

# RA 04/2012

## Rechtsprechungs-Auswertung

### ZIVILRECHT

Gefahrtragung beim Werkvertrag (§ 644 I 1 BGB) .....	185
Zur Wirkung der Enthaltungserklärung nach § 109 InsO .....	189
Zur Haftung des Bauunternehmers für Begleitschäden .....	193
Unionsrechtliche Zulässigkeit der Befristung von Arbeitsverträgen .....	196

#### Speziell für Referendare:

Nichtzulassungsbeschwerde nach § 544 ZPO .....	199
Wiederkehrende Beeinträchtigungen der Mietsache .....	202

### ÖFFENTLICHES RECHT

Stellung eines Ordnungsdienstes im Versammlungsrecht .....	205
Zur Heilung von Anhörungs- und Ermessensfehlern .....	212
Gebietsübergreifender Nachbarrechtsschutz .....	216

#### Speziell für Referendare:

Zur Erledigung von Verpflichtungsbegehren .....	221
---	-----

### STRAFRECHT

Tatlohn als Vorteil i.S.v. § 257 I StGB .....	225
Zur Strafbarkeit des Tankens ohne Bezahlung .....	228
Betrug durch falsche Angaben im Mahnverfahren .....	233

#### Speziell für Referendare:

Zur Zulässigkeit der Verlesung einer eidesstattlichen Versicherung des Mitangeklagten .....	239
---	-----

**DIE AKTUELLSTE  
AUSBILDUNGS-  
ZEITSCHRIFT**

*Jetzt habe ich*

*gute Karten*



**DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN**

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

**KARTEIKARTEN**



## Gedanken zum Berufseinstieg

### Stringente Karriereplanung im heutigen Arbeitsmarkt

Liebe Leserinnen und Leser,

die Jobsuche beginnt spätestens mit Abschluss des zweiten juristischen Staatsexamens. Besser noch sollte schon nach den Klausuren bei möglichen Arbeitgebern "vorgefühl" werden. Dabei eröffnet sich für Berufseinsteiger ein kaum noch überschaubarer juristischer Arbeitsmarkt.

Zunächst gilt: Wer Karriere machen will, sollte auf den Lebenslauf achten! Zu viele Wechsel des Arbeitgebers in zu kurzen Abständen sind ein Karrierekiller, weil dies einen unsteten Eindruck macht. "Trial and error" verbietet sich also. Vielmehr muss eine sehr gut überlegte Entscheidung getroffen werden, wo man in den Beruf einsteigt.

Hat man eine Ausbildungsstation in einer (Groß-)Kanzlei absolviert, erhält man bei entsprechenden Qualifikationen nicht selten ein Übernahmeangebot. Dies ist sicherlich zugleich Auszeichnung und Anerkenntnis der während der Ausbildung geleisteten Arbeit. Das Übernahmeangebot sollte aber dennoch nicht das Ende der Arbeitgebersuche sein. Denn einerseits sind Übernahmeangebote häufig an eine Mindestpunktzahl im zweiten juristischen Staatsexamen gekoppelt, deren Erreichung noch gar nicht sicher ist. Und andererseits gibt es vielfach andere Optionen, die man in Erwägung ziehen sollte.

Deshalb ist es jedenfalls bei angestrebter Karriere in einer Großkanzlei eine Überlegung wert, ob nicht ein professioneller Personalvermittler kontaktiert werden sollte. Dieser hat einen Überblick über den juristischen Arbeitsmarkt und kann u.U. ganz neue Perspektiven aufzeigen. Vor allem: Dem Personalvermittler gegenüber kann man "gnadenlos ehrlich" sein. Wer fragt schon gerne im Vorstellungsgespräch danach, wie lang die Arbeitszeiten sind, ob das Wochenende in der Regel frei ist, oder ob der Jahresurlaub auch tatsächlich genommen werden kann? Einem Personalvermittler gegenüber können insoweit klare Wünsche und "Schmerzgrenzen" definiert werden, damit dieser passende potenzielle Arbeitgeber auswählen kann.

Sind die "Großkanzlei-Voraussetzungen" nicht erfüllt, mögen die obigen Ausführungen ein "Luxusproblem" darstellen. Ein gelungener Berufseinstieg ist aber auf allen Ebenen gleichermaßen wichtig. Wer seinen Berufseinstieg jenseits der Großkanzleien sucht, dem helfen die klassischen "Rankings" in der Regel nicht weiter. Umso wichtiger ist es in diesem Fall, sich die eigenen Spezialisierungen und Fähigkeiten vor Augen zu führen und gezielt nach Kanzleien zu suchen, in denen diese Alleinstellungsmerkmale gesucht werden. Die Note im Staatsexamen kann man nicht planen. Den eigenen Lebenslauf hingegen kann man stark beeinflussen: Wer seinen Schwerpunkt an der Universität nicht nur nach dem Prinzip des geringsten Widerstandes auswählt, und zudem qualitativ hochwertige Praktika absolviert, kann mit einem stringenten, auf eine Spezialisierung ausgerichteten Lebenslauf einiges an fehlenden Punkten in den Examina ausgleichen.

Dabei sollte man aber nie den Blick dafür verlieren, welche Spezialisierungen auf dem Arbeitsmarkt - jenseits des eigenen fachlichen Interesses - gesucht sind. Wenige Kanzleien suchen z.B. Rechtshistoriker, wohingegen Gesellschafts- und Arbeitsrecht stets auf Interesse stoßen. Letzteres gilt auch für in der Ausbildung wenig beachtete Bereiche wie etwa das Steuerrecht.

Ass. Dr. Dirk Schweinberger  
Gesellschafter und Bereichsleiter Strafrecht  
Jura Intensiv Frankfurt/Heidelberg/Gießen/Mainz/Mannheim/Marburg

## 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: Gefahrtragung beim Werkvertrag (§ 644 I 1 BGB)

BGH, URTEIL VOM 08.03.2012  
VII ZR 177/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Das Werkvertragsrecht ist als besonderes Schuldrecht – neben dem Kaufrecht – durchaus examensrelevant. Die Strukturen ähneln denen des Kaufrechts (vgl. z.B. § 634 BGB mit § 437 BGB), wobei es einige Besonderheiten zu beachten gilt. Eine dieser Besonderheiten spielt in der vorliegenden Entscheidung eine Rolle: Bis zur Abnahme gem. § 640 I 1 BGB trägt gem. § 644 I 1 BGB der Werkunternehmer die Gefahr. Wegen der erfolgsbezogenheit des Werkvertrages bedeutet diese Regelung, dass der Werkunternehmer – unabhängig von einem etwaigen Verschulden – eine Neuherstellung des Werkes schuldet, wenn dieses bei der Fertigstellung mit einem Mangel (§ 633 BGB) versehen wäre. Dies gilt aber nicht unbedingt, da § 644 I 1 BGB der Disposition der Parteien unterliegt (vgl. BeckOK-BGB/Voit, § 644 Rn. 24). Hier stellte sich die Frage, ob die Parteien von der gesetzlichen Gefahrtragungsregelung durch individuelle Abreden abgewichen waren.

§ 644 I 1 BGB:

„Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes.“

#### SACHVERHALT:

Aufgrund eines Werkvertrages sollte U PVC-Boden in einem Seniorenzentrum der B verlegen. U äußerte vor der Verlegung Bedenken wegen einer Restfeuchte des Estrichbodens. Daraufhin entließ B die U aus der Gewährleistung für Blasen- und Beulenbildung, die auf zu hohe Estrichfeuchte zurückzuführen sind. U begann nach Weisung der B mit den Arbeiten. Noch vor deren Abschluss setzte B eine Reinigungsfirma im Gebäude ein, wodurch das gesamte Obergeschoss kurzzeitig unter Wasser stand. Im Anschluss zeigten sich Blasen und Beulen im PVC-Boden. Es ist nicht aufklärbar, ob diese durch die Wasserbelastung oder die Restfeuchte im Estrich verursacht wurden. Am 15.09. beauftragte der Bauleiter der B die U mit der Ausbesserung des Bodens. Mit Schreiben vom 19.09. bestätigte die B „die Beauftragung über die Reparaturarbeiten des Schadens am PVC-Belag am Bauvorhaben, welcher aufgrund der zu nassen Reinigung entstanden ist.“ U verlangt von B Vergütung für die Ausbesserungsarbeiten im Umfang von rund 25.000 €. B ist der Ansicht, diese Leistungen müssten von U vergütungsfrei erbracht werden.

Problem: Vergütungspflicht für Reparaturleistungen des Werkunternehmers?

Kann U von B Zahlung verlangen?

#### PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUS § 631 I BGB

- A. Anspruch entstanden
  - I. Vertragsschluss
  - II. Umfang
    - 1. Mängel bzgl. Estrich
    - 2. Mängel bzgl. Reinigungswasser
- B. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar

**LÖSUNG:**

U kann von B Zahlung verlangen, wenn die Reparatur- bzw. Ausbesserungsarbeiten dem Vergütungsanspruch der U aus dem Werkvertrag gem. § 631 I BGB unterfallen.

**A. Anspruch entstanden**

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein.

Wesensmerkmal des Werkvertrages: Erfolg geschuldet

**I. Abschluss eines Werkvertrages gem. § 631 BGB**

Die Parteien haben vereinbart, dass U gegen Entgelt im Gebäude der B einen PVC-Boden verlegen soll. Sie haben damit eine erfolgsbezogene Abrede getroffen und mithin einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB geschlossen. Damit besteht grds. auch eine Vergütungspflicht des Werkbestellers aus § 631 I BGB.

**II. Umfang**

Abgrenzung (neuer) Werkvertrag  
⇔ Mangelbeseitigung

Fraglich ist jedoch, ob B auch die Reparatur- bzw. Ausbesserungsarbeiten vergüten muss. Insoweit ist auch eine vergütungsfreie Erbringung als Mangelbeseitigung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB denkbar, da die Kosten der Mangelbeseitigung gem. § 635 II BGB den Werkunternehmer selbst treffen. Jedenfalls ist hinsichtlich der Ursache der Mängel zu unterscheiden.

**1. Vergütungspflicht für die Beseitigung der Mängel, die aufgrund der Restfeuchte des Estrichs auftraten****a) Keine Mangelbeseitigung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 I BGB**

Hinsichtlich derjenigen Mängel, die aufgrund der Restfeuchte des Estrichs auftraten, kommt eine Mangelbeseitigung nach §§ 634 Nr. 1, 635 I, II BGB schon deshalb nicht in Betracht, weil B die U aufgrund der individuellen Abrede von der Gewährleistung freistellte. Erbringt U insoweit Leistungen, sind diese entweder vom ursprünglichen Werkvertrag erfasst oder unterstehen einem neuen werkvertraglichen Verhältnis vom 15.09.

Anmerkung: Die Gedanken zu §§ 634, 635 BGB dienen i.E. nur der Abgrenzung. Denn mangels Abnahme gem. § 640 BGB im Zeitpunkt der Leistungserbringung kann das Gewährleistungsrecht noch gar nicht eröffnet gewesen sein.

Die Abrede zwischen U und dem Bauleiter vom 15.09. ist als neuer, eigenständiger Werkvertrag gem. § 631 BGB zu qualifizieren. Sollte der Bauleiter als vollmachtloser Vertreter für B gehandelt haben, liegt in dem Schreiben der B vom 19.09., in dem sie die Beauftragung bestätigt, eine Genehmigung nach § 177 I BGB.

Sofern die Mängel auf die Restfeuchte des Estrichs zurückzuführen sind, besteht damit grds. ein Vergütungsanspruch der U aus § 631 I BGB.

**b) Vergütungsanspruch gem. § 631 I BGB**

Ob dem Werkunternehmer tatsächlich ein Vergütungsanspruch aus § 631 I BGB zusteht, ist wegen der Erfolgsbezogenheit des Werkvertrages allerdings vor dem Hintergrund des § 644 I 1 BGB zu beurteilen. Nach dieser Gefahrtragungsregelung bleibt der Werkunternehmer nämlich grds. zur Neuherstellung seines Werkes verpflichtet, wenn dieses bis zur Abnahme untergeht oder beschädigt wird. Damit könnte trotz der Freistellung der U von der Erbringung der Gewährleistung die Nachbesserung des PVC-Bodens von der ursprünglichen Vertragspflicht erfasst sein und keinen zusätzlichen Vergütungsanspruch über 25.000 € begründen. Es könnte sich also um Leistungen handeln, die U aufgrund des ursprünglich geschlossenen Werkvertrages ohnehin schuldet. Die Regelung des § 644 I 1 BGB greift aber

nur, wenn der Werkunternehmer keine Bedenken (i.S.d. § 4 III VOB/B) angemeldet hat. Da U ausdrücklich Bedenken wegen der Restfeuchte des Estrichs anmeldete, handelt es sich bei den Ausbesserungsarbeiten nicht um ohnehin geschuldete Werkleistungen.

## 2. Vergütungspflicht für die Beseitigung der Mängel, die aufgrund des Reinigungswasserschadens auftraten

Allerdings ist die konkrete Ursache für das Auftreten der Blasen und Beulen im PVC nicht aufklärbar. Daher kann eine Vergütungspflicht der B nur dann sicher begründet sein, wenn dies auch für den Fall anzunehmen wäre, dass die Mängel wegen des Reinigungswasserschadens auftraten. Auf diesen Umstand bezog sich die Abrede der Parteien über die Gewährleistung nicht. Folglich muss wiederum vor dem Hintergrund des § 644 I 1 BGB untersucht werden, welche Partei die Leistungs- bzw. Vergütungsgefahr treffen soll:

„[19] (...) Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, hatte die Klägerin den PVC-Belag, soweit er aufgrund der nassen Reinigung Blasen warf, zu erneuern. Denn sie trug noch die Leistungsgefahr, weil eine Abnahme noch nicht erfolgt war, § 644 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Umstand, dass ihre bereits erbrachte Leistung durch ein Verschulden der Reinigungsfirma beschädigt worden war, änderte daran rechtlich nichts. (...) **Vielmehr hat die Beklagte sich ohne Weiteres bereit erklärt, eine gesonderte Vergütung für die Reparatur des zerstörten Belages zu übernehmen. (...) Indem sie nicht von vornherein darauf bestand, dass die Klägerin den Schaden auf ihre Kosten beseitigt, sondern diese mit einer entgeltlichen Schadensbeseitigung beauftragte, begründete sie aus Sicht der Klägerin die Erwartung, die Beklagte werde sich wegen der durch die gesonderte Beauftragung entstandenen Kosten bei dem Reinigungsunternehmen schadlos halten und insoweit das Risiko übernehmen.**“

Schadensbeauftragung ohne Beanspruchung der Kostenübernahme durch Werkunternehmerin (Klägerin) spricht für Risikoübernahme der Werkbestellerin (Beklagte)

[20] Vor allem aber kommt hinzu, dass bei der Beauftragung im September 2006 schon klar sein musste, dass die Blasen im PVC-Belag unter Umständen auch auf die Restfeuchte des Estrichs zurückzuführen sein könnten, die Klägerin für diese Blasenbildung nicht verantwortlich war und nicht aufklärbar sein würde, inwieweit die Blasen auf die Estrichrestfeuchte oder die zusätzliche Wasserbelastung zurückzuführen sein würde. Diese Unaufklärbarkeit musste sich jedem Beteiligten aufdrängen, bewirkte doch die Wasserbelastung nichts anderes als eine zusätzliche Durchfeuchtung des Bodens und Belages. Auch dieser Umstand durfte der Klägerin den Eindruck vermitteln, die entgeltliche Beauftragung der Beseitigung der PVC-Schäden könne nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass sie ohnehin verpflichtet sein könnte, die Schäden auf ihre Kosten zu beseitigen. Die Besonderheiten dieser Beauftragung liegen darin, dass für beide Parteien klar war, dass den Wasserschaden im Ergebnis die Reinigungsfirma zu tragen hat, die Vergütungsgefahr nicht bei der Klägerin gesehen wurde und zudem der Auftrag eng mit der möglichen Beseitigung von Schäden verbunden war, die nicht in die Verantwortung der Klägerin, sondern der Beklagten selbst fielen.“

Mithin besteht ein Vergütungsanspruch der U aus § 631 I BGB auch dann, wenn die Mängel auf das Reinigungswasser zurückzuführen sind.

**B. Anspruch nicht erloschen und durchsetzbar**

Es bestehen keine Anhaltspunkte für rechtsvernichtende Einwendungen oder rechtshemmende Einreden, so dass der Vergütungsanspruch der U nicht erloschen und durchsetzbar ist.

**FAZIT:**

Die Entscheidung zeigt, dass die Vergütungspflicht des Werkbestellers aus § 631 I BGB nicht unkritisch aus dem Vorliegen eines Werkvertrages entnommen werden kann. Vielmehr muss der Werkbesteller für die konkrete Tätigkeit auch vor dem Hintergrund des § 644 I 1 BGB die Vergütungsgefahr tragen.

Zu beachten ist, dass § 644 I 1 BGB auch den Anwendungsbereich der Drittschadensliquidation eröffnen kann, wenn aufgrund der nicht übergegangenen Gefahr ein Vergütungsanspruch des Werkunternehmers nicht besteht, der Besteller sich jedoch bei einem Dritten (ggf. unter Hinzuziehung der Drittschadensliquidation) schadlos halten kann. In diesen Fällen steht dem Werkunternehmer ein Anspruch auf Abtretung der Schadensersatzansprüche des Werkbestellers gegen den Dritten aus § 285 BGB analog i.V.m. Grundsätzen der Drittschadensliquidation zu.



**Problem: Wirkung der Enthaltungserklärung (§ 109 InsO)**

BGH, URTEIL VOM 23.02.2012  
IX ZR 29711 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wird dem Schuldner gem. § 80 I InsO das Recht entzogen, über sein Vermögen zu verwalten und zu verfügen. Dieses Recht geht auf den Insolvenzverwalter über. § 108 InsO regelt, dass Mietverhältnisse des Schuldners mit Wirkung für die Insolvenzmasse fortbestehen – Ansprüche gegen den Schuldner auf Mietzahlung (aus § 535 II BGB) sind Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 InsO.

§ 80 I InsO = gesetzliche Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters, der dadurch zur Partei kraft Amtes wird.

Um die Masse zu erhalten, kann der Insolvenzverwalter gem. § 109 I 1 InsO unabhängig von ggf. vereinbarten Kündigungsfristen den Mietvertrag jederzeit kündigen. Damit soll verhindert werden, dass die Masse mit Forderungen belastet wird, obwohl der Schuldner die Mietsache nicht (angemessen) nutzen kann. Damit der Schuldner jedoch nicht obdachlos wird, kann der Insolvenzverwalter aber auch nach § 109 I 2 InsO vorgehen, d.h. er kann die Masse von den Mietverbindlichkeiten durch Erklärung freistellen und so das Risiko einer außerordentlichen Kündigung nach § 543 II Nr. 3 BGB abfangen.

Hier geht es um die Frage, ob und inwieweit die Erklärung nach § 109 I 2 InsO gegenüber dem Erwerber einer Wohnung Wirkung entfaltet.

**SACHVERHALT:**

Der Beklagte (B) ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des Schuldners. Dieser hatte im Jahr 2005 eine Wohnung gemietet, die im Eigentum der Eheleute E stand. Die E verkauften die Wohnung formgerecht an die Klägerin (K), die am 15.10.2008 als neue Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wurde. Am 18.10.2008 erklärte B gegenüber den E, dass Ansprüche auf Mietzins, die nach Ablauf von drei Monaten fällig werden, nicht im Insolvenzverfahren geltend gemacht werden können. Ob diese Erklärung von E an K weitergeleitet wurde, ist unklar.

Bei der Erklärung des I handelt es sich um die sog. Enthaltungserklärung nach § 109 I 1, 2 InsO.

K erwirkte gegen den Schuldner einen Titel, in dem dieser u.a. zur Zahlung der Miete für die Monate Januar bis Oktober 2009 verurteilt wurde. Nach Erlass dieses Urteils informierte B auch die K über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und sprach die Enthaltungserklärung nach § 109 I 2 InsO erneut aus.

Kann K von B Zahlung der Miete für die Monate Januar bis Oktober 2009 verlangen?

**PRÜFUNGSSCHEMA:**

- A. Anspruch entstanden
  - I. Mietvertrag
  - II. Richtiger Anspruchsgegner
- B. Anspruch nicht erloschen
- C. Anspruch nicht durchsetzbar (§ 109 I 1, 2 InsO)
  - I. Erklärung gem. § 109 I 2 InsO
  - II. Wirkung gegenüber K

1. Unmittelbare Wirkung ggü. K
2. Erstreckung gem. § 566 c BGB
3. Wirkung analog §§ 407, 412 BGB

**LÖSUNG:**

K könnte gegen B ein Anspruch auf Mietzahlung für die Monate Januar bis Oktober 2009 aus § 535 II BGB i.V.m. §§ 108 I, 55 I Nr. 2 InsO zustehen.

**A. Anspruch entstanden****I. Mietvertrag gem. § 535 I BGB**

Der Anspruch müsste zunächst entstanden sein. Das ist der Fall, wenn ein wirksamer Mietvertrag gem. § 535 I BGB besteht. Der Schuldner und die E haben im Jahr 2005 einen Mietvertrag geschlossen, aus dem der Schuldner die Mietzahlung gem. § 535 II BGB schuldet.

Dieses Mietverhältnis erlischt zwar mit dem Ausscheiden der E aus der Eigentümer- und Vermieterstellung, entsteht jedoch gem. § 566 BGB zwischen dem Mieter und dem Erwerber neu. Folglich besteht aktuell ein Mietvertrag zwischen dem Schuldner und K. Dessen Wirksamkeit bleibt gem. § 108 I InsO von der Insolvenz des Schuldners zunächst unberührt.

**II. Richtiger Anspruchsgegner**

Aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens und der Wirkung des § 80 I InsO ist der Schuldner allerdings nicht mehr tauglicher Anspruchsgegner; vielmehr sind Ansprüche nun gegen den Insolvenzverwalter zu richten. Ansprüche gegen den Mieter gelten als Masseverbindlichkeiten gem. § 55 I Nr. 2 InsO.

Folglich ist ein Anspruch der K gegen B aus § 535 II BGB i.V.m. §§ 108 I, 55 I Nr. 2 InsO entstanden.

**B. Anspruch nicht erloschen**

Der Anspruch ist auch nicht erloschen, da keine rechtsvernichtende Einwendung eingreift. Insbesondere liegt eine Kündigung des B nach § 109 I 1 InsO nicht vor.

**C. Anspruch durchsetzbar**

Der Anspruch könnte jedoch durch die sog. Enthaltungserklärung nach § 109 I 1, 2 InsO nicht mehr als Masseverbindlichkeit geltend gemacht werden können und daher jedenfalls gegenüber dem Insolvenzverwalter nicht durchsetzbar sein.

Gem. § 109 I 1 InsO hat der Insolvenzverwalter die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis jederzeit mit einer Frist von drei Monaten zu kündigen. Handelt es sich bei der Mietsache aber um die Wohnung des Schuldners, kann der Insolvenzverwalter durch die Erklärung nach § 109 I 2 InsO unter Einhaltung der Frist des S. 1 die Forderungen aus der Masse freistellen. Damit könnte die Forderung der K aus § 535 II BGB abweichend von §§ 108 I, 55 I Nr. 2 InsO nicht mehr als Masseverbindlichkeit geltend gemacht werden.

**I. Erklärung i.S.d. § 109 I 2 InsO**

Eine Erklärung des B i.S.d. § 109 I 2 InsO liegt vor.

## II. Wirkung ggü. K

Fraglich ist, ob die Erklärung, die B gegenüber den E abgegeben hat, auch gegenüber K wirkt.

### 1. Unmittelbare Wirkung gegenüber K

Aus § 109 I 1 InsO ergibt sich, dass der Vermieter korrekter Adressat der Erklärung ist, denn die Wirkungen der Erklärung für die Masse stehen denen einer Kündigung gleich. Im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung am 18.10.2008 war bereits K als Eigentümerin der Wohnung im Grundbuch eingetragen, so dass bereits die Wirkungen des § 566 BGB eingriffen. Mithin war K am 18.10.2008 Vermieter, so dass die Erklärung ihr gegenüber abzugeben war. Die gegenüber den E abgegebene Erklärung entfaltet daher keine unmittelbare Wirkung gegenüber K.

### 2. Erstreckung der Wirkung gem. bzw. analog § 566 c S. 1 BGB

Die Wirkung der Erklärung könnte sich gem. § 566 c S. 1 BGB auf K als Erwerberin erstrecken. Einer direkten Anwendung des § 566 c BGB steht bereits entgegen, dass die Vorschrift ein Rechtsgeschäft voraussetzt, dass zwischen Mieter und Vermieter vorgenommen wird. Die Kündigung nach § 109 I 1 InsO bzw. die Enthftungserklärung nach § 109 I 2 InsO stellen jedoch keine derartigen zweiseitigen Rechtsgeschäfte dar; vielmehr handelt es sich um einseitige Erklärungen. Fraglich ist daher, ob eine analoge Anwendung von § 566 c S. 1 BGB in Betracht kommt:

„[9] (...) Zutreffend wird ganz überwiegend eine Anwendung der Regelung abgelehnt, soweit es um einseitige Erklärungen des Mieters geht, etwa um Kündigungen, und um auf Dauer angelegte Vertragsänderungen. Entsprechend kommt eine Anwendung auf die Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters nicht in Betracht, weil mit dieser die Mietzahlung aus der Masse für die Zukunft insgesamt beendet werden soll und es damit wie bei einer Kündigung um auf Dauer angelegte Vertragsänderung geht.“

Folglich erstreckt sich die Wirkung der Erklärung nicht bereits wegen § 566 c S. 1 BGB auf K.

### 3. Wirkung analog §§ 407, 412 BGB

Jedoch könnte die Erklärung nach §§ 407, 412 BGB Wirkung gegenüber der K entfalten. Danach muss der neue Gläubiger eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, der Schuldner kennt die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Gem. § 412 BGB gilt § 407 BGB entsprechend für den gesetzlichen Forderungsübergang. Wegen ihrer weiten Fassung gilt die Vorschrift für jede Art von Rechtshandlungen, auch für Kündigungserklärungen.

Einer direkten Anwendung der §§ 407, 412 BGB auf die vorliegende Konstellation steht allerdings entgegen, dass § 407 BGB von einer Rechtsnachfolge ausgeht. Hier liegt jedoch wegen § 566 BGB keine Rechtsnachfolge im klassischen Sinn vor; vielmehr endet das Mietverhältnis zwischen Mieter und (ehemaligem) Vermieter mit dessen Ausscheiden aus der Eigentümerposition und entsteht zwischen

§ 566 c S. 1 BGB:

„Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter über die Mietforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung der Miete, ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf die Miete für eine spätere Zeit als den Kalendermonat bezieht, in welchem der Mieter von dem Übergang des Eigentums Kenntnis erlangt.“

Zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 566 c BGB: BGH, NJW-RR 2002, 730; Palandt/Weidenkaff, § 566 c Rn. 4.

