

RA 01 / 2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Rückforderung der Vergütung nach Kündigung des Geschäftsbesorgungsvertrages	1
Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung nach Kündigung des Mandats	5
Einwilligung des Ehegatten in Grundschuldbestellung	8
Anspruchsmindernde Anrechnung eines Werkstatttrabatts?	12
Zur Bestimmung der örtlichen und internationalen Gerichtszuständigkeit	16

Speziell für Referendare:

Zu den Aufklärungspflichten bei Abschluss eines Franchisevertrages	19
Zulässigkeit einer gewillkürten Prozessstandschaft	22

ÖFFENTLICHES RECHT

EU-Gesellschaften als inländische juristische Personen i.S.d. Art. 19 III GG	25
Zur Verjährung öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche	30
Inkompatibilität des Bundespräsidentenamtes	34
Voraussetzungen für die Unterbindung einer ungenehmigten Sondernutzung	37

Speziell für Referendare:

Ermessensergänzung in der Berufung	41
--	----

STRAFRECHT

Kausalität der Täuschung für den Irrtum bei § 263 I StGB	45
Verwenden i.S.d. § 250 II Nr. 1 StGB nur bei Wahrnehmung durch das Opfer	48
Zum Vermögensnachteil bei § 266 I StGB	53

Speziell für Referendare:

Voraussetzungen für ein Wohngebäude i.S.d. § 306a I Nr. 1 StGB	58
--	----

**DIE AKTUELLESTE
AUSBILDUNGS-
ZEITSCHRIFT**

Jetzt habe ich

gute Karten



DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN

**1100 FRAGEN UND ANTWORTEN.
DIE EXKLUSIVE LERNHILFE. NUR FÜR
UNSERE EXAMENSKURSTEILNEHMER.**

KARTEIKARTEN



Finis coronat opus

Zur optischen und inhaltlichen Neugestaltung der "RA"

Liebe Leserinnen und Leser,

mit der vorliegenden Ausgabe 01/2012 präsentiert die "RA" sich Ihnen in neuem Gewand. Im nunmehr 20. Jahrgang ihres Bestehens möchten wir Ihnen mit unserer Zeitschrift eine noch bessere Unterstützung im Hinblick auf Ihre Prüfungsvorbereitung ermöglichen. Deshalb haben wir uns zu einigen Änderungen entschlossen, von denen wir hoffen und erwarten, dass sie Ihnen von Nutzen sein werden:

- Jede Entscheidung beginnt nun mit einer kurzen Einleitung, in der die zu entscheidenden juristischen Fragen vorgestellt und die Ansichten des Gerichts hierzu zusammengefasst werden.
- Im Anschluss daran folgt eine gegliederte, in den Gutachtaufbau eingebundene Aufbereitung der Entscheidung. Diese Form erleichtert die Umsetzung des Entscheidungsinhalts in eine Klausur oder Hausarbeit. Erläuternde Marginalien helfen beim Verständnis.
- Die Volltextwiedergabe entfällt zugunsten einer gestrafften Aufbereitung, die schneller zum Kern des Problems führt. Durch Hinweise auf die Volltextfundstelle ist aber jederzeit gewährleistet, dass bei Interesse auch die übrigen Passagen der Entscheidung leicht auffindbar sind.
- Ein Fazit mit Urteilsanmerkungen und vertiefenden Hinweisen auf ähnliche Entscheidungen, abweichende Ansichten usw. rundet die Darstellung ab.
- Karteikarten im Mittelteil, passend zu den im Heft enthaltenen Entscheidungen, helfen Ihnen bei der Wiederholung und Vertiefung.
- Die "RA" legt traditionell großen Wert auf die Einbeziehung von Entscheidungen speziell für Referendarinnen und Referendare. Solche sind nunmehr besonders kenntlich gemacht. Soweit es sich anbietet, wird in diesen Fällen der Urteilsstil an Stelle des Gutachtenstils verwendet.

Neben diesen inhaltlichen Änderungen haben wir auch einige optische Verbesserungen vorgenommen. Ein neues Schriftbild sorgt beispielsweise für bessere Lesbarkeit, und der sparsame Einsatz von Fettdruck lenkt das Auge unmittelbar auf die Kernaussagen der Entscheidungen. Auf vielfachen Wunsch unserer Leserinnen und Leser wird die "RA" ferner nun auf einem besonders textmarkerfreundlichen Papier gedruckt.

Bewährtes haben wir natürlich erhalten. So können Sie nach wie vor sicher sein, mit der "RA" eine hochaktuelle Ausbildungszeitschrift in Händen zu halten, in der Ihnen prüfungsrelevante Entscheidungen der Rechtsprechung auf höchstem Niveau präsentiert werden.

"Finis coronat opus" - das Ende krönt das Werk, dichtete einst Ovid. In diesem Sinne hoffen wir sehr, dass Ihnen, liebe Leserinnen und Leser, die neue "RA" gefällt. Für Anregungen, Lob und Kritik erreichen Sie uns unter ra@jura-intensiv.de.

*Frank D. Schildheuer,
Chefredakteur "RA"*

IMPRESSUM

- HERAUSGEBERIN:** JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster
Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545
Internet: <http://www.jura-intensiv.de> - E-Mail: ra@jura-intensiv.de
- CHEFREDAKTION:** Rechtsanwalt Frank Schildheuer (zugleich Öffentliches Recht)
REDAKTEURE: Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Martin Jansen (Zivilrecht)
Rechtsanwalt Uwe Schumacher (Strafrecht)
- ABONNEMENT:** Abonnement (jederzeit kündbar) zum Vorzugspreis von 5 Euro/Heft, für ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV 4,50 Euro/Heft (regulärer Einzelpreis: 6 Euro/Heft) inkl. USt. und Versandkosten. Jahresregister gratis enthalten. Lieferung nur gegen Einzugsermächtigung. Lieferung erstmals im Monat nach Eingang des Abonnements, sofern nichts anderes vereinbart.
Abonnement-Vertrag befindet sich im Heft, online unter <http://www.jura-intensiv.de> und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
- PROBEHEFT:** Einmalige Anforderung eines Probeheftes unter der o.g. Adresse der Herausgeberin ist jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
- BEZUGSPREIS:** Regulär 6,00 Euro/Heft. Ermäßigungen für Abonnenten s.o.
- ERSCHEINEN:** Monatlich, 12 Hefte pro Jahr.
- NACHBESTELLUNG:** Einzelne Hefte können zum Preis von 6 Euro/Heft nachbestellt werden, solange der Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5 Euro/Jahrgang. Einbanddecken: 9 Euro/Stück.
Komplette Jahrgänge, in Leinen gebunden: 90 Euro/Jahrgang.
Alle Preise zzgl. 3,50 Euro Versandkosten, für gebundene Jahrgänge 6,90 Euro (fallen pro Bestellung nur 1x an). Bestellformular befindet sich in der RA und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
- WERBUNG:** Die RA steht externer Werbung offen. Mediadata und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

Zivilrecht

Problem: Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung (Teil 1)

BGH, URTEIL VOM 29.09.2011
IX ZR 170/10 (DB 2011, 2429)

EINLEITUNG:

Das als Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB zu qualifizierende Vertragsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant unterliegt hinsichtlich der Kündigung den Regelungen der §§ 627, 628 BGB. Nach § 627 BGB ist ein wichtiger Grund für die Kündigung nicht erforderlich. Vorliegend kündigte die Beklagte (B) das Mandatsverhältnis nachdem die Mandantin bereits Gebühren gezahlt hatte. Fraglich ist nun, ob die Mandantin diese Gebühren gem. § 812 BGB zurückverlangen kann. Das wirft u.a. die Frage auf, ob sie noch ein „Interesse“ i.S.d. § 628 I 2 BGB an den bisherigen Leistungen der B hat.

Anwaltsvertrag ist Geschäftsbesorgungsvertrag i.S.d. § 675 BGB (vgl. Palandt/Sprau, § 675 Rn. 23)

SACHVERHALT:

B – eine Rechtsanwaltssozietät – hatte ihre Mandantin in einem umfangreichen Rechtsstreit vertreten. Namens und im Auftrag der Mandantin hatte B Berufung eingelegt und einen Ortstermin wahrgenommen. Für das (damals noch nicht abgeschlossene) Berufungsverfahren hatte B der Mandantin Gebühren nach der gesetzlichen Grundlage berechnet, die von der Mandantin auch beglichen worden waren. Im Anschluss verlangte B die Unterzeichnung einer Honorarvereinbarung auf Stundenbasis, was die Mandantin ablehnte. Daraufhin kündigte B das Mandatsverhältnis. Die Mandantin bestellte neue Prozessbevollmächtigte, die ihr für das Berufungsverfahren u.a. eine 1,6-fache Verfahrens- und eine 1,2-fache Terminsgebühr in Rechnung stellten.

Grundlage für die Gebührenforderung: Im Originalfall BRAGO, heute RVG

Die Mandantin ist der Ansicht, die an B gezahlten Gebühren zurückverlangen zu können, da sie anderenfalls nach der Kündigung doppelt in Anspruch genommen werde. Zu Recht?

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUS § 812 I 2 VAR. 1 BGB

- A. Etwas erlangt
- B. Durch Leistung
- C. Späterer Wegfall des rechtlichen Grundes
 - I. Durch Kündigung gem. § 627 BGB
 - II. Anspruch auf Teilvergütung (Ausschluss gem. § 628 I 2 BGB)
- D. Rechtsfolge

LÖSUNG:

Die Mandantin kann die an B für das Berufungsverfahren gezahlten Gebühren gem. § 812 I 2 Var. 1 BGB zurückverlangen, wenn der für die Vermögensverschiebung zunächst bestehende Rechtsgrund nunmehr weggefallen ist.

A. Etwas erlangt

B hat die Gebühren (wahrscheinlich) durch Überweisung und damit in Form eines Auszahlungsanspruchs gegen ihre Bank gem. § 675 t BGB erlangt. Hierbei handelt es sich um eine vermögenswerte Rechtsposition i.S.d. § 812 BGB.

B. Durch Leistung der Mandantin

Dies geschah auch durch Leistung der Mandantin, die bewusst das Vermögen der B um den Auszahlungsanspruch vermehrte, um zweckgerichtet ihrer Verpflichtung aus dem Geschäftsbesorgungsvertrag gem. § 675 BGB nachzukommen.

C. Späterer Wegfall des rechtlichen Grundes

Für die Leistung der Mandantin bestand mit dem zwischen ihr und B geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 BGB zunächst ein Rechtsgrund. Denn der Geschäftsbesorgungsvertrag stellt einen Sonderfall eines Werk- oder Dienstvertrages dar, der den Berechtigten zur Zahlung der vereinbarten (oder jedenfalls üblichen) Vergütung verpflichtet (§ 612 II bzw. § 632 II BGB).

I. Kündigung des Vertrages durch B

Der Rechtsgrund könnte jedoch durch die Kündigung des Vertrages durch B gem. § 627 BGB weggefallen sein.

B hat die Kündigung ausgesprochen, nachdem die Mandantin sich weigerte, eine Honorarvereinbarung auf Stundenbasis zu unterschreiben. Diese Kündigung beruht auf § 627 BGB, da die Leistung des Rechtsanwalts aufgrund eines freien Dienstverhältnisses erfolgte, das kein Arbeitsverhältnis ist, ferner keine festen Bezüge jedoch Dienste höherer Art vereinbart wurden, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Die Kündigung durch B bedurfte damit keines wichtigen Grundes (vgl. auch § 627 II BGB) und ist ohne weiteres wirksam.

II. Anspruch auf Teilvergütung gem. § 628 I 1 BGB

Die Kündigung wirkt jedoch ex nunc und lässt damit die Wirksamkeit des Rechtsverhältnisses für die Vergangenheit unangetastet. Daher könnte der B jedenfalls ein Anspruch auf Vergütung aus § 628 I 1 BGB für die bislang erbrachten Leistungen – hier die fristgerechte Einlegung der Berufung und die Wahrnehmung des Ortstermins – zustehen.

Das gilt gem. § 628 I 2 BGB jedoch nicht, wenn die Kündigung durch den Verpflichteten (B) nicht durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils (Mandantin) veranlasst wurde und der andere Teil an den bisherigen Leistungen kein Interesse hat.

1. Kein Vertragswidriges Verhalten der Mandantin

Die Mandantin könnte sich dadurch vertragswidrig verhalten haben, dass sie nicht in Verhandlungen über den Abschluss einer Honorarvereinbarung auf Stundenbasis eintrat. Fraglich ist allerdings, ob sie sich auf derartige Verhandlungen überhaupt einlassen musste. Ein „Verhandlungsanspruch“ der B könnte sich allenfalls aus § 313 BGB ergeben:

„[11] Entsprechend den Ausführungen im Urteil des Berufungsgerichts kann offen bleiben, ob im Fall der Vereinbarung der Abrechnung der Anwaltsgebühren des Rechtsstreits auf Grundlage der

Voraussetzungen des § 627 BGB:

- freies Dienstverhältnis / kein Arbeitsverhältnis
- keine festen Bezüge
- Dienste höherer Art
- Übertragung aufgrund bes. Vertrauens

MünchKommBGB/Henssler, § 627 BGB Rn. 20

Die Wertung des § 628 I 1 BGB findet sich für den Anwaltsvertrag auch in § 15 IV RVG.

gesetzlichen Honorarvorschriften überhaupt eine Anwendung des § 313 BGB, die etwa dazu führen würde, dass die mit den gesetzlichen Gebühren verbundene Mischkalkulation außer Kraft gesetzt werden könnte, in Betracht kommt. Auch wenn wenig dafür spricht, dass es möglich sein soll, in jedem Fall, in dem die aufwändige Bearbeitung eines Rechtsstreits mit einem vergleichsweise niedrigen Streitwert dazu führt, dass die gesetzlichen Gebühren diese Tätigkeit nicht abdecken, einen Anspruch des Rechtsanwalts anzunehmen, Verhandlungen über die Anpassung der Gebühren zu verlangen, braucht diese Frage letztlich hier nicht entschieden zu werden.

Beachte: In einem „obiter dictum“ spricht sich der BGH vorsichtig gegen die Anwendbarkeit des § 313 BGB aus.

[12] Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Beklagten die Zedentin vor die Wahl gestellt, entweder die von ihnen diktierten Stundensätze für die weitere Fortführung des Mandats zu akzeptieren oder die Kündigung des Mandatsverhältnisses entgegenzunehmen. **Ein Verlangen der Beklagten, in Verhandlungen über eine Anpassung der Gebühren einzutreten hat es nicht gegeben. Selbst wenn dies anders gewesen wäre, hätte die Beklagte das Anpassungsverfahren betreiben müssen.**

Die Mandantin musste sich folglich nicht entsprechend § 313 BGB auf die Verhandlungen einlassen und hat sich damit auch nicht vertragswidrig verhalten.

2. Interessenwegfall

Die Mandantin dürfte ferner kein Interesse an den bereits erbrachten Leistungen haben.

a) Grundsatz

Von einem Interessenwegfall i.S.d. § 628 I 2 BGB ist auszugehen, wenn die bisherigen Leistungen für den Dienstberechtigten nutzlos sind:

„[13] (...) Von einem entsprechenden Interessenwegfall für den Dienstberechtigten ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann auszugehen, wenn dieser die Leistung nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist. Einer entsprechenden Lage sieht sich der Auftraggeber eines Rechtsanwalts gegenüber, wenn er wegen einer von seinem bisherigen Prozessbevollmächtigten grundlos ausgesprochenen Kündigung einen anderen Prozessbevollmächtigten neu bestellen muss, für den die gleichen Gebühren nochmals entstehen. **Die Aufwendungen für den zuerst bestellten Prozessbevollmächtigten sind dann für den Auftraggeber nutzlos geworden, der Vergütungsanspruch geht unter.** (...)“

Ständige Rechtsprechung, vgl. BGH, NJW 1985, 41; NJW 1997, 188; BGHZ 174, 186

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Fraglich ist, ob der o.g. Grundsatz ohne weiteres auf den hier vorliegenden Fall übertragen werden kann. Zu beachten ist, dass B immerhin Leistungen mit einem bleibenden Wert für die Mandantin erbracht hat, wie z.B. die fristgerechte Einlegung der Berufung (vgl. § 517 ZPO).

„[14] (...) Die Einschränkung, die bis zur Mandatsniederlegung erbrachten Leistungen würden für den Auftraggeber jedenfalls insoweit nicht nutzlos, als die Tätigkeiten des ersten Anwalts für den

Mandanten einen bleibenden Wert hätten, wie z.B. die Klageerhebung zur Hemmung der Verjährung oder Einlegung eines fristgebundenen Rechtsmittels, das der zweite Anwalt infolge des Fristablaufs nicht mehr einlegen könne, ist jedenfalls insoweit nicht gerechtfertigt, als der Auftraggeber einen neuen Anwalt bestellen muss, um den Rechtsstreit fortführen zu können.

[16] Würde man dem Rechtsanwalt die Möglichkeit geben, durch die nach § 627 Abs. 1 BGB ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässige Kündigung des Mandatsverhältnisses den Auftraggeber dem Risiko auszusetzen, dass er die gleichen Gebühren noch einmal entrichten muss, hätte der Anwalt ein Instrument, jederzeit höhere als die gesetzlichen Gebühren durchzusetzen. (...)"

Folglich bleibt es bei dem Grundsatz, dass die Aufwendungen für die erstmalige Mandatierung nutzlos i.S.d. § 628 I 2 BGB sind.

Mithin besteht auch kein Anspruch der B auf eine Teilvergütung für die bereits erbrachten Leistungen. Es besteht daher insgesamt kein Rechtsgrund für die Leistung der Mandantin.

D. Rechtsfolge

Die Mandantin kann gem. §§ 812 I 2 Var. 1, 818 BGB von B die Rückzahlung der Gebühren verlangen.

FAZIT:

Die Entscheidung ist auch, aber nicht nur für Referendare interessant.

In eine (Anwalts-)Klausur des zweiten Examens ließen sich leicht weitere Fragen nach der Vergütung der Rechtsanwälte einbauen. So wirft auch der Senat die Frage auf, ob die Gebühren für den neuen Anwalt nicht deswegen zu kürzen sind, weil sie faktisch zweimal anfallen. Das lehnt der Senat jedoch ab. Denn wirtschaftlich gesehen hat der Mandant keinen Vorteil davon, dass der zuerst tätige Anwalt bereits Leistungen erbracht hat, die isoliert betrachtet werthaltig sind. Entscheidend ist allein, dass der Mandant einen zweiten Anwalt mandatieren muss, da er anderenfalls ein Versäumnisurteil riskiert. Schon hieraus ergibt sich, dass die Leistungen des ersten Anwalts keinen Wert für den Mandanten haben, so dass auch eine Anrechnung der Gebühren nicht in Betracht kommt.

Problem: Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung (Teil 2)

OLG DÜSSELDORF, BESCHLUSS VOM 27.06.2011
I-24 U 193/10, 24 U 193/10 (ANWBL 2011, 869)

EINLEITUNG:

Der Beschluss befasst sich mit dem Vergütungsanspruch des klagenden Rechtsanwalts, der das Mandatsverhältnis gekündigt hatte. Im Mittelpunkt steht die Frage nach einem Auflösungsverschulden i.S.d. § 628 I 2 BGB.

I.R.d. § 628 I 2 BGB ist ein sog. Auflösungsverschulden beachtlich.

SACHVERHALT:

Der Kläger ist Rechtsanwalt. Im Jahr 2007 übernahm er für die Beklagte ein Verkehrsunfallmandat. Die Beklagte war bei einem Unfall, für den der Unfallgegner unstreitig alleinverantwortlich war, erheblich verletzt worden. In Gesprächen zu Beginn des Jahres 2008 kamen die Parteien überein, dass der Kläger insbesondere Schmerzensgeldansprüche der Beklagten im Umfang von mindestens 70.000 € gegenüber der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners durchsetzen solle. Bis März 2009 erreichte der Kläger, dass der Beklagten eine im Verhältnis zur avisierten Forderung minimale Abschlagszahlung ausgezahlt wurde. Trotz mehrerer Aufforderungen durch die Beklagte bearbeitete der Kläger das Verfahren nur sehr schleppend und mied offensichtlich die Korrespondenz mit der Haftpflichtversicherung. Am 30.03.2009 äußerte die Beklagte gegenüber einer Angestellten des Klägers, dass sie diesen für „inkompetent“ halte und „ihn hasse.“ Daraufhin kündigte der Kläger das Mandatsverhältnis am 31.03.2009 fristlos und verfolgt nun seinen Honoraranspruch auf Basis des § 628 I 1 BGB.

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH DES KLÄGERS AUS § 675 I.V.M. § 612 II BZW. § 632 II BGB

- A. Anspruch entstanden
- B. Anspruch erloschen
 - I. Durch Kündigung gem. § 627 BGB
 - II. Anspruch auf Teilvergütung gem. § 628 I 1 BGB
 - III. Ausschluss gem. § 628 I 2 BGB
- C. Ergebnis

LÖSUNG:

Der Kläger (K) hat gegen die Beklagte (B) einen Vergütungsanspruch aus § 675 i.V.m. § 612 II bzw. § 632 II BGB, sofern dieser entstanden und nicht durch die Kündigung erloschen ist.

A. Anspruch entstanden

Der Vergütungsanspruch ist durch den Abschluss des als Geschäftsbesorgungsvertrages zu qualifizierenden Anwaltsvertrages entstanden. Als Sonderfall des Dienst- oder Werkvertrages rekuriert § 675 BGB auf die Normen der §§ 611 ff. bzw. § 631 ff. BGB. Da es sich vorliegend um ein zwar umfangreiches aber letztlich einzelnes Mandat handelt, ähnelt die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien einem Werkvertrag nach § 631 BGB. Der Vergütungsanspruch ergibt sich daher aus § 675 i.V.m. § 632 II BGB (vgl. BeckOK/Fischer, § 675

Anspruchsgrundlage ist § 675 BGB i.V.m. § 632 II BGB; Anspruchshöhe richtet sich nach dem RVG.

BGB Rn. 13). Die Höhe der Vergütung ist nach dem RVG zu bemessen, sofern die Parteien keine Honorarvereinbarung abgeschlossen haben.

B. Anspruch erloschen

Der Anspruch dürfte nicht erloschen sein.

I. Durch Kündigung des K am 31.03.2009

Der Anspruch könnte durch die Kündigung des K am 31.03.2009 erloschen sein. Hierbei handelt es sich um eine Kündigung gem. § 627 BGB, die insbesondere keinen wichtigen Grund (etwa i.S.d. § 626 BGB) verlangt und daher ohne weiteres wirksam ist (siehe hierzu auch oben, Problem: Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung [Teil 1]).

II. Anspruch auf Teilvergütung gem. § 628 I 1 BGB

Bei einer Kündigung gem. § 627 BGB behält der Dienstverpflichtete – hier also der K – einen Anspruch auf Teilvergütung entsprechend seiner bisher erbrachten Leistungen. Somit könnte K jedenfalls einen Teilbetrag von B verlangen.

III. Ausschluss gem. § 628 I 1 BGB

Der Anspruch auf Teilvergütung gem. § 628 I 1 BGB entfällt gem. § 628 I 2 BGB, wenn die Kündigung durch den Verpflichteten (K) nicht durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teils (B) veranlasst wurde und der andere Teil an den bisherigen Leistungen kein Interesse hat.

Anerkannt ist außerdem, dass der Rechtsanwalt seinen Honoraranspruch verliert, wenn er durch ein erheblich schuldhaft vertragswidriges Verhalten die Kündigung des Mandanten veranlasst hat oder wenn er, ohne einen wichtigen Grund dafür zu haben, das Mandatsverhältnis selbst kündigt (sog. Auflösungsverschulden). Da K hier selbst kündigte, stellt sich die Frage, ob diese Kündigung durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt war. Das muss im Wege einer Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ermittelt werden, wobei nicht bloß auf ein isoliertes Ereignis abzustellen, sondern das gesamte Mandatsverhältnis in den Blick zu nehmen ist.

Kündigung nach § 627 BGB ist nur nach Maßgabe des § 628 I 2 BGB „honorarunschädlich“ - entscheidend ist Auflösungsverschulden.

1. Vertragswidriges Verhalten

a) Verhalten der B

Die Äußerung der B, sie halte den K für inkompetent und hasse ihn, geht über eine sachliche Kritik an der Arbeitsweise des K hinaus und ist als vertragswidrig zu qualifizieren.

b) Zögerliche Bearbeitung des Verfahrens durch K

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass K durch die äußerst zögerliche und schleppende Bearbeitung des Verfahrens selbst einen Grund gegeben haben könnte, der die B zur Kündigung nach § 627 BGB berechtigt hätte. Sollte dies der Fall sein, kann K sich nicht auf die Äußerung der B berufen:

„[15] Mit Blick auf die schleppende Behandlung des Falles, insbesondere hinsichtlich der Durchsetzung des Schmerzensgeldanspruchs, die unterbliebene Geltendmachung einer (hier evident

möglichen) namhaften Abschlagszahlung auf das Schmerzensgeld und schließlich die nach vorheriger Abmahnung am 26. Februar 2009 offensichtlich erneut schuldhaft unterbliebene unverzügliche Umsetzung des im Mandantengespräch von Anfang Januar 2009 erzielten Einvernehmens über die Höhe des geltend zu machenden Schmerzensgeldes, **wäre die Beklagte (spätestens) am 30. März 2009 berechtigt gewesen, das Mandat aus wichtigem Grunde zu kündigen.** Dass sie davon - offensichtlich wegen eines Rechtsirrtums - Abstand genommen hatte und sich darauf beschränkte, die Fachkompetenz des Zedenten in Zweifel zu ziehen und ihren Gefühlen in zugegebenermaßen heftiger Weise Ausdruck zu verleihen, war vor dem Hintergrund des Geschehens zumindest verständlich (vgl. Senat OLG R 2009, 253). Der Zedent hatte deshalb keine hinreichende Veranlassung, das Mandat nun seinerseits fristlos zu kündigen. Vielmehr wäre es angebracht gewesen, nun das lange versprochene Anspruchsschreiben zu fertigen und an die Haftpflichtversicherung zu versenden. Dass dem sachliche Gründe aus der Risikosphäre der Beklagten entgegengestanden hätten, behauptet der Kläger selbst nicht und kann auch sonst nicht festgestellt werden. (...)

c) Zwischenergebnis

Da B ihrerseits zur Kündigung berechtigt gewesen wäre, ist es dem K untersagt, sich seinerseits auf die Vertragsverletzung der B zur fristlosen Mandatsniederlegung zu berufen.

Vgl. auch BGH, NJW 1996, 347; OLG R Düsseldorf 2007, 325

2. Interessenwegfall

Es ist außerdem davon auszugehen, dass B kein Interesse i.S.d. § 628 I 2 BGB an den bisherigen Leistungen des K hat.

Vgl. hierzu ausführlich oben: Anspruch auf Rechtsanwaltsvergütung (Teil 1)

C. Ergebnis

Der Anspruch des K aus § 675 i.V.m. § 632 II BGB ist erloschen.

