

RA 02 / 2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Auskunftsanspruch des Scheinvaters	61
Zur Haftung einer Scheinsozietät	65
Zur beschränkten Gesamtwirkung des Vergleichs mit einem Gläubiger	68
Zur Präklusionswirkung des § 767 II ZPO	72

Speziell für Referendare:

Zu den Voraussetzungen eines Anscheinsbeweises	76
Prima-facie-Beweis im Verkehrsunfallrecht	81

ÖFFENTLICHES RECHT

Pressefreiheit contra allgemeines Persönlichkeitsrecht	85
Schulgebet contra Schulfrieden	92
Zur Ausschlusswirkung des § 35 IV BauGB	101

Speziell für Referendare:

Sofort vollziehbare Abrissverfügung	105
---	-----

STRAFRECHT

Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums	109
Zeitpunkt der Beihilfe und Gehilfenvorsatz	114
Verlust einer ungesicherten Erwerbchance kein Vermögensnachteil	117

Speziell für Referendare:

Beschuldigteneigenschaft i.S.v. § 136 I StPO	120
Zulässigkeit der Verlesung eines Attests	122

**DIE AKTUELLSTE
AUSBILDUNGS-
ZEITSCHRIFT**

Jetzt habe ich

gute Karten



DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN

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

KARTEIKARTEN



Die Einheit der Verfassung

Konrad Hesse und das Prinzip der praktischen Konkordanz

Liebe Leserinnen und Leser,

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Konrad Hesse war einer der größten deutschen Staatsrechtler. 1919 geboren, promovierte (1950) und habilitierte (1955) er nach dem Krieg an der Universität in Göttingen. 1956 folgte er einem Ruf nach Freiburg im Breisgau. Nachdem er bereits in Nebenämtern als Richter gewirkt hatte (seit 1961 am VGH Mannheim, seit 1968 als Vorsitzender des Schiedsgerichtshofs der Evangelischen Kirche in Deutschland), wurde er 1975 an das BVerfG berufen. Im dortigen 1. Senat hat er sich bis zu seinem Ausscheiden 1987 besonders um die Presse-, Rundfunk- und Meinungsfreiheit verdient gemacht.

Seine für die Verfassungsrechtsprechung der Gegenwart vielleicht wichtigste Erkenntnis liegt darin, dass bei kollidierenden Verfassungswerten nicht nach dem Vorrang zu fragen, sondern nach einem Ausgleich zu suchen ist, den er als "praktische Konkordanz" (von lat. "concordare" = übereinstimmen) bezeichnet hat. In seinen "Grundzügen des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland" (20. Auflage, C.F. Müller 1999, Rn 72) heißt es dazu:

"Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller 'Güterabwägung' oder gar abstrakter 'Werteabwägung' eines auf Kosten des anderen realisiert werden. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können."

In dieser Ausgabe der "RA" sind gleich zwei Entscheidungen veröffentlicht, in denen die Kollision von Verfassungswerten eine entscheidende Rolle spielt:

- In seinem "Caroline"-Urteil vom 08.12.2011 (1 BVR 927/08) findet das BVerfG - ganz im Sinne Hesses - einen mustergültigen Ausgleich zwischen der Meinungsfreiheit von Presseorganen einerseits und dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von Prominenten andererseits, wobei es erstmals deutlich zwischen Bild- und Wortberichterstattung differenziert.

- Wie problematisch die Suche nach Übereinstimmung sein kann, wenn die widerstreitenden Interessen sich unversöhnlich gegenüberstehen, zeigt das "Schulgebet"-Urteil des BVerfG vom 30.11.2011 (6 C 20.10). Zwar räumt das Gericht i.E. der Wahrung des Schulfriedens den Vorrang vor der Glaubensausübungsfreiheit einzelner Schüler ein; es macht sich damit aber nicht jener "vorschnellen" Werteabwägung schuldig, die zu bekämpfen Hesse ein Anliegen war. Vielmehr betont es wiederholt, dass zunächst eine Konfliktschlichtung durch erzieherische und organisatorische Maßnahmen zu versuchen sei. Erst wenn sich ein Ausgleich auf diesem Wege als unmöglich erweise, müsse - als "ultima ratio" - die Glaubensausübungsfreiheit zurücktreten. Dabei ist das Gericht auch von dem Vorwurf freizusprechen, eigene Wertmaßstäbe angelegt zu haben, denn die Verfassung selbst hält in Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 I WRV die Glaubensausübung für nachrangig gegenüber den staatsbürgerlichen Pflichten, zu denen für Schüler auch die Wahrung des Schulfriedens zählt.

Konrad Hesse verstarb 2005 im Alter von 86 Jahren in Merzhausen bei Freiburg. Sein Streben nach Einheit durch Ausgleich lebt in der deutschen Verfassungsrealität fort.

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: Auskunftsanspruch des Scheinvaters

BGH, URTEIL VOM 09.11.2011
XII ZR 136/09 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage, ob der Scheinvater, der für ein Kind Aufwendungen erbracht hat, von der Mutter des Kindes Auskunft über den leiblichen und damit unterhaltspflichtigen Vater verlangen kann. Ein gesetzlicher Auskunftsanspruch besteht für diesen Fall nicht, so dass auf § 242 BGB als Anspruchsgrundlage zurückgegriffen werden muss. Da § 242 BGB die Berücksichtigung von „Treu und Glauben“ verlangt, ermöglicht der Tatbestand eine Abwägung der betroffenen Interessen. Hierbei steht insbesondere der Grundrechtsschutz der Mutter im Vordergrund.

SACHVERHALT:

Der Kläger und die Beklagte hatten bis zum Frühjahr 2006 für etwa zwei Jahre in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt. Im Sommer 2006 erfolgte die endgültige Trennung. Im Januar 2007 brachte die Beklagte einen Sohn zur Welt. Noch vor der Geburt hatte die Beklagte den Kläger aufgefordert, ein Vaterschaftsanerkennnis „für ihr gemeinsames Kind“ abzugeben. Der Kläger hatte daraufhin mit Zustimmung der Beklagten die Vaterschaft anerkannt und insgesamt rund 4.500 € für die Erstlingsausstattung, sowie den Kindes- und Betreuungsunterhalt gezahlt. In einem Rechtsstreit über Betreuungs- und Kindesunterhalt verständigten sich die Parteien auf Einholung eines Vaterschaftsgutachtens. Auf der Grundlage dieses Gutachtens stellte das Familiengericht im Anfechtungsverfahren fest, dass der Kläger nicht der Vater des Kindes ist. Inzwischen erhält die Beklagte vom mutmaßlichen leiblichen Vater des Kindes monatlichen Kindesunterhalt.

Dem Kläger ist der leibliche Vater des Kindes nicht bekannt. Zur Vorbereitung eines Unterhaltsregresses verlangt er von der Beklagten Auskunft über die Person oder Personen, die ihr in der gesetzlichen Empfängniszeit außerdem beigewohnt haben.

Besteht ein Auskunftsanspruch des Klägers?

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUS § 242 BGB

- A. Bestehen eines Regressanspruchs
- B. Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs
 - I. Tatbestandliche Voraussetzungen (Sonderverbindung)
 - II. Keine entgegenstehenden Interessen der Beklagten

LÖSUNG:

Dem Kläger(K) könnte ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagte (B) aus § 242 BGB zustehen. Dann müsste er nach Treu und Glauben Auskunft verlangen können. Fraglich ist, welche Voraussetzungen an einen solchen Anspruch zu stellen sind.

Teilweise enthält das Gesetz ausdrückliche Auskunftsansprüche (z.B. in §§ 402, 666, 713, 1605, 1379, 2027, 2314 BGB). Ist ein solcher nicht einschlägig, kann sich der Anspruch nur aus dem allgemeinen, aus Treu & Glauben hergeleiteten Anspruch (§ 242 BGB) ergeben.

Anspruch des K aus § 1607 III 1, 2 BGB gegen den leiblichen Kindesvater

Zur Durchbrechung des § 1600 d IV BGB: BGH, FamRZ 2008, 1424 und FamRZ 2009, 32

A. Bestehen eines Regressanspruchs des K gegen den leiblichen Vater des Kindes

Da der Auskunftsanspruch des K gegen die B der Vorbereitung eines Regresses des K gegen den leiblichen Vater des Kindes dienen soll, ist das Bestehen eines solchen Regressanspruchs eine erste, vorgeschaltete Voraussetzung für einen etwaigen Auskunftsanspruch gegen die Mutter des Kindes. Bestünde ein solcher Anspruch nicht, erübrigte sich die Auskunft der B gegenüber K, eine solche könnte nach Treu und Glauben also auch nicht verlangt werden.

I. Anspruch aus § 1607 III 1, 2 BGB

Ein Regressanspruch des K könnte sich vorliegend aus § 1607 III 1, 2 BGB bzw. § 1615 I III 1 i.V.m. § 1607 III 1, 2 BGB ergeben.

Nach § 1607 III 1, 2 BGB geht der Unterhaltsanspruch eines Kindes gegen einen Elternteil auf einen Dritten über, der als Vater Unterhalt gewährt hat, ohne tatsächlich unterhaltspflichtig zu sein. Entsprechendes gilt gem. § 1615 I III BGB für den Anspruch auf Betreuungsunterhalt.

Mit der rechtskräftigen Feststellung, dass K nicht der leibliche Vater des Kindes ist, steht gleichzeitig fest, dass er nicht unterhalts- und betreuungspflichtig ist. Da er nach der Anerkennung der Vaterschaft dennoch entsprechende Leistungen erbrachte, sind die Voraussetzungen des § 1607 III 1, 2 BGB erfüllt. K kann damit grundsätzlich vom leiblichen Vater des Kindes Ersatz für die erbrachten Unterhalts- und Betreuungsleistungen verlangen.

II. Rechtsausübungssperre des § 1600 d IV BGB

Dem könnte jedoch die sog. Rechtsausübungssperre des § 1600 d IV BGB entgegenstehen, wonach die Rechtswirkungen der Vaterschaft erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden können.

Vorliegend steht zwar fest, dass K nicht der leibliche Vater des Kindes ist. Die Identität des leiblichen Vaters ist jedoch (noch) unbekannt, so dass der Anspruch des K aus § 1607 III 1, 2 BGB derzeit nicht mit Erfolg geltend gemacht werden könnte.

Dieser Umstand ist ausnahmsweise unerheblich, wenn im Regressprozess des Scheinvaters gegen mutmaßlichen Erzeuger die Vaterschaft inzident festgestellt wird.

„[15] (...) Eine solche Ausnahme kommt insbesondere dann in Betracht, wenn davon auszugehen ist, dass ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren auf längere Zeit nicht stattfinden wird, weil die zur Erhebung einer solchen Klage Befugten dies ausdrücklich ablehnen oder von einer solchen Möglichkeit seit längerer Zeit keinen Gebrauch gemacht haben.“

[16] **Diese Voraussetzung für eine Durchbrechung der Rechtsausübungssperre des § 1600 d Abs. 4 BGB ist hier erfüllt, weil sich die Beklagte weigert, die Person des mutmaßlich leiblichen Vaters zu benennen, obwohl sie ihr wegen der laufenden Unterhaltsleistungen für das Kind positiv bekannt ist.** (...) Einem Regressanspruch gegen den mutmaßlichen Vater mit inzidenter Feststellung der Vaterschaft für das 2007 geborene Kind der Beklagten kann der Erfolg deswegen nicht von vornherein versagt werden.“

B. Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs

I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage für das Auskunftsverlangen könnte § 1605 I BGB sein, der gerade auf Unterhaltsverpflichtungen zugeschnitten ist. Jedoch schuldet der Anspruchsgegner i.R.v. § 1605 I BGB nur die Auskunft betreffend seiner Einkünfte und seines Vermögens. Auskunft über etwaige Geschlechtspartner als potentielle Väter kann nach § 1605 I BGB folglich nicht verlangt werden. Demnach verbleibt § 242 BGB als Anspruchsgrundlage.

§ 1605 I 1 BGB:

„Verwandte in gerader Linie sind einander verpflichtet, auf Verlangen über ihre Einkünfte und ihr Vermögen Auskunft zu erteilen, soweit dies zur Feststellung eines Unterhaltsanspruchs oder einer Unterhaltsverpflichtung erforderlich ist.“

II. Tatbestandliche Voraussetzungen

„[20] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebieten es Treu und Glauben auch grundsätzlich, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen (...).“

1. „Rechtsbeziehungen“, Sonderverbindung zwischen den Parteien

Grundlage für einen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ist demnach zunächst das Bestehen einer Sonderverbindung zwischen den Parteien. Eine solche kann sich z.B. aus Vertragsverhandlungen, dauernden Geschäftsbeziehungen, Nachwirkungen eines Vertrages, einem Nachbarschaftsverhältnis oder einem familienrechtlichen Verhältnis ergeben.

„[21] **Ein solches Verhältnis besteht zwischen den Beteiligten auch dann, wenn der Mann seine Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt hatte.** Durch diese gemeinsame Erklärung entsteht die rechtliche Vaterschaft, die die Eltern in vielfältiger Weise miteinander verbindet. Sowohl die unterhaltsrechtlichen Folgen des Vaterschaftsanerkennnisses als auch dessen weitere Wirkungen begründen eine wechselseitige Auskunftspflicht hinsichtlich der Voraussetzungen der Vaterschaft. (...)

[22] Danach schuldet die Beklagte dem Kläger nach Treu und Glauben Auskunft über die Person des mutmaßlich leiblichen Vaters ihres 2007 geborenen Kindes. Die Beklagte hatte den Kläger ursprünglich aufgefordert, die Vaterschaft für "ihr gemeinsames Kind" anzuerkennen. Damit hat sie deutlich gemacht, dass aus ihrer Sicht der Kläger leiblicher Vater ihres 2007 geborenen Kindes sei. Dem Vaterschaftsanerkennnis des Klägers hat sie außerdem zugestimmt, was nach § 1595 Abs. 1 BGB Voraussetzung für die Wirksamkeit des Anerkenntnisses ist. **Durch dieses Verhalten hat die Beklagte zur Entstehung der gemeinsamen Elternschaft und zugleich zu einem familienrechtlichen Sonderverhältnis beigetragen, das Auskunftsansprüche nach Treu und Glauben begründen kann.** Der Kläger kann den nach § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB auf ihn übergegangenen Anspruch auf Kindes- und Betreuungsunterhalt nur dann durchsetzen, wenn ihm der leibliche Vater als Anspruchsgegner bekannt ist. Dies ist nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bislang nicht der Fall. Außer seinem Aus-

Sonderverbindung folgt aus Vaterschaftsanerkennnis, das auf Drängen und mit Zustimmung der Mutter erfolgte.

kunftsanspruch gegen die Beklagte hat der Kläger keine rechtliche Möglichkeit, den leiblichen Vater zu ermitteln.“

Die für den Auskunftsanspruch erforderliche Sonderverbindung folgt mithin aus dem Vaterschaftsanerkennnis, das auf Drängen und mit Zustimmung der B erteilt wurde.

2. Keine entgegenstehenden Interessen der B

Das Auskunftsverlangen könnte indes in schützenswerte Interessen der B eingreifen, da sie hierdurch gezwungen wäre, ihre(n) Geschlechtspartner aus dem fraglichen Zeitraum zu benennen. Dies zählt zur Intimsphäre der B, die in Form ihres Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG (APR) geschützt ist. Das APR schützt insoweit die Befugnis des Grundrechtsträgers, persönliche Lebenssachverhalte zu offenbaren oder geheim zu halten. Das Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ist jedoch mit Schranken versehen. Art. 2 I GG schützt das Persönlichkeitsrecht nur insoweit, als durch die Persönlichkeitsentfaltung nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt wird. Eingriffe in der Persönlichkeitssphäre hat der Einzelne damit hinzunehmen, solange der unantastbare Bereich seiner privaten Lebensgestaltung unberührt bleibt und der Eingriff insgesamt verhältnismäßig ist.

„[25] Ein Eingriff in den unantastbaren Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Beklagten liegt hier schon deswegen nicht vor, weil sie dem Kläger bereits durch ihr früheres Verhalten Tatsachen ihres geschlechtlichen Verkehrs während der Empfängniszeit offenbart hatte, die sich allerdings inzwischen als falsch herausgestellt haben. Die Beklagte hatte den Kläger vor der Geburt des Kindes aufgefordert, die Vaterschaft für "ihr gemeinsames Kind" anzuerkennen. Darin liegt zugleich die Behauptung der Beklagten, die Vaterschaft des Klägers stehe für sie als Mutter fest, weil ein anderer Vater nicht in Betracht komme. Die Beklagte hat in der Folge auch dem Vaterschaftsanerkennnis des Klägers zugestimmt und ihm erst auf diese Weise die Rechtswirkung des § 1592 Nr. 2 i.V.m. §§ 1594, 1595 BGB verschafft. **Jedenfalls in Fällen, in denen die Mutter den Mann zur Anerkennung der Vaterschaft veranlasst und dabei keine Zweifel an seiner biologischen Vaterschaft geäußert hat, begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, sie nach wirksamer Vaterschaftsanfechtung zur Auskunft über die Person zu verurteilen, die ihr während der Empfängniszeit zusätzlich beigeohnt hat.**“

Kollision mit dem APR der B?

Kein überwiegender Grundrechtsschutz der Mutter, wenn diese für die Vaterschaftsanerkennung verantwortlich war.

C. Ergebnis

K kann von B Auskunft über die Person oder Personen verlangen, mit der sie im Empfängniszeitraum geschlechtlich verkehrte.

FAZIT:

Die Entscheidung muss als ausgesprochen relevant für beide Examina eingestuft werden. Denn erfahrungsgemäß sind Fallgestaltungen klausurträchtig, die eine Transferleistung zwischen verschiedenen Rechtsgebieten verlangen. Aufgrund der grundrechtlich geprägten Interessenabwägung (s.o.) dürfte sich die Konstellation aber auch für eine mündliche Prüfung anbieten.

Problem: Haftung der Scheinsozietät

BGH, URTEIL VOM 17.11.2011
IX ZR 161/09 (NZZ 2012, 65)

EINLEITUNG:

Eine Scheinsozietät besteht, wenn nach außen der Eindruck einer Gesellschaft vermittelt wird, die im Innenverhältnis mangels gesellschaftsrechtlicher Abrede nicht besteht. Dieser Eindruck kann beispielsweise durch die undifferenzierte Angabe von Mitarbeitern, die keine Gesellschafter sind (freie Mitarbeiter; Angestellte), auf Briefbögen oder Kanzleischildern erweckt werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH haften Scheinsozien in analoger Anwendung von § 128 HGB wie echte Gesellschafter. Umgekehrt haftet auch die Sozietät, die sich das Handeln des Scheingesellschafters zurechnen lassen muss, für dessen Handeln.

Vorliegend geht es um die Frage, ob eine aus einer Scheinsozietät hervorgegangene GbR für die Verbindlichkeiten der Scheinsozietät haftet. Der Senat verneint die Frage.

St. Rspr zur Haftung des Scheinsozius: BGH, NJW 1978, 996; NJW 1991, 1225; NJW 1999; 3040

SACHVERHALT:

Die Klägerin wandte sich an den Beklagten zu 2), der damals eine Rechtsanwaltskanzlei unter dem Namen „R-Rechtsanwälte“ betrieb. Auf dem Briefbogen der „R-Rechtsanwälte“ waren neben dem Beklagten zu 2) noch weitere Rechtsanwälte ohne weiteren Hinweis auf deren Stellung in der Kanzlei (Partner, angestellter Rechtsanwalt, freier Mitarbeiter) aufgezählt.

An Besprechungen mit der Klägerin nahmen der Beklagte zu 2) und ein weiterer Rechtsanwalt (X) teil. In einem Haftungsrechtsstreit ließ sich die Klägerin schließlich von den „R-Rechtsanwälten“ vertreten. Die Klägerin verlor den Rechtsstreit, weil ihre Prozessbevollmächtigten Ansprüche schuldhaft verjähren ließen. Zwischenzeitlich haben der Beklagte zu 2) und X einen Sozietätsvertrag geschlossen und betreiben eine GbR.

Die Klägerin geht nun klageweise gegen den Beklagten zu 2) und die neu gegründete GbR als Beklagte zu 1) auf Schadensersatz vor.

Ist die Beklagte zu 1) (B1) passivlegitimiert?

PRÜFUNGSSCHEMA: PASSIVLEGITIMATION DER B1

- A. Als Vertragspartnerin des Beratungs-/Anwaltsvertrages
- B. Aus gesetzlicher Haftungsübernahme
- C. Aus Rechtsscheinsgrundsätzen

LÖSUNG:

B1 ist passivlegitimiert, wenn sie nach materiell-rechtlichen Gesichtspunkten als Anspruchsgegnerin oder Schuldnerin des erhobenen Anspruchs in Betracht kommt.

A. Passivlegitimation der B1 als Vertragspartnerin des Beratungs- bzw. Anwaltsvertrages

Die Passivlegitimation der B1 könnte sich ergeben, wenn B1 Vertragspartnerin des Beratungs- bzw. Anwaltsvertrages aus § 675 BGB geworden ist.

Jedoch kann die B1 grds. als Außen-GbR Verbindlichkeiten eingehen (sowie klagen und verklagt werden), da ihre Rechts- und Parteifähigkeit seit dem Grundsatzurteil des BGH im Jahr 2001 (NJW 2001, 1056) anerkannt ist.

Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses war die GbR, die hier als B1 fungiert, jedoch noch nicht existent. Folglich kann zu diesem Zeitpunkt auch keine Vertragspartnerschaft der B1 begründet worden sein. B1 ist daher nicht als Vertragspartnerin passivlegitimiert.

B. Passivlegitimation der B1 aus gesetzlicher Haftungsübernahme

Die Passivlegitimation könnte sich jedoch daraus ergeben, dass B1 kraft Gesetzes für die vor ihrer Gründung entstandenen Verbindlichkeiten haftet. In Betracht kommt eine Haftungsübernahme nach § 28 HGB.

I. Direkte Anwendung des § 28 HGB

Nach § 28 HGB haftet die Gesellschaft, die durch den Eintritt eines persönlich haftenden Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmannes entsteht, für alle im Geschäftsbetrieb des früheren Inhabers entstandenen Verbindlichkeiten. Die Anwendbarkeit des § 28 HGB setzt jedoch ein Handelsgewerbe voraus. Die Tätigkeit als Rechtsanwalt wird gem. § 2 II BRAO nicht als Gewerbe, sondern als sog. freier Beruf eingeordnet.

II. Analoge Anwendung des § 28 HGB

Fraglich ist, ob eine analoge Anwendung des § 28 HGB in Betracht kommt. Dies hat der BGH jedoch für den Fall des Zusammenschlusses von Rechtsanwälten aufgrund der besonderen Ausgestaltung des Mandantenverhältnisses abgelehnt (NJW 2004, 836).

Somit ergibt sich die Passivlegitimation der B1 auch nicht aus § 28 HGB (analog).

C. Passivlegitimation der B1 aus Rechtsscheinsgrundsätzen

Schließlich kommt eine Haftung und damit eine Passivlegitimation der B1 aus Rechtsscheinsgrundsätzen in Betracht. Insoweit ist denkbar, dass B1 für die vor ihrer Gründung in Gestalt einer Scheinsozietät entstandenen Verbindlichkeiten einzustehen hat.

I. Bestehen einer Scheinsozietät

Zunächst müsste eine Scheinsozietät vorgelegen haben. Das ist der Fall, wenn im Außenverhältnis der Eindruck einer existierenden Gesellschaft entsteht, obwohl im Innenverhältnis eine Gesellschaft mangels entsprechender Abrede nicht vorliegt.

Tatsächlich betrieb der Beklagte zu 2) (B2) vor der Gründung der Rechtsanwalts-GbR (B1) die Kanzlei „R-Rechtsanwälte“ als alleiniger Inhaber, so dass im Innenverhältnis keine Gesellschaft vorlag. Jedoch verwendete die Kanzlei „R-Rechtsanwälte“ einen Briefbogen, der sämtliche Mitarbeiter ohne Bezeichnung ihrer konkreten Stellung aufführte. Auf den Außenstehenden, der keinen Einblick in die Strukturen der Kanzlei hat, wirkt dies als gesellschaftlicher Zusammenschluss. Dies haben sich die Scheinsozien sowie die Scheinsozietät auch zurechnen zu lassen, da sie ihr Erscheinen auf dem Briefbogen akzeptiert bzw. erst veranlasst haben.

Eine Scheinsozietät lag damit bis zur Gründung der GbR vor.

II. Verbindlichkeit

Die in Rede stehende Verbindlichkeit ist auch in der Scheinsozietät entstanden.

Überblick über die freien Berufe:
§ 1 II PartGG

Zur Haftung der Scheinsozietät:
Dahns, NJW 2004, 333

III. Haftung der B1

Fraglich ist jedoch, ob die neu gegründete GbR (B1) für die Verbindlichkeiten der Scheinsozietät haftet. Das erfordert einen Überleitungstatbestand, der allenfalls in § 130 HGB gesehen werden könnte:

„[23] (...) Eine Scheinsozietät ist rechtlich nicht existent. Sie kommt als Anspruchsgegnerin nicht in Betracht. **Eine Bestimmung im Gesetz, welche die während des Bestehens einer Scheinsozietät entstandenen Ansprüche, die sich nur gegen einzelne Personen oder eine bereits vorhandene Gesellschaft richten können, auf eine später gegründete Gesellschaft überleitet, gibt es nicht.** Soweit der Anschein einer Sozietät gesetzt wurde, haften die Scheingesellschafter für die Fehler des Einzelanwalts oder der wirklichen Gesellschafter ebenso, wie der Einzelanwalt oder die wirkliche Gesellschaft und die wirklichen Gesellschafter für die Fehler von Scheingesellschaftern einzustehen haben. **Die Vorschrift des § 130 HGB, die nach Ansicht der Revision auf den vorliegenden Fall entsprechend angewendet werden soll, könnte allenfalls zu einer Haftung weiterer Gesellschafter führen, nicht jedoch zu einer Haftung der Bekl. zu 1 selbst.**“

Scheinsozietät ist kein Rechtsträger!

Die Verbindlichkeit der Scheinsozietät ist damit nicht auf B1 übergegangen.

D. Ergebnis

B1 kommt in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht als Anspruchsgegnerin in Betracht und ist daher nicht passivlegitimiert.

FAZIT:

Handels- und gesellschaftsrechtliche Fragestellungen sind regelmäßig Thema in Examensklausuren. Dabei zählen die hier aufgeworfenen haftungsrechtlichen Probleme, sowie insbesondere die „Überleitungstatbestände“ wie §§ 25, 28, 128 HGB zu den Klassikern. Hinzu kommt, dass die Entscheidung zahlreiche Probleme aus dem Bereich der GbR (Partei- bzw. Rechtsfähigkeit) und der Rechtsscheinhaftung tangiert. Als Examensklausur drängt sich das Urteil geradezu auf.

In der Sache stellt der Senat klar, dass die Scheinsozietät – entgegen ihrer insoweit irreführenden Bezeichnung – gerade keine Gesellschaft, also kein eigener Rechtsträger ist. Vielmehr ist sie bloß als „Transportmittel“ konzipiert, um Fehler des Scheinsozius der Gesellschaft (und umgekehrt) anlasten zu können. Richtigerweise scheidet damit auch ein Übergang von Verbindlichkeiten der Schein- auf die echte Gesellschaft aus. Sämtliche Überleitungstatbestände setzen nämlich die Verbindlichkeit einer bestehenden Gesellschaft bzw. eines bestehenden Kaufmannes voraus.

Problem: Gesamtwirkung eines Vergleichs (§ 423 BGB)

BGH, URTEIL VOM 22.12.2011
VII ZR 7/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Das Urteil befasst sich mit dem Problem der sog. "beschränkten Gesamtwirkung" des Haftungserlasses gegenüber einem Gläubiger:

Nach den allgemeinen Entstehungsvoraussetzungen gem. § 421 BGB oder nach besonderer gesetzlicher Anordnung (z.B. § 840 BGB) können mehrere Schuldner nebeneinander zur Haftung berufen sein – sie haften dann als Gesamtschuldner. Befriedigt einer der Gesamtschuldner den Gläubiger, kann er von den anderen Schuldnern Ausgleich nach § 426 I, II BGB verlangen. Bei der Entlassung eines einzelnen Schuldners aus der Haftung ist insofern zu beachten, dass hierdurch nicht die Regressmöglichkeit der anderen Schuldner beeinträchtigt wird.

Anwendungsfälle des § 423 BGB:

- Gesamtwirkung
- Einzelwirkung
- beschränkte Gesamtwirkung

Vereinbart der Gläubiger mit einem einzelnen Schuldner einen Erlass i.S.d § 397 BGB, kommt hinsichtlich der Wirkung dieses Erlasses gegenüber der anderen Schuldner die Regelung des § 423 BGB zum Tragen: Diese erfasst (z.T. über den Wortlaut hinaus) eine Gesamt-, eine Einzel- und eine beschränkte Gesamtwirkung.

Vorliegend ist fraglich, ob und inwieweit ein Vergleich nach § 779 BGB - auf den § 423 BGB entsprechend anzuwenden ist - (beschränkte) Gesamtwirkung entfaltet.

SACHVERHALT:

Die Klägerin wollte vom Verkäufer ein Dressurpferd erwerben und beauftragte den Beklagten – einen Tierarzt – mit der Ankaufsuntersuchung. Dieser bezeichnete das Untersuchungsergebnis bis auf geringfügige Röntgenbefunde als „ohne besonderen Befund.“ Daraufhin erwarb die Klägerin das Pferd zum Preis von 60.000 €.

