

BVerfG beanstandete Vollzugsdefizit bei der Steuererhebung zu mildern und zumindest für eine große Gruppe von Steuersubjekten Gleichheit der Besteuerung zu verwirklichen. Ob in diesem Anliegen eine ausreichende

sachliche Legitimation für die Steuerbefreiung erblickt werden könne, sei durchaus fraglich.

Wiss. Assistent Dr. *Christian Armbrüster*,  
Freie Universität Berlin

## Rechtsprechung

Die mit einem \* versehenen Entscheidungen werden in der jeweiligen Amtlichen Sammlung abgedruckt.

### Verfassungsrecht

Art. 14 Abs. 1, Art. 20, 21, 36 Abs. 1 VvB; § 49 Abs. 1 VerfGHG; § 2 Abs. 1 Satz 1, § 18 BerlHG

Die Studentenschaft der Freien Universität Berlin ist als juristische Person des öffentlichen Rechts im Verfassungsbeschwerdeverfahren grundsätzlich nicht parteifähig (vgl. LVerfGE 3, 47).

Beschluß des VerfGH des Landes Berlin vom 27. 1. 1999 – VerfGH 66/98.

Die Beschwerdeführerin (Bf'in), die Studentenschaft der Freien Universität Berlin, wendet sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde (Vb.) gegen einen Beschluß des Verwaltungsgerichts Berlin (VG) vom 22. 1. 1998, mit dem ihr für die Dauer der Mitgliedschaft der Antragsteller des Ausgangsverfahrens bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache untersagt wird, allgemeinerpolitische, nicht hochschulbezogene Äußerungen abzugeben, sowie gegen den ihren Antrag auf Zulassung der Beschwerde ablehnenden Beschluß des Oberverwaltungsgerichts Berlin (OVG) vom 25. 5. 1998.

Die Bf'in, die durch den Allgemeinen Studentenausschuß (ASTA) gesetzlich vertreten wird, ist Herausgeberin der Zeitschrift „Neues Dahlem“ sowie der Broschüren „Mein erstes Semester“ von Oktober 1997 und „Chiapas und die Linke“ von November 1996.

Mit einer beim VG erhobenen vorbeugenden Unterlassungsklage begehren mehrere Studenten der Freien Universität in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Bf'in, es dieser zu untersagen, allgemeinerpolitische, nicht hochschulbezogene Äußerungen abzugeben. Ein von ihnen gestellter Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung führte zu den mit der Vb. angegriffenen Beschlüssen. Das VG gelangte mit den Antragstellern zu der Überzeugung, daß die Bf'in sich unter Überschreitung des ihr in § 18 Abs. 2 BerlHG eingeräumten Rechts auf ein hochschulbezogenes politisches Mandat ein allgemeinerpolitisches Mandat anmaßt, indem sie in den genannten Broschüren vielfach Artikel und Aufrufe Dritter veröffentlicht, die jeglichen hochschulpolitischen Bezug im Sinne von § 18 Abs. 2 BerlHG vermissen lassen.

Die Bf'in machte mit ihrer Vb. geltend, die angefochtenen Entscheidungen verletzen ihre Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1, Art. 20 und 21 sowie das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 36 Abs. 1 VvB. Der VerfGH wies die Vb. als unzulässig zurück.

#### *Aus den Gründen:*

1. Die Bf'in ist als juristische Person des öffentlichen Rechts für das vorliegende Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht parteifähig (vgl. LVerfGE 3, 47).

a) Nach § 49 Abs. 1 VerfGHG kann jedermann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt des Landes Berlin in einem seiner in der Verfassung von Berlin enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Verfassungsgerichtshof erheben, soweit eine solche nicht zum Bundesverfassungsgericht erhoben ist oder wird. Parteifähig für eine auf die Verletzung von Grundrechten gestützte Vb. ist nur, wer Trä-

ger von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten sein kann (vgl. VerfGH, a. a. O.; vgl. auch LVerfGE 1, 9, 16 ff. = JR 1993, 338). Einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kann nur ausnahmsweise Grundrechtsfähigkeit zustehen. Grundrechte sind in erster Linie Individualrechte des Einzelnen, die vorrangig dem Schutz seiner Freiheitssphäre dienen und darüber hinaus eine freie Mitwirkung und Mitgestaltung im Gemeinwesen sichern sollen (BVerfGE 75, 192 [195]). Juristische Personen in den Schutzbereich materieller Grundrechte einzubeziehen, ist daher nur gerechtfertigt, wenn ihre Bildung und Betätigung Ausdruck der freien Entscheidung natürlicher Personen ist, insbesondere wenn der „Durchgriff“ auf die hinter ihnen stehenden Menschen es als sinnvoll und erforderlich erscheinen läßt (vgl. BVerfG, a. a. O. S. 196). Diese Voraussetzung liegt bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts grundsätzlich nicht vor. Denn die Erfüllung der ihnen zugeordneten Aufgaben erfolgt in aller Regel nicht zur Wahrnehmung individueller Freiheiten, sondern zur Wahrnehmung gesetzlich übertragener Aufgaben und Kompetenzen (vgl. BVerfG, a. a. O.). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur, wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts solche Aufgaben wahrnimmt, die ihrerseits unmittelbar Grundrechtsschutz genießen, wie dies beispielsweise für Universitäten und Fakultäten hinsichtlich der Freiheit von Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG) der Fall ist. Diese juristischen Personen des öffentlichen Rechts dienen durchweg Bürgern (auch) zur Verwirklichung ihrer individuellen Grundrechte und bestehen als eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen.

b) Eine solche Ausnahme liegt hier nicht vor: Die Bf'in ist nach § 18 Abs. 1 Satz 2 BerlHG eine rechtsfähige Teilkörperschaft der Hochschule, die ihrerseits nach § 2 Abs. 1 Satz 1 BerlHG Körperschaft des öffentlichen Rechts und zugleich staatliche Einrichtung ist. Daher ist auch die Bf'in eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Ihre Aufgaben sind ihr durch Gesetz zugeordnet (§ 18 Abs. 2 BerlHG). Einen gerade die Wahrnehmung dieser Aufgaben umfassenden Grundrechtsschutz gewährt die VvB nicht. Auch soweit die Studentenschaft dazu berufen ist, die Belange der Studenten in Hochschule und Gesellschaft wahrzunehmen, und sie in diesem Sinne ein politisches Mandat wahrnimmt (so § 18 Abs. 2 Satz 1 und 2 BerlHG), erfolgt dies aufgrund gesetzlicher Aufgabenübertragung und nicht in Wahrnehmung individueller Freiheiten der Studenten. Die Bf'in kann daher als solche für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben Grundrechtsschutz nicht in Anspruch nehmen (LVerfGE 3, 47). Das gilt für sämtliche vorliegend in Anspruch genommenen materiellen Grundrechte der VvB, da sie diese nicht in einem Bereich verteidigt, in dem sie vom Staat unabhängig ist.

2. Soweit die Bf'in rügt, der Tenor der Entscheidung des VG sei zu unbestimmt und verletze deshalb das Rechtsstaatsprinzip, fehlt es an der schlüssigen Behauptung eines in der VvB enthaltenen Rechts der Bf'in. Das Rechtsstaatsprinzip, zu dem sich die VvB sinngemäß im Vorspruch und nach ihrer Gesamtkonzeption bekennt, ist kein mit der Vb. unmittelbar rügefähiges individuelles Recht, sondern entfaltet Rechtsansprüche des Einzelnen nur im Zusammenhang mit anderen, subjektiven Rechten (vgl. LVerfGE 1, 81 = JR 1993, 519; ständige Rechtsprechung). Aus Art. 36 Abs. 1 VvB folgt nichts anderes.

*Einsender:* VerfGH des Landes Berlin

## Zivil- und Zivilprozeßrecht

§ 12 Abs. 1 Satz 2 VVG; § 2 Abs. 2 AVB f. Rechtsschutzvers. (ARB 75)

**Zur Verjährung der Ansprüche auf Versicherungsschutz in der Rechtsschutzversicherung.**

Urt. des BGH v. 14. 4. 1999 – IV ZR 197/98.

Die Klägerin zu 1) unterhält bei der Beklagten eine Rechtsschutzversicherung, die den Kläger zu 2) als mitversicherte Person einschließt. Dem Vertrag liegen die Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutz-Versicherung (ARB 75) zugrunde. Die Parteien streiten darüber, ob die Ansprüche auf Versicherungsschutz verjährt sind.

Die Kläger wurden bei einem Verkehrsunfall vom 28. 4. 1991 (richtig wohl: 24. 8. 1991) verletzt. Noch im selben Jahr beauftragten sie Rechtsanwalt D., ihre Schadensersatzansprüche gegenüber dem unfallverursachenden Kraftfahrzeuglenker, dem Eigentümer des Fahrzeugs und dem Kfz-Haftpflichtversicherer geltend zu machen. Letzterer leistete im Verlauf der außergerichtlichen Verhandlungen Teilzahlungen an die Kläger. Eine abschließende Einigung scheiterte im Herbst 1995 daran, daß die Kläger nicht auf Ansprüche wegen möglicher Zukunftsschäden verzichten wollten. Im November 1995 beauftragten die Kläger mit der Wahrnehmung ihrer Interessen in der Unfallangelegenheit die jetzigen vorinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten. Diese meldeten der Beklagten mit Schreiben vom 21. 11. 1995 den Versicherungsfall und baten um Deckungsschutz. Die Kläger möchten Ansprüche über 150 000 DM einklagen. Die Beklagte meint, die Verjährungsfrist für die Ansprüche auf Versicherungsschutz sei gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 VVG Ende 1993, spätestens Ende 1994 abgelaufen. Die Ansprüche seien Ende 1991 fällig geworden, weil sich bereits damals für die Kläger abgezeichnet habe, daß in der Unfallsache Rechtsverfolgungskosten entstehen würden.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt, den Klägern für die außergerichtliche und gerichtliche Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus dem Verkehrsunfall vom 28. 4. 1991 gegenüber dem Unfallgegner, dem Eigentümer des gegnerischen Fahrzeugs und dessen Haftpflichtversicherer Kostendeckungszusage im Rahmen der Versicherungsbedingungen zu gewähren. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg.

### *Aus den Gründen:*

Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben im Ergebnis richtig entschieden. Die mit der Klage geltend gemachten Ansprüche auf Kostendeckungszusage sind nicht verjährt.

1. Wann die Verjährungsfrist für Ansprüche des Versicherungsnehmers oder Versicherten aus einem Vertrag auf der Grundlage der ARB 75 beginnt, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten.

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, in der Rechtsschutzversicherung gebe es wegen der Sorgeleistungspflicht des Versicherers einen generellen, einheitlichen Anspruch auf Versicherungsschutz als Hauptanspruch, der gesondert verjähren könne und nach dessen Verjährung auch später fällig gewordene einzelne Kostenerstattungsansprüche nach § 2 ARB 75 wegen Verjährung nicht mehr geltend gemacht werden könnten (vgl. u. a. *Harbauer*, Rechtsschutzversicherung 6. Aufl. § 18 ARB 75 Rdn. 3 und 4; *Böhme*, ARB 10. Aufl. § 4 Rdn. 65; OLG Hamm r+s 1999, 28 f. und VersR 1997, 231; OLG Karlsruhe VersR 1992, 735 f.; OLG Köln VersR 1986, 805 f.). Der einheitliche Anspruch auf Versicherungsschutz soll fällig werden, wenn sich für den Versicherungsnehmer die Notwendigkeit einer rechtlichen Interessenwahrnehmung so konkret abzeichne, daß er mit der Entstehung von Kosten rechnen müsse. Zur Begründung wird im wesentlichen auf eine Ähnlichkeit mit der Haftpflichtversicherung und darauf verwiesen, daß es dort nach herrschender Meinung ebenfalls einen einheitlichen Haftpflichtversicherungsanspruch gebe, dessen Verjährung sich auf alle vom Versicherer geschuldeten Leistungen erstrecke (BGH, Urteil vom 20. 1. 1971 – IV ZR 1134/68 – VersR 1971, 333 und *Voit*, in: *Prölss/Martin*, VVG 26. Aufl. § 149 VVG Rdn. 4, jeweils m. w. Nachw.).

Nach anderer Ansicht gibt es bei einem Vertrag nach Maßgabe der ARB 75 keinen generellen Anspruch auf Versicherungsschutz, die Ansprüche auf Sorgeleistung und Kostenübernahme würden vielmehr unabhängig voneinander verjähren (OLG Frankfurt VersR 1991, 66 ff.; OLG Stuttgart VersR 1992, 954 unter 2; *Prölss*, in: *Prölss/Martin*, aaO § 18 ARB 75 Rdn. 2 und § 14 ARB 94 Rdn. 1 m. w. Nachw.).

Für den hier gegebenen Fall der aktiven Rechtsverfolgung wird im Berufungsurteil im Anschluß an die Entscheidungen des 19. Zivilsenats des Berufungsgerichts (OLG Frankfurt aaO und VersR 1987, 1028) die Auffassung vertreten, die Verjährung des Anspruchs auf Versicherungsschutz beginne überhaupt erst mit der tatsächlichen Inanspruchnahme des Versicherers.

2. In einer Rechtsschutzversicherung auf der Grundlage der ARB 75 gibt es keinen generellen, einheitlichen Anspruch auf Versicherungsschutz, der als solcher verjähren kann und dessen Verjährung sich auch auf erst später fällig werdende Ansprüche auf Kostentragung nach § 2 ARB 75 erstreckt. Für die Verjährung dieser Ansprüche kommt es darauf an, wann die Leistungen im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 VVG jeweils verlangt werden können. Wann sie vom Versicherungsnehmer tatsächlich verlangt werden, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts für den Verjährungsbeginn unerheblich. Etwas anderes könnte allenfalls für den hier nicht geltend gemachten Anspruch auf Bestimmung eines Rechtsanwalts auf Verlangen des Versicherungsnehmers gelten (§ 16 Abs. 1 Satz 2 ARB 75).

a) Nach § 12 Abs. 1 Satz 2 VVG beginnt die Verjährung eines Anspruchs aus dem Versicherungsverhältnis mit dem Ende des Jahres, in dem die Leistung verlangt werden kann. Diese Regelung unterscheidet sich von der in § 198 BGB, die auf die Entstehung des Anspruchs, aber auch von der des § 852 BGB, die auf die Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen abstellt. Im Rahmen des § 12 Abs. 1 VVG kommt es demnach nicht auf die Entstehung, sondern auf die Fälligkeit des Anspruchs an. Es muß also Klage auf so-

fortige Leistung erhoben werden können (BGH, Urteil vom 10. 5. 1983 – IVa ZR 74/81 – VersR 1983, 673 unter II; ebenso Urteile vom 4. 11. 1987 – IVa ZR 141/86 – VersR 1987, 1235 unter 3 und vom 19. 1. 1994 – IV ZR 117/93 – VersR 1994, 337 unter 2b, jeweils m. w. Nachw.; vgl. auch Römer, in: Römer/Langheid, VVG § 12 Rdn. 8 f.). Maßgeblich ist dabei diejenige Leistung, die vom Gläubiger gefordert und vom Schuldner mit der Verjährungseinrede verweigert wird. Soweit die Leistungen, die ein Versicherer aus Anlaß eines bestimmten Versicherungsfalls schuldet, zu unterschiedlichen Zeiten fällig werden, laufen für die einzelnen Teilleistungen auch unterschiedliche Verjährungsfristen. Daraus folgt, daß der Gläubiger im Rahmen des § 12 Abs. 1 VVG – anders als nach den §§ 198, 852 BGB, anders auch als nach § 12 Abs. 3 VVG – nicht auf die Feststellungsklage verwiesen werden kann, um den Ablauf der Frist und den damit verbundenen Rechtsnachteil zu vermeiden.

b) Wann der Anspruch auf Kostentragung fällig wird, richtet sich nicht nach § 11 Abs. 1 VVG, da diese Vorschrift nur auf reine Geldleistungsansprüche, also Zahlungsansprüche anwendbar ist (Pröls, aaO § 11 VVG Rdn. 1; Römer, aaO § 11 Rdn. 2). Der Anspruch nach § 2 ARB 75 geht auf Befreiung von den bei der Wahrung der rechtlichen Interessen entstehenden Kosten (BGH, Urteil vom 14. 3. 1984 – IVa ZR 24/82 – VersR 1984, 530 unter II). Der Schuldbefreiungsanspruch ist einem Zahlungsanspruch nicht gleichartig (BGHZ 25, 1, 7 f.). Für die Fälligkeit des Kostenbefreiungsanspruchs kommt es vielmehr nach § 2 Abs. 2 ARB 75 darauf an, wann der Versicherungsnehmer wegen der Kosten in Anspruch genommen wird (Römer, aaO § 11 Rdn. 26; Harbauer, aaO § 2 ARB 75 Rdn. 150 ff.). Erst dann ist eine auf Kostenbefreiung gerichtete Leistungsklage möglich und zur Unterbrechung der Verjährung auch nötig. Vorher kann nur auf Feststellung geklagt werden, daß der Versicherer verpflichtet sei, Kostendeckung oder Rechtsschutz in bestimmten Angelegenheiten zu gewähren (vgl. BGH, Urteile vom 10. 11. 1993 – IV ZR 87/93 – VersR 1994, 44 unter 1 und vom 16. 10. 1985 – IVa ZR 49/84 – VersR 1986, 132 unter 1; vgl. allgemein zur Fälligkeit des Freistellungsanspruchs und zu den Voraussetzungen einer auf Freistellung gerichteten Leistungsklage BGH, Urteil vom 20. 11. 1990 – VI ZR 6/90 – NJW 1991, 634 unter A; BGHZ 91, 73, 77 ff.). In diesem Sinne sind auch die Klageanträge im vorliegenden Fall als Feststellungsanträge aufzufassen. Ein Feststellungsinteresse ist regelmäßig nach Leistungsablehnung und stets dann gegeben, wenn eine Klagefrist nach § 12 Abs. 3 VVG gesetzt worden ist.

c) Der Auffassung, für die Verjährung des Kostenbefreiungsanspruchs komme es wie in der Haftpflichtversicherung darauf an, ob der generelle, einheitliche Hauptanspruch auf Versicherungschutz verjährt sei, stimmt der Senat nicht zu.

In der Rechtsschutzversicherung ist der Anspruch auf Kostenbefreiung nicht lediglich die unselbständige „Ausstrahlung“ eines Hauptanspruchs, er stellt vielmehr selbst die Hauptleistung des Versicherers dar (vgl. Harbauer, aaO § 2 ARB 75 Rdn. 1; Römer, aaO § 11 Rdn. 26). Diese Kosten bilden den Schaden, dessen Deckung der Rechtsschutzversicherer übernommen hat (BGH, Urteil vom 24. 4. 1967 – II ZR 229/64 – VersR 1967, 774 unter II 2). Die Sorgeleistung ist demgegenüber nur eine

untergeordnete Nebenpflicht (Pröls, aaO § 18 ARB 75 Rdn. 2; vgl. auch Römer, aaO § 11 Rdn. 27 und Harbauer, aaO § 2 ARB 75 Rdn. 145). Sie erschöpft sich im wesentlichen darin, daß der Versicherer, der selbst eine Rechtsberatung nicht betreiben darf (vgl. BGH, Urteil vom 20. 2. 1961 – II ZR 139/59 – VersR 1961, 433 unter II; Harbauer, aaO § 1 ARB 75 Rdn. 6 ff.), auf Verlangen des Versicherungsnehmers einen Rechtsanwalt bestimmt, der seine Interessen wahrnehmen soll (§ 16 Abs. 1 Satz 2 ARB 75). Diese Leistung des Versicherers ist im Vergleich zur Kostenübernahme nur von untergeordneter praktischer Bedeutung und schon deshalb nicht geeignet, einen Einfluß auf die Verjährung des Kostenbefreiungsanspruchs auszuüben. Demgegenüber sind in der Haftpflichtversicherung die Ansprüche auf Abwehr unbegründeter und Erfüllung begründeter Haftpflichtansprüche (§ 3 II 1 Abs. 1 AHB) gleichrangige Hauptleistungen des Versicherers (BGH, Urteile vom 21. 1. 1976 – IV ZR 123/74 – VersR 1976, 477 unter I und vom 3. 10. 1979 – IV ZR 45/78 – VersR 1979, 1117 unter II 1, jeweils m. w. Nachw.). Schon deshalb können die Grundsätze über die Verjährung in der Haftpflichtversicherung nicht auf die Rechtsschutzversicherung übertragen werden. Auch in anderen Punkten unterscheidet sich die Haftpflichtversicherung von der Rechtsschutzversicherung (vgl. BGH, Urteile vom 20. 2. 1961 aaO unter II und vom 18. 3. 1992 – IV ZR 51/91 – VersR 1992, 568 unter 3).

Einen dem Anspruch auf Sorgeleistung und Kostenbefreiung übergeordneten, mit der Leistungsklage verfolgbareren Anspruch auf Versicherungsschutz gibt es in der Rechtsschutzversicherung nicht. Er kann auch nicht aus § 1 Abs. 1 ARB 75 hergeleitet werden. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nur um eine einleitende Leistungsbeschreibung, die Ansprüche des Versicherungsnehmers noch nicht begründet (BGH, Urteil vom 20. 2. 1985 – IVa ZR 137/83 – VersR 1985, 538 unter 3). Gegen das Bestehen eines solchen Anspruchs spricht auch, daß nach den ARB 75 kein Anspruch auf eine umfassende, sondern nur auf die jeweilige Instanz beschränkte Kostendeckungszusage besteht (Senatsbeschuß vom 2. 5. 1990 – IV ZR 294/89 – r+s 1990, 275 f.). Bei Ersatzansprüchen wegen Personenschäden ziehen sich die Verhandlungen und Streitigkeiten oft über Jahre hin. Der Versicherungsnehmer müßte dann befürchten, daß der Versicherer (jeweils) nach zwei Jahren alle erst in Zukunft möglicherweise entstehenden, konkret noch gar nicht absehbaren Kostenbefreiungsansprüche mit der Verjährungseinrede abzuwehren versucht.

3. Daraus folgt, daß der hier geltend gemachte Anspruch auf Kostendeckungszusage für die beabsichtigte außergerichtliche und gerichtliche Verfolgung der Schadensersatzansprüche mit Hilfe der jetzigen vorinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten nicht verjährt ist. Er ist nicht einmal fällig, weil die Kläger wegen der Kosten noch nicht in Anspruch genommen worden sind.

Ansprüche auf Übernahme von Kosten, die durch die Beauftragung von Rechtsanwalt D. im Jahre 1991 entstanden sein könnten, sind nach dem Inhalt der Klagebegründung und ausdrücklicher Erklärung im Berufungsverfahren nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Deshalb kommt es auf die vom Berufungsgericht behandelte Frage, ob die Beklagte wegen dieser Kosten nach § 16 Abs. 3 ARB 75 leistungsfrei ist, und die darauf bezogenen Revisionsrüge nicht an.

### Anmerkung

Der Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus der Rechtsschutzversicherung ist seit längerem umstritten. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte war bislang uneinheitlich. Die vorliegende Entscheidung des BGH ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen. Sie hat aber nicht nur praktische Bedeutung, sondern ist auch für das theoretische Verständnis der Leistungspflichten des Versicherers in der Rechtsschutzversicherung von hohem Interesse.

1. Normativer Ausgangspunkt der Problematik ist § 12 Abs. 1 S. 2 VVG. Hiernach beginnt die Verjährung von Ansprüchen aus einem Versicherungsvertrag mit dem Schluß des Jahres, in welchem die Leistung verlangt werden kann. Die Vorschrift bezieht sich also nicht (wie § 198 BGB) mit der Entstehung des Anspruchs, sondern stellt auf die Fälligkeit ab<sup>1</sup>. Der Meinungsstreit über den Verjährungsbeginn bei der Rechtsschutzversicherung entzündet sich an der Frage, welche Leistung fällig sein muß. Die Beantwortung dieser Frage erfordert eine genaue Bestimmung der Leistungspflichten des Versicherers. Nach der Leistungsbeschreibung des § 1 ARB 75 hat der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalles für die Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers zu sorgen und die dem Versicherungsnehmer hierbei entstehenden Kosten zu tragen. Der Rechtsschutzumfang faßt also zwei Elemente: Sorgeleistung und Kostentragung. Die Kläger hatten die Feststellung beantragt, daß der Versicherer die mit dem beabsichtigten Prozeß verbundenen Kosten tragen müsse. Die Fälligkeit solcher Kostentragungsansprüche ist in § 2 Abs. 2 ARB 75 geregelt. Hiernach hat der Versicherer seine Kostentragungspflicht zu erfüllen, sobald der Versicherungsnehmer wegen der betreffenden Kosten in Anspruch genommen worden ist. Stellt man für den Beginn der Verjährung auf diese Kostentragungspflicht ab<sup>2</sup>, so ist der Anspruch bei Klageerhebung nicht einmal fällig gewesen und kann daher erst recht nicht verjährt sein.

Die h. M. betrachtete die Sorgeleistungs- und die Kostentragungspflicht des Versicherers bislang jedoch als bloße „Ausstrahlungen“ eines einheitlichen Anspruchs auf Gewährung von Rechtsschutz. Dieser Anspruch werde bereits dann fällig, wenn sich die Notwendigkeit einer Interessenwahrnehmung für den Versicherungsnehmer so konkret abzeichne, daß er mit der Entstehung von Rechtsverfolgungskosten rechnen müsse. Bei Verjährung des generellen Rechtsschutzanspruchs sollte der Versicherer auch die Erfüllung des Kostentragungsanspruchs verweigern können<sup>3</sup>. Zur Begründung wurde auf die Parallele zur Haftpflichtversicherung verwiesen<sup>4</sup>. Dort ist in der Tat anerkannt, daß der Rechtsschutz- und der Befreiungsanspruch des Versicherungsnehmers nur Ausgestaltungen eines einheitlichen Deckungsanspruchs sind, dessen Verjährung mit der Inanspruchnahme des Versicherungsnehmers durch den geschädigten Dritten beginnt<sup>5</sup>. Da die Sorgeleistung vorliegend bereits 1991 hätte beansprucht werden können, wäre die zweijährige Verjährungsfrist des § 12 Abs. 1 S. 1 VVG nach dieser Konzeption auch hinsichtlich des Kostentragungsanspruchs Ende 1993 abgelaufen.

2. Bei der Würdigung der divergierenden Grundauffassungen ist zu beachten, daß sich die einzelnen Elemente eines jeden Schuldverhältnisses *formal* solange abstrahieren lassen, bis eine einheitliche Leistungs-

pfligt herauskommt. Da der Beginn der Verjährung nicht von solchen begrifflichen Spielereien abhängen kann, muß man sich darum bemühen, die Funktion der verschiedenen Elemente des Versicherungsanspruchs sowie die dahinter stehenden Interessen der Beteiligten herauszuarbeiten. Dabei zeigt sich, daß die Rechtsschutzversicherung in beiden Hinsichten beträchtliche Unterschiede gegenüber der Haftpflichtversicherung aufweist, die einer Übertragung der dort entwickelten Einheitlichkeitsdoktrin entgegenstehen.

a) Auch bei der Haftpflichtversicherung läßt sich der Versicherungsschutz in zwei Komponenten zerlegen: die Gewährung von Rechtsschutz gegenüber unbegründeten und die Befreiung von begründeten Ersatzansprüchen Dritter<sup>6</sup>. Diese Ansprüche stehen jedoch nicht unverbunden nebeneinander; der Rechtsschutzanspruch hat vielmehr (auch) den Zweck, die Entstehung des Befreiungsanspruchs zu verhindern. Um dem Versicherer die Abwehr unbegründeter Ansprüche zu ermöglichen, ist der Versicherungsnehmer daher nach § 5 AHB gehalten, jeden Versicherungsfall unverzüglich anzuzeigen und eine etwa notwendige Prozeßführung dem Versicherer zu überlassen. Stellt das Rechtsschutzelement aber ein notwendiges „Vorstadium“ des Befreiungselements dar<sup>7</sup>, so ist es funktionell adäquat sowie interessengerecht, die Verjährung einheitlich mit der Fälligkeit des Rechtsschutzanspruchs beginnen zu lassen.

b) Der Rechtsschutzversicherer hat demgegenüber kein berechtigtes Interesse daran, daß der Versicherungsnehmer seinen Versicherungsanspruch geltend macht, sobald sich für ihn die Notwendigkeit der Interessenwahrnehmung abzeichnet. Denn der Ausgang des Prozesses hat für ihn (anders als für den Haftpflichtversicherer) keine unmittelbare Bedeutung<sup>8</sup>. In der Rechtsschutzversicherung kann es deshalb der Entscheidung des Versicherungsnehmers überlassen bleiben, ob und zu welchem Zeitpunkt er Versicherungsschutz verlangt<sup>9</sup>. Der Versicherungsnehmer muß den Versicherungsfall dementsprechend nur (und erst) dann anzeigen, wenn er tatsächlich Versicherungsschutz begehrt (§ 15 Abs. 1 lit. a ARB 75)<sup>10</sup>. Auch in diesem Fall ist er nicht gehalten,

<sup>1</sup> Vgl. Begr. zu den Gesetzentwürfen, RT-Drucks. 12. Legislaturperiode, I. Session 1907, Anlage 1 zu Nr. 364, S. 28; Pröls, in: Pröls/Martin, VVG, 26. Aufl. 1998, § 12 Rdn. 11. Da es unbillig wäre, die Verjährung beginnen zu lassen, bevor der Gläubiger die Leistung verlangen kann, wird die Fälligkeit des Anspruchs grundsätzlich aber auch bei § 198 BGB verlangt (BGHZ 53, 222, 225; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 17 Rdn. 19; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl. 1999, § 198 Rdn. 1).