§ 566 BGB enthält keine Rechtsnachfolge im klassischen Sinn, so dass § 407 BGB nicht direkt anwendbar ist.

Mieter und Erwerber erneut. Mithin könnten §§ 407, 412 BGB nur analoge Anwendung finden:

„[18] **Die Situation**, in der sich der Mieter befindet, wenn er in Unkenntnis des Übergangs des Mietverhältnisses auf einen Erwerber gegenüber dem ursprünglichen kündigt, **unterscheidet sich aber nicht wesentlich von derjenigen des Schuldners, dem der Forderungsübergang unbekannt geblieben ist**. Hat dieser gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger eine Rechtshandlung in Unkenntnis des Übergangs vorgenommen, muss sie der neue Gläubiger gegen sich wirken lassen. **Dies gilt auch für die gegenüber dem ursprünglichen Vermieter erklärte Kündigung, die dem neuen gegenüber wirksam ist. Insoweit besteht eine planwidrige Regelungslücke, welche durch die entsprechende Anwendung der §§ 412, 407 Abs. 1 BGB zu schließen ist**. Auf die Frage, ob der ursprüngliche Vermieter die Erklärung an den Erwerber weiterleitet, kommt es dabei nicht an. Wusste der Mieter nichts von dem Eigentumsübergang, muss seine Kündigung als wirksam angesehen werden. Der neue Eigentümer kann sich nicht darauf berufen, ihm gegenüber sei keine Kündigung erklärt worden. Entsprechendes gilt auch für die Erklärung des Insolvenzverwalters/Treuhänders nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO. Auch diese wirkt gegenüber dem neuen Vermieter, sofern sie in Unkenntnis des Eigentumsüberganges gegenüber dem alten Vermieter abgegeben wird.“

So im Ergebnis auch BGH, NJW-RR 2002, 730

Vorliegend äußerte B die Erklärung nach § 109 I 2 InsO in Unkenntnis der Veräußerung der Wohnung an K. Folglich muss K die Wirkungen der Erklärung analog §§ 407, 412 BGB gegen sich gelten lassen.

### III. Ergebnis

Dreimonatsfrist des § 109 I 1 InsO zu berücksichtigen ⇒ Miete für 02/2009 bis 10/2009 aus Masse „enthaftet“; nicht dagegen Miete für 01/2009

Die Erklärung des B vom 18.10.2008 entfaltet unter Berücksichtigung der Dreimonatsfrist des § 109 I 1 HS 2 InsO auch gegenüber K Wirkung. Folglich ist die Masse vom Anspruch der K nach § 535 II BGB mit Wirkung zum 31.01.2009 freigestellt worden. Damit kann K ihren Anspruch auf Mietzahlung aus § 535 II BGB seit einschließlich Februar 2009 nicht als Masseverbindlichkeit geltend machen. Die Miete für den Monat Januar 2009 ist dagegen wegen der Dreimonatsfrist noch als Masseverbindlichkeit gem. §§ 108 I 1, 55 I Nr. 2 InsO durchsetzbar.

### FAZIT:

Der Senat legt eine als äußerst examensrelevant einzustufende Entscheidung vor. Wegen des Bezugs zum Insolvenzrecht dürfte dies verstärkt, aber nicht nur für das zweite Staatsexamen gelten. Auch in einer Klausur des ersten Examens könnte bei einem Hinweis auf die einschlägigen Normen der InsO die vorliegende Problematik abgeprüft werden. Im Kern geht es schließlich „nur“ noch um die schuldnerschützenden Normen §§ 407, 412 BGB. Das Urteil bietet zudem Möglichkeiten, mit mietrechtlichen Problemen angereichert zu werden, die ebenfalls gerne Klausurthemen sind.

**Problem: Bauunternehmerhaftung für Begleitschäden**

BGH, URTEIL VOM 08.12.2011  
VII ZR 198/10 (NJW-RR 2012, 268)

**EINLEITUNG:**

Im vorliegenden Fall stellte sich die Frage nach der Abgrenzung von Hauptleistungspflichten und bloßen Nebenpflichten im Werkvertragsrecht. Dabei wurde das Werk zwar wie vertraglich vereinbart fertig gestellt. Es wurden jedoch Sachen des Bestellers bei der Herstellung des Werkes beschädigt.

Diese Frage ist insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzung der Fristsetzung der Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB von Bedeutung. Denn handelt es sich bei der Beschädigung der Sachen um eine Verletzung einer Hauptleistungspflicht, so ist der Besteller grundsätzlich dazu verpflichtet, eine Frist zur Nacherfüllung zu setzen. Liegt dagegen eine Nebenpflichtverletzung vor, so entfällt eine solche Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch.

Der BGH ließ in seiner Entscheidung diese Frage zwar weitgehend offen, da in dieser Konstellation eine Nacherfüllung ohnehin den bereits eingetretenen Schaden nicht mehr beseitigt hätte, mithin eine Fristsetzung nach Sinn und Zweck entbehrlich gewesen wäre.

In einer Klausur empfiehlt es sich, eine Entscheidung zwischen den Anspruchsgrundlagen zu treffen.

**SACHVERHALT:**

Nachdem Installationsarbeiten in einem Alten- und Pflegeheim zu einem Wasserschaden geführt haben, den die Beklagte (B) zu verantworten hatte, beauftragte diese die Klägerin (K), Trocknungsarbeiten an den Fußböden in den Badezimmern vorzunehmen.

K wählte dabei für die Trocknung eine Methode, bei der in den gefliesten Bädern die Silikonfugen mitsamt der dahinter befindlichen Dichtungsschicht aufgeschnitten wurden. Über die geöffneten Randfugen wurde sodann trockene Luft in die Dämmschichten geleitet, die die K durch ein jeweils im Zentrum des Raumes in den gefliesten Fußboden gebohrtes Loch wieder absaugte.

Die alternative Trocknungsmethode, die ein Durchbohren der Fliesen in den Ecken des Bades erfordert und zu weniger Schäden an der Bausubstanz geführt hätte, wählte K nicht, da B ihr dafür nicht die erforderlichen Angaben machen konnte, an welcher Stelle die Rohre des Badezimmers verlegt waren.

Da die Trocknungsarbeiten erfolgreich waren, steht K ein Werklohnanspruch i.H.v. 62.500 € zu.

B entgegnet, sie wolle mit einem Anspruch auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung des K gem. § 389 BGB aufrechnen, da ihr bei der Wiederherstellung der Silikonfugen Kosten i.H.v. 31.000 € entstanden.

Steht B ein Gegenanspruch in dieser Höhe zu?

**PRÜFUNGSSCHEMA:**

- A. Anspruch der B auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I BGB
  - I. Werkvertrag zwischen B und K
  - II. Mangelhaftigkeit des Werks

Leitsatz:

Wählt ein Unternehmer, der nach einem Wasserschaden in einem Gebäude damit beauftragt ist, den Fußbodenaufbau zu trocknen, und zu diesem Zweck den Fliesenbelag öffnen muss, eine Trocknungsmethode, die zu größeren Schäden am Gebäude als erforderlich führt, ist der Schadensersatzanspruch des Bestellers nicht davon abhängig, dass er dem Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

- III. Ergebnis
- B. Anspruch der B auf Schadensersatz aus § 280 I BGB
  - I. Schuldverhältnis
  - II. Pflichtverletzung der K
  - III. Vertretenmüssen
  - IV. Rechtsfolge
  - V. Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens gem. § 254 I BGB
- C. Ergebnis

### LÖSUNG:

#### A. Anspruch der B auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 I und III, 281 BGB

B könnte ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung wegen Mängeln am Werk zustehen.

#### I. Werkvertrag

Dafür müssten B und K einen Werkvertrag geschlossen haben. Ein solcher Vertrag ist gemäß § 631 II BGB darauf gerichtet, einen Erfolg herbei zu führen.

B beauftragte K, den Fußboden in dem Alten- und Pflegeheim zu trocknen.

Damit besteht zwischen den Parteien ein Werkvertrag.

#### II. Mangelhaftigkeit des Werks

Außerdem müsste das Werk der K mangelhaft sein.

K hat seine Pflicht aus § 631 I BGB erfüllt, indem er erfolgreiche Trocknungsarbeiten durchführte. Fraglich ist aber, ob das Werk gemäß § 633 II 1 BGB frei von Sach- und Rechtsmängeln erstellt wurde.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Jedoch müsste zumindest die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit eingehalten worden sein (§ 633 II 2 Nr. 1 BGB).

Insofern ist zu klären, ob lediglich die Trocknung des Fußbodens oder auch die Auswahl der schonendsten Methode vertraglich geschuldet war.

Gehört diese nämlich zu den Hauptleistungspflichten der K, so wäre eine solche verletzt mit der Rechtsfolge, dass B ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung zusteht.

Es ist jedoch der Ansicht zu folgen, im vorliegenden Fall in der Auswahl der geeignetsten Methode zur Trocknung eine Nebenpflicht des Werkunternehmers anzunehmen.

Zwar besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Schädigung des Gebäudes und der Trocknungsmethoden. Auftragsinhalt war jedoch allein die Trocknung der Fußböden. Die Art und Weise der Herstellung gehört nicht zur Beschaffenheit des Werks (so die Vorinstanz; vom BGH offen gelassen, siehe Fazit).

Damit hat K ihre Hauptleistungspflicht erfüllt und ein mangelfreies Werk erstellt.

#### III. Ergebnis

K hat ein mangelfreies Werk erstellt. Damit steht K kein Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB zu.

Der Schadensersatz statt der Leistung erfasst die sog. Mangelschäden, d.h. in der Sache selbst liegende Schäden, die in Folge gelungener Erfüllung bzw. Nacherfüllung nicht entstanden wären

## B. Anspruch der B auf Schadensersatz aus § 280 I BGB

B könnte einen Anspruch auf Schadensersatz neben der Leistung aus § 280 I BGB zustehen.

### I. Schuldverhältnis

Mit dem Werkvertrag liegt ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien vor.

### II. Pflichtverletzung

Außerdem müsste K eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. Wie oben festgestellt stellt die Auswahl der effektivsten und schonendsten Methode keine Hauptleistungspflicht dar.

Gem. § 241 II BGB ist der Werkunternehmer jedoch weiterhin zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Vertragspartners verpflichtet.

K hätte die weniger schädliche Trocknungsmethode wählen können. Sie hätte darauf hinwirken müssen, dass die genaue Lage der Rohre festgestellt wird. K hat die Entscheidung über die anzuwendende Trocknungsmaßnahme eigenverantwortlich getroffen und sehenden Auges eine Maßnahme ergriffen, die zu einer erheblichen Beschädigung der Bausubstanz führte. In der fehlerhaften Auswahl der schonendsten Methode ist also eine Nebenpflicht zum Werkvertrag zu sehen.

Diese hat K verletzt.

Schon vor der Schuldrechtsreform entschied der BGH, dass ein Schadensersatzanspruch des Bestellers bei der Beschädigung seiner Sachen bei der Nachbesserung *neben* dem Erfüllungs- bzw. Nacherfüllungsanspruch bestehe; BGH, Urteil vom 07.11.1985 – VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221

### III. Vertretenmüssen

Die Klägerin hat sich nicht gemäß § 280 I 2 BGB entlastet.

### IV. Rechtsfolge

K hat der B den durch die Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen.

### V. Kürzung wegen Mitverschuldens gem. § 254 I BGB

Eine Kürzung des Anspruchs wegen Mitverschuldens der B gem. § 254 I BGB kommt nicht in Betracht, da es primär ureigene Pflicht der K war, die schonendste Methode zu wählen und sie nicht auf Benennung oder Untersuchung der genauen Lage der Rohre bestanden hat, bzw. K die B auch nicht auf die drohenden erheblichen Bauschäden hingewiesen hat.

## C. Ergebnis

B steht gegenüber K eine Gegenforderung i.H.v. 31.000 € zu.

### FAZIT:

Die Abgrenzung von Haupt- und Nebenpflichten ist ein immer wiederkehrendes Thema von Examensklausuren.

Der vorliegende Fall bietet eine gute Möglichkeit eine Auslegung von Beschaffenheitsvereinbarung nach allgemeinen Grundsätzen abzufragen und die Systematik des Schadensersatzrechts zu prüfen.

Wie eingangs gesagt, hat der BGH die Frage, ob eine Hauptleistungspflicht oder eine bloße Nebenpflicht verletzt wurde offen gelassen. Denn auch wenn man einen Mangel angenommen hätte, wäre eine gem. §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 BGB zu setzende Frist zur Nacherfüllung nach Sinn und Zweck entbehrlich, weil auch eine Nacherfüllung die bereits eingetretenen Schäden nicht mehr revidiert hätte und deshalb sinnlos gewesen wäre.

## Problem: Zulässigkeit längerer Vertretungsbefristungen

EUGH, URTEIL VOM 26.1.2012  
C 586 /10 (NZA 2012,135)

### **EINLEITUNG:**

§ 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge:

"Um Missbrauch durch aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu vermeiden, ergreifen die Mitgliedsstaaten nach der gesetzlich oder tarifvertraglich vorgeschriebenen oder in dem Mitgliedsstaat üblichen Anhörung der Sozialpartner, wenn keine gleichwertigen gesetzlichen Maßnahmen zur Missbrauchsverhinderung bestehen, unter Berücksichtigung der Anforderungen bestimmter Branchen und/oder Arbeitnehmerkategorien eine oder mehrere der folgenden Maßnahmen:

- a) sachliche Gründe, die die Verlängerung solcher Verträge oder Verhältnisse rechtfertigen,
- b) [...]"

Das BAG hat dem EuGH die Fragen vorgelegt, ob § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge im Anhang an die RL 1999/70/EG dahingehend auszulegen ist, dass bei der Befristung eines Arbeitsvertrages die Anknüpfung an einen vorübergehenden Bedarf an Vertretungskräften einen sachlichen Grund im Sinne der Bestimmung sein kann.

Außerdem stellte es zudem die Frage, ob der Umstand, dass ein Arbeitgeber wiederholt auf befristete Arbeitsverträge zurückgreift, dem Vorliegen eines solchen Sachgrunds entgegen stehen kann oder zum Vorliegen eines Missbrauchstatbestands im Sinne der Bestimmung führen kann.

In seiner Entscheidung hat der EuGH nun die Befristung eines Arbeitsvertrages wegen Vertretungsbedarfs für zulässig und mit Unionsrecht vereinbar erklärt. Auch aufeinanderfolgende befristete Verträge sollen nicht bereits dazu führen, einen dauernden Bedarf anzunehmen zu können.

### **SACHVERHALT:**

Die Klägerin war als Justizangestellte auf Grundlage von insgesamt 13 befristeten Arbeitsverträgen in der Zeit von Juli 1996 bis Dezember 2007 beschäftigt.

Diese befristeten Verträge dienten jeweils der Vertretung einer unbefristet eingestellten Justizangestellten, die im Zusammenhang mit Sonder- und Erziehungsurlaub beurlaubt war.

Zum 31.12.2007 sollte der Arbeitsvertrag mit der Klägerin durch Ablauf der Befristung beendet sein.

Die Klägerin begehrt nun die Feststellung, dass der am 12.12.2006 geschlossene Vertrag nicht zum 31.12.2007 beendet war.

Zu Recht?

### **PRÜFUNGSSCHEMA:**

A. Beendigung des Arbeitsvertrages durch Ablauf der Befristung

- I. Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG
- II. Sachlicher Grund
  - 1. Vereinbarkeit des § 14 I Nr. 3 TzBfG mit § 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse
  - 2. Zulässigkeit von Kettenbefristungen

B. Ergebnis

### **LÖSUNG:**

A. Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Ablauf der Befristung

Das Arbeitsverhältnis ist durch Ablauf der Befristung beendet worden, wenn diese wirksam war.

Die Zulässigkeit einer Befristung von Arbeitsverträgen aus einem sachlichen Grund richtet sich nach § 14 I TzBfG. Dieser setzt voraus, dass das Schriftformgebot des Absatzes 4 eingehalten wird und ein sachlicher Grund im Sinne des Absatz 1 vorliegt.

Gemäß § 14 I TzBfG ist bei Vorliegen eines sachlichen Grundes im Sinne dieser Vorschrift eine Befristung des Arbeitsvertrages zulässig. Zur Befristung ohne sachlichen Grund siehe BGH, RA 2011, 519



## I. Schriftformgebot des § 14 IV TzBfG

Es ist zu unterstellen, dass die Schriftform eingehalten wurde.

## II. Vorliegen eines sachlichen Grundes gem. § 14 I TzBfG

Befristungen eines Arbeitsvertrages sind insbesondere dann zulässig, wenn ein sachlicher Grund des § 14 I TzBfG vorliegt.

Hier kommt der Grund des § 14 I Nr. 3 TzBfG in Betracht. Die Klägerin wurde als Vertretung einer anderen Justizangestellten eingestellt, da diese sich im Sonder- bzw. Erziehungsurlaub befand.

Somit sind die Voraussetzungen für eine zulässige Befristung grundsätzlich erfüllt.

### 1. Vereinbarkeit des § 14 I Nr. 3 TzBfG mit § 5 Nr. 1 lit. A der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverhältnisse

Es ist jedoch fraglich, ob die Anknüpfung an vorübergehenden Vertretungsbedarf in nationalen Vorschriften überhaupt einen sachlichen Grund im Sinne der Bestimmung darstellen und damit eine Befristung rechtfertigen kann.

„[27] **Der Begriff des sachlichen Grundes in § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge ist dahin zu verstehen, dass er genau bezeichnete, konkrete Umstände meint, die eine bestimmte Tätigkeit kennzeichnen und daher in diesem speziellen Zusammenhang den Einsatz aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverträge rechtfertigen können.** Diese Umstände können sich etwa aus der besonderen Art der Aufgaben, zu deren Erfüllung die Verträge geschlossen worden sind, und deren Wesensmerkmalen oder gegebenenfalls aus der Verfolgung eines legitimen, sozialpolitischen Ziels durch einen Mitgliedsstaat ergeben.“

So bereits entschieden in: EuGH, Slg. 2009, I-307

Dies gilt insbesondere dann, wenn mit der nationalen Vorschrift ebenfalls Ziele verfolgt werden, die als legitime sozialpolitische Ziele anerkannt sind. In diesem Fall handelt es sich um eine Vertretung aufgrund von Erziehungsurlaub. Dieser dient dem Schutz der Familie und ist damit sozialpolitisch anerkannt.

Die Anknüpfung an Vertretungsbedarf stellt also einen sachlichen Grund im Sinne des § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung dar.

### 2. Zulässigkeit von Kettenbefristungen

Es ergeben sich jedoch Zweifel hinsichtlich der Zulässigkeit von sog. Kettenbefristungen. Es ist fraglich, ob eine Befristung, gestützt auf § 14 I TzBfG, auch noch gerechtfertigt ist, wenn der Arbeitgeber zum wiederholten Male auf befristete Arbeitsverträge zurück greift. Dieser Umstand könnte darauf hinweisen, dass kein vorübergehender Bedarf an Vertretungskräften vorliegt und damit diesem sachlichen Grund entgegen stehen, womit eine Verlängerung befristeter Verträge nicht zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich ist.

§ 5 Nr. 1 der Rahmenvereinbarung dient dem Ziel, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge einzugrenzen

„[36] Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die **Verlängerung befristeter Arbeitsverträge oder – verhältnisse zur Deckung eines Bedarfs, der faktisch kein zeitweiliger, sondern im Gegenteil ein ständiger und dauerhafter ist, nicht im Sinne von § 5 Nr. 1 lit. a der Rahmenvereinbarung über befristete Verträge gerechtfertigt ist**“

Bereits entschieden in diesem Sinne EuGH, Slg. 2009, I-3071 – Angelidaki

Fraglich ist also, ob bei ständiger Verlängerung befristeter Verträge und einer Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses von insgesamt 11 Jahren, wie im vorliegenden Fall, einen faktisch dauerhaften Bedarf darstellt, der zu einer Unwirksamkeit der Befristung führt. Dabei kann jedoch jeder dieser Verträge betrachtet werden. Wird festgestellt, dass jeder einzelne Vertrag zur Deckung eines vorübergehenden Bedarfs geschlossen wurde, so kann trotz der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses der sachliche Grund der Vertretung vorliegen.

**„[38] Es kann allerdings der bloße Umstand, dass befristete Arbeitsverträge zur Deckung eines ständigen oder wiederkehrenden Bedarfs des Arbeitgebers an Vertretungskräften geschlossen werden, nicht ausreichen, um auszuschließen, dass jeder dieser Verträge für sich genommen geschlossen wurde, um eine vorübergehende Vertretung sicherzustellen.“**

Die Arbeitsverträge der Klägerin wurden, jeder für sich betrachtet, zur Vertretung einer Angestellten im Sonder- und Erziehungsurlaub geschlossen. Ihr Arbeitgeber hat damit also einen lediglich vorübergehenden Bedarf an Arbeitskräften decken wollen.

Somit ist auch eine solche Kettenbefristung zulässig.

## **B. Ergebnis**

Die Befristung des Arbeitsvertrages der Klägerin ist gemäß § 14 I Nr. 3 TzBfG zulässig und damit wirksam. Das Arbeitsverhältnis ist somit durch Ablauf der Befristung beendet worden.

## **FAZIT:**

Der EuGH hat mit seiner Vorabentscheidung das BAG in seiner ständigen Rechtsprechung bestätigt.

Bereits vor dem Urteil entschied es, dass nach deutschem Recht der sachliche Grund für den Rückgriff auf einen befristeten Vertrag im Fall der Vertretung eines Arbeitnehmers darin liege, dass der Arbeitgeber bereits zu einem vorübergehenden an der Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer in einem Rechtsverhältnis stehe und mit dessen Rückkehr rechne.

Außerdem hat es in jüngerer Rechtsprechung bereits verneint, dass die unterschiedliche Zahl befristeter Verträge zu einer intensiveren gerichtlichen Kontrolle des sachlichen Grundes führe.

Es ist insoweit in Zukunft keine Änderung der deutschen Rechtsprechung zu erwarten.

Es sei des Weiteren darauf hingewiesen, dass zur Feststellung einer in Frage stehenden Unwirksamkeit einer Befristung eines Arbeitsvertrages § 17 TzBfG zu beachten ist. Demnach muss der Arbeitnehmer innerhalb von drei Wochen nach dem vereinbarten Ende des befristeten Arbeitsvertrages Klage beim Arbeitsgericht auf Feststellung erheben.

*Speziell für Referendare:***Problem: Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO**

BGH, BESCHLUSS VOM 21.03.2012  
XII ZR 18/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Klausursachverhalte mit Bezug zu Rechtsmitteln der ZPO dürften (abgesehen vom Rechtsbehelf des Einspruchs gem. § 338 ZPO und den Rechtsbehelfen der Zwangsvollstreckung) keine übergeordnete Examensrelevanz besitzen. Anderes gilt für die mündliche Prüfung im zweiten Staatsexamen. Hier lohnen sich bisweilen auch Grundkenntnisse im Bereich „exotischer“ Rechtsmittel. In diesem Zusammenhang beleuchtet die vorliegende Entscheidung die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO.

**SACHVERHALT:**

Die Klägerin (K) verlangt von den Beklagten, die von ihr eine Immobilie gemietet haben, einen Vorschuss für Reparaturen an dem vermieteten Gebäude. Nach dem Mietvertrag sind laufende Instandhaltungskosten einschließlich aller Reparaturkosten von den Mietern zu tragen.

K behauptet, dass § 7 des Mietvertrages nach dem Willen der Parteien auch den bei Vertragsschluss bereits bestehenden Reparaturbedarf umfasst. Zum Beweis für diese Behauptung hat sich K auf das Zeugnis des S berufen. Das Langereicht hat der Klage nach Vernehmung des Zeugen S stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage ohne erneute Beweisaufnahme abgewiesen. Nach Ansicht des Berufungsgerichts spiegele die Aussage des S lediglich seine persönliche Einschätzung. Sie enthalte aber keine Tatsachen, aus denen sich ergebe, dass auch die vertragsschließenden Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine übereinstimmende Vorstellung von § 7 des Mietvertrages gehabt hätten.

Wie kann K die Anfechtung des Berufungsurteils erreichen, wenn das Berufungsgericht die Revision nicht zugelassen hat?

[Anm.: Vom Erreichen des Beschwerdewertes sowie der Einhaltung von Form und Frist ist auszugehen.]

**PRÜFUNGSSCHEMA:**

- D. Zulässigkeit
  - I. Statthaftigkeit
  - II. Beschwer
  - III. Beschwerdewert
  - IV. Einlegung
  - V. Begründung
- E. Begründetheit
  - I. Zulassungsgrund gem. § 543 II ZPO
  - II. Entscheidungserheblichkeit (Beruhen)
- F. Ergebnis (§ 544 VI, VII ZPO)

**LÖSUNG:**

Da die Revision zum BGH (§ 133 GVG) durch das Berufungsgericht nicht zugelassen wurde, könnte K allenfalls die Nichtzulassungsbeschwerde gem. § 544 ZPO erheben.

**A. Zulässigkeit**

Die Beschwerde müsste zunächst zulässig sein.

**I. Statthaftigkeit**

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist gem. § 544 I 1 ZPO statthaft, wenn die Revision nach §§ 542 ff. ZPO durch das Berufungsgericht nicht zugelassen wurde. Das ist vorliegend der Fall.

**II. Beschwer**

K müsste beschwert sein. Als Berufungsbeklagte ist K beschwert, wenn eine unrichtige Entscheidung zu ihrem Nachteil ergangen ist. K hat durch das landgerichtliche Urteil einen Titel gegen die Beklagten erlangt, der ihr in der Berufungsinstanz wieder genommen wurde. Somit liegt eine für K nachteilige Entscheidung vor, die sie beschwert.

**III. Beschwerdewert**

Vom Erreichen des Beschwerdewertes des § 26 Nr. 8 S. 1 EGZPO – 20.000 € - ist auszugehen.

**IV. Einlegung**

Die Beschwerde muss gem. § 544 I 2 ZPO innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils an den Beschwerdeführer eingelegt worden sein. Aus § 544 I 3 ZPO ergibt sich, dass die Beschwerde schriftlich erfolgen muss. Diese Voraussetzungen sind eingehalten worden.

**V. Begründung**

Die Beschwerde ist ferner gem. § 544 II 1 ZPO innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. Die Begründung ist im Zusammenhang mit § 543 II ZPO zu sehen, denn sie muss die Gründe darlegen, aus denen sich die Zulassung der Revision ergibt. Die Beschwerde ist vorliegend auch fristgerecht begründet worden.

**B. Begründetheit**

Die Beschwerde müsste auch begründet sein. Das ist der Fall, wenn die Revision nach § 543 II ZPO hätte zugelassen werden müssen. Hier kommt eine Zulassung nach § 543 II 1 Nr. 2 Var. 2 ZPO in Betracht.

