

RA 05/2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Sittenwidrigkeit einer Online-Auktion	241
Zur Arglist bei Verschweigen eines Mangels	247
Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche nach dem AGG	251
„Schockschaden“ bei Verlust eines Tieres?	255
Anspruch auf Löschung personenbezogener Daten im Internet	258

Speziell für Referendare:

Quotelung von Sachverständigenkosten	261
--	-----

ÖFFENTLICHES RECHT

Höchstaltersgrenze im öffentlichen Dienst	265
„Rücktritt“ vom Täuschungsversuch in der Prüfung?	270
Zur Präklusion nach § 47 IIa VwGO	275
Gefährderansprache gegen Inkassounternehmen	282

Speziell für Referendare:

Einseitige Erledigungserklärung des Klägers	289
---	-----

STRAFRECHT

Voraussetzungen für § 243 I 2 Nr. 2 StGB	293
§ 315 b I Nr. 2 StGB bei Unfallprovokation	298
„Hemmschwellentheorie“ zum Tötungsvorsatz	301

Speziell für Referendare:

Zur Pflicht zur Erzwingung von Aussagen	306
---	-----

**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



Welcher Meinung muss ich folgen?

- Über Sinn und Unsinn der "herrschenden Meinung" -

Liebe Leserinnen und Leser,

als Dozent eines juristischen Repetitoriums wird man von den Kursteilnehmern besonders häufig mit folgender Frage konfrontiert: "Welcher Meinung muss ich bei diesem Streit folgen?". Eine andere Version der Frage ist: "Was ist hier die herrschende Meinung?" (die in der Regel mit der stillschweigenden Überzeugung einhergeht, dass der herrschenden Meinung auch stets gefolgt werden müsse).

1. Für das zweite juristische Staatsexamen lässt sich diese Frage noch relativ eindeutig beantworten: Da es dort insbesondere auch zur geforderten Leistung gehört, eine Akte zweckmäßig zu bearbeiten, sollte bei einem Streit stets der Rechtsprechung gefolgt werden.

a. In einer Urteils Klausur ist es schon deshalb nicht sinnvoll, sich gegen die obergerichtliche Rechtsprechung zu entscheiden, weil ansonsten zu erwarten ist, dass die entworfene Entscheidung in der nächsten Instanz aufgehoben wird. Dann wird aber durch das vom Kandidaten entworfene Urteil lediglich unnötige Arbeit in der Rechtsmittelinstanz produziert, was nicht zweckmäßig ist und deshalb – zu Recht – zu Punktabzügen führt. Auch der Hinweis auf die richterliche Unabhängigkeit verfängt insofern nicht.

b. Auch in einer Anwaltsklausur ist es unzweckmäßig, sich gegen die Rechtsprechung zu entscheiden, weil dann zu erwarten ist, dass das Gericht der eigenen Rechtsauffassung nicht folgen und den entsprechenden Antrag zurückweisen wird. Dadurch entstehen dem Mandanten nur unnötige Kosten, die ein guter Anwalt vermeiden sollte.

2. Im ersten juristischen Staatsexamen hingegen, in dem ein Sachverhalt gutachterlich-wissenschaftlich aufgearbeitet werden soll, hat der Kandidat noch die Freiheit, sich jeder beliebigen vertretenen Meinung anzuschließen.

Bei der Korrektur von Examensklausuren bestehen insofern wesentliche Unterschiede zu derjenigen von Klausuren aus dem Klausurenkurs an einer Universität. Im Klausurenkurs erfolgt die Korrektur meist durch Hilfskräfte, denen eine bestimmte Lösungsskizze – die natürlich der Rechtsauffassung des jeweiligen Dozenten entspricht – vorgegeben wird. Eine Lösung, die nicht der Skizze entspricht, wird dann (meistens) als minderwertig angesehen und mit Punktabzug bestraft. In Examensklausuren muss der Prüfer jedoch – will er nicht seine eigene Korrektur angreifbar machen – jede Lösung, die einer in der Rechtsprechung oder Fachliteratur vertretenen Meinung entspricht, auch als vertretbar werten. Das gibt dem Kandidaten eine viel größere Freiheit, sich auch einer Mindermeinung anzuschließen.

Allerdings ist natürlich immer zu beachten, dass die meisten Klausuren so konzipiert sind, dass ihre Lösung am besten "funktioniert", wenn man der herrschenden Meinung folgt. Deswegen kann der Kandidat Gefahr laufen, sich wichtige Probleme abzuschneiden, wenn er dies nicht tut. Aber selbst dann ist es nicht falsch, der Mindermeinung zu folgen, sondern allenfalls taktisch unklug. Ein guter Klausursachverhalt hingegen ist so konzipiert, dass eine Lösung unabhängig von der vertretenen Meinung dem Verfasser die Gelegenheit gibt, sich zu profilieren.

Entscheidend für den Erfolg der Klausur vor allem in ersten Examen ist also nicht, welcher Meinung gefolgt wird, sondern vielmehr, dass diese Entscheidung nachvollziehbar begründet wird. Eine gute geisteswissenschaftliche Klausur zeichnet sich nämlich vor allem durch eine gute Argumentation aus.

Rechtsanwalt Uwe Schumacher

Redakteur „RA“ und Dozent für JURA INTENSIV in Münster und Bochum

IMPRESSUM

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

Zivilrecht

Problem: Sittenwidrigkeit bei Online-Auktion

BGH, URTEIL VOM 28.03.2012
VIII ZR 244/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ergibt sich, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht (vgl. § 138 II BGB) und mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag insgesamt als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies entnimmt man der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit in § 138 II BGB, die beispielhaft von einer Zwangslage, der Unerfahrenheit oder dem mangelnden Urteilsvermögen des anderen Teils spricht, die vom Begünstigten ausgenutzt werden muss. Erforderlich ist also eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Regelmäßig ist der Schluss von einem besonders auffälligen Missverhältnis auf eine verwerfliche Gesinnung zulässig - in einem solchen Fall „füllt“ also das eine Merkmal das Defizit des anderen auf.

Problematisch und umstritten war, ob diese Vermutungsregel auch bei Internetauktionen eingreift. Der Senat verneint die Frage mit der vorliegenden Entscheidung.

SACHVERHALT:

Die Beklagte (B) bot bei eBay ein Handy „Vertu Weiss Gold“ ab einem Startpreis von 1,- € zur Versteigerung an. Den Zustand gab sie als „gebraucht“ an. Der Angebotstext lautete wie folgt:

„Hallo an alle Liebhaber von Vertu.

Ihr bietet auf ein fast neues Handy (wurde nur zum ausprobieren ausgepackt). Weist aber ein paar leichte Gebrauchsspuren auf (erwähne ich ehrlichkeit halber). Hatte 2 ersteigert und mich für das gelb goldene entschieden. Gebrauchsanweisung (englisch) lege ich von dem gelb goldene bei, das andere habe ich auch nicht bekommen. Dazu bekommt ihr ein Etui, Kopfhörer und Ersatzakku. Privatverkauf, daher keine Rücknahme. Viel Spaß beim Bieten.“

Der Kläger (K) gab ein Maximalgebot von 1.999 € ab und erhielt für 782 € den Zuschlag. Die Annahme des Telefons verweigerte er dann jedoch mit der Begründung, es handele sich um ein Plagiat. Ein echtes Telefon dieser Art koste 24.000 €. Der Aufforderung des K, ihm ein „Original Vertu Handy Signature weiß-gold“ zur Verfügung zu stellen kam B nicht nach.

K verlangt von B Schadensersatz in Höhe von 23.218 € (24.000 € abzgl. des Kaufpreises von 782 €). Zu Recht?

[Anm.: Es ist zu unterstellen, dass es sich bei dem Telefon nicht um ein Original handelt. Ein Originalgerät im beschriebenen Zustand (ohne Bedienungsanleitung, aus zweiter Hand und mit Gebrauchsspuren) hätte einen objektiven Verkehrswert von ca. 3.800 €.]

Sittenwidrigkeit (+) bei **auffälligem Missverhältnis** zwischen Leistung und Gegenleistung und mindestens einem **weiteren Umstand**.

Vermutung einer verwerflichen Gesinnung bei besonders großem Missverhältnis (+)

BGH: Jedoch keine solche Vermutung bei Online-Auktion

PRÜFUNGSSCHEMA:

- A. Anspruch des K aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III; 281 BGB
 - I. Kaufvertrag
 - II. Mangel gem. § 434 BGB
 - III. Bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)
 - IV. Weitere Voraussetzungen des § 281 BGB
- B. Anspruch des K aus §§ 280 I, III; 281 BGB
 - I. Schuldverhältnis
 - II. Pflichtverletzung
 - III. Vertretenmüssen
 - IV. Schaden

LÖSUNG:**A. Anspruch des K aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB**

K könnte ein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB auf Schadensersatz statt der Leistung gegen B zustehen.

I. Kaufvertrag**1. Vertragsschluss**

Zwischen den Parteien müsste zunächst ein Kaufvertrag i.S.d. § 433 BGB zustande gekommen sein. Der Vertrag könnte dadurch geschlossen worden sein, dass B mit dem Einstellen des Artikels ein Angebot i.S.d. §§ 145 ff. BGB abgab, welches K durch die Eingabe seines Maximalgebots und dem Zeitablauf der Auktion annahm.

Dem könnte nur entgegenstehen, dass das Einstellen des Artikels gegenüber einer Vielzahl von Interessenten und potentiellen Käufern möglicherweise ohne den erforderlichen Rechtsbindungswillen vorgenommen wurde und daher nur als sog. *inviatio ad offerendum* einzuordnen wäre. Die eBay-AGB regeln in § 10 Nr. 1 jedoch, dass das Einstellen eines Artikels ein verbindliches Angebot darstellt. Zwar gelten diese AGB unmittelbar nur zwischen eBay und dem einzelnen Nutzer und nicht zwischen den Nutzern selbst. Da jedoch jeder Nutzer denselben AGB unterworfen ist, dürfen diese als Indizien für die Auslegung von Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) herangezogen werden.

Demnach ist vorliegend zwischen K und B ein Kaufvertrag geschlossen worden.

2. Wirksamkeit des Vertrages

Der Vertrag müsste jedoch wirksam sein, d.h. es dürften keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstehen. Als eine solche kommt die Nichtigkeit des Vertrages gem. § 138 I BGB wegen Sittenwidrigkeit in Betracht. Es könnte sich um ein wucherähnliches Rechtsgeschäft handeln.

a) Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung

Wie sich aus § 138 II BGB als Konkretisierung der Sittenwidrigkeit (des Abs. 1) ergibt, ist ein auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erforderlich. Dieses liegt hier jedenfalls nach dem Vortrag des K vor, da dieser für ein Mobiltelefon im Wert von 24.000 € nur 782 € zahlte bzw. 1.999 € zu zahlen bereit war.

§ 10 Nr. 1 der eBay-AGB:

Stellt ein Anbieter, auf der eBay-Website einen Artikel im Angebotsformat Auktion ein, gibt er ein **verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrags über diesen Artikel ab (...)**.

Zur Wirkung der eBay-AGB zwischen den Nutzern: BGH, NJW 2011, 2643 und NJW 2005, 53

b) Verwerfliche Gesinnung des K

Zudem müsste K eine verwerfliche Gesinnung aufweisen. Eine solche kann hier nicht ohne weiteres festgestellt werden. Nach der Rechtsprechung des BGH rechtfertigt aber die Tatsache eines besonders krassen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragsteils und damit auf einen sittenwidrigen Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts. Ein solches grobes Missverhältnis wird bei Grundstückskaufverträgen und Kaufverträgen über vergleichbar wertvolle bewegliche Sachen regelmäßig angenommen, wenn der Wert der Leistung annähernd doppelt so hoch ist wie derjenige der Gegenleistung.

Problematisch ist allerdings, ob diese Vermutung auch bei Internetauktionen Anwendung finden soll, bei denen das vom Käufer angegebene Maximalgebot in einem auffälligen Missverhältnis zum Wert des Gegenstandes steht.

Die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum lehnt dies ab:

„[18] Demgegenüber wird in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum die Auffassung vertreten, **aufgrund der Besonderheiten einer Internetauktion könne nicht** bereits aus einem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung **auf** das für § 138 BGB erforderliche subjektive Tatbestandsmoment einer **verwerflichen Gesinnung geschlossen werden (...)**.“

Dieser Ansicht schließt sich der Senat an:

„[19] Der Schluss von dem besonders groben Äquivalenzmissverhältnis auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten leitet sich aus dem Erfahrungssatz her, dass außergewöhnliche Leistungen in der Regel nicht ohne Not oder einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand zugestanden werden und der Begünstigte diese Erfahrung teilt. Von einem solchen Beweisanzeichen kann indes bei einer Onlineauktion nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Denn die **Situation einer Internetversteigerung unterscheidet sich grundlegend von den bisher entschiedenen Fällen**, in denen sich in den Vertragsverhandlungen, die zu den Zugeständnissen der objektiv benachteiligten Seite führten, nur die Vertragspartner gegenüberstanden.

[20] Hier kann aus einem deutlich unter dem Wert des angebotenen Gegenstandes liegenden Gebot des Bieters nicht auf dessen verwerfliche Gesinnung geschlossen werden. Zwar ist der Kaufpreis für den Bieter durch den von ihm eingegebenen Höchstpreis zunächst nach oben begrenzt. Es macht jedoch gerade den **Reiz einer (Internet-)Auktion aus**, mit der **Abgabe eines zunächst niedrigen Gebots** die Chance wahrzunehmen, den **Auktionsgegenstand zum "Schnäppchenpreis" zu erwerben**, während umgekehrt der Anbieter die Chance wahrnimmt, durch den Mechanismus des Überbietens am Ende einen für ihn vorteilhaften Kaufpreis zu erzielen. Für den Bieter kann es daher durchaus taktische Gründe geben, zunächst nicht sein äußerstes Höchstgebot anzugeben, sondern - etwa kurz vor Ablauf der Auktion - noch ein höheres Gebot zu platzieren, zu dem er indes keine Veranlassung hat, wenn er sich zu diesem Zeitpunkt aufgrund des Auktionsverlaufes bereits Chancen ausrechnen kann, den Gegenstand zu dem von ihm zunächst gebotenen Höchstpreis zu erwerben. Bereits aus die-

Zur Klarstellung:

Ein auffälliges Missverhältnis wird häufig deswegen vorliegen, weil die vereinbarte Gegenleistung den Wert der Kaufsache um ein vielfaches übertrifft – der Vorwurf der Sittenwidrigkeit trifft dann den Verkäufer.

Hier könnte der umgekehrte Fall vorliegen: Die Gegenleistung unterschreitet den (behaupteten) Wert der Sache – sittenwidrig handelte in diesem Fall der Käufer.

Zur Vermutung der verwerflichen Gesinnung: BGH, NJW 2000, 1487; WM 1998, 932; WM 1997, 230; WM 1992, 441

So: OLG Oldenburg, NJW 2004, 168; OLG Köln, CR 2007, 598; Eickelmann, JURA 2011, 451

sem Grund ist der vom Berufungsgericht angenommene Schluss einer verwerflichen Gesinnung alleine aus dem Verhältnis des abgegebenen Höchstgebots zum Wert nicht gerechtfertigt.“

Demnach ist dem K das für § 138 I BGB erforderliche subjektive Tatbestandsmoment, die verwerfliche Gesinnung, vorliegend nicht nachzuweisen.

Der Vertrag ist folglich nicht gem. § 138 I BGB nichtig.

II. Mangel i.S.d. § 434 BGB

Ferner müsste die Sache mangelhaft i.S.d. § 434 BGB sein. Ein Mangel liegt vor, wenn die Ist- von der Sollbeschaffenheit der Sache abweicht. Vorliegend könnte das Mobiltelefon von der nach § 434 I 1 BGB vereinbarten Beschaffenheit abweichen und deswegen mangelhaft sein. Die Beschaffenheitsvereinbarung könnte sich auf die Echtheit der Sache beziehen, die hier zweifelhaft ist. Eine ausdrückliche Abrede über die Echtheit der Sache liegt nicht vor, sondern könnte sich nur aus den Angaben der B im Angebotstext ergeben.

1. Beschaffenheitsvereinbarung trotz geringen Startpreises

Gegen eine Vereinbarung über die Echtheit der Sache könnte angesichts des Wertes von 24.000 € bereits der geringe Startpreis von 1,-€ sprechen.

Den geringen Startpreis lässt der Senat nicht als Beschaffenheitsvereinbarung genügen:

„[23] (...) Diese Begründung trägt nicht.

[24] Das Berufungsgericht verkennt, dass dem Startpreis angesichts der Besonderheiten einer Internetauktion im Hinblick auf den Wert des angebotenen Gegenstandes grundsätzlich kein Aussagegehalt zu entnehmen ist. **Denn der bei Internetauktionen erzielbare Preis ist von dem Startpreis völlig unabhängig**, da er aus den Maximalgeboten der Interessenten gebildet wird, so dass auch Artikel mit einem sehr geringen Startpreis einen hohen Endpreis erzielen können, wenn mehrere Bieter bereit sind, entsprechende Beträge für den Artikel zu zahlen. (...).

Eine Beschaffenheitsvereinbarung über die Echtheit der Sache ist demnach nicht schlechthin ausgeschlossen.

2. Beschaffenheitsvereinbarung aufgrund umfassender Auslegung

Ob eine Beschaffenheitsvereinbarung über die Echtheit des Mobiltelefons vorliegt, muss demnach aus einer umfassenden Auslegung der Willenserklärungen der Parteien gewonnen werden.

Für eine solche Vereinbarung spricht, dass B in dem Angebotstext ein Mobiltelefon mit der Bezeichnung „Vertu“ anbietet und sich ausdrücklich „an alle Liebhaber von Vertu“ wendet. Zudem verbietet eBay in seinen AGB ausdrücklich den Verkauf von Repliken und Fälschungen; wie bereits erläutert sind diese AGB bei der Auslegung der Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB jedenfalls als Indizien heranzuziehen (s.o. unter A. I.). Schließlich darf auch der Kunde die berechnete Erwartung haben, dass er ein Original erwirbt, wenn sich das Angebot ausdrücklich auf einen Markennamen bezieht und sich aus dem Angebot keine Einschränkungen ergeben.

Gegen eine derartige Abrede könnte aber sprechen, dass auch B das Telefon nicht im autorisierten Fachhandel erworben hat, dem Gerät

Endpreis ist vom Startpreis unabhängig – daher **keine Aussage zum Sachwert** im Startpreis enthalten

die Bedienungsanleitung fehlte und der Angebotstext keine Modellbezeichnung enthielt.

Letzteres dürfte jedoch nicht so gewichtig sein, dass eine Beschaffenheitsvereinbarung abzulehnen wäre. Die Tatsache, dass das Gerät von der Verkäuferin selbst ersteigert worden war, spricht nicht automatisch gegen die Echtheit. Gerade weil die Auktionsplattformen im Internet den Handel mit Plagiaten verbieten, ist auch davon auszugehen, dass beim ersten Ankauf Originalmodelle erworben werden. Auch das Fehlen der Bedienungsanleitung lässt die berechtigte Erwartung des Käufers, ein Originalgerät zu ersteigern, nicht entfallen. Insgesamt ist daher von einer Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB über die Echtheit des Telefons auszugehen. Da das Telefon nach dem Bearbeitervermerk kein Originalgerät war, liegt ein Sachmangel gem. § 434 I 1 BGB vor.

3. Bei Gefahrübergang

Dieser Sachmangel müsste bereits bei Gefahrübergang vorgelegen haben. Da es zu einer Übergabe der Sache gem. § 446 S. 1 BGB aufgrund der Verweigerung nicht gekommen war, ist fraglich, ob die Gefahr überhaupt auf K übergegangen ist. Dies könnte gem. § 446 S. 3 BGB nur der Fall gewesen sein, wenn K im Verzug mit der Annahme war. Die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gem. §§ 293 ff. BGB liegen jedoch nicht vor, da die angebotene Sache mangelhaft war (s.o.). Das Angebot einer mangelhaften Sache begründet nämlich keinen Annahmeverzug.

Es besteht mithin kein Anspruch des K aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III; 281 BGB

B. Anspruch des K aus §§ 280 I, III; 281 BGB

I. Schuldverhältnis

Mit dem (wirksamen) Kaufvertrag zwischen K und B liegt ein Schuldverhältnis gem. § 241 I BGB vor.

II. Pflichtverletzung

B hat auch eine Pflicht aus diesem Schuldverhältnis verletzt, indem sie die fällige und mögliche Leistung nach § 433 I 1 BGB, nämlich die Übereignung eines original Vertu-Mobiltelefons nicht erbrachte. Die nach § 281 I 1 BGB erforderliche Fristsetzung dürfte entbehrlich sein, da B dem konkreten Leistungsbegehren des K nicht entsprach. Ob hierin bereits eine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung i.S.d. § 281 II Var. 1 BGB zu sehen ist, kann letztendlich dahinstehen, da B ganz offensichtlich nicht über ein lieferbares Originalgerät verfügt. Das begründet zwar keine Unmöglichkeit i.S.d. § 275 I BGB, lässt aber als besonderer Umstand nach § 281 II Var. 2 BGB das Fristsetzungserfordernis entfallen.

III. Vertretenmüssen

Ob B die Unechtheit des Telefons kannte und die Pflichtverletzung insofern zu vertreten hat, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Hierauf kommt es aber nicht an, da B nichts zu ihrer Exkulpation vorgebracht hat und daher zu ihren Lasten die Vermutung des § 280 I 2 BGB eingreift.

Achtung:

Im Originalfall hat der Senat das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nicht positiv festgestellt, weil hierfür tatsächliche Feststellungen erforderlich sind, die dem Senat als Revisionsgericht gem. § 563 I 1 ZPO nicht gestattet sind. Der Senat hat aber in einer umfassenden Anmerkung (Rn. 29, 30 d. Urteils) dem Berufungsgericht sehr deutlich gemacht, dass er von einer Vereinbarung i.S.d. § 434 I 1 BGB ausgeht.

Ebenso hat der Senat nicht feststellen dürfen, ob das Telefon echt oder unecht ist. Das Berufungsgericht hatte diese Frage – aus seiner Perspektive korrekt – unbeantwortet gelassen, da es eine Beschaffenheitsvereinbarung abgelehnt hatte und es somit auf die Frage der (Un)Echtheit nicht ankam.

Zum Angebot einer mangelhaften Leistung: RGZ 111, 86; Palandt/Grüneberg, § 293 BGBRn 4; Staudinger/Löwisch, § 293 BGBRn 4

Zur Differenzhypothese vgl. näher Beck-OK/Schubert, § 249 BGB Rn. 12 m.w.N.

IV. Schaden

Schließlich müsste K auch ein adäquat kausal auf der Pflichtverletzung beruhender und gem. §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden entstanden sein. Die Tatsache, dass es sich bei dem Mobiltelefon nicht um ein Original handelt, stellt einen gem. § 251 BGB als Schaden zu berücksichtigenden Umstand dar. Der Schaden berechnet sich nach der Differenzhypothese. Danach ist der Schaden durch einen Vergleich des tatsächlichen Vermögens mit dem hypothetischen Vermögensstand zu ermitteln, der ohne das schädigende Ereignis vorgelegen hätte. Ohne das schädigende Ereignis wäre dem K ein Originalhandy der Marke Vertu übereignet worden. Dabei hätte es sich allerdings um ein gebrauchtes Telefon aus zweiter Hand mit Gebrauchsspuren gehandelt. Der Wert dieses Gerätes wäre daher nicht mit den von K veranschlagten 24.000 €, sondern nur mit dem Zeitwert von rund 3.800 € anzusetzen gewesen. Anderenfalls würde K durch das schädigende Ereignis besser gestellt, als er bei ordnungsgemäßer Erfüllung stehen würde. Dies verbietet bereits der Grundsatz der Vorteilsausgleichung, der auf das Gebot der Erforderlichkeit in § 249 II 1 BGB zurückzuführen ist.

Als Abzugsposten ist im weiteren der von K nach dem Vertrag zu zahlende Kaufpreis von 782 € zu berücksichtigen, der seinen Vermögenszuwachs geschmälert hätte.

K steht damit ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.018 € zu.

FAZIT:

Der Senat legt eine Entscheidung vor, die als ausgesprochen examensrelevant eingestuft werden muss. In den Entscheidungsgründen werden gleich mehrere Probleme behandelt und die Möglichkeit, weitere Probleme einzustreuen, ist unbegrenzt. Ohne weiteres – nämlich wenn die Sachgefahr nach § 446 S. 1 BGB bereits übergegangen wäre – könnte eine umfassende kaufrechtliche Prüfung angezeigt sein.

Zu begrüßen ist, dass der Senat eine äußerst strukturierte Prüfung von § 138 I BGB vornimmt. Die beiden aus § 138 II BGB zu gewinnenden Merkmale (obj.: Missverhältnis; subj.: verwerfliche Gesinnung) sollten Klausurbearbeiter nachvollziehen. Denn nicht selten verkommt die Prüfung des § 138 BGB zu einem konturlosen und wenig zielführenden „Besinnungsaufsatz“ (was allerdings auch auf die floskelhafte Definition der Rechtsprechung zurückzuführen ist, wonach Sittenwidrigkeit gegeben sei, wenn gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen werde).

Unbedingt zu beachten ist aber, dass die hier gewählte Darstellung des Urteils mit der Originalentscheidung nur teilweise übereinstimmt: Da das Berufungsgericht die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts angenommen hatte, musste es die Mangelhaftigkeit bzw. die Pflichtverletzung der B – also die Frage, ob es sich um ein Originalgerät handelt – nicht erörtern. Über diesen Umstand darf wegen § 563 ZPO auch nicht der BGH als Revisionsgericht befinden. Mittels Revision sind alleine Rechts- aber keine Tatsachenfragen zu überprüfen. Hier ist demnach unterstellt worden, dass es sich bei dem Telefon um ein Plagiat handelte.

Problem: Arglistiges Verschweigen eines Mangels

BGH, URTEIL VOM 16.03.2012
V ZR 18/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Die unterlassene Aufklärung des Verkäufers über einen Umstand, der für den Käufer erkennbar von besonderer Bedeutung ist (z.B. Unfallschaden eines gebrauchten Pkw), kann ein arglistiges Verschweigen i.S.d. § 123 BGB begründen.

Anerkannt ist außerdem, dass auch Angaben „ins Blaue hinein“ den Tatbestand der Arglist ausfüllen können, wenn der Handelnde jedenfalls damit rechnet, dass seine Angaben falsch sind. Es handelt sich dann um Eventualvorsatz.

Hier stellte sich dem Senat die Frage, ob die Angabe des Verkäufers, er sei sich hinsichtlich der Herkunft und des Umfangs einer Mangelerscheinung an der Kaufsache unsicher, ein (teilweises) arglistiges Verschweigen darstellt.

SACHVERHALT:

Mit notariellem Vertrag vom 03.04.2004 verkaufte die Beklagte (B) der Klägerin (K) ein mit einem 1936 errichteten Wohnhaus bebautes Grundstück. Der Keller des Hauses ist zu Wohn- und Aufenthaltszwecken ausgebaut. In dem Kaufvertrag vereinbarten die Parteien einen Haftungsausschluss für Sachmängel mit Ausnahme vorsätzlich zu vertretender oder arglistig verschwiegener Mängel.

Nach dem Kauf stellte sich heraus, dass die Abdichtung des Bauwerks mangelhaft ist, so dass Feuchtigkeit eindringen konnte. Hierdurch waren die Räume im Keller nicht bewohnbar und auch nicht als Aufenthaltsräume nutzbar.

Die Beklagte hatte Kenntnis von diesen Feuchtigkeitsspuren, die bei einem Besichtigungstermin im Vorfeld des Vertragsschlusses bereits erkennbar waren. Hinsichtlich des Ursprungs war sie sich jedoch unsicher gewesen. Nach ihrer Einschätzung hätte es sich auch um vorübergehende Erscheinungen handeln können, die nicht auf eine fehlende Abdichtung zurückgeführt werden müssten. Auf Nachfrage hatte sie gegenüber K daher auch nur mitgeteilt, dass sie den genauen Ursprung nicht kenne, aber davon ausgehe, dass die Spuren auf die heftigen Regenfälle im Frühjahr zurückgingen.

K verlangt nun – nach erfolgloser Fristsetzung – von B Schadensersatz für die Nachrüstung einer funktionierenden Abdichtung, insgesamt 132.000 €.

Zu Recht?

PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS §§ 437 NR. 3, 280 I, III, 281 BGB

- A. Kaufvertrag
- B. Mangel gem. § 434 BGB
- C. Bei Gefahrübergang
- D. Weitere Voraussetzungen des § 281 BGB
- E. Haftungsausschluss

LÖSUNG:

K könnte gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB haben.

A. Kaufvertrag

Zwischen K und B ist ein Kaufvertrag gem. § 433 BGB zustande gekommen. Dieser wurde notariell beurkundet und entsprach damit auch dem Formerfordernis des § 311 b I 1 BGB.

B. Mangel gem. § 434 BGB

Es müsste ein Sachmangel gem. § 434 BGB vorliegen. Das ist nach Maßgabe des § 434 BGB der Fall, wenn die Ist- von der Sollbeschaffenheit der Sache abweicht.

Vorliegend könnte ein Sachmangel nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Dann müsste sich die Sache nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen.

I. Kein Ausschluss aufgrund des Altbaus

Die fehlende Feuchtigkeitsabdichtung und die daraus folgende Einschränkung der Nutzbarkeit könnten einen Mangel nach § 434 I 2 Nr. 1 BGB begründen, wenn hierin eine Verwendungsabrede zum Ausdruck kommt. Zu beachten ist allerdings, dass ein Sachmangel nicht ohne weiteres aus einer fehlenden Feuchtigkeitsabdichtung resultiert, wenn das Haus zu einer Zeit erbaut wurde, als derartige Abdichtungen noch nicht üblich waren. In einem solchen Fall ist vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen:

„[14] (...) Im Einzelnen ist von Bedeutung, ob das Haus in einem **saniierten Zustand** verkauft wurde, der **Keller Wohnzwecken diene**, welcher **Zustand bei der Besichtigung erkennbar** war und wie **stark die Feuchtigkeitserscheinungen** sind. Der bei Altbauten übliche Standard ist dann nicht maßgebend, wenn die Parteien eine abweichende Beschaffenheit vereinbart haben (§ 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder wenn diese für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nutzung des Kellers als Aufenthaltsraum) erforderlich ist.“

Demnach wäre hier von einem Sachmangel auszugehen, wenn die Parteien eine Abrede über die Nutzung der betroffenen Kellerräume zu Wohn- oder Aufenthaltszwecken getroffen hätten und die Räume für diese Zwecke nicht nutzbar waren.

