

RA 11/2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Zu den Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage	597
Bereicherungsrechtliches Dreiecksverhältnis bei Erstattung von Abschleppkosten	601
Schuldanerkenntnis durch Zahlung?	605
Verweigerung des Nacherfüllungsverlangens	609

Speziell für Referendare:

Anscheinsbeweis im Straßenverkehr	613
---	-----

ÖFFENTLICHES RECHT

Zum Nachbarrechtsschutz gegen im vereinfachten Verfahren erteilte Baugenehmigung	617
Jugendschutz contra Pressefreiheit („Fall Ochsenknecht“)	622
Rechtsweg gegen ehrverletzende Äußerungen	629

Speziell für Referendare:

Zur Verwirkung baunachbarlicher Abwehrrechte	633
--	-----

STRAFRECHT

Körperverletzung durch Fesselung	637
Formelle Subsidiarität der veruntreuenden Unterschlagung	641
Wegnahme beim Raub und Näheverhältnis bei der Dreieckserpressung	645

Speziell für Referendare:

Ablehnung eines Beweisantrags aus mehreren Gründen	650
--	-----

**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



“Swingstate“ Nordrhein-Westfalen?

Gedanken zum Wahlrecht in Deutschland und den U.S.A.

Liebe Leserinnen und Leser,

einer der vielen Vorzüge meines Berufs als Dozent eines juristischen Repetitoriums besteht darin, täglich in Kontakt mit jungen Menschen zu kommen. Über spannende fachliche Diskussionen hinaus besteht nicht selten in Kurspausen die Gelegenheit, auch einmal ein privates Wort zu wechseln. Aus Anlass der Präsidentschaftswahlen in den U.S.A. beispielsweise diskutierten einige Kursteilnehmer kürzlich lebhaft über das dortige Wahlsystem. Von einer Demokratie könne man kaum noch sprechen, hörte ich heraus, wenn man bedenke, dass ein Kandidat mit einer Minderheit an (absoluten) Stimmen Präsident werden könne, nur weil die regionale Stimmverteilung zufällig günstig für ihn ausfalle. So geschehen noch 2000, als George W. Bush die Wahl gegen Al Gore gewann, obwohl letzterer absolut gesehen mehr Stimmen erzielte.

Nun, mit einigem Recht kann das Wahlmänner-System in den U.S.A. als antiquiert bezeichnet werden. Allerdings besteht für uns Deutsche kein Anlass, die Nase hoch zu tragen, denn unser Wahlsystem weist ebenfalls gravierende, ja geradezu groteske Mängel auf, sodass Grund genug besteht, zunächst vor der eigenen Haustür zu kehren.

Für den gesunden Menschenverstand unfassbar ist etwa das Phänomen des „negativen Stimmgewichts“. Tatsächlich lässt es das deutsche Bundeswahlrecht zu, dass in bestimmten Konstellationen weniger Stimmen zu mehr Sitzen im Parlament führen. Dass es sich dabei keineswegs nur um eine theoretische Möglichkeit handelt, zeigte die Bundestagswahl 2005: Bei der Nachwahl im Wahlkreis Dresden I durfte die CDU nicht mehr als 41.226 Zweitstimmen erzielen, sonst wäre ihr ein Überhangmandat verloren gegangen. Man kann sich nur wundern, dass die Parteien daraus noch keine Konsequenzen gezogen haben - eine völlig neue Art von Wahlkampf böte sich an („wählt uns nicht“).

Wurzel diesen Übels sind die (ausgleichslosen) Überhangmandate, von denen sich vor allem die großen Parteien nicht trennen wollten, obwohl das BVerfG dem Gesetzgeber das „negative Stimmgewicht“ förmlich um die Ohren gehauen hatte (BVerfGE 121, 266). Jedenfalls hielten sie in ihrer (nach drei Jahren zähen Ringens verabschiedeten) Reform an den ausgleichslosen Überhangmandaten fest. Absehbare Folge: Das BVerfG kassierte auch die Reform ein (BVerfG, RA 2012, 503 = NVwZ 2012, 1101 m. Anm. Morlok)!

Ende letzten Monats verständigten sich nun vier der fünf Bundestagsfraktionen auf eine Reform der Reform, nach der die Überhangmandate wiederum erhalten bleiben, aber ausgeglichen werden sollen. Zur Bekämpfung des „negativen Stimmgewichts“ sollen alle Bundesländer zudem eine feste Anzahl der 598 Abgeordneten im Deutschen Bundestag stellen, wobei der Anteil eines jeden Bundeslandes von seiner Bevölkerungszahl abhängen soll. Sodann soll für jedes Land separat ermittelt werden, wieviele Zweitstimmen auf die Landesliste einer Partei entfallen, wieviele Sitze aus einem Land diese also gewonnen hat. Sämtliche Rundungsverluste (Reststimmen, die nicht für einen weiteren Sitz ausreichen) sollen für jede Partei bundesweit zusammengerechnet werden, woraus sich weitere Mandate ergeben können. Kluge Köpfe haben errechnet: Wäre schon 2009 so gewählt worden, gäbe es heute nicht 620, sondern 671 Abgeordnete.

Man erkennt unweigerlich die Parallele zu den vielkritisierten Präsidentschaftswahlen in den U.S.A., bei denen jeder Bundesstaat auch eine feste Anzahl von Wahlmännern stellt, die ebenfalls von der Bevölkerungszahl abhängt.

Immerhin: In Deutschland wird auch zukünftig nicht eine Partei systembedingt *alle* Abgeordneten aus einem Bundesland stellen. Bundesländern wie NRW, in denen die Mehrheitsverhältnisse in der jüngeren Vergangenheit mehrfach wechselten, droht also hoffentlich nicht das Schicksal eines "Swingstates" wie Ohio oder Florida, in denen die Kandidaten aus beiden großen politischen Lagern die Bevölkerung mit Wahlinformationen regelrecht überschütteten, nach unseren Maßstäben teilweise über die Grenze zur Nötigung hinaus.

So gesehen – darin stimme ich der oben erwähnten Ansicht der Kursteilnehmer zu – sind wir den U.S.A. immerhin noch etwas voraus.

*Frank D. Schildheuer, Rechtsanwalt
Chefredakteur "RA"
(zugleich Dozent für JURA INTENSIV in Münster und Bielefeld)*

IMPRESSUM

- HERAUSGEBERIN:** JURA INTENSIV VERLAGS-GMBH & Co. KG, Salzstraße 18, 48143 Münster
Tel.: 0251/4824-60; Fax: 0251/4824-545
Internet: <http://www.jura-intensiv.de> - E-Mail: ra@jura-intensiv.de
- CHEFREDAKTION:** Rechtsanwalt Frank D. Schildheuer (zugleich Öffentliches Recht)
REDAKTEURE: 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. Mediadata und Preise können jederzeit unter den o.g. Kontaktmöglichkeiten angefordert werden.

Zivilrecht

Problem: Wegfall der Geschäftsgrundlage

OLG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 04.10.2012
8 U 391/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Dieses Urteil des OLG Saarbrücken behandelt einen Sachverhalt, in dem das beklagte Unternehmen einen Rücktritt von einem Pachtvertrag erklärt hat und sich dabei auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage beruft. § 313 BGB schützt jedoch die Privatautonomie und hat insofern das primäre Ziel der Vertragsanpassung. Die Rechtsfolge einer Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen soll lediglich im Ausnahmefall eingreifen und zwar nur dann, wenn ein Festhalten am Vertrag für zumindest eine Partei unzumutbar wäre. Hierfür legte das Gericht die konkrete Vereinbarung der Parteien aus und entschied zugunsten der Beklagten.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (K) schloss am 23.02.2010 als Eigentümerin eines Grundstücks einen Pachtvertrag mit der Beklagten (B), die auf die Errichtung von Photovoltaikanlagen spezialisiert ist. Auf dieser landwirtschaftlichen Fläche sollte eine solche Anlage erbaut werden während B ab dem Jahr 2011 ein jährliches Nutzungsentgelt in Höhe von 17.300 € an K zahlen sollte. B plante, den gewonnenen Strom nach den Vorschriften des EEG 2009 in das öffentliche Stromnetz einzuspeisen, wobei eine Förderung in Höhe von 32 Cent pro Kilowattstunde erhalten werden sollte. Nach § 7 Ziffer 3. des auf die Dauer von 24 Jahren fest abgeschlossenen Vertrags ist die Beklagte berechtigt, den Vertrag außerordentlich aus wichtigem Grund zu kündigen, wenn ihr der Betrieb der Photovoltaikanlage in der dem Vertrag zugrunde gelegten Form durch gesetzliche, gerichtliche oder behördliche Auflagen oder Änderungen rechtlich oder wirtschaftlich unzumutbar wird.

Mit der am 11.08.2010 verabschiedeten Gesetzesänderung wurde das Vorhaben der B aus der Förderung des EEG ausgeschlossen, womit B den gewonnenen Strom zu einem Preis von 5 Cent pro Kilowattstunde verkaufen müsste. Deshalb kündigte sie den Vertrag mit K wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage am 20.12.2010 schriftlich bei K.

K hält diese Kündigung für unwirksam und verlangt nun weiterhin ein Nutzungsentgelt in Höhe von 17.300 € für das Jahr 2011.

Steht K der geltend gemachte Anspruch zu?

PRÜFUNGSSCHEMA:

A. Anspruch der K aus § 581 I 2 BGB auf Zahlung der Pacht für das Jahr 2011

I. Abschluss eines Pachtvertrages

II. Wirksamkeit des Vertrages

1. Störung der Geschäftsgrundlage

2. Rechtsfolge des § 313 BGB

B. Ergebnis

LÖSUNG:**A. Anspruch der K aus § 581 I 2 BGB auf Zahlung der Pacht in Höhe von 17.300 €**

K könnte gegen B ein Anspruch aus dem Pachtvertrag haben, soweit dieser wirksam zustande gekommen und nicht wirksam gekündigt worden ist.

I. Abschluss eines Pachtvertrages

K und B schlossen unstreitig am 23.02.2010 einen Pachtvertrag über das Grundstück der K.

II. Wirksamkeit des Vertrages

Dieser Vertrag könnte jedoch von B wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage wirksam gekündigt worden sein. Hierfür müssten die Voraussetzungen des § 313 BGB vorliegen.

1. Wegfall der Geschäftsgrundlage

Zunächst müsste die Geschäftsgrundlage für den Vertrag weggefallen sein.

Geschäftsgrundlage sind Umstände oder Vorstellungen über Umstände, die nicht Vertragsinhalt aber dennoch so wesentlich sind, dass der Geschäftswille beider Parteien oder zumindest einer Partei für die andere erkennbar darauf beruht.

Vorliegend basierte der Abschluss des Vertrages auf der Vorstellung der B, dass der von B nach Errichtung und Inbetriebnahme der Photovoltaikanlage auf dem Grundstück der K in das Stromnetz eingespeiste Strom werde ihr nach Maßgabe des EEG 2009 durch die dort festgelegte Einspeisevergütung in Höhe von 31,94 Cent pro Kilowattstunde vom Netzbetreiber vergütet. Diese Regelung des EEG wurde im Vertrag erwähnt, wäre aber auch ohne entsprechende Formulierungen zur Geschäftsgrundlage geworden.

Entschieden in: BGH NJW-RR
2006, 699 ff

„[25] **Im Übrigen genügt es für eine Geschäftsgrundlage, wenn die Parteien bestimmte Umstände als selbstverständlich ansahen, ohne sich diese bewusst zu machen.** Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 23.2.2010 war **allgemein bekannt**, dass der im Zuge des vom Bundestag beschlossenen Ausstiegs aus der Atomenergie gewollte Ausbau der Stromerzeugung durch erneuerbare Energien der Förderung bedarf. Ohne die Förderung der Erzeugung von Strom aus Solarenergie nach dem EEG 2009 wäre weder ein auf die Errichtung und den Betrieb von Photovoltaikanlagen spezialisiertes Unternehmen auf die Idee verfallen, eine Photovoltaikanlage auf ehemaligen Ackerflächen zu errichten, noch wäre ein Eigentümer von ehemaligen Ackerflächen auf die Idee gekommen, diese an ein solches Unternehmen zu verpachten. Vielmehr hat der Abschluss entsprechender Pachtverträge - wie auch hier - seine Grundlage gerade in der dem Anlagenbetreiber nach dem EEG 2009 zukommenden Förderung.“

Außerdem müsste diese Geschäftsgrundlage auch durch die Änderung des EEG vom 11.08.2010 schwerwiegend gestört gewesen sein. **Eine Störung ist schwerwiegend, wenn ein Festhalten am Vertrag unter den veränderten Umständen im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere**

der gesetzlichen oder vertraglichen Risikoverteilung, nicht zumutbar ist.

Durch die Änderung des EEG fiel das Vorhaben der B nicht mehr in die Förderungsbestimmungen. Dadurch hätte B den Strom der Photovoltaikanlage nicht wie geplant für 32 Cent, sondern allenfalls zu dem marktüblichen Preis von 5 Cent pro Kilowattstunde, also für weniger als 1/6 des bei Abschluss des Vertrages erwarteten Preises verkaufen können. Eine solche Anlage konnte unter diesen Bedingungen also nicht wirtschaftlich sinnvoll betrieben werden. Damit ist die Geschäftsgrundlage für B weggefallen.

Auch unter der **Berücksichtigung der Risikoverteilung** ist die Störung für B schwerwiegend.

§ 313 BGB sieht eine solche Berücksichtigung der Risikoverteilung ausdrücklich vor

„[30] **Zwar ist für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen, dem Vertragszweck oder dem anzuwendenden dispositiven Recht in den Risikobereich einer Partei fallen.** In einem solchen Fall kann sich der Betroffene bei Verwirklichung des Risikos regelmäßig nicht auf das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. So trägt etwa bei der Gewerberaummieta und bei der Pacht grundsätzlich der Mieter bzw. der Pächter das Verwendungsrisiko bezüglich der Miet- bzw. Pachtsache. Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Miet- bzw. Pachtobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters bzw. Pächters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters bzw. Pächters, welches dieser nicht nachträglich auf den Vermieter bzw. Verpächter verlagern kann.“

K und B könnten hier jedoch vertraglich eine Risikoverlagerung vereinbart haben. Eine solche **Risikoverlagerung** ist etwa dann gegeben, wenn sich der Vermieter bzw. Verpächter die geplante Verwendung soweit zu Eigen gemacht hat, dass sein Verlangen, den Vertrag trotz der aufgetretenen Störung unverändert durchzuführen, gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstößt. Dies ist durch Auslegung des Pachtvertrages zu ermitteln.

Insbesondere in § 7 Nr. 3 des Vertrages, der ein Recht zur außerordentlichen Kündigung vorsieht, spricht dafür, dass K das Risiko, dass gesetzliche Veränderungen den Bau einer Photovoltaikanlage verhindern, zumindest mit trägt. Denn hiermit stellten die Parteien klar, dass sich B als Pächterin bei nachträglichen Änderungen nicht an den Vertrag binden lassen muss, womit K zumindest diesen Teil des Risikos trägt.

2. Rechtsfolge des § 313 BGB

B hat den Pachtvertrag als Dauerschuldverhältnis mit Schreiben vom 20.12.2010 kündigen wollen.

Dies ist gemäß § 313 III 2 BGB dann möglich, wenn eine Anpassung des Vertrages entweder gar nicht möglich oder den Parteien jedenfalls nicht zumutbar ist.

„[46] **Entscheidend ist insoweit, ob die Parteien, wenn sie an die Störung gedacht hätten, eine Anpassung des Vertrags oder**

seine Auflösung (wenigstens redlicherweise) vereinbart hätten. Ergibt sich dabei, dass die Parteien viel eher eine Auflösung als eine Anpassung vereinbart hätten, ist eine Anpassung unzumutbar. **Hätten die Parteien den Vertrag unter Zugrundelegung der Veränderungen überhaupt nicht geschlossen, kommt eine Anpassung - anders als das Landgericht angenommen hat - nicht in Betracht.** Darüber hinaus liegt Unzumutbarkeit dann vor, wenn eine Vertragsanpassung zumindest für eine Partei sinnlos ist.“

Ohne die im EEG 2009 vorgesehene Förderung ist die Errichtung einer Photovoltaikanlage und damit die Pacht einer landwirtschaftlichen Fläche wirtschaftlich sinnlos. Es ist also davon auszugehen, dass B den vorliegenden Vertrag im Wissen der nachträglichen Änderungen nicht abgeschlossen hätte. Damit steht ihr ein Kündigungsrecht im Sinne des § 313 III 2 BGB zu.

B. Ergebnis

Aufgrund der wirksamen Kündigung des Pachtvertrages durch B steht K kein Anspruch aus § 581 I 2 BGB zu.

FAZIT:

Das OLG legt ein Urteil vor, in dem er die Voraussetzungen des § 313 BGB sorgfältig prüft.

Insbesondere macht es darauf aufmerksam, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Unzumutbarkeit eine Berücksichtigung der Risikoverteilung verlangt. Es stellt weiterhin klar, dass bei Miet- oder Pachtverträgen nicht pauschal davon ausgegangen werden kann, dass der Mieter oder Pächter immer das Risiko der Gewinnerzielung aus der Sache trägt. Vielmehr liegt der Fall wie vorliegend anders, wenn der Vermieter oder –pächter Kenntnis von den Voraussetzungen für eine Gewinnerzielung hat und sogar ein Rücktrittsrecht vom Vertrag im Falle eines Wegfalls dieser anerkennt. Dann liegt das Risiko im Ergebnis nicht mehr nur allein in der Sphäre des Mieters bzw. Pächters. Eine Anwendung der Vorschrift über die Störung der Geschäftsgrundlage ist dann nicht ausgeschlossen.

Problem: Rückzahlung überhöhter Abschleppkosten

BGH, URTEIL VOM 06.07.2012
V ZR 268/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der BGH hatte vorliegend darüber zu entscheiden, an wen sich der Schuldner einer Forderung zu halten hat, wenn er bei Erfüllung dieser an einen Dritten, dem das Recht abgetreten wurde zu viel gezahlt hat. Dieses Mehrpersonenverhältnis im Bereicherungsrecht wurde zwar bereits mehrfach höchststrichterlich entschieden. Und zwar soll ein Bereicherungsausgleich grundsätzlich zwischen dem Zahlenden und dem Abtretenden erfolgen.

Aufgrund des „Verbots der schematischen Lösung“ hatte der Senat jedoch auch hier am Einzelfall genau zu prüfen, ob er eine wertungsmäßige Korrektur unter Berücksichtigung von Gesichtspunkten wie Vertrauensschutz und Risikoverteilung vorzunehmen hatte.

SACHVERHALT:

Am 03.08.2010 stellte der Kläger (K) sein Fahrzeug auf einem Privatgrundstück im Bereich einer gekennzeichneten Feuerwehranfahrtszone ab. Die Beklagte (B) ist als Abschleppunternehmen aufgrund eines mit der Besitzerin des Grundstücks abgeschlossenen Vertrages verpflichtet, unbefugt abgestellte Fahrzeuge von dem Grundstück zu entfernen. Dieser Vertrag enthält unter anderem die Regelung, dass ihr die Ansprüche der Grundstückseigentümerin auf Ersatz der Abschleppkosten gegen unberechtigt Parkende abgetreten werden. B setzte das Fahrzeug des K um. Sie wendete sich sodann an K und erklärte ihm, sie werde den Standort des PKW nicht angeben, solange K nicht zahle. Nachdem dieser die Abschleppkosten in Höhe von ca. 260 € also bei B gezahlt hat, um sein PKW abholen zu können, erfährt er, dass diese Kosten die ortsüblichen um rund 100 € übersteigen.

Er verlangt deshalb von B die Rückzahlung der überzahlten Kosten.

Zu Recht?

LÖSUNG:

K könnte gegen B einen Anspruch auf Rückzahlung der Abschleppkosten aus § 812 I 1 BGB haben.

Ein solcher kann grundsätzlich bestehen, soweit ein geleisteter Betrag zur Erfüllung eines Schadensersatzanspruches den ersatzfähigen Schaden übersteigt. Denn dann leistet man einen Teilbetrag der nicht mehr von dem Rechtsgrund dieses gesetzlichen Schuldverhältnisses gedeckt ist. Dafür müssten jedoch auch die weiteren Voraussetzungen der Leistungskondition des § 812 I 1 BGB vorliegen.

So entschieden in: BGH, Urteil vom 05.06.2009 – V ZR 144/08

I. Etwas erlangt

B hat einen Betrag in Höhe von 260 € erlangt, wobei rund 100 € davon zu viel gezahlt wurden.

II. Durch Leistung

B müsste diesen Betrag auch durch Leistung an ihn erlangt haben. Leistung ist jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. Zwar hat K an das Abschleppunternehmen gezahlt. Stellt

sich dieses als bloße „Zahlstelle“ dar, so ist der gestörte Grundstücksbesitzer auch unproblematisch Bereicherungsschuldner, womit B nicht passivlegitimiert wäre. Fraglich ist jedoch, an wen K hier geleistet hat, da die Forderung an B abgetreten worden ist, sie diese also selbst geltend machen konnte.

1. Ansicht: Gläubigerwechsel

In der Literatur wird teilweise vertreten, dass auch in solchen Fallkonstellationen an den Zahlungsempfänger, also an den Zessionar geleistet wird. Bei einer Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht müsse sich der Zahlende sodann an ihn halten. Damit findet aus Sicht des Zahlenden ein **Gläubigerwechsel** statt. Vorliegend hätte K damit an B geleistet, womit diese Voraussetzung des Anspruches vorliegen würde.

2. Ansicht: Leistung an den vormaligen Gläubiger

Eine weitere Ansicht der Literatur geht indes davon aus, dass hier eine Leistung an den alten Gläubiger vorliegt. Deshalb habe ein **Bereicherungsausgleich grundsätzlich zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses** zu erfolgen. Hier bestand ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen K und der Grundstückseigentümerin, aus dem K verpflichtet war, ihr den Schaden zu ersetzen. Nach dieser Ansicht hat K nicht an B, sondern an die Grundstückseigentümerin geleistet. Ein Anspruch gegen B bestünde demnach nicht. Dieser Auffassung ist zu folgen. Für sie spricht insbesondere die Verteilung des Insolvenzrisikos.

„[7] Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs findet, wenn der Schuldner nach Abtretung des Anspruchs an den Zessionar (Abtretungsempfänger) geleistet hat, die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung grundsätzlich nicht direkt in dem Verhältnis dieser Personen statt, sondern zum einen zwischen dem Zessionar und dem Zedenten (Abtretender) und zum anderen zwischen diesem und dem Schuldner. Maßgeblicher Grund hierfür ist die sachgerechte Verteilung der Insolvenzrisiken, die nur gewährleistet ist, wenn die **Rückabwicklung innerhalb der jeweiligen Kausalverhältnisse** erfolgt. Dieser Gesichtspunkt hat auch bei einem gesetzlichen Schuldverhältnis, wie es infolge unberechtigten Parkens zwischen dem betroffenen Grundstücksbesitzer und dem Fahrzeugführer entsteht, seine Berechtigung. Auch wenn dem Fahrzeugführer der Grundstücksbesitzer in aller Regel unbekannt sein wird, ist es ihm eher zuzumuten, dessen Insolvenzrisiko zu tragen als dasjenige des von diesem beauftragten Abschleppunternehmens. **Während ihm nämlich das Parken auf dem fremden Grundstück unmittelbar zuzurechnen ist, hat er auf die Auswahl des Abschleppunternehmens durch den Gestörten keinerlei Einfluss. Gleichzeitig erscheint es billig, das Insolvenzrisiko des Abschlepp- oder Inkassounternehmens dem Geschädigten als dessen Auftraggeber aufzuerlegen.**“

Somit hat kein Gläubigerwechsel stattgefunden und K hat zunächst mit seiner Zahlung nicht an B, sondern an die Eigentümerin geleistet, er kann also den Anspruch auf Rückzahlung nur gegenüber dieser, nicht aber gegenüber B geltend machen.

Etwas anderes könnte sich jedoch ausnahmsweise daraus ergeben, dass B den PKW des K nicht herausgeben wollte, solange K die Abschleppkosten nicht übernommen hat. Er könnte K damit so unter Druck gesetzt haben, dass es sich hier gebietet, K einen Anspruch gegen ihn zuzusprechen. Solche außergewöhnlichen Umstände

müssen jedoch immer am Einzelfall festgestellt werden und können pauschal nicht angenommen werden.

