

# RA 09/2012

## Rechtsprechungs-Auswertung

### ZIVILRECHT

Zur Haftung des neuen Inhabers nach Firmenfortführung .....	485
Zur Aufrechnung gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch mit mietfremder Gegenforderung .....	490
Kündigungssperre nach § 569 III Nr. 3 BGB ohne Zahlungsklage? .....	493

#### Speziell für Referendare:

Weitere Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist .....	497
Zur Zulässigkeit einer Streitverkündung .....	501

### ÖFFENTLICHES RECHT

Zur Verfassungsmäßigkeit der Gewährung ausgleichsloser Überhangmandate .....	503
Zur Zulässigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Inland zur Gefahrenabwehr .....	510
Errichtung einer Werbetafel im unbeplanten Innenbereich .....	518

#### Speziell für Referendare:

Rechtsbehelfsbelehrung über Möglichkeit der elektronischen Kommunikation? .....	523
---	-----

### STRAFRECHT

Schuldfähigkeit trotz erheblicher Alkoholisierung .....	529
Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe .....	533
Tateinheit und Rücktritt bei Mordversuch an verschiedenen Opfern .....	537

#### Speziell für Referendare:

Zulässigkeit des Ausschlusses der Öffentlichkeit bei Verlesung des Anklagesatzes .....	541
Wegfall der Bindungswirkung einer Verständigung gem. § 257c IV StPO .....	543

**DIE AKTUELLESTE  
AUSBILDUNGS-  
ZEITSCHRIFT**

*Jetzt habe ich*

*gute Karten*



**DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN**

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

**KARTEIKARTEN**



## Die Verwaltung – ein weites Betätigungsfeld

Zur Karriere im öffentlichen Dienst

Liebe Leserinnen und Leser,

wer will schon in die Verwaltung? Ehrlich gesagt: das wollte ich als Student auch nicht. Aber das Leben läuft selten wie geplant, und manchmal überrascht es uns mit Aufgaben, die deutlich spannender sind als vorher gedacht.

An dieser Stelle möchte ich deshalb eine Lanze für den öffentlichen Dienst brechen, der deutlich breiter aufgestellt ist, als gemeinhin angenommen wird. Geboten wird für jeden juristischen Geschmack etwas:

- **Juristische Herausforderungen:** Es gibt nicht wenige Stellen, bspw. in den Regierungspräsidien, in denen an hochkomplexen Genehmigungsverfahren gearbeitet wird. Nicht selten sieht man sich im Rechtsstreit um diese Verfahren am Ende einer angesehenen Großkanzlei gegenüber, mit der man auf Augenhöhe argumentiert.
- **Die breite Palette des juristischen Lebens:** In vielen Kommunalverwaltungen wird der Jurist im Rechtsamt - je nach Größe der Stadt oder Gemeinde - quasi als „Mädchen für alles“ zuständig sein, vom Mietvertrag bis zur europaweiten Ausschreibung.
- **Rechtsgestaltungsmöglichkeiten:** Juristen im öffentlichen Dienst können wie in keiner anderen Branche an der Rechtsgestaltung mitwirken. In den Ministerien arbeiten sie an exponierter Stelle Rechtsnormen aus. Der Einfluss fachkundigen Rats auf das spätere Ergebnis darf nicht unterschätzt werden. Darüber hinaus gibt es - nicht ganz öffentlicher Dienst, aber angelehnt an ihn - die Verbände, in denen man als quasi Lobbyist Normsetzungen beeinflusst.

Es lohnt also, den Blick der Berufsplanung auch auf dieses Feld auszudehnen. Hierzu bieten sich Praktika an. Nur: wenn, dann richtig! Man sollte eine Stelle suchen, bei der man das praktische Arbeiten im öffentlichen Dienst wirklich erfahren kann: in der Rechtsabteilung einer mittelgroßen Kommune zum Beispiel, an den richtigen Stellen in den Ministerien oder bei mit juristischen Fragen befassten Referenten in Verbänden.

Da ich selbst einzelne Praktika auch nur „abgehakt“ habe, um eine Bescheinigung zu bekommen, weiß ich ja auch, wie es läuft. Aber man darf ja schlauer werden: Es ist nie verkehrt, das ein oder andere schon einmal gesehen zu haben – und je mehr Berufsbilder man einmal durchlaufen hat, desto leichter fällt am Ende der Einstieg in den Beruf.

Entscheidet man sich für eine Karriere beim Staat, erleichtern die potenziellen Dienstherrn den Berufseinstieg mittlerweile durch eine Vielzahl von Maßnahmen. Hierzu einige Beispiele aus meinem beruflichen Umfeld, die in vergleichbarer Weise sicherlich auch in anderen Ländern existieren:

- In Hessen gibt es ein Einstiegsprogramm beim Innenministerium, bei dem mehrere Stationen der öffentlichen Verwaltung durchlaufen werden, um die Bandbreite der Verwaltung kennenzulernen. Einige „Ehemalige“ von JURA INTENSIV haben diesen Weg bereits eingeschlagen und sind heute Beamte.

- Die hessische Steuerverwaltung bietet besondere Trainee-Programme an, ebenso Rheinland-Pfalz.
- Und auch auf Bundesebene gibt es zahlreiche speziell auf Berufseinsteiger zugeschnittene Modelle, zum Beispiel im Auswärtigen Dienst oder bei der Bundespolizei.

Man sieht: die Einsatzmöglichkeiten für den Juristen sind im öffentlichen Dienst so breit wie für kaum eine andere Berufsgruppe. Sofern man die entsprechenden Noten vorweisen kann, eröffnet sich ein großes Angebot an reizvollen Karrierechancen. Und - wo wir gerade bei den Noten sind: die Einstiegshürden im öffentlichen Dienst sind oftmals weitaus niedriger als allgemein angenommen wird.

Ingo Schon  
 Ltd. Ministerialrat  
 Stv. Abteilungsleiter in der Hessischen Staatskanzlei

## 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. Mediadata und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

## Zivilrecht

### Problem: Firmenfortführung

BGH, URTEIL VOM 05.07.2012  
III ZR 116/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **EINLEITUNG:**

Die Vorschrift des HGB zur Haftung bei einer Firmenfortführung regelt die Erstreckung der Haftung für alte Verbindlichkeiten auf den neuen Inhaber. Dabei handelt es sich also um einen gesetzlichen Schuldbeitritt und nicht um eine Schuldübernahme durch den neuen Inhaber. Das bedeutet also auch, dass § 25 HGB keinen Erlöschensgrund für den Anspruch gegen den ursprünglichen Inhaber der Firma darstellt. Im vorliegenden Fall macht die Klägerin einen Schadensersatzanspruch direkt gegen den neuen Inhaber geltend. Der BGH hatte dabei zu entscheiden, ob eine Firmenfortführung im Sinne des HGB auch dann vorliegt, wenn das alte Unternehmen weiterhin existent ist und die Firma mit einem Zusatz versehen wird. In seinem Urteil stellt er klar, dass zur Beantwortung einer solchen Frage immer der Grund des Gesetzgebers für eine derartige Regelung heran gezogen werden muss. Dieser besteht hier in der nach außen in Erscheinung tretenden Kontinuität des Unternehmens, die auch dann gegeben sein kann, wenn nur der Kern eines Unternehmens übernommen wird.

#### **SACHVERHALT:**

Die Klägerin (K) nahm im Juni 2002 an einer Informationsveranstaltung der Firma P, die sich auf Anlageberatung spezialisiert hat, teil, da sie überlegte, Beteiligungen an einer AG als stille Gesellschafterin zu erwerben. Im Anschluss an diese Veranstaltung vereinbarte sie mit dem Anlageberater (B) einen Beratungstermin. Dieser überreichte K eine seiner von der Firma P zur Verfügung gestellten Visitenkarten, die das Logo der Firma P zeigten und ihn als „Vermittler“ auswiesen. Nach dem Beratungsgespräch am 23.07.2002 zeichnete K Beteiligungen als atypisch stille Gesellschafterin bei der FS AG. Aufgrund der unstreitig fehlerhaften Anlageberatung des B entstand ihr dabei jedoch ein Schaden in Höhe von ca. 200.000 €.

Im August gründete ein Gesellschafter der Firma P die P GmbH und ließ sie in das Handelsregister eintragen. Ab diesem Zeitpunkt wurden Beteiligungsgeschäften grundsätzlich über diese abgewickelt, wobei Altkunden jedoch bei der weiter bestehenden Firma P verblieben. Trotz dieser nur teilweisen Übernahme der Geschäfte trägt die P GmbH das Logo der Firma P und gibt den gleichen Geschäftssitz, sowie die gleichen Kontaktdaten an. Im Internet schildert die GmbH eine 20 Jahre (bis 1987) zurückreichende Unternehmensgeschichte.

K verlangt nun von der P GmbH Schadensersatz wegen fehlerhafter Anlageberatung des B. Die P GmbH hält dem entgegen, der Zeuge B sei selbst davon ausgegangen, als selbstständiger Direktvermittler tätig gewesen zu sein. Damit sei bereits kein Anlageberatungsvertrag zwischen K und der Firma P zustande gekommen.

Steht K der geltend gemachte Anspruch zu?

**PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUF SCHADENSERSATZ AUS §§ 280 I, 249 BGB IVM § 25 HGB****I. Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 249 I BGB**

1. Schuldverhältnis
2. Pflichtverletzung
3. Vertretenmüssen
4. Schaden

**II. Haftung nach den Grundsätzen der Firmenfortführung**

1. Unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft
2. Firmenfortführung
3. Im Betrieb des Handelsgewerbes

**LÖSUNG:****A. Anspruch der K gegen B auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 249 BGB iVm § 25 HGB**

K könnte einen solchen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn sie einen Anspruch gegen die Firma P hat und die P GmbH für diese gemäß § 25 HGB einzustehen hat.

**I. Anspruch gegen die Firma P aus §§ 280 I, 249 BGB**

K könnte zunächst ein Schadensersatzanspruch gegen die Firma P zustehen. Dafür muss zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis bestanden haben und K ein Schaden durch eine Pflichtverletzung der Firma P, die diese zu vertreten hat, entstanden sein.

**1. Schuldverhältnis**

Fraglich ist jedoch bereits, ob zwischen K und der Firma P ein Schuldverhältnis zustande gekommen ist. Da die Firma P selbst zu keinem Zeitpunkt mit K korrespondiert hat, kommt lediglich ein Vertragsschluss durch B als Stellvertreter der Firma im Sinne der **§§ 164 ff BGB** in Betracht.

Dafür müsste B zunächst eine **eigene Willenserklärung im fremden Namen** abgegeben haben. Zwar ist B davon ausgegangen, er habe K eigenständig im Rahmen eines Direktvertrages beraten.

„[10] Gemäß § 164 Abs. 1 und 2 BGB kommt es für die Frage, ob ein Eigen- oder ein Vertreterhandeln vorliegt, jedoch darauf an, wie der andere Teil die Erklärungen und das Gesamtverhalten der betreffenden Person verstehen und werten durfte; **entscheidend ist die objektivierte Empfängersicht**, wobei alle Umstände zu berücksichtigen sind, die zum Vertragsschluss geführt haben.“

Das Beratungsgespräch mit B kam auf einer Informationsveranstaltung der Firma P zustande. Außerdem verteilte B Visitenkarten, die das Firmenlogo trugen und ihn als „Vermittler“ der Firma auswiesen. Dies sind bedeutsame Indizien, die K glauben lassen durften, sie schließe einen Vertrag mit der Firma P. Damit liegt ein Vertreterhandeln des B vor.

Außerdem müsste B mit **Vertretungsmacht** gehandelt haben. Zwar hat die Firma dem B keine ausdrückliche Vollmacht erteilt. Es könnte jedoch eine **Duldungsvollmacht** vorliegen.

Eine solche wird bejaht, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn als Vertreter auftritt, und der Geschäftsgegner dieses Dulden dahin versteht und nach Treu und Glauben auch verstehen darf, dass der als Vertreter Handelnde bevollmächtigt ist.

Eine Rechtsscheinsvollmacht ist erst dann anzuprüfen, wenn eine Vertretungsmacht kraft Rechtsge-  
schäfts oder kraft Gesetzes fehlt.

Die Firma B kannte das Auftreten des B und stellte ihm sogar Visitenkarten mit dem Firmenlogo zur Verfügung. K, durfte wie oben festgestellt, diese Duldung auch als Bevollmächtigung des B verstehen. Damit handelte B also Vertreter mit Vertretungsmacht, womit ein Anlageberatungsvertrag zwischen K und der Firma P zustande gekommen ist.

## 2. Pflichtverletzung

Die erforderliche Pflichtverletzung liegt in der fehlerhaften Anlageberatung des B.

## 3. Vertretenmüssen

Die Pflichtverletzung muss die Firma P auch zu vertreten haben. Da B als ihr Stellvertreter auftrat, ist ihr das Verhalten des B zuzurechnen.

## 4. Schaden

Aufgrund der Fehler bei der Anlageberatung entstand K ein Schaden in Höhe von ca. 200.000 €. Dieser ist von der Firma P im vollen Umfang zu ersetzen.

## II. Haftung der P GmbH nach den Grundsätzen der Firmenfortführung

Die P GmbH könnte jedoch für die Verbindlichkeiten der Firma P haften, wenn diese deren Firma fortgeführt hat.

### 1. Unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft

Bei der Firma P handelt es sich um ein Handelsgeschäft. Dieses müsste auch unter Lebenden erworben worden sein.

Erwerb im Sinne des § 25 I 1 HGB ist jede Unternehmensübertragung und –überlassung. Zwar wurden die Beteiligungsgeschäfte der Firma P seit Gründung der GmbH nur noch über diese abgewickelt, ein Teil der Altkunden verblieb jedoch weiterhin bei der Firma P. Fraglich ist also, ob hier von dem Erwerb des Handelsgeschäft ausgegangen werden kann.

„[18] Von einer **Unternehmensfortführung** im Sinne des § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB geht der maßgebliche Verkehr aus, **wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt wird**, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden. Die Haftungsfolge aus § 25 Abs. 1 HGB kommt daher auch dann zum Zuge, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen sind, solange nur der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern desselben übernommen wird, so dass sich der nach außen für die beteiligten Verkehrskreise in Erscheinung tretende Tatbestand als **Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand** darstellt.“

Die P GmbH übernahm das gesamte Betätigungsfeld der ursprünglichen Firma. Ebenso hat sie denselben Geschäftssitz, sowie die Kontakte zu allen Neukunden. Allein der Verbleib der Altkunden bei der Firma steht einem Unternehmenserwerb also nicht im Wege.

Auch die Tatsache, dass die Firma P neben der P GmbH weiterhin bestand und noch Altkunden betreute, schließt eine Unternehmenserwerb im Sinne der Vorschrift nicht aus.

„[18] § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB gelangt schließlich auch dann zur Anwendung, wenn eine "sukzessiv erfolgende Unternehmensübernahme" vorliegt, es also zeitweilig zu einer parallelen Existenz von Alt- und Neuunternehmen kommt, sofern sich für den Rechtsverkehr die Betätigung des übernehmenden Unternehmens als Weiterführung des ursprünglichen Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt.“

Damit hat die P GmbH, bzw. ihre Gesellschafter das Handelsgeschäft unter Lebenden erworben.

## 2. Firmenfortführung

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handelsverkehr seine Geschäfte betreibt, seine Unterschrift abgibt, sowie klagen und verklagt werden kann.

Außerdem müsste der Geschäftsführer der P GmbH das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt haben.

Fraglich ist, ob dies gegeben ist, wenn die Art der Gesellschaft, hier GmbH, hinzugefügt worden ist.

„[18] Die Frage, ob eine Firmenfortführung vorliegt, ist aus der Sicht der maßgeblichen Verkehrskreise zu beantworten, für die allein entscheidend ist, dass die unter dem bisherigen Geschäftsinhaber tatsächlich geführte und von dem Erwerber weiter geführte Firma eine derart prägende Kraft besitzt, dass der Verkehr sie mit dem Unternehmen gleichsetzt und in dem Verhalten des Erwerbers eine Fortführung der bisherigen Firma sieht. Dass die alte Firma nicht unverändert fortgeführt wird, ist unerheblich, sofern der prägende Teil der alten in der neuen Firma beibehalten ist und deswegen die mit dem jeweiligen Unternehmen in geschäftlichem Kontakt stehenden Kreise des Rechtsverkehrs die neue Firma noch mit der alten identifizieren. **Unerheblich ist insbesondere die Hinzufügung oder Weglassung eines auf die Gesellschaft (KG, GmbH usw.) deutenden Zusatzes.**

Besonders die eigene Darstellung der P GmbH im Internet, die eine 20 Jahre zurückreichende Unternehmensgeschichte schildert, sprechen deutlich für eine nach außen in Erscheinung getretene Unternehmenskontinuität und damit für eine Identifizierung mit der alten Firma. Da der Zusatz „GmbH“ demnach ohne Belang ist, liegt hier eine Firmenfortführung vor.

## 3. Im Betrieb des Handelsgewerbes

Zuletzt muss die Verbindlichkeit der Firma P im Betrieb des Handelsgeschäfts begründet sein. Abzugrenzen von einer im Betrieb begründeten Verbindlichkeit ist eine private Verpflichtung des Inhabers einem Dritten gegenüber. Es handelt sich vorliegend um einen Schadensersatzanspruch, den K der Firma P gegenüber geltend macht, da ihr Vertreter eine Pflicht aus dem Anlageberatungsvertrag verletzt hat. Somit handelt es sich um eine Verbindlichkeit, die im Handelsgeschäft begründet ist.

## B. Ergebnis

K hat einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 249 BGB gegen die Firma P. Da die P GmbH für die Verbindlichkeiten dieser gemäß

§ 25 I HGB haftet, kann K den Anspruch auch gegen diese geltend machen.

**FAZIT:**

Der Senat orientiert sich in dieser Entscheidung konsequent an dem wichtigen Merkmal der Unternehmenskontinuität. Denn die Entscheidung im Ergebnis gleichzeitig die Frage nach dem Erwerb einer Firma, sowie deren Fortführung durch den neuen Inhaber. Demnach liegt eine „Fortführung unter der bisherigen Firma“ eben auch dann vor, wenn die alte Firma nicht wort- und buchstabengetreu übernommen wird. Vielmehr muss darauf abgestellt werden, ob sich die neue Firma aus der Sicht des Geschäftsverkehrs noch mit der alten Firma identifiziert. Indizien dafür können sich bspw. wie vorliegend aus der Selbstdarstellung der neuen Firma, sowie die Beibehaltung alter Kontaktdaten ergeben.

Auch als Klausur im Assessorexamen kann dieser Fall interessant sein. Denn neben einer materiell-rechtlichen Prüfung des Anspruchs war im Originalfall auch die Parteifähigkeit der GmbH genauer zu prüfen. Während des Verfahrens wurde die Gesellschaft gelöscht und verliert damit grundsätzlich ihre Rechts- und Parteifähigkeit. Doch der Senat macht auch hier deutlich, dass dies nicht immer zur Unzulässigkeit einer Klage führt.

„[27] **Bestehen dagegen Anhaltspunkte dafür, dass noch verwertbares Vermögen vorhanden ist, bleibt die Gesellschaft trotz der Löschung rechts- und parteifähig.** Dafür reicht bei einem Aktivprozess schon die bloße Tatsache, dass die Gesellschaft einen Vermögensanspruch geltend macht. Bei einem (wie hier) Passivprozess ist die gelöschte Gesellschaft jedenfalls dann parteifähig, wenn die Klagepartei (substantiiert) behauptet, es sei bei der Gesellschaft noch Vermögen vorhanden.“

Siehe dazu auch: BGH, Urteil vom 25.10.2010 - II ZR 115/09

## Problem: Kautionsrückzahlungsanspruch

BGH, URTEIL VOM 11.07.2012  
VIII ZR 36/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **EINLEITUNG:**

Die Mietsicherheit ist eine Leistung des Mieters an den Vermieter, die bei fast jedem Abschluss eines Mietvertrages über Wohnraum fällig wird. Sie dient dem Vermieter dazu, bei Beendigung des Mietverhältnisses noch ausstehende Forderungen aus dem Mietvertrag zu sichern. Aus genau dieser Sicherungsabrede kann der Mieter demgegenüber einen Rückzahlungsanspruch herleiten, sofern der Sicherungsfall nicht eintritt.

Umstritten ist jedoch, ob der Vermieter auch mit mietfremden Forderungen aufrechnen kann. Der BGH entscheidet hier mit Blick auf die Zweckbindung einer solchen Sicherungsleistung, dass lediglich konexe Gegenforderungen zum Erlöschen des Rückzahlungsanspruches führen können.

### **SACHVERHALT:**

Der Kläger (K) war bis Ende Juni 2009 Mieter einer Eigentumswohnung des Beklagten (B), für die er zu Beginn des Mietverhältnisses eine Mietkaution in Höhe von rund 1000 € zahlte. Außerdem zahlte er im gesamten Zeitraum seine Miete pünktlich und gab die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses ordnungsgemäß zurück. Mit Schreiben vom 26.03.2010 und 07.07.2010 forderte K dann B erfolglos zur Rückzahlung der Kautions auf. Dieser verweist auf Gegenansprüche aus einem früheren Mietverhältnis des K über eine andere Wohnung, die der frühere Vermieter (V) des K mit Vereinbarung vom 10.07.2010 an ihn abgetreten hat.

Hat K einen Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution in Höhe von 1000 €?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUF RÜCKZAHLUNG DER MIETKAUTION**

- I. Anspruch gemäß § 551 BGB iVm der Sicherungsabrede
  1. Beendigung des Mietverhältnisses
  2. Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist
  3. Keine Erlöschensgründe
- II. Ergebnis

### **LÖSUNG:**

#### **I. Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der Mietkaution gemäß § 551 BGB in Verbindung mit der Sicherungsabrede**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution aus § 551 BGB in Verbindung mit der Sicherungsabrede haben. Eine solche Abrede wird bei mangelnder Vereinbarung im Mietvertrag in mit Hingabe der Kautions getroffen.

#### **1. Beendigung des Mietverhältnis**

Zunächst müsste das Mietverhältnis wirksam beendet worden sein. Dies geschah zum 31.06.2009.

Ist die Sicherungszahlung im Mietvertrag geregelt, lässt sich der Anspruch auch direkt aus Vertrag herleiten.

## 2. Keine Erlöschensgründe

Des Weiteren dürfen keine Erlöschensgründe vorliegen. In Betracht kommt eine **Aufrechnung** des B mit den von V am 10.07.2010 abgetretenen Ansprüchen.

Da es sich dabei jedoch um mietfremde Forderungen handelt, ist es fraglich, ob eine Aufrechnung mit diesen zulässig ist. Dabei ist zunächst zu beachten, dass diese dem Vermieter **vor Beendigung des Mietverhältnisses unumstritten verwehrt** bleibt.

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der mietrechtlichen Literatur werden jedoch zu der Frage, ob der Vermieter zumindest dann mit mietfremden Ansprüchen gegen den Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautions aufrechnen kann, **wenn das Mietverhältnis beendet ist** und hieraus keine Ansprüche des Vermieters mehr offen sind, allerdings unterschiedliche Auffassungen vertreten.

Entscheidend ist zur Beantwortung dieser Frage die Zweckbindung der Kautions, etwaige Gegenansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu sichern.

Eine Ansicht geht davon aus, dieser Zweck entfalle mit Beendigung des Mietverhältnisses, womit einer Aufrechnung mit nicht konnexen Ansprüchen nichts mehr entgegenstehe.

Der in der Vereinbarung einer Mietkautions stillschweigend enthaltene Sicherungsabrede ist jedoch ein dauerndes Aufrechnungsverbot zu entnehmen. Denn der Wegfall des Zwecks der Kautions kann erst zu einem späteren Zeitpunkt gesehen werden.

„[10] In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Aufrechnung aufgrund einer konkludenten Vereinbarung oder nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist, wenn die Eigenart des Schuldverhältnisses oder der Sinn und Zweck der geschuldeten Leistung die Aufrechnung als nicht mit Treu und Glauben vereinbar erscheinen lässt. Deshalb ist bei einem Anspruch aus einem Treuhandverhältnis regelmäßig eine Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenforderungen ausgeschlossen. Die vorgenannten Grundsätze gelten auch für die Mietkautions. Diese dient - soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes vereinbart ist - ausschließlich der Sicherung von Forderungen des Vermieters aus dem konkreten Mietverhältnis. **Die darin liegende Zweckbindung endet entgegen der Auffassung der Revision nicht schon dann, wenn die Kautions am Ende des Mietverhältnisses nicht mehr für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis benötigt wird, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautions an den Mieter.**“

Damit ist dem B eine Aufrechnung mit den abgetretenen Forderungen verwehrt. Der Anspruch des K ist also nicht erloschen

## 3. Ablauf einer angemessenen Frist

Außerdem muss K dem B nach der Beendigung eine angemessene Frist zur Rückzahlung der Kautions eingeräumt haben. In der Regel beträgt diese sechs Monate.

K forderte B erst acht Monate nach der Rückgabe der Wohnung zur Zahlung auf. Damit hat er die erforderliche Frist gewahrt.

## II. Ergebnis

K hat gegen B einen fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Mietkautions in Höhe von ca. 1000 € gemäß § 551 BGB in Verbindung mit der Sicherungsabrede.

Erst mit Ablauf dieser Frist wird der Rückzahlungsanspruch fällig.

**FAZIT:**

Obwohl die Mietkaution nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist, wirft sie nach dieser Entscheidung des BGH keine besonderen Fragestellungen mehr auf. Denn der Senat macht deutlich, dass für sie die allgemeinen Regeln eines Treuhandverhältnisses gelten. Dies beinhaltet also auch, dass eine Aufrechnung nur mit konnexen Forderungen aus diesem Verhältnis zulässig ist.

## Problem: Fristlose Kündigung durch Vermieter

BGH, URTEIL VOM 18.07.2012  
VIII ZR 1/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **EINLEITUNG:**

Hat der Vermieter das Mietverhältnis gekündigt, so steht ihm ein mietrechtlicher Anspruch auf Herausgabe der Wohnung zu. Voraussetzung ist jedoch die Wirksamkeit der Kündigung, was zu einer Inzidentprüfung dieser führt. Bei einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzuges ist dabei die Sperrfrist des § 569 III Nr. 3 BGB zu beachten. Der Regelungsgehalt dieser Vorschrift ist jedoch umstritten. Ob diese auch dann zu einer Kündigungssperre führen soll, wenn vom Vermieter gar keine Zahlungsklage erhoben wurde, hatte der BGH nun zu entscheiden.

§ 569 III Nr. 3 BGB:

Ist der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 verurteilt worden, so kann der Vermieter das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzuges des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind.

### **SACHVERHALT:**

Die Beklagte (B) ist seit August 1997 Mieterin der Wohnung der Klägerin (K) zu einem Mietzins in Höhe von 330 € für die Grundmiete zuzüglich 80 € für die Nebenkosten. Im Laufe des Mietverhältnisses und letztmalig am 01.10.2004 erhöhte K die Vorauszahlungen für Heizung und Warmwasser um insgesamt rund 100 €. Ab November 2003 zahlte B die Erhöhungsbeträge sowie Teile der Grundmiete nicht. Zuletzt summierte sich dies zu Mietrückständen in Höhe von ca. 1000 € wegen Nichtleistung der Vorauszahlungen und rund 500 € wegen Nichtzahlung der Grundmiete.

Daraufhin kündigt K der B mit Angabe der Mietrückstände mit Schreiben vom 15.12.2004 fristlos. Sie verlangt von B die sofortige Räumung der Wohnung.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ANSPRUCH AUF RÄUMUNG EINER WOHNUNG**

A. Anspruch aus § 546 I BGB

I. Wirksames Mietverhältnis

II. Beendigung des Mietverhältnisses

1. Kündigungserklärung

2. Kündigungsgund

3. Erfolgreicher Ablauf der Sperrfrist gemäß § 569 III Nr. 3 BGB

III. Ergebnis

B. Anspruch aus § 985 BGB

### **LÖSUNG:**

#### **A. Anspruch der K auf Räumung der Wohnung aus § 546 I BGB**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Räumung der Wohnung haben, wenn sie B wirksam gekündigt hat.

#### **I. Wirksames Mietverhältnis**

Zwischen K und B bestand seit August 1997 ein wirksames Mietverhältnis.