FAZIT:

Die Entscheidung verdeutlicht die Zwiespältigkeit der §§ 627, 628 BGB. Zwar bedarf die Kündigung nach § 627 BGB keines wichtigen Grundes, so dass sie regelmäßig wirksam ist. Interessanter ist daher die Frage nach dem Anspruch auf die Teilvergütung gem. § 628 I 1 BGB bzw. dessen Entfall nach § 628 I 2 BGB. Wie der Senat herausstellt wird unter dem Gesichtspunkt des Auflösungsverschuldens das Erfordernis eines wichtigen Kündigungsgrundes doch wieder relevant. Denn nur wenn ein solcher Grund vorliegt, ist – jedenfalls aus Anwaltsperspektive – eine „honorarunschädliche“ Kündigung i.S.d. § 627 BGB möglich. Bei der Klausurbearbeitung darf also das Fehlen eines wichtigen Grundes bei § 627 BGB nicht überbewertet werden, da er mittelbar i.R.d. § 628 BGB Berücksichtigung finden kann.

Insgesamt ist aufgrund der Vielzahl von Entscheidungen im Bereich des rechtsanwaltlichen Vergütungsanspruchs mit einer Umsetzung dieses Themas als Examensklausur zu rechnen.

Weiterführend z.B.: OLG Düsseldorf, MDR 2011, 1327 (keine Minderung des Vergütungsanspruchs wegen mangelhafter Dienstleistung)

Problem: § 1365 BGB bei Grundschuldbestellung

BGH, URTEIL VOM 07.10.2011
V ZR 78/11 (NJW 2011, 3783)

§ 1365 I BGB:

„Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.“

EINLEITUNG:

Das vorliegende Urteil verknüpft familienrechtliche und immobilienrechtliche Erwägungen.

Gem. § 1365 I BGB ist eine Verpflichtung zur Verfügung bzw. eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen nur mit der Einwilligung des Ehegatten möglich. § 1365 I BGB erfasst nach h.M. auch eine dingliche Belastung, also z.B. die Bestellung einer Hypothek oder Grundschuld. Im Kern geht es hier um die Frage, ob und inwieweit Grundschuldzinsen bei der Berechnung des Gesamtvermögens zu berücksichtigen sind.

SACHVERHALT:

Mit notariellem Vertrag bestellte der Kläger der beklagten Bank eine erstrangige Sicherungsgrundschuld über insgesamt 367.500 € an seinem Grundstück nebst 16 % Jahreszinsen. Das Grundstück hat einen Verkehrswert von 426.000 € und stellt neben einem Bankvermögen von rund 10.000 € den einzigen Vermögensgegenstand des Klägers dar. Nach Kündigung und Fälligkeit im April 2009 geht die Bank, die die Vermögens- und Familienverhältnisse des Klägers kennt, aus der Grundschuld vor.

Der Kläger meint, die Grundschuldbestellung sei mangels Beteiligung seiner Ehefrau unwirksam. Kann die Bank aus der Grundschuld gegen den Kläger vorgehen?

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH DER BANK AUS §§ 1192 I, 1147 BGB AUF DULDUNG DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG

- A. Anspruchsgegner Eigentümer des Grundstücks
- B. Anspruchsteller Inhaber der Grundschuld
- C. Fälligkeit der Grundschuld
- D. Keine Einwendungen des Eigentümers
- E. Keine Einreden des Eigentümers
- F. Ergebnis

LÖSUNG:

Die Bank (B) kann vom Kläger (K) als Grundstückseigentümer gem. §§ 1192 I, 1147 BGB die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen, wenn sie Inhaberin der Grundschuld und diese fällig ist, soweit dem K keine Einwendungen oder Einreden zustehen.

A. Eigentümerstellung des K

Zunächst müsste K als Anspruchsgegner Eigentümer des Grundstücks sein. Das ist der Fall.

B. B als Inhaberin der Grundschuld

Außerdem müsste B Inhaberin der Grundschuld sein. Das ist der Fall, wenn ihr die Grundschuld wirksam gem. §§ 873, 1191, 1192 I, 1113, 1115, 1116 BGB durch K bestellt wurde.

I. Einigung gem. §§ 873 I, 1191 BGB

K und B müssten sich wirksam gem. §§ 873 I, 1191 BGB über die Grundschuldbestellung geeinigt haben. K und B sind zu einer Übereinkunft hinsichtlich der Grundschuldbestellung gekommen, die sogar notariell beurkundet wurde. Eine Einigung liegt damit vor.

Die Frage nach der Einwilligungsbefähigung des Rechtsgeschäfts gem. § 1365 BGB kann an dieser Stelle noch unbeantwortet bleiben. Denn die Grundschuldbestellung ist ein Verfügungsgeschäft. Insoweit bewirkt § 1365 BGB bei fehlender Einwilligung, dass der handelnde Ehegatte als Nichtberechtigter tätig geworden ist. Die Problematik ist daher beim Prüfungspunkt „Verfügungsbefugnis“ zu verorten.

Die notarielle Beurkundung ist zwar nicht erforderlich (vgl. § 925 BGB), führt aber gem. § 873 II BGB zur Bindungswirkung der Erklärung.

II. Eintragung

Von der Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch ist auszugehen.

III. Einig sein im Zeitpunkt der Eintragung (vgl. § 873 II BGB)

Aufgrund der notariellen Beurkundung (s.o.) sind die Parteien gem. § 873 II Var. 1 BGB an ihre Erklärungen gebunden, so dass der Prüfungspunkt des Einig seins entfällt.

IV. Verfügungsbefugnis

K müsste Verfügungsbefugnt gewesen sein. Das ist der Fall, wenn er als Eigentümer nicht in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt ist. Insofern kommt das absolute Verfügungsverbot des § 1365 I 2 BGB in Betracht, da die Einwilligung der Ehefrau des K nicht vorliegt und auch nicht mehr erteilt werden wird. Dann müssten die Voraussetzungen des § 1365 I BGB gegeben sein.

1. Wirksame Ehe im Güterstand der Zugewinngemeinschaft

K und seine Ehefrau haben eine wirksame Ehe geschlossen und leben – mangels entgegenstehender Anhaltspunkte – im gesetzlichen Güterstand, also im Güterstand der Zugewinngemeinschaft gem. §§ 1363 ff. BGB.

2. Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft

Es müsste eine Verpflichtung zur Verfügung oder ein Verfügungsgeschäft vorliegen. Wie bereits geklärt, ist die Grundschuldbestellung eine Verfügung, da durch sie ein bestehendes Recht, nämlich das Eigentum des K an dem Grundstück in dinglicher Weise belastet wird.

Eine Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch das ein bestehendes Recht übertragen, aufgehoben, belastet oder sonst wie inhaltlich geändert wird.

3. Über das Vermögen im Ganzen

Dieses Verfügungsgeschäft müsste das Vermögen im Ganzen betreffen.

a) Betrachtungsweise

Nach der herrschenden Einzeltheorie fallen unter § 1365 BGB alle Rechtsgeschäfte, die sich auf das Vermögen „en bloc“ beziehen, sowie alle Rechtsgeschäfte über einzelne Vermögensgegenstände, wenn es sich bei diesen Gegenständen wirtschaftlich um das ganze oder nahezu das ganze Vermögen handelt. Die Tatsache, dass mit dem Grundstück des K ein Einzelgegenstand betroffen ist, ist demnach unschädlich.

H.M.: Einzeltheorie (a.A.: Gesamtheorie)

Auch Grundpfandrecht ist Verfügung i.S.d. § 1365 BGB, wenn Verkehrswert zu 90 % ausgeschöpft.

b) Grundpfandrechte

Umstritten ist zudem, ob auch die Belastung mit einem Grundpfandrecht eine Verfügung i.S.d. § 1365 BGB darstellt. Nach herrschender Ansicht ist das der Fall, soweit mit der Belastung der Verkehrswert vollständig oder nahezu ausgeschöpft wird. Die Rechtsprechung erkennt in einer dinglichen Belastung eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen, wenn diese mindestens 90 % des Verkehrswertes des Grundstücks erfasst.

Fraglich ist, ob diese Grenze vorliegend erreicht ist. Der Verkehrswert des Grundstücks beträgt 426.000 €; die Belastung durch die Grundschuld beläuft sich auf 367.500 € und hat damit einen Umfang von 86 %. Die Belastungsgrenze ist damit nicht überschritten. Etwas anderes könnte sich nur daraus ergeben, dass der Jahreszins der Grundschuld von 16 % berücksichtigt wird. Problematisch ist hierbei jedoch, dass die Jahreszinsen im relevanten Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts (also der Einigung gem. §§ 873 I, 1191 BGB) noch nicht angefallen sind. Vielmehr realisieren sich die Zinsen erst mit einem gewissen Zeitablauf.

„[9] Dass dingliche Zinsen im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch nicht entstanden sein können, führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht dazu, dass sie bei der Ermittlung der durch die Belastung eingetretenen Wertminderung nicht zu berücksichtigen wären. Richtig ist zwar, dass es bei der Anwendung des § 1365 BGB allein auf die objektiven Wertverhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommt (BGH, Urteil vom 21. März 1996 – III ZR 106/95, BGHZ 132, 218, 227). Das bedeutet aber nicht, dass sich die Wertminderung nach dem Betrag bemisst, der sich bei einer (fiktiven) Verwertung der Grundschuld am Tag ihrer Bestellung bzw. Entstehung erlösen ließe.

vgl. BGHZ 77, 293; BGH, NJW 1990, 112; BGHZ 101, 225

[10] Maßgeblich ist vielmehr, inwieweit die Belastung den Wert des Grundstücks als Zugriffsobjekt für potentielle Gläubiger, und damit auch für den Ehegatten des Verfügenden als möglichen Gläubiger eines Anspruchs auf Zugewinn, absinken lässt. Ein potentieller Gläubiger wird aber schon im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung von einer Wertminderung des Grundstücks im Umfang des vollen, die dinglichen Zinsen einbeziehenden Sicherungswerts der Grundschuld (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1982– III ZR 164/80, NJW 1982, 2768, 2769 zu II. 2.) ausgehen. Denn er muss im Regelfall damit rechnen, dass die Verwertung der Grundschuld erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem auch dingliche Zinsen in nennenswertem Umfang vollstreckt werden können. **In diesem Fall haben die in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG fallenden Ansprüche wegen der laufenden Zinsen und der aus den letzten zwei Jahren rückständigen Zinsen Vorrang vor anderen Grundpfandrechten. Dem entspricht es, wenn bei der Berechnung des Wertverlusts, den ein Grundstück infolge der Belastung mit einer Grundschuld erleidet, sofern nicht besondere Umstände im Einzelfall eine abweichende Bewertung erfordern, dingliche Zinsen für zweieinhalb Jahre einbezogen werden.“**

Somit sind die Jahreszinsen in Höhe von 16 % für einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren zu berücksichtigen, obwohl sie derzeit noch nicht angefallen sind.

Damit ist die Belastungsgrenze von 90 % vorliegend deutlich überschritten. Dies kann auch dadurch nicht mehr ausgeglichen werden, dass der Kläger über ein Bankguthaben von 10.000 € verfügt.

4. Kenntnis des Dritten vom Umfang des Rechtsgeschäfts

B hatte Kenntnis von der Vermögenslage und den familiären Verhältnissen des K.

H.M.: Kenntnis des Dritten im Zeitpunkt der Vornahme des schuldrechtlichen Geschäfts erforderlich.

5. Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen des § 1365 I BGB sind erfüllt, so dass die Einwilligung der Ehefrau des K erforderlich gewesen wäre. Da sie diese nicht erteilt hat und auch nicht erteilen wird, hat K als Nichtberechtigter gehandelt. Da ein gutgläubiger Erwerb der Grundschuld wegen des absoluten Verfügungsverbots des § 1365 I 2 BGB nicht in Betracht kommt, liegt keine wirksame Grundschuldbestellung vor.

C. Ergebnis

B ist nicht Inhaberin der Grundschuld und kann daher nicht nach §§ 1192 I, 1147 BGB gegen K vorgehen.

FAZIT:

Die Entscheidung darf als ausgesprochen relevant für beide Examina eingestuft werden.

Für das erste Examen gilt dies, weil die Probleme im Zusammenhang mit § 1365 BGB als „Klassiker“ gelten. Der vorliegende Fall schöpft das Problemspektrum beinahe vollständig aus.

Für das zweite Examen sei erwähnt, dass sich (wie im Originalfall) eine Einbettung der Problematik in einen zwangsvollstreckungsrechtlichen Aufbau geradezu aufdrängt. Tatsächlich hatte sich der Kläger in der Grundschuldbestellungsurkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundvermögen unterworfen und wollte nun gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten vorgehen. Statthafter Rechtsbehelf war die Vollstreckungsgegenklage gem. §§ 767 I, 794 Nr. 5, 795, 797 ZPO, da sich der Kläger mit einer materiellen Einwendung (§ 1365 BGB) gegen den in der Urkunde titulierten Anspruch wandte.

Zwangsvollstreckungsrechtliche Einbettung: Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 I ZPO

Problem: Anrechnung des Werksangehörigenrabatts

BGH, URTEIL VOM 18.10.2011
VI ZR 17/11 (NJW-SPEZIAL 2011, 746)

EINLEITUNG:

Bei einem Verkehrsunfall haften die Fahrzeughalter bzw. –führer einander nach § 7 I StVG bzw. § 18 I StVG. Da die Haftungstatbestände nach dem StVG im Hinblick auf das Verschulden leichter nachzuweisen sind, als der verschuldensabhängig ausgestaltete Tatbestand des § 823 BGB, gehen erstere den allgemeinen deliktischen Normen vor. Die Unfallverursachungsbeiträge sind gem. §§ 17 II, I StVG gegen einander abzuwägen. Die Prüfung des Schadens richtet sich unter Berücksichtigung der Sonderregelungen §§ 10 – 13 StVG nach den allgemeinen Normen der §§ 249 ff. BGB. Hier geht es um die Frage, ob ein dem Geschädigten gewährter Werkstattribatt anspruchsmindernd wirkt.

- § 7 I StVG = verschuldensabhängig
- § 18 I StVG = Haftung für vermutetes Verschulden

SACHVERHALT:

Der Kläger erlitt mit seinem Pkw – einem BMW MINI – einen Verkehrsunfall, für den die Beklagten (die Fahrerin/Halterin und deren Haftpflichtversicherung) dem Grunde nach voll haften.

Zunächst ließ der Kläger u.a. die Reparaturkosten von einem Sachverständigen schätzen und rechnete auf dieser Grundlage fiktiv ab. Bei der anschließend in einer BMW-Niederlassung durchgeführten Reparatur stellte sich heraus, dass die tatsächlichen angefallenen Kosten den vom Sachverständigen geschätzten Betrag um 550 € überstiegen. Da dem Kläger als BMW-Mitarbeiter jedoch ein Werksangehörigenrabatt gewährt wurde, musste er im Ergebnis nur einen Betrag zahlen, der unter dem vom Sachverständigen ermittelten Wert lag. Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Zahlung weiterer 550 € von den Beklagten. Er ist der Ansicht, der Werksangehörigenrabatt habe bei der Berechnung des Schadens außer Betracht zu bleiben.

Zur fiktiven Schadensabrechnung vgl. OLG Karlsruhe, RA 2010, 109 = NJW-RR 2010, 96 und RA 2011, 149 = NJW 2011, 669

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH DES KLÄGERS AUS §§ 7 I, 18 I STVG (BZW. § 115 I 1 NR. 1 VVG I.V.M. §§ 7 I, 18 I STVG)

- A. Anspruchsbegründender Tatbestand
 - I. Rechtsgutverletzung gem. §§ 7, 18 StVG
 - II. Halter bzw. Fahrzeugführer
 - III. Bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs
 - IV. Verschulden (gem. § 18 I 2 StVG)
 - V. Kein Ausschluss
 - VI. Verursachungsbeiträge gem. §§ 17 II, I, 18 III StVG
- B. Schaden

LÖSUNG:

A. Anspruch des Klägers (K) gegen die Beklagte zu 1) (B1)

I. Anspruch aus § 7 I StVG

1. Anspruchsbegründender Tatbestand

K hat eine Sachbeschädigung, mithin eine Rechtsgutverletzung i.S.d. § 7 I StVG durch die Halterin eines Kraftfahrzeugs bei Betrieb dessel-

ben erlitten. Die Haftung ist nicht gem. § 7 II StVG oder § 8 StVG ausgeschlossen. § 7 I StVG verlangt als Gefährdungshaftung kein Verschulden. Die gem. § 17 II, I StVG erforderliche Abwägung der Verursachungsbeiträge – d.h. insbesondere die Berücksichtigung der Betriebsgefahr der jeweiligen Pkw und des schuldhaften Verhaltens – ergibt laut Sachverhalt eine volle Haftung der B1.

2. Schaden

Dem K müsste ein Schaden gem. §§ 249 ff. BGB i.V.m. §§ 10 – 13 StVG entstanden sein.

a) Vorliegen

Ein Schaden liegt nach der herrschenden Differenzhypothese vor, wenn sich aus dem Vergleich zwischen der tatsächlichen Vermögenslage des Betroffenen unter Berücksichtigung des schädigenden Ereignisses und der hypothetischen Vermögenslage unter Ausschluss des schädigenden Ereignisses eine Differenz ergibt. Das ist vorliegend der Fall, da dem K ohne den Unfall keine Reparaturkosten entstanden wären.

Differenzhypothese: tatsächliche
↔ hypothetische Vermögenslage

b) Ersatzfähigkeit gem. § 249 II 1 BGB

Die Reparaturkosten müssten gem. §§ 249 ff. BGB ersatzfähig sein. Gem. § 249 I BGB kann der Geschädigte vorrangig die Wiederherstellung des vormaligen Zustandes (sog. Naturalrestitution) verlangen. Nach § 249 II 1 BGB darf er jedoch bei einem Sach- oder Personenschaden den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen.

§ 249 I BGB: Naturalrestitution
§ 249 II BGB: Geldkompensation

Fraglich ist aber, ob K einen Anspruch auf Zahlung weiterer 550 € gegen B1 hat. Das hängt zunächst davon ab, ob er von seiner ursprünglich gewählten, fiktiven Schadensabrechnung zu einer konkreten Abrechnung wechseln kann.

aa) Wechsel zur konkreten Schadensabrechnung

„[4] Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger von den Beklagten Ersatz des ihm tatsächlich entstandenen Schadens verlangen kann und er nicht an die von ihm ursprünglich gewählte fiktive Abrechnung auf der Basis der vom Sachverständigen geschätzten Kosten gebunden ist. **Wie der erkennende Senat für den - hier nicht gegebenen - Fall eines wirtschaftlichen Totalschadens entschieden hat, ist der durch einen Verkehrsunfall Geschädigte, der seinen Fahrzeugschaden mit dem Haftpflichtversicherer des Schädigers zunächst auf der Grundlage des vom Sachverständigen ermittelten Wiederbeschaffungsaufwands abrechnet, an diese Art der Abrechnung nicht ohne Weiteres gebunden.** Er kann - im Rahmen der rechtlichen Voraussetzungen für eine solche Schadensabrechnung und der Verjährung - die höheren Kosten einer nunmehr tatsächlich durchgeführten Reparatur des beschädigten Fahrzeugs verlangen, sofern sich nicht aufgrund der konkreten Umstände des Regulierungsgeschehens etwas Abweichendes ergibt. Für den vorliegenden Fall kann nichts anderes gelten. (...)“

Dem K ist es folglich nicht verwehrt, nunmehr eine konkrete Schadensabrechnung zu verlangen.

„Erforderlich“ i.S.d. § 249 II 1 BGB
⇒ Wirtschaftlichkeitsgebot

bb) Berücksichtigung des Werksangehörigenrabatts

Die Ersatzfähigkeit der begehrten 550 € hängt im weiteren davon ab, ob K sich den Werksangehörigenrabatt anrechnen lassen muss.

Zu berücksichtigen ist das in § 249 II 1 BGB verankerte Wirtschaftlichkeitsgebot, das sich aus dem Merkmal „erforderlich“ ableiten lässt. Dieses gebietet dem Geschädigten, eine Art und Weise der Wiederherstellung (Reparatur) zu wählen, die wirtschaftlich vernünftig ist und den Geschädigten möglichst wenig belastet. Sollten dem Geschädigten mehrere gleich taugliche Möglichkeiten der Schadensbehebung offenstehen (z.B. Abrechnung auf Reparaturkostenbasis oder Abrechnung auf Wiederbeschaffungsbasis) ist dieser gehalten, die günstigere Variante zu wählen (soweit sich nicht aus der Rechtsprechung zum sog. Integritätszuschlag etwas anderes ergibt). Jedenfalls soll der Geschädigte am schädigenden Ereignis nicht verdienen.

Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass sich K den Werksangehörigenrabatt anrechnen lassen muss.

Etwas anderes könnte sich allerdings daraus ergeben, dass dem Schädiger grundsätzlich keine freiwilligen Leistungen Dritter zugute kommen sollen, die den Schaden beim Geschädigten entfallen lassen. Diese Annahme beruht auf einer normativen Korrektur der Differenzhypothese. Fraglich ist, ob eine solche vorliegend statthaft ist:

so auch schon BGHZ 188, 78 =
NJW 2011, 1962

„[9] **Der im Wege der Differenzhypothese zu ermittelnde Schaden ist auch nicht "normativ" wertend entsprechend dem Grundgedanken des § 843 Abs. 4 BGB dahin zu korrigieren, dass der dem Kläger gewährte Werksangehörigenrabatt unberücksichtigt zu bleiben habe.** Eine derartige Korrektur der Differenzrechnung kommt in Betracht, wenn die Differenzbilanz die Schadensentwicklung für den Normzweck der Haftung nicht zureichend erfasst. Das ist dann anzunehmen, wenn die Vermögens einbuße durch überpflichtige Leistungen des Geschädigten oder durch Leistungen von Dritten, die den Schädiger nicht entlasten sollen, rechnerisch ausgeglichen wird. Bei der Beurteilung der Frage, ob die von der Differenzhypothese ausgewiesenen schadensrechtlichen Ergebnisse nach Sinn und Zweck aller in Betracht kommenden Rechtsnormen nicht hinnehmbar sind, ist aber zur Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung von Schadensersatzpflichten Zurückhaltung geboten. Eine normativ wertende Korrektur der Differenzrechnung ist daher nur dann angebracht, wenn nach einer umfassenden Bewertung der gesamten Interessenlage, wie sie durch das schädigende Ereignis zwischen dem Schädiger, dem Geschädigten und gegebenenfalls dem leistenden Dritten besteht, sowie unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck aller in Betracht kommenden Rechtsnormen die Differenzbilanz der Schadensentwicklung nicht gerecht wird. **Gründe, die hiernach gebieten würden, einen Vermögensschaden auch insoweit zu bejahen, als dem Geschädigten bei einer Reparatur ein Werksangehörigenrabatt gewährt wird, sind vorliegend nicht ersichtlich.**“

Der Schaden ist damit nicht ersatzfähig.

3. Ergebnis

K kann von B1 nicht die Zahlung weiterer 550 € aus § 7 I StVG verlangen. Gleiches gilt für weitere Ansprüche (aus § 18 I StVG, § 823 I BGB, § 823 II BGB i.V.m. StVO).

B. Ansprüche des K gegen die Haftpflichtversicherung (B2)

Auch Ansprüche des K gegen B2 aus § 115 I Nr. 1 VVG i.V.m. §§ 7, 18 StVG; § 823 I, II BGB scheitern, da die Inanspruchnahme der Haftpflichtversicherung die Existenz eines Anspruchs gegen den versicherten Schädiger voraussetzt.

FAZIT:

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass Examenskandidaten für den Fall einer Klausur aus dem Verkehrsunfallrecht mit den unterschiedlichen Schadens-Begrifflichkeiten umgehen können müssen – auch wenn diese hier nur am Rande zu behandeln waren.

Daneben zeigt der Senat auf, dass eine normative Korrektur der Differenzhypothese im Hinblick auf Leistungen Dritter restriktiv zu handhaben ist. Klausurbearbeiter sollten sich daher auf die anerkannten Fälle beschränken und nicht vorschnell von der Gesetzeswertung abweichen. Eine Anrechnung (dritter) Leistungen findet demnach nicht statt, wenn sie ausschließlich dem Geschädigten zugutekommen sollen (Kfz-Insassenversicherung oder Lebensversicherung des Geschädigten; vgl. z.B. BGHZ 73, 111) oder aufgrund einer besonderen persönlichen Beziehung gewährt werden.

Schadensabrechnung nach Verkehrsunfall

- nach sog. Reparaturaufwand = Reparaturkosten + merkantiler Minderwerts oder
- nach dem Wiederbeschaffungsaufwand = Wiederbeschaffungswert - Restwert

Problem: Örtliche und internationale Zuständigkeit

OLG FRANKFURT, URTEIL VOM 28.11.2011
21 U 23/11 (WM 2011, 2360)

EINLEITUNG:

Örtliche Zuständigkeit:

allgemeiner / besonderer / ausschließlicher Gerichtsstand

Internationale Zuständigkeit leitet sich aus örtlicher Zuständigkeit ab.

Die örtliche Zuständigkeit nach §§ 12 ff. ZPO kann sowohl Thema des ersten als auch des zweiten Examens sein. Zu unterscheiden sind der allgemeine, der besondere und der ausschließliche Gerichtsstand. Nur zwischen den beiden ersteren besteht ein Wahlrecht des Klägers nach § 35 ZPO.

Die Frage nach der internationalen Zuständigkeit stellt sich, wenn unklar ist, ob überhaupt die Gerichte eines Staates in ihrer Gesamtheit zur Entscheidung berufen sind. Regelmäßig gibt es keine Vorschriften zur Bestimmung der internationalen Zuständigkeit, so dass diese aus der örtlichen Zuständigkeit abgeleitet werden muss.

SACHVERHALT:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Schadensersatz wegen des Erwerbs von sog. Lehman-Zertifikaten.

Aufgrund eines Emissionsprospekts, in dem die Beklagte der Lehman Brothers Inc. mit Sitz in New York eine Kreditwürdigkeit von A+ bescheinigte, orderte der Kläger Wertpapiere im Umfang von 30.000 €. Die Beurteilung der Kreditwürdigkeit erfolgte aufgrund eines zwischen der Beklagten und der Lehman Brothers Inc. geschlossenen Vertrages, der dem Recht des Staates New York unterlag. Nachdem über das Vermögen der Lehman Brothers Inc. im September 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, verloren die vom Kläger geordneten Wertpapiere ihren Wert vollständig.

Vertrag zwischen Bekl. und Lehman als VSzD

Seine auf einen Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter gestützte Schadensersatzklage hat der Kläger an eine Anschrift in O1 im Landgerichtsbezirk Frankfurt a.M., an der sich eine Schwestergesellschaft der Beklagten befindet, gestellt. Er ist der Ansicht, das Landgericht Frankfurt a.M. sei örtlich und international zuständig, weil die international tätige Beklagte in Deutschland Jahresumsätze in mindestens sechsstelliger Höhe generiere. Die Beklagte verweist darauf, dass ihr satzungsmäßiger Sitz in O2 und damit außerhalb von Deutschland liegt.

Ist die Klage zulässig?

PRÜFUNGSSCHEMA:

A. Zulässigkeit

I. Gerichtsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen

II. Parteibezogene Sachurteilsvoraussetzungen

III. Streitgegenstandsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen

B. Ergebnis

LÖSUNG:

Die Klage ist zulässig, wenn die echten Prozessvoraussetzungen sowie die Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen und keine Prozesshindernisse gegeben sind.

