

RA 10/2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Zur Eigenhaftung eines Angestellten aus Rechtscheinsgründen	545
Kostenerstattung für Ersatzvornahme im Werkvertragsrecht	549
Zum Zustandekommen eines Vertrages im öffentlichen Vergabeverfahren.....	553

Speziell für Referendare:

Zulässigkeit der gewillkürten Prozessstandschaft.....	558
-------------------------------------------------------	-----

ÖFFENTLICHES RECHT

Familienzuschlag für eingetragene Lebenspartner	561
Polizeiliche Aufforderung zur Löschung von digitalen Einsatzfotos	568
Wiederholende Auflage im Versammlungsrecht	573

Speziell für Referendare:

Hilfsweise eingelegte Berufung unzulässig.....	579
------------------------------------------------	-----

STRAFRECHT

Beihilfe zum Versuch trotz Vollendung der Haupttat.....	581
Schraubendreher als gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB	586
Vermögensnachteil bei § 266 I StGB.....	589

Speziell für Referendare:

Umfang und Grenzen des Beweisverwertungsverbots aus § 252 StPO	593
----------------------------------------------------------------------	-----

**DIE AKTUELLSTE
AUSBILDUNGS-
ZEITSCHRIFT**

Jetzt habe ich

gute Karten



DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN

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

KARTEIKARTEN



Der Kelch, der an uns vorüber ging

Zur Bologna-Reform im Hochschulwesen

Liebe Leserinnen und Leser,

wenn Deutsche eine Revolution machen und einen Bahnhof stürmen wollen, kaufen sie vorher eine Bahnsteigkarte. So ähnlich spottete einst Lenin. Was trifft, trifft auch zu. Die Geschichte unseres Landes kennt nur eine erfolgreiche Revolution, die den Namen verdient: Die Wende 1989. Geht es allerdings um Reformen, macht uns so schnell keiner etwas vor. Wir stellen Stühle im Kreis auf und palavern monatelang mit tiefem Ernst. Jeder darf mitreden, ob qualifiziert oder nicht. Als Ergebnis einigen sich alle Beteiligten auf die Reform, also auf eine Erneuerung, die das Bewährte bewahrt und das Kritikwürdige beseitigt. Weil dabei stets ein Kompromiss herauskommt, fühlt sich niemand als echter Gewinner, andererseits aber auch niemand als Verlierer, sieht man von denjenigen einmal ab, die an den politischen Rändern stehen. Eine Reform muss in Deutschland zwangsläufig scheitern, wenn sie nicht das Ergebnis dieses aufreibenden Prozesses ist, an dem die ganze Gesellschaft mit allen Interessengruppen beteiligt wird. Sie wird nicht angenommen, wenn sie stattdessen von oben verordnet wird.

So geschah es am 19. Juni 1999 in der oberitalienischen Stadt, die der Bologna-Reform ihren Namen verlieh. Die Bologna-Erklärung von den Regierungen 30 europäischer Staaten ohne Einbeziehung der Betroffenen, nämlich der Hochschulen und der Studierenden, unterzeichnet. Sie sollte einen Reformprozess in Gang setzen. Deshalb definierte sie nur ihre Kernziele, nämlich u.a.

- die Einführung verständlicher, gleicher Abschlüsse namens Bachelor und Master im europäischen Hochschulraum,
- die Einführung einer gestuften Studienstruktur und
- die Verbesserung der Mobilität der Studierenden und des Lehrpersonals.

Die Umsetzung der Ziele wurde dann den Hochschulen überlassen, allerdings ohne sie mit den nötigen finanziellen Mitteln auszustatten. 2002 wurde das Hochschulrahmengesetz geändert und der Reformprozess in Deutschland begonnen.

Zehn Jahre später ist es an der Zeit, Bilanz zu ziehen. Während sich die Politik lobt, sind die Betroffenen ganz und gar nicht zufrieden. So sieht der Präsident der Hochschulrektorenkonferenz (HRK) die zentralen Ziele der Reform als nicht erreicht an. Horst Hippler kritisiert, dass es Studenten heute keineswegs leichter falle, ins Ausland zu wechseln. Ferner genüge der Bachelor-Abschluss nicht den Anforderungen, welche die Wirtschaft an Hochschulabsolventen stelle: „Die Unternehmen brauchen Persönlichkeiten, nicht nur Absolventen. Da ist es sinnvoll, am Anfang mehr Zeit zu investieren und eine solche Persönlichkeit auszubilden. Hierzu gehört auch, dass Studenten über den Tellerrand des Fachs hinausschauen können. Der Jugendwahn ist an dieser Stelle vorbei.“ Studenten beklagen sich über die schwierige Anerkennung ihrer Leistungen im Ausland und über den straffen Zeitplan von sechs Semestern, der einen Wechsel ins Ausland erschwere. Nur bis zu 20% der Bachelorabsolventen gibt sich mit dem Abschluss zufrieden, der Rest strebt in den Masterstudiengang. Weil die Universitäten hierauf nicht vorbereitet waren und auch nicht die finanziellen Mittel haben, versuchen sie, den Zugang mit dem numerus clausus zu blockieren.

Man würde uns Juristen Triumphalismus vorwerfen, sprächen wir öffentlich aus, dass wir all dies vorhergesehen haben. Deshalb freuen wir uns im Stillen, dass der vergiftete Kelch mit Bologna-Wein an uns vorüber ging und nun von anderen geleert werden muss. Juristen aus allen politi-

schen Lagern, allen Berufsverbänden, Anwaltskammern und Hochschulen haben sich von Anfang an gegen die Hinterzimmergeburt Bologna-Reform gewehrt. Mit Recht. Wir Juristen wissen, dass unser berufsqualifizierender Abschluss „Assessorexamen“ lebenslange berufliche Flexibilität garantiert. Auch im fortgeschrittenen Alter kann der Jurist sich aufgrund seiner fundierten wissenschaftlichen und zugleich praxisbezogenen Ausbildung in neue Aufgabengebiete einarbeiten. Die Möglichkeit, sich als Anwalt niederzulassen, macht ihn gegenüber Arbeitgebern weniger erpressbar.

Weil man aber nicht gänzlich abseits stehen wollte, beschloss die Justizministerkonferenz (JuMinKo) 2011 immerhin, dass es zwar bei den Staatsexamina bleibe, die Universitäten aber die Freiheit haben sollen, eigene Bachelor- und Masterabschlüsse zusätzlich und ergänzend einzuführen. Diese Freiheit wird von Universitäten auch immer stärker genutzt. Die Bologna Reform ist keine Reform, denn sie hat das Bewährte nicht bewahrt. Sie hat z.B. den weltweit anerkannten Abschluss des deutschen Diplom-Ingenieurs blind geopfert. Sie verdient den Namen Reform nicht, weil sie Kritikwürdiges nicht beseitigt, sondern verschlimmbessert hat. Sie hat den Zauber des Studiums vernichtet, eine kurze Zeit des Lebens, seinen Neigungen und Interessen nachzugehen, um zur Persönlichkeit zu reifen. Sie ist in Wirklichkeit ein revolutionärer Prozess. Kein Wunder, dass Beifall nur aus jenen geisteswissenschaftlichen Fakultäten kommt, die nun zum ersten Mal überhaupt eine Struktur im Studium vorfinden.

Rechtsanwalt Oliver Soltner
Franchisenehmer von Jura Intensiv
Frankfurt, Gießen, Heidelberg, Mainz, Mannheim und Marburg

IMPRESSUM

HERAUSGEBERIN:	JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545 Internet: http://www.jura-intensiv.de - E-Mail: ra@jura-intensiv.de
CHEFREDAKTION: REDAKTEURE:	Rechtsanwalt Frank D. Schildheuer (zugleich Öffentliches Recht) Rechtsanwalt Wolfgang Schmidt & Alicia Rückert (Zivilrecht) Rechtsanwalt Uwe Schumacher (Strafrecht)
ABONNEMENT:	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 http://www.jura-intensiv.de und/oder wird auf Wunsch zugeschickt.
PROBEHEFT:	Einmalige Anforderung eines Probeheftes unter der o.g. Adresse der Herausgeberin ist jederzeit formlos und ohne weitere Verpflichtung möglich.
BEZUGSPREIS:	Regulär 6,00 Euro/Heft. Ermäßigungen für Abonnenten s.o.
ERSCHEINEN:	Monatlich, 12 Hefte pro Jahr.
NACHBESTELLUNG:	Einzelne Hefte können zum Preis von 6,00 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.
WERBUNG:	Die RA steht externer Werbung offen. Mediadaten und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

Zivilrecht

Problem: Rechtsscheinhaftung eines Angestellten

BGH, URTEIL VOM 31.07.2012
X ZR 154/11 (IBR 2012 3521)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall verurteilte der BGH den Angestellten eines Reiseunternehmens zur Erfüllung vertraglicher Ansprüche. Zwar gilt er nicht gleich als Vertragspartner, obwohl er nach außen als Mitunternehmer erscheint. Dennoch kann ein Auftreten wie im vorliegenden Fall zu einer Haftung aus Rechtsscheinsgründen führen.

Der Senat betont bei der Prüfung einer solchen jedoch, dass sich der gesetzte Rechtsschein zwingend auf spätere Vertragsentscheidungen des darauf Vertrauenden ausgewirkt haben muss. Dabei ist also der Zeitpunkt des Vertragsschlusses herauszustellen und damit Angebot und Annahme genau zu bezeichnen.

Im Ergebnis musste sich hier der Angestellte so behandeln lassen, als wäre der Reisevertrag auch mit ihm zustande gekommen.

SACHVERHALT:

Der Kläger (K) buchte für sich und seine Frau (F) bei einem Reiseunternehmen für die Zeit vom 21.12.2009 bis 16.01.2010 ein Wohnmobil für einen Urlaub in Argentinien als „Einwegmiete“ von Bariloche nach Ushuania. Außerdem buchte er im Anschluss daran bei demselben Unternehmen eine Schiffsreise für die Dauer von einer Woche. Inhaber des Unternehmens war U. Am 25. Juli 2009 erhielt K für die Wohnmobilmiete eine „Rechnung/Bestätigung“. Diese wies mit einer maschinell geschriebenen Unterschriftenzeile die Namen des U und seinem Angestellten B aus. Der Reisepreis in Höhe von rund 3500 € enthielt wegen des vom Übergabeort abweichenden Rückgabeort einen Rechnungsposten in Höhe von 650 €. Dieser Posten sollte jedoch an K zurückgezahlt werden, wenn das Wohnmobil am Rückgabeort direkt weiter vermietet werden konnte. In diesem Schreiben wurde K außerdem eine Zusatzhaftpflichtversicherung empfohlen. Ein darauf entfallender Betrag war bereits in den Gesamtpreis eingerechnet. Es war K jedoch freigestellt, diese Position vom Rechnungsbetrag abzuziehen, wenn er die Versicherung nicht wünsche.

Das Wohnmobil konnte sofort nach Rückgabe weiter vermietet werden. K verlangt nun die Rückzahlung der 650 €. Da gegen U bereits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, macht er diesen Anspruch gegen B geltend.

Frage 1) Steht K der Anspruch auf Rückzahlung gegen B zu?

Frage 2) Kann auch F die Ansprüche aus Vertrag geltend machen?

PRÜFUNGSSCHEMA:

Frage 1: Anspruch des K gegen B aus Reisevertrag

I. Vertragsschluss

II. Haftung des B aus Rechtsscheinsgründen

III. Ergebnis

Frage 2: Ansprüche der F

LÖSUNG:**Frage 1: Anspruch des K gegen B auf Rückzahlung der 650 € aus der Rückzahlungsvereinbarung i.V.m § 651a BGB**

K könnte gegen B einen Anspruch der 650 € aus der Rückzahlungsvereinbarung i.V.m § 651 a BGB haben.

I. Vertragsschluss

Hierfür müsste zunächst ein Vertrag mit einer solchen Regelung geschlossen worden sein.

Unstreitig einigten sich K und U über einen Vertrag über die Miete eines Wohnmobils sowie die anschließende Schiffsreise. Diese Schiffsreise gehört zu dem speziellen Reiseangebot des U und stellt damit eine im Zusammenhang stehende zweite Reiseleistung dar. Hier liegt also ein Reisevertrag im Sinne des § 651a BGB vor.

Fraglich ist jedoch, ob auch B Vertragspartner des K geworden ist, obwohl er lediglich Angestellter des U war. Zur Klärung dieser Frage muss herausgestellt werden, was von beiden Parteien grundsätzlich gewollt ist.

Ständige Rechtsprechung des BGH, u.a. in: BGH, NJW 2008, 1214

„[10] Bei unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften geht der Wille der Beteiligten im Zweifel dahin, dass der Inhaber des Unternehmens, in dessen Tätigkeitsbereich das rechtsgeschäftliche Handeln fällt, und nicht der für das Unternehmen Handelnde der Vertragspartner werden soll. Damit wird bezweckt, dass - abgesehen von dem hier nicht einschlägigen Fall einer an das Unternehmen zu leistenden vertragscharakteristischen Leistung - für die Erfüllung einer vertraglichen, insbesondere einer vertragscharakteristischen Leistung der Rechtsträger des Unternehmens verpflichtet wird, der aufgrund der zu ihm gehörenden Vermögensgüter und seiner sonstigen vertraglichen Beziehungen die hinreichenden Mittel und Möglichkeiten hat, um diese Leistung erfüllen zu können. Die Erfüllung des Vertrags soll nicht daran scheitern, dass der Vertrag eine Person verpflichtet, der diese Mittel und Möglichkeiten fehlen. Weiterhin bezweckt dieser Auslegungsgrundsatz, jemanden, der als Stellvertreter handeln wollte, vor einer Verpflichtung als Vertragspartner zu bewahren, wenn er seine Vertreterstellung nicht ausdrücklich hervorgehoben hat, der Unternehmensbezug des Rechtsgeschäfts aber hinreichend deutlich zu erkennen war.“

Demnach konnte hier allein U Vertragspartner werden, weil die vereinbarten Leistungen von seinem Unternehmen erbracht werden sollten.

II. Haftung des B aus Rechtsscheinsgründen

B könnte jedoch für die vertraglichen Verpflichtungen des U haften, wenn er einen diese Haftung begründenden Rechtsschein gesetzt hat. Dann müsste er sich so behandeln lassen, als wäre der Reisevertrag auch mit ihm zustande gekommen.

„[12] Dem Auslegungsgrundsatz zur personellen Zuordnung unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte steht indessen eine Haftung aus Rechtsscheinsgründen nicht entgegen. Die zusätzliche Haftung dessen, der selbst einen Rechtsschein für die Stellung als Vertragspartner gesetzt hat oder für den ein solcher, ihm zuzurech-

nender Rechtsschein gesetzt wurde, mindert nicht die Erfüllbarkeit einer vom Rechtsgeschäft vorgesehenen Leistung, weil das hierfür vorgesehene Unternehmen als Vertragspartner verpflichtet bleibt. In diesen Fällen kann der kraft Rechtsschein Verpflichtete sich nicht darauf berufen, dass ein in Wahrheit als Vertreter Handelnder bei unternehmensbezogenen Rechtsgeschäften vor einer Verpflichtung als Vertragspartner geschützt werden soll, denn dieser Schutz soll ihm nicht erlauben, einen von den tatsächlichen Verhältnissen abweichenden Rechtsschein zu erwecken.“

Mit dem Schreiben vom 25.07.2009 hat B den Rechtsschein gesetzt, er hafte gesamtschuldnerisch neben U, indem in diesem auch der Name des B als Unterzeichner enthalten war. Für einen objektiven Empfänger stellt sich der Sachverhalt also so dar. Dies ist B auch zurechenbar, da es an ihm gelegen hätte, potentielle Kunden darüber aufzuklären, dass er lediglich als Angestellter des U auftritt.

Die Rechtsscheinhaftung für die Erfüllung vertraglicher Ansprüche setzt aber grundsätzlich erst ein, wenn der Vertrag infolge von Entschließungen des auf diesen Rechtsschein Vertrauenden vollzogen, insbesondere geschlossen wurde. K muss also nach dem Schreiben, das den Rechtsschein setzte, noch vertragliche Erklärungen abgegeben hat, die für den Vertragsschluss von Bedeutung waren.

Fraglich ist also, ob die „**Rechnung/Bestätigung**“ **lediglich eine Vertragsannahme oder ein Angebot zum Vertragsschluss** darstellte.

Es enthielt wesentliche Elemente wie den Abschluss einer Zusatzhaftpflichtversicherung, die erst zu diesem Zeitpunkt neu hinzugekommen waren. Damit kann es als neues Vertragsangebot gewertet werden.

„[24] Selbst wenn die Buchung nicht nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebots, sondern für sich genommen bereits alle erforderlichen Elemente für ein verbindliches Vertragsangebot enthielt, ist ein solches mit dem Schreiben vom 25. Juli 2009 nicht schlicht angenommen, sondern mit Abweichungen oder Ergänzungen versehen worden. Dies war ein neues Vertragsangebot, das wiederum der Annahme bedurfte (§ 150 Abs. 2 BGB).“

Dieses Angebot wurde von K daraufhin konkludent durch die Zahlung des Reisepreises angenommen. Der Vertragsschluss beruhte somit auch auf dem Rechtsschein dieses Schreibens, womit B aus Rechtsscheinsgründen für die Verbindlichkeiten des U aus dem vorliegenden Reisevertrag haftet.

III. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten 650 € aus dem Reisevertrag.

Frage 2:

F kann die Ansprüche aus Vertrag nicht geltend machen. Denn auf Seiten des Reisenden ist allein K Vertragspartner geworden. Damit ist er auch alleiniger Gläubiger der von B zu erfüllenden vertraglichen Ansprüche.

Ob ein Rechtsschein durch eine Erklärung gesetzt wurde, ist durch Auslegung dieser gemäß §§ 133, 157 BGB zu ermitteln.

Dieser vertragliche Anspruch geht einem möglichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung vor.

Vgl. dazu: Führich, Reiserecht, 6. Auflage, § 5 Rn. 117)

„[27]Zwar kann bei Reisebuchungen wie beispielsweise solchen mit Hotelunterkünften und Flugreisen ein Interesse der buchenden Person erkennbar werden, die vertragliche Erklärung nicht allein im eigenen Namen, sondern auch im Namen der weiteren Reisetilnehmer abgeben zu wollen. Diese Erwägung kann insbesondere dann relevant werden, wenn für diese Reisetilnehmer nicht aufgrund einer Namensgleichheit von einem Familienzusammenhang oder aus anderen Gründen von einem Näheverhältnis auszugehen ist.

[28] Der Streitfall bezieht sich indessen im Wesentlichen auf die Miete eines Wohnmobils, das nicht nur als Unterkunft für die Reisenden, sondern vor allem auch als ein von den Reisenden zu steuerndes Kraftfahrzeug dienen soll. **Bei Fahrzeugmieten besteht regelmäßig kein Interesse der Vertragsparteien, Mitfahrer als Vertragspartner in den Vertrag einzubeziehen.**“

FAZIT:

Die Rechtsscheinhaftung ist ein beliebtes Thema in Examensklausuren. In einer Konstellation wie dieser bei unternehmensbezogenen Geschäften erscheint sie besonders interessant.

Denn hier steht der Auslegungsgrundsatz, dass der für ein Unternehmen Handelnde nicht Vertragspartner werden soll, um die Erfüllung des Vertrages zu gewährleisten, dem gegenüber, dass derjenige, der einen Rechtsschein setzt, für sein Verhalten auch haften soll. Der BGH entscheidet hier mit der richtigen Begründung für eine Haftung aus Rechtsscheinsgründen, da sie vorliegend dem Schutz des Vertragspartners nicht entgegensteht, sondern ihn sogar noch erweitert.

Problem: Kosten der Ersatzvornahme

OLG STUTTGART, URTEIL VOM 25.09.2012
10 U 34/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Das Werkvertragsrecht sieht im Falle der Lieferung eines mangelhaften Werkes einen Nacherfüllungsanspruch des Auftraggebers gegen den Unternehmer vor. Kommt der Unternehmer diesem Begehren in der gesetzten Frist jedoch nicht nach, so bleibt dem Auftraggeber nur die Selbstvornahme, das heißt er muss dem Mangel zunächst selbst beseitigen oder beseitigen lassen. Selbstverständlich kann er dann aber die dafür angefallenen Kosten zurück verlangen. Somit soll sichergestellt werden, dass der Auftraggeber nicht abwarten muss, bis der Unternehmer durch Urteil zur Nacherfüllung verpflichtet wird.

Das OLG Stuttgart hatte nun in einem Fall zu entscheiden, in dem für die Reparatur eines Werkes zwei alternative Methoden zur Verfügung standen, der Auftraggeber dabei jedoch die kostenintensivere wählte. Im Ergebnis bleibt der Anspruch trotzdem im vollen Umfang bestehen.

SACHVERHALT:

Am 11.04.2002 schlossen die Beklagte (B) als Generalunternehmerin und die Klägerin (K) einen Vertrag über den Bau eines Mehrfamilienhauses mit Aufzuganlage. Bei Abschluss dieses Vertrages sollte die VOB/B 2000 einbezogen werden. Für diesen Aufzug verwendete B ein Getriebe der Firma G. Die gesamten Arbeiten der B wurden am 30.10.2003 von K abgenommen.

Im Jahr 2008 trat dann jedoch die WEG an K heran, mit der Mitteilung, es habe in letzter Zeit in anderen Wohnhäusern vermehrt Schadensfälle stattgefunden, die auf das auch bei K eingebaute Getriebe zurück zu führen seien. Die Sicherheit der Anlage sei damit zu rügen. Um die Bewohner ihres Hauses nicht in Gefahr zu bringen, forderte K die B am 12.08.2008 sofort auf, den Aufzug bis zum 09.09.2008 nachzurüsten. Da auch die Firma G von den Vorfällen erfuhr, wies sie K auf die Möglichkeit hin, die Betriebssicherheit der Anlage mittels einer Doppelverstiftung wieder zu erlangen und legte ihr zugleich ein Angebot für diese Arbeiten vor. Da B jedoch auf das Schreiben der K nicht reagierte, ließ sich diese zu Beginn des Jahres 2009 ausführlich beraten und letztlich das Aufzugsgetriebe austauschen. Dabei entstanden ihr Kosten in Höhe von ca. 27000 €. Diese verlangt K nun von B ersetzt.

B hält dem jedoch entgegen, dass der nach der Reparatur neu erstellte Bericht des Gutachters ergab, der Aufzug hätte den üblichen Belastungen Stand gehalten. Ein Austausch des Getriebes sei damit gar nicht erforderlich gewesen.

Hat K den geltend gemachten Anspruch gegen B?

PRÜFUNGSSCHEMA:

- A. Anspruch der K gegen B auf Kostenerstattung aus § 637 I BGB
 - I. Werkvertrag
 - II. Mangel
 - III. Berechtigung zur Selbstvornahme
 - 1. Nacherfüllungsanspruch der K

2. Erfolgreicher Ablauf der gesetzten Frist
 3. Erforderlichkeit der getätigten Selbstvornahme
- B. Ergebnis

LÖSUNG:

A. Anspruch der K gegen B auf Kostenerstattung aus § 637 I BGB

K könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz der getätigten Aufwendungen aus § 637 I BGB haben.

