

# RA 03/2012

## Rechtsprechungs-Auswertung

### ZIVILRECHT

Ersatz von Ein- und Ausbaurkosten im Verbrauchsgüterkauf .....	125
Kündigung eines minderjährigen Auszubildenden .....	130
Zum Begriff des Erfüllungsgehilfen im Bereich der Deutschen Bahn AG .....	134
Forderungseinzug als Rechtsdienstleistung .....	137

#### Speziell für Referendare:

Nutzungsersatzanspruch des Falschparkers gegen den Abschleppunternehmer .....	140
---	-----

### ÖFFENTLICHES RECHT

Euro-Rettungsschirm und "freies Mandat" der Bundestagsabgeordneten .....	145
Sonnenstudioverbot für Minderjährige .....	151
Haftung eines Beamten für grobe Fahrlässigkeit .....	157

#### Speziell für Referendare:

Beweislast für fortbestehende Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden .....	161
Entbehrlichkeit und Heilung einer fehlenden Begründung nach § 80 III VwGO .....	165

### STRAFRECHT

Keine Garantenstellung des Wohnungsinhabers zur Verhinderung von Straftaten .....	169
Zur Erforderlichkeit einer Notwehr durch Würgen des Angreifers .....	172
Teilweises Zerstören i.S.v. § 306 I StGB .....	176

#### Speziell für Referendare:

Selbstständiges Beweisverwertungsverbot bei abgehörten Selbstgesprächen .....	180
---	-----

**DIE AKTUELLESTE  
AUSBILDUNGS-  
ZEITSCHRIFT**

*Jetzt habe ich*

*gute Karten*



**DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN**

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

**KARTEIKARTEN**



## Schwerpunktbereich - Traum oder Trauma?

Erfahrungen mit der universitären Schwerpunktbereichsprüfung

Liebe Leserinnen und Leser,

an der universitären Schwerpunktbereichsprüfung scheiden sich die Geister. Ist sie für den einen Teil der Examenskandidaten die Garantie, in der Gesamtnote die magische Grenze von 9,0 Punkten zu überspringen, sorgt sie bei anderen Examenskandidaten für Verdruss, weil das Ergebnis schlecht ist und dadurch die Gesamtnote nach unten zieht.

Gesteigert wird das Erregungspotential dadurch, dass die Schwerpunktbereiche von Universität zu Universität stark variieren. Ebenso stark fällt der Notenspiegel auseinander. Für das Jahr 2010 schwankt der Universitätsdurchschnitt zwischen 7 Punkten (Universität Gießen) und 11,5 Punkten (Buccerius Law School Hamburg).<sup>\*</sup> Sogar an derselben Universität sind die Notenunterschiede teilweise ganz erheblich (Universität Bielefeld: Schwerpunkt "Einwanderung und soziale Integration" 6,8 Punkte, Schwerpunkt "Umwelt-, Technik- und Planungsrecht in der EU" 13,4 Punkte).<sup>\*</sup> Das befeuert das Vorurteil, man müsse nur an der "richtigen" Universität studieren, den "richtigen" Schwerpunktbereich wählen oder den "richtigen" (= großzügigen) Prüfer erwischen, um sich das Prädikatsexamen zu sichern.

Aus Dozentensicht ist zu konstatieren, dass der Schwerpunktbereich das sog. "Inselwissen" befördert hat. Teilnehmer des Examenskurses weisen teilweise ganz erstaunliches Spezialwissen auf, kennen aber grundsätzliche rechtliche Zusammenhänge bzw. grundlegende Rechtsnormen nicht. Dem Verfasser dieser Zeilen selbst wurde beispielsweise einmal eine Frage zum europäischen Kartellrecht von einem Kursteilnehmer gestellt, der kurz darauf nicht in der Lage war, die Generalklausel des § 40 I 1 VwGO korrekt zu prüfen.

Welche Konsequenzen sind aus diesem Zustand zu ziehen? Zunächst einmal sollte der Schwerpunktbereich nach Neigung, und nicht aufgrund eines Notenkalküls gewählt werden. Wer meint, er müsse einen Schwerpunktbereich nur deshalb wählen, weil dort in der Vergangenheit die guten Noten wie reife Äpfel vom Baum gefallen sind, wird regelmäßig eine böse Überraschung erleben. Denn ohne wirkliches Interesse an dem Thema sind gute Punktzahlen kaum zu erreichen. Ferner ist nicht auszuschließen, dass die Prüfer auf allzu gute Noten in der Vergangenheit reagieren, also für die Zukunft strengere Maßstäbe anlegen.

Weiterhin gilt, soweit die jeweilige Prüfungsordnung dies zulässt, der Grundsatz: Erst Pflichtfach, dann Schwerpunkt. Wer die Grundlagen im Pflichtfachbereich sicher beherrscht, wird auch in dem spezielleren Schwerpunktbereich besser abschneiden. Eine Ausnahme mag für die seltene Ausnahme gelten, dass ein Schwerpunktbereich keinerlei oder nur rudimentäre Kenntnisse des Pflichtfachstoffes voraussetzt.

Schließlich gilt: Kein "Daueraufenthalt" im Schwerpunkt, um dort juristische Neigungen auszuleben. Das Ziel sollte sein, das Studium zügig abzuschließen, da dies bei späteren Bewerbungen von Bedeutung ist. Zudem führt eine übermäßige Beschäftigung mit dem Schwerpunktbereich regelmäßig zu einer Vernachlässigung des (wichtigeren) Pflichtfachstoffes.

Die Bedeutung des Schwerpunktbereichs für die Berufswahl ist im Moment noch schwer abzuschätzen. Bzgl. der anwaltlichen Tätigkeit kann aber wohl schon festgehalten werden, dass viele Kanzleien nicht zwischen Pflichtfach und Schwerpunktbereich differenzieren, sondern die Gesamtnote zugrunde legen. Eine Ausnahme gilt, wenn die Noten stark auseinanderfallen. Des Weiteren sind "wirtschaftsnahe" Schwerpunktbereiche wie Arbeitsrecht, Steuerrecht oder Handels- und Gesellschaftsrecht von Vorteil.

Rechtsanwalt Dr. Dirk Kues  
Gesellschafter und Bereichsleiter öffentliches Recht  
Jura Intensiv Frankfurt/Gießen/Heidelberg/Mainz/Mannheim/Marburg

<sup>\*</sup>Quelle: Internetportal [www.yourist.de](http://www.yourist.de)

## 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](mailto: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: Ein- und Ausbaurkosten; § 439 III BGB

BGH, URTEIL VOM 21.12.2011  
VIII ZR 70/08 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Der BGH hatte dem EuGH durch Beschluss aus dem Jahr 2009 die Fragen vorgelegt, ob Art. 3 der sog. "Verbrauchsgüterkaufrichtlinie" (1999/44/EG) dahingehend auszulegen sei, dass ein zur Ersatzlieferung verpflichteter Verkäufer,

- die Kosten des Ausbaus der mangelhaften Sache und
- die Kosten des Einbaus der Ersatzsache tragen muss,

sofern die betroffene Sache ihrer Art und ihrem Verwendungszweck nach einzubauen ist. Der BGH hatte außerdem gefragt, ob die Regelung des § 439 III BGB mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbar sei, sofern die Vorschrift auch eine sog. absolute Unverhältnismäßigkeit erfasse. Denn zumindest der Wortlaut des § 439 III BGB gestattet dem Verkäufer, die vom Verbraucher gewählte Art der Nacherfüllung (also Nachbesserung, § 439 I Var. 1 BGB oder Nachlieferung, § 439 I Var. 2 BGB) mit dem Hinweis auf unverhältnismäßig hohe Kosten zu verweigern, selbst wenn sie im Einzelfall die einzig mögliche Art der Nacherfüllung darstellt (absolute Unverhältnismäßigkeit).

Mit seiner Entscheidung vom 16.06.2011 hat der EuGH die Fragen zur Erstattung der Ein- und Ausbaurkosten bejaht. Die Existenz einer absoluten Unverhältnismäßigkeit hat er dagegen verneint; der Verkäufer kann demnach die Nacherfüllung nicht verweigern, wenn die gem. § 439 I BGB vom Käufer gewählte Art (Nachbesserung/Nachlieferung) die einzig mögliche Art der Nacherfüllung darstellt.

Der BGH greift nun die Entscheidung – die über Art. 288 III und Art. 4 III AEUV Bindungswirkung entfaltet – auf und implementiert sie in den Rahmen der deutschen Gesetzgebung. Die Problematik muss nun als uneingeschränkt examensrelevant angesehen werden.

#### SACHVERHALT:

Der Kläger (K) kaufte bei der Beklagten (B) polierte Bodenfliesen zum Preis von rund 1.200 €. Nachdem K die Fliesen hatte verlegen lassen, entdeckte er Schattierung auf der Oberfläche der Fliesen, die mit dem bloßen Auge erkennbar waren. Diese rührten von Mikroschleifspuren her und sind nicht behebbar. Die Kosten für den Austausch der Fliesen bezifferte ein Sachverständiger mit rund 6.000 €.

Nach erfolgloser Mängelrüge und Fristsetzung erhob K Klage gegen B auf Lieferung mangelfreier Fliesen und Zahlung von knapp 6.000 €. B entgegnet, dass die Kosten für den kompletten Austausch unverhältnismäßig seien.

Was kann K von B verlangen?

Vorlagebeschluss des BGH: BGH, NJW 2009, 1660

Entscheidung des EuGH: EuGH, RA 2011, 405

**PRÜFUNGSSCHEMA:**

- A. Anspruch des K auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB
- I. Voraussetzungen der §§ 437, 434 BGB
  - II. Nacherfüllungsverlangen
  - III. Anspruchsumfang
  - IV. Kein Ausschluss
    1. § 275 II BGB
    2. § 439 III BGB
- B. Ergebnis

**LÖSUNG:****A. Anspruch des K auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Var. 2 BGB**

Dem K könnte ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus §§ 437 Nr. 1, 439 I Var. 2 BGB zustehen.

**I. Kaufvertrag, Mangel bei Gefahrübergang (§§ 437, 434 BGB)**

K und V haben einen Kaufvertrag nach § 433 BGB über die Lieferung geschlossen. Die Fliesen weisen jedoch Schattierungen auf, die so nicht üblich sind und daher vom Käufer auch nicht erwartet werden müssen. Die Fliesen sind damit mangelhaft i.S.d. § 434 I 2 Nr. 2 BGB. Der Mangel beruht auf Mikroschleifspuren, die im Zuge der Fertigung der Fliesen erfolgten. Damit lag der Mangel bereits vor Gefahrübergang (vgl. § 446 S. 1 BGB) vor.

Die Voraussetzungen der §§ 437, 434 BGB sind damit erfüllt.

**II. Nacherfüllungsverlangen**

K hat die Mängelrüge gegenüber B erhoben und die Nachlieferung i.S.d. § 439 I Var. 2 BGB verlangt. Er hat damit ein Nacherfüllungsverlangen geäußert. Der Anspruch ist folglich entstanden.

**III. Anspruchsumfang**

Fraglich ist, in welchem Umfang der Anspruch des K besteht.

Die Lieferung mangelfreier Fliesen ist unproblematisch im Anspruchsumfang enthalten.

Die Frage, ob K daneben den Austausch der Fliesen – also den Ausbau der mangelhaften sowie den Einbau der mangelfreien Fliesen – verlangen kann, ist in richtlinienkonformer Auslegung des § 439 I BGB zu bejahen:

„[26] Diese Auslegung ist noch vom Wortlaut des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB gedeckt. Nach allgemeinem Sprachgebrauch wird "liefern" zwar verstanden als "bringen" oder "übergeben" einer (bestellten) Sache. Auch im nationalen Kaufrecht ist unter "Lieferung" grundsätzlich nur die Handlung zu verstehen, die der Verkäufer vorzunehmen hat, um seine Übergabe- und Übereignungspflicht aus § 433 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Dies schließt es jedoch nicht aus, den in § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB verwendeten Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache weiter zu fassen. Denn dieser Begriff ist ausfüllungsfähig und eröffnet einen gewissen Wertungsspielraum. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie geschaffen. Dabei hat er nicht nur in der Gesetzesbegründung mehrfach den Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache mit der in der deut-

Beachte: Das Wahlrecht zwischen Nachbesserung und Nachlieferung steht gem § 439 I BGB dem Käufer zu. Im Werkvertragsrecht dagegen, wird dem Werkunternehmer gem. § 635 I BGB das Wahlrecht zugestanden.

schen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl "Ersatzlieferung" gleichgesetzt, die - wie vom Gerichtshof - auch die Deutung zulässt, dass das vertragswidrige Verbrauchsgut durch die als Ersatz gelieferte Sache auszutauschen ist. **Vielmehr hat der Gesetzgeber durch den in § 439 Abs. 4 BGB enthaltenen Verweis auf § 346 Abs. 1 Alt. 1 BGB, wonach der Verkäufer seinerseits die Rückgewähr der mangelhaften Sache verlangen kann, zum Ausdruck gebracht, dass dem Begriff der "Lieferung einer mangelfreien Sache" in § 439 Abs. 1 BGB ein gewisses (Aus-)Tauschelement innewohnt.**

Arg.: Verweis des § 439 IV auf 346 I BGB beinhaltet Austauschgedanken.

#### IV. Kein Ausschluss

##### 1. Ausschluss gem. § 275 II BGB

Der Anspruch könnte gem. § 275 II BGB ausgeschlossen sein, wenn zwischen dem Leistungsinteresse des Gläubigers (K) und dem Leistungsaufwand des Schuldners (B) ein „grobes Missverhältnis“ bestünde.

Aufgrund der systematischen Nähe des § 275 II BGB zur Unmöglichkeit nach § 275 I BGB, ist das „grobe Missverhältnis“ nicht ohne weiteres zu bejahen. Erst wenn die Leistungserbringung durch den Schuldner zwar theoretisch noch möglich, vernünftigerweise aber von niemandem mehr zu erwarten ist, liegt ein Anwendungsfall des § 275 II BGB vor. Ein solcher ist hier nicht erkennbar. Zwar müsste B vorliegend nochmals vollständig leisten, ohne hierfür ein zweites Mal bezahlt zu werden, so dass sich sein Leistungsaufwand verdoppelt. Das stellt jedoch lediglich eine wirtschaftlich ungünstige Situation, nicht aber eine solche dar, die der Unmöglichkeit nach § 275 I BGB angenähert ist.

Somit ist der Anspruch nicht nach § 275 I BGB ausgeschlossen.

##### 2. Ausschluss gem. § 439 III BGB

Möglicherweise könnte sich B jedoch auf Unverhältnismäßigkeit nach § 439 III BGB berufen. Wäre der von B zu betreibende Leistungsaufwand „unverhältnismäßig“ i.S.d. § 439 III BGB, könnte diese ihre Leistung verweigern.

###### a) absolute und relative Unverhältnismäßigkeit

Um Begriff der Unverhältnismäßigkeit zu erfassen, muss zunächst ermittelt werden, ob § 439 III BGB eine absolute oder eine relative Vorstellung zugrunde liegt. Eine relative Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn beide Arten der Nacherfüllung i.S.d. § 439 I BGB möglich sind, die eine im Verhältnis zur anderen Art jedoch unverhältnismäßige Kosten verursachen würde. Eine absolute Unverhältnismäßigkeit ist gegeben, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist, diese jedoch im Vergleich mit dem Wert der mangelfreien Sache unverhältnismäßige Kosten aufwirft. „Unverhältnismäßig“ im engeren Sinne bedeutet eine Differenz von 10 % bis 30 %.

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 16.06.2011, dass Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Auslegung einer Norm wie § 439 III BGB im Sinne einer absoluten Unverhältnismäßigkeit nicht zulasse.

Demnach muss § 439 III BGB teleologisch derart interpretiert werden, dass nur eine relative Unverhältnismäßigkeit erfasst ist. Eine

###### relative Unverhältnismäßigkeit

= beide Arten der NE sind möglich; die eine Art ist im Vergleich zur anderen jedoch unverhältnismäßig teuer

###### absolute Unverhältnismäßigkeit

= nur eine Art der NE ist möglich; diese ist jedoch im Vergleich zum Wert der mangelfreien Sache unverhältnismäßig teuer

Art. 288 III und 4 III AEUV zwingen zur Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung

bloße richtlinienkonforme Auslegung des § 439 III BGB ist dagegen nicht zielführend, da sich aus § 439 III 3 HS 2 und § 440 S. 1 BGB eindeutig ergibt, dass nach der Konzeption des Gesetzes der Begriff der Unverhältnismäßigkeit absolut zu verstehen ist. Die Vorgaben des EuGH, an die die deutsche Rechtsprechung wegen des Umsetzungsgebots nach Art. 288 III und Art. 4 III AEUV gebunden ist, lassen sich daher nur im Wege richtlinienkonformer Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion erreichen. Diese ist vorliegend zulässig, weil der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des § 439 III BGB zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie davon ausgegangen ist, dass die Richtlinie eine absolute Unverhältnismäßigkeit zulasse. Insofern besteht eine verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.

#### **b) Zwischenergebnis: Kein (uneingeschränktes) Leistungsverweigerungsrecht nach § 439 III BGB**

Vorliegend ist die Nachbesserung i.S.d. § 439 I Var. 1 BGB unmöglich, so dass nur noch die Nachlieferung nach § 439 I Var. 2 BGB in Betracht kommt. Es liegt ein Fall der absoluten Unverhältnismäßigkeit vor. Da diese von § 439 III BGB nicht erfasst ist, steht B auch kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 439 III BGB zu.

#### **c) Jedoch: Eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht**

Zu erkennen ist jedoch, dass § 439 BGB nicht ausschließlich den Käufer, sondern auch den Verkäufer schützt. Die teleologische Reduktion des § 439 III BGB führt zwar dazu, dass dem Verkäufer bei absoluter Unverhältnismäßigkeit kein uneingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht zusteht. Jedoch kann der Verkäufer den Käufer bezüglich des Ausbaus der mangelhaften Kaufsache und des Einbaus der als Ersatz gelieferten Sache auf die Kostenerstattung in Höhe eines angemessenen Betrages verweisen. Bei der Bewertung der Angemessenheit sind der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung des Mangels zu berücksichtigen.

Verkäufer kann auf **angemessene Kostenerstattung verweisen**

Von dieser Möglichkeit hat B Gebrauch gemacht, indem sie das Begehren des K als „unverhältnismäßig“ kommentierte. Hiermit bringt B zwar in erster Linie eine vollständige Ablehnung des Klägerbegehrens zum Ausdruck. Als Minus ist hierin jedoch die Erklärung enthalten, die B sei im Hinblick auf den hiermit verbundenen Kostenaufwand zu einem Ausbau der Bodenfliesen nicht bereit, sondern verweise den K insoweit auf das Recht, die Erstattung eines angemessenen Kostenbetrages zu verlangen.

#### **B. Ergebnis**

K steht ein Anspruch auf Lieferung mangelfreier Fliesen aus §§ 437 Nr. 1, 439 BGB zu. Daneben kann K einen angemessenen Betrag zum Zwecke des Austausches des Fliesen verlangen. Im Hinblick auf den Wert der Fliesen im mangelfreien Zustand von „nur“ 1.200 € dürfte dieser Betrag deutlich unter der von K begehrten Summe von 6.000 € liegen.

#### **Fazit:**

Der Senat tut sich mit der Umsetzung der EuGH-Rechtsprechung schwer. Das merkt man noch nicht bei den Ausführungen zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die im Ergebnis überzeugen. Enttäuschend sind aber die Ausführungen zum eingeschränkten Leistungsverweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit. Denn



der Senat vermeidet hier eine Stellungnahme: Indem der EuGH aufgeworfen hatte, dass dem Käufer ein Kostenerstattungsanspruch in angemessener Höhe zustehe, war die Frage geboren, auf welche Anspruchsgrundlage ein solcher Anspruch zu stützen sei. Diese Frage beantwortet der Senat nicht. Er betont vielmehr, dass dem Verkäufer ein eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht bei absoluter Unverhältnismäßigkeit verbleibe. Damit wandelt sich der Anspruch des § 439 BGB offensichtlich doch in einen versteckten Zahlungsanspruch (des Käufers) um, wenn der Verkäufer sich im Falle absoluter auf sein nunmehr eingeschränktes Leistungsverweigerungsrecht beruft.

**Problem: Kündigung des Ausbildungsverhältnisses**

BAG, URTEIL VOM 08.12.2011  
6 AZR 354/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**Einleitung:**

Ein Ausbildungsverhältnis unterliegt den besonderen Vorschriften des Berufsbildungsgesetzes (BBiG). Nach § 22 I, II BBiG kann das Ausbildungsverhältnis nur innerhalb der Probezeit des § 20 BBiG jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden. Nach der Probezeit bedarf die Kündigung durch den Ausbildenden eines wichtigen Grundes (§ 22 II Nr. 1 BBiG).

Hier geht es um die Frage, ob die Kündigung eines minderjährigen Auszubildenden noch innerhalb der Probezeit seinen gesetzlichen Vertretern zugegangen ist. Ferner ist fraglich, ob die Kündigung nach § 174 S.1 BGB mangels Vorlage der Originalvollmacht zurückgewiesen werden durfte.

**Sachverhalt:**

Der 1991 geborene Kläger (K) schloss, vertreten durch seine Eltern, am 17.06.2008 einen Vertrag über eine am 01.08.2008 beginnende Ausbildung zur Fachkraft für Lagerlogistik mit der Beklagten (B). Im Vertrag war eine Probezeit von drei Monaten vereinbart. Als Ausbildungsbetrieb war das „Materialdepot N“ angegeben; als Ausbildender das „Bundeswehr Dienstleistungszentrum E“.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung des Personalrates kündigte B das Ausbildungsverhältnis mit Schreiben vom 31.10.2008, dem letzten Tag der Probezeit. Das Schreiben war unter dem Briefkopf „Bundeswehr Dienstleistungszentrum E“ vom Leiter dieses Zentrums unterzeichnet und „An den Auszubildenden K, gesetzlich vertreten durch seine Eltern X K und Y K“ adressiert. Dem Schreiben lag keine Kündigungsvollmacht bei. Es wurde per Boten am 31.10.2008 um 8:30 Uhr in den gemeinsamen Briefkasten der Familie K eingelegt, nachdem trotz mehrmaligen Läutens niemand geöffnet hatte. K war an diesem Tag arbeitsunfähig erkrankt; seine Eltern waren verreist. K nahm das Schreiben am 02.11.2008 wahr und informierte seine Mutter telefonisch hierüber. Dieser lag das Schreiben am 03.11.2008 vor. K meint, die Kündigung sei deswegen unwirksam, weil sie aufgrund der Adressierung an seine Eltern nicht innerhalb der Probezeit zugegangen sei. Zudem sei der Vertrag seinerzeit mit dem „Materialdepot N“ geschlossen worden, so dass eine Kündigung durch den Leiter des „Bundeswehr Dienstleistungszentrums E“ mangels Vorlage der Vollmacht formal unwirksam sei. Diesen Umstand hatte K durch seinen Prozessbevollmächtigten am 12.11.2008 gerügt.

Ist das Ausbildungsverhältnis durch die Kündigung vom 31.10.2008 beendet worden?

**Prüfungsschema:**

- A. Schriftformgebot des § 22 III BBiG
- B. Anhörung des Personalrates
- C. Kündigung innerhalb der Probezeit gem. § 22 I BBiG
- D. Unwirksamkeit gem. § 174 S. 1 BGB
- E. Ergebnis

Ausbildungsverhältnis richtet sich nach BBiG; Beachte bei Kündigung: §§ 20, 22 I, II BBiG

**LÖSUNG:**

Das Ausbildungsverhältnis ist durch die Kündigung vom 31.10.2008 beendet worden, wenn diese wirksam war.

**A. Schriftformgebot des § 22 III BBiG**

Die Kündigung am 31.10.2008 erfolgte schriftlich und wahrte damit das Schriftformgebot des § 22 III BBiG.

**B. Anhörung des Personalrates**

Der nach dem Bundespersonalvertretungsgesetz auch bei der Bundeswehr zu bildende Personalrat ist angehört worden.

**C. Kündigung innerhalb der Probezeit gem. § 22 I BBiG**

Die Kündigung enthält weder die Angabe eines Kündigungsgrundes nach § 22 III BBiG, noch erfolgte sie unter einer Fristsetzung. Es handelt sich somit um eine entfristete Kündigung, die nur nach Maßgabe des § 22 I BBiG zulässig sein könnte. Dann müsste die Kündigung allerdings noch in der Probezeit erfolgt sein, die vorliegend mit Ablauf des 31.10.2008 endete.

Fraglich ist ob die Kündigung am 31.10.2008 dem richtigen Empfänger zugegangen ist.

**I. Richtiger Empfänger**

Die einen nach § 106 BGB in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten betreffende Willenserklärung ist nach § 131 I, II BGB erst dann wirksam, wenn sie den gesetzlichen Vertretern zugeht. Mithin musste die Kündigungserklärung, die den minderjährigen K betrifft, gegenüber dessen Eltern als gesetzliche Vertreter nach §§ 1626, 1629 BGB abgegeben werden. Eine Ausnahme hiervon könnte sich – was im einzelnen jedoch streitig ist – zwar grundsätzlich aus § 113 BGB ergeben. Eine Ermächtigung des K nach § 113 BGB, die zu einer entsprechenden Teilrechtsfähigkeit führen würde, liegt hier jedoch nicht vor. Die Eltern des K sind die richtigen Empfänger der Kündigungserklärung.

**II. Zugang an die gesetzlichen Vertreter des K**

Die Kündigungserklärung müsste den Eltern des K zugegangen sein. Dafür müsste die Erklärung zunächst mit dem Willen des Erklärenden in Richtung auf den gesetzlichen Vertreter in den Verkehr gelangt sein und der Erklärende muss damit gerechnet haben können und gerechnet haben, sie werde den von ihm bestimmten Empfänger erreichen.

Der Wille des Erklärenden (B), das Schriftstück den Eltern des K zukommen lassen, geht aus der Adressierung „An den Auszubildenden K, gesetzlich vertreten durch seine Eltern X K und Y K“ hervor.

Der Zugang setzt außerdem voraus, dass die Erklärung dergestalt in den Machtbereich bzw. die tatsächliche Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt ist, dass es nur noch an ihm liegt, von ihr Kenntnis zu nehmen und mit seiner Kenntnisnahme unter normalen Umständen gerechnet werden kann. Indem das Schreiben durch den Boten des B in den gemeinsamen Briefkasten des K und seiner Eltern eingelegt wurde, hatten diese unter gewöhnlichen Verhältnissen noch am 31.10.2008 die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Ihre tatsächliche Abwesenheit ist insofern unbeachtlich. Ebenso ist unbeachtlich, dass

Die Angabe eines Kündigungsgrundes ist gem. § 22 III BBiG nur erforderlich, wenn eine Kündigung nach § 22 II BBiG, also eine Kündigung außerhalb der Probezeit erfolgt.

Zur Anwendbarkeit des § 113 BGB auf Berufsausbildungsverträge vgl. z.B. ErfK/Preis, § 113 BGB Rn. 2; Palandt/Ellenberger, § 113 Rn. 2; BAGE 125, 285

Zur Definition des Zugangs: zuletzt BGH NJW-RR 2011, 1184 [1185]

am 03.11.2008 zunächst nur die Mutter des K Kenntnis von dem Schriftstück nahm. Zwar vertreten die Eltern ihr Kind gem. § 1629 I 2 BGB grundsätzlich gemeinschaftlich. Doch zum einen hätte auch der Vater des K unter regelmäßigen Umständen noch am 31.10.2008 Kenntnis nehmen können; zum anderen ist gem. § 1629 I 2 HS 2 BGB jeder Elternteil allein für den Empfang von Willenserklärungen zuständig.

Die Kündigungserklärung ist damit noch am 31.10.2008 und mithin innerhalb der Probezeit nach § 20 BBiG zugegangen. Es bedurfte weder eines wichtigen Grundes nach § 22 II Nr. 1 BBiG, noch der Angabe eines Grundes im Kündigungsschreiben (vgl. § 22 III BBiG).

#### **D. Unwirksamkeit der Kündigung wegen Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB**

Die Kündigung könnte als einseitiges Rechtsgeschäft gem. § 174 S.1 BGB unwirksam sein, wenn sie durch einen Bevollmächtigten vorgenommen wurde, der eine Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt hat und das Rechtsgeschäft daraufhin vom anderen Teil unverzüglich zurückgewiesen worden ist.

Die Kündigung erfolgte durch den Leiter des „Bundeswehr Dienstleistungszentrums E“ im Namen des Dienstleistungszentrums, mithin durch einen Vertreter. Dieser wies seine Bevollmächtigung nicht nach. Mit Schreiben vom 12.11.2008 hat K das Rechtsgeschäft aus diesem Grund unter Berufung auf § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen. Fraglich ist jedoch, ob diese Zurückweisung noch „unverzüglich“ i.S.d. § 174 S. 1 BGB war:

„Unverzüglich“ - § 121 BGB gilt entsprechend.