Sonst: Anspruch aus § 812 BGB

## II. Beendigung des Mietverhältnisses

Außerdem müsste K das Mietverhältnis wirksam gekündigt haben. In Betracht kommt eine außerordentliche fristlose Kündigung des Vermieters gemäß § 543 II BGB.

### 1. Kündigungserklärung

K hat ihre Kündigung formgerecht erklärt.

### 2. Kündigungsgrund

Außerdem müsste für die fristlose Kündigung ein Kündigungsgrund vorliegen. In Betracht kommt § 543 II 1 Nr. 3 b BGB. Demnach ist ein Vermieter zur fristlosen Kündigung befugt, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

Die Grundmiete für die von B bewohnte Wohnung beträgt ca. 330 € zuzüglich der Betriebskosten und Nebenkosten für Heizung und Warmwasser.

Zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung am 15.12.2004 war K mit der Entrichtung eines Betrages in Höhe von 1500 € in Verzug geraten. Dieser übersteigt die Miete für zwei Monate.

Damit lag der Kündigungsgrund des § 543 II 1 Nr. 3 b BGB vor.

### 3. Erfolgreicher Ablauf der Sperrfrist gemäß § 569 III BGB

Die Kündigung der K könnte jedoch unwirksam sein, da sie nicht die Frist des § 569 III Nr. 3 BGB eingehalten hat

Diese Vorschrift sieht eine Kündigung wegen Zahlungsverzug des Mieters erst nach Ablauf einer Sperrfrist von zwei Monaten nach Verurteilung des Mieters zur Zahlung vor, wenn es sich um die Zahlung der erhöhten Miete nach §§ 558 bis 560 BGB handelt.

In den Mietrückständen der B sind zumindest Teile der erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen enthalten. Würde man diese heraus rechnen, verbleibt lediglich ein Betrag, der nicht die zweifache Miete erreicht.

Fraglich ist jedoch, ob § 569 III Nr. 3 BGB hier überhaupt Anwendung findet, da zumindest bei Erklärung der Kündigung keine Verurteilung der B zur Zahlung vorgelegen hat.

Eine Ansicht in der Rechtsprechung geht davon aus, dass der Vermieter gemäß § 569 III BGB erst dann fristlos kündigen kann, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Beiträge verurteilt ist. Er ist demnach gezwungen, vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung Zahlungsklage zu erheben und die Kündigungssperre einzuhalten. Nach dieser Ansicht lägen die Voraussetzungen einer Beendigung des Mietverhältnisses durch K nicht vor.

Andere Stimmen in der Literatur halten die Verurteilung jedoch nur für die Voraussetzung für eine Sperrfrist, nicht für die Voraussetzung für die Kündigung wegen Zahlungsverzuges. Die Vorschrift greife nur bei Erhebung einer solchen Klage und sei bei Kündigungen ohne diese erst gar nicht einschlägig.

Für diese Ansicht spricht zunächst der enge Wortlaut des Gesetzgebers. Außerdem kann sie mit der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift begründet werden.

„[19] Für diese spricht neben dem engen Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Zunächst gab es eine entsprechende Regelung nur für das Mieterhöhungsverlangen des Vermie-

ters (§ 3 Abs. 5 WKSchG). Sie sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens eventuell aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach der Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann. Einen Kündigungsschutz des Mieters musste man dabei nur für die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge regeln. Denn in der Zeit davor ist der Mieter durch andere gesetzliche Bestimmungen ausreichend geschützt. Stimmt er einer Erhöhung nicht zu und erhebt der Vermieter nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten Klage auf Zustimmung, gilt das Erhöhungsverlangen als nicht gestellt. Klagt der Vermieter und wird der Mieter zur Zustimmung verurteilt, schuldet der Mieter zwar die erhöhte Miete für die Zeit ab dem dritten auf das Erhöhungsverlangen des Vermieters folgenden Kalendermonat. Diese Schuld wird aber erst mit Rechtskraft des Zustimmungsurteils; der Mieter kann also davor nicht in Zahlungsverzug geraten, so dass der Vermieter ihm auch nicht kündigen kann.

Der Gesetzgeber hat die auf die vorgenannte Fallkonstellation zugeschnittene Regelung dann durch § 9 Abs. 2 MHG auch auf Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen ausgedehnt, weil er dem Mieter auch in diesen Fällen den Schutz der Vorschrift zukommen lassen wollte, "zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam wird". Dieser Schutz umfasst aber - wie oben dargestellt - nur die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge und erstreckt sich nicht auf die Zeit vor Erhebung der Klage. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ändert daran nichts, da er nach der Gesetzesbegründung nur den Regelungsgehalt von § 9 Abs. 2 MHG übernehmen sollte."

Des weiteren spricht der Ausnahmecharakter der Vorschrift für eine solche Auslegung.

„[21] **Die Interessen des Mieters gebieten es nicht, den Schutzbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB dahingehend auszuweiten, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen kann.** Dem steht schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen entgegen, der für eine **restriktive Handhabung** spricht. Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Der Senat hat mit zwei Urteilen vom 15. Mai 2012 entschieden, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen.“

Damit ist § 569 III BGB im vorliegenden Fall nicht einschlägig. K musste für die Erklärung einer fristlosen Kündigung keine Sperrfrist

einhalten. Die Voraussetzungen für eine solche Beendigung des Mietverhältnisses liegen also vor.

### **III. Ergebnis**

K hat gegen B einen Anspruch auf Herausgabe der Wohnung gemäß § 546 I BGB.

### **B. Anspruch der K gegen B auf Räumung der Wohnung aus § 985 BGB**

Außerdem steht K ein Anspruch auf Herausgabe der Wohnung aus § 985 BGB zu. Da das Mietverhältnis wirksam beendet wurde, kann B daraus kein Recht zum Besitz mehr ableiten.

### **FAZIT:**

Der Senat legt hiermit ein Urteil vor, in dem er zugunsten des Vermieters entscheidet. Dieses Ergebnis ist für das Mietrecht zwar ungewöhnlich, erscheint jedoch als einzige gut vertretbare Lösung bei der Frage nach der Sperrfrist in einer solchen Fallkonstellation. Diese Frist für die Kündigung greift also nur in den Fällen, in denen der Mieter vor der Kündigungserklärung des Vermieters rechtskräftig zur Zahlung der Mietrückstände verurteilt wurde.

## Speziell für Referendare:

### Problem: Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist

BGH, BESCHLUSS VOM 26.07.2012  
III ZB 57/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### **EINLEITUNG:**

Zur erstmaligen Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist reicht es aus, dass sich der Prozessbevollmächtigte einer Partei darauf beruft, eine Rücksprache mit dem Mandanten oder die Besorgung wichtiger Unterlagen sei innerhalb von zwei Monaten nicht möglich gewesen. Für einen Antrag auf eine weitere Fristverlängerung ist danach jedoch die Einwilligung des Gegners erforderlich, um das Verfahren nicht zu Lasten einer Partei unnötig heraus geschoben werden kann.

Im vorliegenden Fall verwies der Prozessbevollmächtigte des Berufungsführers in seinem Antrag jedoch lediglich darauf, dass er noch Vergleichsverhandlungen mit Gegnern führe. Das Berufungsgericht wies diesen Antrag mangels Einwilligung zurück und erklärte damit die Berufung wegen Versäumnis der Begründungsfrist für unzulässig, da dieser Hinweis auf Vergleichsgespräche als Ersatz für die notwendige Einwilligung ausreiche. Diese Entscheidung wurde nun vom BGH bestätigt.

Zu einem solchen Antrag siehe auch: RA 08/2012

#### **SACHVERHALT:**

Die Beklagte (B) war mit ihr am 31.03.2011 zugestellten Urteil zur Zahlung von rund 200.000 € an die Klägerin (K) verurteilt worden. Gegen dieses Urteil hat B am 31.03.2011 Berufung eingelegt, diese jedoch zu diesem Zeitpunkt noch nicht begründet. Die Frist zur Begründung wurde auf ihren Antrag bis zum 01.06.2011 verlängert, jedoch mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass eine weitere Verlängerung nur mit Einwilligung des Gegners bewilligt werde.

Anfang Mai unterbreitete K dem B dann ein Angebot zum Vergleich. Dieses sah eine sofortige Zahlung des B von 190.000 € an K bis spätestens 31.05.2011. Eine Abstimmung der konkreten Formulierung der beabsichtigten Vereinbarung sollte noch gemeinsam erfolgen. Dazu kam es jedoch nicht, da B auf dieses Angebot nicht in der gesetzten Frist reagierte. Am 31.05.2011 stellte der Prozessbevollmächtigte des B einen weiteren Antrag auf erneute Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist mit dem Verweis auf laufenden Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien. Um sicher zu gehen, dass damit das Berufungsverfahren fortzuführen sein wird, wandte sich seine Mitarbeiterin an diesem Tag an die Geschäftsstelle des Berufungsgerichts. Die dortige Mitarbeiterin teilte ihr dann telefonisch mit, eine Fristverlängerung werde bei Vergleichsgesprächen auch im Rahmen eines zweiten Antrags gewährt.

B möchte nun das Berufungsverfahren fortführen und beantragt hilfsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Wie wird das Gericht entscheiden?

**LÖSUNG:**

**I. Der zulässige Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der** gemäß § 520 Abs. 2 Satz 2 BGB i. V. mit § 222 ZPO, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Satz 1, 193 BGB am 01.06.2011 abgelaufenen **Berufsbegründungsfrist ist zurückzuweisen.**

Die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist beruht auf einem Verschulden ihres Prozessbevollmächtigten, das sich die Beklagte gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen muss. Er durfte nicht darauf vertrauen, dass seinem gestellten Antrag auf erneute Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist allein aufgrund seines Hinweises auf Vergleichsverhandlungen zwischen den Parteien stattgegeben werde. Er war bereits in der gerichtlichen Verfügung vom 03.05.2011 darauf hingewiesen worden, dass ohne Einwilligung des Gegners eine solche Verlängerung nicht mehr möglich sei.

Denn gemäß **§ 520 II 3 ZPO** kommt dies schon von Gesetzes wegen nicht in Betracht.

1. Ohne die Einwilligung des K hätte B erkennen müssen, dass die fristgerechte Einreichung einer Berufungsbegründungsfrist geboten war:

„[13] Vor Ablauf der (bereits einmal verlängerten) Berufungsbegründungsfrist hat weder der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Gegner um die Erteilung der Einwilligung nachgesucht noch hat der Gegner von sich aus - etwa im Zusammenhang mit dem Vergleichsangebot - vorab die Zustimmung erteilt oder auch nur die Bereitschaft hierzu zu erkennen gegeben. Insbesondere gab der Vergleichsvorschlag der Klägerin dem Beklagtenvertreter keinen hinreichenden Anlass, mit diesem Angebot zugleich eine Einwilligung in eine weitere Fristverlängerung zu verbinden. Auch wenn eine Abstimmung der konkreten Formulierung der beabsichtigten Vereinbarung beabsichtigt war, musste ihm bewusst sein, dass er diese prozessuale Voraussetzung besonders ansprechen und noch innerhalb laufender Frist herbeiführen musste.“

2. Hinzukommt, dass ein berechtigtes Vertrauen auf die Verlängerung der Frist voraussetzt, dass der Antrag gemäß § 520 II 2 die Vollständigkeit des Antrags voraussetzt. Dazu gehört die Darlegung der ausdrücklichen Einwilligung des Gegners.

„[14] **Ausnahmsweise kann auch eine konkludente Darlegung ausreichen. Dies ist der Fall, wenn sich die Einwilligung des Gegners zweifelsfrei aus dem Zusammenhang des Antrags mit zuvor gestellten Verlängerungsanträgen ergibt;** also wenn etwa im Anschluss an vorangegangene Verlängerungsgesuche, in denen unter Hinweis auf schwebende Vergleichsverhandlungen ausdrücklich die Einwilligung des gegnerischen Anwalts dargelegt wurde, ein weiterer Verlängerungsantrag mit dem Bemerkten gestellt wird, "die Parteien" benötigten die (nochmalige) Fristverlängerung, um den Vergleich abschließend abzustimmen und zur Protokollierung im schriftlichen Verfahren vorzulegen.“

Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Vielmehr hat der Prozessbevollmächtigte des B lediglich darauf hingewiesen, dass die Parteien sich derzeit noch in Vergleichsverhandlungen befänden.

Dies allein gibt dem Berufungsgericht keinen Anlass zur Mutmaßung, dass eine Einwilligung zwar eingeholt, jedoch im Antrag nicht erwähnt worden ist.

3. Außerdem durfte B auch nicht allein aufgrund der Angaben der Geschäftsstellenmitarbeiterin auf eine Fristverlängerung vertrauen. Diese habe auf Nachfrage der Kanzleimitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten des B mitgeteilt, auch bei derartig gelagerten Fällen werde eine Fristverlängerung gewährt.

„[16] Diesen Angaben einer Geschäftsstellenbeamtin konnte und durfte der Prozessbevollmächtigte der Beklagten jedoch nicht entnehmen, dass - entgegen der eindeutigen Gesetzeslage - bei Vergleichsgesprächen in jedem Fall eine zweite Fristverlängerung gewährt werde, und zwar auch dann, wenn der Gegner hierzu seine Einwilligung nicht erteilt hat. Vielmehr hätte sich in dieser Situation (zumindest) der Prozessbevollmächtigte der Beklagten bei Abwesenheit des Senatsvorsitzenden selbst an dessen Stellvertreter oder den Berichterstatter wenden und weiter kundig machen müssen.“

Dies ist vorliegend nicht geschehen.

## II. Die Berufung des B ist unzulässig.

Sie wurde nicht in der gesetzlichen Berufungsbegründungsfrist gemäß § 520 II 1 ZPO begründet.

Das Urteil wurde dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten ausweislich des Empfangsbekanntnisses am 01.03.2011 zugestellt. Die erstmals mit Verfügung des Vorsitzenden des Senat verlängerte Berufungsbegründungsfrist lief am 01.06.2011 ab. Den zweiten Verlängerungsantrag hat der Vorsitzende des Senats mit Verfügung vom 03.06.2011 zurückgewiesen, da die nach § 520 Abs. 2 Satz 2 ZPO zwingend erforderliche Einwilligung der Klägerin nicht vorgelegen hat. Der Wiederholungsantrag vom 31.05.2011 enthält jedoch keine diesbezügliche Versicherung, sondern nennt als Begründung lediglich, dass sich die Parteien derzeit noch in Vergleichsverhandlungen befänden.

**Der schlichte Hinweis auf schwebende Vergleichsverhandlungen steht der anwaltlichen Versicherung einer Einwilligung des Prozessgegners nicht gleich.** Damit konnte die erst am 01.07.2011 bei Gericht eingegangene Berufungsbegründungsschrift die Berufungsbegründungsfrist nicht mehr wahren. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 233 ZPO war der Beklagten nicht zu gewähren.

So nachzulesen in dem Urteil der Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.07.2011 - 10 U 56/11

## FAZIT:

Bei der Prüfung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist in der Regel die Frage nach dem Verschulden desjenigen, der die Einhaltung der Frist versäumt hat, zu diskutieren. Dabei orientiert sich die Rechtsprechung immer – wie auch in diesem Fall – an einem durch höchstrichterliche Rechtsprechung entwickelten Leitsatz.

„[10] Danach [nach dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG] darf einer Partei die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht aufgrund von Anforderungen an die Sorgfalts-

**pflichten ihres Prozessbevollmächtigten versagt werden, die nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verlangt werden und den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschweren.“**

Auch hier war nach den Sorgfaltspflichten des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers zu fragen. Da die Einholung der Einwilligung des Gegners jedoch sogar vom Gesetzgeber verlangt wird, so führt jedes Versäumnis dieser Pflicht zur Zurückweisung des Antrags.

**Problem: Unzulässigkeit der Streitverkündung**

OLG FRANKFURT, URTEIL VOM 09.08.2012  
1 U 222/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

**EINLEITUNG:**

Die Streitverkündung ist ein Mittel des Zivilprozesses, durch das die Beteiligung eines Dritten an einem Rechtsstreit herbeigeführt wird. Sie dient der den Streit verkündenden Partei dazu, sich bei einem gegen sie gerichteten abweisenden Urteil schadlos zu halten, indem sie den Anspruch in einem Folgeprozess gegen den Dritten geltend machen kann. Außerdem führt eine zulässige Streitverkündung zur Hemmung der Verjährung der Forderung. Im Rahmen einer solchen Verjährung bespricht der Senat nun die Voraussetzungen für eine zulässige Streitverkündung.

**SACHVERHALT:**

Der Kläger (K) verunfallte in den frühen Morgenstunden des 10.02.2004, gegen 4 Uhr, mit seinem PKW auf der Fahrt von seiner Arbeitsstätte nach Hause auf einer glatten Landstraße. Er geriet auf die Gegenfahrbahn, wo er mit einem anderen Verkehrsteilnehmer kollidierte und schwer verletzt wurde. In einem ersten Rechtsstreit nahm er den Unfallgegner (U) auf Schadensersatz in Anspruch. Im Rahmen dieses Prozesses verkündete er dem Land (B) den Streit. Dieser Rechtsstreit wurde vergleichsweise beendet.

Da K jedoch der Ansicht ist, B hätte auch in der Nacht dafür sorgen müssen, dass dieser ohnehin gefährliche Straßenabschnitt gestreut wird, beansprucht er in einem weiteren Verfahren auch Schadensersatz von B und erhebt im Dezember 2010 Klage.

Hat die zulässige Klage des K gegen B Erfolg?

**LÖSUNG:**

Die zulässige Klage ist unbegründet.

**I. Dem Kläger steht die Forderung aus § 823 BGB gegen B nicht zu.**

Der Unfall des K beruht nicht auf einer Verkehrssicherungspflichtverletzung des B, insbesondere nicht auf einer Verletzung der Streupflicht.

„[14] Nach der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung, der der Senat folgt, ist **außerorts nur an besonders gefährlichen Straßenstellen zu streuen, dies grundsätzlich nicht zur Nachtzeit, sondern so, dass der Hauptverkehr einschließlich des morgendlichen Hauptberufsverkehrs gesichert wird**; eine ausnahmsweise Streupflicht zur Nachtzeit ist allenfalls in Extremfällen denkbar, etwa beim nächtlichen Ende einer Großveranstaltung mit einem absehbaren völligen Zusammenbruch des Kraftfahrzeugverkehrs.“

Demnach bestand zum Zeitpunkt des streitgegenständlichen Unfalls keine Streupflicht des B.

Eine besondere Gefährlichkeit lässt sich nicht alleine daraus herleiten, dass diese in einer Gefällestrecke liegt. Denn auch solche sind in der Regel für die Verkehrsteilnehmer gut einsehbar und ein Unfall

Da die Zulässigkeit vorliegend keine Probleme aufwirft, bietet sich eine solche Formulierung als Einstieg an

durch Reduzierung der Geschwindigkeit grundsätzlich vermeidbar. Jedenfalls fehlen besondere Umstände, die eine Streuung der Straße zu einer Zeit, in der sich die Kollision ereignete, erforderlich gemacht hätten.

## **II. Die Klageforderung ist zudem verjährt.**

Die Forderung ist mit dem Unfall am 10.02.2004 entstanden, sodass die Verjährung gemäß zum Ende des Jahres 2007, also deutlich vor Erhebung der vorliegenden Klage im Dezember 2010, eintrat.

**Auch durch die im Vorprozess erklärte Streitverkündung an B wurde die Verjährung nicht gemäß § 204 I Nr. 6 BGB gehemmt, da sie unzulässig war.**

1. Nur eine zulässige Streitverkündung kann eine Hemmung der Verjährung bewirken.

**2. Eine Streitverkündung ist unzulässig, wenn schon bei ihrer Erklärung klar ist, dass der Streitverkündungsempfänger nicht alternativ, sondern nur kumulativ mit dem Beklagten (U) haftet.**

So liegt der Fall hier.

Der Beklagte B haftete nicht nur subsidiär nach § 839 I 2 BGB, da diese Vorschrift bei der Verletzung einer öffentlich-rechtlich ausgestalteten Verkehrssicherungspflicht nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht anwendbar ist. Vielmehr greift in solchen Fällen weiterhin die haftungsrechtliche Gleichbehandlung. Dies gebietet die Ähnlichkeit der öffentlich-rechtlichen Verkehrssicherungspflicht mit den Pflichten privater Verkehrsteilnehmer, wie die Einhaltung einschlägiger Vorschriften. Der ursprüngliche gesetzgeberische Zweck der Vorschrift des § 839 I 2 BGB, Stärkung der Entschlusskraft der Beamten, sowie die Begrenzung der persönlichen Haftung der Beamten, treten in einem solch gelagerten Fall zurück.

### **FAZIT:**

Der Senat stellt in seinem Urteil eine Voraussetzung der zulässigen Streitverkündung dar, die im Hinblick auf den Zweck dieses prozessualen Mittels nur logisch erscheint. Die Prüfung dieser erfordert jedoch auch einen materiell-rechtlichen Teil und bedarf damit der besonderen Aufmerksamkeit des Klausurbearbeiters. Damit ist diese Thematik in jeder Klausurkonstellation denkbar.

Sehr ausführlich begründet in:  
BGH, Urteil vom 12.07.1979 - III  
ZR 102/78

## Öffentliches Recht

### Problem: Ausgleichslose Überhangmandate

BVERFG, URTEIL VOM 25.7.2012  
2 BVF 3/11 U.A. (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

#### EINLEITUNG:

Das BVerfG hat mit der vorliegenden Entscheidung die Weichen für das künftige Bundestagswahlrecht gestellt. Vor allem zwei Regelungen des jetzigen BWahlG hielt es für verfassungswidrig, weil sie mit der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG und der „gleichen“ und „unmittelbaren“ Wahl aus Art. 38 I 1 GG unvereinbar seien: A. Mit dem neugestalteten **§ 6 I 1, IIa BWahlG** versuchte der Deutsche Bundestag, den Effekt des „**negativen Stimmgewichts**“ zu vermeiden, der darin besteht, dass bei der Umrechnung von Wählerstimmen in Parlamentssitze in besonderen Ausnahmefällen weniger Stimmen zu mehr Sitzen führen können (bzw. mehr Stimmen zu weniger Sitzen). Ein solches Phänomen war bei der letzten Bundestagswahl - grob gesagt - dadurch aufgetreten, dass durch Verrechnung ein Überhangmandat im Bundesland X weggefallen wäre, wenn die betreffende Partei anlässlich einer im Bundesland Y notwendig gewordenen Nachwahl mehr Stimmen erzielt hätte. Das BVerfG hatte diese Möglichkeit mit Urteil vom 3. Juli 2008 (BVerfGE 121, 266) für verfassungswidrig erklärt. Durch die Neuregelung des § 6 I 1, IIa BWahlG sollte dies nun vermieden werden, wurde jedoch nicht gänzlich vermieden. Zwar kann der in BVerfGE 121, 266 für verfassungswidrig erklärte Verrechnungseffekt nun nicht mehr auftreten, das BVerfG zeigt jedoch auf, dass auch unter der Neuregelung weiterhin bestimmte, nicht ganz fernliegende Szenarien möglich sind, in denen es zu einem „negativen Stimmgewicht“ kommen kann. Es erklärte die Neuregelung daher für verfassungswidrig und nichtig.

Diese Ausführungen betreffen den mathematisch-rechnerischen Teil des Bundestagswahlrechts, der keine Klausurrelevanz in juristischen Staatsexamina besitzt. Von einem Abdruck dieser breiten Ausführungen wurde daher hier abgesehen. Auch für mündliche Prüfungen sollte es jedenfalls genügen zu wissen, was ein „negatives Stimmgewicht“ ist, und das – eigentlich offensichtliche - Ergebnis zu kennen, dass es gegen die „Gleichheit“ der Wahl aus Art. 38 I 1 GG und die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG verstößt, wenn weniger Stimmen zu mehr Sitzen führen können und umgekehrt.

B. Hoch prüfungsrelevant sind hingegen die Ausführungen des BVerfG zu den sog. „**Überhangmandaten**“, **§ 6 V BWahlG**. Diese führen zu einer Ungleichbehandlung des Erfolgswerts der Wählerstimmen, weil die anderen Parteien keine Ausgleichsmandate erhalten. In BVerfGE 95, 335 ff. hatte das BVerfG dies noch unbeantwortet gelassen, damals waren Überhangmandate allerdings auch noch eher die Ausnahme. Durch das Aufkommen neuer kleinerer Parteien wird die Entstehung von Überhangmandaten aber derart begünstigt, dass das BVerfG nun die Zeit gekommen sah, eine Grenze zu ziehen: Sobald eine Partei 15 oder mehr Überhangmandate erziele, müsse ein Ausgleich bei den anderen Parteien stattfinden. Da dies gegenwärtig nach § 6 V BWahlG nicht geschieht, ist auch diese Regelung verfassungswidrig.

Aus der Literatur: Roth, Negatives Stimmgewicht und Legitimationsdefizite des Parlaments, NVwZ 2008, 1199

Aus der Literatur: Holste, Die Reform des Bundestagswahlrechts: Wiedervorlage in Karlsruhe!, NVwZ 2012, 8; Hettlage, Mehr Stücke als Kuchen: die Überhangmandate, ZRP 2012, 87; Schreiber, Das 19. Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25.11.2011, DÖV 2012, 125

**SACHVERHALT:**

Nach § 5 BWahlG wird bei Bundestagswahlen in jedem der 299 Wahlkreise zunächst ein Direktkandidat nach dem Prinzip der Mehrheitswahl in den Deutschen Bundestag gewählt. Gewinnt eine Partei dabei mehr Wahlkreise, als ihr nach der Verteilung der Zweitstimmen gem. § 6 II, III BWahlG Sitze im Deutschen Bundestag zustehen, bleiben diese Direktmandate als „Überhangmandate“ nach § 6 V BWahlG erhalten, ohne dass ein entsprechender Ausgleich bei den anderen Parteien stattfindet. § 6 V BWahlG lautet:

*„In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei auch dann, wenn sie die nach den Absätzen 2 bis 3 ermittelte Zahl übersteigen. In einem solchen Falle erhöht sich die Gesamtzahl der Sitze (§ 1 Absatz 1) um die Unterschiedszahl; eine erneute Berechnung nach den Absätzen 2 bis 3 findet nicht statt.“*

Ist diese Regelung verfassungsgemäß?

**PRÜFUNGSSCHEMA: „GLEICHE WAHL“, ART. 38 I 1 GG****A. Ungleichbehandlung von Gleichem**

- I. Zählwertgleichheit
- II. Erfolgchancengleichheit
  1. Mehrheitswahl
  2. Verhältniswahl

**B. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

- I. Systemimmanente Gründe
- II. Funktionsfähigkeit des Parlaments
- III. Ziele des Verhältniswahlsystems

**LÖSUNG:**

§ 6 V BWahlG könnte gegen den Grundsatz der gleichen Wahl aus Art. 38 I 1 GG und die Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG verstoßen.

**A. Verstoß gegen Art. 38 I 1 GG**

Zunächst könnte ein Verstoß gegen den Grundsatz der gleichen Wahl aus Art. 38 I 1 GG vorliegen. Dann müsste eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Gleichem vorliegen.

**I. Ungleichbehandlung von Gleichem**

Nach Art. 38 I 1 GG werden „Zählwertgleichheit“ und „Erfolgchancengleichheit“ gewährleistet:

„[58] Weitere Grundanforderungen an alle Wahlsysteme ergeben sich insbesondere aus dem Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit. Danach sind unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Wahlverfahrens alle Wähler bei der Art und Weise der Mandatszuweisung strikt gleich zu behandeln. **Die Stimme eines jeden Wahlberechtigten muss grundsätzlich den gleichen Zählwert und die gleiche rechtliche Erfolgchance haben.** Alle Wähler sollen mit der Stimme, die sie abgeben, den gleichen Einfluss auf das Wahlergebnis nehmen können“.

**1. Zählwertgleichheit**

Gleicher Zählwert bedeutet, dass jede Stimme gleich gezählt wird. Dieser Grundsatz wird durch die ausgleichslosen Überhangmandate nach § 6 V BWahlG nicht berührt.

Vgl. nur BVerfGE 95, 335, 353; 121, 266, 295; 124, 1, 18

Eine Ungleichbehandlung beim Zählwert ließe sich nicht rechtfertigen. Eine solche ist nach aktuellem Wahlrecht aber auch nicht möglich.