I. Werkvertrag

Hierfür müssten die Parteien zunächst einen wirksamen Werkvertrag geschlossen haben. B und K einigten sich am 11.04.2002 über den Bau eines Mehrfamilienhauses für K, womit sie einen Werkvertrag schlossen. Zum Vertragsgegenstand wurden, wie vereinbart, die Regelungen der VOB/B sowie die allgemein anerkannten Regeln der Technik.

II. Mangel

Das Werk müsste weiterhin mangelhaft gewesen sein.

„[34] Die Leistung eines Unternehmers ist gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B nur vertragsgerecht, wenn sein Werk den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Da es sich bei diesen Regeln um ein auf Erfahrungen, Entwicklungsarbeiten und Zuverlässigkeitsprüfungen basierendes Regelwerk handelt, ist seine Beachtung grundsätzlich geeignet, Vertrauen in die Zuverlässigkeit und Sicherheit des Werks zu begründen. Ein Werk kann jedoch, auch wenn bei seiner Erstellung diese Regeln beachtet und umgesetzt worden sind, mangelhaft sein, denn **der Unternehmer schuldet** gemäß § 13 Nr. 1 VOB/B **zudem ein Werk, das die von den Vertragsparteien vereinbarte Beschaffenheit hat oder, sollte eine derartige Vereinbarung nicht getroffen worden sein, für die gewöhnliche bzw. nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung geeignet ist und die für derartige Werke übliche Beschaffenheit aufweist.**“

Die von B eingebaute Aufzugsanlage wurde von K ohne Probleme in Betrieb genommen. Auch zum Zeitpunkt des Austauschs konnte der Aufzug genutzt werden, womit er eigentlich für die vorausgesetzte Verwendung geeignet ist.

Jedoch ist zu beachten, dass der Gebrauch des Aufzugs nach den vermehrten Schadensfällen an Maschinen gleicher Bauart besonders risikobehaftet war. Dies reicht für die Annahme eines Mangels bereits aus.

Siehe dazu: BGH, Urteil vom 21.04.2011, VII ZR 130/10

„[35] Die **Mangelfreiheit des Werks kann demnach nur angenommen werden, wenn aufgrund seiner Beschaffenheit die dauerhafte Nutzung gewährleistet ist**, wobei für die Annahme eines Mangels bereits ein auf konkrete Tatsachen gestützter Gefahrenverdacht ausreicht, der vorliegt, wenn der Gebrauch des Werks risikobehaftet oder ungewiss ist. **Ein Zuwarten bis zur Realisierung des mit der Mangelhaftigkeit einhergehenden Risikos ist also dem Auftraggeber nicht zumutbar.**“

Demnach war die Aufzugsanlage mangelhaft.

III. Berechtigung zur Selbstvornahme

K müsste zur Selbstvornahme jedoch auch berechtigt gewesen sein.

1. Nacherfüllungsanspruch

Dafür müsste K zunächst einen Nacherfüllungsanspruch gemäß § 634 Nr. 1 BGB gehabt haben. Dieser war wegen der Mangelhaftigkeit grundsätzlich gegeben. Er wurde durch die erfolgte Abnahme gemäß § 640 II BGB auch nicht ausgeschlossen, da es sich bei dem Mangel am Getriebe nicht um einen offensichtlichen Mangel handelte.

2. Erfolgloser Ablauf einer gesetzten Frist

Außerdem forderte K die B bereits am 12.08.2008 dazu auf, die Aufzugsanlage bis zum 09.09.2008 nachzurüsten. Damit hat die B eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt. B kam diesem Begehren jedoch nicht nach.

3. Erforderlichkeit der getätigten Selbstvornahme

Des Weiteren müsste die Selbstvornahme auch erforderlich gewesen sein. Grundsätzlich war eine Reparatur des Aufzugs notwendig, um die Sicherheit der Nutzer sicher zu stellen.

Fraglich ist jedoch, ob K zum Beispiel das Angebot der Firma G hätte annehmen müssen, um den Aufwand und die Kosten der Reparatur möglichst gering zu halten.

„[52] Für den Umfang der Mangelbeseitigung und damit auch für die Bemessung der erstattungsfähigen Aufwendungen im Rahmen der Selbstvornahme sind im Grundsatz die Aufwendungen maßgebend, die für die ordnungsgemäße Herstellung des vom Auftragnehmer vertraglich geschuldeten Werkes erforderlich sind. **Abzustellen ist damit auf den Aufwand, den der Besteller bei verständiger Würdigung im Zeitpunkt der Mängelbeseitigung als vernünftiger, wirtschaftlich denkender Bauherr aufgrund sachkundiger Beratung oder Feststellung für erforderlich halten durfte und konnte. Dabei ist der Auftraggeber berechtigt, unter mehreren Maßnahmen die sicherste zu wählen.**“

Der Auftraggeber ist berechtigt, zu entscheiden, welche die sicherste Methode zur Reparatur ist. Das damit verbundene Risiko trägt der Auftragnehmer.

Da K sich vor den Arbeiten hat beraten lassen, durfte sie also darauf vertrauen, dass die gewählte Methode die sicherste in der konkreten Situation war. Außerdem ist zu beachten, dass B hier ihre Pflicht zur Nachbesserung versäumt hat.

„[53] Das mit dieser Beurteilung verbundene Risiko trägt der Auftragnehmer. Hat der Auftraggeber sich also bei der Nachbesserung sachverständig ausreichend beraten lassen, so kann er Ersatz seiner Aufwendungen auch dann verlangen, wenn sich später herausstellt, dass die von ihm durchgeführte Sanierung zu aufwendig war und eine preiswertere Möglichkeit bestanden hätte.“

„[54] Des Weiteren ist der Auftraggeber bei der Beurteilung, welche Maßnahme zu welchen Preisen möglich und zumutbar ist, **nicht gehalten, im Interesse des säumigen und nachbesserungsunwilligen Auftragnehmers besondere Anstrengungen zu unternehmen, um den preisgünstigsten Drittunternehmer zu finden.** Er darf vielmehr grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Preis des von ihm beauftragten Drittunternehmers angemessen ist.“

Damit war die K nicht dazu verpflichtet, das Angebot der alternativen Reparaturmethode anzunehmen und somit auch zur Selbstvornahme berechtigt.

B. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Rückerstattung der Kosten für die Selbstvornahme gemäß § 637 I BGB.

FAZIT:

Die Selbstvornahme birgt einige wichtige, examensrelevante Fragestellungen. Neben der eigenmächtigen Selbstvornahme können sich wie vorliegend auch Fragen hinsichtlich des Umfangs des Kostenerstattungsanspruchs ergeben. Das OLG urteilte hier konsequent mit Blick auf den Sinn und Zweck des Anspruchs aus § 637 BGB. Denn entsteht ein solcher Anspruch, so liegt dies immer an dem Säumnis des Unternehmers. Er soll dann eben auch dafür einstehen müssen, dass sein Vertragspartner – natürlich nach ausführlicher Beratung – einen kostenintensiven Weg wählt, um die Reparatur selbst vornehmen zu lassen.

Da es sich vorliegend um keine unangemessenen Kosten handelt, steht K ein vollständiger Erstattungsanspruch zu.

Problem: Zuschlag als Angebot im Vergabeverfahren

BGH, URTEIL VOM 06.09.2012
VII ZR 193/10 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Die Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt in der Regel durch Annahme eines Angebots nach öffentlicher Ausschreibung. Die öffentliche Ausschreibung richtet sich dabei an eine Vielzahl privater Unternehmen, die alle zur Abgabe eines Angebots berechtigt sind. Erteilt der Auftraggeber einem Unternehmer dann den Zuschlag, so kommt in der Regel ein Vertrag zu den im Angebot genannten Bedingungen zustande. Nachverhandlungen sind dabei nicht vorgesehen.

Genau dieser Grundsatz ist bei der Auslegung einer Willenserklärung des Auftraggebers zu beachten.

Der BGH hatte vorliegend dennoch über einen Fall zu entscheiden, indem die Antwort des Auftraggebers auf ein Angebot nicht als Annahme, sondern als modifiziertes Angebot gelten sollte. Er entschied, dass eine solche Auslegung der Willenserklärung in Ausnahmefällen wie diesem zulässig ist.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (K) unterbreitete der Beklagten (B) am 17.11.2004 nach öffentlicher Ausschreibung des Neubaus der Bundesstraße 101 ein Vertragsangebot mit einer Vergütungssumme von rund 7.000.000 €. Die Arbeiten sollten frühestens 14 Tage nach Zuschlagserteilung begonnen werden und spätestens am 31.05.2006 beendet sein. Die Zuschlagsfrist wurde mehrmals einvernehmlich bis zum 15.06.2005 verlängert. An diesem Tag erteilte B „auf Basis des Vertragsangebots“ der K einen Auftrag zu einer Auftragssumme von ca. 6.500.000 €. Die geänderte Auftragssumme resultiert unter anderem daraus, dass verschiedene Positionen der ausgeschriebenen und angebotenen Leistungen nicht zur Ausführung kommen und eine Position gesondert beauftragt werden sollte. Das Auftragschreiben hatte weiterhin folgenden Inhalt:

„Da sich der Beginn der Ausführung nunmehr um 3,5 Monate verschiebt, werden unter Hinweis auf § 6 Nr. 2 und Nr. 4 VOB/B und in Abweichung von Ziffer 2.3 der dem Angebot zugrundeliegenden besonderen Vertragsbedingungen folgende Termine Vertragsbestandteil: Gesamtfertigstellung der Baumaßnahme: 15.9.2006.“

B forderte K darin weiterhin auf, umgehend die Zweitschrift des Auftragschreibens mit ihrer Annahmestätigung zurückzusenden. Dem kam die Klägerin mit Schreiben vom 24. Juni 2005 nach.

Infolge der Verschiebung der Bauzeiten, sind die Preise für Materialien zum Zeitpunkt dieser neuen Bauzeiten drastisch gestiegen. Dies führte dazu, dass K Mehrkosten in Höhe von 700.000 € entstanden. Diese verlangt sie nunmehr von B ersetzt. Zu Recht?

LÖSUNG:**Anspruch des K gegen B auf Zahlung der Mehrkosten in Höhe von 700.000 € aus § 631 I BGB i.V.m einer Preisanpassungsklausel**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der Kosten aus § 631 I BGB i.V.m einer Preisanpassungsklausel haben. Hierfür müssten

die Parteien einen Werkvertrag über die von K abgerechnete Vergütung geschlossen haben. Ein solcher kommt mit zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande.

Form und Inhalt eines solchen Angebots sind in § 13 VOB/A geregelt. Von der Einhaltung dieser Vorschrift ist auszugehen.

I. Angebot der K

Mit Schreiben vom 17.11.2004 unterbreitete K der B ein Angebot zur Ausführung der Arbeiten zu einer Vergütung von 7.000.000 €. Bestandteil dieses Angebots war ein vorgegebener Zeitraum für die Durchführung dieser Bauleistungen.

II. Annahme der B

Außerdem müsste B dieses Angebot auch angenommen haben. In Betracht kommt dafür ihr Schreiben vom 15.06.2006.

Fraglich ist jedoch, ob dieses eine Annahme oder ein modifiziertes Angebot im Sinne des § 150 II BGB darstellt.

Zu beachten ist dabei, dass dieses Schreiben inhaltlich nicht mit dem vorangegangenen Angebot der K übereinstimmt. Vielmehr hat B deutlich gemacht, bestimmte Arbeiten nicht ausführen lassen zu wollen, mit der Folge, dass eine Vergütung für diese entfallen sollte. Dies führt dazu, dass eine Annahme durch B im Gesamten zu verneinen ist.

„[16] Die Annahme nur eines Teils der angebotenen Leistungen zu einem veränderten Preis ist jedenfalls dann eine Ablehnung des Angebots, wenn dieses die Möglichkeit einer Teilannahme zu bestimmten Preisen nicht vorsieht. So liegt es hier. Die Möglichkeit einer Teilannahme zu bestimmten Preisen war weder in der Ausschreibung der Beklagten noch in dem Angebot der Klägerin vorgesehen. Stimmt somit das Angebot der Klägerin und die Annahmeerklärung der Beklagten nicht überein, so galt die **Erklärung der Beklagten im Schreiben vom 15. Juni 2005 gemäß § 150 Abs. 2 BGB als neues Angebot zum Vertragsschluss mit dem in diesem Schreiben vorgesehenen Inhalt.**

III. Angebot der B

Die Erklärung der B stellte somit ein neues Angebot zum Vertragsschluss dar. Fraglich ist jedoch, mit welchem Inhalt der Vertrag demnach zustande kommen sollte. Zur Beantwortung dieser Frage ist die Willenserklärung gemäß §§ 133, 157 BGB auszulegen.

Interessengerechte Auslegung der Willenserklärung

Bei der Auslegung von Erklärungen im formalisierten Vergabeverfahren ist dabei der Grundsatz zu beachten, dass Nachverhandlungen bei vergabekonformem Verhalten nicht notwendig sein sollen.

„[18] Bei der Auslegung von Erklärungen im formalisierten Vergabeverfahren ist zu berücksichtigen, dass diese regelmäßig so zu verstehen sind, dass sie im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehen. Auch im Rahmen des für den modifizierten Zuschlag geltenden § 150 Abs. 2 BGB sind die Grundsätze von Treu und Glauben anzuwenden. Sie erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots, wenn er von dem Vertragswillen des Anbietenden abweichen will, dies in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt. Erklärt der Vertragspartner seinen vom Angebot abweichenden Vertragswillen nicht hinreichend deutlich, so kommt der Vertrag zu den Bedingungen des Angebots zustande.“

Dies gilt auch für Abweichungen hinsichtlich der Bauzeit. Wird die Abweichung nicht hinreichend als Vertragsbestandteil deutlich gemacht, wird die Erklärung lediglich als Vorschlag für eine neue Bauzeit gewertet. Die Parteien müssten dann im Rahmen des bestehenden Vertrages neu verhandeln müssen, wobei dabei dann auch der vertragliche Vergütungsanspruch anzupassen wäre.

Für eine derartige Auslegung müsste die Willenserklärung jedoch auch ausreichen Spielraum geben.

„[21] Für die vom Senat entwickelte **interessengerechte Auslegung** nicht eindeutig als bindend zu verstehender Angaben zur neuen Bauzeit **ist kein Raum, wenn sich aus dem Zuschlag klar und eindeutig ergibt, dass die neue Bauzeit Bestandteil des Vertrages werden soll**. Das ist der Fall, wenn über die Bauzeit nicht mehr verhandelt werden soll, der Auftraggeber sie also einseitig vorgeben will und er dem Auftragnehmer nur die Möglichkeit lässt, sie als Vertragsbestandteil anzunehmen oder das so geänderte Angebot - eventuell verbunden mit einem eigenen Vorschlag - abzulehnen. Denn dann fehlt es eben daran, dass die Erklärungen auch als unverbindliches Verhandlungsangebot für den Fall zu verstehen sein können, dass der Vertrag zur ausgeschriebenen und angebotenen Bauzeit geschlossen wird.“

B hat in ihrem Schreiben ausdrücklich erwähnt, dass die geänderten Bauzeiten abweichend von dem Angebot der K Vertragsbestandteil werden sollen. Außerdem verlangte sie nicht lediglich eine Auftragsbestätigung, sondern forderte K zur Annahme ihrer Erklärung auf. Der Wortlaut des Schreibens bietet also keinen Spielraum für eine Auslegung nach den Grundsätzen der interessengerechten Auslegung des BGH. B wollte damit also nicht das Angebot der K unverändert annehmen, sondern brachte klar zum Ausdruck, dass es sich um ein neues Vertragsangebot handelt. Demnach ist ihre Erklärung auch als solches zu bewerten.

Fraglich ist jedoch, ob das Angebot der B einen **Preisanpassungsvorbehalt** enthält. Dann hätte K einen Anspruch auf Neuverhandlung und könnte die angepasste und damit erhöhte Vergütung verlangen. Dieser Vorbehalt könnte von B mit der Änderung der Bauzeiten stillschweigend erklärt worden sein. Dies könnte dem Schutz des Unternehmers dienen, ist im vorliegenden Fall jedoch nicht notwendig.

Auch dieser muss durch Auslegung ermittelt werden; dabei zu beachten ist insbesondere eine mögliche Schutzbedürftigkeit des Unternehmers

„[26] Treu und Glauben erfordern keine Auslegung dahin, dass die Beklagte mit der neuen Bauzeit gleichzeitig stillschweigend das Angebot unterbreitet hat, die Vergütung wegen der Klägerin infolge der Bauzeitänderung etwa entstehender Mehrkosten in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Allerdings ist für den öffentlichen Auftraggeber das Interesse des Bieters offenkundig, eine Möglichkeit zu haben, diese eventuellen Mehrkosten geltend zu machen. Denn ohne diese Möglichkeit könnte es zu einer empfindlichen Störung des Gleichgewichts zwischen Leistung und Vergütung kommen. Der Auftragnehmer kann jedoch nicht erwarten, dass der Auftraggeber ihm deshalb einen Preisanpassungsvorbehalt einräumen will. **Denn der Auftragnehmer hat eine ausreichende, vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, selbst für dieses Gleichgewicht zu sorgen. Es steht ihm frei, das modifi-**

zierte Angebot des Auftraggebers, das von einem trotz Bauzeitveränderung unveränderten Preis ausgeht, abzulehnen. Er kann das neue Angebot des Auftraggebers auch seinerseits unter Änderungen, beispielsweise hinsichtlich einer Mehrvergütung wegen der geänderten Bauzeit, annehmen und damit dem Auftraggeber ein wiederum geändertes Angebot gemäß § 150 Abs. 2 BGB unterbreiten.“

K hat nicht darauf bestanden, einen Preisanpassungsvorbehalt in den Vertrag aufzunehmen. Damit enthält das Angebot der B eine konkrete, nicht verhandelbare Vergütung zu den bestimmten Bauzeiten.

IV. Annahme der K

K hat mit Unterschrift auf der Zuschlagserteilung vom 15.06.2005 das Angebot der B wirksam angenommen.

V. Ergebnis

K und B haben sich wirksam über den Abschluss eines Werkvertrages geeinigt. Dieser sieht jedoch keine Erstattung anfallender Mehrkosten für den Unternehmer vor. Damit hat K gegen B keinen Anspruch auf Zahlung der entstandenen Mehrkosten.

FAZIT:

Bei seiner Auslegung von Erklärungen im Vergabeverfahren geht der BGH grundsätzlich von einem Auftraggeber aus, der sich vergabekonform verhält. Das bedeutet, dieser gibt mit seinem Zuschlag im Zweifel eine mit dem Angebot des Unternehmers übereinstimmende Annahmeerklärung ab. Der Senat sieht jedoch richtigerweise auch die rechtliche Möglichkeit, unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot, ein neues, wirksames Angebot zu veränderten Bedingungen abzugeben.

Für diesen Fall ist wie vorliegend kein Raum für seine Auslegungsgrundsätze. Nimmt der Unternehmer dieses Angebot ohne Beanstandung an, kommt der Vertrag zu diesen Bedingungen zustande.

Speziell für Referendare:

Problem: Gewillkürte Prozessstandschaft

BGH, URTEIL VOM 25.07.2012
XII ZR 22/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall begehrt der Kläger als früherer Eigentümer eines Gewerbeobjekts die Zahlung einer Mietkaution an den derzeitigen Eigentümer. Sein eigenes Interesse an der Rechtsverfolgung ist insbesondere in der Prozessführungsbefugnis des Klägers von Bedeutung. Denn durch den Übergang der Forderung an den Erwerber des Grundstücks kann er vor Gericht nur als Prozessstandschafter auftreten.

Materiell-rechtlich interessant ist vorliegend die Frage nach dem Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten des früheren Vermieters gemäß §§ 566, 578 BGB. Der Senat entschied, dass auch der Kautionszahlungsanspruch aufgrund seines Zusammenhangs mit dem Mietvertrag zu diesen Rechten gehört.

Zu dem Anspruch auf Rückzahlung einer Mietkaution siehe: RA 09/12 S. 412

SACHVERHALT:

Am 18.06.1996 schlossen der Kläger (K) als Vermieter und der Beklagte (B) einen Mietvertrag über Gewerberäume zur Nutzung als Rechtsanwaltspraxis. Dabei vereinbarten sie in § 6 des Vertrages unter anderem:

„Der Mieter erbringt der Vermieterin zur Sicherung ihrer Ansprüche aus diesem Vertrag eine Sicherheitsleistung in folgender Weise: Der Mieter belegt ein Konto mit verzinslichen Wertpapieren wie z. B. Bundesschatzbriefen oder Pfandbriefen mit einem Zeitwert von 16.000,00 DM. Es sind ausschließlich deutsche Wertpapiere anzulegen. Bei Fälligkeit der Wertpapiere wird die Neuanlage von dem Mieter und der Vermieterin gemeinsam verfügt. Die Parteien vereinbaren bereits jetzt, dass auch andere Formen von gleichwertiger Kautionserbringung möglich sind.“

B verpfändete als Sicherheit Bundesschatzbriefe in Höhe von 16.000 DM. Im November 2006 bat er K um Pfandfreigabe, weil die Bundesschatzbriefe im Januar 2007 fällig wurden, und sagte zu, in Kürze eine neue Sicherheit beizubringen. K erklärte daraufhin im Dezember 2006 die Pfandfreigabe. Er forderte den Beklagten in der Folgezeit wiederholt erfolglos zur Leistung der Kaution auf.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 19. September 2007 verkauften die Kläger das Grundstück. Darin vereinbarten K und die Erwerberin (E) in Bezug auf die Kautionen der Mieter in § 9 Ziff. 5 Abs. 2 u. a.:

„Soweit zum Stichtag Mieter die vertraglich geschuldeten Sicherheiten nicht geleistet haben, errichten Verkäufer und Käufer gemeinsam ein Sperrkonto. Der Verkäufer verpflichtet sich, unverzüglich nach dem Stichtag auf dieses Sperrkonto den dann noch offenen Kautionsbetrag in Höhe von voraussichtlich EUR 20.000 einzuzahlen. Der Käufer verpflichtet sich, nach dem Stichtag bei den Mietern die ausstehenden Mietsicherheiten geltend zu machen und wird diese Sicherheiten, soweit möglich, einziehen. Soweit der Käufer von Mietern infolgedessen Mietsicherheiten erhält, ist der entsprechende Betrag von dem Sperrkonto zugunsten der Verkäufer auszukehren.“

Dieser vertraglichen Verpflichtung kam K sofort nach und verlangt nun von B die Zahlung der ausstehenden Kautionsleistung an E. Die Hausverwalterin der E erklärt, mit der Prozessführung einverstanden zu sein.

Wie wird das Gericht entscheiden?

LÖSUNG:

Das Gericht wird der Klage stattgeben, denn die Klage ist zulässig und begründet.

Bei der gewillkürten Prozessstandschaft handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist.