„[8] Außergewöhnliche Umstände, die eine Ausnahme von dem Grundsatz rechtfertigen liegen nicht vor.“

„[9] Zwar hat der Bundesgerichtshof in einem Fall, in dem der Zessionar den Schuldner - trotz lediglich vorläufiger Berechnung der (Werklohn-)Forderung - mit großer Intensität zu einer (Zuviel-)Zahlung gedrängt hatte, eine Direktkondition gegen den Zessionar zugelassen. Maßgeblich dafür war aber nicht allein das Verhalten des Zessionars, sondern die Erwägung, dass dieses aufgrund der tatsächlichen Umstände **nicht der Rechtsbeziehung zwischen dem Schuldner und dem Zedenten zugerechnet werden konnte und folglich auch die darauf beruhende Zuvielzahlung ihre Ursache außerhalb des Verhältnisses von Schuldner und Zedenten hatte.**“

Siehe zu diesem Fall: BGH, Urteil vom 08.06.1988 - IV ZR 51/87

Eine Ausnahme kann also nach Ansicht der Rechtsprechung nur dann vorliegen, wenn ein Verhalten des Zessionars gegeben ist, dass dem Zedenten nicht zugerechnet werden kann. Bei der Frage nach einer solchen Zurechnung kann natürlich auf den Abtretungsvertrag und dem Vertragsverhältnis auf dem er basiert abgestellt werden. Hält sich das Verhalten des Zessionars im Rahmen seiner vertraglichen und vor allem üblichen Verpflichtungen, muss eine solche bejaht werden. Vorliegend ist maßgebend das Vertragsverhältnis zwischen der Grundstückseigentümerin und dem beklagten Abschleppunternehmen.

Das hier in Frage stehende Verhalten des B kann der Eigentümerin durchaus zugerechnet werden.

„[10] Demgegenüber ist in dem hier zu beurteilenden Sachverhalt das Verhalten des beklagten Abschleppunternehmens der Grundstücksbesitzerin ohne weiteres zuzurechnen. Indem die Beklagte die Bekanntgabe des Standorts des abgeschleppten Fahrzeugs von der vorherigen Bezahlung der Abschleppkosten abhängig machte, hat sie der Sache nach ein **Zurückbehaltungsrecht an dem Fahrzeug des Klägers** ausgeübt. Das ist eine im Grundsatz zulässige und bei Abschleppvorgängen nicht unübliche Rechtsausübung, mit der die Grundstücksbesitzerin als Auftraggeberin des Abschleppvorgangs rechnen musste. Auch waren ihr aus dem Rahmenvertrag die Kosten bekannt, die die Beklagte für das Umsetzen von Fahrzeugen berechnete. **Soweit diese Kosten den erstattungsfähigen Schaden der Grundstücksbesitzerin übersteigen, war eine unter dem Druck des Zurückbehaltungsrechts erfolgte Zuvielzahlung des Klägers somit vorhersehbarer Folge des Abschleppauftrags; sie ist deshalb der Rechtsbeziehung zwischen diesem und ihr als Geschädigter zuzurechnen.** Eine andere Beurteilung käme nur in Betracht, wenn die Beklagte die Bekanntgabe des Fahrzeugstandorts von einer zusätzlichen, hinter dem Rücken der Grundstücksbesitzerin vereinnahmten Zahlung durch den Kläger abhängig gemacht hätte. So liegt es hier jedoch nicht.“

B hat die Herausgabe lediglich von der Zahlung der Abschleppkosten abhängig gemacht. Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass B entge-

gen der Vorstellung der Grundstückseigentümerin handelte. Vielmehr muss dann davon ausgegangen werden, dass diese die Vorgehensweise eines Abschleppunternehmens kannte und duldete. K hat also nach den Grundsätzen des Bereicherungsausgleichs im Mehrpersonenverhältnis nicht an B geleistet. Er hat keinen Anspruch gegen diesen auf Rückzahlung der 100 € aus § 812 I 1 BGB.

FAZIT:

Der Senat bestätigt in diesem Urteil seine bisherige Rechtsprechung zum Bereicherungsausgleich im Mehrpersonenverhältnis.

Es bleibt also dabei, dass dieser grundsätzlich innerhalb des jeweiligen Kausalverhältnisses zu erfolgen hat. Zwar lässt der BGH Ausnahmen zu. Er rügt jedoch, dass die Berufungsinstanz zuvor zu leichtfertig von einer solchen ausging, denn die konsequente Verteilung des Insolvenzrisikos soll nur dann unterbrochen werden, wenn der Einzelfall genügend Anhaltspunkte dafür bietet.

Im Originalfall stellte sich zudem eine interessante prozessuale Frage. Da B daran interessiert war, zu erfahren, ob die in Rechnung gestellten Kosten für das Abschleppen tatsächlich überhöht waren, erklärte sie ihre fehlende Passivlegitimation für unerheblich. Dem stimmte K zwar selbstverständlich zu, die Erklärung änderte jedoch nichts an dem Urteil des Senats.

„[11] Der Abweisung der Klage steht nicht entgegen, dass der Vertreter der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt hat, in erster Linie an einer Entscheidung über die Ersatzfähigkeit der dem Kläger in Rechnung gestellten Kosten interessiert zu sein. **Da es sich bei dem Anspruch aus § 812 BGB um einen gesetzlichen und damit nicht der Disposition der Parteien unterliegenden Anspruch handelt, kann die Beklagte ihre fehlende Passivlegitimation nicht für unerheblich erklären.** Hieran änderte auch ein Einverständnis des Klägers nichts.“

Problem: Schuldanerkenntnis des Versicherers

LG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 12.10.2012
13 S 100/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Dieses Urteil des LG Saarbrücken basiert auf einem Verkehrsunfall mit zwei beteiligten Fahrzeugen. Hier geht es jedoch nicht um die Frage eines möglichen Mitverschuldens einer der Beteiligten – dies wurde bereits in der Vorinstanz unbeanstandet abgelehnt – sondern um einen Anspruch des Haftpflichtversicherers gegen den Unfallversacher auf Rückzahlung eines geleisteten Betrages.

Hierbei muss geprüft werden, ob durch die Zahlung ein mögliches Schuldanerkenntnis abgegeben worden ist, das dem Anspruch aus § 812 BGB entgegenstehen könnte.

SACHVERHALT:

Im August 2012 ereignete sich Saarbrücken ein Verkehrsunfall, an dem die Versicherungsnehmerin der klagenden Haftpflichtversicherin (K), sowie der Beklagte (B) beteiligt waren. Zu dem Unfall war es aufgrund eines Wendemanövers des B auf der Fahrbahn in einem Kreuzungsbereich gekommen. Aufgrund der Unfallschilderungen der beiden Beteiligten und eines Zeugen, der als Beifahrer des B den Unfallhergang genau beobachtet haben wollte, ging K außergerichtlich von einer hälftigen Schadensteilung aus.

Dies teilte sie B mit Schreiben vom 22.09.2012 mit, rechnete den Schaden mit Schreiben vom 28.09.2012 ab und zahlte an B rund 2000 € aus.

Da B jedoch davon ausging, K hafte voll für die Schäden aus dem Verkehrsunfall, klagte er auf Zahlung des restlichen Schadensersatzes. In diesem Haftpflichtprozess relativierte der Zeuge aber seine Aussage, womit das Gericht entschied, dass B allein den Unfall verursacht hatte. Diese Entscheidung ist nicht zu beanstanden. Deshalb verlangt K von B nun die Rückzahlung des geleisteten Betrages. B meint, K habe mit der Auszahlung ein Schuldanerkenntnis abgegeben und habe deshalb keinen Anspruch auf Rückzahlung.

Steht K der geltend gemachte Anspruch zu?

PRÜFUNGSSCHEMA:

A. Anspruch auf Rückzahlung aus § 812 I 1 BGB

I. Etwas erlangt

II. Durch Leistung der K

III. Ohne Rechtsgrund

1. Konstitutives Schuldanerkenntnis im Sinne des § 781 BGB

2. Deklaratorisches Schuldanerkenntnis

IV. Kein Ausschluss gemäß § 814 BGB

LÖSUNG:**A. Anspruch der K gegen B auf Rückzahlung der 2000 € aus § 812 I 1 BGB**

K könnte einen Anspruch aus der Leistungskondition des § 812 I 1 BGB haben. Hierfür müsste sie an B ohne Rechtsgrund geleistet haben.

I. Etwas erlangt

Zunächst hat B den Betrag in Höhe von 2000 € erlangt.

II. Durch Leistung

Außerdem müsste K an B geleistet haben. Leistung ist jede bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens. K zahlte den Betrag zum Zwecke der Schadensregulierung aus. Damit hat sie geleistet.

III. Ohne Rechtsgrund

Diese Leistung muss jedoch auch ohne Rechtsgrund getätigt worden sein. Fraglich ist, ob in der Auszahlung des Betrages ein Schuldanerkennnis der K zu sehen ist. Ein solches könnte einen Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts darstellen. Ob in einer Äußerung bzw. Handlung eine schuldanererkennende Erklärung liegt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

1. Konstitutives Schuldanerkennnis im Sinne des § 781 BGB

Zunächst könnte ein konstitutives Schuldanerkennnis vorliegen. Ein solches liegt vor, **wenn der Anerkennende unabhängig vom Schuldgrund eine neue selbstständige Verpflichtung schaffen will, die auch dann ihre Rechtswirksamkeit bewahren soll, wenn der ursprüngliche Anspruch nicht besteht.**

Hier ist nicht erkennbar, dass K mit ihrer Erklärung, sie gehe von einer Haftungsteilung aus, eine selbstständige Verpflichtung begründen wollte. Vielmehr hat sie ihre Erklärung gerade im Hinblick auf ihr Versicherungsverhältnis mit dem Halter und der Fahrerin des Unfallfahrzeuges abgegeben. Die Erklärung erfolgte daher nicht losgelöst von einem Rechtsgrund, das heißt von den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen, sondern gerade mit Bezug auf einen solchen.

2. Deklaratorisches Schuldanerkennnis

In Betracht kommt weiterhin ein deklaratorisches Schuldanerkennnis. Durch ein vertraglich bestätigendes (deklaratorisches) Schuldanerkennnis wollen die Parteien einen bestehenden oder zumindest für möglich gehaltenen Anspruch ganz oder teilweise dem Streit oder der Ungewissheit entziehen und diesen (insoweit) endgültig festzulegen. Dieser Schuldbestätigungsvertrag wirkt insoweit regelnd auf die Rechtsbeziehungen der Parteien ein, als er die Verwirklichung einer Forderung von möglicherweise bestehenden Einwendungen oder Einreden befreit oder sogar ein möglicherweise noch nicht bestehendes Schuldverhältnis begründet, indem nämlich ein nur möglicherweise bestehendes Schuldverhältnis bestätigt wird.

Ob ein solches Anerkenntnis vorliegt ist durch Auslegung der Erklärungen zu ermitteln.

„[14] Der Wille der Parteien, eine derart weitgehende rechtliche Wirkung herbeizuführen, kann, wenn dies nicht ausdrücklich erklärt worden ist, nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden. Der erklärte Wille der Beteiligten muss die mit einem deklaratorischen Schuldanerkennnis verbundenen Rechtsfolgen tragen. Das setzt insbesondere voraus, dass diese Rechtsfolgen der Interessenlage der Beteiligten, dem mit der Erklärung erkennbar verfolgten Zweck und der allgemeinen Verkehrsauffassung über die Bedeutung eines solchen Anerkenntnisses entsprechen. **Die An-**

Auslegung der Erklärung des Versicherers, die das Schuldanerkennnis darstellen soll

nahme eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses ist danach nur gerechtfertigt, wenn die Beteiligten dafür unter den konkreten Umständen einen besonderen Anlass hatten, weil zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder über einzelne rechtliche Punkte herrschte.“

Zwar liegt in einer von einem Haftpflichtversicherer erteilten Regulierungszusage regelmäßig ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis gegenüber dem Geschädigten.

Zum Beispiel in: BGH, Urteil vom 19.11.2008

„[15] Dies gilt insbesondere, wenn eine Haftpflichtversicherung eine Teilzahlung auf eine Schadensersatzforderung erbringt, obwohl zuvor Streit oder zumindest eine (subjektive) Ungewissheit über das Bestehen der Schuld oder über einzelne rechtliche Punkte herrscht, und gleichzeitig in einem Regulierungsschreiben erklärt, sie erkenne ihre Haftung dem Grunde nach ganz oder zum Teil an.“

K hat eine Teilzahlung erbracht und ein Regulierungsschreiben an B geschickt. Diesem Schreiben kann jedoch nicht der **rechtsgeschäftliche Wille der K** entnommen werden, auf Einwendungen hinsichtlich der Haftungsquote verzichten zu wollen. Denn davon hätte ausschließlich ausgegangen werden können, wenn das Schreiben eine ausdrückliche Erklärung dahingehend enthalten hätte. Dies ist hier nicht der Fall.

Weiterhin ist hier **kein Interesse der K** an den Rechtsfolgen eines Anerkenntnisses zu erkennen, da K dadurch keinen Vorteil erlangt hätte.

„[16] Ein solcher [Vorteil] kann beispielsweise darin bestehen, dass mit dem Einwendungsverzicht der Streit oder die Unsicherheit über die Höhe der Haftung endgültig ausgeräumt wird. Dies mag der Fall sein, wenn die volle Einstandspflicht des Schuldners für den Schaden bei der Regulierung eingeräumt wird oder die Parteien auf der Basis einer zugrunde gelegten Teilhaftung einvernehmlich abrechnen. **Widerspricht der Geschädigte indes - wie hier - der Einschätzung des Schädigers zur Höhe der Haftung, droht eine weitere (gerichtliche) Auseinandersetzung über den Umfang der Haftung. Der Streit um die Haftungshöhe ist durch ein Anerkenntnis daher gerade nicht (endgültig) entzogen**; vielmehr hätte ein solches Teilanerkenntnis nur zur Folge, dass eine Mindesthaftung des Schädigers festgestellt wird. Hierfür ist auf Seiten des Schädigers indes regelmäßig kein Interesse erkennbar. Da sich auch aus den sonstigen Umständen oder Erklärungen kein Hinweis darauf ergibt, dass ein Einwendungsverzicht des Versicherers gewollt war, liegt in der bloßen Regulierung des Versicherers auf der Grundlage einer von ihm angenommenen Haftungsquote kein stillschweigendes Anerkenntnis einer Mindesthaftung.“

Damit liegt in den Schreiben der K in Verbindung mit der Auszahlung des Teilbetrages kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis.

Die Leistung erfolgte also ohne Rechtsgrund.

IV. Kein Ausschluss gemäß § 814 BGB

Weiterhin dürfte der bereicherungsrechtliche Anspruch nicht ausgeschlossen sein. Gemäß § 814 BGB wäre er das bei Kenntnis der K

von der Nichtschuld. Im Rahmen dieser Vorschrift ist für den Ausschluss die **positive Kenntnis** erforderlich.

K zahlte den Betrag in Höhe von 2000 € aufgrund der Unfallschilderungen, die ihr zugetragen wurden. Sie ging vorgerichtlich davon aus, leisten zu müssen, da ihre Versicherungsnehmerin den Unfall mit verursacht hatte. Angesichts der im Prozess geänderten Aussagen des Zeugen und des B ergibt sich eine geänderte Bewertung der Haftungsfrage, die der K im Zeitpunkt ihrer Leistung nicht bekannt sein konnte. Ein Ausschluss der Rückforderung wegen Kenntnis der Nichtschuld im Sinne des § 814 BGB kommt daher nicht in Betracht.

B. Ergebnis

K hat gegen B einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der 2000 € aus § 812 I 1 BGB.

FAZIT:

Das Landgericht stellt in seinem Urteil eine Ausnahme zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung auf.

Denn erbringt eine Haftpflichtversicherung eine Vorauszahlung auf eine Schadensersatzforderung kann seines Erachtens nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass hiermit auch die Schuld zur Zahlung anerkannt werden soll. Vor allem nicht dann, wenn der Zahlungsempfänger selbst – wie vorliegend – die Frage nach der Haftungshöhe weiterhin gerichtlich klären lassen möchte. In einem solchen Fall widerspräche es konsequenterweise der Funktion des deklaratorischen Schuldanerkenntnisses, einen Rechtsstreit so schnell wie möglich zu klären.

Problem: Verweigerung des Nacherfüllungsverlangens

BGH, URTEIL VOM 11.10.2012
VII ZR 179/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Dem BGH lag ein Urteil zur Entscheidung vor, in dem der Besteller Schadensersatz vom Unternehmer verlangte, obwohl dieser die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigerte.

Das Berufungsgericht ging davon aus, dass ein Schadensersatzverlangen schon deshalb ausgeschlossen sei, dass die Verweigerung zur Nacherfüllung durch den Unternehmer berechtigt sei. Stattdessen wollte es ihn auf eine Minderung des Werklohns in Höhe eines angemessenen Ausgleichsbetrages für den Wertverlust des Werkes verweisen. Diese Ansicht teilte der BGH nicht. Vielmehr müsse man einen Schadensersatzanspruch des Bestellers zulassen. Die Problematik der Unverhältnismäßigkeit müsse erst im Rahmen der Schadenshöhe zu einem gerechten Ergebnis führen.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (K) schloss im Jahr 2006 als Eigentümerin einer Doppelhaushälfte mit der Beklagten (B) einen Werkvertrag über die Erbringung von Heizungs- und Installationsarbeiten. Dabei versah B die Warmwasserleitungen jedoch nur mit einer 13 mm starken Dämmung, obwohl diese Dämmung jedoch nach den maßgeblichen und in den Werkvertrag einbezogenen Bestimmungen der Energieeinsparverordnung (EnEV) eine Mindeststärke von 20 mm aufweisen müsste. Aufgrund dieses Fehlers der B, der zu einem Energieverlust von 50 € im Jahr führt, liegt der technische Minderwert des Werks bei ca. 1000 €, wobei eine Nachbesserung der Rohre einen finanziellen Aufwand von fast 30000 € erfordern würde. Aus diesem Grund verweigert B jede Form der Nacherfüllung.

Welche Ansprüche hat K gegen B?

PRÜFUNGSSCHEMA:

- A. Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB
- B. Anspruch auf Schadensersatz aus § 634 Nr. 4, 280 I, 281 I BGB
 - I. Schuldverhältnis
 - II. Pflichtverletzung
 - III. Vertretenmüssen
 - IV. Rechtsfolge

LÖSUNG:**A. Anspruch der K gegen B auf Nacherfüllung aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB**

K könnte von B die Nacherfüllung gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 BGB verlangen. Hierfür müssten die Arbeiten der B mangelhaft gewesen sein. Die maßgeblichen Bestimmungen der EnEV wurden in die vertragliche Vereinbarung der Parteien einbezogen. Da die Dämmung der Heizungsrohre diesen Bestimmungen nicht entspricht, ist das Werk der B mangelhaft.

B könnte die Nacherfüllung jedoch gemäß § 635 III BGB verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.

Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn die Kosten der Mängelbeseitigung für den Unternehmer im Vergleich zu dem Vorteil, den die Mängelbeseitigung für den Besteller bietet, unangemessen hoch sind (sog. „Kosten-Nutzen-Vergleich“).

Die falsche Dämmungsstärke an den Rohren führt für K zu einem Minderwert des Werkes von 1000 €. Bei Mängelbeseitigung stellte dies den Vorteil der K dar, die dann ein mehrwertiges Werk erlangen würde. Diesen 1000 € stehen jedoch die Kosten der Mängelbeseitigung der B gegenüber, die sich auf fast 30000 € belaufen.

Hierbei handelt es sich also um einen Fall der Unverhältnismäßigkeit, womit B die Nacherfüllung zu Recht verweigert.

K hat keinen Anspruch auf Nacherfüllung aus §§ 634 Nr. 1, 635 BGB.

B. Anspruch der K gegen B auf Schadensersatz aus §§ 634 Nr. 4, 280 I, 281 I BGB

K könnte einen Anspruch auf Schadensersatz wegen festgestellter Mängel der Werkleistung haben.

Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Anspruch schon deshalb ausgeschlossen ist, weil B die Nacherfüllung wegen Unverhältnismäßigkeit verweigern durfte.

„[8] Der Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz für schuldhaft verursachte Werkmängel entfällt nicht schon dadurch, dass der Unternehmer zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB einwendet, diese Mängel nicht beseitigen zu müssen. Er darf gemäß § 635 Abs. 3 BGB die Nacherfüllung verweigern, wenn sie nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich ist. Darüber hinaus darf er die Leistung in den Fällen der "faktischen oder praktischen Unmöglichkeit" gemäß § 275 Abs. 2 und 3 BGB verweigern. Für diese Fälle ergibt sich unmittelbar aus § 275 Abs. 4, § 283 BGB, dass der Besteller unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung für Mängel der Werkleistung ohne vorherige Fristsetzung beanspruchen kann. Eine entsprechende Regelung für den Fall der Leistungsverweigerung gemäß § 635 Abs. 3 BGB fehlt zwar. **Es besteht jedoch kein Zweifel, dass der Gesetzgeber auch für diesen Fall einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung unter den Voraussetzungen von § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 BGB eröffnen wollte. Das ergibt sich ohne weiteres aus § 636 BGB, wonach es zur Entstehung des Schadensersatzanspruchs grundsätzlich einer Fristsetzung nicht bedarf, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigert.**“

I. Schuldverhältnis

Das Schuldverhältnis liegt im Werkvertrag zwischen K und B.

II. Pflichtverletzung im Sinne des § 281 I BGB

Für eine Pflichtverletzung im Sinne des § 281 I BGB müsste B eine fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbracht haben.

Geschuldet wurde von B die Herstellung eines mangelfreien Werkes in Form von Rohrdämmungen. Da diese mangelhaft waren, hat B ihre Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt.

III. Fruchtloser Ablauf einer angemessenen Nachfrist

Das Setzen einer solchen Frist war gemäß § 636 BGB entbehrlich, da B die Nacherfüllung gemäß § 635 III BGB verweigert hat.

Zur Anwendbarkeit des allgemeinen Schadensrechts trotz der Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung

VI. Vertretenmüssen.

Dass B die Pflichtverletzung zu vertreten hat, wird im Rahmen des § 280 BGB vermutet. Er hat sich insoweit nicht exkulpiert.

V. Rechtsfolge

B hat K den Schaden, der durch die Pflichtverletzung entstanden ist, zu ersetzen. Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe sie Schadensersatz zu leisten hat und wie die Entschädigung zu berechnen ist.

Dies ergibt sich aus den Vorschriften zum allgemeinen Schadensrecht in §§ 249 ff BGB. Grundsätzlich muss der Schaden durch Naturalrestitution ausgeglichen werden. Der Schädiger muss also den Zustand wiederherstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dieser Anspruch auf Naturalrestitution kommt hier jedoch nicht in Betracht, weil dadurch die Erfüllung der vertraglichen Leistung herbeigeführt würde, die K gemäß § 281 IV BGB gerade nicht mehr verlangen kann. Stattdessen ist er in Geld zu entschädigen.

Die Entschädigung kann K grundsätzlich wahlweise nach der Differenz zwischen dem Verkehrswert des Werkes mit und ohne Mangel ermitteln oder in Höhe der Aufwendungen geltend machen, die zur vertragsgemäßen Herstellung des Werkes erforderlich sind.

Hier wären das entweder 1000 € für den Ersatz des Minderwertes des Werkes oder rund 30000 €, die zur Mängelbeseitigung erforderlich wären. Ob K hier tatsächlich den deutlich höheren Betrag verlangen kann, ist fraglich.

Siehe dazu: BGH, Urteil vom 06.11.1986 – VII ZR 97/85

„[11] Die dem Besteller nach dieser Rechtsprechung eröffnete Möglichkeit, seinen Schadensersatzanspruch anhand der Mängelbeseitigungskosten zu berechnen, **gilt nicht uneingeschränkt**. Der Senat hat bereits entschieden, dass dieser Schadensberechnung in entsprechender Anwendung des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB der Einwand entgegengehalten werden kann, die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung seien unverhältnismäßig. **Unverhältnismäßig in diesem Sinne sind die Aufwendungen für die Beseitigung des Werkmangels, wenn der in Richtung auf die Beseitigung des Mangels erzielte Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür gemachten Geldaufwandes steht und es dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann, die vom Besteller in nicht sinnvoller Weise gemachten Aufwendungen tragen zu müssen**. In einem solchen Fall würde es **Treu und Glauben** widersprechen, wenn der Besteller diese Aufwendungen dem Unternehmer anlasten könnte.“

Wird wie vorliegend werkvertraglicher Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten beansprucht, sind bei der Beurteilung dieser Unverhältnismäßigkeit die Kriterien maßgeblich, die bei der nach § 635 III BGB gebotenen Prüfung des unverhältnismäßigen Nacherfüllungsaufwands heranzuziehen sind.

