

RA 12/2012

Rechtsprechungs-Auswertung

ZIVILRECHT

Fahrzeughalter als Zustandsstörer?	653
Unterlassungsanspruch gegen ehrverletzende Äußerungen (Fall „Sarrazin“).....	656
Erstattungsfähigkeit von Aus- und Einbaukosten zwischen Unternehmern.....	660
Keine Mietminderung bei bloßer Gefahr einer Beeinträchtigung	665

Speziell für Referendare:

Darlegungs- und Beweislast des Klägers bei Verdacht eines fingierten Verkehrsunfalls	669
--	-----

ÖFFENTLICHES RECHT

Zur Geltung des Vorbehalts des Gesetzes im innerstaatlichen Bereich	673
Zur Zustandshaftung des Inhabers eines Erbbaurechts	680
„Blockadetraining“ im Versammlungsrecht	685

Speziell für Referendare:

Zulässiges Nachholen einer Begründung	689
---	-----

STRAFRECHT

Heimtücke trotz latenter Angst des Opfers	693
Konkrete Gefahr und fehlgeschlagener Versuch bei § 315b StGB	698
§ 316a StGB bei Angriff auf Beifahrer	704

Speziell für Referendare:

Widerspruch gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens	706
--	-----

**DIE AKTUELLSTE
AUSBILDUNGS-
ZEITSCHRIFT**

Jetzt habe ich

gute Karten



DIE JURA INTENSIV KARTEIKARTEN

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

KARTEIKARTEN



Der ewige Kampf

Akteneinsicht im Zeitalter der elektronischen Akte

Liebe Leserinnen und Leser,

das verwaltungsrechtliche Mandat lebt von der Akteneinsicht. Sie ist quasi das Auge, durch das man das gesamte Verfahren betrachtet. Und zwar zum einen deshalb, weil der Anwalt oftmals erst im Wege der Akteneinsicht einen vollständigen Überblick über den Verfahrensstoff erhält. Zum anderen enthalten Verwaltungsakten nicht selten behördeninterne Informationen (z. B. handschriftliche Randbemerkungen, interne Vermerke etc.), die für die Bearbeitung des Mandats hochinteressant sind. Daher kommt dem § 29 VwVfG aus dem Kreis der Vorschriften über das Verwaltungsverfahren in der Praxis wohl die größte Bedeutung zu.

Ein ewiger Kampf ist die Frage, auf welchem Wege dem Rechtsanwalt Akteneinsicht gewährt wird. Natürlich wollen alle Anwälte die Akte ins Büro übersandt bekommen; Behörden sind aber häufig hierzu nicht bereit. § 29 VwVfG vermittelt bekanntlich keinen Anspruch auf Übersendung. In NRW existiert immerhin ein ministerieller Runderlass, nach dem die Akten versandt werden „sollen“ (!). In anderen Bundesländern sind die Behörden noch zurückhaltender.

Als wäre dies nicht schon schwierig genug, ziehen nun neue Wolken am Himmel der Akteneinsicht auf, nämlich die Einführung der elektronischen Akte. Auch wenn nahezu alle verwaltungsrechtlich tätigen Juristen beteuern, am liebsten und auch in der Praxis immer noch mit Papier zu arbeiten, ist der Trend unumkehrbar. Dass mit der digitalen Aktenführung die Ressource Papier geschont werden könnte, ist dabei wohl nur ein frommer Wunsch. Durch permanentes Ausdrucken dürfte der Papierverbrauch in Wirklichkeit deutlich steigen. Dennoch hat die digitale Aktenführung unbestreitbare Vorteile, z. B. im Hinblick auf die Systematisierung der Vorgänge, die Einbindung neuer Medien, die Archivierung oder - jedenfalls theoretisch - die Zugänglichkeit.

Beim letzten Punkt allerdings steckt die Tücke im Detail. Zunächst ist es sich so, dass alle Beteiligten (Behörde, Gericht, Anwälte) mit eigenen EDV-Systemen arbeiten, die regelmäßig nicht zueinander kompatibel sind. Hinzu kommt, dass alle Systeme relativ neu sind, sodass – gelinde gesagt – durchaus noch technisches Entwicklungspotenzial nach oben besteht.