Wenige Wochen später erlahmte das Pferd dauerhaft. Es stellte sich heraus, dass der Beklagte auf erhebliche pathologische Befunde, die auf den angefertigten Röntgenbildern zu erkennen waren, nicht hingewiesen hatte. Die Klägerin trat gegenüber dem Verkäufer vom Kaufvertrag zurück und verlangte neben dem Kaufpreis auch die Kosten für die Behandlung und Unterbringung des Pferdes ersetzt. Schließlich schlossen die Klägerin und der Verkäufer einen Vergleich, wonach der Verkäufer der Klägerin 75.000 € als „Abgeltung“ für ihre Forderung zu zahlen hatte.

Nun verlangt die Klägerin vom Beklagten die Behandlungs- und Unterbringungskosten in Höhe von rund 28.000 €. Der Beklagte meint, die Ansprüche der Klägerin gegen ihn seien vom Vergleich erfasst, den die Klägerin mit dem Verkäufer geschlossen hat. Die dort geregelte „Abgeltung“ müsse auch zu seinen Gunsten wirken.

Kann die Klägerin die begehrten Kosten vom Beklagten ersetzt verlangen?

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS §§ 634 NR. 4, 280 I BGB

- A. Werkvertrag
- B. Mangel gem. § 633 BGB
- C. Abnahme gem. § 640 BGB
- D. Weitere Voraussetzungen des § 280 I BGB
- E. Ausschluss durch Gesamtwirkung des Vergleichs gem. § 423 BGB

LÖSUNG:

Der Klägerin (K) könnte ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 28.000 € aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB gegen den Beklagten (B) zustehen.

A. Werkvertrag

Das zwischen den Parteien erforderliche Schuldverhältnis besteht in der Abrede über die Ankaufsuntersuchung. Diese ist als Werkvertrag gem. § 631 BGB zu qualifizieren, da B mit der Herstellung des Ankaufsgutachtens einen Erfolg schuldet.

B. Mangel

Es müsste ein Mangel i.S.d. § 633 BGB vorliegen. Der Besteller eines Ankaufsgutachtens kann erwarten, dass sich dieses über das Vorliegen erheblicher pathologischer Befunde verhält. Da das von B erstellte Untersuchungsergebnis den Zustand des Pferdes jedoch als „ohne besonderen Befund“ beschreibt, eignet sich das Gutachten nicht für die gewöhnliche Verwendung, nämlich als Grundlage für die Kaufentscheidung. Somit liegt ein Mangel nach § 633 II 2 Nr. 2 BGB vor.

C. Abnahme gem. § 640 BGB

K hat das Gutachten jedenfalls konkludent als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung anerkannt und somit die Abnahme nach § 640 I 1 BGB erklärt.

D. Weitere Voraussetzungen des § 280 I BGB**I. Vertreten müssen**

B hat die Pflichtverletzung in Ermangelung einer Exkulpation nach § 280 I 2 BGB auch zu vertreten.

II. Schaden

Schließlich ist der K ein gem. §§ 249, 251 I BGB ersatzfähiger Schaden in Form der Behandlungs- und Unterbringungskosten in Höhe von 28.000 € entstanden.

E. Ausschluss durch die Gesamtwirkung des zwischen K und dem Verkäufer (V) geschlossenen Vergleichs entsprechend § 423 BGB

Fraglich ist, ob der zwischen K und V geschlossene Vergleich über die Kostentragung des V bis zu einem Betrag von 75.000 € eine Gesamtwirkung i.S.d. § 423 BGB entfaltet.

Dagegen sind Verträge mit (Tier)Ärzten über eine Behandlung i.d.R. nicht als Werk-, sondern als Dienstverträge gen. § 611 BGB einzuordnen, da der werkvertragstypische Erfolg, also die Heilung des Patienten, nicht versprochen werden kann. Nur eine erfolgsbezogene medizinische Einzelleistung unterliegt den §§ 631 ff. BGB (Palandt/Sprau, Einf v § 631 Rn. 18).

I. Gesamtschuldnerische Haftung von V und B

Die Anwendung des § 423 BGB setzt das Vorliegen einer gesamtschuldnerischen Haftung von V und B voraus. V und B haften gem. § 421 BGB gemeinsam, wenn beide eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger (hier: die K) aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist.

Wie bereits gezeigt, haftet B der K nach §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB. V haftet der B aufgrund des Mangels des Pferdes gem. § 434 II 2 Nr. 2 BGB aus §§ 437 Nr. 3, 280 I BGB ebenfalls auf Schadensersatz. Beide Schuldner sind verpflichtet, die gesamte Leistung zu bewirken, wobei K die Leistung jedoch nur einmal fordern kann. Dabei schulden V und B auch „eine Leistung“ i.S.d. § 421 BGB, da ihre Verpflichtungen auf dasselbe Interesse, nämlich den Ausgleich der bei K entstandenen Behandlungs- und Unterbringungskosten gerichtet sind.

Schließlich müssten die Verpflichtungen von V und B auch gleichstufig nebeneinander stehen. Das wäre nicht der Fall, wenn einer der Schuldner nur subsidiär oder vorläufig für die Verpflichtung einstehen müsste. Da V und B jedoch beide auf das volle Interesse verpflichtet und insofern keine Vor- oder Nachrangigkeit eines Schuldners festgestellt werden kann, haften sie gleichstufig.

Damit liegt eine gesamtschuldnerische Haftung vor.

Zur Gleichstufigkeit: BGH, NJW 2007, 1208

II. Gesamtwirkung gem. § 423 BGB

Die Haftung des B wäre ausgeschlossen, wenn dem zwischen V und K geschlossenen Vergleich über eine Einstandspflicht des V bis zur Höhe von 75.000 € Gesamtwirkung i.S.d. § 423 BGB zukäme. Denn mit dem Vergleich bezweckten V und K eine „Abgeltung“ aller Forderungen der K, also auch der hier in Rede stehenden Behandlungs- und Unterbringungskosten. § 423 BGB spricht zwar nur von einem Erlass i.S.d. § 397 BGB, ist auf den Vergleich nach § 779 BGB jedoch entsprechend anwendbar (vgl. Palandt/*Sprau*, § 423 Rn. 4 m.w.N.).

Gesamtwirkung bedeutet, dass durch den zwischen dem Gläubiger und einem Schuldner geschlossenen Erlass bzw. Vergleich, das Gesamtschuldverhältnis insgesamt aufgehoben werden soll. Die Rechtsfolge besteht demnach in der befreienden Wirkung gegenüber allen Schuldnern.

Gesamtwirkung = befreiende Wirkung gegenüber allen Gesamtschuldnern

„[21] Ob ein Vergleich eine Gesamtwirkung haben soll, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Im Zweifel kommt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts einem Vergleich mit einem Gesamtschuldner grundsätzlich keine Gesamtwirkung zu. Eine Gesamtwirkung kann aber angenommen werden, wenn sich aus dem Vergleich ausdrücklich oder den Umständen nach ergibt, dass der Gläubiger den Willen hatte, auch gegenüber dem nicht am Vergleich beteiligten Gesamtschuldner auf weitergehende Ansprüche zu verzichten und ihn deshalb nicht mehr in Anspruch zu nehmen. Eine dahingehende Auslegung hat das Berufungsgericht nur unvollkommen vorgenommen. **Aus dem Umstand, dass nach dem Vergleich die im Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Verkäufer erhobenen Forderungen abgegolten sein sollten, lässt sich nicht entnehmen, dass auch eine etwaige noch bestehende Forderung gegen den Beklagten abgegolten sein sollte.**“

Der Vergleich entfaltet damit keine Gesamtwirkung nach § 423 BGB.

III. Beschränkte Gesamtwirkung gem. § 423 BGB

Denkbar ist jedoch, dass der Vergleich beschränkte Gesamtwirkung entfaltet.

Bei der beschränkten Gesamtwirkung entlässt der Gläubiger einen der Gesamtschuldner vollständig aus der Haftung und verzichtet gegenüber den anderen Schuldnern auf seine Forderung in der Höhe, in der die verbleibenden Schuldner von dem entlassenen Schuldner nach § 426 I BGB Regress hätten nehmen können.

Eine beschränkte Gesamtwirkung hätte für B also jedenfalls einen teilweisen Haftungsausschluss, nämlich im Umfang der potentiell gegen V gerichteten Ausgleichsforderung aus § 426 I BGB zur Folge.

Beschränkte Gesamtwirkung = vollständige Entlassung eines Schuldners + Verzicht im Umfang des § 426 BGB gegenüber anderen Schuldnern

„[23] Dazu, dass die Parteien eine solche beschränkte Gesamtwirkung gewollt haben, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. **Allein der Umstand, dass der Vergleichspartner im Innenverhältnis allein haftet, reicht insoweit nicht aus. Es kommt auf den Willen der Parteien an, ihn auch von dem Risiko zu befreien, dass der Vergleich durch einen Gesamtschuldnerausgleich ganz oder teilweise wertlos wird.** Ohne weitere Anhaltspunkte aus dem Vergleich oder den ihm zugrunde liegenden Verhandlungen kann von einem solchen Willen nicht ausgegangen werden. Denn der Gläubiger hat grundsätzlich ein Interesse daran, sich bei dem anderen Gesamtschuldner schadlos halten zu können.

Vgl. schon BGH, NJW 200, 1942 und OLG Köln, NJW-RR 1992, 1398 zur Annahme einer beschränkten Gesamtwirkung

[24] Im Übrigen kann entgegen der nicht begründeten Auffassung des Berufungsgerichts nach den bisherigen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer im Innenverhältnis allein für die Unterbringungs- und Behandlungskosten haftet. Hat sich der Verkäufer, was er im Prozess geltend gemacht hat, ebenso wie die Klägerin auf das Ankaufsgutachten verlassen, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, dass der Verkäufer für diese Kosten im Verhältnis zum Beklagten allein haftet. (...).“

Demnach liegt auch keine beschränkte Gesamtwirkung nach § 423 BGB vor.

Folglich haftet B aus §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB.

FAZIT:

Die Entscheidung erlaubt, Fragestellungen der Gesamtschuld und der Gesamtwirkung mit Problemen des Kauf- und Werkrechts anzureichern. Das dürfte für die Prüfungsämter interessant sein, weshalb die Entscheidung Examensrelevanz besitzt. Für die Klausurbearbeitung ist die Kenntnis der Anwendungsfälle des § 423 BGB von Bedeutung.

*Speziell für Referendare:***Problem: Präklusion gem. § 767 II ZPO**

BGH, URTEIL VOM 01.12.2011
IX ZR 56/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Gegen die Zwangsvollstreckung als solche oder einzelne Zwangsvollstreckungsmaßnahmen kann sich der Zwangsvollstreckungsschuldner mit zahlreichen Rechtsbehelfen wehren. Der wohl mit Abstand klausurträchtigste Rechtsbehelf ist die Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO. Mit dieser wendet sich der Schuldner gegen die Zwangsvollstreckung aus einem Titel (z.B. einem Urteil), weil er den in dem Titel verbrieften Anspruch in materieller Hinsicht beanstandet. Weil hiermit die Rechtskraft des Titels durchbrochen wird (vgl. §§ 705 S. 2, 322 ZPO), sind dem Vorgehen des Schuldners aber Grenzen gesetzt: Er wird gem. § 767 II ZPO nur mit solchen Einwendungen gehört, die erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in der sie hätten geltend gemacht werden müssen. Hier stellte sich dem Senat die Frage, ob die Präklusionsvorschrift uneingeschränkt auf den Erfüllungseinwand des § 362 BGB Anwendung findet. Daneben wird die Rechtskraftdurchbrechung nach § 826 BGB thematisiert.

§ 767 ZPO: Materielle Einwendung gegen den titulierten Anspruch

SACHVERHALT:

Die Klägerin schuldete dem Beklagten aus einem Vergleich einen Betrag von rund 9.600 €. Im Januar 2009 erhob der Beklagte Zahlungsklage zum Landgericht Berlin. Am 24.03.2009 überwies die Klägerin den geschuldeten Betrag, allerdings unter Nennung eines falschen Gerichtsaktenzeichens. Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 21.04.2009 erschien für Klägerin (die damalige Beklagte) niemand, so dass auf Antrag des Beklagten (dem damaligen Kläger) ein Versäumnisurteil erging. Seit Juli 2010 betreibt der Beklagte die Vollstreckung. Die Klägerin hat Vollstreckungsgegenklage mit dem Antrag erhoben,
die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04.2009 für unzulässig zu erklären und den Beklagten zu verurteilen, die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils an die Klägerin herauszugeben,
hilfsweise den Beklagten zur Unterlassung der Zwangsvollstreckung zu verurteilen.

Hat die Vollstreckungsgegenklage Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: § 767 ZPO

- A. Zulässigkeit
 - I. Statthaftigkeit
 - II. Zuständigkeit
 - III. Rechtsschutzbedürfnis
- B. Begründetheit
 - I. Bestehen der Einwendung
 - II. Keine Präklusion gem. § 767 II ZPO
 - III. Keine Präklusion gem. § 767 III ZPO

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit des Hauptantrages**I. Statthaftigkeit**

Die Klage ist als Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 I ZPO statthaft, da sich die Klägerin (K) gegen die Zwangsvollstreckung aus dem Versäumnisurteil vom 21.04.2009 mit dem materiell-rechtlichen Einwand der Erfüllung gem. § 362 BGB wendet.

Anders als im Erkenntnisverfahren ist es im Zwangsvollstreckungsverfahren angezeigt, in der Zulässigkeit stets die Prüfungspunkte

- Statthaftigkeit,
- Zuständigkeit und
- Rechtsschutzbedürfnis anzusprechen.

II. Zuständigkeit

Zuständig ist gem. §§ 767 I, 802 ZPO ausschließlich und streitwertunabhängig das Prozessgericht des ersten Rechtszuges, hier also das Landgericht Berlin.

III. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, sobald die Zwangsvollstreckung droht. Das Rechtsschutzbedürfnis beginnt damit bereits mit der Ausstellung des vollstreckbaren Urteils und endet mit der Aushändigung des Titels an den Schuldner bzw. mit der Beendigung der Zwangsvollstreckung. Da seit dem 21.04.2009 ein Vollstreckungstitel in Form des Versäumnisurteils existiert und die Zwangsvollstreckung derzeit weder beendet, noch der K der Titel ausgehändigt wurde, besteht das Rechtsschutzbedürfnis.

Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit des Hauptantrages

Die Klage ist begründet, wenn K ein materieller Einwand gegen den im Versäumnisurteil titulierten Anspruch zusteht, der nicht gem. § 767 II ZPO präkludiert ist.

I. Bestehen der Einwendung

K könnte der Einwand der Erfüllung gem. § 362 BGB zustehen. Das setzt voraus, dass sie die geschuldete Leistung am rechten Ort, zur rechten Zeit, in der rechten Art und Weise, vollständig und mangelfrei erbracht hat. K hat am 24.03.2009 den geschuldeten Geldbetrag gezahlt und ihre Verbindlichkeit damit i.S.d. § 362 BGB erfüllt.

II. Keine Präklusion gem. § 767 II ZPO

K dürfte mit ihrer Einwendung nicht gem. § 767 II ZPO präkludiert sein.

1. Anwendbarkeit

Die Präklusionsvorschrift des § 767 II ZPO müsste zunächst anwendbar sein. Entgegen des indifferenten Wortlauts der Vorschrift ist § 767 II ZPO nämlich nicht bei jeder Vollstreckungsgegenklage, sondern nur bei solchen anzuwenden, die sich gegen rechtskräftige Titel richten. Sinn und Zweck des § 767 II ZPO liegen nämlich im Schutz der Rechtskraft des Titels. Gem. § 705 S. 1 ZPO sind Urteile der Rechtskraft fähig. Hierzu zählen auch Versäumnisurteile. Folglich ist § 767 II ZPO vorliegend anwendbar.

Nicht rechtskräftig sind Prozessvergleiche, notarielle Urkunden (§ 797 IV ZPO) und Kostenfestsetzungsbeschlüsse ⇒ § 767 II ZPO kann keine Anwendung finden. Gleiches gilt für die Vollstreckungsgegenklage analog § 767 ZPO.

2. Präklusionszeitpunkt

Als relevante Präklusionszeitpunkte bietet § 767 II ZPO den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung oder den Ablauf der Einspruchsfrist an. Letzterer kann relevant werden, wenn der Titel ein Versäumnisurteil oder ein Vollstreckungsbescheid gem. §§ 699, 700 ZPO ist (vgl. § 796 II ZPO). Da der Beklagte (B) hier gerade aus einem Versäumnisurteil vollstreckt, könnte es mithin auf den Ablauf der Einspruchsfrist als maßgeblichen Präklusionszeitpunkt ankommen.

„[11] Der Zusatz in § 767 Abs. 2, letzter Halbsatz ZPO "und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können" verschärft die Präklusion in den Fällen, in denen ein Versäumnisurteil ergangen ist. Dann sind auch solche Einwendungen von der Vollstreckungsgegenklage ausgeschlossen, deren Gründe zwar nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, aber durch Einspruch noch geltend gemacht werden können. **Hierauf kommt es im Streitfall aber nicht an, weil die Einwendung bereits vor dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung entstanden ist (...).**“

Entscheidend für den Präklusionszeitpunkt ist, ob die Einwendung vor oder nach dem Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist.

§ 767 II HS 2 ZPO wird nur relevant, wenn die Einwendung nach der mündlichen Verhandlung, aber vor Ablauf der Einspruchsfrist entstanden ist.

Demnach kommt es auf den Schluss der letzten mündlichen Verhandlung, also auf den 21.04.2009 an. Der Erfüllungseinwand der K war bereits am (oder jedenfalls kurz nach) dem 24.03.2009 durch die Überweisung entstanden und hätte damit in der mündlichen Verhandlung am 21.04.2009 geltend gemacht werden müssen. Der Einwand ist damit zunächst nach § 767 II ZPO präkludiert.

3. Andere Beurteilung aufgrund der Besonderheiten des Erfüllungseinwandes?

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis ohne weiteres auf die hier vorliegende Konstellation angewendet werden darf. Schließlich ist zu beachten, dass sich der Schuldner mit der Erfüllung im Gegensatz zu anderen Einwendungen dem Begehren des Gläubigers beugt und diesem nachkommt. Insofern unterscheidet sich die Erfüllung nach § 362 BGB jedenfalls hinsichtlich der Intention des Schuldners deutlich von anderen Einwendungen, wie z.B. der Aufrechnung, die den Anspruch des Gläubigers (nachträglich) zerstören will. Insofern könnte in Zweifel gezogen werden, ob der Schuldner in diesen Fällen tatsächlich die Rechtskraft des Urteils angreifen will.

Der Senat sieht dies anders:

„[13] Die Erwägungen des Berufungsgerichts zu den Besonderheiten des Erfüllungseinwands rechtfertigen keine andere Beurteilung. Auch der Einwand der Erfüllung richtet sich gegen die Rechtskraftwirkung eines ergangenen Urteils. **Erfüllt ein Schuldner den mit einer Klage geltend gemachten Anspruch seines Gläubigers vor der letzten mündlichen Verhandlung, ist es ihm in gleicher Weise wie bei anderen rechtsvernichtenden Einwendungen zuzumuten, den Einwand noch im laufenden Verfahren zu erheben und dadurch eine Verurteilung zu verhindern (...).**“

Eine andere Bewertung aufgrund der Besonderheiten des Erfüllungseinwandes ist damit nicht angezeigt. K ist mit ihrem Erfüllungseinwand mithin präkludiert.

Der Hauptantrag hat keinen Erfolg.

So die Ansicht des Berufungsgerichts (KG Berlin)

C. Zulässigkeit des Hilfsantrages

Der Hilfsantrag müsste zulässig sein. Das ist der Fall, da er keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitserfordernis des § 253 II Nr. 2 ZPO darstellt. Demnach sind zwar Anträge unzulässig, die unter eine Bedingung gestellt werden. Das gilt jedoch nicht für innerprozessuale Bedingungen, also solche, deren Eintritt das Gericht durch die Entscheidung über den Hauptantrag selbst herbeiführt. Somit ist der Hilfsantrag zulässig.

Hilfsantrag unter innerprozessualer Bedingung verstößt nicht gegen § 253 II Nr. 2 ZPO

D. Voraussetzungen des § 260 ZPO

Zudem müssten die Voraussetzungen des § 260 ZPO erfüllt sein, da mit Haupt- und Hilfsantrag eine objektive Klagehäufung vorliegt. Da vorliegend Partei-, Verfahrens- und Gerichtsidentität besteht, ist die Antragshäufung statthaft.

E. Begründetheit des Hilfsantrages

Mit dem Hilfsantrag begehrt K, den B zur „Unterlassung der Zwangsvollstreckung“ zu verurteilen. Dieses Begehren kann als Antrag nach § 826 BGB ausgelegt werden. Das setzt voraus, dass in dem Gebrauchmachen eines inhaltlich unrichtigen Titels, ein gegen die guten Sitten verstoßender Rechtsmissbrauch zum Ausdruck kommt:

Antrag ist gerichtet auf "Unterlassung der Zwangsvollstreckung" nach § 826 BGB.

Ebenso sind Anträge auf Herausgabe des Vollstreckungstitels und/oder Schadensersatz denkbar.

„[16] Solche besonderen, zur Unrichtigkeit des Vollstreckungstitels hinzutretenden Umstände liegen hier nicht vor. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Beklagten zu dem Zeitpunkt, als er den Erlass des Versäumnisurteils beantragte, die Zahlung der Klägerin bereits bekannt war. **Er hat deshalb den Titel nicht erschlichen. Zum Versäumnisurteil kam es vielmehr aufgrund der Prozessführung der Klägerin.** Im Hinblick auf deren nachlässiges Vorgehen verletzt die Durchsetzung der titulierten Forderung des Beklagten trotz ihrer bereits erfolgten Erfüllung das Rechtsgefühl nicht in einem solch unerträglichen Maß, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils gerechtfertigt wäre. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob die Klägerin den bereits gezahlten Betrag wegen Zweckverfehlung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen wieder herausverlangen kann.“

Damit bleibt auch der Hilfsantrag ohne Erfolg.

F. Ergebnis

Die Vollstreckungsgegenklage der K hat keinen Erfolg.

FAZIT:

Ein erstaunliches Urteil, das dem Beklagten zugesteht, eine bereits erfüllte Forderung nochmals einzutreiben. Das mag im Hinblick auf den Hauptantrag der K korrekt sein. Im Zusammenhang mit dem Hilfsantrag erkennt der Senat jedoch selbst, dass der K ein Kondiktionsanspruch aus § 812 I 2 Var. 2 (Zweckverfehlungskondiktion) zusteht. Ist es vor diesem Hintergrund interessengerecht, B zunächst die nochmalige Beitreibung der Forderung zu gestatten? K wird dadurch mit dem Insolvenzrisiko des B belegt. Wer als Klausurbearbeiter den Argumentationsaufwand tragen möchte, richtet sich gegen den Senat und lässt den Rechtsbehelf aus § 826 BGB durchgreifen.

*Speziell für Referendare:***Problem: Anscheinsbeweis (Teil 1)**

BGH, URTEIL VOM 29.11.2011
IX ZR 370/10 (BB 2011, 3009)

EINLEITUNG:

Grundlage des Anscheinsbeweises: Typizität eines Geschehensablaufs

Anscheinsbeweis bei Kollision im Straßenverkehr: Palandt/Heinrichs, Vorb v § 249 Rn. 168 ff.

Weitere anerkannte Fallgruppen:

- § 823 BGB bei Verletzung von Verkehrssicherungspflichten
- § 440 II ZPO (Echtheit des Textes)
- § 123 BGB (Kausalität)

Zwei Reaktionsmöglichkeiten gibt es für den Gegner:

1. Bestreiten des Vermutungstatbestandes
2. Erschüttern der Vermutung

Unter dem Anscheinsbeweis (oder prima-facie-Beweis) versteht man eine Beweiserleichterung für den Fall, dass nach der Lebenserfahrung eine bestimmte Tatsache typischerweise mit einer anderen Tatsache verknüpft ist. Denn es erscheint gerechtfertigt, beim Vorliegen bestimmter Tatsachen von einem gewissen Geschehensablauf auszugehen – jedenfalls solange nicht eine nähere Betrachtung des Einzelfalles erfolgt ist. Klausurrelevante Bedeutung dürften (neben der hier vorliegenden Fallgruppe) insbesondere Kollisionen im Straßenverkehr zukommen, bei denen sich der Anscheinsbeweis z.B. auf das Verschulden des Auffahrenden bezieht.

Die Beweiserleichterung wirkt derart, dass der Beweisführer nur die Tatsachen darlegen (und im Bestreitensfall beweisen) muss, die den Vermutungstatbestand ausfüllen, um gleichzeitig schlüssig die Vermutungsfolge darzulegen.

Der Gegner hat zwei Reaktionsmöglichkeiten: Er kann entweder die Voraussetzungen des Vermutungstatbestandes bestreiten – denn hierfür trägt der Beweisführer die volle Beweislast – oder die Vermutung an sich erschüttern. Letzteres gelingt ihm, wenn er im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit eines anderweitigen, untypischen Geschehensverlaufs darlegt. Den Beweis des Gegenteils gem. § 292 ZPO muss der Gegner aber nicht führen, da der Anscheinsbeweis – anders als z.B. die gesetzliche Vermutung nach § 1006 BGB – nicht die Wirkung einer Beweislastumkehr hat. Ist der Beweisgegner erfolgreich nach einer der beiden Reaktionsmöglichkeiten vorgegangen, ist die Beweiserleichterung aufgehoben. Der Beweisführer muss nun den Vollbeweis nach den allgemeinen Regeln erbringen.

Im vorliegenden Urteil beschäftigt sich der Senat mit den Voraussetzungen des Anscheinsbeweises bei der Verwendung einer EC- oder Kreditkarte nebst zugehöriger PIN.

SACHVERHALT:

Die klagende Bank überließ dem Beklagten auf Grundlage eines Vertrages eine Kreditkarte. Dem Vertrag lagen AGB zugrunde, wonach die Bargeldauszahlung mit der Kreditkarte auf einen „Höchstbetrag“ von 1.000 € täglich begrenzt sei (Ziff. 9.1). Für den Fall des Verlustes oder der missbräuchlichen Verfügung war in den AGB eine Höchstbetragshaftung des Karteninhabers von 50 € bis zur Verlustmeldung geregelt (Ziff. 10.1).

Im August 2009 erfolgten unter Verwendung der PIN insgesamt sechs Barabhebungen zu je 500 € bei Geldautomaten unterschiedlicher Kreditinstitute. Die Klägerin versuchte daraufhin, einen Betrag von 3.000 € vom Girokonto des Beklagten einzuziehen, der diesem Vorgang jedoch widersprach. Die Parteien sind sich einig, dass der Beklagte die Abhebungen nicht selbst vorgenommen hat.

Das Berufungsgericht gab der Klage statt. Den Beklagtenvortrag, wonach die Daten seiner Karte ausgespäht und die Abhebungen mittels einer Kartenkopie vorgenommen worden seien, berücksichtigte

es nicht. Dieser Vortrag sei nicht ausreichend unter Beweis gestellt. Schließlich rechtfertigten auch die AGB keinen Haftungsausschluss. Die Höchstbetragshaftung in Ziff. 10.1 beziehe sich nicht auf eine Verschuldenshaftung des Kunden bei Verletzung seiner Sorgfaltspflichten. Die Regelung in Ziff. 9.1 schütze nicht den Kunden vor einer Inanspruchnahme durch den Kartenausgeber. Vielmehr handele es sich bei der Summe um einen garantierten Mindestbetrag, den der Kunde jedenfalls täglich am Geldautomaten erhalten könne.

Wie wird das Revisionsgericht entscheiden?

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS § 280 I BGB

- A. Schuldverhältnis
- B. Pflichtverletzung
- C. Vertreten müssen
- D. Schaden
- E. Haftungsausschluss durch AGB

LÖSUNG:

Der BGH als nach § 133 GVG zuständiges Revisionsgericht wird das angefochtene Urteil gem. § 562 I ZPO aufheben, wenn es die Revision für begründet erachtet. Das ist der Fall, wenn ein Revisionsgrund gem. § 545 I ZPO, also eine Rechtsverletzung vorliegt.

A. Schuldverhältnis

Zwischen der Klägerin (K) und dem Beklagten (B) besteht ein Schuldverhältnis, das durch den Vertragsschluss über die Überlassung der Kreditkarte begründet wurde. Hierbei handelt es sich um eine nach §§ 675, 631 BGB zu behandelnde entgeltliche Geschäftsbesorgung. Eine Rechtsverletzung i.S.d. § 545 I ZPO ist nicht ersichtlich.

Zum Kreditkartenvertrag Pfeiffer, NJW 1997, 1036

B. Schuldhafte Pflichtverletzung

B müsste eine Pflicht dieses Vertrages schuldhaft verletzt haben. In Betracht kommt eine Pflichtverletzung nach § 241 II BGB, wenn B Rechtsgüter und/oder Interessen der K beeinträchtigte. Eine solche Pflichtverletzung könnte sich aus einer schuldhaften Verletzung der Geheimhaltungspflicht hinsichtlich der PIN ergeben. Dann müsste B die PIN pflichtwidrig so aufbewahrt oder notiert haben, dass diese bei einem Kartenverlust für den Entweder ohne weiteres zugänglich ist.

I. Grundsatz: Anscheinsbeweis für pflichtwidrige Verwahrung der PIN durch Karteninhaber

Hierfür könnte der Beweis des ersten Anscheins sprechen: Danach spricht in Fällen, in denen an Geldausgabeautomaten unter Verwendung der zutreffenden Geheimzahl Geld abgehoben wurde, der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass entweder der Karteninhaber die Abhebungen selbst vorgenommen hat oder – was hier allein in Betracht kommt – dass ein Dritter nach der Entwendung der Karte von der Geheimnummer nur wegen ihrer Verwahrung gemeinsam mit der Karte Kenntnis erlangen konnte.