**I. Zulassungsgrund § 543 II 1 Nr. 2 Var. 2 ZPO**

Die Revision ist nach § 543 II 1 Nr. 2 Var. 2 ZPO zuzulassen, wenn sie der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dient. Anerkannt ist, dass die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gefährdet ist, wenn die angefochtene Entscheidung Verfahrensgrundsätze einer Partei verletzt und die Entscheidung auf diesem Fehler beruht.

Eine Verletzung von Verfahrensgrundsätzen läge vor, wenn der Anspruch der K auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden wäre. Ein Verstoß gegen Art. 103 I GG könnte vorliegend darin zu sehen, dass das Berufungsgericht den Zeugen S nicht nochmals vernahm:

Beachte: Die Regelung des § 26 Nr. 8 S. 1 ZPO ist bis zum 31.12.2004 befristet.

§ 543 II Nr. 2 ZPO (+) bei Verletzung von Verfahrensgrundsätzen

„[6] Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht grundsätzlich an die Tatsachenfeststellungen des ersten Rechtszuges gebunden. Bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ist eine erneute Beweisaufnahme zwingend geboten. Das gilt insbesondere für die erneute Vernehmung von Zeugen, die grundsätzlich gemäß § 398 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Berufungsgerichts steht. **Das Berufungsgericht ist deshalb verpflichtet, einen in erster Instanz vernommenen Zeugen erneut zu vernehmen, wenn es die protokollierte Aussage anders als die Vorinstanz verstehen oder würdigen will. Unterlässt es dies, so verletzt es das rechtliche Gehör der benachteiligten Partei.**

So schon BGH, MDR 2011, 1133; NJW 2011, 1364; NJW-RR 2009, 1291; NJW-RR 2002, 1500

Das Berufungsgericht muss Zeugen erneut hören, wenn es Aussage anders verstehen/würdigen will.

[7] Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen (d.h. seine Glaubwürdigkeit) noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit (d.h. die Glaubhaftigkeit) seiner Aussage betreffen.“

Das Berufungsgericht war danach zur erneuten Vernehmung des Zeugen S verpflichtet.

Mithin liegt ein Verstoß gegen Art. 103 I GG und eine Verletzung von Verfahrensgrundsätzen vor.

## II. Entscheidungserheblichkeit (Beruhen)

Die Entscheidung beruht auch auf der Gehörsverletzung ist damit entscheidungserheblich. Denn es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht nach Vernehmung des Zeugen S zu einem anderen Beweisergebnis gelangt wäre.

## C. Ergebnis

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Die Rechtsfolgen der begründeten Nichtzulassungsbeschwerde regelt § 544 VI ZPO, wonach regelmäßig das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortzusetzen ist. Hier besteht jedoch die Besonderheit, dass eine Verletzung rechtlichen Gehörs festgestellt wurde. Damit greift § 544 VII ZPO, wonach das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

## FAZIT:

Die Entscheidung des BGH wird für eine mündliche Prüfung insbesondere wegen der fortwährenden Diskussion um den Beschwerdewert aus § 26 Nr. 8 S. 1 EGZPO (20.000 €) interessant. Diese Schwelle wird nicht nur stark kritisiert, sondern ist auch hinsichtlich des Anknüpfungspunktes (Wert der Beschwer oder Wert des Beschwerdegegenstandes?) kontrovers diskutiert worden.

Vgl. zur Kritik: Piekenbrock/ Schulte, JZ 2002, 91; zur Anknüpfung: Jauernig NJW 2007, 3615 unter Bezugnahme auf BVerfG, NJW 2007, 2241

## Problem: Wiederkehrende Beeinträchtigungen bei Miete

BGH, URTEIL VOM 28.01.2011  
VIII ZR 155 /11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

Leitsatz:

Zur Darlegung wiederkehrender Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs genügt eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten; der Vorlage eines "Protokolls" bedarf es nicht.

### **EINLEITUNG:**

Im Rahmen einer Widerklage hatte der darüber zu entscheiden, wann Beeinträchtigungen durch andere Bewohner in einem Mehrfamilienhaus einen mietmindernden Mangel an der Mietsache darstellen. Er wendete dabei bekannte Grundsätze für diese Abgrenzung zu hinzunehmenden Störquellen an. Neu war jedoch die Bewertung, dass zur hinreichenden Darlegung solcher Beeinträchtigungen kein „Protokoll“ erforderlich ist.

### **SACHVERHALT:**

Die Beklagten (B) sind seit 1999 Mieter einer Wohnung in Berlin Mitte. Ihre Vermieterin, die Klägerin (K), erwarb 2005 den gesamten Komplex, in dem sich auch die Wohnung der B befindet.

Freiwerdende Wohnungen vermietete sie jedoch nicht wieder an Langzeitmieter, sondern als möblierte Appartements an Touristen.

Im Laufe der letzten Monate kam es dadurch, dass K ihre Wohnungen überwiegend an junge Touristen vermietete dazu, dass diese in den späten Abendstunden, auch nach 22 Uhr lautstark feierten und das Treppenhaus benutzten, das sie im hohen Maß verschmutzten.

Am 20.08.2007 kündigten die Beklagten schriftlich an, eine Mietminderung ab September 2007 vorzunehmen, wenn sich die Klägerin nicht darum kümmere, die Belästigungen einzuschränken.

Da die Klägerin nichts unternahm, minderten die Beklagten die Miete ab September 2007 um 15 %.

Die Klägerin verlangt nun die Zahlung des ausstehenden Betrages. Hat sie einen solchen Anspruch gegen B?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH DER K AUF MIETZINSAUFLAGE AUS § 535 II BGB**

- I. Mietvertrag
- II. Mietminderung gem. § 536
  1. Mangel der Mietsache bei oder nach Überlassung
  2. Kein Ausschluss der Minderung gem. § 536 c I

### **LÖSUNG:**

K könnte einen Anspruch auf Zahlung des ausstehenden Betrages aus § 535 II BGB haben.

#### **I. Anspruch entstanden durch wirksamen Mietvertrag**

Der Anspruch auf Mietzinszahlung ist entstanden, indem sich die Parteien wirksam über das Mietverhältnis einigten.

#### **II. Anspruch erloschen wegen Mietminderung gemäß § 536 BGB**

Der Anspruch der K könnte jedoch gemäß § 536 BGB erloschen sein. Dafür müsste kraft Gesetzes eine Mietminderung eingetreten sein.

##### **1. Gebrauchsmindernder Mangel der Mietsache**

Als Voraussetzung für eine Mietminderung müsste ein gebrauchsmindernder Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 I 1, 1. Halbsatz BGB vorliegen.

Fraglich ist, ob die in Frage stehenden Belästigungen durch Lärm und Schmutz einen solchen Mangel darstellen.

„[10] Im Ausgangspunkt zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass **eine Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht schon darin liegt, dass die Klägerin frei gewordene Wohnungen in der Anlage nicht mehr an Langzeitmieter, sondern an Feriengäste und Touristen vermietet**, also regelmäßig für einen Zeitraum von wenigen Tagen oder Wochen. Denn die Überlassung an Feriengäste führt nicht zwangsläufig zu Beeinträchtigungen der übrigen Mieter, die über das Maß an Störungen hinausgehen, die bei einer Wohnungsnutzung typischerweise zu erwarten und in einer Wohnanlage mit vielen Parteien kaum zu vermeiden sind. **Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, wie die konkrete Nutzung durch Feriengäste ausgestaltet ist.**“

„[11] Zutreffend ist auch noch der weitere Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass in einem Mehrfamilienhaus gelegentlich auftretende Beeinträchtigungen wie etwa einzelne **Streitigkeiten von Bewohnern oder gelegentliches Feiern als sozialadäquat hinzunehmen und noch nicht als Sachmangel gemäß § 536 BGB anzusehen sind.**“

Vgl. zu einer ähnlich gelagerten Frage: BGH, Urteil vom 15.01.2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093

Da hier jedoch weit über diese Beeinträchtigungen hinausgehende Störungen der B auftraten, da die Touristen diese sogar mangels Rezeption im Haus nachts aufsuchten, um ihr Appartement zu finden, kann hier von einem Sachmangel im Sinne des § 536 BGB ausgegangen werden.

## 2. Kein Ausschluss der Minderung gem. § 536 c I BGB

Unterlässt der Mieter eine Mängelanzeige und konnte infolge dessen der Vermieter keine Abhilfe schaffen, ist die Minderung nach § 536 c II 2 Nr.1 BGB ausgeschlossen.

B hat am 20.08.2007 der K schriftlich die Mängel anzeigt.

Damit liegen die Voraussetzungen einer Mietminderung gemäß § 536 BGB vor.

## III. Ergebnis

Der Anspruch der K auf Mietzinszahlung ist zwar an sich entstanden, jedoch in Höhe der angekündigten Mietminderung erloschen. Somit hat K keinen Anspruch auf Zahlung des ausstehenden Betrages.

## FAZIT:

Materiell-rechtlich betrachtet ist das Urteil des BGH keine große Sensation. Es ist jedoch ein Fall der sich zum Abfragen mietrechtlicher Problemstellungen eignet. Im Originalfall zahlten die Beklagten den in Frage stehenden Betrag unter dem Vorbehalt der Rückforderung an die Klägerin. In einer Klausur für das erste Staatsexamen könnte hier ein Anspruch auf Rückzahlung gemäß § 812 I 1, Var. 1 BGB zu prüfen sein, der aufgrund des Vorbehalts der Rückforderung nicht nach § 814 BGB (Kenntnis von der Nichtschuld) gesperrt sein dürfte.

Vor allem aber im Hinblick auf das zweite Staatsexamen erscheint die Entscheidung als besonders klausurrelevant, da die Originalentscheidung über die Frage der Minderung auch prozessuale Fragen des rechtlichen Gehörs betrifft und eine Widerklage beinhaltet. So erhob K nach Kündigung wegen Zahlungsverzuges Klage auf Räumung der

Wohnung. Dieser begegneten B mit einer Widerklage gerichtet auf Rückzahlung des unter Vorbehalt gezahlten Betrages nebst Zinsen. Weiterhin beehrten sie Feststellung einer Mietminderung von 20 % sowie Unterlassung der Vermietung an Touristen.

Interessant sind die Ausführungen zur Darlegungslast. Bezüglich wiederkehrender Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs bedarf es entgegen der Vorinstanz nicht der Vorlage eines „Protokolls“. Es genüge grundsätzlich eine Beschreibung, aus der sich ergibt, um welche Art von Beeinträchtigungen (Partygeräusche, Musik, Lärm durch Putzkolonnen auf dem Flur o.ä.) es geht, zu welchen Tageszeiten, über welche Zeitdauer und in welcher Frequenz diese ungefähr auftreten. Alles Weitere sei einer Überspannung der Substantiierungsanforderungen und somit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.



## Öffentliches Recht

### Problem: Ordnungsdienst im Versammlungsrecht

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 30.06.2011  
1 S 2901/10 (DVBL 2011, 1305)

#### **EINLEITUNG:**

A. Im nachstehenden Urteil ging es um versammlungsrechtliche Auflagen. Zunächst wurde dem Versammlungsleiter (Kläger) auferlegt, die Personalien aller Ordner zu erfassen und auf Verlangen der Polizei oder Versammlungsbehörde vorzulegen. Der VGH verlangt für ein solches Ansinnen eine Ermächtigungsgrundlage, weil damit in das Selbstbestimmungsrecht des Veranstalters eingegriffen wird, Ordner auszuwählen. Als solche kam zunächst § 15 I VersG in Betracht. Solange keine Bedenken hinsichtlich der Zuverlässigkeit und Geeignetheit der ausgewählten Ordner bestehen, die bei Durchführung der Versammlung zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führen können, liegen dessen Voraussetzungen aber nicht vor. Nach Ablehnung des § 15 I VersG prüft der VGH noch § 18 II 1 VersG; aus der dortigen Genehmigungspflicht kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass auch die Personalien der Ordner mitgeteilt werden müssen. Schließlich schied auch § 14 II VersG als Ermächtigungsgrundlage für die Auflage aus.

B. Weiterhin hält der VGH auch die zusätzliche Auflage, die Polizei über versammlungs- und strafrechtliche Verstöße zu informieren, die von dem Versammlungsleiter oder den Ordnern nicht unterbunden werden können, für rechtswidrig. Hier fehlt es schon an der hinreichenden Bestimmtheit. Es ist nicht klar, ob auch strafrechtliche Verstöße zu melden sind, die mit der Versammlung nichts zu tun haben (z.B. Diebstahl unter den Versammlungsteilnehmern). Im Übrigen fehlte es auch insoweit an einer (notwendigen) Ermächtigungsgrundlage.

#### **SACHVERHALT:**

In der Stadt S in Baden-Württemberg fand am 3.2.2009 ein NATO-Gipfel statt. Der Kläger (Kl.) war Leiter einer Versammlung, die er für den Vortag geplant hatte, um mit ca. 300 Teilnehmern friedlich gegen die Schrecken des Krieges zu demonstrieren. Nachdem er seine Versammlung, die stationär auf einem Gelände abseits des Stadtgebiets von S stattfinden sollte, bei der zuständigen Versammlungsbehörde (B) rechtzeitig angemeldet hatte, erteilte diese ihm in formell rechtmäßiger Weise mehrere Auflagen, darunter

a) die Verpflichtung, die Personalien der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen und diese auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen (Auflage 1), sowie

b) unverzüglich die Polizei zu informieren, wenn es zu Verstößen gegen versammlungsrechtliche oder strafrechtliche Bestimmungen oder zu Ausschreitungen einzelner unfriedlicher Teilnehmer kommen sollte, die durch Weisungen des Versammlungsleiters oder der Ordner nicht unterbunden werden können (Auflage 2).

Der Kl. hat hiergegen noch Widerspruch eingelegt, der in der Kürze der Zeit aber nicht mehr beschieden wurde. Die Versammlung fand vielmehr ohne Zwischenfälle statt. Die Ordnerliste wurde weder erstellt noch angefordert.

Zwei Monate später erhob der Kl. Klage zum VG mit dem Antrag, die Rechtswidrigkeit der Auflagen festzustellen. Er wolle auch künftig ähnliche Versammlungen leiten, daher habe er ein Interesse daran, dass zukünftig eine derart grundlose Beschneidung seiner Versammlungsfreiheit unterbleibe.

B hingegen meint, sie habe mit ihren Auflagen nur Pflichten des Kl. konkretisiert, die sich ohnehin aus dem Gesetz ergäben. Angesichts der Gefahrenlage im Vorfeld des NATO-Gipfels sei sie hierzu auch berechtigt gewesen. Wie wird das VG entscheiden?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE**

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Verwaltungsrechtsweg**

##### **II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO**

- Nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigter VA
- Analogie (h.M.) bei Erledigung vor Klageerhebung und/oder Verpflichtungsklage

##### **III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO a.E.**

##### **IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog**

##### **V. Vorverfahren**

- hM: Keine Analogie zu § 68 I 2 VwGO, jedenfalls soweit VA bei Erledigung noch nicht bestandskräftig war

##### **VI. Frist**

- hM: Keine Analogie zu §§ 74 I, 58 VwGO, aber Verwirkung denkbar

##### **VI. Richtiger Beklagter, § 78 I VwGO analog**

##### **VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61 ff. VwGO**

#### **B. Begründetheit**

##### **I. Rechtswidrigkeit des VA bei Erledigung**

##### **II. Rechtsverletzung des Klägers**

### **LÖSUNG:**

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

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, da über Normen des Versammlungsgesetzes (VersG) gestritten wird. Abdrängende Sondervorschriften sind nicht ersichtlich.

##### **II. Statthafte Klageart**

Die Klage könnte als Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO statthaft sein. Dann müsste sich ein Verwaltungsakt erledigt haben.

Verwaltungsakte sind hier die beiden Auflagen zu a) und b). Erledigung derselben i.S.d. § 43 II VwVfG ist durch Zeitablauf eingetreten.

Allerdings findet § 113 I 4 VwGO - wie seine Stellung im 10. Abschnitt der VwGO und seine Bezugnahme auf § 113 I 1 VwGO zeigen - unmittelbare Anwendung nur auf solche Verwaltungsakte, die sich nach Klageerhebung erledigen. Hier trat Erledigung mit Ablauf des Versammlungsdatums am 2.2.2009 ein, Klage wurde erst zwei Monate später erhoben. Für vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte gilt § 113 I 4 VwGO jedoch analog:

Auflagen i.S.d. § 15 I VersG haben nichts mit Auflagen i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG zu tun, sind also keine Nebenbestimmungen! Es fehlt insoweit an einem Grund-VA, da Versammlungsfreiheit herrscht, Versammlungen also nicht genehmigt werden müssen. Auf den bekannten Streit über die Anfechtbarkeit von Nebenbestimmungen ist also keinesfalls einzugehen.

"Die Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechend § 113 I 4 VwGO statthaft. Nach § 113 I 4 VwGO spricht das Gericht, wenn sich ein Verwaltungsakt vorher durch Rücknahme oder auf andere Weise erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. **Erledigt sich der Verwaltungsakt - wie hier - bereits vor Klageerhebung, findet § 113 I 4 VwGO entsprechende Anwendung.**"

Dies entspricht der st.Rspr. des BVerwG (zuletzt: BVerwG, NVwZ-RR 2011, 279). Eine m.M. in der Literatur will demgegenüber § 43 VwGO anwenden. Auf diese Ansicht (vgl. Ehlers, JURA 2001, 415, 417 mwN) sollte in einem Gutachten durchaus eingegangen werden, wenn auch nicht in epischer Breite.

### III. Klagebefugnis

Der Kl. kann als Adressat der Auflagen zumindest eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 2 I GG geltend machen und ist allein deshalb schon analog § 42 II VwGO klagebefugt. Zudem kommt hier eine mögliche Verletzung seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG in Betracht.

### IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Der Kl. müsste ein berechtigtes Interesse an der Feststellung haben, § 113 I 4 VwGO. Dieses erblickt der VGH in der Wiederholungsgefahr:

**"Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr setzt zum einen die Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung durch den Kläger voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich auch zukünftig an ihrer Rechtsauffassung festhalten wird.** Dabei reicht es aus, dass der Wille des Betroffenen erkennbar ist, in Zukunft Versammlungen abzuhalten, die ihrer Art nach zu den gleichen Rechtsproblemen und damit der gleichen Beurteilung ihrer Rechtmäßigkeit führen können. Angesichts des verfassungsrechtlich geschützten Rechts des Veranstalters, über das Ziel sowie die Art und Weise der Durchführung einer Versammlung selbst zu bestimmen, darf für die Bejahung des Feststellungsinteresses nicht verlangt werden, dass die möglichen weiteren Versammlungen unter gleichen Umständen, mit einem identischen Motto und am selben Ort durchgeführt werden. Jedoch sind Anhaltspunkte dafür zu fordern, dass die Behörde das Verbot solcher weiterer Versammlungen oder die Beschränkung ihrer Durchführung voraussichtlich wieder mit den gleichen Gründen rechtfertigen wird. Dies ist hier der Fall. [...] Die Behörde hat durch das Festhalten an ihrer Rechtsauffassung [...] den Eindruck vermittelt, auch in Zukunft bei gleichartigen Versammlungen entsprechend ihrer Rechtsauffassung vorzugehen."

Das Gericht hat im Originalfall auch ein Rehabilitationsinteresse erwogen, mangels hinreichender Schwere des Eingriffs in die Versammlungsfreiheit des Kl. jedoch i.E. verneint. Es wäre somit auch vertretbar, zunächst jenes anzuprüfen, es zu verneinen und dann erst auf die Wiederholungsgefahr zu sprechen zu kommen.

### V. Vorverfahren

Ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch analog § 68 I 1 VwGO ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn - wie hier - Erledigung vor Bestandskraft des angegriffenen Verwaltungsakts eingetreten ist.

### VI. Frist

**"Diese sogenannte nachgezogene Fortsetzungsfeststellungsklage ist nicht an die Klagefristen der §§ 74 I, 58 II VwGO gebunden und in zeitlicher Hinsicht nur durch eine Verwirkung - wofür hier nichts spricht - begrenzt."**

Auch in dieser Hinsicht folgt der VGH der st.Rspr. des BVerwG, vgl. zuletzt BVerwGE 109, 203, 208.

### VII. Richtiger Klagegegner

Die Klage ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger zu richten, hier also die Stadt S als Trägerin der Versammlungsbehörde.

**B. Objektive Klagehäufung**

Die Klagen gegen die beiden Auflagen können nach § 44 I VwGO miteinander verbunden werden.

**C. Begründetheit**

Die Klage ist begründet, soweit die Auflagen rechtswidrig waren und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1, 4 VwGO.

**I. Formelle Rechtmäßigkeit**

Formelle Bedenken bestehen laut Sachverhalt nicht.

**II. Materielle Rechtmäßigkeit**

In materieller Hinsicht ist zwischen den Auflagen zu differenzieren.

**1. Erstellung der Ordnerliste (Auflage 1)****a. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage**

Fraglich ist zunächst, ob diese Auflage einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, also dem Aus Art. 20 III GG abzuleitenden Vorbehalt des Gesetzes unterfällt. Der VGH bejaht dies hier:

**"Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bedürfen lediglich behördliche Maßgaben, die nicht eine Abwehr konkret bevorstehender unmittelbarer Gefahren bezwecken, sondern sich in Hinweisen auf die allgemeine Rechtslage erschöpfen oder im Sinne vorsorgender Maßnahmen lediglich den reibungslosen Ablauf einer Versammlung gewährleisten sollen, keiner besonderen gesetzlichen Grundlage, soweit solche Maßnahmen keine Grundrechtseingriffe darstellen.** Bei der Anordnung handelt es sich jedoch um eine die Rechte des Versammlungsleiters beschränkende Verfügung, die einer gesetzlichen Grundlage bedarf. [...] Denn der Versammlungsleiter wird hierdurch verpflichtet, persönliche Daten der Ordner an die Behörde weiterzuleiten, was mit einer Erschwernis verbunden sein kann, für die anstehende Versammlung Ordner zu gewinnen, und damit auch mit einem gewissen Abschreckungseffekt einhergehen kann."

**b. Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage**

Fraglich ist danach, ob B sich auf eine solche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage stützen kann.

**aa. § 15 I VersG**

Als Ermächtigungsgrundlage kommt § 15 I VersG in Betracht.

**(1). Öffentliche Versammlung unter freiem Himmel**

Wegen seiner systematischen Stellung im III. Abschnitt des VersG gilt § 15 I VersG nur für öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel. Unter einer Versammlung ist eine Personenmehrheit zu verstehen, die sich zu einem gemeinsamen Zweck zusammenfindet. Ob dies mindestens zwei oder drei Personen sein müssen, ist streitig, kann hier angesichts einer Teilnehmerzahl von 300 aber dahinstehen. Ferner herrscht Uneinigkeit über den gemeinsamen Zweck. Auch nach der engsten Ansicht liegt aber eine Versammlung vor, wenn dieser in Teilhabe an öffentlich-politischer Meinungskundgabe liegt. Dass dies bei einer Demonstration gegen den Krieg anlässlich eines NATO-Gipfels der Fall ist, bedarf keiner weiteren Begründung.

Hier folgt der VGH der "Wesentlichkeitstheorie" des BVerfG: Nur wesentliche Maßnahmen unterliegen dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 20 III GG, wobei die Wesentlichkeit durch eine Grundrechtsrelevanz indiziert wird, vgl. z.B. BVerfG, NJW 1998, 2515, 2520 zur (verneinten) Wesentlichkeit der Rechtschreibreform.

Die (hier nicht angegriffene) Pflicht zur Bestellung von Ordnern an sich kann bei hinreichender Gefahr auch auf § 15 I VersG gestützt werden, vgl. OVG Münster, NJW 2001, 1441; Dietel/Gintzel/Kniesel, VersG, § 15 Rn., 36 ff., 48 m.w.N.

Die Versammlung fand auch unter freiem Himmel statt und war - da für jedermann zugänglich - öffentlich.

## (2). Unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung

Fraglich ist allerdings, ob von der Versammlung des Kl. eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausging, die mit der angefochtenen Auflage zu bekämpfen gewesen wäre. Der VGH verneint dies:

"Die öffentliche Sicherheit im Sinne dieser Bestimmung umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen, wobei in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen wird, wenn eine strafbare Verletzung dieser Rechtsgüter droht. [...]

Ebenso z.B. BVerfGE 69, 315 f.; BVerwGE 131, 216

Der Begriff der unmittelbaren Gefahr in § 15 I VersG stellt dabei besondere Anforderungen an die zeitliche Nähe des Schadenseintritts und damit auch strengere Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad. **Eine unmittelbare Gefährdung setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt.**

Alle erkennbaren Umstände sprachen [hier] für einen friedlichen Verlauf. Die Kundgebung, bei der mit ca. 300 Teilnehmern gerechnet wurde, war lediglich stationär geplant. Eine zeitliche Vorverlegung der Veranstaltung vom 03.04. auf den 02.04.2009 ist von Seiten des Kl. erklärtermaßen deshalb erfolgt, weil zu diesem Zeitpunkt noch keine Staatsgäste in [S] zu erwarten waren, sodass auch kein Anreiz für gewalttätige Demonstranten bestand, an der Versammlung teilzunehmen. [...]

Keine Gefahr durch unfriedliche Teilnehmer

Der Beklagte hat noch weniger hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass von den vom Kläger eingesetzten Ordnern eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung drohte. Die angegriffene Verpflichtung, die Personalien der einzusetzenden Ordner in einer Liste zu erfassen, die auf Anforderung der Polizei oder der Versammlungsbehörde vorzulegen ist, findet [somit] in § 15 I VersG keine Stütze."

Keine Gefahr durch die Ordner selbst

### bb. § 18 II 1 VersG

"Auch § 18 II 1 VersG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus. Nach dieser Vorschrift bedarf die Verwendung von Ordnern polizeilicher Genehmigung. [...] Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass der Versammlungsleiter auch Namen, Vornamen und Anschrift der einzusetzenden Ordner bekannt zu geben hat."

Allerdings kann nach h.M. aufgrund von § 18 II 1 VersG verboten werden, bestimmte (unzuverlässige) Personen als Ordner einzusetzen, vgl. OVG Bautzen, SächsVBl. 2002, 216 f.

### cc. § 14 II VersG

"Auch auf § 14 II VersG lässt sich die angegriffene Anordnung nicht stützen. Danach ist bei öffentlichen Versammlungen in der Anmeldung anzugeben, welche Person für die Leitung der Versammlung oder des Aufzugs verantwortlich sein soll. [...] Mit Blick auf die vom Versammlungsleiter abgeleiteten Aufgabenwahrnehmung des Ordners ließe sich daraus folgern, dass die Behörde auch in Bezug auf die Person des Ordners in die Lage versetzt sein muss, eine ent-

sprechende Prüfung anzustellen. Diese erweiternde Erstreckung der Vorschrift auf Ordner widerspricht jedoch der in Art. 8 GG garantierten Versammlungsfreiheit, zu der auch das Selbstbestimmungsrecht eines Veranstalters gehört, überhaupt Ordner einzusetzen und diese auszuwählen."