Ganz konkret sind die Folgen dann beim Anspruch auf Akteneinsicht nach § 29 VwVfG spürbar. Hierzu folgende kleine Anekdote: Eine nordrhein-westfälische Mittelbehörde, die seit Jahrzehnten ohne Diskussionen Papierakten übersandt hatte, teilte jüngst schriftlich mit, wegen der Umstellung auf elektronische Aktenführung sei eine Übersendung nun nicht mehr möglich. Die Akteneinsicht solle an einem Computer in der Behörde genommen werden. Mündlich erläuterte der zuständige Hauptdezernent, die Behörde sei weder technisch in der Lage, einen Datenträger zu übersenden, noch sei dies rechtlich abschließend bewertet worden. Die Frage des Verfassers, wie sich die Behörde denn verhalte, wenn Akten durch die Verwaltungsgerichte nach § 99 VwGO beigezogen würden, wurde beantwortet mit: „Ja, dann drucken wir natürlich alles aus“. Also begab sich der Verfasser in die Behördenräume, um dort Akteneinsicht zu nehmen. Die dabei anwesende Sachbearbeiterin bot überraschenderweise an: „Wollen Sie das wirklich alles hier am Computer durchgucken? Ich kann den gesamten Vorgang doch auch auf einem Datenträger abspeichern und Ihnen übersenden.“ Ohne weite Teile des Vorgangs, aber mit einem guten Gefühl verließ der Verfasser die Behörde. Um dann allerdings einige Wochen später ein Paket mit ca. 1000 Papierseiten zu erhalten. Im Begleitbrief wurde ausgeführt, die Übersendung auf einem Datenträger scheitere nun doch an der nicht vorliegenden rechtlichen Bewertung. Daher habe man sich entschieden, den Vorgang vollständig auszudrucken. Ein Gebührenbescheid für die Kopien werde mit separater Post versandt.

Willkommen im 21. Jahrhundert!

*Dr. Joachim Hagmann
Baumeister Rechtsanwälte, Münster*

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

Zivilrecht

Problem: Fahrzeughalter als Zustandsstörer

BGH, URTEIL VOM 21.09.2012
V ZR 230/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Ein Unterlassungsanspruch des Besitzers setzt auf Seiten des Anspruchsgegners voraus, dass dieser Störer ist, also die Beeinträchtigung selbst verursacht hat oder zumindest für sie einzustehen hat. Ob der Halter eines unberechtigt abgestellten Fahrzeugs eine solche Störereigenschaft aufweist, wenn er das Fahrzeug vorher verliehen hat, hatte nun der BGH zu entscheiden.

SACHVERHALT:

Der Beklagte (B) ist Halter eines Sportwagens. Im August 2010 lieh er das Auto einem Freund (F). Dieser stellte es in den Abendstunden des 20.08.2010 auf dem durch ein privates Halteschildverbot gekennzeichneten, von dem Kläger (K) gemieteten Geschäftsgrundstück unbefugt ab.

K ließ sodann den Fahrzeughalter ermitteln und forderte B auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben, also sich bindend zu verpflichten, für jeden Fall der Zuwiderhandlung eine nach billigem Ermessen festzusetzende und im Streitfall vom zuständigen Gericht zu überprüfende Vertragsstrafe zu zahlen. Dieser gab zwar an, sein Fahrzeug selbst dort niemals abzustellen. Außerdem habe er alle Nutzer des Fahrzeugs ermahnt, dies auch nicht mehr zu tun. Jedoch akzeptierte er die geforderte Strafbewehrung nicht.

K verlangt nun von B, es unter Meidung eines Ordnungsgeldes zu unterlassen, den Sportwagen selbst oder durch eine Dritte Person auf seinem Geschäftsgrundstück abzustellen.

Zu Recht?

PRÜFUNGSSCHEMA:

Unterlassungsanspruch des K gegen B aus § 862 I 2 BGB

- I. Verbotene Eigenmacht
- II. Störereigenschaft des B
 1. Handlungsstörer
 2. Zustandsstörer
- III. Wiederholungsgefahr
- IV. Ergebnis

LÖSUNG:

Anspruch des K gegen B auf Unterlassung aus § 862 I 2 BGB

K könnte gegen B einen Unterlassungsanspruch aus § 862 I 2 BGB haben.

