

# RA 06/2012

## Rechtsprechungs-Auswertung

### ZIVILRECHT

Wirksamkeit eines sittenwidrigen Vertrages durch Änderung? .....	309
Zu den Schranken des zivilrechtlichen Hausrechts .....	313
Schuldübernahme durch Rechnungslegung .....	319
Vermutetes Verschulden als Mitverschulden? .....	322

#### Speziell für Referendare:

Beweislast für Erfüllung der Aufklärungspflicht im Kaufrecht .....	326
--	-----

### ÖFFENTLICHES RECHT

Zum Nachbarrechtsschutz im Gewerbegebiet .....	329
Staatshaftung für rechtswidrige Sicherungsverwahrung .....	335
Öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag unter Hoheitsträgern .....	341

#### Speziell für Referendare:

Rechtsschutz gegen Gutachtenanordnung .....	345
---	-----

### STRAFRECHT

Garantenpflicht zur Verhinderung eines eigenverantwortlichen Suizids .....	353
Rechtsfolgen der irrigen Annahme einer hypothetischen Einwilligung .....	357
Strafbarkeit der Entnahme von Zahngold nach Einäscherung .....	361

**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**



## Viele Fragen, richtige Antworten

Linklaters-Interview mit Dr. Dirk Schweinberger von JURA INTENSIV

Liebe Leserinnen und Leser,

in dieser Ausgabe präsentiert sich das Editorial einmal in anderer Form: Dr. Dirk Schweinberger von JURA INTENSIV Frankfurt hat sich in einem Interview mit Linklaters, einer der weltweit führenden Großkanzleien, über die richtige Wahl des Repetitoriums geäußert. Seine Antworten bieten eine wertvolle Orientierungshilfe bei dieser wichtigen Karriereentscheidung.

### **Wann ist der richtige Zeitpunkt für den Besuch eines Repetitoriums?**

Der Besuch eines Repetitoriums verlangt viel Zeit – was vielen leider nicht bewusst ist. In der „Schein-Phase“, in der für Klausuren gelernt und vor allem Haus- und Seminararbeiten geschrieben werden müssen, kann ein Repetitorium kaum parallel besucht werden.

Wir empfehlen daher, den Examenskurs für die Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung erst zu besuchen, wenn man seine Scheine erworben hat oder bestenfalls nur noch Klausuren für den Scheinerwerb ausstehen. Und wenn dann doch mal alles parallel läuft: Maximal eine Hausarbeit sollte noch zu schreiben sein, sonst verliert man im Repetitorium den Anschluss.

### **Welchen Zeitaufwand verlangt der Besuch des Repetitors (pro Woche)?**

Fast alle Anbieter haben die Examenskurse so aufgebaut, dass in der Woche drei Mal Unterricht stattfindet. Die Unterrichtszeit pro Sitzung liegt bei drei bis vier Stunden. Die Nachbereitung verlangt pro Sitzung mindestens vier bis fünf Stunden, meist deutlich mehr. Hinzu kommen das Schreiben von Klausuren und die regelmäßige Wiederholung des bisher behandelten Stoffes. Wir sagen unseren Teilnehmern deshalb immer, dass ein wöchentlicher Aufwand von mindestens 40 Stunden für eine erfolgreiche Teilnahme unabdingbar ist.

### **Warum sollte man überhaupt zum Repetitor gehen?**

Dafür gibt es sicherlich vielerlei Gründe. Zunächst fällt hier die extreme Stofffülle ins Gewicht, die im Examen innerhalb kurzer Zeit beherrscht werden muss. Einem Studenten, der noch am Anfang des Lernens steht, ist es oftmals kaum möglich, den Prüfungsstoff selbst richtig zu sortieren und zu gewichten. Schon deshalb ist es sinnvoll, sich einem Profi anzuvertrauen, der das Lernpensum für die jeweilige Woche vorgibt und insbesondere in der Lage ist, das Wichtige vom Unwichtigen zu trennen. Darüber hinaus vermittelt der Repetitor eben diesen Lernstoff professionell, und es ist ihm möglich, durch seine didaktischen Fähigkeiten den Studenten die Inhalte plausibel und verständlich beizubringen. Weiterhin ist die Versorgung mit Kursunterlagen ein Bonus des Repetitoriums. Man erhält als Teilnehmer eine große Anzahl an kursbegleitenden Unterlagen, die genau auf den Unterricht abgestimmt sind und folglich eine optimale Nachbearbeitung ermöglichen. Und ohne gute Unterrichtsmaterialien kann eine erfolgreiche Examensvorbereitung nicht gelingen.

Zu guter Letzt erhält jeder Student eine konsequente Betreuung durch den gleichen Dozenten im jeweiligen Rechtsgebiet. Somit wird eine „einheitliche Linie“ im Unterricht generiert und Querverbindungen können aufgezeigt werden.

### **Wie findet man das für sich richtige Repetitorium?**

Sicherlich nicht nur durch reinen Preisvergleich. Natürlich sollte man zunächst genau prüfen, welche Leistung man für sein Geld erhält. Wie groß ist zum Beispiel die Gruppe, in der gearbeitet wird? Gibt es fest definierte maximale Gruppengrößen? Welche Unterrichtsmaterialien sind im Preis inklusive? Und was muss vom Teilnehmer noch selber dazu gekauft werden?

Neben diesem Angebotsvergleich sollte man sich auch einen persönlichen Eindruck vom Unterricht und dem Kursraum verschaffen. Hierbei sollte man nicht nur aufmerksam den Dozenten, sondern auch die derzeitigen Kursteilnehmer beobachten: Wissen die Teilnehmer, worum es geht? Oder nehmen sie den Unterricht eher passiv hin? Und natürlich vor allem: Können Sie sich vorstellen, ein Jahr auf diese Weise drei Mal pro Woche unterrichtet zu werden?

### **Braucht man auch vor dem zweiten Examen den Repetitor?**

Nach unseren Erfahrungen ist die Quote derer, die für das Zweite Examen ein Repetitorium besuchen, etwas geringer als beim Ersten. Die meisten bedienen sich jedoch auch für das Zweite Examen professioneller Unterstützung, da die Vorbereitung durch den normalen Ablauf der juristischen Ausbildung nicht ausreichend ist – hier werden hauptsächlich Aktenvorträge gehalten und geübt. Auf diese Weise kann der Examensstoff, insbesondere in derart komplexen Gebieten wie der ZPO, kaum hinreichend vermittelt werden.

Die Note des Assessorexamens ist die entscheidende Karriere-Voraussetzung. Hier sollte man am Ende einer sehr langen Ausbildung also nicht an der falschen Stelle sparen.

Mit freundlicher Genehmigung von Linklaters

Online: <http://www.linklaters-career.de/karriere-magazin2/magazine/karriere-magazin-02/>

## **IMPRESSUM**

<b>HERAUSGEBERIN:</b>	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 Internet: <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> - E-Mail: <a href="mailto:ra@jura-intensiv.de">ra@jura-intensiv.de</a>
<b>CHEFREDAKTION:</b> <b>REDAKTEURE:</b>	Rechtsanwalt Frank Schildheuer (zugleich Öffentliches Recht) Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Alicia Rückert (Zivilrecht) Rechtsanwalt Uwe Schumacher (Strafrecht)
<b>ABONNEMENT:</b>	Abonnement (jederzeit kündbar) zum Vorzugspreis von 5,00 Euro/Heft, für ehemalige Kursteilnehmer von JURA INTENSIV 4,50 Euro/Heft (regulärer Einzelpreis: 6,00 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 <a href="http://www.jura-intensiv.de">http://www.jura-intensiv.de</a> und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
<b>PROBEHEFT:</b>	Einmalige Anforderung eines Probeheftes unter der o.g. Adresse der Herausgeberin ist jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
<b>BEZUGSPREIS:</b>	Regulär 6,00 Euro/Heft. Ermäßigungen für Abonnenten s.o.
<b>ERSCHEINEN:</b>	Monatlich, 12 Hefte pro Jahr.
<b>NACHBESTELLUNG:</b>	Einzelne Hefte können zum Preis von 6,00 Euro/Heft nachbestellt werden, solange der Vorrat reicht. Jahrgangsregister ab 1999: 5,00 Euro/Jahrgang. Einbanddecken: 9,00 Euro/Stück. Komplette Jahrgänge, in Leinen gebunden: 90,00 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.
<b>WERBUNG:</b>	Die RA steht externer Werbung offen. Mediadaten und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

## Zivilrecht

### Problem: Vertragsänderungen bei Sittenwidrigkeit

BGH, URTEIL VOM 10.02.2012  
V ZR 51/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **EINLEITUNG:**

Die das Privatrecht beherrschende Vertragsfreiheit unterliegt gesetzlichen Grenzen. Zu den wichtigsten dieser Grenzen gehört die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Sittenwidrigkeit.

Grundsätzlich beurteilt sich die Sittenwidrigkeit eines Vertrages nach dessen Gesamtcharakter, so wie er sich aus Inhalt, Beweggrund und Zweck des Rechtsgeschäfts ergibt. Trotz dieser sehr allgemeinen Bewertungskriterien haben sich Voraussetzungen festlegen lassen, die im Rahmen der Beurteilung der Sittenwidrigkeit unerlässlich zu prüfen sind.

Der BGH diskutiert in dieser Entscheidung genau diese Merkmale der Sittenwidrigkeit und beschäftigt sich mit der Frage, ob ein einmal sittenwidriges Geschäft durch nachträgliche Änderungen Wirksamkeit erlangen kann.

#### **SACHVERHALT:**

Mit notariellem Vertrag vom 03.07.2004 verkaufte die Beklagte (B) der Klägerin (K) eine vermietete Eigentumswohnung für 52.000 Euro. Der Wert der Wohnung betrug zu diesem Zeitpunkt 25.000 Euro.

Unmittelbar nach dem Notartermin vereinbarten die Parteien jedoch mündlich einen reduzierten Kaufpreis von 43.000 Euro, da K die Wohnung vorher nicht, wie eigentlich vereinbart, hatte besichtigen können.

Wenig später zahlte K der B 43.000 Euro. Da sie jedoch erfuhr, dass der objektive Wert der Wohnung deutlich geringer ist, hält sie den Vertrag für nichtig und verlangt nun die Rückzahlung des Geldes von B. B weist darauf hin, dass die Wohnung mit einer Grundschuld in Höhe von 78.000 Euro belastet ist, was für sie auf einen höheren Wert der Wohnung habe schließen lassen.

Steht K der geltend gemachte Anspruch zu?

#### **PRÜFUNGSSCHEMA:**

A. Anspruch der K auf Rückzahlung aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB

- I. Etwas erlangt
- II. Durch Leistung
- III. Ohne rechtlichen Grund
  1. Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 138 I BGB
    - a) Auffälliges Missverhältnis
    - b) Verwerfliche Gesinnung
  2. Beseitigung der Sittenwidrigkeit
  3. Zwischenergebnis

B. Ergebnis

**LÖSUNG:****A. Anspruch der K auf Rückzahlung aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB**

K könnte einen Anspruch auf Rückzahlung des Geldes aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB haben.

Dafür müsste die Voraussetzungen der Leistungskondition des § 812 BGB vorliegen.

**I. Etwas erlangt**

B müsste als Bereicherungsschuldner etwas erlangt haben. Etwas ist jede vermögenswerte Position. B hat Besitz und Eigentum an dem Geld erlangt.

**II. Durch Leistung**

Außerdem müsste die Bereicherung durch Leistung der K erfolgt sein. Leistung ist jede bewusste und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens.

K hat den Kaufpreis an B gezahlt und ihm damit den Besitz und das Eigentum daran verschafft, um ihre vermeintliche Verpflichtung aus dem Kaufvertrag zu erfüllen. Somit liegt eine Leistung der K vor.

**III. Ohne rechtlichen Grund**

Zur Begründung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs muss die Leistung ohne rechtlichen Grund erfolgt sein.

K und B schlossen am 03.07.2004 einen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, aus dem sich eine Verpflichtung der K zur Kaufpreiszahlung ergeben könnte.

Der Vertrag müsste jedoch auch wirksam sein, das heißt, es dürfen keine rechtshindernden Einwendungen entgegenstehen.

**1. Nichtigkeit des Kaufvertrages gemäß § 138 BGB**

Als eine solche Einwendung kommt die Nichtigkeit des Vertrages gemäß § 138 I wegen Sittenwidrigkeit in Betracht. Es könnte sich um ein wucherähnliches Rechtsgeschäft handeln.

**a) Auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung**

Ein gegenseitiger Vertrag kann als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 I BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht.

**b) Verwerfliche Gesinnung des B**

Hinzutreten muss dennoch mindestens ein weiterer Umstand, der den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lässt, etwa eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten. Erst dann kann auf einen sittenwidrigen Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts geschlossen werden. Dieser Umstand wird nach der Rechtsprechung des BGH zumindest immer dann vermutet, wenn das erforderliche Missverhältnis besonders grob ist.

Insbesondere bei Grundstücksgeschäften ist dies immer dann der Fall, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist, wie der Wert der Gegenleistung.

Die in Frage stehende Wohnung hat einen objektiven Marktwert von 25000 Euro. Der im Kaufvertrag vereinbarte Preis betrug 54000 Euro und ist damit mehr als doppelt so hoch wie der Wert des Kaufgegenstandes. Damit wird die verwerfliche Gesinnung der B zwar vermutet, eine Behauptungslast der K besteht jedoch weiterhin.

Dieser hat sie ausreichend Rechnung getragen, indem sie aus dem Kontext das auffällige Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert geltend gemacht hat und damit auf eine mögliche Nichtigkeit verwies. Zu beachten ist, dass die Vermutung einer verwerflichen Gesinnung von der aus dem Vertrag begünstigten Partei widerlegt werden kann.

„[10] Die aus einem groben Äquivalenzmissverhältnis begründete tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils kommt nur dann nicht zum Tragen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist.“

Siehe dazu u.a.: BGH, Urteil vom 29.06.2007 – V ZR 1/06

Der Hinweis der B auf die bestehende Belastung der Wohnung mit einer Grundschuld in Höhe von 78.000 Euro kann hierfür jedoch schon deshalb nicht genügen, weil B den eigentlichen Wert der Wohnung hätte erkennen können.

„[11] Den Hinweis der Beklagten hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als unerheblich angesehen, da sie [die Grundschuld] über den Wert der Wohnung unmittelbar nicht besagt und bei einem Verkauf durch ein im Immobiliengewerbe tätiges Unternehmen in der Regel davon auszugehen ist, dass dieses den Wert der von ihnen veräußerten Grundstücke und Wohnungen zumindest erkennen kann.“

Damit ist das Geschäft gemäß § 138 I BGB nichtig.

## 2. Beseitigung der Sittenwidrigkeit durch nachträgliche Änderungen

Die Sittenwidrigkeit könnte jedoch beseitigt worden sein, indem die Parteien sich unmittelbar nach dem Notartermin mündlich auf einen reduzierten Kaufpreis von 43000 Euro geeinigt haben.

Fraglich ist, ob eine solche **nachträgliche Abrede** dem nichtigen Vertrag Wirksamkeit verschaffen kann.

Grundsätzlich ist zu beachten, dass es in zeitlicher Hinsicht darauf ankommt, ob das zu beurteilende Rechtsgeschäft bei seiner Vornahme sittenwidrig war.

„[13] Für die Feststellung eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung einer verwerflichen Gesinnung sind die objektiven Werte der auszutauschenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend und nachträgliche Veränderungen grundsätzlich ohne Bedeutung.“

Aber von einer solchen **nachträglichen Änderung der Umstände sind Änderungen des Rechtsgeschäfts selbst zu unterscheiden.**

„[14] Ändern die Parteien das vertragliche Leistungssoll, so verändern sie damit auch die Grundlage für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts am Maßstab des § 138 BGB.“

B und K haben sich auf einen reduzierten Kaufpreis geeinigt.

Die Änderung einer Preisabrede allein kann jedoch nicht zur Wirksamkeit eines nichtigen Kaufvertrages führen. Vielmehr bedarf es zur Beseitigung der Sittenwidrigkeit durch Änderungen des Rechtsgeschäfts einer Neuvornahme oder einer Bestätigung nach § 141 I BGB, die als eine erneute Vornahme zu beurteilen ist.

Arg.: Die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit umfasst das gesamte Rechtsgeschäft; eine durch Gesetz angeordnete Nichtigkeit soll grundsätzlich endgültig sein

„[18] Die Unheilbarkeit des nach § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäfts führt allerdings dazu, dass dessen Änderung auch dann nicht die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen herbeizuführen vermag, wenn es mit dem veränderten Inhalt unbedenklich und daher gültig gewesen wäre, wenn es von Anfang an so vereinbart worden wäre.

Anders noch: BGH, Urteil vom 26. 01.2001, V ZR 408/99; von dieser Rechtsansicht distanziert sich der BGH nun.

**Das unwirksame Rechtsgeschäft kann von den Parteien nicht geändert oder ergänzt, sondern nur unter Veränderungen oder Ergänzungen in Kraft gesetzt werden.** Um einen nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen die Parteien [...] das Geschäft nach § 141 I BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen.“

B und K haben mit ihrer Einigung nach dem Notartermin keinen neuen Vertrag abschließen wollen.

Auch eine Bestätigung nach § 141 I BGB kommt nicht in Betracht. Denn Voraussetzung hierfür ist, dass die Parteien den Grund der Nichtigkeit kennen oder zumindest Zweifel an dessen Rechtsbeständigkeit haben.

B und K gingen jedoch beide von einer Wirksamkeit des Vertrages aus. Eine Änderung des Kaufpreises erfolgte nicht, um mögliche Rechtsmängel zu beheben.

Damit wurde die Sittenwidrigkeit des Vertrages nicht durch die nachträglichen Änderungen beseitigt.

### **3. Zwischenergebnis**

Der Kaufvertrag ist als wucherähnliches Geschäft gemäß § 138 I BGB nichtig. Damit erfolgte die Leistung der K an B ohne rechtlichen Grund.

### **B. Ergebnis**

K hat gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der 43.000 Euro aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

### **FAZIT:**

Das vorliegende Urteil unterscheidet sich in einem ganz wesentlichen Punkt von dem Urteil des BGH aus dem Jahre 2001. Dort sah der BGH in der nachträglichen Änderung des Kaufpreises zugleich eine Änderung des Kaufvertrages mit der Folge, dass dieser Zeitpunkt für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit maßgeblich ist.

Im Hinblick auf die Rechtsfolge des § 138 BGB, namentlich die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, entschied der BGH nun anders. Diese Ansicht überzeugt: Es erscheint konsequent, bei einer bloßen Änderung eines Vertragsbestandteils noch keine Neuvernahme des gesamten Vertrages anzunehmen.



**Problem: Rechtmäßigkeit eines Hausverbots**

BGH, URTEIL VOM 09.03.2012  
V ZR 115/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der Hausherr hat Kraft seines Hausrechts die Befugnis, frei darüber zu entscheiden, wem er den Zugang zu seinen Räumlichkeiten gestattet. Das Hausrecht ist im BGB zwar nicht explizit geregelt, es ergibt sich jedoch schon aus der Befugnis des Eigentümers, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, § 903 BGB. Für einen bloßen Besitzer (Mieter, Pächter) ergäbe sich dies aus seinem Besitzrecht gem. §§ 858 ff. BGB.

Allerdings unterliegt das Hausrecht Schranken. Interessant wird es namentlich, wenn sich der Eigentümer (bzw. Besitzer) zur Duldung der Anwesenheit des Dritten verpflichtet hat (hier: durch Beherbergungsvertrag). Der BGH meint, dadurch sei das Hausrecht grundsätzlich beschränkt. Nur bei Vorliegen eines besonders wichtigen Grundes sei es dem Hauseigentümer nach Treu und Glauben unzumutbar, an einem solchen Vertrag festgehalten zu werden. Die politische Gesinnung eines Hotelgastes (hier: NPD-Vorsitzender) genüge dazu aber jedenfalls solange nicht, wie eine Beeinträchtigung der anderen Gäste nicht nachgewiesen sei.

**SACHVERHALT:**

Der Beklagte (B) betreibt ein Wellnesshotel und wirbt mit einem „exzellenten Wohlfühlerlebnis“ für seine Gäste.

Die Ehefrau des Klägers (K), der zu dieser Zeit Bundesvorsitzender der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands war, buchte bei einem Touristikunternehmen für beide Eheleute einen Aufenthalt in dem Hotel des B für den Zeitraum vom 06.12.2009 bis zum 10.12.2009 und erhielt eine Bestätigung der Buchung. Am 19.11.2009 teilte B ihr dann jedoch mit, dass ein Aufenthalt in seinem Hotel nicht möglich sei. Das Schreiben enthielt weiterhin verschiedene Unterbringungsalternativen und das Angebot einer kostenfreien Stornierung.

Auf Nachfrage der Ehefrau des Klägers sprach B am 23.11.2012 dem K gegenüber dauerhaftes ein Hausverbot aus. Dieses begründete er erst am 08.12.2012 damit, dass die politische Überzeugung des K nicht mit der Philosophie seines Wellnesshotels zu vereinbaren sei.

K fühlt sich durch diese Entscheidung diskriminiert. Er habe sich bei früheren Aufenthalten in dem Hotel des B nicht politisch geäußert und wolle dies auch bei künftigen Buchungen in der Art handhaben. Deshalb begehrt er die Feststellung, dass das Hausverbot sowohl für den Zeitraum der Buchung rechtswidrig war, als auch für die Zukunft rechtswidrig ist.

Ist das gegenüber K erteilte Hausverbot rechtmäßig?

**PRÜFUNGSSCHEMA: RECHTMÄßIGKEIT DES HAUSVERBOTS**

- I. Rechtliche Grundlage
- II. Einschränkungen
  1. AGG
  2. Verzicht
  3. Treu & Glauben
  4. Vertrag

**LÖSUNG:**

Fraglich ist, ob hier ein Hausrecht des B bestand, dass es ihm gestattete, K den Zutritt zu seinem Hotel zu verbieten.

Siehe auch in: BGH, Urteil vom 20.01.2006 – V ZR 134/05

**I. Rechtliche Grundlage des Hausverbots**

Das Hausrecht des B, das es ihm ermöglicht, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt gestattet oder verwehrt, beruht hier schon auf dem Grundstückseigentum des B, welches das Eigentum an seinem Hotel und dessen Räumlichkeiten einschließt. Insbesondere § 903 BGB befugt ihn dazu, mit dieser Sache nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen. Deshalb steht ihm auch ein Hausrecht zu, Kraft dessen er Hausverbote erteilen kann.

**II. Einschränkungen des Hausrechts**

Fraglich ist, ob dieses Hausrecht Schranken unterliegt. § 903 BGB selbst enthält solche nicht, sodass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass die Ausübung eines Hausrechts „im Belieben“ des Eigentümers steht, m.a.W. keinen Schranken unterliegt und somit grundsätzlich rechtmäßig ist.

Allerdings könnte das Hausrecht durch andere, mit ihm kollidierende Rechtsnormen eingeschränkt sein.

**1. Durch das AGG**

Zunächst kommt eine Einschränkung des Hausrechts durch die spezielle zivilrechtliche Regelung des § 19 I Nr. 1 i.V.m. § 21 AGG in Betracht. Danach sind Diskriminierungen aufgrund bestimmter Eigenschaften verboten. B begründet den Ausspruch des Hausrechts hier mit den politischen Überzeugungen des K. Allerdings gehören diese gerade nicht zu den dort geregelten Diskriminierungsverboten:

„[9] Abgesehen davon, dass es bereits zweifelhaft erscheint, ob Verträge über den Aufenthalt in einem Wellnesshotel überhaupt unter den Tatbestand der Norm fallen, scheitert das Eingreifen der Vorschrift jedenfalls daran, dass der Gesetzgeber bewusst davon Abstand genommen hat, das Diskriminierungsverbot auf Benachteiligungen wegen politischer Überzeugung zu erstrecken.“

Demnach liegt eine Einschränkung des Hausrechts des B durch die Vorschriften des AGG nicht vor.

**2. Durch Verzicht**

Der Verzicht ist im Schuldrecht nicht geregelt (beachte aber Erlassvertrag, § 397 BGB und im Sachenrecht § 928 BGB). Dennoch ist allgemein anerkannt, dass auf eine Rechtsposition verzichtet werden kann, sofern sie disponibel ist.

Der BGH erwägt sodann einen Verzichtsgedanken: Bei dem Hotel könnte es sich um eine Örtlichkeit handeln, die B grundsätzlich für den allgemeinen Publikumsverkehr geöffnet hat. Er könnte damit auf sein Hausrecht verzichtet haben:

„[22] Einschränkungen bei der Ausübung des Hausrechts können sich [...] insbesondere daraus ergeben, dass dieser die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet und dadurch seine Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt.“

Der BGH verwirft den Gedanken aber wieder. Ein Hotelier verzichtet nicht auf die Auswahl seiner Gäste; dies schon gar nicht, wenn er -

wie B - ein Wellnesshotel betreibt, also ein solches, mit dem nur ein beschränkter Besucherkreis angesprochen werden soll. Ein Hotelier behält sich vielmehr erkennbar vor, bei jeder Buchungsanfrage eine Prüfung des Einzelfalls vorzunehmen und individuell zu entscheiden, ob dem Anfragenden ein Aufenthalt in seinem Hotel gestattet wird oder nicht. Dass B sich für diese Entscheidung der Hilfe eines Touristikunternehmens bedient, dass dadurch teilweise eine eigene Disposition über ihre Beherbergungskapazitäten erhalten hat, ändert daran nichts.

„[25] Die darin zum Ausdruck kommende (teilweise) Öffnung des Hotels hat nicht zur Folge, dass die Beklagte ihre Freiheit verliert, die Zusammensetzung des Hotelpublikums zu beeinflussen.“

Die Örtlichkeit ist dem allgemeinen Publikumsverkehr also nicht zugänglich, womit eine Einschränkung des Hausrechts des B aus einem Verzichtsgedanken nicht gegeben ist.

### 3. Durch Treu & Glauben

Die Ausübung des Hausrechts könnte allerdings gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen, § 242 BGB. Dann müsste es das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzen.

#### a. Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte

Über unbestimmte Rechtsbegriffe wie diesen fließen auch die Wertmaßstäbe des Grundgesetzes in zivilrechtliche Rechtsverhältnisse ein. Dies gilt namentlich für die Grundrechte der Art. 1-19 GG, die ansonsten nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen (vgl. Art. 1 III GG), also unter Zivilrechtsparteien nicht unmittelbar Anwendung finden.

Hier könnte sich Art. 3 III GG wertend auswirken. Dieser verbietet eine Diskriminierung namentlich auch wegen der „politischen Anschauung“, also exakt aus jedem Grund, aus dem B dem K den Zutritt zu seinem Hotel verweigert.

#### b. Speziell: Art. 3 III GG

Allerdings bedeutet nicht jedes Anknüpfen an die „politische Anschauung“ automatisch einen Verstoß gegen Treu und Glauben. Vielmehr ist die Wertung des Art. 3 III GG in Bezug zu setzen zu den grundrechtlich geschützten Positionen des Hausrechtinhabers. Wie oben erwähnt, lässt sich das Hausrecht aus der Eigentumsbefugnis herleiten. Diese genießt über Art. 14 I 1 GG auch Grundrechtsschutz. Hinzu kommt der Grundsatz der Privatautonomie, der es in das Belieben einer Partei stellt, mit einer anderen zu kontrahieren oder nicht. Diese hat über Art. 2 I GG ebenfalls Verfassungsrang und steht in elementarem Gegensatz zu den Diskriminierungsverboten des Art. 3 III GG. Wie oben erwähnt, hat der Gesetzgeber im AGG auch darauf verzichtet, ein Diskriminierungsverbot wegen „politischer Anschauung“ im Zivilrecht zu regeln.

Speziell für diesen Grundsatz des Art. 3 III GG darf also angezweifelt werden, ob er dennoch über § 242 BGB in das Zivilrecht eingeführt werden darf.

