz keinen Erfolg, zudem verweigerte das BerGer. die Zulassung der Revision.

Die Kl. sah es allerdings als grundsätzlich klärungsbedürftige Frage i. S. d. § 543 II Nr. 1 ZPO an, ob der Käufermakler sich in einem institutionalisierten Interessenkonflikt befindet, wenn er zugleich Verwalter der veräußerten Wohnung sowie der Wohnungseigentumsanlage ist. Sie erhob daher Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO.

Der BGH wies diese Beschwerde durch Beschluss gem. § 544 IV 1 ZPO zurück und führte zur Begründung aus, es sei einheitliche und zutreffende Auffassung der Instanzgerichte sowie des Großteils der diesbezüglichen Literatur, dass allein die Eigenschaft als Wohnungsverwalter der Tätigkeit als Makler für den Erwerber dieser Wohnung nicht entgegenstehe. Dieser Rechtsstandpunkt wäre im Falle einer klausurmäßigen Bearbeitung aber selbstverständlich durch Erörterung der Argumente pro & contra zu entwickeln.

Prüfungsrelevanz:

Den Maklervertrag gem. §§ 652 ff BGB als Kerngebiet des examensrelevanten Schuldrechts zu bezeichnen, wäre eine Übertreibung. Gleichwohl finden sich immer wieder Klausuraufgaben, die diesen Vertragstyp - und hier insbesondere die Voraussetzungen des Maklerlohnanspruches nach § 652 I 1 BGB - thematisieren. Dies gilt besonders für das 2. Staatsexamen, da hier von den Kandidaten auch die Erarbeitung eines vergleichsweise unbekannteren Vertragstyps anhand der zur Verfügung stehenden Hilfsmittel erwartet werden kann.

Der diesem BGH-Beschluss zugrundeliegende Sachverhalt bietet die Möglichkeit, die Voraussetzungen des § 652 I 1 BGB inklusive der Rechtsprechung zum

sog. Verflechtungseinwand in eine im übrigen unkomplizierte Prüfung der *condictio indebiti* nach § 812 I 1 Fall 1 BGB einzukleiden und so eine durchaus lösbare Klausuraufgabe zu stellen.

Vertiefungshinweise:

- Zum Abschluss eines Maklervertrags nach eindeutigen Provisionsverlangen: *BGH*, RA 2002, 215 = *NJW* 2002, 817; *BGH*, RA 2002, 468 = *NJW* 2002, 1945
- Verwirkung des Maklerlohnanspruches wegen Doppeltätigkeit: *BGH*, RA 2000, 710 = *NJW* 2000, 3067
- Maklerprovision bei Abschluss des Hauptvertrages durch einen Dritten: *OLG Frankfurt a. M.*, RA 2000, 107 = *MDR* 2000, 24

Kursprogramm:

Assessorkurs: "Jugendstil in Dortmund"

Assessorkurs: "Die Maklerprovision"

Leitsatz:

Ein Fall "unechter Verflechtung" aufgrund eines institutionellen Interessenkonflikts liegt beim (Käufer-)Makler, der zugleich Haus- bzw. Wohnungsverwalter des Grundstücks-(Wohnungs-)Verkäufers ist, ohne weitere Anhaltspunkte nicht vor.

Sachverhalt:

Die Kl. erwarb zwischen 1998 und 2000 durch Vermittlung der Bekl. mehrere Eigentumswohnungen. Die dafür von der Bekl. in Rechnung gestellten und von der Kl. gezahlten Provisionen hat die Kl. anschließend als ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt. Sie hat sich darauf berufen, dass die Bekl. in allen Fällen zum Zeitpunkt ihrer Vermittlungstätigkeit zugleich Verwalterin des Gemeinschaftseigentums und des jeweils verkauften Sondereigentums war. Deshalb, so hat die Kl. gemeint, sei die Bekl. nicht im Stande gewesen, Maklerleistungen zu erbringen.

Hat die Kl. den geltend gemachten Rückzahlungsanspruch ?

Lösung:

Die Kl. könnte einen Anspruch gegen die Bekl. auf Rückzahlung der entrichteten Maklerprovisionen gem. § 812 I 1 Fall 1 BGB haben.

A. Etwas erlangt

Dann müsste die Bekl. etwas erlangt haben. "Etwas" i. S. d. § 812 BGB ist jede vermögenswerte Position.

Die Bekl. hat die Provisionszahlungen der Kl. erlangt. Ganz unabhängig davon, ob diese Zahlungen durch Verschaffung von Eigentum und Besitz an Bargeld oder etwa durch Banküberweisung erfolgten, hat die Bekl. hierdurch jedenfalls einen Vermögensvorteil erlangt.

B. Durch Leistung der Kl.

Die Bekl. müsste diesen Vermögensvorteil durch eine Leistung der Kl. erlangt haben.

“Leistung” i. S. d. § 812 BGB ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens (Palandt/Sprau, § 812 Rz. 3).

Die Kl. bewirkte die Zahlungen an die Bekl. mit dem Ziel, deren vermeintliche Provisionsansprüche aus Maklervertrag gem. § 652 I 1 BGB zu tilgen. Sie hat daher bewusst eine Leistung “*solvendi causa*” an die Bekl. erbracht.