I. Insbesondere ist K als Prozessstandschafter der E prozessführungsbefugt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf jemand ein fremdes Recht aufgrund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (sogenannte gewillkürte Prozessstandschaft).

E hat K zur gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches ermächtigt, indem die von E bevollmächtigte Hausverwalterin der Prozessführung zugestimmt hat. Die **Ermächtigung zur Prozessführung** ist auch nicht deshalb unwirksam, weil eine Abtretung der Kautionsforderung im Hinblick auf deren treuhänderische Zweckbindung unzulässig gewesen wäre und damit die Forderung Dritten auch nicht zur Einziehung hätte überlassen werden dürfen.

„[23] Zwar dürfte die Abtretung eines Anspruchs auf Zahlung der Kautionsleistung an Dritte in der Regel gemäß § 399 BGB unwirksam sein, weil die Kautionsleistung ausschließlich der Sicherung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietvertrag dient. Es kann jedoch offen bleiben, ob hier ein **Abtretungsverbot** besteht. Denn ein solches **stünde der Einziehungsermächtigung nur dann entgegen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs durch Dritte dem Zweck des Abtretungsverbots zuwiderliefe**. Das ist hier nicht der Fall, weil durch die von den Klägern begehrte Leistung an die Erwerberin die Kautionsleistung gerade ihrem Zweck, nämlich der treuhänderischen Verwaltung durch den Vermieter, zugeführt wird.“

Außerdem hat K auch ein **eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs** gegen B auf Leistung der Kautionsleistung. Er leistete als früherer Eigentümer der E gegenüber für die von dem Beklagten vertraglich geschuldete Kautionsleistung Sicherheit geleistet. Die Erwerberin hat sich zur Freigabe dieser Sicherheit verpflichtet, soweit der Beklagte die ausstehende Kautionsleistung erbringt. K hat somit ein eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Rechtsverfolgung.

Dieser Anspruch ist auf die Zahlung der Kautionsleistung auf ein Gemeinschaftskonto gerichtet. Ein Anspruch aus Barzahlung wäre abzulehnen, da der Mietvertrag keine Verpflichtung dazu vorsieht.

II. E hat auch einen Anspruch gegen B auf Leistung der zur Kautionsleistung gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB i.V.m. § 6 des Mietvertrages.

Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat. Von § 566 BGB erfasst

werden allerdings nur solche Rechte und Pflichten, die als mietrechtlich zu qualifizieren sind oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind. Bei der Frage nach der Kautionsleistung als Recht aus § 566 BGB ist also auf die jeweilige Vertragsbestimmung abzustellen.

„[28] Danach ist die Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten, aber **noch nicht erbrachten Kautionsleistung als mietrechtlich zu qualifizieren**. Denn sie dient der Sicherung von Ansprüchen des Vermieters aus dem Mietverhältnis und ist deshalb untrennbar mit dem Mietverhältnis verbunden. Der Erwerber tritt folglich gemäß § 566 BGB anstelle des Veräußerers in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautionsleistung ein.“

Dem Eintritt der E in den Anspruch auf Bestellung der Sicherheit steht auch nicht entgegen, dass der Anspruch bereits zur Zeit des Eigentumswechsels fällig war.

„[32] Zwar tritt mit dem Eigentumsübergang und dem Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gemäß § 566 BGB hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche gegen den Mieter eine **Zäsur** ein. **Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu.**

Dieser Grundsatz wurde zuletzt entschieden in: BGH, Urteil vom 29.09.2004 – NJW-RR 2005, 96

[33] Von der Zäsur werden jedoch grundsätzlich nur solche Ansprüche erfasst, die entweder während der Zeit, in der der Veräußerer Vermieter war oder in der der Erwerber Vermieter ist, entstanden und fällig geworden sind und die dementsprechend nur einem von beiden zuzuordnen sind.

[34] **Eine solche zeitliche Zäsur gilt für einen schon vor Eigentumsübertragung entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautionsleistung nicht.** Zweck dieses Anspruchs ist die Sicherung aller Ansprüche des Vermieters während der gesamten Dauer des Mietvertrages. Dazu gehören auch die Ansprüche des Erwerbers aus dem mit gleichem Inhalt entstandenen Mietvertrag.“

Ausnahme für den Anspruch auf Leistung der Kautionsleistung

Der Anspruch des K auf Leistung der Kautionsleistung ist auch nicht durch Erfüllung oder Verzicht erloschen.

K hat die Pfandfreigabe der von B zur Sicherheit verpfändeten Bundesschatzbriefe auf Bitten des B erklärt, weil diese fällig wurden und B zugesagt hatte, er werde in Kürze eine neue Sicherheit beibringen; K könnte davon ausgehen, dass er ihm die geschuldete Sicherheit selbstverständlich geben werde. K hatte deshalb einen - nicht erfüllten - Anspruch auf Neuleistung der Kautionsleistung. In der Pfandfreigabe der Kläger kann somit erst recht kein Verzicht der Kläger auf die Kautionsleistung gesehen werden.

Siehe auch: BGH, Urteil vom 07.12.2011 – NJW-RR 2012, 214, 215

FAZIT:

Die Prozessstandschaft bietet die Möglichkeit, im eigenen Namen einen Prozess über ein fremdes Recht zu führen. An die Ermächtigung des Anspruchsinhabers sind dabei keine hohen Voraussetzungen geknüpft. Da die Prozessstandschaft jedoch als prozessuales Gegenstück zur Abtretung gilt, ist zu prüfen, ob möglicherweise ein Abtretungsverbot besteht, dem die Ermächtigung zur prozessualen Geltendmachung zuwider liefe.

Materiell-rechtlich behandelt der Senat die Frage nach dem Recht auf Kautionszahlung als Recht aus § 566 BGB. Im Ergebnis hat er dieses verständlicherweise als mietrechtlich qualifiziert.

Öffentliches Recht

Problem: Familienzuschlag für eingetragene Lebenspartner

BVERFG, BESCHLUSS VOM 19.06.2012
2 BvR 1397/09 (NJW 2012, 2790 L)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Beschluss erklärt das BVerfG die Verweigerung eines an verheiratete Beamte zu zahlenden Familienzuschlags (§ 40 I Nr. 1 BBesG) gegenüber in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Personen für verfassungswidrig, weil dies mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG nicht vereinbar sei.

Während die Fachgerichte noch die Privilegierung der Ehe in Art. 6 GG als Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung angesehen hatten, lehnt das BVerfG dies ab: Art. 6 GG rechtfertigt eine Privilegierung der Ehe im Verhältnis zu anderen Formen des Zusammenlebens nicht per se, sondern nur dann, wenn Unterschiede von hinreichendem Gewicht bestünden, die eine Privilegierung der Ehe rechtfertigen können (siehe Leitsatz zu 2). Das BVerfG deutet an, dass das „behütete Aufwachsen von Kindern“ ein solcher Grund sein könne, sieht Kinder aber in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft im Verhältnis zur Ehe nicht als weniger behütet an.

Dass das BVerfG noch 2007 (BVerfGK 12, 169 = RA 2007, 741) genau gegenteilig entschieden hatte, lässt der Senat befremdlicherweise unerwähnt. Jene Entscheidung dürfte nun aber überholt sein.

SACHVERHALT:

Der Bundesbeamte B hat von einem Kollegen gehört, dass verheirateten Beamten ein „Familienzuschlag“ gewährt wird. Die einschlägigen Vorschriften des Bundesbesoldungsgesetzes (BBesG) lauten:

§ 39 Grundlage des Familienzuschlages

(1) Der Familienzuschlag wird nach der Anlage V gewährt. Seine Höhe richtet sich nach der Besoldungsgruppe und der Stufe, die den Familienverhältnissen des Beamten, Richters oder Soldaten entspricht. [...]

§ 40 Stufen des Familienzuschlages

(1) Zur Stufe 1 gehören: 1. verheiratete Beamte, Richter und Soldaten [...]

B ist nicht verheiratet, lebt aber seit Jahren in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Diese wird in §§ 39 ff. BBesG nicht mit einem Familienzuschlag bedacht. B meint, diese Ungleichbehandlung sei verfassungswidrig, da sie mit der Alimentationspflicht des Dienstherrn aus Art. 33 V GG, jedenfalls aber mit den Gleichheitsgeboten des Art. 3 GG nicht zu vereinbaren sei. Hat B Recht?

PRÜFUNGSSCHEMA: ART. 3 I GG

- A. Wesentlich Gleiches
- B. Ungleichbehandlung
- C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - I. Willkürformel

Leitsätze:

1. Die Ungleichbehandlung von verheirateten und in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten beim Familienzuschlag der Stufe 1 (§ 40 I Nr. 1 BBesG) stellt eine am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 I GG zu messende mittelbare Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Orientierung dar.

2. Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasster Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe keine Differenzierungen. Vielmehr bedarf es in solchen Fällen jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt.

II. Neue Formel

1. Hohe Belastungsintensität
2. Verhältnismäßigkeit

LÖSUNG:

B hat Recht, sofern ein Verstoß gegen Art. 33 V GG oder Art. 3 GG vorliegt.

A. Verstoß gegen Art. 33 V GG

Nach Art. 33 V GG haben die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ Verfassungsrang. Zu diesen zählt u.a. die Fürsorgepflicht des Staates für seine Beamten, aus der wiederum eine Alimentationspflicht folgt. Daraus folgt aber kein Anspruch auf eine konkrete Leistung, wie etwa auf einen Familienzuschlag; vielmehr ist der Staat nur zu einer ausreichenden Alimentierung insgesamt verpflichtet, und es ist nicht erkennbar, dass eine solche ohne Familienzuschläge nicht gegeben wäre:

„[49] Zwar verpflichtet das in Art. 33 V GG verankerte Alimentationsprinzip den Dienstherrn, den Beamten und seine Familie amtsangemessen zu alimentieren. **Es gibt jedoch keinen Grundsatz im Sinne des Art. 33 V GG, wonach die Besoldung des Beamten sich aus einzelnen Besoldungsbestandteilen (wie Grundgehalt, Familienzuschlag etc.) zusammensetzen müsste, solange sich die Bezüge in ihrer Gesamthöhe noch als amtsangemessen darstellen.**

[50] Dass die Gesamtalimentation des Beschwerdeführers [...] nicht mehr amtsangemessen war, weil ihm nicht der begehrte Familienzuschlag der Stufe 1 gewährt wurde, hat dieser in keiner Weise dargelegt. Hierfür ist auch nichts ersichtlich.“

Ein Verstoß gegen Art. 33 V GG ist somit nicht gegeben.

B. Verstoß gegen Art. 3 III GG

Zunächst könnte ein Verstoß gegen Art. 3 III 1 GG in Gestalt einer verbotenen Ungleichbehandlung wegen des „Geschlechts“ vorliegen.

I. Offene Ungleichbehandlung

Allerdings knüpft § 40 I Nr. 1 BBesG nicht an das Geschlecht, sondern an die Form des Zusammenlebens der Partner an. Jedenfalls eine unmittelbare (offene) Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts liegt also nicht vor.

II. Verdeckte Ungleichbehandlung

Einer offenen stünde zwar eine mittelbare (verdeckte) Ungleichbehandlung gleich.

1. Geschlecht

Es lässt sich jedoch nicht feststellen, dass signifikant mehr Männer oder Frauen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft leben. Insofern knüpft § 40 I Nr. 1 BBesG auch nicht mittelbar (verdeckt) an das Geschlecht an.

2. Sexuelle Orientierung

Zwar leben signifikant mehr homosexuell orientierte Personen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft als Heterosexuelle, sodass jedenfalls eine mittelbare (verdeckte) Anknüpfung an die sexuelle

St. Rspr. des BVerfG, vgl. BVerfGE 44, 249, 263; 49, 260 272; 117, 330; 350.

Im vorliegenden Beschluss hat das BVerfG Art. 3 III 1 GG zwar nicht mehr angeprüft, wohl aber in seinem früheren Beschluss zur selben Frage (BVerfGK 12, 169 = RA 2007, 741), und dort sehr ausführlich. In ein Gutachten gehört Art. 3 III 1 GG deshalb nach wie vor hinein.

Orientierung vorliegt. Diese ist in Art. 3 III 1 GG als Kriterium jedoch nicht genannt, und das BVerfG lehnt es ab, Art. 3 III 1 GG auf andere als die genannten Kriterien zu erstrecken, mögen diese auch vergleichbar sein:

„Unabhängig davon, dass die Regelung des § 40 I Nr. 1 BBesG tatbestandlich jedenfalls nicht unmittelbar am Merkmal der sexuellen Orientierung anknüpft, gehört diese auch nicht zu den in Art. 3 III 1 GG genannten Unterscheidungsmerkmalen. **Eine erweiternde Auslegung des Art. 3 III 1 GG scheidet aus, da sein Wortlaut abschließend ist** und der Vorschlag, ihn im Wege der Verfassungsänderung um das Merkmal der sexuellen Orientierung zu erweitern, abgelehnt wurde (vgl. Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 54).“

Zitat aus BVerfGK 12, 169, 170 = RA 2007, 741, 743.

Art. 3 III 1 GG ist somit auch nicht verletzt.

C. Verstoß gegen Art. 3 I GG

Es könnte aber ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 I GG vorliegen. Dann müsste wesentlich Gleiches in nicht zu rechtfertigender Weise ungleich behandelt worden sein.

I. Wesentlich Gleiches

Wesentlich Gleiches in diesem Sinne liegt vor, wenn sich für die Vergleichsgruppen ein gemeinsamer, konkreter Oberbegriff finden lässt, der gerade die Vergleichsgruppen kennzeichnet.

Als solcher kommt hier „Beamte, die in einer vom Gesetzgeber förmlich mit Rechten und Pflichten ausgestalteten Beziehung leben“ in Betracht. Dieser Begriff bezeichnet ausschließlich die Vergleichspaar „Ehe“ und „eingetragene Lebenspartnerschaften“ und ist somit hinreichend konkret. Er schließt insbesondere die nichtehelichen Lebensgemeinschaften aus, die gesetzlich nicht förmlich mit Rechten und Pflichten ausgestaltet sind. Zur Vergleichbarkeit von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft schreibt das BVerfG:

„[69] **In den Grundstrukturen der familienrechtlichen Institute der Ehe und der Lebenspartnerschaft bestehen bereits seit Einführung der Lebenspartnerschaft im Jahr 2001 nur wenige Unterschiede.** Insbesondere sind der Grad der rechtlichen Bindung und die gegenseitigen Einstandspflichten bereits seit dem Lebenspartnerschaftsgesetz des Jahres 2001 in Ehe und Lebenspartnerschaft weitgehend angeglichen. So sind die Lebenspartner gemäß § 2 LPartG einander zu Fürsorge und Unterstützung sowie zur gemeinsamen Lebensgestaltung verpflichtet und tragen füreinander Verantwortung. Die Begründung und Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft sowie die persönlichen und vermögensrechtlichen Rechtsbeziehungen und Unterhaltspflichten der Lebenspartner sind bereits seit 2001 in naher Anlehnung an die Ehe geregelt.

Ebenso schon BVerfGE 124, 199, 206 ff.

[70] **Mit dem zum 1. Januar 2005 in Kraft getretenen Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15. Dezember 2004 wurde das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft noch näher an das Eherecht angeglichen und auf die Normen zur Ehe in weitem Umfang (hinsichtlich Güterrecht, Unterhaltsrecht, Scheidungsrecht, Stiefkindadoption, Versor-**

gungsausgleich, Hinterbliebenenversorgung) Bezug genommen.“

II. Ungleichbehandlung

Indem verheirateten Beamten in §§ 39, 40 I Nr. 1 BBesG ein Familienzuschlag der Stufe 1 gewährt, in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten hingegen ein solcher gänzlich verweigert wird, liegt eine Ungleichbehandlung der Vergleichsgruppen vor.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, sofern ein hinreichender sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegt. Dabei bestehen unterschiedliche Anforderungen an den „hinreichenden sachlichen Grund“ in diesem Sinne:

1. Willkürformel

Ziel und Mittel der Ungleichbehandlung müssen zunächst willkürfrei sein. Nach dieser sog. „Willkürformel“ genügt andererseits aber auch jeder sachliche Grund zur Rechtfertigung der staatlichen Regelung, zu einer Abwägung desselben mit den Interessen der Betroffenen kommt es danach nicht.

2. Neue Formel

Demgegenüber nimmt das BVerfG nach der „neuen Formel“ doch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung – und damit eine Abwägung der staatlichen Regelungsinteressen mit denen der Betroffenen – vor, wenn eine besonders hohe Belastungsintensität vorliegt:

„[54] Aus Art. 3 I GG ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengeren Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“

Fraglich ist, ob hier eine besonders hohe Belastungsintensität vorliegt, die eine Verhältnismäßigkeitsabwägung erforderlich macht.

a. Besonders hohe Belastungsintensität

Nach der Rspr. des BVerfG liegt eine besonders hohe Belastungsintensität jedenfalls dann vor, wenn an ein **personenbezogenes Merkmal** angeknüpft wird, das vom Betroffenen nicht beeinflusst werden kann. Solche Kriterien sind insbesondere in **Art. 3 III GG** genannt (Geschlecht, Rasse, Herkunft, Behinderung usw.). Wenn Art. 3 III GG eine Ungleichbehandlung gänzlich verbietet, so ist es gerechtfertigt, bei **ähnlichen Kriterien** in Art. 3 I GG jedenfalls eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen:

„[57] **Die Anforderungen an die Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Personengruppen sind umso strenger, je mehr sich die zur Unterscheidung führenden personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 III GG genannten Merkmalen annähern, das heißt je größer die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt.**“

Hier wird (zumindest mittelbar) an die sexuelle Orientierung angeknüpft. Das BVerfG sieht darin ein personenbezogenes, Art. 3 III GG ähnliches Merkmal:

St. Rspr. seit BVerfGE 88, 87, 96; vgl. auch BVerfGE 117, 1, 30; 124, 199, 219; 126, 400, 416.

Ferner bejaht das BVerfG eine besonders hohe Belastungsintensität, wenn neben Art. 3 I GG noch Freiheitsgrundrechte betroffen sind, also bei staatlichen Eingriffen (z.B. BVerfGE 92, 53, 69; Sachs, JuS 1997, 124, 127). Ein solcher lag hier allerdings nicht vor, es ging vielmehr um die Nichtgewähr einer Leistung.

So schon BVerfGE 88, 87, 96; 97, 169, 181; 124, 199, 220.

[57] Dies ist etwa bei Differenzierungen nach der sexuellen Orientierung der Fall.

[58] Dem lässt sich entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht nicht entgegen halten, die Annahme gesteigerter Rechtfertigungsanforderungen an Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung ignoriere die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die sexuelle Orientierung gerade nicht als zusätzliches Differenzierungsverbotsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen.

[59] Ein entgegenstehender Wille des verfassungsändernden Gesetzgebers lässt sich nicht feststellen. Zwar ist es richtig, dass noch im Jahr 1993 die nach der Wiedervereinigung eingesetzte Gemeinsame Verfassungskommission eine Erweiterung des Art. 3 III GG hinsichtlich des (die Unterkategorie der sexuellen Orientierung mitumfassenden) Merkmals der sexuellen Identität [...] verwarf.

Zuletzt wurde die Einfügung des Merkmals der sexuellen Identität jedoch von der Bundestagsmehrheit mit dem Argument abgelehnt, eine Erweiterung sei nicht erforderlich, weil der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität durch Art. 3 I GG sich nach der Rechtsprechung des BVerfG mittlerweile mit dem Schutz nach Art. 3 III GG decke und eine Erweiterung des Art. 3 III GG daher (überflüssige) „Symbolpolitik“ darstelle (siehe BT-Drucks. 17/4775, S. 5).“

b. Verhältnismäßigkeit

Fraglich ist hier also die Verhältnismäßigkeit des § 40 I Nr. 1 BBesG. Eine Norm ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Zweifel bestehen schon am legitimen Zweck.

aa. Privilegierung der Ehe gem. Art. 6 GG

Ein solcher könnte hier darin bestehen, dass das GG die Ehe in Art. 6 I GG unter den besonderen Schutz des Staates stellt und somit gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens privilegiert:

„[65] Das Grundgesetz stellt in Art. 6 Abs. 1 Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. [...] Um diesem Schutzauftrag Genüge zu tun, ist es insbesondere Aufgabe des Staates, alles zu unterlassen, was die Ehe beschädigt oder sonst beeinträchtigt, und sie durch geeignete Maßnahmen zu fördern.

[66] Wegen des verfassungsrechtlichen Schutz- und Förderauftrages ist der Gesetzgeber grundsätzlich berechtigt, die Ehe als rechtlich verbindliche und in besonderer Weise mit gegenseitigen Einstandspflichten (etwa bei Krankheit oder Mittellosigkeit) ausgestattete dauerhafte Paarbeziehung gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen. Die Wertentscheidung des Art. 6 I GG bildet einen sachlichen Differenzierungsgrund, der in erster Linie zur Rechtfertigung einer Besserstellung der Ehe gegenüber anderen, durch ein geringeres Maß an wechselseitiger Pflichtbindung geprägten Lebensgemeinschaften geeignet ist.“

Mit diesen Ausführungen hatte das BVerfG bisher Privilegierungen der Ehe vielfach als mit Art. 3 I GG vereinbar erklärt. Nunmehr schränkt es diese Rspr. allerdings deutlich ein:

„[67] Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer, in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfass-

Vgl. BVerfGE 124, 199, 220; 126, 400, 419; Osterloh, in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 92 ff.; Jarass/Pieroth-Jarass, GG, Art. 3 Rn. 19a.

A.A.: Krings, FS Friauf, 2011, 269, 273; Schmidt-Bleibtreu/Klein-Hofmann, GG, Art. 6 Rn. 22a; Hillgruber, JZ 2010, 41, 43.

Kenntnisse der gesetzgeberischen Motive können in einer Klausur i.d.R. nicht verlangt werden. Es ist daher zulässig, aber nicht zwingend erforderlich, die Vergleichbarkeit der „sexuellen Orientierung“ mit den in Art. 3 III GG genannten Merkmalen streitig darzustellen.

Im Folgenden wird gezeigt, dass es für die Verhältnismäßigkeit schon an einem legitimen Regelungszweck fehlt. Dies ist aber gleichbedeutend mit einer willkürlichen Regelung, denn Willkür bedeutet gerade, dass ohne sachlichen (= legitimen) Grund (= Zweck) gehandelt wird. Das BVerfG hätte also auch offen lassen können, ob es nur die Willkürformel oder mit der „neuen Formel“ auch die Verhältnismäßigkeit prüft – das Ergebnis wäre identisch gewesen.

Zur bisherigen Rspr. vgl. etwa BVerfGE 10, 59, 66; 112, 50, 65; 115, 1, 19; 117, 316, 327; 124, 199, 225.

ter Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zwecken vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung indes nicht. In solchen Fällen bedarf es jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 I GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung dieser anderen Lebensformen rechtfertigt.“

bb. Zusätzlicher, hinreichend gewichtiger Grund

Einen solchen zusätzlichen, hinreichend gewichtigen Grund vermag das BVerfG für die Differenzierung beim Familienzuschlag nicht zu erkennen:

(1). Teleologie

„[72] Tragfähige sachliche Gründe für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von verheirateten und in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten ergeben sich nicht aus dem Normzweck des § 40 I Nr. 1 BBesG. [...] Soweit § 40 I Nr. 1 BBesG verheirateten Beamten einen Anspruch auf Familienzuschlag der Stufe 1 gewährt, soll er faktische Mehrbedarfe verheirateter Beamter vor allem im Vergleich zu ledigen Beamten ausgleichen.