Somit ist die Auflage 1 rechtswidrig. Sie verletzt den Kl. auch in seinen Rechten aus Art. 2 I, 8 I GG. Seine Klage ist insoweit begründet.

## 2. Informationspflichten (Auflage 2)

### a. Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist auch hier zunächst, ob die Auflage, unverzüglich die Polizei zu informieren, wenn es zu Verstößen gegen versammlungsrechtliche oder strafrechtliche Bestimmungen oder zu Ausschreitungen einzelner unfriedlicher Teilnehmer kommen sollte, die durch Weisungen des Versammlungsleiters oder der Ordner nicht unterbunden werden können, einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Dies ist nach dem oben zu 1. Gesagten der Fall, wenn sie eine grundrechtsrelevante und damit wesentliche Maßnahme darstellt, hingegen nicht, wenn sie nur gesetzliche Pflichten des Kl. konkretisierte oder auf diese hinwies. Der VGH entscheidet sich für ersteres:

"Der Auffassung des B, die angegriffene Anordnung bedürfe keiner speziellen Ermächtigungsgrundlage, da sie nur die Pflichten des Versammlungsleiters und die von ihm abgeleiteten Pflichten der Ordner konkretisiert, die sich aus dem Versammlungsgesetz selbst ergeben, vermag der Senat nicht zu folgen. Um eine gesetzeswiederholende oder gesetzeskonkretisierende Verfügung würde es sich dann handeln, wenn sich eine entsprechende Handlungspflicht für den Versammlungsleiter und die Ordner unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und diese für den Kl. nunmehr verbindlich festgestellt [...] worden wäre. Dies ist indes nicht der Fall. Eine entsprechende Verpflichtung ist weder ausdrücklich gesetzlich geregelt, noch ergibt sie sich aus einer Gesamtschau der den Versammlungsleiter treffenden Pflichten."

Nach § 18 i.V.m. § 8 S. 2 VersG hat der Leiter während der Versammlung für Ordnung zu sorgen. Er kann sich dabei durch Ordner unterstützen lassen, § 9 I VersG. [...] **Das Ordnungsrecht des Versammlungsleiters verlangt indes nicht, dass sich dieser und die von ihm bestellten Ordner polizeilicher Hilfe bedienen müssen, soweit ihre Befugnisse nicht ausreichen, um Störungen zu verhindern oder zu beenden, oder dass sie gar Verstöße von Versammlungsteilnehmern anzeigen müssen. Der Versammlungsleiter kann vielmehr auch die Versammlung unterbrechen oder schließen (§ 18 I, § 8 S. 3 VersG).** Bei Aufzügen kann sich sogar eine Verpflichtung für den Leiter ergeben, den Aufzug für beendet zu erklären, wenn er sich gegenüber den Teilnehmern nicht durchzusetzen vermag (§ 19 III VersG). Eine Pflicht, die Polizei über Verstöße gegen versammlungsrechtliche oder gar strafrechtliche Bestimmungen zu informieren, die vom Versammlungsleiter oder den Ordnern nicht unterbunden werden können, ist diesen Regelungen hingegen nicht zu entnehmen."

### b. Vorhandensein einer Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob B sich insoweit auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen kann.

**aa. § 15 I VersG**

§ 15 I VersG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus, weil - wie oben gezeigt - mit von der Versammlung des Kl. ausgehenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht unmittelbar zu rechnen war.

**bb. § 17a IV VersG**

"Auch auf § 17a IV VersammlG lässt sich die angegriffene Anordnung nicht stützen. Danach kann die zuständige Behörde zur Durchsetzung der Verbote der Absätze 1 und 2 (Schutzwaffenverbot und Vermummungsverbot) Anordnungen treffen. Die Anordnung, die Polizei über versammlungs- und strafrechtliche Verstöße zu informieren, geht jedoch weit über eine Information hinsichtlich dieser gesetzlichen Verbote hinaus."

Andere Ermächtigungsgrundlagen sind nicht ersichtlich. Auch die Auflage 2 ist somit rechtswidrig und verletzt den Kl. in seinen Rechten aus Art. 2 I, 8 I GG. Die Klage ist damit auch insoweit begründet. Sie hat insgesamt Erfolg.

**FAZIT:**

Der Fall eignet sich bestens für Examensklausuren, da er eine Vielzahl von versammlungsrechtlichen Fragen betrifft und auch einmal weniger beachtete Ermächtigungsgrundlagen wie §§ 18 II 1, 14 oder 17a IV VersG einbezieht. Darüber hinaus verlangt er grundlegende Kenntnisse über die Reichweite des Gesetzesvorbehalts.

Dass das Versammlungsrecht gegenwärtig zu den examensrelevantesten Themen überhaupt gehört, sollte sich angesichts der Vielzahl hierzu ergangener Gerichtsentscheidungen aus der jüngeren Vergangenheit bereits herumgesprochen haben (vgl. nur die "Fraport"-Entscheidung des BVerfG, RA 2011, 169 = NJW 2011, 1201).

Der VGH hielt die Auflage darüber hinaus für zu unbestimmt (§ 37 II VwVfG) und daher auch aus diesem Grund für rechtswidrig. Es sei nicht hinreichend erkennbar, welche Verstöße zu melden seien. Dabei dürfte es sich aber um eine Frage der Rechtsfolge handeln, zu der man hier mangels Tatbestandserfüllung nicht mehr kommt.

**Problem: Fehlende Anhörung; Ermessensfehler**

VG MÜNCHEN, URTEIL VOM 23.05.2011  
8 K 11.149 (NVWZ-RR 2011, 672)

**EINLEITUNG:**

In der Entscheidung finden sich Probleme aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in Kombination mit klassischen Fragstellungen aus dem Baurecht. Es geht um eine Beseitigungsverfügung, bei welcher die vorherige Anhörung nicht durchgeführt wurde. Das VG meint, dieser Verfahrensfehler werde dadurch geheilt, dass der Kläger in seiner Klageschrift zur Sache Stellung genommen und die Behörde sich anschließend damit auseinandergesetzt habe (sehr streitig).

Weiterhin hatte die Beklagte im gerichtlichen Verfahren ihre unzureichenden Ermessenserwägungen zulässigerweise ergänzt. Nach § 114 S. 2 VwGO halten die Gerichte ein "Nachschieben" von Gründen, also eine Ergänzung bereits im Verwaltungsakt mitgeteilter, aber unzureichender Ermessenserwägungen für zulässig, nicht jedoch ein "Nachholen der Begründung", also die erstmalige Mitteilung von Ermessenserwägungen, wenn solche im Verwaltungsakt völlig fehlten. Im Ergebnis nützte aber auch das Nachschieben von Gründen der Behörde nichts: Die von ihr gesetzte Beseitigungsfrist von lediglich drei Monaten war zu kurz bemessen, die Beseitigungsanordnung daher rechtswidrig.

**SACHVERHALT:**

Der Kläger (Kl.) ist Eigentümer eines Grundstücks in München, das mit einem Wohnhaus bebaut ist, für das keine Baugenehmigung existiert. Die südliche Außenwand des Gebäudes verläuft unmittelbar auf der Grundstücksgrenze.

Nachdem dieser Sachverhalt der zuständigen Baugenehmigungsbehörde bekannt wurde, verfügte diese - ohne vorherige Anhörung des Kl. - die Beseitigung des Wohnhauses "binnen drei Monaten nach Unanfechtbarkeit der Beseitigungsanordnung". Zur Begründung führte sie lediglich an, der jetzige Zustand könne "auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen des Kl. nicht hingenommen werden."

Gegen den Beseitigungsbescheid hat der Kl. Klage erhoben und diese einerseits auf die fehlende Anhörung, andererseits darauf gestützt, dass in dem Haus seine alte, pflegebedürftige Schwiegermutter wohne, für die so schnell kein anderer adäquater Wohnraum in der Nähe gefunden werden könne. Die Baugenehmigungsbehörde wies in ihrer Replik darauf hin, auch unter Berücksichtigung dieses Sachverhalts komme nur ein Abriss in Betracht. Anders könne weder der negativen Vorbildwirkung des Gebäudes noch der aus der Verletzung der Abstandsfläche zum Nachbargrundstück resultierenden Brandgefahr begegnet werden.

Ist die zulässige Anfechtungsklage des Kl. begründet?

**LÖSUNG:**

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kl. dadurch in seinen Rechten verletzt ist, § 113 I 1 VwGO.





<b>Schuldrecht AT</b>	<b>Grundlagen</b>
Pflichten in Schuldverhältnissen (1)	

§ 241

Welche unterschiedlichen Arten / Gattungen von Pflichten sind in Schuldverhältnissen zu unterscheiden?  
Erkläre auch jeweils den Unterschied zwischen den einzelnen Arten!

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

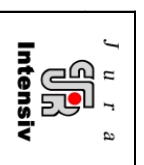


<b>Schuldrecht AT</b>	<b>DSL</b>
zufällige Schadensverlagerung (7)	

VOR  
§§ 249

1. Was beschreibt der Begriff und Prüfungspunkt „zufällige Schadensverlagerung aus Sicht des Schädigers“?
2. Welche Fallgruppen zu dieser „zufälligen Schadensverlagerung aus Schädigersicht“ existieren?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Schuldrecht AT</b>	<b>DSL</b>
Voraussetzungen (6)	

VOR  
§§ 249

1. Wie lauten die (Kern-) Voraussetzungen der DSL?
2. An welcher Stelle im Gutachten müssen diese Vss. erörtert werden?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Schuldrecht AT</b>	<b>DSL</b>
zufällige Schadensverlagerung (8)	

VOR  
§§ 249

1. Woran ist in den Fallgruppen mit § 447 zu denken?
2. Benenne ein Beispiel für eine zufällige Schadensverlagerung i. Zshg. mit einer mittelbaren Stellvertretung!
3. Benenne ein Beispiel für eine zufällige Schadensverlagerung i. Zshg. mit einer Obhutssituation für fremde Sachen!

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. (Kern-) Voraussetzungen der DSL:

- a) ein Anspruchsberechtigter hat keinen eigenen Schaden
- b) ein Geschädigter hat keinen eigenen Anspruch gg. den Schädiger
- c) es liegt ein Fall einer zufälligen Schadensverlagerung aus Sicht des Schädigers vor

2. Die DSL wird im Prüfungspunkt „Schaden“ erörtert:

- ⇒ denn Ziel der DSL ist es gerade, dass ein Gläubiger, der keinen eigenen Schaden hat, den Schaden eines Dritten beim Schädiger liquidiert

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Beim Versendungskauf (§ 447) liegt normalerweise die typische Situation des Auseinanderfallens von Rechtsinhaberschaft (= Versender) und wirtschaftlichem Risiko (= Empfänger trägt die Preisgefahr, § 447) vor. Allerdings führen die Regelungen §§ 407 ff. HGB hier oft dazu, dass der Geschädigte Empfänger einen Anspruch gegen den Transporteur hat (§ 421 HGB), so dass deswegen ein Fall der DSL gerade nicht vorliegt.

2. Kunstsammler S beauftragt (§ 662) den V, im eigenen Namen und (zunächst) auf eigene Rechnung auf einer Kunstauktion ein Bild zu erwerben, was V auch tut. Bevor V das Bild an S weiterleiten kann (§ 667), wird das Bild bei V durch Diebe zerstört. V ist Eigentümer des Bildes und daher in seinen Rechten verletzt (= Rechtsinhaber). Er behält jedoch seinen Anspruch gg. S aus § 670, während S seinen Anspruch aus § 667 wg. § 275 I verliert (S trägt das wirtschaftliche Risiko).

3. E verleiht sein Fahrrad an L. L gibt das Fahrrad bei V in Verwahrung. V zerstört das Fahrrad fahrlässig. L ist jetzt Gläubiger (= Inhaber) eines vertraglichen Sekundäranspruches gegen V (§ 280 I, III, 283). L hat jedoch keinen Schaden, denn er trägt das wirtschaftliche Risiko nicht: Dieses liegt beim Eigentümer E. E hat auch keinen (vertraglichen) Schadensersatzanspruch gg. L, denn den L trifft kein Verschulden am Untergang des Rades.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Hauptleistungspflichten iSv § 241 I

Beispiel: Pflicht zur Kaufpreiszahlung beim Kauf, § 433 II

- ⇒ sie charakterisieren / prägen das Schuldverhältnis
- ⇒ sie entstehen aus den Willenserklärungen der Parteien oder durch Gesetz
- ⇒ sie sind als Leistungspflichten immer auf Erfüllung gerichtet

2. Nebenleistungspflichten iSv § 241 I

Beispiel: Pflicht zur Verpackung der Ware beim Versendungskauf (sofern vereinbart)

- ⇒ sie charakterisieren / prägen das Schuldverhältnis nicht
- ⇒ sie dienen der Erfüllung der Hauptleistungspflicht
- ⇒ sie entstehen durch besondere Vereinbarung der Parteien (s.o. Beispiel) oder durch Gesetz (z.B. § 666 BGB)
- ⇒ sie sind als Leistungspflichten immer auf Erfüllung gerichtet

3. Rücksichtnahme- / Sorgfaltspflichten iSv § 241 II

Beispiel: Sorgsamer Umgang mit der gemieteten Sache, § 241 II

- ⇒ sie sind keine Leistungspflichten und daher nicht auf Erfüllung gerichtet
- ⇒ sie entstehen aus § 241 II
- ⇒ sie sind ein „Mehr“ im Vergleich zu den deliktischen Verkehrssicherungspflichten
- ⇒ sie entstehen in allen vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnissen und in den Schuldverhältnissen des § 311 II und III

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Grundsätzlich gilt der Satz „casum sentit dominus“ – der Rechtsinhaber trägt die Sachgefahr (selbst).  
Liegt dieser Fall jedoch einmal nicht vor, so dass also der Rechtsinhaber der Sache und derjenige, der das wirtschaftliche Risiko aus dem Schadensereignis trägt, **zufällig** nicht personidentisch sind, dann spricht man von einer „zufälligen Schadensverlagerung“:

2. Fallgruppen der „zufälligen Schadensverlagerung“:

- a) obligatorische Gefahreentlastung
  - aa) im Kaufrecht im Fall des § 447
  - bb) im Werkvertragsrecht im Fall der §§ 644, 645
  - cc) im Erbrecht im Fall der §§ 2147, 2174
- b) mittelbare Stellvertretung
- c) Obhut für fremde Sachen

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Schuldr BT</b>	<b>Mietrecht</b>
<b>Hauptleistungspflichten</b>	<b>(20)</b>

**§ 535**

1. Welche Hauptleistungspflichten hat der Vermieter?
2. Welche Hauptleistungspflichten hat der Mieter?



<b>Schuldr BT</b>	<b>Mietrecht</b>
<b>Mangelbegriff iSv § 536</b>	<b>(22)</b>

**§ 536**

Wie ist der Mangelbegriff im Mietrecht zu verstehen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

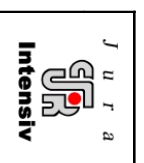


<b>Schuldr BT</b>	<b>WerkvertragsR</b>
<b>Gefahrübergang</b>	<b>(39)</b>

**§ 645**

1. Inwiefern stellt § 645 im Werkvertragsrecht eine systematische Besonderheit dar?
2. Kann § 645 über den Wortlaut der Vorschrift hinaus analog angewendet werden?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Schuldr BT</b>	<b>Mietrecht</b>
<b>Prüfungsschema</b>	<b>(23)</b>

**§ 536**

Wie lautet das Prüfungsschema für die Minderung gem. § 536?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Ein Mangel ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten. Sie muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufheben oder erheblich mindern:

1. § 536 I
  - ⇒ qualitativer Mangel an der Mietsache (Beschädigung und daher Brauchbarkeit eingeschränkt)
  - ⇒ Gebrauchsbeeinträchtigungen durch Immissionen (Baustellenlärm, Gewerbebetrieb oder Gaststätte in der Nähe)
  - ⇒ Gebrauchsbeeinträchtigung durch Umwelteinflüsse: Hochwasser überflutet Kellerräume
  - ⇒ Gebrauchsbeeinträchtigungen durch öffentlich-rechtliche Beschränkungen: Nutzungsuntersagung für den vertragsgem. Gebrauch wg. entgegenstehenden Nutzungsplans, keine Konzession bei gewerbl. Miete (bei Gaststätte)
  - ⇒ Wohnraumabweichung von über 10%
2. § 536 III
  - ⇒ Dritter hat ein (Sachen-) Recht an der Mietsache durch Verpfändung oder Einräumung eines Nießbrauchs

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Prüfungsschema der Mietminderung, § 536

1. Mietvertrag
  - a) § 535
  - b) §§ 581 II, 535
2. Mangel der Mietsache
  - a) iSv § 536 I
  - b) iSv § 536 II
  - c) iSv § 536 III
3. Überlassung der Mietsache
4. Kein Ausschluss
  - a) vertraglich – beachte: § 536 IV und § 536 d
  - b) gesetzlich: § 536 b; § 536 c II 2
  - c) § 242, wenn der Mieter den Mangel zu vertreten hat

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Hauptleistungspflichten des Vermieters
  - a) Gebrauchsüberlassung, § 535 I, S. 1
  - b) Instandhaltung, § 535 I, S. 2
2. Hauptleistungspflichten des Mieters
  - ⇒ Entrichtung des Mietzinses, § 535 II
  - ⇒ **beachte:** die Rückgabepflicht gem. § 546 I ist eine Nebenleistungspflicht des Mieters auf der Primärebene

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. § 645 als systematische Besonderheit:
  - ⇒ Übergang der Preisgefahr im Werkvertragsrecht bei Abnahme, § 644 (Regelfall)
  - ⇒ daher auch erst dann Fälligkeit der Vergütung, § 641
  - ⇒ liegen die Vss. des § 645 vor, so kann die Vergütung jedoch auch **ohne Abnahme** verlangt werden
  - ⇒ § 645 ist daher eine **Ausnahmevorschrift zu § 644**
2. Analoge Anwendung des § 645: heute h.M.: Bei Risiken, die mit den in § 645 geregelten Vorschriften vergleichbar sind, insbesondere bei Untergang des Werks aus Gründen, die in der Person des Bestellers liegen oder auf eine Handlung von ihm zurückzuführen sind, auch wenn ihm kein Verschulden trifft.  
**Bspw.:**
  - a) Zweckerreichung
  - b) Der Besteller kann den Gegenstand, an dem die Leistung vorgenommen werden soll, nicht zur Verfügung stellen.
  - c) Unmöglichkeit beruht auf Gründen im Land des Bestellers

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

*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.

### Lastschriftzugriffsermächtigung:

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





Grundrechte	Versammlung
Definition	Art. 8 GG

1. Was versteht man unter einer Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG? Was muss von einer Versammlung abgegrenzt werden?
2. Welche „Versammlungsbegriffe“ werden vertreten?

Raum für eigene Anmerkungen:

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR BT	BauR
Drittschutz; Gebot d. Rücksichtnahme	§§ 34, 35 BauGB

1. Herleitung des Drittschutzes im Bereich des § 34 BauGB?
2. Herleitung des Drittschutzes im Bereich des § 35 BauGB?
3. Wie wird das Gebot der Rücksichtnahme in der Begründetheit eines Rechtsbehelfs geprüft?
4. Kann sich nur der Nachbar gegen ein Bauvorhaben zur Wehr setzen, der dinglich Berechtigter ist, oder auch die obligatorisch Berechtigten?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR BT	BauR
Drittschutz im Baunachbarrecht	§ 30 BauGB

1. Wie werden drittschützende Normen im BauR hergeleitet? In welche Fallgruppen werden sie unterteilt?
2. Erläutern Sie die Herleitung des Drittschutzes im Bereich des § 30 BauGB.

Raum für eigene Anmerkungen:

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR AT	Rechtsfolgen
Ermessen	§ 114 VwGO

1. Welche Ermessensfehler werden im Falle des Vorliegens einer Ermessensnorm unterschieden und wie grenzt man diese voneinander ab?
2. Welche Kontrollrechte steht den Verwaltungsgerichten zu, wenn eine Norm der Behörde Ermessen gewährt?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Maßgeblich ist die **Schutznormtheorie**. Danach ist eine Norm drittschützend, wenn sie zumindest auch Individualinteressen schützt und der Antragsteller zum geschützten Personenkreis gehört. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung zu ermitteln (Wortlaut, Systematik, Sinn und Zweck).  
Im BauR wird zwischen **absolut und relativ drittschützenden Normen** unterschieden. Absolut drittschützende Normen gewähren stets Drittschutz, unabhängig von einer spürbaren Betroffenheit des Antragstellers. Relativ drittschützend sind die Vorschriften, die nur denjenigen schützen, der durch das umstrittene Bauwerk spürbar betroffen ist, z.B. durch Lärm- oder Geruchsbelastungen oder durch Erschütterungen.

2. Im Bereich des § 30 BauGB vermitteln **§§ 2-14 BauNVO absoluten Drittschutz**. Der B-Plan erzeugt zwischen den Grundstückseigentümern im **Baugebiet** eine sog. bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft. D.h. weil jeder den B-Plan zu beachten hat, kann er dies auch von jedem anderen Eigentümer im Baugebiet verlangen. Daraus ergibt sich letztlich ein **Gebietserhaltungsanspruch**.

Sollte das Bauwerk nach §§ 2-14 BauNVO zulässig sein, kann es noch wegen Verstoßes gegen § 15 I BauNVO unzulässig sein: **§ 15 I 1 BauNVO** knüpft an den Gebietserhaltungsanspruch an, ist also auch absolut drittschützend. **§ 15 I 2 BauNVO** i.V.m. dem „Gebot der Rücksichtnahme“ verleiht hingegen nur relativen Drittschutz, verlangt also eine eigene spürbare Betroffenheit.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Es werden im Rahmen des § 40 VwVfG/§ 114 S. 1 VwGO unterschieden:

- a) **Ermessensnichtgebrauch:**  
Behörde hat eingeräumtes Ermessen überhaupt nicht ausgeübt.
  - b) **Ermessenstehverbrauch:**  
Ermessen wurde nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise ausgeübt (*insbes. sachwidrige Erwägungen*).
  - c) **Ermessensunterschreitung:**  
Behörde hat eingeräumtes Ermessen ausgeübt, aber nicht alle relevanten Kriterien bedacht und/oder nicht alle möglichen Rechtsfolgen erwogen.
  - d) **Ermessensüberschreitung:**  
Gesetzliche Grenzen des Ermessens wurden überschritten (*insbes. Verstoß gegen höherrangiges Recht wie Verhältnismäßigkeitsprinzip*).
2. Das VG prüft gem. § 114 S. 2 VwGO nur (aber immerhin), ob einer der o.g. Ermessensfehler vorliegt. Aus Gründen der **Gewaltenteilung** trifft es **keine eigene Ermessensentscheidung**, da sonst die Judikative das Ermessen ausüben würde, das der Gesetzgeber der Exekutive zugebilligt hat.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

## 1. **Versammlung i.S.d. Art. 8 I GG**

= das Zusammenkommen mehrerer Personen, zwischen denen eine gewisse innere Verbindung besteht, d.h. sie benötigen einander, um das verfolgte Ziel zu erreichen (z.B. (-) bei Wartenden an einer Bushaltestelle).

2. Fraglich ist, ob darüber hinaus noch ein **gemeinsamer Zweck** verfolgt werden muss und welche Anforderungen an diesen zu stellen sind. Hierzu haben sich verschiedenen Versammlungsbegriffe herausgebildet.

### a) **Enger Versammlungsbegriff**

Danach muss die die Zusammenkunft der Erörterung oder Kundgabe öffentlicher Angelegenheiten dienen.

### b) **Erweiterter Versammlungsbegriff**

Erforderlich ist zwar auch eine Meinungskundgabe, es genügt aber jede Form derselben. Erfasst werden also nicht nur politisch-öffentliche sondern auch sonstige Angelegenheiten.

### c) **Weiter Versammlungsbegriff**

Eine Meinungskundgabe ist nicht erforderlich. Als gemeinsamer Zweck genügt jede innere Verbindung, mag sie in Form der Meinungskundgabe hervortreten oder nicht.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Bei **§ 34 I BauGB** ist der Drittschutz wegen des Verweises auf §§ 2-15 BauNVO sowie auf § 31 II BauGB identisch mit dem Drittschutz im Bereich des § 30 BauGB. Es besteht also **absoluter Drittschutz**.

Bei **§ 34 I BauGB** liegt es **ebenso**, soweit die „Art“ der baulichen Nutzung betroffen ist. Bzgl. Maß, bauweise und Grundstücksfläche knüpft das „**Gebot der Rücksichtnahme**“ am Merkmal „einfügen“ an. Es besteht also (nur, aber immerhin) **relativer Drittschutz**.

2. Aus § 35 I BauGB allein folgt kein Drittschutz, schon gar nicht aus § 35 II BauGB. § 35 III 1 Nr. 3 BauGB i.V.m. der Legaldefinition des § 1 BImSchG ist - wie § 15 I 2 BauNVO - eine gesetzliche Ausprägung des **Gebots der Rücksichtnahme**. Jenseits des Anwendungsbereichs des § 35 III 1 Nr. 3 knüpft das Gebot der Rücksichtnahme i.R.d. § 35 III BauGB an das Merkmal „öffentliche Belange“ an. Insgesamt also relativer Drittschutz.

3. I.R.d. Begründetheit verlangt das Gebot der Rücksichtnahme eine umfassende Interessenabwägung. Kriterien:

- Schutzwürdige Interessen des Bauherrn
- Schutzwürdigkeit der Nachbarn
- Auswirkungen des Bauwerks
- Vorbelastungen des Gebiets

4. Die nachbarlichen Abwehrrechte sind grundstücks-, nicht personenbezogen. Nachbar i.S.d. baurechtlichen Drittschutzes ist daher **nur der Eigentümer** oder sonst dinglich Berechtigter (Erbbauberechtigter, Nießbraucher). Einem lediglich obligatorisch berechtigten Grundstücksbesitzer stehen daher grds. keine Abwehrrechte zu.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR BT I</b>	<b>Betrug</b>
<b>Prüfungsschema I</b>	

**§ 263 StGB**

### Prüfungsschema objektiver Tatbestand

#### Definiere die einzelnen Tatbestandselemente

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR BT I</b>	<b>Betrug</b>
<b>Täuschung I</b>	

**§ 263 StGB**

T schließt mit der „Leben AG“ eine Risiko-Lebensversicherung ab. Begünstigter der Versicherung ist sein Bruder B. T hat schon bei Vertragsschluss vor, zeitnah seinen eigenen Tod vorzutäuschen und sich mit B die Versicherungssumme zu teilen.