C. Ohne rechtlichen Grund

Die Leistungen der Kl. müssten schließlich ohne Rechtsgrund erbracht worden sein. Das ist der Fall, wenn die Schuld, auf welche der Bereicherungsgläubiger geleistet hat, tatsächlich nicht bestand (sog. “*condictio indebiti*”, vgl. Palandt/Sprau, § 812 Rz. 71). Es ist mithin fraglich, ob ein Anspruch der Bekl. gegen die Kl. auf Zahlung von Maklerlohn gem. § 652 I 1 BGB zum Zeitpunkt der Leistung tatsächlich gegeben war.

I. Abschluss eines Maklervertrages i. S. d. §§ 652 ff BGB zwischen den Parteien

Dann müsste zwischen den Parteien ein wirksamer Maklervertrag zustande gekommen sein. Durch einen Maklervertrag verpflichtet sich der Auftraggeber, eine Vergütung für den Nachweis einer Gelegenheit zum Abschluss eines von ihm gewünschten Vertrags oder für die Vermittlung eines solchen Vertragsabschlusses unter der Voraussetzung zu zahlen, dass ein solcher Vertragsschluss tatsächlich gelingt (Palandt/Sprau, Einf. v. § 652, Rz. 1).

Von einem solchen Vertragsschluss ist hier auszugehen, da die durch die Kl. getätigten Immobilienkäufe in den Jahren 1998 - 2000 durch Vermittlung der Bekl. erfolgten und die hierfür berechnete Maklerprovision zunächst auch anstandslos von der Kl. gezahlt wurde. Diese Indizien lassen den Rückschluss auf eine Einigung der Parteien i. S. d. § 652 BGB zu.

[Anmerkung: Die Vorschriften betreffend den Handelsmakler gem. §§ 93 ff HGB sind in diesem Zusammenhang nicht relevant, da die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen gem. § 93 II HGB explizit aus deren Anwendungsbereich ausgeklammert wird.]

II. Erbringung der Maklerleistung

Die Bekl. müsste eine Maklerleistung erbracht haben. Die Maklerleistung besteht im Falle eines Nachweisvertrages lediglich in einer Mitteilung an den Auftraggeber, welche diesen in die Lage versetzt, konkrete Verhandlungen über den Abschluss des Hauptvertrages aufzunehmen. Im Falle eines Vermittlungsvertrages muss der Makler dagegen bewusst auf die Willensbildung des Vertragspartners seines Auftraggebers einwirken, um so das Zustandekommen des Hauptvertrages zu fördern (Palandt/Sprau, § 652 Rz. 25, 27).

Die Bekl. hat hier die verschiedenen Ankäufe von Eigentumswohnungen durch die Kl. vermittelt und hierdurch grundsätzlich eine wirksame Maklerleistung erbracht.

III. Zustandekommen des Hauptvertrages mit einem Dritten

Weiterhin muss der bei Abschluss des Maklervertrages vom Auftraggeber gewünschte Hauptvertrag auch tatsächlich zustande gekommen sein.

1. Zustandekommen kongruenter Verträge

Die von der Kl. gewünschten Immobilienkäufe sind tatsächlich zustande gekommen und mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist auch davon auszugehen, dass sie den bei Abschluss des Maklervertrages von der Kl. gewünschten Verträgen entsprachen.

2. “Mit einem Dritten”: Verflechtungseinwand der Kl.

Der Hauptvertrag muss allerdings mit einem Dritten zustande gekommen sein. Daran fehlt es, wenn zwischen dem Makler und dem Vertragspartner des Auftraggebers aus dem Hauptvertrag eine sogenannte “Verflechtung” besteht. Hierbei ist zwischen der echten und der unechten Verflechtung zu unterscheiden.

a. Echte Verflechtung

Eine sogenannte echte Verflechtung liegt vor, wenn aufgrund rechtlicher oder wirtschaftlicher Verbindungen entweder der Makler die Vertragspartei des Hauptvertrages oder umgekehrt der spätere Vertragspartner des Auftraggebers das Maklerunternehmen derart beherrscht, dass eine freie und unabhängige Willensbildung nicht gewährleistet ist. Hieran ist insbesondere zu denken, wenn entweder Makler oder Partei des Hauptvertrages durch den jeweils anderen als herrschendes Unternehmen innerhalb eines Konzernverbundes gelenkt werden. (Palandt/Sprau, § 652 Rz. 30; Münch-Komm.BGB/Roth, § 652 Rz. 118).

Nur aufgrund der Eigenschaft der Bekl. als Verwalterin des veräußerten Wohnungseigentums kann von einer derart engen Verflechtung der Bekl. mit den jeweiligen Wohnungseigentümern, die eine eigene Willensbildung ausschließt, allerdings nicht ausgegangen werden.

b. Unechte Verflechtung

Eine unechte Verflechtung liegt vor, wenn ohne eine konzernähnliche Verbindung Makler und Partei des Hauptvertrages sich derart nahestehen, dass der Makler sich bei gewöhnlichem Lauf der Dinge im Falle eines Rechtsstreites immer auf die Seite des Vertragspartners seines Auftraggebers stellen wird (sog. “institutionalisierter Interessenkonflikt”, vgl. Palandt/Sprau aaO.; Münch-Komm.BGB/Roth, § 652 Rz. 121; BGHZ 138, 170, 174 f. m. w. N.).