[73] Dieser Gesetzeszweck kann eine Privilegierung verheirateter Beamter im Verhältnis zu in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten nicht rechtfertigen, weil nichts dafür ersichtlich ist, dass die mit § 40 I Nr. 1 BBesG auszugleichenden Mehrbedarfe nicht ebenso bei in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden Beamten bestehen.“

(2). Motive

„[76] Eine etwaige, aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht erkennbare familienpolitische Intention des Gesetzgebers, mit Hilfe des Familienzuschlags der Stufe 1 einen Anreiz zur Eingehung von Ehen zu bilden, um damit die Zahl der in den „behüteten“ Verhältnissen einer Ehe aufwachsenden Kinder zu erhöhen, vermag die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Auch die „behüteten“ Verhältnisse in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft können das Aufwachsen von Kindern fördern.“

Andere Gründe sind nicht ersichtlich. Somit lässt sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen. Sie verstößt gegen Art. 3 I GG.

FAZIT:

A. Man sollte sich merken, dass Ungleichbehandlungen zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft künftig nicht mehr allein durch einen Hinweis auf Art. 6 I GG gerechtfertigt werden können, sondern eines zusätzlichen, besonders wichtigen Grundes bedürfen. Da kaum ersichtlich ist, welche besonders wichtigen Gründe dies sein könnten – die mittelbar betroffene sexuelle Orientierung dürfte als Differenzierungsmerkmal grundsätzlich ausscheiden, da sie, wie das BVerfG betont, zwar nicht in Art. 3 III 1 GG geregelt ist, ihr aber über Art. 3 I GG eine vergleichbare Bedeutung zukommt – kann man im Grunde sagen, dass dieser Beschluss die umfassende Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft gebietet.

B. Anders ist es freilich im Verhältnis zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften, wie das BVerfG in einem obiter dictum klarstellt:

„Der besondere Schutz, unter den Art. 6 I GG die Ehe als besondere Verantwortungsbeziehung stellt, rechtfertigt Besserstellungen der Ehe im Verhältnis zu ungebundenen Partnerbeziehungen, nicht aber ohne weiteres auch im Verhältnis zu einer rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft, die sich von der Ehe durch die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner unterscheidet, wegen dieses Unterschiedes mit der Ehe nicht konkurriert und dem Institut der Ehe daher auch nicht abträglich sein kann.“

Mit anderen Worten kann zur Rechtfertigung einer Privilegierung der Ehe im Verhältnis zu nichtehelichen Lebensgemeinschaften weiterhin allein auf Art. 6 I GG zurückgegriffen werden.

C. Das BVerfG hat § 40 I Nr. 1 BBesG aufgrund seiner Verfassungswidrigkeit übrigens nicht für nichtig erklärt (denn dann erhielte niemand mehr einen Familienzuschlag, womit dem Beschwerdeführer nicht geholfen wäre), sondern den Gesetzgeber verpflichtet, die in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebenden Beamten, die ihren Anspruch auf Auszahlung des Familienzuschlags der Stufe 1 zeitnah geltend gemacht haben, rückwirkend mit Wirkung zum 1. August 2001 (!) gleichzustellen. Die betreffenden Personen dürfen sich also auf eine Nachzahlung in beträchtlicher Höhe freuen.

D. §§ 39, 40 BBesG gelten nur für Bundesbeamte. In den meisten Ländern enthalten die Besondungsgesetze bereits eine ausdrückliche Gleichstellung von in eingetragener Lebenspartnerschaft lebenden und verheirateten Beamten, nur nicht in Baden-Württemberg und in Sachsen. Die dortigen Vorschriften dürften daher ebenso verfassungswidrig sein wie § 40 I Nr. 1 BBesG.

Das BVerfG hatte bisher übrigens nicht nur den eingetragenen Lebenspartnern den Familienzuschlag vorenthalten, sondern stets auch eine Rückwirkung bei vergleichbaren Verfassungsverstößen abgelehnt (vgl. noch BVerfG, NZS 2011, 58, 59 zur Hinterbliebenenversorgung). Der vorliegende Beschluss enthält also gleich zwei Überraschungen.

Problem: Aufforderung zur Löschung von Fotos

VG MEININGEN, URTEIL VOM 13.03.2012
2 K 373/11 (NVWZ-RR 2012, 551)

§ 22 KUG:

Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. [...]

§ 33 KUG:

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen den §§ 22, 23 ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt.
(2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

§ 12 ThürPAG: Allgemeine Befugnisse

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren, soweit nicht die §§ 13 bis 47 die Befugnisse der Polizei besonders regeln.
(2) Eine Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 kann die Polizei insbesondere dann treffen, wenn sie notwendig ist, um
1. Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu verhüten oder zu unterbinden,
2. durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen oder
3. Gefahren abzuwehren oder Zustände zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit der Person oder die Sachen oder Tiere, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen.
Straftaten im Sinne dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen. [...]

EINLEITUNG:

Der Kläger hatte Fotos von einem Polizeieinsatz gemacht, wurde dabei bemerkt und von den Polizisten zur Löschung der Fotos aufgefordert. Unter polizeilichem Druck kam er dieser Aufforderung schließlich nach, klagte aber anschließend.

Schon prozessual warf der Fall eine Reihe von Fragen auf, vor allem nach der statthaftern Klageart und dem Feststellungsinteresse.

In materieller Hinsicht war fraglich, ob eine „Gefahr“ für die „öffentliche Sicherheit“ i.S.d. polizeilichen Generalklausel vorlag. In Betracht kam vor allem ein Verstoß gegen das Kunsturhebergesetz (KUG), das in § 22 KUG das öffentliche Zurschaustellen von Bildnissen ohne Einwilligung der Abgebildeten Personen (hier: Polizisten) untersagt und in § 33 KUG sogar unter Strafe stellt. Allerdings hatte der Kläger nur fotografiert, also Bildnisse angefertigt, diese aber nicht zur Schau gestellt. Somit war aus §§ 22, 33 KUG i.E. nichts zu gewinnen. Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Polizisten als Individualrechtsgut half nicht weiter, da es nach der Rspr. subsidiär zu seiner besonderen Ausprägung im KUG ist.

SACHVERHALT:

Der Kl. bemerkte, wie drei Polizeibeamte anlässlich einer Demonstration in Thüringen eine Person mittels erheblicher körperlicher Gewalt in einen dunklen Hauseingang verbrachten. Für den von ihm als naheliegend angesehenen Fall, dass die betroffene Person sich unangemessen behandelt fühlen und eine Strafanzeige gegen die Polizeibeamten stellen könnte, wollte der Kl. zu Beweissicherung mit seinem Mobiltelefon Fotos des Vorgangs anfertigen. Er schoss ein einziges Foto, das den Polizeibeamten P deutlich erkennbar abbildete, wurde dabei aber von den Polizisten bemerkt, verfolgt, in einen Hausflur verbracht und dort aufgefordert, das Foto zu löschen, weil der Kl. sich sonst nach § 33 KUG strafbar mache und das Persönlichkeitsrecht des P verletze. Der Kl. hatte dabei den Eindruck, dass die Polizisten ihm gegenüber auch Gewalt anwenden würden, käme er dieser Aufforderung nicht nach, und löschte schließlich das Foto.

Anschließend erhob er Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Aufforderung, das Foto zu löschen. Mit Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: FORTSETZUNGSFESTSTELLUNGSKLAGE

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO
- III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO a.E.
- IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog
- V. Vorverfahren
- VI. Frist
- VI. Klagegegner, § 78 I VwGO analog

B. Begründetheit

- I. Rechtswidrigkeit des VA
- II. Rechtsverletzung des Klägers

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit**I. Verwaltungsrechtsweg**

Zunächst müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Dies ist hier über § 40 I 1 VwGO der Fall. Insbesondere handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, da Normen des öffentlichen Rechts – namentlich die Generalklausel des § 12 ThürPAG – den Streitgegenstand prägen. Die Streitigkeit ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren, § 88 VwGO. Hier könnte eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO statthaft sein. Dann müsste sich ein Verwaltungsakt nach Erhebung einer Anfechtungsklage erledigt haben.

1. Verwaltungsakt

„Tatsächlich handelte es sich um einen Verwaltungsakt i. S. des § 35 ThürVwVfG. Nicht zutreffend ist hingegen die Auffassung des Bkl., es liege deshalb kein Verwaltungsakt vor, weil der Kl. die Bilder freiwillig gelöscht habe. [...] Von einer freiwilligen Löschung der Bilder von sich aus kann jedoch keine Rede sein. Das ganze geschah auch nicht im Rahmen einer einfachen Gesprächssituation, sondern nachdem der Kl. wegen der Fertigung eines Fotos von den Polizeibeamten verfolgt und in den Hausflur verbracht worden war.“

Unausgesprochen: Es könnte das VA-Merkmal „Regelung“ fehlen, wenn es sich lediglich um eine Bitte gehandelt hätte, der der Kl. freiwillig nachgekommen wäre.

2. Erledigung

„Der Verwaltungsakt, die Bilder zu löschen, ist [...] erledigt. [Er ist] mit der Anordnung sofort vollzogen worden.“

Erledigung führt i.d.R. dann zur Erledigung eines VAs „auf andere Weise“ i.S.d. § 43 II VwVfG, wenn die Vollzugsfolgen unumkehrbar sind. Dies dürfte bei einem gelöschten Foto der Fall sein.

3. Nach Anfechtungsklage

Allerdings steht § 113 I 4 VwGO im 10. Abschnitt der VwGO („Urteile und andere Entscheidungen“). Ein Urteil kann aber erst nach Klageerhebung ergehen. Auch bezieht er sich systematisch auf § 113 I 1 VwGO, der die Begründetheitsanforderungen der Anfechtungsklage regelt. Daher fordert § 113 I 4 VwGO eine Erledigung des Verwaltungsakts nach Erhebung der Anfechtungsklage. Hier trat die Erledigung durch Vollzug allerdings schon vor Klageerhebung ein. Streitig ist, wie in diesem Fall zu verfahren ist. Eine Ansicht wendet § 113 I 4 VwGO analog an, die Gegenmeinung präferiert die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 I VwGO. Das VG tendiert mit der h.M. zur ersten Ansicht, auch wenn es sich letztlich nicht festlegt:

Zum Streitstand: BVerwG, RA 1999, 592 = BVerwGE 109, 203.

Im Gutachten sollte man sich in jedem Fall entscheiden, schon weil die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen unterschiedlich sind. Für die Analogie zu § 113 I 1 VwGO spricht vor allem, dass durch den zufälligen Erledigungszeitpunkt keine Änderung der Klageart eintreten soll und in § 43 I VwGO nur die „Nichtigkeit“ eines VA festgestellt werden kann, nicht aber – wie hier vom Kl. begehrt – die *Rechtswidrigkeit*. Ferner ist ein VA auch kein „Rechtsverhältnis“ i.S.d. § 43 VwGO, sonst wäre die Nichtigkeitsfeststellungsklage auch überflüssig, da sie nur eine Untermenge des „Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses“ wäre.

„Es handelt sich um eine Fortsetzungsfeststellungsklage, § 113 I 4 VwGO analog. Allerdings wird die Zulässigkeit einer solchen Klageart für Verwaltungsakte, die sich schon vor Klageerhebung erledigt haben, teilweise bestritten und die Auffassung vertreten, es läge eine Feststellungsklage nach § 43 VwGO vor. Dies kann, ebenso wie in der zitierten Entscheidung des BVerwG, vorliegend aber offen bleiben, da sowohl die Voraussetzungen eines Feststellungsinteresses nach § 43 I VwGO ebenso gegeben sind, wie die Voraussetzungen des § 113 I 4 VwGO (berechtigtes Interesse).“

Somit ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO analog statthaft.

III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Man sieht: An die Wiederholungsgefahr sind keine strengen Anforderungen zu stellen. Tatsächlich liegt es doch eher fern, dass der Kl. noch einmal in eine solche Situation kommt, dem VG genüge aber die bloße Möglichkeit.

„Das Feststellungsinteresse des Kl. i. S. des § 43 I VwGO bzw. das berechnigte Interesse i. S. von § 113 I 4 VwGO ist gegeben, da **Wiederholungsgefahr** besteht. Der Bekl. hat keinen Zweifel daran gelassen, dass er die Löschung der Bilder für rechtmäßig hält. Die Gefahr, dass es einer zukünftigen vergleichbaren Situation aus den gleichen Gründen wieder zu einer Löschanordnung und Personalienfeststellung kommt, liegt damit nahe.“

IV. Klagebefugnis

Es erscheint zumindest möglich, dass der Kl. als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt worden sein könnte. Er ist somit analog § 42 II VwGO auch klagebefugt.

V. Vorverfahren

Fraglich ist, ob er analog § 68 I 1 VwGO vor Klageerhebung ein Vorverfahren hätte durchführen müssen. Für eine Analogie zu § 68 I 1 VwGO fehlt es bei der Fortsetzungsfeststellungsklage aber schon an einer vergleichbaren Interessenlage, da im Unterschied zum dort geregelten Fall der Anfechtungsklage infolge Erledigung kein Verwaltungsakt mehr existiert, der aufgehoben werden könnte bzw. müsste. Zwar will eine m.M. § 68 I 1 VwGO mit dem Argument doch analog anwenden, dass die Behörde aus dem Widerspruchsverfahren und der damit einher gehenden Selbstkontrolle noch einen Lerneffekt ziehen könnte; dies ändert aber nichts an der Sinnlosigkeit des Verfahrens für den Betroffenen. Im Übrigen wird die Behörde auch durch das VG kontrolliert und kann aus den Urteilsgründen lernen.

VI. Frist

Ob § 74 VwGO auf die Fortsetzungsfeststellungsklage analoge Anwendung findet, kann hier dahinstehen, da ein eventuelles Fristversäumnis nicht ersichtlich ist.

VII. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO der Rechtsträger der Polizei, hier also das Land Thüringen.

Die Klage ist damit zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte, § 113 I 1, 4 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit

Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, 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.

1. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt hier nur die Generalklausel des § 12 I ThürPAG in Betracht.

Die h.M. verneint auch hier eine Analogie (BVerwG, RA 1999, 592 = BVerwGE 109, 203). Allerdings kann das Klagerecht verwirkt werden, wobei in Anlehnung an § 58 VwGO von einem Jahr ausgegangen wird. Zum selben Ergebnis käme man bei analoger Anwendung des § 74 VwGO, da in aller Regel die Rechtsmittelbelehrung über die FFK fehlt, § 58 I, II VwGO.



Schuldr BT WerkvertragsR

Abgrenzung zu anderen Vertragstypen
(30)

§§ 631 ff.

1. Worin besteht die Hauptleistungspflicht
 - a) des Verkäufers?
 - b) des Dienstverpflichteten?
 - c) des Werkunternehmers?
2. Warum verweist § 651 für die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen grundsätzlich auf das Kaufrecht?
3. Auf welche Situationen ist § 631 daher anwendbar?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT WerkvertragsR

Untergang des Erfüllungsanspruchs (32)

§ 631

Der Erfüllungsanspruch des Bestellers erlischt mit der Abnahme des Werkes, §§ 640 I, 362 I (weil dadurch das Werk anerkannt wird, vgl. Karteikarte zu § 640). Mit welcher Begründung kann man jedoch vertreten, dass der Erfüllungsanspruch sogar auch schon durch die – ggf. sogar mangelhafte – Herstellung / Fertigstellung des Werkes als solche erlischt?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT WerkvertragsR

Hauptleistungspflichten (31)

§ 631

1. Was sind die Hauptleistungspflichten des Werkunternehmers?
2. Was sind die Hauptleistungspflichten des Bestellers?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldr BT WerkvertragsR

Mangelbegriff (33)

§ 633

Wie ist der Begriff des Werkmangels iSv § 633 zu verstehen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Hauptleistungspflichten des Werkunternehmers
 - a) Herstellung des versprochenen Werkes, § 631 I
 - b) frei von Sach- und Rechtsmängeln, § 633 I
 - c) Nacherfüllung gem. §§ 634 Nr. 1, 635 I im Fall mangelhafter Herstellung des Werkes (sog. modifizierter Erfüllungsanspruch des Bestellers)
2. Hauptleistungspflichten des Bestellers
 - a) Entrichtung der vereinbarten Vergütung, § 631 I (fällig ab der Abnahme, § 641)
 - b) Abnahme des Werkes, § 640

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Mangelbegriff:

Nach § 633 II 1 ist das Werk mangelhaft, wenn es nicht die vereinbarten Beschaffenheiten aufweist.

**Eine Beschaffenheitsvereinbarung ist dabei jede vertragliche Einigung der Parteien über die geschuldeten Eigenschaften des Werkes.
Ein Sachmangel ist demnach jede Abweichung der Istbeschaffenheit des Werkes von seiner Sollbeschaffenheit.**

beachte:

Anders als im Kaufrecht ist es im Werkvertragsrecht gerade üblich, dass die Parteien das von dem Besteller geschuldete Werk in irgendeiner Form „besprechen“. Dies führt im Unterschied zum Kaufrecht gerade dazu, dass Mängel des Werkes regelmäßig schon unter § 633 II 1 fallen und daher auf die weiteren Auffangtatbestände in § 633 II 2 nur selten zurückgegriffen werden muss.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Hauptleistungspflicht
 - a) des Verkäufers: Verschaffung von Eigentum und Besitz, § 433 I
 - b) des Dienstverpflichteten: Ausführung einer Tätigkeit durch redliches Bemühen um den zugesagten Erfolg, § 611
 - c) Herstellung des Werkes (als geschuldeter Erfolg), § 631
2. Sofern der Unternehmer die (bewegliche) Sache für den Besteller zunächst noch herstellt oder erzeugt, erfolgt regelmäßig ein gesetzlicher Eigentumswerb des Herstellers gem. § 950. Das Ziel des Bestellers besteht jedoch nicht nur darin, dass die Sache hergestellt oder erzeugt wird – er möchte auch das Eigentum daran erwerben. Dieses Ziel ist jedoch gerade typischer Inhalt des Kaufvertrages – daher verweist § 651 grundsätzlich auf die Anwendung dieser Vorschriften.
3. Das Werkvertragsrecht iSd §§ 631 ff. findet daher Anwendung auf
 - a) Sachwerke
 - b) d. h. **Herstellung von unbeweglichen Sachen und Veränderung** von Sachen
 - c) geistige Werke
 - d) die geistige Schöpfung / Tätigkeit steht im Vordergrund der Unternehmerpflicht
 - e) unkörperliche Werke
 - f) z.B. Beförderungsleistungen

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Ab Herstellung des Werkes ist bereits abschließend feststellbar, ob dieses mit einem Mangel behaftet ist, welcher die Gewährleistungsansprüche der §§ 634 ff. auslöst. Insofern ließe sich annehmen, dass bereits mit der Herstellung fder ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 631 I durch einen modifizierten Erfüllungsanspruch in Form eines Nacherfüllungsanspruchs gem. §§ 634 Nr. 1, 635 abgelöst wird.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT	WerkvertragsR
Abnahme	(36)

§ 640

Wie ist der Begriff der Abnahme iSv § 640 definiert?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT	WerkvertragsR
Rechtsfolgen der Abnahme	(38)

§ 640

Welche Rechtsfolgen löst die Abnahme nach § 640 aus?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



BGB AT	Rechtsgeschäfte
Zugang von Willenserklärungen	(9)

Allg.
BGB
§ 130

1. Definiere den Zugang einer Willenserklärung.
2. Wann geht eine Erklärung zu, die gegenüber einem Empfangsvertreter abgegeben wird.
3. Wann geht eine Erklärung zu, wenn sie gegenüber einem Empfangsboten abgegeben wird. Wie ist der Begriff „Empfangsbote“ zu definieren? Was gilt, wenn die Mittelsperson nur vermeintlich Empfangsbote ist?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



BGB AT	Rechtsgeschäfte
Kaufmännisches Bestätigungsschreiben	(13)

Allg.
BGB
§§ 145 ff.

1. Was ist ein Kaufmännisches Bestätigungsschreiben?
2. Wie kommt unter Verwendung eines Kaufmännischen Bestätigungsschreibens ein Vertrag zustande?
3. Wie ist der Prüfungsaufbau beim Kaufmännischen Bestätigungsschreiben?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Der Anspruch auf den Werklohn wird fällig, § 641 I

- 1.) Ab dem Zeitpunkt der Abnahme ist die Vergütung zu verzinsen, § 641 IV
- 2.) Der allgemeine Erfüllungsanspruch erlischt, er wandelt sich um in einen Nacherfüllungsanspruch
- 3.) Verjährungsbeginn in den Fällen des § 634 a Nr. 1, 2, vgl. § 634 a II
- 4.) Die Preisgefahr geht auf den Besteller über, § 644 I

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Das Kaufmännische Bestätigungsschreiben beschreibt die Situation, dass ein Kaufmann einem anderen nach dem Abschluss eines Vertrages eine schriftliche Bestätigung über den Vertragsinhalt zuschickt. Dieser Handelsbrauch findet seine Erklärung darin, dass die Schnellebigkeit des Handelsverkehrs ein regelmäßiges Bedürfnis nach Klarstellung mit sich bringt. Üblich ist, dass der Empfänger auf das Schreiben hin widerspricht, sofern der bestätigte Inhalt nicht mit dem tatsächlich vereinbarten Inhalt übereinstimmt.
2. Der Vertrag kommt zustande durch das Schweigen des anderen auf dieses Bestätigungsschreiben innerhalb der sogenannten Widerspruchsfrist.
(**Beachte:** Das Schweigen ist hier ein Handelsbrauch – keine Willenserklärung!!)
3. Prüfungsaufbau:
 - a) Persönlicher Anwendungsbereich
 - b) Vertragsverhandlungen mit (technischem) Klarstellungsbedürfnis
 - c) Vorliegen eines echten KBS (Abgrenzung zur Auftragsbestätigung)
 - d) Zulässige Bezugnahme des KBS auf den Inhalt der Vertragsverhandlungen
 - ⇒ Abänderungen u. Ergänzungen werden nur dann wirksamer Inhalt, wenn der Absender vernünftigerweise mit dem Einverständnis des Empfängers rechnen durfte und die Abänderung auch nicht unzumutbar ist
 - e) Zugang des KBS kurz nach den Verhandlungen (2 – 5 Tage)
 - f) Kein Widerspruch innerhalb der Widerspruchsfrist (3 – 7 Tage)
 - g) Kein Ausschluss

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Definition der Abnahme:

Abnahme ist die körperliche Entgegennahme des Werkes im Wege der Besitzübernahme verbunden mit der Erklärung des Bestellers, dass er das Werk als in der Hauptsache vertragsgemäß anerkenne.