Zu diesem Streit: Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 11. Auflage, Art. 3 Rn. 133 (bejahend) und Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 337 ff. (differenzierend)

#### c. Abwägung

Unter Abwägung dieser widerstreitenden Interessen kommt der BGH jedoch zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Treu und Glauben

im Lichte der Art. 2 I, 14 I 1 GG hier nicht vorliegt, selbst wenn man - was das Gericht offen lässt - zugunsten des K von einer mittelbaren Drittwirkung des Art. 3 III GG unter Privaten ausginge:

„[27] Selbst wenn der Regelung des Art. 3 III GG auch im Verhältnis zwischen Privaten ein besonderes Gewicht beizumessen wäre, führte dies nicht dazu, dass sich das Interesse des Klägers, nicht auf Grund seiner politischen Überzeugung durch die Erteilung eines Hausverbots benachteiligt zu werden, bei der gebotenen Abwägung gegenüber den ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen der Beklagten durchsetzte. Der Kläger sieht sich durch das Verbot, das Hotel der Beklagten zu nutzen, lediglich in seiner Freizeitgestaltung beeinträchtigt. Im Übrigen erfährt er dadurch, dass das Hausverbot schriftlich - und nicht etwa erst bei seiner Ankunft in dem Hotel - erteilt wurde, auch keine öffentliche Bloßstellung. Demgegenüber trägt die Beklagte das wirtschaftliche Risiko für das von ihr betriebene Geschäftskonzept eines Wellnesshotels. Das lässt es gerechtfertigt erscheinen, der Beklagten - soweit sie nicht eine vertragliche Bindung eingegangen ist - die Freiheit einzuräumen, solchen Gästen den Zutritt zu verweigern, von denen sie annimmt, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung diesem Konzept abträglich sein.“

Also ist auch im Hinblick auf § 242 BGB i.V.m. Art. 3 III GG jedenfalls hier keine Einschränkung des Hausverbots zu erkennen.

#### **4. Durch vertragliche Verpflichtung**

Das Hausrecht könnte jedoch zumindest für den Zeitraum vom 06.12.2012 bis zum 10.12.2012 dadurch eingeschränkt sein, dass B sich durch Vertrag verpflichtet hat, K und seiner Ehefrau den gebuchten Aufenthalt in dem Hotel zu gestatten. Dafür müsste K gegen B allerdings einen Anspruch auf Unterbringung haben.

##### **a. Anspruch des K auf Unterbringung entstanden**

Mit der Bestätigung der Buchung seitens des Touristikunternehmens erwarb nicht nur die Ehefrau des K, sondern auch er selbst jedenfalls nach den Regeln des Vertrages zugunsten Dritten einen auf die Erbringung der vereinbarten Leistungen gerichteten Anspruch, da die Ehefrau die Reise nicht nur für sich, sondern auch für den K gebucht hatte.

##### **b. Anspruch untergegangen**

B könnte sich jedoch wirksam von dem Vertrag gelöst haben. In Betracht kommt zunächst eine **Anfechtung gemäß § 119 II BGB wegen eines Irrtums über eine Eigenschaft des Klägers**.

##### **aa. Erklärung**

Die erforderliche Anfechtungserklärung könnte zunächst im Angebot auf kostenfreie Stornierung vom 19.11.2009 liegen. Allerdings handelte es sich dabei eben nur um ein Angebot, das nicht hinreichend bestimmt den unbedingten Willen des B erkennen ließ, sich vom Vertrag zu lösen. Vielmehr wurde dies noch von einer Erklärung des K - dem Wunsch einer Stornierung - abhängig gemacht.

Eine Anfechtungserklärung kann indes in dem Schreiben des B vom 08.12.2009 gesehen werden, indem er ein Hausverbot erteilte. Dadurch stand für K erkennbar fest, dass B sich weigern würde, ihn zu beherbergen.

Auf diesen Punkt geht der BGH mit keinem Wort ein, in einem Gutachten sollte er jedoch zumindest angeführt werden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.01.1985 – VII ZR 63/84: Vertrag zugunsten Dritter bei Chartervertrag zwischen Fluggesellschaft und Reiseveranstalter).

**bb. Frist**

Fraglich ist jedoch, ob B damit die Frist für eine solche Erklärung eingehalten hat. Gemäß § 121 I 1 BGB muss sie unverzüglich abgegeben werden. Darunter wird - von hier nicht einschlägigen Besonderheiten abgesehen - zwar nicht eine sofortige Erklärung, jedenfalls aber eine solche binnen zwei Wochen verstanden

Den Grund der Anfechtung, nämlich die politische Gesinnung des K, kannte B schon am 19.11.2009, als er die kostenfreie Stornierung der Buchung anbot. Die Erklärung des Hausverbots und damit die (konkludente) Anfechtung des Beherbergungsvertrages erreichte B jedoch erst am 08.12.2009. Die damit mehr als zwei Wochen später erklärte Anfechtung kann also nicht als unverzüglich angesehen werden.

Eine Kündigung aus wichtigem Grund gem. § 314 BGB wurde vom BGH erst gar nicht erwogen.

**c. Anspruch durchsetzbar**

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs des K könnte jedoch wiederum der Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB entgegen stehen. Oben wurde bereits ausgeführt, dass die mittelbar über diesen unbestimmten Rechtsbegriff in das Zivilrecht einfließenden Grundrechte der Parteien im Lichte der Art. 2 I, 14 I 1 GG des B selbst dann nicht zu einer Beschränkung seines Hausrechts führen, wenn man zugunsten des K unterstellte, dass dieser sich seinerseits auf Art. 3 III GG berufen könnte.

Nunmehr ist fraglich, ob die Rechte des B auf Privateigentum aus Art. 14 I 1 GG und Privatautonomie aus Art. 2 I GG es sogar treuwidrig erscheinen lassen, dass K auf den Beherbergungsvertrag pocht. Der BGH möchte eine solche Möglichkeit nicht gänzlich ausschließen, verlangt dafür aber besonders wichtige Gründe:

„[14] Diese Grundrechte treten bei der gebotenen Abwägung hinter das Persönlichkeitsrecht des von dem Hausverbot Betroffenen sowie das Diskriminierungsverbot zurück, da diese Regelungen insbesondere über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ebenfalls mittelbar in das Zivilrecht einwirken. **Die Abwägung führt dazu, dass ein den Vertrag vereitelndes Hausverbot der Rechtfertigung durch besonders wichtige Sachgründe bedarf.**“

Ein solcher Grund könnte hier allein in der (vermeintlichen) Störung der anderen Gäste durch K liegen. Dass eine solche eintreten könnte, ist bisher aber reine Spekulation des B, jedenfalls nicht durch Tatsachen (z.B. Stornierungen anderer Gäste) erhärtet. Deshalb genügt dies dem BGH nicht:

„[16] Zwar liegt die Annahme durchaus nahe, dass die Anwesenheit des Klägers mit Blick auf die von diesem und dessen Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden wird. **Das Bestehen unterschiedlicher politischer Auffassungen ist der freiheitlichen - wesentlich durch das Mehrparteiensystem geprägten - demokratischen Grundordnung indessen immanent. Das schließt die Möglichkeit ein, im alltäglichen Leben und damit auch in einem Wellnesshotel mit einer Person zusammenzutreffen, die innerhalb einer – nicht verbotenen – politischen Partei eine hervorgehobene Funktion innehat.**“

Das heißt, auch die Belange der anderen Hotelgäste stellen keinen rechtfertigenden Sachgrund dar.

#### **d. Zwischenergebnis**

Die vertragliche Verpflichtung, die B eingegangen ist, schränkt ihn bei der Ausübung seines Hausrechts für den Zeitraum vom 06.12.2012 bis zum 10.12.2012 ein. Ein Hausverbot für diesen Zeitraum durfte er jedenfalls solange nicht aussprechen, wie es durch die Anwesenheit des K nicht zu konkreten Störungen der anderen Gäste und damit des Hotelbetriebs kommt. Solche sind hier nicht ersichtlich.

#### **B. Ergebnis**

Das Hausverbot für die Zukunft kann von B auf § 903 BGB gestützt werden. Schranken sind insoweit nicht ersichtlich, es erweist sich als rechtmäßig. Im Hinblick auf den gebuchten Zeitraum vom 06.12.2012 bis zum 10.12.2012 werden diese Rechte des B jedoch durch die von ihm eingegangene vertragliche Bindung verkürzt. Weder vermochte sich B (rechtzeitig) vom Vertrag zu lösen, noch verstößt das Verhalten des auf Vertragserfüllung bestehenden K gegen Treu und Glauben. Für diesen Zeitraum war das Hausverbot also rechtswidrig.

#### **FAZIT:**

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht sein kann. Man sieht, dass der Grundsatz von Treu und Glauben über grundrechtliche Wertungen sowohl der Ausübung eines Hausrechts als auch der Geltendmachung von „Gegenrechten“ wie einer vertraglichen Verpflichtung entgegen stehen kann.

Allerdings sieht man auch, wie zurückhaltend der BGH mit einer solchen Annahme ist. Immerhin reichte ihm der Bundesvorsitzende der NPD in einem Wellnesshotel nicht aus, um ein Hausverbot trotz bestehenden Beherbergungsvertrages zu rechtfertigen.

Diese Zurückhaltung ist völlig berechtigt und kann im Examen auch nur dringend empfohlen werden: § 242 BGB ist keine Norm, die ständig nach allgemeinen Wertungen von Gerechtigkeit und Billigkeit bestehende BGB-Regeln außer Kraft setzt. Dies muss die absolute Ausnahme bleiben, will man nicht der Gefahr willkürlicher, unberechenbarer Entscheidungen unterliegen.

**Problem: Schuldübernahme durch Rechnungsausstellung**

BGH, URTEIL VOM 12.04.2012  
VII ZR 13/11 (NJW-SPEZIAL 2012, 302)

**EINLEITUNG:**

Die Schuldübernahme ist ein Rechtsgeschäft, in dem der Altschuldner von seiner Verpflichtung befreit wird.

Doch so positiv wie die Folgen für den Schuldner sind, so negativ können sie für den Gläubiger sein. Denn er trägt das Risiko, möglicherweise einen solventen Schuldner zu entlassen und sich damit nur noch an einen eventuell insolventen halten zu können.

Deshalb ist eine Schuldübernahme nicht ohne die Mitwirkung des Gläubigers möglich. Er muss entweder den Vertrag mit dem Neuschuldner abschließen, oder einen Vertrag zwischen Neu- und Altschuldner genehmigen.

Bei der Frage, ob ein Vertragsschluss gerichtet auf die Schuldübernahme vorliegt, ist dieser gesetzlich vorgesehene Schutz des Gläubigers zu beachten. Der BGH stellt in seiner Entscheidung klar, dass strenge Anforderungen an eine solche Erklärung des Gläubigers zu stellen sind, um seine geschützte Rechtsposition nicht zu unterlaufen.

**SACHVERHALT:**

Der Beklagte (B) ist Eigentümer eines Wohn- und Geschäftshauses. Ein Teil des Anwesens ist an die S.GmbH vermietet, die dort ein Ladengeschäft betreibt. Die Ehefrau des B ist Geschäftsführerin der S.GmbH während B als leitender Angestellter dort tätig ist.

Am 03.05.2007 beauftragte B den Kläger (K) mündlich mit der Durchführung von Elektroinstallationsarbeiten anlässlich der Sanierung des Gebäudes. K erkannte zwar, dass die zu sanierenden Räumlichkeiten von der S.GmbH angemietet waren, B brachte jedoch nicht ausdrücklich zum Ausdruck, für die S.GmbH tätig zu sein.

Deshalb stellte K seine erste Abschlagsrechnung auf B persönlich aus. Das für diesen tätige Planungsbüro sandte diese Rechnung an K zurück mit der Bitte, sie auf die S.GmbH auszustellen. Diesem Wunsch kam K nach und richtete auch die weiteren Abschlagsrechnungen an das Unternehmen, wobei die ersten beiden von diesem auch beglichen wurden.

Nach einiger Zeit stellte die S.GmbH die Zahlungen jedoch wegen finanzieller Schwierigkeiten ein.

Aus diesem Grund verlangt K nun den Schlussrechnungsbetrag von ca. 48.000 Euro von B persönlich mit der Begründung, dieser sei im gesamten Zeitraum ihr Vertragspartner gewesen.

Steht K dieser Anspruch zu?

**PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH DER K AUF WERKLOHN AUS § 631 BGB**

- I. Anspruch entstanden durch wirksamen Werkvertrag
- II. Anspruch erloschen durch Schuldübernahmevertrag, § 414 BGB
  1. Angebot des K
  2. Zwischenergebnis
- III. Ergebnis

Leitsatz:

Allein das Ausstellen einer Rechnung auf einem am Werkvertrag nicht beteiligten Dritten und deren Begleichung durch diesen stellt keine Schuldübernahme durch den Dritten dar.

**LÖSUNG:**

K könnte gegen B einen Anspruch auf den restlichen Werklohn aus § 631 I BGB haben.

**I. Anspruch entstanden durch wirksames Schuldverhältnis zwischen K und B**

Dafür müssten K und B einen Werkvertrag geschlossen haben.

B könnte jedoch als Stellvertreter der S.GmbH aufgetreten sein. Dann müssten die Voraussetzungen der §§ 164 ff BGB vorliegen.

B hat eine eigene Willenserklärung abgegeben. Diese müsste jedoch auch im fremden Namen erklärt worden sein. Dies ist der Fall, wenn der Vertreter ausdrücklich erklärt, dass er im Namen seines Geschäftsherrn handelt oder es sich diese Tatsache aus den Umständen ergibt. Maßgeblich ist dabei für die Auslegung die Sicht des Vertragspartners.

B ist gegenüber K nicht ausdrücklich als Vertreter der S.GmbH aufgetreten. Fraglich ist, ob es sich für K aus den Umständen ergeben haben könnte, da er wusste, dass die betreffenden Räumlichkeiten von der S.GmbH gemietet wurden.

Dabei ist zu beachten, dass Ausnahmen von der grundsätzlich erforderlichen Ausdrücklichkeit nur unter engen Voraussetzungen vorliegen können. In Fällen der Stellvertretung muss dem Vertragspartner deutlich sein, dass ihm zwei Personen gegenüber stehen, der Vertreter und der Geschäftsherr. Jegliche Zweifel des B am Vorliegen einer Stellvertretung führen zu einer Verletzung des Offenkundigkeitsprinzips.

„[12] Ein unternehmensbezogenes Geschäft kommt nur in Betracht, wenn der Beklagte hinreichend deutlich gemacht hat, dass er für die S. GmbH auftritt. Allein der Umstand, dass die S.GmbH einen Teil der dem Beklagten und seiner Ehefrau gehörenden Räumlichkeiten gemietet hatte und insoweit die Elektroinstallationsarbeiten auf ihr Geschäft zugeschnitten war, reicht dafür selbst dann nicht, wenn der Klägerin diese Umstände bekannt gewesen sein sollten.“

Aus diesem Grund kommt eine Stellvertretung nicht in Betracht. Somit hat sich B mit seiner Willenserklärung gerichtet auf den Abschluss eines Werkvertrages selbst verpflichtet.

Der Anspruch der K ist damit zunächst entstanden.

**II. Anspruch erloschen durch Schuldübernahmevertrag zwischen K und der S. GmbH**

Der Anspruch der K gegen B könnte jedoch dadurch erloschen sein, dass ein Schuldübernahmevertrag im Sinne des § 414 BGB zwischen K und der S. GmbH geschlossen wurde.

Bei einer solchen Schuldübernahme tritt der neue Schuldner an die Stelle des bisherigen, womit der Altschuldner aus dem Schuldverhältnis ganz austritt und somit vom Gläubiger nicht mehr zu belangen ist. Voraussetzung dafür ist der Abschluss eines Vertrages zwischen K und der S. GmbH, in dem sie sich mit einem Schuldnerwechsel einverstanden erklären.

**1. Angebot des K**

Das Angebot zum Abschluss eines solchen Vertrages könnte darin liegen, dass K die Rechnungen auf die S. GmbH ausstellte, wobei die S. GmbH dieses mit der Begleichung der Rechnungen

Offenkundigkeitsprinzip des § 164 I BGB



annahm.

Fraglich ist jedoch, ob in dem Verhalten des K ein Angebot liegt. Dafür müsste in der Ausstellung der Rechnung an die S. GmbH und nicht an B persönlich der Wille erkennbar sein, B aus seiner Haftung zu entlassen und die S. GmbH als neuen Alleinschuldner zu akzeptieren. Dies ist im Grundsatz mit einer **beiderseits interessengerechten Auslegung** zu ermitteln, wobei zu beachten ist, welche Folgen ein solcher Vertrag für K hätte.

„[7] Die befreiende Schuldübernahme ist ein ungewöhnliches und bedeutsames Rechtsgeschäft. Sie enthält in untrennbarer Verknüpfung die Verpflichtung des Übernehmers und die Verfügung über die Forderung des Gläubigers. **In aller Regel hat sie eine solche Bedeutung, dass kein Gläubiger ohne weiteres auf seinen bisherigen Schuldner verzichten wird. Ein hierauf gerichteter Wille des Gläubigers kann nur dann angenommen werden, wenn er deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist oder wenn die Umstände den in jeder Hinsicht zuverlässigen Schluss darauf zulassen. Wegen der regelmäßigen für den Gläubiger nachteiligen Folgen sind an seine Erklärung strenge Anforderungen zu stellen.**“

Allein der Adressat auf einer Rechnung ist dahingehend wenig aussagekräftig. Zum einen kam K damit zunächst lediglich dem Wunsch des Planungsbüros nach. Seine erste Abschlagsrechnung war noch an B persönlich adressiert. Das zeigt, dass K zumindest ursprünglich B persönlich verpflichten wollte. Daran wird sich wohl durch die neue Adressierung nichts geändert haben, denn zum anderen ist zu beachten, dass es für K durchaus von Wert gewesen ist, dass K ihm weiterhin persönlich verpflichtet bleibt, da er dem K im Gegensatz zur S. GmbH unbeschränkt haftet.

## 2. Zwischenergebnis

Durch Auslegung des Verhaltens des K ist also kein Entlassungswille des K ersichtlich, womit kein Angebot zu Schuldübernahme vorliegt. Da ein solcher Vertrag im Sinne des § 414 BGB nicht vorliegt, ist der Anspruch des K gegen B nicht erloschen.

## III. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Werklohnzahlung in Höhe von rund 48.000 Euro aus § 631 I BGB.

### FAZIT:

Nach den Ausführungen des Senats ist die Schuldübernahme ein „**ungewöhnliches und bedeutsames Rechtsgeschäft**“. Und als solches soll es auch behandelt werden. Der BGH warnt in seiner Entscheidung davor, vor allem beim Gläubiger zu schnell einen darauf gerichteten Erklärungswillen zu erkennen und zu unterstellen. Denn vor allem die Formfreiheit eines Schuldübernahmevertrages erlaubt es, einen solchen auch durch schlüssiges Verhalten zu schließen. Dies soll allerdings angesichts der möglichen schweren Folgen für den Gläubiger der Ausnahmefall bleiben.

**Problem: Vermutetes Verschulden als Mitverschulden**

BGH, URTEIL VOM 20.03.2012  
VI ZR 3/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Schadensersatzansprüche können eingeschränkt sein, wenn der Geschädigte sich ein Mitverschulden an der Schadensverursachung anrechnen lassen muss. Ein solcher Einwand des Mitverschuldens kann bei der Abwehr sämtlicher Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.

Dabei ist jedoch umstritten, ob dieser auch dann gilt, wenn auf Seiten des Geschädigten lediglich ein gesetzlich vermutetes Verschulden vorliegt. Ob also eine Verschuldensvermutung für die Schadensabwägung ausreicht, hatte der BGH in dem vorliegenden Urteil erneut zu entscheiden.

**SACHVERHALT:**

Die Klägerin (K) lebt mit ihrem Ehemann und ihrem achtjährigen Sohn (S) auf einem Bauernhof. Am 05.04.2003 spielte S mit dem zehnjährigen Sohn des Ehemanns aus erster Ehe, dem Beklagten (B), auf diesem Anwesen unbeaufsichtigt in einer Lager- und Scheunenhalle, die sich im Eigentum der K befand.

Obwohl K und auch ihr Ehemann ihren Sohn mehrfach darauf hingewiesen haben, wie gefährlich das Spielen mit Zündmitteln ist, verursachten die beiden Kinder einen Brand in dieser Halle, in der Stroh eingelagert war und sich Pferdeboxen befanden. Dabei wurde die Halle nebst zwei Anbauten völlig zerstört. Der Neubau dieser Halle kostete K rund 760.000 Euro.

Diese Kosten verlangt K nun von B ersetzt.

Hat K einen Schadensersatzanspruch gegen B in Höhe von 760.000 Euro?

**PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUS §§ 823 I, 828 III, 830 I 1 BGB****I. Voraussetzungen**

1. Rechtsgutverletzung
2. Rechtswidrigkeit
3. Verschulden des B

**II. Rechtsfolge**

1. Ersatz des Schadens
2. Mitverschulden der K als Aufsichtspflichtige

**LÖSUNG:**

K könnte gegen B einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 I, 828 III, 830 I BGB haben.

**I. Voraussetzungen**

Dafür müssten die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs vorliegen.

**1. Rechtsgutverletzung**

Zunächst müsste ein von § 823 I BGB geschütztes Rechtsgut verletzt sein. In Betracht kommt eine Verletzung des Eigentums der K. Durch den Brand wurden die Lager- und Scheunenhalle sowie weitere An-

bauten vollständig zerstört. All diese Bauwerke standen zu diesem Zeitpunkt im Eigentum der K. Damit liegt eine Eigentumsverletzung vor.

## 2. Rechtswidrigkeit

Die Rechtswidrigkeit der rechtsgutverletzenden Handlung wird indiziert. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

## 3. Verschulden des B

Außerdem müsste die Rechtsgutverletzung durch B verschuldet worden sein.

Fraglich ist, ob B als Zehnjähriger überhaupt verschuldensfähig ist. Die **Verschuldensfähigkeit von Minderjährigen** wird in **§ 828 BGB** geregelt. B fällt in seinem Alter unter den Absatz 3 dieser Regelung. Demnach ist er für den Schaden, den er einem anderen zufügt verantwortlich, wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat.

Von der Annahme, dass B mit zehn Jahren weiß, wie gefährlich das Zündeln in einem mit Stroh ausgelegten Gebäude ist, ist auszugehen.

## II. Rechtsfolge

### 1. Ersatz des Schadens

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

Er hat also den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Hätte B nicht in der Halle gezündelt und diese damit nicht in Brand gesetzt, wäre diese nebst Anbauten nicht völlig zerstört worden. Es wären der K also keine Kosten für die etwaigen Neubauten entstanden. Diese Kosten sind also von B zu ersetzen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass er den Schaden zusammen mit S verursacht hat. Gemäß § 830 I 1 BGB ergibt sich aus diesem Umstand lediglich eine Gesamtschuldnerhaftung. Das heißt, B haftet gegenüber B trotzdem im vollen Umfang.

Differenzhypothese

### 2. Mitverschulden der K als Aufsichtspflichtige

Es ist jedoch zu beachten, dass der minderjährige Sohn der K an der schädigenden Handlung beteiligt war und zudem nicht von K beaufsichtigt wurde, als die Kinder den Brand legten. Dies könnte **ein Mitverschulden der K im Sinne des § 254 BGB** begründen, um dessen Maß der Schaden geteilt werden müsste. Eine Regelung zum Verschulden bei einer Aufsichtspflichtverletzung trifft § 832 BGB.

Fraglich ist aber bereits, ob die Verschuldensvermutung des § 832 BGB bei einer Schädigung des Aufsichtspflichtigen durch den Aufsichtsbedürftigen überhaupt Anwendung findet.

Diese Frage könnte jedoch dahinstehen, wenn eine Verschuldensvermutung wie die des § 832 BGB bei der Prüfung eines Mitverschuldens gar nicht berücksichtigt werden darf. Dies ist sehr umstritten.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung soll eine Verschuldensvermutung auch im Rahmen des § 254 BGB Anwendung finden.

„[11] Bei den so genannten Verschuldensvermutungen handele es sich um bloße Beweislastregeln und es sei nicht einsichtig, dem Kläger die betreffenden Beweiserleichterungen zwar im Rahmen der Haftungsbegründung zu gewähren, bei der Vertei-

**lung des Schadens im Rahmen des § 254 BGB aber zu versagen.** Sinn und Zweck der Verschuldensvermutungen liege darin, dem Begünstigten über etwaige nicht in seine Zuständigkeit fallende Beweisschwierigkeiten hinwegzuhelfen. Es vermöge nicht zu überzeugen, dass im Rahmen des § 254 BGB eine andere Beweislastregelung gelten solle als bei der Haftungs begründung. Ob eine Sphäre einer der Parteien zuzuweisen sei, hänge nicht von deren "Rolle" als Schädiger oder Geschädigter ab. Der Richter habe bei der Abwägung die höchste nicht ausgeschlossene Verschuldensintensität zu berücksichtigen.“

Der Senat ist diesbezüglich anderer Meinung:

„[12] Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats können bei der Schadensabwägung nach § 254 BGB indes nur solche Umstände verwertet werden, von denen feststeht, dass sie eingetreten und für die Entstehung des Schadens ursächlich geworden sind. **Ein Verschulden, das nur gesetzlich vermutet wird, darf daher nicht berücksichtigt werden. Wird ein Verschulden nur vermutet, so fehlt jeder Anhalt für das Maß dieses Verschuldens, das von der leichtesten Fahrlässigkeit bis zur größten Sorgfaltspflichtverletzung reichen kann.** Nur wenn das Maß der Verantwortlichkeit beider Teile feststeht, ist eine sachgemäße Abwägung möglich. Wollte man sie auf Unterstellungen und Vermutungen gründen, so würde man in unzulässiger Weise Gewisses mit Unbekanntem vergleichen und zu keinem gerechten Ergebnis gelangen.“

Demnach ist ein lediglich gesetzlich vermutetes Verschulden bei einer Prüfung des Mitverschuldens nicht zu beachten. **Ein Mitverschulden des Aufsichtspflichtigen gemäß § 254 I BGB kommt jedoch dann in Betracht, wenn eine Aufsichtspflichtverletzung feststeht und der Aufsichtspflichtige aus tatsächlichem Verschulden haftet.**

Tatsächliches Verschulden der Anspruchstellerin im Rahmen des Mitverschuldens

Fraglich ist also, ob eine Aufsichtspflichtverletzung seitens der K zweifellos festgestellt werden kann.

Im Rahmen des § 832 BGB ist zu prüfen, ob der Aufsichtspflicht nach den besonderen Gegebenheiten des konkreten Falles genügt worden ist. Anhaltspunkte für eine solche Prüfung sind dabei das Alter, die Eigenart und der Charakter des Kindes.

Aber auch zu beachten ist die schädigende Handlung eines Kindes, in diesem Fall das Spielen mit Feuer.

„[17] Danach sind sowohl hinsichtlich der Belehrung über die Gefahren des Feuers als auch der Überwachung eines möglichen Umgangs mit Zündmitteln strenge Anforderungen zu stellen. Dies gilt insbesondere in ländlichen Gebieten, in denen durch das Entzünden von Stroh eine besondere Brandgefahr besteht. Der Senat hat mehrfach entschieden, dass Eltern ihre sieben bis acht Jahre alten Kinder eindringlich über die Gefährlichkeit des Spiels mit dem Feuer belehren und darauf achten müssen, dass die Kinder nicht unerlaubt in den Besitz von Streichhölzern oder anderen Zündmitteln gelangen. Hierzu gehört auch, die Kinder davor zu warnen, anderen Kindern bei dem Entfachen und dem Unterhalten eines Feuers in irgendeiner Weise zu helfen oder sie dazu anzustiften

Eine tägliche Kontrolle der Taschen des Kindes ist von den Aufsichtspflichtigen im Regelfall nicht zu verlangen.“

Dieser Pflicht ist K als Mutter nachgekommen. In der Vergangenheit hat sie S des Öfteren darauf hingewiesen, dass das Entzünden von Streichhölzern oder Ähnlichem gerade in den Stallungen, in denen sich Stroh befindet, besonders gefährlich ist. Bei einem Kind in diesem Alter genügt sie damit den Anforderungen an ihre Aufsichtspflicht.