## 2. Erfolgchancengleichheit

„[59] Die Erfolgchancengleichheit [verlangt], dass jeder Wähler den gleichen potentiellen Einfluss auf das Wahlergebnis erhält.“

Diese Erfolgswertgleichheit könnte hier betroffen sein. Allerdings geht das BVerfG davon aus, dass sich deren Schutz in der Mehrheits- und Verhältniswahl unterschiedlich auswirkt:

„[61] Das Gebot der Erfolgchancengleichheit [wirkt sich] unterschiedlich aus, je nachdem, ob das Sitzzuteilungsverfahren - wie beim Verteilungsprinzip der Mehrheitswahl - bereits mit dem Auszählen, Gutschreiben und Addieren der Wählerstimmen beendet ist, oder ob sich - wie beim Verteilungsprinzip der Verhältniswahl - noch ein Rechenverfahren anschließt, welches das Verhältnis der Stimmen für Parteilisten zu den Gesamtstimmen feststellt und dem entsprechend die Sitzzuteilung regelt.“

### a. In der Mehrheitswahl

„[61] Im ersten Fall kann jeder Wähler auf die Mandatsvergabe allein durch Abgabe seiner gleich zu zählenden Stimme Einfluss nehmen, so dass sich die Erfolgchancengleichheit in der Gewährleistung annähernd gleichgroßer Wahlkreise und der gleichen Zählung und Gutschreibung jeder gültig abgegebenen Wählerstimme erschöpft.“

Jedoch hat sich der Bundesgesetzgeber nicht für eine (reine) Mehrheitswahl entschieden. Zwar wird mit der Erststimme in jedem Wahlkreis ein Direktkandidat nach dem Prinzip der reinen Mehrheitswahl in den Deutschen Bundestag gewählt, § 5 BWahlG. Über dessen Zusammensetzung entscheidet maßgeblich jedoch die Zweitstimme, mit der Landeslisten nach dem Verhältniswahlrecht gewählt werden, § 6 BWahlG.

„[115] **Das BVerfG ist in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die Bundestagswahl** infolge des auf der zweiten Stufe der Sitzzuteilung durchzuführenden Verhältnisausgleichs und unbeschadet der Direktwahl der Wahlkreiskandidaten nach dem Verteilungsprinzip der Mehrheitswahl **den Grundcharakter einer Verhältniswahl trägt.**“

BVerfGE 6, 84, 90; 13, 127, 129; 16, 130, 139; 66, 291, 304; 95, 335, 357; 121, 266, 297

### b. In der Verhältniswahl

Somit erschöpft sich die Erfolgchancengleichheit jedenfalls im gegenwärtigen Wahlrecht nicht in der Schaffung annähernd gleichgroßer Wahlkreise und der gleichen Zählung und Gutschreibung jeder Stimme; vielmehr muss der Gesetzgeber durch weitere Regelungen gewährleisten, dass sich jede Stimme auf die Zusammensetzung des Parlaments auch gleich auswirkt:

„[61] Im Fall [der Verhältniswahl] erhält jeder Wähler die weitergehende Möglichkeit, mit seiner Stimme entsprechend dem Anteil der Stimmen „seiner“ Partei auch auf die Sitzzuteilung Einfluss zu nehmen. **Die Erfolgchancengleichheit**, die jeder Wählerstimme die gleichberechtigte Einflussnahmemöglichkeit auf das Wahlergebnis in allen Schritten des Wahlverfahrens garantiert, **gebietet hier grundsätzlich, dass jede gültig abgegebene Stimme bei dem Rechenverfahren mit gleichem Gewicht mitbewertet wird, ihr mithin ein anteilmäßig gleicher Erfolg zukommt.**“

Näher zur Erfolgchancengleichheit in der Verhältniswahl BVerfGE 1, 208, 245; 95, 335, 353; Pauly, AöR 123 (1998), 232 249

Verbleiben einer Partei die in den Wahlkreisen errungenen Direktmandate, obwohl sie die Gesamtzahl der dieser Partei im Deutschen Bundestag zustehenden Sitze übersteigen („Überhangmandate“), ohne dass den anderen Parteien dafür Ausgleichsmandate gewährt werden, so werden die Wähler dieser Partei im Parlament durch mehr Abgeordnete repräsentiert, als die Wähler einer anderen Partei, die keine Überhangmandate erhält. § 6 V BWahlG enthält mit dieser Regelung also eine Ungleichbehandlung der Erfolgchancengleichheit

## II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob sich diese Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt. Dann müsste ein hinreichender **Rechtfertigungsgrund** eingreifen.

### 1. Systemimmanenz

Art. 38 III GG darf aber nicht als Gesetzesvorbehalt missverstanden werden. Es genügt m.a.W. nicht schon für sich genommen, dass das BWahlG eine bestimmte Regelung enthält. Vielmehr müssen sich die Rechtfertigungsgründe aus dem Grundgesetz selbst ergeben.

Nach Art 38 III GG legt der Bundesgesetzgeber das Wahlsystem in einem einfachen Gesetz fest. Entscheidet er sich dabei für eine Verhältniswahl, wird es immer Ungenauigkeiten bei der Umrechnung von Stimmen in Sitze geben, z.B. Rundungsverluste. Man könnte daher meinen, gewisse Ungenauigkeiten seien dem Verhältniswahlsystem immanent und daher hinzunehmen. Das BVerfG sieht dies aber genau von der anderen Seite: Nicht das Wahlsystem an sich könne eine Ungleichbehandlung beim Erfolgswert rechtfertigen, sondern es sei seinerseits an der Erfolgchancengleichheit zu messen:

„[129] **Der Umstand, dass das Anfallen solcher zusätzlicher Sitze dem vom Gesetzgeber gewählten System einer personalisierten Verhältniswahl immanent ist, genügt für sich genommen nicht, die durch Überhangmandate bewirkten Differenzierungen zu legitimieren.** Dass es der Gesetzgeber für unausweichlich erachtet, in bestimmten Konstellationen des von ihm vorgesehenen Sitzzuteilungsverfahrens die Stimmen einer Gruppe von Wählern anders zu behandeln als die Stimmen anderer Wähler, macht eine Rechtfertigung dieser Differenzierung vor der Wahlrechtsgleichheit nicht entbehrlich. **Lässt sich eine Ungleichbehandlung nicht durch besondere, sachlich legitimierte Gründe rechtfertigen, so ist die Entscheidung für dieses System korrekturbedürftig.**“

### 2. Funktionsfähigkeit des Parlaments

Das Prinzip der parlamentarischen Demokratie, wie es in Art. 20 I GG i.V.m. Art. 38 ff. GG normiert ist, erfordert ein funktionsfähiges Parlament. Überhangmandate kommen gerade den großen Parteien zugute. Man könnte daher an eine Rechtfertigung durch ihre mehrheits- und damit stabilitätsfördernde Wirkung denken. Das BVerfG verwirft aber auch diesen Gedanken:

„[131] **Die ausgleichslose Zuteilung von Überhangmandaten kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sich diese mehrheitssichernd auswirken können.** Das Ziel von Wahlen, eine funktionsfähige Volksvertretung hervorzubringen, ist zwar ein verfassungslegitimer Grund, der Differenzierungen im Erfolgswert der Wählerstimmen gestattet, soweit dies zur Herstellung oder Sicherung einer stabilen Mehrheit unbedingt erforderlich ist. Die Zuteilung von Überhangmandaten ist indes zur Erreichung dieses Ziel nicht geeignet. **Überhangmandate können zwar im Einzelfall eine Parlamentsmehrheit absichern, wenn auf Seiten der Mehrheitsfraktion(en) ein Überhang anfällt, der den - unter**

**Umständen knappen - Vorsprung an Parlamentssitzen vergrößert. In gleicher Weise kann jedoch auch die umgekehrte Situation eintreten, dass eine oder mehrere Parteien ihre – u.U. knappe - Mehrheit an Parlamentssitzen allein dadurch erlangen, dass sie Überhangmandate gewinnen.“**

### 3. Ziele der personalisierten Verhältniswahl

Das BVerfG sieht aber eine Rechtfertigung des Erhalts der Überhangmandate im Ziel des personalisierten Verhältniswahlrechts, für das der Gesetzgeber sich nach Art. 38 III GG entscheiden durfte. Es sei legitim, eine Verbindung zwischen dem Wähler und „seinem“ Direktkandidaten zu erhalten, indem der Direktkandidat auch dann in den Bundestag einziehe, wenn seine Partei nicht genügend Sitze errungen habe:

#### a. Rechtfertigung des Erhalts der Überhangmandate an sich

„[132] Die mit der ausgleichslosen Zuteilung von Überhangmandaten verbundene Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen kann jedoch in begrenztem Umfang durch das besondere Anliegen einer mit der Personenwahl verbundenen Verhältniswahl gerechtfertigt werden.

[133] Die Zielsetzung der sogenannten personalisierten Verhältniswahl, dem Wähler die Möglichkeit zu geben, auch im Rahmen der Verhältniswahl Persönlichkeiten zu wählen, ist von der Verfassung gedeckt. Auf diese Weise möchte der Gesetzgeber die Verbindung zwischen Wählern und Abgeordneten, die das Volk repräsentieren, stärken und zugleich in gewissem Umfang der dominierenden Stellung der Parteien bei der politischen Willensbildung des Volkes (Art. 21 I 1 GG) ein Korrektiv im Sinne der Unabhängigkeit der Abgeordneten (Art. 38 I 2 GG) entgegensetzen. **Durch die Wahl der Wahlkreiskandidaten soll zumindest die Hälfte der Abgeordneten eine engere persönliche Beziehung zu ihrem Wahlkreis haben. Dieses Ziel kann nur verwirklicht werden, wenn der erfolgreiche Kandidat sein Wahlkreismandat auch dann erhält, wenn das nach dem Proporz ermittelte Sitzkontingent der Landesliste seiner Partei zur Verrechnung nicht ausreicht.“**

Dies ist letztlich eine bloße Selbstverständlichkeit, da sonst einzelne Wahlkreise gar nicht im Parlament repräsentiert wären.

Es würde sich sonst auch die Frage stellen, *welche* Direktkandidaten eigentlich ihr errungenes Mandat verlieren sollten, wenn ihre Partei nicht genügend Sitze errungen hat. Immerhin sind sie *alle* persönlich gewählt worden.

#### b. Rechtfertigung des Nichtausgleichs

Damit ist allerdings nur erklärt, warum Überhangmandate erhalten bleiben dürfen, nicht jedoch, warum die anderen Parteien keinen Ausgleich erhalten. Hierzu meint das BVerfG zunächst, eine gewisse Ungenauigkeit sei hinzunehmen, weil ein genauer Ausgleich nicht praktikabel sei:

„[135] So trifft es zwar zu, dass die durch den Anfall von Überhangmandaten bewirkte Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen mit einer personalisierten Verhältniswahl nicht zwangsläufig verbunden ist, weil der als Ergebnis des unvollständig durchgeführten Verhältnisausgleichs gestörte Proporz etwa durch Zuteilung von Ausgleichsmandaten wiederhergestellt werden könnte. **Allerdings erforderte eine vollständige Verwirklichung des Ziels der Verhältniswahl eine im Einzelnen nicht vorhersehbare Erhöhung der Sitzzahl des Bundestages, wodurch - abgesehen von damit verbundenen Praktikabilitätsproblemen - dessen Zusammensetzung das Ziel, die Abgeordneten des Deutschen Bundestages zur Hälfte personenbezogen zu legitimieren, nicht verwirklichen würde.“**

Allerdings dürfen die daraus entstehenden Reibungsverluste kein signifikantes Ausmaß annehmen.

„[137] Das Ausmaß der mit der ausgleichslosen Zuteilung von Überhangmandaten verbundenen Differenzierung des Erfolgswertes der Wählerstimmen muss sich jedoch innerhalb des gesetzgeberischen Konzepts halten. **Die Zuteilung zusätzlicher Bundestagsitze außerhalb des Proporz dar nicht dazu führen, dass der Grundcharakter der Wahl als einer am Ergebnis der für die Parteien abgegebenen Stimmen orientierten Verhältniswahl aufgehoben wird.**“

Fraglich ist, wann ein „signifikantes Ausmaß“ in diesem Sinne vorliegt. In seinem Urteil vom 10. April 1997 (BVerfGE 95, 335, 365) war das BVerfG noch – in Anlehnung an die 5%-Klausel des § 6 VI 1 BWahlG – von etwa 30 Überhangmandaten ausgegangen (5% von 598 Sitzen). Diese Rechtsprechung gibt das Gericht nunmehr ausdrücklich auf. Vielmehr sollen nun schon **mehr als 15 Überhangsmandate** ausgleichspflichtig sein:

„[141] Überhangmandate sind nur in eng begrenztem Umfang mit dem Charakter der Wahl als Verhältniswahl vereinbar. Fallen sie regelmäßig in größerer Zahl an, widerspricht dies der Grundentscheidung des Gesetzgebers. **Wann dies der Fall ist, lässt sich entgegen der Ansicht der die Entscheidung vom 10. April 1997 tragenden Richter - nicht allein in Orientierung an dem Fünf-Prozent-Quorum (§ 6 VI 1 BWG) bestimmen.** Dieses findet seine Rechtfertigung in der Annahme, der Einzug sogenannter Splitterparteien in das Parlament beeinträchtigt dessen Funktionsfähigkeit. Dieser Aspekt steht mit der hier zu beantwortenden Frage der Wahrung der Wahlrechts- und Chancengleichheit in keinem Zusammenhang.“ [...]

„[143] **Vor diesem Hintergrund sieht der Senat einen angemessenen Ausgleich** zwischen dem Anliegen möglichst proportionaler Abbildung des Zweitstimmenergebnisses im Bundestag und dem mit der Personenwahl verbundenen Belang uneingeschränkter Erhalts von Wahlkreismandaten **dann nicht mehr für gewahrt an, wenn die Zahl der Überhangmandate etwa die Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Zahl von Abgeordneten überschreitet.**“

§ 6 V BWahlG enthält eine solche Beschränkung der Höchstzahl ausgleichsloser Überhangmandate nicht. Er ist daher in der gegenwärtigen Fassung verfassungswidrig.

## B. Verstoß gegen Art. 21 I GG

§ 6 V BWahlG könnte ferner gegen den Grundsatz der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG verstoßen.

### I. Ungleichbehandlung von Gleichem

Das BVerfG spricht den Parteien aus Art. 21 I GG einen Anspruch auf Chancengleichheit bei Wahlen in demselben Umfang zu, wie es dem Wähler Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 I 1 GG zuspricht:

„[65] **Gleiche Anforderungen wie der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit stellt auch der Grundsatz der Chancengleich-**

Eine Fraktionsbildung erfordert nach § 10 I GOBT mind. 5% der Abgeordneten. Bei 598 Abgeordneten (§ 1 I BWahlG) sind dies knapp 30 Abgeordnete, die Hälfte hiervon somit 15 Abgeordnete.

St.Rspr., vgl. nur BVerfGE 82, 322, 337; 95, 408, 417; 124, 1, 20

**heit der Parteien an das Wahlrecht** in Bezug auf Differenzierungen, die sich auf den Wettbewerb um Wählerstimmen auswirken.“

Auch im Hinblick auf die Parteien führt die ungleiche Gewährung von Überhangmandaten in § 6 V BWahlG zu einer Ungleichbehandlung:

„[125] Auch die Chancengleichheit der politischen Parteien wird durch den Anfall von Überhangmandaten beeinträchtigt. Sie ist nur gewahrt, wenn jede Partei im Rahmen der mit einem Sitzzuteilungsverfahren nach dem Verteilungsprinzip der Verhältniswahl unabweichlich verbundenen Rundungsabweichungen annähernd dieselbe Stimmenzahl benötigt, um ein Mandat zu erringen. **Bei einer Partei, die einen Überhang erzielt, entfallen jedoch auf jeden ihrer Sitze weniger Zweitstimmen als bei einer Partei, der dies nicht gelingt.**“

So schon BVerfGE 79, 169, 172; 95, 335, 359

## II. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Hinsichtlich der Verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gilt zu Art. 21 I GG das oben Gesagte entsprechend: Auch die Chancengleichheit der Parteien kennt in Art. 21 I GG keine geschriebene Schranke, sodass eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen sich nur aus der Verfassung selbst ergeben kann. Dass diese jedenfalls jenseits eines „signifikanten Ausmaßes“ von 15 Überhangmandaten nicht gelingt, wurde bereits oben dargelegt.

Das BVerfG verfährt in solchen Fällen wie hier dargestellt: Es prüft immer nur Art. 38 I 1 GG und stellt dann in wenigen Sätzen fest, dass eine Verletzung von Art. 38 I 1 GG in Bezug auf den Wähler auch eine Verletzung des Art. 21 I GG in Bezug auf die Parteien darstellt. Wenn also – wie hier – nur nach der Verfassungsmäßigkeit einer Wahlrechtsnorm gefragt ist, sollte Art. 38 I 1 GG den Prüfungsschwerpunkt bilden.

Somit liegt auch eine Verletzung der Chancengleichheit der Parteien aus Art. 21 I GG vor.

Anders liegt es nur dann, wenn über den Antrag einer Partei vor dem BVerfG zu entscheiden ist (Organstreitverfahren oder Verfassungsbeschwerden): Eine Partei kann sich nur auf Art. 21 GG (bei Verfassungsbeschwerden: in Verbindung mit Art. 3 I GG) berufen, nicht auf Art. 38 I 1 GG. Dann ist also ausschließlich Art. 21 I GG zu prüfen, wobei sich – wie gezeigt – inhaltlich keine Unterschiede zu Art. 38 I 1 GG ergeben.

### FAZIT:

Nach der vorliegenden Entscheidung wird der Gesetzgeber noch vor der nächsten Bundestagswahl ein verfassungskonformes Wahlrecht schaffen müssen. Das BVerfG hat dazu zwei klare Vorgaben gemacht: Die Entstehung eines „negativen Stimmgewichts“ muss völlig ausgeschlossen werden, ungleiche Überhangmandate sind nur bis zu einer Maximalzahl von 15 zulässig. Sicher ist, dass das Wahlrecht weiterhin in der Diskussion bleiben wird.

Prozessual könnte der Fall übrigens sowohl in ein Organstreitverfahren (Art. 93 I Nr. 1 GG) als auch eine Verfassungsbeschwerde (Art. 93 I Nr. 4a GG) als auch in eine abstrakte Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG) eingekleidet werden. Tatsächlich wurde § 6 V BVerfGG auf allen drei Wegen vor dem BVerfG angegriffen, und das BVerfG gab allen drei Anträgen im o.g. Umfang statt.

## Problem: Bundeswehreinsatz im Inland

BVERFG, BESCHLUSS VOM 03.07.2012  
2 PBVU 1/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### Leitsätze (der Redaktion):

1. Die Gesetzgebungszuständigkeit für die §§ 13 bis 15 LuftSiG ergibt sich aus Art. 73 I Nr. 6 GG.
2. Art. 35 II 2, III GG schließen eine Verwendung spezifisch militärischer Waffen bei einem Einsatz der Streitkräfte nach diesen Vorschriften nicht grundsätzlich aus, lassen sie aber nur unter engen Voraussetzungen zu, die sicherstellen, dass nicht die strikten Begrenzungen unterlaufen werden, die einem bewaffneten Einsatz der Streitkräfte im Inneren durch Artikel 87a IV GG gesetzt sind.
3. Der Einsatz der Streitkräfte nach Artikel 35 III 1 GG ist, auch in Eilfällen, allein aufgrund eines Beschlusses der Bundesregierung als Kollegialorgan zulässig.

### EINLEITUNG:

Der Erste Senat des BVerfG hatte in seiner bekannten Entscheidung vom 15.02.2006 (RA 2006, 104 = NJW 2006, 751) entschieden, dass § 14 III LuftSiG, wonach es der Bundeswehr als ultima ratio gestattet war, ein entführtes, auf ein Ziel am Boden gelenktes Flugzeug auf Befehl des Verteidigungsministers abzuschießen, verfassungswidrig ist. Der Senat hatte dies zum einen mit der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes begründet; diese ergebe sich nicht aus Art. 73 Nr. 1 oder 6 GG, sondern unmittelbar aus Art. 35 II 2 GG, sei im Falle des § 14 III LuftSiG allerdings überschritten worden. Zudem verstoße § 14 III LuftSiG gegen die Menschenwürde der Passagiere und des Flugpersonals aus Art. 1 I 1 GG.

Der Zweite Senat des BVerfG hat nun im Rahmen einer (abstrakten) Normenkontrolle über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 13-15 LuftSiG insgesamt zu befinden, die den Einsatz der Bundeswehr im Inland zur Gefahrenabwehr (z.B. Amtshilfe der Polizei, Katastrophenschutz usw.) regeln. Der Zweite Senat beabsichtigte, von der Entscheidung des Ersten Senats zur Kompetenzfrage abzuweichen. Nachdem der Erste Senat auf Anfrage erklärte, bei seiner Auffassung aus 2006 bleiben zu wollen, rief der Zweite Senat nach § 16 I BVerfGG das Plenum an. Dieses entschied, dass die Entscheidung des Ersten Senats aus 2006 nicht richtig gewesen sei. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung des Bundeswehreinsatzes im Inneren folge nicht aus Art. 35 II 2 GG, sondern als Annex aus Art. 73 I Nr. 6 GG.

In materieller Hinsicht ging es um die Frage, ob neben § 14 III LuftSiG noch weitere Vorschriften der §§ 13 ff. LuftSiG verfassungswidrig sein könnten. Nach Art. 87a II GG ist ein Bundeswehreinsatz im Inland (außer zur Verteidigung) nämlich nur zulässig, wenn das GG es ausdrücklich bestimmt. Solche Bestimmungen finden sich in Art. 87a IV GG und Art. 35 II 2, III 1 GG. Das BVerfG gelangt nach ausführlicher Auslegung derselben zu dem Ergebnis, dass das GG bewaffnete Bundeswehreinsätze im Inland nicht gänzlich ausschließe, aber nur unter engen Voraussetzungen zulasse (siehe Leitsatz zu 2). Dazu gehöre insbesondere, dass solche Einsätze immer von der Bundesregierung insgesamt beschlossen werden müssen, und zwar auch im Eilfall (Leitsatz zu 3).

### SACHVERHALT:

Die Bayerische Staatsregierung und die Hessische Landesregierung halten u.a. § 13 LuftSiG für verfassungswidrig. Dieser lautet:

#### § 13 Entscheidung der Bundesregierung

(1) Liegen auf Grund eines erheblichen Luftzwischenfalls Tatsachen vor, die im Rahmen der Gefahrenabwehr die Annahme begründen, dass ein besonders schwerer Unglücksfall nach Art. 35 II 2 oder II GG bevorsteht, können die Streitkräfte, soweit es zur wirksamen Bekämpfung erforderlich ist, zur Unterstützung der Polizeikräfte der Länder im Luftraum zur Verhinderung dieses Unglücksfalles eingesetzt werden.

(2) Die Entscheidung über einen Einsatz nach Art. 35 II 2 GG trifft auf Anforderung des betroffenen Landes der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnete Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit

dem Bundesminister des Innern. Ist sofortiges Handeln geboten, ist das Bundesministerium des Innern unverzüglich zu unterrichten.

(3) Die Entscheidung über einen Einsatz nach Artikel 35 III des Grundgesetzes trifft die Bundesregierung im Benehmen mit den betroffenen Ländern. Ist eine rechtzeitige Entscheidung der Bundesregierung nicht möglich, so entscheidet der Bundesminister der Verteidigung oder im Vertretungsfall das zu seiner Vertretung berechnigte Mitglied der Bundesregierung im Benehmen mit dem Bundesminister des Innern. Die Entscheidung der Bundesregierung ist unverzüglich herbeizuführen. Ist sofortiges Handeln geboten, sind die betroffenen Länder und das Bundesministerium des Innern unverzüglich zu unterrichten. [...]

Die Antragstellerinnen (ASt.) rügen insbesondere die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes sowie den Umstand, dass bewaffnete Bundeswehreinheiten im Inland nach Art. 87a II GG im GG ausdrücklich zugelassen werden müssen, woran es bezüglich des in § 13 LuftSiG geregelten Einsatzes der Luftstreitkräfte zur Gefahrenabwehr fehle. Mit dieser Begründung wenden sie sich an das BVerfG mit dem Antrag, § 13 LuftSiG für nichtig zu erklären.

Im Originalfall richteten sich die Anträge gegen §§ 13-15 LuftSiG mit Ausnahme des § 14 III LuftSiG, der bereits in einer früheren Entscheidung des BVerfG (RA 2006, 104 = NJW 2006, 751) für verfassungswidrig erklärt worden ist.

Wie wird das BVerfG entscheiden?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ABSTRAKTE NORMENKONTROLLE**

#### **A. Zulässigkeit**

- I. Zuständigkeit
- II. Antragsberechtigung
- III. Antragsgegenstand
- IV. Antragsbefugnis
- V. Form

#### **B. Begründetheit**

- I. Formelle Verfassungsmäßigkeit
  - Problem: Gesetzgebungskompetenz
    1. Aus Art. 35 II 2 GG
    2. Aus Art. 73 I Nr. 1 GG
    3. Aus Art. 73 I Nr. 6 GG (Annex)
- II. Materielle Verfassungsmäßigkeit
  - Problem: Verstoß gegen Art. 87a II GG
    1. Zulassung im Grundgesetz: Art. 35 II 2, III GG
    2. Schranken des Art. 35 II 2, III GG
    3. Subsumtion für § 13 LuftSiG

### **LÖSUNG:**

Das BVerfG wird § 13 LuftSiG für nichtig erklären, soweit der Antrag der ASt. zulässig und begründet ist.

#### **A. Zulässigkeit**

##### **I. Zuständigkeit**

Das BVerfG ist für den (abstrakten) Normenkontrollantrag nach Art. 93 I Nr. 2 GG i.V.m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG zuständig.

##### **II. Antragsberechtigung**

Antragsberechtigt sind nach Art. 93 I Nr. 2 GG u.a. die Landesregierungen, also auch die ASt. als Bayerische Staatsregierung bzw. Hessische Landesregierung.

##### **III. Antragsgegenstand**

Tauglicher Antragsgegenstand kann nach Art. 93 I Nr. 2 GG „Bundes- oder Landesrecht“ sein. § 13 LuftSiG ist ein Bundesgesetz.

**IV. Antragsbefugnis**

Hinsichtlich der Antragsbefugnis fordert § 76 I Nr. 1 BVerfGG die Überzeugung von der Nichtigkeit der vorgelegten Norm, während Art. 93 I Nr. 2 GG bereits „Zweifel“ genügen lässt. Ob im Lichte des Art. 93 I Nr. 2 GG eine erweiternde Auslegung des § 76 I Nr. 1 BVerfGG angezeigt ist, mag hier auf sich beruhen, da die ASt. jedenfalls die Nichtigkeit der vorgelegten Norm gerügt und dargelegt haben.

**V. Form**

§ 23 BVerfGG verlangt eine Schriftform nebst hinreichender Begründung, von deren Einhaltung mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ausgegangen werden kann.

Der Antrag ist somit zulässig.

**B. Begründetheit**

Der Antrag ist begründet, soweit die vorgelegte Norm verfassungswidrig ist, § 78 S. 1 BVerfGG.

**I. Formelle Verfassungsmäßigkeit**

In formeller Hinsicht müsste der Bund als Normgeber die Gesetzgebungskompetenz innehaben und die Vorschriften über Verfahren und Form der Gesetzgebung eingehalten haben. Letzteres ist unzweifelhaft, fraglich ist jedoch die Gesetzgebungskompetenz.

**1. Grundsatz: Länder**

Nach Art. 70 GG liegt die Gesetzgebungskompetenz grundsätzlich bei den Ländern.

**2. Ausnahme: Bund**

Es müsste also eine Ausnahme zugunsten des Bundes eingreifen. Fraglich ist, ob und woraus eine solche besteht. Dies ist streitig.

**a. Aus Art. 35 II 2, III 1 GG**

Der Erste Senat des BVerfG hat die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung eines Einsatzes der Luftstreitkräfte zur Gefahrenabwehr in seiner Entscheidung vom 15.02.2006 (RA 2006, 104 = NJW 2006, 751) Art. 35 II 2, III 1 GG entnommen. Im Leitsatz zu 1) dieser Entscheidung hieß es:

„Der Bund hat unmittelbar aus Art. 35 II 2 und III 1 GG das Recht zur Gesetzgebung für Regelungen, die das Nähere über den Einsatz der Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nach diesen Vorschriften und über das Zusammenwirken mit den beteiligten Ländern bestimmen.“

**b. Aus Art. 73 I Nr. 1 GG**

Linke, NWVBI 2006, 71, 72 m.w.N.