Beachte: Sofern eine körperliche Entgegennahme im Einzelfall nicht möglich ist (z.B. bei Arbeiten an einem Grundstück oder Arbeiten an Sachen, die sich bereits im Besitz des Bestellers befinden), so genügt zur Abnahme die Billigungserklärung.

Beachte:

*Die Abnahme kann wg. unwesentlicher Mängel nicht verweigert werden, § 640 I 2.
Die Wirkungen der Abnahme treten im Fall des § 640 I 3 auch bereits mit Fristablauf ein.*

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Eine Willenserklärung ist zugegangen, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat. Auf eine **tatsächliche Kenntnisnahme** kommt es gerade **nicht** an.
2. Diese geht sofort zu; dies folgt aus § 164 III, I BGB
3. **Empfangsbote ist, wer nach der Verkehrsanschauung als geeignet und ermächtigt anzusehen ist, die Erklärung für den Empfänger anzunehmen.
Wird eine Willenserklärung gegenüber einem Empfangsboten abgegeben, so geht sie in dem Moment zu, in dem unter normalen Umständen mit der Weiterleitung an den Empfänger zu rechnen ist.**
Ein „vermeintlicher Empfangsbote“ liegt dann vor, wenn die Hilfsperson nach der Verkehrsanschauung gerade **nicht** als geeignet oder ermächtigt anzusehen ist. In diesem Fall steht die Hilfsperson nicht im Machtbereich des Empfängers, so dass die Erklärung letzteren auch noch gar nicht erreicht hat. Die Hilfsperson wird damit zum Erklärungsboten (der auf Seiten des Absenders steht), und die Erklärung geht erst dann zu, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit der Kenntnisnahme hat (d.h. Zugang erst bei Weiterleitung der Erklärung an den Empfänger).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Für mein Studium

nur das Beste



RA - BESTELLFORMULAR

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

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

Hiermit bestelle ich:

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



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

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

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

Lastschriftinzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

Ort, Datum

Unterschrift

RA - ABONNEMENTVERTRAG

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

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

Hiermit bestelle ich:

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

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

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

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

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

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

Ermächtigung zum Lastschrifteinzug

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

Kontoinhaber: _____

Kontonummer: _____

BLZ: _____

Kreditinstitut: _____

Abonnement und Lastschrifteinzugsermächtigung bestätige ich mit meiner Unterschrift.

Ort, Datum

Unterschrift

**JURA
INTENSIV**

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

SKRIPTEN - BESTELLFORMULAR

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



Hiermit bestelle ich:

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

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

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

Lieferung erfolgt unverzüglich nach Gutschrift der Lastschrift.

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



GG	Grundrechte
----	-------------

Allg. Gleichheitsgrundsatz

Art. 3 I
GG

1. Welche beiden Fallkonstellationen kennt Art. 3 I GG?
2. Wie wird eine Verletzung von Art. 3 I GG geprüft?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwProzessR	FFK
--------------	-----

FF-Interesse

§ 113 I 4
VwGO

1. Nenne die anerkannten Fallgruppen des Fortsetzungsfeststellungsinteresses i.S.d. § 113 I 4 VwGO.
2. Was ist bezüglich dieser Fallgruppen besonders zu beachten?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwProzessR	FFK
--------------	-----

Aufbauschema

§ 113 I 4
VwGO

Wie wird die Prüfung einer Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO aufgebaut (Grobschema) ?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR AT	VA
----------	----

Nebenbestimmungen

§ 36
VwVfG

1. Unter welchen Bedingungen kann eine Nebenbestimmung nachträglich erlassen werden?
2. Unter welchen Bedingungen kann eine Nebenbestimmung erlassen werden, wenn auf den VA ein gebundener Anspruch besteht?
3. Ist die Auflage i.S.d. § 15 I VersG eine Nebenbestimmung i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Frage: Gleiches darf nicht ungleich und Ungleiches nicht gleich behandelt werden, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt ist.

2. Frage:

Fall 1: Gleiches ungleich

- A. Wesentlich Gleiches
- B. Ungleichbehandlung
- C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - I. Willkürformel: Sachlicher Grund für Differenzierungsziel und -mittel
 - II. Neue Formel: Bei hoher Belastungsintensität zusätzlich Verhältnismäßigkeit erforderlich

Fall 2: Ungleiches Gleich

- A. Wesentlich Ungleiches
- B. Gleichbehandlung
- C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung
 - I. Grds. (+)
 - II. Ausnahme: Gleichbehandlung unerträglich (eng)

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart, § 88 VwGO
 - 1. VA
 - 2. Erledigung
 - 3. Nach Erhebung der Anfechtungsklage
 - Vorher / Verpflichtungsklage: str, h.M.: Analogie
- III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse, § 113 I 4 VwGO a.E.
- IV. Klagebefugnis, § 42 II VwGO analog
- V. Vorverfahren (str)
- VI. Frist (str)
- VI. Klagegegner, § 78 I VwGO analog
- B. Begründetheit

I. Rechtswidrigkeit des VA

- im Zeitpunkt der Erledigung
- II. Rechtsverletzung des Klägers
 - im Zeitpunkt der Erledigung

1. Es muss eine spezialgesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorliegen (Beispiel: § 5 Gaststättengesetz). § 36 II VwVfG erlaubt nur den zeitgleichen Erlass von NB (vgl. Wortlaut: „erlassen werden mit...“).

2. Dieser Fall ist in § 36 I VwVfG geregelt. Danach muss die NB ausdrücklich zugelassen sein (Bsp.: § 23 Fahrerlaubnisverordnung) und/oder der Herstellung der gesetzlichen Voraussetzungen des VA dienen (Bsp.: baurechtliche Auflagen, um die Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften herzustellen).

3. Nein. Es herrscht Versammlungsfreiheit (Art. 8 I, 2 I GG), Versammlungen werden also nicht genehmigt. Somit fehlt es für eine NB an einem beginnenden Grund-VA. „Aufgabe“ i.S.d. § 15 I VersG ist vielmehr untechnisch als ein „Weniger“ im Vergleich zum dort ebenfalls geregelten Verbot der Versammlung gemeint. Die „Aufgabe“ dort ist also ein eigenständiger VA!

Frage 1:

- **Wiederholungsgefahr**
- **Rehabilitationsinteresse**
- **Schadensersatzpräjudiz**
- **Lücke im Rechtsschutz**

Frage 2:

1. **Wiederholungsgefahr:** Es muss konkret wahrscheinlich sein, dass sich derselbe Sachverhalt zwischen den Prozessbeteiligten wiederholt.
2. **Rehabilitationsinteresse:** Gegeben bei diskriminierenden Verwaltungsakten. Auch ein intensiver Grundrechtseingriff genügt.
3. **Schadensersatzpräjudiz:** Nur bei Erledigung nach Klageerhebung und nur, wenn ein Amtshaftungsprozess a) konkret beabsichtigt und b) nicht völlig aussichtslos ist (Inzidenter-Evidenzkontrolle durch das VG).

4. **Lücke im Rechtsschutz:** Str, ob bei kurzfristig sich erledigenden VAen (BSp.: Platzverweis) immer ein FF-Interesse anzuerkennen ist, weil sonst Verstoß gegen Art. 19 IV GG vorläge.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR AT II	Beihilfe
Beihilfe – Schema	

§ 27 StGB

Prüfungsschema Beihilfe

Nenne alle relevanten Definitionen.



StrafR BT I	Diebstahl/Raub
Qualifikation – Bande	

§§ 244, 250 StGB

- Definiere „Bande“ i.S.d. §§ 244, 250.
- Was ist der Strafgrund der Banden-Qualifikation?
- Welche Konsequenzen hat der Streit über den Strafgrund bei der Frage:
 - Wie viele Mitglieder die Bande haben muss?
 - Wie das Merkmal „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ zu verstehen ist?
 - Ob die Bandenmitgliedschaft ein besonderes persönliches Merkmal i.S.d. § 28 II darstellt?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT I	Untreue
Prüfungsschema II	

§ 266 StGB

Prüfungsschema Untreue 2. Var. - Treubruchstatbestand

Nenne die relevanten Definitionen.



StPO	Zeugnis-VerwR
„Freigabebekrklärung“	

StPO § 250 ff.

Ist die Vernehmung einer nicht-richterlichen Verhörsperson bei nachträglicher Berufung des Zeugen auf sein Zeugnisverweigerungsrecht zulässig, wenn der Zeuge die Verwertung seiner früheren Aussage gestattet hat?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Def.:** Mehrere Personen haben sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten, also einer **Bande**, verbunden, wenn sie den gemeinsamen Entschluss gefasst haben, in Zukunft mehrere selbstständige, im Einzelnen ggf. noch ungewisse Taten zu begehen.
2. Streitig: Frühere Rspr.: Zahlenmäßige Überlegenheit am Tatort.
Aktuelle Rspr.: Effektivität durch Arbeitsteilung
- 3.) Eine Bande muss nach heute h.M. mind. 3 Mitglieder haben. Erst dann ergibt sich eine über die Effektivität der Mittäterschaft hinausgehende spezielle Effektivität der Bande.
„Unter Mitwirkung eines Bandenmitglieds“ bedeutet, dass an der Tat mindestens 2 Bandenmitglieder mitgewirkt haben müssen. Das eine Bandenmitglied kann jedoch auch nur Gehilfe iSd. § 27 sein.
Die Bandenmitgliedschaft stellt ein besonderes persönliches Merkmal iSd. § 28 II dar.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Es ist grundsätzlich möglich, dass ein Zeuge sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft und zugleich über seinen Rechtsanwalt erklären lässt, er sei mit der Verwertbarkeit seiner früheren nichtrichterlichen Vernehmung einverstanden.

Entscheidend für die Wirksamkeit dieses Verzichts auf das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO ist, dass er eindeutig ist und sich der Zeuge darüber im klaren ist, dass ohne seine Zustimmung die in Rede stehende nichtrichterliche Vernehmung nicht verwertet werden könnte. Bleibt zweifelhaft, ob der Zeuge die Tragweite seiner Einverständniserklärung richtig erfasst hat, muss das Gericht diesen qualifiziert befehlen.

Bei anwaltlicher Vertretung des Zeugen kann i.d.R. davon ausgegangen werden, dass sich der Zeuge der Reichweite seiner Erklärung bewusst ist.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

I. Tatbestand

1. Objektiv

a) vorsätzliche rechtswidrige Haupttat

- (+) beim Versuch als Haupttat (Achtung: Rücktritt des Teilnehmers noch möglich, da Haupttäter auch noch zurücktreten könnte.)
- (+) bei Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombinationen wegen § 11 II
- str. beim ETBI; nur (+) nach der rechtsfolgenverweisenden Variante, die die **Schuld-**komponente des „Vorsatzschuldvorwurfes“ entfallen lässt (wohl h.M.)

b) Hilfe leisten

Def.: Ein **Hilfeleisten** kann in jedem Tatbeitrag gesehen werden, der die Haupttat ermöglicht oder erleichtert oder die vom Haupttäter begangene Rechtsgrütsverletzung verstärkt.

2. Subjektiv

a) Vorsatz bzgl. vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat

b) Vorsatz bzgl. Hilfe leisten

Sog. „doppelter Gehilfenvorsatz“. Dies bedeutet nur, dass sich der Vorsatz des Teilnehmers (natürlich) auf beide Komponenten des objektiven TB beziehen muss.

3. (Ggf.) Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II

II. RWK

III. Schuld

IV. (Ggf.) Strafmilderung gem. § 28 I StGB

2. Treubruchtatbestand, § 266 I 2. Fall

a. Vermögensbetreuungspflicht

Def.: Eine **Vermögensbetreuungspflicht** i.S.v. § 266 I 2. Fall ist gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen eingeräumt wurde und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht des Täters darstellt.

b. Pflichtverletzung

Def.: **Pflichtverletzung** i.S.v. § 266 I 2. Fall ist jedes vermögensrelevante Verhalten, das im Widerspruch zu der dem Täter obliegenden Vermögensbetreuungspflicht steht.

c. Vermögensnachteil

Def.: **Vermögensnachteil** entspricht dem Schaden beim Betrug.

d. Kausalität b. – c.

e. Vorsatz bzgl. a. – d.

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Formelle Verstöße sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 12 I ThürPAG kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im Einzelfall bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung abzuwehren. Insbesondere kann eine Maßnahme im Sinne dieses Absatzes 1 getroffen werden, wenn sie notwendig ist, um Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten zu verhüten oder zu unterbinden, durch solche Handlungen verursachte Zustände zu beseitigen oder Gefahren abzuwehren oder Zustände zu beseitigen, die Leben, Gesundheit oder die Freiheit der Person oder die Sachen oder Tiere, deren Erhaltung öffentlichen Interesse geboten erscheint, bedrohen oder verletzen (§ 12 II 1 ThürPAG).

a. Gefahr für die öffentliche Sicherheit

Zu den Schutzgütern der öffentlichen Sicherheit gehören die Individualrechte und –rechtsgüter, das gesamte geschriebene Recht sowie staatliche Einrichtungen und Veranstaltungen. Fraglich ist, ob eines dieser Schutzgüter hier gefährdet war.

aa. Geschriebenes Recht

Der Kl. könnte gegen §§ 22, 33 KUG verstoßen haben. Strafbar ist es danach, ohne Einwilligung des Abgebildeten Bildnisse zu verbreiten oder öffentlich zur Schau zu stellen.

„[Jedoch] ist das Filmen und Fotografieren polizeilicher Einsätze grundsätzlich zulässig. Denn die §§ 22, 23 KUG erfassen zusammen mit der Strafvorschrift des § 33 KUG lediglich ein Verbreiten und öffentliches zur Schau stellen aber – auch im Hinblick auf das strafrechtlich geltende Analogieverbot – nicht das Herstellen von Abbildungen. [...]

Konkrete Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Veröffentlichung der Bilder durch den Kl. liegen aber nicht vor. Der Kl. hat [...] geltend gemacht, Ziel der von ihm [...] gefertigten Bilder sei es gewesen, die Bilder der von der Polizeimaßnahme betroffenen Frau ihr zur Untermauerung einer möglichen Strafanzeige zur Verfügung zu stellen. Das ist nicht widerlegt.“

Ebenso : BVerwGE 109, 203; VGH Mannheim, NVwZ 2001, 1292.

bb. Individualrechtsgüter

Es bleibt ein denkbarer Verstoß gegen Individualrechtsgüter des P, namentlich sein Recht am eigenen Bild als Ausdruck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das in Art. 1 I 1 i.V.m. 2 I GG geschützt ist. Dazu das VG:

„Schließlich trifft auch der Einwand, Maßnahmen nach § 12 I ThürPAG seien auch zulässig, um das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Polizeibeamten zu schützen, nicht zu. **Im Verhältnis zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht sind die Vorschriften der §§ 22 f. KUG für ihren Geltungsbereich lex specialis.** Soweit es um die Verletzung des Rechts am eigenen Bild als besondere rechtliche Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geht, scheidet ein Rückgriff auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus. Lediglich in außergewöhnlichen Einzelfällen kann es danach in Betracht kommen, dass bereits allein das Fotografieren ein spezifischer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Polizeibeamten darstellt. Dafür ist hier aber [...] nichts ersichtlich.“

Im Übrigen wäre zu beachten, dass der Schutz privater Rechte der Polizei nach § 2 II ThürPAG nur ausnahmsweise unterliegt. Um sein allg. Persönlichkeitsrecht zu schützen, dürfte sich P m.a.W. grds. nicht seiner hoheitlichen Befugnisse bedienen, sondern müsste ggf. zivilrechtlich auf Unterlassen, Herausgabe, Schadensersatz usw. klagen.

b. Gefahr für die öffentliche Ordnung

Für eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch das Verhalten des Kl. ist vorliegend nichts ersichtlich.

Somit war das polizeiliche Verhalten rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung

Der Kl. wurde dadurch auch in seinen Rechten verletzt, und zwar zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG. Die Klage ist somit auch begründet. Sie hat insgesamt Erfolg.

FAZIT:

Es handelt sich um einen schönen Fall aus dem Bereich des Polizeirechts, der – zumal verbunden mit einigen Zulässigkeitsproblemen – mehr oder weniger unverändert in eine Examensklausur übernommen werden könnte.

Im Originalfall hatte die Polizei übrigens auch noch die Personalien des Kl. festgestellt. Dies war allerdings ebenso rechtswidrig, da § 14 I ThürPAG als Ermächtigungsgrundlage auch eine Gefahr erfordert.

Zur Rechtmäßigkeit erkennungsdienstlicher Maßnahmen vgl. auch BVerwG, NVwZ-RR 2012, 342. Diese Entscheidung ist besonders für Referendare interessant, da es dort um eine Maßnahme nach § 81 b Alt. 2 StPO ging, die bekanntlich – trotz ihrer Stellung in der StPO – präventiven Charakter hat und daher vor den Verwaltungsgerichten überprüft werden kann (vgl. nur BVerwG, NVwZ-RR 2011, 710). Gerade in Klausuren und Aktenvorträgen zum 2. Staatsexamen spielt diese Norm immer wieder eine Rolle, da sie hohe Praxisrelevanz besitzt.

Zur Zulässigkeit einer Fortsetzungsfeststellungsklage vergleiche auch den nachstehenden versammlungsrechtlichen Fall.

Problem: Wiederholende Auflage im Versammlungsrecht

VGH MANNHEIM, URTEIL VOM 02.08.2012
1 S 618/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

In den Versammlungsgesetzen des Bundes und – soweit vorhanden – der Länder sind bestimmte Ge- und Verbote explizit geregelt, so auch das hier streitgegenständliche Vermummungsverbot im Versammlungsgesetz des Bundes (§ 17a II Nr. 2 VersG). Die Rechtsfolge ergibt sich also schon aus dem Gesetz. Setzt die Versammlungsbehörde sie gleichwohl in eine Auflage um, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG handelt, oder ob – eben weil die Rechtsfolge sich schon aus dem Gesetz ergibt – die Regelungswirkung fehlt, mit der Folge, dass es sich lediglich um einen Hinweis auf die Gesetzeslage handelt.

Dass die Beantwortung dieser Frage eine Reihe von Konsequenzen hat – nicht zuletzt prozessuale (Anfechtbarkeit ja oder nein) – liegt auf der Hand. Der VGH Mannheim löst den Fall salomonisch: Jedenfalls dann, wenn eine solche „wiederholende Auflage“ in einen Kontext von tatsächlichen Auflagen eingebettet sei, habe es für den Adressaten den Anschein, dass eine Regelung herbeigeführt werden sollte. Dies gelte umso mehr, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet würde. Allein deshalb sei dann schon ein Verwaltungsakt zu bejahen.

Sodann stellte sich die materielle Frage, ob eine „wiederholende Auflage“ einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf, wo sich die Rechtsfolge eigentlich doch bereits aus dem Gesetz ergibt. Der VGH bejaht dies mit überzeugenden Argumenten: Unabhängig von seinem Inhalt bedeute allein die Tatsache, dass überhaupt ein Verwaltungsakt erlassen werde, für den Bürger einen Grundrechtseingriff, der einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Dies trifft zu. Beispielsweise verschiebt sich die Klageobliegenheit zu seinen Lasten, und die Behörde erhält einen vollstreckungsfähigen Titel. Diese Ermächtigungsgrundlage kann auch nicht in § 17a II Nr. 2 VersG selbst liegen, weil dieser nicht zum Erlass von Auflagen ermächtigt. Der VGH rekrutiert deshalb konsequent § 15 I VersG, dessen Voraussetzungen im konkreten Fall allerdings nicht vorlagen, sodass die Auflage rechtswidrig war.

SACHVERHALT:

Der Kläger (Kl.) meldete bei der Versammlungsbehörde in Baden-Württemberg am 25.1.2011 eine Kundgebung von ca. 250 Teilnehmern gegen Castor-Transporte an. Ein Lkw sollte als Bühne dienen, die Teilnehmer und Passanten sollten per Lautsprecher, Transparenten und Flyern erreicht werden. Mit Bescheid vom 09.02.2011 bestätigte die Bekl. die Versammlung und erteilte eine Reihe von – so wörtlich – formell rechtmäßigen „Auflagen“, darunter unter Ziffer 7 die folgende:

„Gegenstände, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern, dürfen bei der Versammlung nicht mitgeführt werden. Hierzu zählt insbesondere die Bekleidung mit Kapuzenpullovern und Halstüchern, wenn dadurch eine Identifizierung unmöglich gemacht wird (z. B. Halstuch vollstän-

Leitsätze:

1. Zur Auslegung einer das gesetzliche Verbot des Mitführens von Vermummungsgegenständen wiederholenden "Auflage".

2. Eine Pflicht des Leiters einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel oder eines Aufzugs, für die Einhaltung des - gesetzeswiederholend - verfügten Verbots des Mitführens von Vermummungsgegenständen zu sorgen, kann allenfalls unter den engen Voraussetzungen des § 15 I VersG durch eine beschränkende Verfügung (Auflage) begründet werden (hier verneint).

Dieses Problem wird üblicherweise als „**VA-Befugnis**“ bezeichnet. Die Behörde benötigt streng genommen zwei Ermächtigungsgrundlagen: Eine für den Inhalt, und eine für die Handlungsform „VA“. Teilweise sind diese Ermächtigungsgrundlagen tatsächlich im Gesetz getrennt (vgl. z.B. § 49a I 1, 2 VwVfG); ansonsten wird jedenfalls im Über- Unterordnungsverhältnis angenommen, dass die den Inhalt regelnden Ermächtigungsgrundlagen gewohnheitsrechtlich auch zum Erlass eines VA ermächtigen. Ist dies der Fall, muss im Gutachten auf die „VA-Befugnis“ nicht besonders eingegangen werden.

dig über Mund und Nase gezogen, Kapuze weit ins Gesicht hinein getragen).“

Der Sofortvollzug aller Auflagen wurde angeordnet. Der Kl. erhob Widerspruch, der bis zum Versammlungsbeginn allerdings nicht beschiedenen wurde. Vor Ort ergaben sich im Hinblick auf das Vermummungsverbot keine Probleme, da die Versammlung friedlich abließ.

Am 09.03.2011 erhob der Kl. Klage mit dem Antrag festzustellen, dass die Auflage gem. Ziffer 7 rechtswidrig war. Er wolle auch künftig derartige Versammlungen abhalten und sicherstellen, dass er dabei von derartigen Auflagen verschont bleibe. Erstens habe es keinen Grund für ihre Anordnung gegeben, da eine Unfriedlichkeit nicht zu erwarten gewesen sei, und zweitens könne er als Veranstalter keine Garantie für die Bekleidung aller Teilnehmer übernehmen.

Hat die Klage Erfolg?

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Streitentscheidende Normen sind solche des Versammlungsgesetzes, die ausnahmslos öffentlich-rechtlicher Natur sind und somit eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit begründen. Diese ist auch nichtverfassungsrechtlicher Art, abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem begehren des Klägers. Hier könnte eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 I 4 VwGO statthaft sein. Dann müsste sich ein Verwaltungsakt nach Erhebung der Anfechtungsklage erledigt haben.