Ob von einem derartigen Näheverhältnis schon dann auszugehen ist, wenn der Makler Verwalter des zu veräußernden Wohnungseigentums ist, ist fraglich. Der BGH hat dies in seiner bisherigen Rechtsprechung of-

fengelassen (BGH, NJW 1981, 2297 f.).

aa. Argumente für eine unechte Verflechtung

Dafür könnte sprechen, dass im Falle eines Wohnungsverwalters, von dessen Zustimmung als Dritter i. S. d. § 12 I WEG die Veräußerung des Sondereigentums an einer Wohnung abhängt, eine unechte Verflechtung mit dem Wohnungsverkäufer angenommen wurde, die mithin einem Provisionsanspruch als Käufermakler entgegensteht (BGH, NJW 2003, 1249). Ferner steht es dem Provisionsanspruch eines Maklers, der die Vermietung einer Wohnung vermittelt hat, gem. §§ 1 I, 2 II Nr. 2 WoVermittG (Schö. Nr. 31) entgegen, wenn dieser Makler zugleich Verwalter der vermieteten Räumlichkeiten ist.

bb. Argumente gegen eine unechte Verflechtung

Andererseits soll ein Konflikt zwischen den Interessen eines "normalen" Wohnungsverwalters ohne die Zustimmungsbefugnis des § 12 I WEG und denen eines veräußerungswilligen Wohnungseigentümers nicht bestehen (BGH, NJW 2003, 1393, 1394).

cc. Stellungnahme

Letztendlich lassen sich weitere Argumente gegen eine unechte Verflechtung anführen, so dass diese im Ergebnis abzulehnen ist:

"Ein Fall "unechter Verflechtung" aufgrund eines institutionellen Interessenkonflikts liegt beim (Käufer-)Makler, der zugleich Haus- bzw. Wohnungsverwalter des Grundstücks- (Wohnungs-)Verkäufers ist, ohne weitere Anhaltspunkte nicht vor (OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1501; OLG Frankfurt, OLGR Frankfurt 1994, 85 f; OLG Hamburg, MDR 1992, 646; vgl. auch LG Hannover, RDM-Rspr. A 145 Bl. 39; der Sache nach sämtlich zustimmend: Palandt/Sprau, § 652 Rz. 31; MünchKomm.BGB/Roth, § 652 Rz. 122; Staudinger/Reuter [2003] §§ 652, 653 Rz. 155; Dehner, Das Maklerrecht [2001] Rz. 182; Schwerdtner, Maklerrecht 4. Aufl. Rz. 664; Bamberger/Roth/Kotzian-Marggraf, § 652 Rz. 40 m. Fn. 255 [Hinweis auf OLG Dresden aaO]; ebenso wohl auch Erman/O. Werner, § 652 Rz. 33). [...] Auch § 1 I, § 2 II WoVermittG steht einem Maklerlohnanspruch nicht entgegen. Soweit danach dem Makler kein Provisionsanspruch für die Vermittlung oder den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss von Mietverträgen zusteht, wenn er Verwalter der vermieteten Wohnräume ist (vgl. hierzu Senatsurteile vom 2. Oktober 2003 - III ZR 5/03 - NJW 2004, 286 und vom 23. Oktober 2003 - III ZR 41/03 - NJW 2003, 3768), gilt dies ausdrücklich nur für die Vermittlung von Mietverträgen. Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Vermittlung oder den Nachweis zum Abschluss von Kaufverträgen über Wohnhäuser oder Eigentumswohnungen kommt nicht in Betracht; sie wird, soweit ersichtlich, auch in der

Literatur und der Rechtsprechung der Obergerichte nicht in Erwägung gezogen. Maßgeblicher Gesichtspunkt für die Richtigkeit dieser Beurteilung ist, dass normalerweise zu den Aufgaben des Verwalters eines Hauses oder einer Eigentumswohnung nicht der Verkauf und die Veräußerung derselben gehört und der Verwalter im Rahmen seiner Verwaltertätigkeit dazu auch keine Befugnisse hat. Soweit die [...] *Bekl.* darauf verweist, dass sich, wenn der bisherige Verwalter als Makler für den Käufer tätig wird, für ihn im Einzelfall Probleme etwa wegen seiner Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Eigentümer ergeben können (z.B. bei Mängeln des Hauses oder der Wohnung oder bei einem Mietshaus hinsichtlich des Zahlungs- und sonstigen Verhaltens der Mieter), so ist dies kein Grund, allein darin einen institutionalisierten Interessenkonflikt zu sehen oder [...] allgemein anzunehmen, der Verwalter/(Käufer-)Makler werde sich, wenn es zum Streit kommt, im Regelfall auf die Seite des Haus- oder Wohnungseigentümers stellen."

3. Zwischenergebnis

Es sind dementsprechend Hauptverträge mit Dritten zustande gekommen, die in keinem einen Provisionsanspruch ausschließenden Näheverhältnis zu der *Bekl.* standen.

IV. Kausalität zwischen Maklerleistung und Zustandekommen des Hauptvertrages

Es müsste weiter eine Kausalität zwischen der Maklertätigkeit und dem wirksamen Abschluss des Hauptvertrages in dem Sinne bestehen, dass dieser Vertragsabschluss im Wesentlichen auf die Maklertätigkeit zurückzuführen ist (BGH, NJW-RR 1996, 691).