In der Literatur wird auf Art. 73 I Nr. 1 GG zurückgegriffen, weil es in §§ 13 ff. LuftSiG um den „Schutz der Zivilbevölkerung“ gehe.

**c. Aus Art. 73 I Nr. 6 BVerfGG**

Ebenso die wohl h.L.: Schenke, NJW 2006, 736, 737; Baldus, NVwZ 2004, 1278, 1279; Gramm, NZWehrR 2003, 89, 96.

Das BVerfG hat in seiner hier besprochenen Plenarentscheidung seine Rechtsprechung jedoch geändert und vertritt nunmehr eine Annexkompetenz des Bundes aus Art. 73 I Nr. 6 GG („Luftverkehr“).

#### d. Stellungnahme

Gegen die Anwendbarkeit von Art. 35 II, III GG spricht zunächst der Wortlaut, der nichts von Gesetzgebungskompetenz sagt:

„[16] Art. 35 II, III GG bieten für Bundesrecht, das den Einsatz der Streitkräfte im Katastrophennotstand regelt, keine ausdrückliche Kompetenzgrundlage. Ihrem Wortlaut nach regeln diese Bestimmungen, soweit sie den Einsatz der Streitkräfte betreffen, materielle und prozedurale Voraussetzungen für einen solchen Einsatz.“

Ferner sprechen systematische Erwägungen dagegen, da die Gesetzgebungskompetenzen vor allem in Art. 70 ff. GG geregelt sind:

„[16] Ungeschriebene Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes in Sachnormen außerhalb des VII. Abschnitts des Grundgesetzes (Art. 70 ff.) aufzusuchen, liegt auch in systematischer Hinsicht und nach dem Schutzzweck der föderalen Zuständigkeitsordnung, die grundsätzlich nicht durch die Normen des materiellen Verfassungsrechts, sondern durch gesonderte, strikt auszulegende und in ihrer Reichweite von materiellrechtlichen Vorgaben unabhängige Kompetenzvorschriften bestimmt ist, nicht nahe. Gegen eine solche Kompetenzzuschreibung spricht zudem, dass sich aus ihr nur schwer Klarheit über die Rechtsnatur der zugeschriebenen Kompetenz - ausschließlich oder konkurrierend - gewinnen lässt.“

Allerdings meint auch der „Luftverkehr“ in Art. 73 I Nr. 6 GG zunächst und vor allem nicht den Einsatz der Luftwaffe, sondern den zivilen Luftverkehr. Das BVerfG greift insoweit jedoch auf eine (ungeschriebene) Annexkompetenz zurück:

„[17] Eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die §§ 13 ff. LuftSiG folgt aus Art. 73 I Nr. 6 GG, der dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für den Luftverkehr zuweist. **Nach tradierter und im Grundsatz unbestrittener Auffassung steht dem Bund, soweit er für ein bestimmtes Sachgebiet die Gesetzgebungszuständigkeit hat, als Annexkompetenz auch die Gesetzgebungsbefugnis für die damit in einem notwendigen Zusammenhang stehenden Regelungen zur Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in diesem Bereich zu.**

[18] Dies gilt auch für das Sachgebiet „Luftverkehr“. **Die Gesetzgebungszuständigkeit für den Luftverkehr umfasst daher als Annex jedenfalls die Befugnis, Regelungen zur Abwehr solcher Gefahren zu treffen, die gerade aus dem Luftverkehr herühren.**[...] Denn bei dezentraler Regelungskompetenz hätten unzureichend abwehrwirksame Regelungen eines einzelnen Landes erhebliche negative Folgen für die Sicherheit, die mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht im Wesentlichen auf das betreffende Land beschränkt wären.“

#### II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

In materieller Hinsicht ist fraglich, ob ein Verstoß gegen **Art. 87a II GG** vorliegt.

„[25] **Außer zur Verteidigung dürfen nach Art. 87a II GG die Streitkräfte nur eingesetzt werden, soweit das Grundgesetz es ausdrücklich zulässt.** Die begrenzende Funktion dieser Regelung ist durch strikte Texttreue bei der Auslegung der grundgesetzlichen Bestimmungen über den Einsatz der Streitkräfte im Innern zu wahren.“

Zur Annexkompetenz vgl. BVerfGE 3, 407, 433; 8, 143, 150; 78, 374, 386; 109, 190, 215.

Ob und inwieweit daneben Art. 73 I Nr. 1 GG als Kompetenzgrundlage in Betracht kommt, hat das BVerfG offen gelassen. Diese Frage hätte aber entscheidende Bedeutung, wenn es nicht mehr um Luftverkehr i.S.d. Nr. 6, sondern z.B. um den Einsatz von Bodentruppen ginge.

So schon BVerfGE 90, 286, 356; 115, 118, 142; BVerwGE 127, 1, 12

Eine solche „ausdrückliche Zulassung“ könnte sich in Art. 35 II, III GG finden:

„[26] [...] Art. 35 II 2 und III GG [erlauben] einen Streitkräfteeinsatz zur Unterstützung der Polizeikräfte bei einer Naturkatastrophe oder einem besonders schweren Unglücksfall. Damit bindet die Verfassung den Einsatz der Streitkräfte an Anforderungen, die nicht immer schon dann erfüllt sind, wenn die Polizei durch das allgemeine Ziel der Aufrechterhaltung und Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung überfordert ist; dies zeigt sich bereits darin, dass in Fällen von besonderer Bedeutung gemäß Art. 35 II 1 GG grundsätzlich nur Unterstützung durch Kräfte und Einrichtungen des Bundesgrenzschutzes angefordert werden kann.“

Fraglich ist jedoch, in welchem Rahmen Art. 35 II 2, III GG einen Einsatz der Luftstreitkräfte im Inneren zulassen (1.), und ob diese Schranken in § 13LuftSiG eingehalten worden sind (2.).

## 1. Schranken des Einsatzes von Luftstreitkräften

### a. Beschränkung auf polizeiliche Mittel

Man könnte zunächst auf die Idee kommen, dass Art. 35 II 2, III GG den Einsatz der Streitkräfte auf Mittel beschränken, die auch der Polizei zur Verfügung stehen, weil er nur zur „Unterstützung der Polizeikräfte“ (Art. 35 III 1 GG) bzw. zur polizeiunterstützenden „Hilfe“ (Art. 35 II 2, 1 GG) erlaubt ist. Dies würde bedeuten, dass ein Einsatz der Luftstreitkräfte, wie in § 13 LuftSiG vorgesehen, regelmäßig ausbliege, da die Polizei selbst normalerweise nicht über Luftstreitkräfte verfügt (von Hubschraubern etc. vielleicht abgesehen). Das BVerfG sieht eine solche Beschränkung nach ausführlicher Auslegung der Norm i.E. aber nicht:

#### aa. Wortlaut

„[29] Sie ergibt sich insbesondere nicht zwingend daraus, dass Art. 35 GG den Einsatz der Streitkräfte nur zur „Unterstützung der Polizeikräfte“ (Abs. 3 Satz 1) beziehungsweise zur polizeiunterstützenden „Hilfe“ (Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1) vorsieht. Mit welchen Mitteln die Hilfe oder Unterstützung geleistet werden darf, ist damit noch nicht festgelegt.“

#### bb. Systematik

„[30] Systematische Erwägungen sprechen dafür, dass aus der von Art. 35 II und III GG vorgegebenen unterstützenden Funktion der Streitkräfte keine Beschränkung auf die aktuell oder potentiell polizeirechtlich zulässigen Einsatzmittel folgt. Denn auch Art. 87a IV 1 GG lässt für den dort umschriebenen Fall des inneren Notstandes einen Einsatz der Streitkräfte nur „zur Unterstützung“ der Landes- und der Bundespolizei zu, beschränkt damit aber anerkanntermaßen den dort geregelten Einsatz, jedenfalls soweit es um die Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer geht, nicht von vornherein auf die Mittel, die den unterstützten Polizeien zur Verfügung stehen.“

#### cc. Teleologie

„[31]Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Zulassung des Streitkräfteeinsatzes in den erfassten Katastrophenfällen eine wirksame

So hatte es noch der Erste Senat in seiner bereits mehrfach angesprochenen Entscheidung BVerfG, RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 gesehen.

Vgl. BVerfGE 115, 118, 148; Hase, in: AK-GG, Bd. 3, 3. Aufl. 2001, Art. 87a IV Rn. 5; Depenheuer, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87a Rn. 169, 177; Kokott, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 87a Rn. 68; Baldus, NVwZ 2004, 1278, 1280.



Schuldrecht AT	Grundlagen
Prüfungsschema und Grundüberlegungen (22)	

§ 280

1. Wie wird §280 I geprüft?
2. Wie ist der Begriff der Pflichtverletzung (allgemein) zu definieren?
3. Woraus ergibt sich die Vermutung des Vertretemüssens zu Lasten des Schuldners in den Fällen des § 280 I?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Grundlagen
Konkurrenz der Absätze (23)	

§ 280

In welchem Konkurrenzverhältnis stehen die unterschiedlichen Absätze des § 280 zueinander?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



BGB AT	Stellvertretung
Prüfungsschema und Grundlagen (43)	

§ 164

1. Woraus kann sich Vertretungsmacht ergeben?
2. Woraus ergeben sich Beschränkungen der Vertretungsmacht?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



BGB AT	Stellvertretung
Anscheins- und Duldungsvollmacht (44)	

§ 164

1. Wie lautet das Prüfungsschema für eine Duldungsvollmacht?
2. Wie lautet das Prüfungsschema für eine Anscheinsvollmacht?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Konkurrenz der drei Absätze

§ 280 III enthält als lex specialis eine Verweisung auf die §§ 281 – 283, sofern es um **Schadensersatz statt der Leistung** geht. **Soweit** diese Vorschriften anwendbar sind, ist § 280 I daher **bzgl. des Schadensersatzes statt der Leistung** verdrängt.

§ 280 II enthält als lex specialis eine Verweisung auf § 286, sofern es um **Schadensersatz wg. Verzögerung der Leistung** geht. **Diesbezüglich** sind die allg. Vss. des § 280 I daher stets durch die besonderen Vss. dieses Tatbestandes verdrängt.

§ 280 I ist daher nur (noch) anwendbar, sofern die Absätze 2 und 3 **nicht anwendbar** sind. Dies ist der Fall bei Verletzung von Hauptleistungspflichten bzgl. der Begleitschäden (sog. „Mangelfolgeschäden“) und bei Pflichtverletzungen von Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema Duldungsvollmacht
  - a) vollmachtl. Vertreter tritt (grundsätzlich) mehrfach als Vertreter auf
  - b) Geschäftsherr hat davon positive Kenntnis
  - c) Geschäftsherr duldet dies
  - d) guter Glaube des Dritten an die Existenz der Vollmacht, § 173 BGB analog
2. Prüfungsschema Anscheinsvollmacht
  - a) schuldhaftes Setzen eines zurechenbaren Rechtsscheins durch den GH (z.B. wenn ein vollmachtl. Vertreter mehrfach als Vertreter auftritt, aber auch denkbar durch vergleichbares Verhalten, wenn dies von **gewisser Dauer u. Häufigkeit** ist)
  - b) Geschäftsherr hat hiervon fahrlässigerweise Unkenntnis
  - c) Verhinderungsmöglichkeit des Geschäftsherrn bei Kenntnis
  - d) guter Glaube des Dritten an die Existenz der Vollmacht, § 173 BGB analog

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema
  - a) Schuldverhältnis
  - b) Pflichtverletzung (iSv § 280 I)
  - c) Vertretenmüssen
  - d) Schaden (iSv § 280 I)

2. Definition Pflichtverletzung  
Pflichtverletzung ist jedes gegen das Schuldverhältnis gerichtete Verhalten.

3. § 280 I 2 enthält eine doppelte Verneinung. Dies führt prozessual dazu, dass nicht der Gläubiger das Vertretenmüssen des Schuldners beweisen muss, sondern der Schuldner beweisen muss, dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dies führt zur Vermutung des Vertretenmüssens gegen ihn, sofern er diese Vermutung nicht widerlegt.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

### 1. Quellen der Vertretungsmacht

Gesetz	Rechtsgeschäft	Rechtsschein
BGB: § 714, Gesellschaftler, § 26 II Vereinsvorstand, § 1629 I / § 1793 Eltern/Vormund, § 2038 Miterben HGB: § 125 HGB OHG, §§ 161 II, 125 HGB KG § 35 GmbHG: GmbH	BGB: Vollmacht, § 166 II; als Innenvollmacht, § 167 I Fall 1, oder als Außenvollmacht, § 167 I Fall 2 HGB: Prokura, § 48 HGB, Handlungsvollmacht, § 54 HBG	BGB: §§ 170 – 173 Duldungsvollmacht Anscheinsvollmacht HGB: § 15 HGB § 56 HGB, str.

2. Beschränkungen: § 1795 BGB; § 1629 II iVm § 1795 BGB; §§ 1821, 1822 BGB; § 1643 I iVm §§ 1821, 1822 BGB; § 181 BGB; § 242 BGB

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Aufrechnung
Prüfungsschema	(63)

§§ 387 ff.

1. Wie lautet das Prüfungsschema für die Aufrechnung?
2. Woran ist im Hinblick auf § 388 S. 2 zu denken?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Aufrechnung
Aufrechnungslage gem. § 387	(64)

§§ 387 ff.

1. Wie wird eine Aufrechnungslage iSv § 387 geprüft?
2. An welche Ausnahme ist zu denken, wenn die Gegenseitigkeit der Forderungen nicht gegeben ist?
3. Welche Ausnahme besteht zu der von § 390 geforderten Einredfreiheit der Gegenforderung?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Aufrechnung
Aufrechnungsverbot gem. § 393	(65)

§§ 387 ff.

Worin besteht die ratio legis von § 393?



Deliktsrecht	Grundlagen
Verkehrsrückgrüpfungspflichten	(22)

§ 823 I

1. Was ist der Unterschied zwischen einer Verkehrsrückgrüpfungspflicht im DeliktsR und einer Sorgfalts- oder Rücksichtnahmepflicht iSv § 241 II im Schuldrecht?
2. Wie entstehen Verkehrsrückgrüpfungspflichten?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Aufrechnungslage:
  - a) Gegenseitige Forderungen
  - b) Gleichartigkeit der Forderungen
  - c) Fälligkeit und Einredefreiheit der Gegenforderung
  - d) Erfüllbarkeit der Hauptforderung
2. Beachte bei fehlender Gegenseitigkeit die Ausnahme des § 406.
3. Ausnahme zu § 390: § 215!  
Sobald sich die beiden Forderungen irgendwann einmal aufrechenbar gegenüber gestanden haben, schließt auch eine später eintretende Verjährung der Gegenforderung die Aufrechnung nicht aus.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten im Schuldrecht iSv § 241 II sind ein Mehr im Vergleich zu deliktischen Verkehrssicherungspflichten. Sie verpflichten auch und gerade zur Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen, mithin also vor allem auf dessen Vermögen. Das Vermögen als solches jedoch wird z.B. von § 823 I nicht geschützt. Sorgfaltspflichten iSv § 241 II begründen ihren präventiven Charakter aus der Sonderverbindung der Parteien, wohingegen Verkehrssicherungspflichten im Deliktsrecht erst und gerade in gefährlichen Situationen gegenüber den möglicherweise Betroffenen entstehen.
2. Entstehung von Verkehrssicherungspflichten
  - a) aus dem Gesetz (z.B. Normen des StGB, z.B. Normen der StVO, z.B. Normen des BtMG, etc.)
  - b) aus der Eröffnung von Gefahrenquellen
    - aa) z.B. wg. gefährdenden Vorverhaltens (sog. „Ingerenz“)
    - bb) z.B. bei gefährlichen Berufen (Arzt, Apotheker, etc.)
    - cc) z.B. aus dem Gedanken der Beherrschung von Gefahrenquellen (Grundstückseigentümer, Herstellung von Produkten, Betreiben von Anlagen oder Maschinen)
    - dd) z.B. aus der tatsächlichen Übernahme einer übertragbaren VSP (Beifahrer bleibt im Auto, während der Fahrer den PKW kurz verlässt)

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema zur Aufrechnung:
  - a) Aufrechnungserklärung, § 388
  - b) Aufrechnungslage, § 387
  - c) kein Aufrechnungsverbot, §§ 393 - 395
2. Beachte bei § 388 S. 2:
  - ⇒ analoge Anwendung auf **alle** Gestaltungserklärungen
  - ⇒ 2 Ausnahmen:
    - ★ zulässig ist die sog. „Potestativbedingung“  
(= Eintritt der Bedingung hängt allein Erklärungsgegner ab)
    - ★ zulässig ist die hilfsweise Aufrechnungserklärung im Prozess  
(= Aufrechnung nur, wenn die Primärverteidigung des Bekl. erfolglos ist)

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Der Gläubiger eines Schadensersatzanspruches aus **vorsätzlich begangener** unerlaubter Handlung ist besonders schutzwürdig.  
Er soll seinen Schadensersatz daher schnell und ohne Auseinandersetzung mit evtl. Gegenansprüchen des Schuldners (im Rahmen einer Aufrechnung) erhalten.
2. Außerdem verhindert § 393 eine Art „Selbstjustiz“:  
Sofern es § 393 nicht gäbe, könnte der Gläubiger einer nicht beizutreibenden Forderung (z.B. bei Insolvenz des Schuldners) den Schuldner bis zur Höhe von dessen Schuld vorsätzlich schädigen und dann aufrechnen und bräuchte später mit zivilrechtlichen Konsequenzen nicht rechnen.
3. **Beachte:**  
§ 393 verbietet nur die Aufrechnung **gegen** die Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung.  
Dem vorsätzlich Geschädigten steht die Aufrechnung **mit** seiner Deliktsforderung selbstverständlich frei!

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

*Vor K wie Karriere,*

*kommt J wie Jura Intensiv*

**JETZT  
KOSTENLOSES  
PROBEHÖREN  
OHNE VORHERIGE  
ANMELDUNG**

**NÄCHSTE KURSE HERBST 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	



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

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

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

### Lastschriftinzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

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

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

# RA - ABONNEMENTVERTRAG

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

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

Hiermit bestelle ich:

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

\* fakultative Angaben für Rückfragen

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

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

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

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

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

## Ermächtigung zum Lastschrifteinzug

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

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

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

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

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

Abonnement und Lastschrifteinzugsermächtigung bestätige ich mit meiner Unterschrift.

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

\_\_\_\_\_  
Unterschrift

**JURA  
INTENSIV**

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

# SKRIPTEN - BESTELLFORMULAR

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



Hiermit bestelle ich:

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

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

Artikel	Preis	Stück	Betrag
Skript „BGB AT“ 2. Aufl. 2012	EUR 18,90		
Skript „Kaufrecht“ 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.

**Lastschriftinzugsermächtigung:**

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



<b>VerwR</b>	<b>Prozessrecht</b>
Zulässigkeit Widerspruch (35)	

§§ 68ff.  
VwGO

Prüfungsschema Zulässigkeit Widerspruch

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Staatsrecht</b>	<b>StaatsorgaR</b>
Wahlsysteme – Überhangmandate (13)	

Art. 38 I  
GG

1. Wie entstehen sog. „Überhangmandate“ und welche Folge zieht deren Entstehen nach sich?
2. Wie rechtfertigt das BVerfG Überhangmandate? Welche verfassungsrechtliche Kritik wird von Teilen der Literatur dagegen erhoben?
3. Was versteht man unter dem Grundsatz „Kein Nachrücken in den Überhang“?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>Staatsrecht</b>	<b>StaatsorgaR</b>
Auslandseinsätze der Bundeswehr (37)	

Art. 87a  
II GG

1. Erläutere folgende Merkmale des Art. 87a II GG: „Einsatz“ und „Verteidigung“.
2. Ergeben sich Beteiligungsrechte des Bundestages bei bewaffneten Auslandseinsätzen der Bundeswehr im Rahmen der NATO über Art. 59 II 1 GG?
3. Was ist der sog. „wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt“?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



<b>VerwR BT</b>	<b>BauR</b>
Baugenehmigung: Unbepl. Innenbereich (11)	

§ 34  
BauGB

1. Welcher Absatz des § 34 BauGB wird zuerst geprüft? Warum? Inhalt der Prüfung?
2. Wie prüft man das „Einfügen“ in die nähere Umgebung gem. § 34 I BauGB? Nenne die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung im Bereich eines unbeplanten Innenbereiches.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Einsatz** bedeutet Verwendung der Streitkräfte zu Kriegshandlungen oder anderer Eingriffsmaßnahmen unter Nutzung der militärischen Organisationsstruktur unabhängig von der Frage der Bewaffnung. Der Begriff Einsatz erfasst die Verwendung der BW im Inland wie im Ausland. Zur **Verteidigung** gehören die **LandesV** und die **BündnisV** (sog. weiter Verteidigungsbegriff). LandesV ist der Einsatz der BW nach Feststellung des Verteidigungsfalles gem. Art. 115 a, wenn das Bundesgebiet also von außen mit Waffen angegriffen wird. BündnisV bedeutet, dass ein Mitgliedsstaat eines Bündnisses, dem die BRD beigetreten ist, mit Waffen angegriffen wird.

2. **Beteiligungsrechte** des BT aus Art. 59 II 1 GG könnten sich **einerseits** ergeben, wenn die BW zwar i.R.d NATO, aber **außerhalb des NATO-Bündnisgebietes** eingesetzt wird (sog. „out of area-Einsätze“). Darin könnte eine **stillschweigende Änderung des NATO-Vertrages** liegen, der der BT per Vertragsgesetz zustimmen muss. Das hat das **BVerfG** jedoch mit dem Argument **abgelehnt**, dass diese **Einsätze freiwillig** sind. Es bestehe also keine Verpflichtung, wie sie Deutschland für den Bündnisfall eingegangen ist. **Andererseits** ließe sich erwägen, eine **gesetzliche Zustimmung des BT bereits inner dann** zu fordern, wenn ein **bestehender völkerrechtlicher Vertrag** der BRG, **extensiv ausgelegt wird. Dagegen spricht jedoch**, dass dann der **Anwendungsbereich des Art. 59 II**

1 GG **gänzlich unklar wird. Zudem** kann der **BT** einen **einfachen Beschluss fassen**, mit dem er einen Auslandseinsatz der BW ablehnt. Dieser ist dann zwar nicht rechtlich bindend, setzt die BRG, jedoch politisch so unter Druck, dass sie an dem Auslandseinsatz nicht festhalten wird.

3. Nach h.M. ist einer **Gesamtchau des GG** zu entnehmen, dass die **BW unter einer umfassenden parlamentarischen Kontrolle** stehe (z.B. Art. 45a, 45b, 87a I 2 GG). Daraus sowie aus der **Wesentlichkeitstheorie** ergebe sich, dass der **BT einem bewaffneten Auslandseinsatz der BW grds. vorher zustimmen muss** (sog. **wehrrfassungsrechtlicher Parlamentsvorbehalt**). Dabei **bestimmt** der **BT** nur das **„OB“** des Einsatzes, wohingegen das **„WIE“** (Auswahl der Truppenteile, Art des Einsatzes etc.) **von der BRG**, festgelegt wird. Ob dem BT auch ein **verbindliches Rückholrecht** zusteht ist strittig, wird von der h.M. aber bejaht.

**Beachte:** *Der wehrrfassungsrechtliche Parlamentsvorbehalt gilt nur für Auslandseinsätze. Im Falle von Inlandseinsätzen sind die Beteiligungsrechte des Bundestages abschließend in Art. 87a III i.V.m. Art. 80a I 1, 115a I GG sowie Art. 87a IV 2 GG normiert.*

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. **§ 34 II BauGB** ist **lex specialis** zu § 34 I BauGB, weil er wegen des Verweises auf die BauNVO konkreter ist. Jedoch nur bzgl. der Art der baulichen Nutzung (§§ 2ff. BauNVO). Für den Rest gilt ausschließlich § 34 I BauGB. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 34 II BauGB ist, dass die **tatsächlich vorhandene Bebauung einem Baugebiet der BauNVO entspricht**.

2. Ein Vorhaben fügt sich ein, wenn es sich in dem die **nähere Umgebung prägenden Rahmen bewegt**. Dazu ist zunächst die nähere Umgebung mithilfe der BauNVO zu beschreiben und festzulegen. Hält sich das geplante Vorhaben in diesem Rahmen, ist es grds. **zulässig** (sog. **rahmeneinhaltendes Vorhaben**). Im Einzelfall kann es aus Gründen der Rücksichtnahme auf die vorhandene Nachbarbebauung aber unzulässig sein. Hält sich das geplante Vorhaben dagegen nicht in dem Rahmen ist es grds. **unzulässig** (sog. **rahmenüberschreitendes Vorhaben**). Aber Einfügen meint nicht Einheitlichkeit sondern **bodenrechtliche Harmonie**. Ein Vorhaben fügt sich danach nicht ein, wenn es geeignet ist, bodenrechtlich relevante Spannungen auszulösen oder vorhandene zu erhöhen. Überschreitet das Vorhaben den Rahmen, erhöht oder löst aber keine bodenrechtlich relevanten Spannungen aus, dann wird der Rahmen erweitert und das Vorhaben fügt sich ein und ist zulässig.

3. a) § 34 II BauGB

aa) Art der baulichen Nutzung gem. §§ 2ff. BauNVO

bb) Im Übrigen (Maß der baulichen Nutzung etc.) VSS des § 34 I BauGB

b) Wenn § 34 II (-), dann ist § 34 I BauGB auch bzgl. der Art der baulichen Nutzung zu prüfen

aa) Einfügen in die Eigenart der näheren Umgebung

bb) Erschließung

cc) § 34 I 2 BauGB

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

**Zulässigkeit:** Ähnlicher Aufbau wie eine Klage

I. Verwaltungsrechtsweg: § 40 I analog

II. Statthaftigkeit des WS:

Der WS ist statthaft soweit er Zulässigkeitsvoraussetzung für eine spätere Klage ist, also grds. bei der AK, der VK und bei allen beamtenrechtl. Streitigkeiten §54 II BeamStG. Erledigt sich der VA vor oder während des WS-Verfahrens ist der WS unstatthaft, da ein erledigter VA nicht aufgehoben werden kann. Auch ein Fortsetzungsfeststellungswiderspruch mit dem Ziel festzustellen, dass der erledigte VA rechtswidrig war, ist nach hM unstatthaft (vgl. FFK).

III. WS-Befugnis:

Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei einer Klage. Der WS-Führer muss also grds. behaupten in eigenen Rechten verletzt zu sein. §42 II analog. Da im WS-Verfahren der VA aber auf Recht- und Zweckmäßigkeit hin überprüft wird, reicht es auch aus, wenn der WS-Führer behauptet, der VA sei unzumutbar und beeinträchtigt seine Interessen.

IV. Form/Frist:

Der WS ist schriftlich oder zur Niederschrift innerhalb eines Monats ab Bekanntgabe des VA bei der Erlasbehörde oder der WS-Behörde zu erheben, §70 VwGO. Die Fristberechnung läuft wie bei der Berechnung der Klagefrist. Umstritten ist nur Weg.

M1: §57 II VwGO iVm. §222 I ZPO iVm. §188 II BGB (prozessuale Lösung)

M2: §79 VwVfG iVm. §31 I VwVfG iVm. §188 II BGB (verfahrensrechtl. Lösung), da in §70 II VwGO der Verweis auf §57 II VwGO fehlt. Unterschiede bestehen im Ergebnis nicht..

V. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit des WS-Führers: §§ 11, 12 VwVfG

**Begründet** ist der Widerspruch, wenn der VA rechtswidrig ist und/ oder bei Ermessensentscheidungen der VA unzumutbar ist und die Ermessensnorm zumindest auch den Interessen des WS-Führers zu dienen bestimmt ist.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Das Entstehen von **Überhangmandaten** ergibt sich aus dem **Zusammenspiel von Erststimme und Zweitstimme**. Gem. **§ 6 V BWG** kommt es immer dann zu Überhangmandaten einer **Partei**, wenn diese **mehr Direktmandate** in den Wahlkreisen erringt, **als ihr nach der Zweitstimme Sitze** im deutschen Bundestag **zustehen**. Die errungenen Direktmandate verbleiben der Partei auch in diesem Fall, so dass es zu einer **Erhöhung der Sitzanzahl der Partei im deutschen Bundestag und damit zu einer Erhöhung der Gesamtzahl der Sitze** kommt, **§ 6 V 2 BWG**.