II. Verwendungsabrede

Es müsste eine Abrede über die Verwendung der Kellerräume zu Wohn- oder Aufenthaltszwecken vorliegen. Eine ausdrückliche Abrede haben die Parteien nicht getroffen. Es wurde jedoch von den Parteien übereinstimmend unterstellt, dass die Räume sich zu Wohnzwecken eignen. Denn B präsentierte K die Kellerräume als bewohnbar vor. Damit liegt eine konkludente Abrede über die Verwendung vor.

Da die Räume sich tatsächlich weder zum Bewohnen noch zum zeitweisen Aufenthalt eignen, liegt ein Sachmangel gem. § 434 I 2 Nr. 1 BGB vor.

Vgl. BGH, ZNotP 2010, 42, 43

Achtung:

Die Annahme einer konkludenten Vereinbarung – wie sie der Senat hier vornimmt – ist möglich, aber nicht zwingend. Vielfach wird angenommen, dass § 434 I 2 Nr. 1 BGB gerade keine konkludenten Abreden erfasst, da anderenfalls der Anwendungsbereich des § 434 I 2 Nr. 2 BGB ausgehöhlt würde.

Allerdings macht diese Annahme hier Sinn, da der „Auffangtatbestand des § 434 I 2 Nr. 2 BGB gerade nicht eingreift: Bei einem Altbau von 1936 kann nämlich gerade nicht erwartet werden, dass die Kellerräume vollständig trockengelegt sind und zur Wohnnutzung bereit stehen. Vielmehr dienen Kellerräume von Altbauten üblicherweise (i.S.d. Nr. 2) nur der Lagerung von Gegenständen.

C. Bei Gefahrübergang (§ 446 S. 1 BGB)

Der Sachmangel lag bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs, nämlich dem Zeitpunkt der Räumung des Grundstücks durch B, vor.

An die Stelle der körperlichen Übergabe der Sache i.S.d. § 446 S. 1 BGB tritt bei Grundstücken die Räumung und Zugänglichmachung

D. Weitere Voraussetzungen des § 281 BGB

§ 281 I 1 BGB verlangt dass eine Pflichtverletzung vorliegt, also dass der Schuldner eine geschuldete Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht hat. Indem B die von K gem. §§ 437 Nr. 1, 439 BGB geforderte Nacherfüllung nicht innerhalb der gesetzten Nachfrist erbrachte, liegt eine Pflichtverletzung i.S.d. § 281 BGB vor. Dies hat B in Ermangelung einer Exkulpation nach § 280 I 2 BGB auch zu vertreten.

Der gem. § 249 II 1 BGB ersatzfähige Schaden beläuft sich auf 132.000 €.

E. Haftungsausschluss

Indes könnte die Haftung der B wegen der individuellen Vereinbarung mit K ausgeschlossen sein. Die Vereinbarung erfasst sämtliche Rechte wegen Sachmängeln, also auch den hier vorliegenden Verstoß gegen die Verwendungsabrede i.S.d. § 434 I 2 Nr. 1 BGB. Jedoch kann sich B auf diesen Haftungsausschluss nicht berufen, wenn sie die konkrete Ursache und den Umfang des Mangel arglistig verschwiegen (vgl. auch § 444 BGB). Hier könnte ein teilweises Verschweigen darin liegen, dass B auf den Ursprung und den Umfang des Mangels nicht hinwies.

I. Aufklärungspflicht

Ein Verschweigen als Unterlassen begründet arglistiges Handeln (i.S.d. § 123 BGB) nur dann, wenn den Schweigenden eine Aufklärungspflicht trifft.

„[21] Bei einem Verkauf eines Gebäudegrundstücks besteht eine **Pflicht nur zur Offenbarung verborgener Mängel** oder von Umständen, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn es sich um Umstände handelt, die für den Entschluss des Käufers von Bedeutung sind, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind. **Bei den Mängeln, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne weiteres erkennbar sind, besteht dagegen keine Offenbarungspflicht.** Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann

BGHZ 132, 30, 34; BGH, NJW-RR 2003, 772; NJW 2001, 64

[22] **Nicht ohne weiteres erkennbar** sind indes solche **Mängel**, von denen bei einer Besichtigung zwar Spuren zu erkennen sind, die aber **keinen tragfähigen Rückschluss auf Art und Umfang des Mangels erlauben** (vgl. Senatsurteile vom 20. Oktober 2000 - V ZR 285/99, NJW 2001, 64 und vom 12. Januar 2001 - V ZR 322/99, Rn. 9, juris). In diesen Fällen muss der Verkäufer gemäß seinem Kenntnisstand aufklären und darf sein konkretes Wissen nicht zurückhalten. (...)“

Da die Feuchtigkeitsspuren hier zwar sichtbar waren, aber keinen Rückschluss auf ihren Ursprung und auf Art und Umfang zuließen, bestand eine Aufklärungspflicht der B. Indem B während des Besichtigungstermins zum Ursprung und zum Umfang der Mängel nur teilweise korrekte Angaben machte, verletzte sie ihre Aufklärungspflicht.

II. Arglistiges Handeln (i.S.d. § 123 BGB)

B müsste jedoch arglistig, also vorsätzlich gehandelt haben. Nach ihrer Einlassung hatte B keine Kenntnis vom konkreten Ursprung und vom Umfang der Mangelerscheinungen.

Dabei ist zu beachten, dass ein arglistiges Verschweigen in diesem Sinne auch vorliegt, wenn der Verkäufer auf eine Frage des Käufers falsche Angaben ohne tatsächliche Grundlage „ins Blaue hinein“ macht, sofern er mit der Unrichtigkeit der Angaben rechnet. Fraglich ist, ob B ein derartiges Verhalten vorgeworfen werden kann, indem sie angab, den Ursprung der Feuchtigkeitsspuren nicht zu kennen.

BGH, BGHReport, 2001, 362;
NJW-RR 1997, 144; BGH, NJW
1980, 2460

„[28] Der Verkäufer ist zwar verpflichtet, Fragen des Käufers richtig und vollständig zu beantworten. **Allein der Umstand, dass Fragen - hier die nach der Ursache der Feuchtigkeitflecken - falsch beantwortet wurden, begründet jedoch noch nicht den Vorwurf der Arglist.** Derjenige, der **gutgläubig falsche Angaben macht**, handelt nämlich **grundsätzlich nicht arglistig**, mag der gute Glaube auch auf Fahrlässigkeit oder selbst auf Leichtfertigkeit beruhen. (...)“

Da B jedoch nicht von der Unrichtigkeit ihrer Angaben ausging, sondern aus ihrer Perspektive heraus plausible Angaben zur Schadensentstehung machte, liegt kein arglistiges Handeln vor. Folglich greift der Haftungsausschluss ein.

K steht gegen B kein Anspruch aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 BGB zu.

FAZIT:

Ein durchaus interessantes Urteil mit Klausurpotential.

Zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Die Rechtsprechung und Erwägungen zur Mangelhaftigkeit von Altbauten nach § 434 BGB müssen Examenskandidaten nicht kennen. Berücksichtigungswert sind aber die Ausführungen des Senats zur Arglist des Verkäufers. Diese sind gut nachvollziehbar, wenn man eine Parallele zum Strafrecht herstellt: Dass unter „Arglist“ i.S.d. § 123 BGB auch Angaben „ins Blaue hinein“ fallen, lässt sich mit dem Gedanken des *dolus eventualis* begründen. Denn derjenige, der unrichtige Angaben macht und mit der Unrichtigkeit rechnet, nimmt den Erfolg seines Handelns billigend in Kauf. Derjenige, der hingegen gutgläubig auf die Richtigkeit seiner Angaben vertraut, geht – wenn auch pflichtwidrig – vom Ausbleiben des Erfolges aus und handelt somit quasi „nur“ bewusst fahrlässig. Ein fahrlässiges Handeln wirkt sich i.R.d. § 123 BGB jedoch nicht tatbestandsmäßig aus.

Problem: Entschädigung gem. § 21 II 3 AGG

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 12.12.2011
10 U 106/11 (NJW 2012, 1085)

EINLEITUNG:

Mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1 AGG). Zu diesem Zweck begründet § 21 AGG einen Anspruch auf Unterlassung (§ 21 I 2 AGG) und Entschädigung (§ 21 II 3 AGG). Politisch äußerst umstritten war dabei die Beweislastregel des § 22 AGG, wonach dann, wenn der Anspruchsteller Indizien für eine Diskriminierung beweist, der Anspruchsgegner die Beweislast dafür trägt, dass keine solche vorgelegen hat. Damit ist der Gesetzgeber einen besonnenen Kompromiss eingegangen, der den Anspruchsgegner vor unberechtigten Anschuldigungen schützt (keine volle Beweislastumkehr), andererseits aber dem Anspruchsteller faktisch einen Nachweis der Diskriminierung ermöglicht, der kaum zu führen wäre, müsste er mehr als Indizien beweisen.

Nach § 2 AGG findet das Gesetz insbesondere Anwendung im Bereich des Arbeitsrechts im weitesten Sinne, also z.B. dem Zugang zum Beruf, dem beruflichen Aufstieg, dem Zugang zu Bildung, Sozialversicherung usw.

Nach § 19 I Nr. 1 AGG gilt das Diskriminierungsverbot aber auch für die Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, „die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen“. Zu dieser bisher weniger beachteten Fallgruppe verhält sich der vorliegende Fall des OLG Stuttgart, in dem dem Kläger wegen seiner Hautfarbe der Zugang zu einer Diskothek verwehrt worden war. Das OLG sprach ihm daraufhin einen Unterlassungsanspruch und immerhin eine Entschädigung i.H.v. 900,00 Euro zu.

SACHVERHALT:

Der Kläger (K) begehrte am Abend des 5. November 2010 den Zutritt zur einer Diskothek, die von der Beklagten (B) betrieben wird. Diese bezeichnet sich selbst u.a. als „internationale Diskothek“. Der Eintritt wurde dem K jedoch von einem Türsteher verweigert. K behauptet, der Türsteher habe ihn im Hinblick auf seine Hautfarbe mit der Begründung abgewiesen, es seien „schon genug Schwarze drin“. Den Vollbeweis hierfür konnte K zwar nicht erbringen. Allerdings beobachtete der Zeuge Y, dass am fraglichen Abend verschiedenen Personen aufgrund ihrer Hautfarbe von den Türstehern der Zutritt verwehrt wurde, auch wenn Y sich nicht mehr daran erinnern konnte, ob auch der K unter diesen war.

K verlangt von B Unterlassung und ein Schmerzensgeld in Höhe von mindestens 5.000 €. Zu Recht?

[Anm.: Zu prüfen sind nur die Normen des AGG. Es ist zu unterstellen, dass die Ausschlussfrist des § 21 V AGG gewahrt ist.]

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUS § 21 I 2 UND II 3 AGG

- A. Ausschlussfrist § 21 V AGG
- B. Benachteiligung gem. § 19 I, II AGG
- C. Fehlen einer Rechtfertigung gem. § 20 AGG
- D. Rechtsfolge

LÖSUNG:

K könnte gegen B ein Anspruch auf Unterlassung gem. § 21 I 2 und ein Schadensersatzanspruch gem. § 21 II 3 AGG zustehen.

A. Ausschlussfrist § 21 V AGG

Die Ausschlussfrist des § 21 V AGG ist gewahrt.

B. Benachteiligung gem. § 19 I AGG

K müsste eine Benachteiligung i.S.d § 19 I AGG erlitten haben. In Betracht kommt eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse im Zuge der Begründung eines Schuldverhältnisses, bei dem das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und das zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommt (§ 19 I Nr. 1 Var. 2 AGG).

I. Schuldverhältnis i.S.d. § 19 I Nr. 1 Var. 2 AGG

Im Vorfeld zum Zutritt zu einer Diskothek müsste ein Schuldverhältnis i.S.d. § 19 I Nr. 1 Var. 2 AGG begründet werden. Bereits das Betreten des Eingangsbereichs einer Diskothek lässt ein vorvertragliches Schuldverhältnis i.S.d. §§ 311 II, 241 II BGB entstehen, das zwischen den Parteien vertragliche Rechte und Pflichten begründet. Zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus § 241 II BGB setzte B Türsteher ein, deren schuldhaftes Verhalten sie sich gem. § 278 BGB zurechnen lassen muss.

Vorvertragliches Schuldverhältnis gem. §§ 311 II, 241 II BGB durch Betreten des Eingangsbereichs; Türsteher als Erfüllungsgehilfe gem. § 278 BGB

Es handelt sich auch um ein Schuldverhältnis, bei dem das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat. Denn als „internationale Diskothek“ gewährt B im Allgemeinen sämtlichen Personen Zutritt, ohne dass es auf das konkrete Ansehen der Personen ankäme.

II. Benachteiligung

Es müsste eine konkrete Benachteiligung des K feststellbar sein. Das wäre der Fall, wenn K tatsächlich aufgrund seiner Hautfarbe abgewiesen worden wäre, da hierin eine Benachteiligung aufgrund der Rasse läge.

Indes ist K für diesen bestrittenen Umstand, für den er grds. darlegungs- und beweispflichtig ist, zunächst beweisfällig geblieben. Insbesondere konnte der Zeuge Y sich nicht erinnern, dass tatsächlich auch der K an der Tür wegen seiner Hautfarbe abgewiesen worden ist.

Jedoch konnte der Zeuge Y immerhin am fraglichen Abend beim Einlass zur Diskothek der B Vorkommnisse beobachten, die denen des klägerischen Vortrags ähneln. Nach seiner Einlassung sind mehrere Personen aufgrund ihrer Hautfarbe von Türstehern abgewiesen worden. Aufgrund des zeitlichen und räumlichen Zusammenhangs zwischen den Schilderungen des Zeugen Y und des K könnte von einer

Abweisung auch des K wegen seiner Hautfarbe ausgegangen werden. Hierfür streitet für K die Beweislastverteilung des § 22 AGG:

„Das vom Zeugen Y geschilderte Geschehen lässt eine Benachteiligung des Zeugen und auch des Klägers wegen deren Hautfarbe in Kombination mit ihrem männlichen Geschlecht vermuten. **Diese Vermutung hat die Beklagte nicht widerlegt.** Danach hat zumindest zeitweise am Abend des 5.11.2010 eine Selektion der männlichen Besucher nach Hautfarbe durch die Türsteher der Beklagten stattgefunden.“

Mithin ist eine Benachteiligung des K aus Gründen der Rasse und somit ein Verstoß gegen § 19 I AGG feststellbar.

C. Fehlen einer Rechtfertigung gem. § 20 AGG

„Einen rechtfertigenden sachlichen Grund nach § 20 AGG für eine Diskriminierung hat die Beklagte **weder ausreichend vorgetragen noch** ist ein solcher **ersichtlich**. Sie hat insbesondere nicht ausreichend dargelegt und gegebenenfalls unter Beweis gestellt, dass dem Kläger wegen seines jugendlichen Alters auf jeden Fall der Zugang zur Diskothek aus sachlichen Gründen verweigert worden wäre. Der Vortrag, bei vollen Räumen werde Minderjährigen frühzeitig bzw. rechtzeitig vor 24 Uhr der Zutritt verwehrt, wenn mit einer hohen Besucherzahl gerechnet wird, bezieht sich nicht auf den konkreten Fall.“

D. Rechtsfolge

Es liegt eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung gem. § 19 I AGG vor.

I. Unterlassungsanspruch gem. § 21 I 2 AGG

K kann als Rechtsfolge zunächst einen Unterlassungsanspruch gem. § 21 I 2 AGG geltend machen, wenn weitere Beeinträchtigungen zu befürchten sind. Das ist der Fall, da sogar am fraglichen Abend nach den nicht widerlegten Bekundungen des Zeugen Y mehrere derartige Verstöße zu beklagen waren.

II. Entschädigungsanspruch gem. § 21 II 3 AGG

Daneben steht dem K ein Anspruch auf Entschädigung in Geld gem. § 21 II 3 AGG zu. Fraglich ist, nach welchen Kriterien die Höhe des Ersatzanspruchs zu berechnen ist:

„Bei der Höhe des Schmerzensgeldes ist zu berücksichtigen, dass dem Kläger auf diese Weise der Aufenthalt in einer Diskothek an diesem Abend verwehrt wurde. (...) Die Zurückweisung des Klägers am Eingang der Diskothek, weil er ein Jugendlicher mit schwarzer Hautfarbe ist, stellt einen **erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers dar.** (...)

Im Hinblick auf die **generalpräventive Funktion** ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte Menschen mit schwarzer oder dunkler Hautfarbe nicht generell vom Besuch ihrer Diskothek ausschließt. (...) Es ist daher nicht festzustellen, dass die Diskriminierung zur generellen Geschäftspolitik der Beklagten gehört. Etwas anderes hat aber zumindest zeitweise für den Abend des 5.11.2010 gegolten, so dass eine abschreckende Wirkung im Hinblick auf die Beklagte jedenfalls bedingt erforderlich ist.

§ 22 AGG:

„Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“

Anmerkung: Zudem könnte eine Benachteiligung gem. **§ 19 II i.V.m. § 2 I Nr. 8 AGG** vorliegen. Dann müsste es sich bei der Zugang zur Diskothek um den Zugang zu einer Dienstleistung handeln, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Der Zugang zur Öffentlichkeit kann aber aufgrund der Einlasskontrolle bezweifelt werden. Das OLG hat sich hierzu nicht geäußert.

B brachte im Berufungsverfahren vor, dass es sich bei der Benachteiligung lediglich um eine Demütigung von alltäglichem Charakter handelt, die jedem Menschen jederzeit widerfahren kann. Das ist bei einer Äußerung mit rassistischem Bezug jedoch gerade nicht der Fall, da eine solche nicht jedem Menschen treffen kann. Außerdem würde eine solche Diskriminierung, die jeden Menschen in gleicher Weise wahllos treffen könnte, schon gar nicht dem AGG unterliegen (vgl. § 1 AGG).

Die Beklagte steht hier nicht stellvertretend für andere Betreiber von Diskotheken, die möglicherweise eine andere Geschäftspraxis üben.

Kriterien:

Genugtuungsfunktion
Abschreckungsfunktion

Nachdem hier die Abschreckungswirkung zwar zu berücksichtigen ist, aber nicht im Vordergrund steht, **bestimmt die Genugtuungsfunktion vorrangig die Höhe des Schmerzensgeldes**. Mit der Zurückweisung des Klägers wegen seines männlichen Geschlechts und seiner schwarzen Hautfarbe wurde die Missachtung gegenüber der Persönlichkeit des Klägers in einer erheblichen Weise zum Ausdruck gebracht. Die vom Kläger verlangte Entschädigung von mindestens 5.000,- € ist jedoch angesichts des Gewichts des Vorfalls unter Einbeziehung generalpräventiver Überlegungen überzogen und auch unter Berücksichtigung zugesprochenen Schmerzensgelds für die Missachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines Menschen in anderen Fällen unverhältnismäßig. **Der Senat hält unter Würdigung aller Umstände eine Entschädigung nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG von 900,00 € für angemessen**. Damit ist auch ein Abschreckungseffekt verbunden, weil dies dem Eintritt von 150 zahlenden Gästen an dem besagten Abend entspricht.

E. Ergebnis

K kann von B Unterlassung gem. § 21 I 2 AGG, sowie die Zahlung von 900,00 € gem. § 21 II 3 AGG verlangen.

FAZIT:

Die Entscheidung zeigt, dass das AAG einen wirksamen Schutz gegen Diskriminierungen unter Privaten bietet. Sobald sich herumspricht, dass in Fällen wie diesem - der ein im Alltag sicherlich nicht ganz seltenes Vorkommnis zum Gegenstand hat - empfindliche Schmerzensgelder zu zahlen sind, wird das AGG auch in praxi an Bedeutung gewinnen.

Besonders interessant sind die (knappen) Ausführungen des Gerichts zur „Abschreckungsfunktion“ des Schmerzensgeldes, denn die hier austenorierten 900,00 € für eine psychische Beeinträchtigung liegen doch deutlich über dem, was die Gerichte für leichte physische Verletzungen zusprechen (man denke nur an ein Trauma der HWS nach einem Verkehrsunfall, das jedenfalls in leichteren Fällen selten mehr als 500,00 € einbringt). Dass die Forderung des Klägers im konkreten Fall („mindestens 5.000 €“) komplett übersetzt war, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Problem: Schockschäden bei Verlust eines Tieres

BGH, URTEIL VOM 20.03.2012
VI ZR 114/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der BGH urteilte in der Vergangenheit bereits über die Ersetzbarkeit sogenannter Schockschäden. Anerkannt ist ein Schmerzensgeldanspruch in Fällen psychisch vermittelter Gesundheitsbeeinträchtigungen mit Krankheitswert bei Verletzung oder Tötung von Angehörigen oder sonst nahestehenden Personen. Im vorliegenden Fall stellte sich nun die Frage, ob auch psychische Störungen durch den Verlust eines Tieres einen Schmerzensgeldanspruch begründen können. Der BGH verneint dies, wobei das Gericht ersichtlich wenig Neigung verspürt, die Pandorabüchse zu öffnen. „Schockschäden“ bleiben daher auch in Zukunft auf den Verlust naher Angehöriger beschränkt.

SACHVERHALT

Die Klägerin (K) spazierte mit einer nicht angeleiteten Labradorhündin auf einem Feldweg. Als der Beklagte (B) mit seinem Traktor von einer angrenzenden Straße in den Feldweg einfuhr, übersah er die Hündin und überrollte sie. Die Hündin erlitt dabei schwere Verletzungen, sodass sie von einem Tierarzt eingeschläfert werden musste.

K war von dem Tod ihrer geliebten Hündin so betroffen, dass dieser bei ihr eine Depression auslöste, die medikamentös über Monate behandelt werden musste.

K verlangt nun von B Schadensersatz. Dabei macht sie die Tierarzkosten für das Einschläfern, Kosten für die Anschaffung eines Labradorwelpen und einen Schmerzensgeldanspruch geltend.

Hat K die von ihr geltend gemachten Ansprüche gegen B?

PRÜFUNGSSCHEMA:

A. Anspruch der aus § 18 I StVG

I. Voraussetzungen

1. Rechtsgutverletzung
2. Bei Betrieb eines Kfz
3. Verschulden des B
4. Kein Ausschluss

II. Rechtsfolge

B. Anspruch der K aus §§ 7, 11 S. 2, 18 I StVG

I. Voraussetzungen

II. Ergebnis

LÖSUNG:

Fraglich ist, ob K die geltend gemachten Ansprüche zustehen. Diesbezüglich ist zwischen Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen zu differenzieren:

A. Anspruch der K gegen B auf Schadensersatz aus §§ 7 I, 18 I StVG

Hinsichtlich der materiellen Schäden könnte K gegen B einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 7, 18 I StVG haben.

I. Voraussetzungen

Dafür müssten die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs vorliegen.

1. Rechtsgutverletzung

Zunächst müsste ein Rechtsgut im Sinne des § 7 StVG verletzt sein. In Betracht kommt hier zunächst die Beschädigung einer Sache. Bei dem Unfall wurde der Hund der K tödlich verletzt.

Tiere sind zwar keine Sachen, auf sie werden jedoch die Vorschriften über Sachen angewandt, § 90 a BGB.

Die Verletzung des Hundes stellt also eine Rechtsgutverletzung im Sinne des § 7 StVG dar.

2. Bei Betrieb eines Kfz

Des Weiteren muss die Rechtsgutverletzung bei Betrieb eines Kfz eingetreten sein.

Dazu ist Kausalität iSd Aquivalenztheorie sowie die Realisierung der spezifischen Betriebsgefahr erforderlich.

„Bei dem Betrieb“ des Kfz verwirklicht sich ein Unfall, wenn sich die betriebsspezifische Gefahr verwirklicht. Nach der herrschenden Meinung befindet sich ein Kfz zumindest immer dann in Betrieb, wenn es sich im öffentlichen Verkehrsbereich bewegt oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruht.

Der Traktor des B bewegte sich zum Zeitpunkt des Unfalls im öffentlichen Verkehrsbereich, womit sich die betriebsspezifische Gefahr verwirklicht hat.

3. Verschulden des B

B hat sich nicht exkulpiert, somit wird sein Verschulden vermutet.

4. Ergebnis

Der haftungsbegründende Tatbestand des § 18 I StVG liegt bezüglich der materiellen Schäden vor.

II. Rechtsfolge

B hat K den aus dem Unfall entstandenen Schaden gemäß §§ 249 ff BGB zu ersetzen.

Demnach hat B den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Wäre der Unfall mit der Hündin der K nicht passiert, so wären die Tierarztkosten für die Einschläferung und die Kosten für die Anschaffung eines neuen Hundes nicht angefallen.

Diese sind demnach von B zu ersetzen.

Jedoch ist zu beachten, dass der Hund der K nicht angeleint war. Dies ist im Rahmen des Mitverschuldens zu beachten:

„Auf der anderen Seite müsse sich die Klägerin nach § 17 I und IV StVG die Tiergefahr ihres freilaufenden Hundes im Sinne des § 833 BGB anrechnen lassen. Die **Abwägung zwischen der Betriebsgefahr des Traktors mit Anhänger und der Tiergefahr des auf einem Feldweg frei laufenden Hundes** rechtfertigt unter den besonderen Umständen des Falles eine hälftige Schadensteilung.“

Somit besteht (nur) ein Anspruch der K auf Schadensersatz i.H.v. 50% ihres Schadens.

Die Haftung des Kfz-Fahrers nach § 18 I StVG ist keine Gefährdungshaftung, sondern eine Haftung für vermutetes Verschulden, vgl. § 18 I S. 2 StVG

Differenzhypothese des § 249 BGB

B. Anspruch der K gegen B auf Schmerzensgeld aus §§ 7 I, 11 S. 2, 18 I StVG

I. Voraussetzungen

Für einen Schadensersatzanspruch, gerichtet auf Schmerzensgeld müsste eine eigene Rechtsgutverletzung der K vorliegen.

In Betracht kommt eine Gesundheitsbeschädigung.

K macht geltend, durch den Tod des Tieres einen Schock erlitten zu haben, der zu einer schweren psychischen Störung geführt habe.

Obwohl psychische Beeinträchtigung durch die Rechtsprechung des BGH grundsätzlich als Gesundheitsbeschädigung im Sinne des Deliktsrechts angesehen werden können, erscheint es jedoch zweifelhaft, dass der Tod eines Tieres für die Begründung eines Schadensersatzanspruches ausreicht.

„Nach ständiger Rechtsprechung des erkennenden Senats genügt jedoch nicht jede psychisch vermittelte Beeinträchtigung der körperlichen Befindlichkeit, um einen Schadensersatzanspruch eines dadurch nur mittelbar Geschädigten im Falle der Tötung oder schweren Verletzung eines Dritten auszulösen. **Deshalb setzt die Zurechnung psychischer Beeinträchtigungen wie Trauer und Schmerz nicht nur eine Gesundheitsbeschädigung voraus, sondern auch eine besondere personale Beziehung des Geschädigten zu einem schwer verletzten oder getöteten Menschen.**“

Arg.: Die Intention des Gesetzgebers ist, die Deliktshaftung auf klar umrissene Tatbestände zu beschränken.

Bei dem Unfall, in den B als Traktorfahrer verwickelt war, wurde der Hund der K tödlich verletzt und kein Mensch, zu dem sie in einem besonderen Verhältnis stand.

Es ist es also abzulehnen, die Schadensersatzpflicht des B auf eine daraus resultierende Gesundheitsbeschädigung der K zu erstrecken.

Demnach liegt keine Rechtsgutverletzung hinsichtlich der Gesundheit der K vor.

„Derartige Beeinträchtigungen bei der Verletzung oder Tötung von Tieren, mögen sie auch als schwerwiegend empfunden werden und menschlich noch so verständlich erscheinen, **gehören zum allgemeinen Lebensrisiko** und vermögen damit Schmerzensgeldansprüche nicht zu begründen.“

II. Ergebnis

Mangels eigener Rechtsgutverletzung der K hinsichtlich der Gesundheit besteht kein Schadensersatzanspruch gerichtet auf Schmerzensgeld aus §§ 7 I, 11 S. 2, 18 I StVG.

FAZIT:

Mit diesem Urteil bestätigt der BGH, dass seine bisherige Schockschadenrechtsprechung einen auf Ausnahmesituationen eng begrenzten Anwendungsbereich hat, womit eine Anwendung auf Sachverhalte außerhalb der Tötung oder Verletzung eines Menschen nicht zulässig sein soll. Anspruchsberechtigt bleiben daher lediglich nahe Familienangehörige.

Problem: Anspruch auf Datenlöschung im Internet

OLG FRANKFURT, URTEIL VOM 08.03.2012
16 U 125/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

BGH, Urteil vom 23.06.2009, VI ZR
196/08 = BGHZ 181, 328

EINLEITUNG:

Im Juni 2009 sorgte eine Entscheidung des BGH zu dem Internetportal „spickmich.de“ für einige Diskussionen. Das Gericht sah dort keine Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften und hielt damit die Veröffentlichung der Daten betroffener Lehrer für zulässig. Das OLG Frankfurt hatte nun zu entscheiden, ob dies anders ist, wenn es sich nicht um Bewertungen in geschlossenen Foren handelt, sondern um anonyme Veröffentlichungen auf allgemein zugänglichen Portalen.

SACHVERHALT

Die Klägerin ist als niedergelassene Ärztin tätig und hat nun erfahren, dass es im Internet seit geraumer Zeit ein Bewertungsportal für Ärzte gibt. Dieses ist öffentlich zugänglich und einfach mit bekannten Suchmaschinen zu finden.

Erschrocken stellte sie fest, dass auch ihre Daten – bestehend aus Name, Anschrift, sowie ärztliches Tätigkeitsgebiet – dort veröffentlicht worden sind. Außerdem fand sie Bewertungen zu ihrer Tätigkeit.

Diese erfolgten durch anonyme Nutzer, da eine Registrierung in diesem Internetportal nicht notwendig ist. K ist nun der Meinung, die Veröffentlichung dieser Daten verstoße gegen das BDSG und verletze sie in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Sie verlangt von dem Beklagten (B) als Betreiber des Portals Unterlassung der Veröffentlichung dieser Daten mit entsprechenden Bewertungen. Hat K einen solchen Anspruch gegen B?

LÖSUNG:

A. Anspruch der K gegen B auf Unterlassung aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i.V.m § 4 BDSG

K könnte von B verlangen, die Veröffentlichung der Daten im Internet zu unterlassen, wenn die Voraussetzungen eines Anspruches aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB analog i.V.m. § 4 BDSG vorliegen.

1. Zulässigkeit der Analogie

Zunächst müsste die analoge Anwendung des § 1004 BGB zulässig sein. Denn unmittelbar schützt diese Norm nur das Eigentum und dingliche Rechte.

Sogenannter „Quasinegatorischer Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch“

Analogievoraussetzung ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage.

Deliktische Normen gewähren keinen Schutz vor drohenden Schäden oder Beseitigung einer andauernden Störung. Um diese Lücke im Rechtsschutzsystem zu schließen, wendet die h.M. § 1004 I BGB analog auf alle absoluten Rechte und die durch §§ 823 ff BGB geschützten Rechtsgüter an.