Davon ist hier auszugehen, da die *Kl.* die streitgegenständlichen Wohnungen durch Vermittlung der *Bekl.* erwarb.

V. Kenntnis des Auftraggebers von der entfaltetten Maklertätigkeit

Schließlich bedarf es grundsätzlich der Kenntnis des Auftraggebers von der konkret entfaltetten Maklertätigkeit vor oder spätestens bei Abschluss des Hauptvertrages (Palandt/Sprau, § 652 Rz. 52).

Davon ist hier mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ebenfalls auszugehen, da auch diesbezüglich feststeht, dass die *Kl.* die Wohnungen durch Vermittlung der *Bekl.* erst erwerben konnte.

Demzufolge war ein Maklerlohnanspruch der *Bekl.* gegen die *Kl.* gem. § 652 I 1 BGB tatsächlich gegeben. Die hierauf entrichteten Zahlungen der *Kl.* sind daher nicht ohne Rechtsgrund i. S. d. § 812 BGB geflossen.

D. Endergebnis

Der *Kl.* steht der geltend gemachte Rückzahlungsanspruch aus § 812 I 1 Fall 1 BGB mithin nicht zu.

Standort: § 267 StGB**Problem: Übermalen von Kfz-Prüfplaketten**

AG WALDBRÖL, URTEIL VOM 19.07. 2005
4 DS 385105 (NJW 2005, 2870)

Problemdarstellung:

Die Angeklagte fuhr mit einem Pkw, auf dessen Nummernschildern die Prüfplaketten der Haupt- und Abgasuntersuchung mit rosa Nagellack übermalt waren. Das Amtsgericht Waldbröl sah hierin ein Gebrauchen einer verfälschten Urkunde gem. § 267 I 3. Fall StGB.

Prüfungsrelevanz:

Urkundsdelikte erfreuen sich in beiden Examen einer großen Beliebtheit, insb. deswegen weil man sie sehr gut mit Vermögensdelikten kombinieren kann, aber auch, weil sie in der Praxis erhebliche Bedeutung haben.

Kern des Tatbestandes des § 267 I StGB in allen seinen Varianten ist der Begriff der Urkunde. Hierbei handelt es sich um eine verkörperte, jedenfalls für Eingeweihte verständliche, Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt (BGHSt 18, 66; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 2 mwN). Eine besondere Form der Urkunde ist die zusammengesetzte Urkunde, die dann entsteht, wenn eine Urkunde oder eine verkürzte Urkunde (ein sog. Beweiszeichen) fest mit einem Bezugsobjekt verbunden ist, so dass sich aus der Verbindung ergibt, dass sich der Inhalt der Urkunde gerade auf dieses Bezugsobjekt bezieht (BGHSt 17, 98; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 36 a). Ein klassisches Beispiel hierfür ist der Pkw mit den an diesem angebrachten Kennzeichen, die die Erklärung beinhalten, dass dieser Pkw für den eingetragenen Halter zur Teilnahme am öffentlichen Verkehr zugelassen ist (BGH, NJW 2000, 229; OLG Stuttgart, NSStz-RR 2001, 379). Das AG Waldbröl betont im vorliegenden Fall - in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung (vgl. OLG Karlsruhe, DAR 2002, 229) -, dass insofern den auf den Nummernschildern angebrachten Plaketten für die Haupt- und Abgasuntersuchung ein eigener Erklärungswert zukommt (nämlich der des Zeitpunktes für die nächste Haupt- bzw. Abgasuntersuchung), so dass auch diese in Verbindung mit dem Fahrzeug eine zusammengesetzte Urkunde darstellen.

Weiter befasst sich das AG mit den Voraussetzungen für das Verfälschen einer Urkunde. Ein solches ist grundsätzlich dann gegeben, wenn die in der Urkunde enthaltenen Gedankenerklärung nachträglich in einer Weise verändert wird, die den Eindruck erweckt, die Urkunde habe von Anfang an den neuen Inhalt gehabt (OLG Hamm, NJW 1969, 625; Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 64). Das AG Waldbröl betont insofern, dass die nachträgliche Veränderung nicht die Urkundeneigenschaft aufheben darf, d.h. auch nach dem Verfälschen muss das Tatobjekt immer noch die Vor-