2. TdL kritisieren, dass Überhangmandate zu einer **Verschiebung der Erfolgswertgleichheit** führen, da eine Partei mit Überhangmandaten weniger Stimmen pro erlangtes Mandat benötigt als eine Partei ohne Überhangmandate. Das BVerfG rechtfertigt die Existenz von Überhangmandaten selbst mit der Ausgestaltung des Wahlsystems als personalisierte Verhältniswahl. Die Verschiebung der Erfolgswertgleichheit ohne die Gewährung von Ausgleichsmandaten wird damit gerechtfertigt, dass **Überhangmandate aus der Erststimme resultieren**. Bei der Erststimme ist aber gewählt, wer die meisten Stimmen hat, die Stimmen unterlegener Bewerber fallen ohnehin weg. Bei der **Erststimme** wird somit **nur die Erfolgswertgleichheit nicht** aber die **Erfolgswertgleichheit** gewährt. Solange die Erfolgswertgleichheit (ungefähr gleich große Wahlkreise) gewahrt ist, sind Überhangmandate somit verfassungsgemäß (vgl. Fall „Wer die Wahl hat ...“).

3. Laut **§ 48 I 2 BWG** kommt es bei Versterben, Rücktritt o.ä. **nicht** zu einem **Nachrücken** eines **Listenkandidaten, solange Überhangmandate** für die Partei in dem jeweiligen Bundesland **bestehen**, da ein Überhangmandat nicht durch einen Sitz auf der Liste abgedeckt ist.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT I**

**Schuld**

**§ 20  
StGB**

a.l.i.c. – Grundlagen

1. Welche Fallkonstellation ist mit der vorsätzlichen „actio libera in causa“ gemeint?

2. Welche Meinungen werden zur Herleitung der a.l.i.c. im Bereich der Vorsatzdelikte vertreten?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT I**

**Konkurrenzen**

**§§ 53 ff.  
StGB**

Handlungseinheit

Für die Konkurrenzlehre ist die Unterscheidung zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit grundlegend.

Welche Fallgruppen der Handlungseinheit gibt es?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT II**

**Täterschaft**

Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme

**§§ 25 ff.  
StGB**

1. Wie sind nach ganz herrschender Lehre Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen?

2. Wie ist die Abgrenzung nach BGH vorzunehmen?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



**StrafR AT I**

**Versuch**

Rücktritt – Fehlschlag I

**§ 24  
StGB**

1. In der Lehre werfen einige dem BGH vor, er habe die Rechtsfigur des Fehlschlags entgegen dem Gesetzestext frei erfunden. Was kann dem entgegen gehalten werden?

2. Aus welcher Perspektive ist zu beurteilen, ob ein Fehlschlag vorliegt?

3. Nenne wichtige Fallgruppen, in denen ein Fehlschlag vorliegt.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## 1. Tatherrschaftslehre

**Def.:** Täter ist, wer **Tatherrschaft** hat. Tatherrschaft hat, wer als Zentralgestalt des Geschehens den tatbestandsmäßigen Geschehensablauf steuernd in den Händen hält und nach seinem Gutdünken hemmen oder ablaufen lassen kann.

Nahezu zwingendes Indiz bei Vermögensdelikten: Beuteilung spricht für (Mit-)Täterschaft.

## 2. modifizierte animus-Theorie:

**Def.:** Täter ist, wer Täterwillen hat. Täterwillen hat, wer die Tat als eigene will. Der Täterwille ist anhand von (zumindest) vier Indizien wertend zu ermitteln. Es sind dies:

- Die Tatherrschaft,
- der Wille zur Tatherrschaft,
- der Grad des eigenen Tatinteresses und
- der Umfang der eigenen Tatbeteiligung.

(Auch nach BGH kommt dem mangelnden eigenen Tatinteresse bei Begehungsdelikten „nur eine marginale indizielle Bedeutung zu“, wenn wesentliche Tatbeiträge erbracht worden sind.)

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. Nach h.M. ist der Fehlschlag eine im Begriff „aufgibt“ angelegte Rechtsfigur: „aufgeben“ kann man nur, was man [subjektiv] noch verwirklichen kann.

2. Maßgebend ist subjektive Sicht des Täters, also der Erkenntnishorizont des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung – sog. „**Rücktrittshorizont**“.

## 3. Fallgruppen des Fehlschlags:

- tatsächliche Umstände (z.B.: Täter erkennt, dass er keine Munition mehr hat)
- subjektive Umstände (z.B.: Täter glaubt, dass er keine Munition mehr hat)
- Täter erkennt die Untauglichkeit seines Versuchs
- Täter erkennt die Sinnlosigkeit weiterer Tatausführung

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. Der Täter führt vorsätzlich den Zustand seiner Schuldfähigkeit herbei, hat Vorsatz bezüglich seiner später zu begehenden Straftat und handelt bei Begehung der späteren Tat ebenfalls vorsätzlich. („3-facher Vorsatz“)

2. (1) **Ausnahmemodell:** Nach dem Ausnahmemodell stellt die a.l.i.c. eine gewohnheitsrechtlich gerechtfertigte Ausnahme von dem Grundsatz des § 20 dar, dass der Täter „bei Begehung der Tat“ schuldfähig sein muss.  
(2) **Ausdehnungsmodell:** Nach dem sog. Ausdehnungsmodell ist das Versetzen in den zurechnungsunfähigen Zustand zwar an sich nur als Vorbereitungshandlung anzusehen, bei späterer Tatbegehung im Zustand des § 20 wird mit der Zurechnung dennoch an diese Vorhandlung angeknüpft. Es erfolgt dabei eine Ausdehnung des Begriffs der „Begehung der Tat“ i.S.d. § 20 in der Weise, dass das voratbestandliche Verhalten im Schuldtatbestand erfasst wird.  
(3) **Werkzeugmodell:** Teilweise wird die a.l.i.c. als Fall der mittelbaren Täterschaft begriffen: der Täter setze sich selbst als schuldunfähiges „Werkzeug“ zur Tatbestandsverwirklichung ein. Eine a.l.i.c. wäre demnach allenfalls bei solchen Delikten ausgeschlossen, bei denen auch eine mittelbare Täterschaft ausscheidet, nämlich bei eigenhändigen Delikten.

(4) **Tatbestandsmodell:** Nach dem sog. Tatbestandsmodell knüpft die Zurechnung nicht an das Verhalten im Rausch, sondern an das Sich Betrinken oder das sonst den Schuldausschluss herbeiführende Verhalten an. Dieses Vorverhalten wird als vorsätzliche oder fahrlässige und damit ggf. strafbare Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges gedeutet. Aus dieser Sicht ist die Bestrafung nach den Grundsätzen der a.l.i.c. keine Ausnahme von § 20, sondern das Vorverhalten stellt eine zur Zeit der Begehung schuldhaft Tatbestandsverwirklichung dar. Dieses Ergebnis lässt sich jedoch nicht halten, wenn der Tatbestand gerade ein ganz bestimmtes, präzise beschriebenes, Verhalten unter Strafe stellt, da dann nicht ohne Weiteres auf ein früheres (selbst nicht tatbestandsmäßiges) Verhalten abgestellt werden kann. Deshalb ist nach h.M. die actio libera in causa bei solchen „Verhaltensdelikten“ nicht anwendbar.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

## Fallgruppen der Handlungseinheit:

### Handlung im natürlichen Sinn

Dies ist die einmalige Willensbetätigung, die sich in einer menschlichen Handlung niederschlägt. Z.B. der eine Schlag, der eine Zugriff, etc.

### Natürliche Handlungseinheit

Bei der natürlichen Handlungseinheit werden mehrere Handlungen im natürlichen Sinn als Einheit betrachtet, weil sie sich bei natürlicher Betrachtung als eine Tat darstellen. Man unterscheidet:

- **sukzessive Tatbegehung:** Der Täter will sein Ziel schrittweise durch mehrere Handlungen erreichen (z.B.: T schlägt mit 25 Schlägen seinen Feind F tot.)
- **iterative Tatbegehung:** Der Täter vollendet in einem engen zeitlichen Zusammenhang auf ähnliche Weise wiederholt das gleiche Delikt (z.B.: T verpasst seinem Feind F mit 12 Schlägen eine tüchtige Abreibung.)
- **Polizeiflüchtfälle:** Nach BGH kann der einheitliche Wille zur Flucht vor der Polizei die einzelnen bei der Flucht verwirklichten Delikte zu einer Einheit verbinden.

**Juristische Handlungseinheit:** Ein Tatbestand setzt sich aus mehreren selbstständigen Handlungen im natürlichen Sinn zusammen. Z.B. der Raub setzt sich zusammen aus der Handlung der Gewaltanwendung und derjenigen der Wegnahme.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Gefahrenabwehr ermöglichen soll. Art. 35 III 1 GG unterstreicht dies mit der Bezugnahme auf das zur „wirksamen Bekämpfung“ Erforderliche. Daher sprechen nach Auffassung des Plenums die besseren Gründe für eine Auslegung, die unter den engen Voraussetzungen, unter denen ein Einsatz der Streitkräfte nach Art. 35 GG überhaupt in Betracht kommt, die Verwendung ihrer spezifischen Mittel nicht generell ausschließt.“

#### b. Beschränkung auf Katastrophenfälle

Schon der Wortlaut des Art. 35 II 2 GG beschränkt den Einsatz der Luftstreitkräfte jedoch auf Katastrophenfälle:

„[43] Die genannten Bestimmungen unterscheiden „Naturkatastrophen und „besonders schwere Unglücksfälle“. Beide Ereignisarten wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren unter dem Begriff der Katastrophe zusammengefasst. [...]. **Insbesondere stellt nicht jede Gefahrensituation, die ein Land mittels seiner Polizei nicht zu beherrschen imstande ist, allein schon aus diesem Grund einen besonders schweren Unglücksfall im Sinne des Art. 35 II 2, III 1 GG dar, der den Streitkräfteeinsatz erlaubt. Besonders schwere Unglücksfälle sind vielmehr ungewöhnliche Ausnahmesituationen.** Eine Betrauung der Streitkräfte mit Aufgaben der Gefahrenabwehr, die über die Bewältigung solcher Sondersituationen hinausgehen, kann daher nicht auf Art. 35 II 2 und III 1 GG gestützt werden.“

#### c. Unmittelbare Gefahr

Das BVerfG meint ferner, die Gefahrenlage – nicht aber ein Schaden – müsse schon eingetreten sein, wenn es zum Einsatz der Streitkräfte komme:

„[47] Der Unglücksfall muss, wie im Wortlaut des Art. 35 II 2 und III 1 deutlich zum Ausdruck kommt, bereits vorliegen, damit zu seiner Bekämpfung oder zur Bekämpfung seiner Schadensfolgen Streitkräfte eingesetzt werden dürfen. Das bedeutet nicht, dass auch Schäden notwendigerweise bereits eingetreten sein müssen. [...] **Der Schadenseintritt muss jedoch unmittelbar bevorstehen. Dies ist der Fall, wenn der katastrophale Schaden, sofern ihm nicht rechtzeitig entgegengewirkt wird, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit in Kürze eintreten wird.**“

#### d. Ultima ratio

Der Streitkräfteeinsatz muss ferner das letzte Mittel zur Abwehr der Katastrophe sein:

„[48] Der Einsatz der Streitkräfte wie der Einsatz spezifisch militärischer Abwehrmittel ist zudem auch in einer solchen Gefahrenlage nur als ultima ratio zulässig. Art. 35 III 1 GG sieht für den Fall des überregionalen Katastrophennotstandes ausdrücklich vor, dass die Streitkräfte nur eingesetzt werden dürfen, soweit es zur wirksamen Bekämpfung der durch eine Naturkatastrophe oder einen besonders schweren Unglücksfall veranlassten Gefahr erforderlich ist. **Die Erforderlichkeitsklausel des Art. 35 III 1 GG zielt auf die Subsidiarität der Bundesintervention im Verhältnis zu den Ländern.**“

#### e. Entscheidung durch die Bundesregierung

Schließlich ergibt sich aus dem Grundgesetz, dass über einen Streitkräfteeinsatz zur Abwehr von Katastrophen nur die Bundesregierung

Ebenso Krings/Burkiczak, NWVBI 2004, 249, 252.

Das BVerfG präzisiert:

1. Der Annahme eines besonders schweren Unglücksfalls steht **nicht entgegen, dass es absichtlich herbeigeführt ist.**

2. **Gefahren, die aus einer demonstrierenden Menschenmenge drohen, [stellen] keinen besonders schweren Unglücksfall i.S.d. Art. 35 GG dar.** Denn nach Art. 87a IV 1 GG dürfen selbst zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständischer Streitkräfte [...] nur unter der Voraussetzung eingesetzt werden, dass Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes besteht.

als Kollegialorgan, nicht aber der Verteidigungsminister allein (oder gar eine Person, auf die er diese Kompetenz delegiert hat) entscheiden darf:

Nichts anderes gilt übrigens nach Art. 87a IV 1 GG für den Einsatz der Streitkräfte im Fall des inneren Notstandes.

„[54] Das Grundgesetz unterscheidet systematisch zwischen Befugnissen und Zuständigkeiten der Bundesregierung und solchen einzelner Bundesminister. Art. 35 III 1 GG weist die Befugnis, im Fall des überregionalen Katastrophennotstandes Einheiten der Streitkräfte einzusetzen, der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung besteht nach Art. 62 GG aus dem Bundeskanzler und den Bundesministern. **Der Einsatz der Streitkräfte im überregionalen Katastrophennotstand setzt danach einen Beschluss der Bundesregierung als Kollegium voraus.**“

Somit wäre es Sache des Verfassungsgebers, eine solche Kompetenz im GG zu schaffen.

„[58] Etwas anderes folgt auch nicht [...] in [...] Eilzuständigkeiten. Angesichts der nach Wortlaut und Systematik eindeutigen ausschließlichen Kompetenzzuweisung an die Bundesregierung kann eine abweichende Zuständigkeit nicht aus einem auf wirksame Gefahrenabwehr gerichteten Zweck des Art. 35 III GG oder aus staatlichen Schutzpflichten abgeleitet werden.“

## II. Subsumtion

Soweit § 13 LuftSiG Entscheidungsbefugnisse des Bundesministers der Verteidigung (oder gar eines Delegierten) begründet, ist er nach dem oben zu B.II.1.e. Gesagten verfassungswidrig. Dies ist in § 13 II, III 2-4 LuftSiG der Fall.

Demgegenüber beschränkt § 13 LuftSiG die Befugnisse zum Einsatz der Luftstreitkräfte unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 35 II 2, III GG auf „besonders schwere Unglücksfälle“. Dass eine solche Gefahrenlage schon begonnen haben muss, lässt sich § 13 I LuftSiG ebenfalls entnehmen („Liegen Tatsachen vor, welche die Annahme begründen, dass ein besonders schwerer Unglücksfall bevorsteht [...]“). Im Hinblick auf das ultima-ratio-Prinzip dürfte jedenfalls eine verfassungskonforme Auslegung des § 13 LuftSiG möglich sein.

## C. Ergebnis

Der Antrag ist zulässig und teilweise begründet. Das BVerfG wird § 13 LuftSiG insoweit für nichtig erklären, als darin Entscheidungsbefugnisse des Bundesministers der Verteidigung (oder eines Delegierten) begründet werden, § 13 II, III 2-4 LuftSiG. Im Übrigen wird das Gericht den Antrag ablehnen.

## FAZIT:

Es darf mit Spannung erwartet werden, wie der Zweite Senat auf Grundlage des vorliegenden Plenarbeschlusses tatsächlich über die Normenkontrolle Bayerns und Hessens entscheidet. Das letzte Wort des BVerfG steht also noch aus. Die oben unter B.II. vorgenommene Subsumtion darf daher nur als spekulative Annahme verstanden werden, wenn auch als sicherlich vertretbare, vielleicht sogar naheliegende.

Der vorliegende Plenarbeschluss ist öffentlich kontrovers diskutiert worden. In der Süddeutschen Zeitung vom 21.08.2012 findet sich bspw. eine Karikatur, in der BW-Panzer durch ein Freibad rollen, weil die Anzahl der Badegäste bedrohliche Ausmaße annimmt. Dass die besondere Prominenz des Themas die Examensrelevanz extrem erhöht, bedarf keiner Erläuterung. Jedenfalls bis zu einer abschlie-

ßenden Entscheidung des Zweiten Senats über die bei ihm anhängige Normenkontrolle werden die Diskussionen auch nicht abreißen, denn in der Tat hinterlässt der vorliegende Plenarbeschluss inhaltlich mehr Fragen als Antworten:

- Wie soll in Eilfällen die Bundesregierung zusammengerufen werden, um eine Entscheidung zu treffen? Man denke nur an ein entführtes Flugzeug, das auf ein Atomkraftwerk gelenkt wird: dann kann eine Entscheidung innerhalb von Minuten erforderlich sein.

- Was bringt der ganze Einsatz von Luftstreitkräften, wenn am Ende doch nicht abgeschossen werden darf? Die in § 14 I LuftSiG genannten Alternativen („abdrängen, zur Landung zwingen, den Einsatz von Waffengewalt androhen oder Warnschüsse abgeben“) muten geradezu lächerlich an, wenn doch jedermann seit BVerfG, RA 2006, 104 = NJW 2006, 751 weiß, dass in letzter Konsequenz nicht abgeschossen werden darf, wenn Besatzung und/oder Passagiere an Bord sind. Hieran hat das Plenum ausdrücklich festgehalten. Welcher Terrorist lässt sich von einem Warnschuss abschrecken, wenn er einen Abschuss nicht zu fürchten hat?

- Ferner bleibt offen, ob unter den o.g. materiellen Voraussetzungen auch Truppen zu Boden oder Wasser eingesetzt werden dürfen, denn die vom BVerfG nun bemühte Gesetzgebungskompetenz (Annex zu Art. 73 I Nr. 6 GG) sagt dazu nichts: Art. 73 I Nr. 6 GG spricht nur von „Luftverkehr“, und ob zum „Schutz der Zivilbevölkerung“ aus Art. 73 I Nr. 1 GG auch eine Kompetenz folgen kann, die sich auf Truppen zu Boden oder Wasser erstreckt, hat das BVerfG explizit offen gelassen. Dogmatisch ist es übrigens äußerst angreifbar, eine geregelte Kompetenz wie Art. 73 I Nr. 1 GG dahinstehen zu lassen und eine ungerichtete Kompetenz (Annex zu Art. 73 I Nr. 6 GG) zu bejahen. Dass ungeschriebene Bundeskompetenzen, da contra legem gebildet (vgl. Art. 70 GG), jedenfalls nur nachrangig zu geschriebenen Kompetenzen bestehen können, sollte eigentlich auf der Hand liegen. Es hätte somit vorrangig Art. 73 I Nr. 1 GG geprüft werden müssen.

- Allerdings darf mit einiger Berechtigung spekuliert werden, dass das BVerfG unter den im vorliegenden Plenarbeschluss herausgearbeiteten Voraussetzungen auch den Einsatz von Streitkräften zu Lande oder zu Wasser erlauben würde, denn wie anders ist es zu erklären, dass das Plenum in einer Entscheidung zu Luftstreitkräften klarstellt, dass jedenfalls nicht gegen Demonstrationen eingeschritten werden darf? Luftstreitkräfte könnten doch ohnehin nicht sinnvoll gegen Demonstrationen eingesetzt werden. Hier greift das BVerfG einem möglichen Einsatz von Bodentruppen vor. Derartige inhaltliche Grenzen aufzuzeigen ergibt aber nur Sinn, wenn man den Einsatz von Bodentruppen im Inland nicht schon an der Kompetenz scheitern lassen, eine solche m.a.W. aus Art. 73 I Nr. 1 GG (oder einem anderen, gegenwärtig nicht ersichtlichen Kompetenztitel) grds. bejahen will.

Das Sondervotum des Richters Gaier bringt es nach alledem auf den Punkt, wenn es abschließend formuliert: „Letztlich wirft der Plenarbeschluss auch die Frage auf, was durch den nun erweiterten Einsatz bewaffneter Streitkräfte im Inneren an Vorteilen für den Schutz der Bevölkerung namentlich vor terroristischen Angriffen erreicht werden kann. Die Antwort lautet: wenig bis nichts.“

Diese Frage muss das BVerfG freilich nicht beantworten. Vielmehr dürfte der Verfassungsgeber aufgerufen sein, in Art. 35 GG eine Eilkompetenz des Verteidigungsministers aufzunehmen, sofern ihm dies zweckmäßig erscheint.

Anders wäre es gewesen, wenn man mit der Entscheidung des Ersten Senats aus 2006 an einer Gesetzgebungskompetenz aus Art. 35 II 2, III GG festgehalten hätte, denn dort ist allgemein von „Streitkräften“ die Rede.

Dennoch wäre es für Prüfungsaufgaben kaum zu empfehlen, einen anderen Weg als das BVerfG zu beschreiten.

## Problem: Werbetafel im Innenbereich

OVG SAARLOUIS, BESCHLUSS VOM 07.05.2012  
2 A 206/11 (DVBL 2012, 987 L)

Leitsatz:

Für die Frage, ob sich eine Plakatanschlagtafel [...] hinsichtlich des in § 34 I BauGB genannten Merkmals der "Grundstücksfläche, die überbaut werden soll", in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt, kommt es auf die konkrete Größe der Grundfläche des in Frage stehenden Vorhabens und auf seine räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung an.

Die Begriffsbestimmungen in [...] § 23 BauNVO zur "überbaubaren Grundstücksfläche" können zur näheren Konkretisierung im Rahmen des § 34 I BauGB berücksichtigt werden.

### **EINLEITUNG:**

Das OVG Saarlouis hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Werbetafel eine „bauliche Anlage“ i.S.d. § 29 BauGB darstellt, und bejahendenfalls, ob und wann eine solche in einem unbeplanten Innenbereich (§ 34 I BauGB) zulässig sein kann. Im konkreten Fall bemängelte das Gericht, dass sich die Werbetafel nicht in die „überbaubaren Grundstücksflächen“ der näheren Umgebung einfügte, wobei das Gericht weiter Gelegenheit hatte, zum Begriff der „näheren Umgebung“ Stellung zu nehmen.

### **SACHVERHALT:**

Die Klägerin (Kl.) ist Eigentümerin eines Grundstücks in der Stadt S im Saarland. Die umliegenden Grundstücke – wie auch das Grundstück der Kl. – durchgehend mit in geschlossener Bauweise errichteten Gebäuden in gerader, einheitlicher Straßenfront (Bauflicht) bebaut. Sie wahren einen einheitlichen Straßenabstand von 7 m. Zwischen der geschlossenen Häuserfront und der Bürgersteigkante besteht somit eine einheitliche, durchgehende Freifläche, die als Vorgarten oder Parkfläche genutzt wird.

Die Kl. beabsichtigte nun, auf der Freifläche vor ihrem Gebäude eine Plakatanschlagtafel von 3,65 m Breite und 2,65 m Höhe aufzustellen, auf der sie Werbeflächen an Dritte vermieten wollte. Einen entsprechenden Genehmigungsantrag lehnte S jedoch ab. Dennoch errichtete die Kl. in der Folgezeit die Plakatanschlagtafel wie beabsichtigt.

Nachdem S hierauf aufmerksam geworden war, verfügte sie formell ordnungsgemäß die Beseitigung der Plakatanschlagtafel, weil sie sich nach der überbauten Grundstücksfläche nicht in die Eigenart der näheren Umgebung einfüge. Ein Widerspruch der Kl. hiergegen blieb erfolglos.

Hat die Klage der Kl. gegen die Beseitigungsanordnung Erfolg?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: ABRISSEVERFÜGUNG (= BESEITIGUNGSANORDNUNG)**

- A. Ermächtigungsgrundlage
- B. Formelle Rechtmäßigkeit
- C. Materielle Rechtmäßigkeit
  - I. Tatbestand
    - Darin: Formelle Illegalität der Anlage
  - II. Rechtsfolge: Ermessen
    - Darin: Verhältnismäßigkeit
    - Darin: Materielle Illegalität der Anlage

### **LÖSUNG:**

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

#### **A. Zulässigkeit**

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

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da die streit-

scheidenden Normen aus dem öffentlichen Baurecht (§§ 29 ff. BauGB) stammen. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, abdrängende Sonderzuweisungen bestehen nicht.

## II. Statthafte Klageart

Hier ist eine Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO statthaft. Das Begehren der Kl. (§ 88 VwGO) ist auf die Aufhebung der Abrissverfügung gerichtet; selbige stellt einen belastenden, nicht erledigten Verwaltungsakt dar, dem mit der Anfechtungsklage nach § 42 II VwGO begegnet werden kann.

## III. Klagebefugnis

Die Kl. müsste geltend machen können, durch die Abrissverfügung in eigenen Rechten verletzt zu sein, § 42 II VwGO. Als Adressatin dieses Verwaltungsakts besteht zumindest die Möglichkeit, dass die Kl. in ihrem subjektiv-öffentlichen Recht aus Art. 2 I GG verletzt sein könnte. Somit ist sie klagebefugt.

Natürlich hätte hier auch die Eigentumsgarantie aus Art. 14 I 1 GG genannt werden können.

## IV. Vorverfahren

Das nach § 68 I 1 VwGO erforderliche Vorverfahren hat die Kl. ordnungsgemäß durchgeführt.

## V. Frist

Für Verstöße gegen die Klagefrist des § 74 I 1 VwGO ist nichts ersichtlich.

## VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der Erlassbehörde, hier also die Stadt S.

## VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die Kl. ist nach §§ 63 Nr. 1, 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligtenfähigkeit von S ergibt sich aus §§ 63 Nr. 2, 61 Nr. 1 VwGO, ihre Prozessfähigkeit aus § 62 III VwGO über ihren Bürgermeister als gesetzlichem Vertreter. Somit ist die Klage insgesamt zulässig.

## B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Kl. in ihren Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO. Fraglich ist zunächst die Rechtswidrigkeit. Rechtmäßig ist ein belastender Verwaltungsakt, soweit er auf einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage beruht und deren formelle und materielle Voraussetzungen vorliegen. Er ist mithin rechtswidrig, soweit es an einer dieser Voraussetzungen fehlt.

§ 82 I LBO Saarland:

„Werden Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert, kann die Bauaufsichtsbehörde ihre teilweise oder vollständige Beseitigung anordnen, wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.“

### I. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage für die Abrissverfügung kommt im Saarland nur § 82 I LBO in Betracht.

In vielen anderen Bundesländern ist die Abrissverfügung auch speziell geregelt (z.B. in § 89 I 2 Nr. 4 NdsBauO), z.T. muss aber auch auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel zurückgegriffen werden (z.B. § 61 I 2 BauO NRW).

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Abrissverfügung erging laut Sachverhalt formell ordnungsgemäß.

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

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

## 1. Tatbestand

Zunächst müsste es sich bei der Plakatanschlagtafel der Kl. um eine „Anlage“ handeln (a.), die im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet wurde (b.). Sodann dürfte die Herstellung rechtmäßiger Zustände nicht auf andere Weise möglich sein (c.).

### a. Anlage

Wortgleiche oder zumindest sehr ähnliche Definitionen enthalten auch die Bauordnungen der übrigen Bundesländer. Im BauGB ist der Begriff der „baulichen Anlage“ hingegen nicht definiert, siehe dazu unten B.III.2.

„Anlagen“ i.S.d. § 82 I LBO sind zunächst alle baulichen Anlagen, § 1 I LBO. „Bauliche Anlagen“ wiederum sind gem. § 2 I 1, 2 LBO mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen, wobei die Verbindung mit dem Erdboden auch darin bestehen kann, dass sie durch eigene Schwere auf dem Boden ruhen oder nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt sind, überwiegend ortsfest benutzt zu werden.

Jedenfalls letzteres ist bei einer Plakatanschlagtafel bereits der Fall. Dass diese im Falle der Kl. bei einer Größe von 3,65 m Breite und 2,65 m Höhe auch Kraft eigener Schwere auf dem Boden ruht, kommt hinzu. Dass sie im Übrigen aus Bauprodukten i.S.d. § 2 XII LBO besteht, unterliegt keinem Zweifel.