K haftet also nicht aus tatsächlichem Verschulden, womit ein Mitverschulden ihrerseits nicht ersichtlich ist.

Zur Aufsichtspflicht von Eltern  
siehe auch: BGH, Urteil vom  
24.03.2009 – VI ZR 199/08

### III. Ergebnis

Damit hat K gegen B einen Anspruch auf Ersatz der entstandenen Kosten in Höhe von ca. 760.000 Euro.

#### FAZIT:

In dieser Entscheidung greift der BGH ein lang umstrittenes Thema zum § 254 BGB wieder auf, hält aber an seiner ständigen Rechtsprechung zum gesetzlich vermuteten Verschulden im Rahmen des Mitverschuldens aber fest.

Seine Argumentation ist eher pragmatischer Natur, da eine sachgemäße Abwägung der Verschuldensanteile bei einer bloßen Vermutung nur schwer möglich ist.

Er bleibt also dabei, eine bloß vermutete Aufsichtspflichtverletzung nicht in der Schadensabwägung des § 254 BGB zu verwerten.

*Speziell für Referendare:***Problem: Erfüllung der Aufklärungspflicht im Kaufrecht**

BGH, URTEIL VOM 30.03.2012  
V ZR 86/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Im vorliegenden Fall stritten die Parteien darüber, ob die dem Verkäufer einer Sache obliegende Verpflichtung zur Aufklärung über bestehende Mängel an der Kaufsache eingehalten wurde.

Während der Verkäufer behauptete, über den streitigen Mangel aufgeklärt zu haben, behauptete die Käuferin, er sei ihr arglistig verschwiegen worden.

Da beide Parteien ihre Positionen nicht beweisen konnten, hatte der BGH nun darüber zu entscheiden, zu wessen Lasten dieser Mangel an Beweisen geht.

**SACHVERHALT:**

Am 31.08.2006 verkaufte die Beklagte (B) der Klägerin (K) mit notariellem Vertrag ein mit einem Einfamilienhaus bebautes Grundstück zum Preis von 730.000 Euro unter Ausschluss der Sachmängelhaftung.

Zum Zeitpunkt der Übergabe war die Abdichtung der Terrasse, die das Dach eines Anbaus bildete, mangelhaft. Dies war B bereits bekannt, da wiederholt Feuchtigkeitsschäden in dem Anbau aufgetreten waren.

Als K diesen Mangel entdeckte, forderte sie B auf, diesen zu beseitigen. B wies diese Aufforderung mit der Begründung zurück, es sei ein Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart worden.

Daraufhin ließ K die Terrasse reparieren und verlangt nun von B Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von 33.000 Euro.

Hat K gegen B einen solchen Anspruch?

**PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ STATT DER LEISTUNG AUS §§ 437 NR. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. FALL BGB**

- I. Wirksamer Kaufvertrag
- II. Sachmangel bei Gefahrübergang
- III. Erfolgreiche, angemessene Frist zur Nacherfüllung
- IV. Vertretenmüssen
- V. Schaden
- VI. Kein Ausschluss der Gewährleistung

**LÖSUNG:**

K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 2. Fall BGB haben.

**I. Wirksamer Kaufvertrag**

Die Parteien schlossen am 31.08.2006 unter Einhaltung der Formvorschriften einen wirksamen Kaufvertrag über das Grundstück.

## II. Sachmangel bei Gefahrübergang

Es muss ein Mangel im Sinne des § 434 BGB vorliegen. Eine nicht funktionsfähige Abdichtung eines Daches, die zu Feuchtigkeitsschäden in dem Anbau führt, stellt einen solchen Mangel dar.

Dieser Mangel an der Abdichtung lag unstreitig zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor.

## III. Erfolglose, angemessene Fristsetzung zur Nacherfüllung

Des Weiteren müsste K der B eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. Da B jedoch die Aufforderung der K, die Abdichtung zu reparieren, unmittelbar abwies und damit jegliche Nacherfüllung verweigerte, war eine Fristsetzung gemäß § 440 BGB entbehrlich.

Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung

## IV. Vertretenmüssen der B

Gemäß § 280 I 2 BGB wird das Vertretenmüssen der B hinsichtlich der Pflichtverletzung vermutet.

## V. Schaden

Im Rahmen des Schadensersatz statt der Leistung bekommt der Käufer denjenigen Schaden ersetzt, der zu seinem Äquivalenzinteresse gehört, d.h. die unfreiwilligen Vermögenseinbußen, die auf einem endgültigen Ausbleiben der Nacherfüllung des Verkäufers beruhen. K hat die Reparatur an der Terrasse selbst vornehmen lassen müssen, da B eine eigene Beseitigung des Mangels ablehnte.

Insoweit wird ihr der dadurch entstandene Schaden, also die Reparaturkosten in Höhe von 33.000 Euro ersetzt.

## VI. Kein Ausschluss der Gewährleistung

Die Gewährleistungsrechte der K dürften jedoch nicht ausgeschlossen sein.

K und B haben im notariellen Kaufvertrag einen Ausschluss der Gewährleistung vereinbart.

Dieser Haftungsausschluss wird jedoch durch § 444 BGB beschränkt. Wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, so kann er sich nicht auf die Vereinbarung berufen. Ein arglistiges Verschweigen des Verkäufers liegt immer dann vor, wenn der Verkäufer dem Käufer das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache vorspiegelt, welche für die Kaufentscheidung von Bedeutung ist. Entscheidend ist daher, dass im Fehlen der arglistig vorgespiegelten Eigenschaft ein Mangel liegen muss. Der Verkäufer muss demnach einen Mangel verschwiegen haben. Hierfür genügt ein schlichtes Unterlassen. Da Mängel stets offenbart werden müssen, kommt es auf eine besondere Aufklärungspflicht nicht an.

Im Gegensatz zu § 123 BGB

B kannte zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs den Mangel an der Abdichtung der Terrasse, da dieser in der Vergangenheit des Öfteren Wasserschäden hervorgerufen hat. Geht man nach der Schilderung der K davon aus, dass sie von B nicht über diesen Mangel aufgeklärt worden ist, so liegt ein arglistiges Verschweigen seitens der B vor.

Die kann sich also nicht auf den vertraglich vereinbarten Haftungsausschluss berufen.

## FAZIT:

Das Kaufrecht gehört im ersten, aber auch im zweiten juristischen Staatsexamen zu den meistgeprüften Teilen des besonderen Schuldrechts. Besondere Prüfungsrelevanz kommt dem vorliegenden Sach-

verhalt in beiden Examina zu, weil er als Grundfall mit Problemen des Gewährleistungsrechts verknüpft werden kann. Anbieten würde sich dabei beispielsweise die sehr streitige Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer ohne Fristsetzung oder vor erfolglosem Ablauf der Frist.

Doch besonders interessant gerade für Referendare sind die Ausführungen des Senats zur Beweislast für die Erfüllung der Aufklärungspflicht im Rahmen des § 444 BGB. Während das Berufungsgericht noch von einer Beweislast des Verkäufers ausging, stellt der BGH nun klar, dass der Käufer die fehlende Aufklärung behaupten und beweisen muss. Zu beachten ist jedoch, dass es sich um eine zu beweisende negative Tatsache handelt. In solchen Fällen trifft den Verkäufer dann zumindest eine sekundäre Darlegungslast. Von einer solchen spricht man bei der Pflicht einer Prozesspartei, trotz Beweisbelastung des Gegners zur Auskunft, wenn die nach den allgemeinen Grundsätzen beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, dem Gegner aber eine Auskunft möglich und zumutbar ist.

„[4] Deshalb muss der Käufer nur die von dem Verkäufer in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise spezifizierte Aufklärung ausräumen.“

Siehe dazu: Senat, Beschluss vom 12.02.2004 – V ZR 247/03, NJW 2004, 1167, 1168

Anders ist die Beweislast im Rahmen des § 442 I 1 BGB zu beurteilen. Behauptet der Verkäufer, der Käufer habe unabhängig von dem Verkäufer Kenntnis von dem Mangel erlangt, so trägt der Verkäufer auch insoweit die Beweislast für eine solche Behauptung.



## Öffentliches Recht

### Problem: Nachbarrechtsschutz im Gewerbegebiet

BVERWG, URTEIL VOM 02.02.2012  
4 C 14.10 (DVBL 2012, 629 L)

#### **EINLEITUNG:**

Im vorliegenden Fall wehrte sich ein Nachbar gegen die Genehmigung eines Krematoriums mit Abschiedsraum in einem durch Bebauungsplan festgesetzten Gewerbegebiet.

Das BVerwG prüft zunächst, ob ein solches Krematorium einen "Gewerbebetrieb" i.S.d. § 8 II BauNVO darstellt, bejaht dies (jedenfalls bei privater Trägerschaft) auch, meint aber sodann, dass es trotzdem nicht als Regelbebauung zulässig sei, weil es in einem Gewerbegebiet atypisch sei (wobei vor allem auf den Abschiedsraum abgestellt wird, der Ruhe voraussetze). Mit anderen Worten dürfe bei Auslegung des § 8 II BauNVO nicht am Wortlaut gehaftet werden; vielmehr müsse stets die Überlegung mitspielen, ob das Vorhaben auch wirklich gebietstypisch sei. Das BVerwG spricht insofern von einem "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal".

Nach Verneinung desselben wird noch eine Ausnahme nach § 8 III BauNVO ("Anlage für kulturelle Zwecke") geprüft, und aus denselben Gründen verneint: Zwar könne ein Krematorium mit Abschiedsraum begrifflich durchaus als "Anlage für kulturelle Zwecke" durchgehen; sie sei in einem Gewerbegebiet aber so untypisch, dass sie nicht einmal ausnahmsweise in Betracht käme.

Schließlich wird auch ein Dispens nach § 31 II BauGB verworfen, weil nachbarliche Interessen entgegen stehen.

#### **SACHVERHALT:**

Der Kläger (Kl.) ist ebenso wie der beigeladene Bauherr (B) Eigentümer eines Grundstücks im Geltungsbereich eines qualifizierten Bebauungsplans, der das Grundstück des B als Gewerbegebiet ("GE") festsetzt. Von der beklagten Stadt (Bekl.) in NRW wurde B die Genehmigung erteilt, auf diesem Grundstück ein Krematorium mit Abschiedsraum zu errichten. Gegen diese Genehmigung wehrt sich der Kl. mit seiner Klage. Er meint, ein solches passe nicht in ein Gewerbegebiet, besonders dann nicht, wenn es einen Abschiedsraum enthalte, weil das Ruhe- und Trauerbedürfnis der Hinterbliebenen gebietsuntypisch sei.

Die Bekl. hingegen meint, bei einem privat mit Gewinnerzielungsabsicht betriebenen Krematorium wie dem des B handle es sich um einen Gewerbebetrieb, der in einem Gewerbegebiet allgemein zulässig sei. Selbst wenn man dies wegen des Abschiedsraums anders sehen wolle, so liege jedenfalls eine Anlage für kulturelle Zwecke vor, die ausnahmsweise auch genehmigungsfähig sei. Im Übrigen gingen von dem Krematorium und dem Abschiedsraum keine Störungen der umliegenden Gewerbe aus, sodass höchst hilfsweise auch eine Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans gewährt werden könne.

Hat die Klage des Kl. Erfolg?

**PRÜFUNGSSCHEMA: DRITTANFECHTUNGSKLAGE****A. Zulässigkeit**

I. Verwaltungsrechtsweg

II. Statthafte Klageart

III. Klagebefugnis

- Problem: Drittschutz?

IV. Vorverfahren

V. Frist

VI. Beklagter

**B. Beiladung des Adressaten, § 65 II VwGO****C. Begründetheit**

I. Rechtswidrigkeit des VA

- Prüfungsmaßstab: Nur drittschützende Normen

II. Rechtsverletzung des Klägers

**LÖSUNG:**

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

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Gestritten wird über eine Baugenehmigung, also einen Verwaltungsakt und damit eine typisch öffentlich-rechtliche Handlungsform. Der Streit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art und abdrängende Sonderzuweisungen greifen nicht ein.

**II. Klageart**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Dieses ist hier auf Aufhebung der Baugenehmigung des B gerichtet. Selbige stellt aus Sicht des Kl. einen belastenden, nicht erledigten Verwaltungsakt dar. Ist das Klägerbegehren auf Aufhebung eines solchen gerichtet, so entspricht dem die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO.

**III. Klagebefugnis**

Der Kl. müsste geltend machen können, durch die angefochtene Baugenehmigung in einem seiner subjektiv-öffentlichen Rechte verletzt zu sein, § 42 II VwGO.

**1. Subjektiv-öffentliches Recht**

Der Kl. ist als Nachbar im Hinblick auf die angefochtene Baugenehmigung nicht Adressat, sondern Dritter. Fraglich ist also, ob eine zu seinen Gunsten drittschützende Norm möglicherweise verletzt sein könnte.

Über die Festsetzung "GE" im Bebauungsplan ist über §§ 30 I BauGB i.V.m. 1 III 2 BauNVO der § 8 BauNVO zum Gegenstand des Bebauungsplans geworden. Die Art der baulichen Nutzung des Grundstücks des B bestimmt sich somit nach dieser Vorschrift. Wie dies gesamten §§ 2-14 BauNVO ist auch § 8 BauNVO unter Abwägung der Interessen des Bauherrn mit denen der Nachbarschaft erlassen worden. In Abs. 2 sind vorrangig die Interessen des Bauherrn geschützt (zulässige Vorhaben), in Abs. 3 kommt es auf den Einzelfall an (Vorhaben, die zugelassen werden können), bei nicht geregelten Vorhaben überwiegt der Nachbarschutz (unzulässige Vorhaben). Somit ist § 8 BauNVO drittschützend.

Daneben hätte der "Gebietserhaltungsanspruch" aus § 15 I 1 BauNVO angesprochen werden können (vgl. zu diesem BVerwG, NJW 2003, 531; OVG Münster, RA 2011, 266 = DVBI 2011, 570; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2010, 45, 46). Da das BVerwG der Klage schon wegen einer Verletzung von § 8 BauNVO stattgab, kam es jedoch nicht mehr zur Prüfung desselben.

## 2. Des Klägers

Der Kl. ist Eigentümer eines Grundstücks im Baugebiet und damit im Schutzbereich des § 8 BauNVO.

## 3. Mögliche Verletzung

Es erscheint auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Krematorium mit Abschiedsraum nicht in ein Gewerbegebiet passt; somit ist eine Verletzung von § 8 BauNVO zumindest möglich, was zur Geltendmachung einer Rechtsverletzung i.S.d. § 42 II VwGO genügt. Der Kl. ist klagebefugt.

## IV. Vorverfahren

Der Durchführung eines Vorverfahrens nach § 68 I 1 VwGO bedarf es in NRW wegen § 68 I 2 VwGO i.V.m. § 110 I JustG NRW nicht. Dies gilt gem. § 110 I 3 Nr. 7 JustG NRW im Baurecht auch für Drittrechtsbehelfe.

## V. Frist

Klagefristen sind - soweit sie bestehen - ersichtlich nicht verletzt.

## VI. Beklagter

Richtiger Beklagter ist gem. § 78 I Nr. 1 VwGO die beklagte Stadt als Gebietskörperschaft, die hier auch verklagt worden ist. Die Klage ist nach alledem zulässig.

## B. Beiladung des Bauherrn

B wurde gem. § 65 II VwGO ordnungsgemäß beigelegt.

## C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt (VA) rechtswidrig ist und den Kl. in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. In "seinen" Rechten kann ein Dritter nur verletzt sein, soweit sich die Rechtswidrigkeit des VA gerade aus einem Verstoß gegen zu seinen Gunsten drittschützende Normen ergibt. Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

## I. Verstoß gegen § 8 BauNVO

Wie bereits oben erwähnt, richtet sich die Art der baulichen Nutzung des Grundstücks des B über §§ 30 I BauGB i.V.m. 1 III 2 BauNVO zunächst und vor allem nach § 8 BauNVO. Fraglich ist, ob ein Krematorium mit Abschiedsraum dort allgemein (Abs. 2) oder zumindest ausnahmsweise (Abs. 3) zulässig ist.

### 1. § 8 II BauNVO

Aus dem Katalog des § 8 II BauNVO kommt nur eine Zulässigkeit als "Gewerbebetrieb" in Betracht, § 8 II Nr. 1 BauNVO. Hierzu hat sich das BVerwG im vorliegenden Urteil nicht geäußert, jedoch an früherer Stelle (BVerwG, NVwZ 2006, 457) Folgendes entschieden:

"Es unterliegt keinem Zweifel, dass ein Krematorium, das von einem Privaten in der Absicht der Gewinnerzielung betrieben wird, ein Gewerbebetrieb ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass es in einem Gewerbegebiet nach § 8 II Nr. 1 BauNVO allgemein zulässig ist. **Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich nicht nur nach dem Wortlaut des § 8 BauNVO, sondern auch nach der Zweckbestimmung des Gewerbegebiets richtet, wel-**

Merke: Nur dinglich Berechtigte an einem Nachbargrundstück haben nachbarrechtliche Abwehransprüche gegen Baugenehmigungen. Miete oder Pacht genügen nicht!

St.Rspr., vgl. nur BVerwGE 90, 140 [145] = NVwZ 1993, 773; 138, 166; 116, 155 [158]; BVerwG, Buchholz 406.12 § 4 BauNVO Nr. 19 Rn. 6

### che Gewerbebetriebe in ihm bei typisierender Betrachtung zulässig sind.

Somit ist nicht nur unter den Begriff "Gewerbebetrieb" zu subsumieren, sondern weiter zu fragen, ob der konkret in Rede stehende Gewerbebetrieb auch für ein Gewerbegebiet typisch ist. Bei einem Krematorium mit Abschiedsraum sei dies nicht der Fall:

**"Gewerbegebiete zeichnen sich dadurch aus, dass in ihnen gearbeitet wird. Nach dem Leitbild der BauNVO sind sie den produzierenden und artverwandten Nutzungen vorbehalten. Ob eine Feuerbestattungsanlage diesem Leitbild widerspricht, wenn in ihr nur der technische Vorgang der Verbrennung stattfindet, kann offen bleiben; denn sie ist zumindest dann nicht gewerbegebietstypisch, wenn sie wie hier (und wohl allgemein üblich) über eine Pietätshalle verfügt, in der die Hinterbliebenen von dem Verstorbenen Abschied nehmen können. Der traditionelle Standort eines Krematoriums ist das Friedhofsgelände. Friedhöfe sind üblicherweise Orte der Ruhe, des Friedens und des Gedenkens an die Verstorbenen. Sie bieten das kontemplative Umfeld, in das eine pietätvolle Totenbestattung nach herkömmlicher Anschauung und Erwartungshaltung einzubetten ist. Im Gegensatz zu Friedhöfen sind Gewerbegebiete nicht durch Stille und Beschaulichkeit, sondern durch werktägliche Geschäftigkeit geprägt. Deshalb sind Krematorien jedenfalls dann, wenn sie mit Räumlichkeiten für Trauerfeierlichkeiten ausgestattet sind, für Gewerbegebiete nicht charakteristisch."**

Somit ist ein Krematorium mit Abschiedsraum nicht nach § 8 II BauNVO in einem Gewerbegebiet zulässig, mag es sich auch im Schwerpunkt um einen Gewerbebetrieb handeln.

## 2. § 8 III Nr. 2 BauNVO

Das Vorhaben des B könnte aber als "Anlage für kulturelle Zwecke" ausnahmsweise zulässig sein, wie § 8 III Nr. 2 BauNVO bestimmt, der hier über § 31 I BauGB i.V.m. 1 III 2 BauNVO anwendbar ist.

### a. Anlage für kulturelle Zwecke

Das BVerwG hält ein Krematorium jedenfalls bei Vorhandensein eines Abschiedsraums durchaus für eine "Anlage für kulturelle Zwecke":

**"[8] Anlagen für kulturelle Zwecke sind nicht auf die traditionellen Bereiche der Kunst, Wissenschaft und Bildung beschränkt. Die Zweckbeschreibung bezeichnet Anlagen, die in einem weiten Sinne einen kulturellen Bezug aufweisen. Ein Krematorium mit Abschiedsraum hat einen kulturellen Bezug, der in der gesellschaftlichen Vorstellung von dem Umgang mit dem Tod wurzelt. Ebenso wie eine kirchliche Bestattungsanlage einem kirchlichen Zweck dient, dient ein Krematorium als säkulare Bestattungseinrichtung einem kulturellen Zweck. Zur Feuerbestattung gehört nicht nur die Beisetzung der Asche des Verstorbenen in einer Grabstätte, sondern auch der Vorgang der Einäscherung der Leiche. Die Einäscherung ist Teil des Bestattungsvorgangs. Diese Form der Bestattung ist Ausdruck einer gesellschaftlich anerkannten Bestattungskultur, zu der es auch gehört, in einem kontemplativen Umfeld von den Verstorbenen Abschied nehmen zu können."**

Ebenso wäre es übrigens, wenn es sich um ein staatliches Krematorium handelte. Dann wäre zwar nicht "Gewerbebetrieb", sondern "öffentlicher Betrieb" i.S.d. § 8 II Nr. 1 BauNVO anzuprüfen gewesen, Ergebnis und Argumentation blieben aber identisch.

Öffentliche Betriebe in diesem Sinne sind eher Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserwerke, Umspannwerke, Fahrzeugparks, Schlachthöfe oder Abfallbeseitigungsanlagen (vgl. Stock in: König/Roeser/Stock, BauNVO, § 8 Rn 29).

Ebenso schon BVerwGE 138, 166

## b. Ausnahmsweise Zulässigkeit

Auch im Rahmen des § 8 III BauNVO ist jedoch die oben schon zu § 8 II BauNVO angesprochene Gebietsverträglichkeit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu beachten:

"[15] Das OVG verkennt die Anforderungen, die an das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Gebietsverträglichkeit zu stellen sind.

**[16] Die Zulässigkeit eines bestimmten Vorhabens innerhalb eines Baugebiets der Baunutzungsverordnung richtet sich nicht allein nach der Einordnung des Vorhabens in eine bestimmte Begriffskategorie (Nutzungs- oder Anlagenart), sondern auch nach der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets.** Die Prüfung der Gebietsverträglichkeit rechtfertigt sich aus dem typisierenden Ansatz der Baugebietsvorschriften der Baunutzungsverordnung. Der Ordnungsgeber will durch die Zuordnung von Nutzungen zu den näher bezeichneten Baugebieten die vielfältigen und oft gegenläufigen Ansprüche an die Bodennutzung zu einem schonenden Ausgleich im Sinne überlegter Städtebaupolitik bringen. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn die vom Ordnungsgeber dem jeweiligen Baugebiet zugewiesene allgemeine Zweckbestimmung den Charakter des Gebiets eingrenzend

**[17] Von maßgeblicher Bedeutung für die Frage, welche Vorhaben mit der allgemeinen Zweckbestimmung eines Baugebiets unverträglich sind, sind die Anforderungen des jeweiligen Vorhabens an ein Gebiet, die Auswirkungen des Vorhabens auf ein Gebiet und die Erfüllung des spezifischen Gebietsbedarfs. Entscheidend ist, ob ein Vorhaben dieser Art generell geeignet ist, ein bodenrechtlich beachtliches Störpotenzial zu entfalten, das sich mit der Zweckbestimmung des Baugebiets nicht verträgt.**

[18] Ein Krematorium mit Abschiedsraum verträgt sich nicht mit der allgemeinen Zweckbestimmung eines Gewerbegebiets, das geprägt ist von werktätiger Geschäftigkeit. Gewerbegebiete dienen gemäß § 8 I BauNVO vorwiegend der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbebetrieben. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass in ihnen gearbeitet wird. **Nach dem Leitbild der Baunutzungsverordnung ist ein Gewerbegebiet den produzierenden und artverwandten Nutzungen vorbehalten. [...]**

[19] Ein Krematorium mit Abschiedsraum erweist sich in besonderer Weise als störepfindlich. Es stellt - ungeachtet der Immissionsrichtigkeit der Verbrennungsanlagen - ähnlich wie ein Friedhof einen Ort der Ruhe, des Friedens und des Gedenkens an die Verstorbenen dar. Die Privatisierung dieser Art der Bestattung mag bewirkt haben, dass Krematorien auch an Standorten außerhalb eines Friedhofs angesiedelt werden. Das ändert aber nichts an der Anforderung, dass eine Bestattung ein würdevolles und kontemplatives Umfeld erfordert. [...] Der übliche Umgebungslärm und die allgemeine Geschäftigkeit eines Gewerbegebiets stehen dazu im Widerspruch."

Somit ist ein Krematorium mit Abschiedsraum auch nicht nach § 8 III BauNVO i.V.m. § 31 I BauGB in einem Gewerbegebiet zulässig.

## 2. Dispens, § 31 II BauGB

Zu fragen bleibt, ob die Baugenehmigung nicht im Dispenswege nach § 31 II BauGB erteilt werden durfte.

Vgl. bereits oben die identischen Ausführungen zu § 8 II BauNVO. Man kann somit sagen: Scheitert ein Vorhaben i.S.d. § 8 II BauNVO an seiner Gebietsunverträglichkeit, wird es sich auch nicht über § 8 III BauNVO "retten" lassen, weil insoweit derselbe Maßstab gilt.

Für die anderen Baugebiete der §§ 2-14 BauNVO gilt dies natürlich ebenso.

"[22] Der Gesetzgeber stellt mit der Abweichung nach § 31 II BauGB ein Instrument zur Verfügung, das im Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und der Wahrung der Verhältnismäßigkeit für Vorhaben, die den Festsetzungen eines Bebauungsplans zwar widersprechen, sich mit den planerischen Vorstellungen aber gleichwohl in Einklang bringen lassen, ein Mindestmaß an Flexibilität schafft."

Dann dürften die "Grundzüge der Planung" nicht berührt sein, es müsste ein Befreiungsgrund i.S.d. § 31 II Nr. 1-3 BauGB vorliegen und die Abweichung müsste auch mit nachbarlichen Interessen vereinbar sein. Als Ausnahmenvorschrift sind diese Voraussetzungen des § 31 II BauGB allerdings eng auszulegen. Berücksichtigt man dies, kann hier kein Dispens gewährt werden, weil nachbarliche Interessen entgegen stehen, § 31 II BauGB a.E.:

**"Eine Befreiung ist ausgeschlossen, wenn das Vorhaben in seine Umgebung nur durch Planung zu bewältigende Spannungen hineinträgt oder erhöht. [...]** Wie dargelegt zeichnet sich ein Krematorium mit Abschiedsraum durch die Besonderheit der Gleichzeitigkeit von Störgrad und Störempfindlichkeit aus. [...] Der Schutz der Bestattung und des Totengedenkens fordert Rücksichtnahme durch die Nachbarschaft; zugleich ist Rücksichtnahme auf Nachbarn gefordert."

## II. Rechtsverletzung des Kl.

"[24] Die rechtswidrige Baugenehmigung verletzt den Kl. in seinen Rechten. Der Kl. kann sich auf bauplanungsrechtlichen Nachbarschutz berufen. Die Festsetzung von Baugebieten durch einen Bebauungsplan hat nachbarschützende Funktion zugunsten der Grundstückseigentümer im jeweiligen Baugebiet."

## C. Ergebnis

Die Anfechtungsklage ist zulässig und begründet und hat somit Erfolg.

### FAZIT:

Man sollte sich gut merken, dass bei der Subsumtion unter die in §§ 2-14 BauNVO typisierten Vorhaben nicht nur am Wortlaut der Vorschrift gehaftet werden darf, sondern immer im Blick gehalten werden muss, ob ein Vorhaben tatsächlich auch in das jeweilige Gebiet passt. Die diesbezüglichen Ausführungen des BVerwG zu § 8 BauNVO gelten selbstverständlich auch für die anderen Gebiete der §§ 2-14 BauNVO.