I. Besitzstörung

Zunächst müsste eine Besitzstörung vorliegen. Besitzstörung ist die Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzes durch Eingriff in den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft. Ob das Abstellen eines Fahrzeugs auf einem Grundstück eine solche Besitzstörung oder eine

teilweise Besitzentziehung darstellt, kann dahinstehen. Denn § 862 BGB findet auf beide Fälle entsprechende Anwendung. Das unbefugte Parken stellt auf jeden Fall eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 I BGB dar.

II. Störereigenschaft des B

Außerdem müsste B Störer sein. In Betracht kommt eine Störereigenschaft als Handlungs- oder Zustandsstörer.

1. Handlungsstörer

Handlungsstörer ist, wer die Störung durch seine Handlung selbst bewirkt hat. B ist zwar Halter des Fahrzeugs, hat es aber am 20.08.2010 verliehen und es selbst nicht auf dem Grundstück abgestellt. Damit ist er kein Handlungsstörer.

2. Zustandsstörer

B könnte jedoch als Zustandsstörer verantwortlich sein.

„[7] Zustandsstörer ist derjenige, der die Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, durch dessen maßgebenden Willen der beeinträchtigende Zustand aber aufrechterhalten wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der Inanspruchgenommene die Quelle der Störung beherrscht, also die Möglichkeit zu deren Beseitigung hat. Darüber hinaus muss ihm die Beeinträchtigung zurechenbar sein. Hierzu genügt es nicht, dass er Eigentümer oder Besitzer der Sache ist, von der die Störung ausgeht. Für die erforderliche Zurechnung der Beeinträchtigung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr erforderlich, dass die Beeinträchtigung wenigstens mittelbar auf den Willen des Eigentümers oder Besitzers der störenden Sache zurückgeht. Ob dies der Fall ist, kann nicht begrifflich, sondern nur in wertender Betrachtung von Fall zu Fall festgestellt werden. Entscheidend ist, ob es Sachgründe dafür gibt, dem Eigentümer oder Nutzer der störenden Sache die Verantwortung für ein Geschehen aufzuerlegen.“

B beherrschte die Quelle der Störung, da er bei entsprechender Information durch den Beeinträchtigten als Halter des PKW in der Lage war, dieses wegzufahren.

Außerdem müsste ihm die Beeinträchtigung auch zuzurechnen sein. B hat den PKW seinem Freund geliehen. Zwar hat er damit die Beeinträchtigung nicht selbst herbeigeführt. Indem er sein Fahrzeug jedoch freiwillig einer anderen Person zur Benutzung im Straßenverkehr überlassen hat, hat er das Risiko übernommen, dass sich der Nutzer nicht an die allgemeinen Verhaltensregeln hält und das Fahrzeug unberechtigt auf fremdem Privatgrund abstellt. Das unberechtigte Parken stellt auch kein so ungewöhnliches Verhalten eines Verkehrsteilnehmers dar, mit dem B nicht zu rechnen brauchte.

III. Wiederholungsgefahr

Des Weiteren müsste von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden können. Fraglich ist, ob B als Zustandsstörer überhaupt auf künftige Unterlassungen in Anspruch genommen werden kann. Eine Ansicht geht davon aus, dass der Zustandsstörer nicht auf Beseitigung einer Störung in Anspruch genommen werden kann, da dem Fahrzeug für das Geschäftsgrundstück des K kein gefahrenträchtiger Zustand innewohne. Dem ist jedoch nicht zu folgen.