### b. Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften

#### § 60 I LBO:

„Die Errichtung, die Änderung und Nutzungsänderung von Anlagen bedürfen der Baugenehmigung, soweit in den §§ 61 bis 63 und 77 nichts anderes bestimmt ist.“

Die Plakatanschlagtafel könnte im Widerspruch zu § 60 LBO stehen. Danach bedarf die Errichtung einer baulichen Anlage einer Baugenehmigung, sofern sich nicht aus §§ 61 bis 63 und 77 LBO etwas anderes ergibt. Die Kl. hat hier eine bauliche Anlage errichtet (s.o.). Eine Baugenehmigung hat sie laut Sachverhalt zwar beantragt, aber nicht erhalten. Zwar sieht § 61 I Nr. 8 LBO eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht für Werbetafeln vor, jedoch nur bis zu einer Fläche von 1 m<sup>2</sup>, während die Plakatanschlagtafel der Kl. mehr als 9 m<sup>2</sup> Fläche (2,65 x 3,65 qm) aufweist. Andere Ausnahmen sind nicht ersichtlich. Somit ist die Plakatanschlagtafel der Kl. formell illegal errichtet worden.

#### § 61 I LBO:

Verfahrensfrei sind [...] 8. a) Werbeanlagen mit einer Ansichtsfläche bis zu 1 m<sup>2</sup> [...]

Merke: „**Formelle Illegalität**“ bedeutet, dass ein genehmigungspflichtiges Bauvorhaben **nicht genehmigt** worden ist.

### c. Keine Alternative

Schließlich dürfte die Herstellung rechtmäßiger Zustände nicht auf andere Weise als durch Abriss möglich sein. Als mildere Alternative käme allenfalls eine Nutzungsuntersagung in Betracht; durch diese würde aber gerade die optische Beeinträchtigung des Ortsbildes bestehen bleiben, die zu beseitigen S beabsichtigt. Zudem bestünde die negative Vorbildwirkung der Anlage für eventuelle Nachahmer fort. Ein Teilabriss käme schon aus diesen Gründen ebenfalls nicht in Betracht. Somit liegen die Voraussetzungen für einen Abriss vor.

## 2. Rechtsfolge

Die Beseitigung „kann“ angeordnet werden, der Behörde kommt also ein Ermessen zu. Selbiges kann vom Verwaltungsgericht nach § 114 S. 1 VwGO nur, aber immerhin auf Ermessensfehler kontrolliert werden. Ein solcher läge u.a. vor, wenn S ihr Ermessen überschritten hätte. Insbesondere hat sie sich im Rahmen des aus Art. 20 III GG ableitbaren Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu halten, also eine zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme zu treffen.

### a. Legitimer Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit

Dass die Herstellung baurechtmäßiger Zustände ein legitimer Zweck ist, bedarf keiner Begründung. Dass die Beseitigung Plakatanschlag-

tafel der Kl. hierzu geeignet und – wie oben ausgeführt – mangels tauglicher Alternativen auch erforderlich ist, steht ebenfalls fest.

### b. Angemessenheit

Jedoch erscheint es im Lichte der Eigentumsgarantie aus Art. 14 I 1 GG unangemessen, eine bauliche Anlage allein aufgrund ihrer formellen Illegalität beseitigen zu lassen. Durch eine Beseitigung können erhebliche wirtschaftliche Werte vernichtet werden. Wenn die betreffende Anlage jedenfalls materiell legal, also genehmigungsfähig wäre, könnte der Bauherr jederzeit eine Genehmigung einholen und anschließend dieselbe Anlage wieder errichten. **Eine Beseitigungsanordnung ist daher nur angemessen, wenn zur formellen auch eine materielle Illegalität hinzukommt.**

Eine materielle Illegalität liegt vor, wenn die Anlage gegen öffentliches Bauordnungs- oder Bauplanungsrecht oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt. Hier kommt nur ein Verstoß gegen § 34 BauGB in Betracht. Danach ist ein Bauvorhaben im unbeplanten Innenbereich nur zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist.

#### aa. Anwendbarkeit, § 29 BauGB

§ 34 I BauGB ist nach § 29 BauGB nur anwendbar, soweit es um ein Vorhaben geht, das die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt hat. Zwar wurde oben bereits ausgeführt, dass die Kl. hier eine bauliche Anlage errichtet hat, dies jedoch zur LBO des Saarlandes. **Bundesrecht wie § 29 BauGB darf aber nicht durch nachrangiges Landesrecht definiert werden.** Eine eigene Definition der „baulichen Anlage“ enthält das BauGB nicht. Fraglich ist daher, was bundesrechtlich hierunter zu verstehen ist. Dazu verweist das OVG Saarlouis im vorliegenden Urteil nur auf BVerwG, NVwZ 1995, 897, wo wiederum auf BVerwG, NVwZ 1993, 983 verwiesen wird. Dort heißt es:

**„Eine bauliche Anlage i.S.d. § 29 S.1 BauGB ist] eine Anlage, die in einer auf Dauer gedachten Weise künstlich mit dem Erdboden verbunden ist.** Erforderlich ist insoweit eine bautechnische Betrachtungsweise. Die besondere Art der Verbindung, die konkrete konstruktive Beschaffenheit oder die Größe der Werbeanlage sind hingegen keine qualifizierenden Merkmale.

Eine Anlage in diesem Sinne wird von § 29 S. 1 BauGB nur erfasst, wenn sie gem. § 1 III BauGB eine **städtebauliche (bauplanungsrechtliche) Relevanz** besitzt. [...]

**Städtebauliche Relevanz besteht dann, wenn die Anlage - auch und gerade in ihrer unterstellten Häufung - Belange erfasst oder berührt, welche im Hinblick auf das grundsätzliche Gebot des § 1 III BauGB i. V. mit § 1 V BauGB auch städtebauliche Betrachtung und Ordnung verlangen. Hierzu zählt auch das Ortsbild der Gemeinde.“**

Für das Ortsbild ist in aller Regel auch eine Außenwerbung relevant. Ihr eigentliches Ziel ist es gerade, Aufmerksamkeit auf sich zu lenken; in diesem Sinne muss sie im vorhandenen Ortsbild gerade auffallend wirken. Die Plakatanschlagtafel der Kl. stellt deshalb auch bauplanungsrechtlich eine „bauliche Anlage“ dar.

Dies entspricht der nahezu allg.M. (vgl. nur BVerwGE 5, 351, 353; OVG Münster, BauR 1991, 448, 448; OVG Saarlouis, NVwZ 1983, 685, 685; Brenner, BauR, 2003, 204, 204; Konrad, JA 1998, 691; 692; krit. nur Fischer, NVwZ 2004, 1057, 1057 ff.

Merke: **„Materielle Illegalität“** bedeutet, dass ein Vorhaben **nicht genehmigungsfähig** ist, weil es gegen öffentliches Bauordnungs- oder Bauplanungsrecht oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften verstößt.

Ebenso schon BVerwGE 44, 59, 62; BVerwG, NJW 1977, 2090, 2090

Merke: Für eine „bauliche Anlage“ i.S.d. BauGB kommt es auf die künstliche Verbindung mit dem Erdboden und die städtebauliche Relevanz an. Demgegenüber spielen die verwendeten Baumaterialien – anders als nach Landesrecht – keine Rolle.

Städtebauliche Relevanz liegt vor, wenn die Anlage Auswirkungen zeigt, die eine Gemeinde planerisch in Erwägung ziehen würde, wobei dazu auch das Ortsbild gehört.

Zur baurechtlichen Zulässigkeit einer Werbeanlage im unbeplanten Außenbereich vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 985.

### bb. Unbeplanter Innenbereich

Ferner müsste es sich bei dem Gebiet, in dem die Plakatanschlagtafel der Kl. aufgestellt wurde, um einen „im Zusammenhang bebauten Ortsteil“ (so „Innenbereich“) i.S.d. § 34 I BauGB handeln. Dies setzt eine gewisse Siedlungsstruktur ohne größere Baulücken voraus. Vorliegend zeichnet sich die Bebauung des Gebiets durch eine geschlossene Bauweise aus, in der die Gebäude eine einheitliche Front bilden. Baulücken sind nicht vorhanden. Somit handelt es sich um einen Innenbereich in diesem Sinne. Dieser ist laut Sachverhalt auch unbeplant.

„Die Prüfung der [...] Werbeanlage richtet sich vorliegend unstreitig nach § 34 BauGB, weil ihr Standort nicht im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, sondern innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegt.“

### cc. Einfügen

Fraglich ist, ob sich die Plakatanschlagtafel der Kl. nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt. Problematisch ist hier vor allem das **Einfügen nach der Grundstücksfläche**.

„In der Rechtsprechung des BVerwG ist geklärt, dass es insoweit sowohl auf die konkrete Größe der Grundfläche des in Frage stehenden Vorhabens als auch auf seine räumliche Lage innerhalb der vorhandenen Bebauung ankommt. **Die Begriffsbestimmungen in § 23 BauNVO zur „überbaubaren Grundstücksfläche“ können zur näheren Konkretisierung im Rahmen des § 34 I BauGB berücksichtigt werden.**“

Vgl. BVerwG, BRS 74 Nr. 95

Ebenso BVerwG, BRS 64 Nr. 79 (mit eingehender Begründung). Dies versteht sich nicht von selbst, denn erstens ist die BauNVO als Rechtsverordnung im Verhältnis zum BauGB nachrangig, und zweitens verweist nur § 34 II BauGB für die „Art“ der baulichen Nutzung auf die BauNVO, nicht aber § 34 I (und schon gar nicht für die „überbaubare Grundstücksfläche“).

#### (1). Nebenanlagen

Berücksichtigt man also die Wertungen des § 23 BauNVO, wäre die Plakatanschlagtafel der Kl. zunächst unproblematisch zulässig, wenn es sich lediglich um eine **Nebenanlage** i.S.d. § 14 BauNVO handelte, denn eine **solche kann nach § 23 V BauNVO auch in nicht überbaubaren Grundstücksflächen zugelassen werden**.

Dann müsste die Plakatanschlagtafel der Kl. allerdings dem Nutzungszweck der in dem Baugebiet gelegenen Grundstücke oder des Baugebiets selbst dienen, § 14 I BauNVO. Dies ist hier nicht der Fall. Vielmehr soll sie der Fremdwerbung zugänglich sein, ein Bezug zu der Bebauung des Gebiets besteht nicht.

#### (2). Hauptanlage

„Die umstrittene Plakatanschlagtafel stellt vielmehr eine eigenständige Hauptnutzung im Sinne der §§ 2 ff. BauNVO dar und ist daher, zumal sie unstreitig in der näheren Umgebung ohne Vorbild ist und wegen ihrer nicht von der Hand zu weisenden Vorbildwirkung geeignet ist, die Situation „in Bewegung zu bringen“, in der nicht überbaubaren Grundstücksfläche nicht zulässig.“

Die Plakatanschlagtafel der Kl. fügt sich nach alledem nicht in die „überbaubare Grundstücksfläche“ ein. Sie verstößt somit gegen § 34 I BauGB und ist mithin auch materiell illegal. Somit ist die Beseitigungsanordnung auch nicht unverhältnismäßig. Andere Ermessensfehler sind nicht ersichtlich, sodass die Beseitigungsanordnung insgesamt rechtmäßig ist. Die Klage ist daher unbegründet, sie hat keinen Erfolg.

Das Gericht musste danach auf eine materielle Illegalität aus bauordnungsrechtlicher Sicht nicht mehr eingehen. Eine solche hätte aber auch nagelegen, da die Bauordnungen der Länder normalerweise nur Eigenwerbung am Betrieb gestatten (vgl. hier für das Saarland § 12 IV LBO).

## Speziell für Referendare:

### Problem: RMB über elektronische Kommunikation

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 08.03.2012  
1 A 11258/11 (NVwZ-RR 2012, 457 L)

#### EINLEITUNG:

Nach § 3a I VwVfG kann eine gesetzlich vorgeschriebene Schriftform durch die elektronische Form ersetzt werden, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist, § 3a II 1, 2 VwVfG. Zu den an eine Behörde schriftlich zu übermittelnden Dokumenten gehört vor allem der Widerspruch, § 70 I 1 VwGO.

Dem OVG Koblenz stellte sich nun die Frage, ob eine Rechtsmittelbelehrung nach § 58 I VwGO unrichtig ist, wenn sie nur über die Schriftform belehrt, ohne auf die Alternative der elektronischen Kommunikation hinzuweisen. Im konkreten Fall hatte ein Widerspruchsführer die Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO verpasst, bei unrichtiger Rechtsbehelfsbelehrung hätte sich die Frist jedoch auf ein Jahr verlängert, § 58 II VwGO. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, auf die elektronische Form sei jedenfalls dann hinzuweisen, wenn die betreffende Behörde eine solche Kommunikationsform tatsächlich eröffnet habe.

#### SACHVERHALT:

Unter dem 15. November 2010 erteilte der Oberbürgermeister von Kaiserslautern als Ausgangsbehörde (B) der W-AG (W) eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis und setzte für diese zugleich eine Sondernutzungsgebühr i.H.v. [...] fest. Die Rechtsbehelfsbelehrung zu diesem Bescheid lautete wie folgt:

*„Gegen beiliegende Erlaubnis kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Widerspruch erhoben werden. Der Widerspruch ist bei der Stadtverwaltung Kaiserslautern, Referat Stadtentwicklung, Rathaus, Willy-Brand-Platz 1, 11. Obergeschoss, Zimmer-Nr. 1123-1124 oder bei der Geschäftsstelle des Stadtrechtsausschusses, Rathaus Nord, Benzinoring 1, 1. Obergeschoss, Zimmer-Nr. B 110, schriftlich oder zur Niederschrift einzulegen.“*

W ging dieser Bescheid am 16. November 2010 zu. Am 10. Januar 2011 legte sie dagegen schriftlich Widerspruch bei B ein. Ist der Widerspruch zulässig, wenn zu unterstellen ist, dass B einen Zugang für die elektronische Widerspruchseinlegung eröffnet hat?

#### PRÜFUNGSSCHEMA: WIDERSPRUCH

- A. Zulässigkeit
  - I. Verwaltungsrechtsweg
  - II. Statthaftigkeit
  - III. Widerspruchsbefugnis
  - IV. Form
  - V. Frist
  - VI. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit
- B. Begründetheit
  - I. Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts
  - II. Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts
  - III. Rechtsverletzung bzw. Interessenbeeinträchtigung

#### Leitsatz:

Eine Rechtsbehelfsbelehrung, die nicht darüber belehrt, dass der Widerspruch auch im Wege der elektronischen Kommunikation gem. § 3a VwVfG eingelegt werden kann, ist unrichtig und setzt die Jahresfrist gemäß § 58 II VwGO in Gang, wenn die Behörde den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente gemäß § 3a I VwVfG eröffnet hat.

**LÖSUNG:**

Der Widerspruch ist zulässig, soweit der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist und die Sachentscheidungsvoraussetzungen für einen Widerspruch vorliegen.

Der Streit über die direkte oder analoge Anwendung des § 40 VwGO auf Widersprüche bringt das Gutachten nicht voran. Er darf erwähnt, sollte aber keinesfalls breit ausgeführt werden.

**A. Verwaltungsrechtsweg**

Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet. Dies richtet sich hier mangels aufdrängender Sonderzuweisungen nach § 40 I 1 VwGO, wobei dahinstehen kann, ob diese Norm auf Widersprüche direkte oder – wie teilweise angenommen wird – nur analoge Anwendung findet.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.d. § 40 I 1 VwGO liegt vor, da die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Dies ist der Fall, wenn sie zwingend einen Hoheitsträger berechtigen oder verpflichten. Streitentscheidende Normen für die Sondernutzungserlaubnis und die Gebührenfestsetzung sind solche des öffentlichen Straßen- und Wegerechts des Landes Rheinland-Pfalz, namentlich §§ 41, 47 LStrG Rh-Pf. Diese berechtigen eine Behörde und damit einen Hoheitsträger.

Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, und abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

**B. Statthaftigkeit**

Der Widerspruch ist statthaft, da er Sachurteilsvoraussetzung für eine verwaltungsgerichtliche Klage ist.

**I. Statthafte Klageart**

Statthafte Klageart ist hier die Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO. Gegenstand des Klägerbegehrens (§ 88 VwGO) ist in diesem Fall die Aufhebung eines belastenden, nicht erledigten Verwaltungsakts. Sondernutzungserlaubnis und Gebührenfestsetzung sind unzweifelhaft Verwaltungsakte i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG und hier auch nicht erledigt. Die Gebührenfestsetzung ist ferner belastend; die Sondernutzungserlaubnis ist hingegen grds. begünstigend. Hier stellt sie jedoch den Rechtsgrund für die Erhebung von Sondernutzungsgebühren dar, wirkt insofern also (auch) belastend. Mithin ist eine Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO statthaft.

**II. Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung**

Für Anfechtungsklagen ist nach § 68 I 1 VwGO grundsätzlich ein Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung vorgeschrieben. Zwar macht § 68 I 2 VwGO hiervon einige Ausnahmen, im vorliegenden Fall ist jedoch keine solche ersichtlich.

**C. Widerspruchsbefugnis**

Streitig ist, ob neben einer möglichen Rechts- auch eine Interessenverletzung genügen würde, da im Widerspruchsverfahren ja auch die Zweckmäßigkeit des VA geprüft wird, § 68 I 1 VwGO. Diese Frage zu erörtern ist aber nur sinnvoll, wenn sich keine mögliche Rechtsverletzung feststellen lässt, was jedenfalls in Prüfungsaufgaben nicht vorkommen sollte.

W ist auch widerspruchsbefugt. Zur Vermeidung von Popularwidersprüchen ist analog § 42 II VwGO eine Widerspruchsbefugnis zu fordern. Hierzu genügt **jedenfalls** die Möglichkeit, dass der Widerspruchsführer durch den angegriffenen Bescheid möglicherweise **in seinen Rechten verletzt** wird.

Hier besteht zumindest die Möglichkeit, dass W als Adressatin des sie belastenden Bescheids vom 15.11.2010 in ihrem Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG verletzt sein könnte.

**D. Form**

W hat ihren Widerspruch schriftlich eingelegt und damit der Form des § 70 I 1 VwGO genügt.

## E. Frist

Sie hat im Ergebnis auch die Widerspruchsfrist gewahrt.

### I. Monatsfrist, § 70 I 1 VwGO

Allerdings war die Monatsfrist des § 70 I 1 VwGO bei Einlegung des Widerspruchs am 10. Januar 2011 lange abgelaufen.

Grundsätzlich beträgt diese einen Monat seit Bekanntgabe des Verwaltungsakts, § 70 I 1 VwGO. Bekanntgegeben wurde der streitgegenständliche Bescheid hier gem. § 41 II VwVfG mit dem dritten Tag nach Aufgabe zur Post, also am 18. November 2010. Dass er W bereits am 16. November 2010 zugeht, ist nach § 41 II VwVfG irrelevant. Zwischen dem 16. November und 10. Januar liegt weitaus mehr als ein Monat.

### II. Jahresfrist, § 58 II VwGO

Jedoch beginnt die Monatsfrist nur bei ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung zu laufen, § 58 I VwGO. Wurde eine solche nicht oder nur unrichtig erteilt, verlängert sich die Frist auf ein Jahr, § 58 II VwGO. Diese ist hier gewahrt worden.

Die der W erteilte Rechtsbehelfsbelehrung war unrichtig wegen des Fehlens eines Hinweises auf die Möglichkeit, den Widerspruch im Wege der elektronischen Kommunikation gemäß § 1 I LVwVfG i.V.m. § 3a VwVfG einzulegen, obwohl eine solche Möglichkeit bei B bestand.

### 1. Form kein notwendiger Inhalt

Zwar schreibt § 58 I VwGO gar keine Pflicht vor, über die Form zu belehren. Dies nützt B jedoch wenig, denn wenn sie freiwillig über die Form belehrt, muss dieser (fakultative) Inhalt auch richtig sein:

„Hinsichtlich der Anforderungen, denen eine Rechtsbehelfsbelehrung nach der Rechtsprechung des BVerwG genügen muss, um nicht als unrichtig im Sinne von § 58 II VwGO eingestuft werden zu müssen, kann beispielhaft auf das Urteil des BVerwG vom 13.12.1978 verwiesen werden. In der genannten Entscheidung führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass § 58 I VwGO zwar eine Belehrung über das Formerfordernis nicht ausdrücklich verlange und ein solches Erfordernis auch nicht aus der gesetzlichen Formulierung herausgelesen werden könne. **Eine Rechtsbehelfsbelehrung sei jedoch nicht nur dann fehlerhaft, wenn sie die in § 58 I VwGO zwingend geforderten Angaben nicht enthalte, vielmehr treffe das auch dann zu, wenn ihr ein unrichtiger oder irreführender Zusatz beigefügt sei, der geeignet sei, bei dem Betroffenen einen Irrtum über die formellen und/oder materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, den Rechtsbehelf einzulegen bzw. rechtzeitig einzulegen.** Einen derartigen irreführenden, über den Mindestinhalt der Rechtsbehelfsbelehrung hinausgehenden Hinweis hat das BVerwG für den Fall angenommen, dass sie die verschiedenen vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten, den Rechtsbehelf einzulegen, nicht vollständig aufführt, weil hierdurch der Eindruck erweckt werden kann, nur die in der Rechtsbehelfsbelehrung tatsächlich erwähnte Möglichkeit, der Form zu genügen, sei zulässig.“

BVerwGE 57, 188 ff.; vgl. i.Ü. schon BVerwG, NJW 1962, 1220

Merke: Enthält die RMB über den notwendigen Teil des § 58 I VwGO hinaus fakultative Zusätze, so müssen diese stimmen, wenn nicht die Rechtsfolge des § 58 II VwGO eintreten soll. Dabei ist ohne Belang, ob der Betroffene im konkreten Fall tatsächlich in die Irre geführt wurde oder nicht (s.u.).

Dabei kommt es auch nicht auf die Frage an, ob der Adressat im konkreten Fall einem Irrtum unterlag oder der Fehler sonstwie kausal für

das Fristversäumnis geworden ist. § 58 II VwGO fordert eine solche Kausalität nicht. Vielmehr genügt die objektive Unrichtigkeit:

**„§ 58 VwGO macht den Lauf der Fristen in allen Fällen von der Erteilung einer ordnungsgemäßen Belehrung abhängig, ohne Rücksicht darauf, ob den Betroffenen die Möglichkeit und die Voraussetzungen der in Betracht kommenden Rechtsbehelfs tatsächlich unbekannt waren und ob das Fehlen oder die Unrichtigkeit der Rechtsbehelfsbelehrung kausal für das Unterbleiben oder die Verspätung des Rechtsbehelfs war. Das dient der Rechtsmittelklarheit; in dem § 58 VwGO seine Rechtsfolgen allein an die objektiv feststellbare Tatsache des Fehlens oder der Unrichtigkeit der Belehrung knüpft, gibt die Vorschrift sämtlichen Verfahrensbeteiligten gleiche und zudem sichere Kriterien für die Bestimmungen der formellen Rechtskraft die Hand.“**

Ebenso z.B. BVerwG, NJW 2009, 2322 ff.

## 2. Fehler im fakultativen Teil

Ob auch über die Möglichkeit, den Widerspruch im Wege der elektronischen Kommunikation einzulegen, belehrt werden muss, ist zwar umstritten. Das OVG Koblenz schließt sich jedoch mit folgenden Argumenten der bejahenden Auffassung an:

Wie hier: VG Trier, Urt. v. 22.9.09 - 1 K 365/09; OVG Berlin-Bbg, Beschl. v. 03.05.10 - 2 S 106/09 und v. 02.02.11 - 2 N 10.10; VG Potsdam, Urt. v. 18.08.10 - 8 K 2929/09; VG Neustadt a.d.W., Urt. v. 10.06.10 - 2 K 1192/09, v. 10.09.10 - 2 K 156/10 und v. 30.06.11 - 4 K 131/11; VG Koblenz, Urt. v. 24.08.10 - 2 K 1005/09; OVG LSA, Urt. v. 24.11.10 - 4 L 115/09.

a.A. BFH, Beschl. v. 02.02.10 - III B 20/09; Hess. LSG, Urt. v. 20.06.11 - L 7 AL 87/10; VG Frankfurt, Urt. v. 08.07.11 - 11 K 4808/10.

### a. Irreführung des Bürgers

„Auszugehen ist im vorliegenden Fall zunächst davon, dass die Beklagte den Zugang für die Übermittlung elektronischer Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur gemäß § 3a II VwVfG im Zeitpunkt des Bescheides vom 15. November 2010 eröffnet hatte. [...] Damit war zu diesem Zeitpunkt die Widerspruchseinlegung im Wege der elektronischen Kommunikation nach dem Willen des Gesetzgebers [...] nicht nur grundsätzlich zulässig, sondern [...] auch tatsächlich möglich. **Daher stand der Klägerin zur Widerspruchseinlegung neben der schriftlichen Form - in welcher Gestalt auch immer - und der schriftlichen Form unter Zuhilfenahme eine Amtsperson (zur Niederschrift) als weitere Form die elektronische Kommunikation zur Verfügung. Vor diesem Hintergrund war eine Rechtsbehelfsbelehrung, die lediglich auf die schriftliche Form oder die Möglichkeit, den Widerspruch zur Niederschrift einer Amtsperson einzulegen, verwies, unvollständig und deshalb irreführend, weil sie geeignet war, den Eindruck zu erwecken, die elektronische Kommunikation hierzu zu nutzen, sei nicht möglich.“**

### b. Elektronische Form nicht „exotisch“

„Die Argumente, die gegen die Notwendigkeit auch eines Hinweises auf die elektronische Kommunikation in der Rechtsbehelfsbelehrung vorgetragen werden, überzeugen nicht. Soweit darauf abgestellt wird, dass die technischen Voraussetzungen für die elektronische Kommunikation, wie sie in § 3a VwVfG geregelt ist, noch nicht so verbreitet seien und deshalb die schriftliche Rechtsbehelfseinlegung bzw. die Einlegung zur Niederschrift „den regelmäßigen Weg“ oder „Regelweg“ darstellten und zusätzliche Hinweise auf die elektronische Kommunikation den betroffenen Bürger nur verwirren würden, ist dem nicht zu folgen. **Die elektronische Kommunikation - auch unter den Voraussetzungen des § 3a II VwVfG - ist längst aus dem Status „Exotik“ herausgewachsen und stellt nach dem Willen des Gesetzgebers einen den seit**

**jeder bekannten Formen der Rechtsbehelfseinlegung gleichgestellten Weg dar.** Es ist auch nicht nachvollziehbar, inwieweit es zur Verwirrung führen sollte, wenn auf diesen gleichberechtigten, nunmehr von dem Gesetzgeber eröffneten Weg in der Rechtsbehelfsbelehrung hingewiesen wird. Die Erweiterung von ursprünglich bestehenden zwei Wegen, Rechtsbehelfe einzulegen, auf nunmehr einen dritten Weg stellt zweifellos keine Überforderung des betroffenen Bürgers dar. Zudem wird durch einen solchen Hinweis von ihm nicht gefordert, ausschließlich diesen Weg zu beschreiten. Vielmehr bleiben ihm bei einer derartigen Fassung der Rechtsbehelfsbelehrung daneben die [...] ihm seit alters her bekannten Wege offen, den Rechtsbehelf einzulegen.“

### **c. Nichterwähnung der elektronischen Kommunikationsmöglichkeit in § 70 I VwGO irrelevant**

**„Letztendlich stützt sich die Argumentation [der Gegenansicht] alleine darauf, dass der Gesetzgeber in § 70 I 1 VwGO [...] die elektronische Kommunikation als mögliche zulässige Form nicht erwähnt.** Unzweifelhaft ist, dass der Gesetzgeber durch die genannten Bestimmungen die rechtlich zulässige Form nicht auf die beiden lediglich im Gesetzestext erwähnten Möglichkeiten „schriftlich“ oder „zur Niederschrift“ hat begrenzen wollen. Die entsprechenden Hinweise auf die Möglichkeit der elektronischen Kommunikation hat der Gesetzgeber in anderen Vorschriften [...] gegeben, weshalb es **nicht sachgerecht ist, lediglich § 70 I VwGO [...] in den Blick zu nehmen** ohne zu berücksichtigen, dass an anderer Stelle im Gesetz eigenständige Regelungen bezüglich der elektronischen Kommunikation bestehen. [...] **Entscheidungs-erheblich ist vielmehr lediglich, ob [dem Widerspruchsführer] der Eindruck vermittelt wird, ein anderer Weg, den der Gesetzgeber ihm eröffnet hat, sei hier nicht gangbar.**“

### **3. „Schriftlich“ heißt auch nicht zugleich „elektronisch“**

Ist nach alledem eine Belehrung auch über die elektronische Form nötig, so könnte noch daran gedacht werden, ob die Belehrung über die „schriftliche“ Einlegung des Widerspruchs diese nicht mit enthält, weil es sich bei der elektronischen Form nach § 3a VwVfG ja nur um ein Surrogat zur Schriftform handelt. Dies könnte zur Folge haben, dass die Rechtsbehelfsbelehrung hier trotzdem richtig gewesen wäre. In der Literatur wird tatsächlich vereinzelt vertreten, der Gesetzgeber habe unter „Schriftform“ auch die elektronische Form verstanden (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 55a Rn. 3). Diese Überlegung ist aber letztlich „rein akademisch“:

**„[Dies] mag zwar von Interesse für akademische Debatten sein, übersteigt aber ersichtlich das Verständnis des Normalbürgers, auf das es in diesem Zusammenhang allein ankommt und von dem nicht erwartet werden kann, dass er unter Auswertung amtlicher Begründungen zu einem Gesetzentwurf eine Subsumtion dahingehend vornimmt, mit der Formulierung „schriftlich“ meine der Gesetzgeber auch die elektronische Kommunikation. Vielmehr ist von dem allgemeinen Sprachverständnis auszugehen, wonach „schriftlich“ die Erstellung eines tatsächlich existierenden schriftlichen Dokumentes - in welcher Form es letztendlich auch immer übermittelt wird – meint.“**

Nach alledem war die Rechtsbehelfsbelehrung in puncto „Form“ unrichtig. Die nach § 58 II VwGO laufende Jahresfrist hat W gewahrt.