Bemerkenswert ist, dass das BVerwG insoweit allein den § 8 BauNVO prüft (es sogar von einem "ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal" der Gebietsverträglichkeit spricht), und nicht § 15 I 1 BauNVO als Aufhänger wählt, obwohl genau dies dort geregelt ist: Ein Vorhaben ist ausnahmsweise unzulässig, wenn es der Eigenart des Baugebiets widerspricht, mag es auch in §§ 2-14 BauNVO aufgeführt sein. Für eine Examensklausur kann es selbstverständlich nicht schaden, die Rspr. des BVerwG zu kennen und anzuwenden; eine Klausurlösung über § 15 I 1 BauNVO - der ja ebenfalls zugunsten der Eigentümer von Grundstücken im Plangebiet drittschützend ist - wäre aber sicherlich auch vertretbar.

**Problem: Staatshaftung für Sicherungsverwahrung**

LG KARLSRUHE, URTEIL VOM 24.04.2012  
2 O 278/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Der Kläger (Kl.), ein verurteilter Sexualstraftäter, begehrte vom Land Baden-Württemberg eine immaterielle Entschädigung für nahezu zehn Jahre zu Unrecht verbüßte Sicherungsverwahrung. Hintergrund war, dass die Sicherungsverwahrung nach § 67d I StGB a.F. ursprünglich auf maximal 10 Jahre befristet war, der Gesetzgeber dies aber zugunsten einer zweijährigen Einzelfallprüfung geändert hatte. Die rückwirkende Erstreckung dieser Änderung auf "Altfälle" wie den des Kl. hatte der EGMR für mit der EMRK unvereinbar erklärt.

EGMR, NJW 2010, 2495

Zudem hatte das BVerfG in seinem Urteil vom 04.05.2011 entschieden, dass die Sicherungsverwahrung insgesamt gegen Art. 2 II GG (Freiheit der Person) verstieß, weil sie sich in ihrer Ausgestaltung nicht hinreichend von einer Strafhaft unterschied, obwohl sie ja keine Strafe, sondern eine Maßregel der Besserung und Sicherung darstellt.

BVerfG, RA 2011, 424 = NJW 2011, 1931

Das LG Karlsruhe prüft zunächst Amtshaftungsansprüche, verneint diese aber, da die Fachgerichte bei Anordnung und Verlängerung der Sicherungsverwahrung gegenüber dem Kl. nicht hätten wissen müssen, dass BVerfG und EGMR die Rechtsgrundlagen für unrechtmäßig erklären würden. Es fehlte also am Verschulden.

Ein Anspruch ergab sich aber aus Art. 5 V EMRK, einer bisher wenig beachteten Vorschrift, der durch diese Entscheidung erhebliche Relevanz zuwachsen wird. Danach hat jede Person, die in ihrer Freiheit aus Art. 5 I EMRK verletzt wird, einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger (Staat), der sich auf materielle und (in Verbindung mit § 253 BGB) immaterielle Schäden erstreckt.

**SACHVERHALT:**

Der Kl. war vom LG Mannheim 1985 wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit sexueller Nötigung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt worden, gleichzeitig war anschließende Sicherungsverwahrung angeordnet worden, die ab 05.12.1989 in der JVA Freiburg vollzogen wurde

Nach der im Zeitpunkt der Verurteilung des Klägers geltenden Fassung von § 67d I StGB durfte die Dauer der ersten Unterbringung in der Sicherungsverwahrung 10 Jahre nicht übersteigen, danach war der Untergebrachte zu entlassen. Da diese Zehnjahresfrist jedoch aufgrund der Änderung von § 67d StGB ab dem 31.01.1998 entfiel, kam es nicht zur Entlassung des Klägers am 04.12.1999. Das zuständige LG Freiburg bzw. in zweiter Instanz das OLG Karlsruhe entschied vielmehr im Abstand von jeweils zwei Jahren (§ 67e II StGB), dass der Kl. in Sicherungsverwahrung zu belassen sei, weil von ihm weiterhin eine Gefahr für die Allgemeinheit ausgehe.

Am 17.12.2009 entschied der EGMR in einem anderen Fall, dass die Anwendung des § 67d StGB n.F. auf "Altfälle" wie den des Kl. gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot verstoße. Nachdem dann auch das BVerfG am 04.05.2011 entschied, dass die Sicherungsverwahrung in ihrer gegenwärtigen Form insgesamt verfassungswidrig sei, weil sie gegen das "Abstandsgebot" zum Strafvollzug verstieße,

wurde der Kl. - nach erneuter Prüfung seines Falles - aus der Sicherungsverwahrung entlassen. Er lebt seither unauffällig in Freiheit. Mit seiner Klage begehrt der Kl. ein "Schmerzensgeld" für die zu Unrecht abgesessene Sicherungsverwahrung vom Land Baden-Württemberg. Er meint, bereits nach 10 Jahren, spätestens aber nach der Entscheidung des EGMR, hätte er entlassen werden müssen.

Steht dem Kl. ein solcher Anspruch zu?

[Anm.: Unterstellen Sie mit dem EGMR, dass die Anwendung des § 67d StGB auf "Altfälle" tatsächlich gegen das Rückwirkungsverbot verstieß, und unterstellen Sie ferner mit dem BVerfG, dass die Sicherungsverwahrung in Deutschland insgesamt wegen eines Verstoßes gegen das "Abstandsgebot" zum Strafvollzug verfassungswidrig war.]

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ART. 5 V EMRK**

A. Anwendbarkeit

B. Tatbestand

- Verletzung von Art. 5 I EMRK

I. Schutzbereich

II. Eingriff

III. Rechtfertigung, Art. 5 I 2 a-f EMRK

C. Rechtsfolge: Schadensersatz

I. Umfang

II. Passivlegitimation

### **LÖSUNG:**

#### **A. Anspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG**

Dem Kl. könnte zunächst ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zustehen. Dann müsste zunächst ein Beamter die ihm gegenüber dem Kl. obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt haben.

#### **I. Beamter**

Wie Art. 34 GG klarstellt, setzt der Amtshaftungsanspruch nicht das Handeln eines Beamten im statusrechtlichen Sinne voraus, sondern lediglich, dass in Ausübung eines öffentlichen Amtes gehandelt wurde. "Beamter" im haftungsrechtlichen Sinne ist somit jede Stelle, die hoheitliche Gewalt ausübt.

Das Land Baden-Württemberg war für den Strafvollzug zuständig. Namentlich oblag es dem LG Freiburg und dem OLG Karlsruhe, über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung zu entscheiden. In den Beschlüssen der Gerichte, welche die Fortdauer derselben anordneten, liegt ein hoheitliches Handeln im o.g. Sinne.

#### **II. Amtspflichtverletzung**

Unter einer Amtspflicht ist zunächst die interne Dienstpflicht des handelnden Beamten gegenüber seinem Dienstherrn zu verstehen. Die Gerichte sind nach Art. 20 III GG an das Gesetz gebunden. Sie trifft somit jedenfalls die Pflicht zum rechtmäßigen Handeln.

LG und OLG haben seit 1999 im Abstand von jeweils zwei Jahren entschieden, dass der Kl. in Sicherungsverwahrung zu verbleiben habe, obwohl erstens mit dem EGMR zu unterstellen ist, dass die Anwendung des § 67d StGB auf "Altfälle" gegen das Rückwirkungsverbot verstieß, und zweitens mit dem BVerfG anzunehmen ist, dass

Als "Beamter" käme daneben auch der Bundesgesetzgeber in Betracht, der die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung erlassen hat, welche sich als verfassungs- und konventionswidrig erwiesen haben. Der Kl. nimmt den Bund hier aber nicht in Anspruch.

Sollte dies nicht vorgegeben sein, so wäre hier inzidenter zu prüfen gewesen, ob die Vorschriften über die Sicherungsverwahrung (und ihre Anwendung auf den Kl.) rechtmäßig waren. Dazu sei auf BVerfG, RA 2011, 424 = NJW 2011, 1931 (Verletzung des "Abstandsgebots") und EGMR, NJW 2010, 2495 (Rückwirkungsverbot) verwiesen.



die Sicherungsverwahrung in Deutschland insgesamt wegen eines Verstoßes gegen das "Abstandsgebot" zum Strafvollzug verfassungswidrig war. Somit haben sie gesetzeswidrig gehandelt.

### III. Einem Dritten gegenüber

Die Amtspflicht müsste gem. Art. 34 S. 1 GG gerade dem Kl. gegenüber bestanden haben. Dass die Pflicht, keine Fehlurteile zu fällen, zumindest auch gegenüber den Parteien besteht, ist evident. Hier bestand die Pflicht, den Kl. nach 10 Jahren aus der Sicherungsverwahrung zu entlassen, also auch ihm gegenüber.

### IV. Verschulden

Jedoch müsste die Amtspflicht gem. § 839 BGB auch schuldhaft, d.h. vorsätzlich oder fahrlässig verletzt worden sein. Von Vorsatz kann hier keine Rede sein. Fraglich ist, ob Fahrlässigkeit vorlag. Dann müssten die Gerichte bei ihren Entscheidungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen haben. Dies verneint das LG, weil LG und OLG nicht wissen mussten, was BVerfG und EGMR erst Jahre später entschieden haben:

"Die Anordnung der Fortdauer der Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist beruhte auf der pflichtgemäßen Anwendung geltenden Bundesrechts durch die Vollstreckungsgerichte. Den Wegfall der Höchstfrist hatte das BVerfG noch in seiner ausführlich begründeten Entscheidung vom 5. Februar 2004 und die Anwendung der geänderten Vorschrift auch auf Straftäter, deren Taten vor der Gesetzesänderung begangen wurden und gegen die Sicherungsverwahrung vor der Gesetzesänderung angeordnet worden war, für mit dem Grundgesetz vereinbar erklärt.

Auch von einer Verletzung des Abstandsgebots musste vor der Entscheidung des EGMR durch das beklagte Land nicht ausgegangen werden. Nach Kenntnis der Entscheidung kann hingegen nicht umgehend eine schuldhafte Verletzung angenommen werden, da dem beklagten Land insofern erst recht eine angemessene Frist zur Umsetzung zuzubilligen ist, die bis zur Entlassung des Klägers keinesfalls abgelaufen war."

Somit scheidet ein Amtshaftungsanspruch mangels Verschuldens aus.

### B. Anspruch aus § 13 StrEG

"Auch aus dem Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG) ergeben sich für den Kläger im vorliegenden Verfahren keine Ansprüche. [Hier] könnte ohnehin nur - nach Durchführung des Verfahrens nach §§ 10 ff. StrEG vor der zuständigen Justizverwaltungsbehörde - das Betragsverfahren gemäß § 13 StrEG durchgeführt werden. Diesem Betragsverfahren muss jedoch stets die Entscheidung über den Grund des Anspruchs nach §§ 8, 9 StrEG durch das Strafgericht vorausgehen. An einer solchen Grundentscheidung fehlt es hier bereits."

### C. Anspruch aus Art. 5 V EMRK

Der Kl. könnte aber einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus Art. 5 V EMRK haben.

"Gemäß Art. 5 I EMRK hat jede Person das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den in Art. 5 I 2 a-f EMRK aufge-

BVerfGE 109, 133 (jetzt obsolet nach BVerfG, RA 2011, 424 = NJW 2011, 1931)

Auf Eingreifen und Reichweite des Richterprivilegs gemäß § 839 II BGB kam es daher nicht mehr an. Hierzu wäre zu beachten, dass dieses nach dem Wortlaut des § 839 II BGB nur bei einem "Urteil" eingreift, wohingegen über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung durch Beschluss entschieden wird. Allerdings legen die Gerichte den Begriff "Urteil" weit aus, so dass hierunter auch ein Beschluss fallen soll, wenn er einem Urteil "vergleichbar" sei (!), vgl. Palandt-Sprau, BGB, § 839 Rn 65 m.w.N.

Artikel 5 EMRK: Recht auf Freiheit und Sicherheit

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. [...]

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

fürten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden. Jede Person, die unter Verletzung von Art. 5 EMRK von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat gemäß Art. 5 V EMRK Anspruch auf Schadensersatz."

### I. Anwendbarkeit

**"Die EMRK gilt innerstaatlich mit Gesetzeskraft und gewährt in Art. 5 V dem Betroffenen einen unmittelbaren Schadensersatzanspruch, wenn seine Freiheit dem Art. 5 I EMRK zuwider beschränkt wurde.** Einen solchen Verstoß kann die Kammer daher selbst feststellen. Einer vorausgehenden Feststellung durch ein anderes Organ bedarf es nicht."

BGHZ 45, 58; 122, 268

### II. Voraussetzungen

Merke: Freiheitsrechte aus der EMRK werden wie Freiheitsgrundrechte des GG dreiteilig geprüft: Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung.

Der Kl. müsste in seinem Recht auf Freiheit aus Art. 5 I EMRK verletzt worden sein. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich desselben vorliegen.

#### 1. Schutzbereich

In personaler Hinsicht kann sich "jede Person" auf Art. 5 I EMRK berufen. Damit sind natürliche Personen wie der Kl. gemeint.

In sachlicher Hinsicht schützt die "Freiheit" die körperliche Fortbewegungsfreiheit. Diese wird durch die Anordnung und den Vollzug der Sicherungsverwahrung betroffen.

#### 2. Eingriff

Unter einem Eingriff ist jede Verkürzung des Schutzbereichs zu verstehen. Das LG stellt hierzu kurz fest:

**"Die Sicherungsverwahrung stellt eine Freiheitsentziehung i. S. v. Art. 5 I EMRK dar."**

#### 3. Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff sich rechtfertigen lässt. Dann müsste er von den Schranken des Art. 5 EMRK gedeckt sein. Diese finden sich in Art. 5 I 2 a-f EMRK.

Art. 5 I 2 EMRK:

Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht [...]

#### a. Art. 5 I 2 a) EMRK

Gegenüber dem Kl. könnte zunächst eine " Verurteilung durch ein zuständiges Gericht" i.S.d. Art. 5 I 2 a) EMRK vorliegen.

#### aa. Fortdauer der Sicherungsverwahrung

**"Die Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte stellen selbst keine Verurteilung i. S. v. Art. 5 I 2 a) EGMR dar, da sie keine - hierfür als erforderlich angesehene - Schuldfeststellung mehr beinhalten."**

Dies hatte der EGMR in seinem Urteil vom 17.12.2009 (NJW 2010, 2495) so entschieden, das LG hält sich an diese Vorgabe.

#### bb. Anordnung der Sicherungsverwahrung

Es bleibt das Strafurteil, mit dem die Sicherungsverwahrung ursprünglich angeordnet wurde. Jedoch hätte nach der damals geltenden Rechtslage der Kl. nach 10 Jahren entlassen werden müssen, weshalb auch dieses Urteil nicht für eine über diesen Zeitraum hinausgehende Verurteilung herangezogen werden kann:

**"Zwischen der ursprünglichen Verurteilung und der Fortdauer der Freiheitsentziehung nach Ablauf von zehn Jahren in der Sicherungsverwahrung besteht hingegen kein hinreichender Kausalzusammenhang mehr. Denn nach der im Zeitpunkt der Verurteilung**



<b>BereicherungsR</b>	<b>§ 812 I 2, Fall 2</b>
Prüfungsschema	(10)

§ 812

1. Wie lautet das Prüfungsschema zu § 812 I 2, Fall 2?
2. Welcher Leistungszweck ist der Kondiktion nach § 812 I 2, Fall 2 zugeordnet?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Deliktsrecht</b>	<b>Grundlagen</b>
Minderjährige im Straßenverkehr	(29)

§ 828

Worauf ist bei der Anwendung des § 828 II BGB zu achten, sofern es um die Anrechnung von Mitschulden von Kindern zwischen 7 und 10 Jahren geht?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Stellvertretung</b>
Prüfungsschema und Grundlagen	(40)

§ 164

1. Wie lautet das Grundprüfungsschema zur Stellvertretung gem. § 164 I?
2. Wie werden Bote und Vertreter voneinander abgegrenzt? Aus wessen Perspektive ist diese Abgrenzung vorzunehmen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>BGB AT</b>	<b>Stellvertretung</b>
Prüfungsschema und Grundlagen	(41)

§ 164

1. Welche Ausnahmen vom Offenkundigkeitsgrundsatz existieren?
2. Welche beiden Fälle meint die Situation des sog. Handelns „unter“ fremdem Namen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Bei der Anwendung des § 828 II ist darauf zu achten, dass ein Minderjähriger, der das siebte, aber nicht das zehnte Lebensjahr vollendet hat, für einen Schaden, den er bei einem Unfall mit einem Kfz einem anderen zufügt, nicht verantwortlich ist, soweit die Verletzung nicht vorsätzlich erfolgt.

Der § 828 II will der typischen Überforderungssituation eines Kindes im Straßenverkehr Rechnung tragen, da sie die Gefahren des motorisierten Verkehrs nicht richtig einschätzen können. Daher ist der Anwendungsbereich des § 828 II dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass er nur dann einschlägig ist, wenn sich in der konkreten Situation eine typische Überforderungssituation des Kindes durch die spezifischen Gefahren des motorisierten Verkehrs realisiert hat.

**Bspw.:** Kollisionen eines Neunjährigen mit einem ordnungsgemäß geparkten Pkw fallen nicht unter § 828 II, denn Kollisionen ohne fließenden Verkehr mit ein zu beziehen, entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, noch besteht dafür ein Bedürfnis, denn die Fehlleistung des Kindes beruht hier nicht auf den besonderen Gefahren des fließenden Straßenverkehrs. **Anders aber**, wenn das Kind mit seinem Fahrrad im fließenden Verkehr gegen ein verkehrsbedingt haltendes Kfz stößt.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Ausnahmen vom Offenkundigkeitsgrundsatz:

- a) Bargeschäft des täglichen Lebens (sog. verdecktes Geschäft für den, den es angeht)
- b) offenes Geschäft für den, den es angeht (der Vertreter deckt auf, dass er lediglich in Vertretung und nicht für sich selbst handelt, deckt jedoch gerade nicht auf, wen er vertritt)
- c) unternehmensbezogenes Geschäft (wichtig im Handelsrecht)

außerdem sollte man hier folgende Fälle in Erinnerung haben:

- d) § 164 I S. 2 BGB
- e) § 1357 I 2 BGB (str.)

2. Handel unter fremdem Namen:

- ⇒ Bezeichnet entweder den Fall der sog. „Identitätstäuschung“ oder den Fall der sog. „Namenstäuschung“.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema:

- a) etwas erlangt
- b) durch Leistung des Anspruchstellers
- c) Nichteintritt des mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs

**Beachte:**

*Die letzten beiden Prüfungspunkte können auch zusammengefasst werden: Das Erreichen des Zweckes ist einerseits der Rechtsgrund zum Behaltendürfen und andererseits Voraussetzung dafür, dass der Zuwendende überhaupt leisten „will“.*

- d) Umfang der Herausgabepflicht / Einwendungen
- e) kein Ausschluss gem. § 815 bzw. § 817 S. 2
- f) allgemeine Einwendungen (z.B. Erfüllung etc.)
- g) evtl. Einreden (z.B. § 214 I)

2. Leistungszweck ist die sog. „causa non secuta“ (Leistung, um jemanden zu einem rechtlich erheblichen Verhalten zu veranlassen, auf das kein Anspruch besteht).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema § 164 I BGB:

- a) eigene Willenserklärung
- b) im Namen des Vertretenen
- c) im Rahmen der Vertretungsmacht
  - aa) Existenz der Vertretungsmacht
  - bb) innerhalb der Vertretungsmacht
  - cc) keine Beschränkungen der Vertretungsmacht

2. Abgrenzung Bote – Stellvertreter

Stellvertreter:

- ⇒ gibt eine eigene Willenserklärung ab
- ⇒ hat einen eigenen Entscheidungsspielraum, der jedoch durch die Vollmachterteilung begrenzt werden kann

Bote:

- ⇒ übermittelt lediglich eine fremde Willenserklärung
- ⇒ hat keinen eigenen Entscheidungsspielraum

Perspektive für die Abgrenzung:

- ⇒ Sichtweise des Erklärungsempfängers: Wurde aus seiner Sicht eine eigene Willenserklärung innerhalb eines Entscheidungsspielraums abgegeben, oder wurde (aus seiner Sicht) lediglich eine fremde Willenserklärung übermittelt?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT	Kaufrecht
§§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, Fall 2 (11)	

§ 437 Nr. 3  
SE

Wie lautet das Prüfungsschema zum Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, Fall 2?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT	Kaufrecht
Mangelbegriff im Kaufrecht (2)	

§ 434  
BGB

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
Verweis § 437 Nr. 3 auf das Schuldr AT (8)	

§ 437 Nr. 3  
SE

Welche Verweismöglichkeiten auf das allg. Schuldrecht enthält § 437 Nr. 3?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT	Kaufrecht
Selbstvornahme vor Fristablauf (7)	

§ 437 Nr. 1  
§ 439 I  
§ 326 II al

Kann der Käufer nach Leistung einer mangelhaften Sache den Mangel vor Fristablauf selbst beheben und Kostenersatz vom Verkäufer analog § 326 II 2 bzw. gem. §§ 346 I Fall 1, 326 IV iVm § 326 II 2 analog verlangen?

© 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

m.M.: § 326 II 2 analog (+)	h.M.: § 326 II 2 analog (-)
<p>Wertung des § 439 II: Der Schuldner müsse sich seine ersparten Aufwendungen auf die Gegenleistung anrechnen lassen.            Recht zur zweiten Andienung wird nicht ausgehöhlt, da der Käufer, der voreilig den Mangel beseitigt, sein Recht zum Rücktritt verliert, der Verkäufer aber den Kaufpreisanspruch, wenn auch gemindert, § 326 II 2, behält.            Die §§ 437 ff. sperren außerdem nicht den § 326 II 2, da § 326 II 2 nicht Gewährleistungsrecht regelt, sondern das Schicksal des Gegenleistungsanspruchs, wenn dem Verkäufer die Erfüllung der Pflichten aus dem Kaufvertrag unmöglich wird.</p>	<p>Das Recht zur zweiten Andienung wird unterlaufen.            Der Vergleich zum Werkvertragsrecht zeigt, dass § 637 eine nicht verallgemeinerungsfähige Sondervorschrift ist.            Nimmt der Käufer dem Verkäufer eigenmächtig das Recht zur Selbstvornahme, dann kann er hierfür keinen Ersatz verlangen.            Bei einer Anrechnung nach § 326 II 2 entstünden unlösbare Abgrenzungsprobleme, wenn der Käufer den Mangel nur zum Teil behebt.</p>

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

- 1.) Kaufvertrag
- 2.) Mangel bei Gefahrübergang
- 3.) Nicht wie geschuldet erbrachte Leistung trotz Fälligkeit, Möglichkeit, Möglichkeit und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 433 I 2 (behebbarer Mangel)
- 4.) Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung oder Entbehrlichkeit der Frist
- 5.) Vertreten müssen
- 6.) Rechtsfolge: Schadensersatz statt der Leistung

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 283  
 ⇒ SE bei nach Entstehg. des Schuldverhältnisses eingetretener UM der Nacherfüllung
2. §§ 437 Nr. 3, 311 a II 1, Fall I  
 ⇒ SE bei vor Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretener UM der Nacherfüllung
3. §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1, Fall 2  
 ⇒ SE bei nicht wie geschuldet erbrachter Verkäuferleistung bis zum Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung (Fall des behebbaren Mangels)
4. §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 286  
 ⇒ SE bei Verzögerung der Nacherfüllung
5. §§ 437 Nr. 3, 280 I  
 ⇒ SE bei Begleitsschäden (ehemaliger Begriff: Mangelfolgeschäden)
6. §§ 437 Nr. 3, 284  
 ⇒ Ersatz vergeblicher Aufwendungen anstelle des SE statt der Leistung

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

*Vor K wie Karriere,*

*kommt J wie Jura Intensiv*

**JETZT  
KOSTENLOSES  
PROBEHÖREN  
OHNE VORHERIGE  
ANMELDUNG**

**NÄCHSTE KURSE FRÜHJAHR 2012**

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

Jura Intensiv bietet:

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



# 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	

**JURA  
INTENSIV**

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

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

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

### Lastschriftinzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

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

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

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



# RA - ABONNEMENTVERTRAG

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

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

Hiermit bestelle ich:

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

\* fakultative Angaben für Rückfragen

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

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

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

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

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

## Ermächtigung zum Lastschrifteinzug

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

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

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

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

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

Abonnement und Lastschrifteinzugsermächtigung bestätige ich mit meiner Unterschrift.

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

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

**JURA  
INTENSIV**

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

# SKRIPTEN - BESTELLFORMULAR

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



Hiermit bestelle ich:

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

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

Artikel	Preis	Stück	Betrag
Skript „BGB AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Kaufrecht“ 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
<b>Endpreis:</b>			

Lieferung erfolgt unverzüglich nach Gutschrift der Lastschrift.

### Lastschrifteinzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

Ort, Datum

Unterschrift



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



Staatsrecht	StaatshaftungsR
Öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse (21)	

Öff.- rechtl. Schuld
----------------------------

1. Welche anerkannten Fallgruppen der öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse gibt es?
2. Wie geht man bei der Prüfung vor?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerWR BT	Baur
Drittenschutz im BauR (21)	

§§ 30ff. BauGB
-------------------

1. Was sind grenzüberschreitende Nutzungskonflikte?
2. Nenne die Grundregeln, um sie zu lösen.
3. Kommt es hier auf die drittbeschützende Wirkung des § 31 II BauGB i.V.m. Gebot der Rücksichtnahme an?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Staatsrecht	StaatshaftungsR
Amtshaftungsanspruch (9)	

Art. 34 GG, § 839 BGB
--------------------------------

1. Was für eine Rechtskonstruktion liegt dem Amtshaftungsanspruch zugrunde?
2. Welche Voraussetzungen hat der Amtshaftungsanspruch?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerWR	Prozessrecht
Haupt- und Hilfsantrag (33)	

Allg. VwGO
---------------

1. Warum muss im Rahmen eines Haupt- und Hilfsantrages zunächst immer die Zulässigkeit und Begründetheit des Hauptantrages geprüft werden? Wann und wie prüft man den Hilfsantrag?
2. Ist in einer solchen prozessualen Konstellation die objektive Klagehäufung zu erörtern und wenn ja, an welcher Stelle im Gutachten? Wie wird diese Konstellation auch noch genannt?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Dem Amtshaftungsanspruch liegt als Rechtskonstruktion eine sog. **übergeleitete Haftung** zugrunde. Das bedeutet, **über § 839 I 1 BGB** entsteht für eine **juristische Sekunde** eine **Haftung in der Person des Beamten als Privatperson**. Diese Haftung wird gem. Art. 34 S. 1 GG dann **übergeleitet auf den Staat**. Der Staat haftet also so wie sein Beamter als Privatperson haften würde.

Diese Grundkonstruktion wirkt sich bei den Prüfungspunkten „§ 839 I 2 BGB“ und „Rechtsfolge“ aus (s. dazu die nachfolgenden Karteikarten).

2. Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs:

- |    |   |
|----|---|
| a) | Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes          |
| b) | Amtspflichtverletzung                                 |
| c) | In Ausübung   |
| d) | Drittbetrag der verletzten Amtspflicht                |
| e) | Verschulden   |
| f) | Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden |
| g) | Ausschlussgründe                                      |
| h) | Rechtsfolge: Schadensersatz, §§ 249ff. BGB            |
| i) | Passivlegitimation/Anspruchsgegner                    |

**Zuständiges Gericht:** Streitwertunabhängige Zuständigkeit des LG, Art. 34 S. 3 GG i.V.m. § 40 II 1

3. Fall VwGO i.V.m. § 71 II Nr. 2 GVG.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Stellt der Kläger einen Hauptantrag und einen Hilfsantrag, so ist zwingend **zunächst** die Zulässigkeit und Begründetheit des **Hauptantrages** zu erörtern, da der **Hilfsantrag mit keinem Wort mehr angesprochen werden darf, sofern der Hauptantrag vollständig erfolgreich ist**.

**Der Hilfsantrag ist auflösend bedingt**, d.h. im Falle des Erfolges des Hauptantrages **fällt der Hilfsantrag ex tunc (von Anfang an) weg**, so als wäre er nie gestellt worden.