„[32] Für die Frage, ob eine Zurückweisung i.S.d. § 174 Satz 1 BGB unverzüglich erfolgt ist, gelten die zu § 121 BGB aufgestellten Grundsätze entsprechend. Die Zurückweisung muss daher nicht sofort erfolgen. Dem Erklärungsempfänger ist vielmehr eine gewisse Zeit zur Überlegung und zur Einholung des Rates eines Rechtskundigen darüber einzuräumen, ob er das einseitige Rechtsgeschäft wegen fehlender Bevollmächtigung zurückweisen soll. Innerhalb welcher Zeitspanne der Erklärungsempfänger das Rechtsgeschäft wegen der fehlenden Bevollmächtigung zurückweisen muss, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.

Zeitspanne von einer Woche ist ausreichend.

**[33] Die Zurückweisung einer Kündigungserklärung ist nach diesen Grundsätzen nach einer Zeitspanne von mehr als einer Woche ohne das Vorliegen besonderer Umstände des Einzelfalls nicht mehr unverzüglich i.S.d. § 174 Satz 1 BGB.** Der die Kündigung Erklärende hat ein berechtigtes Interesse daran, alsbald zu erfahren, ob die Wirksamkeit der Kündigung unter formalen Gesichtspunkten in Frage gestellt wird. Das gilt insbesondere in Fällen, in denen die Möglichkeit einer Nachkündigung an eine Frist gebunden ist. Da die Rüge des § 174 BGB entgegen der Ansicht des Klägers keinerlei Nachforschungen über die wirklichen Vertretungs- und Vollmachtsverhältnisse und auch keinen schwierigen Abwägungsprozess erfordert, sondern rein formal und routinemäßig lediglich an das Fehlen der Vollmachtsurkunde knüpft, ist eine Zeitspanne von einer Woche unter normalen Umständen ausreichend, um die Entscheidung über die Zurückweisung nach § 174 BGB zu treffen.“

Arg.: § 174 S. 1 BGB erfordert keine tiefgehende Prüfung, sondern eine formale, routinemäßige Untersuchung.

Da hier zwischen der tatsächlichen Kenntnisnahme der Eltern am 03.11.2008 und der Zurückweisung am 12.11.2008 eine Zeitspanne

von mehr als einer Woche liegt, ist die Zurückweisung nicht mehr unverzüglich i.S.d. § 174 S. 1 BGB. Die Kündigung ist demnach auch nicht aus diesem Grund unwirksam.

### **E. Ergebnis**

Die Kündigung ist wirksam.

### **FAZIT:**

Der Senat legt ein Urteil vor, dessen Probleme sich zur Abfrage in einer Klausur durchaus eignen.

Zu beachten ist, was der Senat in Rn. 27 andeutet: Auch die Zurückweisung nach § 174 S. 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das seinerseits den Erfordernissen des § 174 S. 1 BGB genügen muss. Insofern hätte sich auch B darauf stützen können, dass die Zurückweisung durch den Prozessbevollmächtigten des K seinerseits nicht unter Vorlage der Vollmachtsurkunde erfolgte. Auch diese Zurückweisung müsste natürlich unverzüglich i.S.d. § 174 S. 1 BGB erfolgen.

K hatte im Originalfall zudem vorgetragen, dass der Kündigung eines minderjährigen Auszubildenden wegen § 242 BGB ein „klärendes Gespräch“ zwischen dem Auszubildenden und den gesetzlichen Vertretern vorausgehen habe. Dem folgt der Senat mit Blick auf die jederzeitige Beendigungsmöglichkeit innerhalb der Probezeit (§ 22 I BBiG) nicht.

**Problem: Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB)**

BGH, URTEIL VOM 17.01.2012  
X ZR 59/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Problem: Haftung der Bahn nach rechtlicher Trennung durch Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens?

**Einleitung:**

Durch das Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens sind der Fahrbetrieb und die Infrastruktur bei der Deutschen Bahn AG rechtlich getrennt worden. Die Beförderungsleistung wird vom Verkehrsunternehmen erbracht, während die Bahnanlagen – wie Bahnhöfe und Bahnsteige – durch Dritte gewartet und bereitgestellt werden (z.B. DB Station & Service AG). Hier stellte sich die Frage, ob und inwieweit auch nach dieser rechtlichen Trennung eine Haftung des Verkehrsunternehmens für die Verletzung eines Fahrgastes auf dem Bahnsteig in Betracht kommt.

**Sachverhalt:**

Die Klägerin (K) erwarb bei der Beklagten zu 1) (B1), die ein Eisenbahnverkehrsunternehmen betreibt, einen Fahrausweis für eine Fahrt mit dem ICE. Aufgrund von Glatteis auf dem Bahnsteig stürzte K und zog sich Verletzungen zu. Eigentümerin des Bahnsteiggeländes ist die DB Station & Service AG, die die Reinigung und den Winterdienst des Bahnhofs der Beklagten zu 2) (B2) übertragen hat. K begehrt Schmerzensgeld und Schadensersatz von den Beklagten.

Besteht ein vertraglicher Anspruch der K?

**Prüfungsschema:**

- A. Ansprüche der K gegen B1 aus §§ 280 I, 241 BGB i.V.m. § 631 BGB
- I. Schuldverhältnis
  - II. Pflichtverletzung
  - III. Vertretenmüssen
  - IV. Schaden
- B. Ansprüche der K gegen B2

**Lösung:****A. Ansprüche der K gegen B1 aus §§ 280 I, 241 II BGB i.V.m. § 631 BGB**

K könnte ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen B1 aus §§ 280 I, 241 II BGB i.V.m. dem Beförderungsvertrag aus § 631 BGB zustehen.

**I. Schuldverhältnis**

K hat durch den Erwerb des Fahrausweises einen Beförderungsvertrag i.S.d. § 631 BGB mit B1 geschlossen. Ein Schuldverhältnis liegt damit vor.

**II. Pflichtverletzung**

Es müsste eine Pflicht dieses Schuldverhältnisses verletzt worden sein. Also solche kommt die vertragliche Nebenpflicht aus § 241 II BGB in Betracht, die Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils nicht zu beeinträchtigen. Fraglich ist insbesondere, ob sich

Beförderungsvertrag = Werkvertrag gem. § 631 BGB

die Pflichten der B1 nur auf den reinen Verkehrsvorgang beschränken, oder auch das Aus- und Einstiegen erfassen. Hieran könnten insbesondere wegen der rechtlichen Trennung des Verkehrsunternehmens von der Infrastruktur Zweifel bestehen:

„[10] Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen ist aufgrund eines Personenbeförderungsvertrags verpflichtet, die Beförderung so durchzuführen, dass der Fahrgast keinen Schaden erleidet. Dies betrifft zunächst den eigentlichen Beförderungsvorgang zwischen Ein- und Aussteigen. **Ein Eisenbahnverkehrsunternehmen ist aufgrund eines Beförderungsvertrags darüber hinaus aber auch verpflichtet, dem Fahrgast einen sicheren Zu- und Abgang zu ermöglichen.** Wird diese vertragliche Nebenpflicht schuldhaft verletzt, haftet das Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB [...].

B1 trifft die Nebenpflicht i.S.d. § 241 II BGB, den sicheren Zu- und Abgang zu ermöglichen

[11] Vor der Eisenbahnstrukturreform war in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Eisenbahnunternehmen aufgrund des Beförderungsvertrags verpflichtet ist, für einen sicheren Zugang und Abgang des Fahrgastes zu sorgen, insbesondere von ihm bereitgestellte Anlagen wie Bahnsteige, die der Fahrgast vor und nach der Beförderung benutzen muss, verkehrssicher zu halten. **Hieran hat sich durch die rechtliche Trennung von Fahrbetrieb und Infrastruktur durch das Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (ENeuOG) vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 1994 I S. 2439) nichts geändert [...].**

Zur Pflicht des Eisenbahnunternehmens z.B. BGH NJW 1959, 1366

[12] Trotz dieser Trennung verfügen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Eisenbahninfrastrukturunternehmen aber gemeinsam über den Eisenbahnbetrieb; ein reibungsloser Bahnverkehr ist nur durch ihr Zusammenwirken zu erreichen. Inhalt und Umfang der aus einem Eisenbahnbeförderungsvertrag folgenden Pflichten sind deshalb selbständig zu bestimmen. **Die vertraglichen Nebenpflichten der Parteien eines Eisenbahnbeförderungsvertrags beschränken sich nicht auf die Zeit zwischen Ein- und Aussteigen, sondern umfassen die gesamte Abwicklung der Beförderung, d.h. auch die notwendige Benutzung der Eisenbahninfrastruktur, die der eigentlichen Beförderungsleistung vorangeht oder ihr nachfolgt [...].“**

Trotz der rechtlichen Trennung trifft B1 demnach die Pflicht, auch den Ein- und Aussteigevorgang sicher zu gestalten.

Indem K im Zuge des Einsteigevorgangs auf dem Bahnsteig einen Körperschaden erlitt, ist eine Rechtsgutverletzung eingetreten. Eine Pflichtverletzung i.S.d. § 241 II BGB liegt damit vor.

### III. Vertretenmüssen

Diese Pflichtverletzung müsste B1 auch nach dem Maßstab des § 276 BGB zu vertreten haben. Ein eigenes schuldhaftes Verhalten der B1 ist nicht ersichtlich, da Sie – jedenfalls nach der rechtlichen Trennung von Fahrbetrieb und Infrastruktur durch das Gesetz zur Neuordnung des Eisenbahnwesens – nicht selbst dazu berufen ist, den Bahnsteig verkehrssicher zu halten.

Jedoch ist B2 ein schuldhaftes, nämlich zumindest fahrlässiges Verhalten i.S.d. § 276 II BGB vorzuwerfen, indem sie den Bahnsteig nicht von Glatteis freihielt.

Dieses Verhalten könnte B1 unter den Voraussetzungen des § 278 BGB zuzurechnen sein. Das setzt voraus, dass B2 Erfüllungs-

Definition Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB:

- wer mit dem Willen des Schuldners
- bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit
- als seine Hilfsperson tätig wird.

gehilfe der B1 ist. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird. Wie bereits geklärt rechnet auch der Zu- und Abgang zum Verkehrsmittel zum Pflichtenkreis der B1 (s.o.). Somit muss sich B1 das schuldhaftes Verhalten der B2 zurechnen lassen.

#### IV. Schaden

K hat außerdem einen nach § 249 II 1 BGB ersatzfähigen Körperschaden erlitten. Zudem kann sie gem. § 253 II BGB ein angemessenes Schmerzensgeld verlangen.

#### B. Ansprüche der K gegen B2

Mangels vertraglicher Beziehung kann K gegen B2 nur deliktische Schadensersatzansprüche aus § 823 I BGB und § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB geltend machen.

#### FAZIT:

Die Entscheidung verdeutlicht, dass auch die gesetzliche Trennung eines (damals) staatlichen Unternehmens, nichts an dessen vertraglicher Haftung ändert.

Die Entscheidung erklärt sich vor dem Hintergrund, dass vertragliche Schadensersatzansprüche für den Anspruchsteller deutlich günstiger sind als solche aus Delikt: Während z.B. § 823 BGB nur gewisse Rechtsgüter schützt, ist § 280 I BGB prinzipiell rechtsgutindifferent ausgestaltet. Daneben wird über § 280 I 2 BGB das Vertretenmüssen vermutet, während das Verschulden i.R.d. § 823 BGB positiv festzustellen ist.

Schließlich ist auch der Begriff des Vertretenmüssens bei § 280 BGB weiter zu verstehen, als der Begriff des Verschuldens bei § 823 BGB. Zu vertreten hat der Schuldner ggf. auch das schuldhaftes Verhalten Dritter (siehe § 278 BGB) oder Zufall (siehe § 287 BGB).

Insbesondere die letzte Erwägung dürfte tragendes Motiv für die vorliegende Entscheidung gewesen sein. Blieben K bloß deliktische Ansprüche, käme eine Anwendung des § 278 BGB nicht in Betracht. Denn § 823 BGB setzt ein bestehendes Schuldverhältnis voraus. Die dann noch verbleibende Haftung aus § 831 I BGB kann aber durch eine Exkulpation gem. S. 2 abgewendet werden. Das ist dem Geschäftsherrn bei §§ 280, 278 BGB nicht möglich.



**Problem: Einziehung als Rechtsdienstleistung nach RDG**

BGH, URTEIL VOM 31.01.2012  
VI ZR 143/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Nach § 1 I 2 RDG sollen Rechtssuchende vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen geschützt werden. Die Befugnis, eine solche Leistung (vgl. § 2 RDG) zu erbringen, ist daher im RDG umfassend geregelt. Die Erbringung einer Rechtsdienstleistung stellt § 3 RDG unter einen Erlaubnisvorbehalt. Eine Ausnahme hiervon macht § 5 RDG, wonach Rechtsdienstleistungen erlaubt sind, sofern sie sich als Nebenleistung zum eigentlichen Berufs- oder Tätigkeitsfeld darstellen. Die Vorschriften §§ 1, 2, 3, 5 RDG sind Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB.

Häufig steht die Abtretung von Schadensersatzforderungen eines Geschädigten an eine Autovermietung im Spannungsverhältnis zu §§ 1, 2, 3, 5 RDG. Die streitige Frage, ob die Einziehung erfüllungshalber abgetretener Ersatzforderungen zum Berufs- oder Tätigkeitsfeld des Autovermieters gehört, klärt der Senat mit der vorliegenden Entscheidung.

Das RDG will vor unqualifizierten Rechtsdienstleistungen schützen und stellt Rechtsdienstleistungen in § 3 RDG unter einen Erlaubnisvorbehalt.

Problem: Einziehung von Schadensersatzforderungen durch Autovermieter als Nebenleistung gem. § 5 RDG?

**SACHVERHALT:**

G erlitt mit ihrem Pkw einen Unfall, für den die Beklagte (B) – eine Haftpflichtversicherung – voll einzustehen hat. Für die Zeit des schadigungsbedingten Ausfalls mietete G ein Ersatzfahrzeug bei der Klägerin (K) an. Im Mietvertrag ist vorgesehen, dass G die ihr gegen B zustehenden Schadensersatzansprüche aus dem konkreten Verkehrsunfall auf Erstattung der Mietwagenkosten erfüllungshalber an K abtritt.

Kann K von B Erstattung der Mietwagenkosten i.H.v. 1.246 € verlangen?

**PRÜFUNGSSHEMA:**

Anspruch der K aus § 7 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG und § 398 BGB

- A. Abtretung gem. § 398 BGB
  - I. Abtretungsvertrag/Einigung
    - 1. § 134 BGB i.V.m. §§ 1, 2, 3, 5 RDG
    - 2. Bestimmtheitsgebot
  - II. Berechtigung = Bestehen des Anspruchs aus §§ 7 I StVG, 115 I Nr. 1 VVG
- B. Ergebnis

**LÖSUNG:**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Erstattung der Mietwagenkosten i.H.v. 1.246 € aus abgetretenem Recht nach § 7 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG und § 398 BGB haben.

**A. Abtretung gem. § 398 BGB**

Zunächst müsste eine wirksame Abtretung gem. § 398 BGB vorliegen.

## I. Abtretungsvertrag/Einigung

Es müsste ein wirksamer Abtretungsvertrag (eine Einigung über die Abtretung) vorliegen. Indem G und K im Mietvertrag die Abtretung der Schadensersatzansprüche der G geregelt haben, liegt ein Abtretungsvertrag vor.

Dieser müsste auch wirksam sein.

### 1. Verstoß gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 1, 2, 3, 5 RDG

Die Abtretung könnte gegen § 134 BGB i.V.m. §§ 1, 2, 3, 5 RDG verstoßen, wenn es sich um eine unerlaubte Rechtsdienstleistung i.S.d. §§ 2, 3 RDG handelt, die auch nicht ausnahmsweise erlaubt ist. Ob bereits die Abtretung oder erst die spätere Einziehung der Forderung eine Rechtsdienstleistung darstellen, kann dahinstehen, wenn jedenfalls die Einziehung nach § 5 I 1 RDG erlaubt ist. Dann müsste es sich um eine Nebenleistung zum eigentlichen Berufs- oder Tätigkeitsbild der K handeln.

Die Frage, ob die Einziehung erfüllungshalber abgetretener Schadensersatzforderungen von Kunden zum Berufs- bzw. Tätigkeitsbild eines Autovermieters rechnen, wird unterschiedlich beurteilt.

#### a) 1. Ansicht: Keine erlaubnisfreie Nebenleistung i.S.d. § 5 RDG

„[8] [...] Nach der auch vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung besteht das Berufs- oder Tätigkeitsbild eines Mietwagenunternehmens in der Vermietung von Kraftfahrzeugen und beinhaltet schon mangels ausreichender Rechtskenntnisse des durchschnittlichen Autovermieters nicht die Befassung mit komplexen Rechtsfragen des Schadensersatzrechts [...].“

So auch LG Stuttgart, NZV 2011, 131; LG Konstanz, NJOZ 2011, 1676; Römermann, NJW 2011, 3061, 3063

#### b) 2. Ansicht: Erlaubnisfreie Nebenleistung i.S.d. § 5 RDG

„[8] [...] Eine andere Auffassung verweist darauf, dass die Einziehung abgetretener Kundenforderungen zu den üblichen Nebenleistungen von Mietwagenunternehmen gehöre und es durchaus in einem sachlichen Zusammenhang zu der Vermietungstätigkeit stehe, wenn der Autovermieter die Berechtigung der abgerechneten Mietwagenkosten der gegnerischen Versicherung gegenüber nachweise; eine vertiefte rechtliche Prüfung sei hierbei nicht anzustellen [...].“

Vgl. etwa OLG Stuttgart, NZV 2011, 556; LG Darmstadt, BeckRS 2011, 15284; LG Köln, NJW 2011, 1457; Eggert, Verkehrsrecht aktuell 2010, 168

#### c) 3. Ansicht: Differenzierend nach Komplexität der Rechtslage

“[8] (...) **Einschränkend sieht eine dritte Meinung die Forderungseinziehung durch Mietwagenunternehmen nur dann als erlaubte Nebenleistung an, wenn allein die Höhe der Mietwagenkosten im Streit steht**, wegen der darüber hinausgehenden Komplexität der Rechtslage hingegen nicht, wenn die Haftung dem Grunde nach bzw. die Haftungsquote streitig ist oder Schäden geltend gemacht werden, die in keinem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stehen, wie z.B. Schmerzensgeldansprüche.“

Vgl. LG Stuttgart, Urteil vom 13. Januar 2011 - 26 O 359/09; Henssler/ Deckenbrock, DB 2008, 41; Richter, SVR 2011, 70

#### d) Stellungnahme

Der Senat folgt der letztgenannten Ansicht. Er führt zur Begründung insbesondere den Entwurf zum RDG an, wonach die Einziehung von Kundenforderungen, die einem Unternehmer, Arzt oder einer Werk-

statt erfüllungshalber abgetreten wurden, grundsätzlich erlaubt seien, auch wenn sie eine rechtliche Prüfung erfordert:

„[13] Allerdings hat der Regierungsentwurf hinsichtlich der Einziehung von Kundenforderungen durch Autovermieter danach differenziert, ob die betroffene Forderung dem Grunde oder lediglich der Höhe nach im Streit steht. **Die Regulierung dem Grunde nach streitiger Schadensfälle soll keine nach § 5 Abs. 1 RDG zulässige Nebenleistung der Vermietung eines Kraftfahrzeugs sein, weil die Klärung der Verschuldensfrage für den Unfallgeschädigten von essentieller Bedeutung sei.** Zudem gehöre die rechtliche Beurteilung von Verkehrsunfällen nicht zum Berufsbild des Mietwagenunternehmers, so dass es auch an dem erforderlichen Zusammenhang mit der eigentlichen Hauptleistung fehle. Soweit ein Mietwagenunternehmen dem Unfallgeschädigten dagegen bei unstreitigem Haftungsgrund Hinweise zur Erstattungsfähigkeit der durch seine Beauftragung entstandenen Kosten erteile, soll die rechtliche Beratung des Unfallgeschädigten nach § 5 Abs. 1 RDG zulässig sein.“

Demnach kommt es mit der dritten Ansicht (s.o.) darauf an, ob die Haftung des Anspruchsgegners dem Grunde nach streitig ist. Da hier die volle Haftung der B nicht im Streit steht, ist eine Einziehung der erfüllungshalber abgetretenen Forderung gem. § 5 I 1 RDG erlaubnisfrei. Damit verstößt auch die Abtretung nicht gegen das RDG.

## **2. Beachtung des Bestimmtheitsgebots**

Als Verfügung unterliegt die Abtretung dem Bestimmtheitsgebot. Im Zeitpunkt der Abtretung muss also der Gegenstand derselben – also die Forderung – hinreichend bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein. Das ist hier jedoch der Fall, weil nur Schadensersatzansprüche auf Erstattung der Mietwagenkosten nach dem konkret benannten Schadensereignis abgetreten wurden. Damit ist das Bestimmtheitsgebot beachtet.

## **II. Berechtigung**

G müsste hinsichtlich der Forderung auch berechtigt sein. Das ist der Fall wenn sie Inhaberin der Forderung ist. Aus dem Verkehrsunfall ist G – was dem Grunde und sogar der Höhe nach unstreitig ist – eine Forderung aus § 7 I StVG i.V.m. § 115 I Nr. 1 VVG gegen B entstanden. G ist damit hinsichtlich der Forderung berechtigt.

## **B. Ergebnis**

Die Abtretung ist wirksam.

## **FAZIT:**

Der Senat legt eine Entscheidung vor, die Relevanz für beide Examina beansprucht. Die Problematik ließe sich leicht mit den bekannten Problemen eines Verkehrsunfalles (§§ 7, 18 StVG) kombinieren.

*Speziell für Referendare:***Problem: Abschleppkosten**

BGH, URTEIL VOM 02.12.2011  
V ZR 30/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der zivilrechtliche Abschleppfall war bereits großes Thema (und dann auch Examensklausur) im Jahr 2009. Im Kern ging es damals um die Frage, ob und in welcher Höhe die Kosten des Abschleppens bei einem unbefugt im privaten Parkraum abgestellten Pkw ersatzfähig sind.

Der BGH greift die Problematik erneut auf und verfolgt die seinerzeit eingeschlagene Linie weiter. Der Fall kommt allerdings im neuen Gewand und in neuer Perspektive daher: Fraglich war, ob dem Eigentümer ein Nutzungsersatzanspruch gegen den Abschleppunternehmer zusteht, der den Standort des Fahrzeugs nicht preisgab. Selbstverständlich verbirgt sich auch dahinter die Frage nach der „Rechtmäßigkeit“ der Abschleppmaßnahme.

**SACHVERHALT:**

Die Klägerin (K) stellte ihr Fahrzeug unbefugt auf dem Kundenparkplatz eines Supermarktes ab. Auf einem Hinweisschild wies der Supermarktbetreiber darauf hin, dass unberechtigt parkende Fahrzeuge kostenpflichtig entfernt werden. Aufgrund eines Rahmenvertrages mit dem Supermarktbetreiber, der u.a. die Abtretung von Ansprüchen gegen unberechtigte Nutzer enthält, schleppte die Beklagte (B) das Fahrzeug ab und verbrachte es auf einen öffentlichen Parkgrund. B verlangt von K die Zahlung von 219,50 € als „Grundgebühr mit Versetzung“. Darunter fasst sie die Kosten für die Abschleppmaßnahme (Versetzung), sowie u.a. diejenigen Kosten, die für die Überwachung des Parkraums und für das Aufspüren von Falschparkern anfallen (Grundgebühr). Da K nicht zahlen will, verweigert B die Auskunft über den Standort des Fahrzeugs. K meint, die Berufung auf ein Zurückbehaltungsrecht sei treuwidrig.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung wegen der Vorenthaltung des Pkw durch B?

**PRÜFUNGSSCHEMA:**

Anspruch des B aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 BGB

- A. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis
  - I. Eigentümer
  - II. Besitzer
  - III. Kein Recht zum Besitz
  - IV. § 273 BGB i.V.m. §§ 823 II, 858 I BGB
- B. Ergebnis

**LÖSUNG:**

B könnte gegen K einen Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in Form eines Nutzungsausfallschadens aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 BGB haben.

Abschleppfall als Examensklausur:  
BGH, RA 2009, 437 = NJW 2009,  
2530

**A. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis**

Dann müsste zunächst ein Eigentümer-Besitzer-Verhältnis vorliegen.

**I. Anspruchsteller als Eigentümer**

K ist Eigentümerin ihres Pkw.

**II. Anspruchsgegner als Besitzer**

B übt die tatsächliche Sachgewalt i.S.d. § 854 BGB über den Pkw aus und ist damit Besitzer.

**III. Kein Recht zum Besitz**

B dürfte kein Recht zum Besitz aus § 986 BGB zustehen.

B könnte ein Kostenerstattungsanspruch aus abgetretenem Recht des Supermarktbetreibers gegen K zustehen. Fraglich ist, ob dieser Erstattungsanspruch ein Besitzrecht i.S.d. § 986 BGB begründen könnte. Eine Forderung könnte B dem Begehren der K jedenfalls einredeweise gem. § 273 BGB, also als Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten. Ein Zurückbehaltungsrecht führt jedoch gem. § 274 BGB zu einer Zug um Zug-Verurteilung und stellt mithin eine Einrede dar. Dementsprechend kann der Kostenerstattungsanspruch i.V.m. § 273 BGB kein Besitzrecht des B i.S.d. § 986 BGB begründen. Denn bei Vorliegen eines Besitzrechtes würde der Anspruch aus § 985 BGB nicht bestehen. Damit kann es sich bei Besitzrechten nicht um Einreden, sondern nur um Einwendungen handeln. Einredeweise eingebrachte Gegenforderungen können mithin keine Besitzrechte nach § 986 BGB begründen.

**IV. Einrede nach § 273 BGB i.V.m. §§ 823 II, 858 I BGB**

Wie angesprochen könnte B jedoch einen Kostenerstattungsanspruch als Einrede gem. § 273 BGB geltend machen. Als Kostenerstattungsanspruch kommt ein abgetretener Schadensersatzanspruch des B aus § 823 II BGB i.V.m. § 858 I BGB in Betracht.

Anmerkung: Von einer wirksamen Abtretung des Ersatzanspruchs im Verhältnis Supermarkt – B ist auszugehen. Der Einfachheit halber wird die Abtretung gem. § 398 BGB hier nicht geprüft.

**1. Schutzgesetz**

Es müsste ein Schutzgesetz vorliegen. Darunter versteht man solche Normen, die nicht nur dem Interesse der Allgemeinheit, sondern auch dem Interesse des Einzelnen zu dienen bestimmt sind. § 858 I BGB schützt den einzelnen Besitzer vor der Beeinträchtigung in seinem Besitz. Es handelt sich bei § 858 I BGB mithin um ein Schutzgesetz.

Zur Schutzgesetzqualität des § 858 I BGB: BGHZ 181, 233 ff.; BGHZ 20, 169, 171; BGH NJW 1991, 2420, 2422

**2. Verletzung**

Das Schutzgesetz müsste verletzt sein. Das wäre der Fall, wenn K verbotene Eigenmacht nach § 858 I BGB verübt hätte. Indem K ihr Fahrzeug unbefugt auf den Kundenparkplatz des Supermarktes stellte, entzog sie dem Supermarktbetreiber teilweise den Besitz. Dies geschah ohne den Willen des Supermarktbetreibers und ist nicht durch das Gesetz gestattet. Mithin liegt verbotene Eigenmacht nach § 858 I BGB vor; das Schutzgesetz ist verletzt.

**3. Rechtswidrigkeit**

Die Schutzgesetzverletzung ist nicht von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt.

#### 4. Verschulden

Die Schutzgesetzverletzung muss schuldhaft begangen worden sein (vgl. § 823 II 2 BGB). Vorliegend hätte K bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufgrund des Hinweisschildes erkennen können, dass das Parken nur Kunden des Supermarktes vorbehalten ist. Mithin handelte K fahrlässig gem. § 276 BGB.

#### 5. Schaden

B müsste ein Schaden entstanden sein, der kausal auf die Schutzgesetzverletzung zurückzuführen ist. Das schädigende Ereignis besteht in der verbotenen Eigenmacht bzw. in der daraus folgenden Besitzstörung. Dieser Schaden ist grds. gem. § 249 I BGB unter dem Gesichtspunkt der Naturalrestitution ersatzfähig, da es um die Beseitigung der Folgen der verbotenen Eigenmacht geht. Fraglich ist, in welchem Umfang der Schaden besteht.

##### a) Kosten für den reinen Abschleppvorgang (Versetzung)

Die Kosten für den reinen Abschleppvorgang müssten kausal auf die Schutzgesetzverletzung zurückgehen. Problematisch könnte insbesondere sein, ob die Schadensfolge dem Schutzzweck der Norm (§ 858 BGB) entspricht:

“[9] Dass unbefugt auf dem Grundstück des Supermarktbetreibers abgestellte Fahrzeuge kostenpflichtig abgeschleppt werden, stellt keine überraschende oder fern liegende Reaktion des unmittelbaren Besitzers dar, sondern die Verwirklichung der deutlich sichtbaren Ankündigung auf dem aufgestellten Schild. **Diese Schadensfolge liegt auch im Schutzbereich der verletzten Norm. Indem das Gesetz dem unmittelbaren Besitzer als spontane Reaktion auf eine verbotene Eigenmacht das Selbsthilferecht (§ 859 BGB) zubilligt, dessen Ausübung mit Kosten verbunden sein kann, stellt es selbst den notwendigen Zusammenhang zwischen der Verletzung des Schutzgesetzes (§ 858 Abs. 1 BGB) und der Schadensfolge her.**”

Die Kosten für den Abschleppvorgang sind mithin kausal durch die Schutzgesetzverletzung ausgelöst worden.