2. Schutzgesetzqualität

Um in diesem Fall den Anwendungsbereich von § 1004 BGB zu eröffnen, muss ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB vorliegen. Ein Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm, die nach ihrem Zweck und Inhalt auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Per-

sonenkreise gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsguts zu schützen. In Betracht kommen die Vorschriften aus dem BDSG. Insbesondere § 4 BDSG stellt klar, dass diese den Einzelnen vor ungewollter Verbreitung privater Daten schützen sollen, womit es sich um ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB handelt. Folglich ist ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 I 2 BGB denkbar.

3. Verletzung der Vorschriften den BDSG

Für die Begründung eines Anspruches müssten die Vorschriften des BDSG verletzt sein. § 4 BDSG sieht zum Schutz des Einzelnen vor, dass die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten grundsätzlich unzulässig sind. In gesetzlichen Ausnahmefällen kann ein solches Verhalten jedoch zulässig sein.

a) Zulässigkeit der Datennutzung nach § 28 BDSG

Die Nutzung der Daten durch den Betreiber des Internetportals könnte gemäß § 28 BDSG zulässig sein.

Fraglich ist jedoch, ob diese Norm im vorliegenden Fall überhaupt Anwendung findet. Denn hierfür müsste B die Datennutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke verwenden.

„§ 28 BDSG regelt die Fälle der Verwendung der Daten für eigene Geschäftszwecke, d.h. jene Fälle, in denen die Datenverarbeitung als Hilfsmittel für die Erfüllung bestimmter anderer, eigener Zwecke der die Daten verarbeitender Stelle dient.“

B erhebt und speichert die Daten jedoch, weil sie diese der interessierten Allgemeinheit zur Information und zum Meinungsaustausch zur Verfügung stellen will. Damit dienen die Daten nicht als Hilfsmittel für einen anderen Geschäftszweck des B.

Somit ist § 28 BDSG nicht anwendbar.

b) Zulässigkeit der Datennutzung nach § 29 BDSG

Die Datennutzung könnte jedoch gemäß § 29 BDSG zulässig sein.

Da die Daten wie oben festgestellt selbst Gegenstand der Dienstleistung des B sind und die Erhebung keinen weiteren Zweck erfüllt, ist dieser auch anwendbar. Eine Zulässigkeit gemäß **§ 29 I Nr. 2 BDSG** ergibt sich daraus, dass die verwendeten Daten aus allgemein zugänglichen Quellen entnommen worden sind. Der Name, die Anschrift, sowie die berufliche Tätigkeit der K sind aus solchen Quellen entnommen worden, da sie etwa in einem Telefonbuch zu finden sind. Bedenken ergeben sich jedoch bzgl. der Bewertungsmöglichkeit der Nutzer, die in engem Zusammenhang mit diesen Daten stehen.

„Allerdings ist mit dem BGH für die Frage der Zulässigkeit auf eine Würdigung im Zusammenhang mit der Bewertungsmöglichkeit und der Speicherung der Bewertungen abzustellen, weil nur die gemeinsame Verwendung der Daten den von der Beklagten verfolgten Zweck des Betriebens eines Arztempfehlungsportals erfüllt.“

Demnach ist die Zulässigkeit unter den Gesichtspunkten des § 29 I Nr. 2 BDSG zu beurteilen. Sie ist erst dann zu bejahen, wenn kein Grund zu der Annahme besteht, dass K ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat.

„Der wertausfüllende Begriff des schutzwürdigen Interesses verlangt nach der Rechtsprechung des BGH eine Abwägung

des Interesses des Betroffenen an dem Schutz seiner Daten mit den Interessen der Nutzer, für deren Zwecke die Speicherung erfolgt, unter Berücksichtigung der objektiven Wertordnung der Grundrechte. Im Streitfall hat dabei eine Abwägung zwischen dem Schutz des Rechtes der Klägerin auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG und dem Recht auf Kommunikationsfreiheit nach Art. 5 I GG zu erfolgen.“

Grundsätzlich ist zu erkennen, dass die Meinungsfreiheit auch die freie Wahl des Mediums, mit Hilfe dessen eine Meinung geäußert werden soll, umfasst.

Dabei ist unter dem Gesichtspunkt, dass die Daten in einem öffentlich zugänglichen Portal verbreitet werden, zu beachten, dass K nicht in einem geschlossenen, abgrenzbaren Raum arbeitet, sondern als niedergelassene Ärztin. Das Recht auf freie Arztwahl führt unweigerlich zu einem Wettbewerb zwischen den Ärzten. Insoweit muss sie sich dann auch dem bestehenden Wettbewerb stellen.

Des Weiteren macht K geltend, die Bewertungen der Nutzer seien mangels Kompetenz der Laien nicht werthaltig. Darauf ist jedoch zu entgegnen, dass dies im Rahmen des Schutzbereiches von Art. 5 I GG keine Rolle spielt.

„Vielmehr ist es gerade charakteristisch für eine Meinungsäußerung, dass sie durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens und damit durch eine eigene, subjektive Einschätzung des Äußernden geprägt ist.“

Es ist also nach Abwägung zwischen Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 5 I GG festzustellen, dass ein schutzwürdiges Interesse der K an der Löschung der Daten nicht zu erkennen ist. Die Datenerhebung und Speicherung ist also gemäß § 29 I Nr. 2 BDSG zulässig.

B. Ergebnis

K hat gegen B keinen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Daten aus §§ 823 II, 1004 I 2 BGB i.V.m. § 4 BDSG.

FAZIT:

Der BGH bestätigt zwar hiermit seine Rechtsprechung aus dem sogenannten „spickmich.de“-Urteil, auf das er in seiner Entscheidung Bezug nimmt. Die erforderliche Güterabwägung zeigt jedoch, dass es keinen allgemeingültigen Beurteilungsmaßstab für Bewertungsportale im Internet geben kann.

Es sind also in jedem Fall alle Einzelheiten und Besonderheiten zu beachten, um zu einem billigen Ergebnis zu gelangen.

Deshalb eignet sich ein solcher Sachverhalt nicht nur für eine Examenklausur im Zivilrecht, sondern ist gerade wegen des Grundrechtbezugs auch für eine Klausur im öffentlichen Recht, etwa bei der Bearbeitung einer Verfassungsbeschwerde, denkbar.

Speziell für Referendare:

Problem: Quotelung von Sachverständigenkosten

BGH, URTEIL VOM 07.02.2012
VI ZR 133/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem Verkehrsunfall. Das Berufungsgericht hatte unter Berücksichtigung von § 17 II, I StVG eine Mitverursachungsquote der Beteiligten von je 50 % ermittelt. Diese Quote sei aber nicht auf die – grds. ersatzfähigen – Sachverständigenkosten anzurechnen, die dem Kl. entstanden sind. Da sich Teile der Rechtsprechung in jedem Fall für eine vollständige Erstattungsfähigkeit der Sachverständigenkosten aussprechen, insgesamt aber keine Einigkeit herrscht, hat das Berufungsgericht vorsichtshalber die Revision zugelassen. Der Senat entscheidet, dass auch die Sachverständigenkosten der nach § 17 II, I StVG ermittelten Haftungsquote unterliegen.

Problem: Sachverständigenkosten nach Quotelung zu kürzen?

SACHVERHALT:

Der Kläger (K) befuhr mit seinem Pkw die Friedrichstraße in N.-I., um an der durch eine Ampel geregelte Kreuzung nach links in die Frankfurter Straße abzubiegen. Der Beklagte (B) befuhr mit seinem Pkw die auf diese Kreuzung in Gegenrichtung zuführende Wilhelmstraße. Er beabsichtigte, geradeaus in die Friedrichstraße weiterzufahren. B fuhr in den Kreuzungsbereich ein, nachdem die Ampel für seine Fahrspur schon mehrere Sekunden gelbes Licht zeigte. Im Kreuzungsbereich kam es zur Kollision beider Fahrzeuge, die jeweils auf der rechten Seite beschädigt wurden.

Das Berufungsgericht hat der Klage in Höhe von 50 % der begehrten Summe (ca. 5.000 €) stattgegeben, den Ersatz der geltend gemachten Sachverständigenkosten dem Kläger jedoch vollumfänglichen zugebilligt (ca. 750 €).

Steht dem K tatsächlich ein derartiger Schadensersatzanspruch zu?

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH AUS § 7 I StVG

- A. Anspruchsbegründender Tatbestand
- B. Schaden gem. §§ 249 ff. BGB i.V.m. §§ 10 – 13 StVG
- C. Mitverursachungsquote gem. § 17 II, I StVG
 - I. Ermittlung der Quote
 - II. Anwendung auf die Sachverständigenkosten

LÖSUNG:

K könnte gegen B ein Anspruch aus § 7 I StVG zustehen.

A. Anspruchsbegründender Tatbestand

K hat eine Sachbeschädigung, mithin eine Rechtsgutverletzung i.S.d. § 7 I StVG durch den Halter eines Kraftfahrzeugs bei Betrieb desselben erlitten. Die Haftung ist nicht gem. § 7 II StVG oder § 8 StVG ausgeschlossen. § 7 I StVG verlangt als Gefährdungshaftung kein Verschulden.

Zur Bagatellgrenze siehe Burmann/Heß/Jahnke/Janker, StVR, § 249 BGB Rn. 140 ff.

B. Schaden

Dem K müsste außerdem ein Schaden gem. §§ 249 ff. BGB i.V.m. §§ 10 – 13 StVG entstanden sein. K hat durch den Unfall einen nach § 249 II 1 BGB ersatzfähigen Sachschaden erlitten. Auch die Sachverständigenkosten sind grds. gem. § 249 I BGB ersatzfähig, soweit sie zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches erforderlich waren. Das wird von der Rechtsprechung anerkannt, soweit es sich bei dem Schaden nicht um eine Bagatelle handelt, so dass die Sachverständigenkosten nicht ihrerseits den Schadensumfang übersteigen. Die Wertgrenze wird zwischen 700 € (BGH, NJW 2005, 356) und 1.200 € (AG Aachen, SP 2009, 340) gezogen. Demnach waren die Sachverständigenkosten hier ersatzfähig, da dem K ein Schaden von rund 5.000 € entstanden ist.

C. Mitverursachungsquote gem. § 17 II, I StVG

I. Ermittlung der Haftungsquote

§ 17 II, I StVG verlangt, dass bei einem Verkehrsunfall zwischen zwei Pkw der jeweilige Mitverursachungsbeitrag errechnet und in einer Quote ausgedrückt wird. Dies geschieht durch die Berücksichtigung von abstrakten (z.B. der jeweiligen Betriebsgefahr) und konkreten Umständen (z.B. Fahrfehler, Verkehrsverstöße, Übermüdung, Alkoholisierung).

Da es sich bei den Pkw der Parteien um herkömmliche Fahrzeuge ohne Besonderheiten handelt, ergibt die Berücksichtigung der abstrakten Umstände zunächst keine überwiegende Mitverursachung einer der Parteien.

Jedoch könnte sich ein überwiegendes Verursachungsmoment aus der Tatsache ergeben, dass K die Wartepflicht des Linksabbiegers aus § 9 III 1 StVO missachtete. Zu beachten ist allerdings auch, dass B seinerseits gegen § 37 II 3 Nr. 1 StVO verstieß, indem er in die Kreuzung fuhr, obwohl die Ampel bereits mehrere Sekunden gelbes Licht zeigte. Denn bei einem derartigen Lichtzeichen ist auf das nächste Zeichen zu warten. Fraglich ist, wie die Verstöße zu bewerten sind:

„[8] Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht diesen unfallursächlichen Verkehrsverstoß des Beklagten zu 1 indessen als ebenso schwerwiegend bewertet wie das Verkehrsverhalten des Klägers. Letzterer ist an der Kreuzung nach links abgebogen, obwohl ihm erkennbar der von dem Beklagten zu 1 gelenkte Pkw entgegenkam. Damit hat der Kläger, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, gegen **§ 9 Abs. 3 Satz 1 StVO** verstoßen. (...). Deren **Nichtbeachtung** stellt nach ständiger Rechtsprechung einen **besonders schwerwiegenden Verkehrsverstoß** dar. Genügt ein Verkehrsteilnehmer dieser Wartepflicht nicht und kommt es deshalb zu einem Unfall, hat er in der Regel, wenn keine Besonderheiten vorliegen, in vollem Umfang oder doch zumindest zum größten Teil für die Unfallfolgen zu haften. **Der Linksabbieger muss den Vorrang des Gegenverkehrs grundsätzlich auch dann beachten, wenn dieser bei Gelb oder bei frühem Rot einfährt.** Selbst eine erhebliche Geschwindigkeitsüberschreitung des geradeaus Fahrenden hebt dessen Vorrecht nicht auf. In Fallgestaltungen dieser Art wird allerdings je nach Gewichtung der beiderseitigen Verursachungsanteile unter Berücksichtigung der jeweiligen konkreten

Umstände regelmäßig eine Mithaftung beider Unfallbeteiligter anzunehmen sein. **Eine überwiegende Haftung des geradeaus Fahrenden als auch eine Haftungsquote von 50 % ist nur ausnahmsweise in besonders gelagerten Einzelfällen gerechtfertigt.** Eine Haftungsteilung je zur Hälfte ist in der Rechtsprechung teilweise bei einer Kollision zwischen dem wartepflichtigen Linksabbieger und einem entgegenkommenden Verkehrsteilnehmer auf einer mit einer Lichtzeichenanlage geregelten Kreuzung etwa dann angenommen worden, wenn der entgegenkommende Unfallgegner in später Gelbphase oder beginnender Rotphase an anderen, auf einem parallelen Fahrstreifen bereits haltenden Fahrzeugen vorbei in den Kreuzungsbereich eingefahren ist Um eine solche oder eine ähnlich zu bewertende Fallgestaltung handelt es sich vorliegend jedoch nicht.“

Folglich trifft den K eine überwiegende Verantwortung am Unfallgeschehen. Die Einstufung des Berufungsgerichts erfolgte rechtsfehlerhaft.

II. Anwendung auf die Sachverständigenkosten

Fraglich ist, ob die – nun neu zu ermittelnde Quote – auch auf die Sachverständigenkosten anzuwenden ist. Das wird insbesondere in der Rechtsprechung der OLG differenziert gesehen:

„[11] Nach der außer vom Berufungsgericht insbesondere vom OLG Rostock im Anschluss an das AG Siegburg und vereinzelt Stimmen in der Literatur vertretenen Auffassung ist der Anspruch auf Ersatz der **Sachverständigenkosten nicht entsprechend der Verursachungsquote zu kürzen.** Diese Kosten seien **vielmehr in vollem Umfang erstattungsfähig**, weil sie nur entstünden, wenn der Geschädigte seinen erstattungsfähigen Anteil des Gesamtschadens gegenüber dem Schädiger beziffern und belegen müsse; sie fielen überhaupt nicht an, wenn der Geschädigte den Unfall allein verursacht habe, und dienten ausschließlich dazu, den aufgrund der jeweiligen Haftungsquote erstattungsfähigen Anteil von dem Schädiger ersetzt zu bekommen. **Auch könne hier nicht anders als bei den Rechtsanwaltskosten - ein Anteil entsprechend den Schadensverursachungsbeiträgen errechnet werden, weil der Sachverständige seine Leistung insoweit nicht teilen könne.**“

Das sieht der Senat anders:

„[12] Diese Auffassung ist **abzulehnen**, denn sie findet im Gesetz keine Stütze und ist mit den Grundsätzen des Schadensersatzrechts nicht vereinbar.

[13] Wird ein Fahrzeug bei einem Verkehrsunfall beschädigt, hat der Schädiger dem Geschädigten nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB den zur Wiederherstellung der beschädigten Sache erforderlichen Geldbetrag zu zahlen. Soweit zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs eine Begutachtung durch einen Sachverständigen erforderlich und zweckmäßig ist, gehören die Kosten eines vom Geschädigten eingeholten Schadensgutachtens zu den mit dem Schaden unmittelbar verbundenen und gemäß § 249 Abs. 1 BGB auszugleichenden Vermögensnachteilen. (...).

Anmerkung:

Die konkrete Ermittlung der Quote ist wiederum Sache des Berufungsgerichts (§ 563 I 1 ZPO) und kann vom Senat nicht selbständig festgestellt werden.

OLG Rostock DAR 2011, 263 und NJW 2011, 1973 mit Anm. Balke, SVR 2011, 337; AG Siegburg, NJW 2010, 2289; Poppe, DAR 2005, 669; Kappus, DAR 2010, 727; Janetz, SVR 2011, 213

Argument: § 17 II, I StVG überlagert grds. der Totalreparation aus § 249 I, II BGB

[14] Ist der geschädigte Fahrzeughalter in erheblicher Weise für den Schaden mitverantwortlich, so führt dies nach **§ 17 Abs. 1 und 2 StVG** allerdings zu einer Beschränkung von Grund und Umfang des Schadensersatzanspruchs. **Die Bestimmung statuiert - ebenso wie § 254 Abs. 1 BGB, § 9 StVG und § 4 HaftPflG - eine Ausnahme von dem Grundsatz der Totalreparation (Alles-oder-Nichts-Prinzip des Schadensersatzrechts).** Sie hat zur Folge, dass auch der Anspruch auf Ersatz der Kosten eines Sachverständigengutachtens nur ungeschmälert fortbestehen kann, wenn sich aus "den Umständen", insbesondere aus der Feststellung, "inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist" (§ 17 Abs. 1 StVG) ein solches Ergebnis rechtfertigen lässt.

[15] Aus den "Umständen", insbesondere den Verursachungsbeiträgen, ergibt sich eine solche Rechtfertigung hier nicht (...).“

Demnach sind auch die Sachverständigenkosten entsprechend der gem. § 17 II, I StVG ermittelten Quote zu kürzen.

K steht damit kein Anspruch in Höhe von 50 % seines Schadens bzw. 100 % der Sachverständigenkosten zu. Die konkrete Höhe des Ersatzanspruchs ist Tatfrage und muss vom Berufungsgericht (neu) ermittelt werden.

FAZIT:

Das Urteil drängt sich als Klausur des zweiten Staatsexamens geradezu auf und muss von Referendaren unbedingt beachtet werden, weil es den Klassiker „Verkehrsunfall“ wiederbelebt. Dass bei vielen Verkehrsunfällen Sachverständigengutachten zum Nachweis der Schadenshöhe eingeholt werden müssen, dass daraus Kosten entstehen und dass sich bei Haftungsquote die Frage nach der Teilung dieser Kosten stellt, ist evident. Daher kann die Entscheidung besonders leicht in eine Prüfungsakte übernommen werden.

Nachdem der BGH in dieser Sache nunmehr ein „Machtwort“ gesprochen hat (man merkt der Entscheidung des BGH deutlich an, dass der Senat die Entscheidung der Vorinstanz für sehr abwegig hält), sollte die Quotierbarkeit von Sachverständigenkosten nur noch streitig dargestellt werden, wenn der Sachverhalt dazu besonderen Anlass bietet, namentlich trotz Quote der volle Betrag geltend gemacht wird und der Geschädigte sich auf die Gegenansicht beruft. Die Ansicht, dass Sachverständigenkosten nicht quotierbar seien, war schon immer eine Mindermeinung und ist nun - jedenfalls für die Praxis - bedeutungslos geworden.

Öffentliches Recht

Problem: Höchstaltersgrenze im öffentlichen Dienst

OVG BERLIN-BRANDENBURG, URTEIL VOM 04.05.2011
4 B 53.09 (LKV 2012, 38)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, ob der Zugang zum gehobenen und höheren Polizeidienst von einer Höchstaltersgrenze (im Fall: 40 Jahre) abhängig gemacht werden darf. Der Kläger sah sich dadurch in seinen Grundrechten verletzt.

Das OVG Berlin-Brandenburg teilte diese Auffassung allerdings nicht. Verfassungsrechtlicher Maßstab sei Art. 33 II GG (der, soweit es den Zugang zu öffentlichen Ämtern betrifft, als *lex specialis* zu Art. 12 I GG geprüft wird). Danach gelte das Leistungsprinzip. Altersgrenzen seien also jedenfalls dann unbedenklich, wenn sich das Alter leistungsmindernd auswirke. Davon konnte bei einem 40jährigen, der an einer Polizeihochschule studieren wollte, aber nicht die Rede sein. In diesen Fällen bliebe, so das OVG weiter, nur noch der "Umweg" über die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" aus Art. 33 V GG, zu denen auch das sog. "Lebenszeitprinzip" gehöre. Unter Abwägung desselben mit den beruflichen Interessen der Betroffenen kam das Gericht zur Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze. Es wendet dabei die aus Art. 12 I GG bekannten Maßstäbe der "Drei-Stufen-Theorie" des BVerfG innerhalb des Art. 33 II GG an.

Die Altersgrenze von 40 Jahren war im übrigen auch nicht willkürlich i.S.d. Art. 3 I GG, weil dieser hinter Art. 33 II GG zurücktritt. Nicht angeprüft wurde Art. 12 I 1 GG.

SACHVERHALT:

Die Deutsche Hochschule der Polizei (DHPol) ist eine gemeinsame Hochschule des Bundes und der Länder und zugleich eine Einrichtung des Landes Nordrhein-Westfalen mit Sitz in Münster. Ihr obliegt u.a. die einheitliche Ausbildung der Beamten für den höheren Polizeidienst. Ihre Rechtsverhältnisse sind im Gesetz des Landes NRW über die Deutsche Hochschule der Polizei (DHPoIG) vom 15.02.2005 geregelt. In § 29 II DHPoIG heißt es:

"Zum Studium können Polizeibeamtinnen und Polizeibeamte des gehobenen und höheren Dienstes oder Anwärterinnen und Anwärter für den höheren Polizeidienst zugelassen werden, die [...] nicht älter als 40 Jahre sind [...]."

Hiervon regelt lediglich § 29 III DHPoIG eine Ausnahme, wonach ein Studium bis zum 45. Lebensjahr möglich bleibt, wenn die Verzögerung nicht vom Bewerber zu vertreten ist.

Der Polizeibeamte P wurde 1967 geboren. Im Jahr 2012 möchte er zum Studium an der DHPol zugelassen werden, sieht sich daran aber durch die Altersgrenze des § 29 II DHPoIG gehindert. Er hält diese Regelung für verfassungswidrig, weil das Alter nichts über die Leistungsfähigkeit aussage, auf die allein es seiner Meinung nach beim Zugang zu öffentlichen Ämtern ankomme. Jedenfalls sei die Grenze von 40 Jahren vollkommen willkürlich.

Ist die Altersgrenze des § 29 II DHPoIG verfassungsgemäß?

PRÜFUNGSSCHEMA: ART. 33 II GG**A. Wesentlich Gleiches**

- I. Deutscher
- II. Öffentliches Amt

B. Ungleichbehandlung

- Anderes Kriterium als Eignung, Befähigung, fachliche Leistung?

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

- I. Kollidierendes Verfassungsrecht
- II. Abwägung im Sinne "praktischer Konkordanz"

LÖSUNG:

§ 29 II DHPolG ist verfassungsgemäß, soweit er den formellen und materiellen Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an den Erlass von (Landes-)gesetzen stellt.

A. Formelle Verfassungsmäßigkeit

In formeller Hinsicht müsste zunächst die Gesetzgebungskompetenz des Landes NRW für § 29 II DHPolG bestehen. Diese ergibt sich allgemein aus Art. 70 I GG. Eine diese verdrängende ausschließliche Bundeskompetenz für die Errichtung einer Polizeihochschule bzw. die Regelung des Studiums an selbiger ist nicht ersichtlich. Ob eine konkurrierende Bundeskompetenz für diesen Bereich besteht, etwa aus Art. 74 I Nr. 27 oder 33 GG, mag dahinstehen, da der Bund jedenfalls von dieser Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hätte mit der Folge, dass die Länder über Art. 72 I GG zuständig blieben.

Über Verfahren und Form von Landesgesetzen ist im Grundgesetz nichts geregelt; ein Verstoß gegen Vorschriften der Landesverfassung NRW (vgl. deren Art. 65 ff.) sind auch nicht ersichtlich. Somit ist § 29 II DHPolG jedenfalls formell verfassungsgemäß.

B. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste § 29 II DHPolG mit den Grundrechten, grundrechtsgleichen Rechten und Verfassungsprinzipien des GG vereinbar sein. Hier kommt allein eine Verletzung von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten in Betracht.

I. Vereinbarkeit mit Art. 33 II GG

Nach Art. 33 II GG haben alle Deutschen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung "gleichen" Zugang zum öffentlichen Amt. Art. 33 II GG ist also ein Gleichheitsrecht, das die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem verbietet, sofern es für diese keine Rechtfertigung gibt.

1. Wesentlich Gleiches

Art. 33 II GG gebietet die Gleichbehandlung von Deutschen, die Zugang zum öffentlichen Amt suchen. § 29 II DHPolG gilt für jedermann, also auch für Deutsche. Über den Wortlaut hinaus ("Zugang") erfasst Art. 33 II GG nicht nur den Einstieg, sondern auch den Aufstieg innerhalb des öffentlichen Dienstes. Deshalb ist auch eine Laufbahnregelung wie § 29 II DHPolG an Art. 33 II GG zu messen. Dies entspricht der allg.M. und wird vom OVG nur in einem knappen Ergebnissatz festgehalten:

"Art. 33 II GG [gewährleistet] die Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen im öffentlichen Dienst [...] auch bei der Zulassung zum Laufbahnaufstieg."

Art. 33 II GG ist ein Gleichheitsrecht und wird im Grobschema (Wesentlich Gleiches, Ungleichbehandlung, Rechtfertigung) auch wie ein solches geprüft.

Dennoch bedarf es in Art. 33 II GG keiner Vergleichsgruppenbildung. Vielmehr werden die Tatbestandsmerkmale "Deutscher" und "öffentliches Amt" geprüft.

Statt aller: Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn 10; ebenso schon OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.04.2008 (4 S 8.08), S. 4

2. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 33 II GG liegt vor, wenn die Bewerberauswahl nicht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgt. Somit läge schon keine Ungleichbehandlung vor, wenn das Lebensalter, an das § 29 II DHPolG anknüpft, die "Eignung" der Bewerber mindern würde:

"Bewerber dürfen nur aus Gründen zurückgewiesen werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung betreffen. Das Lebensalter kann nur dann ein Eignungsmerkmal i. S. v. Art. 33 II GG darstellen, wenn daraus geschlossen werden kann, dass Bewerber typischerweise den Anforderungen des Amtes nicht mehr genügen, wenn sie ein bestimmtes Alter überschritten haben."

Somit mag das Alter ein Eignungskriterium sein, wenn es um körperliche Fähigkeiten geht, die im Alter nachlassen oder - im Falle eines Mindestalters - um Eigenschaften geht, die erst mit einer gewissen Reife des Bewerbers erworben werden. § 29 II DHPolG regelt jedoch den Zugang zu einem Studium an der DHPol. Es existiert kein Erfahrungssatz, wonach über 40jährige zu einem solchen nicht oder weniger gut geeignet sind als jüngere Kandidaten. Besondere körperliche Anforderungen stellt ein solches Studium nicht, und die kognitiven Fähigkeiten lassen jedenfalls mit dem 40. Lebensjahr nicht in einem eignungs mindernden Maße nach. Somit liegt entgegen Art. 33 II GG eine Ungleichbehandlung vor, die sich nicht am Leistungsgrundsatz orientiert.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt. Rechtfertigungsgründe enthält Art. 33 II GG nicht. Als solche können daher nur andere Normen des Grundgesetzes eingreifen, die Art. 33 II als kollidierendes Verfassungsrecht beschränken.

a. Art. 33 V GG als kollidierendes Verfassungsrecht

Hier kommen die "hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" in Betracht, zu denen auch das sog. "Lebenszeitprinzip" gehört:

"Altersgrenzen [dürfen] den Leistungsgrundsatz gem. Art. 33 II GG dann einschränken, wenn und soweit sie im ebenfalls mit Verfassungsrang ausgestatteten Lebenszeitprinzip als einem durch Art. 33 V GG gewährleisteten hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums angelegt sind und die beiden Verfassungsgrundsätze in einen angemessenen Ausgleich bringen.

[...] Nach dem Lebenszeitprinzip stellt das Beamtenverhältnis ein lebenslanges Dienst- und Treueverhältnis dar. Daraus folgt das Interesse des Dienstherrn daran, die Altersgrenze in allen Laufbahnen so niedrig wie möglich festzusetzen, den Beamten also so früh wie möglich einzustellen, um möglichst lange von seiner Arbeitskraft zu profitieren und so eine möglichst lange aktive Dienstzeit seiner Beamten sicherzustellen."

b. Ausgleich im Wege "praktischer Konkordanz"

Die Existenz kollidierendes Verfassungsrechts ist aber nicht mit einer Rechtfertigung gleichzusetzen. Vielmehr bedarf es einer ausgleichenden Abwägung zwischen den widerstreitenden Verfassungsnormen, sog. "praktische Konkordanz".

Aus diesen Kriterien ergibt sich der sog. "Leistungsgrundsatz", auch "Bestenauslese" genannt.

Ebenso BVerwG, NVwZ 2010, 251 (Polizei), EuGH, EuZW 2010, 142 (Feuerwehr)

Zum Lebenszeitprinzip vgl. auch BVerwGE 133, 143 und BVerwG, Buchholz 232 § 15 BBG Nr. 7

aa. Drei-Stufen-Theorie

Ähnlich wie bei Art. 12 I 1 GG geht es in Art. 33 II GG um den Schutz der Berufsfreiheit, hier im Spezialfall des Zugangs zum öffentlichen Amt. Deshalb kann auch im Rahmen des Art. 33 II GG auf die Wertungen zurückgegriffen werden, die das BVerfG im Rahmen der sog. "Drei-Stufen-Theorie" entwickelt hat. Danach nehmen die Anforderungen an die Angemessenheit der Ungleichbehandlung mit steigender Belastungsintensität für die Betroffenen zu. Handelt es sich nur um eine Berufsausübungsregelung, genügt zu deren Rechtfertigung bereits eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls. Geht es hingegen um die Berufswahl, müssen subjektive (also an die Person anknüpfende) Beschränkungen durch besonders wichtige, objektive (also von der Person losgelöste) Beschränkungen gar durch überragend wichtige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sein. Das OVG sieht in § 29 II DHPolG eine subjektive Berufswahlregelung:

Ebenso stuft das BVerfG Höchstaltersgrenzen ein, vgl. nur BVerfG, NVwZ 1997, 1207 (Bürgermeister)

"Dabei stellt sich die Altersgrenze als eine subjektive Zulassungsvoraussetzung dar, die nur durch ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut gerechtfertigt werden kann."

bb. Subsumtion

Das OVG erkennt im "Lebenszeitprinzip" einen "besonders wichtigen Gemeinwohlbelang" in diesem Sinne:

"Aus diesem Prinzip ergibt sich der Zweck einer Altersgrenze für eine konkrete Laufbahn. Dieser besteht vor allem darin, in Anbetracht der Dauerhaftigkeit des Beamtenverhältnisses ein angemessenes Verhältnis von Arbeitsleistung des Beamten und seinem Anspruch auf Versorgung während des Ruhestands sicherzustellen.