„[12] Durch die Zubilligung dieses Schadensersatzanspruches soll der Besteller einen Ausgleich für die Nachteile erhalten, die ihm durch die mangelhafte Ausführung der Werkleistung entstanden sind. Sein Anspruch auf monetären Ausgleich für Mangelschäden beruht auf seinem berechtigten Interesse an der Verwirklichung des vom Unternehmer geschuldeten Werkerfolgs. Er soll hinsichtlich

Beispiel für diese Rechtsprechung: BGH, Urteil vom 10.11.2005 – VII ZR 64/04

der Beseitigung dieser Mängel im Ergebnis nicht besser stehen als er bei tauglicher Nacherfüllung durch den Unternehmer stünde. Dann aber besteht kein vernünftiger Grund, dem Unternehmer, der die Beseitigung von Mängeln wegen eines damit verbundenen unverhältnismäßigen Aufwands gemäß § 635 Abs. 3 BGB verweigern darf, gleichwohl im Wege des Schadensersatzes die Erstattung der Mängelbeseitigungskosten abzuverlangen. Aus dem Umstand, dass der Besteller Schadensersatz nur für solche Mängel beanspruchen kann, die der Unternehmer zu vertreten hat, folgt nichts anderes. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass bei der Beurteilung der Unverhältnismäßigkeit nach § 635 Abs. 3 BGB das Verschulden des Unternehmers zu berücksichtigen ist. Liegt Verschulden vor, fällt es ebenso wie bei § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ins Gewicht, ohne dass sich hieraus die Notwendigkeit ergeben könnte, die Unverhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwands im Rahmen des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB anderen Kriterien zu unterwerfen, als sie für § 635 Abs. 3 BGB gelten. **Daraus folgt im Ergebnis, dass der Besteller mangelbedingten Schadensersatz stets nur in Höhe der Verkehrswertminderung beanspruchen kann, wenn der Unternehmer die Nacherfüllung zu Recht gemäß § 635 Abs. 3 BGB als unverhältnismäßig verweigert hat.**“

Durch die Verwendung der dünneren Rohrdämmungen ist die Werkleistung des B 1000 € weniger wert. Diese Differenz kann K ersetzt verlangen. Ein Anspruch auf die 30000 € zur Mängelbeseitigung steht ihr jedoch nicht zu.

FAZIT:

Nach diesem Urteil des Senats stehen dem Besteller eines Werkes, der die Kosten der Mängelbeseitigung verlangt, weiterhin alle Wege des § 634 BGB offen. Auch der Schadensersatzanspruch der Nr. 4 ist in den Fällen der rechtmäßigen Verweigerung der Nacherfüllung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Im Rahmen des ersatzfähigen Schadens ist jedoch zu beachten, dass die Unverhältnismäßigkeit der Kosten sich auch hier auswirkt und dazu führt, dass in manchen Fällen lediglich der Minderwert ausgeglichen werden muss.

Speziell für Referendare:

Problem: Anscheinsbeweis bei Verkehrsunfall

LG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 19.10.2012
13 S 122/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im Rahmen eines Verkehrsunfalls kann ein Sachverständigengutachten in der Regel genügend Aufschluss über den üblicherweise streitigen Unfallhergang bieten. So kann zum Beispiel festgestellt werden, ob ein Fahrzeug der Beteiligten zum Zeitpunkt der Kollision stand.

Ein Sachverständiger kann in solchen Fällen jedoch natürlich nicht ermitteln, wie lange der Verkehrsteilnehmer gestanden hat. So lag der Fall hier, bei dem zwei Fahrzeuge auf einem Parkplatz kollidierten. Das Landgericht entschied aber, dass es darauf auch nicht ankomme. Im ruhenden Verkehr erschütterte im Ergebnis auch ein Stillstand für eine juristische Sekunde jeden möglicherweise annehmbaren Anscheinsbeweis, da der Unfallbeteiligte seinen Sorgfaltspflichten damit genüge.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (K) parkte am 29.12.2010 auf einem Parkplatz eines Supermarktes. Nach ihrem Einkauf setzte sie rückwärts aus der Parklücke heraus. Als sie noch schräg zur Fahrgasse stand, parkte auch der Beklagte (B) rückwärts aus der gegenüberliegenden Parkta-sche aus. Dabei kollidierten die Fahrzeuge, die beide beschädigt wurden. Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung eines Zeugen, sowie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Danach steht fest, dass das Fahrzeug der K zum Unfallzeitpunkt zumindest für den Bruchteil einer Sekunde gestanden haben muss, während B sich noch in Rückwärtsfahrt befand.

K macht nun gegen B Schadensersatz aus diesem Verkehrsunfall geltend.

Wie wird das Gericht entscheiden?

LÖSUNG:

Die zulässige Klage ist teilweise begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch aus §§ 7 I, 17 StVG. Nach diesen Vorschriften haftet der Halter eines Fahrzeugs für Schäden, die bei Betrieb seines Fahrzeugs entstanden sind unter Berücksichtigung möglicher Mitverursachungsbeiträge des anderen beteiligten Fahrzeugs.

Das Fahrzeug des Klägers ist bei dem Betrieb des Fahrzeugs, dessen Halter der B ist, beschädigt worden. Höhere Gewalt im Sinne des § 7 II StVG liegt nicht vor.

Die Ersatzpflicht des B ist jedoch gemäß § 17 II, I StVG um 20 % zu kürzen. Demnach hängen bei einem Unfall, an dem mehrere Fahrzeuge beteiligt waren, die Ersatzpflicht und deren Umfang von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen Teil oder dem anderen Teil verursacht wurde.

Ausgeschlossen ist gemäß **§ 17 III StVG** die (Mit-)haftung für denjenigen, für den der Unfall ein **unabwendbares Ereignis** darstellt.

Unabwendbares Ereignis im Sinne des § 7 III StVG

Weder für K noch für B lag jedoch ein unabwendbares Ereignis vor. Insbesondere hat K hier nicht schon den Anforderungen an einen Idealfahrer genügt, indem sie vorkollisionär mit ihrem PKW zum Stehen kam.

„[19] Ein **Idealfahrer an der Stelle der Klägerin** hätte die Möglichkeit eines Ausparkens auch des Erstbeklagten in Betracht gezogen und den eigenen Ausparkvorgang früher unterbrochen oder notfalls ganz zurückgestellt, wenn er eine Kollision bis zum vollständigem Abschluss des Ausparkvorgangs nicht ausschließen konnte. Hier kam es jedoch noch vor dem Abschluss des Ausparkens zur Kollision. Denn nach den plausiblen und insoweit unangegriffenen Ausführungen des von dem Erstgericht eingeholten und zugrunde gelegten Gutachtens des Sachverständigen ... befand sich das klägerische Fahrzeug im Unfallzeitpunkt noch schräg zur Fahrgasse.“

Im Rahmen der hiernach gebotenen Abwägung der beiderseitigen Mitverursachungsanteile muss zunächst auf beiden Seiten eine gleich hohe Betriebsgefahr in Ansatz gebracht werden, denn bei beiden Fahrzeugen handelt es sich um kleine PKW. Das Gericht stellt jedoch einen schuldhaften Verstoß des B gegen § 1 II StVO und damit ein gefahrerhöhendes Verschulden des B fest.

Keine unmittelbare Anwendung des § 9 StVO im ruhenden Verkehr

Die Verhaltenspflichten des B richten sich hier ausschließlich nach § 1 StVG und nicht nach § 9 V StVO. Denn diese Vorschrift findet auf Parkplätzen, das heißt im ruhenden Verkehr, keine unmittelbare Anwendung.

„[21] **§ 9 Abs. 5 StVO dient primär dem Schutz des fließenden und deshalb typischerweise schnelleren Verkehrs.** Auf Parkplätzen ohne eindeutigen Straßencharakter muss jedoch anders als im fließenden Verkehr jederzeit mit rangierenden und damit auch rückwärts fahrenden Fahrzeugen gerechnet werden. **Anstelle des § 9 Abs. 5 StVO ist deshalb hier das Gebot der allgemeinen Rücksichtnahme (§ 1 Abs. 2 StVO) zu beachten.**“

B hat den Anforderungen des § 1 II StVO nicht genügt.

Danach muss sich ein Verkehrsteilnehmer so verhalten, dass kein anderer geschädigt, gefährdet oder mehr als unvermeidbar behindert oder belästigt wird. Im ruhenden Verkehr sind die hiernach einzuhaltenden Sorgfaltspflichten der Kraftfahrer einander angenähert. Da auf Parkplätzen stets mit ausparkenden und rückwärts fahrenden Fahrzeugen zu rechnen ist, müssen Kraftfahrer hier so vorsichtig fahren, dass sie jederzeit anhalten können. Das gilt in besonderem Maße für den rückwärtsfahrenden Verkehrsteilnehmer. Bei ihm ist die besondere Gefährlichkeit des Rückwärtsfahrens, die wegen des eingeschränkten Sichtfeldes des Rückwärtsfahrenden für den rückwärtigen Verkehr besteht, mit einzubeziehen. Entsprechend der **Wertung des § 9 Abs. 5 StVO** muss er sich deshalb so verhalten, dass er sein Fahrzeug notfalls sofort anhalten kann.

B befand sich zum Zeitpunkt der Kollision noch in Rückwärtsfahrt und konnte nicht mehr bremsen.

Ein Verstoß auf Seiten der K gegen § 1 StVO konnte jedoch nicht bewiesen werden.

Unstreitig ist B vor dem Unfall auch rückwärts aus der Parktasche gefahren. In diesem Fall reicht dies jedoch nicht für einen Anscheinsbeweis aus.

„[28] Zu **§ 9 Abs. 5 StVO** entspricht es gefestigter Rechtsprechung, dass der **Anscheinsbeweis gegen den Rückwärtsfahrer** spricht, wenn es in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Rückwärtsfahren zu einem Zusammenstoß kommt. Etwas anderes gilt nicht schon dann, wenn der rückwärts Fahrende zum Unfallzeitpunkt steht. Vielmehr entfällt der Anscheinsbeweis erst, wenn der rückwärts Fahrende zum Unfallzeitpunkt bereits längere Zeit zum Stehen gekommen war. Dies wird von der Kammer nicht in Zweifel gezogen.“

Diese Grundsätze können jedoch so nicht auf Parkplätze übertragen werden.

„[29] Teilweise werden diese Grundsätze auf Parkplätze übertragen, auf denen sich die Sorgfaltspflichten nach § 1 Abs. 2 StVO richten. Dem folgt die Kammer nicht. **Kommt es auf einem Parkplatz ohne eindeutigen Straßencharakter in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit dem Rückwärtsfahren zu einem Unfall, steht aber fest, dass der rückwärts Fahrende vorkollisionär zum Stehen gekommen ist, so greift der Anscheinsbeweis bereits nicht ein oder ist jedenfalls erfolgreich erschüttert.**“

Denn selbst wenn man von dem Eingreifen eines Anscheinsbeweises aus, so muss im vorliegenden Fall dieser **durch Nachweis eines Stillstandes** – und ist es nur für den Bruchteil einer Sekunde – zum Kollisionszeitpunkt erfolgreich erschüttert sein. Denn dafür reicht die Darlegung, dass im konkreten Fall die ernsthafte Möglichkeit eines anderweitigen, untypischen Verlaufs gegeben ist. Diese Möglichkeit besteht hier besonders im Hinblick auf die oben genannten Pflichten der K auf dem Parkplatz.

„[32] Es besteht vielmehr die ernsthafte Möglichkeit, dass der Rückwärtsfahrer in Erfüllung all seiner Verkehrspflichten rechtzeitig angehalten hat und nur der im Fahren befindliche Unfallgegner den Unfall verschuldet hat. Anders als im fließenden Verkehr genügt der Rückwärtsfahrer im ruhenden Verkehr nämlich regelmäßig, d.h. wenn er nicht gegen eine sonstige Sorgfaltspflicht verstoßen hat, den ihn treffenden Pflichten, wenn er so bremsbereit fährt, dass er jederzeit vorkollisionär anhalten kann.“

Ein **sonstiger Verkehrsverstoß der K** hat B auch nicht nachgewiesen. K könnte zwar eine Sorgfaltspflicht verletzt haben, als sie aus der Parklücke heraus gefahren ist, während auch B ausparken wollte.

„[37] Zwar gebietet die **gesteigerte Sorgfaltspflicht im ruhenden Verkehr** (§ 1 Abs. 2 StVO) unabhängig von den spezifischen Pflichten des Rückwärtsfahrens auch, dass der Kraftfahrer so vorsichtig fährt, dass er kein plötzliches Hindernis für andere Verkehrsteilnehmer bildet. Das gilt insbesondere beim Ausparken aus einer Parktasche, und zwar auch gegenüber einem Verkehrsteilnehmer, der aus einer gegenüberliegenden Parktasche ausparken will. **Ge-**

Der **Beweis des ersten Anscheins** stellt kein besonderes Beweismittel dar, sondern ist der konsequente Einsatz von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung im Rahmen der freien Beweiswürdigung.

Die Umstände, aus denen diese ernsthafte Möglichkeit oder ernsthafte Zweifel gefolgert werden sollen, bedürfen des vollen Beweises (hier durch Sachverständigen-gutachten)

nügt der zur Verfügung stehende Raum nicht für ein gleichzeitiges, gefahrloses Ausparken beider Fahrzeuge, muss der eigene Ausparkvorgang zurückgestellt werden, wenn der andere Verkehrsteilnehmer bereits mit dem Ausparken begonnen hat. Wollen beide Verkehrsteilnehmer gleichzeitig ausparken, haben sie sich miteinander zu verständigen. Für eine solche Verständigungspflicht ist allerdings nur dann Raum, wenn der Ausparkende vor oder während des Ausparkens erkennen kann, dass der andere Verkehrsteilnehmer ebenfalls ausparken will.“

Dass B zuerst mit dem Ausparkvorgang begonnen hat, hat er zumindest nicht behauptet. Es liegen keine Umstände vor, aus denen gefolgert werden kann, dass K das Ausparken des B hätte erkennen und ihm die Vorfahrt hätte gewähren müssen.

Im Rahmen der gemäß § 17 II, I StVG gebotenen Abwägung der beiderseitigen Verursachungs- und Verschuldensanteile, bei der nur feststehende Tatsachen zu berücksichtigen, ist danach lediglich auf Seiten des B ein Verstoß gegen § 1 II StVO zu berücksichtigen. Jedoch führt die mitwirkende Betriebsgefahr des klägerischen Fahrzeuges unter den hier gegebenen Umständen zu einer Mithaftung von 20 %. Denn der Verkehrsverstoß des B wiegt nicht so schwer, dass die mitwirkende Betriebsgefahr auf Klägerseite ganz dahinter zurücktreten müsste.

FAZIT:

Das LG Saarbrücken entschied sich hier gegen einen Anscheinsbeweis für das Verschulden des rückwärts Ausparkenden, wenn nachgewiesen ist, dass dieser bereits gestanden hat. Es urteilt damit entgegen der Auffassung des OLG Hamm, das einen solchen trotzdem bejahte, wenn „ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang der Kollision mit dem Zurücksetzen“ besteht.

Im Ergebnis muss auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, wobei eine Begründung wie die des Landgerichts zu überzeugen vermag. Denn stellt man auf den Charakter des ruhenden Verkehrs, wie er auf Parkplätzen zu finden ist, ab, so können die Grundsätze der Straßenverkehrsordnung nicht alle uneingeschränkt gelten.

Siehe: OLG Hamm, Urteil vom
11.09.2012 – I-9 U 32/12

Öffentliches Recht

Problem: Baugenehmigung im vereinfachten Verfahren

OVG MAGDEBURG: BESCHLUSS VOM 20.06.2012
2 M 38/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Die Bauordnungen der Länder enthalten mittlerweile ausnahmslos ein sog. „vereinfachtes Genehmigungsverfahren“, in dem nicht mehr die Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit dem gesamten öffentlichen Baurecht, sondern nur noch mit bestimmten Vorschriften geprüft wird. Wann dieses „vereinfachte Genehmigungsverfahren“ eingreift, und welche Vorschriften dann zu prüfen sind, ist von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich geregelt. Zusammenfassend lässt sich jedoch sagen, dass das Eingreifen des „vereinfachten Genehmigungsverfahrens“ an die Art des Bauvorhabens geknüpft ist, und das Bauplanungsrecht (§§ 29 ff. BauGB) weiterhin voll geprüft wird, während das Bauordnungsrecht ganz oder zumindest überwiegend von der Prüfung ausgenommen wird. So liegt es auch im vorliegend einschlägigen § 62 BauO LSA.

Im konkreten Fall hatte der Nachbar die dem Bauherrn im „vereinfachten Genehmigungsverfahren“ erteilte Baugenehmigung angefochten, wobei er sich mit dem Problem konfrontiert sah, dass die zu seinen Gunsten drittschützende Norm (§ 6 BauO LSA - Abstandsfläche) im Baugenehmigungsverfahren nicht zu prüfen war. Wenn eine Norm aber nicht geprüft wurde, kann die Baugenehmigung auch nicht gegen diese verstoßen. Somit fehlt es in Bezug auf diese Norm bereits an der Klagebefugnis des Nachbarn nach § 42 II VwGO.

Da im vorliegenden Fall zwar auch eine Verletzung der auch im „vereinfachten Genehmigungsverfahren“ zu prüfenden bauplanungsrechtlicher Normen in Betracht kam (Maß der baulichen Nutzung nach § 34 I BauGB), diese aber keinen Drittschutz entfaltet, war die Anfechtungsklage als unzulässig abzuweisen.

SACHVERHALT:

Bauherr B hat von der kreisfreien Stadt S in Sachsen-Anhalt eine Baugenehmigung zum Bau einer Garage auf seinem im unbeplanten Innenbereich liegenden Grundstück erhalten, die an sein Wohnhaus angebaut werden soll. Die Garage soll eine Höhe von 3,03 m und eine Grundfläche von 20 qm aufweisen. Die Baugenehmigung ist im vereinfachten Genehmigungsverfahren ergangen, wobei B gem. § 62 S. 2 BauO LSA eine Beschränkung auf die Prüfung der bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen gestellt hat.

Nachbar N rügt, die Garage halte die notwendige Abstandsfläche von 3 m zu seinem Grundstück nicht ein. Tatsächlich beträgt der Abstand lediglich 1,50 m. Darüber hinaus füge sie sich nicht in die Umgebung des Baugebiets ein, weil sie lediglich eine Höhe von 3,03 m aufweise, die Gebäude der Umgebung aber alle zumindest 7 m hoch seien.

Mit diesen Argumenten erhebt N Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung. Mit Erfolg?

LÖSUNG:

Die Anfechtungsklage des N hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist. Sie müsste also zunächst zulässig sein.

§ 62 BauO LSA: Vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren

(1) Die Bauaufsichtsbehörde prüft bei

1. Wohngebäuden der Gebäudeklassen 1 bis 3, [...]

a) die Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Zulässigkeit der baulichen Anlagen nach den §§ 29 bis 38 BauGB,

b) die Einhaltung der Anforderungen nach diesem Gesetz und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften und

c) die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften.

(2) Auf Antrag des Bauherrn oder der Bauherrin prüft die Bauaufsichtsbehörde abweichend von Satz 1 Buchst. b und c

a) die Zulässigkeit beantragter Abweichungen im Sinne des § 66 Abs. 1 und 2 Satz 2 und

b) die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird.

A. Verwaltungsweg

Um vor dem Verwaltungsgericht zulässig zu sein, müsste zunächst der Verwaltungsweg eröffnet sein. Dies richtet sich hier nach § 40 I 1 VwGO. Es wird über Normen des öffentlichen Baurechts gestritten, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit im Sinne dieser Norm vorliegt. Selbige ist auch nicht verfassungsrechtlicher Art und keinem anderen Gericht besonders zugewiesen.

B. Statthaftigkeit

Eine Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Fall VwGO ist statthaft, soweit sich das nach § 88 VwGO auszulegende Klägerbegehren gegen einen ihn belastenden Verwaltungsakt richtet. Die streitgegenständliche Baugenehmigung des B stellt einen solchen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar. Diese mag für B begünstigend sein, belastet jedoch den Kläger N als Nachbarn. Somit ist die Anfechtungsklage statthaft.

C. Klagebefugnis

N müsste ferner Klagebefugt sein. Dies setzt nach § 42 II VwGO voraus, dass er behaupten kann, durch die Baugenehmigung des B in einem seiner subjektiv-öffentlichen Rechte verletzt zu sein. Dabei ist zu beachten, dass N als Dritter sich nur auf zu seinen Gunsten drittschützende Normen berufen kann. Fraglich ist, ob eine solche hier eingreift.

I. Abstandsfläche, § 6 BauO LSA

N beruft sich zunächst auf eine Verletzung der Abstandsfläche des § 6 BauO LSA.

§ 6 BauO LSA: Abstandsflächen, Abstände

(1) Vor den Außenwänden von Gebäuden sind Abstandsflächen von oberirdischen Gebäuden freizuhalten. [...]

(5) Die Tiefe der Abstandsflächen beträgt [...] mindestens 3 m. [...]

(8) In den Abstandsflächen eines Gebäudes sowie ohne eigene Abstandsflächen sind, auch wenn sie nicht an die Grundstücksgrenze oder an das Gebäude angebaut werden, zulässig

1. Garagen und Gebäude ohne Aufenthaltsräume und Feuerstätten mit einer mittleren Wandhöhe bis zu 3 m und einer Gesamtlänge je Grundstücksgrenze von 9 m [...].

1. Subjektiv-öffentliches Recht des N

Abstandsflächen sollen den Nachbarn vor einer erdrückenden Wirkung der Grenzbebauung bewahren, seine Privatsphäre schützen und Brandgefahren vorbeugen. Der Nachbar ist also in den Schutzbereich der Norm einbezogen, es handelt sich bei § 6 BauO LSA also um eine drittschützende Norm im o.g. Sinne.

Nachbar ist dabei zwar nur der Grundstückseigentümer, also der dinglich Berechtigte; N ist aber Eigentümer des Nachbargrundstücks, sodass er auch berechtigt wird.

2. Mögliche Verletzung

Eine andere Frage ist, ob N auch eine Verletzung dieses Rechts behaupten kann. Dazu genügt zwar schon die Möglichkeit einer Rechtsverletzung. Allerdings bezieht sich die dem B im vereinfachten Genehmigungsverfahren nach § 62 BauO LSA erteilte Baugenehmigung nur auf die bauplanungsrechtlichen Aspekte. Bauordnungsrecht – und damit auch § 6 BauO LSA – hat die Baugenehmigungsbehörde nicht geprüft. Erstreckt sich die Baugenehmigung aber nicht auf das Bauordnungsrecht, so kann sie auch nicht hiergegen verstoßen:

„Eine Verletzung der Bestimmungen über Abstandsflächen nach § 6 BauO LSA durch die angefochtene Baugenehmigung ist bereits deshalb ausgeschlossen, weil die Übereinstimmung des streitigen Vorhabens mit den bauordnungsrechtlichen Vorschriften nicht Inhalt der Baugenehmigung ist. Das Baugenehmigungsverfahren wurde gemäß § 62 BauO LSA als vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren durchgeführt. Zwar prüft die Bauaufsichtsbehörde

gemäß § 62 S. 1 b) BauO LSA im vereinfachten Genehmigungsverfahren (grundsätzlich) auch die Einhaltung der Anforderungen nach der BauO LSA. Gemäß § 62 S. 2 BauO LSA prüft sie jedoch auf Antrag des Bauherrn abweichend von § 62 S. 1 b) und c) BauO LSA nur 1. die Zulässigkeit beantragter Abweichungen im Sinne des § 66 I und II 2 BauO LSA sowie 2. die Einhaltung der anderen öffentlich-rechtlichen Anforderungen, soweit wegen der Baugenehmigung eine Entscheidung nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften entfällt oder ersetzt wird.

Dieses sogenannte Wahlprüfprogramm des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens erstreckt sich damit anstatt auf das gesamte Bauordnungsrecht lediglich auf beantragte Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften. [B hat] eine solche Beschränkung des Prüfprogramms beantragt. [...] Daraufhin hat die [Baugenehmigungsbehörde] ausdrücklich eine „Baugenehmigung nach § 62 BauO LSA mit eingeschränkter Prüfung“ erteilt.

Bescheinigt aber die Baugenehmigung in ihrem feststellenden Teil nicht die Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Bauordnungsrecht, sind auch ihrer Anfechtbarkeit entsprechende Grenzen gezogen. Dem Nachbarn ist in diesen Fällen Anfechtungsrechtsschutz nur in der Reichweite des (eingeschränkten) Prüfprogramms eröffnet; im Übrigen ist er auf Rechtsschutz im Wege der (ggf. vorbeugenden) Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten, flankiert durch Rechtsschutz nach § 123 VwGO, verwiesen.“

II. Maß der baulichen Nutzung, § 34 I BauGB

Ferner rügt N, die Garage des B füge sich ihrem Maß nach nicht in die Umgebung ein, weil sie lediglich 3,03 m Höhe aufweise, während die Umgebungsbebauung mindesten 7 m hoch sei. Tatsächlich muss sich eine Bebauung im unbeplanten Innenbereich, um den es sich laut Sachverhalt vorliegend handelt, auch nach ihrem „Maß“ in die Umgebung einfügen. Fraglich ist allerdings schon, ob es sich dabei um ein subjektiv-öffentliches Recht eines Nachbarn wie N handelt.

Für die „Art“ der baulichen Nutzung in § 34 I, II BauGB ist dies allgemein anerkannt. Sie belastet den Nachbarn regelmäßig – z.B. durch Emissionen – so stark, dass es gerechtfertigt erscheint, ihm einen Abwehranspruch bei Normübertretung zuzusprechen. Dies gilt für das hier in Rede stehende „Maß“ der baulichen Nutzung aber nicht in gleichem Umfang. Nur wenn der Nachbar in qualifiziert-individueller Weise betroffen ist, kann das „Maß“ der baulichen Nutzung in § 34 I BauGB nach dem sog. „Gebot der Rücksichtnahme“ Drittschutz entfalten:

„§ 34 I BauGB hat nicht stets und generell drittschützende Wirkung. Vielmehr hat nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG das im Tatbestandsmerkmal des „Einfügens“ im Sinne des § 34 I BauGB enthaltene (objektivrechtliche) Gebot der Rücksichtnahme nachbarschützenden Charakter, soweit in besonders qualifizierter und zugleich individualisierter Weise auf schutzwürdige Interessen eines erkennbar abgegrenzten Kreises Dritter Rücksicht zu nehmen ist.