Abhebung unter Verwendung der PIN: Anscheinsbeweis für pflichtwidrige Aufbewahrung der PIN durch Karteninhaber (zuletzt BGH, NJW 2004, 3623)

II. Anwendbarkeit auf die vorliegende Situation

Der o.g. Grundsatz setzt allerdings voraus, dass bei der missbräuchlichen Abhebung die Originalkarte eingesetzt worden ist:

„[16] (...) Denn die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins verlangen einen typischen Geschehensablauf, d.h. es muss ein Sachverhalt feststehen, der nach der allgemeinen Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder auf einen bestimmten Ablauf als maßgeblich für den Eintritt eines bestimmten Erfolges hinweist. **Bei Abhebung an Geldautomaten mithilfe einer Kartendoublette fehlt die vom Berufungsgericht in Anspruch genommene Typizität, da für diesen Missbrauch der Karte bedeutungslos ist, ob die - nicht eingesetzte - Originalkarte und die PIN gemeinsam aufbewahrt worden sind.**“

Aber: VS ist Einsatz der Originalkarte (BGH, NJW 2004, 3623), da anderenfalls Typizität des Geschehensablaufs fehlt.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht festgestellt, ob die Originalkarte oder ob eine bzw. mehrere Kartenkopien eingesetzt worden sind. Der entsprechende Vortrag des B ist unberücksichtigt geblieben, da es sich nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht um einen ausreichenden Beweisantrag handelte. Mit dieser Begründung darf das Berufungsgericht den Vortrag aber nur übergehen, wenn B tatsächlich für seinen Vortrag beweiselastet war:

„[18] Jedoch trifft den Karteninhaber insoweit nicht die Beweislast für die Verwendung einer Kartendoublette; **vielmehr hat die sich auf einen Schadensersatzanspruch berufende Bank als Voraussetzung der von ihr in Anspruch genommenen Beweiserleichterung darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, dass die Originalkarte bei der missbräuchlichen Abhebung zum Einsatz kam.** Dies könnte etwa durch Vorlage des Journalstreifens oder einer sonstigen Dokumentation der Kartenabhebung erfolgen, die eine den Einsatz einer Kartenkopie ausschließende Echtheitsprüfung der Karte belegen.“

Zur Beweislast: Lochter/Schindler, MMR 2006, 292

Mithin kann kein Sachverhalt festgestellt werden, der die hinreichende Typizität für den Schluss auf eine schuldhafte Pflichtverletzung des B bietet.

Eine Rechtsverletzung i.S.d. § 545 I ZPO liegt vor.

C. Schaden

Das Vorliegen eines Schadens der K nach §§ 249 ff. BGB dürfte das Berufungsgericht indes rechtsfehlerfrei festgestellt haben.

D. Haftungsausschluss durch AGB

Fraglich ist allerdings, ob die AGB entgegen der Ausführungen des Berufungsgerichts einen Haftungsausschluss zugunsten des B rechtfertigen.

I. Teilweiser Haftungsausschluss durch die Höchstbetragshaftung von 50 € (Ziff. 10.1. der AGB)

„[22] Die Klausel begrenzt (...) im Falle eines Verlustes oder Missbrauchs der Karte die Haftung des Karteninhabers wegen schuldhafter Pflichtverletzung auf einen Betrag von 50 €.

[23] Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Haftungsbeschränkung beziehe sich nicht auf eine Verschuldenshaftung des Kunden bei Verletzung seiner Sorgfaltspflichten, findet im Wortlaut der Klausel keine Stütze. Dieser nennt keine Einschränkungen für das ange-

ordnete Haftungslimit. Von einer Geltung der Klausel ausschließlich für nicht verschuldensabhängige Einstandspflichten ist nicht die Rede. Die von der Klägerin verwendete Klausel ordnet damit abweichend von damaligen Bedingungen anderer Kreditinstitute, die bei der Haftung für Missbrauch von Zahlungskarten an Geldautomaten zwischen Verschuldens- und Einstandshaftung sowie nach dem Grad des Verschuldens unterschieden haben (vgl. die Beispiele bei Taupitz, Zivilrechtliche Haftung bei Kreditkartenmissbrauch, 1995, S. 127 f., 245 ff.), eine allgemeine Haftungsbeschränkung auf 50 € an. Sollten sich dadurch - wie die Revisionserwiderung meint - im Einzelfall Kunden ermuntert fühlen, mit den ihnen überlassenen Kreditkarten unsorgfältig umzugehen, kann dem nicht durch eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung der Klausel begegnet werden; vielmehr liegt es an dem Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, diesen Bedenken durch eine differenzierende Regelung Rechnung zu tragen.“

Die Klausel entfaltet demnach haftungsbegrenzende Wirkung zugunsten des B gehabt. Indem das Berufungsgericht eine anderweitige Auslegung vorgenommen hat, ist diesem ein Rechtsfehler unterlaufen (§ 545 I ZPO).

II. Teilweiser Haftungsausschluss durch die Barabhebungsgrenze von 1.000 € täglich (Ziff. 9.1. der AGB)

Fraglich ist, ob die Einschätzung des Berufungsgerichts, es handele sich bei der Regelung um einen garantierten Mindestbetrag, nicht aber um einen Höchstbetrag, zutrifft.

“[27] Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schützt im Falle eines Kartenmissbrauchs zudem der in Ziffer 9.1 AGB vereinbarte Höchstbetrag für Bargeldauszahlungen je Tag auch den Karteninhaber, sodass dessen Haftung im Falle eines Kartenmissbrauchs auf diesen Betrag begrenzt sein kann, sofern das emittierende Institut seiner Pflicht, die Einhaltung des Höchstbetrags zu sichern, nicht genügt hat.

[28] Dies folgt aus dem Wortlaut der Klausel, die den Begriff "Höchstbetrag" verwendet und nicht von einem "garantierten Mindestbetrag" spricht. **Damit begrenzt die Klausel bei verständiger Betrachtung durch Limitierung der Einsatzmöglichkeiten der Karte allgemein das Missbrauchrisiko. Das dient, anders als ein vom Karteninhaber einzuhaltender kontobezogener Verfügungsrahmen, den Interessen beider Vertragsparteien**, da ihnen bei Vereinbarung einer solchen transaktionsbezogenen Einsatzgrenze unbekannt ist, bei wem sich das Risiko eines möglichen künftigen Kartenmissbrauchs realisiert. Die Ansicht des Berufungsgerichts, ein kartenbezogenes Auszahlungslimit solle ausschließlich das Risiko der die Karte emittierenden Bank begrenzen, findet damit weder im Wortlaut noch im Regelungszweck der Klausel eine Stütze. Dass ein Karteninhaber, der einen geringen Verfügungsrahmen akzeptiert, sich dadurch besser steht als der Inhaber einer zu höheren Verfügungen berechtigenden Karte, ist Folge der jeweils gewünschten finanziellen Flexibilität und belegt nicht, dass die Klausel ausschließlich die Bank schützen soll.“

Damit wirkt sich auch Ziff. 9.1. der AGB haftungsbegrenzend aus. Auch dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verkannt.

E. Ergebnis

Das angefochtene Urteil ist gem. § 562 I ZPO aufzuheben. Das weitere Vorgehen des Revisionsgerichts richtet sich im wesentlichen danach, ob eine eigene Sachentscheidung möglich ist (vgl. § 563 I und III ZPO). Das ist hier zu verneinen, da z.B. die Frage nach der schuldhaften Pflichtverletzung von der Feststellung des Einsatzes der Originalkarte bzw. einer Kartenkopie abhängt (s.o.). Tatsächliche Feststellungen hat jedoch das Berufungsgericht selbst zu treffen. Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist sie zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 I 1 ZPO).

FAZIT:

Die Entscheidung ist keine Kehrtwende, aber eine Bestätigung der neueren BGH-Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis im Bereich der Kredit- oder EC-Kartenverwendung (vgl. BGH, NJW 2005, 3623). Im Hinblick auf eine Klausurbearbeitung ist dem Senat uneingeschränkt zu folgen: Der Anscheinsbeweis sollte – sofern irgendwie veranlasst – thematisiert, aber vorsichtig behandelt werden. Die Entscheidung zeigt, dass ein besonderes Augenmerk darauf gelegt werden sollte, ob der für den Anscheinsbeweis erforderliche, typische Geschehensablauf tatsächlich vorliegt. In dieselbe Richtung zeigt im Übrigen auch die zweite BGH-Entscheidung zum Anscheinsbeweis in diesem Heft. Als Klausurvorlage bietet sich die Entscheidung auch wegen der Verknüpfung mit den AGB an. Auch hierbei kann nur zu einer einzelfallbezogene Klauselauslegung geraten werden.

Siehe auch unten: Anscheinsbeweis (Teil 2)

*Speziell für Referendare:***Problem: Anscheinsbeweis (Teil 2)**

BGH, URTEIL VOM 13.12.2011
VI ZR 177/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Auch das vorliegende Urteil widmet sich dem Anscheinsbeweis, dessen Voraussetzungen und Funktionen bereits oben (Teil 1) beschrieben wurden. Der für den Anscheinsbeweis typische Geschehensablauf lässt bei Verkehrsunfällen regelmäßig die Beweiserleichterung im Hinblick auf das Verschulden des auffahrenden Verkehrsteilnehmers zu.

Problematisch ist die Situation, in der zwar ein Auffahrunfall feststeht, weitere Umstände des Unfallereignisses aber ungeklärt geblieben sind. Denn es muss das gesamte feststehende Unfallgeschehen typisch dafür sein, dass der Auffahrende schuldhaft gehandelt hat. Dabei war bislang umstritten, ob Verkehrsunfälle wie der vorliegende (Auffahren auf der linken Spur einer Autobahn in zeitlichem Zusammenhang mit einem Fahrspurwechsel des Vorausfahrenden) eine ausreichende Typizität für die Annahme eines Anscheinsbeweises zulasten des Auffahrenden bieten. Der Senat nimmt sich vorliegend dieser Frage an.

Zum Anscheinsbeweis: siehe oben (Teil 1)

Bezugspunkt des Anscheinsbeweises bei Verkehrsunfällen = Verschulden

Problem: Hinreichende Typizität?

SACHVERHALT:

Der Kläger war mit seinem Pkw (einem Daimler-Benz) auf der Autobahn unterwegs und wollte einen Lkw überholen. Dazu wechselte er von der rechten, auf die linke Fahrseite. Nachdem der Spurwechsel abgeschlossen war, fuhr der Beklagte mit seinem Pkw (einem Porsche 911) auf den Pkw des Klägers auf. Der weitere Unfallhergang konnte nicht aufgeklärt werden: Der Kläger behauptet, dass die Kollision erfolgte, als der klägerische Pkw sich auf Höhe des zu überholenden Lkw befand. Dagegen behauptet der Beklagte, dass der Unfall sich ca. 500 Meter vor dem Lkw ereignete, weil der Kläger völlig unerwartet und ohne Betätigung des Richtungsanzeigers auf die linke Spur gezogen sei.

Haftet der Beklagte, der Halter des Pkw Porsche 911 ist, nach § 7 I StVG und/oder § 18 I StVG?

PRÜFUNGSSCHEMA: § 7 I BZW. § 18 I StVG

- F. Rechtsgutverletzung i.S.d. § 7 I StVG
- G. Halter eines KfZ
- H. Zurechnung
- I. Verschulden (nur bei § 18 I StVG!)
- J. Schaden gem. §§ 10 – 13 StVG, §§ 249 ff. BGB
- K. Einwendungen des Halters: Ausschluss oder Mitverursachung gem. § 17 II, III StVG bzw. § 18 III, 17 II, III StVG

LÖSUNG:**A. § 7 I StVG**

Der Beklagte (B) könnte dem Kläger (K) aus § 7 I StVG haften.

I. Haftungsbegründender Tatbestand

K hat eine Sachbeschädigung, mithin eine Rechtsgutverletzung i.S.d. § 7 I StVG durch den Halter eines Kraftfahrzeugs bei Betrieb desselben erlitten. Die Haftung ist nicht gem. § 7 II StVG oder § 8 StVG ausgeschlossen. § 7 I StVG verlangt als Gefährdungshaftung kein Verschulden. Dem K ist außerdem ein – hier nicht bezifferter - Schaden durch den Auffahrunfall entstanden, der gem. § 249 II 1 BGB unter Berücksichtigung der §§ 10 – 13 StVG ersatzfähig ist.

II. Abwägung der Mitverursachungsbeiträge gem. § 17 StVG

1. Unabwendbarkeitsnachweis gem. § 17 III StVG

Obwohl § 7 I StVG verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, verlangt § 17 II, I StVG die Ermittlung und Abwägung der jeweiligen Verursachungsbeiträge in Form einer Quote. Dies erübrigt sich gem. § 17 III StVG jedoch, wenn die Haftung des Beklagten ohnehin aufgrund der Unabwendbarkeit des Ereignisses ausgeschlossen ist. Unabwendbar ist ein Ereignis, das auch durch Anwendung der äußerst möglichen Sorgfalt nicht abgewendet werden kann (sog. Idealfahrer). Die Beachtung der äußerst möglichen Sorgfalt kann jedenfalls derjenige Fahrer nicht für sich in Anspruch nehmen, zu dessen Lasten der Anscheinsbeweis greift. Denn mit dem (nicht erschütterten) Anscheinsbeweis steht gleichzeitig das schuldhafte Handeln des Anspruchsgegners und Beklagten fest.

Fraglich ist demnach, ob zulasten des B der Anscheinsbeweis für Auffahrunfälle im Straßenverkehr eingreift. Problematisch ist, dass hier nur das Kerngeschehen des Auffahrens festgestellt ist, die weiteren Umstände im Zusammenhang mit dem Spurwechsel des Vorfahrenden jedoch ungeklärt sind. Insofern ist umstritten, ob dieses Geschehen eine hinreichende Typizität zur Annahme des Anscheinsbeweises bietet.

a) 1. Ansicht: Typizität ausreichend, aber erhöhte Anforderungen an die Erschütterung des Anscheinsbeweises

„[9] Das Berufungsgericht und ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung vertreten die Auffassung, dass nur die seitens des Auffahrenden bewiesene ernsthafte Möglichkeit, **dass das vorausfahrende Fahrzeug in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Auffahrunfall in die Fahrbahn des Auffahrenden gewechselt sei, den grundsätzlich gegebenen Anscheinsbeweis erschüttern könne**. Zeige das Unfallgeschehen das typische Gepräge eines Auffahrunfalls, so könne sich der Unfallgegner nicht mit der bloßen Behauptung der lediglich theoretischen Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs entlasten mit der Folge, dass es Sache des Vorfahrenden sei, den theoretisch in Betracht kommenden Unfallverlauf im Sinne einer beweisrechtlichen "Vorleistung" auszuschließen. Vielmehr müssten sich aus den unstrittigen oder bewiesenen Umständen zumindest konkrete Anhaltspunkte und Indizien für den unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem behaupteten Fahrspurwechsel und dem Auffahrunfall ergeben, um den gegen den Auffahrenden sprechenden Anscheinsbeweis zu erschüttern (...).“

§ 17 III StVG – Unabwendbarkeitsnachweis = Ansatzpunkt für Anscheinsbeweis

so OLG Köln, r+s 2005, 127; OLG Saarbrücken, OLGR Saarbrücken 2005, 813 und 2009, 636; OLG Zweibrücken, SP 2009, 175; KG, NJW-RR 2011, 28

b) 2. Ansicht: Keine ausreichende Typizität

„[10] Ein anderer Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung verneint bei Auffahrunfällen auf der Autobahn bereits einen Anscheinsbeweis für das Verschulden des Auffahrenden und nimmt - in der Regel - eine hälftige Schadensteilung an, wenn vor dem Auffahren ein Fahrspurwechsel stattgefunden hat, aber streitig und nicht aufklärbar ist, ob die Fahrspur unmittelbar vor dem Anstoß gewechselt worden ist und sich dies unfallursächlich ausgewirkt hat. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass der Zusammenstoß mit einem vorausfahrenden Fahrzeug nur dann das typische Gepräge eines Auffahrunfalls trage, der nach der Lebenserfahrung den Schluss auf zu schnelles Fahren, mangelnde Aufmerksamkeit und/oder einen unzureichenden Sicherheitsabstand des Hintermannes zulasse, wenn feststehe, dass beide Fahrzeuge so lange in einer Spur hintereinander hergefahren sind, dass sich beide Fahrzeugführer auf die vorangegangenen Fahrbewegungen hätten einstellen können und es dem Auffahrenden möglich gewesen sei, einen ausreichenden Sicherheitsabstand aufzubauen bzw. einzuhalten.“

Vgl. etwa OLG Schleswig, NZV 1993, 152; OLG Naumburg, NJW-RR 2003, 809; OLG Hamm, OLGR Hamm 2004, 82; KG, DAR 2005, 157; KG, NZV 2006, 374; KG, NZV 2008, 198; OLG Düsseldorf, VersR 2010, 1236, 1237

c) Entscheidung des Senats

„[11] **Eine solche Typizität liegt bei dem hier zu beurteilenden Geschehensablauf regelmäßig nicht vor, wenn zwar feststeht, dass vor dem Auffahrunfall ein Spurwechsel des vorausfahrenden Fahrzeugs stattgefunden hat, der Sachverhalt aber im Übrigen nicht aufklärbar ist und - wie hier - nach den Feststellungen des Sachverständigen sowohl die Möglichkeit besteht, dass der Führer des vorausfahrenden Fahrzeugs unter Verstoß gegen § 7 Abs. 5 StVO den Fahrstreifenwechsel durchgeführt hat, als auch die Möglichkeit, dass der Auffahrunfall auf eine verspätete Reaktion des auffahrenden Fahrers zurückzuführen ist.** Beide Varianten kommen wegen der bekannten Fahrweise auf den Autobahnen als mögliche Geschehensabläufe in Betracht, zumal es nach der Lebenserfahrung nicht fernliegend ist, dass es auf Autobahnen zu gefährlichen Spurwechseln kommt, bei denen die Geschwindigkeit des folgenden Fahrzeugs unterschätzt wird. **Infolgedessen kann regelmäßig keine der beiden Varianten alleine als der typische Geschehensablauf angesehen werden, der zur Anwendung des Anscheinsbeweises zu Lasten eines der Beteiligten führt.**“

Demnach greift der Anscheinsbeweis vorliegend nicht zulasten des B ein. Folglich ist es ihm auch grundsätzlich nicht verwehrt, sich i.R.d. § 17 III StVG als Idealfahrer zu gerieren. Da er indes keine Anhaltspunkt vorgetragen hat, die die Anwendung der im Einzelfall äußerst möglichen Sorgfalt belegen, ist seine Haftung nicht durch § 17 III StVG ausgeschlossen. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Unfall durch Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vermeidbar war.

2. Abwägung

Somit sind die abstrakten (Größe, Höhe und Gewicht der Kfz) und die konkreten Verursachungsbeiträge (konkrete Beeinflussung der Betriebsgefahr durch Alkoholisierung, Verkehrsunsicherheit etc.) gegeneinander abzuwägen und in einer Quote festzuhalten.

K und B sind Halter „normaler“ Kraftfahrzeuge. Diese unterscheiden sich zwar in Größe, Höhe und Gewicht; dies dürfte jedoch keine unterschiedliche Bewertung der Betriebsgefahr begründen. Eine unterschiedliche Bewertung ergibt sich erst bei entscheidenden Abweichungen (etwa bei der Kollision eines Pkw mit einem Motorrad oder eines Pkw mit einem Lkw). Auch sind keine konkreten, die Betriebsgefahr beeinflussende Faktoren feststellbar. Mithin haften K und B zu gleichen Teilen.

B. Haftung aus § 18 I StVG

Auch nach § 18 I StVG haften K und B zu gleichen Teilen.

Anders als § 7 I StVG ist § 18 I StVG verschuldensabhängig ausgestaltet, wobei das Verschulden nach § 18 I 2 StVG jedoch vermutet wird. Da B vorliegend Umstände zu seiner Exkulpation vorgetragen hat, muss das Verschulden indes näher untersucht werden. Dabei greifen – wie gezeigt – die Grundsätze des Anscheinsbeweises nicht. B kann jedoch aufgrund der Nichtaufklärbarkeit des Unfallhergangs auch nicht mit Erfolg behaupten, schuldlos gehandelt zu haben.

Hinsichtlich der Berücksichtigung der Verursachungsbeiträge gem. § 18 III, 17 II, III StVG gilt das oben unter A. gesagte entsprechend.

FAZIT:

Die Entscheidung ist „wie gemacht“ für eine Verkehrsunfallklausur des zweiten Staatsexamens. Die Strukturen des Anscheinsbeweises müssen Examenskandidaten beherrschen. Der Senat betont mit dem vorliegenden Urteil aber, dass mit der Figur des Anscheinsbeweises restriktiv umzugehen ist. Darin ist ihm zuzustimmen. Immerhin erlaubt der Anscheinsbeweis, von den hergebrachten Beweisgrundsätzen abzuweichen. Das erscheint nur sachgerecht, wenn kein Zweifel an der Typizität des Geschehensablaufs besteht. Aus einer – wie hier – einigermaßen ungewissen Situation mit hinreichender Sicherheit auf eine bestimmte Folge (das Verschulden des Auffahrenden) zu schließen, verbietet sich.

Öffentliches Recht

Problem: Pressefreiheit contra allg. Persönlichkeitsrecht

BVERFG, BESCHLUSS VOM 08.12.2011
1 BVR 927/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der vorliegende Fall beschäftigt sich mit der Grundrechtsgeltung unter Privaten, konkret mit dem Ausgleich zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht von Prominenten (im Fall: Caroline von Hannover) einerseits und der freien Berichterstattung in der Presse andererseits. Die Besonderheit dieses Falles lag darin, dass es einmal nicht - wie in den früheren "Caroline"-Fällen - um Bild-, sondern um Wortberichterstattung ging. Daher greifen nicht die für Bilder geltenden §§ 22, 23 KUG als Schranken des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein, sondern die allgemeinen Regeln des BGB (§§ 823 I, 1004 BGB). Auch hatte hier - anders als in früheren Fällen - Caroline von Hannover vor den Fachgerichten obsiegt, sodass nicht sie, gestützt auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht, sondern der Presseverlag, gestützt auf seine Meinungs- und Pressefreiheit die Verfassungsbeschwerde erhob.

Im Ergebnis gab das BVerfG dem Verlag Recht, weil die Fachgerichte nicht im Wege "praktischer Konkordanz" zwischen den widerstreitenden Grundrechten abgewogen, sondern einseitig dem Persönlichkeitsschutz Vorrang eingeräumt hatten.

SACHVERHALT:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) verlegt die Zeitschrift „Bunte“. In deren Ausgabe Nr. 7/2007 veröffentlichte sie einen Bericht über die Skiregion Arlberg und die große Zahl prominenter Personen, die dort ihren Urlaub verbringt, darunter auch Prinzessin Caroline von Hannover, die Klägerin des Ausgangsverfahrens (Kl.). Unter einer Abbildung der Kl. mit Skiern über den Schultern hieß es:

"DAUERGAST Caroline von Monaco fährt jedes Jahr in Zürs Ski – meist mit Familie. Sie gibt sich unauffällig und trägt deshalb ihre Skier selbst."

Im Text des folgenden Artikels heißt es weiter:

"Ein paar Kilometer weiter: das sportlich-elegante Zürs. Die vertraute Terrasse des „Lorünser“. Dort gibt es wie eh und je Mittagsbüfett mit köstlichen Salaten. Das gehört dazu wie jedes Jahr die hier ganz unauffällig auftretende Caroline im Skianzug."

Auf Betreiben der Kl. wurde die Bf. letztinstanzlich dazu verurteilt, die Verbreitung der beiden Äußerungen zu unterlassen, weil diese das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. verletzen sollen. Die Wortberichterstattung darüber, wo die Klägerin ihren Skiurlaub verbringe, ob sie ihre Skier selber trage und ihre Motivation dazu, sowie, wo sie regelmäßig zum Mittagessen einkehre, betreffe selbst bei Anlegung eines großzügigen Maßstabs weder einen Vorgang von allgemeinem Interesse noch ein zeitgeschichtliches Ereignis. Die Nennung von

Hotelnamen und bestimmten Lokalitäten könne im Übrigen dazu beitragen, interessiertes Publikum erst an den Ort zu lotsen, an dem die Klägerin - schon nach dem Inhalt der streitgegenständlichen Bericht-erstattung - von öffentlicher Aufmerksamkeit gerade unbehelligt bleiben möchte.

Die Bf. meint hingegen, diese harmlosen Äußerungen überschritten schon nicht die Schwelle zur Persönlichkeitsrelevanz, zumal die Kl. nur als eine von vielen Personen in dem Bericht genannt werde. Jedenfalls könne die Bf. sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auf die Meinungs- und Pressefreiheit berufen. Die Gerichte hätten es unterlassen, diese mit dem Persönlichkeitsrecht der Kl. abzuwägen und diesem einseitig den Vorrang eingeräumt.

Hat die Verfassungsbeschwerde (Vb.) gegen die letztinstanzliche Verurteilung Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: VERFASSUNGSBESCHWERDE

A. Zulässigkeit

- I. Zuständigkeit
- II. Antragsberechtigung
- III. Beschwerdegegenstand
- IV. Beschwerdebefugnis
- V. Rechtswegerschöpfung
- VI. Form
- VII. Frist

B. Begründetheit

- I. Schutzbereich betroffen
- II. Eingriff
- III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerfGG.

II. Antragsberechtigung, § 90 I BVerfGG

Antragsberechtigt ist jedermann, der Träger der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte sein kann. Für die Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG ist allgemein anerkannt, dass diese auch dem Wesen nach auf inländische juristische Personen wie die Bf. als Verlagshaus "dem Wesen nach" anwendbar sind, weil eine Betroffenheit der juristischen Person de facto auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen im Wege eines "personalen Substrats" durchschlagen würde.

III. Beschwerdegegenstand, § 90 I BVerfGG

Gem. § 90 I BVerfGG müsste Beschwerdegegenstand ein Akt der öffentlichen Gewalt sein. Also solche kommen Akte der Exekutive, der Legislative und der Judikative in Betracht. Vorliegend wendet sich die Bf. gegen zivilgerichtliche Urteile und damit gegen Akte der Judikative.

IV. Beschwerdebefugnis, § 90 I BVerfGG

Die Bf. müsste gem. Art. 93 I Nr. 4 a BVerfGG behaupten können, in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein. Hierzu muss zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen.

1. Art. 5 I 1, 2 GG

Als verletzte Grundrechte kommen ihre Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG in Betracht. Allerdings könnte das letztinstanzliche Urteil diese nur verletzen, wenn sie im Verhältnis der Parteien überhaupt Anwendung finden.

Zunächst ist dies nicht der Fall. **Art. 1 III GG bindet die staatliche Gewalt, nicht aber Privatpersonen untereinander, an die Grundrechte.** Könnte sich die Bf. gegenüber der Kl. danach nicht auf Art. 5 I 1, 2 GG berufen, wäre dieses Grundrecht von den Gerichten auch nicht zu prüfen gewesen.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Grundrechte zugleich Elemente objektiver Ordnung sind, die für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht zumindest mittelbar beeinflussen, indem sie bei der Auslegung von Generalklauseln wertend zu berücksichtigen sind. Die Generalklauseln des Zivilrechts bilden also "Einbruchstellen" für die Grundrechte.

Hier erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Fachgerichte die Ausstrahlungswirkung des Art. 5 I 1, 2 GG auf die Normen des BGB verkannt haben. Somit ist eine Grundrechtsverletzung der Bf. zumindest möglich.

2. Selbst, gegenwärtig, unmittelbar

Ferner fordert § 90 I BVerfGG, dass die Bf. durch die angegriffene Maßnahme selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Die Bf. war selbst Partei des Rechtsstreits, in dem sie verurteilt worden ist. Diese Verurteilung versagt ihr gegenwärtig und unmittelbar die weitere Verbreitung ihrer Behauptungen.

Somit ist sie insgesamt beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung, § 90 II 1 BVerfGG

Gem. § 90 II 1 BVerfGG kann die Vb. erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden. Vorliegend ist dies geschehen.

VI. Form, 23 I BVerfGG

Eine Einhaltung der Formvorschrift ist zu unterstellen.

VII. Frist, § 93 I BVerfGG

Es ist ferner davon auszugehen, dass die Bf. die Monatsfrist gem. § 93 I BVerfGG eingehalten hat.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit zulässig.

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

I. Pressefreiheit

Hier kommt zunächst eine Verletzung der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 1. Fall GG in Betracht. Die streitgegenständlichen Wortbeiträge fan-

Merke:

Bei Vb. gegen zivilgerichtliche Urteile ist schon in der Beschwerdebefugnis die Grundrechtsgeltung unter Privaten zu prüfen!

St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 206

Vgl. nur BVerfGE 45, 204, 216

BVerfGE 85, 1, 12; 86, 122, 128; 120, 180, 205

Beispiele für Art. 5 I 2 GG: Filmvorführungsverbot am Sonntag; Verbot des Verkaufs von Zeitungen in der Fußgängerzone; Einführung einer allgemeinen Vorzensur.

den sich in einer Zeitschrift und damit einem Presseerzeugnis im Sinne dieser Vorschrift.

Jedoch schützt die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG auch die Meinungsäußerung in "Schrift". Diese Regelung wäre gegenstandslos, wollte man jede Äußerung in gedruckter Form an der Pressefreiheit messen. In Abgrenzung von Art. 5 I 1 GG und Art. 5 I 2 GG ist daher allein Art. 5 I 1 GG heranzuziehen, soweit es - wie hier - ausschließlich um den Inhalt einer Äußerung geht.

"Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist dagegen [nur] berührt, wenn es um die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion, um ein Presseerzeugnis selbst, um seine institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen sowie um die Institution einer freien Presse überhaupt geht. Auch die Bildberichterstattung wird an der Pressefreiheit gemessen. Handelt es sich dagegen um die Frage, ob eine bestimmte Äußerung erlaubt war oder nicht, ist ungeachtet des Verbreitungsmediums Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG einschlägig."

II. Meinungsfreiheit

Die Bf. könnte aber in ihrer Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Hs GG verletzt sein. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen

a. Sachlich

Unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG zunächst alle Werturteile, also Äußerungen, die durch subjektive Elemente des geprägt sind.

Tatsachenbehauptungen, also objektive, dem Beweis zugängliche Äußerungen, sind hingegen keine "Meinungen". Sie nehmen für sich genommen daher nicht am Schutz des Art. 5 I 1 GG teil.

Anders liegt es jedoch, wenn die Tatsachenbehauptung selbst zur Bildung von Meinungen beiträgt, also mit einer solchen in untrennbarem Zusammenhang steht und/oder für deren Verständnis unerlässlich ist. Fraglich ist, wie es hier liegt. Dazu das BVerfG:

"[16] Die Streitgegenständlichen Äußerungen fallen auch in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit. Zum einen enthalten sie Werturteile („gibt sich unauffällig“). Aber auch die Tatsachenbehauptungen zum anderen („fährt jedes Jahr in Zürs Ski“) fallen in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG, weil sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen sind. So kann es zur Meinungsbildung des Lesers beitragen zu wissen, ob und welche Prominente ein Urlaubsgebiet besuchen, um dann für sich zu entscheiden, ob dieses Urlaubsgebiet für ihn interessant sein könnte."

b. Personal

Dass die Bf. sich als Verlagshaus in personaler Hinsicht über Art. 19 III GG auf die Meinungsfreiheit berufen kann, wurde bereits oben dargelegt. Somit ist der Schutzbereich insgesamt betroffen.

2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen, mithin keine Bagatellen. Dies ist hier unproblematisch:

Problem: Tatsachenbehauptungen im Schutzbereich?

BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählung)

Vgl. BVerfGE 85, 1, 15 ff. Zu ergänzen ist, dass die Tatsachen in jedem Fall subjektiv wahr sein müssen. Art. 5 I 1 GG gibt also wohl ein "Recht auf Irrtum", aber kein "Recht zur Lüge", vgl. BVerfGE 90, 241 (Auschwitzlüge).

"[17] Durch die angegriffenen Entscheidungen wird die Meinungsfreiheit eingeschränkt, indem die streitgegenständlichen Äußerungen gerichtlich untersagt werden."

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken gedeckt ist.

a. Schranken

"[18] Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist allerdings nicht vorbehaltlos gewährt. Es findet seine Schranke in den allgemeinen Gesetzen, zu denen die hier von den Gerichten angewandten Vorschriften der § 823 Abs.1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG gehören."

b. Schranken-Schranken

Die Schranken selbst und ihre Anwendung auf den konkreten Fall müssten aber ebenfalls verfassungsgemäß gewesen sein. Dass die o.g. Vorschriften des BGB selbst verfassungsgemäß sind, unterliegt keinem Zweifel. Fraglich ist jedoch, ob sie von den Fachgerichten auch verfassungskonform angewendet worden sind.

aa. Prüfungsmaßstab des BVerfG

Die Schrankenapplication prüft das BVerfG nicht im Sinne einer "Superrevisionsinstanz" mit Tatbestand und Rechtsfolge durch; vielmehr ist es auf die Prüfung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt. Hier kommt eine Verletzung der oben beschriebenen Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit auf die Auslegung der §§ 823 I, 1004 BGB in Betracht:

"[19] Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften sind Sache der Fachgerichte, die hierbei jedoch das eingeschränkte Grundrecht interpretationsleitend berücksichtigen müssen, damit dessen wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt. **Dies verlangt in der Regel eine Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch ihr Verbot andererseits.** Das Ergebnis der Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Das Bundesverfassungsgericht ist auf eine Nachprüfung begrenzt, ob die Zivilgerichte den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben."

bb. Subsumtion

Eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Kl. einerseits und der Meinungsfreiheit der Bf. andererseits setzt zunächst voraus, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. durch die angegriffenen Wortbeiträge überhaupt betroffen war, und sofern dies der Fall war, dass ein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen gefunden wurde

(1). Allg. Persönlichkeitsrecht betroffen

Das BVerfG unterscheidet hinsichtlich des Persönlichkeitsschutzes zunächst grundlegend zwischen Bild- und Wortberichten. Dabei sollen erstere stets, letztere nur unter bestimmten Voraussetzungen persönlichkeitsrelevant sein:

Siehe Art. 5 II GG. In einer Prüfungsklausur wäre hier kurz zu definieren gewesen, was unter einem "allgemeinen" Gesetz zu verstehen ist, nämlich ein solches, das für sich genommen meinungsneutral ist und einem anderen, der Meinungsfreiheit gegenüber vorrangigen Schutzgut dient. Sodann wäre dieses Erfordernis für §§ 823 I, 1004 BGB unproblematisch zu bejahen gewesen, über die u.a. das allgemeine Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" i.S.d. § 823 I BGB geschützt ist.

BVerfGE 7, 198, 205 ff.; 91, 125, 136; 99, 185, 196; 120, 180, 199 f.; st.Rspr.

Zur sog. "praktischen Konkordanz" zwischen Meinungsfreiheit und allg. Persönlichkeitsrecht BVerfGE 99, 185, 196; 114, 339, 348

Wortberichte greifen in das allg. Persönlichkeitsrecht ein, wenn

- Intimsphäre oder Privatsphäre betroffen sind,
- sie herabsetzend oder ehrverletzend sind oder
- dem Betroffenen Unwahrheiten "in den Mund gelegt" werden.

Bildberichte betreffen hingegen immer das allg. Persönlichkeitsrecht in Gestalt des "Rechts am eigenen Bild" (vgl. BVerfGE 97, 228, 268; 101, 361, 381; 120, 180, 198).

"[19] Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 I i.V.m. 1 I GG reicht hinsichtlich der Veröffentlichung von Bildern einerseits und der Berichterstattung durch Wortbeiträge andererseits verschieden weit. Während die Veröffentlichung eines Bildes von einer Person grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet, die unabhängig davon ist, ob die Person in privaten oder öffentlichen Zusammenhängen und in vorteilhafter oder unvorteilhafter Weise abgebildet ist, ist dies bei personenbezogenen Wortberichten nicht ohne weiteres der Fall. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG bietet hier nicht schon davor Schutz, überhaupt in einem Bericht individualisierend benannt zu werden, sondern nur in spezifischen Hinsichten. Dabei kommt es vor allem auf den Inhalt der Berichterstattung an. **Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt insoweit** freilich insbesondere auch **vor einer Beeinträchtigung der Privat- oder Intimsphäre. Des Weiteren schützt es vor herabsetzenden, vor allem ehrverletzenden Äußerungen oder davor, dass einem Betroffenen Äußerungen in den Mund gelegt werden, die er nicht getan hat** (vgl. BVerfGE 54, 148, 155). Ein von dem Kommunikationsinhalt unabhängiger Schutz ist im Bereich der Textberichterstattung hingegen nur unter dem Gesichtspunkt des Rechts am gesprochenen Wort anerkannt, das die Selbstbestimmung über die unmittelbare Zugänglichkeit der Kommunikation - etwa über die Herstellung einer Tonbandaufnahme oder die Zulassung eines Dritten zu einem Gespräch - garantiert (vgl. BVerfGE 54, 148, 154 f.; 106, 28, 41)."

Fraglich ist, ob danach hier das allg. Persönlichkeitsrecht der Kl. betroffen war. Das BVerfG bejaht dies:

"[22] Zutreffend ist [...], dass die Privatsphäre als Teil des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes anerkannt ist. Es ist auch vertretbar, wenn die Fachgerichte hier davon ausgegangen sind, dass Äußerungen darüber, an welchen Orten die Klägerin während ihres Skiurlaubs anzutreffen sei, was sie dort trage, und dass sie sich darum bemühe, unauffällig zu bleiben, die Privatsphäre berühren."

(2). Praktische Konkordanz

Fraglich bleibt danach, ob die Fachgerichte die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit der Bf. auf das allg. Persönlichkeitsrecht hinreichend berücksichtigt haben. Nach Ansicht des BVerfG war dies nicht der Fall:

"[24] Das [Urteil] trägt dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass die streitgegenständlichen Äußerungen nicht den Schwerpunkt des Artikels bildeten, sondern ihnen nur eine illustrierende Bedeutung im Rahmen eines allgemeinen Berichts über das Skigebiet Arlberg und sein Publikum zukam. [...] Im Rahmen eines solchen Berichts kann ein Informationsinteresse daran, dass nicht nur allgemein die Anziehungskraft der Gegend auf Prominente behauptet wird, sondern konkretisierend auch mitgeteilt wird, welche Gäste die Urlaubsregion besuchen, nicht ohne weiteres verneint werden. Dies gilt umso mehr, als darüber der Leserschaft im Gewand eines unterhaltenden Beitrags anhand von Informationen über den Urlaub Prominenter, die für große Teile der Bevölkerung Leitbild- oder Kontrastfunktion haben, die Frage nach Art und Ort der Urlaubsgestaltung angesprochen und damit Anlass für eine die Allgemeinheit interessierende Sachdebatte gegeben wird."

Hier deutet das BVerfG wieder an, dass Prominente sich wegen ihrer Vorbildfunktion eine weitergehende Berichterstattung gefallen lassen müssen als Nichtprominente, vgl. schon BVerfGE 120, 180, 222

"[25] Demgegenüber räumen die Fachgerichte dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Klägerin ein übermäßiges Gewicht ein, indem sie schon darin, dass der Bericht überhaupt Informationen über den Urlaub der Klägerin enthält, den maßgeblichen Grund für ein Überwiegen ihrer grundrechtlich geschützten Interessen sehen. Sie versäumen damit, den Bericht als Ganzen zu betrachten. In ihm geht es insgesamt gesehen um die Klägerin und ihre Urlaubsgewohnheiten nur als Kolorit am Rande. [...] Die Informationen [...] beschränken sich im Wesentlichen auf Belanglosigkeiten, wurden von der Klägerin in tatsächlicher Hinsicht nicht bestritten und sind auch nicht ehrenrührig."

C. Ergebnis

Die Fachgerichte haben in ihren Urteilen die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit auf den allgemeinen Persönlichkeitsrechtsschutz nicht hinreichend berücksichtigt. Angesichts der verhältnismäßig geringen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kl. einerseits und des Gewichts der Meinungsfreiheit andererseits hätten sie vielmehr eine Verletzung von §§ 823 I, 1004 BGB ablehnen müssen.

Somit ist die Bf. in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I 1 1. Hs GG verletzt. Die Vb. ist begründet, sie hat insgesamt Erfolg.

FAZIT:

Das Urteil lehrt, sauber zwischen Wort- und Bildberichterstattung zu unterscheiden. Selbst den Fachgerichten war dies im konkreten Fall nicht gelungen, hatten sie doch davon gesprochen, dass es sich bei den berichteten Ereignissen nicht um "Vorgänge von allgemeinem Interesse" oder "zeitgeschichtliche Ereignisse" gehandelt habe. Diese Kriterien finden sich aber nur in §§ 22, 23 KUG für die Bildberichterstattung. Das BVerfG schreibt den Gerichten jedoch ins Gebetbuch, dass diese nicht auf §§ 823 I, 1004 BGB übertragbar seien:

"[26] Wenn das [Urteil] sich unter Berufung auf die Entscheidung des EuGMR vom 24.6.2004 (Caroline von Hannover ./ Deutschland, NJW 2004, S. 2647) darauf stützt, dass die Äußerungen selbst bei Anlegung eines großzügigen Maßstabs weder einen Vorgang von allgemeinem Interesse noch ein zeitgeschichtliches Ereignis betreffen, dann berücksichtigt es nicht hinreichend, dass diese beiden Kriterien primär der Rechtsprechung zur Bildberichterstattung entstammen. Auf den Begriff der Zeitgeschichte stellt nämlich § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG im Zusammenhang mit dem Recht am eigenen Bild ab. Selbst der EuGMR, der in der genannten Entscheidung über eine Bildberichterstattung zu erkennen hatte, weist auf die Besonderheiten bei der Bildberichterstattung gegenüber der Wortberichterstattung hin (NJW 2004, S. 2647)."

Zum Verhältnis zwischen der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits vgl. bereits BVerfGE 101, 361 [388 ff.] m.w.N.

Problem: Schulgebet contra Schulfrieden

BVERWG, URTEIL VOM 30.11.2011
6 C 20.10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der Kl. des Falles war ein minderjähriger Schüler muslimischen Glaubens. Er begehrte gerichtliche Feststellung seines Rechts, an einer staatlichen Schule seinen Bepflichten nach dem Koran nachkommen zu dürfen.

Das BVerwG führte aus, dass die Glaubensfreiheit aus Art. 4 I, II GG zwar grundsätzlich auch das Recht auf Beten in der Schule gewährt, und diese denkbare und umfasst, dass dem Kl. Raum und Zeit hierfür einzuräumen seien; sein Grundrecht sei jedoch durch den staatlichen Bildungsauftrag nach Art. 7 I GG verfassungsimmanent beschränkt. Leide - wie im Fall - der Schulfrieden unter der kontroversen Diskussion der Schüler über Glaubensfragen, und würden diese Konflikte durch das Verhalten des Klägers noch verschärft, müsse seine Glaubensfreiheit hinter dem Bedürfnis nach Schulfrieden zurücktreten.

In der (negativen) Glaubensfreiheit der Mitschüler und dem Erziehungsrecht ihrer Eltern sah das BVerwG demgegenüber keine taugliche Schranke. Zudem müsse die Glaubensfreiheit auch hinter dem Schulfrieden nur zurücktreten, wenn - wie im Fall - keine Möglichkeit bestehe, durch organisatorische Maßnahmen Vorsorge zur Konfliktvermeidung zu treffen. Ansonsten müssten diese (z.B. Bereitstellung eines separaten Gebetsraumes) als mildere Mittel im Verhältnis zum Verbot vorrangig ergriffen werden.

SACHVERHALT:

Der im August 1993 geborene Kläger ist ein Schüler muslimischen Glaubens. Er besucht das D.-Gymnasium in Berlin Wedding. Im November 2007 verrichtete er in der Pause zwischen zwei Unterrichtsstunden zusammen mit Mitschülern auf einem Flur des Schulgebäudes das Gebet nach islamischem Ritus. Die Schüler knieten dabei auf ihren Jacken, vollzogen die nach islamischem Ritus erforderlichen Körperbewegungen und deklamierten den vorgegebenen Text. Das Gebet dauerte etwa zehn Minuten. Andere Schüler sahen zu.

Am folgenden Tag wies die Leiterin der Schule die Schüler, die an dem Gebet beteiligt waren, darauf hin, die Verrichtung eines Gebets werde auf dem Schulgelände nicht geduldet, weil die Schulordnung - was zutrifft - ein religiös- weltanschaulich neutrales Verhalten außerhalb des Religionsunterrichts gebiete.

Der Kläger hat daraufhin noch im November 2007 Klage erhoben und beantragt festzustellen, dass er berechtigt sei, während des Besuchs des D.-Gymnasiums außerhalb der Unterrichtszeit einmal täglich sein islamisches Gebet zu verrichten.

Hat die Klage Erfolg?

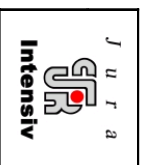
Unterstellen Sie, dass die Schüler des D.-Gymnasiums sich aus diversen Glaubens- und Kulturkreisen rekrutieren, es unter ihnen schon vor dem streitgegenständlichen Verhalten des Kl. zu erheblichen Konflikten über die Einhaltung von Glaubensfragen gekommen ist und zu befürchten ist, dass sich diese Konflikte weiter verschärfen, wenn

§ 46 III 3 SchulG Berlin:

"Die Schülerinnen und Schüler sind an die Vorgaben gebunden, die dazu bestimmt sind, das Bildungs- und Erziehungsziel der Schule zu erreichen sowie das Zusammenleben und die Ordnung in der Schule aufrechtzuerhalten."

§ 76 II SchulG Berlin:

"Die Schulkonferenz entscheidet ferner mit einfacher Mehrheit über [...] 8. Verhaltensregeln für den geordneten Ablauf des äußeren Schulbetriebs (Hausordnung)." [...]



Deliktsrecht	Gesamtschuld
Eine Leistung und Gleichstufigkeit (3)	

§ 421

1. Wie wird der Begriff „eine Leistung“ definiert?
2. Warum wird das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal „Gleichstufigkeit der Schuldner“ gepuffert? Von welchen anderen Vorschriften und Rechtsinstituten ist die Gesamtschuld / ist § 421 hier abzugrenzen?

© SCR – Schmidt & Partner

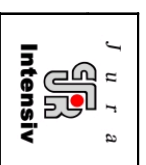


Deliktsrecht	Gesamtschuld
Anwendungsfälle (6)	

§ 423

1. Was ist der Grundgedanke von § 423?
2. Welche drei verschiedenen Fälle regelt § 423 (z.T. über den Wortlaut hinaus)?

© SCR – Schmidt & Partner



Deliktsrecht	Gesamtschuld
Grundlagen und Prüfungsschema (2)	

§ 421

1. Welche Vorschriften regeln innerhalb der Gesamtschuldbeziehung das Innenverhältnis der beiden Gesamtschuldner, welche regeln das Außenverhältnis der Gesamtschuldner zum Gläubiger?
2. Wie kann es zur Entstehung einer Gesamtschuld kommen?
3. Wie lautet das Prüfungsschema zu § 421?

© SCR – Schmidt & Partner



Deliktsrecht	Gesamtschuld
Anwendungsfälle (7)	

§ 423

1. Welchen Fall beschreibt die sog. „Gesamtwirkung“?
2. Welchen Fall beschreibt die sog. „Einzelwirkung“?
3. Welchen Fall beschreibt die sog. „beschränkte Gesamtwirkung“?

© SCR – Schmidt & Partner

1. Innenverhältnis der Gesamtschuldner
 - ⇒ § 426 I und § 426 IIAußenverhältnis der Gesamtschuldner zum Gläubiger
 - ⇒ § 422, § 423, § 424, § 425

2. Entstehung einer Gesamtschuld ist möglich
 - a) durch vertragliche Vereinbarung
 - b) durch (spezial-) gesetzliche Anordnung (z.B. § 769; z.B. § 840 I; z.B. § 1664 II; z.B. § 2058; z.B. § 128 HGB)
 - c) aus dem allgemeinen Entstehungsbestand des § 421

3. Prüfungsaufbau § 421
 - a) mehrere Schuldner
 - b) eine Leistung
 - c) Verpflichtung jedes Schuldners zur ganzen Leistung
 - d) Gläubiger darf die Leistung nur 1x fordern
 - e) Gleichstufigkeit der Haftung der Schuldner

© SCR – Schmidt & Partner

1. Gesamtwirkung
Der Gläubiger vereinbart mit einem Gesamtschuldner den Erlass und beide vereinbaren, dass damit das gesamte Gesamtschuldverhältnis aufgehoben werden soll (= befreiende Wirkung gegenüber allen).

2. Einzelwirkung
Der Gläubiger macht gegenüber einem der Schuldner deutlich, dass er ihn nicht mehr im Anspruch nehmen wird. Er „entlässt“ ihn jedoch nicht aus der Haftung, denn dadurch würde ein späterer Innenregress gem. § 426 I 1 des anderen Gesamtschuldners vereitelt. Daher hat der privilegierte Gesamtschuldner jetzt eine Einrede gegen den Gläubiger und kann sich seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger verweigern; er haftet jedoch weiterhin normal nach § 426 I 1 gegenüber dem anderen Gesamtschuldner.

3. beschränkte Gesamtwirkung
Der Gläubiger entlässt einen der Gesamtschuldner vollständig aus der Haftung und verzichtet gleichzeitig gegenüber dem anderen Gesamtschuldner auf seine Forderung in der Höhe, in der der verbleibende Gesamtschuldner von dem entlassenen Gesamtschuldner im Zahlungsfall nach § 426 I 1 Regress erlangt hätte. So ergibt sich rechnerisch trotz vollständiger Entlassung des einen Gesamtschuldners kein Nachteil für den verbleibenden Gesamtschuldner.

© SCR – Schmidt & Partner

1. Eine Leistung wird von mehreren Schuldnern dann geschuldet, wenn die evtl. verschiedenartigen Verpflichtungen auf dasselbe Leistungsinteresse gerichtet sind. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Leistung des einen Schuldners auch dem anderen zu Gute kommt.

2. Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Gleichstufigkeit
 - ⇒ ist notwendig, um die Fälle der Gesamtschuld von anderen Regressfällen (und damit anderen Regressinstituten) abzugrenzen
 - ⇒ ist nötig, weil die Gesamtschuld, die Fälle der *cessio legis* und auch die Anwendungsfälle des § 255 alle die gleiche Ausgangssituation und auch die gleiche *ratio legis* haben: Ein Gläubiger hat mehrere Schuldner, und sobald einer dieser Schuldner den Gläubiger befriedigt, muss eine Regressmöglichkeit dieses Schuldners eröffnet und eine Doppelbefriedigung des Gläubigers verhindert werden (indem der Gläubiger seinen Anspruch verliert)
 - ⇒ führt, wenn es vorliegt, zur Behandlung der jeweiligen Situation nach den Regelungen der Gesamtschuld und unterscheidet somit nicht die o.g. Ausgangssituation, wohl aber die Rechtsfolge dieser Situation (Anwendung des § 426 I und II) von den Rechtsfolgen der *cessio legis* und des § 255

© SCR – Schmidt & Partner

1. Grundgedanke des § 423
 - ⇒ grds. steht es jedem Gläubiger nach Belieben frei, mit seinem Schuldner einen Erlass gem. § 397 zu vereinbaren
 - ⇒ in der Gesamtschuldsituation ist dabei jedoch zu beachten, dass durch den Erlass gegenüber einem Gesamtschuldner keine Benachteiligung der anderen Gesamtschuldner eintreten darf
 - ⇒ diese Benachteiligung ergibt sich daraus, dass jeder der Gesamtschuldner gegenüber dem Gläubiger in Höhe von 100% haftet, und erst nach dieser „Vorleistung“ von den übrigen Gesamtschuldnern Ausgleich verlangen kann
 - ⇒ ist jedoch einer der Gesamtschuldner aus der Haftung entlassen, so wird diese Ausgleichsmöglichkeit zu Lasten des „vorleistenden“ Gesamtschuldners negativ beeinträchtigt
 - ⇒ der Erlass ist daher (richtet man sich allein nach dem Wortlaut) nur gegenüber allen Gesamtschuldnern oder aber gar nicht möglich

2. § 423 erfasst 3 Anwendungsfälle
 - ⇒ die sog. Gesamtwirkung des Erlasses
 - ⇒ die sog. Einzelwirkung des Erlasses
 - ⇒ die sog. beschränkte Gesamtwirkung des Erlasses

© SCR – Schmidt & Partner



ZPO	Zwangsvollstr.R
Vollstreckungsabwehrklage (17)	

§ 767 ZPO

Stelle den Prüfungsaufbau der Zulässigkeit einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO dar.

© SCR – Schmidt & Partner



Handelsrecht	„Eintritt“
Voraussetzungen des § 28 HGB (16)	

§ 28 HGB

Unter welchen Voraussetzungen greift die Haftung des § 28 im Fall des „Eintritts“ in das Geschäft eines Einzelkaufmanns? Was ist die Rechtsfolge von § 28?

© SCR – Schmidt & Partner



ZPO	Zwangsvollstr.R
Vollstreckungsabwehrklage (18)	

§ 767 ZPO

Stelle den Prüfungsaufbau der Begründetheit einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO dar.

© SCR – Schmidt & Partner



Gesellschaftsrecht	GbR
Entstehung und Abgrenzung (31)	

§ 705 BGB

1. Wie entsteht eine Personengesellschaft (z.B. eine GbR)?
2. Liegt eine GbR vor, wenn eine Sache gemeinsam gehalten wird?
3. Liegt eine GbR vor, wenn das gemeinsame Interesse in einer Gewinnbeteiligung liegt?

© SCR – Schmidt & Partner

B) **Begründetheit der Klage**
+, sofern dem Kläger die geltend gemachte materiell-rechtliche Einwendung gegen den titulierten Anspruch zusteht und deren Geltendmachung nicht gem. § 767 II, III ZPO ausgeschlossen ist.

I. **Materiell-rechtliche Einwendung des Schuldners: Einstieg in das materielle Zivilrecht**
Alle rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Einwendungen.

II. **Keine Präklusion gem. § 767 II ZPO**
Sinn und Zweck: Schutz der Rechtskraft des Titels.

Daher keine Anwendung, wenn Titel nicht rechtskräftig werden kann (z.B. § 797 IV ZPO), „Schluss der mündliche Verhandlung“ = letzte mündl. Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz.

Fraglich ist, wann die Einwendung i.S.d. § 767 II (meist Gestaltungsrechte) „entstanden“ ist.

MI: Die Einwendung entsteht mit **Vorliegen der obj. Voraussetzungen** und **Abgabe der entsprechenden Erklärung** (tl.).

M2: Die Einwendung entsteht **allein mit Vorliegen der objektiven Voraussetzungen**, unabhängig von einer etwaigen Kenntnis oder gar Ausübung (ständige Rspr. BGH und TdL). §767 II stellt allein auf obj. Tatsachen ab. Das folgt auch aus einem Vergleich mit §767 III, der Kenntnis voraussetzt.

III. **Keine Präklusion gem. § 767 III ZPO**

Sinn und Zweck: Verhinderung der Prozessverschleppung.

Schuldner soll gezwungen werden, alle Einwendungen in einer Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machen (**Konzentrationsgrundsatz**). Auch hierbei ist **strittig**, auf welchen **Zeitpunkt** bzgl. der Existenz der Einwendung abzustellen ist (s.o., dabei ist hier Kenntnis aber nicht Ausübung erforderlich).

C) **Rechtsmittel: Berufung, § 511ff. ZPO, und Revision, § 542ff. ZPO.**

© SCR – Schmidt & Partner

1. **Eine Personengesellschaft entsteht durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags.**

Die Gesellschafter müssen sich darüber einigen, dass ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, § 705 BGB. Der gemeinsame Zweck ist die Grundvoraussetzung der Gesellschaft und grenzt den Gesellschaftsvertrag von den sonstigen vertraglichen Schuldverhältnissen – vor allem den Austauschverträgen – ab.

2. **Gemeinsames Halten einer Sache** begründet nur dann eine Gesellschaft, wenn ein darüber hinausgehender Zweck verfolgt wird (Abgrenzung zur Bruchteilsgemeinschaft, §§ 741 ff. BGB).

3. Liegt das gemeinsame Interesse in einer **Gewinnbeteiligung**, können *paritariische Rechtsverhältnisse* (Austauschverträge, bei denen das Entgelt einer Partei ganz oder zum Teil in einer Gewinnbeteiligung liegt) oder Gesellschaften vorliegen. Zwar hat der am Gewinn Beteiligte in diesem Fall ein eigenes Interesse am Gewinn des anderen. Dieses Ziel wird aber nicht als gemeinsamer Vertragszweck verfolgt (z.B.: Dienstvertrag mit Umsatzbeteiligung). Für eine Gesellschaft sprechen als Indizien: Verlustbeteiligung; Vereinbarung von Kontroll- und Mitwirkungsrechten.

© SCR – Schmidt & Partner

Rechtsschutzziel: Beseitigung der Vollstreckbarkeit des Titels.

A) **Zulässigkeit der Klage**

I. **Statthaftigkeit**

+, wenn der Kläger materiell-rechtliche Einwendungen gegen den titulierten Anspruch geltend macht. Wird aus einem anderen Titel als dem Urteil vollstreckt (§ 794 ZPO), so folgt die Anwendbarkeit des § 767 ZPO aus § 795 S. 1 ZPO.

II. **Zuständiges Gericht:** Prozessgericht des ersten Rechtszuges (§§ 767 I, 802 ZPO). **Rechte:** Sonderregelungen für Vollstreckungsbescheide und vollstreckbare Urkunden (§§ 796 III, 797 V ZPO).

III. **Form und Frist:** Allgemeine Formvorschrift für Klagen (§ 253 ZPO), nicht fristgebunden.

IV. **Klagebefugnis:** Schuldner als Adressat der ZV immer klagebefugt (*Prüfungspunkt daher entbehrlich*)

V. **Rechtsschutzinteresse**

+, sobald ein Titel vorhanden ist. Der Rechtsbehelf richtet sich gegen den titulierten Anspruch, so dass er zulässig ist, sobald der Titel existiert.

Das Rechtsschutzinteresse entfällt, sofern die ZV aus dem Titel vollständig beendet ist und der Titel an den Schuldner herausgegeben wurde.

VI. **Prozesshandlungsvoraussetzungen**

Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit, Postulationsfähigkeit.

© SCR – Schmidt & Partner

Systematisch ist § 28 ein Sonderfall des § 25, da er ebenfalls einen Inhaberwechsel unter Lebenden (hier vom Einzelkaufmann auf die Personengesellschaft) betrifft.

1. **Handelsgeschäft eines „Einzelkaufmanns“**


2. **Gründung einer Personhandelsgesellschaft**
Der Wortlaut des § 28 ist missverständlich. Den „Eintritt“ in das Geschäft eines Einzelkaufmanns gibt es rechtlich nicht. Gemeint ist die Gründung einer neuen Personengesellschaft unter Einbringung eines Handelsgeschäfts.