Ferner wird das zur ordnungsgemäßen Erfüllung des öffentlichen Dienstes gebotene Mindestmaß an Kontinuität in der Besetzung der einzelnen Dienstposten gewahrt und die Steigerung personeller Fluktuation verhindert, die zu einer Überlastung der öffentlichen Hand mit Versorgungsleistungen und damit zugleich zu einer Vernachlässigung des auch im öffentlichen Dienst unerlässlichen Gebots sparsamer Mittelverwendung führen könnte.

Daneben kann dem Interesse des Dienstherrn an ausgewogenen Altersstrukturen Bedeutung beigemessen werden."

Demgegenüber sind die Belastungen für die Betroffenen überschaubar:

"Die Freiheit der Berufswahl im öffentlichen Dienst [ist] beim Aufstieg vom gehobenen in den höheren Polizeidienst in geringerem Ausmaß berührt als bei der Ersteinstellung, weil der betreffende Beamte bereits wie gewünscht im Polizeidienst tätig ist.

Die Höchstaltersgrenze für den Aufstieg in den höheren Dienst ist darüber hinaus vorhersehbar und kann in die Lebensplanung einbezogen werden. Unter Berücksichtigung einer zweijährigen Ausbildungszeit, deren Kosten einschließlich der Besoldung des Beamten vom Dienstherrn zu tragen sind, und einer Pensionsaltersgrenze von 63 Jahren [...] wird die strittige Höchstaltersgrenze den Anforderungen an einen angemessenen Ausgleich der Belange gerecht, zumal Ausnahmen vorgesehen sind. § 29 III DHPolG lässt Ausnahmen bis zum vollendeten 45. Lebensjahr zu, wenn die Einhaltung der Höchstaltersgrenze aus einem von dem Beamten nicht

zu vertretenden Grund nicht möglich war oder die Laufbahnverordnungen des Bundes und der Länder dies zulassen."

4. Zwischenergebnis

Die Rechtfertigung über das "Lebenszeitprinzip" aus Art. 33 V GG gelingt, Art. 33 II GG ist nicht verletzt.

II. Verletzung von Art. 12 I 1 GG

Die allgemeine Gewährung der Berufsfreiheit aus Art. 12 I 1 GG tritt entweder hinter der spezielleren Regelung des Art. 33 II GG für öffentliche Ämter zurück oder ist - nach einer anderen Ansicht - mit dieser teildentisch. Nach beiden Ansichten scheidet jedenfalls eine Verletzung von Art. 12 I 1 GG aus, wenn Art. 33 II GG nicht verletzt ist.

Für Subsidiarität: BVerfGE 108, 282, 295; Jarass/Pieroth, GG, Art. 33 Rn 10; für Teilidentität BVerfGE 110, 304, 321

III. Verletzung von Art. 3 I GG

"Die Höchstaltersgrenze verstößt auch nicht gegen Art. 3 I GG. Der allgemeine Gleichheitssatz tritt in Bezug auf einungswidrige Ungleichbehandlungen beim Zugang zu öffentlichen Ämtern hinter dem speziellen Gleichheitsgrundrecht des Art. 33 II GG zurück. Für eine gesonderte Verletzung von Art. 3 I GG bleibt insoweit kein Raum."

Ebenso Jarass/Pieroth, GG, Art. 3 Rn. 2, 2a und Art. 33 Rn. 8

C. Gesamtergebnis

§ 29 II DHPolG ist verfassungsgemäß.

FAZIT:

Die Entscheidung ist schon deshalb sehr examensrelevant, weil sie die Berufsfreiheit einmal außerhalb des Art. 12 I 1 GG thematisiert. Gerade Art. 33 II GG hat in der höchststrichterlichen Rechtsprechung der jüngeren Vergangenheit für Aufsehen gesorgt, man denke nur an das "Kopftuch"-Urteil des BVerfG (RA 2003, 601 = NJW 2003, 3111). Speziell das hier behandelte Thema "Altersgrenze" hat im Rahmen des Art. 33 II GG auch schon das BVerwG beschäftigt (BVerwG, NVwZ 2010, 251 - dort sogar auch zum Polizeivollzugsdienst), die europäische Dimension hat der EuGH beleuchtet (EuGH, EuZW 2010, 142 - dort zur Feuerwehr).

Man sollte sich gut merken, wie Art. 33 II GG aufgebaut wird (siehe obiges Prüfungsschema), dass das "Lebenszeitprinzip" aus Art. 33 V GG zur Rechtfertigung von Höchstaltersgrenzen dienen kann, und dass bei der Abwägung zwischen Art. 33 II GG und Art. 33 V GG auf die Wertungen der aus Art. 12 GG bekannten "Drei-Stufen-Theorie" zurückgegriffen werden kann.

Das OVG Berlin-Brandenburg hat im Originalfall übrigens noch einen Verstoß gegen §§ 2 I Nr. 3, 6 I, 7 I Halbs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) geprüft, das als Bundesrecht auch dem landesrechtlichen § 29 II DHPolG vorgeht, vgl. Art. 31 GG. Danach sind auch auf einfach-gesetzlicher Ebene Benachteiligungen in Bezug auf alle Formen des beruflichen Aufstiegs unzulässig. Die Ungleichbehandlung lässt sich jedoch nach § 10 AGG rechtfertigen, wonach eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters zulässig ist, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Insofern gelten keine strengeren Maßstäbe als in Art. 33 II GG, sodass - sollte das wenig beachtete AGG in einer Klausur tatsächlich zu prüfen sein - auf die Abwägung in Art. 33 II GG verwiesen werden kann.

Problem: "Spickzettel" in der Prüfung

OVG BERLIN-BRANDENBURG , BESCHLUSS VOM 07.11.2011
10 N 21.09 (LKV 2012, 87)

EINLEITUNG:

Die Klägerin, eine angehende Ärztin, hatte einen "Spickzettel" mit in die Prüfung genommen, diesen auch herausgeholt, jedoch nicht angeschaut und vor Entdeckung wieder eingesteckt. Ihr Verhalten fiel auf, die Prüfung wurde wegen Täuschungsversuchs für nicht bestanden erklärt. Sie hielt dies für rechtswidrig, weil es an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage für diese Sanktion fehle und sie vom Versuch "zurückgetreten" sei.

Das OVG hält es für zulässig, das Prüfungsrecht in einer Rechtsverordnung zu regeln, sofern diese ihrerseits auf einer hinreichend bestimmten parlamentsgesetzlichen Grundlage beruhe (vgl. Art. 80 I 2 GG). Beides sei im Arztprüfungsrecht der Fall, §§ 4 BÄO i.V.m. der ÄApprO. Ihr "Rücktritt" sei jedenfalls irrelevant, weil schon im Mitführen - nicht erst im Herausholen - des Zettels die Täuschungshandlung liege; vom Mitführen sei sie nicht zurückgetreten.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (Kl.) legte die zweite Wiederholung der mündlich-praktischen Prüfung des Ersten Abschnitts der ärztlichen Prüfung ab. Dabei handelte es sich nach der geltenden Approbationsordnung für Ärzte (ÄApprO) um die letzte Wiederholungsmöglichkeit. Sie erhielt die Aufgabe, ein Präparat zu mikroskopieren, um anschließend einige Fragen hierzu zu beantworten. Dabei holte sie aus ihrer Kitteltasche einen "Spickzettel" hervor, steckte ihn jedoch - ohne ihn zu betrachten - wieder ein. Einem Prüfer fiel dieses Verhalten auf, er verlangte den Zettel heraus. Die Prüfung wurde wegen Täuschungsversuchs formell ordnungsgemäß mit "nicht ausreichend" beschieden.

Gegen diesen Bescheid erhob die Kl. zulässigerweise Anfechtungsklage. Sie meint, es fehle an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage für einen derart gravierenden Eingriff in ihre Berufsfreiheit. Dieser könne allenfalls aufgrund eines Parlamentsgesetzes erfolgen, die ÄApprO sei aber kein solches. Zudem habe sie lediglich einen Versuch der Täuschung unternommen, von dem sie - vor Entdeckung - freiwillig zurückgetreten sei, indem sie den "Spickzettel" ungelesen wieder eingesteckt habe. Ein Vorteil sei ihr hieraus nicht erwachsen.

Ist die zulässige Anfechtungsklage begründet?

PRÜFUNGSSCHEMA: BEGRÜNDETHEIT DER ANFECHTUNGSKLAGE

I. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts

1. Ermächtigungsgrundlage
2. Formelle Rechtmäßigkeit
3. Materielle Rechtmäßigkeit
 - a. Tatbestand
 - b. Rechtsfolge

II. Rechtsverletzung des Klägers

LÖSUNG:

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt (VA) rechtswidrig und die Kl. hierdurch in ihren Rechten ver-

§ 4 I Bundesärzteordnung (BÄO)
Das Bundesministerium für Gesundheit regelt durch Rechtsverordnung [...] in einer Approbationsordnung für Ärzte die Mindestanforderungen an das Studium der Medizin [...] sowie das Nähere über die ärztliche Prüfung und über die Approbation.

§ 14 V ÄApprO:

Die nach Landesrecht zuständige Stelle kann bei Prüflingen, die [...] sich eines Täuschungsversuches schuldig gemacht haben, die schriftliche Prüfung mit der Note "nicht ausreichend" bewerten.

letzt ist, § 113 I 1 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit des VA

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

1. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob sich für den Bescheid, den Prüfungsversuch der Kl. für "nicht ausreichend" zu erklären, eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage finden lässt. Die Kl. verneint dies, weil sie meint, nur ein Parlamentsgesetz sei insoweit tauglich.

a. Erfordernis eines Parlamentsgesetzes

Nach Art. 20 III GG ist die Verwaltung an das Gesetz gebunden. Nach der sog. "Lehre vom Totalvorbehalt" benötigt sie deshalb für jedes Handeln einer gesetzlichen Grundlage, wobei "gesetzlich" in diesem Sinne ein formelles Gesetz meint, also ein solches, das vom Parlament verabschiedet worden ist.

Zwar hat das BVerfG dieser Lehre eine Absage erteilt, schon weil sich in praxi nicht alles und jedes gesetzlich regeln lässt; jedenfalls die wesentlichen Maßnahmen muss aber auch nach dem BVerfG der Gesetzgeber regeln (so. "Wesentlichkeitstheorie"), wobei die Wesentlichkeit durch einen Grundrechtseingriff indiziert wird.

Hier wird durch den angefochtenen Bescheid das endgültige Nichtbestehen des Ersten Abschnitts der ärztlichen Prüfung durch die Kl. bewirkt; eine nochmalige Wiederholung der Prüfung ist nicht möglich. Durch einen belastenden Verwaltungsakt wie diesen wird stets ein Eingriff in Grundrechte des Adressaten bewirkt (hier: in die Berufsfreiheit der Kl. aus Art. 12 I 1 GG, jedenfalls aber in ihre allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG). Somit bedürfen belastende Verwaltungsakte stets einer (parlaments-)gesetzlichen Grundlage.

b. Subsumtion

Ein solches stellt - wie die Kl. zutreffend anmerkt - die ÄApprO nicht dar, bei der es sich nur um eine Rechtsverordnung handelt, die nicht vom Parlament, sondern vom Bundesministerium für Gesundheit erlassen wurde.

aa. Eingriff aufgrund eines Gesetzes zulässig

Dem Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 III GG wird aber auch genügt, wenn eine Rechtsverordnung ihrerseits auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht, wie das OVG feststellt:

"Entgegen der Auffassung der Kl. beruht der angefochtene Bescheid des Bekl. auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsgrundlage der Entscheidung des Bekl. ist § 14 V ÄApprO. [...] Diese Regelung begegnet im Hinblick auf den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts keinen Bedenken.

Vorschriften, die - wie die ÄApprO - die Aufnahme eines Berufs von einer bestimmten Vor- und Ausbildung sowie dem Nachweis erworbener Fähigkeiten in Form einer Prüfung abhängig machen, greifen in die Freiheit der Berufswahl ein und müssen deshalb den Anforderungen des Art. 12 I GG genügen. Dies bedeutet, dass die Leistungsanforderungen in einer solchen Prü-

fung und die Maßstäbe, nach denen die erbrachten Leistungen zu bewerten sind, einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und die Prüfungsschranke nach ihrer Art und Höhe nicht ungeeignet, unnötig oder unzumutbar sein darf.

Gesetzliche Grundlage ist hier § 4 I BÄO, wonach das für Gesundheit zuständige Bundesministerium durch Rechtsverordnung in einer Approbationsordnung für Ärzte u. a. das Nähere über die ärztliche Prüfung und über die Approbation regelt."

bb. Verfassungsmäßigkeit

Allerdings müssen sowohl die Rechtsverordnung als auch ihre parlamentsgesetzliche Grundlage selbst verfassungsgemäß sein. Eine verfassungswidrige und damit nichtige gesetzliche Grundlage wäre so gut wie keine.

(1). Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

Die Verfassungsmäßigkeit von § 4 BÄO begegnet in formeller Hinsicht keinen Bedenken. Insbesondere steht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Nr. 19 GG zu.

In materieller Hinsicht ist allein fraglich, ob das Gesetz den Anforderungen genügt, die Art. 80 I 2 GG an Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Rechtsverordnungen stellt. Das OVG bejaht dies:

"Nach Art. 80 I 2 GG müssen Gesetze, die zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen. Auch das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber, im Bereich der Grundrechtsausübung die wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen und, sofern Einzelregelungen einer Verordnung überlassen bleiben, die Tendenz und das Programm schon so weit zu umreißen, dass sich der Zweck und der mögliche Inhalt der Verordnung bestimmen lassen. Dabei genügt es, wenn sich die gesetzlichen Vorgaben mithilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen.

Die Regelung in § 4 BÄO [...] stellt eine hinreichende Ermächtigung zum Erlass der ÄApprO dar. Allerdings enthält [§ 4 BÄO] keine näheren Regelungen über den Prüfungsstoff, das Prüfungsverfahren und die Bestehensvoraussetzungen. **Das Prüfungsrecht wird jedoch durch Grundsätze beherrscht, die sich unmittelbar aus Art. 12 I und Art. 3 I GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben, sodass der Gestaltungsraum des Ordnungsgebers hinreichend begrenzt ist.** Die genaueren Festlegungen des Prüfungsverfahrens innerhalb dieses Rahmens gehören nicht zu den dem Gesetzgeber vorbehaltenen Leitentscheidungen, sondern dürfen der Verordnung vorbehalten bleiben, wobei der Gesetzgeber erwarten kann, dass der Ordnungsgeber bewährte Prüfungsordnungen in Betracht zieht und die allgemeinen prüfungsrechtlichen Grundsätze beachtet."

(2). Verfassungsmäßigkeit der Rechtsverordnung

"Die Regelung in § 14 V ÄApprO über die Sanktionierung eines Täuschungsversuchs bewegt sich innerhalb des von der Ermächtigung in § 4 BÄO vorgegebenen Rahmens. Der Grundsatz der Chancengleichheit, der das gesamte Prüfungsrecht beherrscht, gebietet es, dass für vergleichbare Prüflinge so weit wie möglich vergleichbare Prüfungsbedingungen und Bewertungskriterien ge-

Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit einer EGL für Rechtsverordnungen am Beispiel des § 4 BÄO: BVerfGE 80, 1 [20]; BVerwGE 65, 323 [325 f.]

Merke: Der Gesetzgeber kann seine Verordnungsermächtigung umso weiter gestalten, je enger die Verordnungsgebung bereits durch grundrechtliche Vorgaben beschränkt ist.

Iten. Dieser Grundsatz ist verletzt, wenn ein Prüfling sich durch eine Täuschungshandlung einen Vorteil gegenüber anderen Prüflingen verschafft."

c. Zwischenergebnis

In § 4 BÄO i.V.m. § 14 I ÄApprO liegt eine taugliche, wirksame Ermächtigungsgrundlage für den angefochtenen Bescheid.

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt erging der Bescheid formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

1. Tatbestand

§ 14 I ÄApprO setzt einen Täuschungsversuch seitens der Kl. voraus. Einen solchen hat sie hier bereits begangen, indem sie den "Spickzettel" in die Prüfung mitnahm. Auf das Herausnehmen aus der Kitteltasche kommt es nicht mehr an:

"Wie das VG zutreffend ausgeführt hat, liegt das zu sanktionierende Verhalten der Kl. darin, dass sie heimlich einen Zettel mit Notizen bei sich geführt hat, die geeignet waren, ihr in der Prüfung einen unzulässigen Vorteil gegenüber anderen Prüflingen zu verschaffen."

Fraglich ist allerdings, wie das Vorbringen der Kl. zu werten ist, sie habe den "Spickzettel" freiwillig vor Entdeckung wieder eingesteckt. Sie beruft sich deshalb auf die strafrechtliche Wertung der Straffreiheit des Versuchs bei Rücktritt. Das OVG verneint einen solchen allerdings, was konsequent ist, wenn man bereits im Mitführen - und nicht erst im Herausholen - des Zettels die Tathandlung erblickt:

"Das VG hat die Annahme eines sanktionsbefreienden Rücktritts verneint, weil ein Rücktritt in der Prüfungsordnung nicht geregelt sei und die unterbliebene Verwendung eines "Spickzettels" nicht den Verstoß gegen die Prüfungsordnung beseitige, der bereits in dem Mitführen eines zu Täuschungszwecken angefertigten "Spickzettels" liege. [...] Diese Handlung, die von der Frage einer späteren Verwendung der mitgeführten Notizen zu trennen ist, ist mit Beginn der Prüfung abgeschlossen. Der Täuschungsversuch, nämlich die vorsätzliche Mitnahme eines zu Täuschungszwecken generell geeigneten Spickzettels, stellt bereits eine vollendete Täuschungshandlung i.S.d. Prüfungsrechts dar, sodass für einen "Rücktritt" von vornherein kein Raum ist."

2. Rechtsfolge

§ 14 I ÄApprO gewährt ein Ermessen ("kann"), das vom Gericht gem. § 114 S. 1 VwGO auf Ermessensfehler überprüft werden kann.

In dieser Hinsicht ist allein fraglich, ob hier eine Ermessensüberschreitung vorliegt. Die Sanktion könnte unverhältnismäßig hart sein, weil die Kl. aus ihrem Verhalten tatsächlich keinen Vorteil zog, ihr "Rücktritt" wenn auch nicht tatbestandsausschließend, so doch sanktionsmildernd zu berücksichtigen sein könnte und die Entscheidung sie hart trifft, weil sie mit dem Ende ihrer medizinischen Laufbahn gleichzusetzen ist. Das OVG hält sie dennoch für verhältnismäßig:

Merke: Gem. § 2 III Nr. 2 VwVfG gibt es keine Anhörungspflicht bei Prüfungsentscheidungen, weil § 28 VwVfG für unanwendbar erklärt wird.

Dass bereits das Mitführen eines "Spickzettels" ein Täuschungsversuch ist, entspricht der allg.M., vgl. nur VGH München, Beschluss vom 11.03.08 (7 ZB 07.612, juris); Beschluss vom 24.07.2008 (7 C 08.1618, juris).

Ebenso z.B. OVG Münster, DVBl 2011, 186; OVG Koblenz, Beschluss vom 27.01.1992 (11 A 10544/91, juris); VGH München, BayVBl 1988, 434; BayVBl 1981, 688 [689]).

"Das gezielte Anfertigen eines Spickzettels, der geeignet ist, dem Prüfling in der Prüfungssituation zusätzliches Wissen zu vermitteln und ihm dadurch einen nicht gerechtfertigten Vorteil gegenüber anderen Prüflingen zu verschaffen, stellt ein planvoll auf eine Täuschung ausgerichtetes und mit einem gewissen Aufwand verbundenes Verhalten dar, das zu einer deutlichen Beeinträchtigung der Chancengleichheit führen kann und daher ohne Weiteres als so schwerwiegend bewertet werden darf, dass es zum Nichtbestehen der entsprechenden Prüfungsleistung führt."

II. Ergebnis

Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig, die Anfechtungsklage der Kl. ist unbegründet.

FAZIT:

Die Entscheidung ist lehrreich im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt und die Notwendigkeit der Bestimmtheit gesetzlicher Ermächtigungsgrundlagen, besonders wenn die Details dem Verordnungsgeber überlassen werden. Weitere derartige Fälle finden sich z.B. im Verkehrsrecht, wo § 6 I StVG zum Erlass der StVO ermächtigt, im Baurecht, wo § 9a BauGB zum Erlass der BauNVO ermächtigt, und im Polizei- und Ordnungsrecht der Länder, wo die jeweiligen Gesetze ebenfalls Verordnungsermächtigungen enthalten, um eine abstrakte Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung effektiv bekämpfen zu können (vgl. nur §§ 25 ff. OBG NRW; 55 NSOG; § 74 HSOG).

Das Urteil des OVG zeigt zugleich, dass Täuschungsversuche sich nicht lohnen, selbstverständlich auch in juristischen Prüfungen nicht, und man im Entdeckungsfall im Interesse der ehrlichen Kandidaten als Täuscher nicht auf Nachsicht hoffen darf.



BGB AT	Anfechtung
Arglistige Täuschung	(35)

§ 123 I

1. Wie lautet das Prüfungsschema der Anfechtung nach § 123 I, Fall 1?
2. Welches TBM aus § 123 I, Fall 1 BGB hindert in der Praxis nahezu regelmäßig dieser Anfechtung?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT	Kaufrecht
Mangelbegriff im Kaufrecht	(2)

§ 434

1. Was ist unter einer „vereinbarten Beschaffenheit“ iSv § 434 I 1 zu verstehen?
2. Wann ist eine Kaufsache mangelhaft iSv § 434 I 2, Nr. 1?
3. Wann ist eine Kaufsache mangelhaft iSv § 434 I 2, Nr. 2?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT	Kaufrecht
Prüfungsschema §§ 437 Nr. 1, 439 I	(4)

§ 437 Nr. 1
§ 439 I

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Nichtleistung
Prüfungsschema	(28)

§§ 280 I, III
281 I 1
Fall 1

1. Wie wird der Schadensersatz gem. §§ 280 I, III, 281 I 1, Fall 1 geprüft?
2. Wie ist der Schaden statt der Leistung iSv § 281 I 1, Fall 1 zu definieren?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Beschaffenheiten iSv § 434 I 1 sind Sachmerkmale und Eigenschaften, die für Wert und Tauglichkeit erheblich sind.
2. Mangelhaft iSv § 434 I 2, Nr. 1 ist die Sache, wenn die Ist-Beschaffenheit der Sache von der vertraglich vorausgesetzten Soll-Beschaffenheit abweicht.
3. Mangelhaft iSv § 434 I 2, Nr. 2 ist die Sache, wenn sie von anderen Sachen aus der Gattung qualitativ negativ abweicht.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema §§ 280 I, III, 281 I 1, Fall I
 - a) Schuldverhältnis
 - b) Pflichtverletzung iSv § 281 I 1, Fall I
 - aa) Nichterbringung einer fälligen, möglichen und einredefreien Leistungspflicht

Beachte:
Wie auch beim Schuldnerverzug kommt es allein darauf an, dass eine Einrede möglicherweise besteht. Sie braucht – mit Ausnahme der Einrede des § 273, nicht erhoben zu sein.

 - bb) erfolgloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist (sofern nicht gem. § 281 II entbehrlich)
 - c) Vertretenmüssen, § 280 I 2
 - d) Schadensersatzverlangen, § 281 IV
 - e) kausaler, ersatzfähiger Schaden iSv § 281 I 1, Fall I
2. Definition Schaden statt der Leistung iSv § 281 I 1, Fall I
 - ★ jede unfreiwillige Vermögenseinbuße iSv §§ 249 ff.
 - ★ die adäquat kausal auf dem **endgültigen Ausbleiben** der Leistung beruht
 - ★ und zum positiven Interesse gehört

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema:
 - a) Täuschungserfolg (= Abgabe einer WE)
 - b) Täuschungshandlung
 - c) Kausalität zw. Erfolg und Handlung („durch **bestimmt**“)
 - d) Widerrechtlichkeit
 - e) Arglist

2. In der Praxis gelingt meist der **Nachweis der Kausalität** zwischen Täuschungshandlung und Abgabe der Willenserklärung nicht. Dies ist auch gewissermaßen logisch, denn die Tatsache, dass jmd. gerade wegen einer Täuschung eine bestimmte Willenserklärung abgibt, ist ein rein subjektiver Vorgang, der einem obj. Beweismittel nicht zugänglich ist.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

- I. Anspruch entstanden
 - 1.) Wirksamer Kaufvertrag
 - 2.) Mangel (Sachmangel, § 434 oder Rechtsmangel, § 435)
 - 3.) Bei Gefahrübergang
 - 4.) Nacherfüllungsverlangen des Käufers
 - 5.) Kein Ausschluss / Erlöschen der Nacherfüllung
 - a) Gem. § 442
 - b) Gem. § 377 II HGB
 - c) Vertraglicher Ausschluss
- II. Anspruch untergegangen durch Unmöglichkeit gem. § 275 I
- III. Anspruch durchsetzbar
 - 1.) Praktische / faktische Unmöglichkeit gem. § 275 II
 - 2.) Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gem. § 439 III
 - 3.) Keine Einrede der Verjährung gem. §§ 214, 438

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen (35)	

§ 7
StVG

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Vertiefung
Grundlagen (39)	

§ 17
StVG

1. In welcher Prüfung wirkt sich § 17 I StVG aus?
2. Wie unterscheidet sich § 17 II StVG davon?
3. Wie ermittelt man die „Haftungsquote“ in § 17 I StVG, die ja dann auch maßgebend für den Haftungsanteil der Halter untereinander gem. § 17 II StVG ist?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen (36)	

§ 7
StVG

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Vertiefung
Funktion und Prüfungsaufbau (40)	

§ 18
StVG

1. Welche Funktion hat § 18 StVG?
2. Wie wird § 18 StVG geprüft?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Prüfung der Betriebsgefahr: Gab es einen

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

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

2. Prüfungspunkt „ersatzfähiger Schaden“
⇒ beachte dass diesbzgl. Sondertatbestände in den §§ 10, 11, 12 und 16 StVG zu finden sind

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Funktion des § 18 StVG
 - a) § 18 I StVG
⇒ verschuldensabhängige (wird vermutet) Haftung des Kfz-Führers
 - b) § 18 III StVG
⇒ ermöglicht die Bildung von Haftungsquoten iSv § 17 I StVG auch dann, wenn einer der Beteiligten Kfz-Führer und nicht Kfz-Halter ist
⇒ der Kfz-Halter haftet für die Realisierung der Betriebsgefahr seines Fahrzeugs, der Fahrer für sein (vermutetes) Verschulden – eine „Verrechnung“ dieser beiden ungleichen Haftungsgrundlagen ermöglicht § 18 III iVm § 17 StVG.

2. Prüfungsschema § 18 I StVG

- a) Fall von § 7 I StVG
- b) Eigenschaft einer Person als Kfz-Führer
⇒ *Die Eigenschaft als Kfz-Führer bleibt selbst nach dem Parken so lange weiter bestehen, bis eine andere Person die Führung des Kfz übernimmt.*
- c) Verschulden des Kfz-Führers, § 18 I StVG
⇒ beachte die Vermutung in § 18 I 2 StVG
- d) ersatzfähiger Schaden
- e) haftungsausfüllende Kausalität

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Prüfungsschema § 7 I StVG

- I. Anspruch entstanden
 1. Rechtsverletzung iSv § 7 I StVG
 2. Gefährdungstatbestand: Halter eines Kfz oder Anhängers
⇒ vgl. zum Begriff des Kfz § 1 II StVG
 3. Zurechnung / haftungsbegründende Kausalität
 - a) äquivalente Kausalität zwischen Gefährdung und Erfolg
 - b) Schutzzweck der Norm
⇒ Verwirklichung der tatbestandsspezifischen Gefahr, d.h. hier **Realisierung der sog. Betriebsgefahr**
 4. ersatzfähiger Schaden
 5. haftungsausfüllende Kausalität
- II. Anspruch erloschen
- III. Anspruch durchsetzbar

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

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. § 17 I StVG beschreibt die Situation, dass mehrere Halter aus § 7 I StVG gegenüber einem Geschädigten haften. Es liegt also eine Gesamtschuldssituation vor. Hier stellt § 17 I StVG iSv § 426 I 1 a.E. eine „andere Bestimmung“ dar. Für die Höhe der konkreten Haftungsquote iSv § 426 I 1 stellt § 17 I StVG darauf ab, in welcher Höhe sich die Betriebsgefahr der einzelnen Fahrzeuge in dem Schadensereignis realisiert hat.
2. § 17 II StVG regelt demgegenüber die Situation, dass die Halter einander nur wechselseitig haften aus § 7 I StVG – es gibt also den Dritten, der nicht Kfz-Halter ist, nicht.
 3. Vorgehensweise in 2 Schritten
 - a) abstrakte Ermittlung der Betriebsgefahr des Fahrzeugs
⇒ wird z.B. bestimmt durch die Höhe, das Gewicht, die Breite des Kfz
⇒ wird z.B. bestimmt dadurch, ob das Kfz fährt, anhält oder auch abgestellt ist
 - b) konkrete Ermittlung / Realisierung der Betriebsgefahr im jeweiligen Kausalverlauf
⇒ konkrete Beeinflussung der o.g. Betriebsgefahr durch Alkoholisierung
⇒ konkrete Beeinflussung der o.g. Betriebsgefahr durch Verkehrsunsicherheit des Kfz, z.B. defekte Bremsen oder defekte Beleuchtungsanlage
⇒ konkrete Beeinflussung der o.g. Betriebsgefahr durch überhöhte Geschwindigkeit

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Für mein Studium

nur das Beste



RA - BESTELLFORMULAR

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

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

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:			
Endpreis:			

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) 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“ 2. Aufl. 2012	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
Endpreis:			

Lieferung erfolgt unverzüglich nach Gutschrift der Lastschrift.

Lastschrifteinzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

Ort, Datum

Unterschrift



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



VerwR	Prozessrecht
Feststellungsklage (30)	

§ 43 I
VwGO

Stelle den Prüfungsablauf der Zulässigkeit und Begründetheit einer Feststellungsklage dar.



Staatsrecht	Grundrechte
Gleichheitsgrundrechte (56)	

Art. 3 I
GG

1. Wer kann i.R.d. Prüfungspunktes „Ungleichbehandlung“ nicht miteinander verglichen werden?
2. Was versteht man unter einer sog. „mittelbaren Diskriminierung“?
3. Wann ist die Verhältnismäßigkeit zu prüfen?
4. Welcher Aspekt ist im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zusätzlich zu erörtern?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR	AT
Arten des Verwaltungshandelns (10)	

Allg.
VerwR

1. Welche Arten des Verwaltungshandelns werden grds. unterschieden?
2. Ist bei den jeweiligen Arten des Verwaltungshandelns eine EGL nötig? Wie muss diese jeweils ausgestaltet sein? Auf welche Theorie geht dies zurück?