Merke: Beteiligten- und Handlungsfähigkeit im Widerspruchsverfahren richten sich nicht nach §§ 61 ff. VwGO, sondern nach §§ 11 ff. VwVfG.

### F. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit

W ist als juristische Person nach §§ 13 Nr. 2, 11 Nr. 1 2. Fall VwVfG Beteiligtenfähig und nach § 12 I Nr. 3 VwVfG durch ihren Vorstand als gesetzlichem Vertreter auch handlungsfähig.

### G. Ergebnis

Ihr Widerspruch ist insgesamt zulässig.

#### FAZIT:

Das hier behandelte Problem ist seit langem in der Rspr. und Lit. umstritten. Es könnte ohne weiteres in Examensklausuren übernommen werden, und zwar natürlich auch dann, wenn nicht nach der Zulässigkeit des Widerspruchs, sondern nach den Erfolgsaussichten einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage gefragt ist, denn deren Zulässigkeit setzt ein **ordnungsgemäßes** Vorverfahren voraus, sodass unter „Vorverfahren“ inzidenter geprüft werden müsste, ob der Widerspruch auch fristgerecht eingelegt wurde.

Sogar die Klagefrist des § 74 VwGO oder die Fristen für Rechtsmittel (§§ 124a, 133, 147 VwGO) könnten vom vorliegenden Problem betroffen sein, denn entsprechend dem für Behörden geltenden § 3a VwVfG enthält **§ 55a VwGO** auch eine elektronische Kommunikationsmöglichkeit mit den Gerichten. Hält also ein Gericht eine solche Möglichkeit bereit, müsste eine ordnungsgemäße Belehrung über Klage- und Rechtsmittelfristen auch darauf hinweisen.

Übrigens hat sich das OVG Koblenz hier völlig unnötig Mühe gemacht, denn auf die Frage nach der Belehrung über die elektronische Kommunikationsmöglichkeit kam es eigentlich gar nicht an. Die gegebene Rechtsbehelfsbelehrung litt vielmehr schon an einem Mangel im notwendigen Teil. Nach § 58 I VwGO ist über die „Behörde“ zu belehren, bei welcher der Widerspruch anzubringen ist. Dies war hier der Oberbürgermeister von Kaiserslautern. Der Widerspruch musste aber keineswegs im „Referat Stadtentwicklung“ oder gar im „Obergeschoss, Zimmer-Nr. 1123-1124“ eingelegt werden, ebensowenig in „Zimmer-Nr. B 110 der Geschäftsstelle des Stadtrechtsausschusses“. Er konnte selbstverständlich auch bei jeder anderen Stelle der Stadtverwaltung eingelegt werden. „Behörde“ i.S.d. § 58 I VwGO sind nicht irgendwelche Ämter, Referate, Abteilungen oder andere Untergliederungen der Stadtverwaltung, und schon gar nicht einzelne Sachbearbeiter, die in irgendwelchen Zimmern sitzen, sondern ist allein der (Ober-)bürgermeister der Stadt.

## Strafrecht

### Problem: Schuldfähigkeit trotz Alkoholisierung

BGH, BESCHLUSS VOM 29.05.2012  
1 STR 59/12 (NJW 2012, 2672)

#### EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung nimmt der BGH zu der Frage Stellung, inwiefern aus einer Alkoholisierung des Täters auf seine Schuldunfähigkeit i.S.v. § 20 StGB geschlossen werden kann.

Der BGH betont – wie bereits in der Vergangenheit – insofern, dass allein aus einer Alkoholisierung des Täters nicht auf seine Schuldunfähigkeit geschlossen werden kann, sondern diese stets aufgrund einer Einzelfallprüfung zu ermitteln ist.

#### SACHVERHALT:

Der Angeklagte A begab sich am 16.07.2010 nach Beendigung seiner Arbeit - er war im Frühdienst tätig - wie nahezu jeden Tag in seine Stammkneipe und trank dort ab 11.30 Uhr zwischen sechs und zehn Halbe Bier. Teilweise hielt sich A vor der Kneipe auf einer Bank auf, die neben einem Brunnen stand. An diesem Nachmittag badeten Kinder in dem Brunnen, darunter der dem A unbekannt, damals siebenjährige G, der sich bis auf die Unterhose entkleidet hatte. G verließ als letztes der Kinder den Brunnen und ging zu dem auf der Bank sitzenden A. Dieser trocknete den Jungen mit einem dort befindlichen Handtuch ab. Als G seine Sorge äußerte, er könne mit seiner Mutter Ärger bekommen, weil er nass und verdreckt sei, bot ihm A an, ihn mit in seine (des A) Wohnung zu nehmen, um dort die Wäsche zu trocken.

G folgte A in dessen nahe gelegene Wohnung, die zwischen 17.00 Uhr und kurz nach 18.00 Uhr erreicht wurde. Dort brachte A den G in das Badezimmer, wo dieser sich entkleidete und in die Badewanne stieg. A ging zu dem Jungen in das Badezimmer und half diesem beim Duschen, indem er ihn einseifte. Hierbei fasste A den Entschluss, sexuelle Handlungen an G vorzunehmen. Sodann griff er - vor der Badewanne kniend - mit seiner Hand an den Penis des Jungen, nahm diesen in den Mund und bewegte seinen Mund am Geschlechtsteil des Jungen vor und zurück und zog mit dem Mund daran, um sich sexuell zu erregen.

Hat A sich wegen Straftaten des 13. Abschnitts strafbar gemacht?

*[Anm.: Gehen Sie davon aus, dass A im Tatzeitpunkt eine Blutalkoholkonzentration von 3,03 ‰ aufwies, jedoch an entsprechende Trinkmengen gewöhnt war und seine dadurch bedingten Ausfallerscheinungen generell und auch am Tattag nur leicht waren. Seit einem im Mai 2010 erlittenen Schlaganfall trank A täglich sechs bis zehn, gelegentlich auch vierzehn Halbe Bier, ohne dass es hierdurch zu Beeinträchtigungen in seinem Berufsleben gekommen war.]*

#### § 20 StGB:

„Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung oder wegen Schwachsinnns oder einer schweren anderen seelischen Abartigkeit unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“

#### Leitsatz des BGH:

Bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit kommt der Blutalkoholkonzentration umso geringere Bedeutung zu, je mehr sonstige aussagekräftige psychodiagnostische Beweisanzeichen zur Verfügung stehen.

**PRÜFUNGSSCHEMA: SEXUELLER MISSBRAUCH VON KINDERN, § 176 I STGB**

**I. Tatbestand**

1. Opfer ist Person unter 14 Jahren
2. Vornahme einer sexuellen Handlung am Opfer oder Vornehmenlassen einer sexuellen Handlung des Opfers am Täter
3. Vorsatz

**II. Rechtswidrigkeit**

**III. Schuld**

**LÖSUNG:**

Dadurch, dass A den Penis des G in den Mund nahm, könnte er sich wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern gem. § 176 I StGB strafbar gemacht haben.

**I. Tatbestand**

**1. Opfer ist Person unter 14 Jahren**

Bei dem siebenjährigen G handelt es sich um eine Person unter 14 Jahren (also ein Kind) und somit um ein taugliches Opfer.

**2. Vornahme einer sexuellen Handlung am Opfer oder Vornehmenlassen einer sexuellen Handlung des Opfers am Täter**

Dadurch, dass A den Penis des G in den Mund nahm und daran zog, um sich dadurch zu erregen, hat A eine sexuelle Handlung am Opfer vorgenommen.

**3. Vorsatz**

A handelte vorsätzlich.

**II. Rechtswidrigkeit**

A handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

A müsste auch schuldhaft gehandelt haben. Aufgrund der erheblichen Blutalkoholkonzentration des A im Tatzeitpunkt könnte dieser jedoch gem. § 21 StGB lediglich vermindert schuldfähig oder sogar gem. § 20 StGB schuldunfähig gewesen sein.

„[14] Rechtsfehlerfrei hat die Strafkammer ungeachtet einer errechneten Blutalkoholkonzentration zum Tatzeitpunkt von über 3 ‰ eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit i.S.v. § 21 StGB ausgeschlossen.

a) [15] Auszugehen ist dabei von Folgendem:

(1) [16] Eine Blutalkoholkonzentration in der errechneten Höhe gibt - wie die Strafkammer zutreffend erkannt hat - Anlass zur Prüfung einer krankhaften seelischen Störung durch einen akuten Alkoholorausch; die Möglichkeit von Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderter Schuldfähigkeit ist dann grundsätzlich zu erörtern.

(2) [17] Darüber hinaus war in älterer Rechtsprechung die Auffassung vertreten worden, bei Überschreiten bestimmter Grenzwerte sei die Steuerungsfähigkeit mit einem kaum widerlegbaren Grad an Wahrscheinlichkeit ‚in aller Regel‘ erheblich vermindert. Dies war aus juristischer Sicht wegen des zu geringen Gewichts der Einzelfallgerechtigkeit nie unumstritten, ebenso deshalb, weil Schuldfähigkeit ‚ein normatives Postulat, aber keine messbare Größe‘ ist. In der forensisch-psychiatrischen Wissenschaft war diese schematisierende Auffassung nahezu einhellig abgelehnt worden, weil die Wirkung von Alkohol auf jeden Menschen unterschiedlich sei. Diese Rechtsprechung wurde deswegen aufgegeben, nachdem sämtliche Strafsenate des Bundesgerichtshofs auf Anfrage des Senates zuvor erklärt hatten, eine gegenteilige Auffassung nicht (mehr) zu vertreten.

**Seither ist gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass es keinen Rechts- oder Erfahrungssatz gibt, der es gebietet, ohne Rücksicht auf die im konkreten Fall feststellbaren psychodiagnostischen Kriterien ab einer bestimmten Höhe der Blutalkoholkonzentration regelmäßig von zumindest ‚bei Begehung der Tat‘ erheblich verminderter Schuldfähigkeit auszugehen.**

Allerdings wird in neueren Entscheidungen vereinzelt unter Hinweis auch auf ältere (aufgegebene) Rechtsprechung der Blutalkoholkonzentration wieder stärkere indizielle Bedeutung beigemessen. Hierdurch sollte offenkundig (vgl. § 132 Abs. 2 GVG) den Besonderheiten der zu entscheidenden Einzelfälle (z.B. Möglichkeit einer schockartigen Ernüchterung nach Tatende) Rechnung getragen, keineswegs aber die aufgezeigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Frage gestellt werden. Hierzu bestünde angesichts der ihr zugrundeliegenden und seither auch nicht angezweifelte medizinischen Erfahrungssätze auch keine Veranlassung.

Es ist prinzipiell unmöglich, einer bestimmten Blutalkoholkonzentration für jeden Einzelfall gültige psychopathologische, neurologisch-körperliche Symptome oder Verhaltensauffälligkeiten zuzuordnen. Es existiert keine lineare Abhängigkeit der Symptomatik von der Blutalkoholkonzentration. Aus diesen Gründen **ist es prinzipiell unmöglich, allein aus der Blutalkoholkonzentration das Ausmaß einer alkoholisierungsbedingten Beeinträchtigung ableiten zu wollen.** Es wäre daher auch verfehlt, einem psychodiagnostischen Beweisanzeichen - etwa dem Leistungsverhalten vor, bei oder nach Tatbegehung - von vornherein mit Blick auf eine bestimmte Blutalkoholkonzentration oder mit Blick auf eine zum Erreichen höherer Blutalkoholwerte notwendigerweise bestehende Alkoholgewöhnung eine Aussagekraft zur Beurteilung der Schuldfähigkeit i.S.d. §§ 20, 21 StGB abzusprechen. [...]

(3) [22] **Für die Beurteilung der Schuldfähigkeit maßgeblich ist demnach eine Gesamtschau aller wesentlichen objektiven und subjektiven Umstände, die sich auf das Erscheinungsbild des Täters vor, während und nach der Tat beziehen.** Dabei kann die - regelmäßig deshalb zu bestimmende - Blutalkoholkonzentration ein je nach den Umständen des Einzelfalls sogar gewichtiges, aber keinesfalls allein maßgebliches Beweisanzeichen (Indiz) sein.

[23] **Welcher Beweiswert der Blutalkoholkonzentration (die weniger zur Auswirkung des Alkohols als lediglich zu dessen wirksam aufgenommenen Menge aussagt) im Verhältnis zu anderen psychodiagnostischen Beweisanzeichen beizumessen**

frühere Rechtsprechung: BGHSt 37, 233 ff.

zur Kritik an der früheren Rechtsprechung: BGH, NStZ 1996, 592; Joachim, NStZ 1996, 593; Kröber, NStZ 1996, 569

Initiative zur Änderung der Rechtsprechung: BGH, NStZ 1996, 592

neue Rechtsprechung: BGHSt 43, 66 ff.; BGH, NStZ-RR 2006, 72; NStZ 2005, 92; 2005, 329

zu den Tendenzen in der neuesten Rechtsprechung: Pfister, NStZ-RR 2012, 161

Zur Erforderlichkeit einer Gesamtschau: BGHSt 43, 66 ff.; BGH, NStZ-RR 2012, 260; NStZ 2005, 329

**ist, lässt sich nicht schematisch beantworten. Er ist umso geringer, je mehr sonstige aussagekräftige psychodiagnostische Kriterien zur Verfügung stehen.** So können die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls eine erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit bei Tatbegehung auch bei einer Blutalkoholkonzentration schon von unter 2 ‰ begründen, umgekehrt eine solche selbst bei errechneten Maximalwerten von über 3 ‰ auch ausschließen.

b) [24] Dies zugrunde gelegt zeigt die Revision keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

(1) [25] Die Strafkammer hat den aufgezeigten Maßstab beachtet und ausgehend von der von ihr bestimmten Blutalkoholkonzentration die Frage der Schuldfähigkeit in einer Gesamtschau aller Umstände beurteilt. [...]

(2) [28] Anhaltspunkte, die Strafkammer könnte bei der ihr obliegenden Gesamtwürdigung der zur Verfügung stehenden Indizien oder bei der Beurteilung der Erheblichkeit i.S.v. § 21 StGB den ihr zustehenden tatrichterlichen Beurteilungsspielraum überschritten haben, sind nicht ersichtlich. [...] **Die letzte Verantwortung für die Beurteilung der Schuldfähigkeit liegt beim Tatrichter.**

(3) [29] Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine der näher ausgeführten Erwägungen der Strafkammer ungeeignet wäre, zur Stützung des gefundenen Gesamtergebnisses zumal in einer Gesamtschau mit herangezogen zu werden.

[30] Namentlich bei größerer Alkoholaufnahme kommt der [...] Alkoholgewöhnung eine wichtige Bedeutung zu. Ohne Rechtsfehler hebt die Strafkammer neben anderen Beweiszeichen auch auf das [...] Fehlen erheblicher Ausfallerscheinungen ab. [...] Die Strafkammer durfte hier auch dem Umstand, dass der Angeklagte trotz erheblichen Alkoholkonsums insgesamt ‚sein Berufsleben ohne Einschränkungen unter Kontrolle‘ hatte, Bedeutung beimessen.“

Im Rahmen der insofern durchzuführenden Gesamtschau ist somit davon auszugehen, dass A trotz seiner erheblichen Alkoholisierung im Tatzeitpunkt noch voll schuldfähig war. §§ 20, 21 StGB finden somit keine Anwendung.

#### **IV. Ergebnis**

A ist strafbar gem. § 176 I StGB.

#### **FAZIT:**

Der BGH führt in der vorliegenden Entscheidung seine aktuelle Rechtsprechung – unter schöner Darstellung ihrer historischen Entwicklung – fort, dass eine Blutalkoholkonzentration (BAK) allenfalls ein Indiz für eine verminderte oder fehlende Schuldfähigkeit des Täters darstellt. Er betont, dass es keine fest stehenden Erfahrungssätze gibt, nach denen (selbst unter Berücksichtigung des Grundsatzes „in dubio pro reo“) ab einer bestimmten BAK vom Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 20, 21 StGB ausgegangen werden müsse.

Der BGH stellt auch klar, dass die Feststellung der Schuldfähigkeit des Angeklagten Sache des Tatrichters ist und deshalb in einer Revision nur eingeschränkt überprüfbar ist.

## Problem: Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe

BGH, BESCHLUSS VOM 12.06.2012  
3 STR 166/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### **EINLEITUNG:**

Der BGH hatte zu prüfen, ob die Angeklagte, die zwar an der Vorbereitung einer räuberischen Erpressung mitgewirkt, jedoch das Opfer nicht selbst bedroht hatte, wegen mittäterschaftlicher räuberischer Erpressung, §§ 253 I, 255, 25 II StGB, zu verurteilen war.

Der BGH folgt im vorliegenden Beschluss hinsichtlich der Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme seiner ständigen Rechtsprechung, dass diese anhand einer Gesamtwürdigung vorzunehmen ist und deshalb auch eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung für eine Mittäterschaft ausreichen kann.

§ 25 II StGB:

„Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter).“

§ 27 I StGB:

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

### **SACHVERHALT:**

Die Angeklagte A nahm in Umsetzung des mit M gefassten Tatplanes unter einem falschen Namen telefonisch mit G Kontakt auf, traf sich mit ihm und brachte ihn schließlich am späten Abend mit ihrem Fahrzeug zu dem abgelegenen Tatort. Dort stieg G aus. A fuhr weiter, stellte ihr Fahrzeug in einiger Entfernung ab und blieb in diesem sitzen. Nach dem Aussteigen des G nötigte M diesen unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für dessen Leib und Leben zur Übergabe von 9.000 €, ohne hierauf einen Anspruch gehabt zu haben.

Hat A sich wegen Beteiligung an Straftaten des 20. Abschnitts strafbar gemacht?

### **PRÜFUNGSSCHEMA: RÄUBERISCHE ERPRESSUNG, §§ 253 I, 255 STGB**

#### **I. Tatbestand**

1. Qualifiziertes Nötigungsmittel
2. Opferreaktion
3. Vermögensnachteil
4. Kausalität 1. – 2. und 2. – 3.
5. Vorsatz
6. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

#### **II. Rechtswidrigkeit**

#### **III. Schuld**

### **LÖSUNG:**

#### **A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 25 II StGB**

Dadurch, dass sie mit G Kontakt aufnahm und diesen zum Tatort fuhr, könnte A sich wegen mittäterschaftlichen Raubes gem. §§ 249 I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

#### **I. Tatbestand**

##### **1. Fremde bewegliche Sache**

Bei den erbeuteten Geldscheinen handelt es sich um für A fremde, bewegliche Sachen.

## 2. Wegnahme

Das Geld müsste dem G weggenommen worden sein.  
Wegnahme i.S.v. § 249 I StGB setzt – ebenso wie bei § 242 I StGB – den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus.

### a. Wegnahme durch K selbst

K selbst hat den ursprünglich bestehenden Gewahrsam des G an dem Geld nicht gebrochen.

### b. Wegnahme durch M, gem. § 25 II StGB zurechenbar

Es könnte jedoch eine Wegnahme durch M vorliegen, die G dann über § 25 II StGB zugerechnet werden könnte.

Dann müsste allerdings M das Geld dem G weggenommen haben. Das Vorliegen einer Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB richtet sich nach dem äußeren Erscheinungsbild des Geschehens. Im vorliegenden Fall hat M das Geld dem G nicht abgenommen, dieser hat es vielmehr dem M gegeben. Somit ist nach dem äußeren Erscheinungsbild keine Wegnahme gegeben. M hat das Geld nicht weggenommen, sodass A auch keine Wegnahme zugerechnet werden kann.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 25 II StGB.

### B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB

A könnte sich durch die Kontaktaufnahme und die gemeinsame Fahrt mit G zum Tatort wegen mittäterschaftlicher räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

### I. Tatbestand

Zunächst müsste eines der in § 255 StGB genannten qualifizierten Nötigungsmittel angewendet worden sein, also insb. Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben.

#### 1. Drohung durch A selbst

A selbst hat G nicht gedroht.

#### Drohung durch M, gem. § 25 II StGB zurechenbar

M hat G mit gegenwärtiger Gefahr für dessen Leib und Leben gedroht. Diese Drohung wäre A gem. § 25 II StGB zuzurechnen, wenn A Mittäterin des M wäre (und nicht nur Teilnehmerin an dessen Tat).

„b) [...] [5] Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, **handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Ob [...] Mittäterschaft anzunehmen ist, hat der Tatrichter aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller festgestellten Umstände zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu**, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen. **Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorberei-**

Die Rechtsprechung lässt als Opferreaktion i.R.v. §§ 253 I, 255 StGB jedes Handeln, Dulden und Unterlassen ausreichen. Deshalb sei der Raub im Ergebnis nur eine lex specialis zur räuberischen Erpressung und die Abgrenzung könne nach dem äußeren Erscheinungsbild erfolgen (BGHSt 41, 123, 125; BGH, NSTZ 2003, 604, 605)

Die Literatur verlangt als Opferreaktion für eine räuberische Erpressung – ebenso wie bei § 263 I StGB – eine Vermögensverfügung, während der Raub – ebenso wie § 242 I StGB – eine Wegnahme als Tathandlung erfordert. Deshalb stünden räuberische Erpressung und Raub – ebenso wie Betrug und Diebstahl – in einem Exklusivitätsverhältnis. Auch die Abgrenzung sei bei beiden Deliktsparen in gleicher Weise durchzuführen, nämlich nach der inneren Willensrichtung des Opfers (Lackner/Kühl, § 255 Rn. 2; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 255 Rn. 3, 31)

Zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Teilnahme: BGHSt 37, 289, 291; BGH, RA 2008, 717 = StV 2008, 575; StrFo 2012, 194; NSTZ 2009, 25; 2003, 253, 254

Nach der herrschenden Literatur ist die Täterschaft nicht über eine Gesamtbetrachtung zu ermitteln, sondern ausschließlich anhand des Kriteriums der Tatherrschaft (Rönnau, JuS 2007, 514; Zöller, JURA 2007, 305, 311)

**tungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt.** Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligenden als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Erschöpft sich demgegenüber die Mitwirkung nach seiner Vorstellung in einer bloßen Förderung fremden Handelns, so stellt seine Tatbeteiligung Beihilfe dar.

c) [6] Daran gemessen kann der Schuldspruch nicht bestehen bleiben. Das Urteil lässt nicht nur die hier zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe gebotene wertende Gesamtbetrachtung vermischen, sondern bereits Feststellungen dazu, ob und in welcher Ausprägung die Angeklagte ein eigenes Interesse an der Tat sowie - über ihren eigenen Tatbeitrag hinaus - Tatherrschaft oder wenigstens den Willen dazu hatte. Die Annahme der Jugendkammer, die Angeklagte sei Mittäterin, weil sie sich ‚wissentlich und willentlich an der Drohkulisse‘ beteiligt habe, machte die mit Blick auf den festgestellten untergeordneten Tatbeitrag der Angeklagten gebotene wertende Gesamtbetrachtung sowie die erforderliche Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nicht entbehrlich.“

Der Sachverhalt enthält keine Angaben zum eigenen Interesse der A am Erfolg der Tat (z.B. die Höhe eines ihr versprochenen Beuteanteils). Angesichts der Tatsache, dass sie lediglich untergeordnete, vorbereitende Handlungen vornahm und aufgrund ihrer fehlenden Anwesenheit am Tatort auch keine Tatherrschaft innehatte, ist davon auszugehen, dass A die Tat nicht selbst als Täterin begehen, sondern nur die Tat des M fördern wollte. A ist somit keine Mittäterin des M, sodass ihr dessen Drohung auch nicht zugerechnet werden kann.

## II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 253 I, 255, 25 II StGB.

### C. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 27 StGB

Dadurch, dass A den Kontakt mit G aufnahm und diesen zum Tatort fuhr, könnte sie sich jedoch wegen Beihilfe zur räuberischen Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 27 StGB strafbar gemacht haben.

#### I. Tatbestand

##### 1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

Als vorsätzliche rechtswidrige Haupttat für die Beihilfe der A kommt eine räuberische Erpressung durch M in Betracht.

##### a. Tatbestand

###### aa. Qualifiziertes Nötigungsmittel

M hat G mit gegenwärtiger Gefahr für dessen Leib und Leben gedroht und somit ein qualifiziertes Nötigungsmittel angewendet.

###### bb. Opferreaktion

G hat das Bargeld an M herausgegeben, also eine tatbestandliche Opferreaktion i.S.v. §§ 253 I, 255 StGB vorgenommen.

###### cc. Vermögensnachteil

G hat für den Verlust des Geldes kein Äquivalent erhalten. Somit hat er einen Vermögensnachteil erlitten.

###### dd. Kausalität aa. – bb. und bb. – cc.

Nach der Rechtsprechung kommt als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung jedes Handelns, Dulden oder Unterlassen in Betracht (BGHSt 42, 196, 199), nach h.Lit. ist eine Vermögensverfügung erforderlich (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 253 Rn. 8; Rengier, BT I, § 11 Rn. 10 ff.)

Die Drohung war kausal für die Opferreaktion und diese für den Vermögensnachteil.

**ee. Vorsatz**

M handelte auch vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatumstände.

**ff. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung**

M hatte die Absicht, die 9.000 € zu erlangen, sich also zu bereichern. Da er keinen Anspruch auf diese Bereicherung hatte, war sie rechtswidrig. Und da diese Bereicherung die Kehrseite des Schadens bei M darstellt, war sie auch stoffgleich. Da M bzgl. der Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit auch vorsätzlich handelte, ist bei ihm die Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gegeben.

**b. Rechtswidrigkeit**

M handelte auch rechtswidrig.

**2. Hilfeleisten**

Durch die Kontaktaufnahme und den Transport des Opfers zum Tatort hat A die räuberische Erpressung des M gefördert und diesem so Hilfe geleistet.

**3. Vorsatz**

A handelte mit dem erforderlichen sog. „doppelten Gehilfenvorsatz“ bzgl. der vorsätzlichen rechtswidrigen Haupttat und des eigenen Hilfeleistens.

**II. Rechtswidrigkeit**

A handelte rechtswidrig.

**III. Schuld**

A handelte auch schuldhaft.

**IV. Ergebnis**

A ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 27 StGB.

**FAZIT:**

Die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im vorliegenden Beschluss enthalten keine neuen Impulse. Der BGH macht vielmehr deutlich, dass er – in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung – diese Abgrenzung im Gegensatz zur herrschenden Literatur nicht lediglich über das Kriterium der sog. Tatherrschaft durchführen will, sondern den Willen des Täters für maßgeblich hält, sich als gleichberechtigter Partner in die Tatausführung miteinzugliedern (sog. Täterwille) und nicht nur bei einer fremden Tat Hilfe zu leisten. Ob ein solcher Täterwille vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung zu ermitteln. Bei dieser spielt die Tatherrschaft zwar auch eine Rolle, allerdings nur als eines von mehreren Indizien und nicht als allein maßgeblicher Faktor.