A. Zulässigkeit

I. Gerichtsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen

1. Sachliche Zuständigkeit

Das angerufene Landgericht müsste sachlich zuständig sein. Das ist gem. §§ 23 Nr. 1, 71 I GVG der Fall, da der Schadensersatzanspruch die Summe von 5.000,00 € übersteigt.

Da die echten Prozessvoraussetzungen und die Prozesshindernisse nur bei konkreter Veranlassung zu prüfen sind, kann sich die Prüfung vorliegend auf die Sachurteilsvoraussetzungen beschränken.

2. Örtliche und internationale Zuständigkeit

Das Landgericht Frankfurt a.M. müsste auch örtlich zuständig sein.

a) Allgemeiner Gerichtsstand (§ 17 ZPO)

Der allgemeine Gerichtsstand juristischer Personen richtet sich gem. §§ 12, 17 ZPO nach dem Sitz. Das ist der Ort, an dem die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (BGH, NJW-RR 2010, 1364). Zur Bestimmung ist vorrangig die Satzung zu betrachten (OLG München, NJW 1986, 2197). Der Sitzungssitz der Beklagten (B) befindet sich in O2 und damit nicht im Bezirk des angerufenen Landgerichts. Die Zuständigkeit kann daher nicht mit § 17 ZPO begründet werden.

§ 17 ZPO: Sitzungssitz maßgeblich

b) Besonderer Gerichtsstand der Niederlassung (§ 21 ZPO)

In Betracht kommt jedoch der besondere Gerichtsstand der Niederlassung gem. § 21 ZPO.

Eine Niederlassung erfordert eine von B errichtete, auf ihren Namen und ihre Rechnung betriebene Geschäftseinrichtung, deren Leitung das Recht hat, aus eigener Entscheidung ihr übertragene Geschäfte abzuschließen. Ferner muss ein Bezug der Klage zu der Niederlassung bestehen.

Voraussetzungen des § 21 ZPO:

- Niederlassung
- Bezug der Klage zur Niederlassung

Eine solche Niederlassung betreibt die B in O1 jedoch nicht. Vielmehr handelt es sich bloß um eine Agentur, der die Selbständigkeit der Entscheidungsfindung fehlt.

Auch hat B nicht den Rechtsschein einer Niederlassung gesetzt. Der Internetauftritt der B lässt nicht darauf schließen, dass es sich bei dem Büro in O1 um eine selbständige Geschäftseinrichtung handelt.

§ 21 ZPO ist auch dann gegeben, wenn der Rechtsschein einer Niederlassung gesetzt wurde.

Zudem fehlt es auch an einem Bezug der Klage zur Niederlassung. Denn der von Kläger (K) behauptete Anspruch aus einem Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter ist ohne Mitwirkung des Büros in O1 geschlossen worden.

c) Besonderer Gerichtsstand des Vermögens (§ 23 ZPO)

Es könnte jedoch der besondere Gerichtsstand des Vermögens gem. § 23 ZPO einschlägig sein. Erforderlich ist hierfür ein im Bezirk des Landgerichts befindliches Vermögen, sowie ein hinreichender Inlandsbezug des Rechtsstreits.

aa) Vermögen im Bezirk des angerufenen Gerichts

B verfügt über im Bezirk des Landgerichts Frankfurt a.M. befindliches Vermögen, da sie von ihrem Büro in O1 aus unbestritten mindestens sechststelligen Jahresbeträgen erwirtschaftet. Das entspricht auch in der Höhe den Voraussetzungen des § 23 ZPO:

„[37] Darüber hinaus ist die Höhe des im Gerichtsbezirk belegenen Vermögens auch mit Blick auf ein etwaig zu vollstreckendes Urteil nicht unangemessen gering. Dies ist nämlich

Das Vermögen i.S.d. § 23 ZPO ist (erst dann) nicht ausreichend, wenn es nicht einmal Vollstreckungskosten deckt.

nicht bereits dann der Fall, wenn das Vermögen zur Befriedigung des Klägers nicht ausreicht, sondern erst dann, wenn der Vollstreckungserlös noch nicht einmal die aufzuwendenden Vollstreckungskosten überschreiten würde. Anhaltspunkte dafür hat die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte nicht vorgetragen. Sie sind in Anbetracht der unstreitigen Vergütungshöhe zudem fernliegend.“

Achtung: Der Inlandsbezug ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des § 23 ZPO, sondern wird einer einschränkenden Auslegung entnommen (vgl. BGH, NJW 1991, 3092).

bb) Inlandsbezug

Außerdem müsste ein Inlandsbezug zu dem geführten Rechtsstreit bestehen.

Dieser lässt sich bereits darauf stützen, dass K seinen Aufenthalt und Wohnsitz in Deutschland hat und deutscher Staatsbürger ist:

„[42] So ist zunächst der so genannte genuine link, der zu einer einschränkenden Auslegung von § 23 ZPO führt und wonach ein Staat nur dann extraterritorial aktiv werden darf, wenn er zu dem Regelungsgegenstand einen sinnvollen Anknüpfungspunkt aufweisen kann, erfüllt. **Hat der Kläger seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt in Deutschland, so ist ein hinreichender Inlandsbezug gegeben.** Eine Einmischung in fremde ausländische Angelegenheiten stellt die Klageerhebung im Inland nicht dar, wenn Deutschland Inländern Rechtsschutz gewährt (so MünchKommZPO/Patzina, 2. Aufl., § 23 Rdn. 15). Mit der gleichen Berechtigung einer ausländischen Entscheidung über die Interessen des inländischen Klägers, kann eine inländische Entscheidung über die Belange des ausländischen Beklagten ergehen.“

d) Zwischenergebnis

Die örtliche und damit auch die internationale Zuständigkeit ergibt sich aus § 23 ZPO.

II. Parteibezogene Sachurteilsvoraussetzungen

Die parteibezogenen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor, da die Parteien partei- und prozessfähig (§§ 50, 51 ZPO), sowie prozessführungs- und postulationsbefugt sind.

III. Streitgegenstandsbezogene Sachurteilsvoraussetzungen

Schließlich steht der Sachentscheidung weder anderweitige Rechtshängigkeit (§ 261 III Nr. 1 ZPO), noch Rechtskraft (§ 322 ZPO) entgegen. Zudem fehlt dem K auch nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis.

B. Ergebnis

Die Klage ist zulässig.

FAZIT:

Regelmäßig sind Fragen nach der örtlichen Zuständigkeit durch bloße Gesetzesanwendung zu lösen. Die vorliegende Entscheidung zeigt – durch das Erfordernis des Inlandsbezugs bei § 23 ZPO –, dass dies nicht ausnahmslos der Fall ist.

*Speziell für Referendare:***Problem: Beweislast für Aufklärungspflichtverletzung**

BGH, URTEIL VOM 19.07.2011
VI ZR 367/09 (NJW-RR 2011, 1661)

EINLEITUNG:

Die richtige Verortung der Darlegungs- und Beweislast bereitet Klausurbearbeitern nicht selten Probleme. Dabei ist sie von besonderer Bedeutung, da sie darüber entscheidet, ob das Vorbringen überhaupt schlüssig ist bzw. zu wessen Lasten die etwaige Nichtaufklärbarkeit einer Tatsache geht. In diesem Zusammenhang stellen die sog. negativen Tatsachen eine weitere Schwierigkeit dar. Ihnen ist immanent, dass der Betroffene das Nichtvorliegen einer Tatsache darzulegen und im Zweifel zu beweisen hat. Das ist naturgemäß mit Schwierigkeiten verbunden, weshalb man geneigt sein mag, in diesen Fällen die Darlegungs- und Beweislast dem Gegner aufzuerlegen. Dieser Fehler ist vorliegend auch dem Berufungsgericht unterlaufen. Der Senat stellt daraufhin klar, dass das Vorliegen einer negativen Tatsache die herkömmliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast nicht ändert.

Problematik: Beweislast bei negativen Tatsachen

SACHVERHALT:

Die Klägerin schloss mit dem Beklagten einen Lizenz- und Franchisevertrag, auf dessen Grundlage die Klägerin einen Franchisebetrieb zur Wiederbefüllung von Druckerpatronen im Einzelhandel errichtete. Dem Vertragsschluss waren Verhandlungen vorausgegangen, in denen der Beklagte das Geschäftskonzept mittels eines Businessplanes erklärte, wonach die Maschinenausstattung des (künftigen) Betriebes so gewählt sei, dass Kapazitätsauslastungen erst ab einer Umsatzgröße von ca. 600.000 € erreicht werden. In diesem Zusammenhang teilte der Beklagte auch mit, dass er selbst einen entsprechenden Betrieb unterhalte. Die Daten des Businessplans basierten daher auf seinen eigenen Erfahrungen. Einen Umsatz des o.g. Umfangs hatte der Beklagte jedoch nicht erwirtschaften können.

Am 15. Mai eröffnete die Klägerin ihren Franchisebetrieb und entrichtet eine Einstiegsgebühr an den Beklagten in Höhe von 25.000 €. Die Umsätze bei der Klägerin blieben niedrig. Im Klagewege begehrt sie von dem Beklagten Schadensersatz nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB. Sie behauptet, der Beklagte habe eine erforderliche Aufklärung unterlassen.

Das Berufungsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Den Betrugstatbestand hat es u.a. deswegen als erfüllt angesehen, weil der Beklagte, der insoweit darlegungs- und beweisbelastet sei, die ordnungsgemäße Aufklärung der Klägerin nicht bewiesen habe.

Berufungsgericht (OLG Köln) sah Bekl. als darlegungs- und beweispflichtig an.

Durfte das Berufungsgericht der Klage im Hinblick auf § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB stattgeben?

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS § 823 II BGB I.V.M. § 263 I StGB

- A. Vorliegen eines Schutzgesetzes
- B. Schutzgesetzverletzung
- C. Rechtswidrigkeit
- D. Verschulden
- E. Schaden

LÖSUNG:

Das Berufungsgericht durfte der Klage nach § 823 II BGB i.V.m. § 263 StGB stattgeben, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen dieses Anspruchs vorlagen.

A. Vorliegen eines Schutzgesetzes

Bei § 263 StGB handelt es sich um ein taugliches Schutzgesetz i.S.d. § 823 II BGB, da es nicht nur dem Allgemeininteresse, sondern auch dem Individualinteresse zu dienen bestimmt ist und die Anspruchstellerin (K) zum grundsätzlich geschützten Personenkreis zählt.

B. Schutzgesetzverletzung

Das Schutzgesetz müsste auch verletzt sein.

In objektiver Hinsicht setzt § 263 I StGB zunächst eine Täuschung über Tatsachen voraus. Täuschung ist jedes Verhalten mit Erklärungswert, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt.

Das Fehlverhalten des Beklagten (B) könnte hier darin liegen, dass er der K im Zuge der Vertragsverhandlungen einen Businessplan unterbreitete, der den Eindruck hervorrief, dass mit dem Geschäftsmodell ohne weiteres ein Jahresumsatz von mindestens 600.000 € erwirtschaftet werden könne. Täuschungsrelevant könnte in diesem Zusammenhang nun sein, dass B nicht daraufhin wies, dass er diese Umsätze in seinem eigenen Betrieb nicht generieren konnte. Er könnte damit eine Aufklärungspflicht verletzt haben.

Die Tatsache der Nichtaufklärung steht jedoch zwischen den Parteien im Streit. Sie ist damit beweisbedürftig. Fraglich ist daher, welche Partei die Beweislast trifft:

„[13] Derjenige, der sich - wie die Klägerin im Streitfall - auf eine deliktische Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes stützt, hat grundsätzlich alle Umstände darzulegen und zu beweisen, aus denen sich die Verwirklichung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des Schutzgesetzes ergibt. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass der Anspruchsteller alle Tatsachen behaupten und beweisen muss, aus denen sich sein Anspruch herleitet. **Danach trägt der Anspruchsteller, der bei einer Inanspruchnahme aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB die Verletzung einer Aufklärungs- oder Beratungspflicht behauptet, dafür die Darlegungs- und Beweislast. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behauptete Fehlberatung substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen beraten bzw. aufgeklärt worden sein soll.** Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht zutrifft. Hat der Getäuschte den Beweis geführt, dass er durch einen Irrtum zum Vertragsschluss bestimmt worden ist, dann mag der - nach

Die schwierige Beweislage bei negativen Tatsachen wird durch Substantiierungspflicht des Gegners ausgeglichen.

wie vor nicht beweispflichtige - Gegner den Gegenbeweis führen, in dem er die spätere Irrtumsbeseitigung dartut. Zur Führung eines solchen Gegenbeweises genügt aber bereits die Erschütterung der Überzeugung des Tatrichters, seine Überzeugung vom Gegenteil ist hin- gegen nicht erforderlich. **Die Darlegungs- und Beweislast für die Täuschung durch fehlerhafte Beratung verbleibt weiterhin grundsätzlich beim Anspruchsteller.**“

Somit war K vorliegend beweisbelastet.

Das Berufungsgericht hatte die Nichtaufklärbarkeit der Aufklärungspflichtverletzung zulasten des B gewertet und somit die Beweislast verkannt. Damit war es fehlerhaft, von einer Täuschung durch Aufklärungspflichtverletzung auszugehen.

C. Ergebnis

Das Berufungsgericht durfte nicht davon ausgehen, dass der Tatbestand des § 263 I StGB erfüllt war.

FAZIT:

Das Problem der Darlegungs- und Beweislast bei negativen Tatsachen ist ein häufig wiederkehrendes Klausurthema. Es stellt sich nicht nur i.R.v. § 823 II BGB i.V.m. § 263 I StGB, sondern insbesondere auch bei § 632 II BGB (negative Tatsache: „Ist die Höhe der Vergütung **nicht** bestimmt,...“) und § 812 BGB (negative Tatsache: „**ohne** Rechtsgrund“). Ausnahmsweise erhebt das Gesetz in diesen Fällen das Fehlen einer Tatsache zum anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmal. Wendet man hierauf den herkömmlichen Grundsatz der Beweislastverteilung – der Anspruchsteller ist für die anspruchsbegründenden Voraussetzungen beweispflichtig – an, ergibt sich, dass der Senat richtig liegt. Obwohl es um das Fehlen einer Tatsache geht, ist der Anspruchsteller/Kläger beweispflichtig.

Den hieraus resultierenden Beweisschwierigkeiten begegnet die Rechtsprechung mit der Figur der sog. sekundären Darlegungslast. Das bedeutet, dass der Gegner substantiiert zu den jeweiligen Umständen vortragen muss, so dass der Anspruchsteller unter Bezugnahme auf den Vortrag des Gegners seiner Darlegungs- bzw. Beweislast nachkommen kann: Behauptet z.B. der Kläger als Werkunternehmer das Fehlen einer Vergütungsabrede ist er diesbezüglich gem. § 632 II BGB darlegungs- und beweisbelastet. Wegen der sekundären Darlegungslast muss im Streitfall aber zunächst der Beklagte als Werkbesteller detailliert zum Abschluss einer Vergütungsabrede vortragen, d.h. er muss Zeit, Ort und Umstand benennen. Damit versetzt er den Kläger in die Lage, seiner Beweislast nachzukommen. Dieser kann (und muss) nun das Vorliegen einer solchen Abrede unter Ausschöpfung der Beweismittel widerlegen. Eine Umkehr der Beweislast liegt hierin aber nicht.

Weitere negative Tatsachen:
§ 632 II BGB; § 812 BGB

Beweislast verbleibt beim Anspruchsteller/Kläger, aber sekundäre Darlegungslast des Gegners.

Keine Beweislastumkehr!

*Speziell für Referendare:***Problem: Gewillkürte Prozessstandschaft**

BGH, URTEIL VOM 29.09.2011
VII ZR 162/09 (NJW-RR 2011, 1690)

EINLEITUNG:

Die Zulässigkeit einer Klage setzt die Prozessführungsbefugnis des Klägers, also die Fähigkeit ein (behauptetes) eigenes Recht im eigenen Namen geltend zu machen voraus. Wird ein fremdes Recht im eigenen Namen geltend gemacht, kann dies nur unter der Voraussetzung einer zulässigen Prozessstandschaft geschehen. Hierbei sind die gesetzliche (z.B. § 265 II ZPO; § 1368 BGB) und die gewillkürte Prozessstandschaft zu unterscheiden (§ 185 BGB analog). Der Schwerpunkt bei der Prüfung der gewillkürten Prozessstandschaft wird dabei auf der Frage nach dem schutzwürdigen Interesse und / oder der Frage nach einem Missbrauch liegen. Vorliegend stellt sich die Frage, ob eine vermögenslose, aus dem Handelsregister gelöschte Handelsgesellschaft Prozessstandschafterin sein kann.

Problematik: Prozessstandschaft durch eine vermögenslose, gelöschte Gesellschaft

SACHVERHALT:

Die Klägerin – eine Handelsgesellschaft – hat Werkleistungen am Haus des Beklagten erbracht. Da der Beklagte keinen Werklohn zahlte, betrieb die Klägerin das Mahnverfahren. Am 13.01.2004 erging auf ihren Antrag hin ein Mahnbescheid. Hiergegen legte der Beklagte rechtzeitig Widerspruch ein. Im Mai 2004 trat die Klägerin die Werklohnforderung an X ab. Die Abtretungsvereinbarung enthält eine Ermächtigung der Zedentin (Klägerin) zur gerichtlichen Geltendmachung der abgetretenen Forderung im eigenen Namen auf Rechnung der Zessionarin (X). Im Anschluss wurde die Klägerin zahlungsunfähig. Im September 2004 beantragte sie die Durchführung des streitigen Verfahrens beim Landgericht. Sie hat den Klageantrag auf Zahlung an X umgestellt. Mittlerweile ist die Klägerin wegen Vermögenslosigkeit aus dem Handelsregister gelöscht. Durch Beschluss des Registergerichts wurde für die Klägerin die Nachtragsliquidation angeordnet und ein Nachtragsliquidator für diesen Rechtsstreit eingesetzt.

Ist die Klage zulässig?

PRÜFUNGSSCHEMA: VORAUSSETZUNGEN DER GEWILLKÜRTE PROZESSSTANDSCHAFT ANALOG § 185 BGB

- A. Zustimmung oder Ermächtigung des Rechtsträgers
- B. Eigenes, rechtsschutzwürdiges Interesse des Prozessstandschafters
- C. Abtretbarkeit des Rechts/Möglichkeit der Überlassung der Ausübung
- D. Kein Missbrauch

LÖSUNG:

Die Klage ist zulässig, wenn insbesondere die Voraussetzungen der Prozessstandschaft gegeben sind.

A. Gesetzliche Prozessstandschaft

In Betracht kommt zunächst eine gesetzliche Prozessstandschaft gem. § 265 II ZPO. Das setzt – wie sich insbesondere aus § 265 I ZPO ergibt – jedoch voraus, dass die Abtretung des Werklohnanspruchs nach Rechtshängigkeit erfolgte. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gem. §§ 253 I, 261 I ZPO ist hier nach § 696 III ZPO zu beurteilen, da dem Klageverfahren ein Mahnverfahren vorausging. Danach gilt die Streitsache mit Zustellung des Mahnbescheids (im Januar 2004) als rechtshängig, wenn sie alsbald nach der Erhebung des Widerspruchs abgegeben wird. Davon ist vorliegend jedoch nicht auszugehen, da zwischen dem Widerspruch (ebenfalls im Januar 2004) und der Abgabe an das Landgericht im September 2004 ca. acht Monate lagen.

§ 265 II ZPO setzt Abtretung nach Rechtshängigkeit voraus.

Die Voraussetzungen des § 265 II ZPO liegen damit nicht vor.

B. Gewillkürte Prozessstandschaft

Fraglich ist, ob die Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft analog § 185 BGB vorliegen.

I. Zustimmung oder Ermächtigung des Rechtsträgers

Der neue Rechtsträger X hat die Klägerin (K) in der Abtretungsvereinbarung zur Klageerhebung bzw. zur Fortführung des Verfahrens analog § 185 BGB ermächtigt.

II. Eigenes, rechtsschutzwürdiges Interesse des Prozessstandschaffers

K müsste ein eigenes, rechtsschutzwürdiges Interesse an der Prozessstandschaft haben. Dieses könnte der K fehlen, weil sie zwischenzeitlich als Gesellschaft aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Nach der Rechtsprechung fehlt z.B. einer überschuldeten, vermögenslosen GmbH oder GmbH & Co. KG, die keine Aussicht hat, die Geschäfte fortzuführen, in der Regel das schutzwürdige Interesse an einer Prozessführung im eigenen Namen. Hiervon lässt die Rechtsprechung jedoch Ausnahmen zu, wenn die Vermögenslosigkeit der klagenden Partei erst während des Prozesses eingetreten ist und kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Überschuldung, der Offenlegung der Abtretung und der Ermächtigung zur Prozessführung besteht.

vgl. BGHZ 96, 151

vgl. BGH, ZfBR 1989, 112; NJW 1995, 3186

Das gilt wiederum nicht, wenn die beklagte Partei durch die gewählte Art der Prozessführung unbillig benachteiligt wird, was z.B. dann der Fall ist, wenn ihr missbräuchlich das Kostenrisiko der Klage auferlegt wird. Ein Missbrauch läge demnach vor, wenn im Falle der Erfolglosigkeit der Klage, der Beklagte (B) seinen Kostenerstattungsanspruch gegen die (vermögenslose) K nicht durchsetzen könnte:

Beachte: Die Prüfungspunkte II. und IV. (s.u.) werden an dieser Stelle kombiniert.

„[21] Für eine missbräuchliche Verlagerung des Kostenrisikos auf die Beklagte ist nichts erkennbar. Die Klägerin hat den Mahnbescheid in einem Zeitpunkt eingereicht, in dem sie noch selbst Inhaberin der Forderung war. Der Umstand, dass sie den selbst eingeleiteten Prozess nach Abtretung und Ermächtigung zur Prozessführung auch selbst weiterführte, lässt keine rechtsmissbräuchlichen Tendenzen erkennen. Das gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zu diesem Zeitpunkt schon ein weitreichender Vermögensverfall vorlag, wie das Berufungsgericht annehmen will. **Denn eine nach Prozesseinleitung vermögenslos gewordene Partei, die den Prozess nach einer Abtretung und Ermächti-**

Vermögenslosigkeit nach Prozesseinleitung führt nicht zum Missbrauch.

gung durch den Zessionar, die Forderung prozessual geltend zu machen, fortführt, handelt grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Klage erst mit der Anspruchsbegründung rechtshängig geworden ist. Eine missbräuchliche nicht hinnehmbare "gezielte Prozessrollenverschiebung" ist nicht erkennbar. (...)"

Folglich ist kein missbräuchliches Verhalten erkennbar. Demnach ist K im Hinblick auf die Prozessstandschaft auch schutzwürdig.

III. Abtretbarkeit des Rechts/Möglichkeit der Überlassung der Ausübung

Die Abtretbarkeit der Werklohnforderung aus § 631 BGB und die Möglichkeit, ihre Durchsetzung einem Dritten zu überlassen, steht vorliegend außer Frage.

IV. Kein Missbrauch

Wie bereits oben unter II. geprüft, liegt kein Missbrauch vor.

C. Ergebnis

Vorbehaltlich der weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen ist die Klage zulässig.

FAZIT:

Der Senat legt eine Entscheidung vor, die zwar keine neuen Erkenntnisse, aber die Möglichkeit aufzeigt, verschiedene Probleme aus dem Bereich der Prozessstandschaft abzuprüfen.

Dabei hätte auch die Parteifähigkeit der Klägerin angesichts der Tatsache ihrer Löschung aus dem Handelsregister problematisiert werden können. Erst durch die Einsetzung des Nachtragsliquidators erlangt die Klägerin nämlich ihre Rechts- und Parteifähigkeit i.S.d. § 50 ZPO (zurück). Im Prozess muss sie sich außerdem durch den Nachtragsliquidator vertreten lassen, um prozessfähig zu sein (§ 51 I ZPO).

Öffentliches Recht

Problem: Art. 19 III GG bei EU-Gesellschaften

BVERFG, BESCHLUSS VOM 19.07.2011
1 BvR 1916/09 (NJW 2010, 3428)

EINLEITUNG:

Nach Art. 19 III GG muss eine juristische Person "inländisch" sein, um in Deutschland Grundrechtsfähigkeit zu besitzen. Für die Frage, ob dies der Fall ist oder nicht, kommt es auf ihren Sitz an, wobei dieser sich wiederum nicht nach dem Ort ihrer Eintragung, sondern nach dem Firmensitz (Hauptverwaltung etc.) bestimmt.

Im vorliegenden Fall hatte das BVerfG es mit einer in Italien sitzenden Gesellschaft zu tun. Wegen des nach EU-Recht bestehenden Diskriminierungsverbots sprach das BVerfG ihr trotz des Wortlauts des Art. 19 III GG die Grundrechtsberechtigung aus Art. 14 I 1 GG zu.

Art. 19 III GG:

"Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind."

SACHVERHALT:

Die Verfassungsbeschwerde (Vb.) wirft die Frage auf, ob sich juristische Personen mit Sitz außerhalb Deutschlands, jedoch in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, auf Grundrechte des Grundgesetzes berufen können.

Die Bf., eine GmbH nach italienischem Recht mit Sitz in Italien, produziert Möbel nach Entwürfen des 1965 verstorbenen Architekten und Möbeldesigners Le Corbusier und nimmt in Lizenz dessen Urheberrecht wahr. Die Bkl. des Ausgangsverfahrens stellte Nachbildungen von Sesseln und Sofas von Le Corbusier in einer Lounge ihrer Ausstellungsräume auf. Urheberrechtliche Nutzungsrechte daran waren ihr nicht eingeräumt.

Die Bf. erwirkte beim LG und beim OLG eine Verurteilung der Bkl., es zu unterlassen, von ihr nicht genehmigte Nachbildungen urheberrechtlich geschützter Le-Corbusier-Möbelmodelle in der Bundesrepublik Deutschland zu verwerten, insbesondere in der genannten Lounge aufzustellen. Der BGH ließ die Revision zu und wies mit dem angegriffenen Urteil vom 22.1.2009 die Klage ab.

Angefochtenes Urteil des BGH:
BGH, ZUM-RD 2009, 531

Parallelverfahren P&C ./ Cassina:
EuGH, EuZW 2008, 346 und BGH,
NJW 2009, 2960

Hat die Verfassungsbeschwerde gegen das BGH-Urteil Erfolg?

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

Sie ist zulässig, wenn die gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind.

I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist über Art. 93 I Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG für die Entscheidung über die Vb. zuständig.

II. Beschwerdefähigkeit

Fraglich ist, ob die Bf. beteiligtenfähig ist. Nach § 90 I BVerfGG kann "jedermann" Vb. erheben. "Jedermann" ist, wer grundrechtsfähig ist.

Nach Art. 19 III GG sind juristische Personen wie die Bf. aber nur grundrechtsfähig, soweit sie "inländisch" sind und die Grundrechte "dem Wesen nach" auf sie anwendbar sind.