Zuletzt entschieden in: BGH, Urteil vom 01.12.2006 – V ZR 112/06; NJW 2007, 432

So zum Beispiel: LG München, DAR 2009, 591

„[10] Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem Falschparken um eine dem Fahrzeug "innewohnende Schadensanlage" handelt. Denn die Verantwortlichkeit des Beklagten als Zustandsstörer ergibt sich nicht allein aus dessen Stellung als Halter des Fahrzeugs. **Die Zurechnung der durch das Falschparken hervorgerufenen Besitzbeeinträchtigung beruht vielmehr darauf, dass diese mittelbar auf seinen Willen zurückging, indem er das Fahrzeug freiwillig einer anderen Person zur Benutzung überlassen hat. Hieran ist auch bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr anzuknüpfen.**“

Damit begründet selbst das einmalige unbefugte Abstellen die tatsächliche Vermutung dafür, dass sich die Beeinträchtigung wiederholt. Der Störer müsste diese Vermutung dann ausräumen. Durch die Unterzeichnung einer Unterlassungserklärung des B kann dies nicht gelingen. Denn dies kann nach aktueller Rechtsprechung des BGH nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung geschehen.

Entschieden in: BGH, Urteil vom 25.07.2012 – IV ZR 201/10

„[12] Rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht auch in dem Umstand, dass der Beklagte nach seinem eigenen Vorbringen eine Ermahnung "an alle möglichen Nutzer" ausgesprochen hat, das Fahrzeug künftig nicht auf dem Geschäftsgrundstück des Klägers abzustellen, **keinen Umstand, der es rechtfertigen würde, einen Wegfall der Wiederholungsgefahr anzunehmen.**“

Damit kann von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden.

IV. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Unterlassung gemäß § 862 I 2 BGB.

FAZIT:

Der Senat sieht im Halter eines Fahrzeugs in diesem Fall eine Verantwortlichkeit als Zustandsstörer, stellt jedoch auch klar, dass dies nicht grundsätzlich gelten kann. Wichtig ist im Einzelfall, dass diese Zurechnung nur gelingt, wenn der Halter das Fahrzeug freiwillig einer anderen Person zur Benutzung im Straßenverkehr überlassen hat und sich die Beeinträchtigung aus einem nicht außergewöhnlichen Verhalten dieser Person ergibt. Nur dann kann nach den genannten höchstrichterlichen Grundsätzen eine Zurechnung angenommen werden.

Problem: Unzulässige Schmähkritik

OLG FRANKFURT A.M., URTEIL VOM 12.09.2012
16 W 36/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im Jahr 2012 sorgte Thilo Sarrazin mit seinem Buch „Deutschland schafft sich ab“ für großes politisches Aufsehen. Doch auch rechtlich wurde es interessant, als „die tageszeitung“ (taz) in einem ihrer Artikel provokative Äußerungen über den Politiker äußerte. Denn hiergegen wehrte sich Sarrazin vor dem LG Frankfurt a.M. mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Tageszeitung. Nachdem dieses den Antrag ablehnte, hatte nun das OLG zu entscheiden, ob die Tageszeitung mit ihren Äußerungen noch von Artikel 5 I 1 GG geschützt ist. Eine sogenannte unzulässige Schmähkritik konnte das Gericht hier nicht erkennen.

SACHVERHALT:

Der Politiker (P) hat in der Vergangenheit schon einige Bücher mit politischen Inhalten veröffentlicht. Am 17.06.2012 erschien in der C-Zeitung (C) ein Artikel des P, in dem er sich mit den Themen befasste, die auch Gegenstand seiner letzten Buchveröffentlichung waren. Mit Bezug auf diesen Artikel erschien einen Tag darauf ein Artikel in der B-Zeitung (B). Darin hieß es u.a. wörtlich:

„P wird inzwischen von Journalisten benutzt wie eine alte Hure, die zwar billig ist, aber für ihre Zwecke immer noch ganz brauchbar, wenn man sie auch etwas aufhübschen muss. Fragt sich nur, wer da Hure und wer Drübersteiger ist.“

P ist empört über eine solche Wortwahl und verlangt nun von B, es zu unterlassen, diese Äußerung weiter zu verbreiten.

Zu Recht?

PRÜFUNGSSHEMA:

A. Unterlassungsanspruch aus §§ 823 I, 1004 analog BGB

I. Beeinträchtigung

II. Rechtswidrigkeit

1. Schutzbereich des Art. 5 GG

2. Unzulässige Schmähkritik

LÖSUNG:

A. Unterlassungsanspruch des P gegen B aus §§ 823 I, 1004 analog BGB

P könnte gegen B einen Anspruch auf Unterlassung aus §§ 823 I, 1004 analog BGB haben. Zwar schützt § 1004 BGB unmittelbar nur das Eigentum. Eine analoge Anwendung auf alle Rechtsgüter, die durch § 823 BGB geschützt sind ist jedoch allgemein anerkannt.