## Problem: Tateinheit und Rücktritt bei verschiedenen Opfern

BGH, URTEIL VOM 23.05.2012  
5 STR 54/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

### EINLEITUNG:

Der BGH befasst sich in diesem Urteil mit dem Problem, ob mehrere (versuchte) Tötungsdelikte, die sich gegen verschiedene Personen richten, eine Handlungs- und Tateinheit i.S.v. § 52 StGB darstellen können.

Der BGH betont, eine Tateinheit sei dann stets zu bilden, wenn eine Aufspaltung in selbstständige Einzeltaten wegen des engen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt wirke, und zwar auch dann, wenn sich die Taten gegen verschiedene Personen richten. Das Vorliegen eines Rücktritts sei jedoch für die verschiedenen Versuche (trotz Tateinheit) getrennt zu prüfen.

### SACHVERHALT:

Fa und K besichtigten vor dem Wohnhaus des K einen Unfallschaden an einem VW Phaeton. Sie standen am Fahrbahnrand an der Fahrerseite des Pkw, Fa bei der Motorhaube und K in der Mitte des Fahrzeugs. In diesem Augenblick stoppte ein schwarzer Geländewagen in Höhe des Phaeton. Der Angeklagte A saß auf der Rückbank hinter dem Fahrersitz. Gesteuert wurde das Fahrzeug von einem unbekanntem Mittäter. A gab durch das geöffnete Seitenfenster aus einer Entfernung von einem bis zwei Metern mit einer scharfen Waffe mehrere Schüsse auf die Zeugen ab. Er nahm dabei die Tötung von Fa und K zumindest billigend in Kauf.

Bei der Schussabgabe oder kurz davor sprang Fa in geduckter Haltung über die Motorhaube des Phaeton hinweg, lief eine Treppe zum tiefer gelegenen Eingang des Hauses hinunter und brachte sich so vor weiteren Schüssen in Sicherheit. K verblieb hingegen am Fahrzeug und duckte sich ab. Ein Schuss traf die Rückleuchte des Phaeton, ein weiterer schlug im Bereich der B-Säule ein. Verletzt wurde niemand.

A bemerkte, dass er nicht getroffen und dass sich K vor dem Geländewagen abgeduckt hatte. Trotz freier Schussbahn auf kurze Distanz sah er von weiteren Schüssen ab.

Hat A sich wegen (versuchten) Mordes strafbar gemacht?

### PRÜFUNGSSCHEMA: VERSUCHTER MORD, §§ 211, 22, 23 I StGB

- I. Vorprüfung
- II. Tatentschluss
  1. Bzgl. Tötung des Opfers
  2. Bzgl. Verwirklichung objektiver Mordmerkmale (§ 211 II 2. Gruppe StGB)
  3. Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale (§ 211 II 1. und 3. Gruppe StGB)
- III. Unmittelbares Ansetzen
- IV. Rechtswidrigkeit
- V. Schuld
- VI. Kein Rücktritt

§ 52 I StGB:

„Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt.“

**LÖSUNG:****A. Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K**

Durch die Schüsse könnte A sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des K strafbar gemacht haben.

**I. Vorprüfung**

Da K nicht gestorben ist, ist A nicht wegen vollendeten Mordes strafbar. Mord ist ein Verbrechen, §§ 211 I, 12 I StGB, sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

**II. Tatentschluss**

Der Tatentschluss beinhaltet den Willen zur Verwirklichung der objektiven Tatbestandsmerkmale sowie das Vorliegen der besonderen subjektiven Tatbestandsmerkmale.

**1. Bzgl. Tötung des K**

A hat den Tod des K billigend in Kauf genommen, hatte also Tatentschluss, diesen zu töten.

**2. Bzgl. Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals Heimtücke**

In der Literatur wird Heimtücke teilweise an engere Voraussetzungen geknüpft und insofern insb. ein besonders verwerflicher Vertrauensbruch gefordert (SK-Horn, § 211 Rn. 32; Krey, BT1, Rn. 58 f.; Otto, JR 1991, 383)

A hatte sich vorgestellt, dass K im Tatzeitpunkt nicht mit einem Angriff rechnen, also arglos sein würde. Auch dachte er, dass K infolge der Arglosigkeit nur eingeschränkte Verteidigungsmöglichkeiten haben und deshalb wehrlos sein würde. Dies wollte A in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzen und hatte deshalb Tatentschluss, K heimtückisch zu töten.

**3. Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale**

Da die Motive des A für den Tötungsversuch nicht geschildert werden, kann das Vorliegen subjektiver Mordmerkmale nicht festgestellt werden.

**III. Unmittelbares Ansetzen**

Spätestens mit der Abgabe der Schüsse hat A die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschritten und Handlungen vorgenommen, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollten, sodass das geschützte Rechtsgut – das Leben des K – nach der Vorstellung des A auch bereits konkret gefährdet war. A hat also i.S.v. § 22 StGB unmittelbar angesetzt.

**IV. Rechtswidrigkeit und Schuld**

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

**VI. Rücktritt**

A könnte jedoch strafbefreiend vom Mordversuch zurückgetreten sein.

Andere Theorien zum Fehlschlag eines (potenziell) mehraktigen Versuchs:

- nach der Einzelakttheorie ist der Versuch fehlgeschlagen, wenn der Täter eine aus seiner Sicht erfolgsgerechte Handlung vorgenommen und erkannt hat, dass diese nicht zum Erfolg führen wird (Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 19 f.).

**1. Kein fehlgeschlagener Versuch**

A dürfte nach Abgabe der Schüsse klar gewesen sein, dass er – auch wenn K sich abgeduckt hatte – weiterhin freie Schussbahn auf diesen hatte und deshalb weitere Schüsse hätte abgeben und somit die Tat mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln noch hätte vollenden können. Der Versuch war also nicht fehlgeschlagen und ein Rücktritt somit möglich.

## 2. Rücktrittsvoraussetzungen

Da es noch einen weiteren Mittäter gab (den Fahrer), sind an der Tat des A mehrere Personen beteiligt, sodass sich die Rücktrittsvoraussetzungen nach § 24 II StGB richten.

Dadurch, dass A keine weiteren Schüsse auf K abgegeben hat, hat er dessen Leben gerettet und so die Vollendung der Tat i.S.v. § 24 II 1 StGB verhindert. A handelte auch aus autonomen Motiven und somit freiwillig.

A ist somit vom Mordversuch an K gem. § 24 II 1 StGB strafbefreiend zurückgetreten.

- nach der Tatplantheorie liegt ein Fehlschlag vor, wenn der Täter alle ursprünglich geplanten Handlungen vorgenommen und erkannt hat, dass diese nicht zum Erfolg führen werden (LG Dessau, RA 2009, 786, 787)

## VII. Ergebnis

A ist nicht wegen versuchten Mordes an K strafbar.

### A. Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des Fa

Durch die Schüsse könnte A sich jedoch wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB, zum Nachteil des Fa strafbar gemacht haben.

#### I. Vorprüfung

Mangels Erfolgseintritts ist A nicht wegen vollendeten Mordes strafbar. Mordversuch ist strafbar (s.o.).

#### II. Tatentschluss

##### 1. Bzgl. Tötung des Fa

A hat den Tod des Fa billigend in Kauf genommen, sodass er auch Tatentschluss zu dessen Tötung hatte.

##### 2. Bzgl. Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals Heimtücke

A wollte die Arg- und Wehrlosigkeit des Fa in feindlicher Willensrichtung zur Tötung ausnutzen und diesen somit heimtückisch töten.

#### III. Unmittelbares Ansetzen

Mit Abgabe der Schüsse hat A zur Tötung des Fa unmittelbar angesetzt.

#### IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig.

#### V. Schuld

A handelte auch schuldhaft.

#### VI. Rücktritt

A könnte jedoch auch vom versuchten Mord an Fa zurückgetreten sein. Dann dürfte der Versuch jedoch nicht fehlgeschlagen sein.

„[6] Das Landgericht hat angenommen, dass der Angeklagte vom unbeendeten Versuch des Mordes an den Zeugen K und Fa strafbefreiend nach § 24 StGB zurückgetreten sei. Weil sich das Geschehen nicht in Einzeltaten aufgliedern lasse, sei der Sachverhalt auch im Rahmen des Rücktritts einheitlich zu beurteilen; es sei daher nicht möglich, im Hinblick auf K einen Rücktritt vom Versuch anzunehmen und im Hinblick auf Fa einen Rücktritt zu verneinen. [...]

[8] Nicht zu beanstanden ist [...] die Annahme natürlicher Handlungseinheit [durch das LG]. **Schießt der Täter – wie hier – inner-**

Zur Tateinheit bei (versuchter) Tötung verschiedener Personen: BGH, NStZ-RR 2001, 82

**halb weniger Sekunden ohne jegliche zeitliche Zäsur auf mehrere Personen, so ist trotz der Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter eine Tat anzunehmen; denn eine Aufspaltung in selbständige Einzeltaten erschiene wegen des engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt.** Jedoch hat die Jugendkammer verkannt, dass dann nicht etwa ein einheitliches (versuchtes) Tötungsdelikt, sondern mehrere tateinheitlich verwirklichte (versuchte) Tötungsdelikte gegeben sind. Es versteht sich von selbst, dass **die Voraussetzungen des Rücktritts nach § 24 StGB unter solchen Vorzeichen hinsichtlich jedes im Versuchsstadium stecken gebliebenen Tötungsverbrechens gesondert zu prüfen sind.**

Dem wird das angefochtene Urteil nicht gerecht. Zutreffend weist die Staatsanwaltschaft darauf hin, dass die Annahme eines [strafbefreienden Rücktritts] hinsichtlich des Zeugen K auf einer [...] nicht [...] fehlerhaften Würdigung beruht, nicht aber hinsichtlich des Zeugen Fa. Ausweislich der Urteilsfeststellungen hatte Fa Verdacht geschöpft, war im Augenblick der Schussabgabe oder kurz zuvor über die Motorhaube des Phaeton gesprungen und hatte sich im Eingangsbereich des Wohnhauses in Sicherheit gebracht, weswegen ihn der Angeklagte im Falle weiteren Schießens nicht mehr zu treffen vermochte. Damit war zwingend zu prüfen, ob hinsichtlich dieses Zeugen ein fehlgeschlagener Versuch gegeben ist, von dem der Angeklagte nicht mehr hätte zurücktreten können.“

Da sich Fa außerhalb des Schussfeldes des A in Sicherheit gebracht hatte ist davon auszugehen, dass A dachte, dass er nicht mehr die Möglichkeit habe, Fa mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu töten. Der Mordversuch an Fa ist somit fehlgeschlagen und ein Rücktritt des A hiervon deshalb ausgeschlossen.

## VII. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 211, 22, 23 I StGB.

### FAZIT:

Dass verschiedene Delikte eine Handlungs- und somit Tateinheit i.S.v. § 52 StGB bilden, wenn die Ausführungshandlungen so eng zusammenhängen, dass eine Aufspaltung in verschiedene Handlungen willkürlich und gekünstelt erscheinen würde, hatte der BGH eigentlich immer schon vertreten. In der vorliegenden Entscheidung stellt er lediglich ergänzend klar, dass diese Wertung unabhängig davon gilt, welche Delikte begangen wurden und welche Rechtsgüter betroffen sind. Deshalb ist die Bildung einer Tateinheit auch dann möglich, wenn Individualrechtsgüter (wie etwa Leib und Leben) verschiedener Personen betroffen sind.

Im Falle einer tateinheitlich versuchten Tötung verschiedener Personen liegen aber immer noch mehrere selbstständige Tötungsversuche vor (und nicht etwa nur ein einziger). Deshalb muss aber das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen ebenso wie die Möglichkeit eines strafbefreienden Rücktritts für jeden der Versuche getrennt geprüft werden.

## Speziell für Referendare

### Problem: Öffentlichkeitsausschluss bei Anklageverlesung

BGH, URTEIL VOM 21.06.2012  
4 STR 623/11 (NJW-SPEZIAL 2012, 505)

#### EINLEITUNG:

In dem vorliegenden Urteil musste sich der BGH mit einer Revision der Staatsanwaltschaft auseinandersetzen, in der insb. gerügt wurde, dass es unzulässig sei, über § 171b GVG die Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes von der Verhandlung auszuschließen.

Nach Auffassung des BGH steht § 171b III GVG der Zulässigkeit einer entsprechenden Rüge nicht entgegen. Die Revision wurde jedoch als unbegründet verworfen, da § 171b GVG es doch zulasse, die Öffentlichkeit von der Verlesung des Anklagesatzes auszuschließen.

#### SACHVERHALT:

In einem Verfahren wegen Vergewaltigung, § 177 StGB, hatte das Gericht in der Hauptverhandlung die Öffentlichkeit gem. § 171b GVG ausgeschlossen, und zwar bereits für die Verlesung des Anklagesatzes.

Der Angeklagte wurde zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Gegen das Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit einer Revision, mit der sie eine Verletzung des § 338 Nr. 6 StPO rügt.

Ist die Revision mit der Verfahrensrüge begründet?

#### LÖSUNG:

##### I. Zulässigkeit der Rüge

„[7] Die Regelung des § 171b Abs. 3 GVG i.V.m. § 336 Satz 2 StPO steht der erhobenen Rüge nicht entgegen. Gemäß § 171b Abs. 3 GVG unanfechtbar und daher gemäß § 336 Satz 2 StPO der revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogen ist die gerichtliche Entscheidung darüber, ob die in § 171b Abs. 1 Satz 1 GVG normierten tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Ausschluss der Öffentlichkeit im Einzelfall vorliegen. Damit **ist es dem Revisionsgericht verwehrt, die Begründung einer nach § 171b GVG ergangenen Entscheidung inhaltlich zu überprüfen**. Die Rüge der Staatsanwaltschaft zielt indessen nicht auf die Tragfähigkeit der von der Strafkammer für ihre Ausschließungsanordnung angeführten Gründe, sondern **stellt die generelle Befugnis für den Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes in Frage. Diese Beanstandung wird von § 171b Abs. 3 GVG nicht ausgeschlossen.**“

##### II. Vorliegen eines Verfahrensfehlers

„[8] Die Rüge ist unbegründet. Nach § 171b GVG darf die Öffentlichkeit auch während der Verlesung des Anklagesatzes von der Verhandlung ausgeschlossen werden.

[9] Die Vorschrift des § 171b GVG knüpft an den Begriff der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht in § 169 Satz 1 GVG an

#### § 171b GVG:

„(1) Die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden, soweit Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozeßbeteiligten, Zeugen oder [...] Verletzten zur Sprache kommen, deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, soweit nicht das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt. Dies gilt nicht, soweit die Personen, deren Lebensbereiche betroffen sind, in der Hauptverhandlung dem Ausschluss der Öffentlichkeit widersprechen. [...] (3) Die Entscheidungen nach den Absätzen 1 und 2 sind unanfechtbar.“

#### Leitsatz des BGH:

Nach § 171b GVG darf die Öffentlichkeit auch während der Verlesung des Anklagesatzes von der Verhandlung ausgeschlossen werden.

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

Zur Unanfechtbarkeit der Entscheidung gem. § 171b I GVG: BGH, StV 2007, 514

und lässt beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 171b Abs. 1 Satz 1 GVG einen Ausschluss der Öffentlichkeit für sämtliche Abschnitte der Hauptverhandlung zu. Die Ausschließungsbefugnis nach § 171b GVG reicht nicht weniger weit als bei den Ausschlussstatbeständen des § 171a GVG und § 172 GVG, für welche ausdrücklich normiert ist, dass die Öffentlichkeit für die (Haupt-)Verhandlung oder einen Teil davon ausgeschlossen werden kann. [...] Dafür, dass bei dem neu in das Gerichtsverfassungsgesetz aufgenommenen § 171b GVG - anders als bei § 172 GVG - bestimmte Verfahrensabschnitte der Hauptverhandlung von der Ausschließungsbefugnis ausgenommen sein sollten, bietet die Entstehungsgeschichte keinen Anhalt. **Das Gesetz enthält in § 173 GVG lediglich für die Urteilsverkündung eine besondere Regelung, wonach die Verlesung der Urteilsformel stets öffentlich zu erfolgen hat und der Ausschluss der Öffentlichkeit während der Eröffnung der Urteilsgründe einen besonderen Beschluss des Gerichts nach §§ 171b, 172 GVG erfordert.** Die eine Gegen Ausnahme zu den Ausschließungstatbeständen der §§ 171a, 171b und 172 GVG beinhaltende Bestimmung des § 173 GVG ist entgegen der Ansicht der Revision einer ausdehnenden, ihren Anwendungsbereich auf andere Verfahrensvorgänge erstreckenden Auslegung nicht zugänglich.

Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache (§ 243 Abs. 1 Satz 1 StPO) und umfasst nach § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO die Verlesung des Anklagesatzes. Die Verlesung ist ein Teil der Verhandlung, für den bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden darf. Auch bei der Verlesung des Anklagesatzes können Umstände aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozessbeteiligten, Zeugen oder durch eine rechtswidrige Tat Verletzten zur Sprache kommen, die einen Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 171b Abs. 1 Satz 1 GVG zu rechtfertigen vermögen, weil deren öffentliche Erörterung schutzwürdige Interessen verletzen würde, ohne dass das Interesse an der öffentlichen Erörterung dieser Umstände überwiegt. Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision weder aus dem Umstand, dass der Inhalt des Anklagesatzes auf einer vorläufigen Bewertung des Ermittlungsergebnisses durch die Staatsanwaltschaft beruht, noch aus der verfahrensrechtlichen Funktion des Anklagesatzes zur Umgrenzung und Konkretisierung des Verfahrensgegenstandes.“

Da der Ausschluss der Öffentlichkeit während der Verlesung des Anklagesatzes zulässig war, ist kein Verfahrensfehler und somit auch kein Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO gegeben. Die Revision ist also unbegründet.

#### FAZIT:

Bei GVG-Normen, die – wie §§ 171a, 172 GVG – ausdrücklich einen Ausschluss der Öffentlichkeit „in der Hauptverhandlung“ gestatten, ist anerkannt, dass der Begriff der Hauptverhandlung auch die Verlesung des Anklagesatzes umfasst. Denn diese ist gem. § 243 I 1, III 1 StPO Teil der Hauptverhandlung.

Insofern ist es keine große Überraschung, dass der BGH im vorliegenden Urteil auch im Rahmen von § 171b GVG den Ausschluss der Öffentlichkeit bei der Verlesung des Anklagesatzes für zulässig hält.

## Problem: Wegfall der Bindungswirkung der Verständigung

BGH, URTEIL VOM 21.06.2012  
4 STR 623/11 (NJW-SPEZIAL 2012, 505)

### EINLEITUNG:

In dem bereits (hinsichtlich des Umfangs des § 171b GVG) besprochenen Urteil stellte sich weiter die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Bindung des Gerichts an eine Verständigung, § 257c StPO, entfällt.

Der BGH stellt klar, dass die Zustimmung der Staatsanwaltschaft zur Verständigung, § 257c III 4 StPO, nicht widerrufen werden kann und der Wegfall der Bindungswirkung nach § 257c IV 1 StPO eine entsprechende Entscheidung des Gerichts voraussetzt.

### SACHVERHALT:

In einem Verfahren wegen Vergewaltigung, § 177 StGB, hatten Staatsanwaltschaft und Verteidigung einem Verständigungsvorschlag des Gerichts zugestimmt. In der folgenden Hauptverhandlung traten – insb. hinsichtlich des Tatverhaltens des Angeklagten und der Spätfolgen bei der Nebenklägerin – neue Umstände zutage. Die Staatsanwaltschaft ist der Auffassung, diese Umstände müssten der Strafkammer Anlass dazu geben, den der Verständigung zugrunde gelegten Strafrahmen zu verlassen. Deshalb widerruft sie ihre Zustimmung zur Verständigung.

Ist das Gericht an die Verständigung gebunden?

### LÖSUNG:

#### II. Bestehen einer Bindungswirkung

Eine wirksame Verständigung im Strafprozess – wie im vorliegenden Fall – entfaltet grundsätzlich eine Bindungswirkung des Gerichts hinsichtlich des in Aussicht gestellten Strafrahmens (vgl. § 257c IV 1 StPO).

#### I. Wegfall der Bindungswirkung

##### 1. Wegfall wegen Widerrufs der Zustimmung der Staatsanwaltschaft

Die Bindungswirkung der Verständigung könnte entfallen sein, weil die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung, die gem. § 257c III 4 StPO für eine wirksame Verständigung erforderlich ist, widerrufen hat.

„[13] Nach der Konzeption des § 257c StPO kommt eine Verständigung über das Ergebnis des Verfahrens durch einen Vorschlag des Gerichts und die Zustimmungserklärungen des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft zustande. Das Gericht gibt nach § 257c Abs. 3 Satz 1 StPO den Inhalt einer möglichen Verständigung bekannt und macht dabei regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch, gemäß § 257c Abs. 3 Satz 2 StPO eine Strafober- und Strafuntergrenze anzugeben. [...] Die Verständigung kommt gemäß § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO zustande, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag zustimmen. Die Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft ist als gestaltende Prozesserklä-

§ 257c StPO:

„(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. [...]

(3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. [...] Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen.

(4) Die Bindung des Gerichts an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. [...]“

Leitsätze des BGH:

1. Die Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft zu dem Verständigungsvorschlag des Gerichts ist als gestaltende Prozessklärung unanfechtbar und unwiderruflich.

2. Das Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung für das Gericht nach § 257 Abs. 4 Satz 1 StPO tritt nicht kraft Gesetzes ein, sondern erfordert eine dahingehende gerichtliche Entscheidung.

Zum Zustandekommen einer Verständigung: BGH, StV 2012, 134, 135; NSTZ 2011, 648

**rung unanfechtbar und unwiderruflich.** Die Staatsanwaltschaft hat [...] von sich aus keine Möglichkeit, die getroffene Verständigung mit der daraus resultierenden Bindungswirkung für das Gericht nachträglich zu Fall zu bringen.“

Ein Widerruf der Zustimmung lässt die Bindungswirkung nicht entfallen.

## 2. Wegfall wegen Unangemessenheit des Strafrahmens

Die Bindungswirkung könnte jedoch gem. § 257c IV 1 StPO entfallen sein, da der zugesicherte Strafrahmen angesichts der neuen Erkenntnisse in der Hauptverhandlung u.U. unangemessen wäre.

„[14] **Das Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung für das Gericht tritt ungeachtet des insoweit unklaren Wortlauts des § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO nicht kraft Gesetzes von selbst ein, sondern erfordert eine dahingehende gerichtliche Entscheidung.** [...] Um ein materiell-rechtlich richtiges und gerechtes Urteil zu gewährleisten, räumt § 257c Abs. 4 StPO dem Gericht die Befugnis ein, sich unter den in § 257c Abs. 4 Satz 1 und 2 StPO geregelten Voraussetzungen aus der Bindung durch die Verständigung zu lösen. **Das Abweichen von der Verständigung ist das Gegenstück zu dem gerichtlichen Verständigungsvorschlag** und stellt sich der Sache nach als Widerruf der zum Bestandteil der Verständigung gewordenen Strafrahmenzusage dar. **Dies macht eine entsprechende Entscheidung des Gerichts erforderlich.** Die Notwendigkeit einer gerichtlichen Entscheidung folgt zudem aus der Regelung des § 257c Abs. 4 Satz 1 StPO, die das Entfallen der Bindung an die Verständigung unter anderem davon abhängig macht, dass das Gericht wegen der veränderten Beurteilungsgrundlage zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Für die danach erforderliche Überzeugungsbildung bedarf es zwingend einer gerichtlichen Entscheidung. Die Entscheidung über das Abweichen von der Verständigung ist nach § 257c Abs. 4 Satz 4 StPO unverzüglich mitzuteilen, um dem Angeklagten und den weiteren Verfahrensbeteiligten - insbesondere mit Blick auf das mit dem Entfallen der Bindung des Gerichts an die Verständigung gemäß § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO verknüpfte Verwertungsverbot für ein im Zuge der Verständigung abgelegtes Geständnis des Angeklagten - die Möglichkeit zu geben, ihr Prozessverhalten auf die neue Verfahrenslage einzurichten.“

Sollten tatsächlich die neuen Erkenntnisse aus der Hauptverhandlung den in Aussicht gestellten Strafrahmen als unangemessen erscheinen lassen, so kann das Gericht also die Bindungswirkung der Verständigung aufheben. Dazu wäre aber eine ausdrückliche Entscheidung des Gerichts erforderlich, an der es (bisher) fehlt.

## III. Ergebnis

Das Gericht ist immer noch an die Verständigung gebunden.

### FAZIT:

Die beiden Wertungen, die der BGH im vorliegenden Urteil zu dem in Praxis und zweitem Examen sehr bedeutsamen Thema der Verständigung trifft, sind vor allem deshalb interessant, weil sie sich nicht unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergeben.

*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.

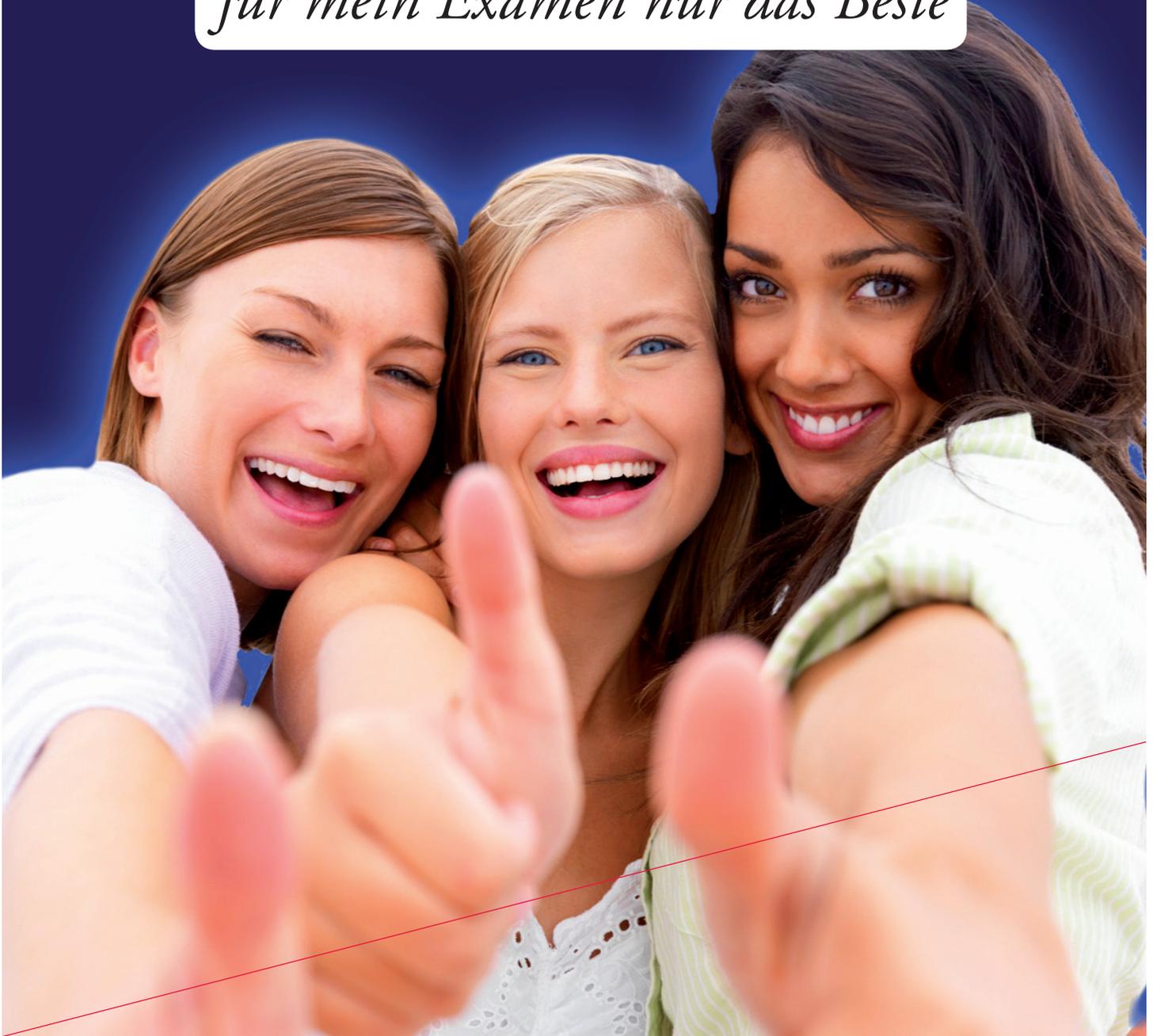
*Für mein Studium*

*nur das Beste*



*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.