<sup>2</sup> So OLG Frankfurt a. M., VersR 1987, 1028; VersR 1991, 66, 67; OLG Stuttgart, VersR 1992, 954, 955; Gruber, in: Honzell (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 1999, § 12 Rdn. 17; Pröls, in: Pröls/Martin, VVG, § 12 Rdn. 11, § 18 ARB 75 Rdn. 2; Wegener, VersR 1991, 1121, 1122.

<sup>3</sup> In diesem Sinne etwa OLG Hamm, VersR 1997, 231; r+s 1999, 28, 29; OLG Karlsruhe, VersR 1992, 735; OLG Köln, VersR 1986, 805; OLG München, VersR 1986, 805, 806; OLG Schleswig, r+s 1998, 158, 159; Harbauer, Rechtsschutzversicherung, ARB-Kommentar, 6. Aufl. 1998, § 18 ARB 75 Rdn. 3 f.; ähnlich Bauer, VersR 1988, 398, 399 (der aber auf den Eintritt des Versicherungsfalles abstellt).

<sup>4</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, VersR 1992, 735; OLG Hamm, r+s 1999, 28, 29; Bauer, VersR 1988, 398, 399.

<sup>5</sup> Vgl. RGZ 150, 227, 229 ff.; BGH, VersR 1956, 186, 187; 1960, 554; 1971, 333; BK/Gruber, VVG, § 12 Rdn. 16; Johannsen, in: Bruck/Möller, VVG, Bd. V/1, 8. Aufl. 1994, Anm. G 5; Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, 1997, § 149 Rdn. 22; Voit, in: Pröls/Martin, VVG, § 149 Rdn. 4.

<sup>6</sup> Vgl. Voit, in: Pröls/Martin, VVG, § 149 Rdn. 1 ff.

<sup>7</sup> Zum Verhältnis zwischen den verschiedenen Elementen des Deckungsanspruchs in der Haftpflichtversicherung vgl. Langheid, in: Römer/Langheid, VVG, § 149 Rdn. 20, 22.

<sup>8</sup> Zu diesem Unterschied in der Interessenlage vgl. OLG Frankfurt a. M., VersR 1991, 66, 67.

<sup>9</sup> OLG Frankfurt a. M., VersR 1987, 1028. Die bislang h. M. läßt sich deshalb auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, es dürfe nicht im Belieben des Versicherungsnehmers stehen, wann er den Versicherungsanspruch auslösen wolle (so aber OLG Köln, VersR 1986, 805, 806).

<sup>10</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, VersR 1994, 1337; Harbauer, Rechtsschutzversicherung, Art. 15 ARB 75 Rdn. 6.

ten, die Sorgeleistung des Versicherers (in Form der Bestimmung eines Rechtsanwalts nach § 16 Abs. 1 S. 2 ARB 75) in Anspruch zu nehmen, er kann vielmehr selbst einen Rechtsanwalt benennen, der seine Interessen wahrnehmen soll (§ 16 Abs. 1 S. 1 ARB 75). Ist die Sorgeleistung damit kein notwendiges Element der Rechtsschutzgewährung, so läßt es sich gegenüber dem Versicherungsnehmer nicht rechtfertigen, den Kostentragungsanspruch dadurch zu verkürzen, daß man den Beginn der Verjährung mit der Fälligkeit dieser Nebenleistung verknüpft. Der BGH hat daher zu Recht klargestellt, daß der Beginn der Verjährung von Kostentragungsansprüchen allein nach § 2 Abs. 2 ARB 75 zu bestimmen ist.

3. Ob die Entscheidung des BGH den Streit über den Verjährungsbeginn bei der Rechtsschutzversicherung beenden wird, ist freilich zweifelhaft. Denn der Verband der Schadenversicherer e. V. hat für die Rechtsschutzversicherung ein neues Bedingungsmerk – die ARB 94 – ausgearbeitet, das inzwischen sehr häufig verwendet wird<sup>11</sup>. Im Unterschied zu den ARB 75 gehen die ARB 94 ausdrücklich von einem einheitlichen Anspruch auf Rechtsschutz aus (vgl. §§ 1 und 4 ARB 94)<sup>12</sup>, der in zwei Jahren nach Eintritt des Rechtsschutzfalles verjährt (§ 14 Abs. 1 S. 1 ARB 94). Die Verjährung beginnt nach § 14 Abs. 1 S. 2 ARB 94 mit dem Schluß des Kalenderjahres, in dem erstmalig Maßnahmen zur Wahrnehmung der rechtlichen Interessen des Versicherungsnehmers eingeleitet werden, die Kosten auslösen können. Daß der Anspruch auf Übernahme der Kosten meist wesentlich später – nämlich nach § 5 Abs. 2 lit. a) ARB 94 mit Zugang der Kostenrechnung – fällig wird, soll unerheblich sein<sup>13</sup>. Nachdem der BGH sich darauf berufen hat, daß es „in einer Rechtsschutzversicherung nach den ARB 75 ... keinen generellen, einheitlichen Anspruch auf Versicherungsschutz gibt“, liegt das Argument nahe, daß die Entscheidung für Verträge auf der Grundlage der ARB 94 keine Bedeutung hat. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die ARB 94 die Leistungspflichten des Versicherers *inhaltlich* nicht verändert haben. Die Zusammenfassung dieser Leistungspflichten zu einem einheitlichen Anspruch auf Rechtsschutz ist daher nur eine begriffliche Abstraktion, welche die Ansprüche des Versicherungsnehmers nicht verkürzen kann. Da die Kostentragungspflicht des Versicherers auch auf der Grundlage der ARB 94 keine Inanspruchnahme der Sorgeleistung voraussetzt, handelt es sich insoweit nach wie vor um einen selbständigen Anspruch. Wenn § 14 Abs. 1 ARB 94 die Verjährung ohne Rücksicht auf die Fälligkeit dieses Anspruchs beginnen läßt, so weicht die Bestimmung zum Nachteil des Versicherungsnehmers von § 12 VVG ab. Der Versicherer kann sich daher nach § 15a VVG nicht auf den früheren Verjährungsbeginn berufen<sup>14</sup>. Darüber hinaus ist die Klausel wegen unbilliger Benachteiligung des Versicherungsnehmers nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG unwirksam<sup>15</sup>.

Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf

### § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 511 ZPO

Hat der Kläger ein angemessenes Schmerzensgeld unter Angabe einer Betragsvorstellung verlangt und hat das Gericht ihm ein Schmerzensgeld in eben dieser Höhe zuerkannt, so ist er durch das Urteil nicht beschwert und kann es nicht mit dem alleinigen Ziel eines

höheren Schmerzensgeldes anfechten (im Anschluß an BGHZ 132, 341, 350 ff.).

Will sich der Kläger die Möglichkeit eines Rechtsmittels offen halten, so muß er den Betrag nennen, den er auf jeden Fall zugesprochen haben will und bei dessen Unterschreitung er sich als nicht befriedigt ansehen würde.

Urt. des BGH v. 2. 2. 1999 – VI ZR 25/98.

Der Kläger nimmt den Beklagten, seinen Vater, wegen eines Verkehrsunfalles, der sich am 18. 7. 1982 auf der Nationalstraße Trikala/Larissa in Griechenland ereignete, auf Zahlung von Schmerzensgeld und auf Feststellung der Schadensersatzpflicht in Anspruch. Die Parteien sind griechische Staatsangehörige mit Lebensmittelpunkt in der Bundesrepublik Deutschland.

Im Unfallzeitpunkt war der damals nicht ganz acht Jahre alte Kläger Beifahrer in dem von seinem Vater gesteuerten und bei der Streithelferin haftpflichtversicherten PKW. Das Fahrzeug kam von der Straße ab und fuhr gegen einen Mast. Der Kläger erlitt bei dem Unfall schwere Verletzungen; er ist seitdem querschnittsgelähmt.

Im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils ist das Klagebegehren in bezug auf den immateriellen Schaden wie folgt wiedergegeben:

„Der Kläger begehrt ein Schmerzensgeld in Höhe von 40 000 DM. Er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an ihn ein Schmerzensgeld zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird ...“

Das Landgericht hat dem Kläger ein Schmerzensgeld von 40 000 DM zugesprochen und die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz sämtlicher zukünftiger Schäden aus dem Unfall festgestellt. Auf die Berufung des Klägers, mit der er beantragt hat, ihm über die zuerkannten 40 000 DM hinaus ein weiteres Schmerzensgeld von mindestens 170 000 DM nebst Zinsen und eine monatliche Schmerzensgeldrente von 400 DM ab 1. 8. 1982 zuzusprechen, hat das Oberlandesgericht dem Kläger als Schmerzensgeld weitere 170 000 DM nebst Zinsen sowie eine monatliche Rente in der begehrten Höhe zuerkannt.

Dagegen haben der Kläger und die Streithelferin des Beklagten Revision eingelegt. Der Kläger erstrebt ein weiteres angemessenes Schmerzensgeld, mindestens jedoch 150 000 DM nebst Zinsen, die Streithelferin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Der Senat hat die Revision des Klägers durch Beschluß vom 6. 10. 1998 als unzulässig verworfen, weil der Kläger durch das angefochtene Urteil nicht beschwert sei: er habe das bekommen, was er begehrt habe. Die von der Streithelferin geführte Revision des Beklagten hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hält die Berufung des Klägers für zulässig. Dieser sei durch das angefochtene Urteil um mehr als 1500 DM beschwert, weil das Landgericht ihm ein Schmerzensgeld von nicht mehr als 40 000 DM zuerkannt habe.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es bei einer Klage, die nicht Teilklage sei, an einer Beschwer des Klägers nur dann, wenn das zugesprochene Schmerzensgeld „der vorgestellten und im Klagevortrag zum

<sup>11</sup> Zu Entstehung und Bedeutung der ARB 94 vgl. Harbauer, Rechtsschutzversicherung, Einl. vor § 1 ARB 94 Rdn. 1 ff.; Mathy, in: Bunte (Hrsg.), Lexikon des Rechts, Versicherungsrecht, 1998, S. 135 f. Es ist jedoch zu erwarten, daß auch die ARB 75 noch lange Zeit praktische Bedeutung behalten werden.

<sup>12</sup> Harbauer, Rechtsschutzversicherung, § 14 ARB 94 Rdn. 2.

<sup>13</sup> Vgl. Harbauer, aaO.

<sup>14</sup> So schon vor der Entscheidung des BGH Prölss, in: Prölss/Martin, VVG, § 14 ARB 94 Rdn. 1.

<sup>15</sup> Prölss, in: Prölss/Martin, aaO. Zur Konkurrenz zwischen § 15a VVG und § 9 AGBG, Weyers, Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl. 1995, Rdn. 149, wonach beide Kontrollmaßstäbe nebeneinander anwendbar sind.

Ausdruck gebrachten Größenordnung“ entspreche. Hier habe der Kläger zwar in der Klageschrift einen Betrag von „mindestens 40 000 DM“ genannt, zugleich aber zum Ausdruck gebracht, daß ein Anspruch „tatsächlich ... ein Vielfaches davon“ betragen dürfte. Dementsprechend sei sein Antrag, mit dem er die Höhe des begehrten Schmerzensgeldes in das Ermessen des Gerichts gestellt habe, dahin auszulegen, daß das eingeklagte Schmerzensgeld trotz der vom Kläger genannten Zahl weit über 40 000 DM habe liegen sollen. Anders als im Regelfall – auch unter Berücksichtigung der mit der Angabe eines Mindestbetrages bezweckten Begrenzung des Kostenrisikos – sei deshalb hier aufgrund des Klagevorbringens anzunehmen, daß der Kläger keinesfalls mit der Zuerkennung von 40 000 DM habe befriedigt sein wollen. Das Landgericht habe sich daher zu Unrecht an dem vom Kläger genannten Betrag von 40 000 DM als Obergrenze gebunden geglaubt.

Eine andere Beurteilung sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil es im Tatbestand des landgerichtlichen Urteils heiße, der Kläger begehre ein Schmerzensgeld von 40 000 DM, d. h. einen festen Betrag; denn dieser Satz stehe im Widerspruch zum Antrag des Klägers, ihm ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Schmerzensgeld zuzuerkennen.

In der Sache selbst erachtet das Berufungsgericht ein Schmerzensgeld von insgesamt 300 000 DM für angemessen, das es in einen Kapitalbetrag von 210 000 DM und in eine monatliche Rente von 400 DM mit einem Rentenwert von 90 000 DM aufgeteilt hat.

II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der von der Streithelferin geführten Revision des Beklagten nicht stand. Diese macht zu Recht geltend, daß die Berufung des Klägers mangels Beschwer nicht zulässig war, denn dem Kläger ist vom Landgericht das zugesprochen worden, was er ausweislich des Tatbestandes des erstinstanzlichen Urteils begehrt hat, nämlich ein Schmerzensgeld, das der von ihm selbst angegebenen Größenordnung von 40 000 DM entspricht.

1. Die klagende Partei ist durch eine gerichtliche Entscheidung nur dann beschwert, wenn diese von dem in der unteren Instanz gestellten Antrag zu ihrem Nachteil abweicht, ihrem Begehren also nicht voll entsprochen worden ist (BGH, Urt. v. 2. 3. 1994 – XII ZR 207/92 – NJW 1994, 2697; BGH, Beschl. v. 10. 10. 1983 – III ZR 87/83 – NJW 1984, 371). Freilich kann eine Partei eine Klage auch noch im Berufungsrechtszug erweitern (§§ 523, 264 Nr. 2 ZPO). Doch darf die Klageerweiterung, wie es hier der Fall ist, nicht das alleinige Ziel des Rechtsmittels sein. Nach ständiger Rechtsprechung setzt die Erweiterung der Klage in zweiter Instanz eine zulässige Berufung voraus. Das ist nur dann der Fall, wenn der Kläger mit dem Rechtsmittel zumindest auch die Beseitigung einer in dem angefochtenen Urteil liegenden Beschwer erstrebt (BGHZ 85, 140, 143; Senatsurt. v. 12. 5. 1992 – VI ZR 118/91 – VersR 1992, 1110; Urt. v. 30. 11. 1995 – III ZR 240/94 – NJW 1996, 527 – jeweils m. w. N.). An dieser Voraussetzung fehlt es hier.

Das Berufungsgericht hat das Klagebegehren dahin verstanden, daß das Schmerzensgeld „weit über 40 000 DM liegen solle“. Hierbei hat es die Klageschrift zugrunde gelegt, in der der Kläger zwar einen Mindestbetrag von 40 000 DM genannt, zugleich aber zum Ausdruck gebracht hat, daß sein Anspruch „tatsächlich ... ein Vielfaches davon“ betragen dürfte. Dies ist im Ansatz rechtsfehlerhaft, denn nach dem den Zivilprozeß

im Rahmen der §§ 128 Abs. 1, 137 Abs. 2 und 3 ZPO beherrschenden Grundsatz der Mündlichkeit ist nicht das schriftliche, sondern das mündliche Parteivorbringen maßgebend. Den Beweis für das mündliche Vorbringen einer Partei liefert nach § 314 ZPO der Urteilsatbestand, und zwar derjenige des angefochtenen Urteils, nicht dessen Darstellung im Berufungsurteil (BGH, Urt. v. 10. 11. 1995 – V ZR 179/94 – WM 1996, 89, 90; OLG Stuttgart NJW 1973, 1049). Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll, nicht aber durch den Inhalt der Schriftsätze entkräftet werden. Vorher eingereichte Schriftsätze sind durch den Tatbestand, der für das Vorbringen am Schluß der mündlichen Verhandlung Beweis erbringt, überholt (Senatsurt. v. 23. 6. 1959 – VI ZR 83/58 – VersR 1959, 853, 854; v. 20. 9. 1983 – VI ZR 111/82 – VersR 1983, 1160, 1161; BGH, Urt. v. 8. 7. 1993 – III ZR 153/92 – NJW 1993, 2875 zu II 2 e); v. 10. 11. 1995 aaO). Ob auch ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Schriftsätze, an der es hier im landgerichtlichen Urteil fehlt, der gesamte Akteninhalt zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden und damit als vorgetragen anzusehen ist, bedarf hier keiner Entscheidung, denn auch in einem solchen Fall könnte das schriftsätzlich Vorgetragene allenfalls dann beachtlich sein, wenn sich aus dem Tatbestand oder dem Sitzungsprotokoll nichts Gegenteiliges ergibt (BGH, Urt. v. 29. 4. 1981 – VIII ZR 157/80 – WM 1981, 798, 799; v. 16. 6. 1992 – XI ZR 166/91 – NJW 1992, 2148, 2149; v. 7. 12. 1995 – III ZR 141/93 – NJW-RR 1996, 379). Bei einem Widerspruch zwischen dem Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und der Wiedergabe des Parteivorbringens im Urteilstatbestand, wie er hier nach der Auslegung des Klagevorbringens durch das Berufungsgericht vorläge, sind jedenfalls die Ausführungen im Tatbestand maßgeblich.

Die Beweiskraft des Tatbestandes könnte nur dann entfallen, wenn er in sich widersprüchlich wäre (Senatsurt. v. 5. 11. 1968 – VI ZR 179/67 – VersR 1969, 79, 80; BGH, Urt. v. 9. 7. 1993 – V ZR 262/91 – NJW 1993, 2530, 2531; v. 15. 4. 1997 – XI ZR 105/96 – WM 1997, 1092, 1093). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Nach der Darstellung im Urteil des Landgerichts hat der Kläger das begehrte Schmerzensgeld nicht etwa einen festbezahlten Betrag verlangt, sondern seinem unbezifferten Antrag, mit dem er die Festsetzung eines angemessenen Betrages in das Ermessen des Gerichts gestellt hat, lediglich eine Betragsvorstellung beifügen wollen.

2. a) Hat der Kläger aber ein angemessenes Schmerzensgeld unter Angabe einer Betragsvorstellung verlangt und hat ihm das Gericht ein Schmerzensgeld in eben dieser Höhe zuerkannt, so hat der Kläger das bekommen, was er wollte. Er ist infolgedessen durch das Urteil nicht beschwert. Das entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Senatsurt. v. 30. 4. 1996 – BGHZ 132, 341, 352; v. 20. 9. 1983 aaO m. w. N.; Senatsbeschl. v. 4. 11. 1969 – VI ZB 14/69 – VersR 1970, 83; BGH, Urt. v. 8. 7. 1983 aaO; BGH, Beschl. v. 25. 1. 1996 – II ZR 218/95 – NZV 1996, 194; ebenso *Stein/Jonas-Grunsky*, ZPO 21. Aufl., Einleitung vor § 511 Rdn. 81). An ihr ist festzuhalten.

b) Eine Beschwer des Klägers ließe sich im vorliegenden Fall nur dann bejahen, wenn für den Streitgegenstand allein der angemessene, nicht der vom Kläger angegebene Schmerzensgeldbetrag maßgebend wäre, der

Kläger also immer dann als (teilweise) unterliegend angesehen werden müßte, wenn der zuerkannte Betrag hinter dem angemessenen zurück bleibt. In einem solchen Fall käme der Angabe einer Größenordnung keine Bedeutung mehr zu.

Diese zum Teil im Schrifttum aus dem Senatsurteil vom 30. 4. 1996 (aaO S. 350 ff.) gezogene Folgerung, daß nämlich die Angabe einer Größenordnung überflüssig sei (so *Schlosser*, JZ 1996, 1082 f.), ist jedoch nicht gerechtfertigt. Ihre Berechtigung kann insbesondere nicht aus dem Hinweis in diesem Urteil abgeleitet werden, das Gericht sei nach oben streitwertmäßig nicht an die Angabe des Klägers gebunden, „da sich der Streitwert am angemessenen Schmerzensgeld auszurichten“ habe (aaO S. 352). Der Bezeichnung eines Mindestbetrages oder einer Größenordnung bedarf es jedenfalls zur Bestimmung der Beschwer und zur Sicherung einer Rechtsmittelmöglichkeit. Will sich der Kläger die Möglichkeit eines Rechtsmittels offen halten, so muß er den Betrag nennen, den er auf jeden Fall zugesprochen haben will und bei dessen Unterschreitung er sich als nicht befriedigt ansehen würde.

Käme es für die Bestimmung des Streitgegenstandes lediglich auf das Angemessene an, wäre die Angabe einer Größenordnung zur Ermittlung der Beschwer also unmaßgeblich, dann könnte sich die für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels notwendige Beschwer, will man nicht auf die Einschätzung des Angemessenen durch das Berufungsgericht abstellen, nur aus dem vom Kläger in der Rechtsmittelinstanz geltend gemachten Zurückbleiben des ausgerichteten hinter dem angemessenen Schmerzensgeld ergeben. Die Zulässigkeit der Berufung hinge in solchem Fall allein von der im Rechtsmittelzug geäußerten Betragsvorstellung des Klägers ab. Bei der Frage, ob eine Partei durch eine gerichtliche Entscheidung beschwert und zu einem Rechtsmittel berechtigt ist, kann es indessen nicht darauf ankommen, welche Vorstellungen sie erst bei Anfechtung der Entscheidung offenbart; maßgebend ist vielmehr, welche sie vor Erlass des Urteils in der Vorinstanz geäußert hat (so zutreffend OLG Oldenburg i. V. m. PKH-Verweigerungsbeschluß des Senats v. 11. 7. 1978 – VI ZR 8/78 – VersR 1979, 657).

c) Es ist daher daran festzuhalten, daß im Rahmen des Bestimmtheitsgebotes gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Angabe einer Betragsvorstellung, nach der sich die Beschwer bestimmt, jedenfalls dann notwendig ist, wenn der Kläger sich die Möglichkeit einer Rechtsmittelinlegung erhalten will (BGHZ 132, 341, 351 f.). Im vorliegenden Fall hat der Kläger dem Landgericht seine Betragsvorstellung mitgeteilt und damit sein Klageziel bestimmt. Da das Landgericht mit dem zuerkannten Schmerzensgeld seiner Vorstellung entsprochen hat, hat er das erreicht, was er wollte. Das Landgericht wäre zwar nicht gehindert gewesen, dem Kläger einen über seine Betragsvorstellung hinausgehenden Schmerzensgeldbetrag zuzuerkennen (BGHZ 132, 341, 350). In der bloßen Nichtwahrnehmung dieser Möglichkeit allein liegt jedoch für ihn keine Beschwer. Ohne das Vorliegen einer Beschwer kann indessen ein etwaiger Fehler des Gerichts bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht durch ein Rechtsmittelverfahren korrigiert werden. Dem Kläger war es infolgedessen hier verwehrt, das Rechtsmittel der Berufung mit dem ausschließlichen Ziel eines höheren Schmerzensgeldbetrages einzulegen.

### Anmerkung

„Verfahrensrecht“ und „materielles Recht“ verkörpern unterschiedliche Zweckrationalitäten. Dies liegt auf der Hand, hat sich doch das materielle Recht an den Sachgesetzhlichkeiten des zu regelnden Lebensbereichs zu orientieren, während es Sache des Verfahrensrechts ist, auf einen praktikablen Kompromiss zwischen dem Geltungsanspruch des materiellen Rechts und dem Gemeinwohlinteresse an einer ökonomischen Nutzung der „knappen Ressource Recht“ hinzuwirken. Das auf diese Weise entstehende Ergänzungs- und Spannungsverhältnis kann gut an der prozessualen Realisierung unbestimmter Ansprüche beobachtet werden. Während nämlich das deutsche Prozeßrecht in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO dem Kläger recht rigide „die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes seines Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag“ abverlangt, legt das materielle Recht z. B. mit dem Anspruch auf ein der Billigkeit entsprechendes Schmerzensgeld (§ 847 BGB) entschieden mehr Großzügigkeit nahe.

1. Mit seiner Entscheidung vom 30. 4. 1996<sup>1</sup> war der VI. Zivilsenat des BGH jenen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur entgegengetreten, die unter Berufung auf § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO sowie nicht zuletzt § 308 ZPO dem ein angemessenes Schmerzensgeld unter gleichzeitiger Angabe eines Mindestbetrages begehrenden Kläger die Festsetzung eines über eine gewisse Spannweite von etwa 20 Prozent hinausgehenden höheren Schmerzensgeldes verwehren wollten<sup>2</sup>. Diese Entscheidung ist im wesentlichen auf Zustimmung gestoßen<sup>3</sup>, weil ein Kläger in einer derartigen Situation sich in vom materiellen Recht gebilligter Weise gerade nicht mit dem Mindestbetrag zufrieden geben will und übrige für die Prozeßgestaltung wichtige Daten, wie etwa der Zuständigkeits- oder der Gebührenstreitwert, bereits aufgrund der tatsächlichen Angaben in der Anspruchsbegründung bestimmt werden können. Ein wenig am Rande bemerkt der BGH jedoch bereits in jener Entscheidung: „Vor allem aber soll der Kläger durch die Angabe seiner Größenvorstellung deutlich machen, mit welchem Schmerzensgeldbetrag das Gericht jedenfalls sein Klagebegehren hinreichend befriedigen würde; daher kann der Kläger nachträglich keine Beschwer geltend machen, wenn ein Betrag zugesprochen wird, der die von ihm bezeichnete Größenordnung nicht unterschreitet.“<sup>4</sup>

Dieses obiter dictum bekräftigt der VI. Zivilsenat des BGH in seiner nunmehr zu besprechenden Entscheidung dahin, dass – so der Leitsatz – zum einen der Kläger nach Zuerkennung eines Schmerzensgeldes in Höhe des angegebenen Mindestbetrages im übrigen nicht mehr im Sinne der Zulässigkeit eines Rechtsmittels beschwert sei und zum anderen ein Rechtsmittel überhaupt nur zulässig sein könne, wenn der Kläger erstinstanzlich einen derartigen Mindestbetrag verdeutlicht habe.

2. Dies entspricht zwar einer weitverbreiteten Praxis und Literaturmeinung<sup>5</sup>, erscheint aber zweifelhaft. Hierbei sollte außer Streit stehen, dass die Angabe des

<sup>1</sup> BGHZ 132, 341 = JR 1997, 154 m. Anm. v. Probst.

<sup>2</sup> S. hierzu die Nachweise bei Probst, aaO (Fn. 1), 158, insbes. dort Fn. 4 und 5.

<sup>3</sup> Vgl. etwa neben Probst aaO (Fn. 1), 148, 159, auch etwa Schlosser, JZ 1996, 1082, 1083.

<sup>4</sup> BGHZ 132, 341, 351 f.

<sup>5</sup> S. nur Stein/Jonas/Grunsky, 21. Aufl., Rdn. 80 vor § 511 ZPO; Zöller/Gummer, 21. Aufl., Rdn. 15–6 vor § 511 ZPO, jeweils mit weiteren Nachw.