1. Inländisch

Das BVerfG begnügt sich in der Zulässigkeit mit der Feststellung, dass eine Inländereigenschaft der Bf. zumindest möglich ist:

"[55] Die Bf. ist gem. § 90 I BVerfGG beschwerdefähig und -befugt. **Für die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde reicht es aus, dass der Bf. die Möglichkeit einer Verletzung eines für ihn verfassungsbeschwerdefähigen Rechts aufzeigt.**" [...]

"[57] In seiner bisherigen Rechtsprechung hat das BVerfG die Geltung der materiellen Grundrechte allgemein für ausländische juristische Personen unter Berufung auf den Wortlaut des Art. 19 III GG zwar abgelehnt. Neuere Kammerbeschlüsse haben hingegen offen gelassen, ob diese Rechtsprechung auch auf juristische Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union anzuwenden ist. Angesichts der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote in ihrer Auslegung durch den EuGH (vgl. EuGH, Slg. 1993, I-5145 Rdnrn. 30 ff., 35 - Collins; NJW 2002, 3614 Rdnrn. 76 ff. - Überseering) erscheint es jedenfalls möglich, dass die Bf. mit Sitz in Italien Trägerin des Grundrechts auf Eigentum ist."

2. Dem Wesen nach anwendbar

Ein Grundrecht ist mit dem BVerfG "dem Wesen nach" auf eine juristische Person anwendbar, wenn deren Betroffenheit auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen durchschlägt (sog. "personales Substrat"). Werden die Urheberrechte einer GmbH beeinträchtigt, wirkt sich dies auf den Wert der Gesellschaft und damit das Eigentum der Gesellschafter aus. Deshalb ist allgemein anerkannt, dass am Erwerbsleben teilnehmende Gesellschaften wie GmbH, AG usw. sich jedenfalls auf das Eigentumsrecht aus Art. 14 I 1 GG berufen können.

III. Prozessfähigkeit

Die Bf. ist durch ihre gesetzlichen Vertreter auch prozessfähig.

IV. Tauglicher Beschwerdegegenstand

Vb. kann gem. § 90 I BVerfGG gegen jeden Akt der öffentlichen Gewalt erhoben werden. Hier kommt das BGH-Urteil als Judikativakt in Betracht. Das BVerfG hält es für erwähnenswert, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts dessen Überprüfung nicht entgegen steht:

"[52] Das angegriffene Urteil des BGH ist, auch soweit es Rechtsvorschriften betrifft, die Unionsrecht in deutsches Recht umsetzen, als eine Maßnahme der deutschen öffentlichen Gewalt tauglicher Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde i. S. von § 90 I BVerfGG.

[53] Zwar übt das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von Unionsrecht, das als Grundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, grundsätzlich nicht aus und überprüft dieses Recht nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes, **solange** die Europäische Union, auch durch die Rechtsprechung des EuGH, einen wirksamen Schutz der Grundrechte generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz je-

Die Möglichkeitstheorie findet also nicht erst in der Beschwerdebefugnis, sondern schon auf die Beschwerdefähigkeit Anwendung (vgl. schon BVerfGE 125, 39 [73]).

Grundrechtsberechtigung ausländischer jur. Personen abgelehnt: BVerfGE 21, 207 [208 f.]; 23, 229 [236]; 100, 313 [364]

Offen gelassen, ob dies auch für EU-Gesellschaften gilt: BVerfG, NJW 2004, 3031; NVwZ 2008, 670

Zum "personalen Substrat" bei Art. 14 I 1 GG vgl. BVerfGE 4, 7 [17]; 23, 153 [163]; 35, 348 [360]; 53, 336 [345]; 66, 116 [130]

Sog. "Solange II"-Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 73, 339 [387]; 102, 147 [162 f.]; 125, 260 [306]

weils als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt. Dies gilt auch für innerstaatliche Rechtsvorschriften, die zwingende Vorgaben einer Richtlinie in deutsches Recht umsetzen. Verfassungsbeschwerden, die sich gegen die Anwendung unionsrechtlich vollständig determinierter Bestimmungen des nationalen Rechts richten, sind grundsätzlich unzulässig (vgl. BVerfGE 125, 260 [306] = NJW 2010, 833).

[54] Diese Grundsätze stehen einer Überprüfung des angegriffenen Urteils jedoch nicht entgegen. Wird wie hier die Verfassungsbeschwerde gegen eine Gerichtsentscheidung darauf gestützt, dass ein Gericht bei der Auslegung nationalen Umsetzungsrechts einen den Mitgliedstaaten verbleibenden Umsetzungsspielraum verkannt habe, beruft sich die Bf. auf eine Verletzung deutscher Grundrechte im Bereich des unionsrechtlich nicht vollständig determinierten Rechts. Insoweit kann er auch geltend machen, das Gericht habe sich zu Unrecht durch Unionsrecht gebunden gesehen."

V. Beschwerdebefugnis

Die Bf. ist beschwerdebefugt, wenn sie die Möglichkeit einer Verletzung eigener Grundrechte geltend machen kann und durch den angegriffenen Hoheitsakt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist.

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

"[58] Der Beschwerdebefugnis der Bf. im Hinblick auf ihr Eigentumsgrundrecht lässt sich nicht entgegenhalten, dass sie nicht selbst Urheberin der Möbelmodelle ist, sondern mit den Rechtsnachfolgern von Le Corbusier Exklusivverträge über die Herstellung und Vermarktung der Möbelmodelle Le Corbusiers geschlossen hat. Die Bf. ist dadurch in deren durch Art. 14 I GG gewährleistete Schutzrechte des geistigen Eigentums eingerückt (vgl. BVerfG, NJW 2001, 1783). Demgegenüber handelt es sich nicht um den Fall einer grundsätzlich unzulässigen Prozessstandschaft, bei der fremde Rechte im eigenen Namen geltend gemacht werden."

Zur Unzulässigkeit einer Vb. in Prozessstandschaft: BVerfGE 25, 256 [263]; 31, 275 [280]; 56, 296 [297]

2. Selbst gegenwärtig und unmittelbar

Die Bf. ist als Partei des Rechtsstreits durch das für sie nachteilige BGH-Urteil selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

VI. Rechtswegerschöpfung

Nach § 90 II BVerfGG ist vor der Vb. der Rechtsweg zu erschöpfen. Gegen das BGH-Urteil steht der Bf. kein weiteres Rechtsmittel mehr zu.

VII. Grundsatz der Subsidiarität

"[61] Der Bf. einer Verfassungsbeschwerde muss, über die bloße formelle Erschöpfung des Rechtswegs hinaus, vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen (vgl. BVerfGE 112, 50 [60] = NJW 2005, 1413, st. Rspr.). Die Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens sind allerdings grundsätzlich nicht gehalten, Rechtsausführungen zu machen, sofern nicht das einfache Verfahrensrecht rechtliche Darlegungen

Im Originalfall hat das BVerfG diesen Punkt im Hinblick auf die neben Art. 14 I 1 GG gerügte Verletzung von Art. 101 GG kritisch geprüft. Verstöße gegen Formalien und Darlegungslasten kommen in Prüfungsaufgaben aber in aller Regel nicht vor. Im Bearbeitervermerk heißt es zumeist: "Die Formalien sind in Ordnung".

verlangt. Dementsprechend obliegt es dem Bf. im Ausgangsverfahren einer Verfassungsbeschwerde lediglich, den Sachverhalt so darzulegen, dass eine verfassungsrechtliche Prüfung möglich ist; diese ist dann von den Gerichten vorzunehmen. Der Bf. muss das fachgerichtliche Verfahren nicht im Sinne eines vorgezogenen Verfassungsrechtsstreits führen (vgl. BVerfGE 112, 50 [60 ff.] = NJW 2005, 1413)."

Dies ist hier mangels gegenteiliger Anhaltspunkte im Sachverhalt geschehen.

VIII. Form & Frist

Die Vb. genügt der Form des § 23 BVerfGG. Ein Verstoß gegen die Frist des § 93 I BVerfGG ist ebenfalls nicht ersichtlich.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. in einem Grundrecht verletzt ist. Hier kommt nur eine Verletzung von Art. 14 I 1 GG in Betracht. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich vorliegen.

I. Schutzbereich betroffen

1. Personaler Schutzbereich

Oben wurde die Möglichkeit bejaht, dass die Bf. sich als ausländische juristische Person auf Art. 14 I 1 GG berufen kann. Nunmehr genügt die Möglichkeit nicht mehr; es ist folglich zu entscheiden, ob EU-Gesellschaften trotz Art. 19 III GG die Grundrechte wie "inländischen" juristischen Personen zustehen. Das BVerfG bejaht dies:

"[68] Die Bf. als juristische Person mit Sitz in Italien ist Trägerin von Grundrechten des Grundgesetzes. **Die Erstreckung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union stellt eine auf Grund des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt (Art. 26 II AEUV) und des allgemeinen Diskriminierungsverbots wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) vertraglich veranlasste Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes dar.**" [...]

[72] Nach dem Wortlaut von Art. 19 III GG gelten die Grundrechte „für inländische juristische Personen“. **Wegen der Beschränkung auf inländische juristische Personen lässt sich eine Anwendungserweiterung nicht mit dem Wortlaut von Art. 19 III GG begründen. Es würde die Wortlautgrenze übersteigen, wollte man seine unionsrechtskonforme Auslegung auf eine Deutung des Merkmals „inländische“ als „deutsche einschließlich europäische“ juristische Personen stützen.** Auch wenn das Territorium der Mitgliedstaaten der Europäischen Union angesichts des ihren Bürgern gewährleisteten Raumes „der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen“ mit freiem Personenverkehr (Art. 3 II EUV) nicht mehr „Ausland“ im klassischen Sinne sein mag, wird es dadurch nicht zum „Inland“ im Sinne der territorialen Gebietshoheit (vgl. BVerfGE 123, 267 [402 f.] = NJW 2009, 2267).

[73] **Der Vorschrift lag jedoch kein Wille des Verfassungsgebers zu Grunde, eine Berufung auf die Grundrechte auch sei-**

In der Literatur ist diese Frage sehr umstritten:

- dafür: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. [2004], Art. 19 III Rn. 20, 83; Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. [2010], Art. 19 III Rn. 305; Kotzur, DÖV 2001, 192 [195]; Remmert, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 III Rn. 93

- dagegen: Quaritsch, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 2. Aufl. [2000], § 120 Rn. 36; v. Mutius, in: BK [1975], Art. 19 III Rn. 50, 52

tens juristischer Personen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union dauerhaft auszuschließen. [...]

[74] In den Jahren 1948/49 stand die Entwicklung eines gemeinsamen Europas noch am Anfang. Seitdem hat die Europäische Union zunehmend Gestalt angenommen und ist heute als hochintegrierter „Staatenverbund“ (BVerfGE 123, 267 [348] = NJW 2009, 2267) ausgestaltet, an dem die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 23 I GG mitwirkt. Die Anwendungserweiterung von Art. 19 III GG nimmt diese Entwicklung auf.

[75] Die Anwendungserweiterung des Grundrechtsschutzes auf juristische Personen aus der Europäischen Union entspricht den durch die europäischen Verträge übernommenen vertraglichen Verpflichtungen, wie sie insbesondere in den europäischen Grundfreiheiten und - subsidiär - dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV zum Ausdruck kommen. **Die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot stehen im Anwendungsbereich des Unionsrechts einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer Unternehmen aus der Europäischen Union entgegen und drängen insoweit die in Art. 19 III GG vorgesehene Beschränkung der Grundrechterstreckung auf inländische juristische Personen zurück.**

Einer Vorlage an den EuGH bedarf diese Frage nach Ansicht des BVerfG nicht:

"[80] Die nationalen Gerichte sind selbst dazu befugt, eine unionsrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts vorzunehmen. Die richtige Auslegung der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote ist hier so offenkundig, dass keinerlei Raum für vernünftige Zweifel bleibt ('acte clair', vgl. EuGH, NJW 1983, 1257)."

2. Sachlicher Schutzbereich

Dass das Urheberrecht, auch wenn es von Dritten erworben wurde, in den Schutzbereich des Eigentumsrechts aus Art. 14 I 1 GG fällt, wurde oben in der Zulässigkeit bereits dargelegt.

II. Eingriff und Rechtfertigung

Im konkreten Fall ließ sich der Eingriff aber rechtfertigen:

"[83] Art. 14 I GG ist durch das angegriffene Urteil nicht verletzt. Zwar unterfällt das Urheberrecht der Bf. dem verfassungsmäßigen Recht am Eigentum, welches die Gerichte bei der Auslegung nationalen Rechts zu beachten haben, soweit das europäische Recht hierbei Auslegungsspielräume lässt. Die richtlinienkonforme Auslegung der streitentscheidenden Vorschriften der §§ 17, 96 UrhG durch den BGH ist aber mit dem GG vereinbar." [wird ausgeführt]

FAZIT:

Die allgemeine Grundrechtsberechtigung von EU-Gesellschaften ist nunmehr anerkannt. In der Klausur sollte - wie es hier auch das BVerfG macht - in der Zulässigkeit noch mit der Möglichkeitstheorie gearbeitet werden. Erst in der Begründetheit folgen dann im "personalen Schutzbereich" die detaillierten Ausführungen zum entgegenstehenden Wortlaut des Art. 19 III GG und dessen Überwindung durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts.

Nach der Begründung des BVerfG dürfte zudem nichts anderes gelten, wenn ein EU-Bürger sich auf ein sog. "Deutschengrundrecht" wie Art. 8 I GG, 12 I 1 GG usw. beruft. Auch dann stünde der Wortlaut zwar entgegen, wäre aber im Lichte des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts und durch das in diesem enthaltene Diskriminierungsverbot "zurückzudrängen", wie das BVerfG formuliert.

Für die sog. Justizgrundrechte der Art. 101, 103, 104 GG stellt sich diese Frage übrigens nicht. Art. 19 III GG gilt nur für die Grundrechte zwischen Art. 1 und 19 GG, sodass Art. 101, 103, 104 GG ohnehin auf alle natürlichen und juristischen Personen - auch solche außerhalb der EU - anwendbar sind.

Allg.M., vgl. nur BVerfGE 12, 6 [8]; 18, 441 [447]; 64, 1 [11]

Problem: Verjährung öffentl.-rechtl. Erstattungsansprüche

OVG WEIMAR, URTEIL VOM 28.7.2011
3 KO 1326/10 (LKV 2011, 520)

EINLEITUNG

Seit sich im BGB zum 1.1.2002 die regelmäßige Verjährung von 30 auf 3 Jahre abgekürzt hat, § 195 BGB, besteht Streit darüber, ob sich damit auch die Verjährung öffentlich-rechtlicher Erstattungsansprüche geändert hat. Für den hier streitgegenständlichen Anspruch aus § 49a VwVfG bejaht das OVG Weimar eine dreijährige Verjährungsfrist. Diese beginnt gem. § 199 I BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Für das Kenntniselement i.S.d. Nr. 2 kommt es nach Ansicht des OVG Weimar nur auf die Kenntnis des sog. "Wissensvertreters" an, also des vom Hoheitsträger mit der Sachbearbeitung betrauten Amtswalters.

SACHVERHALT:

Die beklagte thüringische Stadt bewilligte dem Kl. im Jahr 2001 eine Subvention, die unter der auflösenden Bedingung der Nichtverwendung der Mittel stand. Noch im Jahr 2001 legte der Kl. der zuständigen Behörde einen abschließenden Mittelverwendungsnachweis vor, aus dem sich ergab, dass insgesamt Mittel i.H.v. 2.016 DM (= 1.030,77 €) nicht verwendet worden waren. Diesen Betrag forderte die beklagte Stadt mit Bescheid vom 29.10.2007 zuzüglich Zinsen zurück. Der Kl. berief sich auf Verjährung.

Steht der beklagten Stadt der Rückforderungsanspruch zu?

LÖSUNG:

Der beklagten Stadt steht der Rückforderungsanspruch zu, soweit dieser entstanden, nicht untergegangen und durchsetzbar ist.

A. Anspruch entstanden

"Rechtsgrundlage des streitgegenständlichen Erstattungsanspruchs ist § 49a I 1, 3. Var. ThürVwVfG. Danach sind bereits erbrachte Leistungen zu erstatten, soweit ein Verwaltungsakt infolge des Eintritts einer auflösenden Bedingung unwirksam geworden ist. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt."

B. Anspruch nicht untergegangen


Erlöschungsgründe sind nicht ersichtlich.

C. Anspruch durchsetzbar

Fraglich ist jedoch, ob der Anspruch durchsetzbar ist. Der Kl. hat Verjährungseinrede erhoben.


I. Verjährungsdauer

Wann öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche wie § 49a VwVfG verjähren, ist umstritten.

 JUR Intensiv		FamR	ehel. Güterrecht	§ 1365
		Verfügung über das Vermögen im Ganzen (13)		


1. Kann im Rahmen einer Verfügung über das Vermögen im Ganzen iSv § 1365 eine evtl. erhaltene Gegenleistung angerechnet werden, so dass im Ergebnis eine „Verfügung über das Vermögen im Ganzen“ doch abzulehnen ist?
2. Sind auch Belastungen von Sachen (z.B. ein Grundstück wird mit einer Hypothek oder Grundschuld belastet) als „Verfügungen“ iSv § 1365 zu verstehen?

© SCR – Schmidt & Partner

 JUR Intensiv		Sachenrecht II	Grundschuld	§ 873 § 1191
		Ersterwerb vom Berechtigten (23)		


1. Wie lautet das Prüfungsschema für den Ersterwerb einer Briefgrundschuld vom Berechtigten?
2. Wie lautet das Prüfungsschema für den Ersterwerb einer Buchgrundschuld vom Berechtigten?

© SCR – Schmidt & Partner

 JUR Intensiv		Sachenrecht II	Grundschuld	vor §§ 1191
		Grundlagen zur Grundschuld (22)		

Was ist eine Grundschuld?

© SCR – Schmidt & Partner

 JUR Intensiv		ZPO I	Zulässigkeit	Allg. ZPO/GVG
		Zulässigkeitsschema einer Klage (2)		

In der Zulässigkeit einer Zivilklage ist grundsätzlich zwischen den echten Prozessvoraussetzungen und den sog. Sachurteilsvoraussetzungen zu unterscheiden.
 Was sind die Sachurteilsvoraussetzungen und was ist die Folge, wenn eine solche fehlt?

© SCR – Schmidt & Partner

Grundinformationen zur Grundschuld:

1. Eine Grundschuld ist ein beschränkt dingliches Recht (an einem Grundstück).
2. Eine Grundschuld ist eine nicht akzessorische Sicherheit (vgl. Wortlaut § 1191).
3. Eine Grundschuld ermöglicht die Verwertung des Grundstücks (§§ 1192, 1147), sofern der sog. Sicherungsfall eintritt.

Sachurteilsvoraussetzungen:

I. Gerichtsbezogene

1. Zivilrechtsweg, § 13 GVG [wenn (-), Verweisung vAW, § 17a GVG]
2. sachliche Zuständigkeit, §§ 23 ff., 71 ff. GVG
3. örtliche Zuständigkeit, §§ 12 ff. ZPO

wenn (-), bei 2. und 3. Antrag auf Verweisung mögl., §§ 281, 506 ZPO

II. Parteibezogene

1. Parteifähigkeit, § 50 ZPO (ZB § 1 S. 1 AktG; § 13 III GmbHG, § 124 I HGB)
2. Prozessfähigkeit, § 51 I, 52 I ZPO, §§ 104 ff. BGB (nötig: volle Geschäftsfähigkeit iSd BGB)
3. Prozessführungsbefugnis (keine Popularklage)

III. Streitgegenstandsbezogene

1. Ordnungsgemäße Klagerhebung, § 253 ZPO [eindeutige Festlegung]
2. Keine anderweitige Rechtshängigkeit, § 261 ZPO
3. Keine entgegenstehende Rechtskraft, § 322 ZPO
4. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Fehlt eine Sachurteilsvoraussetzung, so wird die Klage entweder als unzulässig abgewiesen oder sie wird bei den gerichtlichenbezogenen vAW oder auf Antrag (s.o.) verwiesen.

1. Eine Anrechnung einer eventuellen Gegenleistung kann nicht erfolgen: § 1365 BGB schützt das vorhandene Vermögen der Ehegatten (den „status quo“), nicht das zukünftige. Es geht dieser Vorschrift um die Sicherung der Existenzgrundlage der Familie / Ehe, sowie um die Absicherung des eventuell anfallenden Zugewinnsausgleichs, so dass der Wortlaut gerade deshalb allein auf die Verfügung über das Vermögen im Ganzen abstellt und bewusst eine Gegenleistung unberücksichtigt lässt.

2. Auch Belastungen mit Pfandrechten stellen Verfügungen iSv § 1365 dar. Das Vermögen geht durch eine Belastung zwar nicht unmittelbar verloren. Jedoch dienen Pfandrechte regelmäßig der Absicherung von Kreditgeschäften. Sobald jetzt der Kredit nicht wie vereinbart zurückgezahlt wird oder zurückgezahlt werden kann, kann der Sicherungsnehmer (meist eine Bank) die Sicherheit verwerten und das Vermögen damit dem Zugriff der Familie und Eheleute entziehen. Die Vorschrift des § 1365 wäre dann umgangen. Um dies zu verhindern müssen auch Belastungen unter den Begriff der Verfügung iSv § 1365 BGB fallen.

Briefgrundschuld	Buchgrundschuld
§§ 873, 1191, 1192 I, 1115, 1116 I, 1117 I	§§ 873, 1191, 1192 I, 1115, 1116 II
1. Dingliche Einigung iSv §§ 873, 1191	
2. Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch §§ 873, 1192 I, 1115	
3. Einmissein bei Eintragung, § 873 II	
4. Übergabe des Grundschuldbriefs, §§ 1192 I, 1116 I, 1117 I	4. Einigung über den Abschluss des Grundschuldbriefs und Eintragung in das Grundbuch, §§ 1192 I, 1116 II
5. Dingliche Berechtigung des Verfügenden	



Mat.-rechtlicher Teil	StraßenR
Gemeingebrauch und Sondernutzung (1)	

§§ 7ff.
FStrG/

1. Was versteht man unter Gemeingebrauch und Sondernutzung? Worauf kommt es für die Abgrenzung entscheidend an?

2. Welche Konsequenzen hat die Einordnung als Gemeingebrauch oder Sondernutzung?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



Mat.-rechtlicher Teil	StraßenR
Gemeingebrauch und Sondernutzung (2)	

§§ 7ff.
FStrG

1. Wie wirken sich die Grundrechte auf die Einordnung als Gemeingebrauch oder Sondernutzung aus?

2. Erläutere die Auswirkungen folgender Grundrechte auf die Abgrenzung Gemeingebrauch <-> Sondernutzung:

- > Art. 21 GG
- > Art. 5 I 1 1. Fall, III 1 1. Fall GG
- > Art. 8 I GG
- > Art. 14 I 1 GG.

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



Mat.-rechtlicher Teil	StraßenR
Gemeingebrauch und Sondernutzung (3)	

§§ 7ff.
FStrG

Fortsetzung der vorangehenden Karteikarte („Gemeingebrauch und Sondernutzung (2)“)



Mat.-rechtlicher Teil	StraßenR
Gemeingebrauch und Sondernutzung (4)	

§§ 7ff.
FStrG

Fortsetzung der vorangehenden Karteikarte („Gemeingebrauch und Sondernutzung (3)“)

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

1. Die Grundrechte erweitern den Gemeindegebrauch im Wege der verfassungskonformen Auslegung. Entscheidend ist letztlich, ob durch das umstrittene Verhalten der Gemeindegebrauch anderer Personen nennenswert beeinträchtigt wird. In diesem Fall drohen auch bei einer Grundrechtsausübung Konflikte zwischen den unterschiedlichen Nutzern der Straße, so dass es sinnvoll ist, vorab eine behördliche Genehmigung einholen zu müssen. Mit dieser kann die Verw. etwaige Nutzungskonflikte entschärfen (sog. Lenkungsfunktion der Sondernutzungserelaubnis).

2. -> Art. 21 GG (Allg. Handlungsfreiheit):

Betrifft insbes. das Betteln und Trinken im öff. Straßenraum. Beides ist Gemeindegebrauch, solange andere Personen in ihrem Gemeindegebrauch nicht gestört werden. Daher sind aggressive Bettellei und das „Lagern“ in der Fußgängerzone eine erlaubnispflichtige Sondernutzung.

-> Art. 5111. Fall GG (Meinungsfreiheit):

Der Meinungstausch auf öff. Straßen beeinträchtigt andere Personen grds. nicht und ist daher Gemeindegebrauch (sog. kommunikativer Gemeindegebrauch). Geschieht die Ansprache zum Zwecke der Werbung (z.B. Verteilen von

Fortsetzung auf der nächsten KK

© SCR – Schmidt & Partner

VersG. Das FStrG sind nicht anwendbar. Alles, was typischerweise mit einer Versammlung verbunden ist (z.B. Laufen auf der Straße, Aufstellen eines Rednerpults), stellt dann Gemeindegebrauch dar. Verhaltensweisen, die für eine Versammlung nicht typisch sind (z.B. Imbissstände am Straßenrand), sind Sondernutzung und bedürfen einer Sondernutzungserelaubnis der Straßenbaubehörde. Liegt diese nicht vor, kann das Verhalten von der Versammlungsbehörde aufgrund der Vorschriften des VersG untersagt werden.

-> Art. 1411 GG (Eigentumsfreiheit):

Gemeingebruch, wenn ein Verhalten zur Ausübung der Eigentumsfreiheit unbedingt erforderlich ist (sog. Anliegergebrauch oder gesteigerter Gemeingebruch), z.B. Abstellen von Mülltonnen auf Gehweg zwecks Abholung, vorübergehendes Aufstellen eines Baugerüsts. Im Übrigen handelt es sich um Sondernutzung, z.B. Aufstellen von Tischen und Stühlen für ein Straßencafé.

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner

1. Sondernutzung ist gem. § 8 I 1 FStrG die Benutzung der öff. Straßen über den Gemeindegebrauch hinaus.

Gemeingebruch ist gem. § 7 I 1 FStrG der Gebrauch der öff. Straßen i.R.d. Widmung. Entscheidende Bedeutung für die Abgrenzung Gemeindegebrauch <-> Sondernutzung hat also die genaue Ermittlung des Widmungszwecks der Straße. Der Widmungszweck der Straße besteht primär in der Gewährleistung der Fortbewegung (sog. enger Verkehrsbegriff). Folglich sind alle Verhaltensweisen, die nicht der Fortbewegung dienen, an sich Sondernutzung. Das kann in Einzelfällen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. Bsp.: Das Abstellen eines Kfz gehört zum ruhenden Verkehr und ist damit an sich Gemeindegebrauch. Soll das Kfz jedoch dauerhaft abgestellt werden, also nicht mehr am Verkehr teilnehmen, handelt es sich um Sondernutzung.

Jedoch erweitern die Grundrechte diesen engen Verkehrsbegriff (s. dazu unten die Karteikarte „Gemeingebruch und Sondernutzung (2)“).

2. Die Sondernutzung ist gem. § 8 I 2 FStrG genehmigungspflichtig sowie gem. § 8 III FStrG gebührempflichtig. Zudem kann gegen eine ungenehmigte Sondernutzung gem. § 8 VIIa 1 FStrG vorgegangen werden. All dies gilt für den Gemeindegebrauch nicht.