3. **Einbringung und Fortführung des Handelsgeschäfts**
Im Unterschied zu § 25 ist eine Fortführung der Firma nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Einbringungsvertrages ist wegen der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft für die Haftung aus § 28 I 1 nicht erforderlich.

4. **Fehlen einer abweichenden Vereinbarung**
§ 28 II entspricht § 25 II.


Rechtsfolgen: Die neue Gesellschaft haftet gem. § 28 unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Schulden des bisherigen Inhabers (gesetzlicher **Schuldbeitritt**). Damit haften auch die „eintretenden“ Gesellschafter nach §§ 128, 161 II, 171 ff. Würde der bisherige Geschäfts-inhaber Kommanditist, wird dessen Nachhaftung in entsprechender Anwendung des § 26 auf fünf Jahre befristet (§ 28 III 1).

© SCR – Schmidt & Partner


	Staatsrecht	Grundrechte	Allg. GR
	Festlegung der Schranke (14)		

Welche Arten von Schranken werden im Grundgesetz unterschieden?


Nenne Beispiele und zeige auf, wie sich die Schrankenarten unterscheiden.

	VerWR BT	BauR	§ 35 BauGB
	Baugenehmigung: Außenbereich (12)		

- Nenne die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung im Bereich eines unbepflanzten Außenbereiches.
- Wie nennt man bauliche Vorhaben nach § 35 I BauGB bzw. nach § 35 II BauGB? Worin liegt der dogmatische Unterschied der beiden Absätze?
- Wann kommt § 35 IV BauGB zur Anwendung?

	Staatsrecht	Grundrechte	Art. 2 I i.V.m. Art. 111 GG
	Allgemeines Persönlichkeitsrecht (44)		

- Können sich juristische Personen des Privatrechts auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen?
- Warum beinhaltet Art. 2 I i.V.m. Art. 111 GG einen sog. „offenen Schutzbereich“?
- Nenne Beispiele für die einzelnen Fallgruppen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

	VerWR	Prozessrecht	§ 80 V 1 VwGO
	Vorläufiger Rechtsschutz (41)		

- Wann kann in einer Klausur nur davon ausgegangen werden, dass eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vorliegt?
- Was ist der Sinn und Zweck des § 80 III VwGO? Welche Anforderungen ergeben sich daraus für die Begründung?
- Ist die Heilung einer unzureichenden Begründung durch Nachschieben der Begründung möglich?

1. Die Anwendung des APR auf juristische Personen ist **fraglich, weil Art. 1 I 1 GG** bei diesem Personenkreis nicht anwendbar ist. Die **h.M. differenziert** aber richtigerweise zwischen den **Einzelanspragungen des APR**. D.h. es ist zu prüfen, ob die konkreten Einzelanspragungen des APR an die natürlichen Eigenschaften des Menschen anknüpfen oder auch für Personenvereinigungen gelten.

Bsp.: Recht auf Gegendarstellung (+), Recht auf Umgang mit Angehörigen (-).

Rechte: Soweit **Art. 12, 14 GG** anwendbar sind, dürfen sie **lex specialis** sein. Zudem zitiert das BVerfG bei juristischen Personen nur Art. 2 I GG, lässt also „i. V.m. Art. 1 I 1 GG“ weg.

2. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht stellt eine „**Lückenausfüllung**“ im Persönlichkeitsrecht dar. Sein sachlicher Schutzbereich lässt sich aus diesem **Grund nicht abschließend** beschreiben, sondern muss dem „**Wandel der Zeit**“ Rechnung tragen können, d.h. den wechselnden Gefahren für die Persönlichkeitsentwicklung.

3. **Beispiele** für die Fallgruppen des **Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes** sind (vgl. „Martina“):

- Recht am eigenen Wort/ Namen/ Bild
- Recht auf Ansehen in der Öffentlichkeit (Persönl. Ehre/ Anspruch auf Gegendarstellung)
- Recht auf persönliche Lebensgestaltung
- Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung
- Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr.4 VwGO ist eine eigene Willenserklärung, die **ausdrücklich** gegenüber dem Betroffenen kundgegeben werden muss.

Beachte: Eine **konkludente Anordnung der sofortigen Vollziehung** ist deshalb **nicht** möglich.

2. **Sinn und Zweck** der Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung besteht darin, dass die **Behörde** sich des Ausnahmecharakters der Anordnung bewusst werden soll (**Warnfunktion**). Weiterhin wird der **Betroffene** damit über die Gründe aufgeklärt und kann so die Erfolgsaussichten eines etwaigen Rechtsbehelfs abschätzen (**Rechtsschutzfunktion**). Schließlich soll dem Gericht die Möglichkeit gegeben werden, die Anordnungsgründe nachzuprüfen (**Kontrollfunktion**).

Konsequenzen für den Inhalt der Begründung:

Konkreter Einzelfallbezug, d.h. es muss klar werden, warum die Behörde dem Vollzugsinteresse den Vorrang gegenüber dem Aussetzungsinteresse einräumt. **Wiederholung** der **Begründung** für den Erlass des **VA genügt grds. nicht**, weil damit nur der Erlass des VA legitimiert wird, nicht aber die zusätzliche **AsV. Ausn.: Eilbedürftigkeit** der Vollziehung des VA **drängt sich auf**.

Aber: Keine Prüfung, ob die **Begründung inhaltlich richtig** ist. Das wird erst i.R.d. Interessenabwägung geprüft.

3. Ein Nachschieben der Begründung wird **zum Teil** aus Gründen der **Prozessökonomie** jederzeit für **möglich** erachtet, da eine inhaltsgleiche **fehlerfreie Anordnung der sofortigen Vollziehung ohnehin jederzeit möglich** sei. Die **Gegenansicht lehnt dies ab**, weil keine Heilungsvorschrift existierte (anders als z.B. § 45 I Nr. 2 VwVfG für Verwaltungskasse).

Innerhalb des Grundgesetzes werden insgesamt **4 verschiedene Schranken** differenziert:

1. **Einfacher Gesetzesvorbehalt**
= jedes Gesetz ist in der Lage, einen Eingriff in das Grundrecht zu legitimieren.
Bsp.: Art. 8 II GG.

2. **Qualifizierter Gesetzesvorbehalt**
= das eingreifende Gesetz muss **zusätzliche Anforderungen** erfüllen, welche das jeweilige Grundrecht vorschreibt.
Bsp.: Art. 5 II, 11 II GG.

3. **Verfassungsimmanente Schranken**

= bei grds. vorbehaltlos geschützten **Grundrechten** findet die Grundrechtsausübung ihre natürlichen Grenzen in **kollidierenden Grundrechten Dritter** sowie **anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang**.

Beachte: Es bedarf einer **Konkretisierung** der **verfassungsimmanenten Schranken** durch ein **Parlamentsgesetz**, d.h. die kollidierenden Grundrechte Dritter und anderen RG von Verfassungsrang müssen durch ein Parlamentsgesetz sichtbar gemacht werden. Dieses Gesetz muss die GR-Kollision nach dem **Prinzip der praktischen Konkordanz** lösen.
Bsp.: Vorbehaltlos geschützt sind die Grundrechte aus Art. 5 III 1 GG.

4. **Verfassungsummittelbare Schranken**
= der **Eingriff** kann **direkt** auf die **Grundgesetznorm** gestützt werden, z.B. Art. 13 VIII 1. Fall GG.

© SCR – Schmidt & Partner

1. **Prüfungsschritte**

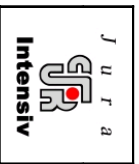
a) **Abgrenzung § 35 I - § 35 II BauGB.**

b) Kein Entgegenstehen/keine Beeinträchtigung **öffentlicher Belange (§ 35 III BauGB)**

c) Im Falle des § 35 II BauGB ist noch **§ 35 IV BauGB (Teilprivilegierung)** zu prüfen.

2. **§ 35 I BauGB** erfasst die **privilegierten Vorhaben**, **§ 35 II BauGB** erfasst die **nicht-privilegierten/sonstigen Vorhaben**. Die **privilegierten Vorhaben** sind wegen ihrer Auswirkungen „**innenbereichsunverträglich**“, gehören also zwingend in den Außenbereich. Ihre Privilegierung zeigt sich im Fall einer Beeinträchtigung öff. Belange i.S.d. § 35 III BauGB. Hier muss noch eine **Abwägung** erfolgen, bei der sich die **privilegierten Vorhaben** wegen der mit § 35 I BauGB verbundenen gesetzgeberischen Wertung **grds. durchsetzen** werden. **Sonstige Vorhaben** gem. § 35 II BauGB sind hingegen **grds. unzulässig**, wenn sie öff. Belange beeinträchtigen, es sei denn, § 35 IV BauGB ist einschlägig.

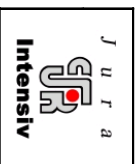
3. **§ 35 IV BauGB** ist **nur bei sonstigen Vorhaben** nach § 35 II BauGB anwendbar. Die Norm ist eine **gesetzliche Ausprägung des Bestandsschutzes**. Für § 35 I BauGB gilt § 35 IV BauGB nicht, weil sich die privilegierten Vorhaben ohnehin regelmäßig gegen beeinträchtigte öff. Belange durchsetzen.



StrafR AT I	Rechtswidrigkeit
Irrtum über RFG – Grundlagen	

§§ 16 f. StGB

Welche Irrtümer über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gibt es?



StrafR AT I	Rechtswidrigkeit
Irrtum über RFG – Meinungen ETBI	

§§ 16 f. StGB

Welche Auffassungen werden zur rechtlichen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums vertreten?

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner



StrafR AT II	Beihilfe
Beihilfe – Schema	

§ 27 StGB

Prüfungsschema Beihilfe

Nenne alle relevanten Definitionen.



StPO	Beschuldiger
Begriff des Beschuldigten	

§ 136 StPO

Wann beginnt die Beschuldigenenschaft?

Beispiel: Kann z.B. die Vernehmung einfach fortgesetzt werden, wenn eine Person, die zunächst nur als Zeuge vernommen wurde, plötzlich als Täter in Betracht kommt oder muss in diesem Fall erst eine Beschuldigenbelehrung erfolgen (§ 136 StPO)?

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

3 Haupt-Theorien müssen bekannt sein:

strenge Schuld-Th.: Dem Täter fehlt auch beim ETBI bei der Begehung der Tat die Einsicht, Unrecht zu tun i.S.d. § 17, weshalb auch auf den ETBI (und mithin auf alle Irrtümer über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes) § 17 anzuwenden ist.

eingeschränkte Schuld-Th.: Der ETBI ist ein reiner Sachverhaltsirrtum. Deshalb ist § 16 I die sachnähere Vorschrift, die statt § 17 auf diesen Fall analog anzuwenden ist. Diese Analogie ist zum Vorteil des Täters (also auch im Strafrecht zulässig), da § 16 I ohne die Vermeidbarkeitsprüfung des § 17 zum Ausschluss der Vorsatzstrafe führt.

Streitig ist die genaue Begründung dieser Analogie:

Lehre vom Ausschluss des Vorsatzzurechts: Der Vorsatz hat zwei Komponenten; den Vorsatz, den Tatbestand zu verwirklichen, und den Vorsatz, dabei Unrecht zu tun. Die letzte Komponente entfällt in analoger Anwendung des § 16 I beim ETBI.

rechtsfolgenverweisende Variante: Die analoge Anwendung von § 16 I beschränkt sich auf die Rechtsfolge. Auf der Ebene der Schuld entfällt der sog. Vorsatzschuldvorwurf.

2 Theorien „als Külli“:

Vorsatz-Theorie und die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, die beide § 16 I direkt anwenden.

© SCR – Schmidt & Partner

Der Beschuldigte ist als Verfahrenssubjekt mit gewichtigen Rechten ausgestattet (z.B. § 136 I 2 StPO). Die Strafverfolgungsorgane dürfen folglich nicht die Möglichkeit haben, einem Verdächtigen die Beschuldigteneigenschaft vorzuenthalten, um so die Beschuldigtenrechte zu umgehen.

Nach h.M. wird die Beschuldigtenstellung zum einen von einem **objektiv bestehenden Tatverdacht** (Anfangsverdacht genügt) und zum anderen von einem **Willensakt** (subjektiver Entschluss) **der Strafverfolgungsorgane** abhängig gemacht. Dieser Willensakt muss zum Ausdruck bringen, dass die Verfolgungsorgane das Strafverfahren gegen den Verdächtigen als Beschuldigten betreiben will (z. B. durch Einleitung eines förmlichen Ermittlungsverfahrens). Gemäß § 152 II StPO ist die Verfolgungsbehörde verpflichtet, einen Verdächtigen formell zum Beschuldigten zu erklären, wenn ein (hinreichend konkreter) Anfangsverdacht besteht.

Im **Vorfeld** gibt es für die Verfolgungsbehörde allerdings einen **Ernessensspielraum**. Das bedeutet für das oben angeführte Beispiel, dass der Vernehmende bis zur Konkretisierung des Verdachts eine gewisse Zeit abwarten darf. Sofern dieser Zeitraum überschritten wird, besteht die Gefahr eines Verwertungsverbots.

Die Beschuldigteneigenschaft kann auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck kommen (nach dem Rechtsgedanken des § 397 I AO). Voraussetzung hierfür ist die Anordnung einer Maßnahme (sog. Inculpationsakt, z.B. Haftbefehl, §§ 112 ff. StPO), die nur gegen Beschuldigte zulässig ist.

© SCR – Schmidt & Partner

Die herrschende Meinung unterscheidet drei unterschiedliche Arten von Irrtümern über Rechtfertigungsgründe:

Def.: Unter einem **Erlaubnisirrtum** versteht man die irriige Annahme des Bestehens (die Existenz) eines tatsächlich nicht anerkannten oder die Überdehnung der rechtlichen Grenzen (den Umfang) eines anerkannten RFG.

Def.: Bei einem **Doppelirrtum** stellt sich der Täter irrig Umstände vor, die für seine Rechtfertigung relevant sind, seine Tat wegen eines zusätzlichen Wertungsirrtums jedoch auch dann nicht rechtfertigen würden, wenn sie tatsächlich vorliegen würden.

Def.: Beim **Erlaubnistatbestandsirrtum** nimmt der Täter irrig einen Umstand an, der, wenn er tatsächlich vorläge, die Tat rechtfertigen würde.

Beachte: Welcher Irrtum über RFG vorliegt, ist für jeden in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrund separat zu prüfen!

© SCR – Schmidt & Partner

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

- (+) beim Versuch als Haupttat (Achtung: Rücktritt des Teilnehmers noch möglich, da Haupttäter auch noch zurücktreten könnte.)
- (+) bei Vorsatz-Fahrlässigeits-Kombinationen wegen § 11 II
- str. beim ETBI; nur (+) nach der rechtsfolgenverweisenden Variante, die die **Schuld-**komponente des „Vorsatzschuldvorwurfes“ entfallen lässt (wohl h.M.)

2. Hilfeleisten

Def.: Ein **Hilfeleisten** kann in jedem Tatbeitrag gesehen werden, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgutsverletzung verstärkt.

3. Vorsatz

a) Bzgl. vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat

b) Bzgl. Hilfeleisten

Sog. „doppelter Gehilfenvorsatz“. Dies bedeutet nur, dass sich der Vorsatz des Teilnehmers (natürlich) auf beide Komponenten des objektiven TB beziehen muss.

II. RWK

III. Schuld

© SCR – Schmidt & Partner

dem Kl. das Beten in der Schule gestattet würde. Unterstellen Sie ferner, dass diesen Konflikten aus räumlich-organisatorischen Gründen auch nicht dadurch begegnet werden kann, dass dem Kl. ein eigener Gebetsraum zur Verfügung gestellt wird.

PRÜFUNGSSCHEMA: FESTSTELLUNGSKLAGE, § 43 I 1. FALL VWGO

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart
- III. Feststellungsinteresse
- IV. Klagebefugnis
- V. Keine Subsidiarität
- VI. Klagegegner

B. Begründetheit

- Bestehen des Rechtsverhältnisses prüfen

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist hier über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Das dem Kl. erteilte Verbot stützt sich auf öffentlich-rechtliche Normen, namentlich solche des BerlSchulG. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Als statthafte Klageart kommt eine Feststellungsklage nach § 43 I 1. Fall VwGO in Betracht. Dann müsste der Kl. das Bestehen eines Rechtsverhältnisses feststellen lassen wollen.

1. Definition des Rechtsverhältnisses

"[12]Unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis sind die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht. Rechtliche Beziehungen haben sich nur dann zu einem Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 I VwGO verdichtet, wenn die Anwendung einer bestimmten Norm des öffentlichen Rechts auf einen bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist (BVerwGE 100, 262 <264 f.> = Buchholz 454.9 Mietpreisrecht Nr. 15 S. 3)

2. Subsumtion

"Der Streit der Beteiligten betrifft die Bedeutung und Tragweite des Art. 4 I GG, einer Vorschrift des öffentlichen Rechts, und dessen Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt, nämlich den Vorgang aus dem November 2007, als der Kläger zusammen mit Mitschülern auf dem Flur des Schulgebäudes in einer Pause das rituelle islamische Gebet verrichtete. Der Kläger berührt sich des Rechts, in

dieser Weise auch künftig vorgehen zu dürfen. Die Schulverwaltung bestreitet das Bestehen eines solchen Rechts."

III. Feststellungsinteresse

Als Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 I VwGO kommt bei gegenwärtigen Rechtsverhältnissen jedes rechtliche, tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interesse in Betracht. Ein solches bejaht das BVerwG knapp:

"[13] Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der erstrebten Feststellung. Nachdem die Schulleiterin ihn und seine Eltern darauf hingewiesen hat, religiöse Bekundungen wie Gebete seien in der Schule nicht erlaubt, muss er mit Sanktionen in der Gestalt von Erziehungs- und Ordnungsmaßnahmen rechnen, wenn er das von ihm als erlaubt angesehene Verhalten fortsetzt. Ihm ist nicht zuzumuten, solche Sanktionen abzuwarten und erst im Zusammenhang mit ihnen die streitige Rechtsfrage gerichtlich klären zu lassen.

IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog

Streitig ist, ob über das Feststellungsinteresse hinaus analog § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist. Jedenfalls wäre der Kläger hier klagebefugt, da eine Verletzung seines subjektiv-öffentlichen Rechts aus Art. 4 I, II GG auf Ausübung seiner Glaubensfreiheit nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Selbst wenn man eine Klagebefugnis forderte, läge diese also vor.

V. Keine Subsidiarität

"[14] Der Feststellungsklage steht nicht der Grundsatz der Subsidiarität entgegen (§ 43 II VwGO). Namentlich konnte der Kläger seine Rechte nicht durch eine Anfechtungsklage verfolgen. Wie das Verwaltungsgericht festgestellt hat, enthielten sowohl der mündliche Hinweis der Schulleiterin an den Kläger, die Verrichtung eines Gebets auf dem Schulgelände werde nicht geduldet, als auch das nachfolgende Schreiben an seine Eltern lediglich Hinweise auf die Rechtslage, wie sie nach Ansicht der Schulleiterin besteht, aber keine Regelungen. Sie waren mithin keine Verwaltungsakte. Das Oberverwaltungsgericht hat sich diese tatsächlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts zu Eigen gemacht. Der Senat hat keinen Anlass zu einer abweichenden Würdigung."

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Der Kläger ist als natürliche Person gem. § 61 Nr. 1 1. Fall VwGO beteiligtenfähig, die Beklagte als juristische Person gem. § 61 Nr. 1 2. Fall VwGO. Sie erlangt durch ihre gesetzlichen Vertreter nach § 62 III VwGO auch Prozessfähigkeit. Fraglich ist hingegen die Prozessfähigkeit des Klägers, der 1993 geboren wurde, im Zeitpunkt der Klageerhebung 2007 also noch minderjährig war. Dass seine Eltern ihn vertreten hätten, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen; vielmehr ist davon auszugehen, dass er die Klage selbst erhoben hat. Somit kann nicht auf § 62 I Nr. 1 VwGO zurückgegriffen werden. Das BVerwG behilft sich mit § 62 I Nr. 2 VwGO:

"[15] Der Kläger [...] war im Sinne des § 62 Abs. 1 Nr. 2 VwGO durch Vorschriften des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts für den Gegenstand seines Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt. Nach § 5 S. 1 des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921 (RGBl S. 939, BGBl III 404-9) steht dem Kind nach Vollendung des 14. Lebensjahres die Entscheidung dar-

über zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will. Die Bestimmung legt das Alter fest, bei dem angenommen wird, dass der Einzelne weitgehend selbst über sein Recht auf Glaubensfreiheit nach Art. 4 GG zu verfügen vermag (Religionsmündigkeit). Die Religionsmündigkeit erstreckt sich auf alle mit der religiösen Selbstbestimmung im Zusammenhang stehenden Fragen einschließlich der Verrichtung religiöser Handlungen. Mithin wird der Gegenstand des vorliegenden Verfahrens von der Religionsmündigkeit erfasst."

Der im August 1993 geborene Kläger war bei Klageerhebung im November 2007 14 Jahre alt, also religionsmündig und damit prozessfähig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit das geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht, hier also dem Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Verrichtung seines Schulgebets zusteht.

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt - in Ermangelung einer Regelung im einfachen Recht - nur Art. 4 I, II GG in Betracht. Dann müsste die Unterbindung des Schulgebets einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich desselben darstellen.

1. Schutzbereich betroffen

Im Schutzbereich ist zwischen sachlicher und personaler Betroffenheit zu unterscheiden.

a. Personal

Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Fraglich könnte sein, ob Grundrechte auch für Personen gelten, die in besonderen Näheverhältnissen zum Staat stehen, also etwa für Beamte, Richter, Soldaten oder Schüler an staatlichen Schulen.

Das BVerfG hat jedoch bereits in seinem "Kopftuch-Urteil" entschieden, dass die Grundrechte auch in diesen Rechtsverhältnissen gelten, und zwar selbst dann, wenn sie freiwillig begründet wurden (so dass es keinen Unterschied macht, ob der noch Kl. der Schulpflicht unterliegt oder nicht), weil auch dann nicht zwischen Privat- und Amtsperson getrennt werden könne. Schüler und Lehrer geben - bildlich gesprochen - ihre Grundrechte nicht "an der Schulpforte ab". Das BVerwG bewegt sich ganz auf dieser Linie:

"[24] Der Schüler bringt seine Persönlichkeitsrechte in die Schule ein. Gleichzeitig ist er in die Schule und den Unterrichtsablauf eingebunden. Er kann die Schule auch während der Pausen zwischen den Unterrichtsstunden nicht ohne Weiteres verlassen. Darauf könnte er auch nicht verwiesen werden. Er hält sich auch während der Pausen bestimmungsgemäß in der Schule auf und kann - vorbehaltlich noch zu erörternder Schranken - sich dort seinen persönlichen Neigungen und Bedürfnissen entsprechend betätigen."

In einer Klausur müsste die Eröffnung des personalen Schutzbereichs jedenfalls dann ausführlich diskutiert werden, wenn es sich um einen nicht mehr schulpflichtigen Schüler handelt. Denn immerhin vertreten die Sondervoten zu BVerfG, RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111, dass in diesem Fall wegen des Verzichtsgedankens und der Gefahr, dass der Staat seine Aufgaben nicht mehr effektiv erledigen könnte, wenn seine eigenen Staatsdiener (Beamte, Richter usw.) ihm Grundrechte entgegenhielten, keine Grundrechtsberechtigung bestehe.

Obwohl der Kl. im vorliegenden Fall nicht mehr schulpflichtig war, ist das BVerwG hierauf nicht eingegangen. Die Urteilsgründe geben zu erkennen, dass das BVerwG wenig Lust verspürt, dieses Fass erneut aufzumachen.

b. Sachlich

Unter "Glauben" und "Religion" i.S.d. Art. 4 I, II GG ist die Vorstellung des Menschen von seiner Rolle in der Welt und seiner Beziehung zu höheren Mächten zu verstehen. Dass der Islam als Weltreligion und damit auch die muslimische Glaubensüberzeugung des Kl. unter die-

se Definition fällt, unterliegt keinem Zweifel. Fraglich ist jedoch, ob Art. 4 I, II GG auch einen Anspruch auf Durchführung eines Schulgebets vermitteln.

aa. "Forum internum" und "forum externum" geschützt

Zum Schutz von forum internum und forum externum: BVerfGE 125,39, 79; 108, 282, 297; 93, 1, 15

"[18] Art. 4 Abs. 1 und 2 GG enthält ein Grundrecht der Glaubensfreiheit, das umfassend zu verstehen ist. **Dieses Grundrecht bezieht sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten.** Das von der Glaubensfreiheit umfasste Recht der Religionsausübung ist extensiv auszulegen und erstreckt sich auf kultische Handlungen, die ein Glauben vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet, wie z.B. Gebete. "

bb. Schulgebet als "forum externum"

"[19] Daran gemessen unterfällt die streitige Verrichtung des Gebets durch den Kläger dem Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG. [Es] geht [...] dem Kläger um das rituelle Pflichtgebet, das nach den Regeln des islamischen Glaubens fünfmal täglich zu festgelegten Zeiten zu verrichten ist. Dieses Pflichtgebet zeichnet sich dadurch aus, dass der Betende auf einem rituell sauberen Platz mit dem Gesicht gen Mekka in einer vorgegebenen Abfolge von Körperhaltungen bestimmte Gebetstexte deklamiert. Ein solches Pflichtgebet ist unter anderem zur Mittagszeit zu verrichten. Der Kläger möchte diese rituelle Handlung in der Schule außerhalb der Unterrichtszeit vornehmen, wenn die Zeitspanne, die für das Gebet vorgeschrieben ist, in die Zeit des Schulbesuchs fällt. [...] In dem angefochtenen Urteil wird festgestellt, dass der Kläger die Einhaltung dieser Glaubensregel als für sich verbindlich ansieht. Deshalb vermag er sich grundsätzlich auf den Schutz der Glaubensfreiheit zu berufen."

cc. Anspruch auf Raum für Gebet

Eine andere Frage ist, ob der Kläger auch in der Schule Raum für seine Gebete beanspruchen kann. Art. 4 I, II GG ist - wie alle Freiheitsgrundrechte - zunächst ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat, aber keine Anspruchsgrundlage auf Leistung, hier also Überlassung eines Raums (Zimmers oder zumindest Teil des Flures).

Den Freiheitsgrundrechten ist aber jedenfalls dann Anspruchsqualität zuzubilligen, wenn die Grundrechtsausübung ohne Leistungsgewährung völlig leer liefe.

Das BVerwG bejaht aus diesem Grund hier einen Anspruch auf Raum für ein Gebet. Die Glaubensfreiheit stehe jedem Menschen dort zu, wo er sich gerade befinde. Die Glaubensfreiheit der Schüler in der Schule würde leer laufen, wollte man ihnen das Beten dort allein wegen der Inanspruchnahme von Raum versagen:

"[20] Der Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG umfasst hier auch die freie Wahl des Ortes, an dem der Kläger das Gebet verrichten möchte.

[21] Um sein rituelles Gebet zu verrichten, benötigt der Kläger Raum, konkret einen Bereich des Schulflurs, dessen Nutzung nicht seinem Bestimmungsrecht, sondern dem Bestimmungsrecht der Schulverwaltung unterliegt [...].

[23] Zwar verschafft [die Glaubensfreiheit] dem Einzelnen keinen Anspruch auf Zutritt zu ihm sonst nicht zugänglichen Räumen. Die

Anerkannt vom BVerfG z.B. für die Menschenwürde des Art. 1 I 1 GG, aus der unmittelbar ein Anspruch auf das Existenzminimum folge, vgl. BVerfG, RA 2010, 61 = NJW 2010, 580

Glaubensfreiheit ist dem Bürger nur dort gewährleistet, wo er tatsächlich Zugang findet. Anders als die kollektiv ausgeübte Versammlungsfreiheit schließt die Ausübung der Glaubensfreiheit als Recht des Einzelnen in der Regel keinen besonderen Raumbedarf ein, der typischerweise mit Belästigungen verbunden ist. Als Individualgrundrecht steht sie dem Bürger vom Grundsatz her überall dort zu, wo er sich jeweils befindet.

[24] Das gilt jedenfalls für einen Schüler, der in der Schule ein ihm von seiner Religion vorgeschriebenes Gebet verrichten will. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gebietet, den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet zu sichern. Dies gilt insbesondere für den vom Staat in Vorsorge genommenen Bereich der Schule."

Das BVerwG hat für die **Versammlungsfreiheit** aus Art. 8 I GG entschieden, dass diese zwar auch die freie Wahl von Ort und Zeit erfasse, aber nur innerhalb der rechtlichen Verfügungsbefugnis des Veranstalters. Diese wiederum erstreckt sich nach der Rspr. auf alle **öffentlichen Straßen und Plätze** (vgl. z.B. VGH Kassel, NJW 2009, 312 für eine Fahrraddemo auf der Autobahn), das BVerwG **verneint** eine solche **aber für Sachen, die im Privateigentum Dritter stehen** (BVerwGE 91, 135, 138; BVerwG NJW 2011, 1201, 1204).

Merke: Werden Grundrechte als Leistungsrechte angeführt, liegt der Eingriff in einem Unterlassen (der begehrten Leistung).

2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Wie bereits oben erwähnt, bedeutet der Umstand, dass die Schule dem Kl. keine Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt hat, für ihn die faktische Unmöglichkeit seiner Glaubensausübung in Form des Gebets während der Schulzeit. Seine Glaubensüberzeugung schreibt ihm aber (auch) zu dieser Zeit das Beten vor. Somit liegt ein spürbarer Eingriff vor.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein. Dann müsste er von den Schranken des Grundrechts gedeckt sein.

a. Schranken

Streitig ist, welchen Schranken die Glaubensfreiheit unterliegt.

aa. Nur verfassungsimmanente Schranken

Nach einer Ansicht unterliegt Art. 4 I, II GG nur verfassungsimmanenten Schranken. Dieser Auffassung folgt hier das BVerwG:

"[26] **Die in Art. 4 Abs. 1 und 2 verbürgte Glaubensfreiheit ist vorbehaltlos gewährleistet. Einschränkungen müssen sich daher aus der Verfassung selbst ergeben. Hierzu zählen die Grundrechte Dritter sowie Gemeinschaftswerte von Verfassungsrang.**"

Fraglich ist, ob eine solche Schranke hier eingreift.