##### b) Kosten für die Überwachung des Parkraums (Grundgebühr)

Auch die Kosten für die Überwachung des Parkraums und das Aufspüren der Falschparker müsste kausal auf die Besitzentziehung zurückgehen.

“[12] (...) Kosten, die nicht der Beseitigung der Besitzstörung dienen, sondern im Zusammenhang mit deren Feststellung angefallen sind, wie etwa die Kosten einer Parkraumüberwachung durch regelmäßige Kontrollgänge, zählen nicht zu dem adäquat verursachten und damit erstattungsfähigen Schaden. **Solchen allgemeinen Überwachungsmaßnahmen fehlt der Bezug zur konkreten Besitzstörung, da sie nicht entfallen, wenn die schädigende Handlung hinweggedacht wird;** sie entstehen unabhängig von dem konkreten schadensstiftenden Ereignis. Vorkehrungen zur Überwachung des Parkplatzes sind daher im Verhältnis zum Schädiger der Sphäre des Grundstücksbesitzers zuzurechnen.“

Die „Grundgebühr“ geht nicht kausal auf die Schutzgesetzverletzung zurück und ist damit kein erstattungsfähiger Schadensposten.

Vgl. zur Kausalität der Parkraumüberwachung als Schaden BGHZ 75, 230 [237]

## 6. Zwischenergebnis

B steht ein (abgetretener) Schadensersatzanspruch gegen K aus § 823 II BGB i.V.m. § 858 I BGB zu. B ist folglich Inhaber einer Gegenforderung, die er dem Herausgabebegehren der K grds. gem. § 273 BGB einredeweise entgegenhalten kann.

## 7. Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Es dürfte dem B jedoch nicht aus § 242 BGB verwehrt sein, sich auf das Zurückbehaltungsrecht zu berufen. Das wäre aber der Fall, wenn die Geltendmachung der Einrede gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.

“[17] Als besonderer Anwendungsfall des Verbots unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) darf das Zurückbehaltungsrecht nicht in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ausgeübt werden. **So kann es gegen das Gebot von Treu und Glauben verstoßen, wenn eine hochwertige Leistung zum Zwecke der Durchsetzung eines verhältnismäßig geringfügigen Gegenanspruchs zurückgehalten wird**. Allerdings ist nicht schematisch allein auf die Wertverhältnisse abzustellen. Vielmehr kann ein Zurückbehaltungsrecht auch dann gegeben sein, wenn der Wert der Forderung, derentwegen die Herausgabe eines Gegenstandes verweigert wird, erheblich geringer ist als der Wert der herausverlangten Sache; denn das Recht auf Zurückbehaltung würde seinen vom Gesetzgeber verfolgten Zweck verlieren, auf den Schuldner Druck auszuüben, wenn es nur dann ausgeübt werden könnte, wenn das Wertverhältnis in etwa ausgeglichen ist. Erforderlich ist vielmehr stets eine Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls.

[18] Bei dieser Abwägung ist hier einerseits zu berücksichtigen, dass die Beklagte mit der Weigerung, den Standort des Fahrzeugs preiszugeben, die Klägerin an dem Zugriff auf einen erheblichen Vermögenswert gehindert hat. **Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, hätte sich die Klägerin andererseits angesichts der relativ geringen Forderung mit einem einfachen Mittel diesen Zugang wieder verschaffen können, indem sie die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Erbringung einer Sicherheitsleistung gemäß § 273 Abs. 3 BGB abgewendet hätte [...].**

Folglich war dem B die Berufung auf die Einrede nicht wegen § 242 BGB verwehrt.

## B. Ergebnis

Dem Herausgabeanspruch der K steht die Einrede des B aus § 273 I BGB i.V.m. §§ 823 II, 858 I BGB entgegen. Mithin ist B nicht mit der Herausgabe des Pkw in Verzug und haftet nicht aus §§ 990 II, 280 I, II, 286 BGB auf Nutzungsausfall.

## FAZIT:

Die Entscheidung ist ohne jede Einschränkung examensrelevant. Das gilt insbesondere auch für das zweite Staatsexamen: In der Originalentscheidung hatte K neben dem Nutzungsersatzbegehren einen Herausgabeanspruch gestellt. Nachdem B den Standort des Fahrzeugs im Prozess mitgeteilt hatte, erklärten die Parteien den Rechts-

Zur Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgebotes bei § 273 BGB: vgl. BGH NJW 2004, 3484 [3485]; RGZ 61, 128 [133]

Zurückhalten einer hochwertigen Leistung bei geringfügiger Gegenforderung kann unverhältnismäßig sein.

Hier: Zwar objektive Unverhältnismäßigkeit (Pkw vs. 219,50 €); jedoch Möglichkeit der K, nach § 273 III BGB vorzugehen.

Teilweise übereinstimmende Erledigungserklärung = Kombination von streitigem Urteil und Kostenbeschluss nach § 91 a ZPO

streit insoweit für erledigt. In einer zivilprozessualen Urteils Klausur wäre insoweit (!) eine Prüfung nach § 91 a ZPO angezeigt gewesen. Es hätte also geprüft werden müssen, welcher Partei die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen aufzuerlegen sind. Auch dieses Vorgehen erfordert letztendlich eine materiell-rechtliche Prüfung, da nur so der bisherige Sach- und Streitstand ermittelt werden kann. Hier wären die Kosten der K aufzuerlegen, da ihr nach dem bisher gesagten kein fälliger Herausgabeanspruch nach § 985 BGB gegen B zusteht (s.o.). Für den verbleibenden Teil des Rechtsstreits – der Frage nach dem Nutzungsausfallschaden der K – wäre jedoch ein kontradiktorisches Urteil anzufertigen, da die Erledigungserklärung diesen Teilbereich nicht erfasst. In letzter Konsequenz handelt es sich dann um die Anfertigung eines Urteils, das in den Nebenentscheidungen eine umfassende Kostenentscheidung, also quasi einen Beschluss nach § 91 a ZPO enthält.



## Öffentliches Recht

### Problem: Euro-Rettungsschirm und "freies Mandat"

BVERFG, URTEIL VOM 28.02. 2012  
2 BVE 8/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Das BVerfG hatte im Rahmen eines Organstreitverfahrens (Art. 93 I Nr. 1 GG) darüber zu entscheiden, inwieweit der Deutsche Bundestag seine Entscheidungskompetenz über die Verwendung deutscher Steuergelder im Rahmen des sog. "Euro-Rettungsschirms" auf ein kleines, gegenwärtig aus neun Personen (Mitgliedern des Haushaltsausschusses) bestehendes "Sondergremium" übertragen darf, das in Fällen besonderer Eil- und Geheimhaltungsbedürftigkeit an Stelle des Deutschen Bundestages entscheiden soll.

Das BVerfG sah darin überwiegend eine Verletzung des "freien Mandats" der Bundestagsabgeordneten aus Art. 38 I 2 GG: Ihnen werde die Mitwirkungs- und Entscheidungsmöglichkeit in elementaren Fragen des Haushaltsrechts entzogen, ohne dass es dafür eine ausreichende Rechtfertigung gebe. Nur in wenigen Fällen könne ein besonderes Geheimhaltungsinteresse der BRD eine solche darstellen.

#### SACHVERHALT:

Als Reaktion auf die Staatsschuldenkrise im Gebiet der Europäischen Währungsunion schufen deren Mitgliedstaaten den „Euro-Rettungsschirm“, in dessen Rahmen sie eine Zweckgesellschaft, die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF) gründeten, die Garantien von den Euro-Mitgliedstaaten erhält, um im Bedarfsfall die Mittel an den Kapitalmärkten aufnehmen und für überschuldete Mitgliedstaaten bereitstellen zu können. Die deutsche Beteiligung an diesem Euro-Rettungsschirm hatte das BVerfG dem Grunde nach für verfassungsgemäß erklärt, soweit dabei die elementaren haushaltsrechtlichen Befugnisse des Deutschen Bundestages gewahrt bleiben.

In seinem "Stabilisierungsmechanismusgesetz" (StabMechG) vom 22. Mai 2010 honorierte der Bundesgesetzgeber dies, indem er regelte, dass Entscheidungen des deutschen Vertreters in der EFSF grundsätzlich der Zustimmung des Deutschen Bundestages bedürfen. In Fällen besonderer Eilbedürftigkeit und Vertraulichkeit entscheidet jedoch gemäß § 3 III StabMechG an Stelle des Deutschen Bundestages ein neu zu schaffendes Gremium (sog. Sondergremium).

Die Antragsteller (ASt.) sind Abgeordnete des Deutschen Bundestages. Sie meinen, angesichts der im Rahmen der EFSF zur Disposition stehenden Summen dürfe die Entscheidung über die deutsche Beteiligung an solchen Garantien (gegenwärtig haftet die BRD mit ca. 221 Mrd. Euro) nicht in die Hand eines Gremiums von lediglich 9 Personen gelegt werden, sondern müsse beim Deutschen Bundestag - jedenfalls aber beim Haushaltsausschuss - verbleiben. Geheimhaltungs- oder Eilinteressen könnten daran nichts ändern, auch der Haushaltsausschuss könne eilig zusammengerufen werden und unter Ausschluss der Öffentlichkeit tagen.

Sind die ASt. durch § 3 III StabMechG in ihrem Abgeordnetenstatus gem. Art. 38 I 2 GG verletzt?

BVerfG, RA 2011, 540 ff. = NJW 2011, 2946 ff.

#### § 3 III StabMechG (Auszug):

"In Fällen besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit werden die [...] Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestages von Mitgliedern des Haushaltsausschusses wahrgenommen, die vom Deutschen Bundestag für eine Legislaturperiode gewählt werden. Die Anzahl der zu benennenden Mitglieder ist die kleinstmögliche, bei der jede Fraktion zumindest ein Mitglied benennen kann und die Mehrheitsverhältnisse gewahrt werden."

**PRÜFUNGSSCHEMA: ART. 38 I 2 GG**

- A. Schutzbereich betroffen
  - I. Personal: BT-Abgeordnete
  - II. Sachlich: "Freies Mandat"
- B. Eingriff
- C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
  - I. Schranken: Nur verfassungsimmanente
  - II. Schranken-Schranken: Verhältnismäßigkeit

**LÖSUNG:**

Merke: Die Prüfung des "freien Mandats" aus Art. 38 I 2 GG wird dreistufig aufgebaut wie ein Freiheitsgrundrecht: Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung.

Die ASt. sind in ihren Rechten aus Art. 38 I 2 GG verletzt, sofern ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des darin verbrieften "freien Mandats" vorliegt.

**A. Schutzbereich betroffen**

Zunächst müsste der Schutzbereich betroffen sein.

**I. Personal**

In personaler Hinsicht schützt Art. 38 I 2 GG alle Abgeordneten des Deutschen Bundestages in der Ausübung ihres Mandats. Zu diesen gehören auch die ASt.

**II. Sachlich**

In sachlicher Hinsicht benennt Art. 38 I 2 GG in seinem Wortlaut keine bestimmten Abgeordnetenrechte. Damit sie ihr Mandat frei i.S.d. Art. 38 I 2 GG ausüben können, müssen den Abgeordneten aber bestimmte Mindestrechte zustehen, die somit Art. 38 I 2 GG immanent sind. Dies erkennt das BVerfG in st.Rspr. an:

Zu den Rechten aus Art. 38 I 2 GG  
 - BVerfGE 10, 4, 12; 60, 374, 379; 80, 188, 218 (Rederecht)  
 - BVerfGE 13, 123, 125; 57, 1, 5; 67, 100, 129; 70, 324, 355 (Frage- und Informationsrecht)  
 - BVerfGE 43, 142, 149; 70, 324, 354 (Fraktionsbildung)

**"[104] Zu den Befugnissen der Abgeordneten gehören vor allem das Rederecht, das Stimmrecht, das Initiativrecht, die Beteiligung an der Ausübung des Frage- und Informationsrechts, das Recht, sich an den vom Parlament vorzunehmenden Wahlen zu beteiligen und das Recht, sich mit anderen Abgeordneten zu einer Fraktion zusammenzuschließen."**

Zu den Rechten des Deutschen Bundestages (und damit auch zu den oben skizzierten Rede- und Stimmrechten seiner Abgeordneten) gehört auch - und dies sogar elementar - die Entscheidung über die Verwendung von Haushaltsmitteln:

Haushaltskompetenz des Deutschen Bundestags: BVerfGE 45, 1, 32; 70, 324, 355; 123, 267, 359

**"[105] Was die Feststellung des Haushaltsplans angeht, so kommt dem Deutschen Bundestag im Verhältnis zu den anderen beteiligten Verfassungsorganen eine hervorgehobene verfassungsrechtliche Stellung zu. Er trifft mit der Entscheidung über den Haushaltsplan eine wirtschaftliche Grundsatzentscheidung für zentrale Bereiche der Politik. Über Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Hand entscheidet der Bundestag in Verantwortung gegenüber dem Volk. Das Budgetrecht des Parlaments gehört zu den Grundlagen der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat. Es stellt ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar." [...]**

Grundlegend: BVerfG, RA 2011, 540 ff. = NJW 2011, 2946 ff.

**"[109] Diese Grundsätze gelten auch bei der Wahrnehmung der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages in einem System intergouvernementalen Regierens. Sie verlangen, dass der Deutsche Bundestag der Ort ist, an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden**

wird, auch im Hinblick auf internationale und europäische Verbindlichkeiten. **Es ist dem Deutschen Bundestag daher untersagt, seine Budgetverantwortung auf andere Akteure derart zu übertragen, dass nicht mehr überschaubare budgetwirksame Belastungen ohne seine vorherige konstitutive Zustimmung eingegangen werden."**

Somit betrifft die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen auf das Sondergremium die Haushaltsbefugnisse des Deutschen Bundestages und damit die Rede- und Stimmrechte der ASt. als dessen Mitglieder.

## B. Eingriff

Sofern die Entscheidung über deutsche Garantiebewilligungen im Rahmen des EFSF von einem aus Mitgliedern des Haushaltsausschusses zu besetzenden Sondergremium getroffen wird, können jedenfalls die nicht in dieses Gremium gewählten Abgeordneten ihr Rede- und Stimmrecht nicht mehr unmittelbar ausüben. Die ASt. sind nicht Mitglieder des Sondergremiums. Somit verkürzt die Regelung des § 3 III StabMechG den Schutzbereich ihres "freien Mandats".

## C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, soweit er von den Schranken des Art. 38 I 2 GG gedeckt ist.

### I. Schranken

Geschriebene Schranken kennt das "freie Mandat" nicht. Ähnlich einem schrankenlosen Freiheitsgrundrecht erblickt das BVerfG im übrigen Verfassungsrecht aber eine immanente Schranke:

**"[114] Freiheit und Gleichheit des Mandats (Art. 38 I 2 GG) sind jedoch nicht schrankenlos gewährleistet, sondern können durch andere Rechtsgüter von Verfassungsrang begrenzt werden. Die Funktionsfähigkeit des Parlaments ist ein solches Rechtsgut von Verfassungsrang."**

BVerfGE 80, 188, 219; 84, 304, 321; 96, 264, 278; 99, 19, 32; 112, 118, 140; 118, 277, 324

Somit können die Abgeordnetenrechte aus Art. 38 I 2 GG grundsätzlich zur Wahrung der Funktionsfähigkeit des Parlaments beschränkt werden. Zur Wahrung seiner Funktionsfähigkeit darf der Deutsche Bundestag auch bestimmte Entscheidungskompetenzen auf von ihm gebildete Untergremien - z.B. Ausschüsse - übertragen:

**"[120] Der Deutsche Bundestag ist im Rahmen seiner Selbstorganisationsbefugnis und seiner Geschäftsordnungsautonomie grundsätzlich berechtigt, Untergremien zu bilden, um eine sachgerechte Erfüllung seiner Aufgaben zu ermöglichen.** Die zunehmende Komplexität der zu behandelnden Sachverhalte und die Schwerfälligkeit des Plenums zwingen geradezu zu einer Arbeitsteilung. Es ist ihm namentlich gestattet, Ausschüsse einzurichten und diesen einzelne vom Bundestag wahrzunehmende Aufgaben zu übertragen, beispielsweise die Vorbereitung von Plenumsbeschlüssen oder die Wahrnehmung von Informations-, Kontroll- und Untersuchungsrechten (vgl. §§ 54 ff. GOBT)."

Allerdings treffen Ausschüsse i.d.R. nur vorbereitende Beschlüsse, die anschließend noch durch das Parlament abgesegnet werden müssen, während das hier streitgegenständliche Sondergremium allein und abschließend entscheiden soll.

Ob und inwieweit es neben den im GG ausdrücklich geregelten Fällen (Art. 45, 45c, 45d, 53a GG) überhaupt zulässig ist, die gesamte Entscheidungsbefugnis vom Bundestag auf andere Gremien zu delegieren, wird in der Lit. kontrovers diskutiert (vgl. nur v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 45c Rn. 30 m.w.N.), vom BVerfG hier aber nicht weiter erörtert.

### II. Schranken-Schranken

Diese Delegationsbefugnis geht nach Ansicht des BVerfG allerdings nicht beliebig weit. Vielmehr muss sie sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bewegen:

So schon BVerfGE 94, 351, 369

"[144] Bei der Beschränkung der Statusrechte der Abgeordneten ist jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und ein angemessener Ausgleich zwischen der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages einerseits sowie den damit kollidierenden Statusrechten der Abgeordneten andererseits sicherzustellen. Die Delegation von Entscheidungsbefugnissen des Deutschen Bundestages auf das Untergremium [...] bedarf besonders gewichtiger Gründe. Erfolgt die Delegation der Entscheidungsbefugnisse im Interesse besonderer Eilbedürftigkeit oder Vertraulichkeit, muss sie deshalb auf wenige Ausnahmen mit begrenztem Anwendungsbereich beschränkt bleiben und zwingend erforderlich sein."

Fraglich ist, ob sich die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen in § 3 III StabMechG in diesem Rahmen bewegt.

### 1. Legitimer Zweck

Die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages ist unzweifelhaft ein "besonders gewichtiger Grund" im o.g. Sinne und damit ein legitimer Zweck i.S.d. Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes:

"[142] Die **Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundestages in Fällen besonders eilbedürftiger Entscheidungen** ist ein anerkannter Belang und kann es angezeigt sein lassen, Beratung und Beschlussfassung über einen Gegenstand nicht im Plenum durchzuführen, wenn dieses nicht kurzfristig genug zusammentreten und aufgrund der Zeitnot nicht sachgerecht beraten und beschließen kann."

"[143] Auch **Belange des Geheimschutzes** im Interesse verfassungsrechtlich geschützter Güter sind zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Deutschen Bundestages als zwingende Gründe des Staatswohls grundsätzlich geeignet, die Einschränkung von Statusrechten der Abgeordneten zu rechtfertigen."

### 2. Geeignetheit

§ 3 III StabMechG müsste zur Förderung dieses Zwecks geeignet sein. Sicherlich ist es einfacher, in eiligen Sachen ein aus neun Personen bestehendes Sondergremium zusammenzurufen als den gegenwärtig aus 620 Personen bestehenden Deutschen Bundestag. Somit wird die Entscheidungsfähigkeit in Eilsachen zumindest gefördert. Darüber hinaus wird auch die Geheimhaltung in einem kleinen, nicht öffentlich tagenden Kreis leichter zu gewährleisten sein als bei Beratung und Entscheidung im versammelten Plenum.

### 3. Erforderlichkeit

Eine Regelung ist aber nur erforderlich, wenn keine mildereren, gleich effektiven Mittel zur Zweckerreichung existieren. Das BVerfG hält § 3 III StabMechG unter diesem Gesichtspunkt weitgehend für verfassungswidrig.

#### a. Im Hinblick auf die Eilbedürftigkeit

Es vertritt zunächst die Auffassung, der Haushaltsausschuss könne im Eilfall ebenso schnell - wenn nicht schneller - entscheiden:

"[146] **Weder im Gesetzgebungsverfahren noch im Verfahren vor dem BVerfG sind Gründe erkennbar geworden, deretwegen ein "kleinstmögliches" Untergremium notwendig sein soll, um besonders rasch zusammentreten zu können.** Zwar erfor-

So hat es das BVerfG z.B. zugelassen, dass bei Gefahr im Verzug die Bundesregierung über den Einsatz der Bundeswehr entscheidet (BVerfGE 90, 286, 388; 121, 135, 162).

dert die Ladung von neun Mitgliedern einen geringeren Verwaltungsaufwand als die Ladung des Haushaltsausschusses mit 41 Mitgliedern und einer entsprechenden Anzahl von Stellvertretern oder gar des Plenums mit seinen 620 Abgeordneten. Auf der anderen Seite sind für die Mitglieder des Sondergremiums keine Stellvertreter vorgesehen, so dass bereits die Verhinderung weniger Mitglieder zu seiner Beschlussunfähigkeit führen könnte, was einer besonderen Eilbedürftigkeit gerade zuwider liefe. Berücksichtigt man darüber hinaus, dass für sämtliche Maßnahmen der EFSF eine Vielzahl von vorbereitenden Handlungen und Ausführungsmaßnahmen durch den ersuchenden Staat und die EFSF vorgesehen sind, spricht auch dies in aller Regel gegen eine besondere Eilbedürftigkeit. [...]

[147] **Bei Vorliegen der Voraussetzungen einer besonderen Eilbedürftigkeit, die eine Einberufung des Plenums ausschließt, käme daher allenfalls eine Befassung des Haushaltsausschusses in Betracht.** [...] Der Haushaltsausschuss hat mit derzeit 41 Mitgliedern eine Größe, die ein kurzfristiges Zusammentreten ermöglicht. Er ist im Notfall bereits mit 21 Mitgliedern beschlussfähig (vgl. § 67 Satz 1 GOBT) und verfügt - anders als das Untergremium nach § 3 III StabMechG - über stellvertretende Ausschussmitglieder, was rasche Entscheidungen auch bei Verhinderung einzelner Mitglieder erleichtert."

#### b. Im Hinblick auf Geheimhaltungsinteressen

Es bliebe eine Erforderlichkeit des Sondergremiums im Hinblick auf Geheimhaltungsinteressen. Diese sieht das BVerfG nur partiell:

[148] Die Einschätzung des Deutschen Bundestages, die Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf das Sondergremium sei aus **Geheimchutzgründen** erforderlich, [ist] **nur für einen Teil** der im Maßnahmenkatalog der EFSF aufgeführten Notmaßnahmen **gerechtfertigt.** [...]

[149] Der Deutsche Bundestag hat für die allermeisten Fallgestaltungen mit der von ihm erlassenen Geheimchutzordnung [...] grundsätzlich ausreichende Vorsorge für die Wahrung der Vertraulichkeit getroffen. Ebenso wie bei militärischen Geheimnissen oder sonstigen aus Gründen des Staatsschutzes geheim zu haltenden Informationen kann die Geheimchutzordnung möglicherweise aber dann keine ausreichende Vorsorge bieten, **wenn über Maßnahmen entschieden werden muss, bei denen nicht nur der Inhalt der Beratung, sondern auch die Tatsache der Beratung und der Beschlussfassung an sich geheim gehalten werden müssen**, um den Erfolg einer Maßnahme nicht von vornherein unmöglich zu machen."

Einen solchen Fall hat das BVerfG aber nur für § 1 II 3, 3. Variante StabMechG angenommen, also für den Ankauf von Staatsanleihen durch die EFSF auf dem Sekundärmarkt, denn diese Anleihen würden sich extrem verteuern, sobald bekannt würde, dass ein Staat ihren Ankauf im großen Stil plant.

#### 4. Angemessenheit

Soweit die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf das Sondergremium aus Geheimhaltungsgründen erforderlich ist, ist sie auch angemessen. Immerhin würden sonst elementare staatliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet; auch setzt sich das Sondergremium aus gewählten Mitgliedern des Haushaltsausschusses zusammen, die ihrerseits wiederum Mitglieder des Deutschen Bundestages sind. In dieser Hinsicht betont das BVerfG allerdings, dass die Zusammensetzung des Sondergremiums die Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag widerspiegeln muss:

**"[154] Der Grundsatz der Spiegelbildlichkeit verlangt, dass das Sondergremium nach § 3 III 1 StabMechG die Zusammensetzung des Plenums in seiner konkreten, durch die Fraktionen geprägten Gestalt abbildet."**

Insoweit greife der Wortlaut des § 3 III 2 StabMechG zwar zu kurz; dieser könne jedoch verfassungskonform ausgelegt werden:

[155] Die Regelung in § 3 III 2 StabMechG sieht lediglich eine Vertretung aller Fraktionen und eine Abbildung der auf das Verhältnis von Regierung und Opposition bezogenen Mehrheitsverhältnisse ausdrücklich vor. Hingegen fehlt es an einer Bestimmung, die sicherstellt, dass die Zusammensetzung des Sondergremiums im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen vorgenommen wird. [...]

[156] [Deshalb ist] § 3 III 2 StabMechG mit Art. 38 I 2 GG nur in einer Auslegung vereinbar, die dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit Rechnung trägt. **Die Bestimmung muss so ausgelegt werden, dass auch das Sondergremium ein verkleinertes Abbild des Plenums darstellt** und in seiner Zusammensetzung die Zusammensetzung des Plenums in seiner politischen Gewichtung widerspiegelt. Das erfordert eine möglichst getreue Abbildung der Stärke der im Plenum vertretenen Fraktionen."

Dies ist im Moment übrigens nicht der Fall: Die FDP hat einen Vertreter mehr, die CDU einen Vertreter weniger als nach den Mehrheitsverhältnissen im Bundestag erforderlich. Somit wird nicht nur eine gesetzliche Beschränkung des Sondergremiums auf die o.g. Geheimhaltungsfälle, sondern auch eine Neuwahl seiner Mitglieder nötig sein.

#### **D. Ergebnis**

Der mit § 3 III StabMechG verbundene Eingriff in das "freie Mandat" der Bundestagsabgeordneten aus Art. 38 I 2 GG lässt sich nur über Geheimhaltungsinteressen rechtfertigen, und über diese auch nur insoweit, als bereits die Befassung mit Maßnahmen der EFSF an sich geheimhaltungsbedürftig ist. Insoweit ist die Norm verfassungsgemäß, im Übrigen verfassungswidrig.

#### **FAZIT:**

Nach der Verfassungsbeschwerde gegen den Euro-Rettungsschirm selbst (BVerfG, RA 2011, 540 ff. = NJW 2011, 2946 ff.) ist das vorliegende Urteil im Organstreitverfahren binnen kurzer Zeit die zweite BVerfG-Leitentscheidung zur Frage, ob und inwieweit das Parlament seine Haushaltsbefugnisse auf Dritte übertragen darf. Hierzu sollte man sich Folgendes merken:

1. Das Grundgesetz billigt dem Deutschen Bundestag die Haushaltsbefugnis zu.
2. Der Deutsche Bundestag kann diese Befugnis nur insoweit auf Untergremien übertragen, wie dies (a) durch wichtige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt ist und (b) im Rahmen der Verhältnismäßigkeit bleibt.
3. Verstößt der Deutsche Bundestag gegen die Vorgaben zu 2., werden dadurch (a) die Wahlbürger in ihrem Wahlrecht aus Art. 38 I 1 GG verletzt, weil der von ihnen gewählte Deutsche Bundestag nicht mehr die Zügel in der Hand hält, demzufolge also ihre Stimmen entwertet werden (so BVerfG, RA 2011, 540 ff. = NJW 2011, 2946 ff. zur Verfassungsbeschwerde gegen den Euro-Rettungsschirm) und (b) die Abgeordneten des Deutschen Bundestages in ihrem freien Mandat aus Art. 38 I 2 GG verletzt, soweit sie dem Untergremium nicht angehören (so das BVerfG im obigen Urteil im Organstreitverfahren).

## Problem: Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige

BVERFG, BESCHLUSS VOM 21.12.2011  
1 BVR 2007/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### EINLEITUNG:

Seit 2009 ist es Betreibern von Sonnenstudios gesetzlich verboten, Minderjährigen Zugang zu Geräten mit UV-Strahlung (sog. "Sonnenbanken") zu gestatten. Das BVerfG hatte im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde darüber zu entscheiden, ob dadurch Grundrechte der Minderjährigen (Art. 2 I GG), der Eltern (Art. 6 II GG) oder der Sonnenstudiobetreiber (Art. 12 I GG) verletzt werden. Das Gericht hält die Regelung i.E. aber für gerechtfertigt, soweit sie überhaupt in Grundrechte eingreift.