Mindestbetrages eine für die Bemessung der formellen Rechtsmittelbeschwer bedeutsame Untergrenze definiert<sup>6</sup>. Wird diese durch den zuerkannten Betrag unterschritten, ist der Kläger in Höhe der Differenz in jedem Falle beschwert. Der BGH möchte jedoch mehr, nämlich den Mindestbetrag zugleich als Obergrenze für die Berechnung jeder denkbaren Rechtsmittelbeschwer heranziehen. Zur Begründung verweist er darauf, dass anderenfalls „die Zulässigkeit der Berufung ... in solchem Fall allein von der im Rechtsmittelzug geäußerten Betragsvorstellung des Klägers“ abhänge, wolle „man nicht auf die Einschätzung der Angemessenheit durch das Berufungsgericht abstellen“<sup>7</sup>.

In der Tat bedarf die Rechtsmittelinstanz – soll nicht einer generellen Überprüfung erstinstanzlicher Entscheidungen Tür und Tor geöffnet werden – einer realen Beschwer und nicht nur deren Behauptung. Auch entspricht es dem Zusammenhang von Freiheit und Verantwortung sowie dem Gebot eines ökonomischen Einsatzes der Rechtsschutzressourcen, den Rechtsmittelzug nicht bereits gegenüber jeder in erster Instanz erfahrenen Benachteiligung schlechthin zu eröffnen, sondern grundsätzlich nur gegenüber solchen Benachteiligungen, die gerade das vom Kläger selbst definierte Rechtsschutzziel berühren. Auf diesem Gedanken beruht die Forderung nach einer auch „formellen“ – d. h. vom Prozeßerfolg des Klägers ableitbaren – Beschwer. Aber gerade ein Ergebnis bewußter prozessualer Dispositionen eines Klägers ist es auch, wenn dieser einen Mindestbetrag eines Schmerzensgeldes begehrt, im übrigen aber einen angemessenen Betrag. Mag auch ein derartiger Kläger etwa zur Vermeidung von Kostennachteilen diesen überschießenden Betrag in das Ermessen des Gerichts stellen, so doch nur in dessen Ermessen, nicht aber in dessen Belieben. Übt nämlich das Gericht dieses Ermessen fehlerhaft aus, spricht weder aus Sicht des Klägers noch aus der Perspektive der zu wählenden Rechtsordnung etwas dafür, einen derartigen Rechtsanwendungsfehler von der im übrigen eröffneten Rechtsmittelkontrolle auszunehmen.

Dies bedeutet keinesfalls, dass auf das Erfordernis einer zumindest messbaren Beschwer verzichtet werden müßte. So wird es eine Reihe erstinstanzlicher Entscheidungen geben, denen selbst bereits entnommen werden kann, dass das Gericht „an sich“ ein höheres Schmerzensgeld zugesprochen hätte, wenn es nicht zuungunsten des Klägers von anspruchskürzenden Umständen hätte ausgehen müssen, z. B. von dessen Eigenverschulden oder einer geringer schweren Unfallfolge. Soweit diese Umstände Gegenstand etwa eines Berufungsantritts im Sinne des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO sein können, vermag aber auch grundsätzlich ein hypothetisches Schmerzensgeld und damit letztlich eine messbare Beschwer ermittelt zu werden. Weiter wird von einem schutzwertigen Interesse des Klägers an der Überprüfung einer erstinstanzlichen Entscheidung auch dann auszugehen sein, wenn die in dieser zum Ausdruck kommende Schmerzensgeldvorstellung auf einer angreifbaren rechtlichen Würdigung beruht<sup>8</sup>. Sicherlich entscheidet über die Bemessung der Beschwer in einem derartigen Fall letztlich die Auffassung des Rechtsmittelgerichts, eine Vorstellung, die der BGH gar zu schnell abtut. Denn dass es letztlich bei der Eröffnung von Rechtsschutz auf die Rechtsauffassung des Gerichts und insbesondere dieses Gerichts ankommt, folgt zum einen aus der Natur des Instanzenzuges und stört zum ande-

ren auch nicht etwa bei Rechtsmitteln gegen – ebenfalls häufig nur bemessbare, nicht aber bemessene – Feststellungs- bzw. Unterlassungsurteile, bei der Gewährung von Prozeßkostenhilfe oder bereits bei der erstinstanzlichen Festlegung des Zuständigkeitsstreitwertes zur Abgrenzung der Zuständigkeiten der Land- und Amtsgerichte.

Bleibt die Frage, ob – wie der BGH meint – der Kläger überhaupt gehalten sein kann, zur Wahrung seiner Rechtsmittelchancen bereits in der ersten Instanz einen Mindestbetrag des begehrten Schmerzensgeldes anzugeben. Vordergründig mag es der Gedanke der formellen Beschwer nahelegen, auf diese Weise doch zumindest die Untergrenze der Beschwer einfach bestimmen zu können. Jedoch kann der Kläger bei schwer einschätzbar Sachverhalten ein Interesse daran haben, auch auf die Angabe eines Mindestbetrages zu verzichten, ein Interesse, das durch das materielle Recht in § 847 BGB oder – bei zu leistender Naturalrestitution – in § 249 BGB durchaus geschützt wird. Denn diese Normen legen das die Schadenshöhe betreffende Prognose- und Kalkulationsrisiko dem Schädiger, nicht aber dem Geschädigten zur Last. Verhält es sich so, entfällt zwar ebenfalls nicht das Erfordernis einer messbaren Beschwer; wohl aber wird als Konsequenz einer materiellrechtlichen Entscheidung die Beschwer nicht „formell“ vom klägerischen Begehren, sondern als „materielle“ Nachteiligkeit des Urteils für den Kläger bestimmt werden müssen<sup>9</sup>.

3. Damit erweist sich die erneute Entscheidung des BGH zur Problematik unbezifferter Anträge nur zum geringen Teil als überzeugend. Es bleibt abzuwarten, inwieweit sich diese Rechtsauffassung bei den Berufungsgerichten tatsächlich durchsetzen wird. Gleichwohl werden Anwälte nicht umhin können, ihren Mandanten schon in der ersten Instanz zur Benennung eines Mindestbetrages des begehrten Schmerzensgeldes zu raten, wollen sie nicht Gefahr laufen, diesen frühzeitig die Möglichkeit eines Rechtsmittels zu verbauen.

Dr. Martin Probst, Richter am OLG,  
z. Zt. Min. f. Justiz, Bundes- und  
Europaangelegenheiten, Kiel

### §§ 398, 557, 573 BGB

a) Kommen bei einer Sicherungsabtretung an eine Bank für die abgetretene Forderung mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, die – bei nur einmaliger Leistungsverpflichtung des Schuldners – wirtschaftlich auf den gleichen Erfolg gerichtet sind, so handelt es sich grundsätzlich um eine umfassende Abtretung. Soll diese auf eine bestimmte Anspruchsgrundlage beschränkt werden, ist das allenfalls mit Zustimmung des Schuldners rechtlich möglich.

b) Wenn der Eigentumswechsel an einem Grundstück lediglich Folge der Übertragung von Gesellschaftsanteilen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, ist in bezug auf Vorausverfügungen der Gesellschaft über Mietzinsen oder Nutzungsentschädigungen (§ 557 BGB) die Vorschrift des § 573 BGB nicht anwendbar. Urt. des BGH v. 9. 12. 1998 – XII ZR 170/96.

<sup>6</sup> Probst, aaO (Fn. 1), 159; Schlosser, aaO (Fn. 3), 1082.

<sup>7</sup> Entscheidungsgründe unter II 2 c am Ende.

<sup>8</sup> Ähnlich die Überlegungen bei Lindacher, Beschwer und Beschwerdesumme bei unbezifferten Klagantrag, AcP 182 (1982), 270, 281 f.

<sup>9</sup> Allgemein zu den Begriffen „formelle Beschwer“ und „materielle Beschwer“ Zoller/Gummer, 21. Aufl., Rdn. 11, 17 b vor § 519 ZPO.

Die Klägerinnen verlangen von den Beklagten u. a. Entschädigung wegen verspäteter Räumung von diesen angemieteter Gewerberäume im Anwesen N., U.straße 52.

Die Anmietung erfolgte am 1. 12. 1981 von der damaligen Eigentümerin, einer AG, und zwar schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1, deren Komplementärin die Beklagte zu 2 ist, sowie die Beklagte zu 3 mit der AG zwei gleichlautende Mietverträge, die bis Ende 1991 befristet waren mit einer Verlängerungsklausel von jeweils zwei Jahren, sofern nicht mit einer Frist von drei Jahren gekündigt werde.

Durch Zuschlagsbeschuß vom 15. 8. 1989 ging das Eigentum an dem Mietobjekt auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im folgenden: GbR) F./B.-G. über. Den Gesellschaftsanteil des F. (97 %) erwarb am 15. 12. 1989 die St. GmbH. Deren Geschäftsführer schloß am 19. 12. 1989 im Namen der GbR mit der Dt. H.-Bank eine schriftliche Abtretungsvereinbarung, die auszugsweise lautet:

Der Eigentümer tritt hiermit seine sämtlichen gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche aus bzgl. des o. a. Objektes abgeschlossenen bzw. noch abzuschließenden Miet-/Pachtverträgen, insbesondere die Ansprüche auf Miet-/Pachtzahlungen an die Bank ab.

Diese Erklärung gilt zugleich für sämtliche evtl. Rechtsnachfolger des Eigentümers.

Die Bank ist berechtigt, diese Abtretung den jeweiligen Mietern/Pächtern anzuzeigen und Zahlung an die Bank direkt zu verlangen.

...  
Eigentümer und Darlehensnehmer erkennen für sich und ihre Rechtsnachfolger an, daß die vorbezeichnete Abtretung zur Sicherung für die Forderungen und Ansprüche der Bank gegen Eigentümer und/oder Darlehensnehmer zu dienen hat,

...  
Mit Schreiben vom 27. 9. 1990 ließ F. die Beklagten zu 1 und 3 auffordern, den Mietzins wieder an ihn zu zahlen, da er von der Anteilsübertragung auf die St. GmbH zurückgetreten sei. Letztere kündigte die Mietverhältnisse mit den Beklagten zu 1 und 3 mit Schreiben vom 7. 11. 1990 fristlos, weil für die Monate Oktober und November des Jahres kein Mietzins entrichtet worden war. Mit Schreiben vom 28. 12. 1990 forderte die Dt. H.-Bank unter Offenlegung der Sicherungssession die Beklagten zu 1 und 3 auf, Mietzinsen für das Objekt ausschließlich an sie zu zahlen.

In der Folge kam es zu Räumungsprozessen der GbR gegen die Beklagten zu 1 und 3. Die Beklagte zu 1 wurde rechtskräftig verurteilt; im Verfahren gegen die Beklagte zu 3 wurde die Hauptsache für erledigt erklärt, nachdem sie am 11. 1. 1993 geräumt hatte. Die Beklagte zu 1 räumte am 16. 6. 1993. Im Gesellschafterkreis der GbR traten Veränderungen ein. Der Gesellschaftsanteil der St. GmbH wurde am 31. 12. 1990 auf die TVG GmbH und sodann am 11. 12. 1992 auf die Klägerin zu 1 übertragen, derjenige der Gesellschafterin B.-G. im Jahre 1992 auf die Klägerin zu 2.

Für die Zeit zwischen Kündigung und Räumung entrichteten die Beklagten zu 1 und 3 Nutzungsentgelte in Höhe des vereinbarten Mietzins (monatlich 113 903,97 DM bzw. 105 793,04 DM).

Mit der Klage machten die Klägerinnen geltend, daß der Nutzungswert der von den Beklagten gemieteten Räume in dem Zeitraum zwischen Kündigung und Räumung höher gewesen sei als der vereinbarte Mietzins. In Höhe der Differenz hafteten die Beklagten gemäß §§ 987, 989 BGB. Die diesbezüglichen Ansprüche seien von der Abtretung vom 19. 12. 1989 nicht erfaßt; abgetreten seien die Ansprüche aus den Mietverhältnissen, nicht aber Entschädigungs- bzw. Schadensersatzansprüche für die Zeit nach Beendigung der Mietverhältnisse. Ferner hätten die Beklagten von ihnen vorgenommene Einbauten am Mietobjekt nicht entfernt, so daß sie auch insoweit Schadensersatz schuldeten. Insgesamt beantragten die Klägerinnen, die Beklagten zu 1 und 2 samstverbindlich zur Zahlung von 6 050 667,79 DM nebst Zinsen an sie als Gesamtgläubiger zu verurteilen, die Beklagte zu 3 entsprechend zur Zahlung von 4 476 035,30 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht wies die Klage ab. Mit der Berufung verfolgten die Klägerinnen ihre Ansprüche weiter. Das Oberlandesgericht bestätigte das landgerichtliche Urteil insoweit, als es Ansprüche der Klägerinnen wegen nicht entfernter Einbauten abgewiesen hat. Die Ansprüche auf Ersatz von Gebrauchsvorteilen für die Zeit zwischen Kündigung und Räumung erklärte es dem Grunde nach für gerechtfertigt und verwies die Sache insoweit an die Vorinstanz zurück.

Hiergegen legten beide Parteien im Umfang ihres Unterliegens Revision ein. Der Senat hat lediglich die Revision der Beklagten zur Entscheidung angenommen. Deren Revision hatte Erfolg, weil den Klägerinnen die Befugnis fehlt, die Ansprüche, die das Berufungsgericht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat, geltend zu machen.

#### Aus den Gründen:

1. Nach den Darlegungen des angefochtenen Urteils sind die Klägerinnen im Jahre 1992 im Wege der teils mehrfach erfolgten Übertragung von Gesellschaftsanteilen der GbR, die das Eigentum an dem Mietobjekt im August 1989 durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben hat, in die Vermieterstellung der mit den Beklagten im Jahre 1981 abgeschlossenen Gewerberaummietverträge eingerückt. Die diesbezüglichen Ausführungen sind rechtsbedenkfrei (vgl. dazu Senatsurteil BGHZ 138, 82) und werden auch von keiner Seite angegriffen.

2. Zur Aktivlegitimation der Klägerinnen im Hinblick auf die Sicherungssession vom 19. 12. 1989 hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Klägerinnen seien befugt, Entschädigung wegen verspäteter Räumung zu fordern, weil die diesbezüglichen Forderungen nicht abgetreten worden seien. Nach der Abtretungsvereinbarung seien sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche aus den abgeschlossenen Mietverträgen, insbesondere die Ansprüche auf Miet- und Pachtzinszahlungen, an die Bank abgetreten worden. Damit umfasse die Abtretung nur die sich aus den Mietverträgen ergebenden Ansprüche auf Mietzinszahlungen und anstelle der Mietzinszahlungen tretende Ansprüche sowie alle sonstigen sich aus den Mietverträgen ergebenden Forderungen. Die von den Klägerinnen geltend gemachte Forderung aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bzw. die Schadensersatzforderung wegen Verzugs sei von der Abtretung nicht erfaßt.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

a) Eine beschränkte Abtretung, wie sie das Berufungsgericht angenommen hat, wäre allenfalls mit Zustimmung der Beklagten rechtswirksam gewesen. Eine solche Zustimmung ist nicht festgestellt; es handelte sich im übrigen um eine stille Sicherungssession, die schon ihrer Natur nach dem Schuldner zunächst nicht einmal mitgeteilt wird.

In der Abwicklungsphase eines Mietverhältnisses über Räume nach erfolgter Kündigung bis zur Rückgabe des Mietobjekts entstehen dem Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung des Besitzes vertragliche Ansprüche auf Nutzungsentgelt aus § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BGHZ 104, 285, 290), wobei anstelle des vereinbarten Mietzins als Entschädigung der Mietzins verlangt werden kann, der für vergleichbare Räume ortsüblich ist. Diese Ansprüche sind auch nach Auffassung des Oberlandesgerichts mit abgetreten worden, weil sie an die Stelle der Mietzinszahlungen getreten sind.

Als in Anspruchskonkurrenz dazu stehend sieht das Berufungsgericht Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987, 990 BGB) an, die nach seiner Beurteilung nicht mit abgetreten worden sind und die es, wie es in den Entscheidungsgründen heißt, „in Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete unter Anrechnung des gezahlten Entgelts“ als dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat. Ob eine solche Anspruchskonkurrenz gegeben ist, ist umstritten; teilweise wird Spezialität des § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen (zum Meinungsstand vgl. *Wolf/Eckert*, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 7. Aufl., Rdn. 1139 ff.). Die Frage kann vorliegend offenbleiben; jedenfalls wären die Ansprüche in beider Hinsicht auf den gleichen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet (vgl. BGH, Urteil vom 23. 1. 1974 – VIII ZR 219/72 – WM 1974, 260, 261) und müßten vom Schuldner nur einmal erfüllt werden.

Bei einer Anspruchskonkurrenz ist die auf einen Anspruch beschränkte Abtretung nach herrschender Ansicht, die der Senat teilt, allenfalls mit Zustimmung des Schuldners möglich (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 57. Aufl. Rdn. 10; *Staudinger/Kaduk* BGB 12. Aufl. Rdn. 8; weitergehend gegen jede Teilabtretung *MünchKomm/Roth*, 3. Aufl. Rdn. 86; *Soergel/Zeiss* BGB 12. Aufl. Rdn. 6 – jeweils zu § 398; *Larenz Schuldrecht AT* 14. Aufl. § 14 IV S. 268; *Arens AcP* 170, 392, 412; *Georgiades* Anspruchskonkurrenz – 1967 – S. 179 f.). Durch eine solche beschränkte Abtretung, die nur selten dem Willen der Vertragspartner entsprechen wird, würde nämlich eine Gesamtgläubigerschaft entstehen, die zur Folge hätte, daß der Schuldner Gefahr liefe, wegen desselben Sachverhalts von verschiedenen Gläubigern verklagt zu werden. Auch Gesamtgläubigerschaft an derselben Forderung kann ohne Mitwirkung des Schuldners vertraglich nicht begründet werden (vgl. BGHZ 64, 67).

b) Die Auslegung der Abtretungsvereinbarung vom 19. 12. 1989 durch das Berufungsgericht, die den vorstehend aufgezeigten rechtlichen Gesichtspunkt nicht berücksichtigt, ist schon aus diesem Grunde rechtsfehlerhaft; wie die Revision zu Recht rügt, verletzt sie die Auslegungsregel, daß die Parteien im Zweifel dasjenige wollen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung rechtswirksam ist und der wohlverstandenen Interessenlage entspricht (vgl. Senatsurteil vom 15. 11. 1995 – XII ZR 72/94 – BGHR BGB § 157 Auslegungsregeln 1). Da es insoweit keiner weiteren tatsächlichen Feststellungen bedarf, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen.

Die Abtretung erfaßt zunächst nicht nur die Rechte auf Mietzinszahlungen während des Bestands der Mietverhältnisse mit den Beklagten, sondern auch die Rechte, die in der Abwicklungsphase zwischen Kündigung und Räumung aus § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB entstehen und an die Stelle des vertraglich vereinbarten Mietzinses treten. Nicht selten – wie auch im vorliegenden Fall – stellt sich erst nach langwierigen Rechtsstreitigkeiten heraus, ob Kündigungen wirksam sind, so daß in der Zwischenzeit die Nutzung durch einen anderen Mieter und die Erzielung entsprechender Einnahmen durch den Eigentümer nicht möglich sind. Sinn und Zweck einer Sicherungszession von Mietzinsen an eine Bank entspricht es daher regelmäßig, daß insbesondere auch etwaige Ansprüche aus § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB miterfaßt sein sollen. Anhaltspunkte dafür, daß im vorliegenden Fall etwas anderes gewollt war, bestehen

nicht. Im Gegenteil spricht die tatsächliche Handhabung für eine Einbeziehung: Die Dt. H.-Bank hat die Zession zu einem Zeitpunkt offengelegt, als die ihr bekannten Kündigungen bereits ausgesprochen waren. Die Empfangszuständigkeit der Bank für die nachfolgenden Nutzungsentgelte haben die Klägerinnen nicht in Zweifel gezogen, sondern ihre Ansprüche von vornherein ausdrücklich auf die §§ 987, 990 BGB gestützt.

Es deutet nichts darauf hin, daß sich die Partner der Abtretungsvereinbarung bei deren Abschluß bewußt waren, daß in der Abwicklungsphase neben Ansprüchen auf vertraglicher Grundlage (§ 557 Abs. 1 Satz 1 BGB) auch solche aus allgemeinen Rechtsvorschriften (insbesondere aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und ungerechtfertigter Bereicherung) in Betracht kommen. Infolgedessen entbehrt die Annahme, daß insoweit überhaupt eine Trennung vorgenommen werden sollte, schon der tatsächlichen Grundlage. Eine solche Trennung hätte, wie ausgeführt, Gesamtgläubigerschaft und damit das Recht des Schuldners zur Folge, befreiend auch an den Abtretenden zu leisten. Derartige würde offensichtlich dem Zweck einer Sicherungszession an eine Bank zuwiderlaufen. Der Wortlaut der Vereinbarung bringt mit Formulierungen, wie Abtretung der „sämtlichen“ gegenwärtigen und zukünftigen Rechte und Ansprüche sowie „insbesondere“ der Ansprüche aus Miet-/Pachtzahlungen zum Ausdruck, daß der Umfang der Abtretung so weitgehend wie möglich sein sollte.

All dies rechtfertigt den Schluß, daß alle auf der Nutzung des Objekts durch Dritte beruhenden Ansprüche, gleich aus welchem Rechtsgrund, auf die Bank übergehen sollten. Eine Mitwirkung der Beklagten aufgrund der oben zu a) dargelegten Grundsätze war daher nicht erforderlich. Soweit in der Revisionsverhandlung die Möglichkeit einer quantitativen Aufspaltung in der Weise angesprochen wurde, daß der Anspruch aus § 557 Abs. 1 Satz 1 BGB nur in Höhe des vereinbarten Mietzinses abgetreten worden sei, während ein überschüssiger Anteil aufgrund von Hs. 2 der Vorschrift (ortsübliche Vergleichsmiete) beim Abtretenden verbleiben sollen, fehlt jeder Anhalt für einen dahingehenden Vertragswillen. Weder gibt der Inhalt der Abtretungsurkunde dafür etwas her noch sind im Prozeß dafür sprechende Umstände vorgetragen worden (§ 561 ZPO). In Anbetracht der Interessenlage bei einer Sicherungszession hätte es sich auch um einen ungewöhnlichen Vorgang gehandelt.

c) Eine Sicherungsabtretung berührt zwar regelmäßig nicht die Befugnis des Abtretenden, die übertragenen Rechte gerichtlich und außergerichtlich geltend zu machen. Im Falle der offenen Abtretung kann der Abtretende aber nicht Zahlung an sich selbst, sondern nur an den Abtretungsempfänger verlangen. Der von vornherein offenen Abtretung steht die später offengelegte insoweit gleich (vgl. BGH Urteil vom 22. 12. 1988 – VII ZR 129/88 – NJW 1989, 1932, 1933 m. w. N.). Hier handelte es sich um eine stille Zession, die mit Schreiben der Bank vom 28. 12. 1990 offengelegt wurde. Die Klägerinnen verlangten mit der Ende 1993 erhobenen Klage Zahlung an sich selbst; sie stützten ihre Rechtsverfolgung nicht etwa auf eine Ermächtigung seitens der Bank, sondern nahmen ausdrücklich eigene Rechte aus §§ 987, 990 BGB in Anspruch. Dem steht, wie ausgeführt, die umfassende Abtretungsvereinbarung vom

19. 12. 1989 entgegen. Das angefochtene Urteil kann schon deswegen keinen Bestand haben; auf sonstige dort behandelte Gesichtspunkte kommt es nicht an.

3. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts kann auch nicht teilweise aufgrund einer zumindest entsprechenden Anwendung des § 573 BGB aufrechterhalten werden. Nach dieser Vorschrift ist ein Grundstückserwerber an Vorausverfügungen des früheren Eigentümers über Mietzinsen, deren Fälligkeit in die Zeit nach dem Eigentumsübergang hineinreicht, in bestimmtem Umfang nicht gebunden. Hier kämen insoweit die Zeiträume in Betracht, die nach dem Eigentumserwerb der Klägerinnen an dem Mietobjekt liegen. Eine auch nur entsprechende Anwendung des § 573 BGB ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Gegen die Anwendung der Vorschrift spricht, daß es sich hier nicht um einen Eigentumsübergang auf Außenstehende handelte, sondern um einen internen Vorgang im Bereich der GbR, in deren Namen auch die Vorausverfügung vorgenommen worden ist. Der Erwerb der gesamthänderischen Mitberechtigung an dem Eigentum am Mietobjekt war gesetzliche Folge des Erwerbs der Mitgliedschaft an der GbR, weil das Vermögen einer solchen Gesellschaft auch bei einem Mitgliederwechsel stets dem jeweiligen Gesellschafterkreis zugeordnet bleibt (vgl. BGH, Urteil vom 2. 10. 1997 – II ZR 249/96 – WM 1997, 2220, 2222). Wer aber durch den Erwerb eines Gesellschaftsanteils in eine GbR eintritt, rückt als Einzelrechtsnachfolger des übertragenden Gesellschafters voll in dessen Rechtsstellung ein (vgl. MünchKomm/Ulmer 3. Aufl. § 719 Rdn. 32 ff.). Die Klägerin zu 2 ist Rechtsnachfolgerin der Gesellschafterin B.-G., die der Gesellschaft angehörte, als die Vorausverfügung vorgenommen wurde. Bei der Klägerin zu 1 hat zuvor eine Übertragung des Gesellschaftsanteils der St. GmbH auf die TVG GmbH stattgefunden; dies ändert aber nichts daran, daß sie sich ebenso wie die Klägerin zu 2 die Vorausverfügung der GbR in der seinerzeitigen Zusammensetzung zurechnen lassen muß. Ebenso wie beide Klägerinnen für die offenbar vor ihrem Beitritt von der GbR aufgenommenen Kreditverbindlichkeiten haften, sind sie auch an die zu deren Sicherung vorgenommene Vorausabtretung gebunden.

#### Anmerkung

Die mit bislang 15 Drucknachweisen<sup>1</sup> sehr beachtete und bereits mehrfach kommentierte<sup>2</sup> Entscheidung des XII. Zivilsenats, die auch in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde<sup>3</sup>, ist in zweifacher Hinsicht von besonderem Interesse. Sie betrifft zum einen die umstrittene Frage nach der Exklusivität des Anspruches des Vermieters aus § 557 BGB: Können daneben insbesondere noch Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB bestehen – oder regelt § 557 BGB das Verhältnis zwischen den Mietparteien für den Fall verspäteter Räumung abschließend und ausschließlich? Zum anderen berührt sie mit der im 2. Leitsatz angesprochenen Frage nach der Anwendbarkeit des § 573 BGB zugunsten des Rechtsnachfolgers eines BGB-Gesellschafters den Wandel im Verständnis und in der Behandlung der GbR, nämlich die zunehmende Anerkennung einer Teilrechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

I.

Die erste dieser beiden Fragen gelangte jetzt vor den BGH, weil sie in diesem besonderen Fall die entschei-

dungserhebliche war – und wohl auch, weil es um sehr viel Geld ging. Auf runde 6 Millionen nämlich belief sich die Klagesumme – und die Klage konnte (auch nach eigenem Verständnis der Klägerinnen) Aussicht auf Erfolg nur besitzen, wenn man § 557 BGB nicht als abschließende Regelung aller dem Vermieter bei verspäteter Räumung zustehenden Ansprüche ansieht.

Denn Ansprüche aus dem Mietverhältnis waren umfassend abgetreten worden – und damit auch solche aus § 557 BGB. Den Klägerinnen fehlte damit für die Geltendmachung eines auf § 557 BGB gestützten Anspruchs die Aktivlegitimation. Ansprüche aus eigenem Recht konnten sie nur besitzen, wenn ihnen neben Ansprüchen aus § 557 BGB auch noch anderweitige, namentlich aus Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zukamen und solche Ansprüche nicht abgetreten worden waren.<sup>4</sup> Es kam daher auf zweierlei an: auf den Umfang der Abtretung und auf die Existenz konkurrierender Ansprüche.