(1). Negative Glaubensfreiheit der anderen Schüler, Art. 4 I GG

Als solche kommt zunächst die negative Glaubensfreiheit der anderen Schüler und Lehrer aus Art. 4 I, II GG in Betracht, die einen Anspruch darauf haben könnten, gerade nicht mit dem Gebet des Kl. konfrontiert zu werden.

"[28 Die in **Art. 4 Abs. 1 GG** geschützte Glaubensfreiheit **umfasst** neben der Freiheit, religiöse und weltanschauliche Überzeugungen zu bilden und zu haben sowie sich zu diesen Überzeugungen zu bekennen und sie zu verbreiten, **auch die negative Glaubensfreiheit, also die Freiheit, keine religiöse oder weltanschauliche Überzeugung zu haben oder eine solche abzulehnen.** Insoweit ist auch die Freiheit gewährleistet, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben; das bezieht sich auch auf

Negative Glaubensfreiheit ist von Art. 4 I, II GG geschützt: BVerfGE 122, 89, 119

Kulte und Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellt."

Ein solches Recht lehnt das BVerwG hier jedoch ab, weil auch die negative Glaubensfreiheit als Abwehrrecht nur gegen den Staat, nicht aber gegen den Kläger als natürliche Person gerichtet sei.

"[30] **Die negative Glaubensfreiheit ist ein Abwehrrecht, das sich gegen den Staat richtet.** Der Staat darf keine Lage schaffen, in welcher der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeit dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist. [...] Machen hingegen Schüler in der Schule von ihrer Glaubensfreiheit durch das Tragen religiöser Symbole oder durch kultische Handlungen Gebrauch, ist allenfalls eine Schutzpflicht des Staates gegenüber den Mitschülern betroffen. [...] Glaubensäußerungen von Schülern hat der Staat nicht veranlasst. Sie sind ihm nicht zuzurechnen. [...] Der Einzelne hat in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen gänzlich verschont zu bleiben (BVerfGE 108, 282, 302). Dies gilt auch für die Schule."

(2). Erziehungsrecht anderer Eltern, Art. 6 II GG

"[31] Die Glaubensfreiheit des Klägers kann nicht mit der Erwägung eingeschränkt werden, dies diene dem Schutz des Erziehungsrechts der Eltern seiner Mitschüler.

[32] Art. 6 II 1 GG garantiert den Eltern die Pflege und Erziehung ihrer Kinder als natürliches Recht. Dieses Grundrecht umfasst zusammen mit Art. 4 I GG das Recht zur Kindererziehung in weltanschaulicher und religiöser Hinsicht. Daher ist es zuvörderst Sache der Eltern, ihren Kindern diejenigen Überzeugungen in Glaubens- und Weltanschauungsfragen zu vermitteln, die sie für richtig halten. Dem entspricht das Recht, die Kinder von Glaubensüberzeugungen fernzuhalten, die den Eltern als falsch oder schädlich erscheinen.

[33] **Was die Begegnung von Kindern mit religiösen Handlungen Dritter angeht, reicht das elterliche Erziehungsrecht aber nicht weiter als die negative Glaubensfreiheit der Kinder.** Dementsprechend verleiht das Erziehungsrecht den Eltern nicht die Befugnis, ihre Kinder vor jeglicher Begegnung mit religiösen Handlungen Dritter zu schützen."

(3). Schulfrieden, Art. 7 I GG

Es bleibt eine Rechtfertigung durch den staatlichen Bildungsauftrag aus Art. 7 I GG. Das BVerwG hält die Wahrung des Schulfriedens zur Erfüllung desselben für unerlässlich:

"[42] **Die Erfüllung des staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrags nach Art. 7 Abs. 1 GG setzt voraus, dass der Schulfrieden gewahrt ist.** Damit ist ein Zustand der Konfliktfreiheit und -bewältigung gemeint, der den ordnungsgemäßen Unterrichtsablauf ermöglicht, damit der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag verwirklicht werden kann."

Gleichzeitig sieht es eine Gefährdung des Schulfriedens durch das klägerische Verhalten:

Erziehungsrecht der Eltern umfasst auch Glaubensfragen: BVerfGE 93, 1, 17; 108, 282, 301

Art. 7 I GG erstreckt sich auf den Schulfrieden: BVerfGE 108, 282, 303; Zimmermann, LKV 2010, 394, 398 m.w.N.

"[44] Am D.-Gymnasium sind unter den Schülern teilweise sehr heftige Konflikte ausgetragen worden, die von Vorwürfen gegen Mitschüler ausgingen, diese seien nicht den Verhaltensregeln gefolgt, die sich aus einer bestimmten Auslegung des Korans ergäben, wie beispielsweise dem Gebot, ein Kopftuch zu tragen, Fastenvorschriften einzuhalten, Gebete abzuhalten, kein Schweinefleisch zu verzehren, "unsittliches Verhalten" und "unsittliche Kleidung" sowie persönliche Kontakte zu "unreinen" Mitschülern zu vermeiden. Aus derartigen Anlässen sei es etwa zu Mobbing, Beleidigung, insbesondere mit antisemitischer Zielrichtung, Bedrohung und sexistischen Diskriminierungen gekommen. [...] Die ohnehin bestehende Konfliktlage würde sich verschärfen, wenn die Ausübung religiöser Riten auf dem Schulgelände gestattet wäre."

Somit kommt Art. 7 I GG hier als verfassungsimmanente Schranke in Betracht. Allein kollidierendes Verfassungsrecht genügt insoweit aber nicht. Dieses bedarf vielmehr auch einer Konkretisierung durch ein (einfaches) Parlamentsgesetz:

"[26] Die Einschränkung der vorbehaltlos gewährleisteten Glaubensfreiheit bedarf überdies einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage."

Eine solche liegt hier in §§ 46 II 3 des Schulgesetzes für das Land Berlin (SchulG) i.V.m. der Schulordnung. Zwar erwähnt § 46 II 3 SchulG das Verbot des Betens in der Schule nicht explizit, umfasst dieses jedoch generalklauselartig, soweit es - wie hier - um die Aufrechterhaltung des Schulfriedens geht. Konkretisiert wird sie durch die Schulordnung, welche laut Sachverhalt ein weltanschauliches und religiös neutrales Verhalten in der Schule außerhalb des Religionsunterrichts gebietet. Zwar ist die Schulordnung selbst kein Parlamentsgesetz; sie findet aber ihre Grundlage in § 76 II Nr. 8 SchulG, wonach die Schulkonferenz über Verhaltensregeln für den geordneten Ablauf des äußeren Schulbetriebs (Hausordnung) entscheidet.

Mithin liegt nach dieser Ansicht in Art. 7 I GG i.V.m. §§ 46 II 3, 76 II Nr. 8 SchulG i.V.m. der Schulordnung eine taugliche Schranke vor.

bb. Gesetzesvorbehalt

Nach der (vom BVerwG nicht erwähnten) Gegenauffassung unterliegt Art. 4 I GG über die "staatsbürgerlichen Pflichten" in Art. 140 GG i.V.m. 136 I WRV, die der Religionsausübung vorgehen und zu denen auch die Befolgung der Gesetze gehört, sogar einem (einfachen) Gesetzesvorbehalt. Danach läge in §§ 46 II 3, 76 II Nr. 8 SchulG i.V.m. der Hausordnung des D.-Gymnasiums erst Recht eine taugliche Schranke, ohne dass es auf deren Verankerung in Art. 7 I GG ankäme. Ob diese Ansicht zutrifft, muss also nicht entschieden werden. Nach beiden Auffassungen kann die Glaubensfreiheit des Kl. zur Wahrung des Schulfriedens beschränkt werden.

b. Schranken-Schranken

Jedoch unterliegt diese Schranke wiederum den Schranken der Verfassung. Sie darf im Lichte des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 III GG insbesondere nicht unverhältnismäßig streng angewendet werden. Vielmehr ist nach einem Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Wege der "praktischen Konkordanz" zu suchen. Das BVerwG hält im konkreten Fall die **Verhältnismäßigkeit** für gewahrt:

Merke:

Auch die verfassungsimmanenten Schranken müssen immer durch ein einfaches Parlamentsgesetz konkretisiert sein. Sie selbst (also Grundrechte Dritter und Staatsprinzipien) haben weder die Funktion noch die Bestimmtheit, für sich genommen als Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe zu dienen (vgl. BVerfGE 108, 282, 297 ff.).

aa. Geeignetheit

"[51] Die Einschränkung der Möglichkeit, in der Schule das rituelle islamische Mittagsgebet zu verrichten, ist geeignet, den damit verfolgten legitimen Zweck zu erreichen, der zutreffend prognostizierten Verschärfung der ohnehin bereits bestehenden konkreten Gefahr für den Schulfrieden zu begegnen."

bb. Erforderlichkeit

"[52] An diesem Zweck ausgerichtet erweist sich die Beschränkung der Glaubensfreiheit als erforderlich. Der vorhersehbaren Gefährdung des Schulfriedens kann nicht durch eine andere gleich wirksame Maßnahme begegnet werden, die die Glaubensfreiheit des Klägers nicht oder weniger einschränkt. [...]

Möglicherweise hätte über die Klage also anders entschieden werden müssen, wenn die Einrichtung eines "Gebetsraums" an der Schule möglich gewesen wäre, denn dann wäre ein generelles Betverbot unverhältnismäßig.

[57] **Als ein milderer Mittel kommt [zwar] grundsätzlich in Betracht, betwilligen Schülern einen Raum zuzuweisen, wo sie ihre Gebete unbeobachtet von anderen Schülern verrichten können. [...] Die Einrichtung eines speziellen Raums zur Verrichtung des Gebets [würde jedoch] die organisatorischen Möglichkeiten der Schule sprengen.**"

cc. Angemessenheit

"[59] Die Einschränkung der Glaubensfreiheit erweist sich als angemessen. Sie steht nicht außer Verhältnis zu dem sie rechtfertigenden legitimen Zweck.

[60] Allerdings wiegt die Einschränkung der Glaubensfreiheit des Klägers nicht leicht. Um den angestrebten Schulabschluss zu erreichen, ist er gehalten, sich zu den Zeiten im Schulgebäude aufzuhalten, die von der Schule vorgegeben sind. [...]

[61] Der mit der Einschränkung des Grundrechts verfolgte Zweck ist aber höher zu gewichten. [...] Dies gilt hier in besonderem Maße, weil durch die Verrichtung des Gebets eine bereits bestehende hinreichende Wahrscheinlichkeit der Störung des Schulfriedens aufgrund religiöser Konflikte erhöht würde und deshalb eine besonders intensive Gefahrenlage für den Schulfrieden zu besorgen wäre. Bei einer solchen Fallgestaltung muss die Religionsausübung des Klägers hinter die Wahrung des ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Schulfriedens zurücktreten."

II. Ergebnis

Der Kl. hat im konkreten Fall keinen Anspruch auf Abhaltung seiner Gebete in der Schule. Seine Klage ist unbegründet.

FAZIT:

Der Fall zeigt, dass Grundrechte nicht nur in Verfassungsbeschwerden, sondern auch in verwaltungsgerichtlichen Klausuren den Prüfungsschwerpunkt ausmachen können.

Besonderes Augenmerk sollte auf den Eingriffsakt gelegt werden: Die Gerichte gingen hier nur von einem Hinweis der Schulleiterin aus, der keinen Regelungsgehalt und daher keine Verwaltungsaktsqualität hatte. Wäre ein Betverbot ausgesprochen worden, hätte man (nach Diskussion der Merkmale "Regelung" und "Außenwirkung") wohl einen (Dauer-)Verwaltungsakt annehmen müssen mit der Folge, dass eine Anfechtungsklage statthaft gewesen wäre.

Zur Vertiefung der Thematik "Glaubensfreiheit contra Schulfrieden" sei das "Kopftuch-Urteil" des BVerfG (RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111) wärmstens empfohlen.

Problem: Begünstigte Vorhaben nach § 35 IV BauGB

BVERWG, URTEIL VOM 17.02.2011
4 C 9/10 (NVwZ 2011, 884)

EINLEITUNG:

Der Kläger (Kl.) wollte im Außenbereich ein "sonstiges Vorhaben" i.S.d. § 35 II BauGB errichten, das mit den Darstellungen des Flächennutzungsplans nicht in Einklang zu bringen war, das also den öffentlichen Belang des § 35 III Nr. 1 BauGB beeinträchtigte. Der Kl. berief sich jedoch darauf, dies könne ihm nach § 35 IV BauGB nicht entgegengehalten werden, weil sein Vorhaben nach § 35 IV Nr. 6 BauGB begünstigt sei.

Der VGH München hatte als Vorinstanz gemeint, § 35 IV BauGB schließe nur eine "Beeinträchtigung" öffentlicher Belange aus, nicht aber - was weiter zu prüfen sei - ein "Entgegenstehen" derselben. Stünden öffentliche Belange einem Vorhaben entgegen, sei dies selbst im Falle einer Privilegierung nach § 35 I BauGB unzulässig; nichts anderes könne dann für "sonstige Vorhaben" i.S.d. § 35 II BauGB gelten. Das BVerwG tritt dieser Auffassung jedoch entgegen: § 35 IV BauGB führe zur Unbeachtlichkeit der dort genannten "öffentlichen Belange", ohne dass weiter zu prüfen sei, ob diese nun nur "beeinträchtigt" seien oder zwingend "entgegen" stünden.

SACHVERHALT:

Der Kläger (Kl.) geht gewerblich der Fischerei nach und vermietet auch Angel- und Ausflugsboote. Für seinen Gewerbebetrieb erstrebt die Erteilung einer Baugenehmigung für einen zehn Liegeplätze umfassenden Bootslagerplatz an einem See, der im Außenbereich der Stadt S in Bayern liegt.

Die zuständige Behörde verweigerte ihm die Baugenehmigung unter Hinweis auf die entgegenstehende Darstellung des Baugrundstücks im (wirksamen) Flächennutzungsplan der Stadt S als "private Grünfläche". Der Kl. hält dem entgegen, unstreitig befinde sich schon jetzt auf dem Grundstück ein in seinem Bestand geschützter Gewerbebetrieb mit zahlreichen Gebäuden, zu denen die Errichtung des Bootslagerplatzes vom Ausmaß her völlig untergeordnete Bedeutung habe. Eine "privaten Grünfläche" gebe es also ohnehin nicht.

Hat der Kl. einen Anspruch auf die Baugenehmigung?

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUF BAUGENEHMIGUNG

- A. Anspruchsgrundlage
- B. Formelle Voraussetzungen
- C. Materielle Voraussetzungen
 - I. Tatbestand
 - 1. Genehmigungspflichtigkeit
 - 2. Genehmigungsfähigkeit
 - II. Rechtsfolge

LÖSUNG:**A. Anspruchsgrundlage**

Ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung könnte sich aus Art. 72 der Bayerischen Bauordnung (BayBauO) ergeben.

Leitsatz:

"Die in § 35 IV 1 BauGB aufgeführten Belange sind unabhängig von ihrem Gewicht schlechthin unbeachtlich."

Art. 72 BayBauO

(1) Die Baugenehmigung darf nur versagt werden, wenn das Vorhaben öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. [...]

Art. 73 BayBauO

(1) Außer bei Sonderbauten prüft die Bauaufsichtsbehörde nur
1. die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 bis 38 BauGB [...].

B. Formelle Voraussetzungen

In formeller Hinsicht ist ein ordnungsgemäßer Antrag an die zuständige Behörde zu stellen. Dass dies erfolgt ist, kann unterstellt werden.

C. Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht müsste das Vorhaben des Kl. genehmigungspflichtig und genehmigungsfähig sein.

I. Genehmigungspflichtigkeit

Art. 62 BayBauO:
Genehmigungspflichtig sind die Errichtung, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen, soweit in Art. 63, 64, 85, 86 und 87 nichts anderes bestimmt ist. [...]

Genehmigungspflichtig sind nach Art. 62 BayBauO die Errichtung, die Änderung oder die Nutzungsänderung baulicher Anlagen, soweit in Art. 63, 64, 85, 86 und 87 nichts anderes bestimmt ist. Bauliche Anlagen sind gem. Art. 2 BayBauO mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Dazu gehört auch ein Bootslagerplatz, um dessen Errichtung es hier geht.

Art. 2 I 1 BayBauO:
Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

II. Genehmigungsfähigkeit

Nach Art. 72 BayBauO ist eine Baugenehmigung zu erteilen, wenn das Vorhaben nicht gegen Vorschriften verstößt, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind. Zu diesen gehören nach Art. 73 I BayBauO jedenfalls auch die bauplanungsrechtlichen Normen der §§ 29 bis 38 BauGB. Diese finden gem. § 29 BauGB auf die Errichtung baulicher Anlagen Anwendung. Fraglich ist, ob hier ein Verstoß gegen §§ 30 ff. BauGB vorliegt.

1. Unbeplanter Außenbereich

Während § 30 BauGB die bauplanungsrechtliche Genehmigungsfähigkeit im Geltungsbereich eines Bebauungsplans regelt, verhalten sich die §§ 34, 35 BauGB zum unbeplanten Bereich, wobei für ein Vorhaben im Außenbereich wie das des Klägers § 35 BauGB gilt.

2. Privilegiertes oder sonstiges Vorhaben?

Innerhalb des § 35 BauGB nennt § 35 I BauGB zunächst sog. "privilegierte Vorhaben", die zulässig sind, soweit ihnen öffentliche Belange nicht **entgegenstehen**. Zu diesen gehört ein Bootslagerplatz ersichtlich nicht. Vielmehr handelt es sich um ein "sonstiges" Vorhaben nach § 35 II BauGB.

3. Beeinträchtigung öffentlicher Belange?

Sonstige Vorhaben sind im Außenbereich nur zulässig, sofern sie öffentliche Belange nicht **beeinträchtigen**. Zu "öffentlichen Belangen" in diesem Sinne gehören insbesondere die in § 35 III BauGB genannten Belange. Darunter findet sich in § 35 III Nr. 1 BauGB auch ein Widerspruch zum Flächennutzungsplan (F-Plan).

Laut Sachverhalt stellt der (wirksame) F-Plan der Stadt S das Baugebiet als "private Grünfläche" dar. Dieser Darstellung widerspricht es, wenn dort ein gewerblich genutzter Bootslagerplatz errichtet wird.

4. Begünstigtes (teilprivilegiertes) Vorhaben?

Allerdings sieht § 35 IV BauGB vor, dass bestimmten sonstigen Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB u.a. nicht entgegen gehalten werden kann, dass sie den Darstellungen eines F-Plans widersprechen, wenn sie im Übrigen außenbereichsverträglich sind.

"[8] Nach § 35 IV 1 BauGB kann den dort näher bezeichneten „begünstigten“ Vorhaben nicht entgegengehalten werden, dass sie Darstellungen des Flächennutzungsplans oder eines Landschaftsplans widersprechen, die natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigen oder die Entstehung, Verfestigung oder Erweiterung einer Splittersiedlung befürchten lassen, soweit sie im Übrigen außenbereichsverträglich sind."

Zu diesen sog. "teilprivilegierten" oder "begünstigten" Vorhaben gehört es nach § 35 IV Nr. 6 BauGB auch, wenn - wie hier vom Kl. - ein bereits zulässigerweise bestehender Gewerbebetrieb angemessen erweitert werden soll.

a. VGH München: "Entgegenstehen" weiterhin schädlich

Der VGH München hatte als Vorinstanz jedoch gemeint, § 35 IV BauGB schließe nur eine "Beeinträchtigung" öffentlicher Belange aus, nicht aber ein "Entgegenstehen". Zur Begründung bemüht das Gericht einen "Erst-Recht-Schluss" zu § 35 I BauGB: Stünde ein öffentlicher Belang i.S.d. § 35 III BauGB dem Vorhaben entgegen, sei sogar ein privilegiertes Vorhaben i.S.d. § 35 I BauGB unzulässig. Dann müsse dies aber erst Recht für sonstige Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB gelten. Es könne nicht sein, dass ein "sonstiges Vorhaben" i.S.d. § 35 II BauGB unter Berufung auf § 35 IV BauGB zulässig sein könne, wohingegen ein privilegiertes Vorhaben i.S.d. § 35 I BauGB unzulässig wäre, weil diesem eine Berufung auf § 35 IV BauGB ja versagt sei (vgl. den Wortlaut des § 35 IV BauGB, der explizit nur von "sonstigen Vorhaben" i.S.d. § 35 II BauGB spricht).

VGH München, BauR 2010, 2071

Nach dieser Ansicht wäre weiter zu prüfen, ob die Darstellungen des F-Plans durch das klägerische Vorhaben nur "beeinträchtigt" sind, oder ob die Darstellung einer "privaten Grünfläche" der Errichtung des Bootsagerplatzes zwingend entgegensteht.

b. BVerwG: Öffentlicher Belang in jedem Fall unbeachtlich

Dieser Sichtweise tritt das BVerwG im vorliegenden Urteil jedoch entgegen. Liege ein Fall des § 35 IV BauGB vor, sei der betreffende öffentliche Belang insgesamt unbeachtlich, unabhängig von der Frage, ob er nun "beeinträchtigt" sei oder "entgegenstehe":

Vgl. schon BVerwGE 120, 130, 134 = NVwZ 2004, 982

aa. Wortlaut des § 35 IV BauGB

"[10] Der Wortlaut des Gesetzes lässt sich für die Rechtsansicht [des VGH München] nicht in Anspruch nehmen. Der VGH räumt selbst ein, der Gesetzesformulierung lasse sich nicht unmittelbar entnehmen, „welche Qualität negativer Auswirkungen des Vorhabens auf die genannten Belange ausgeblendet sein solle“. Die Formulierung, wonach die benannten Belange einem Vorhaben nicht entgegengehalten werden können, spricht eher dafür, dass diese Gesichtspunkte unabhängig von ihrem Gewicht schlechthin unbeachtlich sein sollen. In diesem Sinn hat der Senat die Regelung auch in seiner bisherigen Rechtsprechung verstanden, in der von einem „Beiseiteschieben“ gesprochen wird."

bb. Systematik

"[14] Entgegen der Auffassung des VGH besteht auch kein Wertungswiderspruch im Hinblick auf eine nicht gewollte Schlechterstellung privilegierter Vorhaben. Soweit die Nutzungsänderung oder Erweiterung eines Vorhabens nach § 35 IV 1 BauGB der Neuerichtung eines privilegierten Vorhabens gegenübergestellt werden, trifft die systematische Einordnung des VGH von vornherein nicht zu. Wenn öffentliche Belange der erstmaligen Errichtung eines privilegierten Vorhabens an der geplanten Stelle entgegenstehen, ist

Für eine analoge Anwendung des § 35 IV BauGB zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch Bracher, in: Gelzer/Bracher/Reidt, BauplanungsR, 7. Aufl. [2004], Rdnr. 2223

es dort unzulässig. Häufig wird seine Errichtung stattdessen an anderer Stelle möglich sein. Die zu § 35 IV 1 BauGB genannten Argumente, die zu Gunsten eines beschränkten Bestandsschutzes und einer maßvollen Weiternutzung von vorhandenen Gebäuden ins Feld geführt werden, greifen nicht. In den Fällen einer Nutzungsänderung oder Erweiterung einer vorhandenen, nach § 35 I BauGB privilegierten Anlage wird im Regelfall die Beurteilung nach dieser Regelung zu sachgerechten Ergebnissen führen. Überdies mag zu erwägen sein, die der Regelung in § 35 IV 1 BauGB zu Grunde liegende Wertung für derartige Fälle entsprechend heranzuziehen."

Dem Vorhaben des Kl. können somit die Darstellungen im Flächennutzungsplan nicht entgegengehalten werden, gleichgültig, ob diese nur "beeinträchtigt" sind oder "entgegenstehen".

5. Zwischenergebnis

§ 35 II, III Nr. 1 BauGB stehen dem Vorhaben des Kl. nicht entgegen. Ein Verstoß gegen andere Vorschriften, die im bauaufsichtlichen Genehmigungsverfahren zu prüfen sind, ist auch nicht ersichtlich. Das Vorhaben des Kl. ist somit genehmigungsfähig.

III. Rechtsfolge

Der Kl. hat einen gebundenen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung.

FAZIT:

Die Entscheidung ist für alle baurechtlichen Fälle wichtig, in denen ein nach § 35 IV BauGB begünstigtes Vorhaben im Außenbereich errichtet werden soll.

Sie baut auf der grundlegenden Erkenntnis auf, dass ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I BauGB (nur) unzulässig ist, wenn ihm öffentliche Belange "entgegenstehen", während ein sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB (schon) unzulässig ist, sobald öffentliche Belange auch nur "beeinträchtigt" sind. Mit anderen Worten findet in § 35 I BauGB eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Belang einerseits und den Interessen des Bauherrn andererseits statt, wonach nur dann nicht gebaut werden darf, wenn der öffentliche Belang überwiegt ("entgegensteht"), wohingegen bei sonstigen Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB bereits eine Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs für sich genommen genügt, um das Vorhaben unzulässig zu machen. Die Interessen des Bauherrn werden dort gar nicht berücksichtigt.

Für den Gutachtenaufbau bedeutet dies, dass ein Verstoß gegen §§ 35 I, III BauGB jeweils in drei Schritten geprüft wird:

I. § 35 I BauGB:

1. Liegt eine Privilegierung i.S.d. § 35 I BauGB vor?
2. Werden öffentliche Belange i.S.d. § 35 III BauGB tangiert?
3. Überwiegen diese die Interessen des Bauherrn?

II. § 35 II BauGB:

1. Liegt ein sonstiges Vorhaben i.S.d. § 35 II BauGB vor?
2. Werden öffentliche Belange i.S.d. § 35 III BauGB tangiert?
3. Sind diese nicht nach § 35 IV BauGB unbeachtlich?

Sind alle drei Fragen mit "ja" zu beantworten, ist das Vorhaben nach § 35 I BauGB bzw. § 35 II BauGB unzulässig, ansonsten (insoweit) zulässig.

*Speziell für Referendare:***Problem: Sofort vollziehbare Abrissverfügung**

VG FREIBURG, BESCHLUSS VOM 27.12.2011
4 K 2157/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINFÜHRUNG:

A. Das VG Freiburg hatte sich zunächst mit den Anforderungen zu befassen, die § 80 II 1 Nr. 4 VwGO an die **Anordnung der sofortigen Vollziehung** eines Verwaltungsaktes stellt.

I. Bekanntlich ist ein besonderes Vollziehungsinteresse erforderlich, das nicht allein schon mit der Rechtmäßigkeit des zu vollziehenden Verwaltungsaktes begründet werden kann.

II. Im konkreten Fall kam hinzu, dass es sich um eine **Abrissverfügung** handelte. Es leuchtet ein, dass die Dringlichkeit hier besonders hoch sein muss, da ein Abriss vielfach gravierende wirtschaftliche, u.U. gar irreversible Folgen nach sich zieht. Das VG legt die Latte daher entsprechend hoch: Die sofortige Vollziehung einer Abrissverfügung sei grundsätzlich ausgeschlossen. Etwas anderes könne nur gelten, wenn die betreffende Abrissverfügung **evident rechtmäßig** sei **und** ein **besonderes Beseitigungsinteresse** bestehe, das z.B. in der negativen Vorbildwirkung eines illegalen Baus liegen könne.

B. Sodann ging es um die ordnungsgemäße Begründung der Vollziehungsanordnung nach § 80 III VwGO.

I. Zunächst muss die Begründung (über den Wortlaut des § 80 III VwGO hinaus) nicht nur vorhanden, sondern auch inhaltlich konkret, schlüssig und nachvollziehbar sein. Sie darf also nicht nur Floskeln enthalten ("Es ist besonders eilig") oder gar nur den Gesetzeswortlaut wiederholen ("Sie gefährden die öffentliche Sicherheit").

II. Diesbezüglich zeigt sich das VG aber recht großzügig: Es genüge, dass die Behörde ihre Gründe für die Anordnung der sofortigen Vollziehung so darlege, dass der Betroffene erkennen könne, dass sie sich der Notwendigkeit eines besonders eilbedürftigen Vollzugsinteresses bewusst war.

§ 80 III 1 VwGO:

In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 4 ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes schriftlich zu begründen.

SACHVERHALT:

Dem Antragsteller (ASt.) wurde unter Anordnung der sofortigen Vollziehung aufgegeben, einen von ihm formell und materiell illegal errichteten Geräteschuppen abzureißen. Zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung führte die Behörde aus:

"Der Abriss ist sofort zu vollziehen, da Sie ansonsten die formell und materiell baurechtswidrige Anlage über längere Zeit nutzen könnten und dadurch Vorteile gegenüber einem rechtstreuen Bürger hätten. Ferner ist Ihnen aufgrund des Ihnen übersandten behördlichen Hinweises die baurechtliche Unzulässigkeit ihres Vorhabens auch bewusst gewesen. Sie haben somit in Kenntnis des Risikos des Rückbaus gehandelt. Ohne sofortige Vollziehungsanordnung besteht ferner die Gefahr, dass sich während der Dauer des Klageverfahrens andere potentielle Bauwillige auf Ihr Bauvorhaben berufen."

Der ASt. hat Klage erhoben und parallel beim VG um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung derselben ersucht.