VerwR	AT
VA – Sonderstatusverhältnis (3)	

§ 35 S. 1
VwVfG

- Was ist ein Sonderstatusverhältnis?
- Welches VA-Merkmal ist hier regelmäßig problematisch?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Nicht verglichen** werden können **unterschiedliche Gesetzgeber**, da jeder Gesetzgeber seine Gesetzgebungsbefugnisse autonom ausübt.
2. **Mittelbare Diskriminierung**
= **formal betrachtet** werden **alle gleich** behandelt, in den **tatsächlichen Auswirkungen** kommt es **jedoch** zu einer **Ungleichbehandlung**, insbes. aufgrund des Geschlechts.
3. Die **Verhältnismäßigkeit** ist nur zu **prüfen**, wenn **Personengruppen** und nicht nur Sachverhalte **unterschiedlich behandelt** werden, **insbes.** wenn die **betroffenen Personen** das **Unterscheidungsmerkmal kaum oder gar nicht beeinflussen können**. Weiterhin ist die **Verhältnismäßigkeit** zu prüfen, wenn **mit der Ungleichbehandlung zugleich ein Eingriff in ein Freiheitsgrundrecht** vorliegt. Sollte keine diesen beiden Fallgruppen **einschlägig** sein, findet eine **bloße Willkürprüfung** statt.
4. **Zusätzlich** ist zu erörtern, ob ein **verbotenes Unterscheidungsmerkmal** verwendet wurde. Diese ergeben sich aus den **speziellen Gleichheitssätzen** der **Art. 3 II, III, 6 V, 33 I-III, 38 I I GG**.
Sollte dies nicht der Fall sein, so liegt kein sachlicher Grund der Ungleichbehandlung vor.
Sollte ein verbotenes Unterscheidungsmerkmal verwendet werden, liegt **grds. kein sachlicher Grund** vor.

Ausnahmen:

Objektive biologische Unterschiede: Z.B. Mutterschutz nur für Frauen.

Kollidierendes Verfassungsrecht: Vgl. dazu insbesondere Art. 3 II 2, 1 a IV 2 GG.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

A. Jede natürliche und juristische Person auf dem Gebiet der BRD befindet sich in einem **allgemeinen Rechtsverhältnis** zum Staat, dieses umfasst die Pflicht die Gesetze zu beachten und vermittelt die im GG und anderen Gesetzen gewährten Rechte.

B. Daneben gibt es aber auch Personen, die in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat stehen, das auf beiden Seiten spezielle Rechte und Pflichten begründet, die über das allgemeine Maß hinausgehen. Diese Rechtsbeziehung bezeichnet man als **Sonderstatusverhältnis**. Die wichtigsten Fälle sind Beamte, Richter, Soldaten, Schüler und Strafgefangene.

Problematisch ist regelmäßig das Merkmal der **Außenwirkung**. Handlungen, die lediglich die sich aus dem Sonderstatusverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten konkretisieren, sich also in einer **organisationsinternen Wirkung** erschöpfen, haben keine Außenwirkung. Maßnahmen, die dagegen (zumindest auch) die **persönliche Rechtsstellung** des Adressaten betreffen, **insbesondere seine Grundrechte beeinträchtigen**, haben Außenwirkung.

Bsp.: Die *Umsetzung* eines Beamten innerhalb derselben Behörde hat keine Außenwirkung. Die *Versetzung* oder *Abordnung* zu einer anderen Behörde hat dagegen immer Außenwirkung. Gleichermaßen haben Besoldungsfragen immer Außenwirkung.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

A) Zulässigkeit der Klage:

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

II. Statthafte Klageart: §§ 88, 43 I 1. Fall, II VwGO

1. Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses

Beachte: § 43 I 2. Fall VwGO (sog. Nichtigkeitsfeststellungsklage) ist weniger examensrelevant.

2. Keine Subsidiarität (§ 43 II VwGO)

III. Feststellungsinteresse: Vgl. § 43 I VwGO: „Berechtigtes Interesse an der Feststellung“

IV. Klagebefugnis: § 42 II VwGO analog nach h.M. erforderlich wg. Ausschluss von Popularklagen

V. Erfolgreiches Vorverfahren/Klagefrist: Nur im Falle des § 54 II 1 BeamtStG zu erörtern.

VI. Klagegegner: *Allg. Rechtsträgerprinzip* (§ 78 I Nr. 1 VwGO *nur im Fall des § 54 II 1 BeamtStG*)

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit: §§ 61, 62 VwGO

B) Begründetheit der Klage:

+, sofern das Rechtsverhältnis besteht (sog. *positive Feststellungsklage*) oder nicht besteht (sog. *negative Feststellungsklage*).

- **I.d.R.** Prüfung der **Rechtmäßigkeit** der umstrittenen Maßnahme mit EGL, formell, materiell.

- **Ausn.:** **Anspruchsaufbau**, insbes. bei erledigter Leistungsklage (z.B. Klage auf Feststellung, dass ein - inzwischen erledigter - Anspruch auf Erteilung einer Auskunft bestand).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Grundsätzlich kann man das Verwaltungshandeln unterscheiden in:

- a) **Die Eingriffsverwaltung:** Diese ist, wie der Wortlaut bereits ausdrückt, auf Eingriffe in Rechte des Bürgers (z.B. in Grundrechte) gerichtet.
- b) **Die Leistungsverwaltung:** Hierbei erhält der Bürger eine Leistung vom Staat, z.B. Gewährung einer Subvention.

2.

- a) Im Rahmen der **Eingriffsverwaltung bedarf** es einer **EGL** für das Verwaltungshandeln. Bei Eingriffen in Rechte des Bürgers darf die Verwaltung nicht ohne gesetzliche Ermächtigung handeln. Vielmehr ist eine gesetzliche Grundlage des demokratisch direkt legitimierten Gesetzgebers notwendig (**Wesentlichkeitstheorie, Vorbehalt des Gesetzes, Art. 20 III GG**).

b) **Strittig** ist eine solche Notwendigkeit im Rahmen der **Leistungsverwaltung**.

- aa) **Eine Ansicht** beruft sich auch hier auf **Art. 20 III GG und bejaht die Notwendigkeit einer EGL**.
Begründung: Die Vorenthaltung einer Leistung treffe den Bürger häufig genauso hart wie ein staatlicher Eingriff.

- bb) Die **h.M. lehnt** hingegen einen **Eingriff ab**. Da der Bürger nicht pauschal einen Anspruch auf staatliche Leistungen habe, stelle die Ablehnung einer solchen Leistung auch keinen Eingriff dar. Folglich genüge es, wenn das „**Ob**“ der Leistungsgewährung „grob“ durch das Parlament geregelt wird. **Details** können dahingegen der **Verwaltung überlassen werden** (z.B. *Detailregelungen durch Satzung*).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

	StrafR BT I	Diebstahl	§ 242 StGB
	Prüfungsschema I		

Prüfungsschema objektiver Tatbestand

Definiere die einzelnen Tatbestandselemente

	StrafR BT I	Diebstahl	§ 242 StGB
	Prüfungsschema II		

Prüfungsschema subjektiver Tatbestand

Definiere die einzelnen Tatbestandselemente

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

	StrafR BT I	Diebstahl	§ 243 StGB
	Regelbeispiel – Prüfungsschema (generell)		

Nach welchem Prüfungsschema sind Regelbeispiele grundsätzlich zu prüfen?

(Als Beispiel mag § 243 I 2 Nr. 1 dienen.)

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

	StrafR BT III	Straßenverkehr	§ 315b StGB
	§ 315b – Grundlagen		

1. Wie ist das Merkmal „und dadurch“ bei § 315b zu interpretieren?
2. Was ist ein sog. „verkehrseindlicher Inneneingriff“? Wann ist dieser Fall in Abgrenzung zu § 315c anzunehmen?

I. Tatbestand

1. und 2. siehe KK Nr. 1

3. Vorsatz bzgl. 1. und 2. (Wegnahme der fremden beweglichen Sache)

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

a. Zueignungsabsicht

Def.: Die **Zueignungsabsicht** beinhaltet zwei Komponenten: Die Absicht zur zumindest vorübergehenden Aneignung und den (Eventual-) Vorsatz zur dauerhaften Enteignung. Diese müssen kumulativ vorliegen, damit eine Zueignungsabsicht bejaht werden kann.

Aneignungsabsicht ist die Absicht, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben.

Enteignungswille ist der Wille, den Berechtigten auf Dauer aus seiner Eigentümerposition zu verdrängen, d.h. ihm die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert auf Dauer zu entziehen.

b. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

Def.: **Rechtswidrig** ist die vom Täter beabsichtigte Zueignung dann, wenn der Täter keinen fälligen und durchsetzbaren Anspruch auf Übereignung der weggenommenen Sache (und kein Aneignungsrecht an dieser) hat.

c. Vorsatz bzgl. b.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1.) Es wird verlangt, dass durch eine der genannten Tathandlungen eine abstrakte Gefahr geschaffen wird, die sich dann zur konkreten Gefahr „verdichtet“. Eine zeitliche Zäsur zwischen der abstrakten und der konkreten Gefahr ist nicht nötig. Es genügt, dass beide „**gedanklich trennbar**“ sind.

2.) Grundsätzlich erfasst § 315b I Nr. 3 – im Gegensatz zu § 315c – nur verkehrsfremde Eingriffe, also Verhaltensweisen, die von außen auf den Verkehr einwirken. Ausnahmsweise wird die tatbestandliche Sperrwirkung des § 315c jedoch bei verkehrsimternen Verhaltensweisen durchbrochen, wenn der Verkehrsteilnehmer den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr „pervertiert“ (sog. verkehrsfremder Inneneingriff). Für einen solchen verkehrsfremden Inneneingriff ist jedoch mehr erforderlich als ein bloß fehlerhaftes Verhalten eines Verkehrsteilnehmers. Der Täter muss sein Fahrzeug in verkehrseindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzen und dieses mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz missbrauchen.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Def.: Sache im Sinne von § 242 I ist jeder körperliche Gegenstand.

Def.: **Beweglich** ist eine Sache, wenn sie tatsächlich fortgeschafft werden kann.

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

2. Wegnahme

Def.: **Wegnahme** ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen, Gewahrsams.

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei deren Vorliegen nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist.

Tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.

Herrschaftswille ist der Wille, mit der Sache nach eigenem Belieben verfahren zu können.

Der Täter hat **neuen Gewahrsam begründet**, wenn er oder ein Dritter die Sachherrschaft derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den früheren Gewahrsamsinhaber ausüben und dieser seinerseits ohne Beseitigung der Sachherrschaft des Täters nicht mehr über die Sache verfügen kann.

Fremder Gewahrsam wird gebrochen, wenn die Gewahrsamsverschiebung ohne oder gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers erfolgt.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. Objektive Voraussetzungen

2. Vorsatzähnliches Bewusstsein (oder „Quasi-Vorsatz“)

Nach h.M. gilt insoweit § 16 I analog.

3. u.U. besondere Absichten (z.B. bei § 243 I 2 Nr. 1.; „zur Ausführung der Tat“)

4. Indizwirkung

a) zwingender Ausschluss bei § 243 II (nicht bzgl. § 243 I 2 Nr. 7!)

Die Tat bezieht sich auf eine geringwertige Sache, wenn diese objektiv geringwertig ist und der Täter dies auch weiß.

b) fakultativer Ausschluss (besondere Hinweise nötig)

Meist genügt der Satz: „Hinweise, welche die Indizwirkung des Regelbeispiels ausschließen, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.“

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Problem: Präklusion nach § 47 IIa VwGO

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 19.12.2011
2 D 14/10.NE (DVBL 2012, 520)

EINLEITUNG:

Das OVG Münster hatte im vorliegenden Fall über die Reichweite der Präklusion im Normenkontrollverfahren nach § 47 IIa VwGO zu entscheiden. Danach müssen Einwendungen gegen einen Bebauungsplan bereits im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung vorgebracht werden, um einen Rügeverlust vor Gericht zu vermeiden. Im vorliegenden Fall war der Bebauungsplan - vom Antragsteller unbemerkt - öffentlich ausgelegt worden. Dieser meinte, er habe Einwendungen somit mangels Kenntnis gar nicht im Vorfeld erheben können.

Das OVG nahm dennoch einen Rügeverlust an. Zwar setze § 47 IIa VwGO die Möglichkeit der Erhebung von Einwendungen voraus; darunter sei jedoch nicht die positive Kenntnis von der Bauleitplanung zu verstehen; vielmehr sollten nur Fälle höherer Gewalt ausgenommen werden. Zudem geböten es VwGO und BauGB nicht, Einzelne über die Bauleitplanung zu informieren. Aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) könne zwar ganz ausnahmsweise etwas anderes folgen; jedoch genügte dem OVG hierfür selbst der vorliegende Fall nicht, in dem der Antragsteller als Einziger von dem Bebauungsplan betroffen war und parallel mit der Gemeinde in laufenden Gesprächen über eine Bebauung stand. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kam auch nicht in Betracht; § 47 IIa VwGO enthält schon keine Frist, in die man wiedereinsetzen könnte, und selbst wenn man darin mittelbar die Rügefrist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB verankert sehe, so handelte es sich bei dieser nicht um eine prozessuale oder verwaltungs-verfahrensrechtliche, sondern eine materielle Ausschlussfrist, sodass weder § 60 VwGO noch § 32 VwVfG anwendbar sind.

SACHVERHALT:

Die Antragsgegnerin (Ag.), eine Gemeinde in NRW, stellte im Jahr 2009 einen Bebauungsplan (B-Plan) auf, der ausschließlich Festsetzungen für Grundstücke enthielt, die im Eigentum des Antragstellers (ASt.) stehen. Aus Verhandlungen mit dem ASt. war ihr bekannt, dass dieser seine Grundstücke mit Mehrfamilienhäusern bebauen wollte, in ihrem B-Plan setzte die Ag. jedoch lediglich Einfamilienhäuser und Doppelhaushälften fest. Den ASt. informierte sie während der Gespräche nicht über diese parallel betriebene Bauleitplanung.

Vielmehr legte sie den B-Plan öffentlich aus, wobei sie ordnungsgemäß über die Folgen einer unterbliebenen Geltendmachung von Einwendungen hinwies. Die öffentliche Auslegung blieb vom ASt. unbemerkt. Dieser erfuhr erst mit Inkrafttreten des B-Plans von der Existenz desselben. Da er sich durch diesen an der geplanten Bebauung seiner Grundstücke gehindert sah, stellte er beim OVG den Antrag, die Gültigkeit des B-Plans zu überprüfen. Er meint, die Ag. habe seine Belange als Eigentümer nicht bzw. nicht hinreichend berücksichtigt. Schließlich sei ihr bekannt gewesen, dass und wie er bauen wolle. Da die Nachbarn schon ihr Einverständnis signalisiert hätten, sehe er nicht, was gegen sein Vorhaben spreche.

Die Ag. hingegen meint, der ASt. sei mit dieser Rüge nicht zu hören, da er sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung hätte erheben können und müssen. Darauf erwidert der ASt., er habe sich eben nicht

Merke: § 47 IIa VwGO fordert allerdings nur, dass **irgendeine** Rüge vorgebracht wird, also nicht unbedingt jene, welche später vor Gericht erhoben wird. Präkludiert ist der ASt. m.a.W. also nur, wenn er sich im Vorfeld gar nicht geäußert hat, BVerwG, NVwZ 2010, 782; Kopp/Schenke, VwGO, § 47 Rn 75.

einbringen können, weil er von der Planung nichts gewusst habe. Außerdem habe die Ag. seine Einwände ja ohnehin aus den Gesprächen mit ihm gekannt, eine weitere, förmliche Geltendmachung sei daher überflüssig gewesen. Jedenfalls in diesem Fall, in dem er der einzige Betroffene des B-Plans sei und mit der Ag. in laufenden Verhandlungen gestanden habe, sei es zudem treuwidrig, dass man ihn nicht über die Planung unterrichtet habe und sich nun auf Präklusion berufe. Hilfsweise beantragt er Wiedereinsetzung.

Wie wird das OVG entscheiden?

PRÜFUNGSSCHEMA: NORMENKONTROLLE NACH § 47 I NR. 1 VwGO

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthaftigkeit
- III. Antragsbefugnis
 1. Subjektiv-öffentliches Recht
 2. Des Antragstellers
 3. Mögliche Verletzung
 - darin: keine Präklusion, § 47 IIa VwGO
- IV. Frist
- V. Antragsgegner

B. Begründetheit

- I. Formelle Rechtmäßigkeit der Norm
 1. Kompetenz
 2. Verfahren
 3. Form
- II. Materielle Rechtmäßigkeit der Norm

LÖSUNG:

Das OVG wird den B-Plan für unwirksam erklären, sofern der Antrag des ASt. zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Zunächst müssten der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und die für diesen Antrag geltenden Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sein.

I. Verwaltungsrechtsweg

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ergibt sich hier aus § 40 I 1 VwGO. Die Streitigkeit über die Gültigkeit eines B-Plans ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil alle streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Baurechts sind. Es handelt sich auch nicht um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthaftigkeit

Fraglich ist, welche Antragsart hier statthaft ist. Dies richtet sich nach dem Antragsbegehren, § 88 VwGO, welches hier auf Überprüfung der Gültigkeit eines B-Plans gerichtet ist. Nach § 47 I Nr. 1 VwGO prüft das OVG im Rahmen seiner Gerichtsbarkeit die Gültigkeit von Satzungen nach dem BauGB. Der B-Plan ist gem. § 10 I BauGB eine solche, und der ASt. hat seinen Antrag auch an das OVG gerichtet. Somit ist ein Normenkontrollantrag nach § 47 I Nr. 1 VwGO statthaft.

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs ist in den Fällen des § 47 VwGO in aller Regel offensichtlich. Die Prüfung sollte daher besonders knapp gehalten werden.

III. Antragsbefugnis

Der ASt. müsste antragsbefugt sein. § 47 II 1 VwGO setzt diesbezüglich voraus, dass er geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in seinen Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden.

1. Subjektiv-öffentliches Recht

Als subjektiv-öffentliches Recht des ASt. in diesem Sinne kommt hier nur § 1 VII BauGB in Betracht. Danach sind bei der Aufstellung von Bauleitplänen - und der B-Plan ist gem. § 1 II BauGB ein solcher - die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Zu den "privaten Belangen" i.S.d. § 1 VII BauGB gehört auch das Interesse des Eigentümers an einer baulichen Nutzung seiner Grundstücke. Die drittschützende Wirkung des § 1 VII BauGB jedenfalls zugunsten der Eigentümer von Grundstücken im Planbereich ist daher allgemein anerkannt.

§ 1 VII BauGB ist nach wohl allg.M. drittschützend, vgl. nur VGH Mannheim, DVBl 1998, 236, 236; Hüttenbrink, DVBl 1997, 1253, 1255; Muckel, NVwZ 1999, 963, 963

2. Des Antragstellers

Der ASt. ist Eigentümer von Grundstücken im Planbereich und daher in den Schutzbereich des § 1 VII BauGB einbezogen.

Die Rspr. billigt sogar nur obligatorisch Berechtigten (Mieter, Pächter) insoweit Drittschutz zu, vgl. BVerwG, DVBl 1999, 100, 103.

3. Mögliche Verletzung

Fraglich ist, ob er eine Rechtsverletzung geltend machen kann. Dazu genügt schon die Möglichkeit einer solchen, also dass eine Rechtsverletzung nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint. Ob tatsächlich eine Rechtsverletzung vorliegt, ist hingegen eine Frage der Begründetheit.

Die Ag. kannte aus Vorverhandlungen das Interesse des ASt. an einer Bebauung seiner Grundstücke mit Mehrfamilienhäusern. Dennoch - oder gerade deshalb - betrieb sie eine gegenläufige Überplanung der Grundstücke. Es erscheint somit nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Ag. die Belange des ASt. nicht bzw. nicht hinreichend berücksichtigt hat.

a. Präklusion, § 47 II a VwGO

Allerdings könnte dem ASt. die Berufung auf § 1 VII BauGB durch § 47 IIa VwGO abgeschnitten sein.

"Nach dieser Vorschrift ist der Normenkontrollantrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie etwa im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 II BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist."

§ 47 IIa VwGO:

Der Antrag einer natürlichen oder juristischen Person, der einen Bebauungsplan [...] zum Gegenstand hat, ist unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend macht, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung (§ 3 II BauGB) oder im Rahmen der Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit (§ 13 II Nr. 2 und § 13a II Nr. 1 BauGB) nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Beteiligung hingewiesen worden ist.

aa. Unterlassene Geltendmachung

Der ASt. hat laut Sachverhalt während der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs keine Einwendungen geltend gemacht.

bb. Möglichkeit

Fraglich ist, ob er sie "hätte geltend machen können". Mit dieser Formulierung wollte der Gesetzgeber vor allem Fälle höherer Gewalt von der Rechtsfolge des § 47 IIa VwGO ausnehmen. Ein solcher lag hier offensichtlich nicht vor. Der ASt. beruft sich allerdings darauf, er habe von der Bauleitplanung der Ag. nichts gewusst, man hätte ihn aber

informieren müssen, weil er bekanntermaßen der einzige Betroffene gewesen sei und in laufenden Verhandlungen mit der Ag. gestanden habe. Das sieht das OVG indes anders:

"Dem ASt. stand aufgrund dieses informellen Kontakts mit der Ag. außerhalb des Planaufstellungsverfahrens kein Anspruch darauf zu, individuell durch eine Benachrichtigung über den Planentwurf am Verfahren beteiligt zu werden. [...] Die Ag. übte das ihr durch §§ 13a II Nr. 1, 13 II 1 Nr. 2 BauGB eingeräumte - und auch in den Alternativen des § 47 IIa VwGO zum Ausdruck gelangende - Wahlrecht dahingehend aus, die Öffentlichkeitsbeteiligung im Wege einer öffentlichen Auslegung gemäß § 3 II BauGB durchzuführen und nicht darüber, der betroffenen Öffentlichkeit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

[...] Im Übrigen sei angemerkt, dass die Verfahrenswahl der Antragsgegnerin sachlich gerechtfertigt erscheint. Zwar liegen im Plangebiet nur Grundstücke des Antragstellers. Daraus folgt indes nicht notwendig, dass nur der Antragsteller die betroffene Öffentlichkeit im Sinne von § 13 II 1 Nr. 2 BauGB bildet oder sich diese im vorliegenden Fall unschwer überblicken ließe. Die betroffene Öffentlichkeit im Sinne des § 13 II 1 Nr. 2 BauGB besteht aus allen von der Planung in ihren abwägungsrelevanten Belangen betroffenen Bürgern. Dies sind nicht nur die Eigentümer der Grundstücke, die überplant werden sollen, sondern etwa auch die Nachbarn, wenn sich die Planung auf sie auswirken kann."

cc. Entbehrlichkeit

Der ASt. meint weiter, jedenfalls in seinem Fall sei die förmliche Geltendmachung seiner privaten Belange im Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung entbehrlich gewesen, weil sie der Ag. ohnehin aus den parallel laufenden Verhandlungen über einen Bebauung seiner Grundstücke bekannt gewesen seien. Auch mit dieser Idee dringt er beim OVG jedoch nicht durch:

"Dass er der einzige planbetroffene Grundstückseigentümer ist und die Beteiligten vor der Einleitung des Planaufstellungsverfahrens und der öffentlichen Auslegung mehrere Gespräche über die zukünftige Nutzung [der Grundstücke] geführt haben, macht die von § 47 IIa VwGO geforderte, hier aber unterbliebene Einwendungserhebung nicht entbehrlich. **§ 47 II a VwGO erfasst nach seinem Wortlaut sowie seinem Sinn und Zweck auch Einwendungen, die sich der planenden Gemeinde nach Lage der Dinge hätten aufdrängen müssen. Die Norm unterscheidet nicht danach, ob die Einwendungen Belange betreffen, die für den Plangeber ohne weiteres als abwägungserheblich ersichtlich sind, oder Belange, die erst dadurch ins Blickfeld rücken, dass sie im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung von den Betroffenen geltend gemacht werden. Der Verzicht auf diese Differenzierung ist von der Norm beabsichtigt.** Sie hat zum Ziel, die jeweiligen Interessen rechtzeitig dem Abwägungsmaterial hinzuzufügen und im Hinblick auf die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen Plangeber und den Verwaltungsgerichten zu verhindern, dass sachliche Einwendungen ohne Not erst im gerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Dieses Ziel ist nicht nur für den Fall relevant, dass abwägungsbeachtliche Belange erst aufgrund ihrer Geltendmachung durch Betroffene für die Gemeinde sichtbar werden. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass auch auf der Hand

Ebenso BVerwGE 138, 181; OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2011, 834; VGH München, BRS 76 Nr. 64

liegende Belange von der Gemeinde übersehen und nicht - wie geboten - in die Abwägung eingestellt werden. Mit der Forderung, dass solche Belange im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung ebenfalls geltend zu machen sind, will der Gesetzgeber eine lückenlose Zusammenstellung des Abwägungsmaterials gewährleisten und das öffentliche Interesse an der Vermeidung von - der Investitions- und Rechtssicherheit abträglichen - Abwägungsfehlern schützen."

dd. Belehrung

Laut Sachverhalt hat die Ag. ihren Hinweispflichten aus § 47 IIa a.E. VwGO im Rahmen der öffentlichen Auslegung des B-Plans genügt.

ee. Zwischenergebnis

Somit ist der ASt. mit seinen Einwendungen präkludiert. Eine Verletzung eigener Rechte kann er daher nicht (mehr) geltend machen.

b. Wiedereinsetzung

Allerdings stellt sich die Frage, ob ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden kann. Einen Wiedereinsetzungsantrag hat der ASt. gestellt.

aa. Fristversäumnis

Allerdings kann Wiedereinsetzung nur in Fristen gewährt werden, während § 47 IIa VwGO keine Frist setzt, sondern eine Präklusion regelt. Man könnte allenfalls daran denken, dass § 47 IIa VwGO über die Notwendigkeit, Einwendungen im Verfahren der Öffentlichkeitsbeteiligung vorzubringen, mittelbar die Frist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB beinhaltet, der dafür eine Stellungnahmefrist von einem Monat setzt.

bb. Rechtsgrundlage

Jedenfalls aber müsste es eine Rechtsgrundlage für eine solche Wiedereinsetzung geben, da das Gericht über Art. 20 III GG an das Gesetz gebunden ist, sich also nicht von selbst über gesetzliche Vorgaben wie § 47 IIa VwGO hinwegsetzen kann. Fehlte es jedenfalls an einer solchen, könnte die oben unter (aa.) aufgeworfene Frage dahinstehen.

(1). Aus dem BauGB

"Die §§ 3 ff. BauGB selbst sehen keine Wiedereinsetzung in die Stellungnahmefrist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB vor. Das Baugesetzbuch kennt eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit nur in § 218 für Verfahren vor den Kammern und Senaten für Baulandsachen."

(2). Aus § 32 VwVfG

"Eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit eröffnet auch § 32 VwVfG NRW nicht. Selbst wenn man den rechtsnormförmigen Erlass eines Bebauungsplans als Satzung (vgl. § 10 Abs. 1 BauGB) als Verwaltungstätigkeit im Sinne von § 1 I VwVfG NRW versteht und eine (ergänzende) Anwendbarkeit des VwVfG NRW im Bebauungsplanverfahren grundsätzlich bejaht, scheidet eine Wiedereinsetzung in die Stellungnahmefrist des § 3 II 2 Hs 2 VwGO aus, weil es sich bei ihr um eine materiellrechtliche Ausschlussfrist handelt. **§ 32 VwVfG NRW findet auf materiellrechtliche Ausschlussfristen keine Anwendung**, es sei denn, dass eine Wiedereinsetzung in diese Fristen ausdrücklich gesetzlich zugelassen ist.

Vgl. BVerwG, NJW 1997, 2966; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 31 Rn. 9 und § 32 Rn. 6; Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 31 Rn. 8 und § 32 Rn. 9.

BVerwGE 121, 10 = NVwZ 2004, 995; OVG Lüneburg, DVBl. 2007, 703; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 31 Rn. 11; Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 31 Rn. 8.

Ob eine Frist eine nicht wiedereinsatzfähige Ausschlussfrist ist, ist durch Auslegung mit Blick auf den Zweck der Fristenregelung zu ermitteln. **Eine Ausschlussfrist ist gegeben, wenn der Zweck der gesetzlichen Regelung mit der Fristbeachtung steht und fällt oder wenn vorgesehen ist, dass im Fall einer Fristversäumung ein materielles Recht erlischt. Materieellrechtliche Ausschlussfristen ordnen nicht lediglich das (Verwaltungs-)Verfahren, sondern beeinflussen auch die materielle Rechtslage.**

Ein Anwendungsfall für die Annahme materieellrechtlicher Ausschlussfristen ist das Bauleitplanungsrecht. In diesem Rechtsgebiet dienen Fristen wie diejenige des § 3 II 2 Hs 2 BauGB in erster Linie der Rechtssicherheit, damit vornehmlich der Plangeber, aber auch andere Planbetroffene, binnen eines bestimmten Zeitraums Gewissheit über den Stand plan- und vorhabenbezogener Einwendungen erhalten. Demgegenüber überwiegt der Schutzzweck des [...] § 32 VwVfG NRW, im Einzelfall der materiellen Gerechtigkeit Rechnung zu tragen, bei Angriffen gegen Bebauungspläne regelmäßig nicht, weil dem Antragsteller nicht notwendig ein Rechtsverlust droht, wenn sein Normenkontrollantrag unzulässig ist. Geht es darum, dass der Antragsteller einer zu seinen Lasten gehenden Umsetzung des Bebauungsplans entgegengetreten will oder möchte er ein Vorhaben verwirklichen, das den Festsetzungen des Bebauungsplans widerspricht, ist der Bebauungsplan in dem jeweiligen Klageverfahren nach § 42 I VwGO inzident auf seine Wirksamkeit zu prüfen, und zwar auch nach Ablauf der Jahresfrist."

(3). Aus § 60 VwGO

Als materielle Ausschlussfrist wird übrigens auch § 47 II 1 VwGO angesehen (Kopp/Schenke, VwGO, § 60 Rn 4), also die Frist zur Stellung des Normenkontrollantrags. Um diese geht es hier allerdings nicht, denn nicht der NoKo-Antrag war ja verfristet, sondern die Einwendungen des ASt. waren präkludiert.