1. Verwaltungsakt

Fraglich ist, ob die streitgegenständliche „Auflage“ einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellt. Insbesondere ist die Regelungswirkung problematisch, da sich die Rechtsfolge bereits unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, § 17a II Nr. 2 VersG. Dazu der VGH:

„Das Mitführungsverbot in Ziffer 7 [...] ist ein Verwaltungsakt und nicht lediglich ein Hinweis auf die Gesetzeslage, denn es erweckt unabhängig von seinem tatsächlichen rechtlichen Gehalt zumindest den Eindruck einer abschließenden Einzelfallregelung. Ob eine behördliche Äußerung einen Verwaltungsakt darstellt, ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei entsprechend §§ 133, 157 BGB auf den erklärten Willen aus der Sicht eines verständigen Empfängers abzustellen ist. Dabei sind nicht nur der Tenor, sondern auch die Begründung und die Umstände der Bekanntgabe zu berücksichtigen. Eine von der Behörde als „Auflage“ bezeichnete Maßnahme kann danach eine Verfügung mit Regelungsgehalt sein.

Zwar klingt der isolierte Wortlaut von Ziffer 7 [...] nach einem schlichten Hinweis auf die Gesetzeslage, da er lediglich § 17a II Nr.

Zum VA allein aufgrund äußerer Form vgl. OVG Schleswig, NJW 2000, 1059; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 16.

Ansonsten genügt die alleinige Wiedergabe des Gesetzeswortlauts nämlich nicht für eine Regelungswirkung, vgl. BVerfGK 10, 493, 496; VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 6.

2 VersG wiedergibt. Auch die Bezeichnung als „Auflage“, die im versammlungsrechtlichen Zusammenhang auf § 15 Abs. 1 VersammlG verweist, steht einem solchen Verständnis nicht zwingend entgegen, da die Verwendung dieses Begriffs für versammlungsrechtliche Vorgaben jeglicher Art gebräuchlich ist. [...]

Entscheidend für ein Verständnis als Verwaltungsakt spricht jedoch, dass Ziffer 7 in einer Liste von Einzelanordnungen steht, die allesamt als Verwaltungsakt zu qualifizieren sind. [...] Schließlich konnte ein objektiver Empfänger die Auflage mit Blick auf die Anordnung des Sofortvollzugs nur als Verwaltungsakt verstehen, denn diese Anordnung ergibt nur Sinn, wenn die Beklagte mittels Verwaltungsakt handeln wollte.“

2. Erledigung nach Erhebung der Anfechtungsklage

Die „Auflage“ hat sich mit Durchführung der Versammlung durch Zeitablauf nach § 43 II VwVfG erledigt. Allerdings trat die Erledigung nicht nach, sondern vor Erhebung der Anfechtungsklage ein. Der VGH verwendet hierauf einen einzigen Satz:

„Erledigt sich der Verwaltungsakt - wie hier - bereits vor Klageerhebung, findet § 113 I 4 VwGO entsprechende Anwendung.“

Statthaft ist somit eine Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO.

III. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Ferner ist ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung des erledigten Verwaltungsakts erforderlich, § 113 I 4 VwGO a.E.

„Ein solches Interesse besteht [...], wenn die angegriffene Maßnahme die Versammlungsfreiheit schwer beeinträchtigt, wenn die Gefahr einer Wiederholung besteht oder wenn aus Gründen der Rehabilitierung ein rechtlich anerkanntes Interesse an der Klärung der Rechtmäßigkeit angenommen werden kann.

Danach kann ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse vorliegend zumindest aus dem Gesichtspunkt der Wiederholungsgefahr bejaht werden. Das Erfordernis der Wiederholungsgefahr setzt zum einen die Möglichkeit einer erneuten Durchführung einer vergleichbaren Versammlung durch den Kläger voraus, zum anderen, dass die Behörde voraussichtlich auch zukünftig an ihrer Rechtsauffassung festhalten wird. Dies ist hier der Fall.“

IV. Klagebefugnis

Der Kl. ist als Adressat der belastenden Auflage jedenfalls möglicherweise in seinem Grundrecht aus Art. 2 I GG verletzt, wobei darüber hinaus eine Verletzung seiner Versammlungsfreiheit aus Art. 8 I GG in Betracht kommt. Er ist somit analog § 42 II VwGO klagebefugt.

V. Vorverfahren

Fraglich ist, ob der Kl. ein Vorverfahren analog § 68 I 1 VwGO hätte durchführen müssen. Er hat zwar Widerspruch eingelegt, dieser ist jedoch nicht beschieden worden. Der VGH Mannheim schließt sich jedoch der ganz h.M. an, wonach § 68 I VwGO auf Fortsetzungsfeststellungsklagen keine analoge Anwendung findet:

„Die Durchführung des mit Einlegung des Widerspruchs eingeleiteten Vorverfahrens war nicht erforderlich, da dieses seine Aufgabe (Selbstkontrolle der Verwaltung, Zweckmäßigkeitprüfung) nicht

Vgl. hierzu bereits den vorstehenden Fall sowie BVerwGE 138, 186, 190 (st.Rspr.); VGH Mannheim, VBIBW 2011, 155; VBIBW 2012, 61.

Zum FF-Interesse im Versammlungsrecht vgl. zuletzt BVerfG, NVwZ-RR 2011, 405.

Ebenso in st.Rspr. das BVerwG seit BVerwGE 26, 161; vgl. zuletzt BVerwG, NVwZ 2001, 1288; VGH Mannheim, VBIBW 2010, 468.

mehr hätte erfüllen können und eine Widerspruchsentscheidung in der Sache unzulässig gewesen wäre.“

VI. Frist

Vgl. schon den vorstehenden Fall sowie BVerwGE 109, 203, 208 f.

Verwirkung wird (in Anlehnung an § 58 II VwGO) jedenfalls nicht vor Ablauf eines Jahres anzunehmen sein.

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

VI. Klagegegner

Der richtige Klagegegner richtet sich nach § 78 I VwGO analog. Baden-Württemberg hat das Behördenprinzip nach § 78 I Nr. 2 VwGO nicht umgesetzt, sodass die Klage analog § 78 I Nr. 1 VwGO gegen den Rechtsträger der handelnden Versammlungsbehörde zu richten ist.

Die Klage ist nach alledem zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzte, § 113 I 1, 4 VwGO.

I. Rechtswidrigkeit

Ein Verwaltungsakt ist rechtmäßig, 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.

1. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob die streitgegenständliche „Auflage“ hier einer Ermächtigungsgrundlage bedarf, und falls ja, ob eine solche vorliegt.

a. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Nach dem aus der Gesetzesbindung der Verwaltung in Art. 20 II 2 GG ableitbaren Vorbehalt des Gesetzes darf die Verwaltung grds. nicht ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage handeln. Dies gilt nach der „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG jedenfalls für wesentliche Maßnahmen, wobei eine solche jedenfalls bei Grundrechtseingriffen vorliegt. Daran könnte man hier zweifeln, weil – wie oben dargelegt – lediglich der Wortlaut des § 17a II Nr. 2 VersG wiederholt wird, sodass es an einem eigenständigen Regelungs- und damit Eingriffscharakter fehlen könnte. Dazu der VGH:

„Eine Ermächtigungsgrundlage ist nicht deshalb entbehrlich, weil die Verfügung im Wesentlichen den Gesetzestext des § 17a II Nr. 2 VersG wiederholt. Der Erlass eines belastenden Verwaltungsakts setzt nicht nur voraus, dass für die getroffene rechtliche Regelung in materieller Hinsicht eine gesetzliche Grundlage besteht, sondern auch dafür, dass die Behörde in Form eines Verwaltungsakts handeln darf. Gesetzeswiederholende Verfügungen sind dann berechtigt, wenn im Einzelfall Anlass besteht, besonders auf die Pflicht zur Beachtung einer gesetzlichen Bestimmung hinzuweisen und ein konkreter Bezug zu einem bestimmten Lebenssachverhalt hergestellt wird. Der Regelungsgehalt einer solchen Verfügung besteht darin, die Einhaltung einer Norm konkret anzumahnen und die Voraussetzungen für die Vollstreckung zu schaffen.“

Sog. „VA-Befugnis“. Vgl. zu dieser schon oben die Einleitung sowie Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 23 m.w.N.

b. Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob eine solche Ermächtigungsgrundlage hier vorliegt.

„**Da das Versammlungsgesetz sich für unmittelbar versammlungsbezogene Eingriffe als abschließende Regelung darstellt, die einen Rückgriff auf das allgemeine Polizeirecht und damit auch auf die polizeiliche Generalklausel ausschließt**, kommen hier in Ermangelung einer versammlungsrechtlichen Generalermächtigung nur die speziellen Ermächtigungsgrundlagen des Versammlungsgesetzes in Betracht.“

Man spricht von „Polizeifestigkeit der Versammlung“.

aa. § 17a II Nr. 2 VersG

§ 17a II Nr. 2 VersG selbst enthält keine Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten in Form von Auflagen, kommt insoweit also nicht in Betracht.

bb. § 17a IV VersG

„Auch § 17a IV VersG scheidet als Ermächtigungsgrundlage aus. Danach kann die Behörde Anordnungen zur Durchsetzung der Verbote der Absätze 1 und 2 treffen. **§ 17a IV VersG ermächtigt nur zu Maßnahmen gegenüber denjenigen Personen, die im Begriff sind, eines der gesetzlichen Verbote zu verletzen**. Dies ergibt sich aus der Systematik des Versammlungsgesetzes, das Maßnahmen gegen die Versammlung als Ganze in § 15 konzentriert. Eine Anordnung, die unterschiedslos auch Personen betrifft, bei denen eine Verbotsmissachtung weder vorliegt noch droht, kann daher nicht auf § 17a IV VersG gestützt werden.“

cc. § 15 I VersG

Es bleibt ein Rückgriff auf § 15 I VersG. Diese Vorschrift erlaubt den Erlass von Auflagen gegenüber dem Veranstalter einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel. Eine solche lag hier offensichtlich vor, auch war der Kl. als Adressat der Auflage Veranstalter derselben.

„Versammlung“, „öffentlich“ und „unter freiem Himmel“ hätten auch definiert und subsumiert werden können, liegen jedoch so offensichtlich vor, sodass die Prüfung jedenfalls kurz zu halten ist. Auch wäre es vertretbar gewesen, diese Merkmale erst im Tatbestand zu prüfen.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Formelle Verstöße sind nicht ersichtlich.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht müsste zunächst der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sein. Dieser setzt eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraus.

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

Ebenso BVerfGE 69, 315, 352 ff.; BVerwGE 131, 216, 218.

„Eine unmittelbare Gefahr, also ein Zustand, der bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt, wird vorliegend selbst von der Bekl. nicht geltend gemacht. Im Gegenteil war bereits ex ante von einem friedlichen Verlauf auszugehen.“

Somit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen bereits nicht vor. Die Auflage ist rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung

Sie verletzt den Kl. auch in seinen Grundrechten aus Art. 2 I, 8 I GG. Somit ist die Fortsetzungsfeststellungsklage auch begründet. Sie hat insgesamt Erfolg.

FAZIT:

A. Das Gericht befindet sich mit seiner Entscheidung zum VA-Charakter der Maßnahme in guter Gesellschaft. Auch außerhalb des Versammlungsrechts ist anerkannt, dass ein Verwaltungsakt allein deshalb - also losgelöst von den Merkmalen des § 35 S. 1 VwVfG - vorliegen kann, weil die Behörde die äußere Form eines Verwaltungsakts wählt. Ob dies der Fall ist, ist - wie vom VGH ausgeführt - nach Auslegung vor dem objektiven Empfängerhorizont zu bestimmen, also z.B. danach, ob eine entsprechende Überschrift gewählt („Bescheid“), eine Rechtsmittelbelehrung über Widerspruch oder Anfechtungsklage erteilt, die sofortige Vollziehung angeordnet, Zwangsmittel androht oder - wie hier - die Maßnahme in einen entsprechenden Kontext gesetzt worden ist.

B. Übrigens hätte sich die hier Streitgegenständliche Auflage wohl als unverhältnismäßig und damit auch dann als rechtswidrig erwiesen, wenn der Fall so konstruiert worden wäre, dass eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit zu bejahen gewesen wäre. Denn im Gegensatz zu einem Verstoß gegen das Vermummungsverbot wird sich ein Verstoß gegen das Mitführungsverbot oftmals nicht ohne weiteres feststellen lassen. Hierzu führt der VGH - offensichtlich in der Absicht, den Prozessbeteiligten für zukünftige Fälle einen Hinweis zu geben - aus:

„Ein Teilnehmer verstößt bereits hiergegen, wenn er über zur Vermummung geeignete Gegenstände wie Kapuzenpullover oder Halstücher die tatsächliche Gewalt mit der Maßgabe ausübt, diese Gegenstände jederzeit zum Zweck der Vermummung verfügbar zu haben und er sich dessen bewusst ist. Nicht erforderlich ist, dass die Vermummungsgegenstände offen getragen oder gar bereits zur Vermummung verwendet werden. Mangels polizeilicher Befugnisse wird der Versammlungsleiter daher Verstöße gegen das Mitführungsverbot, welches in erster Linie dazu dient, eine konkrete Handhabe für präventiv-polizeiliche Maßnahmen im Vorfeld potenziell unfriedlicher Versammlungen zu schaffen, regelmäßig kaum feststellen können.“

C. Zur Parallelproblematik des Erfordernisses einer Ermächtigungsgrundlage für sog. „feststellende Verwaltungsakte“, bei denen sich die Rechtsfolge ebenfalls bereits unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, vgl. VG Sigmaringen, RA 2008, 621 = NVwZ-RR 2008, 613.

OVG Schleswig, NJW 2000, 1059; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35 Rn. 16; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 35 Rn. 23 m.w.N.

*Speziell für Referendare:***Problem: Hilfsweise eingelegte Berufung**

OVG KOBLENZ, URTEIL VOM 15.05.2012
6 A 11235/11 (NVWZ-RR 2012, 703 L)

EINLEITUNG:

Prozesshandlungen sind – anders als Willenserklärungen - bekanntlich bedingungsfeindlich. Eine Ausnahme besteht bekanntlich für Hilfsanträge, denn der Hilfsantrag ist eine innerprozessuale Bedingung, über deren Eintritt oder Nichteintritt zwischen Parteien und Gericht keine Rechtsunsicherheit eintreten kann. Der Rechtsanwalt der Parteien des vorliegend vom OVG Koblenz entschiedenen Falles kam daher auf die Idee, die vom VG zugelassene Berufung gegen einen Gerichtsbescheid „hilfsweise“ einzulegen, weil ihm als Hauptantrag ein Antrag auf mündliche Verhandlung nach § 84 II Nr. 5 VwGO vorzugswürdig erschien.

Dabei hatte er sich allerdings verrechnet: Mit Haupt- und Hilfsantrag können lediglich die Anträge innerhalb einer Instanz gestaffelt werden, ob überhaupt eine Klage oder – wie hier – ein bestimmtes Rechtsmittel eingelegt wurde, darf hingegen nicht unter eine Bedingung gestellt werden, weil es sich dann nicht um einen innerprozessualen Vorgang handelt. Im vorliegenden Fall betrifft z.B. die Entscheidung des VG über die mündliche Verhandlung nicht das Prozessrechtsverhältnis vor dem OVG, das über die Berufung zu entscheiden hat (ganz abgesehen davon, dass schon ein einfacher Blick ins Gesetz den Rechtsanwalt über seinen Irrtum hätte aufklären können: Nach § 84 II Nr. 5 VwGO ist ein Antrag auf mündliche Verhandlung nur statthaft, wenn ein Rechtsmittel nicht gegeben ist; nach Zulassung der Berufung war aber das Rechtsmittel der Berufung gegeben. Diese hatte also Vorrang und war folglich das einzig richtige Mittel der Wahl).

SACHVERHALT:

Die Kl. erstrebte die Erteilung einer Erlaubnis zur Vermittlung privater Sportwetten. Ihre hierauf erhobene Verpflichtungsklage wies das VG per Gerichtsbescheid vom 12.09.2011 unter Zulassung der Berufung ab. Dementsprechend wurde die Kl. in der dem Gerichtsbescheid beigefügten Rechtsmittelbelehrung darauf hingewiesen, dass ihr gegen diesen Gerichtsbescheid die Berufung zustehe, die innerhalb eines Monats nach Zustellung beim VG einzulegen sei.

Nachdem die Ausfertigung des Gerichtsbescheids am 16.09.2011 beim Prozessbevollmächtigten der Kl. eingegangen war, stellte dieser am 30.09.2011 per Fax beim VG einen „Antrag auf mündliche Verhandlung“ und legte „hilfsweise Berufung“ gegen den Gerichtsbescheid ein. Das VG lehnte den Antrag auf mündliche Verhandlung als unzulässig ab und gab die Sache an das OVG zur Entscheidung über den Berufungsantrag ab.

Wie wird das OVG entscheiden?

LÖSUNG:

Das OVG wird der Berufung gem. § 125 II 1 VwGO verwerfen, da sie sich als unzulässig erweist. Sie ist nämlich nicht statthaft.

Leitsatz:

Wird die vom Verwaltungsgericht ausdrücklich zugelassene Berufung gegen einen Gerichtsbescheid nur "hilfsweise" neben einem "vorrangigen" Antrag auf mündliche Verhandlung eingelegt, steht die Berufung unter einer Bedingung und ist deshalb unzulässig, wenn sie nicht ausnahmsweise in eine unbedingte Berufungseinlegung umgedeutet werden kann.

A. Zulassung durch das VG

Zwar hat das VG die Berufung nach § 124a I 1 VwGO zugelassen mit der Folge, dass sie von der Kl. unmittelbar nach § 124 II 1 VwGO eingelegt werden konnte, ohne dass es eines Berufungszulassungsverfahrens nach § 124a IV VwGO bedurfte.

B. Statthafte Einlegung

Aber die Kl. hat die Berufung nicht zulässigerweise innerhalb der Monatsfrist des § 124a II 1 VwGO eingelegt.

„Vielmehr hat sie einen fristgerechten, aber unstatthafte Antrag auf Durchführung der mündlichen Verhandlung gestellt und die vom Verwaltungsgericht ausdrücklich zugelassene Berufung gegen den angefochtenen Gerichtsbescheid nur hilfsweise eingelegt.“

I. Unzulässigkeit der bedingten Berufungseinlegung

„Fehlt es an dem eindeutigen und unbedingte ausgedrückten Willen zur Einlegung der Berufung, handelt es sich bei der hilfsweise eingelegte Berufung um einen bedingten Rechtsbehelf, der unzulässig ist. Andernfalls würden die Voraussetzungen für die Einlegung eines Rechtsbehelfs unklar werden, was in Anbetracht der Formbedürftigkeit und Formklarheit von Rechtsbehelfen nicht hingenommen werden kann. Mit der hilfsweisen Einlegung der Berufung wurde sie ausdrücklich unter eine Bedingung gestellt.“

II. Keine Umdeutung möglich

„Angesichts der unmissverständlichen Erklärung, die angegriffene Entscheidung solle in erster Linie durch das Verwaltungsgericht selbst aufgrund einer von diesem anzuberaumende mündliche Verhandlung einer Nachprüfung unterzogen werden, scheidet die Umdeutung dieser anwaltlichen Erklärung in eine unbedingte Berufungseinlegung aus. [...] Ein eindeutig eingelegte Rechtsbehelf [kann] nicht in einen anderen umgedeutet werden, wenn die Rechtsbehelfe unterschiedlichen Zwecken dienen. Da ein Antrag auf mündliche Verhandlung nach § 84 II VwGO darauf abzielt, dass das VG selbst seine im Gerichtsbescheid geäußerte Auffassung aufgrund einer mündlichen Verhandlung überprüft, dient er einem anderen Zweck als die Berufung, die auf eine Überprüfung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung im zweiten Rechtszug gerichtet ist.“

FAZIT:

Das Urteil zwingt den Kläger, sich zwischen mehreren möglichen Rechtsmitteln zu entscheiden. Dass neben einer Berufung tatsächlich andere Rechtsmittel in Betracht kommen, ist durchaus möglich, vgl. nur die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO.

Übrigens gibt es von der hier postulierten Unbedingtheit der Rechtsmitteleinlegung eine anerkannte Ausnahme: Wenn zunächst **Prozesskostenhilfe** beantragt und der Berufungsantrag von der Bewilligung derselben abhängig gemacht wird, ist eine solche temporale Staffelung im Normalfall nicht im Sinne einer Bedingung zu verstehen, sondern als Ausdruck des legitimen Wunsches, über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe möge vorab entschieden werden, gegebenenfalls verbunden mit der - unschädlichen - Ankündigung, die weitere Durchführung des Rechtsmittels solle vom Umfang der Bewilligung abhängig gemacht werden.

Ebenso die st.Rspr. des BVerwG seit BVerwG, NJW 1978, 1870.

Auch dies entspricht st.Rspr. des BVerwG, vgl. nur BVerwG, DVBl 1996, 105. Ohnehin wird man an eine Umdeutung sehr strenge Anforderungen stellen müssen, wenn die Prozesshandlung von einem Rechtsanwalt vorgenommen wurde, dessen Rechtskunde zu unterstellen ist.

Dass der vorgeschaltete PKH-Antrag im Normalfall keine unzulässige Bedingung darstellt, wird auch im Zivilprozess weithin anerkannt, vgl. nur BGHZ 165, 318. Die Floskel „für den Fall und im Umfang der Bewilligung der PKH wird weiterhin beantragt...“ hat sich inzwischen eingebürgert.

Strafrecht

Problem: Beihilfe zum Versuch trotz vollendeter Haupttat

BGH, BESCHLUSS VOM 08.05.2012
3 STR 72/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage, wann ein Gehilfe nur wegen Beihilfe zum Versuch zu bestrafen ist, obwohl die Haupttat vollendet ist.

Der BGH betont, dass dies jedenfalls dann möglich sei, wenn der Haupttäter zwar wegen vollendeter Tat bestraft werde, die Haupttat aber tatsächlich eine Vollendung und einen Versuch desselben Delikts in Tateinheit beinhalte. Dann sei zwar beim Haupttäter nur eine vollendete Tat auszuweisen (hinter der der Versuch zurücktrete). Für den Teilnehmer könne es aber doch relevant sein, dass beim Haupttäter ein weiterer Versuch als – ebenfalls – teilnahmefähige Haupttat gegeben sei.

SACHVERHALT:

J, A, Y und W, die eine Diebesbande bildeten, begaben sich zu der Goldschmiede des O. Y und W stiegen durch ein von W eingeschlagenes Fenster in die Geschäftsräume ein und nahmen Schmuck an sich, den sie zum größten Teil an den draußen wartenden A weitergaben. Da sie mit dem ihnen zur Verfügung stehenden Werkzeug die Tür zur Werkstatt, in der sie erhebliche Goldbestände vermuteten, nicht zu öffnen vermochten, nahm J Kontakt zum Angeklagten G auf, der der Diebesbande nicht angehörte. Entsprechend der Aufforderung des J brachte G weiteres Aufbruchswerkzeug zum Tatort, um den anderen die Fortführung des Diebstahls zu ermöglichen. Y und W gelang es, mithilfe dieses Werkzeugs die Tür zur Werkstatt einen Spalt breit zu öffnen. Da sie dabei einen Alarm auslösten, verließen die Beteiligten den Tatort, ohne weitere Beute erlangt zu haben.