aussetzungen für eine Urkunde erfüllen (ebenso BGH, NJW 1954, 1375, Schönke/Schröder-Cramer, § 267 Rn. 72). Deshalb, so führt das AG aus, liege ein Verfälschen dann nicht vor, wenn infolge der Veränderung das Tatobjekt z.B. keine Beweiseignung mehr aufweise, insb. weil die Veränderung derart offensichtlich und plump sei, dass nicht wirklich der Eindruck erweckt werde, die Urkunde habe bereits ursprünglich den ihr nachträglich gegebenen Inhalt gehabt. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Besonderheit, dass an den von der Angeklagten genutzten Prüfplaketten nicht der Text bzw. die aufgedruckten Zahlen verändert wurden, sondern lediglich die Untergrundfarbe. Das Amtsgericht Waldbröl nimmt jedoch auch hier ein Verfälschen bei Veränderung der Farbe an, da die Farbe des Untergrundes bei Kfz-Prüfplaketten eine eigene Erklärung beinhalte (aus ihr lässt sich nämlich das Jahr erkennen, in dem die nächste Untersuchung durchgeführt wird) und deshalb in der Veränderung der Farbe auch eine Änderung des Inhaltes der Urkunde liege. Zwar sei bei genauer Betrachtung der Plaketten sofort zu erkennen gewesen, dass die Farbe nur durch Nagellack aufgetragen wurde und auch im Widerspruch zu den auf den Plaketten angegebenen Daten der nächsten Untersuchungstermine stand. Trotzdem sei die Veränderung nicht so plump, dass die Urkundsqualität entfalle, da es gerade bei Prüfplaketten auf Kfz-Kennzeichen üblich sei, dass insb. Polizisten bei einer Verkehrskontrolle nur einen flüchtigen Blick auf das Kennzeichen werfen und nur auf die Farbe der Plakette achten würden, sodass durchaus noch eine Täuschung möglich sei.

Vertiefungshinweise:

Zur Urkundsqualität von Prüfplaketten: *OLG Karlsruhe*, DAR 2002, 229; *BayObLG*, DAR 1966, 26; *NSStz* 1999, 575; *Puppe*, *NSStz* 1999, 576;

Zum Verfälschen i.S.v. § 267 I 2. Fall StGB: *BGHSt* 45, 197; *OLG Düsseldorf*, *NJW* 1997, 1793; *OLG Köln*, *NJW* 2002, 527; *Krack*, *NSStz* 1997, 602; 2000, 423; *Puppe*, *JZ* 1986, 944;

Kursprogramm:

Examenskurs: "Der uneinsichtige Patient"

Assessorkurs: "Sommer"

Leitsätze (der Redaktion):

1. Der Untergrundfarbe von Prüfplaketten auf Kfz-Kennzeichenschildern kommt ein eigener Erklärungswert zu (Vorführungszeitraum für Haupt- und Abgasuntersuchung).

2. Die Benutzung eines Fahrzeugs, auf dessen Kennzeichen die Farbe der Plaketten in unzulässiger Weise verändert wurde, stellt eine Urkundenfälschung i.S.v. § 267 I 3. Fall StGB dar.

Sachverhalt:

Am 11.5.2005 befuhr die A mit ihrem Pkw Opel Corsa die W.-Straße in M. Dabei waren die Prüfplaketten nach § 29 II 1 Nr. 1 StVZO (Hauptuntersuchung) am hinteren und nach § 47 a III 1 StVZO (Abgasuntersuchung) am vorderen Kennzeichen des Fahrzeugs mittels Nagellack rosa übermalt. Bei näherer Betrachtung der Kennzeichen war diese Veränderung auf Grund der plumpen Ausführung offensichtlich. Auf Entfernung wirkten die Plaketten indes rosafarben. Die Zahlen auf den Plaketten waren unverändert, aber nur noch eingeschränkt lesbar.

Strafbarkeit der A nach dem StGB, wenn sie während der Fahrt wusste, dass die Plaketten auf den Kennzeichen ihres Pkws entsprechend verändert waren?

Lösung:*A. Strafbarkeit der A gem. § 267 I 2. Fall StGB durch das Bemalen der Plaketten*

Da sich dem Sachverhalt nicht entnehmen lässt, ob A die Plaketten selbst verändert hat, ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" davon auszugehen, dass es nicht A war, die die entsprechenden Änderungen vorgenommen hat und dass A auch nicht in anderer Weise an der Veränderung der Plaketten mitgewirkt hat. Somit scheidet eine Strafbarkeit der A wegen Verfälschens einer echten Urkunde durch die Veränderung der Plaketten aus.

B. Strafbarkeit der A gem. § 267 I 3. Fall StGB durch das Fahren mit den bemalten Plaketten

A könnte sich jedoch dadurch, dass sie mit dem Auto fuhr, an dem die Nummernschilder mit den angemalten Plaketten befestigt waren, wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht haben.

*I. Tatbestand**1. Urkunde*

Bei den Prüfplaketten - ggf. in Verbindung mit den Nummernschildern bzw. dem Pkw - müsste es sich um Urkunden handeln.

Hierzu das AG Waldbröl: "Eine Urkunde verkörpert eine allgemein oder doch wenigstens für die Beteiligten verständliche Erklärung, die vermöge ihres gedanklichen Inhalts dazu geeignet und bestimmt ist, im Rechtsleben Tatsachen zu beweisen, und die zudem ihren Aussteller wenigstens für die Beteiligten erkennen lässt.