I. Beeinträchtigung

Zunächst müsste ein von § 1004 BGB geschütztes Rechtsgut beeinträchtigt sein. In Betracht kommt hier eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

Das in Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG verankerte **allgemeine Persönlichkeitsrecht ergänzt die im Grundgesetz normierten Freiheitsrech-**

Sogenannter Quasi-negatorischer Unterlassungsanspruch

te und gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen. Der Inhalt dieses Rechts ist nicht allgemein und abschließend umschrieben. Zu den anerkannten Inhalten gehören das Verfügungsrecht über die Darstellung der eigenen Person, die soziale Anerkennung sowie die persönliche Ehre. Eine wesentliche Gewährleistung ist der Schutz vor Äußerungen, die geeignet sind, sich abträglich auf das Ansehen der Person, insbesondere ihr Bild in der Öffentlichkeit, auszuwirken. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Person insbesondere vor verfälschenden oder entstellenden Darstellungen, die von nicht ganz unerheblicher Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung sind.

Bei den Äußerungen in der B handelt es sich um Wertungen, die K persönlich betreffen, womit sein Recht aus Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG zumindest beeinträchtigt ist.

II. Rechtswidrigkeit

Diese Beeinträchtigung müsste jedoch auch rechtswidrig sein. Rechtswidrig ist sie dann, wenn der Gläubiger des Unterlassungsanspruchs nicht zur Duldung verpflichtet ist. Eine solche **Duldungspflicht im Sinne des § 1004 II BGB** könnte sich hier aus der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG ergeben, sofern die Äußerungen von Art. 5 I GG geschützt sind und nach einer **gebotenen Abwägung** mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des K diesem Recht überwiegen.

Auch Grundrechte, insbesondere die Meinungs- und Pressefreiheit des Art 5 I GG, können eine Duldungspflicht gegenüber solchen Beeinträchtigungen auslösen.

1. Schutzbereich des Art. 5 GG

Zunächst müsste der Schutzbereich des Art. 5 GG in personeller und sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

Art. 5 GG ist ein Grundrecht für Jedermann. Gemäß Art. 19 III GG ist auch die B-Zeitung als inländische juristische Person grundrechtsfähig und damit vom personellen Schutzbereich erfasst.

Die Meinungsfreiheit umfasst nach der Formulierung der Vorschrift sowohl die Äußerung als auch die Verbreitung von Meinungen. **Meinungen sind Äußerungen im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung, die Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens enthalten. Darunter fallen unter anderem Werturteile, also Äußerungen, die dem Beweis nicht zugänglich sind. Auf den Inhalt oder die Wertigkeit kommt es nicht an.**

Der Artikel in der B-Zeitung enthält Äußerungen über P, mit denen der Verfasser zu P und seinem Verhalten in der Öffentlichkeit Stellung nimmt. Da sie dem Beweis nicht zugänglich sind, handelt es sich um Meinungen in Form von reinen Werturteilen.

Damit ist das Verhalten der B, nämlich das Verbreiten dieser Meinung, die nach Ansicht des P unterlassen werden soll, von Art. 5 I GG geschützt. In einem solchen Fall steht dem Betroffenen grundsätzlich kein Unterlassungsanspruch zu. Nach der Rechtsprechung des BVerfG folgt aus der für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstituierenden Freiheit der Meinungsäußerung, dass Werturteile im Grundsatz zulässig sein müssen und damit bei einer Abwägung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht überwiegen.

2. Unzulässige Schmähkritik

Fraglich ist jedoch, ob die Meinungsäußerung eine unzulässige Schmähkritik darstellt. In diesen Fällen genießt die ebenfalls grundrechtlich geschützte persönliche Ehre Vorrang vor der Meinungsäußerungsfreiheit.