© SCR – Schmidt & Partner

Werbezetteln), geht die h.M. jedoch von einer Sondernutzung aus, weil der öff. Straßenraum zur Anbahnung von Geschäften genutzt wird. Hingegen soll bei politischer Werbung und Information Gemeindegebrauch vorliegen. Die M.M. kritisiert, dass es zu einem keinen sachlichen Grund für eine derartige Differenzierung gibt. Zum anderen unterscheidet sich das Ansprechen von Passanten in werbender oder politischer Absicht äußerlich nicht vom Verhalten sonstiger Fußgänger, die sich mit anderen Personen auf der Straße unterhalten.

Sondernutzung ist es in jedem Fall, wenn Gegenstände aufgestellt werden, z.B. Info-Stände, Plakatständer. Dann kann der Gemeindegebrauch anderer Personen erheblich beeinträchtigt sein.

-> Art. 5 III 1. Fall GG (Kunsthfreiheit):

Straßenkunst wie z.B. Straßenmalerei oder Musizieren in einer Fußgängerzone ist Sondernutzung, weil sie andere Personen in ihrem Gemeindegebrauch beeinträchtigen kann. Eine Ausnahme soll aber für Spontankunst bestehen.

-> Art. 8 I GG (Versammlungsfreiheit):

Die Zulässigkeit von Versammlungen auf öff. Straßen richtet sich allein nach dem

Fortsetzung auf der nächsten KK

© SCR – Schmidt & Partner



Staatsrecht	Grundrechte
Zulässigkeit VB - Beschwerdefähigkeit (5)	

Art. 93 I Nr. 4a GG

1. Wie kann man den Kreis der Grundrechtsberechtigten schon in diesem Punkt der Zulässigkeitsprüfung unterteilen?
2. Was prüft man, sofern sich Ausländer z.B. auf Art. 8 I GG berufen wollen?
3. Können sich EU-Ausländer auf ein Deutschen-GR berufen?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



Staatsrecht	Grundrechte
Zulässigkeit VB - Beschwerdefähigkeit (6)	

Art. 93 I Nr. 4a GG

- Wonach richtet sich die Beschwerdefähigkeit von Personennmehrheiten und Vermögensmassen?
Welche Voraussetzungen sind hierbei zu beachten?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



Staatsrecht	Grundrechte
Zulässigkeit VB - Beschwerdefähigkeit (7)	

Art 93 I Nr. 4a GG

1. Können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte berufen? Begründe Deine Antwort.
2. Gibt es von diesem Grundsatz Ausnahmen?
3. Auf welche Grundrechte können sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts berufen?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



Staatsrecht	Grundrechte
Zulässigkeit VB - Beschwerdefähigkeit (8)	

Art. 93 I Nr. 4a GG

1. Sind juristische Personen des Zivilrechts mit staatlicher Beteiligung beschwerdefähig?
2. Wie verhält es sich mit der Beschwerdefähigkeit von:
 - a) Verstorbene?
 - b) dem sog. „Nasciturus“?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner

Die Beschwerdefähigkeit von Personennmehrheiten und Vermögensmassen richtet sich nach **Art. 19 III GG**.

VSS Art. 19 III GG:

a) **Juristische Person**

= alle Personennmehrheiten oder Vermögensmassen, die voll- oder teilrechtsfähig und zur eigenständigen Willensbildung und Willensverwirklichung fähig sind.

Bsp.: OHG, KG, GbR, GmbH, AG, e.V.

b) **Inländisch**

= **tatsächliches Aktionszentrum im Inland.**

c) **Dem Wesen nach anwendbar**

Die Anwendbarkeit dem Wesen nach wird i.E. unterschiedlich beurteilt. Das **BVerfG** führt die Grundrechtsfähigkeit JP auf die GR der natürlichen Personen zurück, die hinter der JP stehen (sog. *personales Substrat*). Bedenken sich danach natürliche Personen JP, um ihre eigenen GR auszuüben oder zu verwirklichen, dann sind auch JP grundrechtsfähig.

Die **Literatur** stellt dagegen auf eine grundrechtstypische Gefährdungslage ab. Sind JP in gleicher Weise von einer staatlichen Maßnahme betroffen, wie es eine natürliche Person an ihrer Stelle wäre, dann sind auch JP grundrechtsfähig. Im Ergebnis kommen beide Meinungen i.d.R. zum gleichen Ergebnis.

Letztlich kommt es auf die einzelnen GR an. Ein GR ist über Art. 19 III GG auf eine JP anwendbar, wenn es nicht an die natürlichen Qualitäten des Menschen anknüpft. Ein GR ist danach nicht auf eine JP anwendbar, wenn es nur von einem natürlichen Menschen ausgeht werden kann (z.B. Art. 2 II 1 GG „Leben und Gesundheit“).

© SCR – Schmidt & Partner

1. Str., nach **h.M. (-)**, wenn sie **öff. Aufgaben** wahrnehmen, z.B. Daseinsvorsorge.

Wird **keine öff. Aufgabe** wahrgenommen, hat der **Staat** aber einen **beherrschenden Einfluss** (d.h. der Staat muss i.d.R. mehr als 50% der Gesellschaftsanteile halten), **verneint** die **h.M.** ebenfalls die **Grundrechtsfähigkeit**. Denn aus **Art. 1 III GG** ergebe sich eine **umfassende Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt in jeglicher Erscheinungsform**, so dass der Staat nicht zugleich grundrechtsberechtigt und damit auch nicht beschwerdefähig sein kann. Die **beteiligten privaten Gesellschaften** seien **nicht schutzwürdig**, weil sie sich **freiwillig** an einer **Gesellschaft beteiligten**, die der Staat beherrscht.

2. **Verstorbene:** Zumindest der soziale Achtungsanspruch, der aus Art. 1 I GG erwächst, wirkt über den Tod hinaus. Daher schützt Art. 1 I GG auch den Verstorbenen (sog. *postmortales Persönlichkeitsrecht*). Dieser Schutz nimmt jedoch mit der Zeit ab.

b) **Nasciturus (ungeborenes Leben)** wird durch Art. 1 I, 2 II 1, 14 I 1 GG (Erbrecht) geschützt. Ungeklärt ist bisher, ob der Nasciturus selbst Grundrechtsträger ist oder ob nur ein objektiv-rechtlicher Grundrechtsschutz besteht. Ferner ist strittig, ob der Grundrechtsschutz bereits mit Verschmelzung von Eizelle und Samenzelle oder erst mit dem Zeitpunkt der sog. „**Nidation**“ (Einnistung der befruchteten Eizelle in die Gebärmutter) beginnt.

© SCR – Schmidt & Partner

1. Man **unterscheidet** - bezogen darauf, **wer sich** auf ein Grundrecht **berufen** kann - grundsätzlich zwischen:

a) **Menschenrechten/Jedermann-Grundrechten:** Sowohl Deutsche als auch Ausländer können sich auf diese Grundrechte beziehen.

Bsp.: Art. 2 I, 5 I, 14 I 1 GG

b) **Bürgerrechte/Deutschen-Grundrechte:** Nur Deutsche i.S.d. Art. 116 I GG können sich auf diese Grundrechte berufen.
Bsp.: Art. 8 I, 12 I GG.

2. **Ausländer** sind **keine** Personen i.S.d. **Art. 116 I GG**. Da sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht aufweisen, können sie sich **nicht** auf **Deutschen-GR** wie Art. 8 I GG berufen.

Beachte: Da jedoch auch Ausländern in diesen Fällen ein Grundrechtsschutz gewährt werden soll, prüft man nach Ablehnung des Deutschengrundrechtes den **Art. 2 I GG** als **Aufgang-Grundrecht (minimaler Grundrechtsschutz)**.

3. **Grundvoraussetzung** ist, dass das **EU-Recht** eine **Gleichbehandlung** des Unionsbürgers **verlangt**. Das wird regelmäßig aus dem allg. Diskriminierungsverbot des **Art. 18 I AEU** bzw. aus den speziellen Grundfreiheiten folgen. Wenn das EU-Recht demnach eine Gleichbehandlung verlangt, ist der EU-Bürger **in Ergebnis grundrechtlich genauso zu schützen wie der Deutsche**. Das ist **unstrittig. Strittig** ist **allein** die Frage, ob das **Deutschen-GR direkt** angewandt wird **oder** ob auf **Art. 2 I GG** zurückzugreifen ist, der im Wege einer **europarechtskonformen Auslegung** dann aber so angewandt wird wie das Deutschen-GR (einschließlich einer Übertragung der Schranken des Deutschen-GR).

© SCR – Schmidt & Partner

1. Juristische Personen des öffentlichen Rechts (**Anstalten, Stiftungen, Körperschaften, z.B. Gemeinde, Stadt, Landkreis, Bundesland, Bund**) können sich **grundsätzlich nicht** auf Grundrechte berufen.
Arg.: Juristische Personen des öffentlichen Rechts handeln auf Grund von **Zuständigkeiten** und **nicht** in Ausübung menschlicher Freiheiten. Daher fehlt ihnen das **personale Substrat** bzw. die **grundrechtstypische Gefährdungslage**.
Zudem sind sie als Teil des Staates gem. Art. 1 III GG grundrechtsverpflichtet. Daher können sie nicht zugleich grundrechtsberechtigt sein (sog. *Konfusionsargument*).

2. Einige Grundrechte sichern die Unabhängigkeit bestimmter öffentlich-rechtlicher Einrichtungen ggü. dem Staat, so dass diese Einrichtungen insoweit grundrechtsberechtigt sein können.
Bsp.: Rundfunkanstalten bzgl. **Art. 5 I 2, Fall GG, staatl. Kunstatadonien** bzgl. **Art. 5 III 1, Fall GG, Universitäten** bzgl. **Art. 5 III 1 2, Fall GG** sowie die **öffentlich-rechtlich organisierten Religions- und Welanschauungsgemeinschaften** bzgl. **aller** Grundrechte (umfassende Grundrechtsberechtigung, da nicht in die Staatsverwaltung eingegliedert).

3. Alle juristischen Personen (inländisch + ausländisch, privatrechtl. + öff.-rechtl.) können sich immer auf **Justizgrundrechte** aus **Art. 101 I 2, 103 I GG** berufen, weil infolge ihrer **systematischen Stellung** die einschränkenden Voraussetzungen des **Art. 19 III GG** nicht gelten. **Str.** ist dies bzgl. **Art. 19 IV 1 GG**. Er steht zwar **hinter Art. 19 III GG**, jedoch im **Abschnitt über die Grundrechte**.

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner



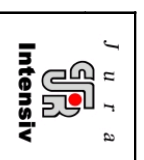
StrafR BT I	Betrug
Prüfungsschema I	(19)

§ 263 StGB

Prüfungsschema objektiver Tatbestand

Definiere die einzelnen Tatbestandselemente

© SCR – Schmidt & Partner

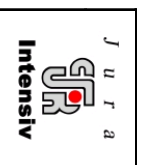


StrafR BT II	Raub
Prüfungsschema	(6)

§ 249 StGB

Prüfungsschema § 249

© SCR – Schmidt & Partner



StrafR BT I	Untreue
Prüfungsschema II	(34)

§ 266 StGB

Prüfungsschema Untreue 2. Var. - Treubruchstatbestand

Nenne die relevanten Definitionen.

© SCR – Schmidt & Partner



StrafR BT III	Brandstiftung
Wohnung	(7)

§ 306a I StGB

1. Wonach bestimmt sich, ob ein Gebäude eine Wohnung i.S.d. § 306a I Nr. 1 ist?
2. Wie ist dies bei sog. gemischt genutzten Gebäuden, wenn es also im gleichen Haus Büro- und Wohnräume gibt?
3. Schließt ein „Kontrollgang“ des Täters vor der Brandstiftung den Tatbestand des § 306 I Nr. 1 aus?

© SCR – Schmidt & Partner

- I. Tatbestand
 1. Raubmittel
 - a. Gewalt gegen eine Person
 - b. Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben
 2. Fremde bewegliche Sache
 3. Wegnahme (hier die Abgrenzung zu § 255f!)
 4. Vorsatz bzgl. 1. bis 3.
 5. Finalzusammenhang

Die *Gewalt* oder die *Drohung* müssen *Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme* sein, nicht nur bloße Begleiterscheinungen. Es muss aber auch kein Kausalzusammenhang zwischen dem Einsatz der Nötigungsmittel und der Wegnahme bestehen. Es reicht aus, wenn **aus der Sicht des Täters** die Nötigung objektiv erforderlich oder kausal für die Wegnahme werden soll, also eine *finale Verknüpfung zwischen Nötigung und Wegnahme* besteht.

 6. Absicht rechtswidriger Zueignung
 - a. Zueignungsabsicht
 - b. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung
 - c. Vorsatz bzgl. b.
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

1. *Wohnung* ist der Ort, den eine Person zum Mittelpunkt ihres Lebens gemacht hat. Die tatsächliche (Wohn-)Zweckverwendung endet, wenn sie von den berechtigten Bewohnern aufgegeben wird (*Entwidmung*). Die Entwidmung ist ein *Realkt*. Willensmängel sind unbeachtlich, und sie muss nicht ausdrücklich erklärt werden; ausreichend ist eine *objektive Manifestationshandlung*, die – handelt der Bewohner – auch im In-Brand-Setzen selbst bestehen kann.
2. § 306a I bei gemischt-genutztem Gebäude
BGH: (+), wenn ein Übergriff auf eine Räumlichkeit i.S.d. Nm. 1-3 nicht auszuschließen ist
a.A.: (+) erst, wenn Übergriff tatsächlich stattfindet
3. **Kontrollgang bei § 306a I** (teleologische Reduktion?)
§ 306a I ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die abstrakte Gefahr kann nur ausgeschlossen werden, wenn Gewissheit herrscht, dass keine Gefährdung eintreten kann; nach BGH ist dies nur gegeben bei einräumiger und kellerloser Räumlichkeit.

- I. Tatbestand
 1. Täuschung über Tatsachen
Def.: Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.
Tatsachen sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind.
 2. Täuschungsbedingter Irrtum
Def.: Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen.
Ein Irrtum wird **erregt**, wenn er durch das Verhalten des Täters hervorgerufen wird.
Ein Irrtum wird **unterhalten**, wenn der Täter eine bereits bestehende Fehlvorstellung bestärkt oder deren Aufklärung verhindert.
 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung
Def.: Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.
 4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden
Def.: Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde.

- Treubruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB**
- I. Tatbestand
 1. Vermögensbetreuungspflicht
Def.: Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I 2. Fall ist gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen eingeräumt wurde und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt.
 2. Pflichtverletzung
Def.: Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall ist jedes vermögensrelevante Verhalten, das im Widerspruch zu der dem Täter obliegenden Vermögensbetreuungspflicht steht.
 3. Vermögensnachteil
Def.: Vermögensnachteil entspricht dem Schaden beim Betrug.
 4. Kausalität 2. für 3.
 5. Vorsatz bzgl. 1.-4.
 - II. Rechtswidrigkeit
 - III. Schuld

1. Ansicht: 3 Jahre

"Nach Auffassung des 2. und 5. Senats des BVerwG gilt für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche jetzt die auf drei Jahre verkürzte Regelverjährungsfrist des § 195 BGB n.F. entsprechend."

2.Senat: BVerwG, NJW 2006, 3225
5.Senat: BVerwGE 131, 153

2. Ansicht: 30 Jahre

"Demgegenüber will der 3. Senat des BVerwG die verkürzte Regelverjährungsfrist des § 195 BGB n. F. für den von ihm als öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch eingeordneten Erlösherausgabeanspruch aus § 8 IV 2 VZOG nicht angewendet wissen. Vielmehr soll es auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes hier bei einer (kenntnisunabhängigen) 30jährigen Verjährungsfrist bleiben. Die Weitergeltung dieser langen Verjährungsfrist will der 3. Senat des BVerwG aber nicht auf eine entsprechende Anwendung des außer Kraft getretenen § 195 BGB a. F. oder der Neuregelung des § 197 BGB n. F. (der für bestimmte Sonderfälle eine 30-jährige Verjährungsfrist vorsieht) stützen, sondern aus dem allgemeinen Rechtsgedanken herleiten, dass Rechtssicherheit und Rechtsfrieden eine Verjährung nach 30 Jahren erfordern, aber auch ausreichen lassen. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001 (BGBl I, 3138), das das Verjährungsrecht des bürgerlichen Rechts grundlegend geändert habe, biete keinen Grund, von diesem allgemeinen Rechtsgedanken abzugehen. Der Gesetzgeber habe dem neuen Verjährungsrecht des BGB ausdrücklich für das öffentliche Recht keine Bedeutung beigelegt."

3. Senat: BVerwGE 132, 324

3. Stellungnahme

"Der erkennende Senat schließt sich der [ersten] Auffassung für den landesrechtlichen Erstattungsanspruch aus § 49a I ThürVwVfG an. Er verjährt demnach ebenso wie der Zinsanspruch aus § 49a III ThürVwVfG in entsprechender Anwendung des § 195 BGB n.F. in drei Jahren." [...]

a. Änderung des § 53 VwVfG als Indiz

"Soweit der 3. Senat des BVerwG demgegenüber darauf verweist, dass der Bundesgesetzgeber bei der Neuregelung des Verjährungsrechts im BGB das öffentliche Recht bewusst ausgespart habe, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Zum einen legt die Entstehungsgeschichte der Änderung des § 53 VwVfG die Annahme nahe, dass auch der Bundesgesetzgeber bei der Neuregelung des Verwaltungsverfahrenrechts von einer entsprechenden Anwendung des neu geregelten Verjährungsrechts des BGB ausgegangen ist."

b. Teleologie: Rechtssicherheit und Rechtsfrieden

"Auch die mit den Verjährungsvorschriften verfolgten Zwecke sprechen dafür, die Regelverjährungsfrist von drei Jahren. [...] **Die Verjährungsregelungen verfolgen (auch) im öffentlichen Recht im Wesentlichen das Ziel, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herbeizuführen.** Außerdem sollen sie den Schuldner gegen Beweisschwierigkeiten schützen, die vor allem dann auftreten können, wenn er erst nach längerer Zeit in Anspruch genommen wird. Dies legt es nahe, die Verkürzung der Regelverjährung von 30 auf drei

Jahre im Zivilrecht auch im öffentlichen Recht nachzuvollziehen. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass und weshalb Rechtssicherheit und Rechtsfrieden die Beibehaltung der bisherigen 30jährigen Verjährungsfrist erfordern sollten. **Rechtssicherheit und Rechtsfrieden streiten eher für kürzere als für längere Verjährungsfristen."**

c. Kenntnisfristen auch im öffentl. Recht nicht ungewöhnlich

"Die entsprechende Anwendung des § 195 BGB n. F. auf öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche begegnet auch nicht etwa deshalb Bedenken, weil es sich hier – wie die Regelung des § 199 I Nr. 2 BGB n. F. zeigt – um eine kenntnisabhängige Verjährungsfrist handelt (in diesem Sinne aber BVerwGE 132, 324). [...] Im öffentlichen Recht hängt der Lauf von Fristen auch in anderen Fällen von der Kenntnis der Behörde ab, ohne dass die Bestimmung des jeweiligen Fristbeginns auf unüberwindbare Schwierigkeiten gestoßen wäre. Dies gilt etwa für die vom VG angeführte Bestimmung des § 48 IV ThürVwVfG, der den Lauf der Jahresfrist von der Kenntnis der Behörde abhängig macht."

II. Verjährungseintritt

Sofern - wie hier - die nach den Bestimmungen des BGB a. F. zu beurteilende Verjährungsfrist bis zum 1.1.2002 noch nicht abgelaufen war, kommen grds. die Verjährungsregelungen des BGB n. F. zur Anwendung (vgl. Art. 229 § 6 I 1 EGBGB), wobei allerdings die Modifikationen durch Art. 229 § 6 III und IV EGBGB zu beachten sind.

Die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB n. F. ist kürzer als die 30jährige Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. und daher gem. Art. 229 § 6 IV 1 EGBGB vom 1.1.2002 an zu berechnen.

"Gemäß § 199 I BGB n. F. beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2)."

1. Entstehung des Anspruchs

"Entstanden war der Erstattungsanspruch der Bekl. hier im Jahr 2001, in dem die Aufwendungen des Kl. geringer als geplant ausfielen und dementsprechend die von der Bekl. nach ihrem Bescheid vom 13.6. 2001 zu gewährende Zuwendung sich (unstreitig) um den Betrag von 2.016 DM verringerte, d. h. in dieser Höhe ohne Rechtsgrund gezahlt worden war."

2. Kenntnis

"Die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen i.S.d. § 199 I Nr. 2 BGB n.F. liegt dann vor, wenn der Gläubiger die Tatsachen kennt, die die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm erfüllen; nicht erforderlich ist grds. die zutreffende rechtliche Würdigung des Sachverhalts. Es genügt, dass der Gläubiger den Hergang in seinen Grundzügen kennt und weiß, dass der Sachverhalt erhebliche Anhaltspunkte für die Entstehung eines Anspruchs bietet.

Bei Behörden und öffentlich-rechtlichen Körperschaften kommt es nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, auf die Kenntnis des zuständigen Bediensteten der verfügungsberechtigten Behörde an; verfügbungsberechtigt in diesem Sinne sind dabei solche Behörden, denen die Entscheidungskompetenz für die Verfolgung der jeweiligen Ansprüche zukommt, wobei die behördliche Zuständigkeitsverteilung zu respektieren ist.

Zur Kenntniszurechnung vgl. BGH, NJW 2011, 1799, Rn. 11

Darüber hinaus ist die Kenntniserlangung durch den Beschäftigten für die Verjährung der Forderungen einer Behörde oder anderen juristischen Person nur relevant, soweit dieser für die Behörde handelt und die Behörde bei der Abwicklung des Schadensfalls vertritt. Nach den zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen darf der maßgeblichen Institution nicht die Kenntnis eines jeden Bediensteten zugerechnet werden. Es ist vielmehr jeweils zu prüfen, ob es sich bei dem Bediensteten um einen Wissensvertreter handelt.

Das ist nach dem hier heranzuziehenden Rechtsgedanken des § 166 BGB dann der Fall, wenn der Bedienstete vom Anspruchsinhaber mit der Erledigung der betreffenden Angelegenheit, hier also mit der Betreuung und der Verfolgung der in Frage stehenden Regressforderung, in eigener Verantwortung betraut worden ist."

Zu den Anforderungen an den sog. "Wissensvertreter": BGHZ 133, 129, 139; BGH, VersR 1985, 735

Hier lag dem zuständigen Mitarbeiter der beklagten Stadt bereits 2001 der Verwendungsnachweis des Kl. vor. Somit bestand ab diesem Zeitpunkt Kenntnis des Wissensvertreters der beklagten Stadt, die diese sich zurechnen lassen muss. Die Verjährung begann somit am 1.1.2002 und endete nach drei Jahren, also am 31.12.2004. Der Anspruch war im Zeitpunkt der Rückforderung am 29.10.2007 also verjährt.

IV. Ergebnis

Der beklagten Stadt stehen keine Ansprüche gegen den Kl. mehr zu.

FAZIT:

Auch wenn sich die Senate des BVerwG nicht einigen können: Das OVG Weimar dürfte der h.M. gefolgt sein, denn jedenfalls die Mehrheit der Fachgerichte und Literaturstimmen geht ebenfalls von einer dreijährigen Verjährung analog § 195 BGB n.F. aus (für § 49a VwVfG etwa VG Lüneburg, Urteil vom 3.12.2008 - 5 A 81.08; für den gewohnheitsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch OVG Münster, Urteil vom 17.12.2008 - 1 A 444/07; OVG Magdeburg, LKV 2010, 519; aus der Literatur Dötsch, DÖV 2004, 277 ff.; Stumpf, NVwZ 2003, 1198 ff.).

In einer Klausur könnte der Fall in eine Anfechtungsklage eingebunden werden, denn § 49a I 2 VwVfG ermächtigt die Behörde ausdrücklich, ihren Anspruch durch Verwaltungsakt festzusetzen, mit der Folge, dass sich die Klageobliegenheit zum Bürger verschiebt.

Übrigens trägt § 49a II VwVfG zur Klärung der hier behandelten Streitfrage nichts bei, denn dort wird zwar ausdrücklich auf das BGB verwiesen, aber nicht für die Verjährungsfrage, sondern nur für den Umfang des Erstattungsanspruchs auf die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, also vor allem auf §§ 818 ff. BGB.

Problem: Inkompatibilität des Bundespräsidentenamtes

BVerfG: Beschluss vom 24.02.2011 -
2 BvE 1/10 (BayVBI 2011, 666)

Art. 55 I GG:

"Der Bundespräsident darf weder der Regierung noch einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören."

EINLEITUNG:

Das BVerfG hatte im Rahmen eines Organstreitverfahrens über die Frage zu entscheiden, ob es gegen die Inkompatibilitätsnorm des Art. 55 I GG verstieß, dass der später gewählte Kandidat Wulff zum Zeitpunkt seiner Wahl noch Ministerpräsident des Landes Niedersachsen war. Das Gericht verneinte die Frage und erklärte das parallel betriebene einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 32 BVerfGG für erledigt.

SACHVERHALT:

Der vormalige Bundespräsident K erklärte auf einer Pressekonferenz am 31. Mai 2010 seinen sofortigen Rücktritt. Daraufhin wurde die 14. Bundesversammlung einberufen, die am 30. Juni 2010 den Kandidaten W zum neuen Bundespräsidenten wählte. W war im Zeitpunkt seiner Wahl noch Ministerpräsident des Landes N, trat jedoch unmittelbar vor der Annahme der Wahl von diesem Amt zurück.

Die politische Partei P meint, die Wahl des W verstoße gegen Art. 55 I GG. Da der alte Bundespräsident mit sofortiger Wirkung am 31. Mai 2010 zurückgetreten sei, sei der Amtsantritt des W rückwirkend zum 1. Juni 2010 wirksam geworden, also zu einem Zeitpunkt, als er noch Ministerpräsident des Landes N gewesen sei. P beantragt vor dem BVerfG, einen entsprechenden Verfassungsverstoß festzustellen.

Mit Erfolg? Sollte der Antrag unzulässig sein, ist seine Begründetheit hilfsweise zu erörtern.

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit**I. Zuständigkeit des BVerfG**

Das BVerfG ist nach Art. 93 I Nr.1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG für Organstreitverfahren zuständig, die aus Anlass von Streitigkeiten über Rechte und Pflichten oberster Bundesorgane (oder deren Teile) aus dem Grundgesetz geführt werden. Hier geht es um die Verfassungsmäßigkeit der Wahl des W zum Bundespräsidenten. Die Wahl wurde von der 14. Bundesversammlung - einem obersten Bundesorgan - nach Art. 54 ff. GG - also Normen aus dem GG - durchgeführt. Somit liegt ein Organstreitverfahren vor.

II. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 1 GG i.V.m. § 63 BVerfGG.

1. Antragstellerin

Die Antragstellerin ist eine politische Partei. Politische Parteien sind in § 63 BVerfGG nicht genannt. Jedoch ist die dortige Aufzählung nicht abschließend. Dies ergibt sich aus einer Auslegung im Lichte des Art. 93 I Nr. 1 GG, der keinen Katalog von Antragstellern enthält, sondern

- neben den "obersten Bundesorganen" - auch andere Beteiligte, die aus dem Grundgesetz oder der Geschäftsordnung eines obersten Bundesorgans eigene Rechte ableiten können, für parteifähig erklärt. Eine politische Partei hat eigene Rechte aus Art. 21 GG. Sie ist somit am Verfassungsleben unmittelbar beteiligt, wie es Art. 93 I Nr. 1 GG fordert. Also ist sie in erweiternder Auslegung des § 63 BVerfGG auch berechtigt, einen Antrag im Organstreitverfahren zu stellen.