Hat T die Leben AG getäuscht?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR BT I</b>	<b>Betrug</b>
<b>Prüfungsschema II</b>	

**§ 263 StGB**

### Prüfungsschema subjektiver Tatbestand

#### Definiere die einzelnen Tatbestandselemente

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR BT I</b>	<b>Betrug</b>
<b>Täuschung II</b>	

**§ 263 StGB**

#### Löse den folgenden Fall:

T bemerkt auf seinem Girokonto einen Zahlungseingang von 100.000 €. Er weiß sofort, dass es sich hierbei entweder um eine Fehlbuchung (also einen Fehler der Bank) oder um eine Fehlüberweisung durch einen Dritten handeln muss. T nutzt die Gunst der Stunde und überweist sich den Betrag auf sein zweites, bei einer anderen Bank geführtes, Konto.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## I. Tatbestand

1. – 4. (siehe KK I)

### 5. Vorsatz bzgl. 1. bis 4.

### 6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

#### a. Bereicherungsabsicht

Def.: Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage.

#### b. Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

Def.: Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung ist gegeben, wenn diese die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt, was der Fall ist, wenn Vorteil und Schaden auf derselben Verfügung beruhen und der Vorteil zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.

#### c. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Bereicherung

Def.: Rechtswidrig ist die vom Täter beabsichtigte Bereicherung dann, wenn sie im Widerspruch zur materiellen Rechtsordnung steht, d.h. wenn der Täter – oder bei einer Drittbereicherungsabsicht der Dritte – keinen fälligen, durchsetzbaren Anspruch auf die Bereicherung hat.

#### d. Vorsatz bzgl. b. und c.

## II. Rechtswidrigkeit

## III. Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## I. Tatbestand

### 1. Täuschung über Tatsachen

Def.: Täuschung ist jede intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorzurufen.

**Tatsachen** sind alle vergangenen oder gegenwärtigen Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweis zugänglich sind.

### 2. Täuschungsbedingter Irrtum

Def.: Irrtum ist jede Fehlvorstellung über Tatsachen.

Ein Irrtum wird **erregt**, wenn er durch das Verhalten des Täters hervorgerufen wird.

Ein Irrtum wird **unterhalten**, wenn der Täter eine bereits bestehende Fehlvorstellung bestärkt oder deren Aufklärung verhindert.

### 3. Irrtumsbedingte Vermögensverfügung

Def.: Vermögensverfügung ist jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen des Opfers, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt.

### 4. Verfügungsbedingter Vermögensschaden

Def.: Ein Vermögensschaden liegt vor, wenn der Gesamtwert des Vermögens des Opfers durch die Vermögensverfügung verringert wurde.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## 1.) Täuschung durch aktives Tun?

Ausdrücklich hat der T nicht getäuscht. Möglicherweise liegt eine schlüssige Täuschung über Tatsachen vor. Es käme eine schlüssige Täuschung über das Bestehen eines Anspruchs in Bezug auf das Geld in Betracht. In der bloßen Entgegennahme einer Leistung (hier der Kontogutschrift) liegt jedoch nicht automatisch die Erklärung, dass diese Leistung auch geschuldet war, es gehört in den Risikobereich des Leistenden, dass die Schuld besteht und die Leistung den Anspruch nicht übersteigt. Die Führung des Kontos und die ordnungsgemäße Buchung von Gutschriften und Lastschriften fällt gem. § 676 h BGB in den Verantwortungsbereich der Bank. Sie trägt damit das Risiko, dass die Schuld besteht. Danach: Täuschung durch schlüssiges Verhalten (-)

2.) Täuschung durch Unterlassen? (-), es fehlt an einer Aufklärungspflicht des T ggü. der Bank.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## In Betracht kommt eine konkludente Täuschung.

Faustformel: Konkludent miterklärt ist eine Tatsache, wenn das Verhalten des Täters ansonsten widersprüchlich wäre.

### Beispiele:

Das Eingehen einer vertraglichen Verpflichtung enthält die konkludente Erklärung des Erfüllungswillens und der Erfüllungsfähigkeit des Verpflichteten (z.B. bei geplanter Zechprellerei).

Der Abschluss eines Vertrages enthält die Erklärung des Vorliegens der Umstände, die den jeweiligen Geschäftstyp ausmachen, d.h. die **Geschäftsgrundlage** bilden. Dem Angebot auf Abschluss eines Vertrages ist also z.B. regelmäßig die konkludente Erklärung zu entnehmen, dass der in Bezug genommene Vertragsgegenstand nicht vorsätzlich zum eigenen Vorteil manipuliert wird. Bspl.: Es ist bei einer Lebensversicherung von Anfang an geplant, den eigenen Tod vorzutauschen (vgl. BGH, 14.08.2009 – 3 StR 552/08) oder der Täter wettet auf den Ausgang eines Spiels dessen Ergebnis er durch Bestechung des Schiedsrichters beeinflussen will.

Die Einforderung einer Leistung enthält die Erklärung, dass auch ein entsprechender Anspruch besteht. Gleiches gilt bei einer Einziehung von Geld vom Girokonto.

Das dingliche Übereignungsangebot enthält die Erklärung, dass zumindest Verfügungsbefugnis besteht.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## A. Rechtswidrigkeit des VA

Der VA ist rechtmäßig, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sind. Er ist mithin rechtswidrig, soweit es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

### I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur Art. 76 I 1 BayBauO in Betracht.

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste die zuständige Behörde nach ordnungsgemäßem Verfahren in der richtigen Form gehandelt haben.

#### 1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat die zuständige Bauaufsichtsbehörde gehandelt.

#### 2. Verfahren

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist fraglich, ob ein Verstoß gegen die Anhörungspflicht des Art. 28 I BayVwVfG vorliegt.

"Es lag ein Anhörungsfehler vor. Nach Art. 28 I BayVwVfG ist, bevor ein Verwaltungsakt erlassen wird, der in die Rechte eines Bet. eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Eine Anhörung des Kl. vor Erlass der Beseitigungsanordnung [...] kann nach Aktenlage nicht festgestellt werden."

Die Anhörung war auch nicht nach Art. 28 II BayVwVfG entbehrlich. Fraglich ist jedoch, ob dieser Fehler nach Art. 45 I Nr. 3 BayVwVfG geheilt worden ist. Das VG meint, hierzu genüge allein, dass der Kl. in der Klageschrift Gelegenheit zur Stellungnahme hatte und die Behörde sich mit seinem Vorbringen auseinandergesetzt hat:

**"Der Kl. hat im Rahmen der Klagebegründung ausführlich die Gründe vorgebracht, die aus seiner Sicht gegen die Beseitigung des streitgegenständlichen Gebäudes sprechen.** Insbesondere wurde darauf abgestellt, dass zugesagt worden sei, die Wohnnutzung durch die Schwiegermutter des Kl. aus humanitären Gründen zu gestatten und das Gebäude daher zu dulden.

**Mit der Klageerwiderung [...] hat die Bekl. dieses klägerische Vorbringen berücksichtigt,** insbesondere auch im Hinblick auf eine Duldung der Wohnnutzung durch die Schwiegermutter des Kl. Die Bekl. hat sich mit diesem Vorbringen auseinandergesetzt und hält auch unter Berücksichtigung der mit der Klagebegründung vorgebrachten Gesichtspunkte an der Beseitigungsanordnung fest."

Die Gegenansicht hält eine Heilungsmöglichkeit allein durch Klageerhebung aus mehreren Gründen für nicht gegeben: Hiergegen spreche schon die Gewaltenteilung, vor allem aber die Tatsache, dass § 28 I VwVfG dann jede Bedeutung verlieren würde, denn eine Klage wird in praxi immer begründet werden mit der Folge, dass ein Anhörungsfehler immer geheilt würde. Nach dieser Ansicht genügt eine Klageerhebung für sich genommen also nicht zur Heilung; vielmehr muss ein gesondertes Heilungsverfahren durch die Behörde durchgeführt, d.h. dem Kl. von dieser Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden.

Art. 76 I 1 BayBauO:

"Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet [...], so kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können."

Die Artikel des BayVwVfG entsprechen - soweit hier von Belang - den Paragrafen des Bundes-VwVfG.

Im konkreten Fall war parallel noch ein Zwangsgeld angedroht worden. Dazu war die Anhörung allerdings nach Art. 28 II Nr. 5 BayVwVfG entbehrlich.

In diesem Sinne auch OVG Münster, RA 2009, 158 = NVwZ-RR 2009, 159

So z.B. Kallerhoff, NWVBI 2009, 334, 338 m.w.N.

Allerdings bleibt die Gegenauffassung auch gut vertretbar. Die mit dieser weitgehenden Heilungsmöglichkeit einhergehende faktische Abschaffung des § 28 I VwVfG ist schließlich nicht zu leugnen.

Für die Ansicht des VG München sprechen vor allem praktische Gründe: Es wäre letztlich eine bloße Förmelerei, dem Kl. noch einen Anhörungsbogen o.ä. zu übersenden, wenn die Behörde sich auch gleich mit den in der Klageschrift vorgebrachten Argumenten auseinandersetzen kann. Da eine Heilung jedenfalls noch während des laufenden Prozesses möglich ist (§ 45 II VwVfG), wäre für den Kl. also wenig bis nichts gewonnen, wenn man die Durchführung eines förmlichen Anhörungsverfahrens verlangte.

### 3. Form

Für Formverstöße ist im Sachverhalt nichts ersichtlich. Die Beseitigungsanordnung ist nach alledem formell rechtmäßig.

## III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

### 1. Tatbestand

Merke: Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit genügt für eine Abrissverfügung allein eine formelle Illegalität nicht, obwohl diese bereits für sich genommen den Wortlaut der EGL ("öffentl.-rechtl. Vorschrift verletzt") erfüllen mag; es muss immer auch eine materielle Illegalität vorliegen (allg.M., vgl. nur Schoch, JURA 2005, 178, 181).

Merke: "Formelle Illegalität" = keine (wirksame) Baugenehmigung vorhanden.

Merke: "Materielle Illegalität" = Verstoß gegen (materielles) Bauplanungs- oder Bauordnungsrecht.

Art. 6 BayBauO: Abstandsflächen  
 "(1) Vor den Außenwänden von Gebäuden sind Abstandsflächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten. [...]

(2) Abstandsflächen [...] müssen auf dem Grundstück selbst liegen."

"Nach Art. 76 S. 1 BayBauO kann die Bauaufsichtsbehörde, wenn Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden, die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können. Eine genehmigungsbedürftige Anlage ist dann im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, wenn sie sowohl formell als auch materiell rechtswidrig ist."

#### a. Formelle Illegalität

"Das streitgegenständliche Gebäude ist in formeller Hinsicht rechtswidrig. Für das streitgegenständliche Gebäude findet sich in den grundstücksbezogenen Bauakten keine Baugenehmigung."

#### b. Materielle Illegalität

"Das Gebäude ist auch in materieller Hinsicht rechtswidrig. Dies ergibt sich schon daraus, dass es die erforderlichen Abstandsflächen nicht einhält. Nach Art. 6 II 1 BayBauO müssen Abstandsflächen auf dem Grundstück selbst liegen. Das Gebäude ist jedoch unmittelbar an der Grenze zu dem sich [...] anschließenden Grundstück [...] gelegen, so dass die Abstandsflächen auf dem eigenen Grundstück insoweit nicht nachgewiesen werden können."

### 2. Rechtsfolge

Art. 76 S. 1 BayBauO sieht ein behördliches Ermessen vor. Dieses kann vom VG (nur, aber immerhin) auf Ermessensfehler überprüft werden, § 114 S. 1 VwGO.

#### a. Ermessensunterschreitung

Ein Ermessensfehler in diesem Sinne ist u.a. die Ermessensunterschreitung. Sie liegt vor, wenn die Behörde bei ihrer Entscheidung nicht alle relevanten Fakten berücksichtigt und abgewogen hat.

#### aa. Ursprüngliche Begründung

Legte man nur die ursprüngliche Begründung der Beseitigungsanordnung zugrunde, wonach das Fortbestehen des Gebäudes "auch unter Berücksichtigung der privaten Interessen des Kl. nicht hingenommen werden" könne, so lässt diese eine ordnungsgemäße Ermessens-

ausübung nicht erkennen. Es bleibt insbesondere unklar, ob die Tatsache Berücksichtigung gefunden hat, dass in dem Haus eine pflegebedürftige Frau wohnt, für die innerhalb der von der Behörde gesetzten Beseitigungsfrist nach unwidersprochenem Klägervortrag kein alternativer Wohnraum zu beschaffen ist. Somit läge eine Ermessensunterschreitung der Behörde vor.

### bb. Nachschieben von Gründen

"Nach § 114 S. 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsakts auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Von dieser Möglichkeit hat die Bekl. im Rahmen der Klageerwiderung [...] auch Gebrauch gemacht."

**"§ 114 S. 2 VwGO ermöglicht nicht die vollständige Nachholung oder Auswechslung von Ermessenserwägungen, sondern nur die Ergänzung einer zumindest ansatzweise bereits vorhandenen Ermessensentscheidung.** Eine ansatzweise Darstellung der Ermessenserwägungen in diesem Sinne liegt, wenn auch sehr abstrakt, vor, da die Bekl. angesprochen hat, dass auch [...] die privaten Interessen des Kl. berücksichtigt wurden."

Somit sind nicht nur die ursprünglichen Ermessenserwägungen, sondern auch die nachgeschobenen Gründe zu berücksichtigen. Diese einbezogen, liegt keine Ermessensunterschreitung mehr vor, denn die Nutzung des Gebäudes durch die pflegebedürftige Schwiegermutter des Kl. wurde von der Behörde ausdrücklich mit abgewogen.

### b. Ermessensüberschreitung

Auch unter Berücksichtigung dieser Umstände könnte jedoch ein Ermessensfehler gegeben sein, nämlich eine Ermessensüberschreitung. Diese liegt vor, wenn die Behörde den ihr vom Gesetz gewährten Spielraum verlassen hat. Enthält - wie hier - die Ermächtigungsgrundlage selbst keine Ermessensgrenzen, bildet jedenfalls der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine solche. Dieser hat Verfassungsrang über das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG; wollte eine Norm unverhältnismäßige Maßnahmen erlauben, wäre sie also verfassungswidrig. Das VG hält die Maßnahme hier für unverhältnismäßig, da die Frist von drei Monaten zu kurz bemessen sei:

"Die gesetzte Frist berücksichtigt nicht, dass das streitgegenständliche Gebäude von der Schwiegermutter des Kl. tatsächlich bewohnt wird. Im Hinblick auf eine tatsächlich vorhandene Wohnnutzung ist eine Beseitigungsfrist von nur drei Monaten deutlich zu kurz bemessen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass insoweit der gesamte Zeitraum zwischen dem Erlass der Verfügung und deren Unanfechtbarkeit zu berücksichtigen wäre, da die Beseitigungspflicht erst ab der Unanfechtbarkeit greift."

Somit hat die Behörde ihr Ermessen überschritten. Die Abrissverfügung ist unverhältnismäßig und daher materiell rechtswidrig.

### B. Rechtsverletzung des Kl.

Dadurch wird der Kl. auch in seinen Eigentumsrechten aus Art. 14 I 1 GG, jedenfalls aber in seiner Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt. Die Klage ist somit begründet.

Merke: "Nachschieben von Gründen" ist zulässig, "Nachholen einer Begründung" nicht (allg.M., vgl. nur BVerwG, NVwZ-RR 2010, 550).

Hier wäre übrigens ohne Weiteres auch ein Nachholen der Begründung vertretbar gewesen, da der eine, ursprünglich von der Behörde abgegebene Begründungssatz nun wirklich eine nichtssagende Floskel war. Dann hätte das neue Vorbringen für unbeachtlich erklärt und bereits eine Ermessensunterschreitung bejaht werden müssen.

Merke 1: Die Verhältnismäßigkeit ist die Grenze jeder Ermessensausübung.

Merke 2: Unverhältnismäßigkeit ist immer zugleich eine Ermessensüberschreitung

**Problem: Gebietsübergreifender Nachbarrechtsschutz**

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 01.07.2011  
8 S 2581/10 (BAUR 2011, 1800)

Leitsätze:

1. Der Eigentümer eines Grundstücks im räumlichen Geltungsbereich eines Bebauungsplans hat keinen von konkreten Beeinträchtigungen unabhängigen Anspruch darauf, dass eine Baugenehmigung für ein Vorhaben auf einem Grundstück, das außerhalb des Plangebiets in einem faktischen Baugebiet (hier: Mischgebiet) liegt, die für dieses faktische Baugebiet geltenden Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung einhält.
2. Dies gilt selbst dann, wenn das im Plangebiet gelegene Grundstück auch der nach § 34 II 1 BauGB maßgebenden näheren Umgebung des Vorhabens zuzurechnen ist.

**Einleitung:**

Der VGH Mannheim hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob ein gebietsfremder Nachbar, der selbst in einem durch Bebauungsplan festgesetzten allgemeinen Wohngebiet wohnt, sich gegen ein Bauvorhaben wehren kann, das in einem benachbarten faktischen Baugebiet i.S.d. §§ 34 II BauGB i.V.m. 2-14 BauNVO (hier: Mischgebiet, § 6 BauNVO) genehmigt worden ist.

Das Gericht führt aus, dass zwar §§ 30 I BauGB i.V.m. 4 BauNVO dem Bewohner eines beplanten allgemeinen Wohngebiets Drittschutz vermitteln, jedoch nur gegen andere Bauvorhaben innerhalb dieses beplanten Gebiets.

§§ 34 II BauGB i.V.m. 2-14 BauNVO wiederum sind ebenfalls drittschützend, jedoch nur für Bewohner des faktischen Baugebiets, nicht für Gebietsfremde.

Dem Kl. blieb danach nur noch das in § 15 I 2 BauGB verankerte "Gebot der Rücksichtnahme", das allerdings nur relativen Drittschutz insoweit entfaltet, als eine "unzumutbare" Beeinträchtigung des klägerischen Grundstücks vorliegt. Eine solche ließ sich im konkreten Fall aber nicht feststellen.

**Sachverhalt:**

Der Kläger (Kl.) ist Eigentümer durch qualifizierten Bebauungsplan als "allgemeines Wohngebiet" festgesetzten Grundstücks in der beklagten Stadt S (Bekl.) in Baden-Württemberg auf dem er ein genehmigtes Wohnhaus errichtet hat und - wie eine Ortsbesichtigung ergab - eine ungenehmigte KfZ-Werkstatt betreibt. Dieses Grundstück wird nur durch eine Straße von einem angrenzenden, unbeplanten Innenbereich getrennt, der seiner Eigenart nach einem "Mischgebiet" i.S.d. § 6 BauNVO entspricht. Dort betreibt der Beigeladene (Beigel.) einen Gerüstbaubetrieb, für dessen Erweiterung er von der Bekl. eine Baugenehmigung erhielt.

Schon in seinem Widerspruch gegen diese Baugenehmigung rügte der Kl., die Baugenehmigung sei rechtswidrig, weil von dem Gerüstbaubetrieb des Beigel. nach genehmigter Erweiterung unzumutbare Lärmbelastungen ausgingen. Nachdem sein Widerspruch zurückgewiesen wurde, hat er Klage erhoben. Mit Erfolg?

[Anm.: Die Lärmgrenzwerte der "TA Lärm" liegen in Mischgebieten tagsüber bei 60 dB(A), in allgemeinen Wohngebieten tagsüber bei 55 dB(A). Es ist zu unterstellen, dass vom Grundstück des Beigel. tagsüber regelmäßig Emissionen von bis zu 56 dB(A) ausgehen werden.]

**Lösung:**

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

**A. Zulässigkeit****I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Streit über eine Baugenehmigung, also einen Verwaltungsakt, ist öffentlich-



rechtlicher Natur. Dieser ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht einschlägig.

## II. Statthafte Klageart

Statthaft ist eine Anfechtungsklage gem. § 42 I 1. Fall VwGO.

## III. Klagebefugnis

Der Kl. müsste gem. § 42 II VwGO geltend machen, durch die angefochtene Baugenehmigung in seinen Rechten verletzt zu sein. Sein Rügerecht ist also auf zu seinen Gunsten eingreifende subjektiv-öffentliche Rechte beschränkt, um Popularklagen zu vermeiden.

Der Kl. ist als Eigentümer eines benachbarten Grundstücks nicht Adressat der Baugenehmigung, sondern Dritter. Fraglich ist somit, ob er sich auf eine zu seinen Gunsten drittschützende Norm berufen kann.

### 1. Aus §§ 30 I BauGB i.V.m. 4 BauNVO

Das klägerische Grundstück befindet sich im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans, der dieses als "allgemeines Wohngebiet" festsetzt. Gem. § 1 III 2 BauNVO wird dadurch § 4 BauNVO Bestandteil des Bebauungsplans. § 4 BauNVO sieht Gewerbebetriebe wie den Gerüstbaubetrieb des Beigel. nicht vor, könnte durch diesen also verletzt sein.

#### a. Subjektiv-öffentliches Recht

Die §§ 2-14 BauNVO regeln unter Abwägung der Interessen des Bauherrn mit denen der Nachbarschaft die Zulässigkeit von Bauvorhaben ihrer Art nach. Wegen der Einbeziehung nachbarlicher Interessen ist ihr drittschützender Charakter allgemein anerkannt.

#### b. Zugunsten des Kl.

Allerdings entfalten sie diesen Drittschutz nur gegenüber anderen Bauvorhaben innerhalb des Plangebiets. Der VGH Mannheim verweist insoweit auf die Ausführungen des BVerwG in BVerwG, NVwZ 2008, 427, 428, welche nachstehend wiedergegeben werden:

**"In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass die Festsetzung von Baugebieten durch einen Bebauungsplan nachbarschützende Funktion zu Gunsten der Grundstückseigentümer im jeweiligen Baugebiet hat.** Ein Nachbar im Baugebiet soll sich auch dann gegen die Zulassung einer gebietswidrigen Nutzung wenden können, wenn er durch sie selbst nicht unzumutbar beeinträchtigt wird. Dieser bauplanungsrechtliche Nachbarschutz beruht auf dem Gedanken des wechselseitigen Austauschverhältnisses. Weil und soweit der Eigentümer eines Grundstücks in dessen Ausnutzung öffentlich-rechtlichen Beschränkungen unterworfen ist, kann er deren Beachtung grundsätzlich auch im Verhältnis zum Nachbarn durchsetzen.

**Daraus folgt, dass ein gebietsübergreifender Schutz des Nachbarn vor (behaupteten) gebietsfremden Nutzungen im lediglich angrenzenden Plangebiet [...] grundsätzlich nicht besteht.** Denn wenn zwischen dem Grundstück [des Bauherrn] und dem Grundstück des [Nachbarn] nicht das für ein Plangebiet typische wechselseitige Verhältnis besteht, das die in einem Plangebiet zusammengefassten Grundstücke zu einer bau- und bodenrechtlichen Schicksalsgemeinschaft zusammenschließt, fehlt es an dem

Merke: Bei Drittanfechtungsklagen sind in der Klagebefugnis alle als verletzt in Betracht kommenden Normen auf ihre Drittbezogenheit hin zu prüfen, weil dadurch der Umfang der Begründetheitsprüfung bestimmt wird (s.u. C.). Nicht drittschützende Normen sind schon hier als solche zu identifizieren und auszuschneiden; sie kommen in der Begründetheit dann nicht mehr vor.

Vgl. nur BVerwG, NJW 1994, 1546; BVerwG, NVwZ 1997, 384; NVwZ 2000, 679

spezifischen bauplanungsrechtlichen Grund, auf dem der nachbarschützende Gebietserhaltungsanspruch als Abwehrrecht beruht."

Somit kann der Kl. sich nicht über §§ 30 I BauGB i.V.m. 4 BauNVO gegen eine Bebauung in einem anderen als dem eigenen Baugebiet wehren.

## 2. Aus §§ 34 II BauGB i.V.m. 6 I, II BauNVO

Fraglich ist, ob der Kl. sich auf §§ 34 II BauGB i.V.m. 6 I, II BauNVO berufen kann.

### a. Subjektiv-öffentliches Recht

Wie oben gezeigt, entfalten die §§ 2-14 BauNVO Drittschutz. Dies gilt nach allg.M. nicht nur, wenn sie über § 1 III 2 BauNVO in den Geltungsbereich eines Bebauungsplans einbezogen werden, sondern auch, wenn sie - wie hier - über § 34 II BauGB Anwendung finden, weil ein sog. "faktisches Baugebiet" im unbeplanten Innenbereich vorliegt.

Vgl. nur BVerwGE 94, 151; Schröder, NJW 2009, 484, 484; Schoch, JK 3/12, BauGB § 30/1

### b. Zugunsten des Kl.

Dieser Drittschutz gilt jedoch nur für Grundstückseigentümer innerhalb des faktischen Baugebiets, meint der VGH:

"Das VG hat die von ihm vorgenommene Aufhebung der angefochtenen Baugenehmigung [...] u.a. darauf gestützt, dass das Vorhaben des Beigel. das Wohnen wesentlich störe und daher in dem faktischen Mischgebiet, in dem das Baugrundstück sich befinde, planungsrechtlich unzulässig sei, weil es gegen § 34 II BauGB i.V.m. § 6 I BauNVO verstoße. Hierauf könne sich der Kl. auch berufen, denn § 34 II BauGB habe insoweit nachbarschützende Funktionen.

Ebenso: Schoch, JK 3/12, BauGB § 30/1

Dem ist nicht zu folgen, weil der rechtliche Ausgangspunkt des Verwaltungsgerichts teilweise unzutreffend ist. [...] **Dem Kl. steht Schutz vor gebietsfremden Nutzungen im Plangebiet des Bebauungsplans zu. Er kann jedoch nicht darüber hinaus verlangen, dass auch die Eigentümer von Grundstücken in einem angrenzenden faktischen Baugebiet die dort geltenden Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung einhalten**, denn das Grundstück des Kl. selbst ist nicht diesen Regelungen, sondern nur denjenigen des Bebauungsplans unterworfen. Damit liegt kein wechselseitiges Austauschverhältnis zwischen den Grundstücken des Klägers und des Beigel. vor, das einen Nachbarschutz durch die für das Grundstück des Beigel. geltenden Regelungen rechtfertigen würde."

Das Grundstück des Kl. liegt nicht in dem faktischen Mischgebiet, sondern in einem qualifiziert beplanten, allgemeinen Wohngebiet. Somit kann sich der Kl. auch nicht auf §§ 34 II BauGB i.V.m. 6 BauNVO berufen.

## 3. Aus § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem Gebot der Rücksichtnahme

Schließlich kommt als subjektiv-öffentliches Recht des Kl. § 15 I 2 BauNVO in Betracht.