Somit ist der **Hilfsantrag** (Zulässigkeit und Begründetheit) **nur dann nach dem Hauptantrag zu erörtern, sofern dieser für den Kläger nicht vollständig erfolgreich ist**.

**Beachte:** Im Examen ist dies i.d.R. gegeben, da die Konstellation Haupt- und Hilfsantrag im Sachverhalt sonst keinen Sinn ergeben würde.

2. Die objektive Klagehäufung (§ 44 VwGO) ist stets zu prüfen, sofern der Kläger mehr als nur ein Klagebegehren geltend macht. Dies ist im Gutachten jedoch erst dann erkennbar, sofern der Hauptantrag nicht vollständig Erfolg hat, da der Hilfsantrag anderenfalls ex tunc wegfällt. In diesem Fall gibt es also **gar keine** Klagehäufung.

**Beachte:** Daher ist die objektive Klagehäufung **erst im Rahmen des Hilfsantrages**, und zwar **nach dessen Zulässigkeitsprüfung**, zu erörtern.

Haupt- und Hilfsantrag wird deshalb auch als sog. „**Eventualklagehäufung**“ bezeichnet.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Folgende Fallgruppen sind anerkannt:

- **Öff.-rechtliche Vertrag**
- **Öff.-rechtliche Verwahrung**, d.h. der Staat begründet ein Obhutsverhältnis über eine Sache

- **Öff.-rechtliche GoA:**

Fast nie einschlägig, weil stets die Gefahr besteht, dass sich der Bürger oder der Staat in fremde Zuständigkeitsbereiche einmischet. **Letztlich** wohl **nur möglich**, wenn es **keine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die Situation** gibt und eine **Notlage** vorliegt.

- **Öff.-rechtliche Benutzungs- und Leistungsverhältnisse**

2. Prüfungsschritte:

- Liegt eine der o.g. anerkannten Fallgruppen vor?
- Begehren des Anspruchstellers (Schadensersatz, Aufwendungsersatz etc.)?
- Suchen der einschlägigen Norm des BGB-Schuldrechts wie in einer ZivILR-Klausur.
- Prüfen dieser Norm, ebenfalls wie in einer ZivILR-Klausur.  
Regelmäßig wird wohl § 280 I BGB analog anzuwenden sein.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Grenzüberschreitende Nutzungskonflikte** liegen vor, wenn der Kläger/Antragsteller sich gegen ein **bauliches Objekt wehren möchte**, das **außerhalb seines eigenen Gebietes** liegt.

2. Es gelten folgende **Grundregeln**:

Der Drittschutz richtet sich stets nach der **Norm, die für das umstrittene Bauwerk gilt**. Diese maßgebliche Norm muss **grenzüberschreitende Schutzwirkung** haben, d.h. sie muss auch die Eigentümer von Grundstücken schützen, die **außerhalb** des Gebiets liegen.

3. **Ja.** § 30 BauGB i.V.m. §§ 1-14 BauNVO schützt nur Personen **innerhalb** des Bereichs des B-Plans, weil nur dort die bau- und bodenrechtliche Schicksalsgemeinschaft herrscht. Folglich kann sich ein Antragsteller, der **außerhalb** des Bereichs des B-Plans lebt, nur darauf berufen, das an sich unzulässige Bauwerk sei im Wege der Befreiung genehmigt worden. Dabei seien seine Interessen nicht ausreichend beachtet worden.

**Beachte!** I.R.d. § 31 II BauGB ist in diesem Fall **nur** das drittschützende Merkmal „**nachbarliche Interessen**“ zu prüfen. Auf die anderen Voraussetzungen der Norm kann sich der Antragsteller in dieser Situation nicht berufen.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



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

§ 13  
StGB

Prüfungsschema unechtes Unterlassungsdelikt

Nenne die relevanten Definitionen

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR AT I</b>	<b>Rechtswidrigkeit</b>
Irrtum über RFG – Grundlagen	

§§ 16 f.  
StGB

Welche Irrtümer über das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes gibt es?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



<b>StrafR AT I</b>	<b>Rechtswidrigkeit</b>
Irrtum über RFG – Meinungen ETBI	

§§ 16 f.  
StGB

Welche Auffassungen werden zur rechtlichen Behandlung des Erlaubnistatbestandsirrtums vertreten?



<b>StrafR BT I</b>	<b>Diebstahl</b>
Fremdheit der Sache	

§ 242  
StGB

Beim Merkmal der Fremdheit gilt im Grundsatz das Prinzip der Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts.  
Was ist darunter zu verstehen?  
Welche Ausnahme ist anerkannt und warum?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Die ganz herrschende eingeschränkte Schuldtheorie unterscheidet drei unterschiedliche Arten von Irrtümern über Rechtfertigungsgründe:

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

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

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

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

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Grundsätzlich bestimmt sich die Fremdheit der Sache ausschließlich nach den Regeln des BGB. Diesbezügliche BGB-Probleme sind auch in einer Strafrechtsklausur voll zu begutachten und zu lösen.

#### **Ausnahme:**

Die zivilrechtlichen **Rückwirkungsfiktionen des BGB** (§§ 142 I, 184, 1953 BGB) gelten im Strafrecht jedoch nicht. Dies könnte sich z.B. auswirken, wenn auch das dingliche Rechtsgeschäft angefochten wird.

#### **Begründung:**

Im Strafrecht gilt der Grundsatz, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens im Zeitpunkt der Tatbegehung feststehen muss. Ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht, kann sich nicht erst durch nachträgliche Umstände ergeben. So kann z.B. die Frage, ob sich der Täter wegen Diebstahls strafbar gemacht hat nicht von der Ausübung eines Anfechtungsrechts abhängen.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## I. Tatbestand

### 1. Objektiver Tatbestand

- Erfolg**
- Nichtvornahme der gebotenen Handlung**
- Physisch-reale Möglichkeit der Vornahme der gebotenen Handlung**
- Hypothetische Kausalität**

**Def.:** **Hypothetisch kausal** ist ein Unterlassen, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele.

- Objektive Zurechnung**
- Garantenstellung, § 13 I StGB**
- Entsprechungsklausel, § 13 I StGB**

Es muss begründet werden, warum die Untätigkeit den gleichen Unwert- und sozialen Sinngehalt haben soll wie die Ausführung der im Gesetz vorgesehenen Tathandlung. Das Unterlassen muss also in gleicher Weise wie das Tun die besonderen Handlungsmodalitäten verwirklichen und eine dem Tun vergleichbare Prägung besitzen.

### 2. Subjektiver Tatbestand

#### II. Rechtswidrigkeit

#### III. Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

### 3 Haupt-Theorien müssen bekannt sein:

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

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

### **Streitig ist die genaue Begründung dieser Analogie:**

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

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

2 Theorien „als Kür“: **Vorsatz-Theorie** und die **Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen**, die beide § 16 I direkt anwenden.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

geltenden Rechtslage wäre der Kläger nach zehn Jahren ohne weitere Prüfung entlassen worden. Die anderslautenden Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte wurden hingegen allein durch die nachträgliche Gesetzesänderung im Jahr 1998 möglich.

**Angesichts dieser Rechtsprechung des EGMR ist in diesen sog. Altfällen, in denen die Betroffenen wegen ihrer Anlasstaten bereits vor Inkrafttreten der jeweils einschlägigen Neuregelungen verurteilt waren, eine Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung gemäß Art. 5 I 2 a EMRK als generell ausgeschlossen anzusehen."**

#### b. Art. 5 I 2 c) EMRK

Nach Art. 5 I 2 c) EMRK ist eine Freiheitsentziehung unter anderem zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde möglich, wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, die betreffende Person an der Begehung einer Straftat zu hindern.

"Dieser Rechtfertigungsgrund ist jedoch nur bei hinreichend konkreten und spezifischen potentiellen Taten gegeben, aufgrund derer der Betroffene dem Richter vorzuführen ist. Personen, die in der Sicherungsverwahrung untergebracht sind, werden jedoch nicht wegen potentieller künftiger Straftaten unverzüglich einem Richter vorgeführt oder vor Gericht gestellt. **Deren potentielle künftige Taten sind nicht hinreichend konkret und spezifisch, insbesondere hinsichtlich des Orts und der Zeit ihrer Begehung und ihrer Opfer, und fallen daher nicht unter Art. 5 I 2 c) EMRK."**

#### c. Art. 5 I 2 e) EMRK

"Schließlich kann hier auch nicht vom Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nach Art. 5 I 2 e) EMRK ausgegangen werden. Dieser ermöglicht eine rechtmäßige Freiheitsentziehung bei psychisch Kranken. [...] Allerdings setzt dies voraus, dass es sich um eine zuverlässig nachgewiesene Störung handelt, die eine zwangsweise Unterbringung erfordert und die fort dauert, wobei die Mitgliedsstaaten hinsichtlich des Vorliegens dieser Voraussetzungen einen Beurteilungsspielraum besitzen. Zudem verlangt Art. 5 I 2 e) EMRK, dass die gesetzlichen Regelungen des betreffenden Anordnungs- oder Überprüfungsverfahrens die Feststellung einer psychischen Störung im Sinne einer ausdrücklichen Tatbestandsvoraussetzung vorsehen, und zudem die sonstige Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung.

Letzteres beinhaltet auch die Frage, ob die Freiheitsentziehung **"auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise"**, Art. 5 I EMRK, erfolgt ist. Dabei verweist die EMRK im Wesentlichen auf das innerstaatliche Recht und erlegt die Verpflichtung auf, dessen materiell- und verfahrensrechtliche Bestimmungen einzuhalten.

Das BVerfG hat jedoch durch Urteil vom 04.05.2011 festgestellt, dass § 67d III 1 n. F. - auf denen auch im vorliegenden Fall die Anordnung der weiteren Sicherungsverwahrung beruhte - mit Art. 2 II 2 GG i. V. m. Art. 20 III GG unvereinbar sind, da der mit diesen Vorschriften verbundene Eingriff in das Vertrauen des betroffenen Personenkreises auf ein Ende der Sicherungsverwahrung nach Ablauf von zehn Jahren angesichts des damit verbundenen Eingriffs in das Freiheitsrechts verfassungsrechtlich nur nach Maßgabe strikter Verhältnismäßigkeitsprüfung und zum Schutz höchster Ver-

Ebenso BVerfG, RA 2011, 424 = NJW 2011, 1931

Art. 5 I 2 EMRK:

Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden: [...]

c) rechtmäßige [...] Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern [...]

e) rechtmäßige Freiheitsentziehung [...] bei psychisch Kranken [...]

Durch den Verweis in Art. 5 I 1 EMRK auf das innerstaatliche Recht wäre hier also ggf. inzidenter zu prüfen gewesen, ob die in Deutschland geltenden Vorschriften der Sicherungsverwahrung verfassungsgemäß sind, wenn dies nicht im Bearbeitervermerk vorgegeben wäre. Diesbezüglich sei nochmals auf die Ausführungen der in der RA ausführlich besprochenen Entscheidung BVerfG, RA 2011, 424 = NJW 2011, 1931 verwiesen.

fassungsgüter zulässig ist und das Gewicht dieser Vertrauensschutzbelange durch die Wertungen der EMRK noch verstärkt wird. **Daher kann eine rückwirkend angeordnete oder verlängerte Freiheitsentziehung durch Sicherungsverwahrung nur noch als verhältnismäßig angesehen werden, wenn der gebotene Abstand zur Strafe gewahrt wird, eine hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten aus konkreten Umständen in der Person oder dem Verhalten des Untergebrachten abzuleiten ist und die Voraussetzungen des Art. 5 I 2 e) EMRK in der zugrunde gelegten Auslegung erfüllt sind. [...]**

Dass diese engen Ausnahmevoraussetzungen bei dem Kläger jedoch in dem maßgeblichen Zeitraum seiner Sicherungsverwahrung von 1999 bis 2010 vorgelegen hätten, ist nicht ersichtlich und wird auch von dem beklagten Land nicht behauptet."

Ein **Verschulden** der handelnde Staatsorgane **ist nicht Anspruchsvoraussetzung** (und daher nicht zu prüfen, vgl. BGHZ 45, 58), bei Art. 5 V EMRK handelt es sich um einen Anspruch aus **Gefährdungshaftung**.

Weitere Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich. Somit liegt eine Verletzung des Kl. in seinem Recht auf Freiheit aus Art. 5 I EMRK vor.

### III. Rechtsfolgen

Der Kl. hat damit unmittelbar aus Art. 5 V EMRK einen Anspruch auf Schadensersatz. Fraglich bleibt, ob dieser auch den vom Kl. geltend gemachten immateriellen Schaden ("Schmerzensgeld") umfasst und ob er sich gegen das Land Baden-Württemberg richtet.

#### 1. Umfang

"Der Anspruch [...] umfasst auch den hier begehrten Ersatz immateriellen Schadens, da es sich bei Art. 5 V EMRK um ein Gesetz i. S. v. § 253 BGB handelt und Art. 5 I EMRK die Freiheit als ein immaterielles Rechtsgut schützt."

#### 2. Passivlegitimation

"Der Anspruch aus Art. 5 V EMRK richtet sich gegen das beklagte Land, da die Sicherungsverwahrung aufgrund der Entscheidungen der Vollstreckungsgerichte des Landes in einer Justizvollzugsanstalt des Landes vollzogen wurde. Die konventionswidrige Freiheitsentziehung ist daher durch das beklagte Land erfolgt."

Der Kl. hat nach alledem einen Anspruch auf Schadensersatz für seinen immateriellen Schaden gegen das Land Baden-Württemberg.

#### FAZIT:

Die EMRK führt in Praxis und Prüfung eher ein Schattendasein, weil die von ihr gewährten Freiheiten hinter denen des GG zurückbleiben und sie "nur" im Rang eines einfachen Bundesgesetzes in innerstaatliches Recht transformiert wurde. Der vorliegende Fall ist demgegenüber ein schönes Beispiel dafür, dass die EMRK sehr wohl bedeutsam werden kann, denn aus anderen Anspruchsgrundlagen hätte der Kl. seine immaterielle Entschädigung nicht realisieren können.

Der Fall eignet sich besonders gut für Prüfungsgespräche, zumal angesichts der Bezugnahme in Art. 5 I EMRK auf innerstaatliches Recht im Rahmen der Rechtfertigung des Freiheitseingriffs inzidenter die deutsche Sicherungsverwahrung auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen ist.

Ebenso BGHZ 122, 268.

Ob dem Kl. daneben auch ein Anspruch gegen die BRD als Gesetzgeber der verfassungs- und konventionswidrigen Gesetze über die Sicherungsverwahrung zustehen könnte, hatte das LG nicht zu entscheiden, da der Kl. diese nicht in Anspruch nahm.

Der Höhe nach hat das LG dem Kl. übrigens 65.000 € zugesprochen, auf die Verwahrungsdauer umgerechnet also ca. 500 € pro Monat. Zum Vergleich: Nach dem StrEG wären 25 € pro Tag fällig gewesen.

Zu einem weiteren aktuellen Fall zu Art. 5 V EMRK (Haftung der Gemeinde als Ausländerbehörde für Freiheitsentziehung) vgl. OLG Naumburg, LKV 2012, 190



**Problem: Öffentlich - rechtliche GoA unter Hoheitsträgern**

VG POTSDAM, URTEIL VOM 01.03.2012  
10 K 1189/07 (LKV 2012, 188)

**EINLEITUNG:**

Im vorliegenden Fall hatte ein Landkreis in der Annahme eine Straße errichtet, dass diese zur Landesstraße gewidmet würde. Das Land hatte sich allerdings nicht gegenüber dem Landkreis, sondern nur gegenüber der Gemeinde, zu deren Ortsumgehung die Straße dienen sollte, in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zu einer solchen Widmung verpflichtet. Die Widmung blieb aus, der Landkreis verlangte daraufhin im Klagewege Widmung und Ersatz der Errichtungskosten vom Land.

Auf die Widmung hatte der Landkreis aber keinen Anspruch, da sich ein solcher nicht aus dem Gesetz ergibt und auch aus dem Vertrag zwischen der Gemeinde und dem Land nichts für den Landkreis abgeleitet werden konnte, auch nicht aus § 328 BGB.

Auch auf den Errichtungskosten blieb der Landkreis sitzen. Als Anspruchsgrundlage kam ernsthaft allein eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag in betracht. Eine solche ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Potsdam aber schon nicht anwendbar, wenn die Kompetenzen eindeutig gesetzlich geregelt sind (str.); jedenfalls lagen die Voraussetzungen nicht vor, da der Landkreis kein "fremdes" Geschäft geführt hatte.

**SACHVERHALT:**

Im Jahr 1996 hatte der Landkreis L auf seinen Grundstücken und auf seine Kosten eine teilweise Ortsumgehung um die Gemeinde G (sog. "Nordtangente") errichtet. Die Gemeinde verpflichtete sich 1997 in einem Vertrag mit dem Bundesland Brandenburg (B), an diese eine durch das Gemeindegebiet führende "Südtangente" anzubauen, welche die Nordtangente mit der Bundesstraße 103 verbinden und so die Ortsumgehung vervollständigen sollte. § 1 I 2 des Vertrages lautete: "Die Südtangente wird nach Fertigstellung von B zusammen mit der Nordtangente als Teil der B 103 gewidmet. Die vorhandene Ortsdurchfahrt wird zurückgebaut."

In der Folge stellte G die Südtangente fertig, B widmete aber nur diese - nicht auch die Nordtangente - als Bundesstraße, obwohl auch die Nordtangente faktisch die Funktion einer Bundesstraße erfüllt. L verlangt nun von B die Widmung der Nordtangente als Bundesstraße und die Erstattung der Straßenbaukosten.

Stehen L diese Ansprüche zu? Der Fall ist unter allen rechtlichen Gesichtspunkten - ggf. hilfsweise - zu erörtern.

**LÖSUNG:****1. Teil: Ansprüche auf Widmung als Bundesstraße****A. Anspruch aus § 2 BFStrG**

Ein solcher Anspruch könnte sich zunächst aus § 2 BFStrG ergeben. Diese Norm hat jedoch keine Anspruchsqualität:

**"§ 2 II FStrG bestimmt lediglich die objektiven Voraussetzungen für eine solche Widmung durch die oberste Landesstraßenbaubehör-**

Allg.M., vgl. nur Marschall, FStrG, 6. Aufl. [2012], Rn. 41 m.w.N.

de, räumt aber nicht einem Dritten, insbesondere auch nicht dem Eigentümer des Straßengrundstücks, einen subjektiven Anspruch hierauf ein."

### **B. Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag**

Ein Anspruch auf Widmung der Nordtangente als Bundesstraße könnte noch aus öffentlich-rechtlichem Vertrag gem. § 54 ff. VwVfG folgen. Immerhin hat sich B in einem solchen zur Widmung auch der Nordtangente verpflichtet. Dies allerdings nur gegenüber der Gemeinde G, nicht gegenüber dem Anspruchsteller, Landkreis L:

"Ein Anspruch aus (öffentlich-rechtlichem) Vertrag ist nicht gegeben. Einen Vertrag über die Herstellung der Ortsumfahrung hat [B] lediglich mit der Gemeinde geschlossen."

### **C. Anspruch aus § 328 I BGB**

Schließlich könnte noch daran gedacht werden, dass es sich bei dem zwischen G und B geschlossenen Vertrag um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt mit der Folge, dass L über § 328 I BGB (der über § 62 S. 2 VwVfG auf öffentlich-rechtliche Verträge entsprechend anwendbar ist) eigene Ansprüche aus diesem ableiten könnte.

"Keiner Bestimmung jenes Vertrags lässt sich auch nur entfernt entnehmen, dass dem Kl. als einem Dritten entsprechend § 328 I BGB konkrete Ansprüche [...] hinsichtlich des nördlichen Straßenabschnitts eingeräumt werden sollten. § 1 I 2 der Vereinbarung vermochte den Kl. allenfalls in seiner - rechtlich nicht geschützten - Erwartung bestärken, es werde künftig zu einer durchgängigen Widmung und Nutzung der Ortsumfahrung als Bundesstraße kommen."

### **D. Zwischenergebnis**

L hat keine Ansprüche gegen B auf Widmung der "Nordtangente" als Bundesstraße.

## **2. Teil: Anspruch auf Erstattung der Straßenbaukosten**

### **A. Anspruch aus §§ 683, 677, 670 BGB analog**

Als Anspruchsgrundlage auf Erstattung der Straßenbaukosten kommt in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung im öffentlichen Recht eine analoge Anwendung der §§ 683, 677, 670 BGB in Betracht. Die Straßenbaukosten könnten Aufwendungen im Sinne des § 683 BGB sein, die L nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA, §§ 677 ff. BGB) wie ein Beauftragter gem. § 670 BGB von B ersetzt verlangen könnte.

### **I. Anwendbarkeit der GoA im öffentlichen Recht**

Dann müssten die Regeln der GoA aus §§ 677 ff. BGB auf öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen überhaupt analog anwendbar sein. Eine Analogie setzt zunächst eine planwidrige Regelungslücke voraus. Schon diese fehlt hier:

"Der Kl. kann seinen Anspruch auch nicht auf eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 683 BGB stützen. Denn **eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB) setzt eine der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zuwiderlaufende Lücke („planwidrige Regelungslücke“) voraus. Daran fehlt es, wenn die einschlägigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts die**

**Frage, wer ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen hat, abschließend beantworten.**

Das ist hier der Fall. Der Bau und die Unterhaltung einer Bundesstraße fallen [...] gem. den §§ 3 I 1, 5 I 1 FStrG in den ausschließlichen Aufgabenbereich der Bundesrepublik Deutschland, der im Wege der insoweit vorgesehenen Auftragsverwaltung von den für den Bund handelnden Ländern wahrgenommen wird (Art. 90 II GG). Dritte haben sich einer eigenständigen Wahrnehmung dieser Aufgabe angesichts der abschließend geregelten Kompetenzzuweisung zu enthalten. Ihre Einbeziehung ist nur im Rahmen eines ausdrücklichen Auftrages des Bundes möglich."

**II. Tatbestand (hilfsweise)**

Unterstellt, die Regeln der GoA wären entsprechend anwendbar, stellte sich die Frage, ob die anspruchsbegründenden Voraussetzungen vorliegen.

**1. Geschäft**

Zunächst müsste ein Geschäft geführt worden sein. Dies ist nicht im Sinne eines Rechtsgeschäfts zu verstehen. Vielmehr genügt jedes Verhalten. Ein solches kann auch im Bau einer Straße liegen.

**2. Fremd**

Jedoch müsste ein fremdes Geschäft getätigt worden sein. L müsste also im Pflichtenkreis eines anderen - genauer: des in Anspruch genommenen Bundeslandes B - tätig geworden sein. Dies ist nicht der Fall:

"Selbst wenn man für Fälle der vorliegenden Art eine entsprechende Anwendung der §§ 677 ff. BGB bejahen würde, wäre ein Anspruch des Kl. auf Aufwendungsersatz (§ 683 BGB) zu verneinen. **Der Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, dass der Geschäftsführer ein zumindest auch fremdes Geschäft wahrgenommen hat. Das ist nur der Fall, wenn mit dem ausgeführten Geschäft auch eine dem Dritten obliegende Verpflichtung erfüllt worden ist.** Der Kl. hat aber weder mit dem Bau des nördlichen Abschnitts der Ortsumfahrung noch mit deren Unterhaltung eine Verpflichtung der Bekl. erfüllt."

Vielmehr hat sie ein eigenes Geschäft geführt, wenn sie auf ihren Grundstücken eine Straße errichtet und unterhält. Die bloße Erwartung, diese werde zukünftig als Bundesstraße gewidmet, ändert daran nichts. Bloße Erwartungen begründen keine fremden Pflichten. Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher GoA scheiden daher auch tatbestandlich aus.

**B. Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Erstattungsanspruch**

Schließlich könnte an einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gedacht werden. Dieses Rechtsinstitut ist gewohnheitsrechtlich aus einer analogen Anwendung der §§ 812 ff. BGB im öffentlichen Recht hervorgegangen. Danach ist rechtsgrundlos Erlangtes auch im öffentlichen Recht zurückzugewähren.

Fraglich ist allerdings schon, ob B hier etwas erlangt hat. Das VG verneint:

"Ein Anspruch ergibt sich auch nicht nach den Grundsätzen des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs. Der Bekl. hat bislang nichts erlangt, was er dem Kl. erstatten könnte. Erst wenn eine

Widmung des nördlichen Abschnitts der Ortsumfahrung als Bundesstraße erfolgen würde, müsste der Bund die hierfür genutzten Grundstücke des Kl. übernehmen und der Bekl. einen Ausgleich hierfür leisten.

Auch hat der Bekl. bislang keine Aufwendungen erspart. Nach dem Gesagten war er weder zum Bau noch zum Unterhalt der Ortsumfahrung verpflichtet, die einen entsprechenden Aufwand hätten auslösen können. Insoweit stellen sich der Bau und der Unterhalt der Straße als "aufgedrängte" Bereicherung dar."

### C. Ergebnis

L hat keine Ansprüche gegen B auf Erstattung der Straßenbaukosten.

#### FAZIT:

Der besondere Reiz des Falles liegt darin, dass er auf der Schnittstelle des bürgerlichen zum öffentlichen Recht spielt. Speziell zur öffentlich-rechtlichen GoA sollte man sich folgendes merken:

I. Früher war die Übertragung der GoA-Regeln auf das öffentliche Recht streitig. Heute ist ihre grundsätzliche Anwendbarkeit allerdings gesichert (vgl. BVerwGE 48, 279 und BVerwG, NVwZ-RR 2004, 84). Jedoch: Die GoA-Regeln dürfen nicht missbraucht werden, um eine gesetzliche Regelung im öffentlichen Recht zu umgehen. Regelt beispielsweise das Ordnungsrecht abschließend die Kostenerstattungsansprüche des Staates gegen den Störer, lehnen Viele zu Recht einen darüber hinausgehenden Anspruch aus GoA ab (vgl. nur Seiler, in: MüKo-BGB, Vor § 677 Rn 31 m.w.N.). So entschied das VG Potsdam auch hier. Der BGH, ist diesbezüglich allerdings deutlich großzügiger. Dort wird die GoA auch in Fällen abschließender öffentlich-rechtlicher Regelungen angewendet, z.T. sogar dann, wenn die öffentlich-rechtlichen Kostenerstattungsansprüche gerade daran scheitern, dass die Behörde sich nicht an das Gesetz gehalten (z.B. eine Ersatzvornahme nicht zuvor angedroht) hat, vgl. nur BGHZ 40, 28; 65, 354. Diese Entscheidungen setzen sich allerdings kaum oder gar nicht mit dem Problem der Gesetzesbindung der Verwaltung aus Art. 20 III GG auseinander, der durch die Anwendung der GoA bei Umgehung oder Nichtbeachtung öffentlich-rechtlicher Vorschriften verletzt wird. Sie sind daher dogmatisch kaum haltbar. Im Ergebnis läge hier ja auch der Tatbestand nicht vor. Man hätte die Anwendbarkeit also auch offen lassen können.

II. Unter Hoheitsträgern wird sich übrigens stets - wie auch hier - das Problem stellen, ob der geschäftsführende, Ersatz begehrende Hoheitsträger wirklich ein "fremdes Geschäft" geführt hat, denn normalerweise sind die Zuständigkeiten unter Hoheitsträgern exklusiv verteilt. Hiervon mag es aber Ausnahmen geben. Eine solche ist bspw. anerkannt, wenn eine Polizei- oder Ordnungsbehörde zur Gefahrenabwehr im Pflichtenkreis eines anderen Hoheitsträgers tätig wird, der nicht selbst zur Bekämpfung der Gefahr Willens oder in der Lage ist.