St.Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 1, 208, 223 ff.

2. Antragsgegnerin

Entsprechendes gilt für die Bundesversammlung als Antragsgegnerin. Auch diese ist in § 63 BVerfGG nicht genannt, ist jedoch ein oberstes Bundesorgan i.S.d. Art. 93 I Nr. 1 GG. Somit ist auch sie parteifähig im Organstreitverfahren.

Allg.M., vgl. nur Sturm, in: Sachs, GG, Art. 93 Rn 46

III. Tauglicher Antragsgegenstand

Antragsgegenstand des Organstreitverfahrens ist gem. § 64 I BVerfGG eine Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners. Darunter ist nur ein rechtserhebliches Verhalten zu verstehen. Die Antragstellerin beantragt hier festzustellen, dass die Wahl des W zum Bundespräsidenten der Bundesrepublik Deutschland verfassungswidrig war. Dass die Wahl zum Bundespräsidenten ein rechtserheblicher Akt ist, der von der Bundesversammlung als Antragsgegnerin vorgenommen wurde, ist offensichtlich.

Im Originalfall lautete der Antrag auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Nichtzurückweisung des Wahlvorschlages des Herrn Wulff (und einer weiteren Kandidatin) gem. § 9 II 2 BPräsWahlG.

IV. Antragsbefugnis

Nach § 64 I BVerfGG ist der Antrag nur dann zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, dass er oder das Organ, dem er angehört, durch die angegriffene Maßnahme des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist. Es genügt, dass der Antragsteller die Rechtsverletzung "geltend macht", sie also zumindest möglich erscheint (vgl. Ehlers, JURA 2003, 315 [318]; Ipsen, StaatsR I, Rn. 873).

Das BVerfG hat die Zulässigkeit im konkreten Fall offen gelassen. Dies war möglich, da das Gericht den Antrag per Beschluss nach § 24 BVerfGG als offensichtlich unbegründet abgelehnt hat:

"Bei einem Beschluss nach § 24 Satz 1 BVerfGG kann es dahinstehen, ob der Antrag im Organstreitverfahren zulässig ist, wenn er offensichtlich unbegründet ist (vgl. BVerfGE 6, 7 <11>; 60, 243 <246>; 96, 1 <5>; 97, 350 <368>). So liegt hier der Fall."

Eine politische Partei findet ihre verfassungsmäßigen Rechte zunächst in Art. 21 GG. Dort ist allerdings nicht von einer Beteiligung an der Wahl zum Bundespräsidenten die Rede. Mitglied der Bundesversammlung kann eine Partei nicht sein. Ob ein Parteimitglied von P Mitglied der 14. Bundesversammlung war oder nicht, ist aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich, kann jedoch auch dahinstehen, da allenfalls dieses Mitglied selbst - nicht aber die P - in seinen Mitwirkungsrechten verletzt sein könnte, wenn der Bundesversammlung ein Wahlfehler unterlaufen wäre. Somit ist eine Antragsbefugnis der P nicht erkennbar.

Wäre eine Antragsbefugnis zu bejahen gewesen, wären in der Zulässigkeit weiterhin noch Form (§ 23 BVerfGG) und Frist (§ 64 III BVerfGG) zu prüfen gewesen.

B. Begründetheit (hilfsweise)

Nach § 67 S. 1 BVerfGG ist der Antrag begründet, sofern die angegriffene Maßnahme oder Unterlassung des Antragsgegners verfassungswidrig ist. Hier kommt nur eine Verletzung des Inkompatibilitätsgrundsatzes aus Art. 55 I GG in Betracht. Nach dieser Vorschrift darf der Bundespräsident weder der Regierung noch einer gesetzgebenden Körperschaft des Bundes oder eines Landes angehören.

I. "Der Bundespräsident"

Schon aus der Formulierung "der Bundespräsident" ergibt sich, dass die Inkompatibilität noch nicht im Kandidatenstadium, sondern erst für

den Amtsinhaber gilt. Das BVerfG begründet dies darüber hinaus mit teleologischen Argumenten:

So schon BVerfGE 89, 359 [362]

"[6] Das BVerfG hat bereits entschieden, dass diese Bestimmung nur die Unvereinbarkeit des Amtes des Bundespräsidenten mit anderen Ämtern regelt, nicht jedoch schon im Vorfeld die Stellung von Kandidaten für dieses Amt betrifft. **Die Gefahr einer Funktionsvermischung oder Funktionsverschiebung, der dieser Grundsatz der Gewaltenteilung vorbeugen soll, wird durch eine Kandidatur nicht begründet.**"

Somit hat die 14. Bundesversammlung nicht allein dadurch gegen Art. 55 I GG verstoßen, dass sie W als Kandidaten zugelassen und ihn gewählt hat, obwohl er zu diesem Zeitpunkt noch Ministerpräsident des Landes N war.

II. Rückwirkender Amtserwerb?

Fraglich ist jedoch, ob sich ein Verstoß daraus ergeben könnte, dass W - wie P meint - rückwirkend zum 1. Juni 2010 sein Amt erworben haben könnte, weil sein Vorgänger am 31. Mai 2010 "mit sofortiger Wirkung" zurückgetreten sei. Das BVerfG weist diese Konstruktion jedoch zurück:

"[7] Die Vorschrift des Art. 55 GG ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht 'aus hier einmaligen besonderen Gründen' deswegen auf Kandidaten anwendbar, weil der Amtsvorgänger seinen Rücktritt vom Amt des Bundespräsidenten bereits vor Ablauf der regulären Amtszeit, nämlich zum 31. Mai 2010 erklärte. Aus diesem Umstand ergibt sich nicht, dass der von der 14. Bundesversammlung gewählte Bundespräsident rückwirkend ('ex tunc') in das Bundespräsidentenamt eintrat. **Gesetzliche Rückwirkungsfiktionen im Falle des vorzeitigen Rücktritts eines Bundespräsidenten kennt die deutsche Rechtsordnung nicht.**

[8] [Vergeblich] bemüht sich die Antragstellerin, eine derartige Rücktrittsfiktion aus dem Wortlaut von § 10 BPräsWahlG herzuleiten. [...] § 10 BPräsWahlG lautet seinem vollständigen Wortlaut nach:

[11] Das Amt des Bundespräsidenten beginnt mit dem Ablauf der Amtszeit seines Vorgängers, jedoch nicht vor Eingang der Annahmeerklärung beim Präsidenten des Bundestages.

[12] Ein Kandidat kann seine Wahl naturgemäß erst annehmen, nachdem er gewählt ist. Mit dieser Bestimmung wird ein rückwirkender Amtsbeginn demnach ausgeschlossen."

W hatte seinen Rücktritt als Ministerpräsident des Landes N unmittelbar nach seiner Wahl, aber vor deren Annahme - und damit nach diesen Ausführungen des BVerfG noch rechtzeitig - erklärt.

Somit ist kein Verstoß gegen Art. 55 I GG ersichtlich. Das Organstreitverfahren ist auch unbegründet.

FAZIT:

Die Entscheidung eignet sich eher für mündliche Prüfungen als für Klausuren, da das Ergebnis doch recht offensichtlich ist. Für diese ist sie gerade jetzt allerdings besonders interessant, da der Bundespräsident gegenwärtig Schlagzeilen macht.

Neben Art. 55 I GG sollte in jedem Fall bekannt sein, dass § 63 BVerfGG trotz seines gegenteiligen Wortlauts ("nur") nicht abschließend ist, da sich aus Art. 93 I Nr. 1 GG eine Reihe weiterer tauglicher Beteiligter ergeben. Politische Parteien und die Bundesversammlung sind Paradebeispiele hierfür.

Problem: Ungenehmigte Sondernutzung einer Straße

VGH MÜNCHEN, BESCHLUSS VOM 27.09.2010
8 CS 10.1720 (BAYVBL 2011, 729)

EINLEITUNG:

In der Entscheidung ging es zunächst um die Frage, wie im Straßen- und Wegerecht der (erlaubnisfreie) Gemeingebrauch von der (erlaubnispflichtigen) Sondernutzung abzugrenzen ist. Sodann stellte sich die Frage, ob gegen eine ungenehmigte Sondernutzung allein wegen der fehlenden Erlaubnis eingeschritten werden kann, oder ob - vergleichbar einer Abrissverfügung im Baurecht - aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zur formellen noch eine materielle Illegalität hinzutreten muss, an der es fehlen würde, wenn die Sondernutzung zwar nicht genehmigt, aber immerhin genehmigungsfähig wäre.

Der VGH München wählt einen Kompromiss: Das Gericht hält - unter den aus dem Leitsatz ersichtlichen Voraussetzungen (keine Atypik, kein besonderer Grundrechtsschutz) - ein Einschreiten nur dann für unverhältnismäßig, wenn die Sondernutzung **offensichtlich** materiell rechtmäßig ist.

SACHVERHALT:

Der Antragsteller A betreibt im Stadtgebiet der Antragsgegnerin S in Bayern eine Bäckerei. Im Februar 2010 stellte er in einer Entfernung von etwa 400m von der Bäckerei im Kreuzungsbereich H-Straße auf öffentlichem Verkehrsgrund jeweils sonntags ein Werbeschild mit einem Hinweis auf den Sonntagsverkauf der Bäckerei auf. Eine Genehmigung hierfür hatte er weder beantragt noch erhalten. Mit Bescheid vom 13. April 2010 gab S dem A in formell ordnungsgemäßer Weise auf, das Hinweisschild dauerhaft zu entfernen.

A meint, Art und Ausmaß der Einwirkung des Werbeschildes auf den Verkehr seien äußerst gering, weil das Schild nur für kurze Dauer am Sonntag in der Zeit zwischen 7.00 Uhr und 12.00 Uhr aufgestellt werde. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs werde nicht beeinträchtigt, zumal am Sonntag nur geringer Straßenverkehr herrsche. Zudem dulde die S das Aufstellen derartiger Schilder. S lässt sich hingegen - von A unwidersprochen - dahingehend ein, dass eine derartige Duldung nur bei Schildern in unmittelbarer Nähe der Verkaufsstelle erfolge.

Ist der Bescheid vom 13. April 2010 rechtmäßig?

LÖSUNG:

Der Bescheid vom 13. April 2010 ist rechtmäßig, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

A. Ermächtigungsgrundlage

"[12] Nach Art. 18a I 1 BayStrWG kann die Straßenbaubehörde die erforderlichen Anordnungen unter anderem erlassen, wenn eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis nach Art. 18 BayStrWG benutzt wird. Diese Voraussetzungen sind aller Voraussicht nach erfüllt."

Leitsatz:

In Fällen unerlaubter Sondernutzungen, in denen weder ein besonderer Grundrechtsbezug gegeben ist noch ein atypischer Sachverhalt vorliegt, hat die Behörde bei Erlass von Anordnungen nach Art. 18a I 1 BayStrWG regelmäßig nur zu prüfen, ob die Sondernutzung offensichtlich materiell rechtmäßig und die Anordnung deshalb unverhältnismäßig ist.

Auszug aus dem BayStrWG:

Art. 14 Gemeingebrauch

(1) Die Benutzung der Straßen im Rahmen ihrer Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) ist jedermann gestattet. Es ist kein Gemeingebrauch, wenn jemand die Straße nicht vorwiegend zum Verkehr, sondern zu anderen Zwecken benutzt. [...]

Art. 18 Sondernutzung

(1) Die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) bedarf der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, in Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. [...]

Art. 18a Unerlaubte Sondernutzung

(1) Werden Autowracks oder andere Fahrzeuge verbotswidrig abgestellt oder wird sonst eine Straße ohne die erforderliche Erlaubnis nach Art. 18 benutzt oder kommt der Erlaubnisnehmer seinen Pflichten nicht nach, so kann die Straßenbaubehörde die erforderlichen Anordnungen erlassen. [...]

Entsprechende Vorschriften finden sich in den Straßen- und Wegegesetzen der anderen Bundesländer.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt erging der Bescheid formell ordnungsgemäß.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden sein.

I. Tatbestand

In tatbestandlicher Hinsicht setzt § 18a I 1 BayStrWG eine erlaubnispflichtige, aber ungenehmigte Sondernutzung voraus.

1. Erlaubnispflichtige Sondernutzung

"[14] Nach [§ 18 I BayStrWG] bedarf die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus (Sondernutzung) der Erlaubnis der Straßenbaubehörde, wenn durch die Benutzung der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden kann. Das ist der Fall, wenn die tatsächliche Benutzung des öffentlichen Straßenraums durch andere ausgeschlossen ist; **auf die Frage, ob von dem [...] aufgestellten Gegenstand eine potenzielle Gefährdung Dritter ausgeht und ob der öffentliche Verkehrsraum nur geringfügig in Anspruch genommen wird, kommt es mangels gesetzlicher Regelung nicht an.** Sinn und Zweck der Bestimmungen nach Art. 18 und Art. 18a BayStrWG ist es, über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzungstatbestände bei Straßen zu regeln und eingetretene Störungen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs durch unerlaubte Sondernutzungen oder Verstöße gegen die Sondernutzungserlaubnis effektiv und rasch zu beseitigen.

[15] Nach diesen Maßstäben liegt eine erlaubnispflichtige Sondernutzung vor. Mit dem Aufstellen des Werbeschildes auf öffentlichem Straßengrund nutzt der Antragsteller die öffentliche Straße in einem über den Gemeingebrauch hinausgehenden Maß. Durch die Benutzung kann der Gemeingebrauch beeinträchtigt werden, weil die tatsächliche Benutzung dieses räumlichen Bereichs durch andere ausgeschlossen wird und dadurch die Straße insoweit nicht oder jedenfalls nicht vollständig entsprechend ihrer verkehrlichen Zweckbestimmung genutzt werden kann. Der Umstand, dass die Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs geringfügig ist, weil das Schild zeitlich befristet lediglich am Sonntagvormittag aufgestellt wird und infolge des beschränkten Verkehrsbetriebs zu dieser Zeit nur eine geringe Gefährdung der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs anzunehmen ist, schließt die Annahme einer erlaubnispflichtigen Sondernutzung nicht aus."

2. Ungenehmigt

Laut Sachverhalt hat A weder eine Genehmigung beantragt noch erhalten. Somit liegt eine ungenehmigte Sondernutzung vor.

II. Rechtsfolge

Nach § 18a BayStrWG "kann" die Behörde die "erforderlichen" Anordnungen erlassen. Wie sich bereits aus der Formulierung "erforderlichen" ergibt, im Übrigen aber auch aus dem Übermaßverbot des Art. 20 III GG folgen würde, ist die Ermessensausübung dabei auf Maßnahmen beschränkt, die sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist. Dann müsste es sich bei der Beseitigungsanordnung um eine Maßnahme handeln, die zur

Sondernutzung ist auch ohne besondere Gefahren für den Verkehr gegeben (BVerwG, NVwZ 1996, 1210; OVG Berlin-Brandenburg, NZV 2008, 591). Es kommt nur darauf an, dass mehr getan wird als im Rahmen der Widmung erlaubt ist, dass also die Grenze des Gemeingebrauchs überschritten wird.

Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.

1. Legitimer Zweck

Wie bereits oben ausgeführt, dienen die §§ 18, 18a BayStrWG dem Zweck, Störungen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs effektiv und rasch zu beseitigen. Dass dieses Anliegen legitim ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

2. Geeignetheit

Durch die Anordnung, das Schild zu entfernen, wird der Verkehrsraum, den das Schild belegte, wieder für jedermann ungehindert passierbar. Somit fördert die Beseitigungsanordnung das gesetzgeberische Anliegen.

3. Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Anordnung nur dann, wenn der Behörde keine milderen, aber zugleich gleich effektiven Alternativmittel zur Verfügung stehen. Als mildere Alternativmittel kämen etwa ein kleineres Schild oder eine kürzere Aufstelldauer in Betracht; jedoch wären diese Vorgaben nicht ebenso effektiv, da immerhin auch noch eine Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs vorläge, während die Beseitigungsanordnung eine solche gänzlich verhindert.

4. Angemessenheit

Fraglich ist jedoch, ob die Beseitigungsanordnung nicht unangemessen ist. Dies wäre der Fall, wenn eine Zweck-Mittel-Relation ergäbe, dass der Schaden für den Betroffenen in keinem ausgewogenen Verhältnis zum öffentlichen Nutzen der Anordnung stünde.

a. Materielle Illegalität erforderlich

Dies könnte der Fall sein, wenn sich der Verstoß des A allein darauf beschränkte, keine Sondernutzungserlaubnis eingeholt zu haben (formelle Illegalität), ihm eine solche jedoch zu erteilen wäre, wenn er diese beantragen würde (materielle Legalität). Dies erkennt auch der VGH:

" [17] Ein Verstoß gegen Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayStrWG, der den Erlass einer Beseitigungs- und Unterlassensanordnung rechtfertigt, liegt bei einer erlaubnispflichtigen Straßennutzung nach dem Wortlaut des Art. 18a Abs. 1 Satz 1 BayStrWG schon dann vor, wenn die Benutzung ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis erfolgt, also formell illegal ist. **Dennoch reicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit die formelle Rechtswidrigkeit für den Erlass solcher Anordnungen im Allgemeinen allein nicht aus, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls ein Anspruch auf die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis besteht.**"

Ebenso schon VGH München, BayVBI 2006, 635

b. Materielle Illegalität gegeben

Fraglich ist also, ob im vorliegenden Fall auch eine materielle Illegalität gegeben war. Materiell legal ist eine Sondernutzung nur, wenn ein Anspruch auf Erteilung der erforderlichen Sondernutzungserlaubnis besteht. Fraglich ist also, ob A einen solchen Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis für sein Schild hat.

In dem Umstand, dass es hier nur einen Ermessensanspruch gibt, liegt ein **entscheidender Unterschied zum Baurecht!** Dort gibt es in allen Landesbauordnungen einen gebundenen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen (in Bayern: aus Art. 68 BayBauO).

Während der Schwerpunkt der materiellen Illegalitätsprüfung im Baurecht also auf den tatbestandlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung liegt, geht es im Straßen- und Wegerecht nur um die Frage der Rechtsfolge (also: Ermessensreduzierung oder nicht?).

Ein weiterer Unterschied liegt im Prüfungsumfang: Während im Baurecht die materielle Illegalität von den Gerichten voll durchgeprüft wird (vgl. BayVGH, BayVBl. 2005, 369), nehmen viele Gerichte im Straßen- und Wegerecht nur eine überschlägige Prüfung dahingehend vor, ob die Sondernutzung **offensichtlich** genehmigungsfähig ist (z.B. VGH Mannheim, VBIBW 2006, 239; OVG Hamburg, DÖV 1992, 37). Auch der VGH München tendiert in diese Richtung (vgl. nur den Leitsatz der vorliegenden Entscheidung, abgedruckt oben neben der Einleitung).

Für eine Prüfungsklausur ist damit aber nichts gewonnen, denn dort ist **immer voll zu prüfen**, weil die Bearbeitervermerke der Justizprüfungsämter stets eine Erörterung aller rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte fordern. Auf die Frage der Prüfungsdichte muss daher im Gutachten auch nicht eingegangen werden.

Vgl. Kischel, Formelle und materielle Illegalität im Recht der Gefahrenabwehr, DVBl. 1996, 185

aa. Materielle Legalität nur bei Ermessensreduzierung auf null

"[18] Die Entscheidung über die Erteilung der Sondernutzungserlaubnis nach Art. 18 I 1 BayStrWG steht im Ermessen (Art. 40 BayVwVfG) der Straßenbaubehörde. Folglich besteht grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis, sondern nur einen Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens. **Nur in Fällen einer Reduzierung des Ermessens auf Null kann sich ein Anspruch auf Erteilung der Sondernutzungserlaubnis ergeben** (VGH München, BayVBl. 2009, 661)."

bb. Subsumtion

Hier könnte eine Ermessensreduktion in Betracht kommen, weil A ausgeführt hat, S würde in vergleichbaren Fällen ähnliche Schilder dulden. Insbesondere über das Willkürverbot des Art. 3 I GG kann eine "Selbstbindung der Verwaltung" eintreten mit der Folge, dass eine Behörde von ihrer eigenen Praxis im Einzelfall nicht ohne sachlichen Grund abweichen darf. Dies erkennt auch der VGH:

"Eine solche Ermessensreduzierung können insbesondere grundrechtsrelevante Sachverhalte bewirken. Neben Art. 4, 5, 12 und 14 GG spielt insoweit vor allem **der Gleichheitssatz des Art. 3 GG** eine Rolle (Wiget in Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Art. 18 RdNr. 27). Dieser **verbietet, dass ohne sachlich rechtfertigenden Grund wesentlich Gleiches ungleich und in entscheidenden Punkten Ungleiches gleich behandelt wird** (BVerfG, NJW 2007, 2537). Auch darf von einer gleichmäßigen behördlichen Praxis nicht in gleichheitswidriger Weise abgewichen werden (BVerwG, DVBl. 1967, 159; BayVerfGH, BayVBl. 1962, 320)."

Allerdings müsste der vorliegende Fall tatsächlich mit den in ständiger Verwaltungspraxis geduldeten Fällen vergleichbar sein. S duldet aber nur nahe an der Verkaufsstelle aufgestellte Werbeschilder, während das Schild des A ca. 400m von seiner Bäckerei entfernt stand.

"S übt bei der Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen ihr Ermessen dahingehend aus, dass die Aufstellung von Hinweiswerbung im öffentlichen Straßenraum fernab des Gewerbebetriebs nicht gestattet wird. Gegen diese Verwaltungspraxis sind rechtlichen Bedenken weder vorgetragen noch ersichtlich."

Somit lässt sich eine Selbstbindung der Verwaltung nicht feststellen. Andere zu einer Ermessensreduzierung führende Umstände sind auch nicht ersichtlich. Folglich war das Aufstellen des Schildes durch A auch materiell illegal. Somit war die Beseitigungsanordnung auch angemessen und damit insgesamt verhältnismäßig.

D. Ergebnis

Die Beseitigungsanordnung war rechtmäßig.

FAZIT:

Man sollte sich merken, dass nicht nur im Baurecht bei der Beseitigungsanordnung zur formellen eine materielle Illegalität hinzutreten muss, sondern dies auch auf anderen Rechtsgebieten - wie hier im Straßen- und Wegerecht - der Fall sein kann. Am besten prüft man dies - wie der VGH München - im Rahmen der Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit).

*Speziell für Referendare:***Problem: Ermessensergänzung in der Berufung**

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 29.04.2011
18 A 1491/10 (NWVBL 2011, 438)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall hatte sich nach Erlass eines VG-Urteils die Sach- und Rechtslage geändert. Die Behörde reagierte hierauf mit einem Schreiben an den Kläger, in dem sie ihm mitteilte, sie halte auch in Kenntnis der neuen Umstände an ihrem bisherigen Bescheid fest. Der Kläger beantragte Berufungszulassung mit dem Argument, nur in der Berufung könne geklärt werden, ob die neuen Umstände nicht doch eine Entscheidung zu seinen Gunsten rechtfertigen.

Das OVG Münster stellte sich allerdings auf den Standpunkt, dass die Ergänzung von Ermessenserwägungen bereits im Berufungszulassungsverfahren nach § 124a IV VwGO berücksichtigt werden kann und muss, also nicht erst im Berufungsverfahren. Die Berufung ist m.a.W. nicht zuzulassen, wenn sich schon im Berufungszulassungsverfahren ergibt, dass auch die neuen Umstände an der Richtigkeit des VG-Urteils keine "ernstlichen Zweifel" i.S.d. § 124 II Nr. 1 VwGO begründen.

SACHVERHALT:

Der Beklagte hat den Kläger mit Schreiben vom [...] aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen, weil dieser wegen verschiedener Vermögensdelikte mehrfach zu erheblichen Geldstrafen verurteilt worden war. Die hiergegen erhobene Klage hat das VG mit Urteil vom [...] abgewiesen.

Nachdem dieses Urteil ergangen war, gebar Frau F ein Kind, dessen Vater nach Angaben der F der Kläger sein soll. Der Beklagte hat daraufhin mit Schreiben vom [...] seine bisherigen Ermessenserwägungen ergänzt und auch vor diesem Hintergrund an der mit sozialpräventiven Erwägungen begründeten Ausweisung festgehalten. Er hat ausgeführt, es fehle insbesondere an einer ausländerrechtlich schützenswerten familiären Lebensgemeinschaft, die gebieten könnte, dem Kläger den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet zu gestatten.

Der Kläger stellte durch seinen Rechtsanwalt mit Schriftsatz vom [...] einen Antrag auf Zulassung der Berufung. Er meint, die Berufung sei schon deshalb zuzulassen, weil nur im Berufungsverfahren geklärt werden könne, ob diese neuen Ermessenserwägungen rechtmäßig seien. Er sei allein wegen der Vaterschaft aufenthaltsberechtigt, auf eine Lebensgemeinschaft mit Mutter oder Kind komme es nicht an.

Hat der Kläger einen Anspruch auf Zulassung der Berufung?

LÖSUNG:

Der Kläger hat einen Anspruch auf Zulassung der Berufung, soweit ein Zulassungsgrund i.S.d. § 124 II Nr. 1-5 VwGO dargelegt ist und vorliegt, § 124a V 2 VwGO.

Hier kommt nur eine Zulassung nach § 124 II Nr. 1 VwGO in Betracht, wenn "ernstliche Zweifel" an der Richtigkeit des VG-Urteils bestehen. Das VG hat die Klage abgewiesen, "ernstliche Zweifel" an der Richtigkeit dieser Entscheidung bestehen also dann, wenn ihr hätte statt-

Die übrigen Berufungszulassungsgründe in § 124 II Nr. 2-5 VwGO spielen auch in Prüfungsaufgaben keine Rolle.

gegeben werden müssen. Dies setzt wiederum voraus, dass die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war.

A. Zulässigkeit der Klage

Die ursprüngliche Klage war als Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Fall VwGO gegen die Ausweisungsverfügung zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Eine Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

Fraglich ist also zunächst die Rechtswidrigkeit der Ausweisung des Klägers.

I. Ermächtigungsgrundlage

Ermächtigungsgrundlage für eine Ausweisung wegen diverser Vermögensdelikte ist § 55 I AufenthG.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Für Verstöße gegen die formellen Voraussetzungen einer Ausweisung ist nichts ersichtlich.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste der Tatbestand erfüllt und die richtige Rechtsfolge getroffen worden sein.

1. Tatbestand

§ 55 I AufenthG setzt voraus, dass der weitere Aufenthalt des Klägers im Inland die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

Ein solcher Fall liegt nach § 55 II Nr. 2 AufenthG insbesondere vor, wenn es nicht nur zu vereinzelt oder geringfügigen Verstößen gegen Rechtsvorschriften gekommen ist. Der Kläger ist hier mehrfach wegen diverser Vermögensdelikte zu Geldstrafen verurteilt worden, sodass diese Voraussetzungen in seiner Person vorliegen.