### SACHVERHALT:

§ 4 des Gesetzes zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen (NiSG, BGBl I 2009, 2433) lautet:

§ 4: Nutzungsverbot für Minderjährige

"Die Benutzung von Anlagen nach § 3 zur Bestrahlung der Haut mit künstlicher ultravioletter Strahlung in Sonnenstudios, ähnlichen Einrichtungen oder sonst öffentlich zugänglichen Räumen darf Minderjährigen nicht gestattet werden."

Zur Begründung führt der Gesetzgeber an, dass das Risiko, im Erwachsenenalter an Hautkrebs zu erkranken, steige, wenn Menschen bereits in Kindheit und Jugend verstärkt der ultravioletten Strahlung (UV-Strahlung) ausgesetzt gewesen seien. Es ist zu unterstellen, dass dieser Einschätzung fundierte wissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde liegen.

Die 16jährige M meint, sie könne über ihren Körper und ihre Gesundheit selbst entscheiden. Jedenfalls ein gelegentlicher Besuch eines Sonnenstudios sei zudem unschädlich. Dürfte sie ein solches nicht mehr besuchen, würde sie sich eben länger in die Sonne legen - ein Schutz vor UV-Strahlung sei also ohnehin nicht zu erreichen. Ihre Eltern E teilen diese Einschätzung und möchten ihrer Tochter weiterhin den Besuch von Solarien erlauben. S, Betreiber eines Sonnenstudios, fürchtet um Teile seiner Kundschaft.

Sind M, E und S durch § 4 NiSG in ihren Grundrechten verletzt?

### LÖSUNG:

M, E und S sind in ihren Grundrechten verletzt, sofern ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich eines solchen vorliegt.

#### 1. Teil: Grundrechte der M

Für M kommt lediglich eine Verletzung ihres Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG in Betracht.

#### A. Schutzbereich betroffen

"[17] Der Schutzbereich von Art. 2 I GG ist gegenständlich nicht beschränkt, er umfasst jedes menschliche Verhalten ohne Rücksicht darauf, welches Gewicht ihm für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.

Art. 2 I GG als allgemeines Auf-  
fanggrundrecht: BVerfGE 80, 137,  
152; 90, 145, 171; 91, 335, 338

Recht zur Selbstgefährdung aus Art. 2 I GG: BVerfGE 59, 275, 278 (Helmpflicht); 90, 145, 171 (Cannabis); NJW 1987, 180, 180 (Gurtpflicht)

So umschließt die allgemeine Handlungsfreiheit die prinzipielle Befugnis, sein Äußeres nach eigenem Gutdünken zu gestalten. Auch ein Verhalten, das Risiken für die eigene Gesundheit oder gar deren Beschädigung in Kauf nimmt, ist vom Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit geschützt."

Somit ist auch das Recht, sich trotz gefährdender UV-Strahlung auf eine Sonnenbank zu legen, von Art. 2 I GG geschützt. Ein spezielleres, Art. 2 I GG verdrängendes Grundrecht ist nicht ersichtlich.

## B. Eingriff

Fraglich ist, ob hier ein Eingriff vorliegt. Dann müsste der Schutzbereich spürbar verkürzt worden sein. Das BVerfG lässt insoweit eine mittelbar-faktische Betroffenheit genügen:

Die mittelbar-faktische Auswirkung staatlichen Handelns kann auch Eingriffsqualität haben: BVerfGE 105, 279, 300; 110, 177, 191; 113, 63, 76

"[18] § 4 NiSG richtet sein Verbot zwar nicht unmittelbar gegen Minderjährige, sondern wendet sich in erster Linie an Betreiber von Sonnenstudios und ähnlichen Einrichtungen. Die Vorschrift wirkt sich im Ergebnis aber auch für [M] wie ein Verbot der Nutzung von Solarien aus und ist damit **funktionales Äquivalent** eines Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit."

## C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er durch die Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

### I. Schranken

Als Schranke kommt hier aus der Trias des Art. 2 I GG die verfassungsmäßige Ordnung in Betracht. Diese umfasst jeden Rechtssatz und damit auch Parlamentsgesetze wie § 4 NiSG.

### II. Schranken-Schranken

Jedoch müsste § 4 NiSG auch im Übrigen in formeller und materieller Hinsicht verfassungsgemäß sein.

#### 1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

Das BVerfG hat diesen Punkt nicht erörtert. Krebs gilt jedoch als Hauptbeispiel einer gemeingefährlichen Krankheit i.S.d. Art. 74 I Nr. 19 GG, weshalb der Bund z.B. auch die Kompetenz zur Bekämpfung der Gefahren des Rauchens hat, vgl. Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383

In formeller Hinsicht ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fraglich. Grundsätzlich liegt diese bei den Ländern, Art. 70 GG. Der Bund hat jedoch über Art. 72 I i.V.m. 74 I Nr. 19 GG das konkurrierende Gesetzgebungsrecht für Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten. Darunter sind solche zu verstehen, die - ohne ansteckend zu sein - bei Mensch oder Tier zu schwerwiegenden Gesundheitsschäden oder zum Tod führen können. Dass der Hautkrebs, um dessen Prävention es vorliegend geht, eine Krankheit in diesem Sinne ist, unterliegt keinem Zweifel. Somit folgt das Gesetzgebungsrecht des Bundes aus Art. 72 I i.V.m. 74 I Nr. 19 GG.

Verfahrens- oder Formverstöße sind nicht ersichtlich. § 4 NiSG ist somit formell verfassungsgemäß.

#### 2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht müssten die Grundsätze der Art. 19 und 20 GG beachtet worden sein, von denen hier allein der aus Art. 20 III GG ableitbare Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fraglich ist. Verhältnismäßig ist eine Regelung, die zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist.



### a. Legitimer Zweck

"[20] Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Gesetz zum Schutz vor nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen das Ziel, die Bevölkerung - insbesondere Minderjährige - vor UV-Strahlung zu schützen, da eine Vielzahl von wissenschaftlichen Untersuchungen nach seiner Auffassung belegt, dass diese sowohl die Hautkrebsentstehung als auch den Verlauf einer bestehenden Hautkrebserkrankung entscheidend beeinflusst."

Insbesondere der Schutz der Jugend ist nach einer vom Grundgesetz selbst getroffenen Wertung ein Ziel von bedeutsamem Rang und ein wichtiges Gemeinschafts-anliegen (vgl. BVerfGE 83, 130, 139).

Nach dem BVerfG ist es auch legitim, Menschen - insbesondere Minderjährige - davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen. Deshalb ändert eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung der M an dieser Einschätzung nichts.

Vgl. dazu BVerfGE 60, 123, 132; BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401

### b. Geeignetheit

"[23] Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Maßnahme der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung. Dass das Verbot des § 4 NiSG die UV-Strahlenexposition von Jugendlichen generell verringern kann, ist nicht ernstlich zweifelhaft."

"[24] [M weist] darauf hin, dass sich Jugendliche aufgrund des Verbots verstärkt der natürlichen UV-Strahlung durch die Sonne aussetzen könnten, die das gleiche Gefährdungspotential wie künstliche UV-Strahlung habe. Dieser Einwand stellt die Geeignetheit des § 4 NiSG zur Erreichung des mit seiner Einführung verfolgten Zwecks schon deshalb nicht infrage, weil Sonnenstudios und ähnliche Einrichtungen jederzeit, insbesondere zu jeder Jahreszeit, und unabhängig von Witterung und Tageszeit die Möglichkeit bieten, sich der UV-Strahlung auszusetzen. Dass der Ausschluss dieser, die natürlichen Optionen ergänzenden zusätzlichen Bestrahlungsmöglichkeit zumindest unter mitteleuropäischen Witterungsbedingungen geeignet ist, eine deutliche Reduzierung der auf Kinder und Jugendliche einwirkenden UV-Strahlung zu erreichen, durfte der Gesetzgeber annehmen."

### c. Erforderlichkeit

"[27] Da ein anderes, gleich wirksames, aber die allgemeine Handlungsfreiheit weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht, ist das gesetzliche Verbot auch erforderlich."

### d. Angemessenheit

"[31] Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs in ein Grundrecht und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe muss die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein. Die Maßnahme darf die Adressaten mithin nicht übermäßig belasten."

Hier wirkt sich die Tatsache aus, dass es sich bei der Nutzung von Sonnenbanken um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung handelt: Diese Tatsache ändert zwar nichts an der Legitimität des gesetzgeberischen Anliegens, führt aber zu besonders strengen Anforderungen an die Angemessenheit des Eingriffs:

Vgl. BVerfGE 60, 123, 132; BVerfG, NJW 1999, 3399, 3401

"[33] Die angegriffene Regelung [verfolgt] mit dem Schutz vor selbstschädigendem Verhalten ein Ziel, das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen vermag. Denn sie umfasst

gerade auch im Freizeitbereich die Freiheit, Handlungen vorzunehmen oder Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die gesundheitliche Risiken in sich bergen."

Für das BVerfG kommt bei der Abwägung aber der Tatsache, dass der Gesetzgeber hier Minderjährige schützen will, entscheidende Bedeutung zu. Gerade für diese sei eine Beschränkung ihrer Handlungsfreiheit wegen ihrer verminderten Einsichts- und Urteilsfähigkeit zu rechtfertigen:

"[34] Mit Rücksicht auf den **gebotenen Schutz der Minderjährigen**, ihre **mangelnde Einsichtsfähigkeit und Reife** sind deshalb seit langem verschiedene Regelungen auch zum Schutz der Minderjährigen vor Selbstgefährdung und Selbstschädigung in der Rechtsordnung etabliert. Das verfassungsrechtlich bedeutsame Interesse an einer ungestörten Entwicklung der Jugend berechtigt den Gesetzgeber zu Regelungen, durch welche der Jugend drohende Gefahren abgewehrt werden.

[35] Gemessen hieran hat der Gesetzgeber mit dem Verbot des § 4 NiSG den Minderjährigen keine unzumutbare Einschränkung ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit zugemutet. Insbesondere ist nicht erkennbar, dass er mit der Annahme der mangelnden Einsichtsfähigkeit oder jedenfalls mangelnden grundsätzlichen Einsichtsbeurteilungsbereitschaft eines nicht unerheblichen Teils der Minderjährigen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres in das Gefährdungspotential künstlicher UV-Bestrahlung seinen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum überschritten hat. Mit dem Ende der Minderjährigkeit hat der Gesetzgeber vielmehr eine vom Grundgesetz - wenn auch in anderem Zusammenhang - anerkannte Altersgrenze gewählt (vgl. Art. 38 Abs. 2 GG), die zudem im Bürgerlichen Recht (vgl. § 2 BGB) eine maßgebliche Rolle spielt und auch bei der Frage des Jugendschutzes in Bezug auf den Tabakkonsum relevant ist (vgl. § 10 JuSchG). Dass der Gesetzgeber in anderen Bereichen des Jugendschutzes niedrigere Altersgrenzen, wie zum Beispiel beim Konsum von Alkohol, festgelegt hat, zwingt ihn nicht dazu, diese Grenze auch hier heranzuziehen."

Somit ist der Eingriff gerechtfertigt, M ist nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt.

## 2. Teil: Grundrechte der E

Fraglich ist, ob Grundrechte der Eltern E verletzt sind.

### A. Erziehungsrecht, Art. 6 II GG

Die Eltern E könnten in ihrem elterlichen Erziehungsrecht aus Art. 6 II GG verletzt sein. Dann müsste zunächst ein Eingriff in den Schutzbereich desselben vorliegen.

Unter "Erziehung" ist die Vermittlung von Wissen und Werten zu verstehen. Hier ist schon nicht erkennbar, welche Wissens- oder Wertevermittlung darin liegen soll, einem Kind die Nutzung von Sonnenstudios zu gestatten. Und selbst wenn man darin einen erzieherischen Wert erkennen könnte, so legte Art. 6 II GG den Eltern doch verfassungsunmittelbar auch die Pflicht zur "Pflege" der Kinder auf, wozu insbesondere die Sorge um deren Gesundheit gehört. Dass der Besuch von Solarien gesundheitsschädlich sein kann, wurde bereits oben ausgeführt. Somit ist bereits der Schutzbereich des Art. 6 II GG nicht betroffen.

**Das BVerfG hat im konkreten Fall offen gelassen, ob ein Eingriff in den Schutzbereich vorliegt, und ihn jedenfalls für gerechtfertigt erklärt.** Es ist mit entsprechender Begründung somit auch vertretbar, einen Eingriff in den Schutzbereich zu bejahen.



<b>SchuldR BT</b>	<b>Kaufrecht</b>
<b>Primärpflichten der Parteien</b>	<b>(1)</b>

**§ 433 I, II**

1. Welche Primärpflichten hat der Verkäufer?
2. Welche Primärpflichten hat der Käufer?
3. Was ist unter dem sog. „Modifizierten Erfüllungsanspruch“ zu verstehen? (Worin besteht die „Modifikation“)?

© SCR – Schmidt & Partner



<b>SchuldR BT</b>	<b>Kaufrecht</b>
<b>Prüfungsschema §§ 437 Nr. 1, 439 I</b>	<b>(4)</b>

**§ 437 Nr. 1  
§ 439 I**

Wie lautet das vollständige Prüfungsschema (AS entstanden – AS erloschen – AS durchsetzbar) zum Anspruch aus §§ 437 Nr. 1, 439 I?

© SCR – Schmidt & Partner



<b>SchuldR BT</b>	<b>Kaufrecht</b>
<b>Unmöglichkeit der Nachlieferung</b>	<b>(5)</b>

**§ 437 Nr. 1  
§ 439 I**

Ist eine Nachlieferung gem. § 439 I, Fall 2 beim Stückkauf bzgl. einer vertretbaren Sache möglich?



<b>Deliktsrecht</b>	<b>Grundlagen</b>
<b>Prüfungsaufbau</b>	<b>(31)</b>

**§ 831**

1. Wie ist der Begriff „Verrichtungsgehilfe“ zu definieren? Wie lautet in Abgrenzung dazu die Definition des Begriffes „Erfüllungsgehilfe“ iSv § 278?
2. In welchem Verhältnis stehen die Begriffe „Erfüllungsgehilfe“ und „Verrichtungsgehilfe“ zueinander? Schließen sich die beiden Begriffe wechselseitig aus oder können sie sogar kumulativ vorliegen?
3. Wann liegt das Tatbestandsmerkmal „in Ausführung der Verrichtung“ vor?

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

I. Anspruch entstanden

- 1.) Wirksamer Kaufvertrag
- 2.) Mangel (Sachmangel, § 434 oder Rechtsmangel, § 435)
- 3.) Bei Gefahrübergang
- 4.) Nacherfüllungsverlangen des Käufers
- 5.) Kein Ausschluss / Erlöschen der Nacherfüllung
  - a) Gem. § 442
  - b) Gem. § 377 II HGB
  - c) Vertraglicher Ausschluss

II. Anspruch untergegangen durch Unmöglichkeit gem. § 275 I

III. Anspruch durchsetzbar

- 1.) Praktische / faktische Unmöglichkeit gem. § 275 II
- 2.) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gem. § 439 III
- 3.) Keine Einrede der Verjährung gem. §§ 214, 438

1. Primärpflichten des Verkäufers

- ⇒ Übereignung und Übergabe der Kaufsache gem. § 433 II 1
- ⇒ frei von Sach- und Rechtsmängeln gem. § 433 II 2
- ⇒ ggfs. Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439

2. Primärpflichten des Käufers

- ⇒ Kaufpreiszahlung, § 433 II, Fall 1
- ⇒ Abnahme der Kaufsache, § 433 III Fall 2

3. Modifizierter Erfüllungsanspruch = AS auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I

Die Modifikation besteht darin, dass der ursprüngliche Erfüllungsanspruch in einen Anspruch auf Nacherfüllung umgewandelt hat.

1. Verrichtungsgehilfe iSv § 831 I ist, wer mit Wissen und Willen des Geschäftsherrn weisungsabhängig in dessen Geschäftskreis tätig ist.

Erfüllungsgehilfe iSv § 278 ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig ist.

2. Der Erfüllungsgehilfe ist zum Verrichtungsgehilfen zu unterscheiden: Die beiden Begrifflichkeiten werden in unterschiedlichen Situationen relevant und schließen sich nicht gegenseitig aus – vielmehr können beide sogar gleichzeitig in der gleichen Person verwirklicht sein. Beispiel:

*Dachdecker D schickt seinen Gesellen G zum Decken des Daches zu einem Kunden. G deckt das Dach schlecht, so dass später Regen ins Haus eindringt, und außerdem fällt ihm ein Dachziegel vom Dach, der den Passanten P verletzt.  
Gegenüber dem Kunden ist D schadensersatzpflichtig aus §§ 634 Nr. 4, 280 I. D muss sich das Verschulden des G wie sein eigenes zurechnen lassen gem. § 278.  
Gegenüber dem P haftet D aus § 831 I; hier ist G sein Verrichtungsgehilfe.*

3. In Ausführung der Verrichtung

- ⇒ örtlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der Schädigung
- ⇒ zeitlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der Schädigung
- ⇒ sachlicher Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der Schädigung

**m.M.: Nacherfüllung unmöglich**

Die Nacherfüllung einer anderen als der geschuldeten Sache gehört nicht zum Pflichtenprogramm des Verkäufers, wer vereinbare, nur eine konkrete Sache zu schulden, geht nicht davon aus, mit einer anderen Sache nacherfüllen zu müssen. Hätte der Verkäufer dennoch die Verpflichtung zur Lieferung einer anderen Sache, käme dies einem gattungsschuldähnlichen Beschaffungsrisiko gleich, was im Widerspruch stünde zur privatautonomen Vereinbarung.

**h.M.: Nacherfüllung nicht unmöglich**

Dies gilt zumindest insoweit, als die Kaufsache wirtschaftlich einer vertretbaren Sache entspricht und dies das Erfüllungsinteresse des Käufers zufrieden stellt. Dies gilt allerdings nicht, soweit der Kaufabschluss aufgrund vorheriger Besichtigung und damit aufgrund eines Gesamteindrucks zustande gekommen sei. Gem. § 439 I hat der Verkäufer das Interesse des Käufers durch Lieferung „einer“ (nicht „der“) mangelfreien Sache zu erfüllen.

Die Frage der Nacherfüllung steht auf Rechtsfolgenseite, daher ist es gerade nicht von vorneherein unmöglich, eine spezifizierte Sache durch ein anderes Exemplar der Gattung zu ersetzen.

Kerngedanke des § 433 I 2 ist es außerdem, dass nicht die Spezifizierung des Objekts den Ausschlag für die Leistungspflicht gibt, sondern die vereinbarten Qualitätsmerkmale. Außerdem differenziert das neue Schuldrecht nicht mehr bzgl. der Rechte des Käufers zwischen Gattungs- und Stückschuld.



Schuldrecht AT	Grundlagen
Definition und Grundüberlegungen (21)	

§ 278

1. Wie ist der Begriff des „Erfüllungsgehilfen“ iSv § 278 zu definieren?
2. Warum kann § 278 bei der Prüfung des § 823 nicht angewendet werden?
3. (Ab) wann aber ist eine Kombination der §§ 823 und 278 möglich?
4. In welchen Situationen ist an § 278 zu denken?

© SCR – Schmidt & Partner



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen (35)	

§ 7 StVG

1. Wie wird der Anspruch aus § 7 I StVG geprüft?
2. Wie ist der Begriff des „Kfz-Halters“ zu definieren?

© SCR – Schmidt & Partner



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen (36)	

§ 7 StVG

1. Wie wird die Realisierung der Betriebsgefahr, also das Tatbestandsmerkmal „bei dem Betrieb“, geprüft?
2. Worauf ist bei dem Prüfungspunkt „ersatzfähiger Schaden“ zu achten?

© SCR – Schmidt & Partner



Deliktsrecht	Grundlagen
Ausschlussstatbestände (38)	

§ 7 StVG

1. Nach welchen (groben) Kriterien bemisst sich die Frage, ob ein Schadensereignis „höhere Gewalt“ iSv § 7 II StVG war?
2. Worauf ist bei dem Ausschlussgrund des § 17 III StVG zu achten?
3. Wie ist der Begriff „unabwendbare Ereignis“ iSv § 17 III StVG zu verstehen?

© SCR – Schmidt & Partner

1. Prüfungsschema § 7 I StVG

I. Anspruch entstanden

1. Rechtsgutsverletzung iSv § 7 I StVG
2. Gefährdungstatbestand: Halter eines Kfz oder Anhängers  
⇒ vgl. zum Begriff des Kfz § 1 II StVG
3. Zurechnung / haftungsbegründende Kausalität
  - a) äquivalente Kausalität zwischen Gefährdung und Erfolg
  - b) Schutzzweck der Norm

⇒ Verwirklichung der tatbestandsspezifischen Gefahr, d.h. hier

**Realisierung der sog. Betriebsgefahr**

4. ersatzfähiger Schaden
5. haftungsausfüllende Kausalität

II. Anspruch erforschen

III. Anspruch durchsetzbar

2. Kfz-Halter ist, wer das Kfz nicht nur vorübergehend für eigene Rechnung in Gebrauch hat und die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Kfz besitzt.

**Beachte:** *Eintragungen in den Kfz-Papieren oder die Eigenschaft als Versicherungsnehmer der jeweiligen Haftpflichtversicherung und insbesondere die Eigentümerstellung hinsichtlich des Kfz sind allenfalls Indizien für die Frage nach der Haltereigenschaft!*

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

1. Definition

Erfüllungsgehilfe ist, wer mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig wird.

2. § 278 verlangt tatbestandlich ein existierendes Schuldverhältnis (Wortlaut: „Der **Schuldner** hat...“). Sofern der Tatbestand des § 823 geprüft wird, geht es aber gerade um die Frage, ob ein (deliktisches) Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten aus § 823 entstanden ist. Solange diese Frage nicht geklärt ist, kann § 278 keine Anwendung finden.

3. Sofern jedoch das Schuldverhältnis zwischen den Parteien aus § 823 festgestellt werden konnte, und der Schuldner bedient sich nun einer Hilfsperson zur Erfüllung dieses Schuldverhältnisses, so findet § 278 hier ganz normal Anwendung (Beispiel: Der Schuldner ist gem. §§ 823 I, 249 zur Herausgabe verpflichtet und lässt den Gegenstand durch seinen Freund F herausgeben. F ist hier Erfüllungsgehilfe iSv § 278).

4. Anwendungsfälle des § 278:

- a) bei der Frage nach dem Vertretenmüssen des Schuldners, wenn dieser in einem Schuldverhältnis seine Pflicht durch eine Hilfsperson erfüllen ließ, § 278
- b) bei Fragen des Mitverschuldens des Gläubigers, wenn dieser eine Hilfsperson in seinem Pflichten-/Aufgabenkreis tätig werden ließ, §§ 254 II 2, 278

1. Höhere Gewalt bedeutet, dass ein Ereignis
  - a) **von außen her** den Ablauf im Straßenverkehr beeinflusst hat  
⇒ es darf also keinen Zusammenhang zum Betrieb des Kfz geben, denn für jede Realisierung der Betriebsgefahr muss der Halter ja haften
  - b) **außergewöhnlich** war  
⇒ nicht jede Naturgewalt ist außergewöhnlich und kann daher zur Entlastung aus § 7 II StVG führen (z.B. Regen, Schnee, Dunkelheit, etc.)
  - c) **unabwendbar** war  
⇒ selbst ein Idealfahrer hätte mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt dieses Geschehnis nicht verhüten oder unschädlich machen können

2. § 17 III StVG bezieht sich in seinem Wortlaut direkt auf die Fälle des § 17 I und II StVG und ist damit **nur anwendbar**, wenn der Geschädigte selbst auch für die Realisierung der Betriebsgefahr seines PKW einzustehen hat, wenn er also auch **selbst Halter** ist!

3. unabwendbares Ereignis

Es ist auf den Idealfahrer im Straßenverkehr abzustellen. Wenn dieser bei äußerster Sorgfalt den Unfall nicht hätte vermeiden können, dann liegt ein unabwendbares Ereignis vor.

© SCR – Schmidt & Partner

1. Prüfung der Betriebsgefahr: Gab es einen

- a) **örtlichen Zusammenhang** zum öffentlichen Straßenverkehr  
⇒ (+) bei allen Verkehrsflächen, die für einen nicht näher bestimmten Personenkreis zur Benutzung zugelassen sind
- b) **zeitlich nahen Zusammenhang** zwischen dem Betrieb des Kfz und dem Unfall  
⇒ auch (+) sofern eine einmal geschaffene Gefahrenlage später noch fortwirkt
- c) **sachlichen Zusammenhang** zwischen dem Betrieb des Kfz und dem Unfall  
(P): Besteht dieser Zusammenhang auch beim sog. „ruhenden Verkehr“?

m.M.	h.M.
maschinentechnische Auffassung	verkehrstechnische Auffassung
Der Betrieb des Kfz beginnt erst mit dem Anlassen des Motors, vgl. § 1 II StVG	Der Betrieb des Kfz besteht bei jedem Zusammenhang zu einer Betriebseinrichtung. Dazu gehört auch das Parken; dies wird insbesondere daran deutlich, dass es hierfür eigene Regelungen in der StVO gibt.

2. Prüfungspunkt „ersatzfähiger Schaden“

⇒ beachte dass diesbzgl. Sondertatbestände in den §§ 10, 11, 12 und 16 StVG zu finden sind

*Für mein Studium*

*nur das Beste*





# RA - BESTELLFORMULAR

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
Salzstraße 20  
48143 Münster



Hiermit bestelle ich:

Name, Vorname:	_____
Straße, PLZ, Ort:	_____
Telefon:*	_____
E-Mail:*	_____
* fakultative Angaben für Rückfragen	

bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, folgende Artikel:

Artikel	Preis	Stücke	Betrag
RA, kompletter Jahrgang, in Leinen gebunden, 1999-2011 (bitte gewünschte Jahrgänge angeben):	EUR 90,00		
Einbanddecke zum Binden, jahresneutral	EUR 9,00		
Register, 1999-2011 (bitte gewünschte Jahrgänge angeben):	EUR 5,00		
RA Einzelheft (bitte genaue Bezeichnung angeben, z.B. "Heft 01/2011"):	EUR 6,00		
Gesamtbetrag aller Artikel:			
Zzgl. Versandkosten:			
<b>Endpreis:</b>			

Sollte ein von mir bestelltes Einzelheft der RA vergriffen sein, bin ich mit der Lieferung eines bindefähigen Nachdrucks einverstanden (falls nicht zutreffend bitte streichen). Versandkosten fallen unabhängig von der Bestellmenge nur 1x an: Gebundene Jahrgänge zzgl. EUR 6,90, alle übrigen Artikel zzgl. EUR 3,50.

### Lastschriftinzugsermächtigung:

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstraße 20, 48143 Münster, den oben genannten Endpreis von meinem Konto einzuziehen.

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
Unterschrift



# RA - ABONNEMENTVERTRAG

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
Salzstraße 20  
48143 Münster

**FAX-  
BESTELLUNG**  
**0251 /  
482-4444**

Hiermit bestelle ich:

Vorname, Name:	_____
Straße, PLZ, Ort:	_____
Telefon:*	_____
E-Mail:*	_____

\* fakultative Angaben für Rückfragen

bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstraße 20, 48143 Münster, die Zeitschrift „**RA**“. Ich erhalte die "RA" **frei Haus** zum Vorzugspreis für Abonnenten von **nur 5,00 Euro (für ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV: 4,50 Euro)** statt regulär 6,00 Euro pro Heft. Die Abrechnung erfolgt jährlich im Voraus durch Lastschrifteinzug gem. nachstehender Ermächtigung.

Ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV: Bitte gebuchten Kurs mit Ort und Zeit angeben:  
(z.B.: Jahreskurs 1. Examen Oktober 2010-2011 in Münster)

Die Zeitschrift erscheint monatlich ohne Zusicherung eines festen Veröffentlichungstermins. Die erstmalige Lieferung erfolgt zum nächsten Monat nach Eingang dieses Formulars (z.B.: bei Eingang im März erfolgt erstmalige Lieferung mit der Aprilausgabe), es sei denn, Sie wünschen einen anderen Abonnementsbeginn. Dann vermerken Sie diesen bitte:

Abweichender Beginn (z.B.: ab Heft 01/2012):

Der Vertrag kann **jederzeit** in Textform (Brief, Fax oder E-Mail an [muenster@jura-intensiv.de](mailto:muenster@jura-intensiv.de)) gegenüber der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG gekündigt werden. Die Kündigung wird mit Ablauf des Monats wirksam, in dem die Kündigung bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG eingeht (z.B.: bei Kündigung im März ist das letzte Heft des Abonnements die Märzausgabe). Eventuelle Guthaben werden auf das Lastschriftkonto erstattet.

## Ermächtigung zum Lastschrifteinzug

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, den monatlichen Rechnungsbetrag für den Bezug der „RA“ (5,00 Euro bzw. 4,50 Euro) von folgendem Konto einzuziehen.

Kontoinhaber: \_\_\_\_\_

Kontonummer: \_\_\_\_\_

BLZ: \_\_\_\_\_

Kreditinstitut: \_\_\_\_\_

Abonnement und Lastschrifteinzugsermächtigung bestätige ich mit meiner Unterschrift.