III. Vor allem findet die öffentlich-rechtliche GoA aber im Verhältnis Staat - Bürger Bedeutung. Um Missverständnissen vorzubeugen: Macht der Staat Ansprüche aus öffentlich-rechtlicher GoA gegen den Bürger geltend, muss er diese ggf. einklagen. Keinesfalls verleihen die GoA-Regeln die Befugnis, einen Anspruch durch Verwaltungsakt festzusetzen. Sie verlieren ihren von Gleichordnung geprägten, zivilrechtlichen Charakter nicht dadurch, dass sie entsprechend im öffentlichen Recht angewendet werden. Sie sind mit anderen Worten (nur) Anspruchsgrundlage, nicht Ermächtigungsgrundlage.

Tipp: Bei Problemen die Anwendbarkeit der GoA offen lassen und prüfen! Geht der Anspruch i.E. nicht durch, kann die Anwendbarkeit dahinstehen.

Unter Hoheitsträgern: "Fremdes Geschäft" nicht undenkbar, aber in aller Regel (-)

Hauptbedeutung der öffentl.-rechtl. GoA liegt im Verhältnis Staat - Bürger.

## Speziell für Referendare:

### Problem: Rechtsschutz gegen Gutachtenanordnung

VG FREIBURG, URTEIL VOM 21.12.2011  
2 K 1301/11 (NVwZ-RR 2012, 308)

#### EINLEITUNG:

Im Waffen- und Sprengstoffrecht können Erlaubnisse widerrufen oder versagt werden, wenn auf Anforderung kein Eignungsgutachten beigebracht wird (vgl. §§ 6 II i.V.m. 45 IV WaffG und 8b II SprengG). Der Kl. befürchtete, solchen Maßnahmen ausgesetzt zu werden und beantragte (im Hauptantrag) Feststellung, dass er zur Beibringung eines solchen Eignungsgutachtens nicht verpflichtet sei. Dabei stieß er auf zwei Probleme:

1. Es war gar keine Beibringung eines Eignungsgutachtens angeordnet worden. Vielmehr hatte die Behörde es nur abgelehnt, seine sprengstoffrechtliche Erlaubnis ohne Eignungsgutachten zu verlängern.

2. Selbst wenn eine Gutachtenbeibringung angeordnet wird, halten die Gerichte diese wegen § 44a VwGO für nicht justiziabel, da sie nur eine Obliegenheit begründe, nicht aber unmittelbare Rechtsfolgen nach sich ziehe. Erst die Versagung der Erlaubnis bzw. deren Widerruf seien als Verwaltungsakte anfechtbar. Somit handle es sich bei der Gutachtenanordnung um eine unselbstständige Verfahrenshandlung „auf dem Weg“ zum Erlass eines Verwaltungsakts.

Seine Feststellungsklage hatte daher keinen Erfolg. Das VG kommt auf § 44a VwGO dabei (erst) im Rechtsschutzinteresse zu sprechen. Vertretbar – wenn nicht gar vorzugswürdig – ist es aber auch, schon die Statthaftigkeit an § 44a VwGO scheitern zu lassen oder einem Kläger in den Fällen des § 44a VwGO jedenfalls das Feststellungsinteresse (bzw. die Klagebefugnis) abzusprechen, weil eine Verletzung eigener Rechte durch eine unselbstständige, nur Obliegenheiten begründende Verfahrensanordnung ausgeschlossen erscheint. Das VG geht hierauf aber mit keinem Wort ein.

#### SACHVERHALT:

Der Kläger (Kl.) ist Inhaber einer Waffenbesitzkarte für Sportschützen mit fünf eingetragenen Waffen und zweier weiterer Waffenbesitzkarten mit zusammen vier Waffen. Am 6.5.2011 beantragte er die Verlängerung der bis zum 24.5.2011 befristeten sprengstoffrechtlichen Erlaubnis zum Erwerb von Schwarzpulver.

Mit Schreiben vom 26.5.2011 wies das Landratsamt X den Kl. darauf hin, dass die den Strafbefehlen vom 7.11.2001 und vom 9.8.2010 zu Grunde liegenden Verhaltensweisen ernsthafte Bedenken gegen seine persönliche Eignung im Sinne des Waffen- und Sprengstoffgesetzes begründeten. Eine Verlängerung seiner sprengstoffrechtlichen Erlaubnis komme daher nur in Betracht, wenn er durch ein Eignungsgutachten nachweise, dass er (weiterhin) die notwendige Eignung zum Erwerb von Schwarzpulver besitze. Ferner müsse er auch mit dem Widerruf seiner waffenrechtlichen Erlaubnis rechnen, wenn er diesen Nachweis nicht führe.

Nachdem das Eignungsgutachten ausblieb, hat das Landratsamt X tatsächlich ein Widerrufsverfahren bzgl. der waffenrechtlichen Erlaubnisse des Kl. eingeleitet. Eine Entscheidung hierzu ist aber eben-

#### Leitsätze:

Die Anforderung eines Eignungsgutachtens nach § 6 II WaffG, § 8b II SprengG ist als unselbstständige Verfahrenshandlung gem. § 44a VwGO nicht anfechtbar.

Der Antrag auf Feststellung zum Nichtvorliegen der Voraussetzungen für eine Anforderung dieses Gutachtens ist unzulässig.

#### § 6 II WaffG:

Sind Tatsachen bekannt, die Bedenken gegen die persönliche Eignung nach Absatz 1 begründen, oder bestehen begründete Zweifel an vom Antragsteller beigebrachten Bescheinigungen, so hat die zuständige Behörde dem Betroffenen auf seine Kosten die Vorlage eines amts- oder fachärztlichen oder fachpsychologischen Zeugnisses über die geistige oder körperliche Eignung aufzugeben.

#### § 45 IV WaffG:

Verweigert ein Betroffener im Fall der Überprüfung des weiteren Vorliegens von [...] Tatbestandsvoraussetzungen [...] seine Mitwirkung, so kann die Behörde deren Wegfall vermuten.

#### § 8b II SprengG:

Sind Tatsachen bekannt, die Bedenken gegen die persönliche Eignung nach Absatz 1 begründen, oder bestehen begründete Zweifel an von der betroffenen Person beigebrachten Bescheinigungen, so hat die zuständige Behörde der Person [...] aufzugeben, dass sie sich innerhalb einer von ihr festgelegten Frist auf eigene Kosten einer amts- oder fachärztlichen oder fachpsychologischen Untersuchung zu unterziehen und ein Gutachten beizubringen hat.

In der Anordnung ist die Person darauf hinzuweisen, dass die Behörde bei Verweigerung der Untersuchung oder nicht fristgerechter Vorlage des Gutachtens auf die Nichteignung schließen darf.

so wenig ergangen wie über den Antrag des Kl. auf Verlängerung seiner sprengstoffrechtlichen Erlaubnis. Der Kl. hat nun Klage erhoben mit den Anträgen

1. Festzustellen, dass er nicht verpflichtet ist, ein Gutachten über seine waffen- und sprengstoffrechtliche Eignung vorzulegen,
2. hilfsweise festzustellen, dass keine seine waffen- und sprengstoffrechtliche Eignung ausschließenden Tatsachen vorliegen,
3. höchst hilfsweise den Bekl. zu verpflichten, binnen zwei Wochen über den Widerruf seiner waffenrechtlichen Erlaubnisse zu entscheiden.

Wie wird das VG entscheiden?

#### **LÖSUNG:**

Das VG wird der Klage stattgeben, soweit sie zulässig und begründet ist; im Übrigen wird es sie abweisen.

#### **A. Hauptantrag**

Im Hauptantrag beantragt der Kl. festzustellen, dass er nicht verpflichtet ist, ein Gutachten über seine waffen- und sprengstoffrechtliche Eignung vorzulegen. Dieser Antrag müsste zunächst zulässig sein.

#### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die streitentscheidenden Normen (§§ 6 II WaffG, 8b II SprengG) sind öffentlich-rechtlicher Natur, da sie ausschließlich eine Behörde und damit einen Hoheitsträger berechtigen. Die Streitigkeit ist auch nicht-verfassungsrechtlicher Art und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

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

Die statthafte Klageart bestimmt sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Kl. Hier kommt nur eine Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in Betracht. Unter einem Rechtsverhältnis in diesem Sinne ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen zu verstehen.

Hier streiten sich mit dem Kl. und dem Bekl. eine natürliche und eine juristische Person (des öffentlichen Rechts). Der Kl. wirft auch eine konkrete Frage auf, nämlich ob er verpflichtend waffen- und sprengstoffrechtliches Eignungsgutachten vorzulegen. Dass diese Frage mit §§ 6 II WaffG, 8b II SprengG auf öffentlichem Recht beruht, wurde bereits oben erwähnt. Der Kl. begehrt die Feststellung, dass er zur Vorlage eines solchen Gutachtens nicht verpflichtet ist, also das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Statthaft ist daher die negative Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO.

#### **III. Allg. Rechtsschutzinteresse**

Fraglich ist jedoch, ob dem Kläger ein allgemeines Rechtsschutzinteresse zur Seite steht. Dies ist nicht gegeben, wenn es einen einfacheren, besseren, schnelleren Weg zum Erfolg für ihn gibt. Das VG meint, er müsse unter diesem Gesichtspunkt erst einmal die Anordnung einer Gutachtenbeibringung abwarten; eine solche liege nämlich noch gar nicht vor:

Das allg. RSchutzinteresse kann hinter die Klageart vorgezogen werden, wenn es – wie hier - erkennbar fehlt. Jedenfalls im 2. Examen sollte der Prüfer nicht mit i.E. belanglosen Ausführungen zu den übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen gelangweilt werden.

“Sofern der Kl. mit dem Hauptantrag die Feststellung begehrt, dass er nicht verpflichtet ist, der Behörde ein amts- oder fachärztliches oder fachpsychologisches Zeugnis über seine waffenrechtliche Eignung gem. § 6 II WaffG und sprengstoffrechtliche Eignung nach § 8 b II SprengG vorzulegen, fehlt es dem Kl. bereits an dem Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Feststellung. Denn es ergibt sich weder aus der Aufforderung des Landratsamts X. vom 26.5.2011 noch sonst aus dem Vorbringen des Bekl., dass dieser von einer rechtlichen Verpflichtung des Kl. ausgeht, das dort bezeichnete Eignungsgutachten vorzulegen. Vielmehr beschränkt sich der Gehalt der Gutachtensanforderung in dem Schreiben vom 26.5.2011 auf einen Hinweis auf bestehende Eignungsbedenken beim Kl., die dieser durch die Vorlage eines amts- oder fachärztlichen oder fachpsychologischen Gutachtens über seine geistige und körperliche Eignung im Hinblick auf den Umgang mit Waffen und Munition sowie mit explosionsgefährlichen Stoffen entkräften könne.“

Und selbst wenn die Behörde eine Gutachtenbeibringung angeordnet hätte, genügte dies immer noch nicht. Vielmehr stellte auch eine solche lediglich einen unselbstständigen Verfahrensschritt i.S.d. § 44a VwGO auf dem Weg zum Erlass eines Verwaltungsakts (Entzug einer Erlaubnis oder – wie hier – Ablehnung eines Verlängerungsantrags) dar. Der Kl. müsse m.a.W. erst diesen Verwaltungsakt als Endentscheidung abwarten und gegen diesen dann Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erheben:

„Eine vollziehbare Verpflichtung des Kl. zur Vorlage eines Eignungsgutachtens kommt der Gutachtensanforderung auch nach der gesetzlichen Konzeption der Anforderung nicht zu. **Vielmehr stellt die Begutachtungsaufforderung - eine behördliche Verfahrenshandlung dar, die Rechtswirkungen allein im Zusammenhang mit der Beurteilung der in Zweifel geratenen persönlichen Eignung entfaltet und gegen die nach § 44a VwGO Rechtsbehelfe (Widerspruch, Anfechtungsklage) nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können.**

Dies ergibt sich daraus, dass mit einer Begutachtung des Betr. auf seine geistige und körperliche Eignung ein nicht unerheblicher Eingriff in dessen Persönlichkeitsrechte erfolgt, der – wie etwa in § 44 II WpFIG – zur Begründung einer eigenständigen gesonderten Vollstreckbarkeit einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage bedürfte, die hier nicht gegeben ist und für die angesichts der Möglichkeit der Behörde in § 45 IV WaffG, in dem Fall, dass der Betr. das angeforderte Gutachten nicht vorlegt, auf das Nichtvorliegen der notwendigen Eignung zu schließen, auch kein Bedürfnis besteht.“

Danach ist der Hauptantrag unzulässig.

## B. Erster Hilfsantrag

Hilfsweise beantragt der Kl. festzustellen, dass keine seine waffen- und sprengstoffrechtliche Eignung ausschließenden Tatsachen vorliegen. Über diesen Antrag ist nun zu entscheiden, nachdem die auflösende Bedingung des Erfolges des Hauptantrags nicht eingetreten ist. Auch dieser (erste) Hilfsantrag müsste zunächst zulässig sein. Dass er unter einer Bedingung gestellt wurde, steht der Zulässigkeit dabei nicht per se entgegen, da es sich insoweit um eine innerpro-

A.A. teilweise die Lit., vgl. König/Papsthart, Das neue WaffenR, Rdnr. 190; Apel-Bushart, WaffenR, Bd. 3, § 4 WaffVO, Rdnr. 5

Ebenso hingegen VG Berlin, Beschluss vom 18.3.05 – 1 A 321/04; VG Sigmaringen, Urteil vom 26.4.06 - 1 K 1331/05; Steindorf/Heinrich/Papsthart, WaffenR, § 6 WaffG Rn. 10; Heller/Schoschinka, WaffenR, 2008, Rn 799

zessuale Bedingung handelt, welche die übrigen Beteiligten und das Gericht nicht im Unklaren über den Streitgegenstand und -umfang lässt und daher – anders als eine außerprozessuale Bedingung – als solche zulässig ist.

### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist wiederum über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Auch der Streit über die in §§ 4 ff. WaffG geregelten Eignungstatsachen ist öffentlich-rechtlicher Natur, nicht verfassungsrechtlicher Art und nicht durch abdrängende Sonderzuweisungen einem anderen Gericht zugewiesen.

### **II. Statthaftigkeit**

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Statthaft könnte wiederum eine Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO sein. Dann müsste es dem Kl. um das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gehen. „Rechtsverhältnis“ wurde bereits oben als konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen definiert.

#### **1. Eignung des Klägers**

Nicht feststellungsfähig sind danach Eigenschaften einer Person (oder Sache), weil es insoweit an einer zweiten Person und damit an einem „Verhältnis“ fehlt. Die waffen- und sprengstoffrechtliche Eignung des Kl. wäre eine solche Eigenschaft. Sie wäre somit nicht feststellungsfähig, wollte man sein Begehren wörtlich nehmen.

#### **2. Berechtigung der Bekl. zum Einschreiten**

Jedoch ist nach § 88 VwGO das wirkliche Begehren zu ermitteln. Dem Kl. kann nicht unterstellt werden, dass er eine offensichtlich unstatthafte Klage erheben wollte. Sein Begehren könnte daher allenfalls so verstanden werden, dass er meint feststellen lassen zu müssen, dass die Bekl. aufgrund der vorliegenden Umstände, namentlich der von der Bekl. erwähnten Strafbefehle vom 7.11.2001 und vom 9.8.2010, kein Einschreiten der Bekl. gegen ihn zulässig sei. Dadurch würde die notwendige Beziehung zu einer zweiten Person – dem Bekl. als juristischer Person des öffentlichen Rechts – hergestellt. Dieses wäre auch hinreichend konkret, wenn man es auf die Feststellung beschränkte, dass jedenfalls die Strafbefehle vom 7.11.2001 und vom 9.8.2010 kein Einschreiten der Bekl. gegen ihn in Form des Entzugs seiner Waffenbesitzkarte oder in Form der Ablehnung seines Antrags auf Verlängerung seiner sprengstoffrechtlichen Erlaubnis rechtfertigten. Dass es sich dabei um ein zukünftiges Rechtsverhältnis handelt, ist insoweit ohne Belang; § 43 I VwGO differenziert nicht nach vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsverhältnissen.

### **III. Feststellungsinteresse**

Allerdings ist das Rechtsschutzsystem der VwGO repressiv ausgestaltet. Ein schützenswertes Feststellungsinteresse i.S.d. § 43 I VwGO a.E. besteht bei zukünftigen Rechtsverhältnissen daher nur ganz ausnahmsweise dann, wenn dem Kl. ein Abwarten unzumutbar ist. Davon kann hier keine Rede sein:

„Sofern der Kl. mit seinem ersten Hilfsantrag [...] die Feststellung begehrt, dass keine Tatsachen vorliegen, die Bedenken gegen sei-

Das VG geht in seiner Entscheidung auf diese Tatsache nicht ein, sondern legt vielmehr kommentarlos das Klägerbegehren wie hier unter 2. aus. Es empfiehlt sich in einer Prüfungsaufgabe jedoch nicht, kommentarlos vom wörtlichen Begehren des Kl. abzuweichen.

Merke: Feststellungsinteresse bei zukünftigen Rechtsverhältnissen nur bei Unzumutbarkeit des Abwartens!



ne persönliche Eignung [...] begründen, fehlt es an dem für die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 43 I VwGO notwendigen berechtigten Interesse an einer solchen Feststellung.

Ein solches Interesse ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass das Landratsamt X. mit Schreiben vom 26.5.2011 das Vorliegen solcher Tatsachen behauptet hat. [...] Zwar kann die Behörde gem. § 45 IV WaffG den Wegfall der persönlichen Eignung vermuten, wenn ein Betr. bei Vorliegen hinreichender Eignungsbedenken nach § 6 I WaffG die Befolgung der Anordnung nach § 6 II WaffG verweigert, mit der weiteren Folge, dass dann nach § 45 II WaffG die waffenrechtlichen Erlaubnisse zu widerrufen und nach § 27 III i. V. mit § 8 I Nr. 2 b, II SprengG die Erlaubnis zum Umgang und Erwerb von explosionsgefährlichen Stoffen zu versagen sind. **Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass gleichsam vorbeugend zu einem möglicherweise drohenden Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnisse oder einer Versagung der Verlängerung der sprengstoffrechtlichen Erlaubnis eine isolierte Feststellung zum Nichtvorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für die Gutachtensanforderung begehrt werden kann.**

Vielmehr ergibt sich aus der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Gestaltungs- und Leistungsklage nach § 43 II VwGO und der Unzulässigkeit eines Rechtsbehelfs gegen behördliche Verfahrenshandlungen, die – wie die Gutachtensanforderung nach § 6 II WaffG und nach § 8 b II SprengG – als unselbstständige Beweisanordnungen nur der Vorbereitung eines Verwaltungsakts dienen, ohne selbst vollstreckbar zu sein, dass der Kl. Rechtsschutz allein gegen den Widerruf seiner waffenrechtlichen Erlaubnisse und die Ablehnung der Verlängerung seiner sprengstoffrechtlichen Erlaubnis erlangen kann. Ausnahmen, die den Verweis des Kl. auf einen nachträglichen Rechtsschutz gegen den drohenden Widerruf seiner waffenrechtlichen Erlaubnisse und die Ablehnung der Verlängerung seiner sprengstoffrechtlichen Erlaubnis zum Erwerb und Besitz von Schwarzpulver als unzumutbar erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.“

Danach ist auch der (erste) Hilfsantrag unzulässig.

### **C. Zweiter Hilfsantrag**

Höchst hilfsweise beantragt der Kl. den Bekl. zu verpflichten, binnen zwei Wochen über den Widerruf seiner waffenrechtlichen Erlaubnisse zu entscheiden. Hierzu gilt wiederum das oben unter B. Gesagte: Die (zulässige) innerprozessuale, auflösenden Bedingungen des Erfolgs des Hauptantrags oder ersten Hilfsantrags sind nicht eingetreten, sodass der zweite Hilfsantrag nunmehr zur Entscheidung steht.

### **I. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist auch für den zweiten Hilfsantrag über § 40 I 1 VwGO eröffnet. Der Streit über den Erlass eines Verwaltungsakts wie des Entzugs einer waffenrechtlichen Erlaubnis ist öffentlich-rechtlicher Natur, weil die streitentscheidenden Normen (vgl. §§ 45 ff. WaffG) solche des öffentlichen Rechts sind. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art und nicht einem anderen Gericht zugewiesen.

## II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Hier könnte es sich um eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I 2. Fall VwGO handeln. Dann müsste der Kl. den Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsakts begehren.

Der Entzug seiner waffenrechtlichen Erlaubnis, über den er wörtlich zu entscheiden begehrt, wäre für ihn offensichtlich belastender Natur. Bei verständiger Würdigung seines Begehrens kann sein zweiter Hilfsantrag daher nur so verstanden werden, dass er die Behörde dazu verpflichtet sehen möchte, seine waffenrechtliche Erlaubnis nicht zu widerrufen.

## III. Klagebefugnis

Dann müsste der Kl. allerdings geltend machen können, durch die Ablehnung oder Unterlassung eines solchen Bescheids in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein, § 42 II VwGO. Ein subjektiv-öffentliches Recht in diesem Sinne kann sich aus Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung, öffentlich-rechtlichem Vertrag, Verwaltungsakt und Gewohnheitsrecht ergeben.

### 1. Subjektiv-öffentliches Recht aus Verwaltungsakt (hier: Waffenbesitzkarten)

Der Kl. hat durch die ihm erteilten Waffenbesitzkarten gem. § 10 WaffG die Erlaubnis erhalten, Waffen zu erwerben und zu besitzen. Allerdings greift die bloße Untätigkeit der Behörde, die nicht über einen Entzug entscheidet, nicht in dieses Recht ein:

„Soweit der Kl. weiter hilfsweise beantragt, die Behörde zu verpflichten, in dem Verfahren über den Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnisse innerhalb einer Frist von zwei Wochen eine Entscheidung zu treffen, ist dieser Antrag mangels Klagebefugnis unzulässig. Der Kl. kann nicht geltend machen, durch die Verweigerung einer behördlichen Entscheidung in dem waffenrechtlichen Widerrufsverfahren in seinen subjektiven Rechten verletzt zu sein. Er hat keinen Anspruch darauf, dass im Rahmen eines - der Gefahrenabwehr zuzurechnenden - behördlichen Verfahrens zum Widerruf einer waffenrechtlichen Erlaubnis eine Verwaltungsentscheidung innerhalb einer angemessenen Frist ergeht. **Denn der Kl. ist allein durch den Umstand, dass ein Widerrufsverfahren eingeleitet bzw. die Notwendigkeit eines Widerrufs seiner waffenrechtlichen Erlaubnisse geprüft wird, in seinem Rechtskreis nicht unmittelbar beeinträchtigt. Auch kennt das Verwaltungsverfahren im nichtförmlichen Verwaltungsverfahren des Gefahrenabwehrrechts kein Institut einer Einstellung des Verfahrens, mit dem besondere Rechtsfolgen etwa mit Blick auf die Verwertbarkeit von Erkenntnissen verbunden wären.**“

### 2. Aus Gesetz (hier: § 75 VwGO)

„Sofern in § 75 S. 1 VwGO ein Anspruch auf eine Sachentscheidung der Behörde innerhalb einer angemessenen Frist ausdrücklich eingeräumt ist, ist dieser Anspruch auf die Situation beschränkt, dass die zuständige Behörde nicht über einen Widerspruch oder über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts entscheidet. Eine solche Sachlage ist hier jedoch nicht gegeben; insbesondere hat der Kl. seinen Hilfsantrag gerade nicht auf

die fehlende Bescheidung seines Antrags auf Verlängerung der sprengstoffrechtlichen Erlaubnis, sondern allein auf den Widerruf der waffenrechtlichen Erlaubnisse bezogen.“

Somit ist auch der zweite Hilfsantrag mangels Klagebefugnis unzulässig.

#### D. Ergebnis

Das Gericht wird die Klage abweisen. Über Haupt- und Hilfsanträge kann dabei gem. § 44 VwGO in einem Urteil entschieden werden.

#### FAZIT:

Wesentlich bedeutsamer für Prüfung und Praxis als dieser waffen- und sprengstoffrechtliche Aufhänger ist die **Gutachtenanforderung im Straßenverkehrsrecht, namentlich einer medizinisch-psychologischen Untersuchung (MPU)**. Dort ist die Dogmatik jedoch vollkommen identisch, sodass die vorliegende Entscheidung auch unter diesem Aspekt sehr lehrreich ist:

Nach § 46 I der Fahrerlaubnisverordnung (FeVO) ist dem Inhaber einer Fahrerlaubnis diese zu entziehen, wenn er sich als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erweist. Werden entsprechende Tatsachen bekannt, so verweist § 46 III FeVO u.a. auf § 11 FeVO. Dort wiederum heißt es in § 11 I 1 FeVO: „Werden Tatsachen bekannt, die Bedenken gegen die körperliche oder geistige Eignung des Fahrerlaubnisbewerbers begründen, kann die Fahrerlaubnisbehörde zur Vorbereitung von Entscheidungen über die Erteilung oder Verlängerung der Fahrerlaubnis oder über die Anordnung von Beschränkungen oder Auflagen die Beibringung eines ärztlichen Gutachtens durch den Bewerber anordnen.“ Weiterhin bestimmt § 11 VIII 1 FeVO: „Weigert sich der Betroffene, sich untersuchen zu lassen, oder bringt er der Fahrerlaubnisbehörde das von ihr geforderte Gutachten nicht fristgerecht bei, darf sie bei ihrer Entscheidung auf die Nichteignung des Betroffenen schließen.“

Das bedeutet im Klartext: Die Beibringung einer MPU kann von der Fahrerlaubnisbehörde in Verdachtsfällen angeordnet, jedoch nicht erzwungen werden. Es handelt sich vielmehr um eine reine Obliegenheit des Betroffenen, ob er das MPU-Gutachten beibringt oder nicht. Bringt er es nicht bei, muss er allerdings mit negativen Folgen rechnen, weil allein daraus gem. § 11 VIII FeVO auf seine Nichteignung geschlossen werden kann.

Diese Dogmatik bedeutet prozessual zugleich, dass die Anordnung einer MPU-Beibringung nicht angefochten werden kann, weil sie mangels eigener Regelungswirkung keinen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt (sie kann und muss daher im Übrigen auch nicht mit einer sofortigen Vollziehungsanordnung nach § 80 II Nr. 4 VwGO versehen werden, sodass auch vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 V 1 VwGO ausscheidet). Vielmehr muss der Betroffene sich entscheiden, ob er entweder die (kostspielige, mit ungewissen Erfolgsaussichten behaftete) MPU über sich ergehen lässt und im Erfolgsfall das Gutachten vorlegt, oder sich der MPU nicht unterzieht, den (dann zwangsläufigen) Entzug seiner Fahrerlaubnis abwartet und hiergegen Anfechtungsklage erhebt (bzw. Verpflichtungsklage auf Neuerteilung nach erfolgter Ablehnung, wenn es um eine solche geht). Selbst eine denkbare Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO, gerichtet auf Nichtbestehen einer Pflicht zur MPU-Beibringung, scheiterte an § 44a

VwGO: Bei diesem Verständnis ist die MPU-Anordnung nur eine unselbstständige Verfahrenshandlung, die selbst nicht justiziabel ist. Dass dieses Procedere im Hinblick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG nicht besonders befriedigend ist, leuchtet unmittelbar ein. Man denke nur an einen Berufskraftfahrer, dem man zumutet, zunächst den Entzug seiner Fahrerlaubnis (und damit seiner Existenzgrundlage) abzuwarten, anstatt sich gegen eine – möglicherweise evident rechtswidrige – MPU-Anordnung wehren zu können, oder an Personen, die schlicht das Geld für eine MPU nicht aufbringen können.

Vgl. nur VGH Mannheim, NJW 2006, 480; BVerwG, DAR 1994, 372

Die Rechtsprechung hat jedoch alle Versuche der Literatur, hiergegen unter Verweis auf Art. 19 IV GG aufzubegehren, unisono abgeschmettert, seit das BVerwG in seiner Leitentscheidung BVerwGE 34, 248 (= NJW 1970, 1989) die o.g. Grundsätze entwickelt hat. Jedenfalls im Referendarexamen bringt es daher nichts, dieses Ergebnis anzuzweifeln. Vielmehr ist - wie auch vom VG Freiburg im vorliegenden Fall geschehen - ein gegen die Gutachtenanordnung gerichteter Klageantrag als unzulässig abzuweisen.