Ist G wegen Beteiligung an Diebstahlsdelikten strafbar?

PRÜFUNGSSCHEMA: BEIHILFE, § 27 STGB

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat
2. Hilfe leisten
3. Vorsatz („doppelter Gehilfenvorsatz“)
 - a. Bzgl. vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat
 - b. Bzgl. Hilfe leisten
4. (Ggf.) Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. (Ggf.) Strafmilderung gem. § 28 I StGB

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 27 StGB

Dadurch, dass G Aufbruchswerkzeug zum Tatort brachte, könnte er sich wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl gem. §§ 244a I, 27 StGB strafbar gemacht haben.

§ 244a I StGB:

„Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer den Diebstahl unter den in § 243 Abs. 1 Satz 2 genannten Voraussetzungen oder in den Fällen des § 244 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht.“

§ 27 I StGB:

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

§ 28 II StGB:

„Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.“

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat: § 244a I StGB

a. Tatbestand der Haupttat

Die Haupttäter J, A, Y und W müssten zunächst den Tatbestand der Haupttat gem. § 244a I StGB verwirklicht haben.

aa. Bandendiebstahl gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 2 StGB

(1) Diebstahl gem. § 242 I StGB

(a) Fremde bewegliche Sachen

Die im Eigentum des O stehenden Schmuckstücke waren für die Haupttäter fremde bewegliche Sachen.

(b) Wegnahme

Die Haupttäter haben dadurch, dass sie den Schmuck gegen den Willen des O aus dessen Geschäftsräumen entfernten, auch fremden Gewahrsam daran gebrochen und neuen begründet, die Sachen also weggenommen.

(c) Vorsatz

Die Haupttäter handelten vorsätzlich.

(d) Absicht rechtswidriger Zueignung

Die Haupttäter hatten die Absicht, den Schmuck ihrem eigenen Vermögen einzuverleiben unter dauerhaftem Ausschluss des Berechtigten O. Sie handelten also mit Zueignungsabsicht. Sie hatten keinen Anspruch auf die beabsichtigte Zueignung, sodass diese auch rechtswidrig war. Da sie dies auch wussten, handelten sie in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

(2) Bandendiebstahl gem. § 244 I Nr. 2 StGB

Eine Diebesbande i.S.v. § 244 I Nr. 2 StGB ist gegeben. Die Haupttäter waren alle Mitglieder der Bande. Sie haben auch unter Mitwirkung anderer Bandenmitglieder – nämlich der jeweils anderen Haupttäter – gestohlen. Da sie insofern auch vorsätzlich handelten, haben die Haupttäter auch den Tatbestand des § 244 I Nr. 2 StGB verwirklicht.

bb. Qualifizierende Elemente des § 244a I StGB

(1) § 243 I 2 StGB

(a) § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Bei der Goldschmiede des O handelt es sich um ein Gebäude. Durch das Einschlagen der Fensterscheibe sind die Haupttäter dort eingebrochen. Da sie auch vorsätzlich und zur Ausführung der Tat gehandelt haben, liegen die Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 1 StGB vor.

(b) § 243 I 2 Nr. 3 StGB

Da die Haupttäter als Mitglieder einer Bande gehandelt haben, die sich zur fortgesetzten Begehung von Diebstahlstaten verbunden hat, ist davon auszugehen, dass sie sich auch durch die wiederholte Begehung solcher Taten eine erhebliche Einnahmequelle verschaffen

wollten und somit gewerbsmäßig handelten. Auch § 243 I 2 Nr. 3 StGB haben die Haupttäter also verwirklicht.

(2) § 244 I Nr. 1, 3 StGB

Anhaltspunkte dafür, dass die Haupttäter eine Waffe oder ein anderes Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1 StGB bei sich führten, sind nicht ersichtlich.

Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist davon auszugehen, dass O nicht in dem Gebäude wohnte, in dem sich seine Werkstatt befand. Die Haupttäter sind also nicht in eine Wohnung eingebrochen, sodass auch § 244 I Nr. 3 StGB nicht gegeben ist.

Die Haupttäter haben somit den Tatbestand des schweren Bandendiebstahls gem. § 244a I StGB verwirklicht und hierbei insb. auch vorsätzlich gehandelt.

b. Rechtswidrigkeit der Haupttat

Die Haupttäter handelten auch rechtswidrig.

2. Hilfe leisten

G müsste den Haupttätern Hilfe geleistet haben.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Haupttat des vollendeten schweren Bandendiebstahls an dem Schmuck in dem Zeitpunkt, in dem G seinen Beitrag erbrachte und das Aufbruchswerkzeug lieferte, bereits vollendet war. Fraglich ist, ob G dann zu dieser Tat überhaupt noch Beihilfe leisten konnte.

„aa) [5] Zwar haben sich die [...] Haupttäter, denen der Angeklagte durch das Zurverfügungstellen des Aufbruchswerkzeugs Hilfe geleistet hat, des vollendeten und nicht nur versuchten schweren Bandendiebstahls schuldig gemacht. Dass sie aus der Werkstatt Goldbestände nicht erlangten, steht der Qualifikation ihrer Tat als vollendete nicht entgegen, weil sie zuvor erfolgreich Schmuck aus den Geschäftsräumen weggenommen hatten. **Ihr anschließend fehlgeschlagenes Bemühen, in die Werkstatt einzudringen und weitere fremde Sachen an sich zu bringen, stellte trotz ihres geänderten Entschlusses zu dem bei der Tat zu verwendenden Tatmittel lediglich einen (konkurrenzrechtlich) unselbständigen Teilakt dar, der - weil wie die vollendete Tat auf die Verwirklichung des § 244a StGB zielend - für die rechtliche Bewertung ihrer eine natürliche Handlungseinheit bildenden Aktivitäten ohne Bedeutung ist.**

bb) [6] Daraus folgt aber nicht, dass sich der Angeklagte wegen der Zusammenfassung des Geschehens in der Person der Haupttäter zu einem (schweren Banden-) Diebstahl so behandeln lassen muss, als habe er Beihilfe zur vollendeten Tat geleistet.

[7] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **sind gesonderte, indessen für sich erfolglose Versuchshandlungen eines innerhalb einer natürlichen Handlungseinheit auf anderem Wege zur Deliktsvollendung gelangten Täters im Schuldpruch nicht besonders auszuweisen, wenn kein Teilakt unter erschwerenden Umständen oder sowohl der erfolglose als auch der erfolgreiche Teilakt in gleichem Maße oder nur letzterer unter solchen Umständen begangen worden sind. Ist dagegen lediglich der in der einheitlichen Handlung begriffene Versuch unter einem erschwerenden Umstand verübt worden,**

Nach einer Mindermeinung scheidet eine sukzessive Beihilfe im Falle des Hinzutretens nach Vollendung aus (Joecks, § 27 Rn. 9; Seher, JuS 2009, 793, 797).

Die herrschende Meinung hält eine sukzessive Beihilfe beim Hinzutreten zwischen Vollendung und Beendigung für möglich, sofern der Gehilfe noch die Beendigung der Haupttat – also beim Diebstahl die Sicherung des Gewahrsams – fördert (BGHSt 14, 280, 281; 19, 325; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, § 27 Rn. 17).

Zum Zurücktreten des Versuchs einer bei Vollendung desselben Delikts in natürlicher Handlungseinheit: BGHSt 4, 219, 220; 10, 230, 232; 21, 78, 79; 22, 350, 351

Zur Tateinheit von Versuch und Vollendung desselben Delikts: BGHSt 10, 230, 232; 21, 78, 80

ist der Täter wegen des Versuchs des schwereren Delikts in Tateinheit mit dem vollendeten einfachen Delikt zu bestrafen, weil nur so der Schuldgehalt der Tat erfasst werden kann.

[8] Beruht aber die Zusammenfassung gleichgerichteter Tathandlungen beim Haupttäter zu einer Gesetzesverletzung auf einer rechtlichen Wertung, die dann keine Gültigkeit mehr beansprucht, wenn sie den Schuldgehalt der Tat unzutreffend abbildet, so **ist für eine undifferenzierte Betrachtungsweise beim Teilnehmer ebenfalls kein Raum, wenn sich sein Beitrag - für das Maß seiner Schuld relevant - auf einen nur versuchten Teilakt der Haupttat beschränkt**. Dem entspricht es, dass nach richtiger Ansicht in Fällen einer Bewertungseinheit für die Bestrafung des Gehilfen nur die Handlungen des Haupttäters relevant sind, an denen er sich beteiligt hat.

[9] Damit hat sich der Angeklagte der Beihilfe nur zum versuchten, nicht zum vollendeten Diebstahl schuldig gemacht, weil er sich an der Tat der früheren Mitangeklagten erst zu einem Zeitpunkt beteiligte, zu dem diese Gewahrsam an dem Schmuck aus den Geschäftsräumen schon erlangt hatten, seine Beihilfehandlung mittels der Überlassung des Aufbruchswerkzeugs indessen nicht der Sicherung dieses Gewahrsams, sondern ausschließlich der Wegnahme weiterer Sachen zu dienen bestimmt war und es zu einer weiteren Wegnahme anschließend nicht mehr kam.“

Ein Hilfeleisten des G zum vollendeten schweren Bandendiebstahl an dem Schmuck ist somit nicht gegeben.

II. Ergebnis

G ist nicht strafbar gem. §§ 244a I, 27 StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 244a I, 22, 23 I, 27 StGB

Durch die Anlieferung des Aufbruchswerkzeug könnte G sich jedoch wegen Beihilfe zum versuchten schweren Bandendiebstahl gem. §§ 244a I, 22, 23 I, 27 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Vorsätzliche rechtswidrige Haupttat: §§ 244a I, 22, 23 I StGB

a. Vorprüfung

Da die Haupttäter das Gold aus der Werkstatt nicht weggenommen haben, ist die Haupttat nicht vollendet. Die Strafbarkeit des Versuchs der Haupttat ergibt sich aus §§ 244a I, 12 I, 23 I StGB.

b. Tatentschluss

Die Haupttäter hatten den Willen, durch die Wegnahme des Goldes einen Bandendiebstahl zu begehen und wollten hierbei auch die Voraussetzungen des § 243 I 2 Nr. 1, 3 StGB verwirklichen. Sie hatten also Tatentschluss zur Begehung eines schweren Bandendiebstahls.

c. Unmittelbares Ansetzen

Durch das Aufbrechen der Werkstatttür haben die Haupttäter zum versuchten schweren Bandendiebstahl an dem Gold auch unmittelbar angesetzt.

d. Rechtswidrigkeit

Die Haupttäter handelten auch rechtswidrig.

2. Hilfe leisten

Durch die Lieferung des Aufbruchswerkzeugs hat G den Versuch der Haupttat auch gefördert und den Haupttätern so Hilfe geleistet.

3. Vorsatz („doppelter Gehilfenvorsatz“)**a. Bzgl. vorsätzlicher rechtswidriger Haupttat**

G wusste, dass die Haupttäter einen schweren Bandendiebstahl begehen würden. Zwar hatte er sich die Vollendung dieser Haupttat vorgestellt, der Vorsatz bzgl. einer Vollendung der Haupttat enthält jedoch stets den Vorsatz bzgl. des entsprechenden Haupttatversuchs als „wesensgleiches Minus“.

b. Bzgl. Hilfe leisten

G wollte den Haupttätern auch zu deren Tat Hilfe leisten.

4. Tatbestandsverschiebung gem. § 28 II StGB

„[4] Bei der Einordnung des Tatbeitrags des Angeklagten als Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl hat das Landgericht verkannt, dass **Tatbeteiligte, die nicht selbst Bandenmitglieder sind, nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden können, da die Bandenmitgliedschaft besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB ist.**“

Zur Teilnahme am (schweren) Bandendiebstahl durch ein Nicht-Bandenmitglied: BGHSt 46, 120, 128; 47, 214, 216

Der Tatbestand der Haupttat ist also für G, der nicht selbst Bandenmitglied war, zum (versuchten) Grunddelikt, §§ 242 I, 22, 23 I StGB, zu verschieben.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

G handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Kein Rücktritt

Anhaltspunkte für einen strafbefreienden Rücktritt des G nach § 24 II StGB sind nicht ersichtlich.

IV. Besonders schwerer Fall

Beim Diebstahlsversuch haben die Haupttäter das tatbezogene Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB verwirklicht. Da G hiervon Kenntnis hatte, ist bei ihm ein besonders schwerer Fall gegeben.

Das täterbezogene Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 3 StGB hat G nicht selbst verwirklicht, sodass dieses für ihn auch nicht gilt.

Der besonders schwere Fall ist auch nicht ausgeschlossen.

V. Ergebnis

G ist strafbar gem. §§ 242 I, 22, 23 I, 27, 243 I 2 Nr. 1 StGB.

FAZIT:

Eine sehr interessante Fallkonstellation, die drei Probleme (sukzessive Beihilfe, Beihilfe zum Versuch und Tatbestandsverschiebung nach § 28 II StGB) miteinander verbindet. Wenn auch die vorliegende Entscheidung inhaltlich wenig Neues bringt, so ist die Kombination dreier klassischer Examensprobleme ungewöhnlich und deshalb als Vorlage für neue Examensaufgaben sicherlich interessant.

Problem: Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 21.06.2012
5 STR 286/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 244 I Nr. 1 StGB:

„Mit Freiheitsstrafe [...] wird bestraft, wer

1. einen Diebstahl begeht, bei dem er

a) eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

b) sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden [...].“

Einleitung:

Der BGH musste sich in dem vorliegenden Beschluss zu der Frage äußern, ob ein Schraubendreher ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB darstellt.

Der BGH stellt sich auf den Standpunkt, dass ein gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB zumindest dazu geeignet sein muss, dem Opfer erhebliche Verletzungen zuzufügen und dass dies bei einem Schraubendreher nicht selbstverständlich sei.

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A hebelte mit zwei mitgebrachten Schraubendrehern ein Fenster auf, um in die Geschäftsräume einer Firma zu gelangen, aus denen er eine LED-Lampe entwendete. Hierbei führte er die verwendeten Schraubendreher gebrauchsbereit bei sich.

Hat A sich wegen (qualifizierten) Diebstahls strafbar gemacht?

[Anm.: Es ist davon auszugehen, dass der Wert der Lampe mehr als 50,- € beträgt.]

PRÜFUNGSSCHEMA: DIEBSTAHL MIT WAFFEN, §§ 242 I, 244 I NR. 1 STGB

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 242 I StGB
2. Qualifikation: § 244 I Nr. 1 StGB
 - a. § 244 I Nr. 1a StGB
 - aa. Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug
 - bb. Beisichführen bei der Begehung der Tat
 - cc. Vorsatz
 - b. § 244 I Nr. 1b StGB
 - aa. Sonstiges Werkzeug oder Mittel
 - bb. Beisichführen bei der Begehung der Tat
 - cc. Vorsatz
 - dd. Gebrauchsabsicht

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

LÖSUNG:

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

Durch das Mitnehmen der LED-Lampe könnte A sich wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Die Lampe stand im Eigentum eines anderen und war somit für A eine fremde bewegliche Sache.

2. Wegnahme

Dadurch, dass A die Lampe mitnahm, hat er auch fremden Gewahrsam daran gebrochen und neuen begründet, sie also weggenommen.

3. Vorsatz

A handelte auch vorsätzlich bzgl. der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache.

4. Absicht rechtswidriger Zueignung

Da A die Lampe lt. Sachverhalt „entwendete“ ist davon auszugehen, dass er sich auch seinem Vermögen einverleiben wollte unter dauerhafter Verdrängung des Berechtigten. Er hat also mit Zueignungsabsicht gehandelt. A hatte keinen Anspruch auf die beabsichtigte Zueignung, sodass diese auch rechtswidrig war. A handelte insofern auch vorsätzlich und somit in der Absicht rechtswidriger Zueignung.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

III. Besonders schwerer Fall

1. § 243 I 2 Nr. 1 StGB

Bei den Geschäftsräumen handelt es sich um umschlossene Räume i.S.v. § 243 I 2 Nr. 1 StGB. Durch das Aufhebeln des Fensters ist A in diese auch eingebrochen. Er handelte insofern mit Quasi-Vorsatz und auch zur Ausführung der Tat, sodass er das Regelbeispiel des § 243 I 2 Nr. 1 StGB verwirklicht hat.

2. Kein Ausschluss, insb. gem. § 243 II StGB

Bei der Lampe handelt es sich nicht um eine geringwertige Sache i.S.v. § 243 II StGB, sodass das Vorliegen eines besonders schweren Falles über diese Vorschrift nicht ausgeschlossen ist. Auch andere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

IV. Ergebnis

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

B. Strafbarkeit gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 StGB

Durch das Mitnehmen der Lampe könnte A sich auch wegen Diebstahls mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 242 I StGB

A hat den Tatbestand des Grunddelikts gem. § 242 I StGB verwirklicht (s.o.).

2. Qualifikation: § 244 I StGB

a. § 244 I Nr. 1a StGB

Bei den Schraubendrehern müsste es sich um Waffen oder andere gefährliche Werkzeuge handeln.

Zur Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB: BGH, NJW 2003, 1677, 1678; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 244 Rn. 3

Die Voraussetzungen für ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB sind sehr streitig:

- Eine Meinung lässt es ausreichen, dass der Gegenstand abstrakt dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (Hörmler, JURA 1998, 169, 172).
- Nach einer zweiten Meinung darf der Gegenstand in der konkreten Tatsituation keine andere Verwendungsmöglichkeit haben als die als Verletzungswerkzeug (sog. „single-use-Gegenstand“; Joecks, § 244 Rn. 13; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 244 Rn. 5a).
- Eine dritte Meinung verlangt, dass der Gegenstand beim Diebstahl oder Raub typischerweise als Verletzungswerkzeug eingesetzt wird (Krey/Hellmann, BT II, Rn. 134b).
- Eine weitere Meinung stellt darauf ab, ob der Täter sich eine Verwendung des Gegenstandes als Verletzungswerkzeug vorgestellt hat (Graul, JURA 2000, 204, 205).
- Der BGH hält den Wortlaut des § 244 I Nr. 1a StGB für so missglückt, dass eine abstrakte Definition dieses TB-Merkmals nicht möglich sei. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Übertragung der Grundsätze des § 224 I Nr. 2 StGB auf § 244 I Nr. 1a StGB sei nicht möglich, da i.R.v. § 224 I Nr. 2 StGB zur Bestimmung der Gefährlichkeit auf die konkrete Verwendung abgestellt werde und eine konkrete Verwendung bei § 244 I Nr. 1a StGB nicht gefordert werde. Deshalb könne nur im Einzelfall festgestellt werden, ob ein Werkzeug gefährlich sei; dies sei jedoch nach objektiven Kriterien zu prüfen (BGH, RA 2008, 508, 514 = NSTZ 2008, 512, 514)

Waffe i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB ist jeder bewegliche Gegenstand, der dazu bestimmt ist, als Angriffs- oder Verteidigungswerkzeug gegen Menschen eingesetzt zu werden und so erhebliche Verletzungen zu verursachen. Ein Schraubendreher ist jedoch nicht dazu bestimmt, Menschen zu verletzen und deshalb auch keine Waffe.

Bei dem Schraubendreher könnte es sich jedoch um ein anderes gefährliches Werkzeug handeln.

„[4] Das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeugs im Sinne dieser Vorschrift setzt voraus, dass es sich um einen Gegenstand handelt, der nach seiner objektiven Beschaffenheit geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperverletzungen zuzufügen, etwa bei einer Eignung als Stichwerkzeug. Solche Feststellungen zur objektiven Gefährlichkeit hinsichtlich der Beschaffenheit der als Einbruchswerkzeug mitgeführten Schraubendreher hat das Landgericht nicht getroffen. Es grenzt diese – ohne sie näher zu beschreiben – nicht von ‚sonstigen Werkzeugen‘ in Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1b StGB ab, bei denen eine Verwendungsabsicht des Täters zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist.“

Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ ist davon auszugehen, dass es bei den Schraubendrehern an der Verletzungseignung fehlt so dass diese keine gefährlichen Werkzeuge i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB darstellen.

b. § 244 I Nr. 1b StGB

aa. Sonstiges Werkzeug oder Mittel

Da die Schraubendreher keine gefährlichen Werkzeuge darstellen (s.o.), sind sie sonstige Werkzeuge.

bb. Beisichführen bei der Tat

A hat diese Werkzeuge bei der gesamten Tatbegehung bei sich geführt.

cc. Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. der objektiven Voraussetzungen des § 244 I Nr. 1b StGB.

dd. Gebrauchsabsicht

A hatte jedoch nicht die Absicht, mit den Schraubendrehern Gewalt gegen eine Person anzuwenden oder auch nur damit zu drohen. Die für § 244 I Nr. 1b StGB erforderliche Gebrauchsabsicht fehlt somit.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 242 I, 244 StGB.

FAZIT:

In der vorliegenden Entscheidung bleibt der BGH seiner bisherigen Rechtsprechung treu, dass die Gefährlichkeit des Werkzeugs i.R.v. § 244 I Nr. 1a StGB nach objektiven Kriterien zu ermitteln sei. Anders als in seiner letzten Entscheidung zu dieser Frage (RA 2008, 508 = NSTZ 2008, 512) scheint es der BGH es im vorliegenden Beschluss nicht für ausgeschlossen zu halten, den Begriff des „anderen gefährlichen Werkzeugs“ i.S.v. § 244 I Nr. 1a StGB abstrakt zu bestimmen.

Problem: Vermögensnachteil bei § 266 I StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 05.07.2012
5 STR 380/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der BGH hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage zu beschäftigen, ob es eine Untreue, § 266 I StGB, darstellt, wenn der Geschäftsführer einer GmbH deren Kunden dazu veranlasst, Zahlungen, die eigentlich an die GmbH erfolgen sollen, stattdessen auf ein Privatkonto des Geschäftsführers zu leisten. Außerdem ging es um die Frage der Urkundsqualität von (Farb-) Kopien.

Der BGH lehnt eine Strafbarkeit wegen Untreue ab, da der GmbH kein Vermögensnachteil entstanden sei. Denn über deren Vermögen war bereits das Insolvenzverfahren eröffnet worden, sodass der Gesellschaft die Zahlungen, selbst wenn sie auf deren Konto erfolgt wären, nicht zugestanden hätten. Hinsichtlich der Urkundsqualität von Kopien betont der BGH, dass eine Strafbarkeit gem. § 267 I StGB in solchen Fällen nur in Betracht kommt, wenn eine Verwechslung der Kopie mit dem Original möglich ist.

SACHVERHALT:

Die Angeklagte A betrieb ab August 2007 als Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin der S-GmbH ein Reisebüro. Die Gesellschaft hatte keine eigene Kontoverbindung; ein unter dem Namen der A eröffnetes Konto diente als Geschäftskonto.