Unterstellt, dass die Abrissverfügung rechtmäßig ist: Ist sein Eilantrag nach § 80 V 1, 2. Fall VwGO begründet?

LÖSUNG:

Der Antrag ist begründet, sofern die Anordnung der sofortigen Vollziehung (AsV) formell rechtswidrig ist und/oder sich im Rahmen einer summarischen Prüfung ergibt, dass das Aussetzungsinteresse des Ast. das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

A. Formelle Rechtswidrigkeit der AsV

In formeller Hinsicht ist fraglich, ob die AsV von der zuständigen Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form getroffen worden ist.

I. Zuständigkeit

Zuständig sind nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO Ausgangs- und Widerspruchsbehörde. Hier war die AsV mit dem Ausgangsbescheid verbunden.

II. Verfahren

Streitig ist, ob zur AsV nach § 28 I VwVfG gesondert angehört werden muss. Eine Ansicht bejaht dies, weil in der AsV ein eigener, belastender Verwaltungsakt i.S.d. § 28 I VwVfG i.V.m. § 35 S. 1 VwVfG liege. Dagegen sprechen jedoch erhebliche Bedenken: Zum einen trifft die AsV selbst keine materielle Regelung, setzt also keine Rechtsfolge. Ferner kann sie - anders als ein VA - weder bestandskräftig werden noch selbstständig für sich stehen. Vor allem aber wäre sie - handelte es sich um einen VA - wiederum mit Widerspruch und Anfechtungsklage nach § 80 I VwGO suspendierbar. Eine Endloskette von Vollziehungsanordnungen und Widersprüchen bzw. Anfechtungsklagen wäre die Folge - ein vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewolltes Ergebnis. Somit sprechen die besseren Argumente gegen die Annahme eines eigenen Verwaltungsakts. Einer gesonderten Anhörung nach § 28 I VwVfG zur AsV bedarf es daher nicht.

III. Form

Fraglich ist, ob die Form des § 80 III VwGO beachtet wurde. Danach bedarf die AsV einer schriftlichen Begründung, wobei diese - um für den Bürger verständlich zu sein und damit die ihr teleologisch zugedachte Funktion erfüllen zu können - über den Wortlaut des § 80 III VwGO hinaus nicht nur vorhanden, sondern inhaltlich so konkret und bestimmt sein muss, dass sie die Motive der Behörde für die AsV erkennen lässt. Das VG zeigt sich insoweit großzügig:

"§ 80 III 1 VwGO verlangt [indes] nur, dass die Behörde die aus ihrer Sicht bestehenden Gründe für die Anordnung der sofortigen Vollziehung benennt und damit zugleich dokumentiert, dass sie sich der Notwendigkeit eines besonders eilbedürftigen Vollzugsinteresses bewusst gewesen ist.

Das Landratsamt hat hier die Anordnung der sofortigen Vollziehung damit begründet, dass der Antragsteller ansonsten eine (formell und materiell) baurechtswidrige Anlage über längere Zeit nutzen könnte und dadurch Vorteile gegenüber einem rechtstreuen Bürger hätte, dass ihm aufgrund eines ihm übersandten Falts die (baurechtliche) Unzulässigkeit seines Vorhabens bewusst gewesen sei und er deshalb in Kenntnis des Risikos des Rückbaus gehandelt habe und dass während der Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens die Gefahr bestehe, dass andere potentielle Bauwillige sich auf sein Bauvorhaben berufen könnten. Diese Begründung ist, da

Dieser Streit sollte in Referendarklausuren möglichst knapp gehalten werden, wenn er denn überhaupt zu erwähnen ist, da die Rspr. (vgl. nur OVG Hamburg, NVwZ-RR 2007, 364, 364) nahezu geschlossen gegen eine Anwendung des § 28 I VwVfG ist (vgl. Proppe, JA 2004, 324, 327: "Scheinproblem").

Merke:

Nur die Begründung, nicht die AsV selbst, bedarf nach § 80 III VwGO der Schriftform!

es sich bei § 80 III 1 VwGO lediglich um eine formelle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung handelt, ausreichend. Ob die insoweit genannten Erwägungen der Behörde inhaltlich zutreffen, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Denn das Gericht nimmt im Rahmen des Verfahrens nach § 80 V VwGO eine eigene (materielle) Interessenabwägung vor und ist dabei nicht auf die bloße Überprüfung der von der Behörde getroffenen Entscheidung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO beschränkt."

Die AsV ist damit insgesamt formell rechtmäßig.

B. Interessenabwägung

Fraglich bleibt danach, ob das Suspensivinteresse des ASt. das Vollzugsinteresse der Allgemeinheit überwiegt.

I. Rechtswidrigkeit des VA

Dies beurteilt das Gericht zunächst nach den Erfolgsaussichten der Hauptsache. Erweist sich der angefochtene VA danach als offensichtlich rechtswidrig, hätte eine Anfechtungsklage in der Hauptsache also hinreichende Aussicht auf Erfolg, überwiegt das Suspensivinteresse des ASt. stets, denn an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts kann es kein legitimes Vollzugsinteresse geben.

Hier ist jedoch in der Fallfrage vorgegeben, dass die Abrissverfügung rechtmäßig ist. Somit kann nicht allein aus den Erfolgsaussichten der Hauptsache auf ein überwiegendes Suspensivinteresse des ASt. geschlossen werden.

II. Besonderes Vollzugsinteresse

Andererseits genügt die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verwaltungsakts aber für sich genommen gerade bei § 80 II 1 Nr. 4 VwGO nicht, um auf ein überwiegendes Vollzugsinteresse zu schließen. Vielmehr bedarf es eines "besonderen" Vollzugsinteresses. Wollte man selbiges allein aus der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ableiten, könnte schlicht jeder (rechtmäßige) Verwaltungsakt für sofort vollziehbar erklärt und dadurch die gesetzliche Regel des § 80 I VwGO, wonach grundsätzlich Suspensiveffekt besteht, in ihr Gegenteil verkehrt werden. **Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ist also notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für die AsV.** Fraglich ist, ob hier ein besonderes Vollziehungsinteresse vorlag.

1. Strenge Anforderungen bei Abrissverfügungen

"In Rechtsprechung und Literatur [ist] allgemein anerkannt, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungs- bzw. Abbruchverfügung, wie hier, in der Regel nicht in Betracht kommt, weil dadurch vollendete Tatsachen geschaffen werden, die im Fall eines erfolgreichen Hauptsacherechtsbehelfs (in Form eines Widerspruchs oder einer Klage) nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

Doch gilt dann etwas anderes, wenn der Widerspruch oder die Klage offensichtlich und nicht nur nach summarischer Prüfung keinen Erfolg haben kann, weil die angefochtene Verfügung offensichtlich rechtmäßig ist, das heißt unter keinen in Betracht kommenden Gesichtspunkten rechtlichen Bedenken begegnet [dies ist hier der Fall, s.o. B.I.], **und wenn für die sofortige Vollziehung der Abbruchverfügung ein besonderes Vollzugsinteresse vorliegt,** das heißt wenn ein besonderes öffentliches Inte-

An dieser Stelle wäre im Examen natürlich ausführlich zu prüfen, ob der streitgegenständliche VA rechtmäßig oder rechtswidrig ist, und zwar nicht nur - wie sonst - summarisch, sondern auf eine *evidente* Rechtmäßigkeit hin (vgl. die Ausführungen unter B.II.).

Ebenso OVG Münster, NVwZ 1998, 977; OVG Lüneburg, BauR 1994, 611; VGH Kassel, NVwZ 1985, 664; Dürr, Baurecht, 12. Aufl. 2008, RdNr. 304 m.w.N.

resse daran besteht, dass die Abbruchverfügung bereits vor rechtskräftigem Abschluss des Hauptsacheverfahrens umgesetzt wird."

2. Negative Vorbildwirkung als besonderes Vollzugsinteresse

In der hier von der Behörde befürchteten negativen Vorbildwirkung sieht das VG ein auch den o.g. strengen Voraussetzungen genügender besonderes Vollzugsinteresse:

Ebenso zur "negativen Vorbildwirkung" als besonderes Vollzugsinteresse: OVG Münster, NVwZ-RR 1996, 192; OVG Lüneburg, BauR 1994, 611

"Im vorliegenden Fall besteht auch ein **besonderes Interesse** an dem Vollzug der im angegriffenen Bescheid erlassenen Verfügungen bereits vor Abschluss des Widerspruchsverfahrens und eines sich ggf. anschließenden Klageverfahrens. Ein solches Verfahren kann, wenn der Antragsteller alle denkbaren Rechtsbehelfe ergreift, unter Umständen mehrere Jahre dauern und ist gerade aus Sicht der unteren Baurechtsbehörde zeitlich schwer kalkulierbar. In dieser Zeit vermittelt die bereits errichtete Anlage für außenstehende Personen den Eindruck einer rechtmäßigen oder zumindest geduldeten Anlage. Das wiederum ist geeignet, **eine Vorbildwirkung auszuüben und andere Personen zur Errichtung gleichartiger Anlagen zu ermutigen**. Dass solche Vorbildwirkungen eine maßgebende Ursache sind für die Ausbreitung gerade von ungenügenden Freizeit- und sonstigen Anlagen im Außenbereich ist allseits bekannt und in Literatur und Rechtsprechung - auch in der Kammer - hinreichend belegt. In beinahe allen Fällen berufen sich die Erbauer solcher Anlagen auf vergleichbare Vorhaben in der näheren Umgebung und begründen ihr Vorgehen damit, dass gegen jene Anlagen nicht vorgegangen wurde. [...] Das rechtfertigt es hier ausnahmsweise, die angegriffene Abbruchverfügung schon vor ihrer Bestandskraft zu vollziehen."

C. Ergebnis

Die Interessenabwägung fällt zu Lasten des ASt. aus. Sein Antrag ist damit insgesamt unbegründet.

FAZIT:

Das Begründungserfordernis des § 80 III VwGO ist gerade für Referendare wichtig. Sie werden die Akte auf das Vorliegen einer Begründung hin durchzusehen und diese an den o.g. inhaltlichen Anforderungen zu messen haben. Entsprechendes gilt natürlich für Klausuren an Universitäten und zum 1. Staatsexamen, wenn im Sachverhalt eine Begründung abgedruckt ist. Ansonsten kann dort allerdings das Vorliegen einer ausreichenden Begründung unterstellt werden, da die Formalien normalerweise laut Bearbeitervermerk in Ordnung sind. Materiellrechtlich überzeugen die Ausführungen des VG: Weil eine Abrissverfügung besonders belastend ist und gravierende Folgen nach sich zieht, muss die Messlatte für eine sofortige Vollziehbarkeit besonders hoch liegen. Deshalb reicht eine nur summarische Prüfung der Rechtmäßigkeit nicht aus; diese muss für das Gericht vielmehr evident sein. Auch dieser Punkt ist vor allem für Referendare wichtig, die - im Gegensatz zu Studierenden - mit streitigen Sachverhalten konfrontiert werden können: Sollte sich eine streitige, entscheidungserhebliche Tatsache in der Eile des vorläufigen Rechtsschutzes nicht klären lassen, führt dies laut VG Freiburg automatisch zum Überwiegen des Suspensivinteresses, weil die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts dann jedenfalls nicht mehr "evident" ist.

Strafrecht

Problem: Erlaubnistatbestandsirrtum

BGH, URTEIL VOM 02.11.2011
2 STR 375/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Auswirkung eines Erlaubnistatbestandsirrtums. In dieser – bei § 32 StGB auch „Putativnotwehr“ genannten – Konstellation ist der Täter zwar objektiv nicht gerechtfertigt, nimmt aber irrig Umstände an, bei deren tatsächlichen Vorliegen er gerechtfertigt wäre.

In der vorliegenden Entscheidung bekennt sich der BGH hinsichtlich der Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums erstmals eindeutig zur sog. rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie, indem er ausführt, dass bei diesem Irrtum analog § 16 I 1 StGB die Vorsatzschuld entfalle.

SACHVERHALT:

Im Februar und März 2010 entstanden Gerüchte, dass ein Mitglied des verfeindeten Motorradclubs „Bandidos“ ein Mitglied der „Hells Angels“ töten oder zumindest schwer verletzen wolle. Der Angeklagte A, selbst ein Mitglied der „Hells Angels“, war davon überzeugt, dass ein Mitglied der „Bandidos“ tatsächlich einen Angriff auf ein Mitglied der „Hells Angels“ plane.

In der Zwischenzeit ermittelten die Strafverfolgungsbehörden gegen Mitglieder der „Hells Angels“ wegen versuchter räuberischer Erpressung. Das Amtsgericht Ko. erließ einen Durchsuchungsbeschluss betreffend die Durchsuchung von Wohnhaus und Fahrzeug des A. Weil A als gewaltbereit eingeschätzt wurde und über Schusswaffen verfügte, beschloss das Landeskriminalamt, dass ein Spezialeinsatzkommando (SEK) eingesetzt werden solle, um gewaltsam in das Haus des A einzudringen, diesen im Schlaf zu überraschen und eine ungestörte Durchsuchung zu ermöglichen. Fünf Beamte des SEK postierten sich zu diesem Zweck an der Vorderfront nahe der Eingangstür dicht an der Hauswand. Darunter befand sich K als Türöffnungsspezialist. Alle Beamten waren bewaffnet und mit Helmen nebst Visier sowie Schutzwesten mit der Aufschrift „Polizei“ ausgerüstet.

Der Einsatz begann um 06.00 Uhr bei Dämmerung. Im Haus des A brannte kein Licht. K setzte, vor der Haustür kniend, das hydraulische Gerät zur Türöffnung an, worauf eine der Verriegelungen mit lautem Knacken zerbrach.

Inzwischen war A, der zusammen mit seiner Verlobten im Obergeschoss geschlafen hatte, von dieser geweckt worden, weil sie Geräusche gehört hatte; er hatte vergeblich versucht, durch das Schlafzimmerfenster Personen zu erkennen und hatte Geräusche sowie Stimmen an der Haustür gehört. Er nahm an, dass er das Opfer des angekündigten Überfalls von „Bandidos“ werden sollte. Er nahm eine Pistole, über die er mit behördlicher Waffenbesitzerlaubnis verfügte, lud sie mit einem Magazin mit acht Patronen und betätigte den Lichtschalter für die Beleuchtung von Flur und Treppe. Er ging dann die Treppe hinab und nahm wahr, dass trotz des eingeschalteten Lichts weiter an der Haustür gearbeitet wurde. Die Beamten hatten über die Hörsprecheinrichtung ihrer Helme die Meldung „Licht“ erhalten, gin

Erlaubnistatbestandsirrtum i.R.v.
§ 32 StGB heißt auch Putativnotwehr

Der Sachverhalt, wegen dessen ermittelt wurde, wird ebenfalls in diesem Heft besprochen

gen aber gleichwohl weiter verdeckt vor und gaben sich nicht zu erkennen. Aus der Fortsetzung der Aufbruchtätigkeiten an der Haustür trotz Einschaltung der Beleuchtung im Hause schloss A, dass es sich nicht um normale Einbrecher handelte, sondern um den befürchteten, gegen sein Leben und das seiner Verlobten gerichteten Angriff von „Bandidos“. Durch zwei Ornamentgläser in der Haustür konnte er keine Einzelheiten erkennen, sah aber Umrisse einer Person. Er blieb am Treppenabsatz in Deckung stehen und rief: „verpisst euch“, was jedoch von den Beamten nicht gehört wurde, die das Aufbrechen der Haustür fortsetzten. In dieser von ihm als lebensbedrohlich empfundenen Situation gab A, der damit rechnete, er könne alsbald durch die Tür oder sofort nach dem unmittelbar drohenden Aufbrechen der Tür von den vermeintlichen Angreifern beschossen werden, zu seiner Verteidigung zwei Schüsse auf die Tür ab. Bei der Schussabgabe nahm A billigend in Kauf, dass ein Mensch tödlich getroffen werden könnte. Der zweite Schuss durchschlug die Tür und traf K unter den erhobenen linken Arm. Das Geschoss drang durch die Öffnung des Schutzpanzers am Oberarm in den Brustkorb ein und verletzte K tödlich. Nun rief ein anderer Beamter: „Sofort aufhören zu schießen. Hier ist die Polizei.“ A legte die Waffe sofort weg, lief zum Fenster und rief: „Wie könnt ihr so was machen? Warum habt ihr nicht geklingelt? Wieso gebt ihr euch nicht zu erkennen?“.

Hat A sich wegen Tötungsdelikten strafbar gemacht, wenn der Polizeieinsatz rechtmäßig war?

PRÜFUNGSSCHEMA: NOTWEHR, § 32 STGB

- I. Objektive Voraussetzungen
 1. Notwehrlage: Gegenwärtiger rechtswidriger Angriff
 2. Notwehrhandlung
 - a. Verteidigungshandlung richtet sich gegen den Angreifer
 - b. Geeignetheit der Handlung zur Abwehr des Angriffs
 - c. Erforderlichkeit der Handlung zur Abwehr des Angriffs
 - d. Gebotenheit der Handlung zur Abwehr des Angriffs
- II. Subjektive Voraussetzung: Verteidigungswille

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. § 212 I StGB durch den Schuss

Dadurch, dass er auf die Tür schoss, könnte A sich wegen Totschlags gem. § 212 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tötung eines anderen Menschen

Durch den Schuss hat A den K, einen anderen Menschen, getötet.

2. Vorsatz

A hat den Tod des K billigend in Kauf genommen, also mit (Eventual-)Vorsatz gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

Eine Rechtfertigung des A aus Notwehr, § 32 StGB, würde eine Notwehrlage, also einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff, voraussetzen. Da der Polizeieinsatz jedoch rechtmäßig war, stellt dieser zumindest keinen rechtswidrigen Angriff dar, sodass A nicht aus Not-

wehr gerechtfertigt ist. Da auch andere Rechtfertigungsgründe nicht ersichtlich sind, hat A rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

A hatte jedoch nicht gewusst, dass es sich bei den Menschen, auf die er schoss, um Polizisten handelte, die lediglich eine Hausdurchsuchung bei ihm durchführen wollten. Er hatte vielmehr angenommen, dass Mitglieder der „Bandidos“ bei ihm einbrechen würden, um ihn zu töten.

A könnte sich deshalb in einem Erlaubnistatbestandsirrtum befinden haben. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, bei deren tatsächlichen Vorliegen die Tat gerechtfertigt wäre.

„[20] [...] jedenfalls befand sich der Angeklagte in einem Erlaubnistatbestandsirrtum.

[21] Die Voraussetzungen eines Irrtums über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes liegen vor. Dies führt entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB zum Ausschluss der Vorsatzschuld.

[22] Der Angeklagte ging nach den Feststellungen des Landgerichts aufgrund der Hinweise vom Vortag durch die Zeugen L. und Le. von einem Überfall durch ein Rollkommando der verfeindeten ‚Bandidos‘ aus. Er schloss einen ‚normalen Einbruch‘ angesichts des Vorgehens der Angreifer, die sich auch durch Einschalten der Beleuchtung im Haus und den Ruf ‚verpisst euch‘ nicht aufhalten ließen, aus. Die Bedrohung war aus seiner Sicht akut, da die Angreifer die Haustür bereits weitgehend aufgebrochen hatten und das Eindringen unmittelbar bevorstand, weil er mit einer nicht abschätzbaren Zahl von Angreifern mit unbekannter Bewaffnung und Ausrüstung und mit einem besonders aggressiven Vorgehen rechnete. Wenn diese irrtümliche Annahme des Angeklagten zutreffend gewesen wäre, wäre der sogleich auf eine Person gerichtete Schusswaffeneinsatz als erforderliche Notwehrhandlung gerechtfertigt gewesen.

[23] Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, dann ist sie grundsätzlich dazu berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; der Angegriffene muss sich nicht mit der Anwendung weniger gefährlicher Verteidigungsmittel begnügen, wenn deren Abwehrwirkung zweifelhaft ist. Das gilt auch für die Verwendung einer Schusswaffe. **Nur wenn mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, hat der Verteidigende dasjenige Mittel zu wählen, das für den Angreifer am wenigsten gefährlich ist.** Wann eine weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig zu beseitigen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist der Verteidigende zudem nur dann auf die für den Angreifer weniger gravierende verwiesen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht. **In der Regel ist der Angegriffene bei einem Schusswaffeneinsatz zwar gehalten, den Gebrauch der Waffe zunächst anzudrohen** oder vor einem tödlichen Schuss einen weniger gefährlichen Einsatz zu versuchen. **Die Notwendigkeit eines Warnschusses kann aber nur dann angenommen werden, wenn ein solcher Schuss auch dazu geeignet gewesen wäre, den Angriff endgültig abzuwehren.** Das war hier nicht der Fall, zumal der Angeklagte damit

Zu den Voraussetzungen des Erlaubnistatbestandsirrtums: Stiebig, JURA 2009, 274

Der BGH folgt mit dieser Lösung der sog. rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie (auch Fischer, § 16 Rn. 22; Wessels/Beulke, AT, Rn. 478 f.).

Andere Auffassungen zu den Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums:

- nach der strengen Schuldtheorie ist § 17 StGB anzuwenden, sodass bei Unvermeidbarkeit des Irrtums gem. § 17 S. 1 StGB die Schuld entfällt (NK-Paffgen, Vor §§ 32 ff., Rn. 123)

- nach der Lehre von Ausschluss des Vorsatzunrechts ist entsprechend § 16 I 1 StGB der Vorsatz zu verneinen (Geppert, JURA 2007, 33, 36 f.)

- nach der Vorsatztheorie entfällt gem. § 16 I 1 StGB der Vorsatz (vgl. Otto, JURA 1990, 645, 647)

- nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist auch gem. § 16 I 1 StGB der Vorsatz zu verneinen (Kindhäuser, StGB, Vor §§ 32-35, Rn. 37 ff.)

rechnete, dass er seinerseits von den Angreifern durch die Tür hindurch beschossen werden könne. Ihm blieb angesichts seiner Annahme, dass ein endgültiges Aufbrechen der Tür und das Eindringen mehrerer bewaffneter Angreifer oder aber ein Beschuss durch die Tür unmittelbar bevorstand, keine Zeit zur ausreichenden Abschätzung des schwer kalkulierbaren Risikos. Bei dieser zugespitzten Situation ist nicht ersichtlich, warum die Abgabe eines Warnschusses die Beendigung des Angriffs hätte erwarten lassen.

[24] **Ein Warnschuss ist im Übrigen auch nicht erforderlich, wenn dieser nur zu einer weiteren Eskalation führen würde.**

Hier war aus Sicht des Angeklagten zu erwarten, dass die hartnäckig vorgehenden Angreifer ihrerseits gerade dann durch die Tür schießen würden, wenn sie durch einen Warnschuss auf die Abwehrbereitschaft des Angeklagten aufmerksam gemacht worden wären. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss sich ein Verteidiger nicht einlassen. Daher waren beide Schüsse, die der Angeklagte durch die Tür abgegeben hat, aus seiner Sicht erforderliche Notwehrhandlungen. Dieser Irrtum führt zum Wegfall der Vorsatzschuld.“

A handelte also ohne (Vorsatz-) Schuld.

IV. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 212 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 222 StGB durch den Schuss

Durch den Schuss könnte sich A jedoch wegen fahrlässiger Tötung zum Nachteil des K gem. § 222 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs

K ist tot, der tatbestandliche Erfolg des § 222 StGB somit eingetreten.

2. Kausale Handlung

K ist auch durch den Schuss des A gestorben.

3. Objektive Sorgfaltspflichtverletzung

A müsste bei Abgabe des Schusses fahrlässig, also objektiv sorgfaltspflichtwidrig, gehandelt haben.

„[15] Fahrlässigkeit im Sinne von §§ 16 Abs. 1 Satz 2, 222 StGB ist dem Angeklagten ebenfalls nicht vorzuwerfen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn er seinen Irrtum über die Identität und Absicht der Angreifer hätte vermeiden können. Das ist ausgeschlossen, weil der Angeklagte nach den rechtsfehlerfreien und lückenlosen Feststellungen des Landgerichts mit plausiblen Gründen von einem lebensbedrohenden Angriff durch ‚Bandidos‘ ausging, ferner weil die tatsächlich angreifenden Polizeibeamten sich auch nach Einschaltens der Beleuchtung im Haus nicht zu erkennen gaben und weil der Angeklagte wegen ihres verdeckten Vorgehens keine Möglichkeit hatte, rechtzeitig zu erkennen, dass es sich um einen Polizeieinsatz handelte.“

A hat also nicht sorgfaltspflichtwidrig gehandelt.

Da der Erlaubnistatbestandsirrtum nach der vom BGH vertretenen Auffassung analog § 16 I 1 StGB nur die Vorsatzschuld ausschließt, ist eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit (analog 16 I 2 StGB) trotz des Irrtums immer noch möglich.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 222 StGB

C. Gesamtergebnis

A hat sich nicht wegen Tötungsdelikten strafbar gemacht.

FAZIT:

Der Erlaubnistatbestandsirrtum stellt ein klassisches Examensproblem dar, dass sich nicht nur mit Tötungs- und Körperverletzungsdelikten, sondern auch mit anderen Tatbeständen kombinieren lässt. Bei der Prüfung des Vorliegens eines Erlaubnistatbestandsirrtums wird oft der Fehler gemacht, nur zu prüfen, ob der Täter sich Umstände vorstellt, die eine Rechtfertigungslage begründen würden. Um den Erlaubnistatbestandsirrtum jedoch vom sog. „Doppelirrtum“ abzugrenzen, muss geprüft werden, ob bei Vorliegen der vom Täter irrig angenommenen Umstände sämtliche objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes gegeben wären, bei der Notwehr also insb. auch die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung. Dies macht der BGH in der vorliegenden Entscheidung in vorbildlicher Weise.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums führt der BGH in dem Urteil seine bisherige Rechtsprechung fort, dass dieser Irrtum analog § 16 I 1 StGB die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tat entfällt, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit aber weiterhin möglich bleibt. Zwei Dinge sind allerdings an der vorliegenden Entscheidung bemerkenswert: Zum einen benutzt der BGH entgegen seiner Gewohnheit den Begriff „Erlaubnistatbestandsirrtum“, während er ansonsten bei einer entsprechenden Konstellation i.R.v. § 32 StGB immer von „Putativnotwehr“ gesprochen hatte. Zum anderen legt sich der BGH durch die Formulierung, dass bei einem Erlaubnistatbestandsirrtum die „Vorsatzschuld“ entfalle, erstmals hinsichtlich der von ihm vertretenen Auffassung eindeutig zugunsten der sog. rechtsfolgenverweisenden Variante der eingeschränkten Schuldtheorie fest, während frühere Entscheidungen auch als Anwendung der Lehre vom Ausschluss des Vorsatzunrechts verstanden werden konnte.

Problem: Zeitpunkt der Beihilfe und Gehilfenvorsatz

BGH, BESCHLUSS VOM 08.11.2011
3 STR 310/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 27 I StGB:

„Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.“

EINLEITUNG:

Der BGH befasst sich in dieser Entscheidung mit klassischen Problemen zur Beihilfe, nämlich den Fragen, in welchem Zeitraum eine Beihilfehandlung möglich ist, inwieweit die Beihilfehandlung für die Haupttat kausal sein muss und wie konkret der Gehilfenvorsatz die Haupttat umfassen muss.

Hierbei bleibt der BGH inhaltlich seiner bisherigen Rechtsprechung treu: Eine Beihilfe ist möglich vom Vorbereitungsstadium bis zur Beendigung der Haupttat, die Beihilfehandlung muss für die Haupttat nicht im Sinne der *Conditio-sine-qua-non*-Formel kausal sein, sondern nur „die Haupttat fördern“ und der Gehilfenvorsatz muss nur die wesentlichen Merkmale der Haupttat umfassen.

SACHVERHALT:

Die Angeklagte A übersandte in den frühen Morgenstunden des 28.09.2010 ihrem Bekannten G verschiedene Kurznachrichten (SMS) auf sein Mobiltelefon, in denen sie ihn veranlasste, zu ihrer Wohnung zu kommen. Hintergrund waren Mutmaßungen, G habe einen Amphetaminvorrat des K aus der Wohnung weggenommen.

Nach dem Eintreffen des G kam es zu einer Auseinandersetzung zwischen K und G, in deren Verlauf K den G beschuldigte, das Amphetamin gestohlen zu haben. K verlangte eine „Entschädigung“ von 1.000 €. Um dieser Forderung Nachdruck zu verleihen, schlug und trat K den G und stach ihm mit einem Küchenmesser in den rechten Oberschenkel. Anschließend äußerte A mehrfach: "Komm, rück die Kohle schon raus". Aus Angst vor weiteren Misshandlungen überließ G dem K den Kraftfahrzeugbrief und die Schlüssel zu seinem Pkw.

Hat A sich wegen Beihilfe hierzu strafbar gemacht, wenn K den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht hat?

PRÜFUNGSSCHEMA: BEIHILFE, § 27 STGB

- I. Tatbestand
 1. Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat
 2. Hilfeleisten
 3. Vorsatz („doppelter Gehilfenvorsatz“)
 - a. Bzgl. vorsätzlicher, rechtswidriger Haupttat
 - b. Bzgl. Hilfeleisten
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB durch Versenden der SMS

Durch das Verfassen und Versenden der SMS an G könnte A sich wegen Beihilfe zu gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

K hat den Tatbestand der gefährlichen Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2 StGB vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht, sodass eine teilnahmefähige Haupttat vorliegt.

2. Hilfeleisten

A müsste K durch das Versenden der SMS Hilfe geleistet haben.