### a. Subjektiv-öffentliches Recht

Diese Vorschrift verlangt allerdings, dass das angegriffene Bauvorhaben dem Kl. gegenüber "unzumutbare" Belästigungen oder Störungen

gen hervorruft. Anders als §§ 2-14 BauNVO entfaltet die Vorschrift also keinen absoluten, von einer eigenen Beeinträchtigung losgelösten Abwehrensanspruch, sobald ein Bauvorhaben gebietsfremd ist, sondern nur dann ein subjektiv-öffentliches Recht, wenn und soweit gerade auf die Interessen des klagenden Nachbarn Rücksicht zu nehmen ist, weil dieser in qualifizierter und individualisierter Weise betroffen ist (sog. "Gebot der Rücksichtnahme"). Immerhin insoweit entfaltet aber auch § 15 I 2 BauNVO (relativen) Drittschutz. Insoweit verweist der VGH erneut auf BVerwG, NVwZ 2008, 427, 427:

**"Der Nachbarschutz eines außerhalb der Grenzen des Plangebiets belegenen Grundstückseigentümers bestimmt sich bundesrechtlich (nur) nach dem in § 15 I 2 BauNVO enthaltenen Gebot der Rücksichtnahme. In diesem Rahmen kommt es auf die vom Kl. angesprochenen konkreten örtlichen Verhältnisse an."**

#### b. Zugunsten des Kl.

Im Unterschied zu den absoluten Abwehrrechten der §§ 2-14 BauNVO, die nur für Eigentümer von Grundstücken innerhalb des Baugebiets gelten (s.o. 2.) und nur vor Bauvorhaben in dem Baugebiet schützen (s.o. 1.), steht das relative Abwehrrecht aus § 15 I 2 BauNVO jedermann zu, der behaupten kann, im o.g. Sinne "qualifiziert und individualisiert" betroffen zu sein.

Hier erscheint es zumindest möglich, dass die vom Beigel. verursachten Lärmemissionen eine "unzumutbare" Störung in diesem Sinne darstellen könnten, weil eine Überschreitung der Grenzwerte der "TA-Lärm" nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Die bloße Möglichkeit genügt für eine "Geltendmachung" i.S.d. § 42 II VwGO und damit die Klagebefugnis des Kl.; alles Weitere ist eine Frage der Begründetheit.

#### IV. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Der Kl. hat der Baugenehmigung gem. § 68 I 1 VwGO erfolglos widersprochen. Für Verstöße gegen die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO ist nichts ersichtlich. Die Klage ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger zu richten, der den Verwaltungsakt erlassen hat, hier also die Stadt S. Die Klage ist nach alledem zulässig.

#### B. Beiladung

Der Bauherr wurde gem. § 65 II VwGO beigeladen.

#### C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Als verletztes Recht des Kl. kommt hier allein § 15 I 2 BauNVO i.V.m. dem "Gebot der Rücksichtnahme" in Betracht (s.o. A.III.). Fraglich ist also, ob das Bauvorhaben des Beigel. dem Kl. gegenüber "unzumutbare" Störungen hervorruft. Solche könnten sich hier allein aus den vom Kl. gerügten Lärmemissionen ergeben.

#### I. Schädliche Umwelteinwirkungen

Der VGH geht davon aus, dass Emissionen wie Lärm dann i.S.d. § 15 I 2 BauNVO "unzumutbar" sind und gegen das Rücksichtnahmegebot verstoßen, wenn sie "schädlich" i.S.d. § 3 BImSchG sind.

**"Gehen von einem Vorhaben Immissionen aus, so bietet sich bei der Bemessung dessen, was den durch das Vorhaben Belästigten zugemutet werden kann, eine Anlehnung an die Be-**

Merke:

- §§ 2-14 BauNVO = absoluter Drittschutz: Sind sie verletzt, kommt es auf eine tatsächliche Störung des klagenden Nachbarn nicht an.

- § 15 I 2 BauNVO = relativer Drittschutz: Hier muss der Nachbar geltend machen, selbst "unzumutbar" gestört bzw. belästigt zu werden.

Merke: Bei Drittanfechtungsklagen wird in der Begründetheit nicht der gesamte VA auf formelle und materielle Rechtmäßigkeit hin überprüft, sondern die Prüfung auf die zugunsten des Kl. drittschützenden Normen beschränkt.

So schon VGH Mannheim, VBIBW 2003, 18, 18

**griffsbestimmungen des BlmschG an.** [...] Schädliche Umwelteinwirkungen sind nach § 3 BlmSchG alle Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft hervorzurufen. Einwirkungen dieses Grades sind den davon Betroffenen grundsätzlich nicht zuzumuten."

### 1. Bindungswirkung der TA Lärm

Für "antizipiertes Sachverständigengutachten" BVerwGE 55, 250, 255; für "normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift" BVerwGE 72, 300, 320; offen gelassen von BVerfGE 78, 214, 217.

Die Rechtsnatur der TAen ist also nach wie vor ungeklärt. Jedenfalls im 1. Examen wird aber nie ein Gegenbeweis angeboten worden sein, sodass eine Entscheidung - wie hier - offen bleiben kann. Vgl. vertiefend Erichsen/Klüsche, JURA 2000, 540, 547 f.

Was "schädlich" i.S.d. § 3 BlmSchG ist, beurteilt sich für Lärm wiederum nach der Technischen Anleitung Lärm ("TA Lärm"). Zwar sind die TAen nach § 48 I BlmSchG lediglich Verwaltungsvorschriften, also reines Innenrecht der Verwaltung, das für Bürger und Gerichte grds. keine Bindungswirkung entfaltet. Die TAen werden aber zumindest als sog. "**antizipierte Sachverständigengutachten**" angesehen, sind also solange bindend, wie nicht der Gegenbeweis geführt ist, dass die in ihnen enthaltenen Grenzwerte nach dem Stand von Wissenschaft und Technik falsch sind, wenn man ihnen nicht gar als "**normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften**" normgleiche, absolute Bindungswirkung beimessen will, die selbst einen Gegenbeweis nicht zulässt. Für ersteres spricht das Gewaltenteilungsprinzip, für letzteres das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Dies kann hier aber dahinstehen, da jedenfalls kein Gegenbeweis geführt wurde. Somit sind die Grenzwerte der "TA Lärm" hier in jedem Fall bindend.

### 2. Subsumtion

Fraglich ist allerdings, welcher Grenzwert hier zugrunde zu legen ist. Das klägerische Grundstück befindet sich in einem allgemeinen Wohngebiet, für das 55 dB(A) gelten. Diese werden laut Gutachten durch die vom Grundstück des Beigel. regelmäßig ausgehenden 56 dB(A) überschritten. Für (faktische) Mischgebiete, wie das, in dem das Grundstück des Beigel. liegt, gelten allerdings 60 dB(A), die hier nicht erreicht werden. Der VGH meint, dass bei derart gebietsnaher Bebauung ein "Mittelwert" zu bilden sei:

**Angesichts der Belastung der Grundstücksnutzung mit einer gegenseitigen Pflicht zur Rücksichtnahme ist eine Art "Mittelwert" zu bilden, der zwischen den Immissionsrichtwerten liegt, die für benachbarte Gebiete unterschiedlicher Nutzung und damit unterschiedlicher Schutzwürdigkeit - bei jeweils isolierter Betrachtung - vorgegeben sind. [...]** So liegt der Fall auch hier."

Diese sog. "Mittelwert"-Rechtssprechung wurde vom BVerwG (BVerwG, NVwZ 1994, 646) in Anlehnung an Ziffer 6.7. der TA Lärm entwickelt, die eine Mittelwertbildung zwar nicht für benachbarte Plangebiete, wohl aber - insoweit vergleichbar - für Gemengelage vorsieht.

Einzelfall bei Mittelwertbildung zu berücksichtigen: BVerwG, DVBl 1985, 397.

Zwar darf als "Mittelwert" nicht einfach das arithmetische Mittel genommen werden; vielmehr sind alle Besonderheiten des Einzelfalles einzubeziehen. Diese, namentlich die auch gewerbliche Nutzung des klägerischen Grundstücks mit einer KfZ-Werkstatt, sprechen eher für eine Erhöhung des arithmetischen Mittelwertes von 57,5 dB(A), wobei hier selbst dieser nicht erreicht wird. Für die Annahme eines niedrigeren Wertes sind demgegenüber keine Anhaltspunkte ersichtlich.

## II. Ergebnis

Die vom Grundstück des Beigel. ausgehenden potenziellen Lärmemissionen sind nicht "schädlich" i.S.d. § 3 BlmSchG und damit dem Kl. gegenüber auch nicht "unzumutbar". Er ist nicht in seinem Recht aus § 15 I 2 BauNVO verletzt. Seine Anfechtungsklage ist zulässig, aber unbegründet. Sie hat keinen Erfolg.

*Speziell für Referendare:***Problem: Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens**

BVERWG, URTEIL VOM 30.06.2011  
4 C 10/10 (NVWZ 2012, 51)

**EINLEITUNG:**

Die nachstehende Entscheidung des BVerwG beschäftigt sich mit der Reichweite des Suspensiveffekts nach § 80 I VwGO und der Erledigung i.S.d. § 113 I 4 VwGO.

Die Klägerin (Kl.) hatte einen Bauantrag gestellt, der von der Baugenehmigungsbehörde nach § 15 I 1 BauGB zurückgestellt worden war. Weil sie trotzdem nicht länger auf ihre Baugenehmigung warten wollte, legte sie Widerspruch gegen den Zurückstellungsbescheid ein und erhob nach Ablauf von drei Monaten seit Stellung des Bauantrages Klage auf Erteilung der Baugenehmigung. Während des laufenden Klageverfahrens ordnete die Behörde die sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheides an. Die Kl. war offensichtlich der Auffassung, damit sei ihrer Verpflichtungsklage der Boden entzogen; jedenfalls erklärte sie diese für erledigt und stellte Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 113 I 4 VwGO.

VGH Mannheim und BVerwG hielten dies für voreilig. Zwar sei nach Anordnung der sofortigen Vollziehung des Zurückstellungsbescheids die aufschiebende Wirkung des klägerischen Widerspruchs gegen diesen entfallen; auch könne deshalb infolge des § 15 I 1 BauGB einstweilen keine Baugenehmigung erteilt werden; dem Verpflichtungsbegehren sei damit aber nicht - jedenfalls nicht dauerhaft - die Grundlage entzogen mit der Folge, dass es sich nicht erledigt habe. Der Kl. hätte somit an seinem Verpflichtungsbegehren festhalten müssen, seine Fortsetzungsfeststellungsklage war unstatthaft.

**SACHVERHALT:**

Die Kl. beantragte bei der Bekl. als zuständiger Baugenehmigungsbehörde am 3.8.2007 die Erteilung einer Baugenehmigung für die Erweiterung eines Verbrauchermarktes auf dem Grundstück [...] in der Stadt S in Baden-Württemberg. Mit Bescheid vom 26.9.2007 setzte die Bekl. die Bescheidung des Bauantrags bis zum 3.8.2008 aus. Gegen diesen Bescheid erhob die Kl. am 4.10.2007 Widerspruch.

Nachdem der Bauantrag innerhalb von drei Monaten nicht beschieden worden war, hat die Kl. am 19.11.2007 Untätigkeitsklage zum Verwaltungsgericht (VG) erhoben und den Antrag angekündigt, die Bekl. zu verpflichten, ihr die beantragte Baugenehmigung zu erteilen. Mit Bescheid vom 22.11.2007 ordnete die Bekl. die sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheids an. Hiergegen unternahm die Kl. nichts. In der mündlichen Verhandlung vor dem VG am 25.6.2008 hat die Kl. ihren Verpflichtungsantrag durch den Antrag auf Feststellung ersetzt, dass die Nichterteilung der beantragten Baugenehmigung rechtswidrig gewesen sei.

Wie wird das Gericht über diesen Antrag entscheiden?

**LÖSUNG:**

Das Gericht wird dem Antrag der Kl. stattgeben, soweit er zulässig und begründet ist. Zunächst müsste er also zulässig sein.

**Leitsatz:**

Das Verpflichtungsbegehren eines Bauantragstellers, der gegen die Zurückstellung seines Bauantrags nach § 15 I 1 BauGB Widerspruch eingelegt und danach Untätigkeitsklage auf Erteilung der Baugenehmigung erhoben hat, erledigt sich nicht dadurch, dass die sofortige Vollziehung des Zurückstellungsbescheides angeordnet wird.

**A. Verwaltungsrechtsweg**

Vor dem VG ist die Klage nur zulässig, wenn der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen richtet sich dies hier nach § 40 I 1 VwGO, der eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art fordert, für die keine abdrängenden Sonderzuweisungen existieren.

Öffentlich-rechtlich ist eine Streitigkeit, wenn der Streitgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur ist. Gestritten wird hier um die Erteilung einer Baugenehmigung, also über einen Verwaltungsakt und damit eine typisch öffentlich-rechtliche Handlungsform, vgl. § 35 S. 1 VwVfG. Ferner verpflichtet die streitentscheidende Norm - § 58 LBO BW als Anspruchsgrundlage auf Erteilung der Baugenehmigung - eine Behörde, somit zwingend einen Hoheitsträger. Auch dies gibt der Streitigkeit eine öffentlich-rechtliche Prägung.

Sie ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen greifen nicht ein. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

**B. Statthaftigkeit**

Fraglich ist, ob der Antrag der Kl. statthaft ist.

**I. Ursprünglicher Antrag**

Ursprünglich hatte die Kl. auf Erteilung der Baugenehmigung geklagt. Dieser Antrag war als Verpflichtungsklage nach § 42 I 2. Fall VwGO statthaft.

**II. Antrag in der mündlichen Verhandlung**

Maßgeblich ist jedoch der letzte im Termin zur mündlichen Verhandlung gestellte Antrag, vgl. § 103 III VwGO. Dort hat die Kl. ihren Verpflichtungsantrag durch den Antrag auf Feststellung ersetzt, dass die Nichterteilung der beantragten Baugenehmigung rechtswidrig gewesen sei. Dieser Antrag könnte als Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 113 I 4 VwGO statthaft sein. Dann müsste sich ein Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt haben.

**1. Verwaltungsakt**

Genau genommen hat sich hier nicht ein Verwaltungsakt, sondern allenfalls das Begehren der Kl. auf Erlass eines Verwaltungsakts erledigt. Schon der Wortlaut des § 113 I 4 VwGO ("der Verwaltungsakt"), im Übrigen aber auch seine systematische Stellung hinter den Begründetheitsanforderungen der Anfechtungsklage in § 113 I 1 VwGO zeigen, dass die Fortsetzungsfeststellungsklage unmittelbar nur auf Anfechtungsbegehren anwendbar ist.

**a. Analoge Anwendung auf Verpflichtungsbegehren**

Das BVerwG vertritt in st.Rspr. jedoch eine analoge Anwendung auf Verpflichtungsbegehren:

"Nach § 113 I 4 VwGO spricht das Gericht für den Fall, dass sich der angegriffene Verwaltungsakt erledigt hat, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kl. ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Die auf Anfechtungsklagen zugeschnittene Bestimmung ist nach gefestigter Rechtsprechung des BVerwG auf Verpflichtungsklagen entsprechend anwendbar, und zwar auch dann, wenn - wie hier - die Verpflichtungsklage als Untätigkeitsklage erhoben worden ist."

Merke: Fortsetzungsfeststellungsanträge unterliegen nicht den Voraussetzungen der Klageänderung nach § 91 VwGO.

Vgl. nur BVerwGE 89, 354 [355]; BVerwG, NVwZ 1992, 1092 und BVerwGE 117, 50 [51] = NVwZ 2003, 478

## b. Anwendbarkeit des § 43 VwGO

Eine Gegenansicht in der Literatur verneint hingegen die Analogie-voraussetzungen. Es liege keine planwidrige Regelungslücke vor, weil die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO eingriffe. Nach dieser Ansicht ist auf erledigte Verpflichtungsbegehren also eine (positive) Feststellungsklage nach § 43 I 1. Fall VwGO auf Be- stehen eines Rechtsverhältnisses (hier: Genehmigungsfähigkeit des klägerischen Bauvorhabens) statthaft.

Vgl. Ehlers, JURA 2001, 415, 418 m.w.N.

## 2. Erledigung

Einer Stellungnahme hierzu bedarf es jedoch nur, soweit sich das Verpflichtungsbegehren tatsächlich erledigt hat. Wäre keine Erledi- gung eingetreten, käme weder eine analoge Anwendung des § 113 I 4 VwGO in Betracht, der eine Erledigung zwingend voraussetzt, noch eine positive Feststellungsklage nach § 43 I 1. Fall VwGO, die im Übrigen nach § 43 II VwGO zur - allein (weiterhin) statthaften - Ver- pflichtungsklage gem. § 42 I 2. Fall VwGO subsidiär wäre. Fraglich ist somit, ob hier Erledigung eingetreten ist.

### a. Anfechtungsbegehren

Liegt ein Verwaltungsakt vor, richtet sich dessen Erledigung nach § 43 II VwVfG. Dieser findet auf Verpflichtungsbegehren jedoch keine (unmittelbare) Anwendung.

### b. Verpflichtungsbegehren

Das BVerwG entnimmt jedoch dem Rechtsgedanken des § 43 II VwVfG auch die Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens. In sämt- lichen in § 43 II VwVfG genannten Fällen wird der Kl. klaglos gestellt. Eben dies muss auch zur Erledigung eines Verpflichtungsbegehrens der Fall sein:

"Da die Fortsetzungsfeststellungsklage u.a. dem Zweck dient zu verhindern, dass ein Kl. um die "Früchte" seiner bisherigen Pro- zessführung gebracht wird, **ist das Verpflichtungsbegehren erledi- ght, wenn es nach Klageerhebung aus dem Kl. nicht zure- chenbaren Gründen unzulässig oder unbegründet wurde, wenn also das Rechtsschutzziel aus Gründen, die nicht in der Einflussphäre des Kl. liegen, nicht mehr zu erlangen ist, weil es entweder außerhalb des Prozesses erreicht wurde oder überhaupt nicht mehr erreicht werden kann. Letzteres ist der Fall, wenn eine nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage zum Erlöschen eines Anspruchs führt.**"

BVerwGE 60, 328 [332 f.]; 61, 128 [134]; BVerwG, NVwZ 1989, 48; Schmidt: in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. [2010], § 113 Rdnr. 77

### c. Subsumtion

Als erledigendes Ereignis in diesem Sinne kommt hier nur die Anord- nung der sofortigen Vollziehung des Zurückstellungsbescheids durch die Bekl. in Betracht. Damit könnte dem Genehmigungsantrag der Kl. der Boden entzogen worden sein. Zwar hat sie gegen den Zurückstel- lungsbescheid Widerspruch erhoben mit der Folge, dass dessen Rechtswirkungen nach § 80 I VwGO zunächst suspendiert waren; infolge der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist dieser Suspen- siveffekt jedoch erloschen mit der Folge, dass der Zurückstellungsbe- scheid nunmehr dem klägerischen Genehmigungsvorhaben nach § 15 I BauGB entgegen steht.

Das BVerwG sieht hierin aber gleichwohl kein erledigendes Ereignis, weil die Zurückstellung nur vorübergehenden Charakter hat (bis zu 12 Monate, vgl. § 15 I 1 BauGB):

Merke: Anders wäre es bei Erlass einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB oder einer sonstigen, dauerhaften Änderung der Rechtslage gewesen (z.B. das Inkrafttreten eines neuen Bebauungsplans, nach dem das Bauvorhaben nicht zulässig wäre).

Zurückstellungsbescheid als zwingendes Genehmigungshindernis: OVG Münster, NVwZ-RR 2001, 17

**"Durch die Zurückstellung des Bauantrags (§ 15 BauGB) erlischt ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung nicht. [...]** Anders als eine in Kraft befindliche Veränderungssperre berechtigt die Zurückstellung die Baugenehmigungsbehörde nicht zur Ablehnung eines Bauantrags, sondern nur dazu, die Entscheidung über den Antrag zeitlich befristet aufzuschieben."

"Zwar kann der Bauantragsteller gegen die Zurückstellung Widerspruch einlegen mit der Folge, dass die Behörde wegen der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs (§ 80 I 1 VwGO) zur unverzüglichen Weiterbearbeitung des Bauantrags verpflichtet ist; die Behörde kann dies jedoch verhindern, wenn sie - wie hier geschehen - die sofortige Vollziehung der Zurückstellung anordnet."

"Solange die Pflicht der Baugenehmigungsbehörde zur Bearbeitung des Bauantrags ausgesetzt ist, ist die Feststellung, dass das Klageziel überhaupt nicht mehr erreicht werden kann, nicht möglich. Sie lässt sich erst treffen, wenn die bauplanungsrechtlichen Grundlagen des fraglichen Vorhabens in einer Weise geändert worden sind, die zur Unzulässigkeit des Vorhabens führten. In diesem Fall ist der Zurückstellungsbescheid durch einen Versagungsbescheid zu ersetzen."

**"Zwar kann die Verpflichtungsklage auch während des Schwebezustands keinen Erfolg haben; daraus folgt aber nicht, dass der Kl. aus Anlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Zurückstellungsbescheids seinen Verpflichtungsantrag auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umzustellen hätte, um der Abweisung der Klage - als "derzeit" unbegründet - zu entgehen."**

### III. Ergebnis

Mangels erledigenden Ereignisses blieb allein das (ursprüngliche) Verpflichtungsbegehren des Kl. statthaft. Da sie dieses in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich aufgegeben und durch ein unstatthaftes (Fortsetzungs-)Feststellungsbegehren ersetzt hat, ist dieser Klageantrag unstatthaft. Das Gericht wird die Klage daher als unzulässig abweisen.

### FAZIT:

In einer Examensklausur hätte sich ein Prüfer natürlich nicht mit dieser Feststellung zufrieden gegeben, sondern z.B. den ursprünglichen Verpflichtungsantrag hilfsweise zur Entscheidung gestellt und/oder ein Hilfsgutachten zur Begründetheit verlangt, in dem dann materielles Baurecht ( - hat die Kl. einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung oder nicht? -) zu prüfen gewesen wäre.

Hätte die Kl. ihren Verpflichtungsantrag aufrecht erhalten, wäre dieser übrigens nach § 75 S. 3 VwGO auszusetzen gewesen, bis sich der Zurückstellungsbescheid erledigt hätte (Zeitablauf der max. 12 Monate, vgl. §§ 43 II VwVfG i.V.m. 15 I 1 BauGB). Sodann wäre über den Baugenehmigungsanspruch der Kl. zu entscheiden gewesen, sofern sich dieser nicht zwischenzeitlich aus anderen Gründen erledigt hätte (z.B. positiv infolge der freiwilligen Erteilung der Baugenehmigung durch die Bekl. oder negativ infolge einer für die Kl. ungünstigen Änderung des Rechtslage, vgl. oben die Anmerkung zu B.II.2.c.).

In den Worten des BVerwG: "Die Kl. hat den Verpflichtungsantrag zu früh durch einen Fortsetzungsfeststellungsantrag ersetzt. Wegen der Zurückstellung war die Bekl. nicht verpflichtet, den Bauantrag der Kl. zu bescheiden, und hätte das VG das Verfahren aussetzen müssen, wenn die Kl. in der mündlichen Verhandlung an ihrem Verpflichtungsantrag festgehalten hätte"



## Strafrecht

### Problem: Tatlohn als Vorteil i.S.v. § 257 I StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 03.11.2011  
2 STR 302/11 (NJW-SPEZIAL 2012, 185)

#### EINLEITUNG:

Der BGH musste in der vorliegenden Entscheidung zu der Frage Stellung nehmen, ob die Vergütung, die ein Straftäter von einem Auftraggeber für die Durchführung einer Straftat erhält, einen „Vorteil der Tat“ i.S.v. § 257 I StGB darstellt.

Der BGH legt den Begriff des „Vorteils der Tat“ weit aus und betont, dass hierunter nicht nur Vorteile **aus der Tatbegehung** fallen, sondern auch Vorteile **für die Tatbegehung** wie etwa ein entsprechendes Entgelt.

#### SACHVERHALT:

P fasste den Entschluss, über eine GmbH nicht existierende Solarmodule gegen Vorkasse zu verkaufen. Er zahlte vorab 35.000 € an Pu, der hierfür einen Scheingeschäftsführer und einen Firmenmantel beschaffen sollte. Pu sorgte dafür, dass O als Geschäftsführer der M-Haustechnik GmbH, einer reinen Briefkastenfirma, eingetragen wurde. In der Zeit von Juni bis August 2008 nahm die M-Haustechnik GmbH Vorkassengelder in Höhe von über 1,5 Mio. € ein, ohne die bestellten Solarmodule zu liefern.

Ende Juli/Anfang August 2008 wandte sich Pu an den als Rechtsanwalt tätigen A, da er Bargeld in der Schweiz „verstecken“ wollte. Darunter befand sich u.a. der von P erhaltene Tatlohn. Der Angeklagte, dem die Herkunft der 35.000 € bekannt war, begab sich mit Pu in die Schweiz und bereitete die Gründung der N-Holding AG vor. Auf Anraten des A eröffnete Pu in der Schweiz ein Konto, zahlte das bei sich geführte Bargeld ein und überwies das Geld auf ein Konto der N-Holding AG als Stammkapital.

Hat A sich wegen Begünstigung, § 257 I StGB, strafbar gemacht, wenn der Verkauf der nicht existierenden Solarmodule durch die M-Haustechnik GmbH einen strafbaren Betrug, § 263 I StGB, darstellt?

#### PRÜFUNGSSHEMA: BEGÜNSTIGUNG, § 257 STGB

- I. Tatbestand
  1. Rechtswidrige Vortat eines anderen
  2. Hilfeleisten
  3. Vorsatz
  4. Vorteilssicherungsabsicht
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

#### LÖSUNG:

Durch seine Mitwirkung bei der Gründung der N-Holding AG könnte sich A wegen Begünstigung gem. § 257 I StGB strafbar gemacht haben.

#### § 257 I StGB:

„Wer einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, ihm die Vorteile der Tat zu sichern, wird [...] bestraft.“

#### Leitsatz:

Vorteil im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB ist auch der an einen Tatbeteiligten gezahlte, nicht aber der ihm versprochene Tatlohn.

## I. Tatbestand

### 1. Rechtswidrige Vortat eines anderen

Zur Teilnahme als Vortat i.S.v. § 257 StGB: BGHSt 24, 166, 167; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 257 Rn. 3

Die Beteiligung des Pu an den durch den Verkauf nicht existierender Solarmodule begangenen Betrugstaten stellt eine rechtswidrige Vortat i.S.v. § 257 I StGB dar. Insofern kann auch dahinstehen, ob Pu an den Betrugstaten als (Mit-) Täter oder nur als Teilnehmer beteiligt war, da jede Form der strafbaren Beteiligung eine „rechtswidrige Tat“ i.S.v. § 257 I StGB darstellt.

Die Vortat des Pu müsste im Zeitpunkt der Tathandlung des A auch begangen worden sein, d.h. zumindest das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht haben.

„Zum Zeitpunkt des Hilfeleistens des Angeklagten am 19. August 2008 waren die Betrugsstraftaten im Zusammenhang mit der M-Haustechnik GmbH, die in der Zeit von Ende Juni bis 11. August 2008 erfolgten, bereits begangen.“

Eine rechtswidrige Vortat liegt somit vor.

### 2. Hilfeleisten

Zum Hilfeleisten i.S.v. § 257 StGB: BGHSt 24, 166, 167; OLG Frankfurt, NJW 2005, 1727, 1735; Fischer, § 257 Rn. 7

A müsste Pu Hilfe geleistet haben.