\_\_\_\_\_  
Ort, Datum

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

**JURA  
INTENSIV**

Jura Intensiv Verlags GmbH & Co. KG - Salzstraße 20 - 48143 Münster - Tel.: 0251 - 482 440 - Fax: 0251 - 482 4444  
verlag@jura-intensiv.de - www.jura-intensiv.de - Sparkasse Münsterland Ost - Kto.-Nr.: 7 009 871 - BLZ: 40 050 150

# SKRIPTEN - BESTELLFORMULAR

Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG  
 Salzstr. 20  
 48143 Münster



Hiermit bestelle ich:

Vorname, Name:	_____
Straße, PLZ, Ort:	_____
E-Mail / Telefon: *	_____
* fakultative Angabe für Rückfragen	

bei der Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, folgende Artikel:

Artikel	Preis	Stück	Betrag
Skript „BGB AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Kaufrecht“ 1. Aufl. 2010	EUR 18,90		
Skript "Schuldrecht AT" 1. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Verwaltungsrecht AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Grundrechte“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht AT I“ - Grundlagen, Irrtum, Versuch 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht AT II“ - Unterlassung, Fahrlässigkeit, Täterschaft & Teilnahme 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Strafrecht BT I“ - Vermögensdelikte 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Gesamtbetrag aller Artikel:			
Versandkosten (fallen nur 1x pro Bestellung an):			EUR 2,50
<b>Endpreis:</b>			

Lieferung erfolgt unverzüglich nach Gutschrift der Lastschrift.

### Lastschrifteinzugsermächtigung:

Hiermit ermächtige ich die Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG, Salzstr. 20, 48143 Münster, den o.g. Endpreis von meinem Konto einzuziehen.

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

Ort, Datum

Unterschrift



Jura Intensiv Verlags GmbH & Co. KG - Salzstraße 20 - 48143 Münster - Tel.: 0251 - 482 440 - Fax: 0251 - 482 4444  
 verlag@jura-intensiv.de - www.jura-intensiv.de - Sparkasse Münsterland Ost - Kto.-Nr.: 7 009 871 - BLZ: 40 050 150



VerwR BT	GewO
Gewerbe: Definition	

§ 35 I GewO

Definiere den Begriff des „Gewerbes“. Welche positiven und welche negativen Merkmale sind dabei zu berücksichtigen?

Raum für eigene Anmerkungen:



VerwR BT	Gewerber
Unzuverlässigkeit	

§ 35 I GewO

1. Definiere das Merkmal „unzuverlässig“. Woran wird dieses Merkmal angelehnt?

2. Worauf kommt es für die Unzuverlässigkeit nicht an?

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner



Vorl. RSchutz	VerwProzessR
Begründung nach § 80 III VwGO	

§ 80 V VwGO

1. Wann kann in einer Klausur nur davon ausgegangen werden, dass eine Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO vorliegt?

2. Was ist der Sinn und Zweck des § 80 III VwGO? Welche Anforderungen ergeben sich daraus für die Begründung?

3. Ist die Heilung einer unzureichenden Begründung durch Nachschieben der Begründung möglich?



VerfassungsR	StaatsOrgaR
Abgeordnetenrechte	

Art. 38 I 2 GG

Was schützt das in Art. 38 I 2 GG verankerte „freie Mandat“?

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

## 1. Unzuverlässigkeit

= **fehlende hinreichende Gewähr**, dass das **Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß** betrieben wird (sog. **negative Zukunftsprognose**).

Damit ist das Merkmal der Unzuverlässigkeit **angelehnt** an die jeweilige **Person des Gewerbetreibenden**.

## 2. Unbeachtlich bei der Bestimmung der Unzuverlässigkeit ist der aus dem Strafrecht bekannte „**subjektive Tatbestand**“ (*Vorsatz oder Fahrlässigkeit*) bzw. das „**Verschulden**“.

**Arg.:** Der Entzug einer Erlaubnis/die Untersagung einer Tätigkeit aus Gründen der Unzuverlässigkeit soll zu keiner Bestrafung des Adressaten führen, sondern vielmehr der Gefahrenabwehr, d.h. dem Schutz anderer Rechtsgüter dienlich sein.

© SCR – Schmidt & Partner

## 1. Positive Merkmale des Gewerbebegriffs:

- nicht sozial unwertig (nicht generell verboten)
- Gewinnerzielungsabsicht
- Dauerhaftigkeit (nicht nur gelegentlich)
- Selbstständigkeit

## 2. Negative Merkmale des Gewerbebegriffs: Nicht

- Urproduktion
- freier Beruf
- Verwaltung eigenen Vermögens

© SCR – Schmidt & Partner

Das sog. „**freie Mandat**“ normiert die **Unabhängigkeit der Bundestagsabgeordneten von Aufträgen und Weisungen**. Sie sind **nur ihrem Gewissen unterworfen**. Es beinhaltet die zentralen Rechte der BT-Abgeordneten, und zwar im Einzelnen das Recht auf:

- **Anwesenheit** in den Sitzungen
- Freie **Rede**
- Teilnahme an den **Abstimmungen**
- **Fragen** an die Bundesregierung
- Mitgliedschaft in einem **Ausschuss** (weil dort die eigentlichen Entscheidungen fallen)
- Stellung von Anträgen zur **Tagesordnung**.

Wenn sich der einzelne Abgeordnete **gerichtlich** gegen irgendeine Maßnahme **zur Wehr setzen will** (z.B. Beschränkung der Redezeit), beruft er sich **regelmäßig** auf seine **Rechte aus Art. 38 I 2 GG**. Diese Rechte kann er im Wege eines **Organstreitverfahrens** gem. **Art. 93 I Nr. 1 GG** vor dem BVerfG geltend machen.

Raum für eigene Anmerkungen:

© SCR – Schmidt & Partner

1. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr.4 VwGO ist eine eigene Willenserklärung, die **ausdrücklich** gegenüber dem Betroffenen kundgetan werden muss. **Beachte:** Eine **konkludente AsV** 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 jederzeit möglich** sei. Die **Gegenansicht lehnt dies ab**, weil § 80 III 1 VwGO **ansonsten entwertet** werde.

© SCR – Schmidt & Partner



<b>StrafR AT II</b>	<b>Unterlassung</b>
Garantenstellungen	

§ 13  
StGB

Erkläre die Begriffe Beschützer- und Überwachergarant. Nenne jeweils Beispielfälle.  
Sind diese Garantenstellungen gleichwertig?



<b>StrafR AT I</b>	<b>Rechtswidrigkeit</b>
Notwehr (Schema und Definitionen)	

§ 32  
StGB

Prüfungsschema Notwehr bzw. Nothilfe  
Definiere dabei die jeweiligen Merkmale.

© SCR – Schmidt & Partner



<b>StrafR BT III</b>	<b>Brandstiftung</b>
Grunddefinitionen	

§§ 306 ff.  
StGB

Definiere die folgenden Tatbestandsmerkmale:  
1. In Brand setzen  
2. Brandlegung  
3. Fremd (§ 306a I)



<b>StPO</b>	<b>Beweisrecht</b>
Das Beweisverwertungsverbot	

Allg.  
StPO

Was versteht man unter einem selbstständigen, was unter einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot? Nenne jeweils Beispiele.

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

© SCR – Schmidt & Partner

## I. Objektive Voraussetzungen

### 1. Notwehrlage (Maßstab: Rein objektive Ex-Post-Prüfung!)

- **Angriff** auf rechtlich geschütztes Interesse
- Def.:** Angriff ist jede von einem menschlichen Verhalten ausgehende Bedrohung rechtlich geschützter Güter oder Interessen.
- **Gegenwärtigkeit** des Angriffs
- Def.:** Er ist ggw., wenn er unmittelbar bevorsteht, gerade stattfindet oder noch andauert.
- **Rechtswidrigkeit** des Angriffs
- Def.:** Rechtswidrig ist ein Angriff, der objektiv im Widerspruch zur Rechtsordnung steht, also nicht seinerseits durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt ist und den der Betroffene auch nicht aus anderen Gründen zu dulden braucht.

### 2. Notwehrlage (Maßstab: Objektives Ex-Ante-Urteil!)

- **gegenüber dem Angreifer**
- **geeignet** zur Angriffsabwehr
- Def.:** Geeignet zur Abwehr des Angriffs ist jede Handlung, die nicht von vornherein als völlig abwehrtauglich erscheint.
- **erforderlich** zur Angriffsabwehr
- Def.:** Die Verteidigung ist erforderlich, wenn sie das relativ mildeste Mittel unter mehreren gleichermaßen sicher den Angriff abwehrenden Mitteln darstellt.
- **geboten** zur Angriffsabwehr
- Def.:** Geboten ist die Verteidigung, wenn sie keinen Rechtsmissbrauch darstellt.

## II. Subjektive Voraussetzungen (Verteidigungswille)

© SCR – Schmidt & Partner

Den **Besitzergaranten** trifft eine Obhutspflicht für ein bestimmtes Rechtsgut, das er gegen Angriffe aus allen Richtungen und vor Selbstgefährdungen zu schützen hat.

Eine Besitzergarantenstellung kann sich ergeben aus

- enger persönlicher Verbundenheit (nicht zu großzügig bejahen! i.d.R. (+) bei wechselseitigen Unterhaltspflichten; deshalb i.d.R. (-) bei Geschwistern)
- aus Lebens- oder Gefahrengemeinschaften,
- aus tatsächlicher Übernahme und
- aus einer besonderen Tätergemeinschaft (so hat z.B. ein Staatsanwalt die Pflicht, die Strafverfolgung nicht zu hintertreiben).

Den **Überwachergaranten** treffen Sicherungspflichten zur Überwachung einer Gefahrenquelle zugunsten aller möglichen Betroffenen.

Eine Überwachergarantenstellung kann sich ergeben aus

- vorausgegangenem gefährlichen Tun (Ingerenz)
- tatsächlicher und rechtlicher Herrschaft über eine Sache
- der Verantwortung für das rechtswidrige Verhalten Dritter
- der Übernahme von Sicherungspflichten.

Nach h.M. ist die **Besitzergarantenstellung** die „stärkere“.

© SCR – Schmidt & Partner

Ein **selbständiges Beweisverwertungsverbot** liegt vor, wenn die Beweisgewinnung rechtmäßig war (es gibt also kein Beweiserhebungsverbot) und nur die Verwertung unzulässig ist. **Einerseits** geht es um **gesetzlich nicht geregelte Fragestellungen**. Zwei wichtige Fallgruppen:

- **Mangelnde Eignung des Beweismittels:** z.B. Lügendetektor (jüngst KG, FamRZ 2011, 839)
- **Beweisverwertungsverbot unmittelbar aus Grundrechten:** z.B. allgemeines Persönlichkeitsrecht; hier Unterscheidung zwischen Intim- (hier Verwertungsverbot), Privat- (hier Abwägung) und Sozialsphäre (hier kein Verwertungsverbot); Beispiel: Verwertung des Tagebuchs des Angeklagten

**Andererseits** ist z.B. auch der Fall denkbar, dass rechtmäßig eine Telefonüberwachung angeordnet wird und hierbei der Gesprächspartner des Beschuldigten die Begehung einer in § 100a StPO nicht vorgesehenen Straftat offenbart (unverwertbarer „Zufallsfund“, da keine Katalogtat).

Ein **unselbstständiges Beweisverwertungsverbot** ist die Folge eines (meist in der StPO geregelten) Beweiserhebungsverbots.

In seltenen Fällen regelt die StPO direkt die Folgen eines Beweiserhebungsverbots. So ordnet z.B. § 136a III StPO ein zwingendes Beweisverwertungsverbot für den Fall einer verbotenen Vernehmungsmethode gem. § 136a I und II StPO an.

In der Regel sind in der StPO jedoch nur die Beweiserhebungsverbote geregelt. Ob und unter welchen Voraussetzungen sich ein Beweisverwertungsverbot ergibt, lässt die StPO in diesen Fällen offen. (*Hierzu auf der nächsten KK.*)

© SCR – Schmidt & Partner

**1. Def.:** Die tauglichen Tatobjekte sind *in Brand gesetzt*, wenn ein wesentlicher Teil derart vom Feuer erfasst ist, dass er aus eigener Kraft (d.h. ohne Fortwirken des Zündstoffes) weiter brennt.

Ob es sich um einen für die bestimmungsgemäße Benutzung *wesentlichen Teil* handelt, hängt nicht von § 94 II BGB, sondern von der Verkehrsauffassung, insbesondere vom jeweiligen Zweck des Objekts im Einzelfall ab. Von Bedeutung ist, ob die fragliche Sache jederzeit entfernt werden kann, ohne dass das Bauwerk selbst beeinträchtigt wird.

Beim *Gebäude*: Deckenverkleidung, Fenster- und Türrahmen, Fußboden, Treppe, Zimmerwand. – *Nicht*: Fußbodensockelleiste, Holzwände, die einzelne Kellerabteile trennen, Tapete, Wandregal.

**2. Def.:** *Brandlegung* setzt dem Wortlaut und Schutzzweck nach nicht zwingend voraus, dass überhaupt etwas in Brand geraten ist. Ausreichend ist bereits die Versuchshandlung, bei der das Brandmittel den Zerstörungsvorgang auslöst (*unechtes Unternehmensdelikt*).

**3. Def.:** **Fremd** ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum einer anderen Person steht.

*Trotz seiner systematischen Stellung im 28. Abschn. (Grund hierfür: § 306 ist Grunddelikt für §§ 306b und c) ist § 306 ein Sachbeschädigungsdelikt. Nach g.h.M. hat Eigentümer folglich auch Dispositionsbefugnis („fremd“) und kann mithin rechtfertigend einwilligen.*

© SCR – Schmidt & Partner

Selbst wenn man in der Gestattung des Besuchs von Sonnenstudios einen erzieherischen Wert erblicken würde, handelte es sich lediglich um eine Marginalie im Spektrum der Gesamterziehung, deren Beeinträchtigung die Bagatellschwelle nicht überschritte. Dies gilt umso mehr, als die Eltern den Kindern im privaten Lebensbereich den Zugang zu einer UV-Bestrahlung weiterhin eröffnen können, wenn sie dies für verantwortbar und richtig halten. Somit fehlte es jedenfalls an der notwendigen Eingriffsqualität.

### B. Allgemeine Handlungsfreiheit

Sieht man den Schutzbereich des Art. 6 II GG nicht als betroffen an, so können die E sich als Auffanggrundrecht jedenfalls auf ihre allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG berufen.

Selbst wenn man insoweit von einem grundrechtsrelevanten Eingriff ausginge, weil die Bagatellschwelle nicht mehr anhand der Auswirkungen auf die Erziehung, sondern auf die Handlungsfreiheit allgemein zu bemessen ist, wäre dieser aber jedenfalls von geringerer Intensität als gegenüber der M und daher "erst recht" gerechtfertigt:

"[38] Der Gesetzgeber war von Verfassungs wegen auch nicht gehalten, aus Verhältnismäßigkeitserwägungen ein bloßes Verbot mit elterlichem Einverständnisvorbehalt vorzusehen. **Angesichts der allenfalls geringen Eingriffsintensität durfte er sich auf ein umfassendes**, nicht nach Altersgruppen und daran anknüpfende Einverständnispflichten differenzierendes und damit für alle Beteiligten **leicht praktikables Verbot entscheiden.**"

Die E sind somit auch nicht in ihren Grundrechten verletzt.

### 3. Teil: Grundrechte des S

S könnte in seinem Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG verletzt sein. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich desselben vorliegen.

#### A. Schutzbereich betroffen

Art. 12 I GG schützt in personaler Hinsicht alle Deutschen. Dass S Deutscher in diesem Sinne ist, unterliegt hier keinem Zweifel.

In sachlicher Hinsicht wird die Berufsfreiheit umfassend, d.h. hinsichtlich der Wahl ("Ob") und der Ausübung ("Wie") des Berufs geschützt. Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte, auf Erwerb der Lebensgrundlage gerichtete und erlaubte Tätigkeit. Dazu gehört auch der Betrieb eines gewerblichen Sonnenstudios.

#### B. Eingriff

Die Regelung des § 4 NiSG wendet sich unmittelbar an die Betreiber von Sonnenstudios, denen es untersagt wird, Minderjährigen die Benutzung der Sonnenbänke zu gestatten. Dadurch büßen sie Kunden ein, was wiederum zu Umsatzeinbußen führt, die den Erwerb der Lebensgrundlage erschweren bzw. mindern. Somit wird in die Berufsfreiheit unmittelbar eingegriffen.

Ein lediglich mittelbar-faktischer Eingriff hätte hingegen einer "berufsregelnden Tendenz" bedurft, die hier kaum zu begründen gewesen wäre (vgl. zu dieser BVerfG, NJW 2002, 2621 ff.; Murswiek, NVwZ 2003, 1 ff. m.w.N.).

#### C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich der Eingriff durch die Schranken des Art. 12 I GG rechtfertigen lässt.

### I. Schranken

Die Berufsfreiheit findet ihre Schranke in dem einfachen Gesetzesvorbehalt des Art. 12 I 2 GG. Bei § 4 NiSG handelt es sich um ein Gesetz in diesem Sinne.

### II. Schranken-Schranken

Dieses müsste wiederum selbst verfassungsgemäß sein, wobei hier auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit des S nur die Verhältnismäßigkeit - genauer: Angemessenheit - fraglich sein kann.

#### 1. Drei-Stufen-Theorie

Zur Angemessenheit eines Eingriffs in Art. 12 I GG hat das BVerfG die sog. "Drei-Stufen-Theorie" entwickelt, wonach die Anforderungen an die Angemessenheit mit steigender Eingriffsintensität zunehmen. Handelt es sich nur um eine **Berufsausübungsregelung**, genügt zu deren Rechtfertigung bereits eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls. Geht es hingegen um die **Berufswahl**, müssen **subjektive** (also an die Person anknüpfende) Beschränkungen durch besonders wichtige, **objektive** (also von der Person losgelöste) Beschränkungen gar durch überragend wichtige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sein.

#### 2. Subsumtion

Auf Sonnenstudiobetreiber wie S wirkt sich die Regelung des § 4 NiSG lediglich in Form von Umsatzbußen aus. Somit geht es nicht um die Berufswahl insgesamt, sondern lediglich um die Berufsausübung. Dass der Schutz von Minderjährigen vor den Gesundheitsgefahren in Form von UV-Strahlung eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls im o.g. Sinne ist, ist offensichtlich:

"[40] Die darin liegende Regelung der Berufsausübung belastet die Betreiber von öffentlich zugänglichen Sonnenstudios nicht in unzumutbarer Weise. Der Eingriff selbst ist in seiner Reichweite beschränkt. Von den potentiellen Kunden werden den Betreibern von Sonnenstudios und ähnlicher Einrichtungen nur die Minderjährigen und nur für die Dauer ihrer Minderjährigkeit entzogen. Angesichts der hohen Bedeutung des Jugendschutzes und der vom Gesetzgeber vertretbar eingeschätzten Gefahr, die Kindern und Jugendlichen durch die Nutzung von Sonnenbänken droht, erweist sich diese Einschränkung nicht als unverhältnismäßig."

S ist somit nicht in seiner Berufsfreiheit verletzt.

#### Fazit:

Die Entscheidung verdeutlicht die Bedeutung des Art. 2 I GG als allgemeines Auffanggrundrecht. Sie könnte als Verfassungsbeschwerde in Klausuren übernommen oder zum Gegenstand von mündlichen Prüfungen gemacht werden. Es handelt sich um einen idealen Prüfungsstoff, weil neben Art. 2 I GG weitere Grundrechte zu prüfen sind.

Drei-Stufen-Theorie des BVerfG:

1. Stufe: Berufsausübung  
- Vernünftige Gründe?
2. Stufe: Subjektive Berufswahl  
- Besonders wichtige Gründe?
3. Stufe: Objektive Berufswahl  
- Überragend wichtige Gründe?



## Problem: Kostenerstattung bei grober Fahrlässigkeit

VG NEUSTADT A.D.W., URTEIL VOM 27.09.2011  
5 K 221/11 (LKRZ 2012, 22)

### EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall hatte ein Lehrer im Dienst infolge einer grob fahrlässigen Verletzung seiner Aufsichtspflichten einen Feuerwehreinsatz ausgelöst und war zur Erstattung der Kosten desselben herangezogen worden. Er wehrte sich mit dem Hinweis, man habe statt seiner seinen Dienstherrn belangen müssen, da dieser nach Art. 34 S. 1 GG allein für Amtspflichtverletzungen hafte.

Das VG sah dies anders: Art. 34 S. 1 GG schließe nur eine persönliche Haftung des Amtswalters für **Schadensersatzansprüche** Dritter aus, nicht aber für **Kostenerstattungsansprüche**. Auf diese finde die Haftungsüberleitung aus Art. 34 S. 1 GG auch keine analoge Anwendung, weil sie als Ausnahmvorschrift nicht analogiefähig sei.

Im Übrigen hätten, so das VG weiter, auch die Voraussetzungen des Art. 34 S. 1 GG nicht vorgelegen, weil der geschädigte Feuerwehrtäger keine Ansprüche aus Art. 34 S. 1 GG gegen den Dienstherrn des Lehrers geltend machen können. Der Lehrer habe mit seiner Aufsichtspflicht nämlich nur eine Amtspflicht verletzt, die gegenüber seinem Dienstherrn (und den zu beaufsichtigenden Schülern) bestand, nicht aber - wie von Art. 34 S. 1 GG ausdrücklich gefordert - eine solche gegenüber dem Geschädigten, also der C-Stadt als Feuerwehrtäger.

### SACHVERHALT:

Der Kläger (Kl.) steht als Lehrer im Dienste des Landes Rheinland-Pfalz. Im Rahmen des Arbeitslehreunterrichts in der Schulküche wollte er zeigen, wie man Pommes Frites frisch zubereitet. Dabei gaben die Schüler Kartoffeln in erhitzte Töpfe mit Fett, die auf mehreren Elektroherden standen. In einem der Töpfe entstand ein Brand, den der Kl. zu ersticken versuchte, indem er den Topf vom Herd nahm, in die Spüle stellte und den Wasserhahn aufdrehte. Sofort kam es zu einer starken Rauchentwicklung.

Dadurch alarmiert, kam der Hausmeister der Schule gegen 10.45 Uhr hinzu. Er öffnete die Fenster in der Küche und im Treppenhaus. Danach verließen die Schüler und der Hausmeister den Raum. Als Letzter räumte der Kläger den Raum. Dabei vergaß er, den im hinteren Bereich der Schulküche stehenden Elektroplattenherd abzustellen, auf dem immer noch ein Topf mit siedendem Fett stand. Das darin befindliche Fett entzündete sich.

Gegen 11.15 Uhr wurde der Hausmeister auf den starken Rauchgeruch aufmerksam, eilte erneut zur Küche und löste Fernalarm aus. Die Freiwillige Feuerwehr C-Stadt rückte mit mehreren Einsatzfahrzeugen aus. Der qualmende Topf wurde durch Einsatzkräfte der Wehr ins Freie verbracht. Anschließend wurde die - zwischenzeitlich evakuierte - Schule gelüftet.

Mit formell einwandfreiem Bescheid vom 27. Juli 2010 verlangte die Beklagte (Bekl.) vom Kläger den Ersatz der Feuerwehrcosten in Höhe von 1.420,80 €.

Zu Recht?

Rheinland-Pfälzisches Brand- und Katastrophenschutzgesetz (LBKG):

#### § 36 - Kostenersatz

(1) Die Aufgabenträger können Ersatz der ihnen durch die Einsatzmaßnahmen entstandenen Kosten verlangen

1. von dem Verursacher, wenn er die Gefahr oder den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, [...]

**LÖSUNG:**

Der Kostenbescheid ist zu Recht ergangen, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen.

**A. Ermächtigungsgrundlage**

"Der Kostenbescheid findet seine Rechtsgrundlage in § 36 Abs. 1 Nr. 1 des Landesgesetzes über den Brandschutz, die allgemeine Hilfe und den Katastrophenschutz - LBKG."

**B. Formelle Rechtmäßigkeit**

Der Bescheid ist laut Sachverhalt formell rechtmäßig ergangen.

**C. Materielle Rechtmäßigkeit**

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

**I. Tatbestand**

Nach § 36 I Nr. 1 LBKG ist ein Kostenerstattungsbescheid rechtmäßig, wenn der Verursacher die Gefahr oder den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat.

**1. Gefahr**

"Im Zeitpunkt der Maßnahmen der Feuerwehr bestand eine Gefahr im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 LBKG. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 LBKG ist der Anwendungsbereich des LBKG u. a. für die Abwehr von Brandgefahren eröffnet. Hier bestand eine Brandgefahr, da sich das in einem der Töpfe befindliche Fett entzündet hatte und es zu starker Rauchentwicklung kam."

**2. Kostenschuldner als Verursacher**

"Der Kl. ist auch Verursacher im Sinne des § 36 Abs. 1 Nr. 1 LBKG. Der Verursacherbegriff stimmt, wie der vergleichbare Wortlaut und Zweck zeigen, mit dem Begriff des Handlungsstörers im Sinne des § 4 Abs. 1 des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes - POG - überein. Bloße Kausalität reicht für die Bejahung einer Handlungsstörereigenschaft nicht aus. **Handlungsstörer ist nur, wer bei wertender Betrachtung unter Einbeziehung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles die Gefahrengrenze überschritten und damit die unmittelbare Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat.** Als Bewertungskriterien ist auf die Rechtswidrigkeit der Verursachungshandlung und auf die Zuordnung von Risikosphären abzustellen (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, LKRZ 2009, 59)."

Das Verhalten des Kl. war hier ein Unterlassen, nämlich die unterlassene Kontrolle der Töpfe vor Verlassen der Schulküche. **Ein Unterlassen kann unmittelbarer Verursachungsbeitrag sein, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln bestand.** Diese lag hier vor:

"Den Kläger traf als Lehrer eine besondere Überwachungspflicht. Für Ablauf und Durchführung des Kochunterrichts war allein er verantwortlich. Die Vermeidung von Gefahren für die Schüler und das Schuleigentum fiel in seine Risikosphäre."

Das Unterlassen des Kl. war auch letztursächlich im o.g. Sinne. Hätte er seiner Kontrollpflicht genügt, wäre es nicht zu der Brandgefahr gekommen.

§ 1 LBKG: Zweck und Anwendungsbereich  
 (1) Zweck dieses Gesetzes ist die Gewährleistung vorbeugender und abwehrender Maßnahmen  
 1. gegen Brandgefahren [...]

Merke: Kostenpflichtig ist, wer Störer ist.

Merke: Störer ist, wer die letzte (unmittelbare) Ursache für den Eintritt der Gefahr gesetzt hat

### 3. Grobe Fahrlässigkeit

Fraglich bleibt danach nur, ob dem Kl., der ersichtlich nicht vorsätzlich gehandelt hat, grobe Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann.

"Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maß verletzt und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen."

Die Schwelle des § 276 BGB muss also erheblich überschritten werden, vgl. BGH, NJW-RR 2011, 1055; Palandt, BGB, § 277 Rn. 5

#### a. Objektiver Sorgfaltspflichtverstoß

"Der Kläger hat objektiv grob fahrlässig gehandelt. Das Erhitzen von Öl oder Fett in einem offenen Kochtopf auf einem Küchenherd ist wegen der damit verbundenen hohen Brandgefahr ein Vorgang, der höchste Aufmerksamkeit verlangt und nur unter Einhaltung strenger Sorgfaltsanforderungen durchgeführt werden darf. Indem der Kläger die Schulküche verließ, ohne sicherzustellen, dass sämtliche Herdplatten abgeschaltet waren, hat er einen objektiv schweren Verstoß gegen die von jedermann zu beachtende und jedermann einleuchtende Sorgfaltspflicht und hierdurch den objektiven Tatbestand der groben Fahrlässigkeit erfüllt."

Ebenso in ähnlichen Fällen OLG Düsseldorf, NJW-RR 2010, 695; OLG Köln, VersR 1996, 1491; BGH, NJW-RR 1989, 1187

#### b. Subjektive Vorwerfbarkeit

"Der Sorgfaltsverstoß des Klägers ist auch in subjektiver Hinsicht nicht zu entschuldigen. Es gilt zwar keinen Anscheinsbeweis in dem Sinn, dass aus dem Vorliegen objektiv grob fahrlässigen Handelns als Regelfall geschlossen werden kann, dass auch in subjektiver Hinsicht grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Der äußere Geschehensablauf und das Ausmaß eines objektiven Pflichtenverstoßes lassen aber Rückschlüsse auf innere Vorgänge und deren gesteigerte Vorwerfbarkeit zu.

Merke:

Keine Vermutung der subj. Vorwerfbarkeit bei Vorliegen der obj. Sorgfaltswidrigkeit (BGH, NJW-RR 2011, 1055), wohl aber Rückschluss möglich (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2010, 695).