Wenn - anders als hier - schon eine Gutachtenanordnung vorliegt, sollte in der statthaften Klageart allerdings zunächst eine Anfechtungsklage angeprüft und mangels VA-Charakters der Anordnung abgelehnt werden. Es bleibt dann die negative Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO, die zwar statthaft, jedoch wegen § 44a VwGO ebenfalls unzulässig ist. Ob man – wie hier das VG – die Zulässigkeit dann am allgemeinen Rechtsschutzinteresse scheitern lässt, oder § 44a VwGO als eigenen, negativen Zulässigkeitspunkt („Kein Ausschluss nach § 44a VwGO“) prüft (so z.B. Kopp/Schenke, VwGO, § 44a Rn 1), ist dann Geschmackssache. Im Examen würde die Begründetheit dann vielfach hilfsweise zu prüfen sein.

## Strafrecht

### Problem: Garantenpflicht zur Verhinderung eines Suizids

BGH, URTEIL VOM 21.12.2011  
2 STR 295/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung spricht der BGH die Frage an, ob ein Garant auch die Garantenpflicht dazu hat, einen eigenverantwortlichen Suizid des Opfers zu verhindern.

In der Vergangenheit hatte der BGH – im Gegensatz zur herrschenden Literatur – eine Garantenpflicht zur Verhinderung eines eigenverantwortlichen Suizids jedenfalls ab dem Zeitpunkt angenommen, ab dem der Suizident (z.B. wegen einer eingetretenen Bewusstlosigkeit) das Geschehen nicht mehr selbst beherrscht. Die Formulierung des BGH in der vorliegenden Entscheidung gibt Anlass zur Annahme, dass dieser an diesem Standpunkt in Zukunft vielleicht nicht mehr festhalten wird. Allerdings brauchte sich der BGH in diesem Urteil insofern noch nicht festzulegen, da der Suizid des Opfers nicht eigenverantwortlich war.

#### SACHVERHALT:

Der Angeklagte A war seit dem Jahre 2006 mit der G befreundet. Es entstand eine intime Beziehung, in der sich A dominant zeigte, während ihm G "in Hörigkeit und Liebe" zugetan war. G nahm zum Wintersemester 2008/2009 ein Studium in Trier auf. Vor diesem Hintergrund erklärten A und G, dass sie ihre Beziehung beenden wollten. A wandte sich einer neuen Freundin zu, mit der er sich verlobte. Er stand aber weiter mit G in Kontakt, rief sie am 07.06.2009 nach einem Streit mit seiner Verlobten an und vereinbarte mit ihr, dass beide einige Zeit gemeinsam in Trier verbringen würden. A nahm eine zu mehr als der Hälfte gefüllte Flasche "Cleanmagic" dorthin mit. Dabei handelte es sich um ein Reinigungsmittel mit dem Wirkstoff Gamma-Butyrolacton. Er hatte sich im Internet über die Wirkungsweise informiert und benutzte es sehr vorsichtig in genau dosierten Mengen als Drogensersatz. Er hatte auch G angeboten, ebenfalls dieses Mittel zu konsumieren, was aber nicht erfolgt war. G wusste von der Gefährlichkeit des Mittels. A stellte die Flasche "Cleanmagic" im Zimmer der G auf den Wohnzimmertisch. G, die A als "die Liebe ihres Lebens" bezeichnete, hoffte wieder auf eine gemeinsame Zukunft.

Am 12.06.2009 erklärte ihr A jedoch, dass er weiter an seiner Verlobung mit einer anderen Frau festhalte. G war darüber tief enttäuscht. Danach, jedenfalls aber vor 23.35 Uhr, nahm G, die nie zuvor Selbsttötungsgedanken geäußert hatte, aus einem spontanen Entschluss heraus die Flasche "Cleanmagic", schüttete vor den Augen des A etwa 30 ml des Reinigungsmittels in ein Glas, mischte dies mit einem Getränk und trank die Hälfte der Mischung, darunter 15 bis 25 ml des Reinigungsmittels. Bereits 6 bis 7 ml bewirken bei einer Person von ihrer Statur Bewusstlosigkeit, Verflachung der Atmung und Atemstillstand.

A, der am Computer saß, hatte zuvor die Verzweiflung der G bemerkt und wahrgenommen, dass sie aus der Flasche "Cleanmagic" trank. Er erkannte an der verbleibenden Restmenge die erhebliche Dosis.

#### § 13 I StGB:

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

Er wusste um die schnelle Resorption und die Lebensgefährlichkeit des Mittels für Menschen, die es trinken. Er forderte G auf, sich zu übergeben. Diese erbrach aber erst fünf Minuten nach dem Verschlucken des Reinigungsmittels einen Teil der Flüssigkeit und verfiel in Bewusstlosigkeit. A suchte im Internet nach Informationen über Gegenmaßnahmen, unterließ es aber, notärztliche Hilfe zu rufen, und nahm dabei den Tod der G in Kauf. Hätte er unverzüglich einen Notarzt gerufen, so hätte G zumindest innerhalb einer halben Stunde nach Einnahme des Mittels gerettet werden können. Um 01.55 Uhr beendete A seine Computerrecherchen und verließ die Wohnung. Danach entdeckte W, die in derselben Wohngemeinschaft lebte, die leblose G und rief den Notarzt, der sie dann aber nicht mehr retten konnte.

Hat A sich wegen Totschlags durch Unterlassen strafbar gemacht?

**PRÜFUNGSSCHEMA: TOTSCHLAG DURCH UNTERLASSEN, §§ 212 I, 13 I StGB**

- I. Tatbestand
  1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs (Tod des Opfers)
  2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung
  3. Physisch-reale Möglichkeit der Vornahme der gebotenen Handlung
  4. Hypothetische Kausalität
  5. Objektive Zurechnung
  6. Garantenstellung und -pflicht, § 13 I StGB
  7. Entsprechungsklausel, § 13 I StGB
  8. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit
- III. Schuld

**LÖSUNG:**

Dadurch, dass er nicht unverzüglich einen Notarzt verständigte, könnte A sich wegen Totschlags durch Unterlassen gem. §§ 212 I, 13 I StGB strafbar gemacht haben.

**I, Tatbestand**

**1. Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs**

G ist tot, der Erfolg des § 212 I StGB ist somit eingetreten.

**2. Nichtvornahme der zur Erfolgsabwendung gebotenen Handlung**

A hat nicht unverzüglich einen Notarzt gerufen, obwohl dies zur Abwendung des Todes der G geboten gewesen wäre.

**3. Physisch-reale Möglichkeit der Vornahme der gebotenen Handlung**

Die Verständigung eines Notarztes wäre A möglich gewesen.

**4. Hypothetische Kausalität**

„Das Unterlassen ist [...] für den Tod der Geschädigten im Sinne einer hypothetischen Rettung bei unverzüglichem Herbeirufen des Notarztes ursächlich geworden.“

Die hypothetische Kausalität eines Unterlassens für einen Erfolg ist gegeben, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfielen (BGH, NJW 2010, 1087, 1090; Kühl, AT, § 18 Rn. 36)

## 5. Objektive Zurechnung

Der Tod der G ist A als sein Werk objektiv zuzurechnen.

## 6. Garantenstellung und –pflicht, § 13 StGB

A müsste auch einen Garantenstellung und daraus eine Handlungspflicht zur Rettung der G gehabt haben.

„[7] Nach allgemeinen Grundsätzen **hat jeder, der Gefahrenquellen schafft, die erforderlichen Vorkehrungen zum Schutz anderer Personen zu treffen**. Da eine absolute Sicherung gegen Gefahren nicht erreichbar ist, beschränkt sich die Verkehrssicherungspflicht auf das Ergreifen solcher Maßnahmen, die nach den Gesamtumständen zumutbar sind und die ein umsichtiger Mensch für notwendig hält, um Andere vor Schäden zu bewahren. **Strafbar ist die Nichtabwendung einer Gefahr aus der vom Garanten eröffneten Gefahrenquelle dann, wenn eine nahe liegende Möglichkeit begründet wurde, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden können**. Der Angeklagte hatte durch Abstellen der Flasche mit dem gefährlichen Mittel auf dem Wohnzimmertisch im Zimmer der Geschädigten eine erhebliche Gefahrenquelle geschaffen. Er hatte der Geschädigten früher den Konsum angeboten, weshalb auch die Möglichkeit bestand, dass sie davon trinken würde. Eine Handlungspflicht für den Angeklagten wurde in dem Augenblick begründet, in dem er wahrnahm, dass die Geschädigte tatsächlich davon trank. Da er nach den Feststellungen genau um die rasche Wirkung und die besondere Gefährlichkeit der Einnahme des Mittels durch Menschen wusste und erkannte, dass die Geschädigte eine erhebliche Menge des Mittels getrunken hatte, hätte er nachdem er bemerkt hatte, dass sie die Flüssigkeit nicht sogleich erbrach, unverzüglich den Notarzt rufen müssen. Diese Pflicht hat er schuldhaft nicht erfüllt. [...]

[8] Eine eigenverantwortlich versuchte Selbsttötung der Geschädigten lag nicht vor. **Fehlt es an einer ernst gemeinten und freiverantwortlichen Entscheidung des Opfers sich zu töten, dann ist das Nichtverhindern des Todes durch einen Garanten als Totschlag durch Unterlassen zu beurteilen**. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dem spontanen Trinken des Reinigungsmittels habe kein ernstlicher Selbsttötungsentschluss zu Grunde gelegen. Da die Geschädigte in Anwesenheit des Angeklagten von dem Reinigungsmittel trank, ist davon auszugehen, dass sie dies tat, um auf sich aufmerksam zu machen. Es lag kein freiverantwortlicher Selbsttötungsentschluss zugrunde. Dies wird daraus deutlich, dass sie der Aufforderung des Angeklagten, sich zu erbrechen, Folge leistete.“

Zum Totschlag durch Unterlassen bei Nichtverhindern eines Suizids: Wessels/Hettinger, BT I, Rn. 54

Garantenstellung und –pflicht des A sind also gegeben.

## 7. Entsprechungsklausel, § 13 I StGB

Bei einem reinen Erfolgsdelikt wie § 212 I StGB entspricht die Herbeiführung des Erfolgs durch ein garantenpflichtwidriges Unterlassen stets derjenigen durch eine Handlung.

## 8. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

A handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

A handelte auch schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A ist strafbar gem. §§ 212 I, 13 I StGB.

**FAZIT:**

Die Frage, ob ein Garant die Pflicht hat, einen eigenverantwortlichen Suizid zu verhindern, wird in Rechtsprechung und Literatur schon länger kontrovers diskutiert. Sie stellt sich bei allen Arten von Garantstellungen, neben einer Garantstellung aus Ingerenz (wie im vorliegenden Fall) insbesondere auch dann, wenn eine Garantstellung aus enger persönlicher Verbundenheit (wie etwa Ehe oder Verwandtschaft) besteht.

Die herrschende Literatur lehnt insoweit eine Pflicht des Garantens zur Verhinderung eines Suizides dann ab, wenn der Suizident den Entschluss zur Selbsttötung eigenverantwortlich (also insb. nicht motiviert durch Irrtümer oder psychische Krankheiten wie etwa Depressionen) getroffen hat. Diese Wertung haben in der Rechtsprechung insb. das OLG und die Staatsanwaltschaft in München aufgenommen. Der BGH, der ursprünglich eine allgemeine Pflicht des Garantens zur Verhinderung auch eines eigenverantwortlichen Suizids angenommen hatte, geht mittlerweile davon aus, dass diese Pflicht erst ab dem Zeitpunkt besteht, ab dem der Garant (insb. wegen einer Bewusstlosigkeit des Suizidenten) die Tatherrschaft innehat. Auf dieses Kriterium hat der BGH in der vorliegenden Entscheidung nicht abgestellt, was aber wohl darauf zurückzuführen ist, dass – wie der BGH in dem Urteil ausführt – das vom Opfer getrunkene Mittel so schnell tödlich wirkt, dass ein sofortiges Eingreifen erforderlich ist, wenn noch eine Rettung erfolgen soll. Deshalb würde das Abwarten bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit eine Rettung unmöglich machen. Der BGH wohl zum Ausdruck bringen, dass hier – ähnlich einer *omissio libera in causa* - schon das Vorverhalten strafbegründend wirken kann und der Täter mit seiner Hilfeleistung nicht bis zum Eintritt der Bewusstlosigkeit warten durfte. Die Ausführungen im Urteil können jedoch nicht ohne Weiteres so verstanden werden, dass der BGH von seinem bisherigen Standpunkt abweichen und einen Hilfspflicht bei einem eigenverantwortlichen Suizid ablehnen will – vor allem, da im vorliegenden Fall ein eigenverantwortlicher Suizid des Opfers gar nicht vorlag.

Jedenfalls bietet das Urteil Prüfern Anlass dazu, das klassische Problem der Garantspflicht zur Verhinderung eines eigenverantwortlichen Suizids wieder in Prüfungsaufgaben aufzunehmen.

Gegen die Pflicht des Garantens zur Verhinderung eines eigenverantwortlichen Suizids: OLG München, NJW 1987, 2940, 2942; StA München I, RA 2011, 439, 441 f. = NSTZ 2011, 345; Fischer, Vor §§ 211 ff. Rn. 24; Schönlke/Schröder-Eser, Vorbem. §§ 211 ff. Rn. 41 ff.; Hiersche, ZStW 1999, 45

Zum Bestehen einer Verhinderungspflicht: BGHSt 2, 150; 6, 147; 32, 367, 373 f.; SK-Horn, § 212 Rn. 18; § 216 Rn. 14

Bestehen der Verhinderungspflicht offen gelassen: BGHSt 32, 342



**Problem: Irrtum über hypothetische Einwilligung**

BGH, URTEIL VOM 11.10.2011  
1 STR 134/11 (NSTZ 2012, 205)

**EINLEITUNG:**

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH mit dem Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung.

Während die Einwilligung und die mutmaßliche Einwilligung allgemein als Rechtfertigungsgründe anerkannt sind, lehnt die herrschende Literatur eine Rechtfertigung über eine hypothetische Einwilligung ab. Der BGH bestätigt in der vorliegenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung, dass auch eine hypothetische Einwilligung einen Rechtfertigungsgrund darstellen kann. Deswegen sei auch die irrige Annahme einer solchen nicht stets ein Erlaubnisirrtum, sondern könne auch einen Erlaubnistatbestandsirrtum darstellen.

**SACHVERHALT:**

Am 24.07.2007 führte der Angeklagte A in seinen Praxisräumen bei dem 85-jährigen P eine Darmspiegelung (Koloskopie) durchgeführt. Diese war von dem den P behandelnden Urologen erbeten worden, weil sich Blut im Stuhl befunden hatte. Nachdem P am 18.07.2007 über die Risiken dieser Untersuchung aufgeklärt worden war, hatte er eine Einwilligungserklärung zur Koloskopie unterschrieben. Die Koloskopie ergab einen normalen Befund ohne Hinweis auf eine Blutungsquelle. A entschloss sich daher dazu, im Anschluss bei P eine Magenspiegelung (Gastroskopie) vorzunehmen. Dabei war A klar, dass P noch unter dem Einfluss der für die Koloskopie verabreichten Narkotika stand. Dieser Zustand sollte für die Durchführung der Magenspiegelung genutzt werden, um eine erneute Sedierung zu vermeiden. Andererseits hatte P keine Einwilligung für eine Magenspiegelung gegeben und war auch zuvor nicht über den Eingriff und die damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden. Eine wirksame Aufklärung des P und die Abgabe einer rechtsgültigen Einwilligungserklärung durch diesen kamen zu diesem Zeitpunkt wegen des Einflusses der verabreichten Narkotika nicht in Betracht. Dies war A auch klar. Dennoch begann er mit der Durchführung der Gastroskopie, die jedoch daran scheiterte, dass P nicht in der Lage war, das Einführen des Endoskops in die Speiseröhre durch Schluckbewegungen zu unterstützen. Angesichts der konkreten Untersuchungssituation war A als erfahrenem Gastroenterologen sofort klar, dass das der Untersuchung innewohnende bekannte Risiko einer Perforation der Speiseröhre (die ihrerseits zu einer lebensbedrohlichen Mittelfellentzündung führen kann) signifikant erhöht war. Insoweit hat A auch in Kauf genommen, dass sich dieses Risiko verwirklichen und P eine Mittelfellentzündung erleiden könne. Bei diesen Versuchen kam es durch das von A eingeführte Endoskop zu einer Perforation der Speiseröhre bei P, an deren absehbaren weiteren Folgen P verstarb. A war bewusst, dass die Durchführung einer Magenspiegelung unmittelbar im Anschluss an die Darmspiegelung bei P nicht medizinisch indiziert war. Eine Magenspiegelung hätte nach erfolgter Aufklärung und Einwilligung jederzeit später durchgeführt werden können, wenn sich dafür eine Indikation ergeben hätte.

Hat A sich wegen der Begehung von Vorsatztaten strafbar gemacht, wenn er keinen Tötungsvorsatz hatte, aber annahm, P hätte bei vorheriger Befragung der Gastroskopie zugestimmt?

**PRÜFUNGSSCHEMA: MUTMAßLICHE EINWILLIGUNG**

- I. Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen
  1. Vorliegen eines disponiblen Rechtsguts
  2. Kein Vorliegen einer Einwilligung
  3. Einwilligungserklärung kann nicht rechtzeitig eingeholt werden
  4. Kein erkennbar entgegenstehender Wille des Opfers
  5. Handeln im materiellen Interesse des Opfers oder Handeln ohne Berührung schutzwürdiger Interessen
- II. Subjektives Rechtfertigungselement

**LÖSUNG:**

**A. Strafbarkeit gem. § 223 I StGB**

Durch die Durchführung der Magenspiegelung könnte A sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB zum Nachteil des P strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

Die durch das Verhalten des A bei P verursachte Speiseröhrenperforation stellt sowohl eine körperliche Misshandlung als auch eine Gesundheitsschädigung dar. A handelte insofern auch vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

A könnte jedoch hinsichtlich der Durchführung der Magenspiegelung gerechtfertigt gewesen sein.

**1. Einwilligung**

Da P vor der Tat keine Einwilligungserklärung abgegeben hat, scheidet eine Rechtfertigung des A durch eine Einwilligung aus.

**2. Mutmaßliche Einwilligung**

**a. Objektive Rechtfertigungsvoraussetzungen**

**aa. Vorliegen eines disponiblen Rechtsguts**

Bei der durch § 223 I StGB geschützten körperlichen Unversehrtheit handelt es sich – wie § 228 StGB zu entnehmen ist – um ein disponibles Rechtsgut.

**bb. Kein Vorliegen einer Einwilligung**

Eine Einwilligungserklärung des P liegt nicht vor (s.o.).

**cc. Einwilligungserklärung kann nicht rechtzeitig eingeholt werden**

Die Durchführung der Gastroskopie unmittelbar Durchführung der Koloskopie war nicht medizinisch indiziert. A hätte also mit der Durchführung der Magenspiegelung warten können, bis die Narkotika bei P abgeklungen waren und dann eine Einwilligungserklärung einholen können.

**b. Ergebnis**

A ist nicht aus einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt.

Körperliche Misshandlung ist jede üble unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (BGH, NStZ 2007, 218; Fischer, § 223 Rn. 3a)  
Gesundheitsschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustands (OLG Düsseldorf, MdR 1984, 29; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 5)

### 3. Hypothetische Einwilligung

A könnte aus einer hypothetischen Einwilligung gerechtfertigt sein.

Eine hypothetische Einwilligung kommt als Rechtfertigungsgrund bei einer medizinischen Heilbehandlung dann in Betracht, wenn eine wirksame Einwilligung des Patienten zwar (mangels Vorliegen einer Einwilligungserklärung oder wegen einer mangelhaften Aufklärung des Patienten) nicht gegeben ist, jedoch festgestellt werden kann, dass der Patient bei hinreichender Aufklärung eingewilligt hätte.

„[22] Das Landgericht ist im Rahmen seiner Begründung für die Annahme einer ‚hypothetischen Einwilligung‘ rechtsfehlerhaft von einem unzutreffenden Ausgangspunkt ausgegangen. Die Feststellung, dass auch eine Magenspiegelung grundsätzlich indiziert war, sagt nichts darüber aus, dass diese Untersuchung eilig erfolgen musste und nicht eine vorherige Einwilligung des P eingeholt werden konnte. **Das zur Wahrung der Persönlichkeit des Patienten erforderliche Selbstbestimmungsrecht steht einer voreiligen ärztlichen Maßnahme entgegen**, zumal, wenn es sich - wie hier - nicht um eine dringende Heilbehandlung, sondern lediglich um eine Untersuchung aus Diagnosegründen handelt. Dies war in die Überzeugungsbildung einzustellen.“

A ist somit auch nicht aus einer hypothetischen Einwilligung gerechtfertigt.

### III. Schuld

A war jedoch davon ausgegangen, P hätte bei vorheriger Befragung der Gastroskopie zugestimmt und deshalb geglaubt, er sei gerechtfertigt. Fraglich ist, wie sich dieser Irrtum auswirkt.

„Ein **Verbotsirrtum** ist dann gegeben, wenn der Arzt das Fehlen des Einverständnisses für möglich, den Eingriff aber für zulässig hält, weil er medizinisch geboten ist; die Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums ist jedoch ‚kaum je zweifelhaft‘.

Wird hingegen festgestellt, dass der Angeklagte irrig angenommen hat, P hätte bei vorheriger Befragung der Erweiterung zugestimmt, **so liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der entsprechend § 16 StGB zu behandeln ist**. Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre, ist dem Arzt nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist nach dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ zu Gunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.

In Betracht kommt dann aber eine Bestrafung wegen fahrlässiger Tötung (§ 222 StGB), wenn die Todesfolge individuell vorhersehbar und vermeidbar war oder zumindest wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 230 StGB).“ [gemeint ist § 229 StGB, Anm. d. Verf.]

A glaubte, P hätte bei vorheriger Befragung der Gastroskopie zugestimmt, er unterlag also einem Erlaubnistatbestandsirrtum. Somit entfällt analog § 16 StGB die Vorsatzschuld des A.

### IV. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 223 I StGB.

Zur hypothetischen Einwilligung: BGH, RA 2007, 535, 538 = NSStZ-RR 2007, 340, 341; Bosch, JA 2008, 70; Sickor, JR 2008, 179;

Zum Verbotsirrtum i.R.v. § 223 StGB: BGHSt 45, 219, 225; BGH, StV 2004, 376, 377; Fischer, § 223 Rn. 16

Der BGH folgt hinsichtlich der Rechtsfolgen des Erlaubnistatbestandsirrtums der sog. rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie (BGH, RA 2012, 109, 111 = NSStZ 2012, 272, 274; ebenso Fischer, §16 Rn. 22; Wessels/Beulke, AT, Rn. 478 f.)

Andere Lösungsansätze:

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

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

- nach der Vorsatztheorie (Otto, JURA 1990, 645, 647) und der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen (Kindhäuser, StGB, Vor §§ 32-35, Rn. 37 ff.) entfällt gem. § 16 I 1 StGB der Vorsatz

**B Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I; 227 I StGB**

Da bereits keine Strafbarkeit des A wegen des Grunddelikts (§ 223 I StGB) gegeben ist, scheidet eine Strafbarkeit wegen der Qualifikationen gem. §§ 223 I, 224 I StGB und § 227 I StGB aus.

**C. Ergebnis**

A hat sich nicht wegen vorsätzlicher Delikte strafbar gemacht.

**FAZIT:**

In der vorliegenden Entscheidung setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen ist – was in der Literatur immer noch weitgehend abgelehnt wird. Allerdings kommt der BGH auch im vorliegenden Urteil – wie in allen anderen Entscheidungen zur hypothetischen Einwilligung – zu dem Ergebnis, dass deren Voraussetzungen im konkreten Fall nicht vorliegen und der Angeklagte deshalb nicht gerechtfertigt ist. Die Frage, ob es den Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung tatsächlich gibt, ist allerdings auch im Rahmen der Bewertung des Irrtums des Täters relevant: Erkennt man die hypothetische Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund an, so kann die irrige Annahme einer entsprechenden Rechtfertigung durch den Täter nur einen Erlaubnisirrtum darstellen. Dieser ist gem. § 17 StGB zu behandeln ist und führt, da er praktisch immer vermeidbar ist, gem. § 17 S. 2 StGB nicht zum Wegfall der Strafbarkeit. Stellt jedoch die hypothetische Einwilligung tatsächlich einen Rechtfertigungsgrund dar, so ist bei Annahme der entsprechenden Voraussetzungen ein Erlaubnistatbestandsirrtum gegeben, auf den nach ganz herrschender Meinung § 16 I 1 StGB (direkt oder analog) Anwendung findet, sodass zumindest eine Vorsatzstrafbarkeit des Irrenden ausscheidet.

Die Ausführungen des BGH zum Vorliegen des Erlaubnistatbestandsirrtums offenbaren allerdings eine unsaubere Subsumtion, die bei einem Prüfling zu einem wesentlichen Punktabzug führen würde: Ein Erlaubnistatbestandsirrtum ist nur dann gegeben, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die, wenn sie tatsächlich vorlägen, die Tat rechtfertigen würden. D.h. der Täter muss sich irrig einen Sachverhalt vorstellen, bei dessen Vorliegen **sämtliche Voraussetzungen** des in Betracht kommenden Rechtfertigungsgrundes gegeben wären.

Eine hypothetische Einwilligung würde jedoch – wie der BGH selbst ausführt – eine ärztliche Heilbehandlung nur dann rechtfertigen, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Ein Patient würde aber nur eine Operation einwilligen, nach die den Regeln der ärztlichen Kunst (*lege artis*) durchgeführt wird. Die Magenspiegelung des P in unmittelbarem Anschluss an die Darmspiegelung war jedoch – wie der BGH selbst ausführt – nicht medizinisch indiziert. Sie hätte auch später noch durchgeführt werden können und stellte in diesem Zeitpunkt eine unnötig riskante Behandlung dar, da P als Folge der erfolgten Sedierung die für die Gastroskopie erforderliche Mitwirkung durch Schlucken nicht in ausreichenden Maße erbringen konnte. Da A sich als erfahrener Gastroenterologe dessen sicher auch bewusst war, stellte er sich somit wohl keine Umstände vor, bei deren tatsächlichen Vorliegen er gerechtfertigt wäre. Das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandsirrtums, den das BGH-Urteil zumindest nahe legt, ist tatsächlich eher unwahrscheinlich.

Gegen die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung: Otto, JURRA 2004, 679, 683; Puppe, GA 2003, 764, 795 ff.

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

Kursprogramm:  
Examenskurs: „Vorbei und dennoch getroffen“

## Problem: Entnahme von Zahngold nach Einäscherung

OLG HAMBURG, BESCHLUSS VOM 19.12.2011  
2 Ws 123/11 (NJW 2012, 1601)

### **EINLEITUNG:**

Das OLG Hamburg hatte den dringenden Tatverdacht gegen einen Beschuldigten zu prüfen, der als Angestellter eines Krematoriums Zahngold aus der Asche der Verstorbenen entwendet hatte.

Das OLG kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass eine Strafbarkeit wegen Diebstahls, § 242 I StGB, ausscheide, da es sich bei dem Zahngold nicht um eine fremde Sache handele und dieses somit kein taugliches Tatobjekt für einen Diebstahl darstelle. Ein Strafbarkeit wegen versuchten Diebstahls, §§ 242 I, 22, 23 I StGB, Verwahrungsbruch, § 133 StGB, und Störung der Totenruhe, § 168 StGB, sei jedoch gegeben.

### **SACHVERHALT:**

B, der als Angestellter der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – in den Einäscherungsanlagen des Krematoriums eingesetzt war, war dabei am Sortiertisch der sog. Zweier-Ofenanlage tätig. Ihm war die Verfügung der Geschäftsführung der Hamburger Friedhöfe vom 09.02.2005 zu Nr. 1 bekannt. Unter Nr. 3 der Verfügung hieß es: „Die Wegnahme von Leichen oder Leichenteilen aus dem Eigentum der Hamburger Friedhöfe – AöR – wird als Diebstahl angezeigt.“

Am 20.07.2010 um ca. 10.45 Uhr zeichnete eine Videoüberwachung auf, wie B, nachdem er zuvor den Restauffangbehälter der Knochenmühle in eine Handschaufel entleert hatte, am Urnentisch hantierte, etwas in der linken Hand hielt, sodann etwas von der linken in die rechte Hand wechselte und im Anschluss daran die rechte Hand in die rechte Hosentasche steckte. Anschließend waren beide Hände leer.