Die Erwägungen zu § 32 VwVfG träfen schließlich ebenso auf den nahezu wortgleichen § 60 VwGO zu, selbst wenn man diesen für anwendbar hielte, obwohl es hier nicht um eine gesetzliche Frist i.S.d. VwGO, sondern allenfalls um eine solche nach § 3 II 2 Hs 2 BauGB geht, die mittelbar in § 47 IIa VwGO einbezogen sein könnte (vgl. oben aa.). Auch § 60 VwGO gilt somit nicht für materielle Ausschlussfristen.

cc. Zwischenergebnis

Eine Wiedereinsetzung des ASt. in die Frist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB, und damit mittelbar eine Überwindung der Präklusion nach § 47 IIa VwGO, kommt nach alledem also nicht in Betracht.

c. Verstoß gegen Treu und Glauben

Es bleibt zu fragen, ob an diesem Ergebnis nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) etwas zu ändern ist. Der ASt. meint, die Ag. habe ihm treuwidrig verschwiegen, dass sie parallel zu den Gesprächen mit ihm eine gegenläufige Bauleitplanung betreibe, und erst dadurch bewirkt, dass er keine Einwendungen gegen den B-Plan während der öffentlichen Auslegung erhoben habe.

aa. Anwendbarkeit

Dann müssten die Grundsätze von Treu und Glauben hier anwendbar sein. Das OVG bejaht dies, wenn auch restriktiv:

"Ob ein grob treuwidriges Verhalten vorliegt, das die Anwendung des § 47 IIa VwGO als ausnahmsweise unhaltbar erscheinen lässt, kann nur im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion der materieellrechtlichen Ausschlussfrist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB

beurteilt werden. **In jedem Fall gebietet der Zweck der §§ 47 Ila VwGO, 3 II 2 Hs 2 BauGB, das Planaufstellungsverfahren zu rationalisieren und zu kanalisieren, eine restriktive Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen**, um die verfahrenlenkende Funktion dieser Bestimmungen nicht zu umgehen. Treuwidrigkeit kann danach unter Umständen in Erwägung zu ziehen sein, wenn der Plangeber fehlerhafte Auskünfte erteilt und dies die Fristversäumung verursacht.

Im gegebenen Zusammenhang kann dies der Fall sein, wenn die Gemeinde dem späteren Normenkontrollantragsteller während des Planaufstellungsverfahrens ausdrücklich und nachweislich erklärt, sie werde seine Einwendungen auch nach Ablauf der Stellungnahmefrist des § 3 II 2 Hs 2 BauGB berücksichtigen und ihm eine Fristversäumung im weiteren Verfahrensverlauf nicht entgegenhält und wenn der ASt. auf diese für die Fristversäumung ursächliche Erklärung vertraut hat und vertrauen durfte."

bb. Subsumtion

"Ausgehend von diesen Grundsätzen widerspricht es nicht Treu und Glauben, den ASt. gemäß § 47 Ila VwGO mit seinen Einwendungen als präkludiert anzusehen. Auch nach dem Vorbringen des Antragstellers hat die Antragsgegnerin keinen Vertrauenstatbestand gesetzt.

Der ASt. macht nicht geltend, die Ag. habe ihm erklärt, seine formale Beteiligung an der Planaufstellung nach Maßgabe des § 3 II 2 Hs 2 BauGB sei wegen der [...] geführten informellen Gespräche entbehrlich. Auch ein einer solchen Erklärung des Plangebers vergleichbarer Vertrauenstatbestand unterhalb dieser Schwelle ist dem Antragsvorbringen nicht zu entnehmen. Der ASt. konnte nach Lage der Verhandlungen nicht erwarten, dass sich die von der Ag. verfolgte Planung mit seinen Nutzungsabsichten vollends oder auch nur für ihn zufriedenstellend decken würde.

Letztlich kann von einer Treuwidrigkeit auch deswegen nicht gesprochen werden, weil die Präklusionsfolge des § 47 Ila VwGO den ASt. keinem untragbaren Resultat aussetzt. Es [ist] ihm unbenommen, bei der Antragsgegnerin anlassbezogen einen von den Festsetzungen des B-Plans abweichenden Bauantrag oder eine abweichende Bauvoranfrage zu stellen und in einem möglicherweise nachfolgenden Klageverfahren die Wirksamkeit des Bebauungsplans inzident überprüfen zu lassen."

B. Ergebnis

Das OVG wird den Normenkontrollantrag als unzulässig ablehnen.

FAZIT:

Die hier behandelte Präklusionsproblematik könnte leicht in eine Examensklausur übernommen werden. Selbst wenn der Antragsteller präkludiert sein sollte, könnte in einer solchen die Begründetheit hilfsweise abgeprüft werden.

Die Examensrelevanz des Themas wird nicht zuletzt durch einige weitere Entscheidungen zu diesem Thema gesteigert, vgl. nur BVerwG, RA 2011, 333 = BayVBI 2011, 379, dort auch zur (bejahten) Verfassungsmäßigkeit des § 47 Ila VwGO im Lichte des Art. 19 IV GG. Selbige sollte aber nur angesprochen werden, wenn sie von einem Beteiligten im Sachverhalt besonders gerügt wird.

Problem: Gefährderansprache gegen Inkassounternehmen

VGH Kassel, Beschluss vom 28.11.2011
8 A 199/11.Z (LKRZ 2012, 146)

Auszug aus dem Hessischen Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG):

§ 1 Aufgaben

(1) Die Gefahrenabwehrbehörden (Verwaltungsbehörden, Ordnungsbehörden) und die Polizeibehörden haben die gemeinsame Aufgabe der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahrenabwehr), soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt. [...]

(3) Der Schutz privater Rechte obliegt den Gefahrenabwehr- und den Polizeibehörden nach diesem Gesetz nur dann, wenn gerichtlicher Schutz nicht rechtzeitig zu erlangen ist und wenn ohne gefahrenabwehrbehördliche oder polizeiliche Hilfe die Verwirklichung des Rechts vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

(4) Die Polizeibehörden haben im Rahmen der Gefahrenabwehr auch zu erwartende Straftaten zu verhüten sowie für die Verfolgung künftiger Straftaten vorzusorgen (vorbeugende Bekämpfung von Straftaten).

§ 11 Allgemeine Befugnisse

Die Gefahrenabwehr- und die Polizeibehörden können die erforderlichen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die folgenden Vorschriften die Befugnisse der Gefahrenabwehr- und der Polizeibehörden besonders regeln.

EINLEITUNG:

Der VGH Kassel hatte es mit einer besonderen Konstellation einer "Gefährderansprache" durch die Polizei zu tun. Sie warnte den Geschäftsführer eines Inkassounternehmens davor, dass es für einen Kunden erkennbar unberechtigte Forderungen geltend mache. Mit dieser behördlichen Mitteilung werde er "bösgläubig" gestellt und könne daher zukünftig wegen Beihilfe zum Betrug belangt werden.

Der VGH hält die erhobene Feststellungsklage bereits für unzulässig. Da es sich um einen einmaligen Vorfall handelt, sei das Rechtsverhältnis erledigt. Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse bestehe nicht, insbesondere weil das Inkassounternehmen seine Geschäftsbeziehung zu dem Kunden abgebrochen habe. Daher fehle es an einer Wiederholungsgefahr. Ein erheblicher Grundrechtseingriff, der rehabilitiert werden müsse, liege auch nicht vor, da die Gefährderansprache nur warnenden Charakter habe.

Jedenfalls sei die Klage unbegründet, da sich die Gefährderansprache auf die polizeiliche Generalklausel stützen könne. Insbesondere müsse das Inkassounternehmen die von ihm einzuziehenden Forderungen auf ihre Berechtigung überprüfen. Dabei hätte es ohne Weiteres erkennen können, dass die von dem Kunden angebotene Dienstleistung des Internetglücksspiels verboten ist.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (Kl.) ist eine in Hessen nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) registrierte Inkasso-GmbH. Sie klagt gegen eine kriminalpolizeiliche "Gefährderansprache" vom 28. Mai 2010, mit der ihr Geschäftsführer mündlich darauf hingewiesen wurde, dass gegen einen Internet-Gewinnspielveranstalter, für den die Kl. massenweise Zahlungsaufforderungen versandt habe, aufgrund zahlreicher Strafanzeigen umfangreiche kriminalpolizeiliche Ermittlungsverfahren wegen versuchten bzw. vollendeten Betruges geführt worden seien, weil davon ausgegangen werden müsse, dass es für die geltend gemachten Forderungen keine Rechtsgrundlage gebe; teilweise hätten die Angeschriebenen nicht einmal einen Internetzugang. Der Geschäftsführer der Klägerin werde durch diese Erklärung "bösgläubig" gemacht. Sofern die Kl. zukünftig Mahnungen zu ungeprüften Gewinnspielforderungen verschicke, werde davon ausgegangen, dass ihr Geschäftsführer sich der Beihilfe zum Betrug schuldig machen könne. Die Kl. gab daraufhin ihre Geschäftsbeziehung zu besagtem Internet-Gewinnspielveranstalter auf, begehrt vom Verwaltungsgericht (VG) aber dennoch Feststellung, dass die Gefährderansprache vom 28. Mai 2010 rechtswidrig war, weil sie sich in ihren Grundrechten verletzt fühlt und Wiederholung in ähnlichen Fällen fürchtet. In der Sache sei die Ansprache rechtswidrig, weil sie gegen § 1 III HSOG verstoße und mangels Vorsatzes keine Beihilfe vorläge. Ihr könne als Inkassounternehmen keine Pflicht auferlegt werden, jede Forderung noch auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Hat die Klage Erfolg?

[Anm.: Prüfen Sie die Begründetheit ggf. hilfsgutachtlich, wenn Sie zur Unzulässigkeit der Klage kommen sollten.]

PRÜFUNGSSCHEMA: FESTSTELLUNGSKLAGE, § 43 I, 1. & 2. FALL VWGO**A. Zulässigkeit**

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart
- III. Feststellungsinteresse, § 43 I VwGO a.E.
- IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog (str.)
- V. Keine Subsidiarität, § 43 II VwGO
- VI. Richtiger Klagegegner
- VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B. Begründetheit

- Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses
- I. Ermächtigungsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
 1. Zuständigkeit
 2. Verfahren
 3. Form
- III. Materielle Rechtmäßigkeit
 1. Tatbestand
 2. Rechtsfolge

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

Zunächst müssten der Verwaltungsrechtsweg eröffnet und die Sachurteilsvoraussetzungen der statthaften Klageart gegeben sein.

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist hier über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die Streitigkeit wird durch die Generalklausel des § 11 HSOG geprägt, ist somit öffentlich-rechtlicher Natur. Ferner ist sie nicht verfassungsrechtlicher Art, abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Als solche kommt hier eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO in Betracht. Dann müsste sich ein Verwaltungsakt (VA) erledigt haben. Der streitgegenständlichen Ansprache fehlt es jedoch an einer Regelungswirkung i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG, da es keine Rechtsfolge setzt, sondern lediglich mahnenden Charakter hat. Somit liegt schon kein VA vor, eine Fortsetzungsfeststellungsklage scheidet von vornherein aus.

Als statthafte Klageart kommt vielmehr eine Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO in Betracht. Dann müsste das Klägerbegehren auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtet sein. Ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen. Mit der Kl. als juristischer Person des Privatrechts und dem bekl. Land Hessen als Rechtsträger der handelnden Polizei, also einer Gebietskörperschaft und damit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, stehen sich hier zwei Personen gegenüber. Dass es um einen konkreten Sachverhalt geht, nämlich die Gefährderansprache vom 28. Mai 2010, steht außer Frage. Ebenso, dass dieses auf öffentlich-rechtlichen Normen beruht, da die handelnde Polizei allein durch solche - in Hessen namentlich

Merke: Gefährderansprachen sind keine Verwaltungsakte, da sie keinen Regelungscharakter haben.

Merke: Gefährderansprachen begründen ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis i.S.d. § 43 I VwGO (vgl. schon OVG Lüneburg, RA 2006, 364 = NJW 2006, 391).

durch das HSOG - berechtigt oder verpflichtet wird. Somit liegt ein Rechtsverhältnis im o.g. Sinne vor.

Der Kl. geht es um die Feststellung des Nichtbestehens desselben, statthaft ist also eine negative Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO. Dass das Rechtsverhältnis nach Abbruch der Geschäftsbeziehungen der Kl. zu dem Internet-Glücksspielanbieter erledigt sein mag, ändert hieran nichts, da § 43 VwGO nicht nach gegenwärtigen, erledigten oder gar zukünftigen Rechtsverhältnissen differenziert.

III. Feststellungsinteresse

Die Kl. müsste ein legitimes Interesse an der Feststellung haben, § 43 I VwGO a.E. Während dieses Feststellungsinteresse bei gegenwärtigen Rechtsverhältnissen eher weit gesehen wird, ist bei erledigten Rechtsverhältnissen strenger danach zu fragen, ob der Kl. noch ein berechtigtes Interesse an einer Klärung des Sachverhalts hat.

Merke: Ist das Rechtsverhältnis erledigt, sind an das Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 I VwGO dieselben Anforderungen zu stellen wie an ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse i.S.d. § 113 I 4 VwGO. Es gelten m.a.W. die dort entwickelten Fallgruppen (Wiederholungsgefahr, Rehabilitationsinteresse, Schadensersatzpräjudiz und Lücke im Rechtsschutz) entsprechend.

1. Wiederholungsgefahr

Eine anerkannte Fallgruppe bildet insoweit die Wiederholungsgefahr. Eine solche lag hier jedoch nicht vor:

"Dass das VG hier eine Wiederholungsgefahr verneint hat, weil die Kl. mit der fraglichen Gefährderansprache "bösgläubig" gemacht worden sei, zu den dort aufgeführten Unternehmen keine Geschäftsbeziehungen mehr bestünden und mit der einmaligen Durchführung der Maßnahme der mit ihr verfolgte Zweck erreicht worden sei, ist nicht zu beanstanden, ohne dass es einer weiteren Überprüfung bedürfte."

2. Rehabilitationsinteresse

Die Kl. meint, sie müsse sich rehabilitieren. Tatsächlich kann auch ein Rehabilitationsinteresse ein legitimes Feststellungsinteresse begründen, wenn es sich um ein diskriminierendes Verhalten gehandelt hat und/oder ein intensiver Grundrechtseingriff vorlag, dessen tatsächlich-ideelle Folgen über die Erledigung der rechtlichen Beschwer hinaus fortwirken. An einem solchen fehlt es hier indes:

"[Hinsichtlich der] Beschränkung der grundrechtlich in Art. 12 I und Art. 14 I GG geschützten Berufs- und Unternehmenstätigkeit der Kl. durfte sich [das VG] auf einen tiefgreifenden, schwerwiegenden Grundrechtseingriff beschränken; dass das VG einen solchen wegen des nur mittelbaren, keine Rechtspflichten begründenden, sondern nur eine (warnende) Empfehlung aussprechenden Angriffs durch die Gefährderansprache verneint hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden."

Da alle Gefährderansprachen nur warnenden Charakter haben, wird man mit dieser Begründung ein Rehabilitationsinteresse (außerhalb beleidigender oder diskriminierender Äußerungen) stets verneinen können. Für ein Feststellungsinteresse bei erledigten Gefährderansprachen bleibt m.a.W. realistischweise nur die Wiederholungsgefahr.

IV. Zwischenergebnis

Die Klage ist mangels Feststellungsinteresses unzulässig.

B. Begründetheit (hilfsweise)

Die Klage ist begründet, sofern das Rechtsverhältnis nicht bestand, hier also die Polizei die streitgegenständliche Gefährderansprache nicht hätte vornehmen dürfen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist zunächst, ob es hierzu einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurfte, und bejahendenfalls, ob eine solche gegeben ist.

1. Erforderlichkeit

Nach dem aus der Gesetzesbindung der Verwaltung gem. Art. 20 III GG ableitbaren "Vorbehalt des Gesetzes" ist ein Verwaltungshandeln ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage unzulässig.

a. Lehre vom Totalvorbehalt

Nach der sog. "Lehre vom Totalvorbehalt" gilt dies ausnahmslos, so dass auch eine Gefährderansprache durch die Polizei stets einer gesetzlichen Grundlage bedürfte.

b. Wesentlichkeitstheorie

Nach der vom BVerfG entwickelten "Wesentlichkeitstheorie" gilt dies hingegen nicht ausnahmslos, sondern nur für wesentliche Maßnahmen. Man könne - so das BVerfG - nach das ganze Leben gesetzlich erfassen; der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber müsse aber die wesentlichen Entscheidungen treffen. Danach ist hier fraglich, ob eine wesentliche Maßnahme vorliegt, **wobei die Wesentlichkeit durch eine Grundrechtsrelevanz indiziert wird.**

Dagegen spricht, dass eine Gefährderansprache rechtlich nichts verbietet (regelt), sondern - wie oben ausgeführt - nur warnenden Charakter hat. Auch wurde bereits im Rahmen des Feststellungsinteresses zumindest ein intensiver Grundrechtseingriff in die hier in Betracht kommenden Art. 12 I und 14 I GG verneint.

aa. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 I GG

Jedoch liegt ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG jedenfalls dann vor, wenn die Maßnahme "**berufsregelnde Tendenz**" aufweist, d.h. entweder final in die Berufsfreiheit eingreift (subjektiv) oder von besonderer Intensität ist (objektiv). Letzteres ist hier - wie gesagt - schon mangels Regelungswirkung nicht der Fall. Ein finaler Grundrechtseingriff kann jedoch auch mittelbar-faktischer Natur sein. Der Polizei ging es hier gerade darum, dass die Kl. ihre Geschäftstätigkeit aufgibt, die darin bestand, für einen Internet-Glücksspielveranstalter massenhaft Mahnschreiben zu verschicken. Durch die Warnung, ihr Geschäftsführer sei nunmehr "bösgläubig" im Sinne eines Beihilfevorsatzes, wollte die Polizei - wie sich zeigte: mit Erfolg - eine abschreckende Wirkung herbeiführen, die mittelbar-faktisch zur Aufgabe der Geschäftsbeziehung der Kl. mit dem Internet-Glücksspielveranstalter führte. Somit kam der Gefährderansprache subjektiv berufsregelnde Tendenz zu.

Dass die Kl. sich als Inkassounternehmen mit Sitz in Deutschland (Hessen) über Art. 19 III GG auf den Schutzbereich des Art. 12 I 1 GG berufen kann, unterliegt keinem Zweifel. Sie übt eine auf Dauer angelegte, mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene und erlaubte Tätigkeit aus. Insbesondere fällt ihre Tätigkeit nicht von vornherein aus dem "Beruf" heraus, weil einzelne ihrer Inkassokunden "schwarze Schafe" sein mögen, denn das Inkassogewerbe ist nicht von vornherein auf Gemeenschädlichkeit angelegt und damit "erlaubt" im Sinne der o.g. Berufsdefinition.

bb. Eingriff in den Schutzbereich von Art. 14 I 1 GG

Über das Eigentumsrecht aus Art. 14 I 1 GG ist auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb geschützt. Die Kl., welche über die o.g. Berufsmerkmale hinaus auch selbstständig tätig wird und somit ein Gewerbe betreibt, kann sich über Art. 19 III GG auch auf den Schutz desselben berufen. Liegt - wie hier - eine finale Maßnahme

Der VGH Kassel hat einen Grundrechtseingriff nur cursorisch geprüft und bejaht:

"Die Kl. hat [...] begründet, dass auch hier der Gefährderansprache Eingriffsqualität zukomme. [...] Davon ist das VG [...] aber ohnehin ausgegangen, sonst hätte es in der Begründetheitsprüfung auch nicht neben der Aufgabenzuweisungsnorm des § 1 IV HSOG zusätzlich noch die Eingriffsermächtigung der Generalklausel des § 11 HSOG heranziehen müssen."

Da die Eingriffsqualität einen Prüfungsschwerpunkt ausmacht, muss dieser Punkt in einem Gutachten aber ausführlich behandelt werden, und zwar mindestens in dem hier wiedergegebenen Umfang (wenn man nicht gar die Voraussetzungen des Art. 19 III GG und/oder das Erlaubtsein der klägerischen Tätigkeit noch genauer beleuchten wollte).

Übrigens ist es auch vertretbar, das Problem bereits in der statthaftern Klageart anzusprechen, denn ein "**Rechtsverhältnis**" könnte nur bestehen, wenn der faktischen Gefährderansprache zumindest mittelbar im Hinblick auf Grundrechte auch **Rechtswirkung** zukommt. In diesem Sinne hat z.B. das OVG Lüneburg (RA 2006, 364 = NJW 2006, 391) geprüft. Der VGH Kassel stellt seine Ausführungen allerdings in den Zusammenhang mit der Begründetheit (Notwendigkeit einer ELG), s.o.

vor, kann diese auch tauglicher Eingriff in Art. 14 I 1 GG (in Form einer Schrankenbestimmung nach Art. 14 I 2 GG) sein, selbst wenn ihr kein rechtlich verbindlicher, sondern nur mittelbar-faktisch eingreifender Gehalt zukommt. Ob der vorliegenden Gefährderansprache allerdings ein hinreichendes Gewicht zukommt, um von einem Eingriff in den Gewerbebetrieb sprechen zu können, erscheint fraglich und wird nicht zuletzt vom Umfang der Geschäftstätigkeit der Kl. abhängen, der im Sachverhalt nicht näher beleuchtet ist. Letztlich genügt aber schon allein der Eingriff in Art. 12 I 1 GG, um eine Grundrechtsrelevanz und damit eine Wesentlichkeit zu begründen, sodass eine vertiefende Betrachtung des Art. 14 I 1 GG hier dahinstehen kann.

cc. Zwischenergebnis

Die Polizei bedurfte auch nach der Wesentlichkeitstheorie für ihre Gefährderansprache einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.

2. Vorhandensein

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur die polizeiliche Generalklausel des § 11 HSOG in Betracht. Deren Anwendbarkeit ist insbesondere nicht durch § 14 RDG gesperrt:

§ 14 RDG:

Die zuständige Behörde widerruft die Registrierung [...], wenn 1. begründete Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die registrierte Person [...] die erforderliche persönliche Eignung oder Zuverlässigkeit nicht mehr besitzt [...]

"Der Einwand der Kl., ein Vorgehen der Polizei aufgrund der Generalklausel des § 11 HSOG sei aus Gründen der Spezialität des Widerrufsverfahrens gemäß § 14 RDG ausgeschlossen, ist ebenfalls nicht überzeugend, weil dieses Verfahren nicht in dem Sinne abschließend ist, dass die Polizei Straftaten, die durch die Inkassotätigkeit zu erwarten sind, nicht gemäß § 1 IV i.V.m. § 11 HSOG verhindern dürfte. Dann wäre die präventive Abwehr drohender Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten im Rahmen gewerblicher Betätigung wegen der Möglichkeit eines Gewerbeuntersagungsverfahrens gemäß § 35 GewO generell nicht zulässig. **Beide Möglichkeiten einer konkreten und einer abstrakten behördlichen Gefahrenabwehr können vielmehr nebeneinander ergriffen werden."**

II. Formelle Rechtmäßigkeit

In formeller Hinsicht ist allein die Zuständigkeit der Polizei fraglich. Die Kl. rügt einen Verstoß gegen § 1 III HSOG, weil sie zum Schutz privater Rechte - der mit Mahnungen überzogenen, angeblichen Kunden ihres Auftraggebers - eingeschritten sei.

Jedoch greift die Subsidiaritätsklausel des § 1 III HSOG nur ein, wenn es ausschließlich um den Schutz privater Rechte geht, während hier Straftaten (z.B. Betrug gem. § 263 StGB oder gar Erpressung gem. § 253 StGB) verhütet werden sollten. § 1 IV HSOG stellt klar, dass die Polizei jedenfalls hierfür originär zuständig ist, gleichgültig, ob damit (auch) der Schutz privater Rechte einhergeht oder nicht.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

1. Tatbestand

a. Gefahr

Zunächst müsste eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren sein.

Die "öffentliche Sicherheit" in diesem Sinne umfasst neben Individualrechten und -rechtsgütern sowie dem Schutz staatlicher Einrichtungen und Veranstaltungen auch das gesamte geschriebene Recht. Hier ging es darum, Verstöße gegen §§ 263, 253 StGB zu verhüten, zu denen die Kl. durch ihren Geschäftsführer Beihilfe hätte leisten können. Die im Sinne einer "Gefahr" notwendige, hinreichende Wahrscheinlichkeit eines solchen Verhaltens bejaht der VGH:

"Die Betrugshandlung liegt [...] darin, dass den Anwendern - unter Ausnutzung der Verunsicherung aufgrund der Schnelligkeit und Unübersichtlichkeit der Internetnutzung - das Bestehen wirksamer Forderungen vorgetäuscht wird und sie dadurch zu der Verfügungshandlung in Form der Bezahlung der behaupteten Forderung veranlasst werden sollen. Für diese Täuschung und Einschüchterung der - meist jugendlichen - Internetnutzer ist die Einschaltung von Inkassobüros von wesentlicher Bedeutung. Das maschinell gefertigte, u. a. mit den Registrierangaben der Klägerin und den Daten der Internetnutzung versehene Forderungsschreiben vermittelt den Eindruck eines seriösen, unzweifelhaften Zahlungsanspruchs und übt durch die aufgeführten weiteren Vorgehensmöglichkeiten nebst dem Angebot einer Ratenzahlungsvereinbarung einen Zahlungsdruck aus, so dass die Annahme des VG einer zumindest objektiven Beihilfehandlung der Kl. durchaus berechtigt erscheint."

Merke: Für einen Verstoß gegen eine Strafnorm genügen die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes und die Abwesenheit von Rechtfertigungsgründen; subjektive Elemente wie Vorsatz und Schuld sind polizeirechtlich irrelevant. Es genügt daher für Beihilfe zu § 263 StGB, bzgl. der Haupttat auf Täuschung, Irrtum, Vermögensverfügung, Schaden und Kausalitäten und für die Beihilfehandlung auf deren Förderungseignung einzugehen, wobei diese Punkte in einem Gutachten etwas deutlicher als hier vom VGH herausgearbeitet werden sollten.

b. Richtiger Adressat

Die Kl. ist - durch das Verhalten ihres Geschäftsführers - als Verhaltensstörerin i.S.d. § 6 HSOG auch richtige Adressatin der Gefährderansprache.

2. Rechtsfolge

§ 11 HSOG gewährt i.V.m. § 5 HSOG ein Ermessen, dessen Ausübung vom Gericht auf Ermessensfehler hin überprüft werden kann, § 114 S. 1 VwGO. Das Entschließungsermessen ("Ob" des Handelns") wird jedoch bereits durch die Tatbestandsmäßigkeit positiv indiziert, wobei hier keine Gründe ersichtlich sind, ausnahmsweise von einem Einschreiten abzusehen. Das Auswahlermessen ("Wie des Handelns") hat sich insbesondere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu orientieren, § 4 HSOG, wobei diesbezüglich wiederum die Wahl des relativ mildesten Mittels im Vordergrund steht, § 5 II HSOG. Die Gefährderansprache hat, wie bereits oben ausgeführt, lediglich warnenden Charakter. Sie ist damit milder als beispielsweise ein Verbot. Mildere Mittel sind jedenfalls nicht ersichtlich.

C. Ergebnis

Die Klage ist bereits unzulässig. Sie wäre im Übrigen auch unbegründet. Jedenfalls hat sie keinen Erfolg.

FAZIT:

"Gefährderansprachen" (die, wenn sie schriftlich erfolgen, "Gefährderschreiben" genannt werden, ohne dass sich dadurch an den rechtlichen Voraussetzungen etwas ändert) sind seit einigen Jahren ein beliebtes Mittel zur Gefahrenabwehr. Sie werden vor allem im Vorfeld von potenziell gefährlichen Großereignissen (Fußballspiele, Politgipfel, Demonstrationen etc.) gegenüber einschlägig polizeibekanntenen Personen (Hooligans, Gewalttätern links oder rechts) eingesetzt. Durch die zu den Gefährderansprachen und -anschreiben ergangenen Gerichtsentscheidungen haben sie sich mittlerweile auch zu ei-

nem echten Examensklassiker gemausert, der neben prozessualen Problemen (Abgrenzung von Feststellungs- und Fortsetzungsfeststellungsklage, Vorliegen eines "Rechtsverhältnisses" und eines Feststellungsinteresses) dem Prüfer Gelegenheit bietet, eine Vielzahl von materiellen Problemen aus unterschiedlichen Rechtsgebieten abzufragen, darunter vor allem die staatsrechtliche Frage nach der Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes aus Art. 20 III GG (= Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage), welche inzidenter jedenfalls dann eine Grundrechtsprüfung erfordert, wenn man - was dringend anzuraten ist - dem BVerfG darin folgt, dass nur wesentliche Maßnahmen dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen.

Polizeirechtlich wird häufig - anders als hier - auch die Störerfrage problematisch sein, denn Gefährderansprachen erfolgen normalerweise im Vorfeld einer potenziell gefährlichen Veranstaltung. Allein die Tatsache, dass jemand etwa in einer Datei als potenziell gewaltbereiter Täter gespeichert ist, entbehrt aber nicht von der konkreten Einzelfallprüfung, ob die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass er auch anlässlich der Veranstaltung, zu der er konkret angesprochen wird, als Störer in Erscheinung treten wird. Eine solche Prognose ist mitunter schwer zu stellen, wenn die Person einige Tage vor Veranstaltungsbeginn zu Hause aufgesucht wird, sich also räumlich-zeitlich noch weit von dem Ereignis entfernt befindet. Die Schutzbehauptung, man sei zwar früher als Störer in Erscheinung getreten, habe aber hinsichtlich dieser konkreten Veranstaltung keine bzw. jedenfalls nur friedliche Teilnahmeabsichten, wird sich vielfach nur schwer widerlegen lassen. Dazu müssen die Vorbelastungen schon erhebliches Gewicht haben und dürfen zeitlich erst kurz zurückliegen.

*Speziell für Referendare:***Problem: Einseitige Erledigungserklärung des Klägers**

BVerwG, URTEIL VOM 01.09.2011
5 C 21.10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall hatten die Kl. ihre ursprüngliche Klage im Revisionsverfahren für erledigt erklärt. Die Bekl. widersprach jedoch der Erledigung, weil sie eine Wiederholungsgefahr fürchtete. Dem BVerwG stellte sich die Frage, wie nun zu entscheiden sei.

Das Gericht führt aus, dass auch noch in der Revisionsinstanz für erledigt erklärt werden kann, weil in einer solchen Erklärung keine unzulässige Klageänderung i.S.d. §§ 142, 91 VwGO liege. Damit war der Erledigungsantrag zulässig.

Seine Begründetheit setzt laut st.Rspr. des BVerwG - neben einem erledigenden Ereignis nach Rechtshängigkeit - grds. nur die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage voraus. Deren Begründetheit prüft das BVerwG - anders als die Zivilgerichte - hingegen nur, soweit der Bekl. ein besonderes Interesse hieran hat. Eine Wiederholungsgefahr kann zwar grds. ein solches Interesse darstellen; im konkreten Fall lag aber keine solche vor, sodass das BVerwG antragsgemäß die Erledigung feststellte (und damit der Bekl. die gesamten Kosten des Rechtsstreits auferlegte), ohne noch die Begründetheit der ursprünglichen Klage zu prüfen.