Für die GmbH bestand zunächst bei der Versicherung V eine Reiseversicherung gemäß § 651k BGB. Für jede Reise wurde ein eigener Sicherungsschein mit einer individuellen Nummer ausgegeben, den der Reisekunde erhalten sollte. Um trotz Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der GmbH Reisen an Interessenten anbieten und die Reisepreise als Anzahlung und Schlusszahlung vereinnahmen zu können, erstellte A von einem Originalsicherungsschein, der für ein anderes Unternehmen ausgegeben und seit März 2008 ungültig war, eine Farbkopie, die dem Original zum Verwechseln ähnlich sah, auf der Rückseite der Kundenrechnung, die dem Kunden K zugesandt wurde. K zahlte daraufhin die Rechnung auf das Geschäftskonto der GmbH.

Nach Stellung eines Eigeninsolvenzantrages für die GmbH am 24.04.2009 veranlasste A, dass der Reisekunden R die Restzahlung des Reisepreises nicht auf das auf ihren Namen geführte Geschäftskonto der GmbH, sondern auf ein neu von A eingerichtetes Privatkonto einbezahlte.

Wie hat A sich strafbar gemacht?

[Anm. § 263 StGB ist nicht zu prüfen.]

PRÜFUNGSSCHEMA: UNTREUE, § 266 I STGB

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB
 - a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis
 - b. Missbrauch der Befugnis
 - c. Vermögensnachteil
 - d. Vermögensbetreuungspflicht (str.)

§ 266 I StGB:

„Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, mißbraucht, oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird [...] bestraft.“

§ 267 I StGB:

„Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird [...] bestraft.“

- e. Kausalität b. – c.
- f. Vorsatz
- 2. Treuebruchstatbestand
 - a. Vermögensbetreuungspflicht
 - b. Pflichtverletzung
 - c. Vermögensnachteil
 - d. Kausalität b. – c.
 - e. Vorsatz
- II. Rechtswidrigkeit und Schuld

LÖSUNG:**A. Strafbarkeit gem. § 267 I 1. Fall StGB**

Dadurch, dass A auf die Rückseite der Rechnung eine Kopie eines abgelaufenen Sicherungsscheins druckte, könnte sie sich wegen Urkundenfälschung gem. § 267 I 1. Fall StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste eine unechte Urkunde hergestellt haben. Dann müsste es sich bei der Farbkopie auf der Rückseite der Rechnung überhaupt um eine Urkunde handeln.

„[12] Die Angeklagte hat keine unechte oder verfälschte Urkunde herstellen lassen oder von dieser Gebrauch gemacht. **Urkunden im Sinne von § 267 Abs. 1 StGB sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen.** Soweit die Angeklagte lediglich den – ungültigen – Reisesicherungsschein eines Versicherungsunternehmens als Farbkopie auf die Rückseite der Kundenrechnung hat erstellen lassen, liegt eine Urkundenfälschung nicht vor. **Es müsste darüber hinaus eine vom Landgericht nicht festgestellte Veränderung des Originalversicherungsscheins vorgenommen worden sein; erst dann kann eine Reproduktion durch eine Farbkopie den Anschein einer von einem Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln, dass die Möglichkeit einer Verwechslung mit dem Original nicht ausgeschlossen werden kann.**“

Da sich die Kopie des Sicherungsscheines auf der Rückseite der Rechnung befand, war ausgeschlossen, dass K diesen für den Originalsicherungsschein halten würde. Da eine Kopie aber nur dann eine Urkunde darstellt, wenn der Täter sie als Original ausgeben will, stellt die Kopie des Sicherungsscheines keine Urkunde dar.

A hat also keine unechte Urkunde hergestellt.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. § 267 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 266 I StGB z.N.d. S-GmbH

Dadurch, dass A den R dazu veranlasste, den Reisepreis auf das Privatkonto der A einzuzahlen, könnte sie sich wegen Untreue gem. § 266 I StGB zum Nachteil der S-GmbH strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB**

Zum Urkundsbegriff: BGHSt 4, 60, 61; 24, 140, 141

Zur Urkundseigenschaft von Kopien: BGH; NStZ 2010, 703; BayObLG, NJW 1989, 2553, 2554

a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

Als Geschäftsführerin der S-GmbH hatte A gem. § 35 I GmbHG die Befugnis, über deren Vermögen zu verfügen und die Gesellschaft zu verpflichten.

b. Missbrauch der Befugnis

A müsste diese Befugnis missbraucht haben.

Der Missbrauch einer Befugnis ist dann gegeben, wenn die Täterin im Rahmen ihres rechtlichen Könnens im Außenverhältnis aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis handelt. Ein Missbrauch setzt also stets voraus, dass die Täterin das Opfer wirksam vertritt und so eine Verpflichtung des Opfers im Außenverhältnis begründet.

Als A veranlasst hat, dass R die Zahlung auf ihr Privatkonto leistet, ist sie allerdings nicht als Vertreterin der S-GmbH aufgetreten, sodass sie ihre entsprechende Vertretungsbefugnis auch nicht i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB missbraucht hat.

Zum Missbrauch der Befugnis i.S.v. § 266 I 1. Fall StGB: BGH, RA 2011, 162, 265 = NSTZ 2011, 280, 281; NJW 2000, 2896, 2897; Joecks, § 266 Rn. 18; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 545

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB

a. Vermögensbetreuungspflicht

A müsste eine Pflicht zur Betreuung des Vermögens der S-GmbH gehabt haben.

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB ist dann gegeben, wenn der Täterin im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen, also ein Ermessensspielraum und eine gewisse Selbstständigkeit, eingeräumt wurde und die Betreuung fremder Vermögensinteressen eine Hauptpflicht der Täterin darstellt.

Als Geschäftsführerin der S-GmbH besitzt A eine Vermögensbetreuungspflicht bzgl. des Vermögens der GmbH.

Zu den Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht: Fischer, § 266 Rn. 363 ff.; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 566 f.

b. Pflichtverletzung

A müsste ihre Vermögensbetreuungspflicht verletzt haben.

Eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB ist in jedem vermögensrelevantem Verhalten zu sehen, das im Widerspruch zu der der Täterin obliegenden Vermögensbetreuungspflicht steht.

Als Geschäftsführerin der S-GmbH obliegt A insbesondere die Pflicht dafür zu sorgen, dass die von Dritten der GmbH geschuldeten Leistungen auch an die Gesellschaft bewirkt werden, Zahlungen also insb. auf das Gesellschaftskonto erbracht werden. A hat jedoch dafür gesorgt, dass die Zahlung des R, die dieser eigentlich an die S-GmbH hätte erbringen müssen, auf ihr Privatkonto erfolgte. Dadurch hat sie ihre Pflichten ggü. der S-GmbH verletzt.

Zur Vermögensbetreuungspflicht des GmbH-Geschäftsführers: BGH, wistra 1993, 301; OLG Hamm, NSTZ 1986, 119

Zur Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB: Fischer, § 266 Rn. 50; Schönke/Schröder-Cramer/Perron, § 266 Rn. 35a

c. Vermögensnachteil

Bei der S-GmbH müsste ein Vermögensnachteil entstanden sein.

Der Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB entspricht dem Vermögensschaden i.S.v. § 263 I StGB, ist also dann gegeben, wenn der Gesamtwert des Opfervermögens durch die Tathandlung verringert wurde, was aufgrund einer Gesamtsaldierung aller Vermögenswerte des Opfers zu bestimmen ist.

Zum Vermögensnachteil i.S.v. § 266 I StGB: BGHSt 43, 293, 297; BGH, NJW 2006, 1984; Fischer, § 266 Rn. 115; Schönke/Schröder-Perron, § 266 Rn. 40; Rengier, BT I, § 18 Rn. 21

„[14] Der Untreuetatbestand ist schon deshalb nicht erfüllt, weil der GmbH kein Vermögensnachteil dadurch zugefügt worden ist, dass die von der Angeklagten zum Nachteil der Kunden ertrogenen

Restzahlungen auf den Reisepreis nicht auf das von der Angeklagten für die GmbH geführte ‚Geschäftskonto‘, sondern auf ihr Privatkonto einbezahlt worden sind. **Die Gelder hätten der GmbH – soweit die Reiseleistungen nicht erbracht wurden – ohnehin nicht als Vermögenswert zugestanden.** Es spielte daher keine Rolle, auf welches Konto der Angeklagten die Zahlungen nach Stellung des Insolvenzantrages für die GmbH eingingen.“

Ein Vermögensnachteil ist der S-GmbH somit nicht entstanden.

II. Ergebnis

Dadurch, dass A den R zur Zahlung auf ihr Konto veranlasste, hat sie sich nicht wegen Untreue strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit gem. §§ 266 I 2. Fall, 13 StGB z.N.d. S-GmbH

A könnte sich jedoch wegen Untreue durch Unterlassen gem. §§ 266 I 2. Fall, 13 StGB zum Nachteil der S-GmbH strafbar gemacht haben, wenn sie es unterlassen hätte, die Zahlung des R auf ihr Konto an die S-GmbH weiterzuleiten.

„[14] [...] kann eine Untreuehandlung zum Nachteil der GmbH nicht in der Umleitung des Zahlungseingangs auf ein anderes Privatkonto der Angeklagten gesehen werden, sondern darin, dass sie es unterlassen hat, der GmbH nach Durchführung der Reise den entrichteten Reisepreis zur Verfügung zu stellen. Feststellungen hierzu sind vom Landgericht jedoch nicht getroffen worden.“

Da nicht feststeht, dass A den von R entrichteten Reisepreis nicht an die S-GmbH weitergeleitet hat, ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ davon auszugehen, dass A den Preis nach Durchführung der Reise der GmbH zur Verfügung gestellt hat. Damit fehlt es aber bereits an der tatbestandlichen Pflichtverletzung.

A ist nicht strafbar gem. §§ 266 I 2. Fall, 13 StGB.

FAZIT:

Die Ausführungen des BGH in der vorliegenden Entscheidung zu den maßgeblichen Problemen sind so knapp, dass sie ohne Kenntnis der entsprechenden Hintergründe nur noch schwer zu verstehen sind.

In Bezug auf die Urkundsqualität von Urkunden setzt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass eine Kopie nur dann eine Urkunde darstellt, wenn der Täter die Absicht hat, diese als Original in den Rechtsverkehr gelangen zu lassen. Hieran dürfte es grundsätzlich dann fehlen, wenn es sich bei der Kopie offensichtlich um eine Reproduktion und nicht um das Original handelt. Warum dies aber – wie der BGH ausführt – nur dann möglich sein soll, wenn vor dem Kopiervorgang eine Manipulation am Original vorgenommen wird, ist nicht nachvollziehbar.

Hinsichtlich des Vermögensnachteils i.S.v. § 266 I StGB ist die Argumentation des BGH, dass die Nichterlangung einer Leistung, die die GmbH sowieso nicht hätte behalten dürfen, für diese keinen Vermögensnachteil darstellt, auf den ersten Blick überzeugend. Allerdings wäre die GmbH durch eine entsprechende Zahlung – auch wenn sie sie letztendlich hätte herausgeben müssen – doch zumindest vorübergehend bereichert worden, sodass eigentlich auch diese Position bei der zur Nachteilsfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung hätte berücksichtigt werden müssen.

Speziell für Referendare

Problem: Verzicht auf Verwertungsverbot aus § 252 StPO

BGH, BESCHLUSS VOM 13.06.2012
2 STR 112/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Den BGH beschäftigte die Frage, ob § 252 StPO im Falle der nachträglichen Berufung eines Zeugen auf ein Zeugnisverweigerungsrecht der Verlesung des Protokolls über eine ermittelungsrichterliche Zeugenvernehmung entgegensteht.

Der BGH führt aus, dass § 252 StPO zwar einer Vernehmung des Ermittlungsrichters selbst nicht entgegensteht, dass sich diese Ausnahme jedoch nicht auf die Verlesung des entsprechenden Vernehmungsprotokolls erstreckt. Zwar kann der Zeuge nach qualifizierter Belehrung auf das Beweisverwertungsverbot verzichten. Die entsprechende Belehrung und der Verzicht müssen jedoch protokolliert werden, da ansonsten das Schweigen des Protokolls in der Revision das Fehlen dieser Förmlichkeiten beweist.

SACHVERHALT:

Das zuständige Landgericht hat in der Hauptverhandlung die Zeuginnen S und M, die Töchter des Angeklagten A, vernommen. Beide Zeuginnen wurden gemäß § 52 StPO über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt und verweigerten sodann unter Berufung auf dieses Recht die Aussage.

Nach Entlassen der Zeuginnen ist im Hauptverhandlungsprotokoll jeweils vermerkt: "Der Vorsitzende erläutert den Verfahrensbeteiligten die Sach- und Rechtslage sowie den weiteren Verfahrensforgang." Im Anschluss daran erklärten A, sein Verteidiger sowie der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft jeweils, sie seien mit der Verlesung der richterlichen Vernehmung der Zeuginnen einverstanden. Dies wurde jeweils durch Beschlüsse des LG angeordnet. Die Verlesung wurde ausgeführt; auf den Inhalt der Vernehmungen ist die Verurteilung des Angeklagten gestützt.

In den Urteilsgründen hat das LG ausgeführt: "Die richterlichen Aussagen wurden im Einvernehmen aller Beteiligten verlesen, da die beiden Frauen (...) von ihrem (...) Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht haben. Beiden Zeuginnen war dabei sehr wohl bewusst und bekannt, dass dann gleichwohl ihre Angaben, die sie zuvor vor dem jeweiligen Ermittlungsrichter gemacht hatten, in die Hauptverhandlung eingeführt werden können und auch eingeführt werden."

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

[Anm.: Es ist davon auszugehen, dass A in seiner Revisionsbegründung nicht ausdrücklich ausführt, dass die Zeuginnen nicht wirksam auf das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO verzichtet hätten.]

PRÜFUNGSSCHEMA: REVISION

- A. Zulässigkeit
 - I. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO

§ 252 StPO:

„Die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, darf nicht verlesen werden.“

Leitsätze des BGH:

1. Die Zulässigkeit der Verfahrensrüge eines Verstoßes gegen § 252 StPO setzt nicht den Vortrag voraus, der zeugnisverweigerungsrechte Zeuge habe nicht nach qualifizierter Belehrung auf das Verwertungsverbot verzichtet.
2. Die qualifizierte Belehrung über Möglichkeit und Rechtsfolgen eines Verzichts auf das Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO sowie die daraufhin abgegebene Verzichtserklärung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen sind als wesentliche Förmlichkeiten des Verfahrens in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 1 StPO).
3. Ist auf das Verwertungsverbot aus § 252 StPO wirksam verzichtet worden, ist die frühere Aussage des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen nach allgemeinen Regeln verwertbar; dies schließt eine Verlesung gemäß § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO ein.

- II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer
- III. Form- und fristgerechte Einlegung, § 341 StPO
- IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung
- B. Begründetheit
 - I. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
 - II. Verfahrensrügen
 - III. Sachrüge

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

Die Revision gegen das Urteil des LG ist statthaft, § 333 StPO.

II. Rechtsmittelbefugnis und Beschwer

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

III. Form- und fristgerechte Einlegung

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

IV. Form- und fristgerechte Antragstellung und Begründung

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

Die Revision des A ist somit zulässig.

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

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

II. Verfahrensrüge**1. Verstoß gegen § 252 StPO**

Durch die Verwertung der Aussagen der Zeuginnen könnte das LG gegen das Beweisverwertungsverbot aus § 252 StPO verstoßen haben.

a. Zulässige Verfahrensrüge, § 344 II 2 StPO

A müsste die Anforderungen des § 344 II 2 StPO an eine zulässige Verfahrensrüge erfüllt haben.

„[6] [Der Generalbundesanwalt] hat ausgeführt, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO hätte den Vortrag des Revisionsführers verlangt, dass die Zeuginnen auf das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO nicht wirksam verzichtet hatten. Der Senat teilt diese Ansicht nicht.

[7] Aus § 252 StPO ergibt sich, wenn ein Zeuge unter Berufung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung die Aussage verweigert, grundsätzlich ein umfassendes Verwertungsverbot. Eine Ausnahme gilt nach ständiger Rechtsprechung insoweit nur für eine Vernehmung eines Richters

Zum Umfang des Beweisverwertungsverbots aus § 252 StPO: BGHSt 29, 2309, 232; 32, 25, 29; 36, 384, 385; 46, 189, 195

als Zeuge über eine frühere Aussage der Auskunftsperson, wenn diese bei jener früheren Vernehmung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt worden war. Weitergehend erlaubt der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung eine Verwertung früherer Aussagen, wenn der verweigerungsberechtigte Zeuge nach ausdrücklicher, qualifizierter Belehrung hierüber mitteilt, er mache von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, gestatte jedoch die Verwertung jener früheren Aussage. Es handelt sich insoweit folglich um eine in der Rechtsprechung entwickelte **eng begrenzte Ausnahme von dem gesetzlichen Verwertungsverbot**. Nach Ansicht des Senats würde es die Regelung des **§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig überdehnen, für die Zulässigkeit der Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 252 StPO den Vortrag einer Negativtatsache durch den Revisionsführer zu verlangen, wonach die Voraussetzungen dieser Ausnahme nicht gegeben sind.**“

Zur Möglichkeit eines Verzichts des Zeugen auf das Beweisverwertungsverbot: BGHSt 45, 203; BGH, NStZ 2007, 352; Meyer-Goßner, § 252 Rn. 16a

Die Verfahrensrüge wurde von A also zulässig erhoben.

b. Vorliegen eines Verstoßes gegen § 252 StPO

aa. Kein Verstoß wegen Zulässigkeit der Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson

Wie bereits ausgeführt, stellt nach ständiger Rechtsprechung die Vernehmung einer richterlichen Verhörsperson auch im Falle des § 252 StPO jedenfalls dann keine Verletzung dieses Beweisverwertungsverbots dar, wenn der Richter den zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen bei dessen früherer Vernehmung ordnungsgemäß belehrt hatte. Dann könnte auch die Verlesung des entsprechenden Protokolls zulässig sein.

„[8] Da die früheren richterlichen Aussagen der beiden Zeuginnen nicht durch Vernehmung des Richters, sondern durch Verlesung eingeführt wurden, wäre hierzu ein ausdrücklicher Verzicht der Zeuginnen auf das Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO erforderlich gewesen.“

Die Verlesung des Protokolls ist also von der Ausnahme i.R.v. § 252 StPO bzgl. der Vernehmung der richterlichen Verhörsperson nicht erfasst.

bb. Kein Verstoß wegen Verzicht der Zeuginnen

Die Verlesung des Protokolls würde jedoch keinen Verstoß gegen § 252 StPO darstellen, wenn diese wirksam auf das entsprechende Beweisverwertungsverbot verzichtet hätten.

„[8] [An einem Verzicht der Zeuginnen auf das Verwertungsverbot] fehlt es. Durch den Inhalt des Hauptverhandlungsprotokolls ist bewiesen, dass eine **qualifizierte Belehrung** der Zeuginnen S. und M. L. nicht erfolgte und dass diese auch nicht ausdrücklich ihr **Einverständnis mit der Verwertung** ihrer Aussagen erklärt haben. **Hierbei handelt es sich um wesentliche Förmlichkeiten des Verfahrens (§ 273 Abs. 1 StPO); das Schweigen des Protokolls beweist, dass sie nicht stattgefunden haben.**

[9] Diese Verfahrenstatsachen werden auch nicht dadurch ersetzt, dass das Landgericht in den Urteilsgründen ausgeführt hat, den Zeuginnen sei ‚bewusst und bekannt‘ gewesen, dass ihre frühere Vernehmung verwertet werden würde. **Im Hinblick auf den Aus-**

nahmecharakter der Zulässigkeit einer Verwertung früherer Aussagen trotz gegenwärtiger Zeugnisverweigerung wäre es nicht angezeigt, die für diesen Fall von der Rechtsprechung entwickelten strengen Förmlichkeiten aufzuweichen und schon ein allgemeines, vom Tatrichter in den Urteilsgründen dargelegtes ‚Bewusstsein‘ des Zeugen von einer Verwertungsmöglichkeit ausreichen zu lassen.“

Ein wirksamer Verzicht der Zeuginnen liegt nicht vor.

cc. Kein Verstoß wg. § 251 II Nr. 3 StPO

Eine Zulässigkeit der Verlesung könnte sich jedoch aus § 251 II Nr. 3 StPO ergeben, da alle Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung ihr Einvernehmen in die Verlesung erklärt haben.

„[10] Auch die Erklärung des ‚Einvernehmens‘ aller Beteiligten mit der Verlesung der Niederschriften der richterlichen Aussagen konnte die Verzichtserklärungen nach qualifizierter Belehrung nicht ersetzen. Eine solche Erklärung gemäß § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO ist zwar grundsätzlich möglich, wenn durch eine Verzichtserklärung des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen die Schwelle des § 252 StPO überwunden und eine Verwertung daher - nach allgemeinen Regeln - zulässig ist. **Die Einverständniserklärung nach § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO kann aber die Erklärung eines Verzichts auf das Verwertungsverbot nach qualifizierter Belehrung nicht ersetzen.** Das ergibt sich schon daraus, dass § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO ein Einverständnis des betroffenen Zeugen nicht voraussetzt. Daher wurde vorliegend über die Verlesung der Vernehmungsprotokolle folgerichtig erst jeweils nach Entlassung der Zeuginnen beraten und entschieden.“

Auch § 251 II Nr. 3 StPO gestattet die Protokollverlesung somit nicht.

Durch die Verlesung des Protokolls wurde § 252 StPO verletzt. Ein Verfahrensfehler ist somit gegeben.

2. Beruhen des Urteils auf dem Fehler

Da nicht auszuschließen ist, dass das Urteil ohne den Fehler anders ausgefallen wäre, beruht es auf diesem.

III. Sachrüge

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

C. Ergebnis

Die Revision des A ist zulässig und mit der Verfahrensrüge begründet.

FAZIT:

Eine interessante Entscheidung, in der der BGH auf die verschiedenen Möglichkeiten eingeht, das Beweisverwertungsverbot des § 252 StPO zu umgehen (Vernehmung der richterlichen Verhörsperson; Einverständnis des Zeugen nach qualifizierter Belehrung), aber auch auf die Grenzen dieser Möglichkeiten (Verlesung des richterlichen Protokolls bleibt unzulässig; Einvernehmen der Verfahrensbeteiligten ersetzt nicht das Einverständnis des Zeugen).

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



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

DIE KLEINGRUPPE:

AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

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

DIE METHODE:

SYSTEMATISCH-STRUKTURELL – KEIN BLOSSES PAUKEN VON FÄLLEN

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

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

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

DIE DOZENTEN:

FACHLICH-PÄDAGOGISCHE KOMPETENZ – KEIN UNVERSTÄNDLICHER MONOLOG

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

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

DAS MATERIAL:

ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN

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

DAS MATERIAL:

GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT

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

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.

Vor K wie Karriere,

kommt J wie Jura Intensiv

**JETZT
KOSTENLOSES
PROBEHÖREN
OHNE VORHERIGE
ANMELDUNG**

NÄCHSTE KURSE FRÜHJAHR 2012

ASSESSORKURSE - Die Vorbereitung auf das 2. Staatsexamen

Jura Intensiv bietet:

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



Das Recht

auf meiner Seite



IM ONLINE SHOP:

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

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.