Letzteres ist umstritten. Ob eine verspätete Räumung ausschließlich Ersatzansprüche nach § 557 BGB auslöst oder ob daneben noch weitere in Betracht kommen, wird heftig diskutiert. Der XII. Zivilsenat verweist diesbezüglich lediglich auf „Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 7. Auflage, Rdn. 1139 ff.“. Dies mag angesichts des Gesetzestextes, der in § 557 I 2 BGB ausdrücklich die „Geltendmachung eines weiteren Schadens“ nicht ausschließt, verwundern. Der Streit ist jedoch nicht ohne Grundlage, denn das Gesetz ließe sich auch so verstehen, daß mit einem „weiteren“ Schaden lediglich ein „höherer“ gemeint sei, nicht aber ein auf eine andere Anspruchsgrundlage gestützter. Gedacht wird dabei regelmäßig an Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis; doch ließe sich selbstverständlich etwa auch an Bereicherungsansprüche oder solche aus Leistungsstörungenrecht (§ 284 BGB, pVV) denken<sup>5</sup>.

In Literatur und Rechtsprechung überwiegt die Ansicht, derartige Ansprüche, insbesondere solche aus §§ 987 ff. BGB, würden von § 557 BGB nicht ausgeschlossen.<sup>6</sup> Bedenken hiergegen hegen etwa Putzo<sup>7</sup> und Sternel<sup>8</sup>, von den Gerichten insbesondere das OLG Düsseldorf<sup>9</sup>. Diese Gegenansicht stützt sich dabei regelmäßig auf angebliche Spezialität: § 557 BGB schließe als Sonderregelung die allgemeinen Vorschriften, insbe-

<sup>1</sup> EBE/BGH 1999, 36–38; ZIP 1999, 187–189; WM 1999, 219–221; NJW 1999, 715–717; DStR 1999, 290; BB 1999, 384–386; DB 1999, 480–481; MDR 1999, 347–349; ZMR 1999, 233–235; Grundeigentum 1999, 440–441; LM BGB § 398 Nr. 103 (5/1999); WuB I F 4 Sicherungsabtretung 2.99; BGHR BGB § 398 Anspruchskonkurrenz 1; BGHR BGB § 573 BGB-Gesellschaft 1; NZM 1999, 583–584.

<sup>2</sup> BB 1999, 386 Edelman; DStR 1999, 290 Goette; EwIR 1999, 343 Kohte; LM BGB § 398 Nr. 103 W. Ernst; WuB I F 4 Sicherungsabr. 2.99 Meder.

<sup>3</sup> BGHZ 140, 175–183.

<sup>4</sup> Zwar wäre es denkbar gewesen, ihnen auch hinsichtlich von ihnen abgetretener Ansprüche in Form einer gewillkürten Prozeßstandschaft Klagebefugnis zuzugestehen. Dafür hätten sie allerdings ihre abgeleitete Prozeßführungsbefugnis (Vollmacht) darlegen müssen; außerdem wäre ihr Antrag entsprechend auszurichten gewesen (Zahlung an die Abtretungsempfängerin). An beidem fehlte es jedoch. Sie stützten ihre Klage vielmehr ausdrücklich auf nicht-mietvertragliche Ansprüche, die ihnen jenseits der abgetretenen verblieben seien.

<sup>5</sup> Vgl. nur die Ausführungen zu mit § 557 BGB konkurrierenden Ansprüchen bei Emmerich/Sonnenschein-Sonnenschein, *Miete*. Handkommentar 7. Aufl. 1998, § 557 Rdn. 30–32, 41.

<sup>6</sup> Wolf/Eckert, *Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts* 7. Auflage, Rdn. 1139 unter Hinweis u. a. auf *Staudinger-Sonnenschein*, BGB, § 557 Rdn. 67–69; *MüKo-Voelskow*, BGB, § 557 Rdn. 191; *Soergel-Kummer*, BGB, § 557 Rdn. 26; *Erman-Jendrek*, BGB, § 557 Rdn. 1. Desweiteren OLG Hamm, ZIP 1989, 45. Zur Judikatur des BGH sogleich.

<sup>7</sup> *Palandt-Putzo*, BGB, § 557 Rdn. 18.

<sup>8</sup> *Sternel*, *Mietrecht* (Köln 1988), IV Rdn. 692.  
<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 596 2 ZMR 1994, 215.

sondere der §§ 987 ff. BGB und der §§ 812 ff. BGB aus<sup>10</sup>.

Der BGH teilt diese Bedenken bislang nicht. Die von *Wolf/Eckert* – unter Hinweis auf eine Entscheidung vom 23. 1. 1974<sup>11</sup> – vermeldeten Zweifel gelten in Wahrheit lediglich der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB auf den anfänglich rechtmäßigen Besitzer, so daß der Bundesgerichtshof auch in dieser Entscheidung (und damit durchweg) ein Nebeneinander von Ansprüchen aus § 557 BGB und aus §§ 987 ff. BGB bejaht<sup>12</sup> hat. Mancher Praktiker mag freilich zweifeln, denn von den Vertretern der Gegenansicht erfreuen sich gerade *Sternel* und *Putzo* großer Verbreitung und Beliebtheit.

Gleichwohl wird man – beispielsweise mit *Teichmann*<sup>13</sup> – als herrschende Meinung<sup>14</sup> die der Konkurrenz zwischen Ansprüchen aus § 557 BGB und solchen aus §§ 812 ff., 987 ff. BGB ansehen müssen. Die Ansicht der Klägerinnen, ihnen seien neben den abgetretenen, auf dem Mietvertrag beruhenden, Ansprüchen noch weitere verblieben, namentlich solche aus §§ 987 ff. BGB, war deshalb keineswegs von vornherein abwegig. Ob sie zutrefte, ist auch jetzt noch nicht höchststrichterlich beschieden, hat der XII. Zivilsenat diese Frage doch offengelassen.

Die herrschende Meinung – und mit ihr die Klägerinnen – muß sich allerdings die Frage stellen, unter welchen Bedingungen eine Teilabtretung, wie sie hier behauptet worden war, möglich ist. Gewöhnlich wird sie an eine Zustimmung des Schuldners geknüpft, der sich andernfalls plötzlich zwei Anspruchstellern für eine auf einen einzigen wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Leistung gegenüber sähe. Zur Begründung verweist man dabei auf die Vorschriften über die Gesamtgläubigerschaft. Eine nach diesem Verständnis erforderliche Zustimmung des Zessionars lag hier jedoch nicht vor. Die behauptete Teilabtretung wäre deshalb schon aus diesem Grunde unwirksam gewesen.

Doch mußte der XII. Zivilsenat noch nicht einmal so weit gehen. Denn er verneinte aufgrund einer Auslegung der Abtretungserklärung bereits die Absicht einer (bloßen) Teilabtretung. Die (insoweit wirksame) Abtretung umfaßte damit sämtliche in Frage kommenden Ansprüche – auch solche, die ihren Grund etwa außerhalb des Mietvertrages hätten.

Die Entscheidung des XII. Senats konnte daher die Frage nach konkurrierenden Ansprüchen zu § 557 BGB offenlassen. Dementsprechend formuliert Leitsatz 1 auch lediglich eine Auslegungsregel und trifft keine Aussage zum Verständnis des § 557 BGB. Der Streit um das rechte Verständnis des § 557 BGB wird durch die vorliegende Entscheidung somit nicht befördert.

Dies ist bedauerlich, denn dieser Streit leidet unter einem Fehlverständnis des Begriffes „Anspruch“. Auf *Larenz*<sup>15</sup> geht die Beobachtung (und die daran anschließende Lehre) zurück, daß gewöhnlich bei der angeblichen Konkurrenz von „Ansprüchen“ lediglich „Anspruchsgrundlagen“ konkurrieren. Dies wirkt auf den ersten Blick als ein Streit um Worte oder um Begrifflichkeiten. Man wäre deshalb geneigt, darauf hinzuweisen, daß sich hierum ein Streit nicht lohne. Der zutreffende Gebrauch eines Wortes wird bestimmt von dessen Definition. Diese ist aber nicht richtig oder falsch, sondern zweckmäßig oder unzweckmäßig. Indem man einen Begriff definiert, verschafft man sich ein Werkzeug zur Arbeiterleichterung. Zugleich möchte man Klarheit herbeiführen über das, worüber man redet. Bei näherem

Hinsehen entpuppen sich allerdings zahllose Streitigkeiten als ein An-einander-vorbei-reden, weil die Beteiligten zwar dieselben Worte gebrauchen, damit aber unterschiedliche Inhalte verbinden. Definitionen zielen deshalb (auch) darauf ab, inhaltliche Klarheit zu schaffen, damit man in der Sache streiten kann – statt um Worte.

Es läge deshalb nahe anzunehmen, der Streit um das Verständnis des § 557 BGB beruhe vielleicht eher auf unterschiedlicher Begrifflichkeit als auf Meinungsverschiedenheiten in der Sache. Es empfiehlt sich daher zu klären, was eigentlich gemeint ist, wenn von einem „Anspruch aus § 577 BGB“ gesprochen wird. Trete ich bei einer Abtretung dieses Anspruches<sup>16</sup> mein Recht ab, *auf § 577 BGB gestützt* Zahlung einer gewissen Geldsumme zu verlangen? Die übliche Gutachtentechnik, nach welcher die Juristen gewohnt sind, Anspruchsgrundlage für Anspruchsgrundlage je für sich getrennt zu prüfen und einen „Anspruch aus § ...“ zu bejahen oder zu verneinen, verführt zu dieser Betrachtungsweise. Oder trete ich stattdessen einen „Anspruch auf Zahlung einer gewissen Geldsumme“ ab, wobei sich dieser Anspruch – so er denn überhaupt begründbar ist – (unter anderem oder jedenfalls doch auch) aus § 577 BGB begründen läßt? Liefert mit anderen Worten § 557 BGB einen Anspruch<sup>17</sup> – oder bloß die Begründung für einen solchen?

Die Antwort scheint von der Definition des Wortes „Anspruch“ abzuhängen. Nach dem oben Gesagten wären wir darin grundsätzlich frei und lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen unterworfen (zu denen freilich in vorderster Linie dogmatische Stimmigkeit gehörte). Einen vorgegebenen Inhalt gäbe es indessen nicht. Doch gilt dies nicht ausnahmslos. Denn es gibt Fälle, in denen der Gesetzgeber eine Definition bestimmter Begriffe vorgegeben hat. Dann ist diese gesetzliche Definition maßgebend.

<sup>10</sup> Außer den bereits zitierten vgl. *Schmidt-Futterer/Blank*, Wohnraumschutzgesetz (München 1988), B 569 sowie LG Düsseldorf WuM 1967, 134 und LG Mannheim NJW 1970, 1881. Die Bedenken von *Raiser* [*Ludwig Raiser*, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, in: JZ 1961, 529–531 (531)], die er lediglich en passant in einem Nebensatz äußerte, standen offenbar am Anfang dieser älteren Ansicht, die – von der Kommentierung des *Palandt* abgesehen – heute kaum noch geteilt werden. Bedenkenswert erscheint freilich die Ansicht von *Roquette* [*Hermann Roquette*, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Systematischer Kommentar (Tübingen 1966), § 557 Rdn. 16–19 (19) und *ders.*, Urteilsanmerkung zu LG Saarbrücken vom 6. 5. 1965, in: NJW 1965, 1967–1968 (1968)], der aus der Regelung für Wohnraummiete in den Absätzen 2 bis 4 des § 557 BGB eine Spezialität dieser Anordnungen gegenüber anderweitigen Anspruchsgrundlagen folgert, die er anregt, auf die Anwendung des § 557 BGB überhaupt auszudehnen. – Zu Recht weist im übrigen *Meder* in seiner Anmerkung zur vorliegenden Entscheidung (*Meder* wie Fn. 2 unter Zi. 2) darauf hin, daß Spezialität nicht automatisch zur Derogation der allgemeineren Norm führen müsse. Lediglich soweit die Regelungsbereiche beider Normen übereinstimmen, ist dies der Fall.

<sup>11</sup> BGH NJW 1975, 556 = WM 1974, 260.

<sup>12</sup> Vgl. BGH NJW 1968, 197; BGH WM 1968, 1370; BGH NJW 1975, 556 = WM 1974, 260.

<sup>13</sup> *Jauernig-Teichmann*, BGB, § 557 Rdn. 2.

<sup>14</sup> Vgl. ergänzend noch *RGK-Gelhaar*, § 557 Rdn. 16 sowie *Axel Wetekamp*, Kommentar zum BGB-Mietrecht (Neuwied u. a. 1998), § 557 BGB Rdn. 5.

<sup>15</sup> Nämlich auf den entsprechenden Abschnitt in dessen Lehrbuch des Allgemeinen Rechts (München 1997), § 18 III 4 a, Rdn. 35–43. In manche Anmerkung zur vorliegenden Entscheidung hat sich insoweit ein Fehlzitat eingeschlichen. Der aus dem Urteil (unter 2.a) übernommene Verweis „Schuldrecht AT 14. Aufl., § 14 IV S. 268“ geht fehl.

<sup>16</sup> Gemäß § 398 BGB wird freilich eine „Forderung“ abgetreten, doch handelt es sich bei einer „Forderung“ lediglich um eine besondere Art eines „Anspruches“, nämlich um einen schuldrechtlichen.

<sup>17</sup> Folgt man *Wolfgang Ernst* (wie Fn. 2), dann wäre § 557 BGB überhaupt ein ungeeignetes Beispiel: da in dieser Vorschrift lediglich die Höhe eines Ersatzanspruches normiert werde, sei sie von vornherein schon keine „Anspruchsgrundlage“. Daß der BGH diese Ansicht nicht teilt, zeigt sich in seiner jüngsten Entscheidung zu § 557 BGB (BGH XII ZR 215/97 vom 14. 7. 1999, NJW 1999, 2808–2809). Der Anspruch aus § 557 BGB soll danach kraft Gesetzes entstehen und keiner Gestaltungs- oder Genehmigung bedürfen.

Die Diskussion zum Thema „Anspruchsgrundlagenkonkurrenz“ scheint bislang so geführt worden zu sein, als ob eine gesetzliche Definition nicht existiere. Deshalb orientierte man sich für die Bestimmung des Zweckmäßigen an den Folgen<sup>18</sup>. Zweckmäßigkeitserwägungen wurden dabei vor allem vom Versuch einer Harmonisierung des materiell-rechtlichen mit dem prozessualen Anspruchsbegriff geleitet, und dabei geriet § 428 BGB in den Blick. Um eine Gesamtgläubigerschaft zu vermeiden, die sich ohne Zustimmung des Schuldners bei gewillkürter Entstehung (Abtretung) als Vertrag zu Lasten eines Dritten darstellte, knüpfte man deshalb die Zulässigkeit einer Teilabtretung an die Zustimmung des Schuldners<sup>19</sup>. Dann ist es möglich, mit der wohl herrschenden Meinung an „Anspruchskonkurrenz“ festzuhalten. Bei diesem Verständnis ist dann eine Teilabtretung zwar grundsätzlich möglich, aber an Bedingungen gebunden ist, die einen Vertrag zu Lasten Dritter vermeiden – nämlich an die Zustimmung des Schuldners. Für die Anhänger der „Anspruchsgrundlagenkonkurrenz“<sup>20</sup> hingegen dient gerade § 428 BGB als Argument gegen die Lehre von der „Anspruchskonkurrenz“.

Doch sollte man die Frage zumindest aufwerfen dürfen, ob wir uns denn wirklich in der Situation befinden, zwei konkurrierende Lehren nach Zweckmäßigkeitserwägungspunkten gegeneinander abwägen zu dürfen. Enthält nicht § 194 BGB eine gesetzliche Definition des Begriffes „Anspruch“? Ist „Anspruch“ nach dem System des BGB dementsprechend nicht „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“? Es ist hier nicht der Platz, diesen Gedanken zu vertiefen. Eine Gesetzesdefinition trüge aber beispielsweise dann nicht weit, wenn der BGB-Gesetzgeber sich selbst nicht streng daran gehalten haben sollte oder wenn es an einem stimmigen systematischen Aufbau über dieser Definition fehlte. Beides bedürfte eingehender Untersuchung.

Zumindest für § 557 BGB läßt sich jedoch feststellen, daß diese Vorschrift auf der Basis der Definition des § 194 BGB sinnvoll erscheint und sich in ein stimmiges System einfügte: § 577 BGB ermöglicht es, ein Zahlungsbegehren zu begründen. Der so begründete „Anspruch“ ist auf Zahlung gerichtet; er besteht in dem Recht, von dem (ehemaligen) Mieter gewisse Zahlungen zu verlangen; § 557 I 2 BGB läßt dabei ausdrücklich die Geltendmachung eines weiteren Schadens zu. Das mit Hilfe von § 557 I BGB begründbare Recht auf Zahlung einer gewissen Geldsumme ist also auf eine bestimmte Mindesthöhe gerichtet: den vereinbarten Mietzins bzw. die ortsübliche Miete. Diese Beschränkung läßt sich aufheben, wenn andere Anspruchsgrundlagen einen „weiteren Schaden“ begründen lassen. Das vom BGB-Gesetzgeber geschaffene System ist in sich stimmig. Definition (§ 194) und konkrete Ausgestaltung (§ 557 I) sind aufeinander abgestimmt und führen dazu, daß der Vermieter bei verspäteter Rückgabe einen Anspruch (hier: ein Recht Zahlung zu verlangen) in einer gewissen Mindesthöhe hat; wenn andere Normen die Forderung einer höheren Summe gerechtfertigt erscheinen lassen, ist dem Vermieter der Weg dazu aber nicht verwehrt.

Diese klare Konstruktion der BGB-Gesetzgeber ist in der Diskussion der jüngeren Zeit verdunkelt worden. Es wäre an der Zeit gewesen, dem Fehlverständnis gegenzusteuern. Der XII. Zivilsenat hätte hierzu Gelegenheit gehabt. Leider hat er sie nicht genutzt. Statt dessen

stützt er ein weiteres Mal die Lehre von der „Anspruchskonkurrenz“, indem er in Leitsatz 1 eine Teilabtretung mit Zustimmung des Schuldners für zulässig erklärt. Veranlaßt war diese Feststellung nicht, denn so wie die Auslegung der fraglichen Abtretungserklärung als „umfassende Abtretung“ es überflüssig machte, sich zur Möglichkeit konkurrierender Ansprüche festzulegen, kam es bei einer umfassenden Abtretung gerade auch nicht auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Teilabtretung an.

## II.

Auch die zweite relevante Frage, die zum Anwendungsbereich des § 573 BGB, verdankt ihre Aktualität einem Wandel im Verständnis des BGB.

Mit seiner Entscheidung vom 18. 2. 1998<sup>21</sup> hatte der nämliche XII. Zivilsenat die Rechtsfähigkeit einer BGB-Gesellschaft in gewissem Umfang anerkannt. Tritt eine GbR als Vermieterin auf, so wird nach dieser Entscheidung auch nach einem Gesellschafterwechsel der Mietvertrag mit der GbR (und zwar in der neuen personellen Zusammensetzung) fortgeführt. Ob dies grundsätzlich so ist, wollte der Senat damit freilich (noch) nicht entscheiden. Zumindest in einer besonderen Konstellation aber, soll es nach der Entscheidung vom 18. 2. 1998 „ohne weiteres“ geschehen: wenn nämlich die Grundbucheintragung die ursprünglichen Gesellschafter mit einem ihre gesamthänderische Bindung bezeichnenden Vermerk (§ 47 GBO) als Eigentümer (oder Erbbauberechtigte) ausweist. Denn in diesem Fall – so der Senat – sei die GbR in ihrer neuen Zusammensetzung zumindest in entsprechender Anwendung des § 571 BGB in den bestehenden Mietvertrag eingetreten.

Diese Entscheidung fügt sich ein in einen Wandel vom Verständnis der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, den Albrecht Cordes vor Jahresfrist als „Weg zur juristischen Person“ bezeichnet hat.<sup>22</sup> Indem der Senat seinerzeit den Weg zu § 571 BGB, wenngleich „in entsprechender Anwendung“ eröffnete, mußte er den weiteren Schritt zu § 573 BGB geradezu provozieren. Wenn ein Gesellschafterwechsel zu § 571 BGB und zur automatischen Fortführung des Mietverhältnis mit der „neuen“ GbR führt, sind dann – so fragt es sich weiter – Voraussetzungen der „alten“ GbR auch nach Maßgabe des § 573 BGB unwirksam?

<sup>18</sup> Am deutlichsten wird dies bei *Arens* (Fn. 19), der seine Ablehnung der Lehre von der „Anspruchsgrundlagenkonkurrenz“ darauf stützt, daß die Problemfälle, denen diese Lehre gerecht werden wolle, auch auf der Grundlage der Lehre von der „Anspruchskonkurrenz“ lösbar seien.

<sup>19</sup> So argumentieren *Palandt-Heinrichs*, § 398 Rdn. 10 und *Staudinger-Kaduk*, § 398 Rdn. 8. Für eine an die Zustimmung geknüpfte Möglichkeit der Teilabtretung auch etwa *Meder* (wie Fn. 2). Grundsätzlich kritisch und die Lehre von der „Anspruchskonkurrenz“ bevorzugend ist *Peter Arens*, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, ACP 170 (1970), 392–425.

<sup>20</sup> Auf der Basis der Arbeiten von *Larenz* (wie Fn. 15) und *Georgiades* (*Apostolos Georgiades*, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, München 1968) vertritt heute namentlich *Roth* diese Lehre (*MüKo-Roth*, § 398 Rdn. 85–86). Ohne weitere Begründung folgt ihm *Soergel-Zeiss*, § 398 Rdn. 6 mit Fn. 51. Befürwortend jüngst: *Günther Jahr*, Anspruchskonkurrenz und Erfüllungskonnexität, in: *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts*. Fs. f. Gerhard Lüke zum 70. Geburtstag (München 1997), 297–322 (300). Vgl. auch *Wolfgang Fikentscher*, Schuldrecht (Berlin 1997), § 102 V 1a, Rdn. 1195.

<sup>21</sup> XII ZR 39/96 = BGHZ 138, 82 = JZ 1998, 1010 = NJW 1998, 1220 = NZM 1998, 260 = LM § 571 BGB Nr. 38 = ZIP 1998, 604 = ZfR 1998, 195. Vgl. hierzu die Kritik von *Arndt Teichmann/Markus Beck*, Anmerkung zu BGH XII ZR 39/96 vom 18. 2. 1998, JZ 1998, 1011–1013, sowie ausführlich: *Jürgen Sonnenschein*, Innen- und Außenverhältnis bei einer Mehrheit von Vermietern, in: *Fs. für Alfons Kraft* zum 70. Geburtstag (Neuwied, Krefeld 1998), 607–627 (618–619).

<sup>22</sup> *Albrecht Cordes*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf dem Weg zur juristischen Person?, JZ 1998, 545–552. *Cordes* steht der Anerkennung der GbR als juristische Person jedoch ablehnend gegenüber.

In seiner Entscheidung vom Dezember 1998 lehnt der XII. Zivilsenat dies ab und steuert damit dem im Februar eingeschlagenen Kurs gegen. Für § 573 BGB fehle es an einem „Eigentumsübergang“ im Sinne dieser Vorschrift. Es handele sich beim Eigentumserwerb des neuen Gesellschafters „um einen internen Vorgang im Bereich der GbR“ (Zi. 3 der Gründe) und damit nicht um einen „Eigentumsübergang auf Außenstehende“ (ebd.), auf welchen § 573 BGB aber abstelle. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

Freilich setzt sich der Senat damit in einen gewissen Widerspruch zu seiner Entscheidung vom Februar. Denn damals hatte er die Ansicht des OLG Düsseldorf abgelehnt, das beim Gesellschafterwechsel eine echte Übertragung des Eigentums von einem Rechtsträger auf einen anderen abgelehnt hatte. Entscheidend für die analoge Anwendung des § 571 BGB – so der XII. Zivilsenat damals – sei lediglich, daß sich die Eigentumsverhältnisse (überhaupt) geändert hätten. Eben eine solche Änderung lehnt der Senat im vorliegenden Falle ab. Jetzt sieht er lediglich einen internen Vorgang im Bereich der Gesellschaft. Im Ergebnis distanzieren sich der Senat damit von seiner nur wenig zurückliegenden Entscheidung. Angesichts der Kritik, namentlich von Teichmann<sup>23</sup>, der aufzeigte, daß das gewiß zutreffende Ergebnis auch ohne Strapazierung des § 571 BGB hätte begründet werden können und daß der Ausflug des Mietrechtsenats in das gesellschaftsrechtliche Terrain deshalb überflüssig war, ist das zu begrüßen.

Die Erklärung dieses Verhaltens dürfte mit Teichmann darin zu finden sein, daß der XII. Zivilsenat es in seiner älteren Entscheidung zu vermeiden suchte, sich zur umstrittenen Rechtsnatur der GbR zu äußern. Hier läßt sich bekanntlich ein Wandel der Anschauung beobachten. Erachtete man früher die GbR lediglich als „eine Kennzeichnung für die Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit“<sup>24</sup>, so gesteht die mittlerweile herrschende „Einheitstheorie“ der GbR Teilrechtsfähigkeit zu. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist danach fähig, selbständig fast alle Rechte und Pflichten erwerben zu können. Dabei ist freilich umstritten, inwieweit die GbR (auch) grundbuchfähig sei. Der BGH hatte diese Frage bis zum Erlaß der Entscheidung vom 18. 2. 1998 offengelassen – und es leuchtet ein, daß der für diese Thematik eigentlich nicht zuständige XII. Zivilsenat seinem Schwestersenat nicht vorgeifen wollte. § 571 BGB schien einen dritten Weg zu eröffnen, jenseits von grundsätzlicher Anerkennung oder Nicht-Anerkennung der Grundbuchfähigkeit. Er dürfte sich als wenig überzeugend herausgestellt haben.

### III.

„Insgesamt führen die Urteilsgründe hinsichtlich der berührten Rechtsfragen nicht weiter“ – stellte Wolfgang Ernst resümierend am Ende seiner Besprechung der vorliegenden Entscheidung fest.<sup>25</sup> Das trifft zu, soweit es um das Verständnis der §§ 557, 573 BGB geht. Mit seiner Aussage zur Zulässigkeit einer Teilabtretung hat der XII. Zivilsenat freilich zugleich zu einer weiteren Frage dezidiert Stellung genommen. Ob dies ratsam war, ob die Festlegung auf das Modell „Anspruchskonkurrenz“ dem System des BGB gerecht wird, wird sich (hoffentlich) erweisen. Bedauerlich bleibt jedenfalls, daß in einer derart grundlegenden Frage ohne Not und in denkbarer Kürze entschieden wurde.

Hans Peter Glöckner, Rostock

## Straf- und Strafprozeßrecht

### § 263 StGB

Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB liegt stets dann vor, wenn der Bewerber um eine Beamtenstellung bei seiner Einstellung über seine frühere Tätigkeit für das Ministerium für Staatssicherheit der DDR (MfS) täuscht, welche seine persönliche Eignung (im Sinne persönlicher Zuverlässigkeit) für das angestrebte Amt ausschließt, so daß die Einstellungsbehörde ihn nach Gesetz oder Verwaltungsvorschriften – aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null – nicht hätte einstellen dürfen. Das gilt selbst dann, wenn er die lauffähigen Voraussetzungen erfüllt und nach seiner Einstellung als Beamter fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt.

Beschluß des BGH v. 18. 2. 1999 – 5 StR 193/98 (BGHSt. 45, 1).

#### Aus den Gründen:

Die Vorlegungssache betrifft die Frage, ob ein Anstellungsbetrug mangels Vermögensschadens ausscheidet, wenn ein sonst geeigneter Bewerber eine Beamtenstelle infolge Täuschung über seine Tätigkeit für das MfS erlangt und er wegen dieser Tätigkeit nicht in das Beamtenverhältnis hätte berufen werden dürfen.

I. Der Angeklagte war von 1978 bis 1982 beim MfS als Kraftfahrer, danach beim VEB Wohnungskombinat Berlin und von 1988 bis zum Ende der DDR bei der Deutschen Volkspolizei beschäftigt. Er hatte sich 1983 als inoffizieller Mitarbeiter gegenüber dem MfS verpflichtet und im Rahmen dieser Zusammenarbeit zahlreiche Berichte (Personeneinschätzungen, auch über Ausreisewillige) erstellt.