Hier liegt [...] kein sog. „Augenblicksversagen“ vor, welches im Einzelfall die Beurteilung des Schuldvorwurfs als nicht grob fahrlässig rechtfertigen kann. Der Ausdruck „Augenblicksversagen“ beschreibt zunächst nur den Umstand, dass der Handelnde für eine kurze Zeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt, etwa aufgrund einer kurzzeitigen Überforderung in der Bewältigung einer plötzlichen Gefahrensituation oder aufgrund der längerfristigen Überforderung in der zuverlässigen Überwachung einer ständigen Gefahrensituation. [...] Die Situation, in der der Kläger durch gewissenhaftes Ausschalten aller Herde und vorsorglicher Entfernung der mit heißem Fett gefüllten Töpfe die Gefahrensituation hätte - endgültig - beseitigen müssen, stellte weder eine plötzliche Gefahrensituation dar, noch hat der Kl. eine ständige akute Gefahrensituation beherrschen müssen.

"Augenblicksversagen" ist oftmals nicht **grob** fahrlässig, BGH, NJW 1992, 2418

Dass der Kl. an die erhöhte Gefahr nicht gedacht oder geglaubt hat, alle Herdplatten ausgeschaltet zu haben, ist typisch für Fälle der unbewussten Fahrlässigkeit, schließt aber für sich allein die grobe Fahrlässigkeit nicht aus."

Unbewusste Fahrlässigkeit kann auch grob sein, OLG Düsseldorf, NJW-RR 2010, 695; BGH, NJW 1992, 2418

### 4. Kein Ausschluss

Der Anspruch könnte aber nach Art. 34 GG ausgeschlossen sein. Danach haftet, wenn jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende

Der Dienstherr könnte den Kl. dann zwar über Art. 34 S. 2 GG in Regress nehmen. Dies änderte aber nichts an der hier gefragten Rechtswidrigkeit des Kostenbescheids des Feuerwehrträgers gegenüber dem Kl.

Im Übrigen hätte der Feuerwehrträger ohnehin keine Ansprüche gegen den Dienstherrn des Kl. gehabt, selbst wenn Art. 34 GG direkt oder analog anwendbar gewesen wäre. Denn der Kl. mag ein öffentliches Amt ausgeübt und dabei eine Amtspflicht in Form der Aufsichtspflicht (s.o.) verletzt haben, diese Pflichten bestanden aber nur gegenüber seinem Dienstherrn (dem Land Rheinland-Pfalz), nicht gegenüber dem Feuerwehrträger (der Stadt C). Es fehlte somit jedenfalls an der "Drittbezogenheit" der Amtspflicht gegenüber dem Geschädigten.

Intendiertes Ermessen bei Kostenerhebung: OVG Koblenz, NJW 1992, 2653

§ 94 II GemO Rh-Pf:

Die Gemeinde **hat** die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Erträge und Einzahlungen [...] zu beschaffen, soweit die sonstigen Erträge und Einzahlungen nicht ausreichen.

Amtspflicht verletzt, ausschließlich der Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht.

Griffe Art. 34 GG hier ein, bestünde also kein Direktanspruch des Feuerwehrträgers gegen den Kl.; vielmehr müsste er sich an dessen Dienstherrn halten.

**a. Art. 34 S. 1 GG**

Das VG verneint hier aber schon die Anwendbarkeit des Art. 34 GG:

"Art. 34 S. 1 GG setzt eine Schadensersatzverpflichtung eines Amtsträgers voraus. Dies zeigt schon der Wortlaut des Art. 34 S. 3 GG. Ein Schadensersatzanspruch ist dadurch kennzeichnet, dass sich sein Umfang gemäß § 249 I BGB danach richtet, wie der Geschädigte stünde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dabei ist die hypothetische Weiterentwicklung zu berücksichtigten. Ersatzfähig ist beispielsweise auch ein entgangener Gewinn, § 252 BGB. Für den Umfang von Kostenerstattungsansprüchen kommt es hingegen, wie der Wortlaut des § 36 I 1 LBKG zeigt, allein darauf an, welche Kosten tatsächlich entstanden sind. Er ist lediglich auf die Wiederherstellung des ursprünglich bestehenden (Vermögens-)zustandes gerichtet."

**b. Art. 34 S. 1 GG analog**

"Auch eine analoge Anwendung des Art. 34 Satz 1 GG auf Kostenerstattungsansprüche kommt nicht in Betracht. Für eine analoge Anwendung sind eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage notwendig. Beides ist vorliegend nicht gegeben. Bei Art. 34 S. 1 GG handelt es sich um eine Ausnahмовorschrift. Im Grundsatz haftet jeder für sein eigenes Verhalten persönlich. Davon unabhängig fehlt es auch an einer vergleichbaren Interessenlage. [Schadensersatzansprüche] führen dadurch, dass die hypothetische Weiterentwicklung zu berücksichtigten ist, zu einem ungleich höheren Risiko. Bei Kostenerstattungsansprüchen ist das Risiko hingegen auf die tatsächlich angefallenen Kosten begrenzt."

**II. Rechtsfolge**

Nach § 36 I LBKG "können" die Kosten verlangt werden. Diese Formulierung suggeriert ein Ermessen. Jedoch wird dieses - von hier nicht ersichtlichen Ausnahmen abgesehen - regelmäßig auf eine Pflicht zur Kostenerhebung reduziert sein:

"§ 94 II GemO schränkt das Ermessen dergestalt ein, dass die Träger der Feuerwehr grundsätzlich verpflichtet sind, den Kostenerstattungsanspruch nach § 36 I Nr. 1 LBKG geltend zu machen. [...] Ausdrücklich Ermessen auszuüben hat der Aufgabenträger lediglich in atypischen Ausnahmefällen."

Nach alledem ist der Kostenbescheid rechtmäßig.

**FAZIT:**

Das Urteil ist besonders interessant, weil es den Amtshaftungsanspruch einmal nicht im gewohnten Kleid als Anspruchsgrundlage des Geschädigten gegenüber dem haftenden Dienstherrn, sondern als Ausschlussgrund im Rahmen eines gegen den Beamten persönlich gerichteten Anspruchs präsentiert.

Darüber hinaus verdient die Unterscheidung des VG zwischen Schadensersatz- und Kostenerstattungsanspruch besondere Beachtung.

*Speziell für Referendare:***Problem: Beweislast für Unzuverlässigkeit**

OVG LÜNEBURG, BESCHLUSS VOM 06.01.2012

7 LA 186/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Wird einem Gewerbetreibenden, der ein nicht erlaubnispflichtiges Gewerbe betreibt, wegen seiner Unzuverlässigkeit die weitere Ausübung des Gewerbes nach § 35 I GewO untersagt, und macht der Betroffene später geltend, die seine Unzuverlässigkeit begründenden Umstände seien entfallen, hat er nach § 35 VI GewO einen (gebundenen) Anspruch auf Wiedergestattung des Gewerbes.

Im vorliegenden Fall war fraglich, ob der Betroffene im Streitfall beweisen muss, dass er wieder zuverlässig geworden ist, oder ob die Behörde ihm die (fortdauernde) Unzuverlässigkeit nachweisen muss. Obwohl man meinen könnte, dass - getreu der Regel, dass jeder mann die für ihn günstigen Tatsachen nachweisen muss - der Betroffene seine wiedererlangte Zuverlässigkeit als Tatbestandsvoraussetzung seines Wiedergestattungsanspruchs nachweisen muss, entscheidet sich das OVG Lüneburg - wie aus dem Leitsatz ersichtlich - für eine Beweislast der Behörde.

## Leitsätze:

1. Auf die Wiedergestattung der Gewerbeausübung besteht ein Rechtsanspruch.
2. Die Beweislast für die Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung liegt bei der Gewerbeaufsichtsbehörde.

**SACHVERHALT:**

Dem Kläger (K) war im Jahre 2009 die weitere Ausübung seines Stuckateurgewerbes von der zuständigen Behörde in Niedersachsen untersagt worden, weil erhebliche Steuerschulden bestanden, die eine geordnete Fortführung des Gewerbebetriebes nicht mehr zuließen. Diesen Bescheid hat K rechtskräftig werden lassen.

Im Jahre 2011 beantragte er die Wiedergestattung der Gewerbeausübung. Die Entstehung der Steuerschulden sei nicht auf sein Fehlverhalten zurückzuführen gewesen, sondern auf seine Außenstände. Zudem habe er durch Verhandlungen mit dem Finanzamt einen Großteil der Schulden zurückgeführt, den Rest langfristig storniert.

Die Behörde (B) lehnte den Antrag des K dennoch ab. Sie verwies auf eine amtliche Auskunft des Finanzamts, nach der weiterhin Steuerrückstände des K i.H.v. 76.986,74 Euro bestehen. Der Jahresumsatz des Gewerbebetriebes des K lag zuletzt nur geringfügig höher als diese Summe.

K erhebt daraufhin Klage zum VG. Wie wird das Gericht entscheiden?

**PRÜFUNGSSCHEMA: § 35 VI GEWO**

- A. Formelle Voraussetzung: Antrag an zuständige Behörde
- B. Materielle Voraussetzungen
  - I. Untersagtes Gewerbe
  - II. Erlaubnisfrei
  - III. Nachträgliches Entfallen der Untersagungsgründe
- C. Rechtsfolge: Gebundener Wiedergestattungsanspruch

**LÖSUNG:**

Das Gericht wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist.

## A. Zulässigkeit

### I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Streit über die Wiedergestattung eines Gewerbes nach § 35 VI VwGO ist offensichtlich öffentlich-rechtlicher Natur.

### II. Statthafte Klageart

Die Wiedergestattung eines Gewerbes nach § 35 VI GewO ist ein begünstigender Verwaltungsakt, der mit der Verpflichtungsklage nach § 42 I 2. Fall VwGO zu erstreiten ist.

### III. Klagebefugnis

K müsste gem. § 42 II VwGO klagebefugt sein. Dazu genügt die Möglichkeit, dass die Ablehnung seines Antrags ihn in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt. Es ist hier nicht von vornherein ausgeschlossen, dass K einen Anspruch aus § 35 VI GewO auf Wiedergestattung seines Gewerbes hat, sodass die Ablehnung seines entsprechenden Antrags ihn in diesem Recht verletzen könnte.

### IV. Vorverfahren

Ein Vorverfahren ist in Niedersachsen nach §§ 68 I 2 VwGO i.V.m. 8a I, II NdsAGVwGO auch vor Erhebung einer Verpflichtungsklage entbehrlich.

### V. Frist

Für eine Versäumnis der Monatsfrist des § 74 I 2, II VwGO durch K ist hier nichts ersichtlich.

### VI. Richtiger Beklagter

Die Klage ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger der handelnden Behörde zu richten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist zu unterstellen, dass K den richtigen Beklagten bezeichnet hat. Die Klage ist somit zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit die Ablehnung des Antrags rechtswidrig ist, den Kläger in seinen Rechten verletzt und die Sache spruchreif ist, § 113 V 1 VwGO. Dies ist der Fall, soweit K einen Anspruch auf Wiedergestattung seiner Gewerbeausübung hat.

### I. Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage ist § 35 VI GewO.

"Nach § 35 VI GewO ist die Wiedergestattung auszusprechen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit i. S. v. § 35 I GewO nicht mehr vorliegt. [...] Aus der Gewährleistung der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) ergibt sich, dass niemand länger von der Gewerbeausübung ferngehalten werden darf, als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit geboten ist. Auf die Wiedergestattung besteht daher ein Rechtsanspruch, wenn etwa die den Untersagungsbescheid tragenden Gründe inzwischen entfallen oder Gefährdungen i. S. v. § 35 I GewO nicht mehr zu befürchten sind oder es inzwischen an der Verhältnismäßigkeit des Fortbestehens der Untersagung mangelt."

#### § 35 VI GewO:

Dem Gewerbetreibenden ist von der zuständigen Behörde auf Grund eines an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrages die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

## II. Formelle Voraussetzungen

In formeller Hinsicht ist ein Antrag an die zuständige Behörde zu fordern, den K 2011 gestellt hat.

## III. Materielle Voraussetzungen

In tatbestandlicher Hinsicht fordert § 35 VI GewO, dass die Voraussetzungen der Untersagung des nicht erlaubnispflichtigen Gewerbes nicht mehr vorliegen.

### 1. Untersagtes Gewerbe

Unter einem Gewerbe ist jede auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene, erlaubte und selbstständige Tätigkeit zu verstehen. Dies ist bei einem Stuckateurbetrieb wie dem des K offensichtlich der Fall. Dieser fällt auch nicht unter eine der anerkannten Ausnahmen (freie Berufe usw.) und stellt somit ein Gewerbe dar. Dieses ist ihm im Jahre 2009 untersagt worden.

### 2. Nicht erlaubnispflichtig

Es herrscht grundsätzlich Gewerbefreiheit (Art. 12 I 1 GG i.V.m. § 1 GewO). Da für Stuckateurgewerbe keine Erlaubnispflicht normiert ist, bleibt es bei diesem Grundsatz.

Erlaubnispflichten finden sich vor allem in der GewO selbst (z.B. §§ 30 ff. GewO), ferner in Spezialgesetzen wie § 2 GastG.

### 3. Entfallen der Unzuverlässigkeit

Schließlich müssten die Gründe, die zur Gewerbeuntersagung geführt haben, nachträglich entfallen sein. Wie bei der Gewerbeuntersagung selbst ist hierzu eine Zukunftsprognose anzustellen: Die Gewerbeuntersagung hat keinen strafenden Sanktionscharakter, mit dem vergangene Verfehlungen geahndet werden sollen, sondern ist präventiver Natur: zukünftig soll eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung gewährleistet sein. Dies betont auch das OVG:

**"Diese Entscheidung erfordert - wie die Gewerbeuntersagung - eine Prognose über die Zuverlässigkeit des Antragstellers nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit. Sie muss prospektiv, d.h. bezogen auf eine mögliche Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft, begründet werden, wobei allerdings in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten als Indiz gewertet werden kann. Zu beachten ist dabei, dass durch die Gewerbeuntersagung und ihre Aufrechterhaltung nicht vergangenes Verhalten "gleichsam bestraft" werden soll."**

Ebenso schon OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319

Als Umstände, die eine Unzuverlässigkeit des K weiterhin begründen könnten, kommen nur seine Steuerschulden in Betracht.

#### a. Fortbestehen der Steuerschulden

K behauptet, er habe diese größtenteils zurückgeführt, den Rest langfristig storniert. Wäre dem so, bestünden keine fortbestehenden Zweifel an seiner Zuverlässigkeit.

Die zuständige Behörde bestreitet jedoch den Klägervortrag. Sie behauptet, es bestünden Steuerschulden fort, die in etwa den letzten Gesamtumsatz des K ausmachten. Angesichts einer solchen Steuerlast wäre eine geordnete Gewerbeausübung weiterhin nicht gewährleistet. Fraglich ist somit, wer die Beweislast trägt. Das OVG sieht diese beim Staat. Es postuliert insoweit eine Kongruenz zwischen § 35 I GewO und § 35 VI GewO:

In öffentlich-rechtlichen Klausuren empfiehlt sich im Referendargutachten regelmäßig nicht der zivilrechtliche Aufbau mit Klägerstation, Beklagtenstation und Beweisstation. Sollte - wie hier - trotz § 86 I VwGO einmal ein Merkmal streitig bleiben, ist die Beweislastfrage normalerweise bei dem jeweiligen Merkmal anzusprechen und zu klären.

Vgl. schon OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 319; ebenso Tettinger/Wank, GewO, § 35 Rn. 194 m.w.N.

**"Die Beweislast für die Rechtmäßigkeit des Ablehnungsbescheides und die Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung liegt bei der Gewerbeaufsichtsbehörde.** Die Anforderungen an eine Ablehnung des Wiedergestattungsantrages sind daher nicht geringer als für die Untersagung des Gewerbes selbst (NdsOVG, Beschl. v. 3.2.2011, a. a. O.)."

Hier hat die Beklagte den Beweis durch Vorlage der amtlichen Auskunft des Finanzamts geführt, wonach in der Person des K Steuerschulden i.H.v. 76.986,74 Euro fortbestehen. Einen Gegenbeweis hat K nicht angetreten, geschweige denn geführt. Somit ist das Fortbestehen der Steuerschulden des K als erwiesen anzusehen.

#### b. Ursächlichkeit

Der weitere Vortrag des K, ihn träfe an der Entstehung dieser Schulden kein Verschulden, ist auch unerheblich:

"Zu [dieser] Behauptung [...] verweist der Senat zum wiederholten Male auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Steuerrückstände, die zur Annahme der gewerberechtl. Unzuverlässigkeit führen können, solche nicht gezahlten Steuern sind, die fällig waren, so dass der Steuerschuldner sie von Rechts wegen hätte zahlen müssen. **Es ist nicht Aufgabe der Gewerbeaufsichtsbehörden und der Verwaltungsgerichte, die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzungen zu überprüfen** und in diesem Zusammenhang weitere Ermittlungen vorzunehmen."

BVerwG, Beschluss vom 12.03.1997 - 1 B 72.97 (unveröffentlicht)

Somit hat K weiterhin als unzuverlässig zu gelten. Ein Anspruch aus § 35 VI GewO besteht nicht, seine Klage ist unbegründet.

#### FAZIT:

Neben der für Referendare besonders interessanten Beweislastfrage, die man - wie einleitend erwähnt - auf den ersten Blick auch anders hätte beurteilen können, sind hier zwei rechtliche Gesichtspunkte noch einmal festzuhalten, die im Rahmen des § 35 GewO besonders wichtig sind:

Zur Anspruchsqualität und den Voraussetzungen von § 35 VI GewO: OVG Lüneburg, GewArch 1990, 326 ff.; Kramer, GewArch 2010, 273 ff.

1. Entfallen die die Unzuverlässigkeit begründenden Umstände, ist darauf mit einem Wiedergestattungsantrag (und ggf. einer Verpflichtungsklage) zu reagieren, nicht etwa mit einer Anfechtungsklage gegen die Gewerbeuntersagung (§ 35 I GewO). Obschon diese ein Dauerverwaltungsakt ist, ergibt sich aus § 35 VI GewO zugleich, dass es für deren Rechtmäßigkeit allein auf den Erlasszeitpunkt ankommt. Veränderungen sind eben **nur** in einem Wiedergestattungsverfahren berücksichtigungsfähig. In Klausuren wird nicht selten im Hauptantrag Anfechtungsklage gegen die Untersagung, und erst im Hilfsantrag Verpflichtungsklage auf Wiedergestattung erhoben. In der Anfechtungsklage wären dann die Ausführungen zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Gewerbeuntersagung angezeigt.

2. Gerne werden in Klausursachverhalten frühere Verfehlungen des Gewerbetreibenden zur Begründung seiner Unzuverlässigkeit angeführt. In diesem Zusammenhang muss im Gutachten betont werden, dass es sich bei der Unzuverlässigkeit um ein in die Zukunft wirkendes Merkmal handelt, also eine Prognose anzustellen ist, für die zwar auf Verfehlungen aus der Vergangenheit zurückgegriffen werden darf, diese für sich genommen aber nicht genügen. Vielmehr müssen die Bedenken fortbestehen. Deshalb erst war der Vortrag des K, er habe keine Steuerschulden mehr, überhaupt erheblich.



*Speziell für Referendare:***Problem: Begründung nach § 80 III VwGO**

VGH MANNHEIM: BESCHLUSS VOM 27.09.2011  
1 S 2554/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

In der nachstehenden Entscheidung handelt der VGH Mannheim einige Examensprobleme zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung (im Folgenden: AsV) nach § 80 III VwGO ab, wobei das Gericht sich einmal nicht mit den inhaltlichen Anforderungen an eine solche Begründung beschäftigt (zu diesen vgl. zuletzt VG Freiburg, RA 2012, 105 ff.), sondern mit seltener behandelten Fragen der Entbehrlichkeit, der Heilung von Mängeln und der Fehlerfolgen. Dabei vertritt es einerseits die Auffassung, dass eine Heilung einer fehlenden Begründung nicht möglich sei (sehr str.), und dass allein ein formeller Begründungsmangel bereits zur Begründetheit des Antrags nach § 80 V 1 VwGO führe, ohne dass noch eine Interessenabwägung vorzunehmen sei. Allerdings will der VGH in diesem Fall nicht die aufschiebende Wirkung "wiederherstellen", wie § 80 V 1 VwGO dies fordert, sondern (nur) die formell rechtswidrige AsV "aufheben", mit der Folge, dass die Behörde eine neue AsV erlassen kann. Damit folgt der Senat in diesem Punkt der h.M. in der Rechtsprechung.

**SACHVERHALT:**

Die Antragsgegnerin (Ag.) ordnete dem Antragsteller (ASt.) gegenüber durch die Ortspolizei (§ 60 I PolG BW) am 12.08.2011 mündlich die Beschlagnahme mehrerer von ihm gehaltener Fahrzeuge an. Zur Begründung erklärte sie, die Beschlagnahme sei erforderlich, um weitere Besetzungen von Grundstücken mit den Fahrzeugen zu verhindern. Zugleich wurde von ihr mündlich die sofortige Vollziehung der Maßnahme erklärt. Die Beschlagnahme wurde sodann durch den Polizeivollzugsdienst sofort vollstreckt. Dem ASt. wurden anschließend vor Ort Bescheinigungen über den Vollzug der Beschlagnahme ausgestellt, in denen als Grund für die Beschlagnahme "Verhinderung weiterer Besetzungen von Grundstücken" genannt ist. Erst am 15.08.2011 holte die Ag. eine schriftliche Begründung der AsV nach. Gegen die AsV wehrt sich der ASt. mit seinem gerichtlichen Antrag nach § 80 V 1 2. Hs VwGO.

## Auszug aus § 33 PolG BW:

(1) Die Polizei kann eine Sache beschlagnahmen, wenn dies erforderlich ist

1. zum Schutz eines einzelnen oder des Gemeinwesens gegen eine unmittelbar bevorstehende Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung [...].

(3) Dem Betroffenen sind der Grund der Beschlagnahme und die gegen sie zulässigen Rechtsbehelfe unverzüglich bekanntzugeben. Auf Verlangen ist ihm eine Bescheinigung zu erteilen. [...]

Wie wird das Gericht über den zulässigen Antrag entscheiden?

**LÖSUNG:**

Das Gericht wird dem zulässigen Antrag stattgeben, soweit er auch begründet ist. Der Antrag ist begründet, soweit die AsV formell rechtswidrig ist oder sich im Rahmen einer summarischen Prüfung ergibt, dass das Suspensivinteresse 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

Die Zuständigkeit für die AsV liegt nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO in den Händen der Ausgangs- oder Widerspruchsbehörde. Hier hat die Ag. durch ihre Polizeibeamten bereits bei der Beschlagnahmeanordnung mündlich die AsV ausgesprochen. Gehandelt hat also die Ausgangsbehörde.

### II. Verfahren

Die Anhörung sollte in Referendarklausuren möglichst knapp gehalten werden, da die Rspr. sie ganz überwiegend nicht fordert (vgl. Proppe, JA 2004, 324, 327).

Streitig ist, ob zur AsV nach § 28 I VwVfG gesondert angehört werden muss. Dies mag hier dahinstehen, da die AsV mündlich vor Ort ergangen ist und daher davon auszugehen ist, dass für den ASt. jedenfalls Gelegenheit zur Stellungnahme bestand.

### III. Form

Die AsV selbst kann mündlich ergehen, bedarf nach § 80 III VwGO aber der schriftlichen Begründung.

"Das [...] Begründungserfordernis in § 80 III 1 VwGO verfolgt drei Funktionen. **Die Behörde** selbst wird angehalten, sich des Ausnahmecharakters der Vollziehungsanordnung bewusst zu sein. Diese **Warnfunktion** soll zu einer sorgfältigen Prüfung des Interesses an der sofortigen Vollziehung veranlassen. **Der Betroffene wird** über die Gründe, die für die behördliche Entscheidung maßgebend gewesen sind, **unterrichtet**. Er kann danach die Erfolgsaussichten eines Aussetzungsantrags gemäß § 80 Abs. 4 VwGO abschätzen. Dem **Gericht** erlaubt die Kenntnis der verwaltungsbehördlichen Erwägungen für die sofortige Vollziehbarkeit eine ordnungsgemäße **Rechtskontrolle**."

#### 1. Vorhandensein

Fraglich ist, ob eine hinreichende Begründung vorliegt.

##### a. Begründung des Verwaltungsakts

Hier ist gegenüber dem ASt. zunächst nur die Beschlagnahme selbst (knapp) begründet worden, nicht aber die AsV, um die es in § 80 III 1 VwGO geht. Die Begründung des Verwaltungsakts ersetzt aber nicht die Begründung der AsV. Vorliegend kommt hinzu, dass § 80 III 1 VwGO eine Schriftform fordert, die Beschlagnahme aber nur mündlich begründet wurde.

##### b. Beschlagnahmebescheinigung

Eine schriftliche Begründung könnte man allenfalls in der dem ASt. anschließend übergebenen Bescheinigung über den Vollzug der Beschlagnahme sehen. Der VGH lehnt dies aber zu Recht ab:

"Diese Bescheinigung ersetzt die erforderliche Begründung nicht. Sie dient vielmehr der Beweissicherung für den Betroffenen und soll es ihm ermöglichen, einen (eventuellen) späteren Anspruch auf Rückgabe der beschlagnahmten Sache mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen. Sie muss daher die beschlagnahmten Sachen hinreichend genau bezeichnen und die Polizeibehörde erkennen lassen, die die Beschlagnahme angeordnet hat."

Hinzu kommt, dass auch diese Bescheinigung nur die Beschlagnahme selbst, nicht aber die Anordnung ihrer sofortigen Vollziehung begründete. Somit liegt keine taugliche Begründung vor.

## 2. Entbehrlichkeit

Eine Begründung könnte aber entbehrlich gewesen sein.

### a. Nach § 80 III 2 VwGO

"Von dem Begründungserfordernis kann nicht ausnahmsweise nach Maßgabe des § 80 III 2 VwGO abgewichen werden. Danach gilt das Begründungserfordernis nach Satz 1 dann nicht, wenn die Behörde bei Gefahr im Verzug eine **als solche bezeichnete Notstandsmaßnahme** im öffentlichen Interesse trifft (§ 80 III 2 VwGO). Dies war hier indes nicht der Fall. Auch wenn die Maßnahme aus der Sicht der Antragsgegnerin eilbedürftig war, handelte es sich weder um eine Notstandsmaßnahme, noch wurde sie als solche bezeichnet."

### b. Wegen § 80 II 1 Nr. 2 VwGO

Möglicherweise bedurfte es hier einer Begründung aber deshalb nicht, weil § 80 II 1 Nr. 2 VwGO die aufschiebende Wirkung schon von Gesetzes wegen entfallen ließ, die AsV nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO also überflüssig gewesen sein könnte. Diese Vorschrift gilt jedoch nur für die Vollzugspolizei, nicht für die hier handelnde Ortspolizei:

"Über den Begründungsmangel kann auch nicht deshalb hinweggesehen werden, weil es sich um eine Maßnahme gehandelt hat, die sofort vollstreckt werden sollte. Der gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten (§ 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) erfasst ausdrücklich nur Verwaltungsakte des Polizeivollzugsdienstes im institutionellen Sinne, die sich nach Landesrecht bestimmen. Dieses Privileg ist einem Bedürfnis der Praxis geschuldet, erstreckt sich aber nicht auf - unaufschiebbare - Anordnungen und Maßnahmen der sog. Verwaltungspolizei (Ordnungs- bzw. Sicherheitsbehörden). Auch mit Blick darauf, dass für Maßnahmen nach § 33 PolG neben den Polizeibehörden (§ 60 Abs. 1 PolG) auch der Polizeivollzugsdienst (§ 60 III PolG) zuständig ist, ergibt sich nichts anderes. Da nach § 60 III PolG für die meisten der sog. polizeilichen Standardmaßnahmen neben der Zuständigkeit der Polizeibehörde eine eigene Zuständigkeit des Polizeivollzugsdienstes besteht, werden diese auch bei unaufschiebbaren Maßnahmen im Regelfall tätig werden, sodass ihnen das Privileg des § 80 II Nr. 2 VwGO zugute kommt und damit auch aus diesem Grunde eine Ausnahme vom Begründungserfordernis für die Ortspolizeibehörde nicht gerechtfertigt erscheint."

## 3. Heilung

Es bleibt zu fragen, ob die Nachholung der Begründung am 15.08.2011 den ursprünglichen Begründungsmangel heilen kann.

Nach einer in der Rspr. vertretenen Ansicht ist dies der Fall, wobei zur Begründung teilweise auf eine Analogie zu § 45 I Nr. 2 VwVfG, teilweise auf prozessökonomische Überlegungen zurückgegriffen wird. Der VGH Mannheim lehnt eine Heilungsmöglichkeit jedoch mit der wohl herrschenden Lehre ab:

**"Nach der Rechtsprechung des erkennenden Gerichtshofs [...] kann eine fehlende oder unzureichende Begründung gemäß § 80 III 1 VwGO nicht mit heilender Wirkung nachgeholt werden.** Der Gegenauffassung, die dem Gründe der Prozessökonomie ent-

Das Landesrecht BW unterscheidet zwischen "Polizeibehörde" (§ 60 I PolG) und "Polizeivollzugsdienst" (§ 60 II PolG). Ersterer ist in anderen Bundesländern mit den "Ordnungsbehörden" (so z.B. in NRW) oder den zur Gefahrenabwehr zuständigen "Verwaltungsbehörden" (so z.B. in Nds) gleichzusetzen; für diese Behörden gilt § 80 II 1 Nr. 2 VwGO nicht. Nur der baden-württembergische "Polizeivollzugsdienst", also die Polizei im engeren Sinne, kann sich darauf berufen.