Die Prüfplaketten gem. § 29 II 1 Nr. 1 StVZO und § 47 a III StVZO geben nach Anlage IX und XI a zur Straßenverkehrs-Zulassungsordnung im Interesse der Überwachung des Kraftfahrzeugverkehrs den Monat an, in dem das Fahrzeug spätestens zur nächsten Hauptuntersuchung bzw. Abgasuntersuchung vorgeführt werden muss. Die oberste Zahl der am Kennzeichen angebrachten Plaketten bezeichnet den Monat

des Vorführjahrs, dessen letzten beiden Ziffern sich im Mittelkreis befinden. Die Farbe des Untergrunds der Plaketten bestimmt sich nach dem Kalenderjahr, in dem das Fahrzeug zur nächsten Haupt- bzw. Abgasuntersuchung angemeldet werden muss und erleichtert dadurch noch zusätzlich die Überwachung. Es ist im Hinblick auf die Urkundeneigenschaft unschädlich, dass es sich dabei nicht um Schriftstücke handelt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass auch Zeichen, die als Abkürzungen für die vollständige Gedankenerklärung stehen, Urkunden sein können, und zwar auch dann, wenn sich die im Zeichen verkörperte Erklärung erst im Zusammenhang mit dem Gegenstand ergibt, an dem das Zeichen angebracht ist (sog. Beweiszeichen). Die Prüfplaketten sind auch zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt. Gemäß § 29 VII 4 StVZO (i.V. mit § 47 a VI Halbs. 2 StVZO) kann die Zulassungsbehörde den Betrieb eines Fahrzeugs im öffentlichen Verkehr untersagen oder beschränken, wenn sich eine der Prüfplaketten nicht am Fahrzeug befindet. Zudem wird das Überschreiten der Frist zur Haupt- und Abgasuntersuchung als Ordnungswidrigkeit geahndet.

Die Prüfplaketten lassen auch ihren Aussteller erkennen. Dafür ist es ausreichend, dass der Aussteller mittels Umständen, auf die der Inhalt der Urkunde hinweist, für die Beteiligten und Eingeweihten erkennbar wird (BGHSt 13, 382 [385] = NJW 1960, 444). Diese Voraussetzung ist erfüllt: Die Urheberschaft dessen, der die Plakette angebracht hat, ergibt sich kraft Gesetzes aus der Eintragung im Fahrzeugschein bzw. aus der Prüfbescheinigung."

Bei den Prüfplaketten in Verbindung mit den Nummernschildern und dem Pkw, an dem diese angebracht waren, handelt es sich also um (zusammengesetzte) Urkunden.

2. Unechte oder verfälschte Urkunde

Tatobjekt des § 267 I 3. Fall StGB muss eine unechte oder verfälschte Urkunde sein.

Das AG Waldbröl führt insofern aus: "Als Verfälschung ist jede nachträgliche Veränderung des gedanklichen Inhalts einer echten Urkunde anzusehen, durch die der Anschein erweckt wird, als habe der Aussteller die Erklärung in der Form abgegeben, die sie durch die Verfälschung erlangt hat (OLG Köln, VRS 59 [1980], 342). Ein Verfälschen liegt mithin vor, wenn der gedankliche Inhalt der Erklärung vor der Einwirkung ein anderer ist als danach. Die Einwirkung darf indes nicht dazu führen, dass die Urkundeneigenschaft verloren geht. Vielmehr muss es sich sowohl vor als auch nach der Einwirkung um eine Urkunde i. S. des § 267 StGB handeln; lediglich die Beweisrichtung wird verändert. Ist das Ergebnis der Veränderung keine Urkunde mehr, so kommt allenfalls eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 1 StGB in Betracht (Cramer, in: Schöнке/Schröder, StGB, 25. Aufl., § 267 Rdnr. 72).

Bei den Prüfplaketten besteht die Besonderheit, dass es sich um öffentliche Urkunden handelt. Solche stellt

aber nur der her, der die vorgeschriebenen Förmlichkeiten für Urkunden der betreffenden Art zum Gegenstand der Nachahmung macht (OLG Stuttgart, NStZ-RR 2001, 370 [371]; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 267 Rdnrn. 49, 53; RGSt 44, 87 [88]). Dies ist der Fall: Die manipulierte Prüfplakette hat eigenen Erklärungswert, da dem 'Rosa' als Untergrundfarbe gem. Anlage IX und XI a StVZO ein eigener Erklärungswert zukommt. Dort sind für die jeweiligen Jahre die folgenden Farben vorgesehen: Jahr 2003: gelb, Jahr 2004: braun, Jahr 2005: rosa, Jahr 2006: grün, Jahr 2007: orange, Jahr 2008: blau.

Die manipulierte Prüfplakette erweckte durch die farbliche Manipulation mithin den Anschein, als sei das von der Angeklagten geführte Fahrzeug erst im Jahre 2005 zur Hauptuntersuchung bzw. zur Abgasuntersuchung vorzuführen. Dass die Zahlen auf den Plaketten unverändert blieben, ist insoweit unschädlich. Denn nicht nur die lesbaren Zahlen auf den Prüfplaketten enthalten nach Anlage IX und XI a StVZO die Erklärung über das Durchführungsjahr; vielmehr wird diese Erklärung durch die Untergrundfarbe wiederholt. Dass auch Farben eine Erklärung verkörpern können, ist heute anerkannt. Es wäre auch nicht einsichtig, wenn das, was für die Verwendung einer an sich neutralen Zahl oder Nummer gilt, nicht für die Verwendung bestimmter Farben gelten würde. Es kommt allein darauf an, dass das verwendete Zeichen/die verwendete Farbe in Verbindung mit dem Gegenstand, auf dem es/sie angebracht ist, eine sinnvolle Gedankenerklärung enthält.