Für eine Verletzung des Rücksichtnahmegebots reicht es nicht aus, dass ein Vorhaben sich nicht in jeder Hinsicht innerhalb des Rahmens hält, der durch die Bebauung der Umgebung gebildet wird; hinzu kommen muss **objektivrechtlich**, dass es im Verhältnis zu seiner Umgebung bewältigungsbedürftige **Spannungen** erzeugt,

§ 34 BauGB: Zulässigkeit von Vorhaben innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile

(1) Innerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile ist ein Vorhaben zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt und die Erschließung gesichert ist. [...]

Grundlegend BVerwG, DVBl 1986, 187 und BVerwGE 52, 122.

So auch BVerwG, NVwZ-RR 1997, 516, 516 f.

die potentiell ein Planungsbedürfnis nach sich ziehen, und **subjektivrechtlich**, dass es die gebotene **Rücksichtnahme** speziell auf die in seiner unmittelbaren Nähe vorhandene Bebauung vermissen lässt.“

Fraglich ist hier schon, ob objektiv eine „bewältigungsbedürftige Spannung“ in diesem Sinne vorliegt. Sie wird von der Rspr. etwa anerkannt, wenn die in Rede stehende Bebauung „**erdrückende Wirkung**“ auf die Umgebung ausübt.

BVerwG, BauR 1981, 354

„Eine erdrückende Wirkung durch Höhe und Volumen hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise angenommen bei Errichtung eines 12-geschossigen Hochhauses in einem Abstand von 15 m an der engsten Stelle zu einem 2,5-geschossigen Gebäude. Der VGH Baden-Württemberg hat eine erdrückende Wirkung angenommen bei einem 3- bis 4-geschossigen Gebäude mit einer Traufhöhe von 13 bis 14 m und einer Giebelhöhe von 16 bis 17 m gegenüber einem eingeschossigen Wohnhaus, bei dem sämtliche Fenster zum Vorhaben hin ausgerichtet waren und das nur wenig mehr als 1 m von der Grundstücksgrenze und einer daran unmittelbar anschließenden Tiefgaragenzufahrt entfernt lag.“

VGH Mannheim, NVwZ-RR 2008, 159

Damit sind die hier gegebenen baulichen Verhältnisse nicht ansatzweise vergleichbar. Letztlich könnte dies jedoch offen bleiben, wenn die Garage des B jedenfalls subjektivrechtlich im Hinblick auf die Bebauung des klägerischen Grundstücks nicht rücksichtslos ist.

Die Garage des B ist deutlich niedriger (3,03 m) als die Bebauung auf dem Grundstück des N (über 7 m). Somit geht also eher von der Bebauung des N eine erdrückende Wirkung aus als umgekehrt:

„Es kann offen bleiben, ob das Vorhaben der Beigeladenen in Bezug auf das Maß der baulichen Nutzung den Rahmen der Umgebungsbebauung überschreitet und bewältigungsbedürftige Spannungen erzeugt. Der Senat vermag jedenfalls nicht zu erkennen, dass das Vorhaben die gebotene Rücksichtnahme speziell auf die Bebauung auf dem Grundstück des Antragstellers vermissen lässt. Der Antragsteller leitet eine solche Wirkung zu Unrecht aus der Höhe des geplanten Gebäudes im Verhältnis zu seinem Wohnhaus ab. Die Firsthöhe seines [...] Gebäudes beträgt [...] 7,63 m, während das [...] Flachdach-Gebäude [des B] nur eine Höhe [3,03 m] erreichen soll. Auch wenn der Neubau aufgrund seiner Kubatur gegenüber dem Wohnhaus des Antragstellers deutlich massiver wirkt, kann von einer erdrückenden Wirkung keine Rede sein.“

Somit greift das „Gebot der Rücksichtnahme“ nicht ein. Jedenfalls für den vorliegenden Fall des N entfaltet das „Maß“ der baulichen Nutzung in § 34 I BauGB keinen Drittschutz.

Andere subjektiv-öffentliche Rechte des N sind nicht ersichtlich. Seine Anfechtungsklage ist also unzulässig.

FAZIT:

N hat einen entscheidenden Fehler begangen, indem er eine Anfechtungsklage erhob. Er hätte vielmehr eine Verpflichtungsklage gem. § 42 I 2. Fall VwGO auf bauaufsichtliches Einschreiten (Verhängung eines Baustopps oder – nach Fertigstellung – eines Rückbaubebots) erheben müssen. Unterstellt, dass die Abstandsfläche des § 6 BauO LSA tatsächlich verletzt worden ist, wäre diese auch erfolgreich ge-

wesen. Ein Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten ergäbe sich dann aus der die bauaufsichtsbehörde zum Einschreiten gegen den Bauherrn ermächtigenden Generalklausel des Bauordnungsrechts des jeweiligen Landes, in Sachsen-Anhalt also z.B. § 57 II BauO LSA. Diese Normen gewähren zwar ein Ermessen; dieses ist nach ganz h.M. aber zugunsten des Nachbarn auf null reduziert, wenn das Bauvorhaben gegen eine ihn schützende Norm verstößt, denn sonst stünde der Nachbar, der sich mit einem vereinfacht genehmigte oder gar ungenehmigten Bauvorhaben konfrontiert sieht, schlechter als der Nachbar, der gegen ein genehmigtes Vorhaben klagt.

Insbesondere hätte dem Erfolg der Verpflichtungsklage auch nicht die Baugenehmigung des B entgegen gestanden, denn wenn bei deren Erteilung die Einhaltung der Abstandsfläche nach § 6 BauO LSA nicht geprüft worden ist, kann sie insoweit auch keine Legalisierungswirkung entfalten.

Mit dem Rechtsschutz in der Hauptsache korrespondiert im Übrigen auch der vorläufige Rechtsschutz: Kann eine Anfechtungsklage nicht mit Erfolg erhoben werden, bringt auch ein Antrag nach §§ 80 V 1, 80a VwGO nichts ein; auch für diesen wäre N nicht antragsbefugt.

Zu stellen wäre vielmehr – wie das OVG in seinen Entscheidungsgründen auch andeutet – ein Antrag nach § 123 I VwGO auf bauaufsichtliches Einschreiten (Baustopp).

Die Rechtsschutzmöglichkeiten des Nachbarn lassen sich also wie folgt zusammenfassen:

1. Baugenehmigung vorhanden und verletzte drittschützende Vorschrift wurde bei deren Erteilung geprüft: Anfechtungsklage gegen die Baugenehmigung bzw. Eilantrag nach § 80a I Nr. 2 VwGO.

2. Baugenehmigung vorhanden und verletzte drittschützende Vorschrift wurde bei deren Erteilung nicht geprüft (vorliegender Fall): Verpflichtungsklage auf bauaufsichtliches Einschreiten bzw. Eilantrag nach § 123 I VwGO.

3. Ungenehmigtes Bauvorhaben: wie 2.

Problem: Meinungsfreiheit contra Jugendschutz

BVERFG, BESCHLUSS VOM 25.01.2012
1 BvR 2499/09 (NJW 2012, 1500)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall ging es um die Herstellung „praktischer Konkordanz“ zwischen dem Jugendschutz einerseits und der freien Berichterstattung in der Presse andererseits. Konkret hatte eine Zeitung unter voller Namensnennung über Randalereien berichtet, die zwei ihrerseits bekannte Söhne eines bekannten Schauspielers in der Münchener Innenstadt angerichtet haben sollen.

Die Fachgerichte hatten die Berichterstattung über diesen Vorfall aus Gründen des Jugendschutzes untersagt. Es bestehe eine Vermutung dahingehend, dass dieser der freien Berichterstattung in der Presse vorgehe. Das BVerfG tritt dem jedoch entgegen: Beides habe Verfassungsrang, der Jugendschutz über das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG, die freie Berichterstattung in der Presse über die Meinungsfreiheit in Schrift und Bild aus Art. 5 I 1 GG. Innerhalb der Verfassung gebe es aber keinen zu vermutenden Vorrang des einen Rechtsguts vor dem anderen. Vielmehr bestehe eine „Einheit der Verfassung“, wonach alle geschützten Rechtsgüter zunächst gleichwertig und daher in einen möglichst schonenden Ausgleich zu bringen seien. Dies führte im vorliegenden Fall zu einer Entscheidung zugunsten des Zeitungsverlages, das BVerfG hob die anderslautenden Entscheidungen der Fachgerichte also auf.

Zum von Konrad Hesse entwickelten Prinzip der „Einheit der Verfassung“ und dem daraus folgenden Gebot der „praktischen Konkordanz“ im Konfliktfall siehe auch das Editorial der RA 02/2012.

PRÜFUNGSSCHEMA: MEINUNGSFREIHEIT, ART. 5 I 1 1. HS GG

A. Schutzbereich betroffen

I. Personal

II. Sachlich

- Problem hier: Tatsachen als Meinungen

B. Eingriff

C. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

I. Schranke: Allgemeine Gesetze, Art. 5 II GG

II. Schranken-Schranken

1. Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes

2. Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des Gesetzes

- Problem hier: Wechselwirkungslehre des BVerfG

SACHVERHALT:

Die Bf. ist eine Verlagsgesellschaft, welche u.a. die „Sächsische Zeitung“ in Papierform und über das Internet verbreitet.

Kläger des Ausgangsverfahrens sind die 1990 und 1991 geborenen Söhne W.G. und J.B. des Schauspielers O. Beide Kl. sind selbst Schauspieler und Sänger. Sie wurden durch verschiedene Jugendfilme, z. B. aus der Filmreihe „Wilde Kerle“, bekannt und erfreuen sich insbesondere unter Jugendlichen recht großer Beliebtheit.

In der Nacht vom 30.4. auf den 1.5.2008, der in Bayern sog. „Freinacht“, waren die Kl. mit acht weiteren Freunden in der Innenstadt von M. unterwegs. Die Gruppe wurde dabei beobachtet, wie sie Fahrräder traktierte, Blumen aus einem Blumenbeet herausriss sowie den Telefonhörer in einer Telefonzelle abbrach. Nach Feststellung ihrer Personalien auf der Polizeiwache wurden die Kl. entlassen. Gegen keinen von beiden wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet.

Die Bf. verbreitete in ihrem Internetangebot über diesen Vorfall einen Bericht unter der Überschrift „M.: Polizei schnappt O.-Söhne“, in dem darüber berichtet wird, dass „die beiden Nachwuchsschauspieler nach wüster Randalie in der Innenstadt von M. von der Polizei verhört“ worden seien. Mit ihren Klagen auf Unterlassung der Berichterstattung über den Vorfall hatten die Kl. jeweils in beiden Fachinstanzen Erfolg. LG und OLG gingen dabei davon aus, dass ein Vorrang des Jugendschutzes vor der Berichterstattungsfreiheit der Bf. zu vermuten sei.

Letztinstanzliche Entscheidung:
OLG Hamburg, NJW-RR 2010,
972

Hat die Verfassungsbeschwerde (Vb.) der Bf. Erfolg?

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

I. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 93 I Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 I BVerfGG.

II. Antragsberechtigung, § 90 I BVerfGG

Antragsberechtigt ist jedermann, der Träger der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte sein kann. Dies sind zunächst alle natürlichen Personen. Die Bf. ist jedoch eine Verlagsgesellschaft, also eine (inländische) juristische Person des Zivilrechts.

Solche können sich nach Maßgabe des Art. 19 III GG auf Grundrechte berufen, sofern diese „dem Wesen nach“ auf sie anwendbar sind. Dies ist mit dem BVerfG der Fall, wenn die Betroffenheit der juristischen Person auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen „durchschlägt“ (sog. „personales Substrat“). Hier kommt eine Anwendung der Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG in Betracht. Den Bericht haben Redakteure, also natürliche Personen geschrieben. Ferner wirkt sich das Verbot gegenüber der Verlagsgesellschaft auch auf deren Eigner (Gesellschafter, Aktionäre etc.) aus. Deshalb gelten Meinungs- und Pressefreiheit auch für Verlagsgesellschaften.

III. Beschwerdegegenstand, § 90 I BVerfGG

Gem. § 90 I BVerfGG müsste Beschwerdegegenstand ein Akt der öffentlichen Gewalt sein. Also solche kommen Akte der Exekutive, der Legislative und der Judikative in Betracht. Vorliegend wendet sich die Bf. gegen zivilgerichtliche Urteile und damit gegen Akte der Judikative.

IV. Beschwerdebefugnis, § 90 I BVerfGG

Die Bf. müsste gem. Art. 93 I Nr. 4 a BVerfGG behaupten können, in einem ihrer Grundrechte verletzt zu sein. Hierzu muss zumindest die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung bestehen.

1. Art. 5 I 1, 2 GG

Als verletzte Grundrechte kommen ihre Meinungs- und Pressefreiheit aus Art. 5 I 1, 2 GG in Betracht. Allerdings könnte das letztinstanzliche Urteil diese nur verletzen, wenn sie im Verhältnis der Parteien überhaupt Anwendung finden.

Merke: Bei Vb. gegen zivilgerichtliche Urteile ist schon in der Beschwerdebefugnis die Grundrechtsgeltung unter Privaten zu prüfen!

St. Rspr. seit BVerfGE 7, 198, 206

Vgl. nur BVerfGE 45, 204, 216

Z.B. von Sachs-Bethge, GG, Art. 5 Rn 45. Einzelheiten siehe JURA INTENSIV Skript „Grundrechte“, 2. Aufl. 2012, Rn 316

unächst ist dies nicht der Fall. **Art. 1 III GG bindet die staatliche Gewalt, nicht aber Privatpersonen untereinander, an die Grundrechte.** Könnte sich die Bf. gegenüber den Kl. danach nicht auf Art. 5 I 1, 2 GG berufen, wäre dieses Grundrecht von den Gerichten auch nicht zu prüfen gewesen.

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Grundrechte zugleich Elemente objektiver Ordnung sind, die für alle Bereiche des Rechts Geltung haben, mithin auch das Privatrecht zumindest mittelbar beeinflussen, indem sie bei der Auslegung von Generalklauseln wertend zu berücksichtigen sind. Die Generalklauseln des Zivilrechts bilden also „Einbruchstellen“ für die Grundrechte.

Hier erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen und damit möglich, dass die Fachgerichte die Ausstrahlungswirkung des Art. 5 I 1, 2 GG auf die Normen des BGB – namentlich der §§ 823 I, 1004 BGB - verkannt haben. Somit ist eine Grundrechtsverletzung der Bf. zumindest möglich.

2. Selbst, gegenwärtig, unmittelbar

Ferner fordert § 90 I BVerfGG, dass die Bf. durch die angegriffene Maßnahme selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen ist. Die Bf. war selbst Partei des Rechtsstreits, in dem sie verurteilt worden ist. Diese Verurteilung versagt ihr gegenwärtig und unmittelbar die weitere Verbreitung ihrer Behauptungen. Somit ist sie insgesamt beschwerdebefugt.

V. Rechtswegerschöpfung, § 90 II 1 BVerfGG

Gem. § 90 II 1 BVerfGG kann die Vb. erst nach Erschöpfung des Rechtsweges erhoben werden. Vorliegend ist dies geschehen.

VI. Form, 23 I BVerfGG

Eine Einhaltung der Formvorschrift ist zu unterstellen.

VII. Frist, § 93 I BVerfGG

Es ist ferner davon auszugehen, dass die Bf. die Monatsfrist gem. § 93 I BVerfGG eingehalten hat.

Die Verfassungsbeschwerde ist somit zulässig

B. Begründetheit

Die Vb. ist begründet, soweit die Bf. in einem Grundrecht oder grundrechtsgleichen Recht verletzt ist.

I. Pressefreiheit

Hier kommt zunächst eine Verletzung der Pressefreiheit aus Art. 5 I 2 1. Fall GG in Betracht. Dann müsste zunächst der Schutzbereich derselben betroffen sein.

Unter „Presse“ ist jedes Druckerzeugnis zu verstehen. Hier wurden die Streitgegenständlichen Äußerungen im Internet verbreitet, also nicht in einem Druckerzeugnis. Vereinzelt wird vertreten, dass Art. 5 I 2 GG über die dort genannten Medien (Presse, Rundfunk, Film) hinaus auf moderne Medien wie das Internet anwendbar sei, soweit sie auch der Massenkommunikation dienen. Ob dies zutrifft, mag aber dahinstehen, wenn Art. 5 I 2 GG jedenfalls subsidiär zur Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Hs GG wäre.

Die Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Hs GG schützt nämlich die Meinungsäußerung in jeder Form. Die in Art. 5 I 1 GG genannten Formen



Schuldrecht AT	Störung der GG
Prüfungsschema	(42)

§ 313

Wie wird die Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 geprüft?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Störung der GG
Prüfungsschema	(43)

§ 313

1. Gegenüber welchen Rechtsinstituten kann § 313 subsidiär sein?
2. Was ist unter dem sog. „hypothetischen Element“ zu verstehen?
3. Was ist unter dem sog. „normativen Element“ zu verstehen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Störung der GG
Prüfungsschema	(44)

§ 313

1. Wann kann von einer schwerwiegenden Störung ausgegangen werden?
2. Wodurch wird die Risikoverteilung in einem Schuldverhältnis bestimmt?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Unmöglichkeit
Abgrenzung § 275 II - § 313 I	(20)

§ 275 II

Wie sind die Fälle der praktischen Unmöglichkeit (§ 275 II) von den Fällen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313) abzugrenzen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Subsidiarität von § 313 besteht z.B. gegenüber
 - a) vertraglichen Regelungen (z.B. Rücktritt)
 - b) Unmöglichkeit
 - c) Verzug
 - d) Irrtumsanfechtung gem. § 119
 - e) Gewährleistungsrecht

2. Das hypothetische Element ist die Frage nach der Existenz einer Geschäftsgrundlage überhaupt:

Geschäftsgrundlage sind Umstände oder Vorstellungen über Umstände, die nicht Vertragsinhalt aber dennoch so wesentlich sind, dass der Geschäftswille beider Parteien oder zumindest einer Partei für die andere erkennbar darauf beruht.

3. Normatives Element:

Liegt in dem Schuldverhältnis eine schwerwiegende Störung vor, die nicht allein in den Risikobereich der Partei fällt, die sich auf die Störung beruft?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. § 275 II
 - ⇒ nach Abschluss des Schuldverhältnisses erhöht sich der vom Schuldner zu erbringende Leistungsaufwand erheblich und steht in auffälligem Missverhältnis zum Interesse (beachte: der Begriff „Interesse“ ist im BGB **objektiv** zu verstehen, d.h. iSV „benötigen“ oder „brauchen“) des Gläubigers am Erhalt **genau dieser Leistung**
 - ⇒ deswegen verstößt es gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, wenn der Gläubiger jetzt auf der Erbringung der versprochenen Leistung besteht
 - ⇒ der Schuldner kann (überobligatorisch) leisten oder gem. § 275 II verweigern

2. § 313 I
 - ⇒ nach Abschluss des Schuldverhältnisses erhöht sich der vom Schuldner zu erbringende Leistungsaufwand erheblich
 - ⇒ der Gläubiger hat jedoch weiterhin Interesse an **genau dieser Leistung**
 - ⇒ deswegen verstößt es gegen das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden, wenn der Schuldner jetzt zu den ursprünglich ausgehandelten Konditionen leisten muss, obwohl klar ist, dass der Gläubiger auch in Anbetracht der zwischenzeitlichen Veränderungen den Vertrag geschlossen hätte
 - ⇒ der Schuldner kann daher die Anpassung des Vertrages verlangen
 - ⇒ ist dies nicht möglich oder den Parteien unzumutbar, kann zurückgetreten werden

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Prüfungsschema:

1. vertragliches Schuldverhältnis
2. keine Subsidiarität
3. Störung der Geschäftsgrundlage
 - a) hypothetisches Element
 - b) reales Element
 - c) normatives Element
4. Rechtsfolge
 - a) Vertragsanpassung gem. § 313 I, sofern die Anpassung möglich und den Parteien zumutbar ist
 - b) Rücktrittsrecht gem. § 313 III, sofern die Anpassung entweder gar nicht möglich oder den Parteien jedenfalls nicht zumutbar ist

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

- 1.) Eine Störung ist schwerwiegend, wenn ein Festhalten am Vertrag unter den veränderten Umständen im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der gesetzlichen oder vertraglichen Risikoverteilung, nicht zumutbar ist.
- 2.) Die Risikoverteilung wird bestimmt durch vertragliche oder gesetzliche Regelungen. Zum Beispiel trägt nach der gesetzlichen Interessenbewertung beim Kaufvertrag der Käufer das Risiko, den mangelfreien Kaufgegenstand wie beabsichtigt verwenden zu können. Der Verkäufer trägt demgegenüber grds. das Beschaffungsrisiko des Kaufgegenstandes.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen	(35)

§ 7
StVG

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Prüfungsaufbau u. Definitionen	(36)

§ 7
StVG

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Deliktsrecht	Grundlagen
Ausschlussstatbestände	(37)

§ 7
StVG

Welche Ausschlussstatbestände zu § 7 I StVG gibt es?



Deliktsrecht	Grundlagen
Ausschlussstatbestände	(38)

§ 7 StVG

1. Nach welchen (groben) Kriterien bemisst sich die Frage, ob ein Schadensereignis „höhere Gewalt“ iSv § 7 II StVG war?
2. Worauf ist bei dem Ausschlussgrund des § 17 III StVG zu achten?
3. Wie ist der Begriff „unabwendbare Ereignis“ iSv § 17 III StVG zu verstehen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfung der Betriebsgefahr: Gab es einen

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

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

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

- 1. Höhere Gewalt bedeutet, dass ein Ereignis
 - a) von außen her den Ablauf im Straßenverkehr beeinflusst hat
⇒ es darf also keinen Zusammenhang zum Betrieb des Kfz geben, denn für jede Realisierung der Betriebsgefahr muss der Halter ja haften
 - b) außergewöhnlich war
⇒ nicht jede Naturgewalt ist außergewöhnlich und kann daher zur Entlastung aus § 7 II StVG führen (z.B. Regen, Schnee, Dunkelheit, etc.)
 - c) unabwendbar war
⇒ selbst ein Idealfahrer hätte mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln durch die äußerste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt dieses Geschehnis nicht verhüten oder unschädlich machen können
- 2. § 17 III StVG bezieht sich in seinem Wortlaut direkt auf die Fälle des § 17 I und II StVG und ist damit **nur anwendbar**, wenn der Geschädigte selbst auch für die Realisierung der Betriebsgefahr seines PKW einzustehen hat, wenn er also auch selbst Halter ist!
- 3. unabwendbares Ereignis
Es ist auf den Idealfahrer im Straßenverkehr abzustellen. Wenn dieser bei äußerster Sorgfalt den Unfall nicht hätte vermeiden können, dann liegt ein unabwendbares Ereignis vor.

1. Prüfungsschema § 7 I StVG

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

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

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

- Ausschlussgründe des § 7 I StVG sind:
- Höhere Gewalt, § 7 II StVG
 - Haftungsausschluss bei „Schwarzfahrten“, § 7 III StVG
 - Ausschluss gem. § 8 StVG
 - Haftungsausschluss oder –minderung wegen Schadensmitverursachung, §§ 17, 18 StVG, § 9 StVG iVm. § 254 BGB analog

Für mein Studium

nur das Beste



RA - BESTELLFORMULAR

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



Hiermit bestelle ich:

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

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

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

Lastschriftzugsermächtigung:

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

Kreditinstitut:	BLZ:
Kontoinhaber:	Kontonummer.:

Ort, Datum

Unterschrift



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



VerwR BT	BauR
Erteilung einer Baugenehmigung (7)	

BauR

Nenne die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung (Grobschema).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Staatsrecht	Grundrechte
Meinungsfreiheit (29)	

Art. 5 I 1
1. Fall
GG

1. Was versteht man unter einer Meinung i.S.d. Art. 5 I 1 1. Fall GG?
2. Was sind Tatsachen - im Gegensatz zu Meinungen? Fallen Tatsachenbehauptungen in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 1. Fall GG?
3. Werden Beleidigungen von Art. 5 I 1 1. Fall GG erfasst?
4. Was versteht man unter sog. „Schmähekritik“? Beurteilt das BVerfG diese anders als andere Beleidigungen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Staatsrecht	Grundrechte
Meinungsfreiheit (28)	

Art. 5 I 1
1. Fall
GG

Stelle den Prüfungsaufbau der Meinungsfreiheit dar.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR BT	BauR
Drittenschutz im BauR (21)	

§§ 30ff.
BauGB

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG

a) Personeller Schutzbereich

= Art. 5 I 1 GG stellt ein Jedermann-Grundrecht dar. Geschützt werden Deutsche, Art. 116 I GG, Ausländer sowie über Art. 19 III GG auch inländische juristische Personen des Privatrechts.

b) Sachlicher Schutzbereich

Gegenstand: Meinung (= jede wertende Stellungnahme; Tatsachen nur, wenn Grundlage einer Meinungsäußerung)

Umfang: Jede Form der Meinungsäußerung, auch Symbole oder Zeichen.