#### § 60: Zuständigkeitsabgrenzung

(1) Für die Wahrnehmung der polizeilichen Aufgaben sind die Polizeibehörden zuständig, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt.

(2) Der Polizeivollzugsdienst nimmt [...] die polizeilichen Aufgaben wahr, wenn ein sofortiges Tätigwerden erforderlich erscheint.

(3) Der Polizeivollzugsdienst ist neben den Polizeibehörden zuständig für Maßnahmen nach [...] §§ 28 bis 33 [...] dieses Gesetzes [...].

OVG Koblenz, NVwZ-RR 1995, 572; VGH Kassel, DÖV 1985, 75; OVG Münster, NJW 1986, 1894

Eyermann, VwGO, 11. Auflage, § 80 RdNr. 44; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80, RdNr. 179; BayVGH, BayVBl. 1989, 117

gegenhält und ein Nachholen der Begründung jedenfalls bis zur Stellung eines Eilantrags nach § 80 V VwGO erlaubt, ist mit Blick darauf, dass es sich bei § 80 III VwGO um eine abschließende Sonderregelung handelt, nicht zu folgen. **Mit der Warn- und Appellfunktion des Schriftlichkeitserfordernisses wäre es nicht vereinbar, wenn eine fehlende Begründung mit heilender Wirkung nachgeholt werden könnte."**

Nach alledem mangelt es der AsV an der erforderlichen Begründung. Somit ist diese bereits formell rechtswidrig.

### **B. Entscheidung des Gerichts**

Streitig ist, wie bei erkannter formeller Rechtswidrigkeit der AsV weiter zu verfahren ist.

Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn 298 m.w.N. (m.M.)

Eine Ansicht will - am Wortlaut des § 80 V 1 VwGO orientiert - allein aus diesem Grund die aufschiebende Wirkung umfassend wiederherstellen. Der Antrag wäre dann begründet, und der Behörde wäre es verwehrt, eine neue (ordnungsgemäß begründete) AsV zu treffen.

OVG Hamburg, NJW 1978, 2167; OVG Münster, NJW 1970, 1812; NWVBI 1994, 424, 425; OVG Magdeburg, NVwZ-RR 1996, 148, 149 (h.M.)

Eine Gegenauffassung will hingegen nur die formell rechtswidrige AsV aufheben mit der Folge, dass die Behörde jederzeit eine neue AsV erlassen könnte. Dieser - in der Rspr. überwiegend vertretenen - Ansicht schließt sich der VGH Mannheim an.

**"Mit dem Wegfall der Anordnung der sofortigen Vollziehung kommt dem Widerspruch der Antragsteller gemäß § 80 I VwGO wieder die aufschiebende Wirkung zu. Für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V 1 VwGO ist daher kein Raum.** Es bedarf vielmehr ggfs. einer erneuten, formgemäßen Anordnung."

Fraglich bleibt danach noch, ob nicht aus prozessökonomischen Gründen die Abwägung zwischen Suspensivinteresse des ASt. und dem Vollzugsinteresse der Allgemeinheit vorgenommen werden muss. Denn unterstellt, die Behörde träge eine neue AsV, würde dies unweigerlich in ein neues Verfahren nach § 80 V 1 VwGO münden, in dem dann ohnehin eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsste. Der VGH Mannheim will davon jedoch nichts wissen:

Ebenso schon VGH Mannheim, NJW 1977, 165; a.A. z.B. BayVGH, BayVBI 1982, 756 f.

**"Verstößt eine Vollziehungsanordnung gegen § 80 III 1 VwGO, so hebt das Gericht die Anordnung auf, ohne dass es darauf ankommt, ob ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung besteht."**

Der Antrag ist somit allein aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit der AsV (vollauf) begründet. Das Gericht wird die AsV aufheben.

### **FAZIT:**

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig das Begründungserfordernis des § 80 III 1 VwGO in Theorie und Praxis ist.

Mit seinem Verzicht auf die weitere Prüfung der Interessenabwägung erweist das Gericht den Parteien keinen Dienst: Es bleibt der Behörde ungenommen, eine neue, ordnungsgemäß begründete Anordnung der sofortigen Vollziehung zu erlassen, mit der Folge, dass hiergegen unweigerlich ein weiteres Verfahren nach § 80 VI 1 VwGO droht, in dessen Rahmen dann ohnehin die Interessenabwägung vorgenommen werden muss. Es erscheint daher auch gut vertretbar, aus prozessökonomischen Gründen an die formelle Prüfung in jedem Fall eine Interessenabwägung anzuschließen.

## Strafrecht

### Problem: Garantenstellung des Wohnungsinhabers

BGH, BESCHLUSS VOM 17.11.2011  
2 STR 348/11 (NSTZ-RR 2012, 58)

#### EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung des BGH geht es um die Frage, ob die Mieterin einer Wohnung als Gehilfin bestraft werden kann, wenn sie in ihre Wohnung einen (Unter-) Mieter aufnimmt und diesen dann in der Wohnung Straftaten (im vorliegenden Fall: Verstöße gegen das BtMG) begehen lässt.

Der BGH kommt hierbei – wie bereits in früheren Entscheidungen – zu dem Ergebnis, dass die bloße Kenntnis der Mieterin von der Begehung von Straftaten in ihrer Wohnung für eine strafbare Beihilfe nicht ausreicht und eine Beihilfe durch Unterlassen mangels Garantenstellung ebenfalls ausscheidet.

#### SACHVERHALT:

Im Jahr 2008 zog G in die von der Angeklagten A gemietete Wohnung mit ein, in der sie seither in Lebensgemeinschaft lebten. Für die Unterkunft leistete der beschäftigungslose G keinen Ausgleich an A, die ihn ihrerseits finanziell unterstützte. Etwa seit Mai 2010 handelte G aus der gemeinsam genutzten Wohnung mit Betäubungsmitteln und verwendete dort verschiedene Utensilien zum Strecken, Portionieren und Verpacken der Drogen. Der Rauschgifthandel ihres Lebensgefährten, der hiermit einen Teil seines Lebensunterhalts bestritt, war A bekannt und wurde von ihr geduldet. G verkaufte mit Wissen der A einem Abnehmer am 29. Juli 2010 insgesamt 19,8 g Kokaingemisch mit einem Wirkstoffanteil von 12,7 %.

Wie ist die Strafbarkeit von A zu beurteilen, wenn G sich durch den Verlauf des Kokains gem. § 29a I Nr. 2 BtMG strafbar gemacht 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. § 29a I Nr. 2 BtMG, § 27 StGB durch Zurverfügungstellen der Wohnung

Dadurch, dass A dem G die Wohnung zur Verfügung stellte, in der dieser Drogen verkaufte, könnte sie sich wegen Beihilfe zum Handel-treiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29a I Nr. 2 BtMG, § 27 StGB strafbar gemacht haben.

#### § 27 I StGB:

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

#### § 13 I StGB:

„Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.“

## I. Tatbestand

### 1. Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

G hat den Tatbestand des § 29a I Nr. 2 BtMG vorsätzlich und rechtswidrig verwirklicht, sodass eine teilnahmefähige Haupttat vorliegt.

### 2. Hilfeleisten

A müsste G Hilfe geleistet haben.

„Den Ausführungen des Landgerichts kann nicht entnommen werden, dass die Angeklagte den Betäubungsmittelhandel des Mitangeklagten G durch aktives Tun gefördert hätte. **Allein die Kenntnis und Billigung der Aufbereitung und des Vertriebs der Betäubungsmittel in der Wohnung erfüllt für den Wohnungsinhaber noch nicht die Voraussetzung strafbarer Beihilfe.** Auch die Begründung der Strafkammer, dass die Angeklagte ihrem Lebensgefährten die Wohnung ‚zur Verfügung gestellt‘ habe, genügt hierfür nicht. Hiermit wird der Angeklagten, die sich mit dem Mitangeklagten G schon längere Zeit die Wohnung geteilt hatte, bevor er mit dem Betäubungsmittelhandel begann, der Sache nach ausschließlich ein Unterlassen vorgeworfen.“

Ein Hilfeleisten der A durch aktives Tun liegt somit nicht vor.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 29a I Nr. 2 BtMG, § 27 StGB.

### B. Strafbarkeit gem. § 29a I Nr. 2 BtMG, §§ 27, 13 StGB durch Nichtverhindern des Verkaufs

Dadurch, dass A den G nicht daran hinderte, in ihrer Wohnung Drogen zu verkaufen, könnte sie sich wegen Beihilfe durch Unterlassen zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge gem. § 29a I Nr. 2 BtMG, §§ 27, 13 StGB strafbar gemacht haben.

#### 1. Vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat

Die durch G verwirklichte Tat gem. § 29a I Nr. 2 BtMG stellt eine vorsätzliche, rechtswidrige Haupttat dar.

#### 2. Hilfeleisten durch Unterlassen

A müsste G zu dieser Tat durch Unterlassen Hilfe geleistet haben.

##### a. Fördern der Haupttat durch Unterlassen

Dadurch, dass A den G nicht daran gehindert hat, in ihrer Wohnung mit Betäubungsmitteln zu handeln, obwohl sie dies gekonnt hätte – sie hätte als alleinige Mieterin den G der Wohnung verweisen können –, hat sie die Begehung der Haupttat ermöglicht und so diese durch ihr Unterlassen gefördert.

##### b. Garantenstellung

Eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts – auch wegen Beihilfe durch Unterlassen – setzt jedoch gem. § 13 I StGB voraus, dass die entsprechende Person „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Erforderlich ist also stets eine Garantenstellung und –pflicht zur Abwendung des entsprechenden Erfolgs.

Zur Beihilfe durch den Wohnungsinhaber: BGH, NJW 1993, 76; NSTZ 1999, 451; 2010, 221; StV 2003, 280; 2007, 81

**„Eine Strafbarkeit der Angeklagten wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Unterlassen würde allerdings voraussetzen, dass sie als Wohnungsinhaberin rechtlich verpflichtet gewesen wäre, gegen die Aktivitäten des Mitangeklagten G einzuschreiten (§ 13 Abs. 1 StGB). Eine solche Rechtspflicht eines Wohnungsinhabers besteht nach ständiger Rechtsprechung aber grundsätzlich nicht.“**

Mangels Garantenstellung der A ist also auch eine strafbare Beihilfe durch Unterlassen nicht gegeben.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 29a I Nr. 2 BtMG, §§ 27, 13 StGB.

## C. Gesamtergebnis

A ist nicht strafbar.

### FAZIT:

In der vorliegenden Entscheidung des BGH geht es letztlich um drei selbstständige Probleme im Rahmen der Strafbarkeit wegen Beihilfe (auch wenn der BGH auf diese nicht besonders ausführlich eingeht): Zunächst einmal ist zu beachten, dass der maßgebliche Zeitpunkt für den Vorsatz des Gehilfen (der sich als sog. „Doppelvorsatz“ sowohl auf die teilnahmefähige Haupttat als auch auf das Hilfeleisten erstrecken muss) gem. §§ 16 I 1, 8 I StGB derjenige der Hilfeleistung ist. Deshalb hat sich die Angeklagte auch nicht wegen Beihilfe dadurch strafbar gemacht, dass sie ihren Freund in ihre Wohnung einziehen ließ, denn in diesem Zeitpunkt wusste sie noch nicht, dass dieser dort Drogen verkaufen würde.

Weiter stellt sich die Frage, ob die bloße Anwesenheit bei der Begehung einer Straftat eine (psychische) Beihilfe darstellt. Hier folgt der BGH in der vorliegenden Entscheidung seiner bisherigen Rechtsprechung, dass die bloße Anwesenheit am Tatort für eine Beihilfe durch aktives Tun – auch bei Kenntnis von der Begehung der Haupttat – grundsätzlich nicht ausreicht. Vielmehr bedarf es eines aktiven Beitrags, durch den die Billigung der Haupttat dem Haupttäter gegenüber zum Ausdruck gebracht und durch den dieser in seinem Tatentschluss bestärkt wird, was jedoch konkreter Feststellungen bedarf.

Schließlich ist bzgl. einer möglichen Beihilfe durch Unterlassen fraglich, ob die Wohnungsinhaberin die gem. § 13 I StGB für eine Strafbarkeit wegen eines unechten Unterlassungsdelikts erforderliche Garantenstellung besitzt, die entsprechende Haupttat zu verhindern. Eine solche ist nach ganz h.M. aber nur dann gegeben, wenn die entsprechenden Räumlichkeiten (z.B. aufgrund ihrer Lage und Beschaffenheit) die Durchführung von Straftaten besonders erleichtern.

Zur (psychischen) Beihilfe durch Anwesenheit am Tatort: BGH, NStZ 2002, 139; 2010, 224, 225; NStZ-RR 2007, 37; OLG Düsseldorf, NStZ-RR 2005, 336; Seher, JuS 2009, 763

Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers: BGH, RA 2010, 29, 31 = NStZ 2010, 221, 222; RA 2003, 311 = StV 2003, 280

### Problem: Erforderlichkeit der Notwehrhandlung

BGH, URTEIL VOM 09.11.2011  
5 STR 328/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 32 StGB:

„(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.“

#### **EINLEITUNG:**

Eine Rechtfertigung aus Notwehr setzt insbesondere voraus, dass die Verteidigungshandlung des Täters zur Abwehr des Angriffs erforderlich ist, § 32 II StGB.

Der BGH befasst sich in dem dargestellten Urteil mit den Voraussetzungen für die Erforderlichkeit der Notwehrhandlung und kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass im Falle eines Würgens des Angreifers als Notwehrhandlung dessen Tötung in der Regel nicht erforderlich sein wird. Wird der Angreifer nämlich gewürgt, so wird dieser in aller Regel vor dem Eintritt des Todes bewusstlos. Damit ist der Angriff jedoch bereits abgewehrt, sodass ein weiteres Würgen (bis zum Tode) in aller Regel nicht erforderlich sein wird.

#### **SACHVERHALT:**

Der Angeklagte A, der eine Prostitutionstätigkeit im homosexuellen Milieu ausübte, traf auf der Suche nach einem Freier in einem Lokal auf den 63-jährigen Ba, der seit 2002 homosexuelle Kontakte pflegte. Dabei fiel dieser durch „extreme Anhänglichkeit“ auf, konnte unter Alkoholeinfluss verbal aggressiv werden und geriet gelegentlich auch in gewalttätige Auseinandersetzungen. Der bereits alkoholisierte Ba verpflichtete sich, A für „Küssen und Oralsex“ 70 € zu zahlen. Beide fuhren in die Wohnung des A.

In seiner Wohnung geriet A mit Ba in Streit, da dieser sich entgegen üblichen Gepflogenheiten weigerte, vor den sofort verlangten sexuellen Handlungen das vereinbarte Geld zu bezahlen. Nach verbalen Auseinandersetzungen wollte der bereits weitgehend entkleidete Ba den A anfassen. Als dieser zurückwich, begann Ba, ihn zu schubsen. A wehrte sich erfolgreich. Nach einigen wechselseitigen Schlägen packte Ba den A mit beiden Händen am Hals. A griff seinerseits Ba an den Hals, damit dieser ihn losließ. Ba warf zunächst mit einer Pflanze nach A, packte ihn sodann erneut am Hals und drückte so kräftig zu, dass A keine Luft mehr bekam, großen Druck im Kopf verspürte und das Gefühl hatte, Ba werde ihn umbringen. Als es ihm nicht gelang, dessen Griff zu lockern, griff er seinerseits Ba mit beiden Händen an den Hals, wobei beide Daumen an dessen Kehlkopf lagen. Er wollte sein eigenes Leben retten, erkannte, dass er dadurch möglicherweise Ba würde töten müssen, und drückte nun so lange kräftig zu, bis der Griff von Ba an seinem Hals lockerer wurde. Dann beendete A das Würgen und stieß Ba mit aller Kraft nach hinten, der daraufhin schräg auf das Bett fiel, wo er tot liegen blieb.

Hat A sich wegen der Begehung von Verbrechen strafbar gemacht, wenn sein Handeln im Zeitpunkt der Auseinandersetzung mit Ba nicht durch Verwirrung, Furcht oder Schrecken motiviert war?

#### **PRÜFUNGSSCHEMA: NOTWEHR, § 32 STGB**

- I. Objektive Voraussetzungen
  1. Notwehrlage: gegenwärtiger rechtswidriger Angriff
  2. Notwehrhandlung



- a. Handlung 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 das Würgen

Dadurch, dass A den Ba würgte, könnte er sich wegen Totschlags gem. § 212 I StGB zum Nachteil des Ba strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

A hat Ba durch das Würgen getötet. A erkannte auch, dass diese Handlung den Tod des Ba herbeiführen würde, sodass er auch vorsätzlich gehandelt hat.

#### II. Rechtswidrigkeit

A könnte jedoch aus Notwehr, § 32 StGB, gerechtfertigt sein.

#### 1. Notwehrlage

Dass Ba den A zuerst gewürgt hatte, stellt einen Angriff des Ba auf das Leben und die körperliche Unversehrtheit des A dar.

Der Angriff war auch rechtswidrig, da Ba nicht seinerseits gerechtfertigt und A auch nicht anderweitig verpflichtet war, den Angriff des Ba zu dulden.

Schließlich war der Angriff auch gegenwärtig, da er gerade stattfand. Somit lag ein Notwehrlage i.S.v. § 32 II StGB vor.

#### 2. Notwehrhandlung

##### a. Handlung richtet sich gegen den Angreifer

Bei Ba handelte es sich um den Angreifer (s.o.), sodass sich das Würgen als Notwehrhandlung gegen den Angreifer selbst richtete.

##### b. Geeignetheit der Handlung zur Abwehr des Angriffs

Durch das Würgen des Ba ist es A tatsächlich gelungen, dessen Angriff abzuwehren. Die Handlung des A war also offensichtlich auch hierzu geeignet.

##### c. Erforderlichkeit der Handlung zur Abwehr des Angriffs

Das Würgen müsste jedoch zur Abwehr des Angriffs auch erforderlich gewesen sein.

Erforderlich ist die Notwehrhandlung dann, wenn sie unter mehreren gleichermaßen sicher den Angriff abwehrenden Mitteln das relativ mildeste darstellt.

„2. [19] Die gegen den Freispruch wegen der Tötung des Ba gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet. Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden oder die Annahme der Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes nicht auszuschließen vermag. **Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlichrechtlicher**

Zur Überprüfung der Beweiswürdigung des Tatsachengericht in der Revision: BGH, NStZ 2009, 41; NJW 2006, 925, 928

**Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.** Solche Rechtsfehler liegen hier vor.  
[...]

b) [24][Es] beruht [nämlich] die Wertung des Landgerichts, die [...] Verteidigungshandlung des Angeklagten sei erforderlich gewesen (§ 32 Abs. 2 StGB), auf lückenhaft gebliebenen Erwägungen.

aa) [25] **Die Schwurgerichtskammer hat die Fähigkeiten der Kontrahenten zur Vornahme von Angriffs- und Verteidigungshandlungen nicht – was geboten gewesen wäre – konkret bewertet** und ist lediglich zu der eher vagen Annahme gelangt, dass der An-geklagte „kaum“ in der Lage gewesen wäre, den Angriff auf mildere Weise zu beenden. Dabei hat es nicht bedacht, dass ihm das bei einem ersten gleichartigen Angriff nach seiner eigenen Einlassung ohne Weiteres gelungen war.

bb) [26] Daneben hat das Landgericht mit der Tötungshandlung zusammenhängendes medizinisches Erfahrungswissen nicht in seine Bewertung einbezogen. Solches wäre geeignet gewesen, die angenommene Anforderlichkeit der Verteidigungshandlung – Würgen bis zur Beendigung des Angriffs, damit auch bis zum Todeseintritt – grundlegend in Frage zu stellen.

[27] **Bei Würgen oder Erdrosseln als Tötungshandlung verstreicht bis zum Erfolgseintritt in der Regel ein ganz erheblicher Zeitraum der Gewaltanwendung [...]. Vor Eintritt des Todes kommt es jedenfalls zu körperlichen Reaktionen des gewürgten Opfers, die eine Verminderung von dessen Handlungsfähigkeit bewirken und hierdurch einen Angriff auf den in Notwehr Würgenden durch fortschreitende äußere Anzeichen der Ermattung des Angreifers als sicher beendet und ein noch längeres Würgen als zweckverfehlend erscheinen lassen.** Hiernach hätte das Landgericht auch bei Prüfung der erforderlichen Verteidigung im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB eine mit der angriffsbeendenden Würgehandlung des Angeklagten einhergehende, den Tod des Angreifers indes vermeidende Handlungsalternative erwägen müssen.

[28] Ausgehend hiervon wäre die vom Landgericht fehlerfrei festgestellte Todesverursachung durch Erwürgen unter Beschädigung der Schildknorpel des Opfers, was jedenfalls zum Tod führen musste, als ein Überschreiten der gebotenen Notwehr zu qualifizieren und allenfalls unter die Voraussetzungen des § 33 StGB zu subsumieren gewesen.“

Das Würgen des Ba bis zu dessen Tode war also nicht erforderlich und A somit nicht aus Notwehr gerechtfertigt.

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

### III. Schuld

#### 1. Entschuldigung gem. § 33 StGB

Zwar hat A die Grenzen der Notwehr überschritten, indem er eine nicht erforderliche Notwehrhandlung vorgenommen hat (s.o.). Allerdings hat er dies nicht aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken getan, sodass er nicht gem. § 33 StGB entschuldigt ist.

Zur Erforderlichkeit der Einbeziehung (kriminal-) wissenschaftlicher Erkenntnisse in die Beweiswürdigung: BVerfG, NJW 2003, 2444, 2445; BGH, NSTZ 2009, 401, 402 f.; NJW 2007, 384, 387

## 2. Entschuldigung gem. § 35 StGB

Der Angriff des Ba (s.o.) stellt zwar eine Gefahr für das Leben des A dar. Jedoch war die Gefahr anders abwendbar als durch die Tötung des Ba (s.o.), sodass A auch nicht gem. § 35 StGB entschuldigt ist.

A handelte also schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

### B. Strafbarkeit gem. § 227 I StGB

Eine ggf. mitverwirklichte Strafbarkeit gem. § 227 I StGB tritt jedenfalls hinter dem Totschlag zurück.

### C. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 212 I StGB.

### FAZIT:

Eine Rechtfertigung aus Notwehr, § 32 StGB, setzt insbesondere voraus, dass die Verteidigungshandlung des Täters zur Abwehr des Angriffs geeignet, erforderlich und geboten ist. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist jedoch keine Interessenabwägung von geschütztem und beeinträchtigtem Rechtsgut vorzunehmen. Vielmehr darf der Täter in jedem Fall zu dem erfolgversprechendsten Verteidigungsmittel greifen und muss nur bei mehreren gleich geeigneten Mitteln unter diesen das mildeste (also das „relativ mildeste Mittel“) wählen.

Während die Tötung eines Menschen durchaus aus Notwehr gerechtfertigt sein kann, so zeigt doch der vorliegende Fall, dass dies letztlich nur in Extremfällen der Fall ist, bei denen die Verteidigungshandlung unmittelbar den Tod des Opfers herbeiführt (etwa durch Erschießen oder Erschlagen). Erfolgt die Verteidigung hingegen durch eine längere Handlung – wie im vorliegenden Fall das Würgen –, so wird in aller Regel die Tötung nicht erforderlich sein. Denn hier wird das Opfer in der Regel bereits außer Gefecht gesetzt (und damit der Angriff abgewehrt) sein, bevor es tödliche Verletzungen erleidet.

Ein Sachverhalt wie der vorliegende, bei dem eine Rechtfertigung aus Notwehr an der fehlenden Erforderlichkeit scheitert, eignet sich auch hervorragend, um Irrtumsproblemen (etwa einem Erlaubnis- oder Erlaubnistatbestandsirrtum) oder den Entschuldigungsgrund des § 33 StGB prüfen zu lassen.

Auch für Referendare ist die vorliegende Entscheidung interessant. Da in einem Revisionsverfahren gem. § 337 StPO nur die Richtigkeit der Gesetzesanwendung überprüft wird, ist es dem Revisionsgericht grundsätzlich verwehrt, die Tatsachenermittlung der Vorinstanz (insb. die Beweiswürdigung) durch eine eigene zu ersetzen. Der BGH betont jedoch in der vorliegenden Entscheidung – seiner ständigen Rechtsprechung folgend –, dass die Beweiswürdigung des angefochtenen Urteils daraufhin überprüft werden kann, ob diese Rechtsfehler enthält. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.

Zur Überprüfbarkeit der Beweiswürdigung in der Revision: BGHSt 10, 208, 210; BGH, wistra 2008, 22, 24; 2010, 70; NStZ-RR 2009, 248; Nack, StV 2002, 510

**Problem: Teilweises Zerstören i.S.v. § 306 I StGB**

BGH, BESCHLUSS VOM 20.10.2011  
4 STR 344/11 (NJW 2012, 693)

§ 306 I Nr. 1 StGB:

„Wer fremde

1. Gebäude oder Hütten [...] in Brand setzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört, wird [...] bestraft.“

Leitsatz:

Auch die teilweise Zerstörung eines zu gewerblichen Zwecken genutzten Gebäudes erfordert eine solche von Gewicht. Sie liegt wie im Fall der teilweisen Zerstörung eines Wohngebäudes regelmäßig erst dann vor, wenn das Gebäude für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen oder wenn ein für die ganze Sache zwecknö- tiger Teil unbrauchbar gemacht wird, ferner dann, wenn einzelne Bestandteile des Gebäudes, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, wie etwa eine einzelne Abteilung des Gebäude, gänzlich vernichtet werden.

**Einleitung:**

Die Brandstiftungsdelikte, §§ 306 ff. StGB, nennen als Tathandlungen neben dem „Inbrandsetzen“ auch das „durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören“.

In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein solches „teilweises Zerstören“ eines Gebäudes gegeben ist. Der BGH betont insofern, dass an ein teilweises Zerstören bei den Brandstiftungsdelikten trotz des insofern identi- schen Wortlauts höhere Anforderungen zu stellen sind als bei §§ 305, 305a StGB, da die §§ 306 ff. StGB auch einen höheren Strafraumen eröffnen.

**Sachverhalt:**

Der Angeklagte A verschaffte sich unter Verwendung eines Nach- schlüssels Zutritt zu dem Verwaltungsgebäude der Firma F in I. Dort begab er sich in die Küche des Gebäudes. Dort stellte er die übli- cherweise auf einer Arbeitsplatte stehende Kaffeemaschine auf die linke hintere Herdplatte und schaltete diese auf die Maximalstufe, um die Kaffeemaschine in Brand zu setzen. Ihm war dabei bewusst, dass durch sein Vorgehen trotz des Vorhandenseins eines Rauchmelders die Gefahr erheblicher Brandschäden am Gebäude bestand. Dies nahm er billigend in Kauf, da er den Eindruck erwecken wollte, ein Mitarbeiter des inzwischen statt seines eigenen Unternehmens für die Firma tätigen Sicherheitsdienstes habe den Brand durch Unaufmerk- samkeit verursacht. Wie von A beabsichtigt geriet die Kaffeemaschine in Brand, wodurch es an der Küchendecke zu Putzabplatzungen kam und von der Wandverkleidung über dem unmittelbaren Brandherd zwei Fliesen abfielen. Darüber hinaus wurde der gesamte Küchen- raum bis zur Unbenutzbarkeit verrußt; ein Vollbrand konnte verhindert werden.

Hat A sich gem. § 306 I StGB strafbar gemacht, wenn er es billigend in Kauf genommen hat, dass durch die verursachten Brandschäden wesentliche Teile des Gebäudes für eine beträchtliche Zeit unbrauch- bar würden?

**Prüfungsschema: Brandstiftung, § 306 I StGB**

- I. Tatbestand
  1. Tatobjekt i.S.v. § 306 I Nr. 1 – 6 StGB
  2. Fremdheit des Tatobjekts
  3. Tathandlung: Inbrandsetzen oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise Zerstören
  4. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

**LÖSUNG:****A. Strafbarkeit gem. § 306 I Nr. 1 StGB**

Dadurch, dass er die Kaffeemaschine auf den Herd stellte und diesen einschaltete, könnte A sich wegen Brandstiftung gem. § 306 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand****1. Tatobjekt**

Bei dem Verwaltungsgebäude der Firma F handelt es sich um ein Gebäude und somit um ein taugliches Tatobjekt i.S.v. § 306 I Nr. 1 StGB.

**2. Fremdheit des Tatobjekts**

Da das Gebäude im Eigentum einer anderen Person, nämlich des Grundstückeigentümers, stand, war es für A auch fremd.

**3. Tathandlung**

A müsste das Gebäude in Brand gesetzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört haben.

**a. Inbrandsetzen**

Ein Inbrandsetzen setzt voraus, dass das gesamte Tatobjekt oder zumindest funktionswesentliche Teile davon so vom Feuer erfasst sind, dass sie auch nach Wegnahme der Zündflamme selbstständig weiterbrennen.