Hilfeleisten i.S.v. § 257 I StGB ist jedes Verhalten, das objektiv dazu geeignet ist, dem Vortäter die erlangten Vorteile gegen Entziehung zu Gunsten des Berechtigten zu sichern und das subjektiv mit dieser Tendenz vorgenommen wird.

Fraglich ist zunächst, ob es sich bei den 35.000 €, die Pu als Lohn für seine Mitwirkung an den Betrugstaten von P erhalten hatte, überhaupt um einen Vorteil i.S.v. § 257 I StGB handelt.

„[8] Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht [...] den Tatlohn in Höhe von 35.000 €, den Pu für seine Beteiligung an dem Betrug erhielt, als ‚Vorteil der Tat‘ im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB angesehen hat. Die Begünstigung (§ 257 StGB) verlangt, dass der Täter einem anderen, der eine rechtswidrige Tat begangen hat, in der Absicht Hilfe leistet, diesem die Vorteile der Tat zu sichern. **Nach dem Wortlaut der Strafnorm sind umfassend ‚Vorteile der Tat‘ erfasst. Er unterscheidet nicht zwischen Vorteilen ‚für‘ und ‚aus‘ der Tat, sondern beinhaltet jeglichen Vorteil, der sich im Zusammenhang mit der Tatbegehung ergibt.** Nicht erforderlich ist danach, dass dieser „aus“ der Tat resultiert. Gemessen hieran sind „Vorteile der Tat“ nicht nur die Früchte der Vortat, hier also die von den Kunden der M. Haustechnik GmbH betrügerisch erlangten Gelder. **Einen Vorteil im Sinne des § 257 StGB stellt vielmehr auch der (vorab) an einen Tatbeteiligten [...] gezahlte Tatlohn dar. Dem steht nicht entgegen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einschränkend verlangt wird, dass der Vorteil unmittelbar durch die Vortat erlangt ist. Das Unmittelbarkeitserfordernis dient dazu, Ersatzvorteile (Vorteilssurrogate) auszuklammern. Bei der Entlohnung für die Tatbeteiligung handelt es sich jedoch nicht um einen derartigen Ersatzvorteil; vielmehr ist auch der Tatlohn ein unmittelbarer ‚Vorteil der Tat‘.**

Zur Unmittelbarkeit der Erlangung des Vorteils: BGHSt 24, 166, 168; 46, 107, 117; BGH, NStZ 1987, 22; 2000, 259

Zum Strafgrund der Begünstigung: BGH, NStZ 1995, 187, 188; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 257 Rn. 1; Jahn/Reichart, JuS 2009, 310

[9] Dieses Ergebnis steht auch mit der Bestimmung des Rechtsguts der Begünstigung durch den Bundesgerichtshof in Einklang. Danach **liegt das Wesen der Begünstigung in der Hemmung der Rechtspflege, die dadurch bewirkt wird, dass der Täter die**

**Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes verhindert, der sonst durch ein Eingreifen des Verletzten oder von Organen des Staates gegen den Vortäter wiederhergestellt werden könnte.** Der Täter der Begünstigung beseitigt oder mindert die Möglichkeit, die Wiedergutmachung des dem Verletzten zugefügten Schadens durch ein Einschreiten gegen den Vortäter zu erreichen, das diesem den durch die Vortat erlangtem Vorteil wieder entziehen würde. Dieses trifft auch auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation zu. Der Täter der Begünstigung, der - wie hier - dem Vortäter den Tatlohn sichert, mindert die Möglichkeiten des durch die Vortat Geschädigten, im Wege des zivilrechtlichen Schadensersatzes - etwa gemäß §§ 823 ff. BGB - oder der strafrechtlichen Gewinnabschöpfung gemäß § 73 StGB Schadenswiedergutmachung zu erlangen.“

A müsste Pu auch Hilfe geleistet, also diese Vorteile gegen Entziehung zu Gunsten des Berechtigten gesichert haben.

„[10] [...] Der Angeklagte hat Pu die Vorteile der Tat in Höhe von 35.000 € gesichert, indem er ihm am 19. August 2008 die Möglichkeit eröffnet hat, in der Schweiz die N-Holding AG zu gründen und die Summe dort als Stammeinlage einzubringen.“

Eine Tathandlung liegt somit vor.

### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

### 4. Vorteilssicherungsabsicht

A handelte auch in der Absicht, Pu die erlangten Vorteile zu sichern.

## II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

## III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

## IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 257 I StGB.

### FAZIT:

Durch den vorliegenden Beschluss weitete der BGH die Anwendbarkeit der Begünstigung stark aus. In der Vergangenheit hatte er als Vorteile der Tat i.S.v. § 257 I StGB nur Vorteile „aus der Tat“ angesehen, also solche, die durch die Vortat dem Opfer entzogen worden waren und auf deren Rückübertragung dieses deshalb einen (zivilrechtlichen) Anspruch hatte. Gerade in der Gefährdung der Durchsetzung dieses Anspruches durch die Begünstigungshandlung hatte der BGH den Strafgrund des § 257 StGB gesehen. Mit der Ausweitung des Vorteilsbegriffs auf Vorteile „für die Tat“, die der BGH in dem vorliegenden Beschluss vornimmt, hält er sich zwar im Rahmen des Gesetzeswortlauts. Die Argumentation des BGH hinsichtlich des geschützten Rechtsguts dürfte jedoch verfehlt sein. Da das Opfer der Vortat keinen Anspruch auf Herausgabe desjenigen hat, was dem Vortäter von seinem Auftraggeber für die Ausführung der Vortat erlangt hat, wird durch eine Begünstigungshandlung auch kein solcher Anspruch gefährdet.

## Problem: Betrug durch Tanken ohne Bezahlung

BGH, BESCHLUSS VOM 10.01.2012  
4 StR 632/11 (NJW 2012, 1092)

§ 263 I StGB:

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

§ 242 I StGB:

„Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird [...] bestraft.“

§ 246 I StGB:

„Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“

### **EINLEITUNG:**

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung mit der klassischen Frage, ob ein Täter, der an einer Tankstelle tankt ohne zu bezahlen, sich wegen Betrugs, § 263 I StGB, Diebstahls, § 242 I StGB, oder nur wegen Unterschlagung, § 246 I StGB, strafbar macht. Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass zumindest für den Fall, dass der Täter von Anfang an nicht vorhatte, den Treibstoff zu bezahlen, eine Strafbarkeit wegen Betrugs gegeben ist – allerdings nur, sofern dieser von einem Mitarbeiter der Tankstelle beobachtet wird. Andernfalls liege aber einer Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs nahe.

### **SACHVERHALT:**

A hatte seinen Pkw mit amtlichen Kennzeichen versehen, die er zuvor entwendet hatte, damit er unerkannt ohne zu bezahlen tanken konnte. Entsprechend dieser Absicht hat er anschließend an der Tankstelle des T Benzin im Wert von über 100 € getankt, wobei nicht festgestellt werden konnte, ob die in der Tankstelle allein anwesende Kassiererin K den Vorgang bemerkt hat.

Hat A sich durch sein Verhalten an der Tankstelle nach dem StGB strafbar gemacht, wenn er damit rechnete, beim Tanken von K bemerkt zu werden?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: BETRUG, § 263 I STGB**

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

### **LÖSUNG:**

#### **A. Strafbarkeit gem. § 263 I StGB ggü. K u.z.N.d. T**

Durch das Tanken könnte sich A wegen Betrugs, § 263 I StGB, gegenüber K und zum Nachteil des T strafbar gemacht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Täuschung über Tatsachen**

A müsste über Tatsachen getäuscht haben.

„[4] [...] indem er als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er - jedenfalls in der Regel - durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde.“

Täuschung i.S.v. § 263 I StGB ist die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen, die geeignet ist, eine Fahlvorstellung über Tatsachen hervorzu-rufen (Joecks, § 263 Rn. 22).

Da A tatsächlich bereits beim Tanken nicht vorhatte, das Benzin zu bezahlen, hat er über die innere Tatsache der Zahlungsbereitschaft getäuscht.

## 2. Täuschungsbedingter Irrtum

A müsste bei T durch die Täuschung einen Irrtum, also eine Fehlvorstellung, über seine Zahlungsbereitschaft hervorgerufen oder unterhalten haben.

„[4] [...] **Durch diese Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum** mit der Folge, dass ihm - sofern es sich um eine Bedienungstankstelle handelt - das Benzin in den Tank eingefüllt oder - falls es eine Selbstbedienungstankstelle ist - das Einfüllen gestattet wird. [...]

[5] **Ein vollendeter Betrug liegt jedoch nicht vor, wenn der Täter an einer Selbstbedienungstankstelle tankt, ohne vom Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt zu werden.** In einem solchen Fall ist aber regelmäßig vom Tatbestand des versuchten Betruges auszugehen.“

Es lässt nicht feststellen, ob K den Tankvorgang des A bemerkt hat. Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist deshalb zu Gunsten des A davon auszugehen, dass dies nicht der Fall war. K unterlag somit keinem täuschungsbedingten Irrtum.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 263 I StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB ggü. K u.z.N.d. T

Durch das Tanken könnte A sich aber wegen versuchten Betrugs, §§ 263 I, 22, 23 I StGB; gegenüber K und zum Nachteil des T strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Der Betrug ist nicht vollendet (s.o.). Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt sich aus § 263 II StGB.

#### II. Tatentschluss

##### 1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A wollte dadurch, dass er wie ein normaler Kunde tankte, K über seine Zahlungsbereitschaft täuschen.

##### 2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

A hatte sich vorgestellt, dass K aufgrund der Täuschung einer Fehlvorstellung über seine Zahlungsbereitschaft, also einem Irrtum, unterliegen würde.

##### 3. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung

A müsste sich vorgestellt haben, dass K aufgrund des Irrtums eine Vermögensverfügung vornehmen würde, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirken würde.

„[4] [...] Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben. **Jedenfalls bringt**

Tatsachen sind alle Zustände oder Geschehnisse, die dem Beweise zugänglich sind (Fischer, § 263 Rn. 6). Hierbei ist zu beachten, dass auch Kenntnisse, Motive und Absichten Tatsachen darstellen (sog. „innere Tatsachen“; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 373)

Zur Verfügung i.S.v. § 263 I StGB: BGH, NJW 1960, 1068; Fischer, § 263 Rn. 70; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 385

**der Täter durch die Täuschungshandlung das Benzin in seinen Besitz** und erlangt damit einen Vermögensvorteil i. S. des § 263 StGB, dem auf Seiten der geschädigten Tankstelle ein entsprechender Vermögensnachteil gegenüber steht.“

A hatte sich also vorgestellt, dass K es infolge des Irrtums dulden würde, dass er tankt, wodurch das Vermögen des T unmittelbar gemindert würde, jedenfalls bzgl. des Besitzes an dem Benzin.

A hatte sich vorgestellt, dass K nicht über ihr eigenes Vermögen verfügen würde, sondern über das des T. A müsste sich weiter Umstände vorgestellt haben, nach denen das im Falle eines solchen Dreiecksbetrugs erforderliche Näheverhältnis zwischen Verfügendem (also K) und Geschädigtem (also B) bestünde. A wusste jedoch, dass K als Angestellte des T dazu befugt war, über dessen Vermögen zu verfügen und deshalb auch in dessen Lager stand.

Zu den Anforderungen an das Näheverhältnis beim Dreiecksbetrug gibt es im Wesentlichen zwei Auffassungen:

- die Befugnistheorie verlangt die Befugnis des Verfügenden zur Verfügung über das fremde Vermögen (Joecks, § 263 Rn. 61 f.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 416 f.)
- nach der Lagertheorie genügt es, dass der Verfügende im Lager des Vermögensinhabers steht (OLG Düsseldorf, NJW 1994, 3366, 3367; Rengier, BT I, Rn. 47)

#### 4. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens

A hatte sich nicht vorgestellt, dass T für den Verlust des Besitzes an dem Benzin ein Äquivalent erhalten würde, sodass er sich einen verfügungsbedingten Vermögensschaden vorstellte.

#### 5. Bereicherungsabsicht

A hatte die Absicht, sich den Besitz an dem Benzin und somit einen Vermögensvorteil (s.o.), also eine Bereicherung, zu verschaffen.

#### 6. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A wusste, dass er keinen Anspruch auf das Benzin hatte, die beabsichtigte Bereicherung also rechtswidrig war. Auch stellte er sich eine Bereicherung vor (Erlangung des Benzins), die die Kehrseite des Schadens beim Opfer (Verlust des Benzins), also stoffgleich, wäre.

Rechtswidrig ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn der Täter keinen fälligen durchsetzbaren Anspruch auf diese hat (BGHSt 19, 206, 216; Fischer, § 263 Rn. 191)

Stoffgleich ist die beabsichtigte Bereicherung, wenn sie die Kehrseite des Vermögensschadens beim Opfer darstellt (BGH, NStZ 2003, 264; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 492)

#### III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

A hatte seinen Plan bereits vollständig in die Tat umgesetzt, er war lediglich – entgegen seiner Vorstellung – nicht von K beobachtet worden, sodass es nicht zu einem Irrtum kam. Er hat aber jedenfalls unmittelbar angesetzt.

#### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

#### V. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gibt es nicht.

#### VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

#### C. Strafbarkeit gem. § 242 I StGB

Durch das Tanken könnte A sich auch wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB an dem Benzin strafbar gemacht haben.

#### I, Tatbestand

##### 1. Fremde bewegliche Sachen

Bei dem im Eigentum des T stehenden Benzin handelt es sich um eine für A fremde, bewegliche Sache.

## 2. Wegnahme

A müsste das Benzin weggenommen haben, also fremden Gewahrsam gebrochen und neuen, nicht unbedingt tätereigenen, Gewahrsam begründet.

„[4] [...] Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tathandlungen folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt.“

Eine Wegnahme liegt also nicht vor.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 242 I StGB.

### D. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 22, 23 I StGB

Auch eine Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls, §§ 242 I, 22, 23 I StGB, scheidet aus, da A sich eine Verfügung der K vorstellte (s.o.) und somit keinen Tatentschluss bzgl. einer Wegnahme hatte.

### E. Strafbarkeit gem. § 246 I StGB

„Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen Unterschlagung schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 Abs. 1 StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den - versuchten oder vollendeten - Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.“

Eine Strafbarkeit des A gem. § 246 I StGB scheidet somit aus.

### F. Strafbarkeit gem. § 267 I 3. Fall StGB

Dadurch, dass er mit seinem Pkw, der mit fremden Nummernschildern versehen war, bei der Tankstelle vorfuhr, könnte A sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 3. Fall StGB strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Unechte Urkunde

Ein mit Nummernschildern versehener Pkw enthält die verkörperte Gedankenerklärung, dass dieses Fahrzeug zum Betrieb im Straßenverkehr zugelassen ist, ist insofern zum Beweis geeignet und bestimmt und lässt auch die Straßenverkehrsbehörde als Aussteller erkennen. Er ist also eine – zusammengesetzte – Urkunde.

Die Nummernschilder waren von S an seinem Pkw angebracht worden, obwohl sie von der Straßenverkehrsbehörde für ein anderes Fahrzeug ausgegeben worden waren. Die Urkunde stammt also nicht von demjenigen, der in ihr als Aussteller angegeben ist (die Behörde) und ist somit unecht.

### 2. Gebrauchen

A hat dadurch, dass er mit dem Fahrzeug im öffentlichen Straßenverkehr fuhr, dieses anderen zur Wahrnehmung zugänglich gemacht und so gebraucht.

### 3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

Da dasselbe Verhalten nicht gleichzeitig eine Wegnahme des Täters und eine Weggabe (also Verfügung) des Opfers sein kann, stehen Diebstahl und Betrug in einem Exklusivitätsverhältnis (BGH, NJW 1963, 1068, 1069; Fischer, § 242 Rn. 27; Rengier, BT I, § 13 Rn. 31).

Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und einen Aussteller erkennen lässt (BGHSt 13, 235; Joecks, § 267 Rn. 13)

Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der in ihr als Aussteller bezeichnet ist (Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 267 Rn. 48)

Eine Urkunde wird gebraucht, wenn sie dem zu Täuschenden zur Kenntnisnahme zugänglich gemacht wird (BGHSt 36, 64; Joecks, § 267 Rn. 83)

Täuschungsabsicht i.S.v. § 267 I StGB setzt die Absicht oder das sichere Wissen des Täters voraus, dass ein Irrtum über die Echtheit der Urkunde erregt und der Getäuschte dadurch zu einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt wird (BGHSt 5, 14; Joecks, § 267 Rn. 85 f.)

Examenskurs: „Benzin im Blut“

Zur Strafbarkeit des Tankens ohne zu bezahlen: BGH, RA 2009, 753 = NSTZ 2009, 694; OLG Köln, NJW 2002, 1059

Keine Wegnahme beim Tanken: BGH, NJW 1983, 2827; Schöнке/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 36a; NK-Kindhäuser, § 242 Rn. 54; a.A.: Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 184

Zum Eigentumsübergang beim Tanken:

- nach einer MM geht das Eigentum bereits beim Tanken über (Baier, JA 1999, 364, 367)

.- nach hM erfolgt der Eigentumsübergang erst an der Kasse, entweder wegen eines Eigentumsvorbehalts (OLG Hamm, NSTZ 1983, 266, 267) oder weil dort erst die Einigung erfolgt (OLG Koblenz, RA 1999, 111)

#### 4. Täuschungsabsicht

A wollte durch das Verwenden der fremden Kennzeichen insb. das Personal der Tankstelle darüber täuschen, dass es sich bei dem Fahrzeug um das eines anderen Halters handele. Dadurch sollte K veranlasst werden, eine eventuelle Strafanzeige gegen einen anderen als A zu erstatten. A handelte also zur Täuschung im Rechtsverkehr.

#### II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

#### III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

#### IV. Ergebnis

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

#### G. Gesamtergebnis

Der versuchte Betrug und die Urkundenfälschung wurden durch dieselbe Handlung verwirklicht und bilden deshalb eine Tateinheit, § 52 StGB. A ist somit strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I; 267 I 3. Fall; 52 StGB.

#### Fazit:

Konstellationen wie die vorliegende, in denen der Täter an einer Tankstelle tankt, ohne zu bezahlen, sind immer wieder Gegenstand von Aufgabenstellungen in beiden Examen. Aufgrund der hohen Spritpreise wird die Häufigkeit solcher Verhaltensweisen in der Praxis sicherlich nicht abnehmen, sodass sie auch im Examen weiterhin eine Rolle spielen werden.

Dass ein Diebstahl in solche Fällen wegen des Fehlens einer Wegnahme ausscheidet, wovon auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung ausgeht, entspricht auch der herrschenden Literatur.

Möglich ist jedoch eine Strafbarkeit wegen Betrugs. Insofern folgt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung und vertritt den Standpunkt, dass der für § 263 I StGB erforderliche Irrtum des Opfers nur dann gegeben sein kann, wenn dieses den Tankvorgang bemerkt und irrig davon ausgeht, dass der Täter auch bezahlen will. Tankt der Täter unbemerkt, so kommt – wie im vorliegenden Fall – nur ein Betrugsversuch in Betracht. Geht der Täter davon aus, dass der Tankvorgang unbemerkt bleibt (z.B. weil ein Mittäter den Tankwart ablenkt), dann hat er auch keinen Tatentschluss bzgl. eines Irrtums, sodass dann auch eine Strafbarkeit gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB ausscheidet. Dasselbe gilt, wenn der Täter während des Tankens noch vorhat, zu bezahlen, und sich erst später dazu entschließt, dies nicht zu tun.

Insbesondere in den Fällen, in denen § 263 I StGB ausscheidet, ist noch eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung, § 246 I StGB, zu prüfen. Hier ist besonderes Augenmerk auf die Frage zu legen, ob das Benzin auch nach dem Tanken für den Täter noch eine fremde Sache darstellt. Denn durch die Vermischung mit dem Kraftstoff, der sich noch im Tank des Täters befindet, erlangt dieser gem. §§ 948 I, 947 I 1. Hs. BGB nur Miteigentum, sodass das Benzin auch noch im (Mit-)Eigentum des Tankstellenbetreibers steht, was für eine Fremdheit ausreichen würde. Denkbar wäre jedoch ein Eigentumserwerb des Täters durch Rechtsgeschäft.



**Problem: Betrug durch falsche Angaben im Mahnverfahren**

OLG CELLE, BESCHLUSS VOM 01.11.2011  
31 Ss 29/11, 15 Js 6393/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Das OLG Celle hatte die Frage zu klären, ob es einen (versuchten) Betrug darstellt, wenn der Täter einen Antrag auf Erlass eines Mahnbescheides stellt, obwohl er weiß, dass er tatsächlich gar keinen Anspruch auf die entsprechende Zahlung hat.

Das OLG Celle stellt sich in der vorliegenden Entscheidung – mit ausführlicher Begründung – gegen die herrschende Literatur, die einen Irrtum des Rechtspflegers im Mahnverfahren (und somit eine Strafbarkeit wegen Betrugs) ablehnt.

**SACHVERHALT:**

Der Angeklagte A beantragte beim zentralen Mahngericht in Uelzen einen Mahnbescheid gegen L, die Lebensgefährtin seines Schuldners S, der ihm aus Warenlieferungsverträgen ca. 11.590 € schuldete. Dabei wusste A, dass ihm unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch gegen die Antragsgegnerin L zustand. In den Mahnanträgen gab A als Grund der Hauptforderung jeweils ein angebliches „Schuldanerkenntnis gemäß Rechnungen für Warenlieferungen vom 11. Oktober 2006 bis zum 27. Juni 2007“ an. Mit seiner Vorgehensweise beabsichtigte er, den zuständigen Rechtspfleger R zum Erlass eines entsprechenden Mahnbescheids zu veranlassen, um auf dessen Grundlage anschließend einen Vollstreckungsbescheid zu erwirken, aus dem er seine Forderung vollstrecken wollte. Am 29.01.2010 wurde im automatisierten Mahnverfahren der Mahnbescheid antragsgemäß erlassen. Die Antragsgegnerin erhob gegen diesen jedoch Widerspruch.

Hat A sich wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht?

**PRÜFUNGSSCHEMA: VERSUCHTER BETRUG, §§ 263 I, 22, 23 I STGB**

- I. Vorprüfung
- II. Tatentschluss
  1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen
  2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums
  3. Bzgl. irrumsbedingter Vermögensverfügung
  4. Bzgl. verfügungsbedingten Vermögensschadens
  5. Bereicherungsabsicht
  6. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung
- III. Unmittelbares Ansetzen
- IV. Rechtswidrigkeit
- V. Schuld
- VI. Kein Rücktritt

**LÖSUNG:**

Durch die Stellung des Antrags auf Erlass des Mahnbescheids könnte A sich wegen versuchten Betrugs gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB gegenüber R und zum Nachteil der L strafbar gemacht haben.

§ 263 I StGB:

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

Leitsatz:

Die Erklärung unrichtiger Tatsachen in einem Mahnantrag mit dem Willen, den Rechtspfleger zum Erlass eines Mahnbescheides gegen den Antragsgegner zu veranlassen, obwohl dem Antragsteller die Nichtexistenz der geltend gemachten Forderung bewusst ist, erfüllt den Tatbestand des versuchten Betrugs.

## I. Vorprüfung

Der Antrag des A wurde maschinell bearbeitet und tatsächlich nicht von einem Rechtspfleger gelesen. A hat also nicht intellektuell auf das Vorstellungsbild eines anderen Menschen eingewirkt, sodass es an der für einen vollendeten Betrug erforderlichen Täuschung fehlt. Die Strafbarkeit des versuchten Betrugs ergibt sich aus § 263 II StGB.

## II. Tatentschluss

### 1. Bzgl. Täuschung über Tatsachen

A müsste den Tatentschluss gehabt haben, R über Tatsachen zu täuschen.

Zur Täuschung durch die Behauptung, Inhaber eines Anspruchs zu sein: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 9; Kretschmer, GA 2004, 458, 469

„Der Vorsatz des Angeklagten war [...] auf die Täuschung des zuständigen Rechtspflegers gerichtet, **Zwar stellt die Behauptung, Inhaber einer in Wahrheit nicht bestehenden Forderung zu sein, in erster Linie eine im Rahmen des § 263 StGB irrelevante Rechtsbehauptung dar. Sie beinhaltet jedoch auch eine Täuschung über Tatsachen, wenn sich aus dem Erklärungswert der Äußerung ein objektivierbarer Tatsachenkern ergibt, über dessen Vorhandensein oder Fehlen beim Getäuschten unrichtige Vorstellungen erweckt werden.** Soweit in Teilen der Literatur die Ansicht vertreten wird, nach diesem Maßstab enthielte die Individualisierung des Anspruchs in einem Mahnantrag keine Täuschung über Tatsachen, weil aus den im Antrag enthaltenen kargen Angaben keine Behauptungen bezüglich tatsächlicher Umstände herausgelesen werden können, ist diese Auffassung zu eng. Der Behauptung ‚Schuldanerkenntnis gemäß Rechnungen für Warenlieferungen vom 11. Oktober 2006 bis zum 27. Juni 2007‘ lässt sich ohne Weiteres der objektivierbare Tatsachenkern entnehmen, dass die im Antrag als Schuldner bezeichneten Personen erklärt haben, für die Forderungen aus den bezeichneten Rechnungen eintreten zu wollen. Damit ist erkennbar, welcher tatsächliche Ablauf hinter der Rechtsbehauptung des Antragstellers stehen soll.“

A hatte also Tatentschluss zur Täuschung des R.

### 2. Bzgl. täuschungsbedingten Irrtums

„Die Feststellungen tragen auch die Annahme, der Angeklagte habe mit Tatentschluss bezüglich eines Irrtums des den Mahnantrag bearbeitenden Rechtspflegers gehandelt.

Für das Vorliegen eines Irrtums des Rechtspflegers im Mahnverfahren: BGH, Beschluss vom 20.12.2011, Az.: 4 StR 491/11; OLG Düsseldorf, NStZ 1991, 586; Baumach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 691 Rn. 7

(1) Ob bei einem mit einem Mahnantrag befassten Rechtspfleger durch falsche Angaben eine Fehlvorstellung über Tatsachen hervorgerufen werden kann, wird in Rechtsprechung und Lehre kontrovers beurteilt. Dies findet seine Ursache in **§ 691 Abs. 1 ZPO, der den Rechtspfleger dem Wortlaut nach nur dazu verpflichtet, vor Erlass des Mahnbescheids die allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen und besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Mahnverfahrens zu prüfen. Eine Überprüfung der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen wird hingegen nicht verlangt. Soweit ein Irrtum des zuständigen Rechtspflegers gleichwohl bejaht wird, wird dies auf die Erwägung gestützt, der Rechtspfleger dürfte, wenn ihm die Nichtexistenz einer geltend gemachten Forderung bekannt sei, den beantragten Mahnbescheid nicht erlassen.** Anderenfalls mache er sich unter

Umständen zum Mittäter. Erlasse er den Bescheid dennoch, könne hieraus gefolgert werden, dass er die ihm gemachten Angaben unter dem Hintergrund der Wahrheitspflicht gemäß § 138 Abs. 1 ZPO mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als wahr unterstelle. Der Rechtspfleger habe zumindest die Vorstellung, dass der Anspruch möglicherweise bestehe. Dies reiche zur Bejahung eines Irrtums aus, da Zweifel am Wahrheitsgehalt der vorgespiegelten Tatsachen unschädlich seien, solange sie das Opfer im Ergebnis zu der erstrebten Verfügung motiviere. Die Kammer hat sich dieser Auffassung im angefochtenen Urteil angeschlossen.