Mit Wirkung vom 3. 10. 1990 wurde der Angeklagte Angestellter im Berliner Polizeidienst. Anlässlich der Prüfung seiner Weiterbeschäftigung füllte er einen Personalfragebogen nur teilweise aus. Zusatzfragen, die von ehemaligen inoffiziellen Mitarbeitern des MfS zu beantworten waren, ließ er unausgefüllt. Ferner versicherte er anlässlich seiner Anhörung vor der Personalauswahlkommission wahrheitswidrig, er sei während seiner früheren Dienstzeit vom MfS nicht für „Spitzeldienste“ angeworben worden. Die Personalauswahlkommission stellte danach am 21. 6. 1991 seine persönliche Eignung für eine Weiterbeschäftigung beim Polizeipräsidenten in Berlin fest. Der Angeklagte wurde zunächst im Angestelltenverhältnis weiterbeschäftigt und am 1. 8. 1992 als Polizeihauptwachmeister in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen. Als im April 1995 seine MfS-Tätigkeit bekannt und ihm die fristlose Entlassung angedroht wurde, schied er im Mai 1995 freiwillig aus dem Beamtenverhältnis aus. Bezüge, die er als Beamter in Höhe von 125 882,24 DM erhalten hatte, wurden nicht zurückgefordert.

II. 1. Das AG Tiergarten in Berlin hat den Angeklagten vom Vorwurf des Betruges (Schaden durch Erhalt der Beamtenbezüge) freigesprochen. Die Berufung der StA wurde vom LG Berlin verworfen. Das LG hat einen Vermögensschaden verneint. Insbesondere sei die obergerichtliche Rspr. (BGHSt. 5, 358 und BGH GA 1956, 121) überholt; ein Vermögensschaden liege nicht vor, wenn der Staat mit dem ordnungsgemäßen Arbeitspensum ein vollwertiges Äquivalent erhalte. Die StA hat Revision eingelegt und diese auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützt.

2. Das KG (JR 1998, 434) hält die Revision der StA im wesentlichen für unbegründet. Es ist mit der StA der Auffassung, daß der Angeklagte bei Anwendung der Grundsätze der Rspr.

<sup>23</sup> Arndt Teichmann/Markus Beck (wie Fn. 21).

<sup>24</sup> Arndt Teichmann/Markus Beck (wie Fn. 21), 1011.

<sup>25</sup> Wolfgang Ernst, LM BGB § 398 Nr. 103 Bl. 4 Verso.

des BGH (insbesondere nennt das KG GA 1956, 121; Urt. v. 20. 1. 1955 – 3 StR 388/54 –, 8. 7. 1955 – 5 StR 115/55 –, 27. 9. 1960 – 5 StR 323/60 – und 10. 1. 1961 – 5 StR 353/60 –) wegen vollendeten Betruges zu verurteilen wäre. Die Subsumtion unter die einschlägigen beamtenrechtlichen Bestimmungen des Landes Berlin führe im vorliegenden Fall nämlich zu einer Ermessensreduzierung auf Null: Der Angeklagte hätte nicht in das Beamtenverhältnis auf Probe berufen werden dürfen. Das begründe nach der Rspr. des BGH den Vermögensschaden.

Wie schon das LG will das KG der Rspr. des BGH nicht folgen, der einen Vermögensschaden auch dann annehme, wenn der Beamte nur über „charakterliche Mängel“ oder „charakterliche Eigenschaften und Vorleben“ täusche, die seiner Einstellung entgegenstehen. Seine abweichende Ansicht hat das KG eingehend begründet, insbesondere damit, daß ein solcher Vermögensbegriff im Widerspruch zum sonst vom BGH vertretenen objektiv-wirtschaftlichen Schadensbegriff stehe.

Das KG hat deshalb die Sache nach § 121 Abs. 2 GVG dem BGH zur Entscheidung folgender Rechtsfrage vorgelegt:

„Liegt ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB vor, wenn der Bewerber um eine Beamtenstelle, der die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und nach seiner Einstellung als Beamter fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, bei seiner Einstellung die Behörde über Art und Umfang seiner Tätigkeit für das MfS der DDR und somit über charakterliche und sittliche Mängel getäuscht hat, bei deren Kenntnis die Einstellungsbehörde ihn nicht hätte einstellen dürfen?“

Der GenBA erachtet die Vorlegungsvoraussetzungen nach § 121 GVG für erfüllt und will an der Rspr. des BGH zur Amterschleichung bei Täuschung über charakterliche oder sittliche Mängel festhalten. Er beantragt zu beschließen:

„Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB liegt vor, wenn der Bewerber um eine Beamtenstellung, der die laufbahnrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und nach seiner Einstellung als Beamter fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, bei einer Einstellung die Behörde über Art und Umfang seiner Tätigkeit für das MfS der DDR und somit über charakterliche oder sittliche Mängel getäuscht hat, bei deren Kenntnis die Einstellungsbehörde ihn nicht hätte einstellen dürfen.“

III. Die Vorlegungsvoraussetzungen nach § 121 Abs. 2 GVG sind gegeben. Das KG kann nicht seiner Absicht gemäß entscheiden, ohne von der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs abzuweichen.

1. Der Vermögensschaden beim Betrug ist nach ständ. Rspr. des BGH durch einen Vermögensvergleich mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu ermitteln (vgl. BGH wistra 1993, 265; 1995, 222; NStZ 1996, 191; 1997, 32). Der Vermögensvergleich ist beim Eingehungsbetrag auf den Zeitpunkt zu beziehen, in dem die Vermögensverfügung stattfindet (BGH wistra 1993, 265; 1995, 222). Er ist danach so durchzuführen, daß das Vermögen vor der Verfügung zu vergleichen ist mit dem Vermögen nach der Verfügung (BGHSt. 16, 220; BGH wistra 1988, 188; BVerfG – Kammer – NStZ 1998, 506). Hat das Vermögen des getäuschten Verfügenden nach der Verfügung einen geringeren Wert als vorher, liegt ein Vermögensschaden vor.

Der Anstellungsbetrag durch Amterschleichung ist ein Unterfall des Eingehungsbetrugs. Bei diesem ist der Vermögensstand vor und nach dem Vertragsabschluß durch einen Wertvergleich der vertraglich begründeten gegenseitigen Ansprüche zu ermitteln (vgl. BGH v. 12. 3. 1996 – 1 StR 702/95 –). Zu vergleichen sind danach die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen. Wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden (hier: die von dem Angeklagten zu erbringende Amtsführung) hinter dem Wert der Verpflichtung zur

Gegenleistung des Getäuschten (hier: im wesentlichen der Wert des von der Behörde versprochenen Gehaltes) zurückbleibt, ist der Getäuschte geschädigt (vgl. BGH v. 6. 7. 1954 – 5 StR 192/54 –; BGH NJW 1961, 2027; BGHSt. 17, 256; BGH NJW 1978, 2042; BGHSt. 30, 389 m. w. N.; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 33). Da die Vertragspflichten bei Vertragsabschluß – nicht aber die künftig erbrachten Leistungen im Rahmen der Vertragserfüllung – zu vergleichen sind, handelt es sich um einen Gefährdungsschaden (BVerfG – Kammer – NStZ 1998, 506), der schadensgleich sein muß, um einen Vermögensschaden zu begründen.

Zwar hat das KG bei seiner rechtlichen Beurteilung auch eine ex post-Betrachtung angestellt, wie insbesondere die Formulierung der Vorlegungsfrage zeigt („nach seiner Einstellung ... fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt“). Der Vermögensschaden muß indes hier aufgrund einer ex ante-Betrachtung ermittelt werden. Bei diesem Wertvergleich kann bei längerer Dauer des Dienstverhältnisses aber auch die spätere tatsächliche Leistung des Verpflichteten als Indiz für die bei Vertragsschluß bestehende Gefährdung herangezogen werden (BGHSt. 17, 256).

2. Die speziellen Grundsätze zum Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB beim Anstellungsbetrag durch Amterschleichung hat der BGH in Entscheidungen aus den 50er und 60er Jahren entwickelt (vgl. auch BVerfG – Kammer – NStZ 1998, 506; krit. zu der BGH-Rspr. mit beachtlichen Gegenargumenten: *Geppert*, Zur Strafbarkeit des Anstellungsbetruges, insbesondere bei Erschleichung einer Amtsstellung, Festschr. für H.-J. Hirsch 1999 S. 525). Neuere Entscheidungen des BGH zu der hier vorliegenden Problematik sind – soweit ersichtlich – nicht mehr ergangen; allerdings hat der BGH seine Rspr. später auch nicht mehr geändert oder gar aufgegeben. Zwei Fallgruppen des Vermögensschadens sind danach zu unterscheiden: die fehlende fachliche und die fehlende persönliche Eignung.

a) Ein Fall unzureichender fachlicher Qualifikation liegt hier nicht vor.

b) Die zweite Fallgruppe – dazu gehört die Vorlegungsfrage – bilden Täuschungshandlungen über Umstände, die im Hinblick auf die persönliche Eignung des Beamten (vgl. dazu BVerfGE 92, 140, 151; 96, 189, 197) für das angestrebte Amt unerlässlich sind. Solche Umstände hat der BGH als „sittliche“ oder „charakterliche“ Qualifikation bezeichnet; *Sarstedt* (JR 1952, 308) gebrauchte den Begriff der „persönlichen Würdigkeit“.

aa) Die Grundsätze zum Vermögensschaden bei fehlender persönlicher Eignung hat der BGH bei Fallgestaltungen entwickelt, bei denen der Beamte Vorstrafen verschwiegen, über akademische Grade geschwindelt oder ein besonders honoriges Vorleben vorgetäuscht hatte (vgl. hierzu im einzelnen BGHSt. 45, 6 bis 10).

bb) In der älteren Rspr. des BGH finden sich auch Fälle der Bejahung eines Vermögensschadens, in denen die „politische Belastung“ des Beamten diesen für die Behörde „untragbar“ gemacht hatte (vgl. hierzu BGHSt. 45, 10).

3. Die spezielle Frage, ob der Behörde ein Vermögensschaden entsteht, wenn sie einen (Polizei-)Beamten einstellt, dem wegen seiner früheren Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter des MfS die persönliche Zuverlässigkeit fehlt, hat der BGH ausdrücklich noch nicht entschieden (vgl. aber BVerfG – Kammer – NStZ 1998,

506). Sie ist jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen der höchstrichterlichen Rspr. zum Anstellungsbetrug durch Amterschleichung zu beurteilen. An dieser Rspr. hält der Senat fest. Danach gilt für Fälle der vorliegenden Art:

a) Notwendige Voraussetzung ist hier, daß der Beamte über solche Umstände täuscht, die seiner Einstellung rechtlich entgegenstehen. Darf ihn die Behörde aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null nicht einstellen, dann entsteht ihr auch stets ein wirtschaftlicher Vermögensschaden, mag er auch teilweise mit rechtlichen Gesichtspunkten – etwa bei der Täuschung über Laufbahnvoraussetzungen oder Lebensalter – begründet sein.

b) Eine solche Ermessensreduzierung auf Null für die Einstellung kommt auch in Betracht, wenn dem Beamten die nach Gesetz oder Verwaltungsvorschriften notwendige persönliche Eignung fehlt. Zu dieser persönlichen Eignung gehört auch die persönliche Zuverlässigkeit im Hinblick auf die versprochene Amtsführung.

aa) Der Senat kann offen lassen, ob „charakterliche oder sittliche Mängel“ (so die Vorlegungsfrage), soweit sie eine bloße innere Eigenschaft des Beamten sind, einen Vermögensschaden begründen können (vgl. BGH v. 13. 8. 1953 – 4 StR 320/53 –). Jedenfalls liegt eine schadensgleiche Vermögensgefährdung stets dann vor, wenn es naheliegt, daß das Fehlen persönlicher Zuverlässigkeit sich nach außen nachteilig auf die Amtsführung – die Qualität der Dienstleistung des Beamten – auswirkt und deswegen zugleich ein Einstellungshindernis begründet.

Seine bei Vertragsschluß versprochene Leistung ist – bei fehlender persönlicher Zuverlässigkeit – dann, und zwar aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise und auch objektiv, der von der Behörde zugesagten Gegenleistung nicht äquivalent. Die Vermögensminderung ist nicht allein in der Person des Bewerbers, seinem (inneren) Charakter begründet. Es kommt auch nicht darauf an, ob dem Bestreben der Behörde, das Vertrauen der Bevölkerung in die rechtsstaatliche Integrität des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten, ein Vermögenswert – etwa im Sinne des persönlichen Schadenseinschlags – zukommt. Vielmehr hat auch und vor allem die von Bewerber versprochene einwandfreie Amtsführung – ebenso wie bei einem privatrechtlichen Dienstverhältnis – einen Vermögenswert, der sich nach objektiven, wirtschaftlichen Maßstäben bestimmen läßt. Bei einem persönlich unzuverlässigen Bewerber bleibt der Wert der versprochenen Leistung hinter dem objektiven, tatsächlichen Wert der Vertragspflicht zurück.

Gerade bei einem Polizeibeamten, der zum Gesetzesvollzug, zu dem auch Zwangsmaßnahmen gehören können, berufen ist, muß die Gewähr gegeben sein, daß seine Amtsführung von sachfremden Gesichtspunkten unbeeinflusst bleibt. Das gehört zu dem objektiven Leistungsversprechen seiner Vertragsverpflichtung. Eine solche Gewähr ist nur gegeben, wenn der Beamte auch persönlich zuverlässig ist. Die persönliche Zuverlässigkeit ist deshalb auch ein maßgeblicher objektiver Faktor für die Bemessung des wirtschaftlichen Wertes der versprochenen Leistung des Beamten. Seine Leistung wird auch nicht dadurch äquivalent, daß er sonst fachlich „geeignet“ erscheint. Daß er während der Anstellung fachlich nicht zu beanstandende Leistungen erbringt, ändert an der Vermögensgefährdung – die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand – nichts; allerdings ist das

ein Umstand, der beim Schuldumfang zu berücksichtigen ist. Aufgrund des Eignungsmangels bestand gleichwohl das Risiko, daß der Beamte sein Amt nicht den Leistungsanforderungen entsprechend ausüben werde. Dies begründet – und zwar, worauf es ankommt, im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – eine schadensgleiche Vermögensgefährdung.

bb) Der Senat verkennt nicht, daß in der BRep. Deutschland Fälle der Einstellung politisch vorbelasteter Beamter nicht konsequent verfolgt worden sind. Personen, die in die NS-Herrschaft verstrickt waren, wurden als Beamte – oft sogar in hohe Stellungen – berufen, ohne daß sie wegen Betruges oder diejenigen, die sie in Kenntnis ihrer Vorbelastung eingestellt hatten, wegen Untreue (siehe oben unter III. 2 aa [6]) verfolgt wurden. Der Senat betont auch ausdrücklich, daß die Sachverhalte, welche den Entscheidungen des BGH zur „politischen Belastung“ (insbesondere im Urt. des BGH v. 13. 12. 1951 – 3 StR 841/51 –) zugrunde lagen, nicht mit vorliegendem Sachverhalt gleichgesetzt werden können und dürfen.

Der Senat verkennt auch nicht, daß die Frage der persönlichen Zuverlässigkeit wegen früherer Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter des MfS historische Besonderheiten aufweist, die mit der Teilung Deutschlands verbunden sind. Auch muß der Absicht des Einigungsvertrages, die ehemaligen Bediensteten der DDR weitgehend – aber eben nur weitgehend – in den öffentlichen Dienst der BRep. Deutschland zu integrieren (BVerfGE 92, 140, 154; 96, 171, 183), Rechnung getragen werden. Das ist eine andere Fallgestaltung als insbesondere die persönliche Zuverlässigkeit bei strafrechtlicher Vorbelastung.

c) Für die Frage des Vermögensschadens kommt es indes nicht darauf an, ob und inwieweit der vorliegende Sachverhalt mit den sonstigen Fallgruppen mangelnder persönlicher Eignung vergleichbar ist. Allein entscheidend ist, ob nach beamtenrechtlichen Grundsätzen das Ermessen bei der Entscheidung über ein Einstellungshindernis wegen Fehlens persönlicher Zuverlässigkeit auf Null reduziert wurde.

Das KG geht bei der Vorlegungsfrage davon aus, daß der Angeklagte wegen seiner Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter des MfS aus eben diesen beamtenrechtlichen Gründen nicht eingestellt werden durfte. Von dieser Rechtsauffassung muß der Senat für die Beantwortung der Vorlegungsfrage ausgehen (vgl. BGHSt. 42, 205; 43, 285), denn das KG hat das beamtenrechtliche Einstellungshindernis mit mindestens vertretbaren Gründen begründet. Das gilt jedenfalls, wenn – wie hier – die frühere Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter des MfS bis zum Ende der DDR gereicht hat und die Einstellung – als Polizeibeamter – wenige Jahre nach der Wiedervereinigung erfolgt ist.

aa) Der Einigungsvertrag bestimmt in Anl. I, Kap. XIX, Sachg. A, Abschn. III Nr. 1 Abs. 5: „Ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung ist insbesondere dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer ... für das frühere Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit tätig war und deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint.“ Für Ost-Berlin schreibt der Einigungsvertrag vor (Anl. I, Kap. XIX, Sachg. A, Abschn. III Nr. 2), das Beamtenrecht bis zum 31. 12. 1992 zu regeln, und legt fest, daß bis zum Inkrafttreten des jeweiligen Landesbeamtenrechts die für Bundesbeamte bestehenden Vorschriften

gelten. Nach dem BBG kann ein Beamter auf Probe auch dann entlassen werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, die bei einem Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen würden. Für alle Bezirke Berlins gilt nach § 1 Abs. 1 des Ges. über die Vereinheitlichung des Berliner Landesrechts v. 28. 9. 1990 (GVGBI. S. 2118) geändert durch das 3. Ges. über die Vereinheitlichung des Berliner Landesrechts v. 19. 12. 1991 (GVBl. S. 294) das Landesbeamtengesetz in seiner bisherigen Fassung. Die in § 67 LBG für die Entlassung eines Beamten auf Probe genannten Gründe sind unter anderem um den als außerordentliches Kündigungsrecht hinsichtlich früherer Mitarbeiter des MfS im Einigungsvertrag vorgesehenen Grund ergänzt worden.

bb) Die vom KG vertretene Rechtsauffassung zum Sonderkündigungsrecht entspricht der Rspr. der Verwaltungsgerichte (vgl. BVerwG DtZ 1997, 143; OVG Berlin NJ 1996, 609; DtZ 1997, 266; VG Berlin NJ 1995, 274) und der teilweise vergleichbaren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAGE 74, 257; BAG NJ 1993, 379; NZA 1996, 202).

cc) Die Auffassung des KG steht – jedenfalls, weil die MfS-Tätigkeit des Angeklagten im Zeitpunkt der Täuschung nicht lange zurücklag – auch im Einklang mit der Rspr. des BVerfG zum Sonderkündigungsrecht (BVerfGE 92, 140; 96, 171; 96, 189).

Allerdings ist die „politische Vorbelastung“ für die Frage des Sonderkündigungsrechts nicht allein maßgeblich (BVerfGE 92, 140, 153 ff.). Das Merkmal der persönlichen Eignung bezieht sich auch auf die künftige Amtstätigkeit. Die Beurteilung der Eignung zum Zeitpunkt der Kündigung darf die Entwicklung nicht ausblenden, die der Beamte nach dem Beitritt genommen hat. Der Zeitfaktor ist zu berücksichtigen (BVerfGE 96, 171, 187 f.): „Persönliche Handlungen können sich ebenso wie die Einstellung zur eigenen Vergangenheit im Lauf der Zeit ändern. Längere beanstandungsfreie Zeiträume können auf Bewährung, innere Distanz, Abkehr von früheren Einstellungen und Taten hinweisen. Auch die gesellschaftliche Ächtung von Fehlverhalten verliert sich mit der Zeit.“ Aus länger zurückliegenden Tätigkeiten für das MfS läßt sich „ein verlässlicher Schluß auf die heutige Einstellung des Betroffenen zur freiheitlichen und demokratischen Verfassung des GG ... nicht herleiten. Als Indiz für eine mangelnde Eignung taugen sie regelmäßig nicht mehr. Auch eine Diskreditierung des öffentlichen Dienstes in den Augen des Publikums droht bei weit zurückliegenden Vorgängen nicht in der gleichen Weise.“

Hier lagen die Vorgänge, welche die persönliche Zuverlässigkeit betreffen, zum maßgeblichen Zeitpunkt der vom Angeklagten erstrebten Anstellung indes nicht weit zurück. Der vom BVerfG angesprochene Zeitfaktor hat bei dem hier zu beurteilenden Anstellungshindernis ersichtlich noch keine maßgebliche Bedeutung erlangt. Allerdings ist die Fallgruppe früherer MfS-Tätigkeit von schwindender Bedeutung, ohne daß es darauf für die hier zu treffende Entscheidung unmittelbar ankäme. Schon deshalb wird die Strafjustiz aber zu erwägen haben, in nicht besonders gravierenden, gleichwohl noch strafbaren Fällen dieser Art weitgehend zur Einstellung der Verfahren wegen Geringfügigkeit zu gelangen.

4. Gleichwohl würde das KG deshalb mit seiner Rechtsansicht, es liege kein Vermögensschaden vor, ob-

wohl der Angeklagte wegen fehlender persönlicher Eignung bei einer Ermessensreduzierung auf Null nicht hätte angestellt werden dürfen, von der Rspr. des BGH abweichen, insbesondere von den Urten. des 5. Strafsenats v. 8. 7. 1955 – 5 StR 115/55 – und v. 10. 1. 1961 – 5 StR 353/60 –; an dieser Rspr. hält der Senat fest. Nach diesen Rechtsgrundsätzen lag hier – bei Zugrundelegung des vom KG angenommenen beamtenrechtlichen Einstellungsverbotes – eine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor.

(–)

#### Anmerkung

In seinem Vorlagebeschluss<sup>1</sup> beanstandet das KG, dass die bisherige Rechtsprechung des BGH zum Anstellungsbetrag des Beamten „im Widerspruch zu dem im übrigen zum Vermögensschaden im Rahmen des § 263 StGB vom BGH vertretenen objektiv-wirtschaftlichen Schadensbegriff“ stehe. Auch *Geppert*<sup>2</sup> hielt es, unter dem Eindruck des Vorlagebeschlusses und im Vorfeld der neuen Entscheidung des 5. Strafsenats, für „verfehlt, bei Erschleichen einer Beamtenstellung den Gesichtspunkt des Vermögensschadens in den Vordergrund zu stellen.“ Ausführliche Stellungnahmen im Schrifttum sind überwiegend älteren Datums<sup>3</sup> und wurden ausgelöst durch die BGH-Rechtsprechung in der unmittelbaren Nachkriegszeit, die nunmehr der Senat im einzelnen referiert. Insgesamt läßt sich in der Literatur, auch in der Tendenz, kein einheitlicher Meinungsstand erkennen.

Der Senat hält jetzt in seinem Leitsatz im Prinzip an der traditionellen Rechtsprechung fest und bejaht einen Vermögensschaden, wenn der Bewerber um eine Beamtenstellung über Umstände seiner persönlichen Eignung täuscht, deretwegen eine Einstellung – aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null – nicht hätte erfolgen dürfen. Die Urteilsgründe lesen sich aber weit differenzierter.

Den Kritikern kommt der Senat zunächst insoweit entgegen, als er offen läßt, „ob charakterliche oder sittliche Mängel (so die Vorlegungsfrage), soweit sie eine bloße innere Eigenschaft des Beamten sind, einen Vermögensschaden begründen können“ (III 3 b aa). Eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ wird aber bejaht, wenn das Fehlen persönlicher Zuverlässigkeit eine Außenwirkung auf die Amtsführung haben kann (a. a. O.). Die Übereinstimmung dieser Sicht mit einem objektiv-wirtschaftlichen Schadensbegriff sucht der Senat in der herkömmlichen Weise damit zu begründen, dass bei Vertragsschluss die versprochene Leistung bei fehlender Zuverlässigkeit des Bewerbers der von der Behörde zugesagten Gegenleistung nicht äquivalent sei. Dem aus der Sicht des Vorlagebeschlusses naheliegenden Einwand, dadurch werde weniger das Vermögen als vielmehr die Integrität und das Ansehen der öffentlichen Verwaltung geschützt<sup>4</sup>, hält der Senat entgegen, es komme nicht auf einen eventuellen Vermögenswert des Vertrauens in die Integrität des öffentlichen Dienstes an, sondern allein auf den Vermögenswert der einwandfreien Amtsführung, und zwar „ebenso wie bei einem privat-rechtlichen Dienstverhältnis“ (a. a. O.). Der Senat will damit offenbar klarstellen, dass er von

<sup>1</sup> KG JR 1998, 434.

<sup>2</sup> FS f. Hirsch, Berlin 1999, S. 525, 541.

<sup>3</sup> Nachweise bei Geppert, a. a. O., S. 534 ff.

<sup>4</sup> KG JR 1998, 438; LK-Lackner, 10. Aufl., § 263, Rdn. 239.

der Vorstellung, das Beamtenverhältnis sei ein betrugsrechtlicher „Sonderfall“, abrücken möchte. Versuche zur Begründung einer wirtschaftlichen Relevanz der besonderen Treuepflicht gerade des Beamten, der als Gegenwert zur Alimentierung seine ganze Person hingeb<sup>5</sup>, werden damit durch den Senat eindeutig verabschiedet. Die Schadensbestimmung beim Anstellungsbetrug des Beamten soll sich, so wird man das Ergebnis formulieren können, in nichts von den üblichen Maßstäben bei der Bestimmung des Schadens im Fall des Eingehungsbetrugs mehr unterscheiden.

Man legt also den Maßstab des Senats selbst an, wenn man objektiv wirtschaftlich einen Schaden im entschiedenen Fall nachprüft.

Die Gefahr für das Vermögen des Staates im Moment der Einstellung des Beamten besteht nach Auffassung des Senats im Fall eines Polizeibeamten mit früherer Tätigkeit als inoffizieller Mitarbeiter des MfS darin, dass keine Gewähr für eine von sachfremden Gesichtspunkten unbeeinflusste Amtsführung bestehe (a. a. O.). Man wird dieser Überlegung insoweit zustimmen können, als eine solche von sachfremden Gesichtspunkten unbeeinflusste Amtsführung als Gegenleistung für die von der Behörde zugesagte Leistung zu gelten hat. Die persönliche Zuverlässigkeit fungiert hier als Prognosebegriff für korrekte fachliche Leistung in der Zukunft. Rückt man, wie der Senat, von der „Sonderfall“-These für den Einstellungsbetrug des Beamten ab, so kann es für die Schadensberechnung im Strafrecht nur auf diese Prognose ankommen. Keinesfalls darf allein aus dem Umstand, dass beamtenrechtlich bei einer Person die Einstellungsvoraussetzungen nicht bestehen, entnommen werden, der Staat enthalte überhaupt keine Gegenleistung, der Preis der Dienste einer solchen Person sei „gleich Null“<sup>6</sup>. Der Senat argumentiert deshalb auch weit vorsichtiger, beruft sich nur auf eine graduelle Differenz: „Bei einem persönlich unzuverlässigen Bewerber bleibt der Wert der versprochenen Leistung hinter dem objektiven, tatsächlichen Wert der Vertragspflicht zurück“ (a. a. O.).

Auch eine solche lediglich graduelle Differenz würde hier – wie auch sonst – für die Annahme eines Eingehungsbetrugs ausreichen – freilich nur, wenn das für den Eingehungsbetrug entscheidende weitere Kriterium erfüllt ist, dass nämlich die Vermögensgefährdung „schadensgleich“, dass sie „konkret“ ist. Der Senat nimmt dies an „wenn es naheliegt, dass das Fehlen persönlicher Zuverlässigkeit sich nach außen nachteilig auf die Amtsführung – die Qualität der Dienstleistung des Beamten – auswirkt ...“ (a. a. O.). Für dieses „Naheliegen“ mag das Fehlen der „Eignung“ im beamtenrechtlichen Sinn ein bedeutsames Indiz sein, ein Automatismus in der Auswirkung auf die Schadensbestimmung im Strafrecht kann aber insoweit schwerlich bestehen.