2. Eingriff: Bagatellformel (= jede spürbare Verkürzung des Schutzbereichs)

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

a) Festlegung der Schranke

aa) Art. 5 II GG: Qualifizierter Gesetzesvorbehalt.

bb) Art. 17a I GG: Qualifizierter Gesetzesvorbehalt.

b) Schranken-Schranken

Beachte:

- Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes: **Zensurverbot**, Art. 5 I 3 GG.

- Verhältnismäßigkeit/Angemessenheit des Gesetzes und Einzelakts: **Wechselwirkungslehre**.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

[Anm.: Normen am Beispiel des Landes NRW]

I. Anspruchsgrundlage: § 75 I 1 BauO NRW

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

1. **Zuständige Behörde:** §§ 62, 60 BauO NRW

2. **Verfahren:** Evtl. § 36 BauGB, § 9 II FstrG, § 74 BauO NRW

3. **Formgerechter Antrag:** §§ 69, 70 BauO NRW

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen:

1. **Genehmigungspflichtigkeit:** § 63 BauO NRW

2. **Genehmigungsfähigkeit:** § 75 I 1 BauO NRW Einklang mit öffentlich-rechtlichen Vorschriften

a) **Bauplanungsrecht:** Prüfung vor BauO NRW wrdnungsr wegen Art. 31 GG

aa) **Bauliche Anlage:** § 29 I BauGB

bb) **Festlegung des Gebiets:** §§ 30, 34 oder 35 BauGB

cc) **Anforderungen der §§ 30, 34 oder 35 BauGB**

b) **BauO NRW wrdnungsrecht:** Insbesondere §§ 3, 4, 6, 12, 13 BauO NRW, sofern überhaupt problematisch

Beachte: § 68 I 4 BauO NRW: Beschränkte Prüfung im vereinfachten Verfahren

c) **Ggf. Prüfung sonstiger öffentlich-rechtlicher Vorschriften:** Z.B. BImSchG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

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

2. Es gelten folgende Grundregeln:

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

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

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Meinung** ist jedes Werturteil, also jede **Äußerung**, die durch **Elemente der Stellungnahme, des Datühaltens oder Meinens** im Rahmen einer **geistigen Auseinandersetzung** geprägt ist.

2. **Tatsachen** sind **Vorgänge oder Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart**, die dem **Wahrheitsbeweis zugänglich** sind. Ein solcher **Wahrheitsbeweis** ist bei Werturteilen dagegen **nicht möglich**.

Nach h.M. sind **Tatsachenbehauptungen** durch Art. 5 I 1, 1. Fall GG geschützt, sofern sie **Voraussetzung für die Bildung einer Meinung** und **weder bewusst noch erwiesen unwahr sind**. Daher unterfallen z.B. statistische Angaben nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

3. **Beleidigende Äußerungen** werden vom **Schutzbereich** der Meinungsfreiheit erfasst. **Arg:** Die Schranke der persönlichen Ehre i.S.d. Art. 5 II GG wäre sonst obsolet.

4. Im Falle einer „**Schmähkritik**“ stehen **nicht sachliche Auseinandersetzungen, sondern Diffamierungen und Herabsetzungen** der Person im Vordergrund, z.B. Begriffe aus der Fäkalsprache.

Beachte: BVerfG hält **auch bei Schmähkritik** den **Schutzbereich** für **eröffnet**, allerdings ist i.R.d. Verhältnismäßigkeit **keine Abwägung erforderlich**, weil für die Äußerung von Schmähkritik kein berechtigtes Interesse bestehen kann. Insgesamt ist der **Begriff** „**Schmähkritik**“ **restriktiv zu handhaben**.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT III	Körperverletzung
Gefährliche Körperverletzung	

§ 224
StGB

Welcher Meinungsstreit wird im Rahmen der lebensgefährdenden Behandlung bei § 224 I Nr. 5. geführt und wie ist er zu entscheiden?
Kann die Tat durch ein Unterlassen begangen werden?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT I	Unterschlagung
Prüfungsschema / Definitionen	

§ 246
StGB

Prüfungsschema Unterschlagung
Nenne alle relevanten Definitionen.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT II	Raub
Prüfungsschema	

§ 249
StGB

Prüfungsschema § 249

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT II	Raub
Abgrenzung zu § 255	

§§ 249 /
255
StGB

Stelle den Streit zum Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung dar.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache (wie bei § 242)

2. Zueignung

Def.: Zueignung ist die Manifestation des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise.

- a. **Zueignungswille** (*Achtung: Keine Absicht erforderlich!*)
(1) **Aneignungswille** (*Achtung: Keine Absicht*)

erforderlich!)

Def.: Aneignungswille ist der Wille, die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Sachwert wenigstens vorübergehend dem eigenen Vermögen oder dem Vermögen eines Dritten einzuverleiben.

(2) Enteignungswille

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

b. Manifestationshandlung

3. Rechtswidrigkeit der Zueignung

4. Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Wohl h.L.: § 253 ist **strukturgleich** zu § 263 → § 253 verlangt ebenso wie § 263 als Selbstschädigungsdelikt das ungeschriebene Merkmal der Vermögensverfügung → § 249 und § 253/5 sind streng alternativ

Abgrenzung: innere Willensrichtung: Mitwirkungsnotwendigkeit

[Problemfall: mögl. Strafbarkeitslücke bei §§ 239a/b, wenn Täter handelt, um zu rauben, aber keine schweren Folgen i.S.d. § 239b angedroht werden; nach BGH liegt auch in diesem Fall 239a vor, da in jedem Raub immer auch eine Erpressung liegt (dazu sogleich unten), nach h.L. liegt weder § 239a vor (da die Wegnahme die Verfügung ausschließt) noch § 239b (da nach SV keine der genannten schweren Folgen angedroht wird).]

BGH/h.M.: 253 ist **strukturgleich** zu § 240 → § 253 verlangt keine Vermögensverfügung → 249 ist spezieller Fall des 253 (Duldung der Wegnahme [und Zueignungsabsicht bei § 249 ist auch spezieller als Bereicherungsabsicht bei § 253])

Abgrenzung nach äußerem Erscheinungsbild: Liegt eine Handlung, Duldung (der Wegnahme) oder Unterlassung des Opfers vor?

[Problemfall: unzulässige (?) Strafrahmenscharfzung bei gewaltsamer Gebrauchsanmaßung.]

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

Von maßgeblicher Bedeutung sind Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber **abstrakt** geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden.

Nach a.A.: ist eine konkrete Lebensgefährdung nötig, wogegen aber die Systematik spricht: Die Nummern 1-4 beschreiben ebenfalls bloß abstrakte Gefahren.

Eine das Leben gefährdende Behandlung kann auch bei einem pflichtwidrigen *Unterlassen* vorliegen, etwa wenn ein Garant eine hilflose Person über längere Zeit hinweg nicht mit Lebensmitteln versorgt.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

I. Tatbestand

1. Raubmittel

- a. **Gewalt gegen eine Person**
 - b. **Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben**
- ### 2. Fremde bewegliche Sache
- ### 3. Wegnahme (*hier die Abgrenzung zu § 255!*)
- ### 4. Vorsatz bzgl. 1. bis 3.
- ### 5. Finalzusammenhang

Die *Gewalt* oder die *Drohung* müssen *Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme* sein, nicht nur bloße Begleiterscheinungen. Es muss aber auch kein Kausalzusammenhang zwischen dem Einsatz der Nötigungsmittel und der Wegnahme bestehen. Es reicht aus, wenn **aus der Sicht des Täters** die Nötigung objektiv erforderlich oder kausal für die Wegnahme werden soll, also eine *finale Verknüpfung zwischen Nötigung und Wegnahme* besteht.

6. Absicht rechtswidriger Zueignung

- a. **Zueignungsabsicht**
- b. **Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zueignung**
- c. **Vorsatz bzgl. b.**

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

„Wort, Schrift und Bild“ sind nur Beispiele. In Abgrenzung zu Art. 5 I 2 GG ist daher allein Art. 5 I 1 GG heranzuziehen, soweit es - wie hier - um den Inhalt einer Äußerung geht. Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist demgegenüber nur berührt, wenn es um das Verbreitungsmedium an sich geht.

Hier wurde die Berichterstattung über die Bf. von den Fachgerichten aber nicht untersagt, weil sie im Internet stattfand, sondern wegen ihres Inhalts. Somit wäre Art. 5 I 2 GG jedenfalls subsidiär zu Art. 5 I 1 1. Hs GG, selbst wenn man ihn auf Internetreportagen erweitern wollte.

Das BVerfG hat die Pressefreiheit nicht angeprüft, für ein vollständiges Gutachten empfiehlt sich dies aber (in der gebotenen Kürze).

II. Meinungsfreiheit

Die Bf. könnte aber in ihrer Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 1. Hs GG verletzt sein. Dann müsste ein nicht gerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich derselben vorliegen.

1. Schutzbereich betroffen

Unter den Schutz der Meinungsfreiheit fallen zunächst alle Werturteile, also Äußerungen, die durch subjektive Elemente des geprägt sind. Tatsachenbehauptungen, also objektive, dem Beweis zugängliche Äußerungen, sind hingegen keine "Meinungen". Sie nehmen für sich genommen daher nicht am Schutz des Art. 5 I 1 GG teil. Etwas anderes gilt allerdings, wenn und soweit die Tatsachen als Grundlage einer Meinungsbildung dienen.

„[31] Dies ist hier der Fall. Der beanstandete Bericht betrifft einen – in der Sache unstrittigen – Vorfall über ein möglicherweise strafrechtlich relevantes Verhalten zweier „Jungstars“, die ein Image von „Wilden Kerlen“ aufgebaut haben und für nicht wenige jugendliche Anhänger ein Idol darstellen. Durch den Bericht wird deren Handeln im öffentlichen Raum aufgegriffen und damit ein Impuls für die öffentlichen Diskussionen gesetzt, etwa das Image der Kl. kritisch zu hinterfragen oder etwa auch – wie die Bf. in den Raum stellt – anzuerkennen, dass die Kl. „nur normale“ junge Leute mit Fehlern und Schwächen sind.“

Zu Tatsachenbehauptungen im Schutzbereich von Art. 5 I 1 GG: BVerfGE 85, 1, 15.

Die Tatsachenbehauptung darf, wenn sie der Meinungsbildung dient, auch nicht bewusst unwahr sein („kein Recht auf Lüge“). Für Unwahrheiten in der Berichterstattung der Bf. ist jedoch nichts ersichtlich.

Vgl. BVerfGE 90, 241 zur sog. „Auschwitzlüge“.

Dass die Bf. sich auch in personaler Hinsicht über Art. 19 III GG auf den Schutz der Meinungsfreiheit berufen kann, wurde oben A.II. bereits ausgeführt.

II. Eingriff

„[32] Durch die angegriffenen Urteile, die ihnen die streitgegenständlichen Äußerungen untersagen, wird die Meinungsfreiheit der Bf. eingeschränkt.“

„Allgemeine Gesetze“ sind solche, die sich nicht gegen eine spezifische Meinung richten, sondern dem Schutz eines anderen, vorrangigen Rechtsguts dienen. Die vom BVerfG herangezogenen §§ 823 I, 1004 BGB sind meinungsneutral und schützen u.a. das allg. Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“, lassen sich also unter die o.g. Definition der „allgemeinen Gesetze“ subsumieren.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Fraglich ist, ob der Eingriff von den Schranken des Grundrechts gedeckt ist.

1. Schranken

„[33] Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit ist allerdings nicht vorbehaltlos gewährt. **Es findet seine Schranke in den allgemeinen**

Gesetzen, zu denen die hier von den Gerichten angewandten Vorschriften der §§ 823 I, 1004 I 2 BGB analog i. V. mit Art. 2 I, 1 I GG gehören.“

2. Schranken-Schranken

Diese Schranken müssten aber selbst verfassungsgemäß und auch verfassungskonform angewendet worden sein.

a. Verfassungsmäßigkeit der Schranke

An der Verfassungsmäßigkeit des §§ 823 I, 1004 BGB zu zweifeln besteht kein Anlass.

b. Verfassungsgemäße Anwendung

Eine andere Frage ist, ob sie auf den konkreten Fall auch verfassungskonform angewendet worden sind.

aa. Prüfungsumfang

Das BVerfG ist jedoch keine „Superrevisionsinstanz“, welche die richtige Anwendung der streitentscheidenden Vorschriften auf einen konkreten Fall (nochmals) prüfte; vielmehr besteht seine Aufgabe in der Verfassungskontrolle. Daher ist es bei der Prüfung der verfassungsmäßigen Anwendung eines Gesetzes auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt:

„[33] Auslegung und Anwendung dieser Vorschriften sind Sache der Fachgerichte, die hierbei jedoch das eingeschränkte Grundrecht interpretationsleitend berücksichtigen müssen, damit dessen wertsetzender Gehalt auch auf der Rechtsanwendungsebene gewahrt bleibt.“

bb. Wechselwirkungslehre

Zu einer solchen Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“ gehört u.a., wenn ein Gericht die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit auf die sie einschränkenden Gesetze verkennt. Deren Schutzzweck (hier: Persönlichkeits- und Jugendschutz) ist nicht einseitig der Vorrang einzuräumen; vielmehr ist er zur Meinungsfreiheit in Bezug zu setzen und mit dieser abzuwägen (Grundsatz der „praktischen Konkordanz“):

[33] Dies verlangt in der Regel eine Abwägung zwischen der Schwere der Persönlichkeitsbeeinträchtigung durch die Äußerung einerseits und der Einbuße an Meinungsfreiheit durch ihr Verbot andererseits (). Das Ergebnis der Abwägung ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben und hängt von den Umständen des Einzelfalls. Das BVerfG ist auf eine Nachprüfung begrenzt, ob die Zivilgerichte den Grundrechtseinfluss ausreichend beachtet haben.“

cc. Subsumtion

Das BVerfG greift zunächst seine neuere Rspr. wieder auf, wonach im Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und allgemeinem Persönlichkeitsrecht zwischen Wort- und Bildberichterstattung zu differenzieren sein:

„[35] Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts reicht hinsichtlich der Veröffentlichung von Bildern einerseits und der Berichterstattung durch Wortbeiträge andererseits verschieden weit. **Während die Veröffentlichung eines Bildes von einer Person grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung**

Ständige Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 120, 180, 199 f. Speziell zur Meinungsfreiheit vgl. z.B. BVerfGE 101, 361, 388

Speziell zur „praktischen Konkordanz“ von Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrechten: BVerfGE 114, 339, 348.

Vgl. dazu ausführlich BVerfG, RA 2012, 85 ff. = NJW 2012, 756

ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts begründet, die unabhängig davon ist, ob die Person in privaten oder öffentlichen Zusammenhängen und in vorteilhafter oder unvorteilhafter Weise abgebildet ist, ist dies bei personenbezogenen Wortberichten nicht ohne Weiteres der Fall. Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG bietet hier nicht schon davor Schutz, überhaupt in einem Bericht individualisierend benannt zu werden, sondern nur in spezifischen Hinsichten.“

Hier handelt es sich um eine Wortberichterstattung. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kl. des Ausgangsverfahrens kann also nicht schon allein deshalb als betroffen angesehen werden, weil überhaupt über sie berichtet wurde. Vielmehr kommt es insoweit auf den Inhalt des Berichtes an:

„[36] **Dabei kommt es vor allem auf den Inhalt der Berichterstattung an.** Für die Berichterstattung über Strafverfahren ist zwar durch das BVerfG anerkannt, dass die Namensnennung oder sonstige Identifikation des Täters nicht immer zulässig sind. Dies hat seinen Grund in dem besonderen Gewicht, das einem Verfahren zukommt, das mit der stärksten staatlichen Sanktion eines staatlichen Unwerturteils enden kann, dessen Ausgang aber offen ist, so dass bis zur rechtskräftigen Verurteilung für den Betroffenen die Unschuldsvermutung gilt. Hiervon unterscheidet sich jedoch eine Berichterstattung über das unstreitige Verhalten einer Gruppe junger Leute auf offener Straße, über das unabhängig von einem Strafverfahren berichtet wird, und das auch der Sache nach allenfalls von geringfügiger strafrechtlicher Relevanz ist.“

Unzulässige Namensnennung des Täters: BVerfGE 35, 202, 232

Eine Herabsetzung des Ansehens der Kl. angesichts des Verhaltens, das sie laut Bericht an den Tag gelegt haben, ist hier allerdings gegeben:

„[37] Hier ist zwar naheliegend, dass der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen ist, weil der Bericht über die Verfehlungen der Kl. geeignet ist, diese in ihrem öffentlichen Ansehen herabzusetzen.“

Dies bedeutet allerdings nicht automatisch, dass dem allg. Persönlichkeitsrecht Vorrang einzuräumen ist. Vielmehr wird sich gerade bei Tatsachenbehauptungen eine Differenzierung vor allem danach anbieten, ob diese wahr oder unwahr sind. Die Wahrheit darf man (in der Regel) berichten:

„[39] **Bei Tatsachenberichten hängt die Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen darüber hinaus vom Wahrheitsgehalt ab, und wahre Aussagen müssen in der Regel hingenommen werden, auch wenn sie nachteilig für den Betroffenen.**“

Ebenso schon BVerfGE 99, 185, 196

Hier wurde wahrheitsgemäß berichtet. Schon dies spricht also dafür, einen Abwehranspruch der Kl. zu verneinen. Daran ändern auch Belange des Jugendschutzes nichts. Eine „Regelvermutung“, wie sie die Fachgerichte aufgestellt haben, wonach jedenfalls bei Jugendlichen aus Gründen des Jugendschutzes etwas anderes zu gelten habe, erkennt das BVerfG also nicht:

„[40] Auf Seiten der Kl. ist andererseits zweifelsohne ihr junges bzw. jugendliches Alter in die Erwägungen einzubeziehen. Junge Leute bedürfen eines besonderen Schutzes, weil sie sich zu eigenver-

antwortlichen Personen erst entwickeln müssen. Jedoch genügt es nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben, eine Regelvermutung dahingehend aufzustellen - wie hier durch die Fachgerichte geschehen -, dass auf Grund der gesetzgeberischen Wertung im Jugendgerichtsgesetz jedes Informationsinteresse hinter dem Anonymitätsinteresse „grundsätzlich“ zurückzustehen habe. [...]

[42] Die von den Fachgerichten angenommene Regelvermutung des grundsätzlichen Vorrangs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber der Meinungsfreiheit, sobald schutzbedürftige Interessen von jungen Erwachsenen bzw. Jugendlichen in Rede stehen, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht zu eng und undifferenziert. Sie übergeht das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Auslegung und berücksichtigt vorliegend das „Öffentlichkeitsimage“ der Kl. zu wenig.“

Für das BVerfG steht vielmehr die Schwere des Strafvorwurfs im Vordergrund:

BVerfG, NJW 2009, 350; NJW-RR 2010, 1195.

„Das BVerfG hat bereits entschieden, dass bei der Berichterstattung über Strafverfahren die Schwere der in Frage stehenden Straftat nicht nur für das öffentliche Informationsinteresse, sondern auch bei der Gewichtung der entgegenstehenden Persönlichkeitsbelange Bedeutung erlangen kann. So wird bei einer sehr schwerwiegenden Tat zwar einerseits ein hohes öffentliches Informationsinteresse bestehen, andererseits aber die Gefahr einer Stigmatisierung des noch nicht rechtskräftig verurteilten Betroffenen erhöht sein. Ein entsprechendes Verhältnis wird aber regelmäßig auch bei besonders leichten Taten anzunehmen sein, sofern sie nur überhaupt ein Berichterstattungsinteresse begründen.

Hier geht es lediglich um Bagatelldelikte, die zudem nicht strafrechtlich verfolgt wurden.

„[41] Vielmehr ist in die Abwägung einzustellen, dass die durch die Fachgerichte zutreffend vorgenommene Einordnung des Verhaltens der Kl. als Bagatelldelikte zugleich geeignet erscheint, die Bedeutung der Persönlichkeitsbeeinträchtigung zu mindern. [...] Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – ein staatlicher Strafvorwurf gar nicht Gegenstand der Berichterstattung ist.

Somit ändert der Jugendschutz jedenfalls hier nichts daran, dass die Fachgerichte die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit der Bf. aus Art. 5 I 1 1. Hs GG auf die Anwendung der §§ 823 I, 1004 BGB verkannt haben. Sie haben die Schranke somit nicht verfassungskonform angewendet.

III. Ergebnis

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs gelingt nicht. Die Bf. ist in ihrem Grundrecht aus Art. 5 I 1 1. Hs GG i.V.m. Art. 19 III GG verletzt. Ihre Vb. ist begründet.

FAZIT:

Ein weiterer Fall über das gegenwärtig so heiß diskutierte Thema der „praktischen Konkordanz“ bei widerstreitenden Grundrechtspositionen (vgl. schon BVerwG, RA 2012, 92 ff. zum Thema „Schulgebet“ und speziell zum Thema „allg. Persönlichkeitsrecht contra freie Berichterstattung“ BVerfG, RA 2012, 85 ff.).

Problem: Rechtsweg bei ehrverletzender Äußerung

VGH KASSEL, BESCHLUSS VOM 13.06.2012
8 E 1067/12 (NVwZ-RR 2012, 781)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Verfahren ging es um die Frage, welcher Rechtsweg gegen ehrverletzende Äußerungen eines Bürgermeisters in einer Sitzung der Stadtverordnetenversammlung gegenüber einem Versammlungsmitglied zu beschreiten ist. Der VGH Kassel entschied sich – anders als die Vorinstanz – für den Verwaltungsrechtsweg. Dieser dürfte nach § 40 I 1 VwGO eröffnet sein, weil es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt.

Zwar führt die gängige „modifizierte Subjektstheorie“ hier nicht zu eindeutigen Ergebnissen, weil es an einer streitentscheidenden Norm fehlt. Auch würde die „Subordinationstheorie“ eher zum ordentlichen Rechtsweg führen, weil zwischen Bürgermeister und Stadtverordneten kein Über- Unterordnungsverhältnis besteht. Der VGH lehnt diese Theorie aber als fehlerhaft ab und stellt statt dessen auf den Sachzusammenhang der Äußerung ab: Falle diese in amtlicher Eigenschaft, so sei der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Äußerungen unter Privaten sei hingegen auf dem ordentlichen Rechtsweg zu begegnen. Hier hatte der Bürgermeister in seiner amtlichen Eigenschaft (in der Stadtverordnetenversammlung) gehandelt.

Nebenbei bemerkt der VGH zu Recht, dass eine solche Klage gegen den Bürgermeister selbst zu richten sei, also nicht gegen die Gemeinde als Rechtsträger desselben, da sonst ein Insichprozess drohe. Der klagende Stadtverordnete sei als Mitglied der Stadtverordnetenversammlung schließlich selbst auch Organteil der Gemeinde.

SACHVERHALT:

Bei Rechtsanwalt R erscheint ein Mandant M, der folgenden Sachverhalt schildert: M sei Mitglied der Stadtverordnetenversammlung der Stadt S in Hessen. Am 12.8.2012 habe eine Sitzung derselben stattgefunden, bei der es um die kontrovers diskutierte Frage ging, ob in S eine neue Musikhalle gebaut werden solle oder nicht. Anlässlich dieser Diskussion habe der Bürgermeister B den M laut Protokoll als „Schöngest“ bezeichnet und ihn aufgefordert „endlich still zu sein, weil er von den rechtlichen Gegebenheiten ohnehin keine Ahnung habe“. Trotz Protestes durch M habe B sich geweigert, sich zu entschuldigen.

R wird von M bevollmächtigt, auf Widerruf dieser Äußerungen zu klagen und möchte nun von Ihnen als Referendar wissen,

1. auf welchem Rechtsweg eine solche Klage zu erheben und
2. gegen wen die Klage zu richten ist.

LÖSUNG:

Frage 1: Rechtsweg

Für die Klage könnte der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen wäre dies nach § 40 I 1 VwGO der Fall, soweit es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt, für die keine abdrängende Sonderzuweisung besteht.

Der Fall spielt in Hessen. Der dortigen „Stadtverordnetenversammlung“ entspricht der Stadtrat in vielen anderen Bundesländern, der „Stadtverordnete“ also einem Ratsmitglied.

Leitsätze:

1. Klagt ein Gemeindevertreter auf Widerruf ihn betreffender ehrverletzender Äußerungen des Bürgermeisters der Gemeinde, die dieser in seiner amtlichen Eigenschaft abgegeben hat, ist für die Streitigkeit der Verwaltungsrechtsweg gegeben.

2. Soll in solchen Fällen nach dem Klageantrag der Widerruf einer gegenüber der Gemeindevertretung abgegebenen amtlichen Erklärung des Bürgermeisters durch dessen Erklärung zu Protokoll der Gemeindevertretung erfolgen, liegt ein kommunalverfassungsrechtlicher Organstreit vor, in dem der Bürgermeister als Gemeindeorgan Beklagter ist.

A. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit

Wann eine Streitigkeit öffentlich-rechtlicher Natur ist, wird unterschiedlich beantwortet.

I. Modifizierte Subjektstheorie

Mit der sog. „modifizierten Subjektstheorie“ ist dies der Fall, wenn die streitentscheidende Norm zwingend einen Hoheitsträger als solchen berechtigt oder verpflichtet.

Streitentscheidende Normen des öffentlichen Rechts sind hier jedoch nicht ersichtlich. Allenfalls kommen Widerrufsansprüche aus §§ 1004, 823 I, II BGB in Betracht, also solche zivilrechtlicher Natur. Diesen stehen im öffentlichen Recht die gewohnheitsrechtlich anerkannten öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegenüber. Die „modifizierte Subjektstheorie“ führt also nicht zu einem eindeutigen Ergebnis.

II. Subordinationstheorie

Nach der Subordinationstheorie liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die Beteiligten in einem Über- Unterordnungsverhältnis zueinander stehen. Dies ist vor allem zwischen Bürger und Staat der Fall. Hier fehlt es aber an der Bürgerbeteiligung. Zudem herrscht zwischen Bürgermeister und Stadtverordneten auch keine Subordination. Nach dieser Ansicht handelte es sich hier um eine zivilrechtliche Streitigkeit. Allerdings kann die Subordinationstheorie die Existenz öffentlich-rechtlicher Verträge (§§ 54 ff. VwVfG) nicht erklären. Zudem existieren auch im Zivilrecht Über- Unterordnungsverhältnisse, z.B. im Arbeitsrecht mit dem Weisungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer oder im Familienrecht mit dem Erziehungsrecht der Eltern gegenüber ihren Kindern. Ferner gibt es – wie der vorliegende Fall zeigt – auch staatsinterne Gleichordnungsverhältnisse sowohl innerhalb eines Hoheitsträgers (man denke nur an die verschiedenen Ministerien des Bundes oder eines Landes) sowie zwischen Hoheitsträgern (zum Beispiel stehen alle Bundesländer auf einer Stufe). Der VGH lehnt diese Theorie daher ab:

„Soweit das OLG Frankfurt a. M. im Urteil vom 27. 11. 1998 (NVwZ-RR 1999, 814) und auch der BGH (BGH, NJW 1961, 1625) maßgeblich darauf abstellten, dass das Verhältnis der Gemeindevertreter zum Bürgermeister nicht durch ein Über- und Unterordnungsverhältnis gekennzeichnet ist, sondern durch ein Verhältnis der Gleichordnung, vermag diese Auffassung nicht zu überzeugen. Denn auch eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen.“

III. Theorie vom Sachzusammenhang

Stattdessen stellt der VGH auf den Sachzusammenhang ab, in dem die vermeintlich ehrverletzende Äußerung gefallen ist:

„Der öffentlich-rechtliche Charakter der Streitigkeit wird hier besonders daran deutlich, dass die vom Kl. beanstandete Erklärung des Bekl. [im Rahmen] der Stadtverordnetenversammlung vom 12. 8. 2010 gemacht worden ist. Folgerichtig begehrt der Kl. [...] die Verurteilung des Bekl. zur Abgabe einer Widerrufserklärung des Bekl. in der öffentlichen Stadtratssitzung (gemeint ist eine öffentliche Sitzung der Stadtverordnetenversammlung). [...] Klageziel ist die Titulierung einer Pflicht des Bekl. als Gemeindeorgan, gegenüber der Stadtverordnetenversammlung eine Amtshandlung in Form einer

Merke: Die Subordinationstheorie hat gravierende Schwächen und sollte daher zur Lösung von Abgrenzungsproblemen zwischen öffentlichem und zivilem Recht nicht mehr verwedet werden.

Diese Ansicht entspricht jedenfalls in der Verwaltungsgerichtsbarkeit der ganz h.M., vgl. nur BVerwG, NVwZ 2997, 820; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2008, 722.

Ebenso Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl., § 40 Rdnr. 6; Funke-Kaiser, in: Bader u.a., VwGO, § 78 Rdnr. 9; a.A. VGH Mannheim, NJW 1990, 1808

mündlichen Widerrufserklärung vorzunehmen. Es handelt sich mithin um eine Organstreitigkeit.“

Handelt es sich also um eine Äußerung in öffentlich-rechtlichem Zusammenhang, so ist auch der Widerruf als „Kehrseite“ derselben dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

B. Nichtverfassungsrechtlicher Art

Es streiten hier keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht, sodass eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt.

C. Keine Abdrängende Sonderzuweisung

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich. Somit ist die Klage im Verwaltungsrechtsweg zu erheben.

Frage 2: Richtiger Beklagter

Fraglich ist, gegen wen die Klage zu richten ist.

A. § 78 VwGO

Der Klagegegner ist zunächst in § 78 I VwGO geregelt. Diese Vorschrift findet wegen ihrer systematischen Stellung im 8. Abschnitt der VwGO aber nur Anwendung auf Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Diese setzen nach § 42 I VwGO jeweils einen Verwaltungsakt voraus, § 42 I VwGO. Ein solcher wiederum erfordert u.a. Außenwirkung, § 35 S. 1 VwVfG, wohingegen es sich hier um eine gemeindeinterne Streitigkeit zwischen Bürgermeister und Stadtverordnetem handelt. Somit ist § 78 VwGO hier nicht anwendbar.

B. Allgemeines Rechtsträgerprinzip

Weitere Regelungen zum Beklagten existieren in der VwGO nicht. In diesen Fällen findet grds. das allgemeine Rechtsträgerprinzip Anwendung, wonach der Rechtsträger des Organs zu verklagen ist, das die streitgegenständliche Handlung vorgenommen oder unterlassen hat. Dies wäre hier die Stadt S als Gebietskörperschaft, § 1 II HessGO. Diese ist Rechtsträgerin des Bürgermeisters, der die streitgegenständliche Erklärung abgegeben und deren Widerruf unterlassen hat.

Jedoch ist auch M als Stadtverordneter Teil der Stadt S, nämlich Teil der Stadtverordnetenversammlung und damit eines ihrer Organe. Er würde sich also partiell mit verklagen, wenn er seine Klage gegen die Stadt S als Rechtsträger richtete. Daher scheidet das allgemeine Rechtsträgerprinzip vorliegend zur Bestimmung des richtigen Klagegegners aus.

C. Kommunalverfassungsstreit

Wenn Gemeindeorgane oder deren Teile über ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten, spricht man von einem „Kommunalverfassungsstreit“. In dieser Situation ist die Klage zur Vermeidung eines Insichprozesses gegen den sachlichen Streitgegner zu richten, also das andere Organ selbst:

„Deshalb ist der Bürgermeister als Organ der Stadt Stadt – und nicht die Stadt selbst als Organträger – richtiger Beklagter, weil die vom Kl. beanstandeten Erklärungen des Bekl. ihn in seiner Eigenschaft als Bürgermeister betreffen und damit als Mitglied des Gemeindeorgans der Stadtverordnetenversammlung.“

Wäre die Klage fälschlich gegen die Stadt gerichtet worden, hätte das Gericht nach § 86 III VwGO einen richterlichen Hinweis erteilen müssen.

Zu geschäftsschädigenden Äußerungen eines Bürgermeisters vgl. VGH München, NVwZ 2012, 1055

FAZIT:

Der VGH beurteilt den Rechtsweg zutreffend, wobei er unausgesprochen neben der Theorie vom Sachzusammenhang auch die Kehrseitentheorie („actus contrarius“) anwendet: Wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Äußerung handelt (was nach dem Sachzusammenhang zu bestimmen ist, in dem die Äußerung gefallen ist), ist der Streit über deren Abwehr als „Kehrseite“ der Äußerung auch öffentlich-rechtlicher Natur. Ebenfalls zutreffend ist es, den Sachzusammenhang unter Einbeziehung der gesamten Aussagesituation (also z.B. Ort und Zeit der Äußerung, Person des Äußernden, Inhalt der Äußerung usw.) auszulegen.

Neben der Rechtswegfrage ist auch die Beklagtenfrage sehr interessant. Wenn Gemeindeorgane bzw. deren Teile um ihre Rechte und Pflichten aus der Gemeindeordnung streiten, handelt es sich um einen sog. „Kommunalverfassungsverstreit“, wobei streitig ist, ob dieser eine Klageart sui generis oder einen besonderen Anwendungsfall der Feststellungs- oder allgemeinen Leistungsklage darstellt. Jedenfalls ist der Beklagte für diese Fälle nicht geregelt (§ 78 VwGO gilt nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen), bestimmt sich also grds. nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip. Dieses würde im Kommunalverfassungsverstreit aber zu einem Insichprozess führen, weshalb ausnahmsweise nicht der Rechtsträger, sondern der sachliche Streitgegner zu verklagen ist.

Soweit es sich dabei nicht um Vereinigungen wie Rat oder Ausschuss, sondern um Einzelne handelt (Bürgermeister, Ratsmitglied usw.), ergibt sich deren Beteiligtenfähigkeit übrigens aus § 61 Nr. 2 VwGO analog, soweit ihnen ein Recht zustehen kann.

*Speziell für Referendare:***Problem: Verwirkung nachbarlicher Abwehrrechte**

OVG MAGDEBURG, BESCHLUSS VOM 04.06.2012
2 L 56/11 (NVWZ-RR 2012, 752)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage, wann baunachbarliche Abwehrrechte nach § 242 BGB verwirkt werden.

1. Soweit eine Baugenehmigung vorhanden ist, ist die Sache relativ klar: Wurde sie auch dem Nachbarn bekanntgegeben, laufen für ihn die normalen Klagefristen des § 74 I 1, 2 VwGO. Wurde sie ihm nicht bekanntgegeben, hat er nach h.M. sein Klagerecht verwirkt, wenn er – in Anlehnung an § 58 II 1 VwGO – ein Jahr ab Kenntnis des Bauvorhabens in seiner konkreten Gestalt nichts unternommen hat. Auf die Unterscheidung zwischen verfahrensrechtlicher und materieller Verwirkung (siehe sogleich) kommt es dann nicht an: Vor Ablauf eines Jahres wird kaum einmal eine materielle Verwirkung anzunehmen sein, und danach ist sie ohne Belang, da die Klage ohnehin unzulässig geworden ist.

2. Soweit – wie im vorliegenden Fall – keine Baugenehmigung vorliegt, ist die Sache etwas anders:

a. Geklagt wird dann ja nicht gegen die Baugenehmigung (Anfechtungsklage), sondern in Ermangelung einer solchen auf bauaufsichtliches Einschreiten (Verpflichtungsklage).^{*} Eine zur Unzulässigkeit der Klage führende verfahrensrechtliche Verwirkung dieses Klagerechts ist in der Rspr. nicht anerkannt, das BVerwG (NVwZ 1988, 730) fordert hierfür im Gegenteil stets das Vorliegen einer Baugenehmigung.

b. Allerdings kann der materielle Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten (hier: aus § 57 II 1 BauO LSA) verwirkt werden mit der Folge, dass die Klage als unbegründet abzuweisen ist. Dem OVG Magdeburg genügten hierfür knapp 20 Jahre (Zeitmoment), wenn der Bauherr sich auf die bauliche Nutzung besonders eingerichtet hat (Umstandsmoment).

SACHVERHALT:

Bauherr B hatte Mitte der 1990er Jahre mit dem Einbau zweier Dachflächenfenster genehmigungspflichtige Umbauarbeiten am Dachstuhl seines Hauses vorgenommen, ohne im Besitz einer entsprechenden Genehmigung zu sein. Diese Umbauarbeiten hatte der Voreigentümer V des Nachbargrundstücks zunächst gebilligt. Anders jedoch dessen Rechtsnachfolger N, der nach Übereignung des Nachbargrundstücks auf ihn im Jahre 2004 einen Antrag auf bauaufsichtliches Einschreiten bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde stellte, um eine Rückbauverfügung zu erreichen. Dieser Antrag und der folgende Widerspruch des N wurden jedoch abgelehnt, weil N keinen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten habe. Selbiges stünde vielmehr im alleinigen Ermessen der Bauaufsichtsbehörde, weil der bestehende Zustand zwar objektiv baurechtswidrig sei, den N aber nicht in seinen Rechten verletze. N ließ diesen Widerspruchsbescheid vom 10.2.2006 bestandskräftig werden.

Mit Antrag vom 10.4.2008 bemühte sich N jedoch erneut um ein bauaufsichtliches Einschreiten, wobei er erstmals - zutreffend - vortrug,

Hier war die prozessuale Konstellation sogar noch etwas komplizierter: Die Behörde war auf Antrag des Nachbarn mittels Bauaufsichtsverfügung gegen den Bauherrn eingeschritten, hatte dessen Widerspruch hiergegen aber abgeholfen. Gegen den Abhilfebescheid klagte nun der Nachbar.

Zum Nachbarrechtsschutz gegen eine im vereinfachten Verfahren erteilte Baugenehmigung siehe OVG Magdeburg, Beschluss vom 20.06.2012 - 2 M 38/12 (in diesem Heft).

§ 31 V 2 Nr. 2 BauO LSA:

Von Brandwänden und von Wänden, die anstelle von Brandwänden zulässig sind, müssen mindestens 1,25 m entfernt sein [...]

2. Dachgauben und ähnliche Dachaufbauten aus brennbaren Baustoffen, wenn sie nicht durch diese Wände gegen Brandübertragung geschützt sind.

dass die brandschutzrechtliche Vorschrift des § 31 V 2 Nr. 2 BauO LSA verletzt sei. Am 23.1.2009 verfügte die Bauaufsichtsbehörde daraufhin von Amts wegen das Verschließen der Dachflächenfenster mit harter Bedachung. Hiergegen erhob B Widerspruch, dem durch Bescheid vom 22.10.2009 abgeholfen wurde.

Gegen diesen Abhilfebescheid klagt nun N vor dem VG. Der beigeladene B meint, N habe seine Rechte verwirkt, der Umbau sei fast 20 Jahre her. Zudem seien die Dachfenster – was zutrifft – die einzige Tageslichtquelle der betreffenden Wohnräume. Deshalb sei die Klage unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. N hingegen meint, es fehle schon am Zeitmoment, jedenfalls aber am Umstandsmoment einer Verwirkung, weil er sich immer wieder gegen den Umbau gewehrt habe. Das passive Verhalten seines Rechtsvorgängers V könne man ihm nicht zurechnen. Bzgl. der Belichtung sei B nicht schutzwürdig, weil er ja gewusst habe, dass er ohne Genehmigung baute.

Erstellen Sie den Hauptsachetenor der Entscheidung des VG und entwerfen Sie die Entscheidungsgründe. Gehen Sie darin auf alle fallrelevanten rechtlichen Probleme ein.

LÖSUNG:

Hauptsachetenor

Die Klage wird abgewiesen.

A. Zulässigkeit

Entscheidungsgründe

Zwar ist die Klage als Anfechtungsklage zulässig.

I. Klagebefugnis

Namentlich ist N zunächst klagebefugt i.S.d. § 42 II VwGO. Er kann geltend machen, durch den angefochtenen Abhilfebescheid vom 22.10.2009 in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt zu sein. Denn hier kommt eine Verletzung des § 31 V 2 Nr. 2 BauO LSA in Betracht, der zu seinen Gunsten Drittschutz entfaltet. § 31 V 2 Nr. 2 BauO LSA dient dem Brandschutz und damit auch den Interessen der Nachbarschaft am Erhalt ihrer Rechtsgüter wie Leib, Leben und Eigentum. N ist als Eigentümer des Nachbargrundstücks auch in den Schutzbereich der Norm einbezogen.

II. Vorverfahren

Der Klage mangelt es auch nicht an einem nach § 68 I 1 VwGO erforderlichen Vorverfahren. Zwar hat N keinen Widerspruch gegen den Abhilfebescheid eingelegt; ein solcher war aber nach § 68 I 2 Nr. 2 VwGO entbehrlich, da der angefochtene Abhilfebescheid ihn erstmalig beschwerte. Durch die Abhilfe wurde die ihn begünstigende Bauordnungsverfügung gegen den Beigeladenen B wieder aufgehoben, somit wirkte sie ihm gegenüber (dritt-)belastend.

III. Frist / Verwirkung

Die Klage des N ist weder nach § 74 I 2 VwGO verfristet, noch hat N sein Klagerecht verwirkt. Insbesondere beruft B sich insoweit zu Unrecht auf Verwirkung.

„Grundsätzlich ist zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Rechtspositionen zu unterscheiden, wobei die Verwirkung verfahrensrechtlicher Rechte des Nachbarn regelmäßig voraussetzt, dass eine Baugenehmigung zuvor erteilt worden ist. Dies ist hier in Bezug auf den Einbau der streitigen Dachflä-

So sieht es jedenfalls das BVerwG, vgl. BVerwG, NVwZ 1988, 730.

chenfenster – soweit ersichtlich – nicht der Fall. Ob auch dann von einer formellen Verwirkung gesprochen werden kann, wenn – wie hier – ein Nachbar einen Anspruch auf bauaufsichtliches Einschreiten nicht im Klagewege weiterverfolgt, sondern die ablehnende behördliche Entscheidung hinnimmt, erscheint fraglich. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behörde auf einen erneuten Antrag des Nachbarn auf bauaufsichtliches Einschreiten in eine neue Sachprüfung eintritt und einen Zweitbescheid erlässt, der den Klageweg neu eröffnet.

Eine solche Fallkonstellation liegt hier vor. Die Bekl. hat - ungeachtet der Frage, ob ein solches Wiederaufgreifen des Verfahrens im weiteren Sinne zu Lasten des Bauherrn zulässig ist - den Antrag des Kl. vom 10. 4. 2008 zum Anlass genommen, die Zulässigkeit der Dachflächenfenster und einen eventuellen Beseitigungsanspruch des Kl. erneut zu prüfen.“

Das OVG hat die Frage der verfahrensrechtlichen Verwirkung zwar i.E. offen gelassen, jedoch wird aus den nebenstehenden Ausführungen (und der Tatsache, dass es die gegenteilige Annahme des VG als Vorinstanz als „bedenklich“ bezeichnet hat) jedenfalls die Tendenz deutlich, dass es mit dem BVerwG eine solche ohne Baugenehmigung nicht anzunehmen gedenkt.

So ausdrücklich auch das BVerwG in der bereits oben erwähnten Entscheidung NVwZ 1988, 730.

Allg.M., VGH München, BayVBI 1991, 725, 725; VGH Mannheim, VBIBW 1991, 103, 103; OVG Greifswald, NVwZ-RR 2003, 15, 17

B. Begründetheit

Die Klage ist jedoch unbegründet. Dabei kann offen bleiben, ob die angefochtene Abhilfeentscheidung rechtswidrig ist, denn sie verletzt den Kläger jedenfalls nicht in seinen Rechten, § 113 I 1 VwGO. Denn soweit eine Verletzung des B in seinem Recht aus § 31 V 2 Nr. 2 BauO LSA und/oder aus § 57 II BauO LSA auf bauaufsichtliches Einschreiten in Betracht kommt, hat er diese Rechte jedenfalls materiell-rechtlich verwirkt.

„Materiell-rechtliche Abwehrrechte des Nachbarn können auch gegenüber ungenehmigten Bauvorhaben verwirkt werden. Verwirkung als ein im Grundsatz von Treu und Glauben wurzelnder Vorgang der Rechtsvernichtung bedeutet, dass ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) erscheinen lassen.“

I. Zeitmoment

Seit dem vom Beigeladenen vorgenommenen Umbau des Dachstuhls in den 1990er Jahren sind fast 20 Jahre vergangen. Zwar ist N erst seit 2004 Eigentümer des Nachbargrundstücks; er muss sich jedoch die Duldung durch seinen Rechtsvorgänger V zurechnen lassen.

„Das erforderliche zeitliche Moment ist erfüllt. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des VG wurden die Fenster bereits Mitte der 90er Jahre im Zuge der Dachsanierung eingebaut, als der Beigel. noch nicht Eigentümer des Baugrundstücks war. [...] **Dabei spielt ein Eigentumswechsel keine Rolle, da die jeweiligen Abwehrrechte dinglich, d. h. auf die beteiligten Grundstücke bezogen sind**, so dass der neue Eigentümer in die Rechtsstellung des früheren einrückt.“

Im Übrigen könnte sonst der Eintritt von Rechtssicherheit, an dem im Baurecht angesichts der vielfach aufgewendeten Vermögenswerte ein besonderes Interesse besteht, durch Eigentümerwechsel auf Nachbarseite dauerhaft vereitelt werden.

II. Umstandsmoment

Auch das notwendige Umstandsmoment liegt vor.

Grundlegend BVerwG, NVwZ 1991,
1182, 1184

„[Dies] ist insbesondere dann der Fall, wenn der Verpflichtete infolge eines bestimmten Verhaltens des Berechtigten darauf vertrauen durfte, dass dieser das Recht nach so langer Zeit nicht mehr geltend machen würde (Vertrauensgrundlage), der Verpflichtete ferner tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt werde (Vertrauenstatbestand) und sich infolge dessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde. Das Verhalten des Berechtigten muss beim Verpflichteten also nicht nur die Vorstellung begründet haben, dass das Recht nicht mehr geltend gemacht werde; der Verpflichtete muss sich hierauf auch tatsächlich eingerichtet haben. Die für eine Verwirkung nachbarlicher Abwehrrechte erforderliche Voraussetzung der Schaffung eines Vertrauenstatbestandes und einer Vertrauensbetätigung können auch in der Zeit nach Fertigstellung eines umstrittenen Bauvorhabens erfüllt werden, insbesondere wenn der umstrittene Bauzustand über lange Jahre vom Nachbarn „widerspruchslos“ hingenommen worden ist und der Bauherr in dieser Zeit Erhaltungsaufwendungen getätigt hat.“

1. Vertrauensgrundlage

So liegt es hier. Die Vertrauensgrundlage ergibt sich aus der langen Zeitdauer des passiven Verhaltens des Klägers und des ihm zuzurechnenden (s.o.) Einverständnisses seines Rechtsvorgängers:

„Der Kl. hat sich erstmals im April 2004 gegen die Dachfenster gewandt. Der Beigel. durfte – wie schon der jeweilige Voreigentümer – darauf vertrauen, dass der Kl. eventuelle Abwehrrechte gegen den Fenstereinbau nicht mehr geltend machen werde. Nach den Ausführungen des Kl. im Schriftsatz vom 15. 5. 2012 wurden alle baulichen Veränderungen und Instandhaltungen [...] in den 90er Jahren in gegenseitiger Absprache [...] durchgeführt.“

2. Vertrauenstatbestand

Dass B hier tatsächlich vertraut hat, unterliegt keinem Zweifel:

„Auch ist davon auszugehen, dass der jeweilige Grundstückseigentümer tatsächlich darauf vertraut hat, dass das Recht nicht mehr ausgeübt wird und sich infolge dessen in seinen Vorkehrungen und Maßnahmen so eingerichtet hat, dass ihm durch die späte Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstehen würde. Für den Grundstückseigentümer unzumutbare Nachteile können auch dann entstehen, wenn über Fensteröffnungen, die beseitigt werden sollen, Aufenthaltsräume belichtet werden. [...] Dies ist hier der Fall.“

Nach alledem ist die Klage jedenfalls mangels Rechtsverletzung des Klägers abzuweisen.

FAZIT:

Das OVG prüft die Verwirkung hier geradezu lehrbuchmäßig, indem es auf vier Ebenen unterscheidet:

- Genehmigte und ungenehmigte Bauvorhaben,
- verfahrensrechtliche und materielle Verwirkung,
- Zeit- und Umstandsmoment und
- Vertrauensgrundlage und Vertrauenstatbestand.

Zur Unterscheidung zwischen genehmigten und ungenehmigten Bauvorhaben siehe die Ausführungen in der obigen Einleitung.

Strafrecht

Problem: Körperverletzung durch Fesselung

BGH, BESCHLUSS VOM 11.07.2012
2 STR 60/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

In der vorliegenden Entscheidung musste der BGH einige fast schon klassische Probleme aus dem Bereich der Körperverletzungsdelikte lösen: Zum einen ging es um die Frage, ob eine Fesselung eine Körperverletzung, § 223 I StGB, darstellt, zum anderen um die Voraussetzungen für eine gefährliche Körperverletzung gem. § 224 I StGB. Der BGH betont, dass § 223 I StGB stets eine körperliche Misshandlung voraussetzt, sodass eine entsprechende Tat ausscheidet, wenn lediglich psychische Reaktionen wie Angst hervorgerufen werden. Bzgl. § 224 I StGB führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort, dass unbewegliche Gegenstände keine Werkzeuge i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen können und dass für das Vorliegen einer Lebensgefahr i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB zwar eine abstrakte Gefährdung genügt, deren Vorliegen jedoch nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen ist.

§ 223 I StGB:

„Wer eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...] bestraft.“

§ 224 I StGB:

„Wer die Körperverletzung [...] 2. mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, [...] oder 5. mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begeht, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren [...] bestraft.“

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A schlug und trat N am Morgen des 30.08.2008 aus nichtigem Anlass. Sie flüchtete ins Badezimmer und kauerte sich am Boden zusammen. A setzte ihr nach und trat ihr mehrfach gegen den Kopf, so dass N mit dem Kopf gegen die Badewanne stieß. Dadurch erlitt sie eine blutende Verletzung am Ohr.