Im vorliegenden Fall hatte allerdings nur die Kaffeemaschine selbstständig gebrannt, die – anders als z.B. Zimmerwände oder Fensterrahmen – keinen funktionswesentlichen Teil des Gebäudes darstellt. A hat das Gebäude nicht in Brand gesetzt.

Zum Inbrandsetzen i.S.d. §§ 306 ff. StGB: BGH, NJW 2003, 204, 205; NStZ-RR 2007, 222; Fischer, § 306 Rn. 14 f.

**b. Durch eine Brandlegung teilweise Zerstören**

A könnte das Gebäude jedoch durch eine Brandlegung teilweise zerstört haben.

„a) [7] Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der teilweisen Zerstörung bei den Brandstiftungsdelikten soll sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Auslegung der gleichlautenden Tatbestandsfassung in den §§ 305, 305a StGB orientieren. Danach **ist ein Gebäude im Sinne der §§ 306 Abs. 1, 306a Abs. 1, 2 StGB teilweise zerstört, wenn es für eine nicht unbeträchtliche Zeit wenigstens für einzelne seiner Zweckbestimmungen unbrauchbar gemacht, wenn ein für die ganze Sache zwecknöti-ger Teil unbrauchbar wird oder wenn einzelne Bestandteile der Sache, die für einen selbständigen Gebrauch bestimmt oder eingerichtet sind, gänzlich vernichtet werden. Dabei muss schon wegen der im Vergleich zu den §§ 305, 305a StGB deutlich höheren Strafdrohung in den §§ 306, 306a StGB eine Zerstörung von Gewicht vorliegen, das jeweilige Objekt also in einem seiner wesentlichen Bestandteile betroffen sein.** Die teilweise Zerstörung etwa eines Mehrfamilienhauses hat der Bundesgerichtshof daher nicht schon dann angenommen, wenn Mobil-iar zerstört wird, sondern erst dann, wenn eine zu Wohnzwecken bestimmte ‚Untereinheit‘ wegen der Brandlegungsfolgen aus der Sicht eines ‚verständigen‘ Wohnungsinhabers für eine beträchtliche

Zum teilweisen Zerstören i.S.d. §§ 306 ff. StGB: BGHSt 48, 20; BGH, NStZ 2007, 268; 2008, 519; NStZ-RR 2007, 78; StV 2002, 145; Radtke, NStZ 2003, 432

Zeitspanne nicht mehr benutzbar ist. Dabei kann sich die länger andauernde Unbenutzbarkeit auch aus einer starken Ver-rußung ergeben.

[8] **Dieser Auslegungsmaßstab für das Merkmal des teilweisen Zerstörens gilt für nicht zu Wohnzwecken genutzte Gebäude gleichermaßen.** In § 306 Abs. 1 StGB ist auch für diese Tatobjekte ein Strafraum vorgesehen, der den des § 305 StGB deutlich überschreitet, so dass an die Tathandlung der teilweisen Zerstörung durch Brandlegung dieselben, soeben näher dargelegten erhöhten Anforderungen zu stellen sind. Angesichts der denkbaren Bandbreite von Zweckbestimmungen bei gewerblich genutzten Gebäuden wird der Tatrichter je nach den Umständen des einzelnen Falles den konkreten Zweck zu ermitteln und in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung des Erfordernisses der Gewichtigkeit des Taterfolgs zu beurteilen haben, ob die Feststellungen zu Art und Umfang der Unbrauchbarkeit des Gebäudes insgesamt oder seiner zwecknötigen Teile bzw. der gänzlichen Vernichtung einzelner Bestandteile die Annahme einer teilweisen Zerstörung im Sinne des § 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB rechtfertigen. Dies muss in den Urteilsgründen im Einzelnen dargelegt werden.

b) [9] Gemessen daran bedarf die Frage, ob sich der Angeklagte einer teilweisen Zerstörung des Verwaltungsgebäudes der Firma durch Inbrandsetzung der in dem Gebäude befindlichen Teeküche strafbar gemacht, erneuter tatrichterlicher Prüfung. Dass das Gebäude als Sitz der Verwaltung der Firma für eine seiner Zweckbestimmungen durch Inbrandsetzung der Teeküche für eine nicht unbeträchtliche Zeit unbrauchbar gemacht wurde, ist den Urteilsgründen nicht hinreichend sicher zu entnehmen und liegt insbesondere angesichts der [...] untergeordneten Bedeutung des betroffenen Raumes für den Widmungszweck des Gesamtgebäudes eher fern. Entsprechendes gilt erst recht für die Frage, ob die Teeküche als für das ganze Gebäude zwecknötiger Teil oder als für einen selbständigen Gebrauch bestimmte und eingerichtete Abteilung anzusehen ist.“

Da A weder einen für das Gebäude zwecknötigen Teil unbrauchbar gemacht noch eine für einen selbständigen Gebrauch bestimmten Bestandteil davon zerstört hat, liegt kein (teilweises) Zerstören vor.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 306 I Nr. 1 StGB

### B. Strafbarkeit gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB

A könnte sich durch das Legen des Feuers wegen versuchter Brandstiftung gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Die Brandstiftung ist nicht vollendet (s.o.). Die Strafbarkeit des Versuchs ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter der Brandstiftung, §§ 306 I, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

#### II. Tatentschluss

##### 1. Bzgl. eines tauglichen Tatobjekts

A wusste dass es sich bei dem Verwaltungsgebäude um ein Gebäude handelte.

## 2. Bzgl. Fremdheit des Tatobjekts

A wusste auch, dass das Gebäude im Eigentum eines anderen stand und deshalb für ihn fremd war.

## 3. Bzgl. teilweisen Zerstörens

A hatte sich vorgestellt, dass durch seine Handlung wesentliche Teile des Gebäudes für eine beträchtliche Zeit unbrauchbar gemacht würden. Er hatte also Tatentschluss bzgl. einer teilweisen Zerstörung des Gebäudes.

## III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

Spätestens mit dem Anschalten des Herdes waren aus Sicht des A keine wesentlichen Zwischenschritte für die Vollendung des Delikts mehr erforderlich und das geschützte Rechtsgut auch konkret gefährdet, sodass er auch die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschritten und somit unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hatte.

## IV. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

## V. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

## VI. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A sind nicht ersichtlich.

## VII. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 306 I Nr. 1, 22, 23 I StGB.

## FAZIT:

Der BGH hat sich gerade in der jüngeren Vergangenheit wiederholt mit der Frage befassen müssen, wann ein „teilweises Zerstören“ eines Gebäudes i.S.d. §§ 306 ff. StGB anzunehmen ist. In der vorliegenden Entscheidung überträgt der BGH die von ihm entwickelten Kriterien für die teilweise Zerstörung von Wohngebäuden – wenig überraschend – auf gewerblich genutzte Gebäude, sodass unabhängig vom Widmungszweck des Gebäudes dieselben Voraussetzungen zu prüfen sind.

Besonders interessant sind die Voraussetzungen für ein „teilweises Zerstören“ allerdings im Rahmen von § 306a I Nr. 1 StGB bei gemischt genutzten Gebäuden. Dort geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein teilweises Zerstören bei einer Brandlegung in einem einheitlichen, teils gewerblich, teils als Wohnung genutzten Gebäude erst dann verwirklicht ist, wenn zumindest ein zum selbstständigen Gebrauch bestimmter Teil des Wohngebäudes, d.h. eine zum Wohnen bestimmte abgeschlossene Untereinheit, durch die Brandlegung für Wohnzwecke unbrauchbar geworden ist. Dass das Feuer auf zu Wohnzwecken genutzte Teile des Gebäudes hätte übergreifen können, reicht für die Annahme einer vollendeten schweren Brandstiftung gemäß § 306a Abs. 1 StGB bei einem gemischt genutzten Gebäude also nicht aus.

Zum teilweisen Zerstören gemischt genutzter Gebäude: BGH, RA 2010, 238 = NStZ 2010, 452; RA 2011, 228 = NJW 2011, 1090; RA 2011, 493 = NJW 2011, 2148; Wrage, JuS 2003, 988

*Speziell für Referendare:***Problem: Keine Verwertbarkeit abgehörter Selbstgespräche**

BGH, URTEIL VOM 22.12.2011  
2 STR 509/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

## § 100c V StPO:

„Das Abhören und Aufzeichnen ist unverzüglich zu unterbrechen, soweit sich während der Überwachung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Äußerungen, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Aufzeichnungen über solche Äußerungen sind unverzüglich zu löschen. Erkenntnisse über solche Äußerungen dürfen nicht verwertet werden. [...]“

## Leitsatz:

Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 I in Verbindung mit Art. 1 I GG absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist.

**EINLEITUNG:**

Damit ein Gericht bei seiner Urteilsfindung ein Beweismittel berücksichtigen darf, muss dieses verwertbar sein. Hieran fehlt es, wenn das Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. Solche Beweisverwertungsverbote sind teilweise ausdrücklich im Gesetz geregelt (vgl. §§ 100a IV 2, 100c V 3, 136a III 2 StPO). Nach ständiger Rechtsprechung kann aber auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein, wenn die Individualinteressen des Beschuldigten das staatliche Interesse an der Strafverfolgung überwiegen.

In dem vorliegenden Urteil befasst sich der BGH mit der Frage, ob ein in einem Auto durch eine Maßnahme nach § 100f StPO aufgezeichnetes Selbstgespräch einem Beweisverwertungsverbot unterliegt. Er kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen ist und sich dieses nicht nur auf das Verfahren gegen denjenigen Beschuldigten erstreckt, dessen Selbstgespräch aufgezeichnet wurde, sondern auch auf eventuelle Mitbeschuldigte.

**SACHVERHALT:**

Der Angeklagte S suchte im Einvernehmen mit den Angeklagten I und W seine Ehefrau L in deren Wohnung auf und tötete sie, um zu ermöglichen, dass das gemeinsame Kind von S und L bei den Angeklagten aufwachsen könne.

Im Ermittlungsverfahren fand mit ermittlungsrichterlicher Gestattung gemäß § 100f StPO in Verbindung mit §§ 100b I, 100d II StPO eine elektronische Überwachung im Auto des Angeklagten S statt. Dabei wurden dessen Selbstgespräche, als er sich alleine im Auto befand, an mehreren Tagen aufgezeichnet.

Am 22. Oktober 2007 war auf den umfangreichen Aufzeichnungen neben zahlreichen unerheblichen Äußerungen auch die Bemerkung zu hören: "... die L ist schon lange tot, die wird auch nicht wieder ... kannst natürlich nicht sagen ...". Am 23. Oktober 2007 fielen im Rahmen der Selbstgespräche die Worte: "Richter" und "wie? Mord?", ... sowie "oho I kill her ... oh yes, oh yes ... and this is my problem ..." [...]. Am 29. Oktober 2007 erklärte der Angeklagte S im Selbstgespräch unter anderem, es sei: "... langweilig, der das Gehirn rausprügeln ... kann ich dir sagen, joh und weg damit ... werde auch keine mehr wegknallen ... nö, wir haben sie tot gemacht ...". Schließlich war aus einem weiteren Selbstgespräch am selben Tag zu späterer Stunde herauszuhören: "...ist eben lebenslang und fertig aus, lebenslang ... war nicht alt ...".

Können die Aufzeichnungen der Selbstgespräche des S in den Strafverfahren gegen S und/oder gegen I und W verwertet werden?

**PRÜFUNGSSCHEMA: BEWEISVERWERTUNGSVERBOT**

I. Gesetzlich angeordnetes Beweisverwertungsverbot



- II. Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot
- III. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot

### LÖSUNG:

#### A. Verwertbarkeit im Verfahren gegen S

Die Aufzeichnungen der Selbstgespräche des S könnten im Verfahren gegen S nicht verwertet werden, wenn sie einem Beweisverwertungsverbot unterliegen würden.

#### I. Gesetzlich angeordnetes Beweisverwertungsverbot

Die ausdrücklich in der StPO geregelten Beweisverwertungsverbote (z.B. §§ 100a IV 2, 100c V 3, 136a III 2 StPO) sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Insbesondere § 100c V 3 StPO greift nicht, da es sich bei der Abhörmaßnahme im vorliegenden Fall nicht um eine solche i.S.v. § 100c StPO handelte, sondern um eine i.S.v. § 100f StPO, denn S wurde nicht in seiner Wohnung abgehört, sondern außerhalb davon (nämlich in seinem Pkw).

#### II. Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot

Die Aufzeichnungen könnten einem unselbstständigen Beweisverwertungsverbot unterliegen.

Ein unselbstständiges Beweisverwertungsverbot kann entstehen, wenn die Strafverfolgungsbehörden bei der Beweiserhebung gegen Verfahrensgrundsätze verstoßen und sich deshalb rechtswidrig verhalten. Die Rechtmäßigkeit einer Abhörmaßnahme gem. § 100f StPO setzt zunächst den Verdacht einer Katalogtat des § 100f I StPO voraus. Die Verbrechen, deretwegen im vorliegenden Fall ermittelt wurde (§§ 211, 212 StGB), gehören jedoch zu den Katalogtaten des § 100f StPO (vgl. §§ 100f I, 100a II Nr. 1f StPO). Auch wäre die Erforschung des Sachverhalts ohne die Maßnahme offensichtlich wesentlich erschwert gewesen, § 100f I StPO a.E., und die Maßnahme richtete sich gegen den Beschuldigten S selbst, § 100f II 1 StPO. Schließlich lag auch die gem. §§ 100f IV, 100b I, 100d II StPO erforderliche richterliche Anordnung der Maßnahme vor. Da die Abhörmaßnahme somit rechtmäßig war, gibt es keinen Grund für die Annahme eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots.

#### III. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot

Es könnte jedoch ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot gegeben sein.

„1. [13] **Das nichtöffentlich geführte Selbstgespräch unterliegt einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot von Verfassung wegen.**

a) [14] Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung wird aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet. Sein Schutzbereich wird durch heimliche Aufzeichnung des nichtöffentlich geführten Selbstgesprächs der Zielperson staatlicher Ermittlungsmaßnahmen und deren Verwertung in der Hauptverhandlung berührt. **Ob das nichtöffentlich gesprochene Wort zum absolut geschützten Kernbereich oder zu dem nur relativ geschützten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gehört, ist durch Gesamtbewertung aller Umstände im Einzelfall festzustellen.** Aus einer Kumulation von Umständen folgt hier, dass die Selbstgespräche des Angeklagten S dem Kern-

Zum Beweisverwertungsverbot bei Aufzeichnung von Selbstgesprächen: BGHSt 50, 206, 210; SK (StPO)-Wolter, § 100f Rn 35

Zur Herleitung des Schutzes des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung: BVerfGE 34, 238, 245; 80, 367, 373

bereich zuzurechnen sind. Dazu zählen die Eindimensionalität der ‚Selbstkommunikation‘, die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation, die mögliche Unbewusstheit der Äußerungen im Selbstgespräch, die Identität der Äußerung mit den inneren Gedanken beim Selbstgespräch und die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes.

[15] **Der Grund für den absoluten Schutz eines Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung besteht in der Eröffnung einer Möglichkeit für Menschen, sich in einem letzten Rückzugsraum mit dem eigenen Ich befassen zu können, ohne Angst davor haben zu müssen, dass staatliche Stellen dies überwachen.** Die Gedanken sind grundsätzlich frei, weil Denken für Menschen eine Existenzbedingung darstellt. Den Gedanken fehlt aus sich heraus die Gemeinschaftsbezogenheit, die jenseits des Kernbereichs der Persönlichkeitsentfaltung liegt. Gleiches gilt für die Gedankenäußerung im nicht öffentlich geführten Selbstgespräch. Gedanken werden typischerweise in Form eines ‚inneren Sprechens‘ entwickelt. Denken und Sprache, die dem Menschen als einzigem Lebewesen zur Verfügung steht, sind untrennbar miteinander verbunden. **Die Gedankeninhalte des inneren Sprechens treten vor allem in Situationen, in denen der Sprechende sich unbeobachtet fühlt, durch Aussprechen hervor. Das möglicherweise unbewusste ‚laute Denken‘ beim nichtöffentlich geführten Selbstgespräch nimmt sodann an der Gedankenfreiheit teil. Bedeutung für die Zuordnung zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung hat dabei auch die Nichtöffentlichkeit der Äußerungssituation.** Zwar fanden die hier in Rede stehenden Selbstgespräche nicht in einer Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG statt, woraus sich eine ‚Vermutung‘ hätte ergeben können, ‚dass der Kernbereich tangiert sein kann‘; dies folgt auch aus dem Zusammenhang von § 100c Abs. 4 mit § 100f StPO. Hieraus ist aber nicht zu schließen, dass der Schutz des Kernbereichs der Persönlichkeit in Bezug auf Äußerungen sich ausschließlich auf den räumlichen Bereich von Wohnungen beschränke. Vielmehr kann auch das "Alleinsein mit sich selbst" in einem Pkw diesen Schutz begründen. Es bestand aus der Sicht des Angeklagten S nicht die Gefahr, dass andere Personen den Inhalt seiner Äußerungen im Selbstgespräch erfassten. **Der rechtlich geringere Schutz des Aufenthaltsorts im Auto gegenüber der Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG wird hier deshalb im Einzelfall dadurch kompensiert, dass tatsächlich das Risiko einer Außenwirkung der spontanen Äußerungen nahezu ausgeschlossen war; das Selbstgespräch konnte nur durch eine heimliche staatliche Überwachungsmaßnahme erfasst werden. Die Nichtöffentlichkeit der Gesprächssituation war daher bei einer Gesamtbewertung der Umstände des Einzelfalls derjenigen in einer Wohnung gleichzusetzen.**

b) [16] **Auf den Inhalt der Gedankenäußerung und dessen mehr oder weniger großen Sozialbezug kommt es demgegenüber bei Selbstgesprächen nicht entscheidend an. Insoweit gilt etwas anderes als bei der Fixierung von Gedanken in einem Tagebuch oder bei der Erfassung des Gesprächs eines Beschuldigten mit Dritten.**

[17] Die Tagebuchentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, bei der wegen Stimmgleichheit eine Grundrechtsverletzung nicht festgestellt werden konnte, kann nicht ohne Weiteres auf die Frage

Die "Tagebuch"-Entscheidung des BVerfG: BVErfGE 80, 367

der Zuordnung des heimlich abgehörten Selbstgesprächs zum Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung oder zur allgemeinen Persönlichkeitssphäre übertragen werden. War dort der Raum, in dem die Anfertigung von Notizen stattfand, für die Frage der Verwertbarkeit der schriftlich fixierten Gedanken im Strafverfahren ohne Belang, weil die Notizen freiwillig der Sicherstellung preisgegeben wurden, so erlangt im vorliegenden Fall das Kriterium der Nichtöffentlichkeit des Ortes der Gedankenäußerung erhebliche Bedeutung. Spielte in der Tagebuchentscheidung die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes keine Rolle, weil der Betroffene seine Gedanken dort im Tagebuch fixiert und bei diesem Schreibvorgang unter Umständen auch noch repetiert hatte, so erlangt die Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes als Abgrenzungskriterium im vorliegenden Fall besonderes Gewicht. In der Tagebuchentscheidung waren überdies auch präventive Überlegungen für die Annahme der Verwertbarkeit von Bedeutung, weil die dort fraglichen Tagebuchaufzeichnungen vor der Tatbegehung gemacht worden waren und bei rechtzeitiger Erfassung durch die Polizeibehörden theoretisch auch zur Verhinderung der Tat als Maßnahme der Gefahrenabwehr hätten genutzt werden können. Dagegen spielt die Möglichkeit der Prävention zugunsten anderer Grundrechtsträger als Frage der Grundrechtskollision hier keine Rolle.

[18] **Das ‚Selbstgespräch‘ kann auch nicht mit einem Zwiegespräch gleichgesetzt werden, das regelmäßig nicht dem absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung zuzuordnen ist, wenn es mit seinem Inhalt einen Tatbezug und damit Sozialbezug aufweist** (vgl. auch § 100c Abs. 4 Satz 3 StPO). Es unterscheidet sich von einem solchen Gespräch schon dadurch, dass die Äußerungen nicht auf Verständlichkeit angelegt und jedenfalls auch durch unwillkürlich auftretende Bewusstseinsinhalte gekennzeichnet sind.

c) [19] **Der somit gebotene Kernbereichsschutz entfällt nur, wenn der Grundrechtsträger den Bereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet, bestimmte Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Dies geschieht nicht ohne weiteres schon dadurch, dass er sich außerhalb des besonders geschützten Bereichs seiner Wohnung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 GG aufhält, sofern er einen anderen Rückzugsraum wählt, in dem er sich unbeobachtet fühlen kann.** Das war hier hinsichtlich des Pkw der Fall. Nach außen gerichtete Äußerungen in einem Pkw, in dem die betreffende Person allein ist, können nicht Äußerungen in der Öffentlichkeit gleichgestellt werden. Es bleibt deshalb bei der Zuordnung der Selbstgespräche des Angeklagten S zum absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung mit der Folge ihrer Unverwertbarkeit.“

Zur Verwertbarkeit von Zwiegesprächen: BVerfGE 109, 279, 319; BVerfG, EuGRZ 2011, 696

Es besteht also ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der aufgezeichneten Selbstgespräche des S. Diese dürfen somit in dem Verfahren gegen S nicht verwertet werden.

## **B. Verwertbarkeit in den Verfahren gegen W und I**

Fraglich ist jedoch, ob das Beweisverwertungsverbot auch einer Verwertung der Aufzeichnungen in den Verfahren gegen W und I entgegensteht.

„2. [20] **Das Beweisverbot entfaltet wegen seiner Absolutheit, die ein Beweiserhebungsverbot für die Hauptverhandlung bezüglich der im Vorverfahren erlangten Informationen einschließt, seine Wirkung auch auf die nicht unmittelbar von der akustischen Überwachung im Vorverfahren betroffenen Mitangeklagten.**

[21] **Die Unverwertbarkeit des Selbstgesprächs von S als Indiz für und gegen alle Angeklagten entspricht den Verböten, die in §§ 100a Abs. 4 Satz 2, 100c Abs. 5 Satz 3 StPO für den Fall des Eingriffs in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung positivrechtlich geregelt sind.** Der Gesetzgeber hat dort für den Fall, dass tatsächlich der Kernbereich betroffen ist, jede Verwendung der hierüber erlangten Informationen im Strafverfahren ausgeschlossen. Er ist damit nicht dem Gedanken gefolgt, dass Beweisverwertungsverböte auch mit Blick auf die Ambivalenz ihrer Beweisbedeutung als Be- oder Entlastungsbeweis ausschließlich den Bedeutungsgehalt von Belastungsverboten haben sollen. **Zwar hat der Gesetzgeber in § 100f StPO auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet, jedoch gilt für das unmittelbar aus der Verfassung abgeleitete Beweisverwertungsverbot in diesem Zusammenhang nichts anderes.** Auch Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG spricht gegen die Verwertbarkeit der Selbstgesprächsinhalte für oder gegen Dritte, weil insoweit ein selbständiges Beweisverwertungsverbot begründet wird [...].“

Auch in den Verfahren gegen I und W können die Aufzeichnungen also nicht verwertet werden, da sie auch insofern einem Beweisverwertungsverbot unterliegen.

#### **FAZIT:**

Der BGH begründet in der vorliegenden Entscheidung ausführlich, dass Selbstgespräche dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen. Dabei überzeugt insbesondere der Vergleich mit der Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen, die eher anzunehmen ist als die von Selbstgesprächsaufnahmen.

Hätte es sich im vorliegenden Fall bei der Abhörmaßnahme um einen sog. „großen Lauschangriff“ i.S.v. § 100c StPO gehandelt, so wäre die Aufzeichnung der Selbstgespräche, eben weil diese den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 100c V 3 StPO nicht verwertbar gewesen. Im vorliegenden Fall handelte es sich jedoch um eine Abhörmaßnahme nach § 100f StPO. In dieser Vorschrift hat der Gesetzgeber auf eine entsprechende Kernbereichsregelung verzichtet. Trotzdem geht der BGH davon aus, dass ein entsprechender Kernbereichsschutz wegen dessen verfassungsrechtlicher Herleitung auch in § 100f StPO hineinzulesen ist.

Interessant ist weiter, dass der BGH das von ihm angenommene selbstständige Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der aufgezeichneten Selbstgespräche des einen Angeklagten auch auf die Mitangeklagten ausdehnt, obwohl deren Kernbereich der Persönlichkeitsgestaltung durch die Aufzeichnung der Selbstgespräche einer anderen Person ja nicht unmittelbar berührt sein kann. Dies zeigt, welch großes Gewicht der BGH dem Kernbereichsschutz beimisst.

*Das Recht*

*auf meiner Seite*



**IM ONLINE SHOP:**

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



JURA INTENSIV  
BIETET IHNEN  
KLASSE STATT  
MASSE.

*Kleine Gruppe.*

*Große Wirkung.*

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

### DIE KLEINGRUPPE:

#### AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

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

### DIE METHODE:

#### SYSTEMATISCH-STRUKTURELL – KEIN BLOSSES PAUKEN VON FÄLLEN

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

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

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

### DIE DOZENTEN:

#### FACHLICH-PÄDAGOGISCHE KOMPETENZ – KEIN UNVERSTÄNDLICHER MONOLOG

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

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

### DAS MATERIAL:

#### ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN

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

### DAS MATERIAL:

#### GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT

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

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.



*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**

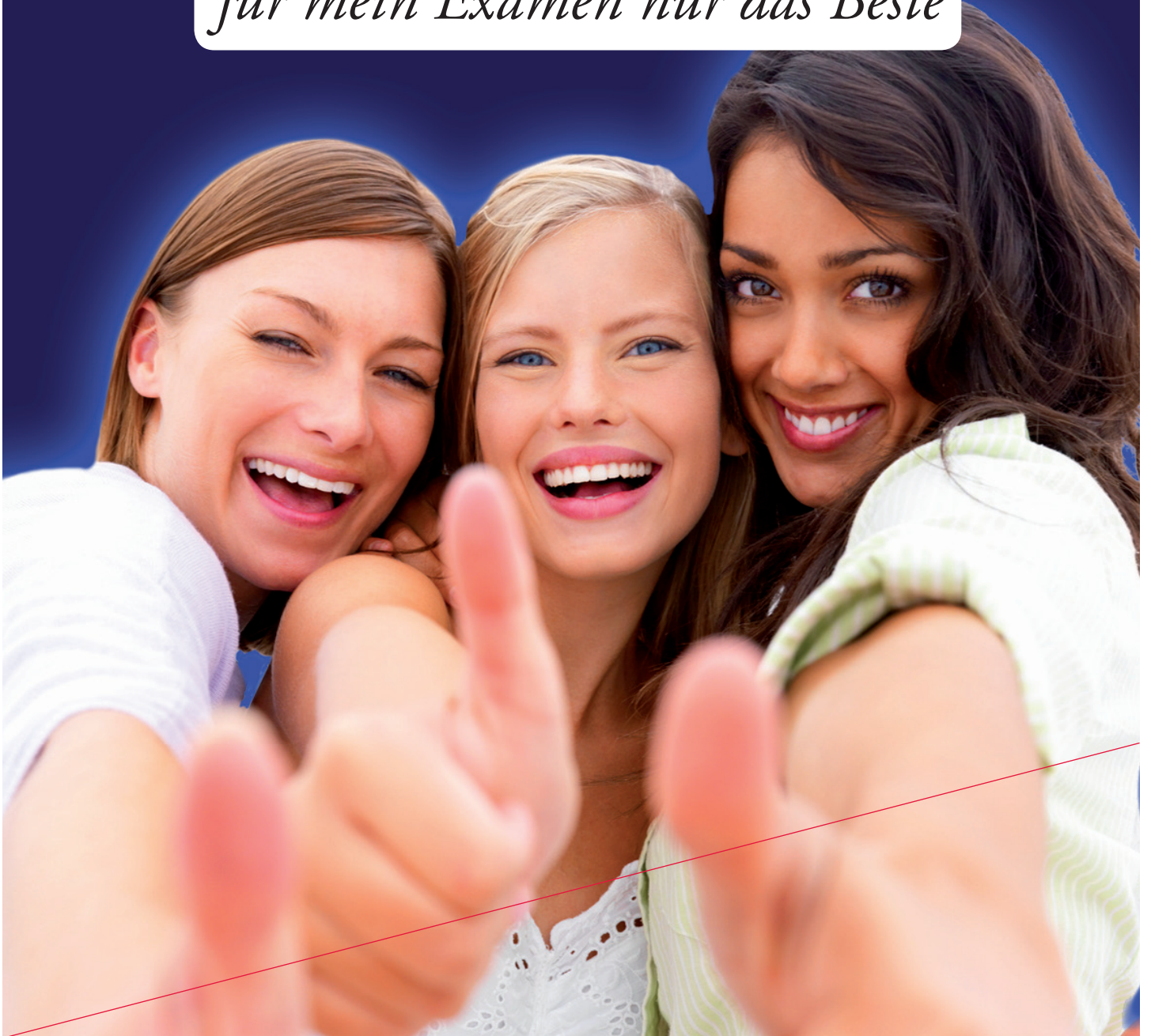
Jura Intensiv bietet:

- 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.