Auch steht dem Verfälschen nicht entgegen, dass die Manipulation bei näherer Betrachtung der Prüfplaketten offensichtlich war. Trotz der plumpen Manipulation wohnte den Plaketten durch die Farbgebung ein Erklärungswert inne, der nicht durch die schlechte Ausführung der Fälschung beeinträchtigt wurde. Auch kann den Plaketten die Beweiseignung nicht abgesprochen werden. Zwar kann es an der Beweiseignung und damit an der Urkundeneigenschaft fehlen, wenn die Unwirksamkeit der Erklärung für den Rechtsverkehr auf der Hand liegt (Cramer, in: Schönke/Schröder, § 267 Rdnr. 9). Hier diente die farbliche Unterlegung der Prüfplaketten aber gerade dazu, im Interesse einer effektiven Verkehrsüberwachung, in dessen Rahmen oftmals nur ein flüchtiger Blick auf die Plaketten möglich ist, offensichtlich zu machen, ob das Fahrzeug das Vorführungsjahr bereits überschritten hat und ob deshalb eingeschritten werden muss. Besteht aber der Sinn und Zweck der Farbgebung gerade darin, auch bei nur flüchtigem Blick auf die Plaketten eine effekti-

ve Kontrolle zu gewährleisten, so reicht es für die Beweiseignung aus, dass die Manipulation jedenfalls in diesem Zusammenhang nicht offensichtlich war. Dies gilt, obwohl die Zahlen der Prüfplaketten im Wesentlichen noch erkennbar waren. Denn diese Zahlen und damit insbesondere der Widerspruch der aufgedruckten Jahreszahl mit der Farbgebung sind bei nur flüchtiger Betrachtung nicht offenkundig."

Bei den Nummernschildern mit bemalten Plaketten handelt es sich also um verfälschte Urkunden.

3. *Gebrauchen*

A müsste diese verfälschten Urkunden gebraucht haben.

Der Täter gebraucht eine Urkunde i.S.v. § 267 I 3. Fall StGB, wenn er sie der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich macht (BGHSt 36, 65; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 23 mwN).

Dadurch, dass A mit dem Wagen umherfuhr, an dessen Nummernschildern die bemalten Plaketten angebracht waren, hat sie diese der sinnlichen Wahrnehmung durch Dritte zugänglich gemacht und sie somit gebraucht.

4. *Vorsatz*

A handelte auch vorsätzlich.

5. *Täuschungsabsicht*

A müsste auch zur Täuschung im Rechtsverkehr gehandelt haben.

Ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr im Rahmen von § 267 I StGB setzt voraus, dass der Täter einen Irrtum des Getäuschten über die Echtheit bzw. Unverfälschtheit der Urkunde erregen und diesen zu einem rechtserheblichen Verhalten veranlassen will (BGH, NJW 1994, 208; Tröndle/Fischer, § 267 Rn. 30).

Hierzu das AG Waldbröl: "Die Angeklagte handelte auch in der Absicht zur Täuschung des Rechtsverkehrs. Ihr kam es darauf an, der Verkehrsüberwachung zu entgehen, indem sie gegenüber den zuständigen Behörden den Anschein erweckte, als seien Hauptuntersuchung und Abgasuntersuchung noch nicht fällig."

II. *Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. *Ergebnis*

A ist strafbar gem. § 267 I 3. Fall StGB.

*Literaturauswertung**Öffentliches Recht*

Autor/Titel:	Beucamp, Guy: "Das ordnungsbehördliche Verbot von Laserdromen"
Fundstelle:	DVBl 2005, 1174 (Heft 18)
Inhalt:	Der Beitrag beleuchtet anlässlich der Entscheidung des EuGH, mit welcher der Gerichtshof das deutsche Verbot von Laserdromen bestätigt hat (EuGH, RA 2004, 685 = DVBl 2004, 1476), die europarechtlichen, gewerberechtlichen und verfassungsrechtlichen Probleme eines solchen Verbots. Der Autor kommt zu dem von der h.M. abweichenden Ergebnis, dass sich nach geltendem Recht ein Verbot nicht halten lässt.

Autor/Titel:	Ipsen, Jörn: "Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages - eine Nachlese"
Fundstelle:	NVwZ 2005, 1147 (Heft 10)
Inhalt:	Der Autor liefert ein Kompendium dieses viel diskutierten Themas, dem auch die RA breiten Raum gewidmet hat (BVerfG, RA 2005, 549 = NJW 2005, 2669) und das in beiden Staatsexamina die mündlichen Prüfungen der letzten Wochen und Monate dominiert hat. Selbstverständlich bezieht er die zitierte Entscheidung des BVerfG mit ein, so dass der Beitrag gleichzeitig eine Urteilsbesprechung ist.

Autor/Titel:	Kloepfer, Michael / v.Lewinski, Kai: "Das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes"
Fundstelle:	DVBl 2005, 1277 (Heft 20)
Inhalt:	Das Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes" (BGBl I 2005, 2722) wird zum 1.1.2006 in Kraft treten. Es wirft eine Vielzahl von verwaltungsverfahrensrechtlichen, verwaltungsprozessrechtlichen und verfassungsrechtlichen Fragen auf, denen die Autoren bis ins Detail nachgehen.