Das führt zu der im entschiedenen Fall besonders wichtigen Frage, ob das Erbringen von fachlich nicht zu beanstandenden Leistungen im Anschluss an die Einstellung Bedeutung für die Schadensbestimmung hat. Lässt sich im Hinblick auf die tatsächlich erbrachten nicht zu beanstandenden Leistungen der Schaden letztlich verneinen, weil dann die Einstellungserschleichung nur die Dispositionsfreiheit der einstellenden Behörde tangiert<sup>7</sup>? Oder hat der Senat Recht, dass die späteren guten Leistungen an der schadensgleichen Vermögensgefährdung zum Zeitpunkt des Vertrags nichts ändern

(a. a. O.)? Die Frage rührt an die noch immer nicht befriedigend gelöste Problematik, unter welchen Bedingungen eine bloße Vermögensgefährdung bereits als „schadensgleich“ zu gelten hat. Unbestritten ist zwar, dass eine spätere Wiedergutmachung strafrechtlich den einmal verursachten Schaden nicht wieder aus der Welt schafft – aber eben nur, *wenn* dieser Schaden schon entstanden ist, *ob* der Schaden bereits bei Vertragsschluss vorlag – was im Fall der Gefährdung eine Prognose hinsichtlich der weiteren Entwicklung verlangt – und ob für die Einschätzung dieser Prognose der tatsächliche weitere Verlauf ein Indiz darstellen darf. Für letzteres sprechen durchaus gute Gründe<sup>8</sup>, da man anderenfalls einen Schaden durch *Gefährdung* selbst dort annimmt, wo diese Gefährdung objektiv als widerlegt gelten kann. Die Gefährdung lediglich aus der Sicht eines Verständigen ex ante zu beurteilen, mag nämlich bei einer Entscheidung unter Zeitdruck, z. B. beim rechtfertigenden Notstand, Sinn machen; nicht so einsichtig ist, dass dies auch für die Ausweitung des Schadensmerkmals im objektiven Tatbestand von § 263 gelten soll. Freilich würde eine ex-post-Bestimmung der Gefährdung die Figur des Eingehungsbetrugs in ihrer Anwendung stark beschränken, käme sie doch bei anschließender Vertragserfüllung meist nicht mehr zur Anwendung (Ausnahmen wären bei nicht erwartbaren zwischenzeitlichen Vermögensverbesserungen denkbar), bliebe somit überwiegend nur für die Teilnahmestrafbarkeit relevante Vorform des Erfüllungsbetrugs. Zudem gibt es im Wirtschaftsleben durchaus Fälle, in denen die Gefährdung bereits so massiv ist, dass ein Gut wirtschaftlich „abgeschrieben“ werden muss.

Doch auch wenn man mit der h. M. dem traditionellen Modell des Eingehungsbetrugs unter Einschätzung der Vermögensgefahr allein ex ante folgt, bleiben Zweifel an der Entscheidung des Senats, Zweifel, die parallel zu denen bei der Anstellung eines wegen Vermögensdelikten Vorbestraften liegen. Ist die Gefahr, dass ein früherer inoffizieller Mitarbeiter des MfS als Polizeibeamter sein Amt beeinflusst von sachfremden Erwägungen ausübt, größer als die, dass ein einschlägig Vorbestrafter wieder ein Vermögensdelikt begeht? Zu letzterem Fall dürften inzwischen die Stimmen überwiegen, die doch Zweifel daran anmelden, ob diese (theoretische) Möglichkeit eines Vermögensdelikts bereits einen konkreten Schaden zu begründen vermag<sup>9</sup>. Ein Unterschied zwischen beiden Fällen besteht natürlich insoweit, als der Polizeibeamte gar nicht hätte eingestellt werden dürfen. Aber dass beamtenrechtlich, jedenfalls im Land Berlin, das Fehlen der Eignung zwingend aus der Arbeit als IM des MfS geschlossen wird, sagt noch nichts Endgültiges über den drohenden *Vermögensschaden* im Fall einer Einstellung, die nicht hätte erfolgen dürfen. Die beamtenrechtliche Sicht kann also, geht man wie der Senat von der Parallele zu einem privatrechtlichen Dienstverhältnis aus, nicht zugunsten einer Unterscheidung der beiden Fälle vorgebracht werden. Mir scheint deshalb, dass der Senat im konkreten Fall nicht die Konsequenzen aus seiner eigenen vorsichtigen Kritik an der bisherigen Rechtsprechung zieht.

Prof. Dr. Kurt Seelmann, Basel

<sup>5</sup> Gutmann MDR 1963, 96.

<sup>6</sup> Genauer zu dieser Argumentation Protzen NSz 1997, 525, 527.

<sup>7</sup> So Geppert a. a. O. S. 541.

<sup>8</sup> Zu den grundsätzlichen Einwänden gegen die Figur des Eingehungsbetrugs Naucke, Die Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, 215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

<sup>9</sup> Vgl. nur die Nachweise bei SK-Samson/Günther, § 263, Rdn. 178.

### § 76 Abs. 2 1. Alt., § 21g GVG

Die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur spruchkörperinternen Geschäftsverteilung gelten auch für die nur mit dem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besetzten Strafkammern des Landgerichts, wenn die Besetzung gemäß § 76 Abs. 2 1. Alternative GVG in Frage steht.

Beschluß des BGH v. 29. 9. 1999 – 1 StR 460/99.

#### *Aus den Gründen:*

Das LG hat den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung, schweren Raubes, gefährlicher Körperverletzung, unerlaubten Führens einer Schusswaffe und unerlaubten Scherschaffens von Betäubungsmitteln sowie wegen unerlaubten Besizes von Betäubungsmitteln zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren und 9 Monaten verurteilt. Seine Revision hat mit der Verfahrensrüge Erfolg, die Besetzung der erkennenden Strafkammer habe sein Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt.

1. Die erkennende 2. große Strafkammer des LG war zur Zeit dieser Entscheidung mit Vorsitzendem Richter am LG N. und den Richtern am LG D. und T. besetzt. Durch den Eröffnungsbeschluß vom 6. 11. 1998 hatte die Strafkammer gemäß § 76 Abs. 2 1. Alt. GVG beschlossen, daß sie in der Strafsache gegen H. in der Hauptverhandlung mit 2 Berufsrichtern einschließlich des Vorsitzenden besetzt sei. Hinsichtlich der Geschäftsverteilung innerhalb der Strafkammer hatte der Vorsitzende bestimmt, daß in den Fällen, in denen die Kammer mit nur einem Beisitzer besetzt wird, Richter am LG D. bei Hauptverhandlungsbeginn in den geraden Wochen, Richter am LG T. in ungeraden Wochen mitwirkt.

Der Verteidiger des Angeklagten rügte diese Art der kammerinternen Geschäftsverteilung vor Beginn der Vernehmung des Angeklagten zur Sache; in ihr werde der Besitzer in Fällen der Zweierbesetzung nicht nach abstrakten und generellen Merkmalen bestimmt, sondern durch die Terminierung, die der Vorsitzende nach seinem Ermessen vornehme.

Das LG hat diesen Besetzungseinwand zurückgewiesen. Für die Ansetzung einer Hauptverhandlung auf einen bestimmten Termin sei nicht die Person des dann zur Mitwirkung berufenen Beisitzers maßgeblich, sondern die Verfügbarkeit von Verteidigern, Sachverständigen und anderen Personen, darüber hinaus insbesondere auch die Eilbedürftigkeit der Sache. Eine Zuteilung nach der Zufälligkeit des Eingangsdatums einer Sache würde nicht vor der von der Verteidigung befürchteten Willkür schützen, denn auch bei einer solchen Regelung wäre es erforderlich, eine entstehende Überbelastung eines Kammermitgliedes auszugleichen. Die viele Jahre praktizierte und unbeanstandet gebliebene Regelung werde der von vielerlei Zwängen geprägten Arbeitsweise in der Tatsacheninstanz weit besser gerecht, ohne gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters zu verstoßen.

2. Die Regelung der Strafkammer für die interne Geschäftsverteilung wäre in der Vergangenheit nicht zu beanstanden gewesen. Bis zur Entscheidung der Vereinten Großen Senate vom 5. 5. 1994 (BGHZ 126, 63) hatte die Rspr. des BGH nicht gefordert, daß der Vorsitzende sich in der Terminierung durch Grundsätze nach § 21g Abs. 2 GVG binden müsse, wenn davon die Zusammensetzung des Spruchkörpers beeinflusst wird.

Seither hat sich jedoch die Rspr. gewandelt und fortentwickelt. Nach den Entscheidungen der Vereinigten Großen Senate des BGH (aaO S. 85) und des BVerfG (Entscheidung des Plenums v. 8. 4. 1997 – BVerfGE 95, 322, 331 – und des Zweiten Senats v. 28. 10. 1997 – NJW 1998, 743) sollen auch nur entfernte Möglichkeiten einer manipulierten Auswahl der mitwirkenden Richter für eine bestimmte Sache ausgeschlossen werden. Demgemäß muß die Zuständigkeit in einem Spruchkörper oder der darin bestehenden Sitzgruppen generell im voraus nach objektiven Merkmalen, beispielsweise nach Aktenzeichen, Eingangsdatum, Rechtsgebiet oder Herkunftsbezirk der anhängigen Sache bestimmt sein.

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn im Mitwirkungsplan nur geregelt ist, welche Richter an welchen Sitzungstagen mitzuwirken haben, und erst die Terminierung der einzelnen Sache zu deren Zuordnung zu den jeweiligen Richtern führt. Hier bleibt dem Vorsitzenden bei der Heranziehung der einzelnen Richter zur Mitwirkung an der jeweiligen Sache ein Ermessensspielraum, dessen es zur effektiven Bewältigung der Rechtsprechungsaufgabe angesichts der zur Verfügung stehenden Mitwirkungssysteme nicht bedarf und dem deshalb die Gewährleistung des gesetzlichen Richters entgegensteht (BVerfG [Plenum] aaO S. 331; BVerfG [Zweiter Senat] aaO S. 744).

Diese für die Senate der obersten Bundesgerichte entwickelten Grundsätze müssen entgegen der Meinung des LG auch für eine große Strafkammer gemäß § 76 Abs. 1 GVG gelten, sofern die Kammer entweder überbesetzt oder gemäß § 76 Abs. 2 1. Alt. GVG besetzt ist; die Problemlage ist nicht anders, da auch hier für den Vorsitzenden ein Ermessensspielraum besteht, welchen der beisitzenden Richter er zur Mitwirkung heranziehen will, wenn diese Festlegung erst durch die Terminierung erfolgt. Den vom Landgericht angeführten Schwierigkeiten bei einer generellen Regelung, soweit sie überhaupt bestehen, kann auf andere Weise begegnet werden. So kann der Vorsitzende z. B. einen Richter, der wegen Bearbeitung einer umfangreichen Sache oder wegen vorangegangenen Urlaubs oder vorangegangener Krankheit des anderen Richters überlastet ist, für verhindert erklären.

3. Da die Verfahrensrüge durchgreift, bedarf es eines Eingehens auf das sachlich-rechtliche Vorbringen nicht.

(–)

#### **Anmerkung**

1. Beim Lesen dieser Entscheidung drängt sich die Frage auf, wieso es dazu überhaupt kommen musste; so selbstverständlich erscheint ihr Inhalt. Dass die Grundsätze für den gesetzlichen Richter für alle Gerichte gelten müssen, dass der Satz „quod licet lovi, non licet bovi“ im Guten wie im Bösen nicht gilt, wo es um den gesetzlichen Richter geht, hat der BGH nach langem inhaltenden Widerstand schließlich selbst einsehen müssen. Umgekehrt muss aber natürlich das, was für den BGH gilt, auch für die Instanzgerichte gelten. Leider ist zu fürchten, dass es noch einige Zeit dauern wird, bis eingeschlifene Verhaltensmuster der spruchkörperinternen Besetzung auch bei der letzten Landgerichtskammer beseitigt sind. Insofern wird der vorliegende Beschluss hoffentlich einen Anstoß zur kritischen Überprüfung solcher nicht länger tragbaren Verhaltensmuster geben.

Es ist ja bezeichnend, dass die Argumente der Strafkammer, mit der sie ihre interne Besetzungspraxis verteidigt hat, denen gleichen, mit denen der BGH früher seine Besetzungspraxis verteidigt hatte: Eine Besetzung nach Sitzungswochen (beim BGH waren es Sitzungstage) sei notwendig, um den praktischen Bedürfnissen Rechnung tragen zu können. Natürlich ist es nicht auf die Person des jeweils zur Mitwirkung berufenen Beisitzers angekommen; dies sei jedenfalls unterstellt. Aber hat denn die Strafkammer nicht erkannt, dass sie sich mit dem Hinweis auf die Verfügbarkeit von Verteidigern in deren Abhängigkeit begeben hat? Den Verteidigern sei normalerweise ebenso wenig wie den Vorsitzenden die Absicht einer Manipulation der Besetzung unterstellt. Kann indessen wirklich ausgeschlossen werden, dass nicht ausnahmsweise doch ein Verteidiger eine Verhinderung herbeiführt oder vorgibt, um einen anderen Sitzungstermin und damit einen andern zur Mitwirkung berufenen Beisitzer zu erreichen?

2. Der BGH weist in Anlehnung an den Plenarbeschluss des BVerfG<sup>1</sup> darauf hin, dass die Zuständigkeit in einem Spruchkörper generell im voraus nach objektiven Merkmalen, beispielsweise nach Aktenzeichen, Eingangsdatum, Rechtsgebiet oder Herkunftsbezirk der anhängigen Sache bestimmt sein muss. Diese auf die Gegebenheiten bei einem Senat eines obersten Bundesgerichts zugeschnittenen Beispiele könnten freilich bei einer Strafkammer an einem Landgericht nicht ganz unproblematisch sein. Insofern hat sich der BGH die Sache hier vielleicht etwas zu leicht gemacht. Der Herkunftsbezirk mag da ein mögliches Kriterium darstellen, wo die Strafkammer für Strafsachen mit Angeklagten aus verschiedenen Amtsgerichtsbezirken zuständig ist, allerdings auch nur insoweit, als ein Verhältnis zwischen der Zahl der Amtsgerichtsbezirke und der Zahl der Beisitzer herstellbar ist und das Aufkommen aus den verschiedenen Amtsgerichtsbezirken etwa gleich ist. Ähnlich verhält es sich mit den Rechtsgebieten, für die eine Strafkammer zuständig ist. Handelt es sich um eine sogenannte Feld-, Wald- und Wiesenkammer so scheidet dieses Kriterium von vornherein aus.

Es bleiben Aktenzeichen und Eingangsdatum. Da normalerweise die Aktenzeichen in der Reihenfolge der Eingänge vergeben werden, handelt es sich im Grunde nur um ein einziges Kriterium mit lediglich formal anderen Merkmalen. Es liegt nahe, dieses Kriterium für denkbar objektiv zu halten. Das BVerfG und ihm folgend der BGH haben dies ja auch getan. Trotzdem ist auch hier zur Vorsicht zu raten.<sup>2</sup> In meiner Zeit als Landgerichtsrat an einer Zivilkammer hat mich der erfahrene Vorsitzende vor diesem System gewarnt, obwohl es dort praktiziert wurde. Ihm sei als junger Assessor an einer Zivilkammer aufgefallen, dass er meist schwierige Sachen nach dem Aktenzeichen zugeteilt bekommen habe, der andere, ältere Beisitzer dagegen meist einfache. Er habe sich das nicht erklären können, bis er eines Tages zufällig auf der Geschäftsstelle mitbekommen habe, wie sein älterer Kollege die Eingänge durchgesehen und den Geschäftsstellenbeamten gebeten habe, die erste neue Sache erst später einzutragen.

Manipulationen sind also auch bei einem derartigen System nicht auszuschließen, auch wenn wiederum der großen Masse der Richter derartiges nicht unterstellt werden soll. Es bedarf also zusätzlicher Sicherungsmaßnahmen. Als ausreichend hat der BGH in Zivilsachen<sup>3</sup>

beispielsweise ein System bei einem OLG angesehen, bei dem der geschäftsleitende Beamte ohne Kenntnis des Registraturstandes alle Eingänge eines Tages in der Reihenfolge des Eingangs zu nummerieren hatte, wobei ihm die Kenntnisnahme vom Inhalt untersagt war. Danach gingen die Sachen sofort zur Registratur, wo sie in der Reihenfolge dieser Nummerierung fortlaufend, also über das Tagesende hinweg und stets neu beginnend, mit den Ordnungszahlen 1 bis 6 versehen wurden, wobei diese Ordnungszahlen die Senate des OLG bezeichneten. Weniger streng hat sich der BGH in Strafsachen<sup>4</sup> ausgedrückt. Danach genügt eine Regelung, wie bei gleichzeitigem Eingang mehrerer Sachen zu verfahren ist. Eine solche Regelung dürfte ein unerlässliches Mindestmaß an Sicherung darstellen. Für sich allein reicht sie indessen nicht aus. Es bedarf auch der Kontrolle, ob sie eingehalten wird. Hierbei kommt dem Vorsitzenden eine wichtige Aufgabe zu.

3. Es gibt im übrigen noch eine weitere, weder vom BVerfG noch vom BGH erwähnte Methode der objektiven Geschäftsverteilung, die geradezu klassisch ist: die Geschäftsverteilung nach den Anfangsbuchstaben der Namen der Angeklagten. Der ebenfalls klassische Einwand, dass dann bei mehreren Angeklagten die Staatsanwaltschaft die Geschäftsverteilung manipulieren könne, indem sie den Angeklagten an erster Stelle aufführe, mit dem sie die ihr genehme Geschäftsverteilung erreiche, lässt sich leicht ausräumen. Man muss nur statt auf die Reihenfolge, in der die Angeklagten in der Anklageschrift aufgeführt sind, auf die alphabetische Reihenfolge der Namen abstellen; dann kommt es auf die Reihenfolge der Aufführung in der Anklageschrift nicht an. Alle derartigen Probleme lassen sich lösen. Natürlich würde bei einem solchen System ein gewisses Übergewicht in der ersten Hälfte des Alphabets entstehen, dem aber durch entsprechende Berücksichtigung bei der Geschäftsverteilung Rechnung getragen werden kann.

4. Ein Problem bliebe bei einer Geschäftsverteilung nach den Namen der Angeklagten, das aber in gleicher Weise bei einer Geschäftsverteilung nach Rechtsgebiet oder Herkunftsbezirk der anhängigen Sache besteht. Ein genauer zahlenmäßiger Ausgleich ist bei einem rein durchgeführten derartigen System nicht möglich. Man mag darüber streiten, ob es wirklich darauf ankommt, da die Belastung der Richter nicht nur von der Zahl, sondern auch von Schwierigkeit und Umfang der bearbeiteten Sachen abhängt. Gleichwohl sollte primär zahlenmäßige Parität bestehen. Dafür lassen sich aber bei einem zahlenmäßig nicht exakten System Ausgleichsregelungen treffen. So ist beispielsweise bei einer mit zwei Beisitzern besetzten Kammer folgende zusätzliche Regelung in der allgemeinen Geschäftsverteilung denkbar. Nach ihr wäre etwa vorzusehen, dass dann, sobald im Laufe eines Geschäftsjahres der eine Richter zehn Sachen mehr als der andere Richter zugewiesen bekommen hat, *alle* eingehenden Sachen dem anderen Richter solange zugewiesen werden, bis ein zahlenmäßiger Gleichstand erreicht ist. Von da an würde die allgemeine Regelung wieder greifen, bis erneut ein bestimm-

<sup>1</sup> BVerfGE 95, 322 (331) = JR 1997, 278 (280) m. Anm. *Berkemann* S. 281 u. *Katholnigg* S. 284 = NJW 1997, 1497 (1499) m. krit. Aufs. *Sangmeister* NJW 1998, 721.

<sup>2</sup> Vgl. dazu *Katholnigg*, GVG, 3. Aufl. 1999, § 21e Rdn. 2 m. w. Nachw.

<sup>3</sup> BGHZ 40, 91 = NJW 1963, 207; *Staatsbibliothek Basel*

<sup>4</sup> BGH NStZ 1990, 138 = StV 1990, 251 = Justiz 1990, 57.

tes zahlenmäßiges Ungleichgewicht, das nicht gerade in einem Unterschied von zehn Sachen bestehen muss, erreicht wäre. Eine derartige Zusatzklausel würde den Spruchkörpern mehr Möglichkeiten für die Geschäftsverteilung eröffnen, ohne dass der Grundsatz des gesetzlichen Richters beeinträchtigt wäre. Im Übrigen sind für derartige Ausgleichsregelungen, die auch ganz anders aussehen können, der Fantasie keine Grenzen gesetzt.

5. Es bleibt zu hoffen, dass der vorliegende Beschluss des BGH den Instanzgerichten die Notwendigkeit deutlich gemacht hat, ihrerseits ebenfalls die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze für die spruchkörperinterne Geschäftsverteilung zu beachten. BGH-Entscheidungen wie den vorliegenden Beschluss sollte es in Zukunft nicht mehr geben müssen.

Ministerialrat a. D. Dr. Oskar Katholnigg, Bonn

### § 63 StGB, Art. 5 Abs. 2, 3 GG

1. Der jahrelange beanstandungsfreie Besitz eines privaten Fernsehgerätes im Maßregelvollzug begründet nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes auch ein Recht auf Bestandsschutz.

2. Die so eingeräumte Rechtsposition kann aber widerrufen werden, wenn sich in der Person des Patienten Widerrufsgünde verwirklicht haben. Das ist auch dann der Fall, wenn sich aus allgemein neu gewonnenen medizinischen oder therapeutischen Erkenntnissen ergibt, daß der Betrieb eines privaten Fernsehgerätes einer erfolgreichen individuellen Behandlung des Patienten abträglich ist.

Beschluß des OLG Hamm v. 11. 2. 1999 – 1 Vollz (Ws) 4/99.

#### *Aus den Gründen:*

Der Betroffene wurde vom LG D am 16. 3. 1988 wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt. Die Verbüßung der Strafe sowie die zugleich angeordnete Unterbringung des Betroffenen gemäß § 63 StGB wurde zunächst zur Bewährung ausgesetzt. Die Aussetzung der Strafe und der Maßregel hat das LG D mit Beschluß vom 20. 8. 1991 jedoch widerrufen, nachdem der Betroffene am 2. 4. 1991 erneut wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in 9 Fällen in Tateinheit mit homosexuellen Handlungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 5 Jahren verurteilt und wiederum die Unterbringung des Betroffenen gemäß § 63 StGB angeordnet worden war.

Nach den Feststellungen des Urteils vom 2. 4. 1991 leidet der Betroffene an einer tief ausgeprägten schwerwiegenden Neurose, deren Therapiemöglichkeit und Heilungschancen nur gering zu bemessen sind.

Nachdem zunächst die Maßregel aus dem Urteil des LG D vom 2. 4. 1991 vollstreckt wurde, wird seit dem 3. 7. 1995 die mit dem Urteil des LG D vom 16. 3. 1988 angeordnete Unterbringung vollzogen. Die Strafvollstreckungskammer (StVK) des LG P hat zuletzt mit Beschl. v. 14. 8. 1998 die Fortdauer der Unterbringung beschlossen und dazu u. a. ausgeführt, daß der Betroffene sich der Therapie bislang verweigere und deshalb noch eine negative Behandlungsprognose gestellt werden müsse. Allerdings sei dem von der Kammer eingeholten psychiatrischen Gutachten des Sachverständigen Dr. R. vom 19. 11. 1997 zu entnehmen, daß nunmehr eine Wandlung der Einstellung des Betroffenen zu erkennen sei. Zur Zeit seien jedoch außerhalb des Maßregelvollzuges noch neue Straftaten zu befürchten, da die Pädophilie des Betroffenen bisher nicht aufgearbeitet sei.

Der Betroffene befindet sich damit inzwischen mehr als 7 Jahre im Maßregelvollzug nach § 63 StGB. Er hat auf seinem Patientenzimmer seit mehreren Jahren mit Billigung der

Betriebsleitung ein eigenes Fernsehgerät besessen und noch im April 1996 ein neues Fernsehgerät erworben. Im Oktober 1996 wurden sodann in der Abteilung des Betroffenen sämtliche privaten Fernseher aus den Patientenzimmern aufgrund einer Entscheidung der therapeutischen Leitung des Psychiatrischen Krankenhauses eingezogen. Damit konnten die Patienten dieser Bereiche nur noch in den Gemeinschaftsräumen TV-Programme ansehen. Anlaß für diese Maßnahme war die auf mehreren Strukturkonferenzen gewonnene allgemeine Erkenntnis, daß sich Patienten mit eigenen Fernsehern in ihre Privatwelt zurückzogen und sich den therapeutisch unbedingt indizierten Gruppenaktivitäten nicht öffneten.

Der Betroffene hat als langjähriger Besitzer eines eigenen Fernsehgerätes diese Maßnahme angefochten und im Rechtsbeschwerdeverfahren einen vorläufigen Erfolg erzielt. Der Senat hat mit Beschl. v. 10. 4. 1997 die Bescheide des Westfälischen Zentrums für Forensische Psychiatrie in Lippstadt und den Widerspruchsbescheid des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe aufgehoben und zugleich das Westfälische Zentrum für Forensische Psychiatrie in Lippstadt angewiesen, den Betroffenen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden. Dazu hat der Senat u. a. folgendes ausgeführt:

„Dem Betroffenen wird seit Jahren nach dem von der Betriebsleitung genehmigten Kauf eines privaten Fernsehgerätes der Betrieb eines Fernsehgerätes auf dem Patientenzimmer gestattet. Noch vor Jahresfrist hat der Betroffene sogar mit erheblichen finanziellen Aufwendungen den Ankauf eines neuen Farbfernsehgerätes durch die Anstalt genehmigt erhalten. Vor dem Hintergrund dieser von der Anstalt offensichtlich seit Jahren geübten Handhabung kann es nicht zweifelhaft sein, daß dem Betroffenen nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes auch das Recht auf Bestandsschutz zusteht, wenn nicht neuerdings wichtige Gründe eingetreten sind, die nunmehr einen Widerruf dieser Übung rechtfertigen (vgl. BVerfG, StV 96, 48; OLG Hamm v. 26. 9. 1996 – 1 Vollz (Ws) 96/96). Die StVK hat eigene Feststellungen zu solchen etwa in der Person des Betroffenen aufgetretenen geänderten Verhaltensweisen nicht getroffen und stützt ihre Ansicht letztlich – ebenso wie die Maßregelvollzugsbehörden – im wesentlichen nur auf allgemeine Erwägungen zu den Zielen des Maßregelvollzuges ohne ausreichenden konkreten Bezug zur Person des Antragstellers. Ob beim Antragsteller nach der letzten Genehmigung des Betriebs eines eigenen Fernsehgerätes neuerdings einschneidende Änderungen in dessen Verhaltensweise aufgetreten sind, die eine für dessen Person konkret erforderliche Therapie bei einem privaten Fernsehbetrieb zumindest erheblich erschweren würden, ergibt sich weder aus der Widerspruchsbegründung noch aus der angefochtenen Entscheidung. Es ist daher nicht nachprüfbar, ob die Vollzugsbehörde von dem ihr gegebenen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum ordnungsgemäßen Gebrauch gemacht hat.

Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben. Einer Zurückverweisung an die StVK bedurfte es nicht, da die Sache in Ansehung der von dieser zu treffenden Entscheidung gemäß § 119 Abs. 4 Satz 2 StVollzG spruchreif ist.“

Das Westfälische Zentrum für Forensische Psychiatrie Lippstadt hat daraufhin mit Entscheidung vom 3. 7. 1997 die Einziehung des privaten Fernsehgerätes erneut bestätigt, weil in dem *individuellen Fall* des Betroffenen der Entzug der privaten Fernseherlaubnis therapeutisch begründet und geboten sei. Aus belegbaren, spezifisch behandlungsorientierten Gründen könne dem Betroffenen der private Fernsehempfang nicht wieder erlaubt werden. Zur weiteren Begründung wird in dem Bescheid auf eine beigefügte umfangreiche Stellungnahme des Diplom-Psychologen K. vom 19. 6. 1997 Bezug genommen.

Der dagegen gerichtete Widerspruch des Betroffenen wurde vom Landschaftsverband Westfalen-Lippe mit Bescheid vom 22. 6. 1998 unter näherer Begründung zurückgewiesen.