Wie hat B sich strafbar gemacht, wenn er am 20.07.2010 Zahngold aus der Asche des Verstorbenen eingesteckt hat, um es später zu verkaufen und dies auch in Zukunft wiederholt tun wollte, um sich so eine erhebliche Einnahmequelle zu verschaffen?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: DIEBSTAHL IN EINEM BESONDERS SCHWEREN FALL, §§ 242, 243 I 2 NR. 3 STGB**

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

#### § 242 I StGB:

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

#### § 133 StGB:

„(1) Wer Schriftstücke oder andere bewegliche Sachen, die sich in dienstlicher Verwahrung befinden oder ihm oder einem anderen dienstlich in Verwahrung gegeben worden sind, zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder der dienstlichen Verfügung entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren [...] bestraft. [...]

(3) Wer die Tat an einer Sache begeht, die ihm als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...] bestraft.“

#### § 168 I StGB:

„Wer unbefugt aus dem Gewahrsam des Berechtigten den Körper oder Teile des Körpers eines verstorbenen Menschen, eine tote Leibesfrucht, Teile einer solchen oder die Asche eines verstorbenen Menschen wegnimmt oder wer daran beschimpfenden Unfug verübt, wird [...] bestraft.“

**LÖSUNG:****A. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB**

Durch das Mitnehmen des Zahngolds könnte sich B wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

Bei dem Zahngold müsste es sich um eine fremde bewegliche Sache gehandelt haben.

**1. Bewegliche Sache**

**„Dem menschlichen Leichnam und den mit ihm fest verbundenen Teilen wird nach heute herrschender Meinung Sachqualität zuerkannt. Die mit dem Leichnam fest verbundenen künstlichen Körperteile des Zahngolds, die in Form und Funktion defekte Körperteile ersetzen, so genannte Substitutiv-Implantate, gehören zur Leiche und teilen während der Verbindung deren Schicksal.“**

Bei dem Zahngold handelt es sich also um eine Sache, die – da sie tatsächlich fortgeschafft werden kann – auch beweglich ist.

**2. Fremdheit**

Das Zahngold müsste jedoch auch fremd sein.

**„Leichen stehen jedoch in niemandes Eigentum und sind damit herrenlos, solange sie zur Bestattung vorgesehen. Es widerspricht ‚dem Herkommen und den Gepflogenheiten aller Kulturvölker‘, den Leichnam eines Menschen als eigentumsfähige Sache zu behandeln. Dementsprechend sind auch Substitutiv-Implantate zunächst herrenlos.“**

**Künstliche Körperteile eines Verstorbenen sind jedoch eigentumsfähig, wenn ihre feste Verbindung mit dem Leichnam gelöst wird.** Als Folge der Einäscherung steht das Zahngold nicht mehr in fester Verbindung zu den menschlichen Rückständen und ist es folglich ab diesem Zeitpunkt eine bewegliche, eigentumsfähige Sache.

An dem kremierten Zahngold wurde jedoch Eigentum nicht erlangt.

**Die Erben des Verstorbenen werden nicht im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB Eigentümer [der Leiche und der Leichenteile],** denn die Leiche ist nicht Bestandteil des Vermögens. Die Gegenansicht, nach der das Implantat durch den Eintritt des Todes seine Eigenschaft als künstliches Körperteil verliert, so dass die vor der Verbindung bestehenden Eigentumsverhältnisse wieder aufleben und an die Stelle etwaigen Eigentums des Verstorbenen nach § 1922 BGB Erbeneigentum tritt, vermag nicht zu überzeugen, da der menschliche Körper erst durch den Tod zur Sache wird, vor dem Tod mithin noch kein Eigentum bestanden hat, das im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB auf die Erben hätte übergehen können.

(bb) Es ist auch kein Eigentumserwerb der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – im Wege der Aneignung erfolgt.

**An herrenlosen künstlichen Körperteilen kann im Wege der Aneignung nach § 958 I BGB durch Ineigenbesitznahme Eigen-**

Zur Sachqualität von Leichen: OLG Bamberg, RA 2008, 331, 333 = NJW 2008, 1543, 1547; OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071

Fremd ist eine Sache, wenn sie zumindest auch im Eigentum eines anderen steht (BGH, NStZ-RR 2000, 234; Fischer, § 242 Rn. 5)

Zur Herrenlosigkeit von Leichen: OLG Bamberg, RA 2008, 331, 333 = NJW 2008, 1543, 1547; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 21

Zur Eigentumsfähigkeit von Leichenteilen: Fischer, § 242 Rn. 8; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 21

Kein Eigentumserwerb der Erben an Leichenteilen: RGSt 64, 315; MüKo StGB-Schmitz, § 242 Rn. 32; a.A.: Görgens, JR 1980, 140, 142

Zur Aneignung von Leichenteilen: MüKo StGB-Schmitz, § 242 Rn. 32

**tum erworben werden. Der Eigentumserwerb ist aber ausgeschlossen, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird (§ 958 II BGB).**

(aaa) Vorliegend hat die Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – ein Aneignungsrecht geltend gemacht [...]

(bbb) Diese Aneignungsbesitznahme verletzte jedoch das vorrangige Aneignungsrecht der Hinterbliebenen, so dass ein Eigentumserwerb der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – gem. § 958 II BGB ausgeschlossen war und das kremierte Zahngold herrenlos blieb.

Wem ein Aneignungsrecht am Leichnam und damit auch an seinen Implantaten zusteht, ist umstritten.

Während eine Ansicht auf Grund der Bedeutung der künstlichen Körperteile als Vermögensposition das Aneignungsrecht den Erben als Vermögensnachfolger der Verstorbenen kraft Gewohnheitsrechts zuspricht, steht nach anderer Auffassung das Aneignungsrecht mit Blick auf die Persönlichkeit des Verstorbenen und die Pietätsbindung, der auch werthaltige Leichenteile unterliegen, den nächsten Angehörigen des Verstorbenen als Totensorgeberechtigten zu (auch in diesem Sinne: § 4 TransplantationsG). Allerdings stellen auch diejenigen, die das Aneignungsrecht den Erben zuordnen, dieses unter den Vorbehalt der Billigung der nächsten Angehörigen, um sicherzustellen, dass das Pietätsgefühl und die Achtung vor dem Leichnam in Nachwirkung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen gewahrt bleiben. Damit ist eine wirksame Aneignung nach allen Auffassungen nur mit dem Willen der nächsten Angehörigen möglich. [...]

Auf dieses [Aneignungsrecht] haben die Hinterbliebenen durch Ablieferung der Leichen bei dem Hamburger Krematorium nicht verzichtet. [...] Die totensorgeberechtigten Angehörigen bzw. Erben haben durch die Übergabe des Leichnams an das Hamburger Krematorium zum Ausdruck gebracht, dass sie eine Bestattung des Leichnams wünschten. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass sie, die sie selbst nicht die mit dem Leichnam fest verbundenen werthaltigen künstlichen Körperteile an sich nehmen wollten, mit einer Ansichnahme durch Dritte stillschweigend einverstanden waren. [...]"

Für ein Aneignungsrecht der Erben: MüKo StGB-Schmitz, § 242 Rn. Palandt-Weidlich, BGB, § 1922 Rn. 37, Görgens, JR 1980, 140

Für ein Aneignungsrecht der nächsten Angehörigen: RGSt 64, 315; OLG München, NJW 1976, 1805; SK-Hoyer, § 242 Rn. 14

Eine Aneignung des Zahngolds durch die Hamburger Friedhöfe - Anstalt öffentlichen Rechts – scheidet somit aus. Das Zahngold war herrenlos und deshalb nicht fremd.

## II. Ergebnis

B ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB

Durch das Mitnehmen des Zahngolds könnte B sich jedoch wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

### I. Vorprüfung

Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls liegt nicht vor (s.o.). Der Diebstahlsversuch ist gem. § 242 II StGB strafbar.

## II. Tatentschluss

### 1. Bzgl. fremder beweglicher Sache

Zum untauglichen Diebstahlsversuch bei Irrtum über die Fremdheit: BGHSt 3, 248, 255; Fischer, § 22 Rn. 54, § 242 Rn. 55

„Der Besch. ging [...] irrig davon aus, das entwendete Zahngold stehe im Eigentum der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – und sei daher eine für ihn fremde Sache. Ihm war die [...] Verfügung der Geschäftsführung der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – vom 9. 2. 2005 [...] bekannt. [...] Zwar war die dem zu Grunde liegende Bewertung der vermeintlichen Eigentumslage unzutreffend. **Hält der Täter aber eine herrenlose Sache auf Grund fehlerhafter zivilrechtlicher Wertung irrtümlich für fremd und stellt er sich den nicht vorhandenen Umstand der Fremdheit der Sache, an dessen Fehlen die Vollen- dung des vorgestellten Tatbestands zwangsläufig scheitern muss, als gegeben vor, liegt ein untauglicher Versuch vor.**“

B hatte Tatentschluss bzgl. einer fremden beweglichen Sache.

### 2. Bzgl. Wegnahme

B hatte sich auch vorgestellt, durch das Mitnehmen des Zahngolds fremden Gewahrsam (nämlich den seines Arbeitgebers) zu brechen und neuen zu begründen, dieses also wegzunehmen.

### 3. Zueignungsabsicht

B handelte mit Zueignungsabsicht, da er das Gold verkaufen wollte.

### 4. Bzgl. Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung

B wusste, dass er keinen Anspruch auf diese Zueignung hatte.

## III. Unmittelbares Ansetzen, § 22 StGB

B hat auch unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt.

## IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte rechtswidrig und schuldhaft

## V. Kein Rücktritt

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

## VI. Besonders schwerer Fall, § 243 StGB

Beim Diebstahlsversuch des B könnte es sich um einen besonders schweren Fall i.S.v. § 243 StGB handeln

### 1. § 243 I 2 Nr. 3 StGB

B könnte die Voraussetzungen des Regelbeispiels des § 243 I 2 Nr. 3 StGB verwirklicht haben. Dann müsste er gewerbsmäßig gestohlen haben.

Gewerbsmäßig i.S.v. § 243 I 2 Nr. 3 StGB handelt, wer bei der Tatbegehung die Absicht hat, sich aus der wiederholten Begehung solcher Taten eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer und Erheblichkeit zu verschaffen (BGHSt 49, 177, 181)

„Der Besch. ist dabei des versuchten [...] Diebstahls in einem wegen Gewerbsmäßigkeit besonders schweren Fall dringend verdächtig, da die Vielzahl der Veräußerungen, die Höhe des Veräußerungserlöses insgesamt sowie die laufenden Verbindlichkeiten des Besch., die allein von seinem Gehalt nicht zu begleichen waren, den Schluss hochwahrscheinlich machen, dass der Besch. sich durch die versuchten Diebstähle des kremierten Goldes eine



nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von erheblichem Umfang verschaffen wollte.

Auch der Versuch des Diebstahls kann in Form des Regelbeispiels eines besonders schweren Falls vorliegen.“

Zum Versuch in einem besonders schweren Fall: Fischer, StGB, § 243 Rn. 28

## 2. Kein Ausschluss

Anhaltspunkte für den Ausschluss eines besonders schweren Falles sind nicht gegeben, insb. handelt es sich bei dem gestohlenen Zahngold nicht um eine geringwertige Sache i.S.v. § 243 II StGB.

## VII. Ergebnis

B ist strafbar gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB

### C. Strafbarkeit gem. §§ 246 I, 22, 23 I StGB

Die mitverwirklichte versuchte Unterschlagung, §§ 246 I, 22, 23 I StGB, tritt hinter dem schwerer bestraften versuchten Diebstahl zurück, § 246 I StGB a.E.

### D. Strafbarkeit gem. § 133 I, III StGB

B könnte sich durch das Mitnehmen des Zahngolds wegen qualifizierten Verwahrungsbruchs, § 133 I, III StGB, strafbar gemacht haben.

## I. Tatbestand

### 1. Grunddelikt: § 133 I StGB

#### a. Schriftstück oder andere bewegliche Sache

„Das kremierte Gold war [als bewegliche Sache] taugliches Tatobjekt i. S. des § 133 I Var. 1 StGB. [...] **Auch herrenlose Sachen können taugliche Tatobjekte des § 133 I StGB sein.**“

Herrenlose Sachen als Tatobjekte des § 133 I StGB: Schönke/Schröder-Sternberg/Lieben, § 133 Rn. 3; LK-Krauß, § 133 Rn. 5

#### b. In dienstlicher Verwahrung

„**Dienstliche Verwahrung i. S. des § 133 I StGB liegt unter anderem vor, wenn sich die Sache im Gewahrsam unter anderem einer Anstalt öffentlichen Rechts [...] befindet und sich in diesem Gewahrsam die besondere fürsorgliche dienstliche Herrschafts- und Verfügungsgewalt äußert, die den jeweiligen staatlichen Aufgaben der verwahrenden Dienststelle entspringt.**

Zu den Anforderungen an eine dienstliche Verwahrung: BGHSt 8, 312, 313; 38, 381; Fischer, § 133 Rn. 4

Das jeweilige kremierte Gold befand sich im gesamten in Rede stehenden Zeitraum in der Verwahrung einer Dienststelle i. S. des § 133 I StGB, [nämlich] der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts. [...]

Die Hamburger Friedhöfe – Anstalten öffentlichen Rechts – [...] hatten an den zur Einäscherung überlassenen Leichen einschließlich des Zahngolds ein dienstliches Verwahrungsverhältnis begründet, indem sie diese zur Erfüllung ihrer spezifisch hoheitlichen Aufgabe der Feuerbestattung in fürsorglichen Gewahrsam genommen haben.

Das kremierte Gold hat sich auch zur Zeit der Tat noch in diesem dienstlichem Gewahrsam befunden. Die dienstliche Verwahrung dauert so lange an, bis sie durch Erfüllung des Zwecks der Verwahrung aufgehoben. Das ist wegen des Bestattungsauftrags [...] erst

dann der Fall, wenn die in der Urne befindliche Asche zur Beisetzung auf einen Friedhof befördert wurde. [...]

Das dienstliche Verwahrungsverhältnis erstreckte sich auf alle Rückstände der Verbrennung und bestand auch an dem kremierten Gold bis zu dessen Verfügungsgemäßer Aussonderung aus den zu bestattenden Verbrennungsrückständen in das dafür vorgesehene Sammelbehältnis durch die Mitarbeiter fort.“

Das Zahngold war also im Tatzeitpunkt in dienstlicher Verwahrung.

### c. Tathandlung: der dienstlichen Verfügung entziehen

„Der Besch. hat das sich in dienstlicher Verwahrung befindliche kremierte Gold der dienstlichen Verfügung gegen den Willen der Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – [...] entzogen, indem er dieses an sich nahm und der Anstalt [...] die Möglichkeit einer jederzeitigen Verfügung im Sinne bestimmungsgemäßer Verwendung, nämlich der Separierung des kremierten Zahngolds von den zu bestattenden Verbrennungsrückständen in den Sammelbehälter, benahm.“

### d. Vorsatz

„Der Besch. handelte [...] vorsätzlich. Er wusste, dass sich das kremierte Gold in dienstlicher Verwahrung befand, denn ihm war bei seiner Einstellung [...] der Inhalt der Strafvorschrift des Verwahrungsbruchs bekanntgegeben und er war darauf hingewiesen worden, dass diese Vorschrift auf Grund seiner dienstlichen Verpflichtungen auf ihn anwendbar sei. Dass er die Verwahrung durch Entziehung beeinträchtigte und dabei gegen den Willen der Berechtigten [...] handelte, war ihm [...] ebenfalls bekannt.“

## 2. Qualifikation: § 133 III StGB

„Dem Besch. waren die Leichname, nach der Kremation die Verbrennungsrückstände einschließlich der kremierten Edelmetalle, gem. § 133 III StGB dienstlich anvertraut. **Dienstlich anvertraut ist eine Sache, wenn der Täter kraft seiner dienstlichen Aufgabe verpflichtet ist, für deren Verbleib [zu sorgen],** vorliegend für die ordnungsgemäße Bestattung [...]. Dieser Umstand war dem Besch. [...] bewusst, denn er war bei seiner Einstellung auch darüber belehrt worden, dass ihm die Edelmetalle, insbesondere das Zahngold, dienstlich anvertraut waren und er daher der Qualifikation des § 133 III StGB unterfallen würde.“

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

## III. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 133 I, III StGB.

## E. Strafbarkeit gem. § 168 I StGB

Durch das Mitnehmen des Zahngolds könnte B sich auch wegen Störung der Totenruhe, § 168 I StGB, strafbar gemacht haben.

Zum Anvertrautsein i.S.v. § 133 III: BGHSt 3, 304, 305 f.; 38, 381, 387; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, § 133 Rn. 21

## I. Tatbestand

### 1. Tatobjekt: Asche eines Verstorbenen

„Als Tatobjekt kommt auf Grund der Verbrennung des Leichnams, [...] die selbstständig durch § 168 I StGB geschützte Asche eines Verstorbenen in Betracht. Ob kremiertes Gold unter den Aschebegriff des § 168 I StGB fällt, ist umstritten.“

**Nach herrschender Meinung umfasst der Begriff der Asche eines Verstorbenen sämtliche nach der Einäscherung verbleibenden Verbrennungsrückstände, d. h. auch die mit einem Körper fest verbundenen fremden Bestandteile, die nicht verbrennbar sind und als Verbrennungsrückstände verbleiben.** Das nach der Einäscherung verbleibende kremierte Gold fällt nach dieser Auffassung unter den Aschebegriff des § 168 I StGB.

Die Gegenansicht vertritt die Auffassung, kremiertes Gold sei keine Asche i. S. des § 168 I StGB und führt zur Begründung den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) an, wonach der mögliche Wortsinn die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation markiert.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bezeichne der Begriff der Asche einen pulverigen staubartigen Verbrennungsrückstand. Gegenstände, die ein Feuer unversehrt überstanden hätten, seien demnach keine Asche.

(cc) Die letztgenannte Auslegung des Aschebegriffs vermag nicht zu überzeugen. Das Wortlautargument [...] ist angesichts des weiter gespannten Sprachgebrauchs nicht stichhaltig. [...]

Für eine weite Auslegung des Aschebegriffs in diesem Sinne spricht zudem der Wille des historischen Gesetzgebers, nach welchem anknüpfend an das Reichsgesetz über die Feuerbestattung von 1934 die Asche des Leichnams [...] durch Erweiterung des § 168 StGB nunmehr auch strafrechtlich geschützt werden sollte. Da die Feuerbestattung der Erdbestattung mit dem Reichsfeuerbestattungsgesetz von 1934 gerade gleichgestellt werden sollte [...], erscheint dieses Begriffsverständnis der Asche auch bei teleologischer Betrachtung konsequent. Nichts anderes ergibt die systematische Erwägung, dass bei einer Erdbestattung, bei der sich der Schutz des § 168 StGB hinsichtlich der Tatobjekte des Körpers oder seiner Teile ohne Weiteres auf die in den Körper eingefügten fremden Teile erstreckt [...], Zahngold nicht anders geschützt sein kann als bei einer Feuerbestattung.“

Herrschende Meinung: OLG Bamberg, RA 2008, 331, 334 ff. = NJW 2008, 1543, 1544; Fischer, § 168 Rn. 7; LK-Dippel, § 168 Rn. 40

Mindermeinung: OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071, 2073; MüKo StGB-Hörnle, § 168 Rn. 11

Bei dem Zahngold handelt es sich also um die Asche eines Verstorbenen und somit um ein taugliches Tatobjekt des § 168 I StGB.

### 2. Tathandlung: Aus dem Gewahrsam des Berechtigten wegnehmen

„Der Besch. hat das kremierte Gold als Teil der Asche aus dem Gewahrsam des Berechtigten weggenommen. Berechtigte waren sowohl die totensorgeberechtigten nächsten Angehörigen als auch die Hamburger Friedhöfe – Anstalt öffentlichen Rechts – [...] auf Grund ihrer hoheitlichen Aufgabe zur Durchführung der Feuerbestattung. An der Asche eines Verstorbenen haben bis zur Beisetzung die nächsten Angehörigen und der Betreiber der Feuerbestat-

Zum „Berechtigten“ i.S.v. § 168 I StGB: RGSt 64, 315; OLG Bamberg, NJW 2008, 1543, 1546;

Zum Gewahrsam an der Asche Verstorbenen: OLG Bamberg, RA 2008, 331, 336 f. = NJW 2008, 1543, 1545; KG, NJW 1990, 782; Fischer, § 168 Rn. 8

tungsanlage Mitgewahrsam [...]. Diesen Mitgewahrsam der Berechtigten hat der Besch. [...] gebrochen, indem er das kremierte Gold an sich nahm.“

### 3. Vorsatz

„Der Besch. ist dringend verdächtig, vorsätzlich gehandelt zu haben. Er wusste, dass es sich bei dem kremierten Gold um Teile der Asche eines Verstorbenen handelte und dass das kremierte Gold [...] gesichert und der Sortierung zugeführt werden sollte.“

## II. Rechtswidrigkeit und Schuld

B handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

### III. Ergebnis

B ist strafbar gem. § 186 I StGB.

### F. Gesamtergebnis

B ist strafbar wegen versuchten Diebstahls in einem besonders schweren Fall, §§ 242 I, 22, 23 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB, qualifizierten Verwahrungsbruchs, § 133 I, III StGB, und Störung der Totenruhe, § 168 I StGB. Da B all diese Delikte durch dieselbe Handlung verwirklicht hat – das Mitnehmen des Zahngolds –, stehen sie im Verhältnis der Tateinheit, § 52 StGB, zueinander.

### FAZIT:

In der jüngeren Vergangenheit hat es bereits zwei Entscheidungen zur Strafbarkeit durch die Wegnahme des Zahngolds eingescherter Verstorbener gegeben, die beide wiederholt für Examensaufgaben in beiden Examen aufgegriffen wurden.

Während das OLG Bamberg eine Strafbarkeit wegen Störung der Totenruhe, § 168 I StGB, angenommen und einen Verwahrungsbruch, § 133 I StGB, gar nicht ernsthaft in Betracht gezogen hatte, hatte das OLG Nürnberg § 168 I StGB wegen des Fehlens eines tauglichen Tatobjekts abgelehnt und wegen § 133 I, III StGB verurteilt. Das OLG Hamburg geht im vorliegenden Beschluss davon aus, dass sowohl § 168 I StGB als auch § 133 I, III StGB einschlägig sind.

In Übereinstimmung mit den anderen beiden Entscheidungen lehnt das OLG Hamburg eine Strafbarkeit wegen vollendeten Diebstahls aufgrund der fehlenden Fremdheit des Zahngolds ab. Anders allerdings als das OLG Bamberg, das bei einem vergleichbaren Sachverhalt „keinen Anlass“ dazu gesehen hatte, einen (untauglichen) Versuch des Diebstahls auch nur zu prüfen, nimmt das OLG Hamburg eine entsprechende Versuchsstrafbarkeit an.

Gerade die irrtumsbedingte Versuchsstrafbarkeit macht diesen Fall für einen Prüfer interessant, da insofern auch eine Abgrenzung von strafbarem untauglichen Versuch und straflosem Wahndelikt diskutiert werden kann.

Parallelfälle: OLG Bamberg, RA 2008, 331 = NJW 2008, 2543; OLG Nürnberg, NJW 2010, 2071

*Das Recht*

*auf meiner Seite*



**IM ONLINE SHOP:**

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



**JURA INTENSIV  
BIETET IHNEN  
KLASSE STATT  
MASSE.**

*Kleine Gruppe.*

*Große Wirkung.*

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

### **DIE KLEINGRUPPE:**

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

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

### **DIE METHODE:**

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

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

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

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

### **DIE DOZENTEN:**

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

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

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

### **DAS MATERIAL:**

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

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

### **DAS MATERIAL:**

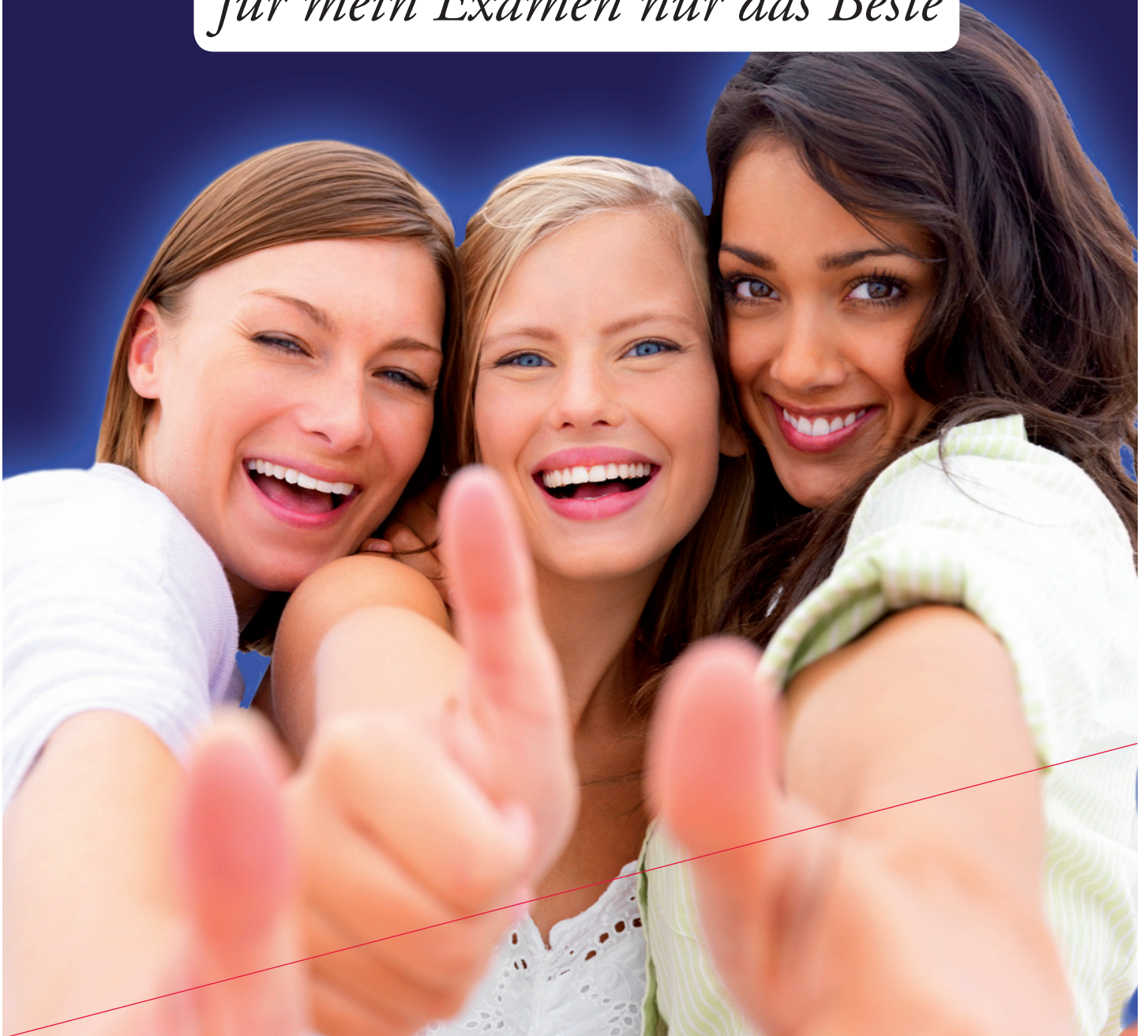
#### **GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT**

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

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.

*Kleingruppe -*

*für mein Examen nur das Beste*



## **DIE KLEINGRUPPE:**

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

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

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