Am 31.01.2009 fesselte A die N an einen Stuhl, indem er ihre Hände mit einem Tuch hinter der Lehne des Stuhls sowie ihre Beine zusammenband. Außerdem knabbelte er sie. Er drohte ihr an, ihr den Finger zu brechen, mit dem sie seine Telefonanrufe weggedrückt habe. N geriet dadurch in Panik, zitterte und weinte. A ließ N einige Minuten gefesselt, ohne seine Drohung umzusetzen; dann band er sie los.

Hat A sich wegen Körperverletzungsdelikten, §§ 223 ff. StGB, strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: GEFÄHRLICHE KÖRPERVERLETZUNG, §§ 223 I, 224 I NR. 2, 5 STGB

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 223 I StGB
 - a. Körperliche Misshandlung / Gesundheitsschädigung
 - b. Vorsatz
2. Qualifikation: § 224 I StGB
 - a. Begehung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 224 I Nr. 2 StGB
 - b. Begehung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB
 - c. Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit

III. Schuld

LÖSUNG:**A. Strafbarkeit gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB durch das Verhalten am 30.08.2008**

Dadurch, dass A die N am 30.08.2008 schlug und ihr so gegen den Kopf trat, dass sie mit dem Kopf gegen die Badewanne schlug, könnte er sich wegen gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 2, 5 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand**1. Grunddelikt: § 223 I StGB****a. Körperliche Misshandlung / Gesundheitsschädigung**

A hat bei N eine blutende Verletzung am Ohr, also einen pathologischen Zustand, hervorgerufen, sodass eine Gesundheitsschädigung gegeben ist. Außerdem stellen die Schläge und Tritte üble, unangemessene Behandlungen dar, durch die zumindest das körperliche Wohlbefinden der N erheblich beeinträchtigt worden ist. Eine körperliche Misshandlung ist somit auch gegeben.

b. Vorsatz

Bezüglich der Gesundheitsschädigung und körperlichen Misshandlung handelte A vorsätzlich.

2. Qualifikation: § 224 I StGB**a. Begehung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, § 244 I Nr. 2 StGB**

Waffe i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist ein Gegenstand, der dazu bestimmt ist, erhebliche Verletzungen zu verursachen (Fischer, § 224 Rn. 9d; Joecks, § 224 Rn. 23)

A hat N gegen den Kopf getreten, sodass sie mit dem Kopf gegen die Badewanne schlug und könnte so die Körperverletzung mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen haben.

aa. Schuh als anderes gefährliches Werkzeug

Sofern A die N mit einem beschuhten Fuß getreten haben sollte, könnte der Schuh ein anderes gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen.

Zum gefährlichen Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB: BGHSt 30, 375, 377; Joecks, § 224 Rn. 16

Gefährliches Werkzeug i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB ist jeder Gegenstand, der nach seiner Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im Einzelfall dazu geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen.

Zum Schuh als gefährliches Werkzeug: BGHSt 30, 375, 376; BGH, NSStZ 2007, 720; 2010, 151

Nach herrschender Meinung kann auch ein Schuh ein solches gefährliches Werkzeug darstellen, zumindest wenn es sich um einen festen Schuh handelt und der Täter das Opfer ins Gesicht oder in andere besonders empfindliche Körperregionen wie Magen oder Unterleib tritt.

Im vorliegenden Fall hatte A die N zwar gegen den Kopf getreten, dem Sachverhalt lässt sich jedoch nicht entnehmen, ob er dabei festes Schuhwerk oder überhaupt Schuhe getragen hat, sodass nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ davon auszugehen ist, dass A bei den Tritten keine Schuhe trug, die dazu geeignet waren, erhebliche Verletzungen zuzufügen und er deshalb auch keine Schuhe als gefährliche Werkzeuge verwendet hat.

bb. Badewanne als anderes gefährliches Werkzeug

Die Badewanne, gegen die N mit dem Kopf schlug, könnte jedoch ein anderes gefährliches Werkzeug darstellen.

Zwar ist eine stabile Badewanne dazu geeignet, erhebliche Verletzungen zuzufügen, wenn das Opfer mit dem Kopf gegen diese geschlagen wird. Jedoch ist insofern zu berücksichtigen, dass es sich bei der Badewanne um einen unbeweglichen Gegenstand handelt und A die N gegen die Badewanne schlägt und nicht umgekehrt.

„[5] § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB greift nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht ein, wenn der Täter das Opfer gegen einen unbeweglichen Gegenstand bewegt.“

Die Badewanne stellt kein anderes gefährliches Werkzeug dar.

b. Begehung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB

Die Tritte und Schläge gegen den Kopf der N könnten eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen.

„[6] Tritte oder heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung darstellen. Dies gilt aber nur dann, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlungen im Einzelfall zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können. Ob das hier der Fall war, wird aus den Urteilsfeststellungen nicht abschließend deutlich.

[7] Erforderlich ist zudem ein Vorsatz des Täters zur Herbeiführung einer derartigen potenziellen Lebensgefahr. Dazu hat das Landgericht keine Feststellungen getroffen.“

Mangels hinreichender Angaben im Sachverhalt ist somit davon auszugehen, dass die Misshandlungen der N durch A keine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. § 224 I Nr. 5 StGB darstellen bzw. A zumindest keinen entsprechenden Vorsatz hat.

Eine Qualifikation gem. § 224 I StGB liegt nicht vor.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 223 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. § 223 I StGB durch das Verhalten am 31.01.2009

Dadurch, dass A die N am 31.01.2009 fesselte, könnte er sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste N körperlich misshandelt und/oder an der Gesundheit geschädigt haben.

1. Gesundheitsschädigung

Dass A bei N einen pathologischen Zustand (z.B. Blutergüsse oder Abschürfungen) herbeigeführt und diese dadurch an der Gesundheit geschädigt hat, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

2. Körperliche Misshandlung

In Betracht kommt jedoch eine körperliche Misshandlung der N.

Nach h.M. können nur bewegliche Sachen gefährliche Werkzeuge i.S.v. § 224 I Nr. 2 StGB darstellen: BGHSt 22, 235, 236; BGH, NStZ-RR 2005, 75; Joecks, § 224 Rn. 21 f.; Lackner/Kühl, § 224 Rn. 4
Eine M.M. bezieht auch unbewegliche Gegenstände ein: Rengier, BT II, § 14 Rn. 39; Eckstein, NStZ 2008, 125, 126 f.; Hecker, JuS 2010, 648, 649

Zur lebensgefährdenden Behandlung durch Tritte oder Schläge gegen den Kopf: BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156

Nach h.M. setzt § 224 I Nr. 5 StGB nur eine abstrakte Lebensgefahr voraus, d.h. die Tathandlung muss lediglich nach den Umständen des Einzelfalls generell dazu geeignet sein, den Tod herbeizuführen: BGH, NStZ 2004, 618; 2005, 156, 157; 2010, 276; OLG Hamm, NStZ-RR 2009, 15 f.; Fischer, § 224 Rn. 12; Wessels/Hettinger, Rn. 282.
Eine M.M. verlangt i.R.v. § 224 I Nr. 5 StGB den Eintritt einer konkreten Lebensgefahr: NK-Paeffgen, § 224 Rn. 27; Stree, JURA 1980, 281, 291

Keine Körperverletzung bei nur psychischen Auswirkungen: BGH, NSTZ 1986, 166; 1997, 123, 124

„[8] **Eine körperliche Misshandlung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB ist eine üble, unangemessene Behandlung, die zu einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens oder der körperlichen Unversehrtheit führt. Das körperliche Wohlempfinden kann nicht allein durch psychische Reaktionen beeinträchtigt werden**, so dass das Hervorrufen von Angst nicht als Taterfolg im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB ausreicht. Bedrohungs- oder Einschüchterungshandlungen dürfen sich hinsichtlich der Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens nicht nur auf das seelische Gleichgewicht auswirken, sondern sie müssen auch die körperliche Verfassung des Opfers betreffen. Ob dies hier der Fall war, bleibt nach den getroffenen Feststellungen zumindest unklar. Zudem muss der Körperverletzungserfolg vom Vorsatz des Täters umfasst sein.“

Mangels hinreichender Angaben im Sachverhalt ist somit davon auszugehen, dass das Fesseln der N keine körperliche Misshandlung darstellt bzw. A zumindest keinen entsprechenden Vorsatz hatte.

II. Ergebnis

A hat sich durch das Fesseln nicht gem. § 223 I StGB strafbar gemacht.

C. Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 223 I StGB.

FAZIT:

Die Punkte, die der BGH in der vorliegenden Entscheidung im Zusammenhang mit den Tatbeständen der §§ 223 I, 224 I StGB anspricht, stellen klassische Probleme aus dem Bereich der Körperverletzungsdelikte dar.

Insofern enthält dieser Beschluss zwar keine neuen Erkenntnisse. Der BGH führt jedoch seine bisherige Rechtsprechung konsequent fort. Interessant sind allerdings die Ausführungen des BGH zu § 224 I Nr. 5 StGB: Zwar hält der BGH (in Übereinstimmung mit der herrschenden Literaturauffassung) § 224 I Nr. 5 StGB für ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**, weshalb er der Eintritt einer konkreten Lebensgefahr für die Vollendung dieses Qualifikationstatbestandes nicht für erforderlich hält. Ob die somit maßgebliche abstrakte Lebensgefahr eingetreten ist, soll sich jedoch nach den Umständen des Einzelfalls richten, also der **konkreten Tatsituation**. Dies zeigt, dass es hier wohl kaum mehr Unterschiede zur Gegenauffassung geben dürfte, die eine konkrete Lebensgefahr fordert.

Problem: Formelle Subsidiarität von § 246 I, II StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 26.06.2012
2 STR 137/12 (NJW 2012, 3046)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Beschluss musste sich der BGH zum Konkurrenzverhältnis von gewerbsmäßiger Untreue, §§ 266 I, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB, und veruntreuender Unterschlagung, § 246 I, II StGB äußern. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die qualifizierte Unterschlagung aufgrund der in § 246 I a.E. StGB angeordneten formellen Subsidiarität hinter der Untreue in einem besonders schweren Fall zurücktritt.

SACHVERHALT:

Die Angeklagte A war als Abteilungsleiterin „Rechnungswesen“ bei M angestellt. Ihr oblag insbesondere die alleinige Verwaltung der Handkasse. Im August 2004 entnahm sie dieser Handkasse nach Fälschung einer Quittung für angebliche Portokosten 330,00 € in bar. Hierbei beabsichtigte sie, dies in Zukunft regelmäßig zu tun, um sich so eine zusätzliche erhebliche Einnahmequelle zu verschaffen.

Strafbarkeit der A?

[Anm.: § 267 StGB ist nicht zu prüfen.]

PRÜFUNGSSCHEMA: VERUNTREUENDE UNTERSCHLAGUNG, § 246 I, II STGB

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 246 I StGB
 - a. Fremde bewegliche Sache
 - b. Zueignung
 - aa. Zueignungswille
 - bb. Manifestationshandlung
 - c. Rechtswidrigkeit der Zueignung
 - d. Vorsatz
2. Qualifikation: § 246 II StGB
 - a. Anvertrautsein
 - b. Vorsatz

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 266 I, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB z.N.d. M

Durch die Entnahme des Geldes aus der Handkasse könnte A sich wegen Untreue in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 I, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB zum Nachteil des M strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I 1. Fall StGB

a. Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

Es ist davon auszugehen, dass A als Abteilungsleiterin eine Vertretungsbefugnis besaß, also die Befugnis, über das Vermögen des M zu verfügen und diesen zu verpflichten.

§ 246 StGB:

„(1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren [...] bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist.

(2) Ist in den Fällen des Absatzes 1 die Sache den Täter anvertraut, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...]“

§ 266 StGB:

„(1) 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 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...] bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.“

§ 263 III StGB:

„In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter
1. gewerbsmäßig handelt [...]“

Leitsatz des BGH:

Veruntreuende Unterschlagung tritt aufgrund formeller Subsidiarität hinter gewerbsmäßig begangener Untreue zurück.

Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis ist die Rechtsmacht, in wirksamer Weise über Vermögensrechte eines anderen durch Übertragung, Aufhebung, Belastung oder Änderung zu verfügen oder ihn gegenüber Dritten wirksam zu solchen Verfügungen zu verpflichten (Fischer, § 266 Rn. 10).

Missbrauch einer Befugnis ist dann gegeben, wenn der Täter im Rahmen seines rechtlichen Könnens im Außenverhältnis, aber unter Überschreitung des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis handelt (BGH, RA 2011, 162, 165 = NStZ 2011, 280, 281; Krey/Hellmann, BT II, Rn. 545).

Eine Vermögensbetreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB ist gegeben, wenn dem Täter im Rahmen eines fremdnützigen Schuldverhältnisses eine gewisse Selbstständigkeit eingeräumt wurde und die Betreuung fremden Vermögens eine Hauptpflicht des Täters darstellt (Fischer, § 266 Rn. 36 ff.)

b. Missbrauch der Befugnis

A müsste ihre Befugnis missbraucht haben.

Der Missbrauch einer Befugnis setzt stets deren Gebrauch voraus. Da eine Vertretungsbefugnis aber nur bei einem rechtsgeschäftlichen Handeln gebraucht wird, kann der Missbrauchstatbestand der Untreue auch nur durch ein rechtsgeschäftliches Handeln verwirklicht werden. Die Tathandlung der A – die Entnahme des Geldes aus der Kasse – ist jedoch kein rechtsgeschäftliches Handeln, sodass eine Strafbarkeit gem. § 266 I 1. Fall StGB ausscheidet.

2. Treuebruchstatbestand, § 266 I 2. Fall StGB

a. Vermögensbetreuungspflicht

Als verantwortliche Abteilungsleiterin hatte A eine Betreuungspflicht i.S.v. § 266 I StGB für das Vermögen des M.

b. Pflichtverletzung

Dass A ohne einen entsprechenden Rechtsgrund Gelder aus der Handkasse des M entnahm, stand im Widerspruch zu ihrer Vermögensbetreuungspflicht und stellt somit eine Pflichtverletzung i.S.v. § 266 I 2. Fall StGB dar.

c. Vermögensnachteil

Durch die Entnahme des Geldes aus seiner Handkasse hat M eine Vermögensminderung erlitten, ohne hierfür ein Äquivalent zu erlangen. Sein Gesamtvermögen ist also gemindert worden, sodass ein Vermögensnachteil bei M gegeben ist.

d. Kausalität b. – c.

Die Pflichtverletzung war kausal für den Vermögensnachteil.

e. Vorsatz

A handelte vorsätzlich.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Besonders schwerer Fall, §§ 266 II, 263 III 2 Nr. 1 StGB

Bei der Untreue der A könnte es sich um einen besonders schweren Fall gem. §§ 266 II, 263 III 2 Nr. 1 StGB handeln.

A handelte bei Begehung der Untreue in der Absicht, wiederholt solche Taten zu begehen und sich dadurch eine erhebliche Einnahmequelle zu verschaffen, und somit gewerbsmäßig. Es sind auch keine Umstände ersichtlich, die gegen einen besonders schweren Fall sprechen; insbesondere wurde auch nicht nur ein geringer Schaden verursacht, §§ 266 II, 243 II StGB.

IV. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 266 I 2. Fall, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB.

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

Durch die Entnahme des Geldes könnte A sich auch wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 3 StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Fremde bewegliche Sache

Bei den im Eigentum dem M stehenden Geldscheinen handelt es sich um für A fremde bewegliche Sachen.

2. Wegnahme

A müsste die Geldscheine weggenommen, also fremden Gewahrsam daran gebrochen und neuen begründet haben.

Da A die alleinige Verwaltung der Handkasse oblag, ist davon auszugehen, dass sie auch von Anfang an alleinigen Gewahrsam an dem darin enthaltenen Geld besaß. Sie konnte also keinen fremden Gewahrsam daran brechen und das Geld somit nicht wegnehmen.

Gewahrsam ist die tatsächliche Sachherrschaft eines Menschen über eine Sache, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, wobei deren Vorliegen nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen ist (BGHSt 40, 8, 23; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 23).

II. Ergebnis

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

C. Strafbarkeit gem. § 246 I, II StGB

Durch das Mitnehmen des Geldes könnte A sich jedoch wegen veruntreuender Unterschlagung gem. §§ 246 I, II StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: § 246 I StGB

a. Fremde bewegliche Sache

Die Geldscheine sind für A fremde bewegliche Sachen (s.o.).

b. Zueignung

aa. Zueignungswille

A hat mit dem Willen gehandelt, das Geld ihrem Vermögen einzuverleiben unter dauerhafter Verdrängung des Berechtigten M. Sie hatte also Zueignungswillen.

bb. Manifestationshandlung

Durch das Mitnehmen des Geldes hat sich der Zueignungswille der A auch hinreichend deutlich manifestiert.

c. Rechtswidrigkeit der Zueignung

A hatte keinen Anspruch auf die Zueignung, sodass diese auch rechtswidrig war.

d. Vorsatz

A handelte vorsätzlich bzgl. der objektiven Tatumstände.

2. Qualifikation: § 246 II StGB

Das Geld war A von M mit der Maßgabe überlassen worden, damit nur im Interesse des M zu verfahren. Es war ihr also anvertraut. A hatte auch Vorsatz bzgl. des Anvertrautseins.

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 246 I, II StGB.

D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

A hat sich durch dieselbe Handlung gem. §§ 266 I 2. Fall, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB und gem. § 246 I, II StGB strafbar gemacht.

Zum Konkurrenzverhältnis von § 266 I und § 246 I, II StGB: Lackner/Kühl, § 246 Rn. 23; LK-Vogel, § 246 Rn. 71

Zum Umfang der Subsidiaritätsklausel des § 246 I StGB: BGHSt 43, 237, 238 f.; 47, 243, 244; Fischer, § 246 Rn. 23 ff.

Zur „schwereren Strafe“ i.S.v. § 246 I StGB a.E.: Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 34 Rn. 41

„[4] **Veruntreuende Unterschlagung tritt dann, wenn der Täter der zugleich erfüllten Untreue von Anfang an auch mit Zueignungsabsicht hinsichtlich der veruntreuten Sache gehandelt hat, auf der Konkurrenzebene aufgrund formeller Subsidiarität hinter den durch dieselbe Handlung erfüllten Tatbestand der Untreue zurück.**

[5] § 246 Abs. 1 StGB [...] greift nach seinem zweiten Halbsatz nur ein, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Dies gilt nach der Rechtsprechung für ein Zusammentreffen der Unterschlagung mit allen Delikten, für die das Gesetz eine höhere Strafdrohung vorsieht. **Es besteht - unbeschadet der Platzierung in Absatz 1 - schon nach dem Wortlaut des Gesetzes kein Grund zu der Annahme, dass die Subsidiaritätsklausel im Fall einer nach § 246 Abs. 2 StGB qualifizierten Unterschlagung keine Geltung mehr beanspruchen soll.** § 246 Abs. 2 StGB nimmt auch insoweit auf Absatz 1 der Norm Bezug. **Vorausgesetzt wird dann allerdings, dass die konkurrierende Norm auch eine höhere Strafdrohung vorsieht als der qualifizierte Unterschlagungstatbestand.** Dies ist hier der Fall.

[6] **Für die Frage, ob eine schwerere Strafdrohung vorliegt, kommt es auf den im Einzelfall anwendbaren Strafraumen an, einschließlich eines Sonderstrafrahmens für besonders schwere Fälle** des konkurrierenden Straftatbestands. Eine schwerere Strafdrohung liegt demnach hier vor, weil der besonders schwere Fall der - gewerbsmäßig begangenen - Untreue gemäß § 266 Abs. 2 StGB in Verbindung mit § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB eine Strafobergrenze bei Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren vorsieht, also mehr als § 246 Abs. 2 StGB mit seiner Strafobergrenze bei Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Auch liegt eine erhöhte Mindeststrafe vor.“

Die Unterschlagung tritt also hinter der Untreue zurück, sodass A im Ergebnis nur gem. §§ 266 I 2. Fall, II, 263 III 2 Nr. 1 StGB strafbar ist.

FAZIT:

Dieser BGH-Beschluss enthält zwei bemerkenswerte Aussagen:

Zum einen soll die Subsidiaritätsregel des § 246 I StGB a.E. auch für die Qualifikation des § 246 II StGB greifen und zwar in der Weise, dass die Qualifikation nur hinter Delikten zurücktritt, die einen höheren Strafraumen haben als § 246 II StGB und nicht bereits als § 246 I StGB, was in der Literatur durchaus auch anders gelöst wird.

Zum anderen soll es nach dem vorliegenden Beschluss so sein, dass für die Frage, ob eine schwerere Strafdrohung vorliegt als im Qualifikationstatbestand des § 246 II StGB auch eventuelle Sonderstrafrahmen (also insb. Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall) der anderen Delikte zu berücksichtigen sind. Dabei hat der BGH an anderer Stelle – insb. im Verhältnis von § 303 I StGB und §§ 242 I, 243 I 2 Nr. 1 StGB – betont, dass ein Tatbestand nicht hinter einem Regelbeispiel zurücktreten könne.

Zur Subsidiarität von § 246 II StGB ebenso wie der BGH: Fischer, § 246 Rn. 23c; Rengier, BT I, § 5 Rn. 29; Wessels/Hillenkamp, Rn. 300; a.M.: Lackner/Kühl, § 246 Rn. 14

Zum Konkurrenzverhältnis von Tatbestand und Regelbeispiel: BGH, NSTZ 2001, 642, 643 f.; Fahl, JuS 2002, 541; Kargl/Rüdiger, NSTZ 2002, 202; Rengier, JuS 2002, 850; Sternberg-Lieben, JZ 2002, 514

Problem: Näheverhältnis bei Dreieckerpressung

OLG CELLE, BESCHLUSS VOM 13.09.2011
1 WS 355/11 (NSTZ 2012, 447)

EINLEITUNG:

Neben den Anforderungen an die Wegnahme beim Raub, § 249 I StGB, befasst sich das OLG Celle in dem vorliegenden Beschluss auch mit den Anforderungen an das für eine räuberische Dreieckerpressung, §§ 253 I, 255 StGB, erforderliche Näheverhältnis.

Das OLG betont, dass eine Wegnahme ausscheide, wenn der Allein-gewahrsamsinhaber oder der Inhaber eines übergeordneten Mitge-wahrsams mit dem Täter zusammenarbeitet und die Beute abspra- chegemäß herausgibt. Für das Näheverhältnis, das bei einer (räube- rischen) Dreieckerpressung zwischen Genötigtem und Geschädig- tem erforderlich sei, genüge eine Gewahrsamsinhaber- oder - dienerschaft oder sonstige Obhutsfunktion des Genötigten.

SACHVERHALT:

Die Angeklagte M schloss als Mitarbeiterin eines Pizzaservice entge- gen der Anweisung des Geschäftsinhabers Ki gegen 23.25 Uhr die Zugangstür nicht ab, sodass K und A, wie zuvor mit M verabredet, maskiert das Lokal betreten konnten, als M mit dem Mitarbeiter G gerade die Tageseinnahmen zählte. A forderte G auf, sich auf den Boden zu legen, und stieß ihn derart, dass G auf Hände und Knie fiel. Sodann fixierte A die Hände des G auf dessen Rücken und hielt ihm ein Messer an den Hals. Währenddessen hielt sich M im Küchenbe- reich des Lokals auf, und K nahm die Tageseinnahmen von insge- samt 2.035 € an sich. K und A verließen sodann das Lokal, während sich M gegenüber der eintreffenden Polizei als Opfer ausgab. Die Beute wurde später – wie vereinbart – gleichmäßig unter M, K und A aufgeteilt.

Hat M sich wegen der Begehung von Straftaten des 2. Abschnitts des StGB strafbar gemacht:

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

I. Tatbestand

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

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB

Durch die gemeinsame Planung und das Nichtabschließen der Tür könnte M sich wegen mittäterschaftlichen besonders schweren Rau- bes gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

§ 249 I StGB:

„Wer mit Gewalt gegen eine Per- son oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.“

§ 253 I StGB:

„Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlas- sung nötigt und dadurch dem Ver- mögen des Genötigten oder eines anderen Nachteil zufügt, um sich oder einen Dritten zu Unrecht zu bereichern, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...] bestraft.“

§ 255 StGB:

„Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen.“

I. Tatbestand

M müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, §§ 249 I, 25 II StGB, verwirklicht haben.

1. Qualifiziertes Nötigungsmittel

a. Durch M selbst

M selbst hat keines der in § 249 I StGB genannten qualifizierten Nötigungsmittel angewandt

b. Durch A, gem. § 25 II StGB zurechenbar

A hat dadurch, dass er G zu Boden stieß und dessen Hände auf dem Rücken fixierte, Gewalt gegen G angewendet. Auch hat A dadurch, dass er G ein Messer an den Hals hielt, diesem konkludent mit dessen Tötung, also mit einer gegenwärtigen Gefahr für sein Leben gedroht.