2. Rechtsfolge

§ 55 I AufenthG gewährt der Behörde ein Ermessen. Dessen Ausübung kann von den Gerichten nach § 114 VwGO auf Ermessensfehler überprüft werden. Hier könnte sich wegen der nachträglich bekannt gewordenen Tatsache, dass der Kläger Vater eines in Deutschland geborenen Kindes geworden ist, eine ermessensfehlerhafte Entscheidung der Behörde ergeben, die bei Erlass ihres Ausweisungsbescheides hiervon noch keine Kenntnis hatte und diesen Umstand somit auch nicht in ihre Ermessensentscheidung einstellen konnte. Sie hat ihre Ermessenserwägungen diesbezüglich zwar ergänzt, dies allerdings erst nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils.

a. Prozessual maßgeblicher Zeitpunkt

Es stellt sich zunächst die prozessuale Frage, ob diese neuen Umstände im Berufungszulassungsverfahren überhaupt noch Berücksichtigung finden können. Die Antwort darauf gibt **§ 128 VwGO: Danach hat das Berufungsgericht auch Änderungen der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen, die erst nach Erlass der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eingetreten sind.**

Merke: Bei § 124 II Nr. 1 VwGO werden Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage in vollem Umfang inzidenter geprüft. "Ernstliche Zweifel" an der Richtigkeit des VG-Urteils genügen zwar; dies darf im Gutachten aber nicht zu einer oberflächlichen Prüfung verleiten.

(Ausnahme: Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist nach §§ 173 VwGO i.V.m. 17a V GVG im Rechtsmittelverfahren nicht mehr zu prüfen!)

Zuvor wären die zwingende Ausweisung nach § 53 AufenthG und die Regelausweisung nach § 54 AufenthG in Blick zu nehmen; derartige Gründe liegen hier aber offensichtlich nicht vor.

Damit ist allerdings die Frage noch nicht beantwortet, ob die Berücksichtigung dieser neuen Umstände bereits im Berufungszulassungsverfahren geschehen kann, oder erst im eigentlichen Berufungsverfahren zu geschehen hat. Die Antwort auf diese Frage ist streitig:

aa. (Erst) im Berufungsverfahren

Einer Ansicht nach können neue Tatsachen erst in der Berufungsverhandlung Berücksichtigung finden. Für diese Meinung spricht insbesondere der Wortlaut des § 128 VwGO, wonach "**innerhalb des Berufungsantrags** [...] auch neu vorgebrachte Tatsachen und Beweismittel" zu berücksichtigen sind.

Nach dieser Ansicht wäre die Berufung des Klägers zuzulassen und dann im Berufungsverfahren zu klären, ob seine Vaterschaft tatsächlich zu einer Neubewertung des behördlichen Ermessens führt.

Roth in: Posser/Wolff, VwGO [2008], § 124 Rdnr. 30.1.; ebenso VGH Mannheim, NVwZ 2005, 604 für die vollständige Nachholung der Ermessensentscheidung

bb. (Schon) im Berufungszulassungsverfahren

Die Gegenansicht will neu vorgebrachte Tatsachen hingegen schon im Berufungszulassungsverfahren berücksichtigen. Ansonsten könne der Zweck des Zulassungsverfahrens, nämlich das OVG von zeitaufwändigen Berufungsverfahren zu entlasten, nicht erreicht werden.

Danach wäre schon im Berufungszulassungsverfahren zu prüfen, ob und wie sich die Vaterschaft des Klägers auf die Rechtmäßigkeit seiner Ausweisung auswirkt.

BVerwG, NVwZ 2004, 744; NVwZ 2003, 490; vgl. auch: Seibert, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 3. Auflage 2010, § 124 Rn. 92 m.w.N.

cc. Stellungnahme

Das OVG Münster folgt im vorliegenden Beschluss der 2. Ansicht:

"Diesen Grundsatz dahingehend einzuschränken, dass eine Überprüfung ergänzter Ermessenserwägungen nicht im Berufungszulassungsverfahren, sondern erst in einem sich anschließenden Berufungsverfahren möglich ist, ist weder auf Grund des Zwecks des Berufungszulassungsverfahrens im Allgemeinen noch des Zulassungsgrunds nach § 124 II Nr. 1 VwGO im Besonderen geboten. Durch das einer Berufung vorgeschaltete Zulassungsverfahren soll das Rechtsmittelgericht entlastet und das Berufungsverfahren auf problematische Fälle beschränkt werden, in denen es einer umfassenden Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung bedarf (BT-Dr 13/1433, S. 13 f.).

[...] Damit ist zugleich dem Zweck von § 124 II Nr. 1 VwGO genügt. Dieser Zulassungsgrund öffnet den Zugang zur Rechtsmittelinstanz mit Blick auf das prognostizierte Ergebnis des angestrebten Rechtsmittels. Er soll die Richtigkeit der Entscheidung im Einzelfall gewährleisten (vgl. BVerwG, NVwZ 2004, 744). [...]

Die ergänzten Ermessenserwägungen bereits im Berufungszulassungsverfahren zu berücksichtigen, unterliegt auch mit Blick auf die verfassungsrechtlich garantierten Ansprüche auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) und rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) keinen durchgreifenden Bedenken, wenn der Betroffene – ggf. auch nach Ablauf der Frist zur Begründung des Berufungsantrags – Gelegenheit hatte, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu den ergänzten Ermessenserwägungen Stellung zu nehmen."

b. Materiell maßgeblicher Zeitpunkt

Somit ist bereits im Berufungszulassungsverfahren zu prüfen, ob und ggf. wie die Vaterschaft des Klägers sich auf die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung auswirkt.

Käme es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit auf den Erlass des VA an, wie es für **einmalige Regelungen** überwiegend vertreten wird (BVerwGE 60, 133, 135; Polzin, JuS 2004, 211, 212 m.w.N.), müsste das OVG die Vaterschaft des Klägers zwar prozessrechtlich zur Kenntnis nehmen und würdigen, sie hätte aber materiellrechtlich auf die Rechtmäßigkeit des VA keine Auswirkungen.

Ebenso BVerwGE 130, 20 = NVwZ 2008, 434

Für **Dauerverwaltungsakte** wie eine Ausweisung ist allgemein anerkannt, dass nicht die letzte Behördenentscheidung, sondern die Gegenwart (also die **letzte mündliche Verhandlung vor Gericht**) maßgeblich für die Beurteilung ihrer materiellen Rechtmäßigkeit ist, weil die Behörde eine fortwährende Beobachtungspflicht trifft. Dies bestätigt auch das OVG Münster:

"Denn auf die **aktuelle Sach- und Rechtslage** ist bei der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisungsverfügung **abzustellen**. Die **Ausländerbehörde ist verpflichtet, die Rechtmäßigkeit ihrer Ausweisungsverfügung ständig verfahrensbegleitend zu kontrollieren**. Bei einer nachträglichen Änderung der maßgeblichen Umstände hat sie die Verfügung entweder aufzuheben oder - wenn sie trotz der veränderten Sachlage an der Ausweisung festhalten will - ihre Ermessenserwägungen zu ergänzen."

Somit liegt in der Vaterschaft des Klägers nicht nur eine nach § 128 VwGO schon im Berufungszulassungsverfahren prozessual zu berücksichtigende neue Tatsache, sondern auch eine solche, die sich materiell auf die Rechtmäßigkeit der hier streitgegenständlichen Ausweisung auswirken kann.

Allerdings stellt § 55 III Nr. 2 AufenthG klar, dass bei der Ermessensentscheidung die Auswirkungen der Ausweisung auf Familienangehörige des Betroffenen nur zu berücksichtigen sind, soweit diese mit ihm in familiärer oder lebenspartnerschaftlicher Lebensgemeinschaft leben. Dies ist hier weder in Bezug auf Frau F noch auf das Neugeborene der Fall. Umstände, die gerade in der Person des Klägers eine Abweichung von dieser gesetzgeberischen Wertung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

C. Ergebnis

Die Ermessensentscheidung der Behörde erweist sich als richtig, die Ausweisung des Klägers (weiterhin) als rechtmäßig. "Ernstliche Zweifel" i.S.d. § 124 II Nr. 1 VwGO an der Richtigkeit des VG-Urteils bestehen folglich nicht. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Zulassung seiner Berufung.

FAZIT:

Ergänzt die Behörde aufgrund neuer Tatsachen nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils ihre Ermessenserwägungen, gilt es im Berufungszulassungsverfahren drei Fragen zu beantworten:

1. Sind die neuen Umstände prozessual überhaupt noch berücksichtigungsfähig? Antwort: Ja, § 128 VwGO.
2. Sind die neuen Umstände schon im Berufungszulassungsverfahren oder erst im Berufungsverfahren zu berücksichtigen? Antwort: Dies ist streitig, nach h.M. schon im Berufungszulassungsverfahren.
3. Wie wirken die neuen Umstände sich materiellrechtlich aus? Antwort: Für Verwaltungsakte mit einmaliger Regelung werden sie in aller Regel unbeachtlich sein, da maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung ihrer Rechtmäßigkeit nach h.M. die letzte Behördenentscheidung (also Erlass des VA oder des Widerspruchsbescheids) ist. Für Dauerverwaltungsakte wirken sie sich hingegen auch materiell aus, weil maßgeblicher Zeitpunkt bei diesen die Gegenwart (also die letzte mündliche Verhandlung vor Gericht) ist. Von letzterem gibt es allerdings einige gesetzliche Ausnahmen, z.B. in § 35 VI GewO für Gewerbeuntersagungen.

Strafrecht

Problem: Kausalität Täuschung und Irrtum bei § 263 I StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 13.10.2011
1 STR 407/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der objektive Tatbestand des Betrugs, § 263 I StGB, setzt neben den Merkmalen Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden insbesondere auch eine durchgehende Kausalität voraus. D.h. die Täuschung muss kausal sein für den Irrtum, dieser wiederum für die Vermögensverfügung und diese für den Vermögensschaden.

In der vorliegenden Entscheidung betont der BGH, dass eine Kausalität der Täuschung für den Irrtum auch dann gegeben ist, wenn die Täuschung für den Irrtum nur mitursächlich war.

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A hatte als Angestellter eines Telefon-Shops eine zentrale Rolle in einem System zur Erlangung von Mobiltelefonen und Notebooks auf Kosten der Telefongesellschaft T. Dieser wurde unter Vorlage manipulierter Personalpapiere vorgespiegelt, nicht existierende Personen wollten Mobilfunkverträge abschließen. Nachdem eine durch M, einen Mitarbeiter der T, durch Abgleich mit Schuldnerdateien vorgenommene Bonitätsprüfung wie von A geplant wegen der erfundenen Angaben nichts Negatives ergeben hatte, wurden die Geräte in den Shop übersandt, die der Angeklagte dann für sich behielt und verwertete.

Hat A sich wegen Betrugs strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: BETRUG, § 263 I STGB

- I. Tatbestand
 1. Täuschung über Tatsachen
 2. Täuschungsbedingter Irrtum
 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung
 4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden
 5. Vorsatz
 6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

LÖSUNG:

A könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 I StGB gegenüber M und zum Nachteil der T strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Täuschung über Tatsachen

Durch die Vorlage der manipulierten Personalpapiere hat A den M über eine Tatsache getäuscht, nämlich darüber, dass es Kunden mit den entsprechenden Personalien gebe, die die fraglichen Verträge abschließen wollten.

§ 263 I StGB:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

2. Täuschungsbedingter Irrtum

M ging irrig davon aus, dass die Kunden, die ihm von A genannt worden waren, tatsächlich existieren und entsprechende Verträge mit T abschließen wollten. Außerdem ging M irrig davon aus, dass die entsprechenden Kunden solvent seien und die durch die entsprechenden Verträge entstehenden Verpflichtungen auch erfüllen würden. Dem Irrtum über die Bonität der Kunden war M jedoch nicht unmittelbar aufgrund der Kommunikation mit A – der hierzu gar keine Angaben gemacht hatte – unterlegen, sondern aufgrund eines selbst vorgenommenen Abgleichs mit Schuldnerdateien. Deshalb stellt sich die Frage, ob die Täuschung des A hierfür überhaupt kausal war, ob also ein täuschungsbedingter Irrtum vorliegt.

„[4] Die Revision meint, der Schuldspruch könne schon deshalb keinen Bestand haben, weil der Angeklagte keinen Einfluss darauf gehabt habe, mit wem die Telefongesellschaft nach Durchführung einer Bonitätsprüfung einen Vertrag abschlieÙe; da dies allein deren Risiko sei, liege keine Täuschung i.S.d. § 263 StGB vor. Dieses Vorbringen versagt. **Grundsätzlich reicht es aus, wenn die Täuschung (eine mit falschem Namen und/oder Anschrift bezeichnete Person will einen Vertrag abschließen), den Irrtum des Getäuschten (diese Person ist ‚zahlungsfähig‘, da sie nicht in Schuldnerdateien eingetragen ist), mitverursacht hat.** Dies gilt umso mehr, als der Irrtum über die ‚Zahlungsfähigkeit‘ einer Person nur auf Grundlage des vom Angeklagten durch Täuschung hervorgerufenen Irrtums über deren Existenz entstehen konnte. Es war in dem in Kenntnis der Abläufe bei der Telefongesellschaft geschaffenen System an-gelegt, dass der im Abgleich der Schuldnerdateien liegende Überprüfungsmechanismus ins Leere gehen musste.“

Ein täuschungsbedingter Irrtum ist somit gegeben.

3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Durch das Übersenden der Mobiltelefone und Notebooks an A zwecks Weitergabe an die entsprechenden Kunden hat T zumindest Besitz und Gewahrsam an diesen Geräten verloren. Somit hat M durch das entsprechende Verhalten das Vermögen der T unmittelbar gemindert also eine Vermögensverfügung vorgenommen. Dass A nicht über sein eigenes Vermögen verfügte, sondern über das der T, steht einer Strafbarkeit wegen Betruges nicht entgegen, denn das bei einem solchen Dreiecksbetrug erforderliche Näheverhältnis ergibt sich hier daraus, dass M als Angestellter der T die Befugnis hatte, über deren Vermögen zu verfügen und deshalb auch im Lager der T stand. Diese Vermögensverfügung wurde auch irrtumsbedingt vorgenommen.

4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Da die T für das Übersenden der Geräte auch kein Äquivalent erhielt (insb. keinen durchsetzbaren Zahlungsanspruch gegen die - tatsächlich gar nicht existierenden – Kunden), hat sie auch einen verfügungsbedingten Vermögensschaden erlitten.

5. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

Zur Kausalität von Täuschung und Irrtum: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 43

Zu den Anforderungen an das Näheverhältnis beim Dreiecksbetrug werden zwei Meinungen vertreten:

- Befugnistheorie: Joecks, § 263 Rn. 61 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 416 f.

- Lagertheorie: BGH, NJW 1963, 1068, 1069; OLG Düsseldorf, NJW 1994, 3366, 3367; Wessels/Hiltenkamp, BT II, Rn. 641 ff.

6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

A hatte die Absicht, sich um Besitz und Gewahrsam an den übersandten Geräten zu bereichern. Er hatte keinen Anspruch hierauf und die beabsichtigte Bereicherung stellte die Kehrseite des Schadens bei T dar, was A auch beides bewusst war. Er hat also in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 263 I StGB.

FAZIT:

Der objektive Tatbestand des Betruges, § 263 I StGB, setzt neben den Tatbestandsmerkmalen Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung und Vermögensschaden insbesondere auch eine durchgehende Kausalität voraus. Hierbei ist zu beachten, dass jeweils unterschiedliche Voraussetzungen für die Kausalität zu prüfen sind.

Hinsichtlich der erforderlichen Kausalität zwischen Täuschung und Irrtum wird überwiegend eine äquivalente Kausalität im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel verlangt, dass also das Täuschungsverhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg des Erregens oder Unterhaltens des Irrtums entfiel. Der BGH geht in der vorliegenden Entscheidung davon aus, dass es insoweit ausreicht, dass die Täuschung für den Irrtum mitursächlich sei. Eine solche Mitursächlichkeit wird im Rahmen von § 263 I StGB allerdings sonst nur in dem Verhältnis zwischen Irrtum und Vermögensverfügung als ausreichend erachtet, nicht jedoch in dem zwischen Täuschung und Irrtum. Ob der BGH in der vorliegenden Entscheidung tatsächlich von der bisher herrschenden Meinung abweichen will oder einfach nur unsauber subsumiert hat, ist unklar. Allerdings kommen die beiden Ansätze im vorliegenden Fall sowieso zum selben Ergebnis, da auch eine äquivalente Kausalität gegeben wäre.

Der BGH hat in der Original-Entscheidung nicht festgestellt, ob tatsächlich ein Mensch getäuscht wurde oder ob der Antrag lediglich durch ein EDV-Verfahren bearbeitet wurde. Im letzteren Falle käme kein Betrug, sondern ein Computerbetrug, § 263a StGB, in Betracht. Bei diesem hätte sich aber ein vergleichbares Problem – Kausalität der Tathandlung für die Beeinflussung des Ergebnisses des Datenverarbeitungsvorgangs – ergeben, das auch parallel zu lösen wäre.

Zum Erfordernis einer äquivalenten Kausalität von Täuschung und Irrtum: Joecks, § 263 Rn. 49; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 336

Zum Ausreichen der Mitursächlichkeit des Irrtums für die Vermögensverfügung: BGH, wistra 1999, 419, 429; Lackner/Kühl, § 263 Rn. 54

Problem: Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 08.11.2011
3 STR 316/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 250 II StGB:

„Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet [...]“

EINLEITUNG:

Der Qualifikationstatbestand des § 250 II Nr. 1 StGB setzt – anders als § 250 I Nr. 1a StGB – voraus, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug nicht nur bei sich führt, sondern auch verwendet.

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH – in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung – klar, dass ein solches Verwenden stets eine Wahrnehmung des Werkzeugs durch das Opfer voraussetzt

SACHVERHALT:

Die Angeklagten B, S und Y überfielen zusammen aufgrund eines gemeinsamen Tatplans nachts auf offener Straße K und S. Während Y dem K ein Teppichmesser an den Hals hielt und S dessen Taschen durchwühlte, forderte B von L deren Handtasche. L hatte zwar das Teppichmesser nicht gesehen, ließ sich aber aufgrund der von ihr als gefährlich und bedrohlich eingeschätzten Situation die Handtasche abnehmen, aus welcher B das Portemonnaie mit 50 € Bargeld, Kredit- und EC-Karten und Ausweispapieren entnahm. Parallel zu diesem Geschehen gelang es dem K, an einem Haus die Klingel zu betätigen. Beim Erscheinen einer Person in der Haustüre flüchteten die Angeklagten, ohne K etwas weggenommen zu haben.

Haben die Angeklagten sich wegen – ggf. qualifiziertem – Raub strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: BESONDERS SCHWERER RAUB, § 250 II NR.1 STGB

- I. Tatbestand
 1. Grunddelikt
 2. Qualifikation
 - a. Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug
 - b. Verwenden
 - c. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

LÖSUNG:**A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K**

B, S und Y könnten sich wegen mittäterschaftlichen versuchten besonders schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Die Täter haben K nichts weggenommen, sodass der (besonders schwere) Raub nicht vollendet ist. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter, vgl. §§ 250 II, 12 I, 23 I StGB.

II. Tatentschluss

1. Bzgl. Grunddelikt: §§ 249 I, 25 II StGB

a. Bzgl. Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel

B, S und Y hatten sich vorgestellt, K durch das Vorhalten des Teppichmessers mit dessen Tötung, also mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben, zu drohen und so ein qualifiziertes Nötigungsmittel einzusetzen.

Vorhalten einer „Waffe“ als Gewalt gegen eine Person:

- dafür: BGHSt 23, 126, 127 f.
- dagegen: Joecks, § 249 Rn. 19 ff.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 186a

b. Bzgl. fremder beweglicher Sache

B, S und Y hatten es auf die Wertsachen abgesehen, die K bei sich trug, stellten sich also fremde bewegliche Sachen als Tatobjekte vor.

c. Bzgl. Wegnahme

B, S und Y hatten sich vorgestellt, dass S dem K dessen Wertsachen abnehmen würde. Dieses Verhalten wäre nach dem äußeren Erscheinungsbild ein „Nehmen“ gewesen. Auch sollte K sich nicht vorstellen, dass er selbst einen Einfluss auf den geplanten Gewahrsamswechsel hätte, sodass auch nach der inneren Willensrichtung des Opfers ein Wegnahme gegeben wäre. B, S und Y hatten also Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme.

Streitig ist, nach welchen Kriterien das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I zu prüfen ist:

- nach der Rspr. ist das äußere Erscheinungsbild maßgeblich: BGHSt 41, 123, 125; BGH, NStZ 1999, 350
- nach der h.Lit. kommt es auf die innere Willensrichtung des Opfers an: Joecks, § 249 Rn. 9; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 300

d. Bzgl. Mittäterschaft, § 25 II StGB

B, S und Y wollten die Tat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans im Wege gleichberechtigter arbeitsteiliger Begehung ausführen, sodass sie sich eine mittäterschaftliche Begehung vorstellten.

e. Finalzusammenhang

Die Drohung sollte auch der Ermöglichung der Wegnahme dienen, sodass der beim Raub erforderliche Finalzusammenhang gegeben ist.

f. Zueignungsabsicht

B, S und Y hatten die Absicht, die Wertsachen des K ihrem Vermögen einzuverleiben und sie diesem dauerhaft zu entziehen; sie haben also mit Zueignungsabsicht gehandelt.

g. Bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

B, S und Y wussten auch, dass sie keinen Anspruch auf die beabsichtigte Zueignung hatten.

2. Bzgl. Qualifikation: § 250 II Nr. 1 StGB

a. Bzgl. anderen gefährlichen Werkzeugs

Bei der angedrohten Verwendung – dem K in den Hals zu schneiden – wäre das Teppichmesser geeignet gewesen, erhebliche Verletzungen zuzufügen, also ein anderes gefährliches Werkzeug.

Verwenden i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB bei Drohung: BGH; RA 2010, 365, 370 = NStZ 2011, 158

b. Bzgl. Verwenden

B, S und Y hatten sich vorgestellt, mit dem Messer zu drohen, was für eine Verwendung i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB ausreicht.

Der BGH formuliert hier etwas ungenau. Beim **versuchten** Raub kommt es nämlich nicht auf die tatsächliche Verwendung, sondern nur auf einen entsprechenden Tatentschluss an.

„[6] Daneben belegen die Feststellungen einen versuchten besonders schweren Raub gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1, §§ 22, 23 StGB zum Nachteil des Zeugen K, denn **gegenüber diesem Zeugen**

verwendeten die Angeklagten ein gefährliches Werkzeug, indem sie ihm das Teppichmesser an den Hals hielten.“

III. Unmittelbares Ansetzen

Spätestens im Zeitpunkt des Durchsuchens des K durch S haben die Mittäter auch unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit

B, S und Y handelten rechtswidrig.

V. Schuld

Sie handelten auch schuldhaft.

VI. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt gem. § 24 II StGB sind nicht gegeben.

VII. Ergebnis

B, S und Y sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K.

B. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, II Nr. 1, 25 II StGB zum Nachteil der L

B, S und Y könnten sich wegen mittäterschaftlichen schweren und besonders schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, II Nr. 1, 25 II StGB zum Nachteil der L strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 249 I, 25 II StGB

a. Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel

Durch das stark einschüchternde Auftreten haben B, S und Y zumindest konkludent mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben der L gedroht.

b. Fremde bewegliche Sache

Das Bargeld, die EC- und Kreditkarten und der Ausweis der L, die B, S und Y erbeuteten, stellen fremde bewegliche Sachen dar.

c. Wegnahme

Sowohl nach dem äußeren Erscheinungsbild als auch nach der inneren Willensrichtung der L stellt die Erlangung dieser Sachen eine Wegnahme dar.

d. Mittäterschaft, § 25 II StGB

B, S und Y begingen die Tat auch aufgrund eines gemeinsamen Tatplans im Wege gleichberechtigter arbeitsteiliger Ausführung, also als Mittäter.

e. Vorsatz

Die Mittäter handelten vorsätzlich.

f. Finalzusammenhang

Die Drohung sollte der Ermöglichung der Wegnahme dienen. Der Finalzusammenhang ist also gegeben.

g. Absicht rechtswidriger Zueignung

B, S und Y hatten die Absicht, die Sachen ihrem Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss der L. Sie hatten keinen Anspruch darauf und wussten dies auch, sodass die Absicht rechtswidriger Zueignung vorliegt.

2. Qualifikation: § 250 StGB**a. § 250 I Nr. 1a StGB**

Mit dem Teppichmesser haben die Täter ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich geführt. Der Qualifikationstatbestand des § 250 I Nr. 1a StGB liegt somit vor.

Zum anderen gefährlichen Werkzeug i.S.v. §§ 244 I Nr. 1a; 250 I Nr. 1a StGB: BGH, RA 2008, 508 = NSTz 2008, 512; NJW 2002, 2890; Fischer, § 244 Rn. 13 ff.

b. § 250 II Nr. 1 StGB

B, S und Y könnten das Teppichmesser, also das andere gefährliche Werkzeug, auch verwendet haben. Die drei haben das Messer – allerdings gegen K – verwendet, indem sie diesem damit gedroht haben (s.o.).

Fraglich ist, ob auch eine Verwendung des Messers gegenüber L gegeben ist. Denn diese hatte gar nicht bemerkt, dass Y ein Messer in der Hand hielt.

„[5] Damit ist entgegen der Ansicht des Landgerichts der Tatbestand des vollendeten besonders schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht erfüllt. **Eine Waffe oder – wie hier – ein anderes gefährliches Werkzeug wird nur dann im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB ‚bei der Tat verwendet‘, wenn der Täter den Gegenstand als Raubmittel zweckgerichtet einsetzt und wenn das Opfer die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben mittels des Gegenstandes wahrnimmt und somit in die entsprechende qualifizierte Zwangslage versetzt wird.** Da die Zeugin L das Teppichmesser nicht bemerkte, wurde es bei der Tat ihr gegenüber nicht als Drohmittel verwendet. Die Feststellungen ergeben indes einen zum Nachteil dieser Zeugin begangenen schweren Raub nach § 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB, da der gesondert Verfolgte Y bei der Tat ein gefährliches Werkzeug bei sich führte. Bei dieser Tatqualifikation wird eine Kenntnis des Opfers von der Existenz des gefährlichen Werkzeugs nicht vorausgesetzt.“

§ 250 II Nr. 1 StGB nur bei Wahrnehmung der Waffe bzw. des Werkzeugs durch das Opfer: BGH, NJW 2008, 3651, 3652; Fischer, § 250 Rn. 18

Eine Verwendung des Werkzeugs gegenüber L ist somit nicht gegeben.

II. Rechtswidrigkeit

Die Täter handelten rechtswidrig.

III. Schuld

Sie handelten auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

B, S und Y sind strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, 250 II StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil der L

Es lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen, dass B, S und Y sich vorgestellt hatten, dass auch L das Messer wahrnehmen würde und dieses somit auch gegenüber L verwenden wollten. Mangels Tatentchluss hinsichtlich der Verwirklichung der qualifizierenden Umstände des § 250 II Nr. 1 StGB ist somit keine Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB gegeben.