SACHVERHALT:

Die Kläger (Kl.) beabsichtigten, einen in einem marokkanischen Kinderheim lebenden Jungen (J) zu adoptieren. In diesem Rahmen beantragten sie bei der Beklagten (Bekl.) eine Überprüfung auf allgemeine Eignung als Adoptionsbewerber nach § 7 III 1 AdVermiG. Nachdem die Bekl. dies ablehnte, verfolgten sie dieses Begehren gerichtlich - zuletzt in der vom OVG zugelassenen Revision vor dem BVerwG - weiter. Nachdem das parallel laufende Verfahren auf Erteilung eines Einreisevisums für J endgültig gescheitert war (BVerwG, NVwZ 2011, 1205), nahmen sie ihren Antrag auf Überprüfung der Adoptionseignung zurück und erklärten den Rechtsstreit für erledigt. Die Bekl. hat sich dieser Erklärung nicht angeschlossen und auf Entscheidung in der Sache bestanden, weil sie eine Wiederholung in einem neuen Adoptionsverfahren fürchtet.

§ 7 III 1 AdVermiG:

"Auf Antrag prüft die örtliche Adoptionsvermittlungsstelle die allgemeine Eignung der Adoptionsbewerber mit gewöhnlichem Aufenthalt in ihrem Bereich zur Annahme eines Kindes mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland."

Wie wird das BVerwG entscheiden?

LÖSUNG:

Das BVerwG wird die Erledigung des Rechtsstreits feststellen, sofern ein entsprechender Antrag der Kl. zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Der Antrag ist zulässig, soweit die entsprechenden Sachurteilsvoraussetzungen der VwGO erfüllt sind.

Anm.: Der Verwaltungsrechtsweg wird in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr geprüft, §§ 173 VwGO i.V.m. 17a V GVG.

I. Statthaftigkeit

Fraglich ist, welcher Antrag hier statthaft ist. Dies ist nach § 88 VwGO unter Auslegung des Klägerbegehrens zu ermitteln.

1. Auslegung des Antragsbegehrens

Ursprünglich hatten die Kl. beantragt, die Bekl. unter Aufhebung der Urteile in den Vorinstanzen zu verpflichten, die begehrte Überprüfung auf allgemeine Eignung als Adoptionsbewerber nach § 7 III 1 AdVerMiG einzuleiten. Im Termin zur mündlichen Verhandlung haben die Kl. ihren ursprünglichen Antrag jedoch durch eine Erledigungserklärung ersetzt. Fraglich ist, welches Begehren nunmehr maßgeblich ist.

Gem. § 103 III VwGO ist grundsätzlich über den der letzten im Termin zur mündlichen Verhandlung gestellten Antrag zu entscheiden, hier also über die Erledigungserklärung. Darin liegt nach Auslegung gem. §§ 88 VwGO i.V.m. 133, 157 BGB analog ein Antrag auf Feststellung, dass der ursprüngliche Klageantrag durch ein nach Rechtshängigkeit eingetretenes, außerprozessuales Ereignis erledigt worden ist:

"Mit der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung haben die Kläger von ihrem ursprünglichen Antrag Abstand genommen und begehren nunmehr in zulässiger Weise die Feststellung, dass die Hauptsache erledigt ist."

2. Unzulässige Klageänderung?

Darin könnte jedoch eine Klageänderung i.S.d. § 91 VwGO liegen, die im Revisionsverfahren gem. § 142 VwGO unzulässig wäre mit der Folge, dass doch wieder über den ursprünglichen Antrag zu entscheiden wäre. Dem ist jedoch nicht so, wie das BVerwG in einem knappen Ergebnissatz feststellt:

"Der Übergang vom ursprünglichen Klage- bzw. Rechtsmittelantrag zum Erledigungsfeststellungsantrag unterliegt nicht den Einschränkungen der §§ 91, 142 VwGO."

Das Gericht begründet dieses Ergebnis nicht, sondern verweist insoweit nur auf seine st.Rspr., begründet in BVerwG, NJW 1965, 1035, 1036. Dort heißt es zur Begründung:

"Freilich gibt der Kläger mit der Erklärung, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, seine Behauptung nicht auf, dass seine Klage zulässig und begründet gewesen sei; auch kann ein Recht nur gegenstandslos werden, wenn es überhaupt bestanden hat. Aber diese Behauptung wird nicht Bestandteil des Erledigungsausspruchs des Gerichts und soll es auch gar nicht werden. Gegenstand des Verfahrens ist nur der Anspruch des Klägers. **Der Kläger verlangt in der Lage, in der sich der Rechtsstreit befindet, nichts mehr vom Beklagten. Der Rechtsstreit soll nicht, wie bei der Klageänderung, mit verändertem Klageziel fortgesetzt werden. Das Gericht soll lediglich autoritativ feststellen, dass der Rechtsstreit - nicht ein festgestelltes Recht des Klägers - erloschen ist.** Gewiss wird noch um die Kosten des Rechtsstreits gestritten. Aber der Kostenantrag des Klägers kann nicht als ein modifizierter Klageantrag angesehen werden, der allein schon einen Antrag auf Klageabweisung rechtfertigte. Die Kosten des gegenwärtigen Rechtsstreits gehören nicht zu den durch Klage oder Widerklage erhobenen Ansprüchen und fallen nicht unter den Begriff der Nebenforderungen i.S. der §§ 4, 268 Nr. 2 ZPO."

Somit ist über den (einseitigen) Erledigungsantrag der Kl. zu entscheiden.

St.Rspr., vgl. nur BVerwG, NVwZ 1999, 404; NVwZ-RR 2011, 117 - juris Rn. 16).

Merke: Eine Erledigungserklärung ist keine Klageänderung i.S.d. § 91 VwGO, weil der Kl. vom Bekl. nichts mehr begehrt; er "ändert" seine Klage nicht, vielmehr begehrt er nur gerichtliche Feststellung, dass es gar kein Prozessrechtsverhältnis mehr gibt.

Anm.: Keinesfalls darf die Erledigungserklärung mit einer Klagerücknahme (bzw. hier: Revisionsrücknahme nach § 140 VwGO) verwechselt werden. Eine solche führte unweigerlich zur Kostenlast des Kl., § 154 I VwGO. Sinn des Erledigungsantrags ist es gerade, diese zu vermeiden, § 161 II VwGO.

II. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die Zulässigkeit einer Erledigungserklärung setzt aber auch eine ansonsten zulässigerweise eingelegte Revision voraus. Hierzu hat das BVerwG in NJW 1970, 722 ausgeführt:

"Da es sich bei dem Übergang zur einseitigen Erledigungserklärung um eine besondere Form der Klageänderung handelt, die grundsätzlich auch noch im Revisionsverfahren zulässig ist, bedarf es dann, wenn der Kläger, der die Feststellung der Erledigung der Hauptsache begehrt, zugleich der Revisionskläger ist, einer statthaften und in zulässiger Weise eingelegten Revision. Im Falle einer unzulässigen Revision [...] wird nämlich der Streitgegenstand nicht an das Revisionsgericht gebracht und kann auch kein anderer Streitgegenstand an seine Stelle treten."

Gegen die Zulässigkeit der ursprünglichen Revision bestehen hier allerdings keine Bedenken. Insbesondere wurde sie laut Sachverhalt vom OVG zugelassen, § 132 I VwGO. Für Verstöße gegen Form und Frist des § 139 VwGO ist auch nichts ersichtlich.

B. Begründetheit

Die Begründetheit des in der einseitigen Erledigungserklärung liegenden Feststellungsantrags setzt jedenfalls voraus, dass ein außerprozessuales erledigendes Ereignis (I.) nach Rechtshängigkeit (II.) eingetreten ist. Ob die ursprüngliche Klage darüber hinaus zulässig oder gar auch begründet gewesen sein muss, ist umstritten (III.).

I. Erledigung

"Der Rechtsstreit hat sich in der Hauptsache erledigt. Dem mit der Klage verfolgten ursprünglichen Begehren der Kläger, die Prüfung der allgemeinen Elterneignung der Klägerin zu 1 als Adoptionsbewerberin gemäß § 7 III 1 AdVermiG zu erreichen, ist durch die Rücknahme dieses Antrags bei der Beklagten die Grundlage entzogen worden. Durch dieses nach Klageerhebung eingetretene außerprozessuale Ereignis ist, weil die Prüfung der Elterneignung nur auf Antrag erfolgt, die Klage gegenstandslos geworden."

Merke: Auf die Gründe, warum die Kl. den Antrag zurückgenommen haben, kommt es nicht an. Selbst wenn sie die Erledigung dadurch bewusst herbeigeführt hätten, weil sie auf diese Weise eine Möglichkeit sahen, der Kostenlast für den im Nachhinein als aussichtslos erkannten Prozess zu entgehen, wäre dies ohne Belang. Es interessiert allein, dass erledigt ist, nicht warum (so schon BVerwG, NVwZ 1989, 860).

II. Nach Rechtshängigkeit

Die Kl. haben ihren Antrag nach § 7 III 1 AdVermiG erst während des Revisionsverfahrens und damit zwangsläufig nach Rechtshängigkeit der Klage zurückgenommen.

III. Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage

Ob über das erledigende Ereignis hinaus noch Zulässigkeit bzw. sogar Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage Begründetheitsvoraussetzungen für den Erledigungsantrag sind, ist umstritten:

1. Ansicht: Erforderlich

Nach einer Ansicht ist dies zu bejahen, da dem Kl. sonst eine "Flucht in die Erledigung" ermöglicht werde. Erkenne er, dass seine Klage unzulässig und/oder unbegründet sei, sehe die VwGO die Rücknahme derselben als klägerische Erklärung vor, § 92 VwGO, mit der Folge, dass dieser die Kosten zu tragen habe. Könne er stattdessen für erledigt erklären, und wäre dieser Antrag allein aufgrund des erledigenden Ereignisses begründet, könnte er sich seiner Kostenlast so unbillig entziehen.

Literaturansicht, vgl. z.B. Manssen, NVwZ 1990, 1018, 1022; ebenso sieht es der BGH im Zivilprozess, BGH NJW 1992, 2235

2. Ansicht: Nur bei besonderem Interesse des Bekl. erforderlich

Nach anderer Ansicht kommt es grundsätzlich nur auf den Eintritt der Erledigung an. Etwas anderes gelte nur, wenn der Bekl. ausnahmsweise ein besonderes Interesse an der Prüfung der Zulässigkeit und/oder Begründetheit der ursprünglichen Klage habe. Diese Auffassung vertritt das BVerwG in st.Rspr.:

BVerwG, NVwZ 1988, 1027;
NVwZ-RR 2008, 39 m.w.N.

"Entgegen der Ansicht der Bekl. ist die Hauptsacheerledigung hier festzustellen, ohne dass noch zu prüfen ist, ob die ursprüngliche Klage begründet war. **Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfordert die Feststellung der Hauptsacheerledigung auf die einseitige Erledigungserklärung der Klägerseite hin zwar dann die Überprüfung der Zulässigkeit und der Begründetheit des ursprünglichen Klagebegehrens, wenn die Beklagtenseite sich für ihren Widerspruch gegen die Erledigungserklärung und ihr Festhalten an ihrem bisherigen Antrag auf ein schutzwürdiges Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung berufen kann, dass die Klage vor ihrer Erledigung unzulässig oder unbegründet war.** Die Beklagte verfügt jedoch nicht über ein solches nach den Maßstäben des § 113 I 4 VwGO berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Sachentscheidung."

Nach diesem Maßstab ist hier fraglich, ob die vorgebrachte Wiederholungsgefahr als "schutzwürdiges Interesse" der Bekl. in Betracht kommt. Grundsätzlich stellt sie eine Fallgruppe des legitimen Feststellungsinteresses i.S.d. § 113 I 4 VwGO dar, die das BVerwG genügen lassen will. Hier lag eine solche jedoch nicht vor:

"Die von ihr geltend gemachte Gefahr, dass die Kläger dasselbe Begehren in absehbarer Zeit erneut an sie herantragen könnten und dies zudem hinreichend wahrscheinlich sei, liegt nicht vor. Dagegen spricht bereits die Rücknahme des Antrags auf Elterneignungsprüfung und die (wenn auch im Ergebnis rechtlich folgenlose) Erklärung der Kläger, die Revision zurückzunehmen [wird näher ausgeführt]."

C. Ergebnis

Das BVerwG wird die Erledigung feststellen.

FAZIT:

In einer Examensaufgabe wäre aller Voraussicht nach ein "berechtigtes Interesse" des Beklagten gegeben, sodass Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage nach allen Ansichten zu prüfen wären. Auf diese Weise kann die Prüfung materiellen Rechts elegant mit dem prozessualen Problem der einseitigen Erledigungserklärung verbunden werden.

Übrigens sind, wenn die Erledigung erst im Berufungs- oder Revisionsverfahren eintritt, die vorinstanzlichen Urteile im Tenor analog § 269 III 1 ZPO für unwirksam zu erklären. Dies ist gerade für Referendare ja nicht unwichtig, wenn sie tenorieren müssen. Der vollständige Tenor des BVerwG in diesem Fall lautete also:

1. Es wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.
2. Das Urteil des [Berufungsgerichts] vom [...] ist wirkungslos.
3. Die Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Strafrecht

Problem: Voraussetzungen für § 243 I 2 Nr. 2 StGB

KG, URTEIL VOM 28.11.2011
1 Ss 465/11 (NJW 2012, 1093)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Urteil musste sich das Kammergericht mit den Voraussetzungen für einen besonders schweren Fall des Diebstahls gem. § 243 I 2 Nr. 2 StGB (Diebstahl besonders gesicherter Sachen) befassen.

Es kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen des Regelbeispiels auch dann erfüllt sein können, wenn der Täter das verschlossene Behältnis mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel überwindet oder sich hierzu eines gutgläubigen Dritten bedient, der über den Schlüssel (bzw. den passenden Code) verfügt.

SACHVERHALT:

Am 02.09.2009 entwendete der Angeklagte A in der Wohnung des B, in welcher er für einige Tage zur Untermiete wohnte, aus einem Tresor 4.200,- € Bargeld, um es für sich zu verwenden. Den von A hierzu benutzten Tresorschlüssel entdeckte A im Tatortzimmer; er war nicht besonders versteckt.

Am 28.05.2010 befand sich A in dem Hotelzimmer des O im A-Hotel. Um aus dem im Zimmer befindlichen Tresor verwahrte Gegenstände entwenden zu können, rief A an der Rezeption an, gab sich als Bewohner des Zimmers aus und erklärte, sein Zimmersafe lasse sich nicht öffnen, worauf der Hoteltechniker F erschien und dem Angeklagten, der vorgab, den Code vergessen zu haben, den Tresor öffnete. Aus dem Tresor entwendete A für seine Zwecke 350,- US-\$ Bargeld. Hat sich A wegen Diebstahlsdelikten strafbar gemacht?

§ 243 I 2 Nr. 2 StGB:

„Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
2. eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist, [...]“

Leitsätze:

1. Ein verschlossenes Behältnis ist gegen Wegnahme auch dann besonders gesichert, wenn der Täter dieses mit dem zuvor aufgefundenen Schlüssel öffnet, der jedenfalls nicht im Schloss steckte oder als erkennbar zum Behältnis gehörig direkt daneben lag.
2. Der Täter stiehlt auch dann eine durch ein verschlossenes Behältnis besonders gesicherte Sache, wenn er als Unberechtigter durch Täuschung einen gutgläubigen Dritten dazu bewegt, den zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Zugangscod für den Schließmechanismus zu verwenden.

PRÜFUNGSSCHEMA: DIEBSTAHL IN EINEM BESONDERS SCHWEREN FALL, §§ 242 I, 243 I 2 NR. 2 STGB

- I. Tatbestand
 1. Fremde bewegliche Sache
 2. Wegnahme
 3. Vorsatz bzgl. a. und 2.
 4. Absicht rechtswidriger Zueignung
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld
- IV. Besonders schwerer Fall
 1. § 243 I 2 Nr. 2 StGB
 2. Kein Ausschluss

LÖSUNG:

1. Teil: Das Geschehen am 02.09.2009

A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I Nr. 1, 2 StGB

Dadurch, dass A das Bargeld aus dem Tresor des B entwendete, könnte er sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei den im Eigentum des B stehenden Geldscheinen handelte es sich um für A fremde, bewegliche Sachen.

2. Wegnahme

Dadurch, dass er das Geld aus dem Tresor nahm hat A fremden Gewahrsam, nämlich den des B, gebrochen und neuen, eigenen Gewahrsam begründet. Er hat die Geldscheine also weggenommen.

3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

A hatte die Absicht, das Geld seinem Vermögen einzuverleiben unter dauerhafter Verdrängung des B aus der Eigentümerposition. Er hat also mit Zueignungsabsicht gehandelt. A hatte keinen Anspruch auf diese Zueignung, sodass sie auch rechtswidrig war. Da A dies bewusst war, hat er in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

IV. Besonders schwerer Fall gem. § 243 StGB

1. Voraussetzungen des § 243 I StGB

a. § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Bei der Wohnung des B handelt es sich zwar um einen umschlossenen Raum. A ist hier jedoch weder eingebrochen noch eingestiegen oder mit einem Werkzeug eingedrungen und er hat sich dort auch nicht verborgen gehalten. Ein besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1 StGB scheidet somit aus.

b. § 243 I 2 Nr. 2 StGB

A könnte jedoch das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Dann müsste es sich bei dem Tresor zunächst um ein verschlossenes Behältnis handeln.

Zum verschlossenen Behältnis i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB: BGHSt 1, 158, 163; Fischer, § 243 Rn. 14; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 15; Krey/Hellmann, BT II; Rn. 126; Rengier, BT I, § 3 Rn. 13

Behältnis i.S.v. § 243 I 2 Nr. 2 StGB ist jedes zur Aufnahme von Sachen dienendes und sie umschließendes Raumgebilde, das nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Verschlossen ist das Behältnis, wenn es gegen unberechtigten Zugriff gesichert ist. Bei dem abgeschlossenen Wandtresor des B handelt es sich also um ein verschlossenes Behältnis.

Fraglich ist jedoch, ob das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB deshalb ausgeschlossen ist, weil A den Tresor des B nicht mit Gewalt geöffnet hat, sondern hierfür den Originalschlüssel verwendete, der nicht einmal besonders versteckt war.

„Das Regelbeispiel [des § 243 I 2 Nr. 2 StGB] setzt voraus, dass das Behältnis verschlossen ist. Weitere Sicherungen, etwa durch Wegschließen des Schlüssels, sind danach zu seiner Erfüllung nicht mehr erforderlich. Der Täter muss - sofern er nicht sogar die Sache mitsamt dem Behältnis stiehlt - die Sicherung überwinden, wobei es aber nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB betont nämlich die besondere Sicherung des Diebstahlsobjekts, während § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB besondere Arten der Tatausführung bei einer allgemeinen Sicherung des Gegenstands hervorhebt; auf eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das Überwinden der Sicherung hinaus kommt es dagegen bei § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB nicht. Daher **scheidet die Anwendung des Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall des Diebstahls wegen der Wegnahme einer Sache aus einem verschlossenen Behältnis auch dann nicht aus, wenn der Verschluss mit dem dafür vorgesehenen Schlüssel geöffnet wird.** Allenfalls dann, wenn der Benutzer des Schlüssels zu dessen Verwendung befugt ist, könnte für ihn die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlsicherung. Jedenfalls wenn ein Unbefugter den Schlüssel an sich nimmt und er damit das Behältnis öffnet, überwindet er die Diebstahlsicherung, die sich aus dem Verschlusszustand des Behältnisses ergibt. [...]

Zu § 243 I 2 Nr. 2 StGB bei Verwendung des Originalschlüssels: BGH, RA 2010, 573 = NJW 2010, 3175; OLG Hamm, JR 1982, 119; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 48; Fischer, § 243 Rn. 17; Bosch, JA 2009, 905

Ob etwas anders gilt, wenn der Schlüssel im Schloss des betreffenden Behältnisses steckt oder als erkennbar zu diesem gehörig direkt daneben liegt und in diesem Sinne ‚unmittelbar zugänglich‘ ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden, weil eine solche Konstellation hier nicht festgestellt ist. Nicht mehr mit dem Wortlaut und dem Zweck der erhöhten Strafdrohung vereinbar wäre es und führte überdies zu kaum lösbaaren Abgrenzungsschwierigkeiten, den Erschwerungsgrund schon allein bei einer ‚leichten‘ Zugänglichkeit des Schlüssels zu verneinen.“

A hat also die objektiven Voraussetzungen des Regelbeispiels verwirklicht. Er hat auch mit dem erforderlichen Quasi-Vorsatz gehandelt.

2. Keine Ausschluss

Da sich die Tat nicht auf eine geringwertige Sache bezog, ist der besonders schwere Fall nicht gem. § 243 II StGB ausgeschlossen. Auch sonstige Hinweise, die die Indizwirkung des Regelbeispiels ausschließen, sind nicht zu erkennen.

V. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB

Da A in die Wohnung des B nicht eingebrochen, eingestiegen oder eingedrungen ist und sich dort auch nicht verborgen gehalten hat (s.o.), scheidet eine Strafbarkeit wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3 StGB aus.

2. Teil: Das Geschehen am 28.05.2010

Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I Nr. 2 StGB

Das Landgericht hatte in der Vorinstanz einen Diebstahl in mittelbarer Täterschaft, §§ 242 I, 25 I 2. Fall StGB, angenommen. Das KG hatte dies nicht gerügt. Es ist allerdings nicht ersichtlich, warum eine mittelbare Täterschaft gegeben sein soll. Denn die Tathandlung des § 242 I StGB, die Wegnahme, nimmt A selbst vor, indem er das Geld aus dem Tresor nimmt. Er verwirklicht den Tatbestand also selbst und nicht durch einen anderen (z.B. F), sodass auch eine unmittelbare und keine mittelbare Täterschaft vorliegt.

Dadurch, dass er das Bargeld aus dem Hoteltresor im Zimmer des O entwendete, könnte A sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Die im Eigentum des O stehenden Geldscheine sind für A fremde, bewegliche Sachen.

2. Wegnahme

A hat dadurch, dass er die Geldscheine aus dem Tresor nahm, den Gewahrsam des O, gebrochen und eigenen Gewahrsam begründet, was eine Wegnahme darstellt.

3. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

A hatte die Absicht, das Geld seinem Vermögen einzuverleiben unter dauerhafter Verdrängung des O aus dessen Eigentümerposition. A hatte keinen Anspruch auf diese Zueignung, was er auch wusste. A hat also in der Absicht rechtswidriger Zueignung gehandelt.

II. Rechtswidrigkeit

A handelte rechtswidrig.

III. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

IV. Besonders schwerer Fall gem. § 243 StGB

1. Voraussetzungen des § 243 I StGB

„Der Angeklagte hat die Voraussetzungen eines besonders schweren Falles des Diebstahls gemäß § 243 Abs. 1 StGB erfüllt, indem er den gutgläubigen Hoteltechniker dazu bewegt hat, den Hoteltresor, der eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme im Sinne des Regelbeispiels darstellt, zu öffnen, um sodann auf dessen Inhalt zugreifen zu können. Ob der Hoteltechniker zur Verwendung des ihm bekannten Zugangscodes im Verhältnis zu den wirklichen Bewohnern des Hotelzimmers und Gewahrsamsinhabern an dem Inhalt des Tresors befugt war und für ihn deshalb die Eigenschaft des Behältnisses als besondere Diebstahlssicherung entfallen ist, kann dahinstehen. **Der Angeklagte jedenfalls hat in seiner Person diese besondere Diebstahlssicherung durch sein listiges Vorgehen überwunden, weil es nicht darauf ankommt, wie er das bewirkt**, eine besondere Gestaltung der Tathandlung über das faktische Überwinden der Sicherung hinaus also nicht von Belang ist, sondern allein die Art der Sicherung maßgeblich ist. **Der gesetzgeberische Grund für das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB und die hierdurch regelmäßig ausgelöste Straf-**

Zu § 243 I 2 Nr. 2 StGB bei listigem Vorgehen: BGH, RA 2010, 573 = NJW 2010, 3175; OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2010, 48

schärfung liegt darin, dass der Täter ein erhöhtes Maß an Rücksichtslosigkeit gegenüber fremdem Eigentum zeigt, indem er sich über eine besondere Sicherung hinwegsetzt, mit welcher der Eigentümer zu erkennen gibt, dass er auf die Erhaltung gerade dieser Sache Wert legt. So liegt es hier, ebenso wie in einem Fall, in dem der Täter einen zur Öffnung gewidmeten Schlüssel auf unredliche Weise und unbefugt an sich genommen hat. Der Angeklagte war nicht befugt, den Zugangscodex selbst zu nutzen oder für sich nutzen zu lassen; er hat durch sein listiges Verhalten die zugunsten des berechtigten Gewahrsamsinhabers bestehende besondere Diebstahlssicherung im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 überwunden.

Auch wenn man dies anders sehen wollte, läge der Erschwerungsgrund des § 243 StGB vor. **Die Aufzählung der benannten besonders schweren Fälle in § 243 Abs. 1 StGB ist nicht abschließend. Vielmehr sind auch sonst Diebstähle als besonders schwere Fälle anzusehen, wenn sich die Taten aufgrund einer Gesamtbewertung nach ihrem Gewicht von Unrecht und Schuld deutlich von dem Normalfall des einfachen Diebstahls gemäß § 242 StGB abheben.** Das kommt unter anderem in Betracht, wenn die konkreten Tatumstände einem der den Regelbeispielen zugrunde liegenden Leitbilder vergleichbar sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Tat eine besondere kriminelle Energie offenbart, aber auch, wenn der Täter besonders listig vorgegangen ist und dadurch eine nicht unerhebliche Beute gemacht hat. Ein Fall vergleichbaren Schweregehalts liegt hier vor.“

Zur Möglichkeit eines unbenannten besonders schweren Fall des Diebstahls: BGH, NStZ-RR 2010, 374, 375; OLG Düsseldorf, NJW 2000, 158, 159

Ein besonders schwerer Fall gem. § 243 I 2 Nr. 1 StGB liegt somit vor.

2. Keine Ausschluss

Weder bezieht sich die Tat bezieht auf eine geringwertige Sache, § 243 II StGB, noch sind andere Gesichtspunkte erkennbar, die einen besonders schweren Fall ausschließen würden.

V. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 242, 243 I 2 Nr. 2 StGB.

3. Teil: Konkurrenzen

Die beiden Diebstähle sind durch selbstständige Handlungen begangen worden und stehen somit in Tatmehrheit, § 53. A ist strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 2; 242 I, 243 I 2 Nr. 2; 53 StGB.

FAZIT:

Das KG führt in der vorliegenden Entscheidung die bisherige Tendenz der Rechtsprechung insb. auch des BGH fort, das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 2 StGB weit auszulegen. Maßgebend ist somit ausschließlich, dass der Täter eine Sache stiehlt, die durch ein verschlossenes Behältnis besonders gegen Wegnahme gesichert war. Gar keine Rolle hingegen spielt es, wie der Täter diese Wegnahmesicherung überwindet, ob er hierzu also Gewalt oder List anwendet. Allenfalls in Konstellationen, in denen der Berechtigte den ihm anvertrauten Schlüssel benutzt, um die weggeschlossene Sache zu stehen, scheidet § 243 I 2 Nr. 2 StGB aus.

Kein Fall des § 243 I 2 StGB bei Benutzung des Schlüssels durch den Berechtigten: BGH, RA 2010, 573, 576 = NJW 2010, 3175; OLG Hamm, NJW 1982, 777; Lackner/Kühl, § 243 Rn. 15; Wessels/Hillenkamp, BT II, Rn. 225; a.A.: Schmid, JR 1982, 119

Problem: § 315 b I Nr. 2 StGB bei Unfallprovokation

BGH, BESCHLUSS VOM 25.01.2012
4 STR 507/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 315b I StGB:

„Wer die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, daß er [...]

2. Hindernisse bereitet [...]

und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird [...] bestraft.“

EINLEITUNG:

Der BGH hatte ein Urteil zu überprüfen, in dem die Angeklagten wegen diverser Taten gem. § 315b I Nr. 2 StGB verurteilt worden waren, weil sie Auffahrunfälle provoziert hatten, um die Haftpflichtversicherungen der anderen Unfallbeteiligten in Anspruch zu nehmen.

Der BGH kommt zu dem Ergebnis, dass das Anhalten, um einen Auffahrunfall zu provozieren, ein „Hindernis bereiten“ i.S.v. § 315b I Nr. 2 StGB darstellt. Jedoch sei das Entstehen einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert nicht selbstverständlich, sondern müsse im Einzelfall geprüft werden.

SACHVERHALT:

Der Angeklagte M verursachte als Fahrer eines Pkw einen Auffahrunfall, indem er sein Fahrzeug ohne verkehrsbedingten Anlass plötzlich stark abbremste, sodass das nachfolgende Fahrzeug des O – wie beabsichtigt – auffuhr. Hierbei entstand an diesem ein Sachschaden von 1.000,- €. Der Unfall wurde in dem Bestreben verursacht, die Haftpflichtversicherung des O für die an dem Fahrzeug des M verursachten Schäden unberechtigt in Anspruch zu nehmen.

Hat M sich gem. § 315b I Nr. 2 StGB strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: GEFÄHRLICHER EINGRIFF IN DEN STRAßENVERKEHR, § 315B I STGB

- I. Tatbestand
 1. Tathandlung
 - a. Zerstörung, Beschädigung oder Beseitigung von Fahrzeugen oder Anlagen, § 315b I Nr. 1 StGB
 - b. Bereiten eines Hindernisses, § 315b I Nr. 2 StGB
 - c. Sonstiger, ebenso gefährlicher Eingriff, § 315b I Nr. 3 StGB
 2. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs
 3. Dadurch konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert
 - a. Vorliegen einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert
 - b. Kausalität und Zurechnungszusammenhang
 - c. Vorliegen einer verkehrsspezifischen Gefahr
 4. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

LÖSUNG:

Strafbarkeit gem. § 315b I Nr. 2 StGB

Durch das Abbremsen könnte M sich wegen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. § 315b I Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Tathandlung: Bereiten eines Hindernisses, § 315b I Nr. 2 StGB

„[9] Zutreffend ist das Landgericht allerdings davon ausgegangen, dass **die absichtliche Herbeiführung eines Auffahrunfalls das Bereiten eines Hindernisses im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 2 StGB darstellt.**“

Hindernisbereiten i.S.v. § 315b I Nr. 2 StGB ist jede körperliche Einwirkung auf den Straßenkörper, die geeignet ist, den reibungslosen Verkehrslauf zu hemmen oder zu verzögern (BGHSt 41, 231, 234; Schönke/Schröder-Cramer/Sternberg-Lieben, § 315b Rn. 6)

2. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

Für den Verkehrsteilnehmer O war infolge der Handlung des M eine gefahrlose Teilnahme am Straßenverkehr nicht mehrmöglich, sodass die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt wurde.