Diese Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel durch A müsste M gem. § 25 II StGB zuzurechnen sein. M hatte die Tat gemeinsam mit A und K geplant. Sie leistete auch während der Ausführung – insb. durch das Nichtabschließen der Tür – wesentliche Tatbeiträge, sodass sie auch die Tatherrschaft innehatte. Ebenfalls besaß sie einen Täterwillen, da sie neben der Tatherrschaft auch ein erhebliches Interesse an dem Taterfolg (der Beute) hatte. M war also Mittäterin von A und K, sodass ihr die Anwendung qualifizierter Nötigungsmittel durch A gem. § 25 II StGB zuzurechnen ist.

2. Fremde bewegliche Sache

Die erbeuteten Geldscheine und Münzen standen im Eigentum des Ki und waren somit für M fremde bewegliche Sachen.

3. Wegnahme

Es müsste eine Wegnahme des Geldes vorliegen.

M selbst hat das Geld nicht weggenommen, ihr könnte jedoch eine Wegnahmehandlung des K gem. § 25 II StGB zugerechnet werden. Dann müsste das Verhalten des K eine Wegnahme darstellen, d.h. er müsste fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet haben.

„a) **Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Die tatsächliche Sachherrschaft besteht, wenn der unmittelbaren Verwirklichung des Einwirkungswillens auf die Sache keine Hindernisse entgegenstehen.** Dies war für den Zeugen G zum Zeitpunkt der Tat in Bezug auf zumindest einen Teil der Tageseinnahmen der Fall.

b) Richtig ist zwar, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über ihren Inhalt abzurechnen hat, in aller Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt hat.** Allerdings hat der Bundesgerichtshof in diesen Entscheidungen jeweils den Gewahrsam des Angestellten im Verhältnis zu dem während der Taten nicht anwesenden Dienstherrn gewürdigt und hierzu ausgeführt, dass allein das ‚generelle Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn nicht ohne weiteres dessen Mitgewahrsam‘ begründet. Darum geht es hier indes nicht. **Fragen des Gewahrsams sind immer nach den Umständen des einzelnen Falles und den Anschauungen des Verkehrs oder des täglichen Lebens zu beantworten.** Dement-

Gewalt gegen eine Person i.S.v. § 255 StGB ist der unmittelbar oder mittelbar auf den Körper des Opfers bezogene, körperlich wirkende Zwang zur Überwindung geleisteten oder erwarteten Widerstands (Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 255 Rn. 2, § 249 Rn. 4)

Drohung ist das Inaussichtstellen eines zukünftigen Übels, auf dessen Eintritt der Täter Einfluss hat oder zu haben vorgibt (Fischer, § 255 Rn. 1, § 240 Rn. 31)

Gegenwärtig ist eine angedrohte Gefahr, wenn der Genötigte die Drohung dahin verstehen soll, dass ein Schadenseintritt sicher oder jedenfalls höchstwahrscheinlich ist, falls nicht alsbald Abwehrmaßnahmen ergriffen werden (BGH; NJW 1997, 265, 266; Joecks, § 255 Rn. 8)

Zum Gewahrsam: BGHSt 8, 275; Fischer, § 242 Rn. 11; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 25

Zum Alleingewahrsam eines Kassierers: BGH, NStZ-RR 2001, 268

Zur Berücksichtigung der Verkehrsanschauung beim Gewahrsam: BGHSt 8, 273; 16, 271; 22, 182; 23, 255

sprechend hat der Bundesgerichtshof auch in den oben genannten Entscheidungen zum Alleingewahrsam des Kassierers zugleich ausgeführt, dass dieser nur ‚vorbehaltlich besonderer Fallgestaltungen‘ bzw. ‚in aller Regel‘ anzunehmen ist. So hat der Bundesgerichtshof etwa in einem Fall den Alleingewahrsam einer Kassiererin verneint, weil ein anderer Angestellter mit ihr ständig in einem kleinen Büro zusammen war und er tagsüber eine starke Einwirkungsmöglichkeit auf die Kasse hatte.

c) Eine besondere Fallgestaltung liegt auch hier vor. Denn der Zeuge G hat glaubhaft bekundet, dass er zum Tatzeitpunkt gerade dabei war, der Angeklagten M beim Zählen der Tageseinnahmen zu helfen, indem er das Münzgeld in den Zählkasten einsortierte, während diese telefonierte. Damit übte er zumindest über einen Teil der Tageseinnahmen willentlich die tatsächliche Sachherrschaft aus. Er hielt die Münzen in den Händen und veränderte zielgerichtet ihren Ablageort. Anders als in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen lag hier also im Tatzeitpunkt gerade keine ausschließliche Einwirkungsmöglichkeit des Kassierers auf den Kassensinhalt vor. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kassenverwaltung nach dem Willen des Dienstherrn allein der Angeklagten M oblag. Denn **für den Gewahrsam kommt es auf eine normative Zuordnung der Sache oder gar die Rechtmäßigkeit der Ausübung der Sachherrschaft nicht an.**

d) Allerdings ist trotz des Gewahrsams des Zeugen G hier dennoch nicht das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme erfüllt. Denn der Zeuge hatte gegenüber der Angeklagten M nur untergeordneten Mitgewahrsam. Die Angeklagte M war gegenüber dem Geschäftsinhaber allein für die Verwaltung der Kasse verantwortlich. Dies war auch dem Zeugen G bekannt, der bekundet hat, dass ‚eigentlich‘ nur die Angeklagte M Zugriff auf die Kasse habe und dass er nur deshalb das Münzgeld schon einsortiert habe, weil die Angeklagte M telefonierte und er gewollt habe, dass es schneller gehe. Damit war der Zeuge G sich des Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen ihm und der Angeklagten M bei der Ausübung der Sachherrschaft über die Tageseinnahmen bewusst. **Ist aber - wie hier - die Inhaberin des übergeordneten Mitgewahrsams mit der Gewahrsamsbegründung durch Dritte einverstanden, so fehlt es an einer Wegnahme, auch wenn dadurch zugleich untergeordneter Mitgewahrsam faktisch gebrochen wird.“**

Zu Über- und Unterordnungsverhältnissen beim Gewahrsam: BGHSt 10, 400; BGH, NStZ-RR 1996, 131

Zum Fehlen einer Wegnahme beim Einverständnis des übergeordneten Gewahrsamsinhabers: BGHSt 18, 221; Fischer, § 242 Rn. 14a; LK-Vogel, § 242 Rn. 76; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242 Rn. 32

K hat das Geld also nicht weggenommen, sodass M auch keine Wegnahmehandlung zugerechnet werden kann.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB

Durch die gemeinsame Planung und das Nichtabschließen der Tür könnte sich M jedoch wegen mittäterschaftlicher besonders schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB gegenüber G und zum Nachteil des Ki strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Grunddelikt: §§ 253 I, 255, 25 II StGB

a. Qualifiziertes Nötigungsmittel

M hat gemeinschaftlich i.S.v. § 25 II StGB mit A qualifizierte Nötigungsmittel gegen G angewendet (s.o.).

b. Opferreaktion

Es müsste auch eine tatbestandliche Opferreaktion des G (also ein „Nötigungserfolg“) vorliegen.

Der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur genügt als Opferreaktion bei der (räuberischen) Erpressung jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen: BGHSt 7, 252, 254; LK-Vogel, § 253 Rn. 16
Die herrschende Literatur verlangt insofern jedoch eine Vermögensverfügung: Lackner/Kühl, § 253 Rn. 3; Noak/Sengbusch, JURA 2005, 494, 495 f.

Zur Möglichkeit der Dreieckerpressung: BGHSt 41, 123; LK-Vogel, § 253 Rn. 20

Die herrschende Literatur knüpft das Näheverhältnis bei der Dreieckerpressung an dieselben Voraussetzungen wie dasjenige beim Dreiecksbetrug:

- teilweise wird eine Befugnis des Genötigten zur Verfügung über das fremde Vermögen verlangt (Krey/Hellman, BT II, Rn. 306a)
- teilweise wird es als ausreichend erachtet, dass der Genötigte im Lager des Geschädigten steht (NK-Kindhäuser, § 253 Rn. 24; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 253 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp, Rn. 714, 641).

Nach der Rechtsprechung ist es insofern entscheidend, dass der Genötigte im Tatzeitpunkt auf Seiten des Geschädigten steht, also grundsätzlich dazu bereit wäre, dessen Vermögen zu schützen (potenzielle Schutzbereitschaft; BGH, RA 2010, 617, 621 = NStZ-RR 2011, 143, 144; NJW 1995, 2799).

„a) **Als Nötigungserfolg im Sinne von § 253 Abs. 1 StGB genügt die erzwungene Duldung einer Handlung, durch die der Täter sich den Vermögensvorteil selbst verschafft**, hier also die durch körperliche Gewalt und Bedrohung mit dem Messer erzwungene Hinnahme der Begründung der tatsächlichen Sachherrschaft an den Tageseinnahmen durch die Angeklagten A und K.

b) **Es ist auch unschädlich, dass der Genötigte - der Zeuge G - und der Geschädigte - der Geschäftsinhaber Ki - personenverschieden sind**. Da der Tatbestand der Erpressung sowohl das Vermögen als auch die Willensfreiheit schützt, **ergibt sich auch die Möglichkeit der ‚Dreieckerpressung‘**.

c) Allerdings hat das Landgericht zutreffend darauf hingewiesen, dass **für eine ‚Dreieckerpressung‘ zwischen dem Genötigten und dem in seinem Vermögen Geschädigten ein ‚Näheverhältnis‘ bestehen muss**. Indes hat das Landgericht hier zu Unrecht das Bestehen eines solchen Näheverhältnisses verneint. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist nicht zu entnehmen, dass das erforderliche Näheverhältnis nur beim Bestehen enger persönlicher Beziehungen in Form von Ehe, Lebenspartnerschaft oder Verwandtschaft oder bei einer besonderen Verantwortung für das Vermögen des Geschädigten anzunehmen ist. **Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, dass eine Dreieckerpressung ‚weder eine rechtliche Verfügungsmacht noch eine tatsächliche Herrschaftsgewalt des Genötigten über die fremden Vermögensgegenstände im Sinne einer Gewahrsamsdienerschaft‘ voraussetze. Es genüge vielmehr, dass das Nötigungsoffer spätestens im Zeitpunkt der Tatbegehung auf der Seite des Vermögensinhabers stehe. Hieraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass das geforderte Näheverhältnis jedenfalls dann vorliegt, wenn eine faktische Sonderbeziehung des Genötigten zu den fremden Vermögensgegenständen im Sinne einer Gewahrsamsinhaber- oder -dienerschaft oder einer sonstigen Obhutsfunktion besteht**. Eine Gewahrsamsinhaberschaft ist hier durch den [...] untergeordneten Mitgewahrsam des Zeugen G an den Tageseinnahmen gegeben. Abgesehen davon besteht das erforderliche **Näheverhältnis** hier auch unter einem anderen Gesichtspunkt. **Es ist nämlich regelmäßig auch dann anzunehmen, wenn im Geschäftsbereich ein Angestellter zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zum Nachteil des Vermögens seines Arbeitgebers genötigt wird**. Auch diese Sachlage bestand hier. Der Zeuge G war Angestellter des in seinem Vermögen geschädigten Geschäftsinhabers. Der Auffassung des Landgerichts, dass die Schutzbereitschaft des Zeugen G nicht anders zu bewerten wäre als die eines zufällig vorbeikommenden Passanten, kann nicht gefolgt werden. Der Zeuge G hat hier gerade auf Grund seiner Funktion als Angestellter tatsächlichen Zugriff auf die Tageseinnahmen genommen. Die Angeklagte M hätte hingegen einem zufäl-

lig vorbeikommenden Passanten nicht gestattet, das Münzgeld in den Zählkasten einzusortieren.“

Insbesondere aufgrund des Näheverhältnisses zwischen G und Ki ist somit eine tatbestandlichen Opferreaktion des G gegeben.

c. Vermögensnachteil

Für den Verlust des Geldes hat Ki keinen Ausgleich erhalten und somit einen Vermögensnachteil erlitten.

d. Kausalität a. – b. und b. – c.

Die erforderliche durchgehende Kausalität ist gegeben.

e. Vorsatz

M handelte vorsätzlich.

f. Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung

M hatte die Absicht, einen Teil des erbeuteten Geldes zu erhalten, wollte sich also insofern bereichern. Da die von ihr beabsichtigte Bereicherung (Erlangung des Geldes) auch die Kehrseite des Schadens des Ki (Verlust des Geldes) darstellte, war diese stoffgleich. M hatte keinen Anspruch auf die Bereicherung, sodass diese auch rechtswidrig war. Da M auch Vorsatz bzgl. Rechtswidrigkeit und Stoffgleichheit der von ihr beabsichtigten Bereicherung hatte, hat sie in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt.

2. Qualifikation: § 250 II Nr. 1 StGB

A hat G bei Begehung der Tat mit einem Messer, also einem anderen gefährlichen Werkzeug, bedroht. Das Drohen stellt auch eine „Verwendung“ i.S.v. § 250 II Nr. 1 StGB dar. M war Mittäterin des A (s.o.). Da auch die Verwirklichung der Qualifikation von dem gemeinsamen Tatplan und Vorsatz der M gedeckt war, ist ihr die entsprechende Handlung des A gem. § 25 II StGB zuzurechnen.

Zu § 250 II Nr. 1 StGB bei Verwendung durch Drohung: BGH, RA 2010, 365, 371 = NSTZ 2011, 158; Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 250 Rn. 29; Rengier, BT I, § 8 Rn. 15

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

M handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

M ist strafbar gem. §§ 253 I, 255, 250 II Nr. 1, 25 II StGB.

FAZIT:

Interessant sind die Ausführungen des OLG zur Wegnahme beim Raub. Das OLG prüft hier letztlich das Vorliegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses des Opfers. Das wäre bei der Prüfung der Wegnahme im Rahmen eines Diebstahls, § 242 I StGB, eine nahe liegende Vorgehensweise. Bei der Wegnahme im Rahmen des Raubes, § 249 I StGB, hatte die Rechtsprechung jedoch in der Vergangenheit wiederholt betont, dass es hier gerade nicht auf die innere Willensrichtung des Opfers (und somit auf dessen Einverständnis) ankomme, sondern auf das äußere Erscheinungsbild. Das wäre jedoch auch in dem dem OLG vorliegenden Sachverhalt eher dasjenige einer Wegnahme gewesen. Dass der Raub wegen der Mitäterschaft der Gewahrsamsinhaberin M ausscheiden soll, ist nachvollziehbar. Dann wäre es aber konsequent gewesen, wenn das OLG – wie die Vorinstanz – auch im Rahmen der räuberischen Erpressung auf M als Genötigte abgestellt und den Tatbestand verneint hätte.

Zur Prüfung der Wegnahme i.R.v. § 249 I StGB anhand des äußeren Erscheinungsbildes: BGHSt 41, 123, 125; BGH, NSTZ 1999, 350

*Speziell für Referendare:***Problem: Ablehnung von Beweisanträgen, § 244 III 2 StPO**

BGH, BESCHLUSS VOM 02.10.2012
3 STR 366/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 244 III StPO:

„Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. Im übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen ist, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder wenn es unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellt ist oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.“

EINLEITUNG:

Der BGH hatte im Rahmen einer Revision des Angeklagten zu überprüfen, ob die Ablehnung eines Beweisantrags des Verteidigers durch das Tatsachengericht wegen Wahrunterstellung und Bedeutungslosigkeit gem. § 244 III 2 StPO zulässig war.

Der BGH führt aus, dass sich diese Ablehnungsgründe grundsätzlich ausschließen, da eine Wahrunterstellung nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht komme und diese aber ja gerade nicht bedeutungslos sein könnten. Er führt weiter aus, dass das Gericht bei einer Wahrunterstellung auch die gesamte Beweisbehauptung als wahr unterstellen müsse und diese nicht einengen dürfe. Bei der Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit müsse mitgeteilt werden, ob die Beweisbehauptung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen bedeutungslos sei. Im letzteren Fall müssten die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache ergibt.

SACHVERHALT:

Nach den Feststellungen des Landgerichts hielt sich der Angeklagte A am 02.12.2009 ab etwa 21.30 Uhr in einer Gaststätte auf Norderney auf. Zu einem nicht bekannten Zeitpunkt begab er sich von dort in die Räume des von ihm betriebenen, etwa 130 Meter entfernten Internet-Cafés und entzündete, um dieses in Brand zu setzen, eine brennbare Flüssigkeit. Danach verließ er das Internet-Café und eilte zurück in die Gaststätte, wo er bis 2.45 Uhr des Folgetags verblieb. Der Brand wurde gegen 2.00 Uhr von den im Stockwerk über dem Internet-Café wohnenden, aus dem Schlaf erwachten Hauseigentümern entdeckt; er hatte bereits auf die Tragbalken der hölzernen Deckenkonstruktion übergegriffen.

In der Hauptverhandlung beantragte der Verteidiger des A, zum Beweis dafür, dass es in der Nacht vom 2. auf den 3. Dezember 2009 „geregnet und gestürmt“ habe, einen "Wetterbericht" des Deutschen Wetterdienstes in Offenbach einzuholen. Hätte A die Gaststätte für längere Zeit verlassen, so hätte er nass werden müssen, was keiner der zu seinem Aufenthalt dort befragten Zeugen erwähnt habe.

Das Landgericht hat den Antrag mit der Begründung abgelehnt, die unter Beweis gestellte Tatsache könne so behandelt werden, als wäre sie wahr. Insbesondere ergebe sich aus einem Polizeibericht, dass „Nieselregen“ geherrscht habe. Im Übrigen sei die behauptete Tatsache bedeutungslos, weil die Strafkammer „aus der Indizwirkung dieses Umstands die gewünschte Beweisbehauptung nicht zu ziehen“ beabsichtige.

Im Urteil hat das Landgericht sodann die Einlassung des A, es habe außerordentlich schlechtes Wetter geherrscht, als widerlegt angesehen. Der Polizeibericht stelle für die Tatzeit „lediglich Nieselregen“ fest, gegen den sich A überdies noch durch einen Regenschirm oder durch Bedecken des Kopfes mit einer Jacke hätte schützen können.

Es hat den A im Ergebnis wegen besonders schwerer Brandstiftung, § 306a I Nr. 1 StGB, verurteilt.

Ist eine zulässige Revision des A gegen das Urteil begründet?

PRÜFUNGSSCHEMA: BEGRÜNDETHEIT EINER REVISION

- A. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse
- B. Verfahrensrügen
- C. Sachrüge

LÖSUNG:

A. Prozessvoraussetzungen und Verfahrenshindernisse

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

B. Verfahrensrüge

I. Verstoß gegen § 244 III StPO

Die Ablehnung des Beweisantrags durch das Landgericht könnte gegen § 244 III StPO verstoßen haben.

„[6] Der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung, der nur bei erheblichen Tatsachen in Betracht kommt, und der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit schließen einander aus.

Mit Recht beanstandet der Beschwerdeführer, dass die Kammer die Beweisbehauptung nicht in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung als wahr behandelt, sondern in unzulässiger Weise eingeengt hat. Das Gericht hat die unter Beweis gestellte Tatsache, dass es in der fraglichen Nacht geregnet und gestürmt habe, unzulässig abgeändert, indem es unterstellt, es hätte lediglich Nieselregen geherrscht, mithin von einer niedrigeren Niederschlagsintensität ausgeht. Die Niederschlagsmenge war - aus Sicht der Verteidigung - jedoch ersichtlich entscheidend für die Frage, ob der Angeklagte bei Regenwetter sich zum Tatort hätte begeben können, ohne dass seine Kleidung durchnässt gewesen wäre, was den in der Gaststätte befindlichen Besuchern – nach Auffassung der Revision – jedoch aufgefallen wäre.

Dass das Landgericht in seinem angefochtenen Beschluss nicht mitteilt, ob es die Beweisbehauptung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für bedeutungslos erachtet, begegnet grundsätzlich erheblichen rechtlichen Bedenken. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, wovon vorliegend auszugehen ist, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte.“

Die Ablehnung des Beweisantrages stellt also einen Verstoß gegen § 244 III StPO dar.

II. Beruhen des Urteils auf diesem Fehler

Das Urteil müsste auch auf diesem Fehler beruhen.

„[8] Nicht folgen kann der Senat indes der Auffassung des Generalbundesanwalts, es könne ausgeschlossen werden, dass das Urteil auf dem Rechtsfehler beruhe.

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

Zur Ausschließlichkeit verschiedener Ablehnungsgründe des § 244 III 2 StPO: BGH; NStZ-RR 2003, 268, 269; NStZ 2004, 51; KK (StPO)-Fischer, § 244 Rn. 185; Meyer-Goßner, § 244 Rn. 70

Zum Umfang einer Wahrunterstellung: Meyer-Goßner, § 244 Rn. 71

Zu den erforderlichen Mitteilungen bei Ablehnung eines Beweisantrags als bedeutungslos: BGH, NStZ 2008, 299; Meyer-Goßner, § 244 Rn. 43a

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)

[9] Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten darauf gestützt, dass die Fenster und die Türen des Internet-Cafés beim Eintreffen der Feuerwehr verschlossen waren und nur die Hauseigentümer und der Angeklagte über Schlüssel verfügten. Dass sich die Hauseigentümer auf solche Weise selbst gefährdeten, sei auszuschließen. Demgegenüber habe der Angeklagte ein Motiv für die Tat gehabt. Er habe sich in schlechten finanziellen Verhältnissen befunden; das Inventar des Internet-Cafés sei mit 41.000 € gegen Feuer versichert gewesen. Über ein Alibi verfüge er nicht. Keiner der Zeugen, die den Angeklagten in der Gaststätte beobachtet hätten, habe dessen kurzzeitige Abwesenheit ausschließen können.

[10] Damit hat das Landgericht für den Tatnachweis vorrangig solche Umstände herangezogen, die gegen eine Brandlegung durch andere Personen sprechen. Indizien, die positiv auf eine Täterschaft des Angeklagten hinweisen, hat es, abgesehen von der Motivlage, nicht feststellen können. Bei dieser Sachlage hat das Landgericht im Rahmen der Beweiswürdigung der Frage eines Alibis des Angeklagten zu Recht eine wesentliche Bedeutung beigemessen und eingehend untersucht, ob nach den Aussagen der hierzu vernommenen Zeugen von einer ununterbrochenen Anwesenheit des Angeklagten in der Gaststätte auszugehen ist. Dem widerspräche - jedenfalls aus objektiver Sicht - die Annahme, das Landgericht hätte sich zweifelsfrei auch dann von der Täterschaft überzeugt, wenn keiner der Zeugen ein äußeres Erscheinungsbild des Angeklagten bekundet hätte, wie es zu erwarten gewesen wäre, wenn dieser zwischendurch den Tatort aufgesucht hätte.“

Das Urteil beruht also auf dem Fehler.

C. Sachrüge

Eine Verletzung materiellen Rechts durch das Urteil ist nicht ersichtlich.

D. Ergebnis

Die Revision des A ist mit der Verfahrensrüge begründet.

FAZIT:

In der vorliegenden Entscheidung führt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Ablehnung von Beweisanträgen fort. Diese verwehrt es den Tatsachengerichten grundsätzlich, die Ablehnung eines Beweisantrages dadurch revisionssicher zu machen, dass diese gleichzeitig auf mehrere Ablehnungsgründe des § 244 III 2 StPO gestützt wird. Dies ist aus Sicht des Gerichtes deshalb clever, weil bei kumulativer Angabe mehrerer Ablehnungsgründe das Urteil auf der fehlerhaften Annahme eines Ablehnungsgrundes nicht beruhen würde, wenn ein anderer Ablehnungsgrund zu Recht angenommen wurde. Dann wäre aber die Revision gem. § 338 StPO unbegründet. Diese Vorgehensweise ist nach der BGH-Rechtsprechung jedoch zumindest dann unzulässig, wenn sich die genannten Ablehnungsgründe – wie insb. Wahrunterstellung und Bedeutungslosigkeit – ausschließen.



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

Kleine Gruppe.

Große Wirkung.

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

DIE KLEINGRUPPE:

AKTIVE MITARBEIT – KEINE ANONYME MASSE

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

DIE METHODE:

SYSTEMATISCH-STRUKTURELL – KEIN BLOSSES PAUKEN VON FÄLLEN

Strukturelles Wissen ist unbedingt Voraussetzung für Ihren Erfolg.

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

Stufe 2: Anwendung des Erlernten auf große Examensfälle.

Stufe 3: Lernkontrolle durch Tests und Klausuren.

DIE DOZENTEN:

FACHLICH-PÄDAGOGISCHE KOMPETENZ – KEIN UNVERSTÄNDLICHER MONOLOG

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

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

DAS MATERIAL:

ALLES INKLUSIVE – KEINE ZUSÄTZLICHEN KOSTEN

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

DAS MATERIAL:

GEZIELTE ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG – KEINE PAPIERFLUT

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

Somit sind Sie immer auf dem neuesten Stand.

Vor K wie Karriere,

kommt J wie Jura Intensiv

**JETZT
KOSTENLOSES
PROBEHÖREN
OHNE VORHERIGE
ANMELDUNG**

NEUE KURSE

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.