Auch der Antrag des Betroffenen auf gerichtliche Entscheidung blieb erfolglos. Die StVK beim LG P hat den Antrag des Betroffenen auf gerichtliche Entscheidung mit Beschl. v. 14. 12. 1998 als unbegründet zurückgewiesen und dazu u. a. ausgeführt:

„Auch der Umstand, daß dem Antragsteller mehrere Jahre lang der Betrieb eines eigenen Fernsehgerätes erlaubt worden war, schließt einen Widerruf dieser Maßnahme nicht aus, sofern nachträglich Tatsachen eingetreten sind, aufgrund derer das psychiatrische Krankenhaus berechtigt wäre, die Maßnahme zu versagen und die Belange der Allgemeinheit Vorrang vor dem Interesse des einzelnen am Fortbestand einer Rechtslage verdienen. Dies gilt insbesondere dann, wenn beim Antragsteller nach der letzten Genehmigung des Betriebes neuerdings einschneidende Änderungen in seinem Verhalten aufgetreten sind, die eine für seine Person konstante erforderliche Therapie bei einem privaten Fernsehbetrieb erheblich erschweren würden (OLG Hamm v. 10. 4. 1997 – 1 Vollz (Ws) 44/97). Hierbei ist die StVK verpflichtet, festzustellen, ob die Vollzugsbehörde bei ihrer Entscheidung von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist. Nicht nur gegenüber dem Gefangenen, sondern auch, um eine Überprüfung zu ermöglichen, muß die – abschlägige – Ermessensentscheidung spätestens im Widerspruchsverfahren ausreichend begründet werden (vgl. OLG Hamm v. 7. 7. 1998 – 1 Vollz (Ws) 190/98). Diesen Anforderungen genügt jedoch der Bescheid des Beteiligten unter Beifügung der Stellungnahme des Dipl.-Psychologen K. v. 19. 6. 1997 und auch des weiteren der Widerspruchsbescheid des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe vom 22. 6. 1998.

... In dieser Stellungnahme ist konkret und ausführlich ausgeführt, daß im Laufe der Nutzung des Privatfernsehens durch den Antragsteller dieser eine weitergehende Abkapselungstendenz aufweise. Dies wird insbesondere durch die detaillierte Schilderung der Zimmeraufstellung deutlich. Insofern ergibt sich aus der Stellungnahme vom 19. 6. 1997, daß die Nutzung des privaten Fernsehgerätes speziell bei dem Antragsteller die bei ihm vorliegende und im Hinblick auf die kontraindizierte Abkapselungstendenz fördert. Desgleichen ist auch in dem Widerspruchsbescheid des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe vom 22. 6. 1998 ausgeführt, daß bei dem Betroffenen die Gefahr bestehe, daß er von seinem Privatfernsehgerät einerseits Kindersendungen sehen werde, die unter Berücksichtigung seiner mangelnden kritischen Einstellung gegenüber pädophilen Reizen bezüglich seiner Therapie kontraindiziert sind. Insofern ist im Widerspruchsbescheid hinreichend dargelegt, daß die Gefahr, daß der Antragsteller seinen Privatfernseher in der nur stichprobenartig kontrollierbaren Situation seines eigenen Zimmers abredewidrig benutzen würde, groß sei, da er bereits den ‚leichter zu überwachenden‘ Fernseher im Gruppenraum abredewidrig benutzt habe, um Kindersendungen zu sehen. Deshalb sind die in der individuellen Persönlichkeit des Betroffenen gegebenen Gründe für einen Entzug des privaten Fernsehgerätes sowohl in der dem Bescheid vom 3. 7. 1997 beigefügten Stellungnahme, als auch in dem Widerspruchsbescheid des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe vom 22. 8. 1998 hinreichend dargelegt. Desgleichen ergibt sich aus dem Bescheid, daß die absprachewidrige Nutzung des Gruppengerätes erst nach der letzten Genehmigung des Privatfernsehgerätes erfolgt ist. Es ist nicht ersichtlich, daß den Beteiligten bekannt war, daß der Betroffene bereits vorher abredewidrig von seinem Privatfernsehgerät Gebrauch gemacht hat. Außerdem ergibt sich aus dem Widerspruchsbescheid, daß der Betroffene nach August 1996 durch das Einbringen von einem Buch, das pädophile Neigungen und pädophile Praktiken verharmlose, und von Kinderfotos aufgefallen sei. Insofern liegt eine Situation vor, die von derjenigen bei Erteilung der letzten Genehmigung abweiche.

... Desgleichen ist auch ausführlich dargelegt, daß das Informationsrecht des Betroffenen aus Art. 5 Abs. 3 GG nicht verletzt sei, da auf der Station insgesamt 4 Fernseher zur Verfügung stehen und überdies die Möglichkeit besteht, Filme oder Programme, die zunächst berücksichtigt worden seien, per Video aufnehmen zu lassen und zeitversetzt zu sehen. Unter diesen Umständen war der Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückzuweisen.“

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Rechtsbeschwerde des Betroffenen, mit der er u. a. rügt, daß eine Prüfung aller Umstände, insbesondere derjenigen, die für eine Aufrechterhaltung der Genehmigung sprechen würden, nicht stattgefunden habe. Darüber hinaus werde durch die angefochtene Entscheidung das Grundrecht auf Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG verletzt. Die angefochtene Entscheidung berühre darüber hinaus aber auch das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, weil im Bereich 44 des Landeskrankenhauses 3 Patienten der Besitz von privaten Fernsehern zugestanden worden sei, deren Einweisungsdelikt auch eine Sexualstraftat sei.

Das Rechtsmittel war zur Fortbildung des Rechts zuzulassen. Es hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Versagung des privaten Fernsehempfangs durch die Vollzugsbehörde ist nicht zu beanstanden.

Zwar ist nicht zu verkennen, daß dem Betroffenen seit Jahren der Besitz eines privaten Fernsehgerätes auf dem Patientenzimmer gestattet wurde und ein Mißbrauch dieser Erlaubnis durch den Betroffenen nicht festgestellt werden konnte. Daraus folgt zunächst, daß dem Betroffenen nach den Grundsätzen des Vertrauensschutzes auch ein Recht auf Bestandsschutz zusteht, wenn nicht neuerdings wichtige Gründe, die insbesondere in der Person des Betroffenen oder seiner Behandlung liegen können, eingetreten sind, die diesem Bestandsschutz entgegenstehen und einen Widerruf rechtfertigen (vgl. BVerfG StV 96, 48; OLG Hamm v. 26. 9. 1996 – 1 Vollz (Ws) 96/96 – und v. 10. 6. 1997 – 1 Vollz (Ws) 73/97 –). Ob solche gewichtigen Gründe vorliegen, bedarf einer gründlichen Prüfung, denn die Vollzugsbehörde muß sich in diesem Fall in einer umfassenden Darstellung und Abwägung dazu äußern, warum nicht nur aufgrund allgemeiner Erkenntnisse, sondern auch im *konkreten Einzelfall* der Entzug der privaten Fernseherlaubnis geboten ist. In seiner Entscheidung v. 10. 4. 1997 (1 Vollz (Ws) 44/97) hatte der Senat bereits darauf hingewiesen, daß ein für die Vollzugseinrichtung allgemeingültiges Verbot des Betriebes privater Fernsehgeräte für diejenigen Patienten, die bereits seit längerem beanstandungsfrei im Besitz eines solchen Gerätes sind, nur dann in Betracht kommt, wenn dies aus Sicherheits- oder Behandlungsgründen, die auch in der Person des Patienten gegeben sind, geboten ist.

So liegt der Fall jedoch hier. Der Stellungnahme des Dipl.-Psych. Dr. K. v. 19. 6. 1997 ist zu entnehmen, daß die – mögliche – negative therapeutische Auswirkung des Betriebes privater Fernsehgeräte auf Patientenzimmern zunächst nicht erkannt wurde. Der Besitz privater Geräte wurde deshalb zuvor ohne Berücksichtigung ärztlicher Aspekte von der Verwaltung der Vollzugseinrichtung geregelt, d. h. eine Genehmigung wurde erteilt, wenn der Patient wirtschaftlich zum Erwerb in der Lage war.

Erst im Rahmen mehrerer Strukturkonferenzen wurde allmählich die therapeutisch in zahlreichen Fällen negative Auswirkung des Betriebes privater Fernsehgeräte erkannt und durch ein entsprechendes allgemeines Verbot in der Abteilung umgesetzt. Diese Erkenntnisse haben bei dem Erwerb des neuen Fernsehgerätes des Betroffenen im Jahr 1996 jedoch noch keine Berücksichtigung gefunden.

Der Betroffene kann sich nicht darauf berufen, daß Grundsätze des Vertrauensschutzes dem Entzug der pri-

vaten Fernseherlaubnis entgegenstehen. Der angefochtene Entscheidung der StVK des LG P ist hinreichend sicher zu entnehmen, daß diese Maßnahme aus Behandlungsgründen, die ihre Ursache gerade in der Persönlichkeit des Betroffenen haben, geboten ist. Derartige Umstände liegen nicht nur dann vor, wenn während des Maßregelvollzuges Veränderungen im Verhalten oder in der Persönlichkeit des Patienten eintreten; sie können sich vielmehr auch daraus ergeben, daß bei einem Patienten, der sich bislang den Zielen des Maßregelvollzugs weitgehend verschlossen hat, neue *individuell auf ihn bezogene* Behandlungsmethoden erkannt werden, die es ermöglichen, auf ihn therapeutisch zukünftig besser einzuwirken. In einem solchen Fall kommt dem individuellen Behandlungserfordernis ein höheres Gewicht zu als dem Vertrauensschutz des Betroffenen auf den Fortbestand einer Fernseherlaubnis.

Dies ist nach den von der StVK getroffenen Feststellungen der Fall:

Der Betroffene befand sich zum Zeitpunkt der Entziehung der privaten Fernseherlaubnis aufgrund zahlreicher schwerwiegender Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung seit mehreren Jahren im Vollzug der Maßregel nach § 63 StGB. Der Vollzug der Unterbringung hat sich jedoch zunächst insgesamt als unbefriedigend erwiesen, weil der Betroffene nach den – von dem Betroffenen nicht widersprochenen – Feststellungen der StVK in dieser Zeit stets dazu tendiert hat, sich abzuschotten und therapeutische Einzel- oder Gruppengespräche abzulehnen. Diese Tendenz kam auch besonders bei dem vom Betroffenen bevorzugten privaten Fernsehempfang zum Tragen, wobei der Betroffene diese Haltung noch dadurch verstärkte, daß er Möbel in seinem Teil des Doppelzimmers so abstellte, daß die Einsichtnahme in das Zimmer – und auf seine Person – erschwert wurde. Daraus folgt: Der Betrieb des privaten Fernsehers hat nach den neueren Erkenntnissen der Maßregelanstalt dazu beigetragen, daß sich der Betroffene therapeutischen Behandlungen verweigerte und vom Gemeinschaftsleben regelrecht abwandte. Andererseits hat der Entzug des privaten Fernsehempfangs schon jetzt dazu geführt, daß sich der Betroffene in das Gruppengeschehen mehr als zuvor eingegeben hat und auch dem Gutachten des Sachverständigen Dr. R zu entnehmen ist, daß eine „Wandlung der Einstellung“ bei dem Betroffenen zu erkennen sei. Der Entzug der privaten Fernseherlaubnis hat danach bereits jetzt die Behandlung des Betroffenen positiv beeinflusst, so daß diese Maßnahme bei dem Betroffenen aus Behandlungsgründen offensichtlich individuell indiziert und geboten ist.

Der Informationsfreiheit des Betroffenen gemäß Art. 5 Abs. 2 GG wird im übrigen durch drei auf der Station befindliche, allen Patienten zugängliche Fernsehgeräte ausreichend Rechnung getragen. Schließlich kann dem Entzug der privaten Fernseherlaubnis auch nicht entgegengehalten werden, daß auf anderen Abteilungen der Vollzugseinrichtung z. T. private Fernseher noch geduldet werden, weil die Maßnahme nicht aufgrund allgemeiner Erwägungen, sondern aufgrund von individuellen in der Person des Betroffenen liegenden Gründen geboten ist.

Da die beanstandete Maßnahme vorliegend schon aus den vorgenannten Gründen als rechtmäßig anzusehen ist, kann dahinstehen, ob die von der Maßregelanstalt im übrigen aufgezeigten Umstände – abredewidrige Be-

nutzung des Gemeinschaftsfernsehens zum Empfang eines Zeichentrickfilms des Senders Nickelodeon sowie der – vom Betroffenen bestrittene – Besitz eines Buches mit pädophilem Inhalt und Kinderbildern – allein die Versagung des privaten Fernsehempfangs gerechtfertigt hätten.

*Einsender:* Richter am OLG Gerd Burges, Hamm

### Anmerkung

1. Im Bereich des Straf- und Maßregelvollzugs gewähren das Strafvollzugsgesetz sowie die jeweils einschlägigen Regelungen in den Unterbringungs-, Maßregelvollzugs- und Psychisch-Kranken-Gesetzen der einzelnen Bundesländer den Vollzugsbehörden vielfache Ermessens- und Beurteilungsspielräume, was die Gefahr einer Minimalisierung von Grundrechtspositionen<sup>1</sup> der betroffenen Inhaftierten bzw. Untergebrachten birgt. Daß hier Handlungsbedarf besteht, zeigt seit den neunziger Jahren eine ganze Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, mit denen Anstalts- und Klinikleitungen zur Beachtung von Grundrechtspositionen der im Freiheitsentzug befindlichen Personen angehalten werden müssen.<sup>2</sup> Die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen betreffen nicht nur die Einhaltung grundlegender Voraussetzungen menschlicher Existenz – das Gericht sieht auch die Notwendigkeit, auf die Beachtung des Rechtsstaatsprinzips hinzuweisen. Dabei befassen sich mehrere der verfassungsgerichtlichen Beschlüsse mit dem Gebot des Vertrauensschutzes.<sup>3</sup>

Der Vertrauensschutz stellt ein zentrales Element des Rechtsstaatsprinzips dar.<sup>4</sup> Er bringt im Bereich behördlicher Einzelfallentscheidungen die Interessen der von begünstigendem Verwaltungshandeln Betroffenen am Bestand der ihnen gewährten Rechtspositionen in Ausgleich mit den Bedürfnissen der Verwaltung nach Fehlerkorrektur oder nach Anpassung an veränderte Verhältnisse.<sup>5</sup> Eine einmal erworbene Rechtsposition muß ebensowenig zwangsläufig Bestand haben, wie sie andererseits nicht jederzeit wieder ohne weiteres entzogen werden kann. Vielmehr ist bei nachträglichen, den einzelnen belastenden Veränderungen unter Beachtung des Gebots des Vertrauensschutzes zu prüfen, ob das Vertrauen des Betroffenen auf den Fortbestand der ihm eingeräumten Rechtsposition enttäuscht werden darf. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG zwingt die Behörden zu einer an den Kriterien der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit ausgerichteten Einzelfallabwägung, inwieweit jeweils die Belange des Allgemeinwohls oder aber das Interesse des einzelnen am Fortbestand einer Rechtslage, auf die er sich eingerichtet hat, den Vorrang verdienen.<sup>6</sup>

Für den Bereich des Vollzugs der Freiheitsstrafe<sup>7</sup> – und Entsprechendes gilt für den Vollzug freiheitsentzie-

<sup>1</sup> Müller-Dietz, Menschenrechte und Strafvollzug, in: Jung/Müller-Dietz (Hrsg.), Langer Freiheitsentzug – wie lange noch?, 1994, S. 49.

<sup>2</sup> Vgl. Nachweise bei Laubenthal, Strafvollzug, 2. Aufl. 1998, S. 18; siehe dazu auch Kruiß/Cassardt, NStZ 1995, 521 ff., 574 ff.; Rotthaus, ZfStrVo 1996, 3 ff.; Süddt. Zeitung v. 8. 3. 1995, S. 3: „Das Recht auf Recht im Knast.“

<sup>3</sup> Siehe etwa BVerfG, NStZ 1993, 300; NStZ 1994, 100; StrVert 1994, 432; NStZ 1996, 252; StrVert 1996, 48; ZfStrVo 1997, 368.

<sup>4</sup> Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 4. Aufl. 1999, Art. 20 Rdn. 47; Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 2 Rdn. 17; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 Rdn. 136.

<sup>5</sup> Maurer, in: InSense/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, S. 248.

<sup>6</sup> BVerfGE 59, 128, 164 ff.

<sup>7</sup> Kühling/Ullmer/Bruch, in: Schwind/Böhm (Hrsg.), Strafvollzugsgesetz, 3. Aufl. 1999, § 14 Rdn. 11.

hender Maßregeln der Besserung und Sicherung<sup>8</sup> – bedarf es unter Einbeziehung des Vollzugsziels bzw. des Unterbringungszwecks einer besonders eingehenden Abwägung des schutzwürdigen Vertrauens des in Unfreiheit Lebenden gegen die Interessen des Allgemeinwohls an einem Erlaubniswiderruf mit der Folge, daß selbst bei unrechtmäßigen Zuständen der Vertrauensschutz im Einzelfall einen Vorrang des Bestandsschutzes zu begründen vermag (z. B. wenn ein Verurteilter in Kenntnis der Vollzugsbehörde einer örtlich unzuständigen Anstalt zugewiesen wurde und bereits einige Jahre dort verbüßt hat, weil für den Gefangenen bzw. Unterbrachten, der sich nicht wie der in Freiheit lebende Mensch seine engeren sozialen Kontakte selbst auswählen kann, das Gewöhntsein an eine bestimmte Anstalt erhebliche Bedeutung erlangt).<sup>9</sup> Angesichts der Vielfalt von vollzugsbedingten Reglementierungen und der damit verbundenen Haftdeprivationen<sup>10</sup> vertrauen die sich im Freiheitsentzug befindenden Menschen in besonderem Maße auf den Fortbestand einer ihnen von der Anstalts- oder Klinikleitung einmal eingeräumten Rechtsposition. Sie empfinden es „regelmäßig als höchst belastend und ungerecht“<sup>11</sup>, wenn es zu einem Genehmigungswiderruf kommt, obwohl sie mit dem ihnen durch die Gewährung der Rechtsposition entgegengebrachten vollzugsbehördlichen Vertrauen verantwortungsvoll umgegangen sind und in ihrer Person selbst keine Widerrufgründe verwirklicht haben.<sup>12</sup> Damit steht dem Inhaftierten bzw. Unterbrachten so lange ein Recht auf Bestandsschutz zu, bis neue wichtige, vor allem in seiner Person gründende Aspekte die Vollzugsbehörde zu einer erneuten Abwägung der Belange des Allgemeinwohls mit dem Interesse des Betroffenen am Fortbestand seiner Rechtsposition veranlassen.

Diesen Vorgaben folgend hat das OLG Hamm es im vorliegenden Fall für rechtmäßig erachtet, daß dem Unterbrachten die Erlaubnis zum Besitz eines privaten Fernsehgerätes und damit der private Fernsehempfang trotz vorangegangener mehrjähriger Billigung widerrufen wurde. Als wichtiges Kriterium für eine Abwägung wird die auf den konkreten Einzelfall bezogene Erkenntnis benannt, neue individuell auf den Betroffenen bezogene Behandlungsmethoden ermöglichen für die Zukunft eine bessere therapeutische Einwirkung. Das individuelle Behandlungserfordernis wiege mehr als das Vertrauen des Unterbrachten auf den Fortbestand seiner Rechtsposition, der Erlaubnis zum privaten Fernsehempfang.

2. Das OLG Hamm weist in den Gründen seines Beschlusses darauf hin, daß der Unterbrachte – bedingt auch durch die Möglichkeit des privaten Fernsehens – sich zunächst therapeutischen Behandlungen verweigerte und vom Gemeinschaftsleben in der Einrichtung abwandte. Der Entzug der privaten Fernseherlaubnis habe dann zwischenzeitlich die Behandlung des Betroffenen positiv beeinflusst. Dies heißt faktisch: Beschränkung des Fernsehempfangs zur Weckung oder Erhöhung der Therapiebereitschaft. Aufgeworfen wird damit die Frage, inwieweit die Vollzugsbehörde durch Beschränkung des Lebensspielraums in Richtung auf eine Mitwirkung an der Erreichung des Vollzugsziels „Druck“ ausüben darf.

Für den Bereich des Vollzugs von Freiheitsstrafen hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 StVollzG gerade keine Mitwirkungspflicht des Inhaftierten an seiner Behand-

lung normiert, um den Verurteilten nicht zu einem bloßen Objekt behandelnden Einwirkens zu machen.<sup>13</sup> Er wird vielmehr in seiner Subjektstellung anerkannt, indem ihm eine aktive Rolle im Prozeß der Behandlung zukommt. Der Mitwirkungsgrundsatz des § 4 Abs. 1 S. 1 StVollzG bringt zugleich die Mitwirkungsnotwendigkeit des Gefangenen zum Ausdruck, weshalb es Aufgabe des Vollzugsstabes ist, die Bereitschaft des einzelnen zu wecken und zu fördern. Eine dem Sozialstaatsprinzip folgende Ausgestaltung des Strafvollzugs beinhaltet allerdings auch eine soziale Inpflichtnahme des Inhaftierten.<sup>14</sup> Eine Gefährdung von Sozialisationsbemühungen kann deshalb durchaus zu Rechtsbeschränkungen führen.<sup>15</sup> So ist im StVollzG selbst verschiedentlich die Erreichung des Vollzugsziels als ein Kriterium für die Gewährung oder Eingrenzung von Rechten ausdrücklich normiert (z. B. in § 25 Nr. 2: Besuchsverbot; § 28 Abs. 2 Nr. 2: Untersagung des Rechts auf Schriftwechsel; § 31 Abs. 1 Nr. 1: Anhalten von Schreiben; § 68 Abs. 2 S. 2: Vorenthaltung von Zeitungen und Zeitschriften; § 70 Abs. 2 Nr. 2: Untersagung des Besitzes von Gegenständen für die Freizeitbeschäftigung). Eine fehlende Mitwirkungsbereitschaft kann entsprechende Einschränkungen zur Folge haben. Auch durch die Versagung von Vollzugslockerungen darf die Anstaltsleitung im Einzelfall indirekt auf einen nicht an seiner Behandlung mitarbeitenden Gefangenen mit dem Ziel der Teilnahme an Sozialisationsbemühungen einwirken.

Eine Nichtgewährung oder Beschränkung von Rechtspositionen zur Initiierung oder Erhöhung von Behandlungsbereitschaft bleibt auch im Maßregelvollzug nicht ausgeschlossen. Zweck einer Unterbringung im Psychiatrischen Krankenhaus ist keineswegs nur der Schutz der Allgemeinheit vor erheblichen rechtswidrigen Taten.<sup>16</sup> Die Unterbringung gem. § 63 StGB verbindet den Sicherungszweck mit dem Behandlungszweck, wobei letzterer gerade ausschlaggebende Funktion für die inhaltliche Gestaltung des Aufenthalts in der Anstalt hat. Unter dem Gesichtspunkt des Behandlungszwecks erlauben Maßregelvollzugsgesetze einzelner Bundesländer vor allem in den Bereichen Besuchsempfang oder Besitz von Sachen (wie eigene Hörfunk- und Fernsehgeräte<sup>17</sup>) am Unterbringungszweck – und damit auch der Behandlung – orientierte Einschränkungsmöglichkeiten.<sup>18</sup> Lassen sich im Einzelfall rechtsbeschränkende Maßnahmen zur Schaffung von „Leidensdruck“ mangels Regelung nicht anhand der konkreten einfachgesetzlichen Rechtslage beurteilen, bedarf es insoweit einer Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit insbesondere im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip.<sup>19</sup>

Prof. Dr. Klaus Laubenthal, Würzburg

<sup>8</sup> *Lesting*, in: Kammeier (Hrsg.), *Maßregelvollzugsrecht*, 1995, S. 293; *Volckart*, *Maßregelvollzug*, 5. Aufl. 1999, S. 122.

<sup>9</sup> BVerfG, NSStZ 1993, 300; *Walter*, *Strafvollzug*, 2. Aufl. 1999, S. 338 f.

<sup>10</sup> Dazu *Laubenthal* (o. Fn. 2), S. 80 ff.

<sup>11</sup> BVerfG, StrVert 1996, 49.

<sup>12</sup> BVerfG, NSStZ 1994, 100; StrVert 1996, 49.

<sup>13</sup> BT-Drs. VII/3998, S. 6.

<sup>14</sup> BVerfGE 40, S. 284 f.; *Calliess/Müller-Dietz*, *Strafvollzugsgesetz*, 7. Aufl. 1998, Einl. Rdn. 34.

<sup>15</sup> *Laubenthal* (o. Fn. 2), S. 91 f.

<sup>16</sup> Anders aber *Pollähne*, *Recht und Psychiatrie* 1992, S. 49; *Rinke*, NSStZ 1988, 14.

<sup>17</sup> Vgl. z. B. § 26 Hess. MaßregelvollzugsG; § 16 Abs. 2 Saarl. MaßregelvollzugsG.

<sup>18</sup> Siehe auch *Volckart* (o. Fn. 8), S. 162.

<sup>19</sup> *Kreuzer*, *Behandlung, Zwang und Einschränkungen im Maßregelvollzug*, 1994, S. 239ff.

## § 303 StGB

**Zu den Voraussetzungen für die Annahme einer Sachbeschädigung durch Farbaufsprühungen (sog. Graffiti) auf Waggons der Deutschen Bundesbahn AG.**

Urteil des OLG Düsseldorf v. 10. 3. 1998 – 2 Ss 364/97 – 61/97 II.

*Aus den Gründen:*

I. Das AG hat die Angeklagte wegen Sachbeschädigung zu einer Geldstrafe von 75 Tagessätzen zu je 10 DM verurteilt. Gegen diese Entscheidung wendet sich die Angeklagte mit der Revision. Sie ist unbegründet.

II. Das AG hat folgende Feststellung getroffen:

In der Nacht zum 8. 10. 1996 begab sich die Angeklagte mit ihren Begleitern L. und M. über eine Böschung zu den Zuggleisen der Deutschen Bundesbahn, auf denen Reisezugwagen abgestellt waren. Dort sprühte sie auf einen der Waggons das TAG ESA, während L. und M. den Waggon mit den TAG's „SEAN“ und „MOVIT“ versahen.

Die Schadenshöhe hat die Deutsche Bahn AG auf rund 6900 DM beziffert und am 10. 10. 1996 gegen die Angeklagte aus allen rechtlichen Gründen vorsorglich Strafantrag gestellt.

III. Die Feststellungen rechtfertigen die Verurteilung der Angeklagten wegen Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB.

Nach dieser Gesetzesbestimmung wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört. Unter Sachbeschädigung ist nach ständ. Rspr. jede nicht ganz unerhebliche körperliche Einwirkung auf eine Sache zu verstehen, durch die ihre stoffliche Zusammensetzung verändert oder ihre Unversehrtheit derart aufgehoben wird, daß die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert ist (BGH NStZ 1982, 509 m. w. Nachw.). Dagegen ist die bloße Veränderung der äußeren Erscheinungsform einer Sache in aller Regel keine Sachbeschädigung, und zwar auch dann nicht, wenn diese Veränderung auffällig (belangreich) ist. Die Vorschrift des § 303 StGB schützt nicht, wie § 1004 BGB, die Belange des Eigentümers in umfassender Weise; strafrechtlichen Schutz gewährt sie nur dem Interesse des Eigentümers an der körperlichen Unversehrtheit seiner Sache (BGHSt. 29, 132, 133).

Zur Tatbestandsverwirklichung gehört daher eine nicht unerhebliche Verletzung der Substanz einer Sache. Der Verletzung der Substanz der Sache steht dabei gleich, wenn diese derartig in Mitleidenschaft gezogen wird, daß eine Reinigung zwangsläufig zu einer solchen Substanzverletzung führen muß (BGHSt. 29, 131; OLG Düsseldorf StV 1993, 367). Das Überstreichen einer mit Farbe besprühten Hausfassade stellt lediglich die Wiederherstellung einer beschädigten Sache dar und vermag die Sachbeschädigung als Straftat nicht zu beseitigen (OLG Düsseldorf, NJW 1982, 1167). Ausgehend von dieser Rechtslage wird von der Rspr. des BGH das Bekleben einer Sache mit Plakaten für sich allein nicht als Sachbeschädigung gewertet, sondern nur dann, wenn der Klebstoff auf den Untergrund nachhaltig einwirkt und z. B. die Lackschicht der Sache nicht unerheblich beeinträchtigt. Dagegen werden Farbsprühaktionen allgemein als Sachbeschädigungen im Sinne des § 303 StGB gewertet (BGHSt. 41, 55).