3. Dadurch konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

a. Konkrete Gefahr

Es müsste zu einer konkreten Gefährdung eines der genannten Rechtsgüter – Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert – gekommen sein.

aa. Konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert

„[9] [...] Ebenso hat [das Landgericht] im Ausgangspunkt zutreffend eine konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert nur in den Fällen angenommen, in denen auch ein bedeutender Schaden gedroht hat; dass das Landgericht mit 1.300 Euro von einer höheren Wertgrenze als der nach der Rechtsprechung des Senats maßgeblichen von 750 Euro ausgegangen ist, beschwert die Angeklagten nicht.“

Zur Höhe des „bedeutenden Werts“ i.S.v. § 315b I StGB: BGH, NStZ 2011, 215; NStZ-RR 2008, 289

Im vorliegenden Fall ist ein Schaden von 1.000,- €, also oberhalb der maßgeblichen Wertgrenze, eingetreten, sodass auch eine konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert vorlag.

bb. Konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen

„[10] Die Begründung, mit der das Landgericht auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht nur in den Fällen, in denen es tatsächlich zu Verletzungen beim Unfallgegner [...] gekommen ist, sondern in allen Fällen eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen angenommen hat, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern. Das Landgericht hat sich auf die Erwägung gestützt, in solchen Fällen provozierter Unfälle liege regelmäßig die Gefahr, dass der plötzliche Aufprall bei den von der Situation überraschten Insassen des auffahrenden Fahrzeugs, dessen Auffahrgeschwindigkeit der Täter nicht beeinflussen könne, zu nicht unerheblichen Verletzungen namentlich im Kopf- und Halswirbelsäulenbereich führe. Dies gelte auch bei vergleichsweise geringen Geschwindigkeiten.“

[11] Mit solchen allgemeinen Erwägungen lässt sich regelmäßig eine konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen nicht hinreichend belegen; vielmehr sind grundsätzlich konkrete Feststellungen insbesondere zu den Geschwindigkeiten der Pkw im Zeitpunkt der Kollision und der Intensität des Aufpralls zwischen den beteiligten Fahrzeugen

Zum Bestehen einer konkreten Gefahr für Leib und Leben i.R.v. § 315b I StGB: BGH, NStZ 2010, 216

erforderlich. Solche Feststellungen sind im Urteil, das lediglich in einzelnen Fällen Angaben zur Geschwindigkeit eines der unfallbeteiligten Fahrzeuge vor Einleitung des Bremsvorgangs enthält, nicht getroffen. Auch das jeweils festgestellte Schadensbild erlaubt keinen sicheren Schluss auf eine konkrete Leibesgefahr in den Fällen, in denen es zu einer Verletzung nicht gekommen ist; wo kein messbarer Schaden oder ein solcher in Höhe von 10 Euro entstanden ist, liegt sie eher fern.“

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, ob es zu einer Verletzung des O gekommen ist. Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist somit davon auszugehen, dass dies nicht der Fall ist. Somit fehlt es auch an einer konkreten Gefahr für Leib und Leben des O.

b. Kausalität und Zurechnungszusammenhang

Die erforderliche Kausalität der Tathandlung für die Gefährdung und der Zurechnungszusammenhang liegen vor.

c. Vorliegen einer verkehrsspezifischen Gefahr

Bei der Gefahr, dass das Fahrzeug des O durch das Auffahren auf das Fahrzeug des M beschädigt wird, handelt es sich um eine verkehrsspezifische Gefahr.

4. Vorsatz

M handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft. Er ist strafbar gem. § 315b I Nr. 2 StGB.

FAZIT:

Mit der Feststellung, dass ein plötzliches Abbremsen ein „Hindernisbereiten“ i.S.v. § 315b I Nr. 2 StGB darstellt, führt der BGH seiner bisherige Rechtsprechung fort. Auch hinsichtlich der Wertgrenze für eine „Sache von bedeutendem Wert“ entspricht der vorliegende Beschluss der früheren BGH-Rechtsprechung. Dieser hatte die Grenze stets bei 750, € angesetzt, während andernorts- im Hinblick auf die entsprechende Rechtsprechung zu § 69 II Nr. 3 StGB – die Grenze bei 1.300,- € angesetzt wird. In einer gutachterlichen Prüfung ist insofern zu beachten, dass es nicht ausreicht, dass der Gesamtwert der gefährdeten Sache über dieser Grenze liegt. Vielmehr muss der (drohende) Schaden die entsprechende Grenze überschreiten.

Interessant ist die vom BGH geäußerte Auffassung, dass bei einem Auffahrunfall das Bestehen einer konkreten Gefahr für Leib und Leben der Insassen des auffahrenden Fahrzeugs nicht selbstverständlich ist, sondern im Einzelfall geprüft werden muss. Allerdings wird beim Fehlen entsprechender Anhaltspunkte eine Strafbarkeit gem. § 315b I Nr. 2 StGB häufig dennoch gegeben sein, da allein die Gefährdung fremder Sachen von bedeutendem Wert zur Tatbestandsverwirklichung ausreicht.

Bei einer umfassenden gutachterlichen Prüfung wäre in einer Klausur auch noch eine Qualifikation gem. § 315b III i.Vm. § 315 III Nr. 1 StGB zu prüfen. Hierbei kommt insb. ein Betrug zum Nachteil der Versicherung als zu ermöglichende Tat i.S.v. § 315 III Nr. 1b StGB in Betracht.

§ 315b I StGB setzt einen Zurechnungszusammenhang zwischen Tathandlung und Gefahr in der Weise voraus, dass die Tathandlung zunächst eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzgüter verdichtet, was aber keine zeitliche Zäsur zwischen abstrakter und konkreter Gefährdung erfordert (BGH, NJW 2003, 836, 837 f.; NSTZ 2009, 100, 101; Fischer, § 315b Rn. 17 f.).

Zum Hindernisbereiten i.S.v. § 315b I Nr. 2 StGB beim Bremsen: BGH, NZV 1992, 325; NJW 1999, 2132

Zum bedeutenden Wert i.S.v. § 315b I StGB: BGH, StV 2011, 619; Jahn, JuS 2011, 660

Speziell für Referendare:

Problem: „Hemmschwellentheorie“ zum Tötungsvorsatz

BGH, URTEILVOM 22.03.2012
4 STR 558/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Hinsichtlich der Anforderungen an die Annahme eines Tötungsvorsatzes vertritt der BGH die sog. „Hemmschwellentheorie“, nach der die Fassung des Vorsatzes zur Tötung eines Menschen die Überwindung einer besonders hohen Hemmschwelle erfordert.

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH aus, dass diese „Hemmschwellentheorie“ nicht bedeutet, dass das Vorliegen eines (bedingten) Tötungsvorsatzes durch das Tatsachengericht anders zu prüfen sei als der Eventualvorsatz bei anderen Delikten. Das Gericht habe lediglich die entsprechenden Voraussetzungen besonders gründlich zu prüfen und eine umfassende Gesamtwürdigung vorzunehmen. Somit stelle der Begriff „Hemmschwellentheorie“ eigentlich nur einen Verweis auf § 261 StPO dar.

§ 261 StPO:

„Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.“

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A lief auf den Nebenkläger N zu und stach seinem nichts ahnenden Opfer sofort von seitlich hinten kommend in den Rücken. Mit den Worten „Verreck', du Hurensohn“ rammte er ihm ein doppelklingiges Messer mit einer Klingenlänge von 11 cm derart heftig in den Rücken, dass die achte Rippe des Opfers durchtrennt wurde und die Klinge anschließend noch in die Lunge eindrang. N sackte auf dem Boden zusammen. Es entwickelten sich tumultartige Zustände; der Begleiter des N brachte Azu Boden und hielt ihn bis zum Eintreffen der Polizei fest. Die Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit betrug bei A 1,58 ‰. N erlitt einen Hämatothorax; es bestand akute Lebensgefahr. Ohne eine sofort durchgeführte Notoperation wäre er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verstorben.

Das zuständige Schwurgericht verurteilte A wegen gefährlicher Körperverletzung, §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB. Eine Verurteilung wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB, lehnte das Gericht ab, da A der erforderliche Tötungsvorsatz nicht mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden könne.

Hat eine form- und fristgerecht eingelegte und begründete Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil Aussicht auf Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: REVISION

- A. Zulässigkeit
 - I. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO
 - II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer
 - III. Form- und fristgerechte Einlegung, § 341 StPO
 - IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung, §§ 344 f. StPO
- B. Begründetheit
 - I. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
 - II. Verfahrensrügen
 - III. Sachrüge

LÖSUNG:**A. Zulässigkeit****I. Statthaftigkeit**

Die Revision gegen das Urteil eines Schwurgerichts ist statthaft, § 333 StPO.

II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer

Die Staatsanwaltschaft ist zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt, § 296 I StPO. Da die Staatsanwaltschaft durch jede unrichtige Entscheidung beschwert ist und sie hier rügen wird, dass der Tötungsvorsatz des A zu Unrecht verneint wurde, ist sie auch beschwert.

III. Form. und fristgerechte Einlegung

Die Voraussetzungen für eine form- und fristgerechte Einlegung der Berufung, § 341 StPO, liegen vor.

IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung

Die Staatsanwaltschaft hat ihre Revision gem. §§ 344 f. StPO form- und fristgerecht mit Anträgen versehen und begründet.

B. Begründetheit**I. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse**

Das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder Vorliegen von Verfahrenshindernissen ist nicht ersichtlich.

II. Verfahrensrügen

Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

III. Sachrüge

Eine Strafbarkeit des A wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB könnte entgegen der Auffassung des Landgerichts doch gegeben sein, wenn ein Tatentschluss (also Vorsatz) des A zur Tötung des N mit der für eine Verurteilung erforderlichen Sicherheit nachweisbar wäre.

„1. [24] Nach Auffassung des Schwurgerichts sprechen zwar nicht unerhebliche Gesichtspunkte für einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz, nämlich insbesondere die erhebliche Wucht des von dem Ausspruch ‚Verreck‘, du Hurensohn‘ begleiteten Messerstichs. Dagegen stehe indes die Tatsache, dass der Angeklagte lediglich einen Stich ausgeführt habe und darüber hinaus auch nicht unerheblich alkoholisiert gewesen sei. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Hemmschwellentheorie sieht die Kammer im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten einen Tötungsvorsatz als nicht mit letzter Sicherheit erwiesen an.“

2. [25] Diese Beweiserwägungen halten – auch eingedenk des eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstabs – rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Begründung, mit der das Landgericht meinte, dem Angeklagten nicht wenigstens bedingten Tötungsvorsatz nachweisen zu können, ist lückenhaft und teilweise widersprüchlich.

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

a) [26] **Bedingt vorsätzliches Handeln setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, ferner dass er ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen liegt es nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne zu Tode kommen und - weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt - einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt.** Zwar können das Wissens- oder das Willenselement des Eventualvorsatzes gleichwohl im Einzelfall fehlen, so etwa, wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko der Tötung infolge einer psychischen Beeinträchtigung – z.B. Affekt, alkoholische Beeinflussung oder hirnorganische Schädigung – zur Tatzeit nicht bewusst ist (Fehlen des Wissenselements) oder wenn er trotz erkannter objektiver Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut (Fehlen des Willenselements). Bei der erforderlichen **Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände** darf der Tatrichter den Beweiswert offensichtlicher Lebensgefährlichkeit einer Handlungsweise für den Nachweis eines bedingten Tötungsvorsatzes nicht so gering veranschlagen, dass auf eine eingehende Auseinandersetzung mit diesen Beweisanzeichen verzichtet werden kann.

b) [27] Diese Prüfung lässt das Landgericht vermissen. Seinen knappen Ausführungen kann der Senat schon nicht die erforderliche Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände entnehmen. Es wird darüber hinaus nicht erkennbar, ob das Schwurgericht bereits Zweifel daran hatte, dass der Angeklagte den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich und nicht ganz fernliegend erkannte, oder nur daran, dass er ihn billigte oder sich um des erstrebten Zieles willen mit der Tatbestandsverwirklichung abfand.

aa) [28] Soweit die Alkoholisierung des Angeklagten angesprochen wird, könnte dies für Zweifel des Landgerichts auch am Wissenselement sprechen. [...] Insgesamt ergeben sich aus den bisherigen Feststellungen [jedoch] keine Anhaltspunkte, die die Annahme rechtfertigen könnten, eine psychische Beeinträchtigung habe dem Angeklagten die Erkenntnis einer möglichen tödlichen Wirkung seines in den oberen Rückenbereich zielenden, in hohem Maße lebensgefährlichen Angriffs verstellt.

bb) [29] **Die Annahme einer Billigung liegt nahe, wenn der Täter sein Vorhaben trotz erkannter Lebensgefährlichkeit durchführt. Hierbei sind die zum Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise –, die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motivation in die Beweiswürdigung mit einzubeziehen.** Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolgs regelmäßig dann zu verneinen, wenn der vorgestellte Ablauf des Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe kommt, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann.

[30] Rechtlich tragfähige Anhaltspunkte dafür, dass der Angeklagte trotz der Lebensgefährlichkeit des Messerstichs ernsthaft und nicht

Zu den Voraussetzungen für Eventualvorsatz: BGHSt 36, 1, 9 f.; BGH, NStZ 1992, 587, 588; 2008, 392; 2008, 451; WM 2012, 260, 262

Zur Billigung des Erfolgseintritts: BGH, NStZ-RR 2005, 372; NStZ 2008, 93 f.

Zu den Anforderungen an die Feststellung des Willenselements des Eventualvorsatzes: BGH, NStZ-RR 2009., 372; NStZ 2005, 92; 2009, 629, 630; 2011, 699, 702

nur vage darauf vertraut haben könnte, der Nebenkläger würde nicht zu Tode kommen, hat das Landgericht nicht festgestellt und liegen bei dem Tatgeschehen auch. Entgegen der Meinung des Landgerichts spricht insbesondere das Unterlassen weiterer Angriffe nicht gegen die Billigung des Todes. Nach dem Messerstich sackte der [...] Nebenkläger zu Boden; es ist schon nicht festgestellt, ob der Angeklagte davon ausging, ihn bereits tödlich verletzt zu haben, so dass es aus seiner Sicht weiterer Stiche nicht bedurfte. Außerdem brachte der Begleiter des Nebenklägers den Angeklagten mit Gewalt zu Boden und hielt ihn bis zum Eintreffen der Polizei fest; auch brach infolge der Tat ein Tumult aus. Danach liegt es nicht nahe, dass der Angeklagte überhaupt noch die Gelegenheit zu einem weiteren Messerstich auf sein am Boden liegendes Opfer hatte.

cc) [31] Soweit das Landgericht sich ergänzend auf eine ‚Hemmschwellentheorie‘ berufen hat, hat es deren Bedeutung für die Beweiswürdigung verkannt.

[32] Es hat schon nicht mitgeteilt, was es darunter im Einzelnen versteht und in welchem Bezug eine solche ‚Theorie‘ zu dem von ihm zu beurteilenden Fall stehen soll. [...] Zwar hat auch der Bundesgerichtshof immer wieder auf die ‚für Tötungsdelikte deutlich höhere Hemmschwelle‘ hingewiesen, allerdings auch gemeint, in Fällen des Unterlassens bestünden ‚generell keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz‘.

Für Fälle des positiven Tuns hat er an das Postulat einer Hemmschwelle anknüpfend weiter ausgeführt, dass **selbst die offen zutage tretende Lebensgefährlichkeit zugefügter Verletzungen ein zwar gewichtiges Indiz, nicht aber einen zwingenden Beweisgrund für einen (bedingten) Tötungsvorsatz des Täters bedeute, der Tatrichter vielmehr gehalten sei, in seine Beweiswägungen alle Umstände einzubeziehen, welche die Überzeugung von einem Handeln mit (bedingtem) Tötungsvorsatz in Frage stellen könnten**; sachlich vergleichbar fordern andere Entscheidungen vom Tatrichter, immer auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkannt oder jedenfalls darauf vertraut habe, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten. Wieder andere Entscheidungen verlangen ‚eine eingehende Prüfung anhand aller Umstände des Einzelfalles‘.

[33] **An den rechtlichen Anforderungen ändert sich indessen nichts, wenn die zur Annahme oder Verneinung bedingten Tötungsvorsatzes führende Beweiswürdigung ohne Rückgriff auf das Postulat einer Hemmschwelle überprüft wird.**

[34] **Im Verständnis des Bundesgerichtshofs erschöpft sich die ‚Hemmschwellentheorie‘ somit in einem Hinweis auf § 261 StPO. Der Bundesgerichtshof hat demgemäß immer wieder hervorgehoben, dass durch sie die Wertung der hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als ein gewichtiges auf Tötungsvorsatz hinweisendes Beweisanzeichen in der praktischen Rechtsanwendung nicht in Frage gestellt oder auch nur relativiert werden solle, auch nicht bei Taten zum Nachteil des eigenen Kindes. Zur Verneinung des voluntativen Vorsatzelements bedarf es vielmehr in jedem Einzelfall tragfähiger Anhaltspunkte dafür, dass der Täter ernsthaft**

Zur ‚Hemmschwelle‘ bei Tötungsdelikten: BGH, NJW 1992, 583, 584; StV 1994, 654; Geppert, JURRA 2001, 55; Trück, NStZ 2005, 233, 234 f.; Verrel, NStZ 2004, 233

Zum Erfordernis einer Würdigung des Einzelfalls bei der Prüfung des Tötungsvorsatzes: BGH, NStZ 2001, 475, 476; 2009, 503; 2010, 511, 512;

Zur Prüfung des Tötungsvorsatzes ohne Berücksichtigung einer ‚Hemmschwelle‘: BGH, NStZ 2002, 541, 542; 2003, 369; 2004, 329, 330; 2006, 169, 170; 2009, 629, 630; NStZ-RR 2007, 43, 44

darauf vertraut haben könnte, der Geschädigte werde nicht zu Tode kommen. Daran fehlt es hier [...].

[35] Der Hinweis des Landgerichts auf eine ‚Hemmschwellentheorie‘ entbehrt somit jedes argumentativen Gewichts. Im Übrigen hätte das Schwurgericht sich – von seinem Standpunkt aus – damit auseinander setzen müssen, dass schon der festgestellte Handlungsablauf, nämlich das wuchtige und zielgerichtete Stechen eines Messers aus schnellem Lauf in den Rücken eines ahnungslosen Opfers, das Überwinden einer etwa vorhandenen Hemmschwelle voraussetzt. Auch ist eine erhebliche Alkoholisierung (oder ein Handeln in affektiver Erregung und aufgrund spontanen Entschlusses) nach sicherer Erfahrung gerade besonders geeignet, eine etwa vorhandene Hemmschwelle auch für äußerst gefährliche Gewalthandlungen.“

Zum Verhältnis von Alkoholisierung und Überschreitung von „Hemmschwellen“: BGH, NSTZ-RR 2010, 214, 215; Trück, NSTZ 2005, 233,238; Verrel, NSTZ 2004, 311

Ein Tötungsvorsatz des A war somit gegeben. A hatte auch Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung, da er die Arg- und Wehrlosigkeit des von ihm überraschten N in feindlicher Willensrichtung zu dessen Tötung ausnutzen wollte. Da A auch unmittelbar angesetzt, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat und auch nicht strafbefreiend zurückgetreten ist, hat A sich wegen versuchten Mordes strafbar gemacht. Auf diesem Fehler beruht das Urteil auch, da es bei richtiger Würdigung auch eine Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB hätte feststellen müssen.

Mit der Sachrüge ist die Revision der Staatsanwaltschaft somit begründet.

FAZIT:

Immer wieder findet sich in der Rechtsprechung vor allem des BGH der Hinweis darauf, dass der Täter erst eine Hemmschwelle überwinden muss, bevor er sich dazu entschließt, einen anderen Menschen zu töten. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur oft als „Hemmschwellentheorie“ bezeichnet. Diese Terminologie erzeugt den Eindruck, dass der BGH hier einen eigenen Ansatz zur Bestimmung des Vorsatzes zumindest bei den Tötungsdelikten entwickelt habe. In der vorliegenden Entscheidung macht der BGH jedoch deutlich, dass dies nicht der Fall ist. Er betont, dass es eine eigene „Hemmschwellentheorie“ zur Bestimmung der Voraussetzungen des Tötungs-Eventualvorsatzes gar nicht gibt. Mit dem Begriff der „Hemmschwelle“ habe der BGH stets nur darauf verweisen wollen, dass die normalen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Eventualvorsatzes, dass nämlich der Täter den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges als möglich erkennt und ihn billigt, bei den Tötungsdelikten besonders gründlich zu prüfen seien und insbesondere eine Gesamtwürdigung sämtlicher für und gegen den Vorsatz sprechenden Gesichtspunkte vorzunehmen sei. Damit komme aber lediglich die Wertung zum Ausdruck, die § 261 StPO sowieso enthalte.

Da es also gar keine selbstständige „Hemmschwellentheorie“ gibt, kann ein Gericht aber auch nicht – wie es das Schwurgericht in der angefochtenen Entscheidung getan hatte – die Verneinung des Vorsatzes mit dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Hemmschwellentheorie begründen.

Problem: Pflicht zur Erzwingung von Aussagen

BGH, BESCHLUSS VOM 28.12.2011
2 STR 195/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

§ 70 StPO:

„(1) Wird das Zeugnis [...] ohne gesetzlichen Grund verweigert, so werden dem Zeugen die durch die Weigerung verursachten Kosten auferlegt. Zugleich wird gegen ihn ein Ordnungsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt.“

(2) Auch kann zur Erzwingung des Zeugnisses Haft angeordnet werden [...]“

§ 70 StPO stellt dem Gericht verschiedene Zwangsmittel zur Verfügung, um die Aussage eines Zeugen, der – ohne hierzu berechtigt zu sein – seine Aussage verweigert, zu erzwingen.

Der BGH stellt in der vorliegenden Entscheidung klar, dass das Gericht grundsätzlich einen Ermessensspielraum besitzt, ob es die in § 70 StPO vorgesehenen Zwangsmittel anwendet oder nicht. Allerdings verletzt das Gericht jedenfalls dann, wenn sich dieses Ermessen auf Null reduziert, seine Aufklärungspflicht, § 244 II StPO, wenn es diese Mittel nicht anwendet. Dieser Verfahrensfehler kann mit einer Revision gerügt werden.

SACHVERHALT:

§ 244 II StPO:

„Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.“

Das Landgericht hat festgestellt, dass der Angeklagte A im November 2008, am 02.02.2009 und kurz vor dem 28.04.2009 jeweils ein Kilogramm Amphetamin an den deshalb bereits rechtskräftig verurteilten Zeugen Ku veräußert hat. Zur Beweiswürdigung hat es ausgeführt, es glaube dem Zeugen Ku, soweit dieser die Geschäfte als solche eingeräumt und weiter angegeben hatte, er habe die Betäubungsmittel in allen Fällen von demselben Veräußerer erworben. Die Strafkammer ist dem Zeugen aber nicht darin gefolgt, dass der Lieferant eine andere Person als A gewesen sei. Von der Täterschaft des A im Fall des Betäubungsmittelgeschäfts am 02.02.2009 hat sie sich durch weitere Indizien überzeugt und ist anhand der Angabe des Zeugen Ku, es sei stets derselbe Veräußerer aufgetreten, davon ausgegangen, dass A dann auch dessen Lieferant des Amphetamins in den weiteren Fällen gewesen sei. Der Zeuge Ku, dem das Gericht kein Auskunftsverweigerungsrecht zugebilligt hat, hat wiederholt die Antwort auf die Frage verweigert, wer der Lieferant gewesen sei.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen unerlaubten Handel-treibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, § 29a I Nr. 2 BtMG, in drei Fällen verurteilt.

Hat eine form- und fristgerecht eingelegte und begründete Revision des A gegen das Urteil Aussicht auf Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: REVISION

- A. Zulässigkeit
 - I. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO
 - II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer
 - III. Form- und fristgerechte Einlegung, § 341 StPO
 - IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung, §§ 344 f. StPO
- B. Begründetheit
 - I. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
 - II. Verfahrensrügen
 - III. Sachrüge

LÖSUNG:**A. Zulässigkeit****I. Statthaftigkeit**

Die Revision gegen das Urteil einer Strafkammer ist statthaft, § 333 StPO.

II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer

Als Angeklagter ist A zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt, § 296 I StPO. Da er in dem angefochtenen Urteil wegen einer Straftat verurteilt wurde, ist er durch dieses Urteil auch beschwert.

III. Form- und fristgerechte Einlegung

Die Voraussetzungen für eine form- und fristgerechte Einlegung der Berufung, § 341 StPO, liegen vor.

IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung

A hat auch seine Revision gem. §§ 344 f. StPO form- und fristgerecht mit Anträgen versehen und begründet.

Die Revision des A ist somit zulässig.

B. Begründetheit**I. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse**

Das Fehlen von Prozessvoraussetzungen oder Vorliegen von Verfahrenshindernissen ist nicht ersichtlich.

II. Verfahrensrügen**1. Verstoß gegen § 244 II StPO**

Das Landgericht könnte verfahrensfehlerhaft seine Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO verletzt haben.

„[3] Bei dieser Sachlage rügt die Revision zu Recht, dass das Landgericht nicht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO mit Zwangsmitteln nach § 70 StPO auf die Beantwortung der Frage hingewirkt hat. **Hat die Aussage eines in der Hauptverhandlung erschienenen, aber grundlos die Aussage verweigernden Zeugen für die Überzeugungsbildung des Gerichts erhebliche Bedeutung, so gebietet es die Aufklärungspflicht, Anstrengungen zu unternehmen, den Zeugen zu einer Auskunft zu bewegen.** Daran fehlt es im vorliegenden Fall.

[4] § 70 StPO dient allerdings nicht der Erzwingung wahrheitsgemäßer Aussagen, sondern nur der Beantwortung der offenen Frage. Eine Konstellation, in der es alleine um die Korrektur einer bereits gemachten Äußerung geht, die das Gericht für unzutreffend hält, liegt hier jedoch nicht vor. Dies ließe sich allenfalls unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses annehmen, dass der Zeuge die Unwahrheit gesagt habe, als er angab, der Angeklagte sei nicht der Verkäufer der Amphetaminportionen gewesen. Eine solche Vorwegnahme des Beweisergebnisses war hier aber nicht zulässig. Dann bleibt es dabei, dass die Frage nach der Identität des Drogenverkäufers nicht beantwortet worden ist.

Dass die Anforderungen des § 344 II 2 StPO an eine zulässige Verfahrensrüge eingehalten wurden, kann angesichts der Fallfrage unterstellt werden.

Zur Pflicht des Gerichts, eine Aussage zu erzwingen: BGH, StV 1983, 495 f.

[5] Angesichts der entscheidenden Beweisbedeutung der Auskunft des Zeugen innerhalb des Beweistrings, den die Strafkammer zugrunde gelegt hat, blieb hinsichtlich der Anwendung des § 70 StPO auch **kein Ermessensspielraum für das Gericht.** [...]

[7] Schließlich ist nicht davon auszugehen, dass die Anwendung der Zwangsmittel nach § 70 StPO unverhältnismäßig gewesen wäre. Zwar **kann auch bei erheblicher Beweisbedeutung der Auskunft des Zeugen von der Anwendung der Zwangsmittel als unangemessen abgesehen werden, wenn etwa dem Zeugen oder ihm nahe stehenden Personen im Fall der Beantwortung der Beweisfrage konkrete Gefahren für Leib oder Leben drohen.** Dass es sich so verhält, ist hier aber ebenfalls nicht ersichtlich.“

Dadurch, dass das Gericht keine Zwangsmittel i.S.v. § 70 StPO gegen Ku angewendet hat, hat es also verfahrensfehlerhaft seine Aufklärungspflicht aus § 244 II StPO verletzt.

2. Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler

Ein Urteil beruht auf einer Gesetzesverletzung, wenn nicht auszuschließen ist (also die Möglichkeit besteht), dass das Urteil ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre (BGHSt 21, 288, 290; 22, 278, 280)

„[6] Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht. Es steht nämlich nicht fest, dass der Zeuge Ku auch bei Anwendung der Zwangsmittel nach § 70 StPO die Frage unbeantwortet gelassen hätte. Ferner ist nicht feststellbar, dass der Zeuge keine Auskunft erteilt hätte, die eine andere Identität des Drogenverkäufers ergeben hätte.“

Das Urteil beruht also auf dem Fehler, sodass die Revision mit der Verfahrensrüge begründet ist.

II. Sachrüge

Eine Verletzung materiellen Rechts durch das Urteil ist nicht ersichtlich, sodass die Revision nicht auch auf die Sachrüge gestützt werden kann

FAZIT:

§ 70 StPO gibt dem Gericht ein Instrumentarium, um einen Zeugen, zu einer Aussage zu zwingen, wenn sich dieser –ohne ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zu besitzen –weigert, auszusagen. Interessant ist, dass der BGH davon ausgeht, dass das Gericht wegen seiner gem. § 244 II StPO bestehenden Aufklärungspflicht auch dazu **verpflichtet** sein kann, diese Zwangsmittel anzuwenden, um den Zeugen zu einer Aussage zu bewegen. Zwar hat das Gericht grundsätzlich einen Ermessensspielraum, ob es diese Zwangsmittel anwenden will. Bei entscheidender Bedeutung einer Aussage fällt dieses Ermessen jedoch weg und das Gericht muss die Zwangsmittel anwenden. Tut es dies nicht, so stellt sein Verhalten einen Verfahrensfehler dar, der mit einer Revision gerügt werden kann.

Vergleichbare Konstellationen bieten sich in Prüfungen des 2. Exams für Revisionsklausuren an und sind zudem besonders für das Prüfungsgespräch geeignet.

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.

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.



Bewerben Sie
sich jetzt!

Achtung, Praxis: Bank- und Kapitalmarktrecht

Workshop Bank- und Kapitalmarktrecht am 29./30. Juni 2012, Frankfurt am Main

Die Finanz- und Kapitalmärkte wandeln sich. Für Anwälte ergeben sich daraus spannende und herausfordernde Aufgaben. Unsere Teams beraten national und international agierende Banken, Investoren und andere Finanzmarktteilnehmer bei komplexen Transaktionen und Fragestellungen.

Wir laden Sie zu zwei spannenden Tagen mit praxisnahen Fallstudien, Einblicken in den Berufsalltag sowie einem attraktiven Rahmenprogramm ein. Erfahren Sie alles über den Berufseinstieg im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht sowie über unser Referendarprogramm „Colleagues of Tomorrow“.

Sie möchten die Gelegenheit nutzen, uns näher kennen zu lernen? Dann bewerben Sie sich als **fortgeschrittener Jurastudent, Referendar oder Berufseinsteiger (m/w)** mit Ihren vollständigen Unterlagen (bevorzugt per E-Mail) bis zum **19. Juni 2012**.

Linklaters LLP
Nicola von Tschirnhaus
Recruitment Manager
+49 69 71003 341
recruitment.germany@linklaters.com