Zivilrecht

Autor/Titel:	Jaensch, Michael: "Die Störung der Nacherfüllung im Kaufrecht"
Fundstelle:	Jura 2005, 649 (Heft 10)
Inhalt:	In diesem Aufsatz setzt sich der Autor ausführlich mit dem im Gewährleistungsfall grundsätzlich vorrangigen Nacherfüllungsanspruch des Käufers aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB auseinander. Er beleuchtet die Rechtsnatur des dem Käufer zwischen den beiden Nacherfüllungsalternativen Nachlieferung und Nachbesserung eingeräumten Wahlrechts und setzt sich ausführlich mit den verschiedenen denkbaren Einwendungen und Einreden des Verkäufers gegenüber dem Nacherfüllungsverlangen auseinander. Deren Bedeutung für die Geltendmachung weitergehender Rechte des Käufers nach Maßgabe des § 437 Nr. 2, 3 BGB wird schlussendlich systematisch dargestellt.

Autor/Titel:	Kiehnle, Arndt: "§ 822 BGB und die Saldotheorie"
Fundstelle:	JA 2005, 737 (Heft 10)
Inhalt:	Dieser Aufsatz greift mit der Frage des Anwendungsbereiches der Saldotheorie sowie der das bereicherungsrechtliche Dreiecksverhältnis betreffenden Norm des § 822 BGB zwei examensrelevante Problembereiche des Bereicherungsrechts auf und verknüpft sie auf anschauliche Weise miteinander. Eine wichtige Rolle spielen in diesem Zusammenhang weiter die Voraussetzungen des Entreicherungs Einwandes nach § 818 III BGB, so dass der Aufsatz sich gut zur Wiederholung oder Vertiefung eines großen Teils bedeutsamer Fragen im Rahmen der §§ 812 ff BGB eignet.

Autor/Titel:	Lettl, Tobias: "Die Beeinträchtigung des Eigentums nach § 1004 I 1 BGB"
Fundstelle:	JuS 2005, 871 (Heft 10)
Inhalt:	Wird dem Eigentümer einer Sache deren Besitz zu Unrecht entzogen, folgt aus seinem Eigentum der Besitzherausgabeanspruch nach § 985 BGB. Eigentumsbeeinträchtigungen sind aber auch auf zahlreiche andere Weisen als durch Besitzentziehung denkbar. In derartigen Fällen sieht § 1004 I 1 BGB einen Anspruch auf Beseitigung dieser Störung vor. Der Autor grenzt die Anwendungsbereiche beider Anspruchsgrundlagen voneinander ab und zeigt zudem auf, wie weit der verschuldensunabhängige Anspruch auf Beseitigung einer Eigentumsstörung gefasst werden kann, ohne in Konflikte mit verschuldensabhängigen Schadensersatzansprüchen aus §§ 823 ff BGB zu geraten.

Strafrecht

Autor/Titel:	Gasa, Kjell: "Die Behandlung des Irrtums über rechtfertigende Umstände im Gutachten - Typische Fehler"
Fundstelle:	JuS 2005, 890 (Heft 10)
Inhalt:	Die Frage nach der Darstellung von Irrtümern über Rechtfertigungsgründe im Gutachten stellt sich in beiden Examen immer wieder, da es sich hierbei um ein in Examensaufgaben immer wieder anzutreffendes Problem handelt. Der Verfasser behandelt insofern allerdings nur das (weitaus häufigere und in der Darstellung schwierigere) Problem der irrigen Annahme von rechtfertigenden Umständen und nicht das der fehlenden Kenntnis von diesen. Hierbei stellt der Verfasser das insofern bestehende Meinungsspektrum zwar stark verkürzt dar, die möglichen Fehlerquellen, auf die er hinweist, sind jedoch tatsächlich solche, die häufig auftreten. Um diese drohenden "Fallstricke" zu vermeiden empfiehlt sich eine Lektüre des Aufsatzes.

Autor/Titel:	Kretschmer, Joachim: "Der Begriff der Gefahr in § 34 StGB"
Fundstelle:	Jura 2005, 662 (Heft 10)
Inhalt:	Der Verfasser setzt sich in diesem Aufsatz mit der Frage auseinander, nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Gefahr im Sinne von § 34 StGB zu prüfen ist. Hierbei zieht er insbesondere Parallelen zu anderen Normen des Straf- und öffentlichen Rechts, die auch den Begriff der "Gefahr" verwenden. Er liefert zwar keine wirklich neuen Ansätze, fasst jedoch die bisherigen Ergebnisse übersichtlich zusammen.

Autor/Titel:	Vogel, Joachim / Hocke, Peter: "Der Fall Theresa Marie Schiavo"
Fundstelle:	Jura 2005, 709 (Heft 10)
Inhalt:	Die Verfasser haben einen aktuellen Fall aus der (us-amerikanischen) Praxis zu den Problemen im Rahmen der Sterbehilfe herangezogen und daraus - mit geringen Änderungen - einen Klausursachverhalt erstellt. Die entsprechende Lösung spricht die insofern typischen Fragestellungen (Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen; Voraussetzungen für § 216 I StGB; Rechtfertigung einer Fremdtötung durch Einwilligung des Opfers) an, stellt die maßgeblichen Punkte dar und liefert in den Form eines (allerdings sehr kurz formulierten) Gutachtens eine vertretbare Lösung.