Bei der der Angeklagten zur Last gelegten Farbsprühaktion handelt es sich um einen nicht ganz geringfügigen Eingriff in die Substanz der Sache.

Erfahrungsgemäß wirken Farbsubstanzen aus Farbsprühdosen auf den Untergrund ein und sind nicht durch einfache Maßnahmen wie Abwaschen mit Wasser zu beseitigen, da Farbsprühdosen keine Wasserfarben enthalten. Es bedarf regelmäßig der Verwendung besonderer Lösungsmittel, um die aufgesprühte Farbe zu entfernen. Weil sich die Farbe jedoch mit dem Untergrund verbunden hat, gelingt dies jedoch nur unzulänglich, sei es, weil die Farbe nicht gänzlich zu beseitigen ist, sei es, weil die Lösungsmittel das zugrunde liegende Material angegriffen haben. Gerade bei Waggons der Deutschen Bahn AG ist dies für jedermann offenkundig.

Zwar versieht die Deutsche Bahn AG seit etwa ein- und einhalb Jahren nach und nach einen Teil ihres Wagenbestandes, nämlich die neuen roten Nahverkehrswagen sowie die S-Bahnwagen mit aufgeklebten Folien. Nur bei diesen Fahrzeugen wird die aufgesprühte Farbe, da sie sich nicht mit der Folie verbindet, durch den turnusmäßigen üblichen Reinigungsvorgang bei der Wagenwäsche abgewaschen. Bei derartig mit Folie beschichteten Wagen entsteht kein besonderer Aufwand zur Beseitigung der Farbe. Ältere Fahrzeuge, wie z. B. die sogenannten Silberlinge, werden bisher nicht mit Folien versehen.

Ausgehend von diesen Tatsachen reicht die im angefochtenen Urteil festgestellte Schadenshöhe von rund 6900 DM aus für die Annahme, daß ein einfaches Abwaschen der aufgesprühten Farbe mit Wasser nicht zur Entfernung ausgereicht hat, sondern daß andere Mittel zur Schadensbeseitigung angewandt worden sind. Unabhängig davon, ob der von der Revision in Zweifel gezogene Betrag von 6900 DM der die Reinigung des ganzen Waggons umfaßt, in dieser konkreten Höhe tatsächlich entstanden ist oder deutlich geringer lag, zeigt sich, daß es sich nicht nur um einen belanglosen Aufwand gehandelt hat, wie er beim turnusmäßigen Reinigen/Fahren durch eine Waschanlage entsteht. Entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht kommt es nicht darauf an, ob der Waggon wegen des aufgesprühten Graffiti technisch noch verwendbar war oder nicht. Schon die eingetretene Beeinträchtigung an der Außenhaut des Waggons stellt die Sachbeschädigung dar.

*Einsender:* 2. Strafsenat des OLG Düsseldorf

**Anmerkung**

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf ist im Ergebnis – der Verurteilung der Angeklagten wegen Sachbeschädigung – zuzustimmen<sup>1</sup>. Sie liegt auf einer Linie mit Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, jedenfalls soweit es Farbsprühaktionen bzw. das Anbringen sogenannter Graffiti – hier auf Waggons der Deutschen Bahn AG – betrifft<sup>2</sup>.

Problematisch und aus dogmatischer Sicht weiterhin unbefriedigend gelöst bleibt allerdings auch in der Entscheidung des OLG Düsseldorf die Frage, anhand welcher Kriterien der Tatbestand des § 303 StGB gerade für die nicht so seltenen Fälle des Besprühens von Gebrauchsgegenständen mit Graffiti in einem ausreichen-

<sup>1</sup> Der Beitrag befaßt sich ausschließlich mit den Voraussetzungen für die Annahme einer Sachbeschädigung durch Farbaufsprühungen (1. der Urteilsgründe).

<sup>2</sup> BGHSt. 41, 47 (55), allerdings ohne Begründung; BayObLG StV 1997, 80; OLG Köln StV 1995, 592; OLG Oldenburg JR 1984, 35; OLG Düsseldorf NJW 1982, 1167; OLG Celle NStZ 1981, 223; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. *Majwald*, JZ 1980, 256; ders., Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, S. 122 ff.; *Schroeder*, JR 1976, 338.

den Maß an Abstraktionshöhe und Vorhersehbarkeit ausgefüllt werden kann.

Das OLG bewegt sich zunächst auf sicherem Gelände, wenn es feststellt, „... ist die bloße Veränderung der äußeren Erscheinungsform einer Sache in aller Regel keine Sachbeschädigung, und zwar auch dann nicht, wenn diese Veränderung auffällig (belangreich) ist. Die Vorschrift des § 303 StGB schützt nicht, wie § 1004 BGB, die Belange des Eigentümers in umfassender Weise; strafrechtlichen Schutz gewährt sie nur dem Interesse des Eigentümers an der körperlichen Unversehrtheit seiner Sache. Zur Tatbestandsverwirklichung gehört daher eine nicht unerhebliche Verletzung der Substanz einer Sache“<sup>3</sup>.

Das ist die – vielfach als zu restriktiv empfundene – Position, die der BGH in der maßgeblichen Entscheidung zu den „Plakatklebefällen“ für Gebrauchsgegenstände bezogen hat<sup>4</sup>.

Diese Positionen ist insoweit „sicheres Gelände“, als sie sich nicht dem Vorwurf aussetzt, den Tatbestand der Sachbeschädigung über die Wortlautgrenze hinausgehend aufzuweichen, indem etwa unter Betonung des personalen Bezugs des Beschädigungsbegriffs eine Sache dann als beschädigt angesehen wird, „... wenn und soweit ihre Brauchbarkeit durch eine körperliche Einwirkung auf die Sache für den dahinterstehenden Eigentümer (nach einem objektivierenden Maßstab) beeinträchtigt wird“<sup>5</sup>. Zur Verdeutlichung ist der maßgebliche Unterschied im Hinblick auf den Beschädigungsbegriff zu betonen: Hier genügt jegliche Einwirkung auf die Substanz – dort allein die Verletzung der Sachsubstanz. Blickt man auf das Bestimmtheitsgebot und den ultima-ratio-Gedanken, so wäre der dargestellten Ansicht der Rechtsprechung, keine Sachbeschädigung ohne Substanzverletzung (bzw. Funktionsminderung, die hier aber nicht ernsthaft zur Debatte steht), uneingeschränkt zu folgen<sup>6</sup>. Allerdings hat das Strafrecht aber eben auch die Verpflichtung, für einen wirksamen Rechtsgüterchutz zu sorgen; und eines dieser schutzwürdigen Rechtsgüter ist das Eigentum – Art. 14 GG. Bedenkt man, welche zum Teil erheblichen Belastungen für den von Graffiti betroffenen Eigentümer einer Sache damit verbunden sind, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen, so liegt der Gedanke sehr nahe, dem Eigentümer strafrechtlichen Schutz zu gewähren und ihn nicht allein auf die mit erheblichen Kostenrisiken verbundene und im Ergebnis der Durchsetzbarkeit höchst unsichere Verfolgung seiner Ansprüche im Zivilrechtsweg zu verweisen. Der Schutz des Eigentümers vor dem von ihm ungewolltem Anbringen von Graffiti an seiner Sache erscheint damit als berechtigtes Anliegen des Strafrechts.

Vor dem Hintergrund der inzwischen wohl als allgemein bekannt anzusehenden Tatsache, daß nicht jedes Graffiti sich zwangsläufig mit der Oberfläche der betroffenen Sache in der Weise verbindet, daß diese durch die aufgesprühte Farbe zugleich und unmittelbar nachteilig verändert wird, daß also nicht regelmäßig von einer Substanzverletzung durch das Besprühen selbst und dessen unmittelbare Folgewirkungen gesprochen werden kann<sup>7</sup>, müssen die oben bezeichneten Anliegen zwangsläufig in Widerspruch treten. Dies deshalb, weil aufgrund der oben als an sich begrüßenswert bezeichneten restriktiven Auslegung des Beschädigungsbegriffs, der Schutzbereich von § 303 StGB durch ein solches Besprühen nicht unmittelbar betroffen wird – ungeachtet

dessen, wie erheblich die mittelbaren Folgewirkungen für den Eigentümer sein mögen.

Gleichwohl wird aus diesem Dilemma für das OLG Düsseldorf (und eine Vielzahl weiterer Gerichte) eine folgerichtige Argumentation und eine methodisch zulässige Subsumtion. Denn jedenfalls durch die zur Beseitigung des Graffiti erforderlichen Maßnahmen (es bedürfe „regelmäßig besonderer Lösungsmittel“) werde substanzverletzend und damit im Wortsinn beschädigend auf die Sache eingewirkt<sup>8</sup>.

Diese Argumentation aber ist, das wurde bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt, normtheoretisch außerordentlich unglücklich<sup>9</sup>, denn die Strafbarkeit des Täters wird faktisch davon abhängig gemacht, ob es später zu einem entsprechenden substanzverletzenden „Reinigungseingriff“ durch den Eigentümer kommt. Jedoch ist es zum einen für die strafrechtliche Zurechnung eines Erfolgs zur schuldhaften Handlung des Täters gerade nicht damit getan, daß der Täter mit einem lediglich „sachkörperbezogenen Eingriff“ – also etwa einem nicht substanzverletzenden Einwirken auf die Sachsubstanz mittels Besprühen – den substanzverletzenden Reinigungsakt des Eigentümers „selbst angelegt hat“<sup>10</sup>. Denn man wird nicht umhin kommen, die Reinigungshandlung des Eigentümers als freiverantwortliche Selbstschädigung zu qualifizieren<sup>11</sup>. Von einer, die strafrechtliche Zurechenbarkeit aufhebenden „Zwangsläufigkeit“<sup>12</sup> der Reinigungshandlung des Eigentümers kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil es mangels substanzverletzenden Charakters der Tätereinwirkung (Besprühen mit Graffiti) der Reinigung der Sache weder zur Erhaltung oder Wiederherstellung Sachsubstanz bedarf; in den hier zu behandelnden Fällen ist sie nicht einmal zur Wiederherstellung der vollen Funktionstüchtigkeit der Sache erforderlich.

Die zur Begründung eines Zurechnungszusammenhangs angeführten Beispiele („... der rechtswidrig Angegriffene verletzt sich bei der notwendigen Verteidigung; der seiner Freiheit Beraubte kommt bei einem Ausbruchversuch zu Schaden; eine vorsätzliche Gesundheitsbeschädigung macht eine Operation erforderlich, die die Verletzung zunächst intensiviert ...“<sup>13</sup>) vernachlässigen sämtlich diesen Unterschied, den Umstand also, daß die Handlung des Täters selbst keine Rechtsgutsverletzung, streng genommen noch nicht einmal eine Gefährdung des Rechtsguts – der Sachsubstanz und -funktion – begründet und auch gar nicht begründen kann. Damit bleibt in der Tat nur die Alternative zwischen zurechnungsunterbrechender, freiverantwortlicher Selbstschädigung des Eigentümers oder mittelbarer

<sup>3</sup> Vgl. die Nachw. bei Wolff, LK § 303 Rdn. 13.

<sup>4</sup> BGHSt. 29, 129; zur Kritik vgl. Dölling, NJW 1981, 207; Gössel, JR 1980, 184; Maiwald, JZ 1980, 256; Schroeder, JR 1987, 359.

<sup>5</sup> So Maiwald, JR 1982, 298 und JZ 1980, 258; vgl. auch Dölling, NJW 1981, 207; Schroeder, JR 1976, 339; Gössel, JR 1980, 188 f.; Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdn. 8 b, c; Tröndle, § 303 Rdn. 6 a; Kindhäuser, BT II/1 § 20 Rdn. 29 zur Kritik vgl. Schmid, NJW 1979, 1580; Behm, Sachbeschädigung und Verunstaltung, S. 144 ff.; Wolff, LK § 303 Rdn. 7; Mitsch, BT II/1 § 5 Rdn. 23 f.; Rengier, BT 1 § 24 Rdn. 12 ff.

<sup>6</sup> Vgl. im Ergebnis Rengier, BT 1 § 24 Rdn. 14.

<sup>7</sup> Vgl. nur die Argumentation des BayObLG in der Entscheidung StV 1997, 80 sowie Dölling, JR 1984, 37.

<sup>8</sup> Bspw. OLG Oldenburg NJW 1983, 58; OLG Köln StV 1995, 592 ff.; mit negativem Ergebnis OLG Frankfurt/M. NJW 1990, 2007; vgl. dazu auch Behm, StV 1982, 596.

<sup>9</sup> Maiwald, JZ 1980, 259; Dölling, JR 1984, 38.

<sup>10</sup> So aber Behm, JR 1988, 361; ders., Sachbeschädigung und Verunstaltung, S. 196 f.

<sup>11</sup> Schroeder, JR 1987, 360.

<sup>12</sup> Behm, JR 1988, 361.

<sup>13</sup> Alle „Parallelfälle“ von Behm, JR 1988, 361.

Täterschaft des Sprayers<sup>14</sup>. Eine mittelbare Täterschaft scheidet aber evident an der fehlenden Tatherrschaft des Sprayers über den Eigentümer, dessen Handeln sich jeglicher Einflußnahme entzieht. Überspitzt gesagt schafft der Sprayer lediglich die „Tatgelegenheit“ für den Eigentümer, eine substanzverletzende Reinigungsmaßnahme durchzuführen.

Die Kritik, das tatbestandliche Vorliegen einer Sachbeschädigung werde normtheoretisch unzulässig von nachträglichen und, so ist hinzuzufügen, der freien Willensentschließung Dritter unterliegenden Vorgängen abhängig gemacht<sup>15</sup>, trifft ins Schwarze:

Aus diesem Grund kann es keine Zurechnung der Reinigungsmaßnahme zu der Handlung des Täters geben. Auch wenn man dem sog. „Regreßverbot“ in seiner ursprünglichen, reinen Form ablehnend gegenübersteht<sup>16</sup>, gibt es hier keinen Raum für eine Verantwortungszuweisung zum Sprayer, sofern der Eingriff nicht die Sachsubstanz verletzt. Die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Graffiti-Sprayers für die substanzverletzenden Reinigungsmaßnahmen des Eigentümers ist dem Kern der Sache nach die Frage nach der Verantwortlichkeit eines sog. „Ersttätters“ für die autonomen Handlungen des „Zweitätters“ – eine der „klassischen“ Zurechnungsfragen des materiellen Strafrechts.

Eindeutig ist zunächst die Grundannahme jener Fälle; es muß eine irgendwie geartete Verpflichtung des Ersttätters (des Sprayers) bestehen, die unmittelbar schädigende Handlung (Reinigung) des Zweitätters (des Eigentümers) zu verhindern beziehungsweise abzuwenden<sup>17</sup>. Vereinfacht gesagt werden hier zwei gegensätzliche Ansätze vertreten: Entweder wird die Zurechnung nach den Regeln der mittelbaren Täterschaft vorgenommen – dieser Weg ist hier, wie gezeigt, versperrt. Oder es werden die Maßstäbe der Einwilligung angelegt, so daß eine Fremdschädigung nur dann vorliegen kann, wenn der Entschluß des Rechtsgutsträgers nicht frei von Willensmängeln ist bzw. dieser sich der Tragweite seiner Entscheidung nicht bewußt ist<sup>18</sup> – auch insoweit bietet der Fall des OLG Düsseldorf keine Anhaltspunkte.

In Ermangelung einer Möglichkeit, dem Sprayer die zeitlich nachfolgende eventuell substanzverletzende Reinigung durch den Eigentümer zuzurechnen, verbleibt es für diese Fälle bei der eingangs dargelegten methodischen Widersprüchlichkeit zur „Funktion von Rechtsnormen, die Feststellung der Verwirklichung strafrechtlichen Unrechts zur Zeit der Tatbegehung zu ermöglichen“<sup>19</sup>.

Selbst wenn man aber die Entscheidung des OLG Düsseldorf so zu verstehen hat, daß die aufgesprühte Lackfarbe sich nicht nur „mit dem Untergrund verbunden hat“, sondern darüber hinaus auch schädigend auf den Außenbereich der Sachsubstanz eingewirkt hat, so zeigt sich gerade für den Fall des Besprühens von Waggons der Deutschen Bahn AG ein ganz ähnlich gelagertes Problem, welches in der Entscheidung selbst angesprochen, jedoch nicht abschließend gelöst worden ist: Offensichtlich aus leidvoller Erfahrung ist die Bahn dazu übergegangen, nach und nach ihre Waggons mit aufgeklebten Folien zu versehen. Da sich die aufgesprühten Graffiti mit dieser Folie nicht verbinden, kann die Farbe an diesen Waggons im Rahmen des „üblichen turnusmäßigen Reinigungsvorgangs bei der Wagenwäsche abgewaschen werden“. Insoweit entsteht dem OLG Düsseldorf zufolge „bei derartig beschichte-

ten Wagen kein besonderer Aufwand zur Beseitigung der Farbe“.

Die Folge dieser Entwicklung ist, daß nach dem oben dargestellten Argumentationsgang, für das Vorliegen einer Substanzverletzung gegebenenfalls allein auf die Folgen der Reinigungsmaßnahmen abzustellen, eine Sachbeschädigung in dieser Konstellation bereits tatbestandlich ausscheidet, sobald der Waggon mit einer solchen Folie versehen ist. Zwar bliebe dann noch Raum für einen untauglichen Versuch, in der Gerichtspraxis dürfte aber der Vorsatz hinsichtlich des Tatumstandes, daß keine Folie angebracht ist, alsbald nur noch schwer nachzuweisen sein<sup>20</sup>.

Will man die dargelegten – praktisch und dogmatisch – unbefriedigenden Konsequenzen vermeiden und gleichwohl den gebotenen Rechtsgüterschutz sicherstellen, so bleibt nur der Weg über den sog. „personalen Bezug des Beschädigungsbegriffs“<sup>21</sup> übrig. Das heißt, es ist der Ansatz aufzugreifen, den der BGH für den Bereich des Ästhetischen gewiesen hat<sup>22</sup> und wie vielfach vorgeschlagen, auch auf sog. „Gebrauchsgegenstände“ auszudehnen<sup>23</sup>. Wie berechtigt dieses Anliegen ist, verdeutlichen gerade die im Fall des OLG Düsseldorf betroffenen Waggons. Selbstverständlich handelt es sich bei diesen Sachen nicht um Kunstwerke, sondern um Gebrauchsgegenstände. Ebenso selbstverständlich bleibt ihre Funktion als *Transportmittel* durch die Graffiti unbeeinträchtigt. Gleichwohl ist die farbliche Gestaltung der Außenhaut dieser Waggons für den Eigentümer von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung, hier sei nur auf die Veränderung der Farbgebung je nach dem vorherrschenden Marketing-Konzept verwiesen. Von gleicher Bedeutung ist für den Erfolg eines entsprechenden Marketing-Konzepts natürlich auch, daß die Waggons nicht verschmutzt, also verschmiert oder eben besprüht sind. Denn solch „ungepflegter“ Eindruck des Materials ist u. U. durchaus geeignet, bei potentiellen Kunden Zweifel an der Wagenpflege und damit letztendlich auch der Sicherheit der betroffenen Waggons zu wecken. Zwar handelt es sich bei diesen Überlegungen um nur schwer zu überprüfende psychologische Dispositionen der Bahnkundschaft, deutlicher noch als beispielsweise bei Farbgestaltung von Verteilerkästen oder Wohnhauswänden zeigt sich jedoch am Beispiel der Eisenbahnwaggons, daß subjektives ästhetisches Empfinden des Eigentümers und objektive (wirtschaftliche) Brauchbarkeit von Gebrauchsgegenständen nicht zuverlässig zu trennen sind.

Nicht nur normtheoretisch richtiger, sondern auch der Gesetzesbestimmtheit dienlicher ist es daher, das Tatbestandsmerkmal der „Beschädigung“ als solches teleologisch so weit auszulegen, daß es auf den Wert der Sache für die hinter ihr stehende Person (i. d. R. den Eigentümer) zu beziehen ist. Eine Sache ist demnach – unabhängig von einer Verletzung der Substanz – beschädigt, wenn sie durch äußere, körperliche Einwirkung in ihrer Brauchbarkeit für den dahinterstehenden

<sup>14</sup> Vgl. die entsprechende Zuspitzung von Schroeder, JR 1988, 363.

<sup>15</sup> Maiwald, JZ 1980, 259; ders., JR 1982, 299; Schroeder, JR 1987, 360.

<sup>16</sup> Vgl. aber Diel, Das Regreßverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht, S. 31 ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S. 61 ff.

<sup>17</sup> Dazu jüngst Otto, E. A. Wolff-FS, S. 395 ff.

<sup>18</sup> Otto, E. A. Wolff-FS, S. 401 ff. m. w. N.

<sup>19</sup> Maiwald, JR 1982, 299.

<sup>20</sup> Vgl. BayObLG StV 1997, 80 f.

<sup>21</sup> Maiwald, JR 1982, 298.

<sup>22</sup> BGHSt. 29, 129 ff.; dazu Dölling, NJW 1981, 207 f.; Maiwald, JZ 1980,

257 f.; Schroeder, JR 1987, 359 f.

<sup>23</sup> Vgl. nur die vorstehend Genannten.

Eigentümer beeinträchtigt ist<sup>24</sup>. Eine solche Beeinträchtigung liegt im Fall des OLG Düsseldorf vor.

Das gegenüber dieser weiten Auslegung notwendige Korrektiv – ultima-ratio-Funktion des Strafrechts – findet sich dann in der Voraussetzung einer *erheblichen* Beeinträchtigung. An dieser Stelle ist zum einen zu untersuchen, ob das Interesse des Eigentümers an der Beibehaltung des bisherigen Zustandes nachvollziehbar, mithin nach einem objektivierenden Maßstab „vernünftig“ ist<sup>25</sup>. Im vorliegenden Fall wird man das Interesse der Bahn AG, daß die Außenhaut von Waggons nicht mit Graffiti verschmutzt wird, durchaus als „vernünftig“ einstufen können.

Zum anderen kommt es auf den Intensitätsgrad der Sachbeeinträchtigung an. Die den objektiv vernünftigen Eigentümerinteressen zuwiderlaufende Zustandsveränderung darf nicht nur unerheblich sein. An dieser Stelle ist der systematisch richtige Standort für die Berücksichtigung des Reinigungsaufwands<sup>26</sup>. Steht fest, daß eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands nicht mit nur unwesentlichem Aufwand möglich ist (gegebenenfalls wird ein Sachverständigengutachten einzuholen sein), so liegt eine Sachbeschädigung vor. Bei der Verunstaltung von Eisenbahnwaggons durch Graffiti kommt es an dieser Stelle beispielsweise darauf an, ob die Außenhaut mit einer Folie versehen ist und die aufgesprühte Farbe ohne besonderen Aufwand im Rahmen der turnusmäßigen Reinigung entfernt werden kann. Ist dem so, dürfte es an der Erheblichkeit der Beeinträchtigung fehlen. Es wäre jedoch, wie erwähnt, eine Strafbarkeit wegen eines untauglichen Beschädigungsversuchs in Betracht zu ziehen.

Zu der Frage der Anbringung von Folien, die zwar vom OLG Düsseldorf aufgeworfen wird, finden sich in der Entscheidung keine Hinweise, ob dies bei den be-

troffenen Waggons der Fall war. Man kann dem Argumentationsgang jedoch entnehmen, daß jedenfalls das OLG davon ausgegangen ist, daß an dem betroffenen Waggon keine Folie angebracht war.

Soweit das OLG Düsseldorf dann allerdings an dieser Stelle erneut auf den Reinigungsaufwand eingeht, ist dem zuzustimmen, die mitgeteilten Feststellungen des Tatgerichts sind allerdings bedenklich unbestimmt. Den nicht näher aufgeschlüsselten, für die Reinigung aufgewendeten Betrag von 6900 DM einmal als zutreffend unterstellt sowie gleichermaßen die Behauptung, daß dies den regelmäßig fällig werdenden Reinigungsaufwand nicht unerheblich übersteigt, liegt eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung vor. Der Tatbestand der Sachbeschädigung ist damit erfüllt.

Das überzeugende Ergebnis der Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung läßt sich demzufolge dogmatisch durchaus begründen, ohne daß dem Bestimmtheitsgebot oder dem ultima-ratio-Prinzip Gewalt angetan werden müßten. Voraussetzung ist die Verwendung eines personalisierten Beschädigungsbegriffs in Verbindung mit einer konsequenten Anwendung des Erheblichkeitskorrektivs: Eine Sachbeschädigung ist jede dem objektivierten Eigentümerinteresse zuwiderlaufende und nicht nur unerhebliche Veränderung des Zustands einer Sache durch eine körperliche Einwirkung des Täters auf die Sachsubstanz<sup>27</sup>.

Wiss. Ass. Dr. Carsten Momsen, Göttingen

<sup>24</sup> Maiwald, JR 1982, 298 f.; ders., JZ 1980, 258; vgl. auch Tröndle, § 303 Rdn. 6 a.

<sup>25</sup> Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdn. 8 c mit umfangr. Nachw.

<sup>26</sup> Vgl. BayObLG StV 1997, 81; OLG Frankfurt/M. NJW 1990, 2007; OLG Celle MDR 1978, 507; in dieselbe Richtung auch bereits OLG Düsseldorf MDR 1979, 74; LG Bochum MDR 1979, 74.

<sup>27</sup> Vgl. Stree, in: Schönke/Schröder, § 303 Rdn. 8 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I § 36 Rdn. 11; Maiwald, JZ 1980, 258 f.; Tröndle, § 303 Rdn. 6 a.

## Buchbesprechung

Dionyssopoulou, Athanassia, *Der Tatbestand der Geldwäsche* (Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien 66), Frankfurt am Main etc. 1999. XVII, 196 s., br. DM 69,-.

Die von Neumann (Frankfurt) betreute Dissertation gibt zunächst klar und konzentriert die zur Stellung des § 261 im Rahmen der Anschlußdelikte vertretene Meinungsvielfalt wieder. Zu *meiner* Interpretation (JZ 1993, 913) bemerkt Verf. (57), es sei „fraglich, ob ein Gedanke, der alle Auslegungsschwierigkeiten des Tatbestands zu lösen vermag, überhaupt existiert“. Das ist richtig. Für zutreffend halte ich auch die These, daß § 261 II *kategorial* anderes Verhalten kriminalisiert als § 261 I. Darin sehe ich den Wert dieser Arbeit. Freilich bleibt die Herausarbeitung des Unterschiedes zwischen § 261 I und 261 II unscharf.

Zu § 261 II heißt es (114): „Das geschützte Rechtsgut ist neben der Rechtspflege, im Sinne der Intensivierung der Generalprävention das jeweils durch die Vortat geschützte Rechtsgut. Die privatrechtlichen Interessen gewinnen dadurch eine besondere Bedeutung“. – In der Zusammenfassung (170) heißt es, bei § 261 II „rückt die Generalprävention – Verbrechen darf sich nicht lohnen – als Aufgabe der Rechtspflege in den

Vordergrund. Der Schutz der durch die Vortaten verletzten Rechtsgüter bleibt im Hintergrund“.

Bei § 261 I unterscheidet Verf. noch einmal kategorial zwischen Verfallsgefährdung und Beeinträchtigung des Verfolgungsinteresses (S. 104 f.). Das liest man oft, überzeugt *mich* jedoch nicht, weil nicht erklärt wird, wie man Verfolgungsinteressen beeinträchtigen kann, ohne zugleich auch den Verfall zu gefährden. – Die Dreiteilung des von § 261 verfolgten Rechtsgüterschutzes sucht Verf. für die eigentlich brennenden Probleme des Vervielfachungseffektes, der Limitierung des Herrührens und der Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an einem Geldverkehr ohne aufwendige Recherchen nutzbar zu machen. Insoweit ist kein Fortschritt gegenüber dem bisherigen Diskussionsstand ersichtlich. Vorsicht ist bezüglich der Argumentation im Rahmen von Verfall und Einziehung geboten. Offenbar hat Verf. die vom Gesetzgeber am Ende der Legislaturperiode 1998 im Recht der Einziehung des Verfalls geplanten Änderungen antizipiert. Die Arbeit ist dann unverändert publiziert worden, obwohl diese Reform des Rechts der Einziehung und des Verfalls nicht in Kraft getreten ist.