**Dem gegenüber vertritt der Großteil der Literatur die Ansicht, dass für den Erlass eines Mahnbescheides die Überzeugung des Rechtspflegers von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen nicht erforderlich sei. Voraussetzung sei nur seine fehlende Überzeugung von der Unwahrheit.** Aus dem Umstand heraus, dass der Rechtspfleger bei Kenntnis der Nichtexistenz der geltend gemachten Forderung den Erlass eines Mahnbescheids ablehnen würde, folge aber nicht, dass er sich überhaupt Gedanken über das Bestehen der Forderung mache. **Allein die fehlende Überzeugung von der Unwahrheit vermöge einen Irrtum im Sinne des Betrugstatbestandes nicht zu begründen.**

**Der Senat hält entgegen den in der Literatur vertretenen Bedenken und trotz des Wegfalls der Schlüssigkeitsprüfung im Mahnverfahren eine - wenn auch nur - eingeschränkte Prüfungspflicht des Rechtspflegers für gegeben und ist der Auffassung, dass zu dessen Vorstellungsbild im Einzelfall auch das sachgedankliche Mitbewusstsein zählt, dass die Angaben eines Antragstellers in tatsächlicher Hinsicht der Wahrheit entsprechen.** Zwar scheint diese Auffassung dem Charakter des Mahnverfahrens entgegenzustehen. Mit den §§ 688 ff ZPO hat der Gesetzgeber nämlich die Möglichkeit eröffnet, schnell, unkompliziert und mit wenig bürokratischem Aufwand einen Zahlungstitel zu erlangen, ohne dass die tatsächlichen Grundlagen zur Überzeugung irgendeines Spruchkörpers dargelegt worden sein müssten. Eben hierin liegt der Zweck des Mahnverfahrens. Der Rechtspfleger wird durch die §§ 688 ff ZPO davon entbunden, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit der Tatsachen Gedanken zu machen, zumal auch nicht ersichtlich ist, wie der Rechtspfleger die im Antrag enthaltenen Tatsachenbehauptungen auf ihre Unwahrheit überprüfen soll. Gleichwohl ist nach der insoweit einschlägigen Rechtsprechung der Zivilgerichte eine Prüfungspflicht des Rechtspflegers auch nicht kategorisch ausgeschlossen. Diese erkennt etwa dann eine Verpflichtung des Rechtspflegers an, den Erlass eines Mahnbescheids abzulehnen, wenn die behauptete Forderung offensichtlich unbegründet oder gerichtlich undurchsetzbar ist. [...] **Wenigstens dort, wo Missstände erkannt werden, muss daher ein Rechtspfleger einschreiten können. [...] Einen bewusst unwarhen Vortrag braucht der Rechtspfleger nicht zu beachten.** Eine andere Sichtweise ließe sich nur schwer mit der Eigenschaft des Rechtspflegers als staatliche Institution, die an Recht und Gesetz gebunden ist, vereinbaren. Es kann nicht Aufgabe eines gerichtlichen Verfahrens sein, nicht bestehenden Ansprüchen zur Durchsetzung zu verhelfen. Der beschränkte Prüfungsumfang des Rechtspflegers wirkt sich nur insoweit aus, dass er unter dem Eindruck der Wahrheitspflicht des § 138 Abs. 1 ZPO in Fällen, in de-

Gegen das Vorliegen eines Irrtums: LK-Tiedemann, § 263 Rn. 90; MK-Hefendehl, § 263 Rn. 215; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 52; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 423a; Dastner, ZRP 1976, 36, 37; Groß, NJW 1973, 600, 603; Kretschmer, GA 2004, 458, 470

Zur Prüfungspflicht des Rechtspflegers im Mahnverfahren: Hans-OLG, MDR 1982, 502; OLG Karlsruhe, RPfl 1987, 422; AG Göttingen, Nds.Rpfl. 1996, 291; Musielak-Voit, ZPO, § 691 Rn. 2; Zöllner-Vollkommer, ZPO, § 691 Rn. 1; Holch, NJW 1991, 3177, 3181

nen er über Bestehen oder Nichtbestehen eines geltend gemachten Anspruchs im Unklaren ist, aufgrund der gesetzlichen Vorgaben der §§ 688 ff ZPO im Zweifel den beantragten Mahnbescheid zu erlassen hat. [...] Besteht demnach für den Rechtspfleger eine - wenn auch nur eingeschränkte - Prüfungskompetenz, einen Mahnantrag immer dahingehend zu überprüfen, ob er nicht offensichtlich unbegründet ist, begründet dies gleichzeitig eine Prüfungspflicht und damit auch ein Interesse des Rechtspflegers, nicht mit Hilfe unrichtiger Angaben als Werkzeug missbraucht zu werden. Da den Feststellungen des angefochtenen Urteils zu entnehmen ist, dass der Angeklagte gerade eine solche Fehlvorstellung beim Rechtspfleger begründen wollte, handelte er mit Tatentschluss bezüglich eines Irrtums.

Zur Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt: LK-Hiltenkamp, § 22 Rn. 225 f.; Jakobs, AT, S. 721 ff; Burkhardt, wistra 1982, 178, 179; Herzberg, JuS 1980, 469, 472; Roxin, AT II, § 29 Rn. 409

(2) Zu diesem Ergebnis gelangt man im Übrigen selbst dann, wenn man der Gegenmeinung folgt. Denn die Kammer hat rechtsfehlerfrei die Feststellung getroffen, dass der Angeklagte zumindest davon ausging, dass sich beim zuständigen Rechtspfleger eine Fehlvorstellung entwickelt. Dies reicht gleichsam zur Bejahung eines - wenn auch untauglichen, aber gleichwohl strafbaren Versuchs aus. Insbesondere würde es sich in dieser Konstellation auch nicht um ein strafloses Wahndelikt handeln, bei dem der Angeklagte die tatsächliche Lage zutreffend erfasst hat, aber fälschlich annimmt, sein Verhalten verstoße gegen ein strafrechtliches Verbot. Zwar würde sich sein Irrtum als Folge eines fehlerhaften Verständnisses der gesetzlichen Vorgaben der §§ 688 ff ZPO darstellen, weil er eine - unterstellt - nicht vorgesehene Prüfungspflicht des Rechtspflegers annimmt. Ein solcher Rechtsirrtum im Vorfeld des Straftatbestandes führt nach Teilen der Lehre zur Annahme eines straflosen Wahndeliktes. Indem sich der Angeklagte aber vorgestellt hat, der Rechtspfleger werde die Tatsachengrundlage des Anspruchs prüfen, hat er Inhalt und Umfang des Betrugstatbestandes nicht verkannt. Er hat nicht etwa angenommen, dass ein Irrtum gem. § 263 Abs. 1 StGB auch dann gegeben sei, wenn den Rechtspfleger keine Prüfungspflicht hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen treffe. Vielmehr hat er verstanden, dass ein Irrtum des Rechtspflegers nur in Frage kommt, soweit diesen zivilprozessual eine Pflicht zur Kontrolle der gemachten Angaben trifft, und sich eine entsprechende Situation vorgestellt. Damit hat der Täter irrtümlich Umstände angenommen, die bei ihrem tatsächlichen Vorliegen den § 263 Abs. 1 StGB ausfüllten, und diese folgerichtig - unter den Betrugstatbestand subsumiert. Der für Wahndelikte typische Subsumtionsirrtum läge nach alledem nicht vor.“

A hatte also Tatentschluss bzgl. eines täuschungsbedingten Irrtums.

### **3. Bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung und verfügungsbedingten Vermögensschadens**

„Den Feststellungen ist schließlich zu entnehmen, dass der Angeklagte auch Tatentschluss bezüglich einer Vermögensverfügung samt dazugehörendem Vermögensschaden gehabt hat. Indem die Kammer in ihrer rechtlichen Würdigung dabei allerdings auf den „Erlass des Mahnbescheids als Grundlage für einen später beabsichtigten Vollstreckungsbescheid“ abstellt, könnte sie möglicherweise nicht hinreichend bedacht haben, dass der Erlass des Mahnbescheids selbst noch nicht einmal eine Vermögensgefähr-

dung im Sinne des Betrugstatbestandes begründet. **Denn die Gefahr eines Vermögensschadens durch Vollstreckung droht erst mit Erlass und Zustellung des Vollstreckungsbescheides** wirklich. Allein der auf den Erlass des Vollstreckungsbescheides gerichtete Wille des Angeklagten vermag den Tatentschluss zur Vermögensverfügung zu begründen. Dieser ist den Urteilsgründen indessen ebenso zu entnehmen wie die Feststellung, dass der Angeklagte den Erlass des Vollstreckungsbescheides aufgrund der falschen Angaben im Mahnverfahren erwirken wollte.

Der in Teilen der Lehre vertretenen Ansicht, dass der Vollstreckungsbescheid nicht kausal im Sinne des Betrugstatbestandes durch die falschen Angaben im Mahnverfahren veranlasst werden kann, weil diese letztlich nicht ursächlich für die den Schaden auslösende Entscheidung sind, vielmehr das Parteiverhalten des Antragsgegners in Form der Nichterhebung eines Widerspruchs nach §§ 699 Abs. 1 Satz 1, 694 ZPO bzw. die Einhaltung der formellen Anforderungen der Vorschriften zum Mahnverfahren die Grundlage für den Erlass eines Vollstreckungsbescheides bilden, folgt der Senat nicht. Die Ursächlichkeit der Täuschungshandlung für den Erlass des späteren Vollstreckungsbescheides wird hierdurch nämlich nicht in Frage gestellt. Ohne die Täuschung des Rechtspflegers im Mahnverfahren hätte der Angeklagte sein eigentliches Ziel, einen Titel gegen die Antragsgegner zu erhalten, nie erreichen können. Sobald der Mahnbescheid erlassen ist, ist aus Sicht des Täters die hauptsächliche Hürde überwunden. Aus seiner Sicht setzt er eine Ursachenreihe in Gang, die nach seiner Vorstellung ohne weitere wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll.“

A hatte also auch Tatentschluss bzgl. irrtumsbedingter Vermögensverfügung und verfügungsbedingtem Vermögensschaden.

#### 4. Bereicherungsabsicht

A hatte die Absicht, sich die Möglichkeit zu verschaffen, durch die Vollstreckung des Vollstreckungsbescheides auf das Vermögen der L zugreifen zu können. Hierbei handelt es sich auch um einen Vermögensvorteil, sodass A mit Bereicherungsabsicht handelte.

#### 5. Bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung

A wusste, dass er keinen Anspruch auf die beabsichtigte Bereicherung hatte. Er wusste auch, dass diese die Kehrseite des Vermögensschaden bei L darstellen würde. Er hatte also Tatentschluss bzgl. der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der beabsichtigten Bereicherung.

### III. Unmittelbares Ansetzen

**„Mit dem Beantragen der Mahnbescheide hat der Angeklagte daher auch bereits die Schwelle zum Versuch überschritten, weil die Erwirkung des Mahnbescheids nicht bloße Vorbereitungshandlung für einen in der Erwirkung des Vollstreckungsbescheides liegenden Betrug.“**

A hat also auch unmittelbar angesetzt.

Das OLG geht – in Übereinstimmung mit der ganz herrschenden Meinung – davon aus, dass bereits eine Vermögensgefährdung für eine Verfügung und einen Schaden ausreicht, sofern es sich um eine konkrete Gefahr handelt (BVerfG, RA 2009, 521, 527 = NJW 2009, 2370; BGH, RA 2009, 257, 260 = NJW 2009, 2390, 2391; Fischer, § 263 Rn. 156; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 571)

Zur Kausalität der Täuschung im Mahnverfahren für den Erlass des Vollstreckungsbescheides: MK-Hefendehl, § 263 Rn. 215; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263 Rn. 73; Kretschmer GA 2004, 458, 470

Den Tatentschluss des A bzgl. des bei einem Dreiecksbetrug wie dem vorliegenden erforderlichen Näheverhältnisses zwischen dem Verfügenden (R) und dem Geschädigten (L) prüft das OLG nicht. Ein solches würde sich jedoch – vergleichbar der Konstellation beim Prozessbetrug (vgl. OLG Karlsruhe, NStZ 1996, 282; Fischer, § 263 Rn. 85) – aus den hoheitlichen Befugnissen des Rechtspflegers zum Erlass eines Mahn- bzw. Vollstreckungsbescheides ergeben.

Unmittelbares Ansetzen beim Betrugsversuch im Mahnverfahren: BGHSt 24, 257, 261; LK-Tiedemann, § 22 Rn. 279

**IV. Rechtswidrigkeit**

A handelte rechtswidrig.

**V. Schuld**

A handelte auch schuldhaft.

**VI. Kein Rücktritt**

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des A gibt es nicht.

**VII. Ergebnis**

A ist strafbar gem. §§ 263 I, 22, 23 I StGB.

**FAZIT:**

Die Entscheidung des OLG Celle zum Vorliegen eines Betrugs bei Geltendmachung tatsächlich nicht bestehender Forderungen im Mahnverfahren ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert:

Zum einen wendet sich das OLG mit seiner Wertung gegen die ganz herrschende Literatur, die bei Täuschungen im Mahnverfahren einen Irrtum des Rechtspflegers ablehnt. Immerhin steht diese Wertung in Übereinstimmung mit einer früheren Entscheidung des OLG Düsseldorf. Bestätigt wird die Entscheidung des OLG Celle weiter durch einen aktuellen Beschluss des BGH, in dem dieser ebenfalls – wenn auch ohne die ausführliche Argumentation des OLG – davon ausgeht, dass im Mahnverfahren ein Irrtum des Rechtspflegers gegeben ist, obwohl es dort eigentlich nicht zu dessen Aufgaben gehört, auch nur die Schlüssigkeit des geltend gemachten Anspruchs zu prüfen.

Zum anderen wird das Mahnverfahren mittlerweile bei allen Mahngerichten maschinell bearbeitet, was gem. § 689 I 2 ZPO zulässig ist. Im Falle einer maschinellen Bearbeitung kann jedoch kein Irrtum eines Rechtspflegers erregt werden, da kein solcher den Vorgang auch nur zu Gesicht bekommt. Das OLG Celle hatte in der vorliegenden Entscheidung einen Sachverhalt zu würdigen, in dem der Mahnantrag maschinell bearbeitet worden war. Deshalb hatte es – wegen des Fehlens des Irrtums – eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betrugs verneint und nur einen Versuch angenommen. Wenn aber Mahnanträge nur noch ganz ausnahmsweise durch einen Rechtspfleger und in aller Regel rein maschinell bearbeitet werden, was einen Irrtum jedenfalls ausschließt, dann dürfte es in der Praxis sicherlich schwer sein, dem Beschuldigten einen Tatentschluss bzgl. der Erregung eines Irrtums bei einem Rechtspfleger nachzuweisen.

Sollte ein Mahnantrag maschinell bearbeitet werden, so kommt statt einer Strafbarkeit wegen Betrugs, § 263 I StGB, eine solche wegen Computerbetrugs, § 263a I StGB, in Betracht. Insofern würde sich die Frage stellen, ob ein entsprechendes Verhalten eine Verwendung unrichtiger Daten, § 263a I 2. Fall StGB, oder eine unbefugte Verwendung von Daten, § 263a I 3. Fall StGB, darstellt und ob die Geltendmachung einer tatsächlich nicht bestehenden Forderung von diesen Tatbestandsvarianten erfasst wird.

Zum Irrtum im Mahnverfahren: BGH, Beschluss vom 20.12.2011, Az.: 4 StR 491/11; in diesem Heft ausgewertet hinsichtlich der enthaltenen prozessualen Problematik (s.u.)

Zum Computerbetrug im automatisierten Mahnverfahren: Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 263a Rn. 6; Lackner/Kühl, § 263a StGB Rn. 20; Haft, NStZ 1987, 6, 8; Kretschmer, GA 2004, 458, 470; Möhrenschräger, wistra 1986, 128, 132

## Speziell für Referendare

### Problem: Verlesung eidesstattlicher Versicherungen

BGH, BESCHLUSS VOM 20.12.2011  
4 STR 491/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

In dem Beschluss des BGH geht es in prozessualer Hinsicht um die Frage, ob eine eidesstattliche Versicherung, die ein Mitangeklagter abgegeben hat, verlesen werden kann.

Der BGH geht davon aus, dass dies ohne weiteres möglich ist und insbesondere nicht die Beschränkungen der §§ 250 f. StPO zu berücksichtigen sind.

#### SACHVERHALT:

In einem Verfahren wegen Betrugs, § 263 I StGB, gegen den Angeklagten A beantragt die Staatsanwaltschaft, eine – in einem anderen Verfahren abgegebene – eidesstattliche Versicherung der Mitangeklagten U zu verlesen, aus der sich insbesondere ergeben soll, dass A im Tatzeitpunkt mit Täuschungsvorsatz gehandelt hat.

Wie wird das Gericht über den ordnungsgemäß gestellten Antrag entscheiden, wenn U und ihr Verteidiger der Verlesung widersprechen?

#### PRÜFUNGSSCHEMA: ENTSCHEIDUNG ÜBER BEWEISANTRAG IM STRAFPROZESS, §§ 244 F. STPO

- I. Ordnungsgemäßer Antrag
- II. Kein Ablehnungsgrund

#### LÖSUNG:

Gemäß § 244 II StPO hat das Gericht die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind. Einen ordnungsgemäß gestellten Beweisantrag darf es deshalb nur in den gesetzlich vorgesehen Fällen ablehnen.

#### I. Ordnungsgemäßer Antrag

Der Beweisantrag wurde von der Staatsanwaltschaft, die – wie insb. § 245 StPO zeigt – zur Stellung von Beweisanträgen berechtigt ist, ordnungsgemäß gestellt.

#### II. Kein Ablehnungsgrund

##### 1. Unzulässigkeit der Beweiserhebung, § 244 III 1 StPO

Ein Beweisantrag ist gem. § 244 III 1 StPO abzulehnen, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Fraglich ist, ob der Urkundenbeweis durch Verlesung der eidesstattlichen Versicherung der U zulässig ist.

**„Der Urkundenbeweis ist immer zulässig, wenn ihn das Gesetz nicht ausdrücklich verbietet.** Schriftliche Erklärungen von Angeklagten, zu denen auch in anderen Verfahren abgegebene eidesstattliche Versicherungen zählen, dürfen daher regelmäßig auch ohne Einverständnis der Beteiligten nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen werden.“

#### § 250 StPO:

„Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.“

#### § 251 I StPO:

„Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann durch die Verlesung [...] einer Urkunde, die eine von ihm stammende Erklärung enthält, ersetzt werden,

1. wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind [...].“

Zur Zulässigkeit des Urkundenbeweises: BGH, NSiZ 1994, 184, 185; Meyer-Goßner, StPO, § 249 Rn. 13

**a. Unzulässigkeit der Verlesung gem. §§ 250 f. StPO**

Im vorliegenden Fall könnte sich die Unzulässigkeit der Verlesung der eidesstattlichen Versicherung jedoch aus §§ 250 f. StPO ergeben.

Zur Nichtanwendung von § 250 StPO auf schriftliche Erklärungen von (Mit-) Angeklagten: BGH, NStZ 1994, 184, 185; SK (StPO)-Velten, § 250 Rn. 7, § 251 Rn. 10

**„Das [...] Verbot der vernehmungsersetzenden Urkundenverlesung gemäß § 250 Satz 2 StPO mit den in § 251 StPO geregelten Ausnahmen gilt nur für Aussagen von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten, nicht aber für Aussagen von Mitangeklagten und war daher schon aus diesem Grund nicht einschlägig.“**

§ 250 StPO steht somit einer Verlesung der eidesstattlichen Versicherung der U nicht entgegen.

**b. Unzulässigkeit der Verlesung gem. § 254 I StPO**

Da die eidesstattliche Versicherung der U nicht vor einem Richter abgegeben wurde, könnte sich die Unzulässigkeit ihrer Verlesung jedoch aus § 254 I StPO ergeben.

Zum Anwendungsbereich von § 254 StPO: BGHSt 14, 310, 312; OLG Köln, StV 1983, 97

**„Aus § 254 Abs. 1 StPO kann in Bezug auf Angeklagte lediglich ein Verbot der Verlesung polizeilicher Protokolle [...], nicht aber ein Verbot der Verlesung anderweitiger schriftlicher Erklärungen hergeleitet werden, sodass auch insoweit kein Verlesungshindernis bestand.“**

Auch aus § 254 I StPO kann somit die Unzulässigkeit der Verlesung nicht hergeleitet werden.

Die Verlesung der eidesstattlichen Versicherung war somit zulässig.

**2. Andere Ablehnungsgründe**

Anderer Ablehnungsgründe, insb. solche aus § 244 III 2 StPO, sind nicht ersichtlich.

**III. Ergebnis**

Das Gericht wird dem Beweisantrag stattgeben.

**FAZIT:**

Zwar ist es nicht Neues, dass die Einschränkungen der §§ 250 f. StPO nicht für frühere Aussagen des Angeklagten selbst gelten und dass § 254 I StPO nur die Verlesung nichtrichterlicher behördlicher Protokolle verbietet, nicht aber die Verlesung anderer Schriftstücke. Dass die §§ 250 f. StPO aber auch – wie es der BGH seiner Entscheidung zugrunde legt – auf frühere Aussagen von Mitangeklagten keine Anwendung finden sollen ist durchaus bemerkenswert. Gemäß § 251 I, II StPO ist nämlich die Verlesung einer Urkunde, die eine von einem **Mitbeschuldigten** stammende Erklärung enthält, nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Da jedoch gem. § 157 StPO der Begriff des „Beschuldigten“ der Oberbegriff ist und „Angeklagter“ lediglich eine spezielle Bezeichnung für den Beschuldigten im Hauptverfahren darstellt, hätte es nahe gelegen, § 251 StPO auch auf **Mitangeklagte** anzuwenden. Dies lehnt der BGH in der vorliegenden Entscheidung aber gerade ab.



*Das Recht*

*auf meiner Seite*



**IM ONLINE SHOP:**

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



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

### **DIE KLEINGRUPPE:**

#### **AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE**

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

### **DIE METHODE:**

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

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

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

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

### **DIE DOZENTEN:**

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

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

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

### **DAS MATERIAL:**

#### **ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN**

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

### **DAS MATERIAL:**

#### **GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT**

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

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.



*Vor K wie Karriere,*

*kommt J wie Jura Intensiv*

**JETZT  
KOSTENLOSES  
PROBEHÖREN  
OHNE VORHERIGE  
ANMELDUNG**

**NÄCHSTE KURSE FRÜHJAHR 2012**

## **ASSESSORKURSE - Die Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen**

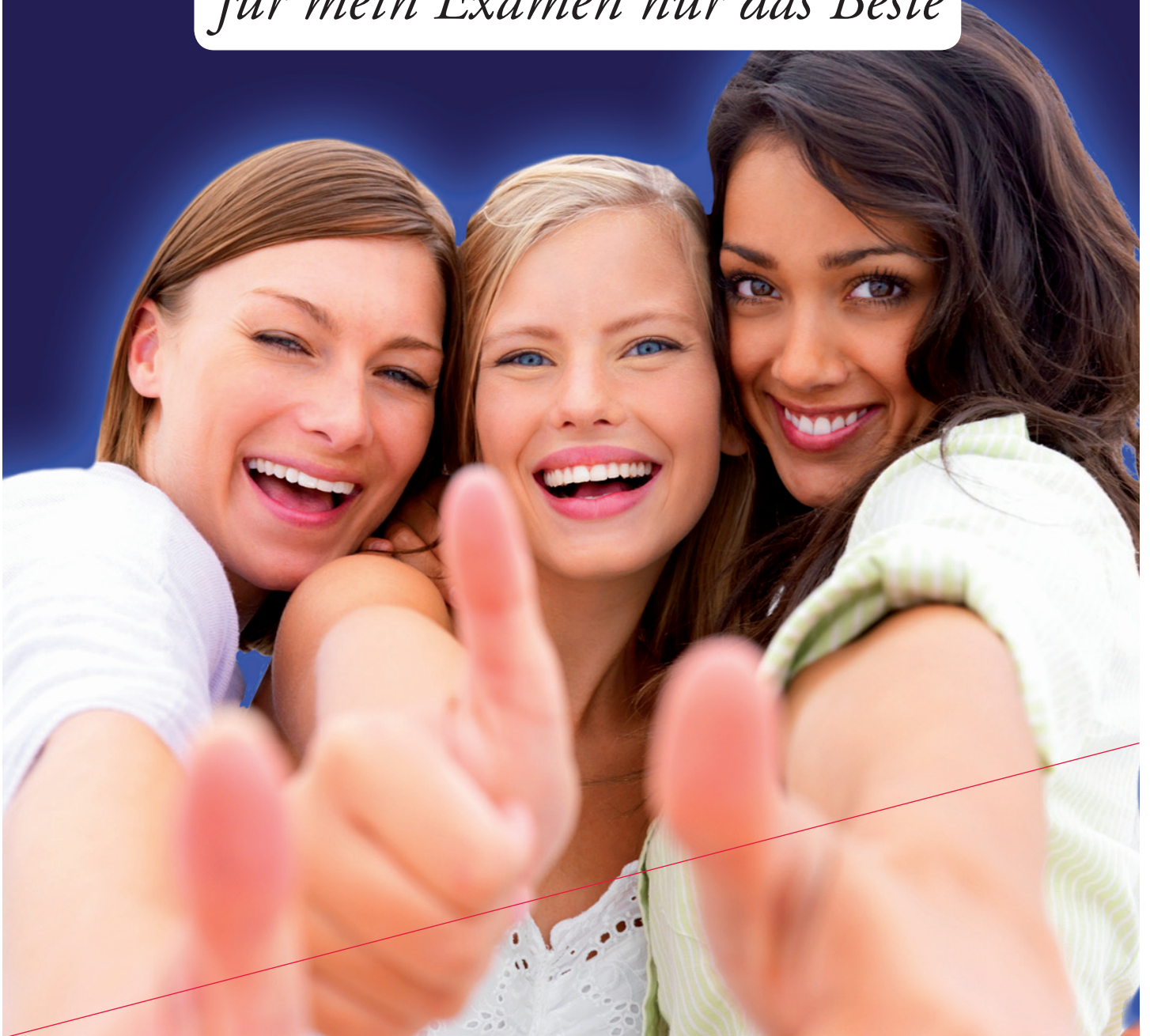
Jura Intensiv bietet:

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



*Kleingruppe -*

*für mein Examen nur das Beste*



## **DIE KLEINGRUPPE:**

### **AKTIV – INTENSIV – ERFOLGREICH**

#### **AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE**

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