D. Ergebnis

B, S und Y haben sich wegen mittäterschaftlichen versuchten besonders schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K und wegen mittäterschaftlichen schweren Raubes gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, 25 II StGB zum Nachteil der L strafbar gemacht.

„[7] Der vollendete schwere Raub zum Nachteil der Zeugin L und der versuchte besonders schwere Raub zum Nachteil des Zeugen K stehen im Verhältnis der Idealkonkurrenz, § 52 StGB. Anders als in den Fällen, in denen sich die Tat nur gegen ein Opfer richtet, tritt hier der versuchte besonders schwere Raub nicht hinter dem vollendeten schweren Raub zurück. Raub und räuberische Erpressung sind Willensbeugungsdelikte. In das höchstpersönliche Rechtsgut der Willensfreiheit haben die Angeklagten zum Nachteil beider Zeugen eingegriffen. **Wer durch eine Handlung höchstpersönliche Rechtsgüter von mehreren Personen angreift, begeht dadurch die gleiche Tat mehrmals.** Wenn der Täter mehrere Personen an der Ausübung von Widerstand gegen eine Wegnahme hindern will, ist der Tatbestand mehrfach erfüllt. Hieraus ergibt sich, dass auch in Fällen wie dem vorliegenden die angemessene Bewertung des Tatunrechts die Annahme von Tateinheit erfordert.“

B, S und Y sind also strafbar gem. §§ 249 I, 250 I Nr. 1a, 25 II; 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II, 22, 23 I; 52 StGB.

FAZIT:

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH lediglich seine bisherige Rechtsprechung fort, dass nämlich eine Verwendung i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB voraussetzt, dass das Opfer den verwendeten Gegenstand auch wahrnimmt. Diesbezüglich ist auch in der Literatur keine Gegenauffassung erkennbar. Bemerkenswert am vorliegenden Fall ist allerdings, dass zwei Raubtaten gleichzeitig begangen werden, wobei bei der einen (dem Raub zum Nachteil des K) eine Verwendung des Messers gegeben ist, der (besonders schwere) Raub allerdings mangels Wegnahme nicht vollendet ist. Der andere Raub (zum Nachteil der L) ist zwar bzgl. des Grunddeliktes vollendet. Hier ist jedoch die Qualifikation nicht vollendet. In dieser Konstellation ist eine saubere Prüfung und Unterscheidung zwischen den beiden Raubtaten zwingend erforderlich.

§ 250 II Nr. 1 StGB – inklusive der entsprechenden Probleme – kommt nicht nur bei einem Raub, § 249 I StGB, als Grunddelikt in Betracht, sondern auch bei einer räuberischen Erpressung, §§ 253 I, 255 StGB, oder einem räuberischen Diebstahl, § 252 StGB.

Problem: Vermögensnachteil bei § 266 I StGB

BGH, URTEIL VOM 07.09.2011
2 STR 600/10 (NJW 2011, 3528)

Einleitung:

Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Untreue, § 266 I StGB, ist insbesondere der Eintritt eines Vermögensnachteils beim Opfer. Dieses Tatbestandsmerkmal, das demjenigen des Vermögensschadens beim Betrug, § 263 I StGB, entspricht, ist dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Tathandlung verringert wurde, was durch eine Gesamtsaldierung sämtlicher Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist.

Im vorliegenden Urteil stellt der BGH klar, dass beim Nichtweiterleiten von Geldern der Vermögensnachteil bereits in dem Zeitpunkt eingetreten ist, in dem die Gelder hätten weitergeleitet werden müssen. Selbst wenn der Täter dann später doch noch zumindest einen Teil der Summe an den Berechtigten auszahlt, kann dies den (bereits eingetretenen) Vermögensnachteil nicht wieder ausschließen. Außerdem enthält die Entscheidung interessante Anmerkungen zur Abgrenzung von aktivem Tun und Unterlassen bei der Treuebruchsuntreue, § 266 I 2. Fall StGB.

SACHVERHALT:

Die Angeklagten A und B waren geschäftsführende Gesellschafter der S-OHG, die für die Versicherungsgesellschaft C gegen Entgelt als Drittwalter die Prämieinzahlung sowie die Schadensbearbeitung übernahm. Die S-OHG hatte monatlich die eingenommenen Versicherungsprämien an C weiterzuleiten. Hiervon in Abzug zu bringen waren die Schadensbearbeitungskosten, d.h. die an die Versicherten gezahlten Entschädigungsleistungen sowie die hiermit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen (Kosten für Gutachten etc.). Zur Schadensbearbeitung war die S-OHG berechtigt, vereinnahmte Prämien bis zur Höhe von einer Mio. € durch Verrechnung als „Schadensfonds“ zurückzuhalten. Das Entgelt für die von der S-OHG zu erbringenden Leistungen bestand in einem Prämienaufschlag gegenüber den Versicherungsnehmern. Dieser reichte jedoch nicht aus, um den hohen Kostenaufwand der S-OHG zu decken.

Infolgedessen wurden ab Herbst 2006 vorrangig besonders bedürftige Kunden und solche, die sich mehrfach beschwert hatten, entschädigt, während die anderen „hingehalten“ wurden. Die S-OHG erstellte Abrechnungen, in die sie die Prämieinnahmen zutreffend einstellte. Entgegen der vertraglichen Vereinbarung brachte sie jedoch – was A und B wussten – nicht nur die tatsächlich gezahlten Entschädigungen, sondern auch die lediglich angemeldeten, noch nicht regulierten Schäden in Abzug. Aufgrund der Höhe dieser vermeintlichen Entschädigungsleistungen und unter Berücksichtigung des von der S-OHG berechtigterweise unterhaltenen Schadensfonds von einer Mio. € führte die Gesellschaft zu keinem Zeitpunkt Prämien an C ab. Die vorenthaltenen Prämien in Höhe von etwa 4.303.040,- € verwendeten A und B zur Deckung ihrer Kosten und zum Aufbau der S-Gruppe.

Haben sich A und B wegen Untreue strafbar gemacht?

§ 266 I StGB:

„Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

PRÜFUNGSSCHEMA: UNTREUE, § 266 I STGB

- I. Tatbestand
 1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB
 - a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis
 - b. Missbrauch der Befugnis
 - c. Vermögensnachteil
 - d. Vermögensbetreuungspflicht (str.)
 - e. Kausalität b. – c.
 - f. Vorsatz
 2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB
 - a. Vermögensbetreuungspflicht
 - b. Pflichtverletzung
 - c. Vermögensnachteil
 - d. Kausalität b. – c.
 - e. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

LÖSUNG:**A. Strafbarkeit gem. §§ 266 I, 25 II StGB zum Nachteil der C**

Durch das Erstellen und Überreichen der falschen Abrechnungen könnten sich A und B wegen mittäterschaftlicher Untreue gem. §§ 266 I, 25 II StGB zum Nachteil der C strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB****a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis**

A und B konnten als geschäftsführende Gesellschafter der S-OHG gem. § 125 I HGB diese vertreten und die OHG aufgrund des entsprechenden Vertrages wiederum die C, sodass A und B auch bzgl. der C eine Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnis besaßen.

b. Missbrauch der Befugnis

Ein Missbrauch der Verfügungs- bzw. Verpflichtungsbefugnis ist nur durch ein rechtsgeschäftliches Handeln möglich, durch das das Opfer wirksam vertreten wird, da nur bei einem solchen diese Befugnis überhaupt gebraucht wird. Die fragliche Tathandlung – Einreichen der falschen Abrechnungen bei C selbst – stellt jedoch keine Vertretung der C dar und ist somit keine taugliche Tathandlung für § 266 I 1. Fall StGB.

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB**a. Vermögensbetreuungspflicht**

Aufgrund des zwischen der S-OHG und C bestehenden Vertrages hatten A und B nicht nur Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, sondern auch die Hauptpflicht, die Vermögensinteressen der C zu betreuen und somit einer Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB.

b. Pflichtverletzung

Durch das Überreichen der falschen Abrechnungen müssten A und B diese Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben.

Zum Missbrauch der Befugnis bei § 266 I 1. Fall StGB: BGH, RA 2011, 162, 165 = NStZ 2011, 280, 281

Zu den Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht: Fischer, § 266 Rn. 36 ff.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 566 f.

„[6] Die Tathandlung besteht jeweils in einem Unterlassen i.S.v. § 13 StGB, dem Nichtabführen der Prämienüberschüsse zum monatlichen Abrechnungszeitpunkt. **Für die Abgrenzung von Tun und Unterlassen kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an, über das in wertender Würdigung zu entscheiden ist.** Hier liegt – schon mit Blick darauf, dass ins Einzelne gehende Feststellungen zur vertragswidrigen Verwendung der Gelder nicht getroffen sind – der Schwerpunkt des treuwidrigen Verhaltens in der unterbliebenen Weiterleitung der zum Abrechnungszeitpunkt an die C. zu zahlenden Prämien. Demgegenüber tritt die als positives Tun zu betrachtende Erstellung falscher Abrechnungen bei wertender Betrachtung als bloße Vorbereitung der den eigentlichen Schaden herbeiführenden Nichtabführung zu zahlender Prämien zurück.“

Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen: BGHSt 6, 49, 56; BGH, NSStZ 1999, 607

Eine Pflichtverletzung von A und B durch aktives Tun ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

A und B sind nicht strafbar gem. §§ 266 I, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 266 I, 13 I, 25 II StGB

Durch das Nichtabführen der zu zahlenden Prämien könnten A und B sich jedoch wegen mittäterschaftlicher Untreue durch Unterlassen gem. §§ 266 I, 13 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

Das Nichtabführen der Prämien ist kein rechtsgeschäftliches Verhalten und somit keine taugliche Tathandlung für den Missbrauchstatbestand.

2. Treuebruchsuntreue, § 266 I 2. Fall StGB

a. Vermögensbetreuungspflicht

A und B haben eine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des Vermögens der C (s.o.).

b. Pflichtverletzung durch Unterlassen

Durch das Nichtabführen der Prämien haben A und B ihre Vermögenspflicht auch durch ein Unterlassen verletzt (s.o.).

c. Garantenstellung

Die bei einem unechten Unterlassungsdelikt gem. § 13 I StGB erforderliche Garantenstellung und –pflicht ergibt sich aus der bestehenden Vermögensbetreuungspflicht von A und B.

d. Entsprechungsklausel, § 13 I StGB a.E.

Bei der Treuebruchsuntreue entspricht die Verwirklichung des Tatbestandes durch ein garantenpflichtwidriges Unterlassen derjenigen durch ein aktives Tun.

Zur Treuebruchsuntreue durch Unterlassen: BGHSt 36, 227; KG, NJW 2007, 3366; OLG Bremen, NSStZ 1989, 228

e. Vermögensnachteil

Bei C müsste auch ein Vermögensnachteil eingetreten sein.

Zum Vermögensnachteil bei § 266 I StGB: BGHSt 47, 259, 301 f.; BGH, NStZ 2004, 205, 206; 2010, 330, 331; Lackner/Kühl, § 266 Rn. 17, § 263 Rn. 36; Schönlke/Schröder-Perron, § 266 Rn. 40

„[8] Ein Nachteil i.S.v. § 266 StGB liegt vor, wenn die treuwidrige Handlung unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Treugebers führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der pflichtwidrigen Tat handlung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach dieser Handlung.

[9] Nach den Feststellungen des Landgerichts nahmen die Angeklagten zu den jeweiligen Abrechnungszeitpunkten eine Abrechnung vor, die die abzuführenden Prämien nach Abzug eines Betrages von einer Mio. € für den Schadensfonds, den von der C zu tragenden Aufwendungen zur Schadensbearbeitung sowie den tatsächlich von der S-OHG erbrachten Entschädigungszahlungen sowie den lediglich angemeldeten, aber noch nicht regulierten Schadensbeträgen für den jeweiligen Zeitraum verbindlich und abschließend darstellte. Sie reduzierten damit den auszahlenden Betrag an eingenommenen Prämien zu Unrecht um Beträge für lediglich angemeldete Schadensposten. Die Angeklagten beabsichtigten nach ihren Vorstellungen nicht, die vorenthaltenen Prämien jemals auszuzahlen; sie wollten vielmehr die vertragswidrig einbehaltenen Geldbeträge durch eine bewusst falsche Abrechnungsweise als berechtigt einbehalten ausweisen und diese zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs nach und nach vertragswidrig für eigene Zwecke verwenden. **Damit war zum jeweiligen Abrechnungszeitpunkt ein endgültiger Schaden eingetreten.** Der Umstand, dass die S-OHG in Einzelfällen Entschädigungszahlungen, die sie in ihrer Abrechnung zunächst nur zum Schein als bereits ausgezahlt verbucht hat, im Nachhinein bei besonders drängenden oder bedürftigen Versicherungsnehmern tatsächlich noch erbracht hat, steht dem nicht entgegen. **Das Erlangen von durch spätere Geschäfte erzielten „Vermögensvorteilen“ (Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber den Versicherten) durch die Treugeberin konnte den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigen, sondern stellte eine bloße Schadenswiedergutmachung dar.**

]10] Der der C entstandene Vermögensnachteil beläuft sich daher – es ist zu keinerlei Auszahlungen an sie gekommen – auf die Summe der eingenommenen Prämienzahlungen abzüglich des Betrages von einer Mio. € für den Schadensfonds, die von der C zu tragenden Aufwendungen zur Schadensbearbeitung und die tatsächlich von der S. OHG erbrachten Entschädigungszahlungen. Der hypothetische Umstand, dass jedenfalls ein Teil der angemeldeten und noch nicht regulierten Schäden, die die S-OHG in ihren Abrechnungen als bereits ausgezahlte Schadensersatzleistungen auswies, von der S-OHG hätte erstattet werden müssen und von dieser dann hätte einbehalten werden dürfen, hat bei der Schadensberechnung unberücksichtigt zu bleiben. **Eine Kompensation durch Zugrundelegung hypothetischer Sachverhalte findet bei der Schadensberechnung nicht statt.**“

Ein Vermögensnachteil ist bei C also eingetreten.

f. Kausalität b. – e.

Die Pflichtverletzung war kausal für den Vermögensnachteil.

g. Mittäterschaft, § 25 II StGB

A und B haben die Tat aufgrund eines gemeinsamen Tatplans im Wege gleichberechtigter arbeitsteiliger Begehung, also als Mittäter, ausgeführt.

h. Vorsatz

A und B handelten auch vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit

A und B handelten rechtswidrig.

III. Schuld

Sie handelten auch schuldhaft.

IV. Ergebnis

A und B sind strafbar gem. §§ 266 I 2. Fall, 13 I, 25 II StGB.

FAZIT:

Die Prüfung des Vermögensnachteils bei § 266 I StGB bereitet häufig Probleme. Maßgeblicher Zeitpunkt für die insofern erforderliche Gesamtsaldierung ist bei der Treuebruchsuntreue, § 266 I 2. Fall StGB, der Zeitpunkt der Pflichtverletzung. Ist in diesem Zeitpunkt ein Vermögensnachteil bereits gegeben, so kann es den Täter nicht mehr entlasten, dass er später Handlungen vornimmt, durch die der vom Opfer erlittene Vermögensnachteil wieder ausgeglichen wird. Da die Untreue bereits vollendet ist, scheidet ein Rücktritt gem. § 24 StGB aus. Allenfalls in Rahmen der Strafzumessung kann also diese Wiedergutmachung durch den Täter Bedeutung erlangen.

Dasselbe Problem ist insb. auch im Rahmen des Betrugs, § 263 I StGB, denkbar, da das dortige Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens demjenigen des Vermögensnachteils bei § 266 I StGB entspricht. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung des Vermögensschadens wäre bei § 263 I StGB der Zeitpunkt der Vermögensverfügung.

Speziell für Referendare

Problem: Wohngebäude i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB

BGH, URTEIL VOM 21.09.2011
1 STR 95/11 (NJW 2011, 3528)

§ 306a I Nr. 1 StGB:

„Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer
1. ein Gebäude, ein Schiff, eine Hütte oder eine andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient [...] in Brand setzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört.“

Einleitung:

Als Tatobjekt für eine schwere Brandstiftung gem. § 306a I Nr. 1 StGB setzt kommt ein Gebäude nur dann in Betracht, wenn es der Wohnung von Menschen dient.

In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH klar, dass eine bloße gelegentliche Anwesenheit von Personen nicht ausreicht, damit ein Gebäude zu deren Wohnung wird. Des Weiteren befasst sich der BGH mit der Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts im Revisionsverfahren.

PRÜFUNGSSCHEMA: SCHWERE BRANDSTIFTUNG, § 306A I NR. 1 STGB

I. Tatbestand

1. Gebäude, Schiff, Hütte oder andere Räumlichkeit, die der Wohnung von Menschen dient
2. Inbrandsetzen oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstören
3. Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A und seine Ehefrau kauften im Jahr 2000 ein Haus in U., das sie nach einem Umbau ab dem Jahr 2003 bewohnten. Das Haus in V., das sie bis dahin bewohnt hatten, sollte verkauft werden. Die Verkaufsbemühungen erwiesen sich jedoch als erfolglos. Die Eheleute unterhielten deshalb zunächst zwei Wohnsitze, wobei sie hauptsächlich in ihrem neuen Haus in U. wohnten. Ab dem Jahr 2009 gaben sie schließlich ihren Wohnsitz in V. auf. Sie hielten sich dort nur noch selten auf. Bei ihren Besuchen sahen sie nach dem Rechten. Außerdem kümmerten sie sich um die Gartenpflege, die Hausreinigung und die erforderlichen Instandhaltungsarbeiten, da das noch immer möblierte Haus wegen des beabsichtigten Verkaufs in einem „Vorzeigezustand“ erhalten bleiben sollte. Im Rahmen ihrer Aufenthalte in V. kam es vereinzelt auch zu Übernachtungen. So übernachteten A und seine Ehefrau im Mai, Juni und Juli 2009 jeweils einmal dort. Im März, April und August 2009 gab es dagegen keine Übernachtung.

Da die monatlichen finanziellen Aufwendungen für die beiden Häuser die Einkünfte des A und seiner Ehefrau bei Weitem überstiegen, entschloss sich A, das Haus in V. in Brand zu setzen, um anschließend Leistungen aus der Brandversicherung zu erhalten. Seine Ehefrau wusste hiervon nichts. Am 31. August 2009 zündete A im Keller des Hauses, in dem sich außer ihm keine weiteren Personen befanden, u.a. mehrere Federkernmatratzen an. Das Feuer griff über die hölzerne Außenfassade auf den Dachstuhl über. Ein im Dachgeschoss befindliches Schlafzimmer brannte vollständig aus.

Hat A sich wegen schwerer Brandstiftung strafbar gemacht?

LÖSUNG:

Strafbarkeit des A wegen schwerer Brandstiftung gem. § 306a I Nr. 1 StGB

Durch das Legen des Feuers könnte A sich wegen schwerer Brandstiftung gem. §§ 306a I Nr.1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Zunächst müsste es sich bei dem Haus in V. um ein Gebäude handeln, das der Wohnung von Menschen dient.

„[8] a) [...] In Betracht kommt vorliegend allein eine Tat **nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Tatvariante des Inbrandsetzens eines Gebäudes, das zur Tatzeit der Wohnung von Menschen dient.** In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes geht das Landgericht zutreffend davon aus, dass **diese Tatbestandsalternative nur dann verwirklicht ist, wenn das Gebäude von seinen Bewohnern zumindest vorübergehend tatsächlich als Mittelpunkt ihrer (privaten) Lebensführung zu Wohnzwecken genutzt.** Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles. **Indizien für eine Wohnnutzung können hierbei neben der Gebrauchsdauer z.B. das regelmäßige Übernachten und Zubereiten von Speisen sowie die postalische Erreichbarkeit sein.**

Zur Wohnungseigenschaft von Gebäuden: BGHSt, 16, 394, 396; 26, 121, 122; BGH, StV 1994, 241; NStZ-RR 2005, 76; NStZ 2008, 99

[9] b) Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe hat sich das Landgericht nicht davon überzeugen können, dass das von dem Angeklagten in Brand gesetzte Haus in V. zur Tatzeit noch der Wohnung von Menschen diene. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

[10] **Die Aufgabe, sich auf der Grundlage der vorhandenen Beweismittel eine Überzeugung vom tatsächlichen Geschehen zu verschaffen, obliegt grundsätzlich allein dem Tatrichter. Seine Beweiswürdigung hat das Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen. Es ist ihm verwehrt, sie durch eine eigene zu ersetzen oder sie etwa nur deshalb zu beanstanden, weil aus seiner Sicht eine andere Bewertung der Beweise näher gelegen hätte. Kann der Tatrichter vorhandene Zweifel nicht überwinden, so kann das Revisionsgericht eine solche Entscheidung nur im Hinblick auf Rechtsfehler überprüfen, insbesondere darauf, ob die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, die Beweismittel nicht ausschöpft, Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze aufweist oder ob der Tatrichter überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat.** Solche Rechtsfehler liegen hier nicht vor.

Zur eingeschränkten Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts in der Revision: BGH, RA 2009, 723, 725 = NStZ-RR 2009, 349, 350; RA 2009, 326, 328 = NStZ-RR 2009, 210

[11] aa) Das Revisionsvorbringen der Staatsanwaltschaft erschöpft sich in dem unzulässigen Versuch, die tatrichterliche Beweiswürdigung durch eine eigene zu ersetzen.

[12] bb) Die Beweiswürdigung ist auch nicht lückenhaft. Das Landgericht hat sich in den Urteilsgründen mit allen Umständen auseinandergesetzt, die für eine Wohnnutzung des in Brand gesetzten Gebäudes zur Tatzeit sprechen könnten. Dabei hat es, wie sich aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt, insbesondere nicht außer Acht gelassen, dass es bis zu der Tat zu gelegentli-

chen Aufenthalt – einschließlich vereinzelter Übernachtungen – des Angeklagten und seiner Frau in dem Haus gekommen war. Weiterhin hat es bei seiner Beweiswürdigung auch berücksichtigt, dass das Haus bis zum Brand „fast“ vollständig möbliert und dass der Pool beheizt war. Dennoch hat es sich keine Überzeugung von einer Wohnnutzung verschaffen können. Zur Begründung hat es entscheidend darauf abgestellt, dass der Angeklagte und seine Ehefrau nicht mehr regelmäßig in dem Haus in V. übernachteten und sich dort, wie sich aus den im Urteil mitgeteilten Angaben der Ehefrau in der Hauptverhandlung ergibt, nur noch deshalb aufhielten, um es wegen des beabsichtigten Verkaufs sauber zu halten und um die Gartenpflege zu bewerkstelligen. Selbst die Nachbarn und der Polizeibeamte, der am Tag nach dem Brand den Tatort untersuchte, hielten das Haus für unbewohnt. Angesichts dieser Umstände ist die Annahme des Landgerichts, dass es sich bei dem Haus in V. nicht (mehr) um den Lebensmittelpunkt des Angeklagten und seiner Ehefrau handelte, eine nahe liegende Schlussfolgerung, die revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

[13] Das Landgericht musste sich in diesem Zusammenhang auch nicht mit der Frage auseinandersetzen, wie oft sich der Angeklagte und seine Ehefrau in dem Haus aufhielten, ohne dort zu übernachten. **Da Wohnen mehr ist als sich nur Aufhalten, kann selbst eine Vielzahl von Besuchen in einem Gebäude, die ausschließlich der Vornahme von Instandhaltungsarbeiten, der Hausreinigung oder der Gartenpflege dienen, nicht zur Begründung eines - auch nur vorübergehenden - räumlichen Lebensmittelpunktes führen.“**

Das Haus in V. stellt also kein Wohngebäude dar.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 306a I StGB.

Fazit:

Der BGH führt seine bisherige Rechtsprechung fort, die die Annahme eines Wohngebäudes i.S.v. § 306a I Nr. 1 StGB an relativ hohe Anforderungen knüpft. Dies ist angesichts des hohen Strafrahmens des § 306a I StGB und der Tatsache, dass über diesen Tatbestand auch die Qualifikationen gem. § 306b II StGB eröffnet werden, wohl auch sinnvoll.

Auch hinsichtlich der Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung des Tatsachengerichts in der Revision hält der BGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Dem Revisionsgericht ist es also verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatsachengerichts durch eine eigene zu ersetzen; es kann diese lediglich auf das Vorliegen von Rechtsfehlern hin überprüfen.

Das Recht

auf meiner Seite



IM ONLINE SHOP:

**GENAUSO INTENSIV WIE UNSER REPETITORIUM:
DIE SKRIPTEN-REIHE VON *JURA* INTENSIV**



JURA INTENSIV
BIETET IHNEN
KLASSE STATT
MASSE.

Kleine Gruppe.

Große Wirkung.

ES GIBT VIELE GRÜNDE FÜR EINEN KLEINGRUPPENKURS BEI *JURA* INTENSIV.

DIE KLEINGRUPPE:

AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen. Nur in der Kleingruppe werden Sie von Ihrem Dozenten intensiv gefördert und gefordert. Nicht erst seit Pisa wissen wir: Je kleiner die Gruppe, desto größer die Leistung.

DIE METHODE:

SYSTEMATISCH-STRUKTURELL – KEIN BLOSSES PAUKEN VON FÄLLEN

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

Stufe 1: Vermittlung der strukturellen Zusammenhänge von den Grundlagen bis zum Detail.

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

DIE DOZENTEN:

FACHLICH-PÄDAGOGISCHE KOMPETENZ – KEIN UNVERSTÄNDLICHER MONOLOG

Unsere Dozenten sind hoch motiviert, fachlich kompetent und pädagogisch geschickt:

Individuelle Förderung in der Kleingruppe; Feedback über den eigenen Leistungsstand.

DAS MATERIAL:

ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN

Vergleichen Sie die im Kurspreis enthaltenen Leistungen mit denen anderer Anbieter. Sie werden sehen: Jura Intensiv bietet Ihnen eine qualitativ hochwertige und günstige Examensvorbereitung! Inkl. 4.000 Seiten kursbegleitende Unterlagen.

DAS MATERIAL:

GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT

Jeden Monat werten wir für Sie die neueste examensrelevante Rechtsprechung in unserer Zeitschrift „RA“ aus.

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.

Kleingruppe -

für mein Examen nur das Beste



DIE KLEINGRUPPE:

AKTIV – INTENSIV – ERFOLGREICH

AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

Vermeiden Sie die Anonymität und Passivität von Großgruppen. Nur in der Kleingruppe werden Sie von Ihrem Dozenten intensiv gefördert und gefordert. Nicht erst seit Pisa wissen wir: Je kleiner die Gruppe, desto größer die Leistung.

Vor K wie Karriere,

kommt J wie Jura Intensiv

**JETZT
KOSTENLOSES
PROBEHÖREN
OHNE VORHERIGE
ANMELDUNG**

NÄCHSTE KURSE FRÜHJAHR 2012

ASSESSORKURSE - Die Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen

Jura Intensiv bietet:

- Unterricht in der Kleingruppe
- über 2000 Seiten Unterlagenprogramm mit Aufbauübersichten (Gutachten / Urteil mit Formalien), Problemübersichten, Original-Examensklausuren mit ausführlichen Musterlösungen (u. a. Gutachten und Urteil / Beschluss / Anklageschrift) und Anwaltsklausuren mit ausführlichen Musterlösungen
- die monatlich erscheinende Ausbildungszeitschrift RA - RechtsprechungsAuswertung mit einem Sonderteil für Referendare