„[12] [Der Senat weist] darauf hin, dass die Strafbarkeit wegen Beihilfe gemäß § 27 StGB zwar nicht voraussetzt, dass **die auf Unterstützung des Haupttäters gerichtete Handlung des Gehilfen sich auf die Begehung der Haupttat im Sinne der Bedingungs- theorie kausal auswirkt. Ausreichend ist vielmehr, dass sie die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder fördert.**“

Durch das Versenden der SMS hat A den G an den Tatort gelockt und so die Begehung der Haupttat durch K ermöglicht. Sie war also sogar im Sinne der Bedingungs- theorie kausal für die Haupttat, sodass ein „Hilfeleisten“ i.S.v. § 27 I StGB gegeben ist.

3. Vorsatz

A müsste auch mit dem sog. „doppelten Gehilfenvorsatz“ bzgl. Haupttat und Hilfeleisten gehandelt haben.

„[8] Zwar kann Beihilfe schon vor der Entschlie- ßung des Haupttä- ters zur Tat geleistet werden. Auch **genügt in subjektiver Hinsicht für eine Strafbarkeit als Gehilfe bedingter Vorsatz, d.h. der Ge- hilfe muss seinen eigenen Tatbeitrag sowie die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Unrechts- und Angriffsrichtung, zumindest für möglich halten und billigen. Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe hingegen nicht zu kennen und auch keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben.**

[9] Hier sprechen indessen die Ausführungen des Landgerichts zu einem spontanen Entgleiten der Situation gegen ein billigendes Fürmöglichhalten der Haupttaten zum Nachteil des G bei der Versendung der Kurznachrichten. Jedenfalls lassen die gegensätz- lichen Feststellungen keinen sicheren Schluss auf den Gehilfen- vorsatz der Angeklagten zu.“

Der erforderliche Vorsatz fehlt also bei A im Zeitpunkt des Versen- dens der SMS.

II. Ergebnis

Durch das Versenden der SMS hat A sich nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB durch die Auf- forderungen in der Wohnung

Dadurch, dass A den G in ihrer Wohnung dazu aufforderte, „die Kohle rauszurücken“, könnte sie sich wegen Beihilfe zur gefährlichen Kör- perverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB strafbar gemacht haben.

Zur Kausalität der Beihilfe: BGHSt 46, 107, 109; BGH, NStZ 2008, 284

Die Literatur fordert insofern eine „Verstärkerkausalität“ oder ganz allgemein eine „Förderung“, aller- dings ohne große inhaltliche Unter- schiede zur Rspr.: Kühl, AT, § 20 Rn. 215; Seher, JuS 2009, 793, 795

Kausal im Sinne der Bedingungs- theorie ist eine Handlung dann, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele (sog. Conditio-sine-qua-non-For- mel; vgl. BGHSt 49, 1, 3; Wes- sels/Beulke, AT, Rn. 156, 159)

Zur Beihilfe im Vorbereitungsstadi- um: BGHSt 2, 344, 345 f.; Schön- ke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 13

Zu den Anforderungen an den Gehilfenvorsatz: BGH, NStZ 2011, 399

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Die von K begangene gefährliche Körperverletzung stellt eine teilnahmefähige Haupttat dar.

2. Hilfeleisten

Durch die Aufforderung müsste A zu der Tat des K Hilfe geleistet haben.

„[10] Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung konnte die Angeklagte durch ihre Äußerungen in ihrer Wohnung nicht mehr leisten. [11] Nach den Feststellungen war die gefährliche Körperverletzung [...] beendet, als sich die Angeklagte mit der Aufforderung, G solle ‚die Kohle herausrücken‘, in das Geschehen einschaltete. **Für das, was schon vollständig abgeschlossen ist, vermag das nachträgliche Einverständnis die strafrechtliche Verantwortlichkeit aber nicht mehr zu begründen.** Da die Gewaltanwendung mit der Körperverletzung bereits abgeschlossen war, konnte die Angeklagte mithin nur noch Beihilfe zur besonders schweren räuberischen Erpressung, aber nicht mehr zur gefährlichen Körperverletzung leisten.“

Ein Hilfeleisten i.S.v. § 27 I ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

A hat sich auch durch die Aufforderung nicht gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 27 StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

A ist nicht strafbar wegen Beihilfe zur gefährlichen Körperverletzung.

FAZIT:

Die vom BGH in der Entscheidung angesprochenen Probleme zur Beihilfe lassen sich in Examensaufgaben in nahezu beliebiger Weise und mit verschiedensten denkbaren Haupttaten miteinander kombinieren. Auch bei einer sukzessiven Beihilfe – sofern eine solche noch möglich ist (also nach herrschender Meinung bis zur Beendigung der Haupttat) – kann sich die Frage nach der erforderlichen Kausalität der Beihilfehandlung für die (Beendigung der) Haupttat stellen. Und die angesprochenen Anforderungen an den Gehilfenvorsatz müssen selbstverständlich unabhängig von den objektiven Anforderungen an die Beihilfe stets erfüllt sein.

Keine Beihilfe durch Handlungen nach Beendigung der Haupttat: BGHSt 2, 344, 346 f.; BGH, NStZ 2000, 31; 2007, 35, 36; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 17

Problem: Erwerbchance als Vermögensbestandteil

BGH, URTEIL VOM 02.11.2011
2 STR 375/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

In dem vorliegenden Urteil, das in diesem Heft auch hinsichtlich des Erlaubnistatbestandsirrtums ausgewertet wird (s.o.), ging es außerdem noch um die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Verlust einer Erwerbchance einen Vermögensnachteil i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB darstellt.

Der BGH folgt inhaltlich seiner bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Literatur und erkennt die Aussicht auf einen Geschäftsabschluss nur dann als strafrechtlich geschützte Vermögensposition an, wenn sie so konkret ist, dass sie bereits einen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzt.

SACHVERHALT:

V ging seit 2006 auf einem Parkplatz im Sperrbezirk in D. der Prostitution nach. Im Juli 2009 kam G als Konkurrentin hinzu, die in Begleitung ihres Verlobten T sowie des A erschien. Kurze Zeit später berichtete G ihrem Verlobten und A, dass es Ärger mit V gebe, die unter anderem angekündigt habe, ihren Chef „vorbeizuschicken“. A und T beschlossen, V durch Drohungen von ihrem Standplatz zu vertreiben. Deshalb traten beide am 5. oder 6. August 2009 gegenüber V auf und drohten ihr „Ärger“ sowie ein „blaues Wunder“ an, um sie zur Aufgabe ihres Standplatzes zu bewegen. T fügte im Einvernehmen mit A hinzu, falls seine Verlobte von weiteren Streitereien berichten sollte, werde er die Zeugin V „einen Kopf kürzer machen“. V gab in der Folgezeit der Drohung durch den A und T nicht nach und behauptete ihren Standplatz schließlich bis zur behördlichen Durchsetzung der Sperrbezirksverordnung im September 2009.

Haben A und T sich durch ihr Verhalten gegenüber V strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: VERSUCHTE RÄUBERISCHE ERPRESSUNG, §§ 253 I, 255, 22, 23 I STGB

- I. Vorprüfung
- II. Tatentschluss
 1. Bzgl. qualifizierten Nötigungsmittels
 2. Bzgl. Opferreaktion
 3. Bzgl. Vermögensnachteil
 4. Bzgl. Kausalität 1. – 2. und 3. – 4.
 6. Bereicherungsabsicht
 7. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung
- III. Unmittelbares Ansetzen
- IV. Rechtswidrigkeit
- V. Schuld
- VI. Kein Rücktritt

§ 253 I StGB:

„Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird [...] bestraft.“

§ 255 StGB:

„Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben begangen, so ist der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen.“

LÖSUNG:**A. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 25 II, 22, 23 I StGB**

Durch die Äußerungen gegenüber V könnten A und T sich wegen versuchter mittäterschaftlicher räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 25 II, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Da V die von A und T verlangte Preisgabe ihres Standplatzes nicht vorgenommen hat, fehlt es an der beabsichtigten Opferreaktion, so dass die räuberische Erpressung nicht vollendet ist. Die Strafbarkeit des Versuchs der räuberischen Erpressung ergibt sich aus deren Verbrechenscharakter, §§ 255, 249 I, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss**1. Bzgl. qualifizierten Nötigungsmittels**

A und T hatten den Willen, V damit zu drohen, sie „einen Kopf kürzer zu machen, also mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben.

2. Bzgl. Opferreaktion

A und T wollten V dazu veranlassen, es zu unterlassen, weiterhin an ihrem üblichen Standplatz ihrem Gewerbe nachzugehen. Sie wollten sie also zu einem Unterlassen und somit zu einer tatbestandlichen Opferreaktion veranlassen.

3. Bzgl. Vermögensnachteil

A und T müssten sich auch vorgestellt haben, V einen Vermögensnachteil zuzufügen.

„[6] Geschütztes Rechtsgut der §§ 253, 255 StGB ist das Vermögen. Versuchte räuberische Erpressung läge deshalb nur vor, wenn der Tatentschluss des Angeklagten darauf gerichtet gewesen wäre, dem Vermögen des Opfers einen Nachteil zuzufügen. **Der Verlust einer bloßen ungesicherten Aussicht eines Geschäftsabschlusses kann grundsätzlich noch nicht als Vermögensschaden angesehen werden. Erwerbs- und Gewinnaussichten können nur ausnahmsweise Vermögensbestandteil sein, wenn sie so verdichtet sind, dass ihnen der Rechtsverkehr bereits einen wirtschaftlichen Wert beimisst, weil sie mit einiger Wahrscheinlichkeit einen Vermögenszuwachs erwarten lassen.** Die Standposition der Zeugin V als Prostituierte war in diesem Sinne kein von § 253 StGB geschützter Vermögensbestandteil. Aus ihr resultierte keine gesicherte Erwerbssaussicht, insbesondere auch weil die Ausübung der Prostitution im Sperrbezirk jederzeit behördlich unterbunden werden konnte. Auf die nach Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes geänderte Beurteilung der Wirksamkeit einer Geldforderung der Prostituierten nach der Erbringung ihrer vereinbarten Leistung kommt es hier nicht an.“

A und T hatten also nicht den Willen, V einen Vermögensnachteil zuzufügen, und somit auch keinen Tatentschluss zur Begehung einer (räuberischen) Erpressung.

III. Ergebnis

A und T sind nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 25 II, 22, 23 I StGB.

Die Anforderungen an die Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB sind streitig:

- nach der Rechtsprechung reicht jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen aus (BGHSt 42, 196, 199; BGH, NJW 1999, 2799)
- nach herrschender Literatur ist eine Vermögensverfügung, also ein vermögensminderndes Verhalten, erforderlich (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 253 Rn. 8; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 708 ff.; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 494, 495 f.).

Zu Gewinnaussichten als Vermögensbestandteil: BGHSt 17, 147, 148; 20, 143, 145 f.; 31, 232, 234

B. Strafbarkeit gem. §§ 240 I, 25 II, 22, 23 I StGB

I. Vorprüfung

Auch die Nötigung ist wegen des Fehlens der beabsichtigten Opferreaktion nicht vollendet. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus § 240 III StGB.

II. Tatentschluss

1. Bzgl. Nötigungsmittel

A und T wollten V mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben drohen (s.o.), also mit einem empfindlichen Übel.

2. Bzgl. Opferreaktion

A und T wollten V dazu veranlassen, es zu unterlassen, weiter an ihrem gewohnten Standplatz zu arbeiten.

3. Bzgl. nötigungsspezifischer Kausalität

A und T wollten das Unterlassen der V durch die nötigungsspezifische Wirkung ihrer Drohung bewirken.

4. Bzgl. mittäterschaftlicher Begehung gem. § 25 II StGB

A und T stellten sich vor, aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses im Wege arbeitsteiligen Zusammenwirkens, also als Mittäter i.S.v. § 25 II StGB, zu handeln.

III. Unmittelbares Ansetzen

A und T hatten die Drohung bereits ausgesprochen und stellten sich auch keine weiteren wesentlichen Zwischenschritte für die Vollendung mehr vor, sodass sie auch unmittelbar angesetzt haben.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A und T sind nicht gerechtfertigt. Aufgrund der Drohung mit der Tötung der V ist ihr Verhalten auch verwerflich i.S.v. § 240 II StGB, sodass sie rechtswidrig handelten. A und T handelten auch schuldhaft.

VI. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen Rücktritt liegen nicht vor.

VII. Ergebnis

A und T sind strafbar gem. §§ 240 I, 25 II, 22, 23 I StGB.

FAZIT:

Das Problem, ob die bloße Aussicht auf einen Geschäftsabschluss bereits einen Vermögensbestandteil darstellt, sodass der Verlust dieser Aussicht einen Vermögensnachteil bzw. –schaden begründet, kann sich bei allen Delikten stellen, die ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal beinhalten (z.B. §§ 263 I; 263a I; 266 I StGB).

Bei der ausführlichen gutachterlichen Prüfung in einer Klausur wäre auch die Literaturlage zu den Anforderungen an die Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB (s.o.) an entsprechender Stelle darzustellen gewesen. Dann hätte die Diskussion um das Vorliegen einer Vermögensminderung durch den Verlust einer Erwerbchance konsequenterweise auch dort geführt werden müssen.

*Speziell für Referendare:***Problem: Beschuldigteneigenschaft i.S.v. § 136 I StPO**

BGH, BESCHLUSS VOM 19.10.2011
1 STR 476/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

§ 136 I StPO:

„Bei der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, daß es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. [...]“

Der Beschuldigte ist bei seiner ersten Vernehmung gem. § 136 I StPO insb. über sein Schweigerecht zu belehren. Bei der Vernehmung eines Zeugen gibt es eine solche Pflicht hingegen nicht. Große Bedeutung erlangt deshalb die Frage, wann eine Person als Zeuge vernommen werden kann und wann sie als Beschuldigter vernommen werden muss.

Der BGH folgt in dem vorliegenden Beschluss seiner bisherigen Rechtsprechung, dass dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden muss, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die fragliche Person ernstlich als Täter der zu ermittelnden Straftat in Betracht kommt.

SACHVERHALT:

O, ein Bekannter des Angeklagten A, war in der Nacht vom 13. auf den 14.03.2010 erschossen worden. Unmittelbar nach Entdeckung der Tat ermittelten die Strafverfolgungsbehörden, dass A kurz vor Erschießung des O mit diesem telefoniert und ihn anschließend in seinem Auto mitgenommen hatte. Am 14.03.2010 wurde A deshalb von der zuständigen Stelle vernommen.

Musste A bei seiner Vernehmung am 14.03.2010 gem. § 136 I StPO belehrt werden?

LÖSUNG:

Eine Belehrung gem. § 136 I StPO ist nur erforderlich, wenn die betreffende Person als Beschuldigter vernommen wird. Bei einer Vernehmung als Zeugen gilt diese Belehrungspflicht nicht.

Fraglich ist also, ob A bei der Vernehmung am 14.03.2010 als Beschuldigter hätte vernommen werden müssen.

„Die Rüge eines Verstoßes gegen § 136 StPO ist unbegründet. **Nach pflichtgemäßer Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde muss erst dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die als Zeuge belehrte Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt. Die Grenzen des Beurteilungsspielraums sind - gerade bei Tötungsdelikten - erst dann überschritten, wenn trotz starken Tatverdachts nicht von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird und auf diese Weise die Beschuldigtenrechte umgangen werden.** Auch kann der Umstand, dass die Strafverfolgungsbehörde - zumal bei Tötungsdelikten - erst bei einem konkreten und ernsthaften Tatverdacht zur Vernehmung des Verdächtigen als Beschuldigten verpflichtet ist, für ihn auch eine schützende Funktion haben. Denn der Vernommene wird hierdurch nicht vorschnell mit einem Ermittlungsverfahren überzogen, das erhebliche nachteilige Konsequenzen für ihn haben kann.“

Zur Beschuldigteneigenschaft i.S.v. § 136 I StPO: BGH, RA 2007, 614 = NJW 2007, 2706; NStZ-RR 2002, 67; 2004, 368; Satzger, JZ 2001, 643

Gegen den bis dahin unbescholtenen Angeklagten, einen zur Tatzeit 48 Jahre alten, seit 1978 in Deutschland lebenden und seit 1981 bei der Stadt München angestellten türkischen Staatsangehörigen, drängte sich allein aus dem Umstand, dass er mit dem Getöteten, welcher auch in München lebte und wie er Mitglied eines türkischen Volksvereins war, kurz vor dessen Erschießung als Letzter telefoniert und ihn anschließend in seinem Pkw mitgenommen hatte, solange kein so starker Tatverdacht auf, als nicht ein Tatmotiv für die Ermittlungsbeamten offen erkennbar wurde oder mögliche Fremdeinwirkungen negativ abgeklärt waren. Hinzu kommt, dass der Angeklagte zum Zeitpunkt der ersten Ermittlungen am 14. März 2010 ein Alibi für die Tatzeit nachweisen konnte, welches zwar falsch war, was sich aber erst am 19. März 2010 herausstellte. Außerdem wäre bei einem konkreten Tatverdacht zumindest eines Totschlags, wie es in solchen Fällen üblich ist, der Angeklagte sogleich am 14. März 2010 und nicht erst am 19. März 2010 festgenommen worden. Vielmehr ergab sich dieser Tatverdacht erst mit dem Widerruf der Aussage des Alibigebers und der damit zusammenhängenden Feststellung, dass der Angeklagte in der Nacht zum 14. März 2010, kurze Zeit nach der Tötung des Opfers, die Reifen seines Wagens wechselte und diese bis heute unauffindbar verschwinden ließ. Im Übrigen hat offenbar auch Rechtsanwalt S, welcher am späten Nachmittag des 14. März 2010 noch während der Vernehmung des Angeklagten erschien und in der Folge mit ihm sprach, keine Veranlassung gesehen, ihn als Beschuldigten zu betrachten, und erklärt, dass seine Anwesenheit bei der Fortsetzung der Vernehmung nicht erforderlich sei. Daher konnte der Angeklagte am 14. März 2010, nachdem keine konkreten Beweisanzeichen gegen ihn festgestellt werden konnten, noch als Zeuge vernommen werden.“

Eine Belehrung des A gem. § 136 I StPO am 14.03.2010 war somit nicht erforderlich.

FAZIT:

Damit die Strafverfolgungsbehörden die Belehrungspflicht des § 136 I StPO nicht umgehen können, greift diese nicht nur dann, wenn eine Person formell als Beschuldigter vernommen wird, sondern auch dann, wenn sie als Beschuldigter hätte vernommen werden müssen und die Strafverfolgungsbehörden sie trotzdem pflichtwidrig als Zeugen vernehmen. Deshalb ist auch bei einer Person, die als Zeuge vernommen wird, zu prüfen, ob die o.g. Voraussetzungen vorliegen und diese deshalb als Beschuldigter hätte vernommen werden müssen mit der Konsequenz des Entstehens der Belehrungspflicht aus § 136 I StPO.

Verstoßen die Strafverfolgungsbehörden gegen die Belehrungspflicht aus § 136 I StPO, so besteht hinsichtlich der so erzielten Aussage ein Beweisverwertungsverbot, sofern der Angeklagte in der Hauptverhandlung der Verwertung widerspricht. Wegen des Verwertungsverbots kann die vorliegende Problematik somit im zweiten Examen in allen Arten von Aufgabenstellungen (staatsanwaltschaftliche Abschlussverfugung, Urteil und Revision) Relevanz erlangen.

Zum Beweisverwertungsverbot bei Verstoß gegen § 136 I StPO: BGHSt 38, 214, 224 f.; 47, 172, 173; 51, 367, 376; Meyer-Goßner, § 136 Rn. 20

*Speziell für Referendare:***Problem: Verlesung eines ärztlichen Attests**

BGH, BESCHLUSS VOM 21.09.2011
1 STR 367/11 (NJW-SPEZIAL 2011, 761)

Einleitung:

Die vorliegende Entscheidung betrifft die Frage, inwieweit die Verlesung eines ärztlichen Attests in einem Strafprozess, sofern sie gem. § 256 I Nr. 2 StPO grundsätzlich zulässig ist, weiteren Einschränkungen unterliegt.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass ein solches Attest dann nicht verlesen werden kann, wenn dieses Erkenntnisse enthält, die der Arzt nur bei Gelegenheit der Feststellung der Verletzung gewonnen hat oder wenn sich die Bedeutung der aus dem Attest ersichtlichen Verletzungen nicht in der Feststellung ihres Vorliegens erschöpft. Diese Ausnahmen liegen jedoch nicht vor, wenn die Verlesung des Attests nur dazu dient, das Vorliegen einer Drohung festzustellen, um so die Tatbestandsmerkmale eines Nicht-Körperverletzungsdeliktes (z.B. §§ 177 I; 252 StGB) annehmen zu können.

SACHVERHALT:

A fragte am 25. September 2009 gegen 3.45 Uhr G, eine ihm unbekanntes junge Frau, die aus einer Diskothek kam, vergeblich nach ihrem Namen. Er folgte ihr zu einem nahen Parkplatz, wo ihr Fahrrad stand und bot ihr seine Begleitung an. Als sie nicht reagierte, packte er sie an den Oberarmen. Als sie sich dies verbat, stieß er sie in ein Dornengebüsch. Im weiteren Verlauf entriss er ihr das Handy, mit dem sie um Hilfe rufen wollte. Nach einem „Gerangel“ packte er sie und zerterte sie zu einem etwa 20 m entfernten, schlecht beleuchteten Teil des Parkplatzes, wo er sie auf den Mund küsste und versuchte, ihr Zungenküsse zu geben. Aus Angst vor weiterer Misshandlung manipulierte sie mehrere Minuten an seinem entblößten Geschlechtsteil, bis sie schließlich fliehen konnte. G hatte sich durch den Stoß in das Dornengebüsch unter anderem Einstichverletzungen an den Händen und Armen zugezogen; abgebrochene Dornenstücke blieben in den Händen und im Unterarm stecken und konnten erst nach einigen Tagen entfernt werden.

Die Strafkammer stellt fest, dass die Behauptungen der G über ihre Verletzungen mit den sonstigen Feststellungen übereinstimmen („sie passen“) und dass konkret die Verletzungen durch die Dornen von einem in der Hauptverhandlung verlesenen ärztlichen Attest über die Verletzungen der G „bestätigt“ würden.

War die Verlesung des ärztlichen Attests zulässig?

LÖSUNG:**1. Grundsatz der persönlichen Vernehmung**

Grundsätzlich muss, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht, diese in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen werden, § 250 S. 1 StPO, und die Vernehmung darf nicht durch die Verlesung einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden, § 250 S. 2 StPO.

§ 256 I Nr. 2 StPO:

„Verlesen werden können [...]

2. ärztliche Atteste über Körperverletzungen, die nicht zu den schweren gehören [...]“

Leitsatz:

Die Vernehmung eines Arztes kann auch dann durch die Verlesung eines ärztlichen Attests ersetzt werden, wenn die ärztliche Sicht zu Schlüssen aus der attestierten Körperverletzung auf ein anderes Delikt nichts beitragen kann. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Körperverletzung bei einer nachfolgenden Sexualstraftat allein als Drohung fortgewirkt haben kann.

Da es vorliegend bei der Beweisaufnahme um die Frage ging, welche Verletzungen der behandelnde Arzt bei G festgestellt hatte, also um Tatsachen, deren Beweis auf der Wahrnehmung des Arztes beruhen, hätte dieser grundsätzlich persönlich vernommen werden müssen.

2. Zulässigkeit der Verlesung ärztlicher Atteste, § 256 I Nr. 2 StPO

Die Verlesung eines ärztlichen Attests anstelle einer persönlichen Vernehmung des Arztes ist jedoch ausnahmsweise gem. § 256 I Nr. 2 StPO zulässig, wenn Atteste über solche Körperverletzungen verlesen werden sollen, die nicht zu den schweren (also § 226 StGB) gehören. Da es im vorliegenden Fall nicht um eine schwere Körperverletzung ging, könnte sich die Zulässigkeit der Verlesung des Attests also aus § 256 I Nr. 2 StPO ergeben.

Da es sich jedoch bei § 256 I Nr. 2 StPO um eine Ausnahmenvorschrift handelt, ist diese restriktiv zu handhaben. Fraglich ist, ob nicht besondere Gesichtspunkte einer Anwendung von § 256 I Nr. 2 StPO im vorliegenden Fall entgegenstehen könnten.

„a) [9] **§ 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO erlaubt aus letztlich pragmatischen Gründen, ärztliche Atteste zu, wie hier, nicht schweren Körperverletzungen (i.S.d. § 226 StGB) zu verlesen, nicht aber zu Erkenntnissen, die der Arzt nur bei Gelegenheit der Feststellung einer Verletzung gewonnen hat, z.B. über Angaben zur Ursache der Verletzungen, wenn diese ebenfalls in dem Attest dokumentiert.**

Zur Reichweite von § 256 I Nr. 2 StPO: BGHSt 4, 155, 156; BGH, StV 1984, 142, 143; Meyer-Goßner, § 256 Rn. 19

[10] Dieser Gesichtspunkt ist hier nicht einschlägig. Der Arzt hat hinsichtlich der Dornen nicht etwa eine für ihn ohne Angaben der Geschädigten nicht erkennbare Ursache der Verletzung in seinem Attest festgehalten, sondern er hat attestiert, dass die Geschädigte auch - für ihn sichtbar - dadurch verletzt war, dass sich in ihrem Körper noch abgebrochene Dornenstücke befanden.

b) [11] Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass - über den Wortlaut von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO hinaus - eine Einschränkung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (§ 250 StPO) durch **Verlesung eines Attestes nicht zulässig ist, wenn sich die Bedeutung der aus dem Attest ersichtlichen Verletzungen nicht in der Feststellung ihres Vorliegens erschöpft.**

aa) [12] **Dies wird regelmäßig angenommen, wenn Gewalt nicht nur zu einer Körperverletzung geführt hat, sondern zugleich auch ein Tatbestandsmerkmal für ein anderes Delikt darstellt,** etwa bei einem räuberischen Diebstahl, oder, in der forensischen Praxis nicht selten, bei Sexualdelikten. Regelmäßig liegt dann neben Tateinheit auch eine Indizwirkung der Körperverletzung für das andere Delikt vor.

Zum Ausschluss von § 256 I Nr. 2 StPO bei Rückschlüssen auf andere Delikte: BGHSt 33, 389, 391 f.; BGH, StV 1996, 649; NSTz 2008, 474

bb) [13] **Tateinheit zwischen der Körperverletzung und dem anderen Delikt schließt die Anwendung von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht zwingend aus,** wie der Bundesgerichtshof im Blick auf ‚generelle Umschreibungen der Unzulässigkeit einer Verlesung nach § 256 StPO, (die) über die jeweils zugrunde liegenden Fallgestaltungen hinaus (gehen)‘ präzisierend klargestellt hat. **Erforderlich ist vielmehr ein ‚überzeugender Grund‘ für die Annahme, nach Sinn und Zweck des Gesetzes reiche eine Verlesung des Attests nicht aus.**

[14] Dies gilt nach Auffassung des Senats auch dann, wenn es um die Vernehmung des Arztes im Blick auf Schlussfolgerungen geht,

die aus den Verletzungen hinsichtlich des anderen Delikts gezogen werden können. Eine Vernehmung ist nur dann erforderlich, wenn der unmittelbare Eindruck eine zuverlässigere Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann als die Verlesung des Attestes, etwa dazu, ob Verletzungen im Bereich des Unterleibs auf ein gewaltsam begangenes Sexualdelikt hindeuten. Kann ärztliche Sicht zu Schlussfolgerungen dieser Art über die bloße Feststellung der attestierten Verletzung hinaus dagegen nichts beitragen, so besteht regelmäßig auch kein überzeugender Grund für eine Vernehmung des Arztes. Im Kern kommt es also darauf an, ob eine solche Vernehmung Gebot der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) ist, die (auch sonst) von § 256 StPO unberührt bleibt.

Zum Verhältnis von § 244 II StPO und § 256 StPO: BGHSt 1, 94, 96; Pfeiffer, NStZ 1981, 93, 95; Meyer-Goßner, StPO, § 256 Rn. 2

cc) [15] Im vorliegenden Fall kann die ärztliche Sicht zur Beantwortung der Frage, ob die attestierten Verletzungen durch die Dornen die Verletzte nachfolgend aus Furcht vor erneuter Misshandlung zu Manipulationen am Geschlechtsteil des Verletzers veranlasst haben könnten, offensichtlich nichts beitragen. Anderes ist auch dem Revisionsvorbringen nicht zu entnehmen. Die Verlesung des Attestes überschreitet daher die Grenzen der Anwendbarkeit von § 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht.“

Die Verlesung des Attestes war also zulässig.

FAZIT:

Die vorliegende Entscheidung macht deutlich, welch großes Gewicht der BGH dem strafprozessualen Grundsatz der persönlichen Vernehmung, § 250 StPO, beimisst. Selbst die in § 256 I Nr. 2 StPO insofern ausdrücklich vorgesehene Ausnahmeregelung unterwirft der BGH einer restriktiven Auslegung und teleologischen Reduktion. Interessant – und auf den ersten Blick verwirrend – ist das differenzierte Ergebnis, zu dem der BGH kommt, wenn die in dem verlesenen Attest enthaltenen Feststellungen auch für die Verwirklichung von anderen als Körperverletzungsdelikten eine Rolle spielen können: Würde die festgestellte Körperverletzung in dem anderen Delikt (z.B. §§ 177 I; 249 I; 255; 252 StGB) als Gewaltanwendung zur Verwirklichung des Tatbestandes führen, so ist die Verlesung des Attestes unzulässig. Geht es hingegen – wie im vorliegenden Fall – um die Frage, ob eine frühere Körperverletzung bei einem späteren Delikt als Drohung (mit einer erneuten Verletzung) fortwirkt, so kann das Attest gem. § 256 I Nr. 2 StPO verlesen werden.

Das Recht

auf meiner Seite



IM ONLINE SHOP:

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



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.

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



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.