Siehe: BVerfG, NJW 2012, 1643 f

„[20] Eine Schmähkritik ist dadurch gekennzeichnet, dass nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Bei einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage liegt sie nur ausnahmsweise vor und ist eher auf den Privatbereich beschränkt. Nur wenn jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik die Diffamierung der Person im Vordergrund steht, ist eine Schmähkritik anzunehmen. **Die Grenze zur unzulässigen Schmähkritik ist nicht überschritten, wenn die Meinungsäußerung einen hinreichenden Bezug zu dem sachlichen Anliegen aufweist, um das es dem Äußernden geht.**“

Zunächst ist zu beachten, dass B den K nicht als „billige, alte Hure“ bezeichnet, sondern lediglich einen Vergleich anstellt. Sie vergleicht das Verhältnis des K zur Presse und umgekehrt. Außerdem benutzt B dabei zwar auch überspitzte Formulierungen. Diese sind jedoch auch unschädlich. Denn grundsätzlich wird auch polemische und überspitzte Kritik von dem Grundrecht auf Meinungs- und Pressefreiheit geschützt. Des Weiteren hat die streitgegenständliche Äußerung einen sachlichen Bezug. Denn der Artikel knüpft an die Veröffentlichung eines Artikels des K in der C-Zeitung, der nach Meinung des Verfassers des Artikels in der B-Zeitung diese gegenseitige Benutzung von K und der Presse für jeweils eigene Zwecke belegen soll, an. Zuletzt muss bei der Frage nach dem Überschreiten der Grenze zur Schmähkritik die Stellung des K als Person des öffentlichen Lebens beachtet werden.

„[23] Da der Antragsteller eine Person des öffentlichen Lebens ist, die nicht nur früher als Mitglied des Vorstands der A [deutschen Bank] in herausgehobener Stellung tätig war, sondern darüber hinaus noch mit Buchveröffentlichungen von sich reden gemacht hat, ist er nicht als reine Privatperson betroffen, so dass die Grenze zur Schmähkritik ohnehin weiter hinausgeschoben ist. **Personen des öffentlichen Lebens müssen sich insoweit weitergehende Einschränkungen ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts gefallen lassen als Privatleute. Da der Antragsteller sich selbst der Presse bedient zur Veröffentlichung seiner Ideen und Meinungen, muss er sich auch gefallen lassen, wenn sein Verhältnis zur Presse kritisch, polemisch, überspitzt und unsachlich betrachtet wird.**“

Damit liegt keine unzulässige Schmähkritik vor, die zu einem Vorrang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des K führen würde.

„[24] Da die Grenze zur Schmähkritik nicht überschritten ist, weil nicht die Diffamierung des Antragstellers im Vordergrund steht, sondern sein Verhältnis zu Journalisten, ergibt auch eine Abwägung der Äußerung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Antragstellers kein Überwiegen dieses **Rechts gegenüber den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit der Antragsgegnerin.**“

Damit liegt die Duldungspflicht des K in Art. 5 I GG, womit in den Äußerungen in der B-Zeitung keine rechtswidrige Beeinträchtigung zu sehen ist.

III. Ergebnis

K steht gegen die B-Zeitung kein Anspruch auf Unterlassung gemäß §§ 823 I, 1004 analog BGB zu.

FAZIT:

Das OLG legt ein Urteil mit bekannter Thematik vor. Denn wird die Unterlassung bestimmter Äußerungen oder deren Verbreitung verlangt, stehen sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Antragstellers und die Meinungs- bzw. Pressefreiheit des Antragsgegners gegenüber. Das entscheidende Gericht hat dann beide dieser grundrechtlich abgeleiteten Rechte gegeneinander abzuwägen. Bei dieser Abwägung hilft der Begriff der unzulässigen Schmähkritik. Denn können die streitgegenständlichen Äußerungen darunter subsumiert werden, muss die Meinungsfreiheit zurück stehen.

In einer Klausur ist auch ein prozessualer Einstieg über die §§ 935 ff ZPO denkbar. Dabei fehlt es dann für das Unterlassungsbegehren an einem Verfügungsanspruch.

Problem: Aus- und Einbaukosten zwischen Unternehmern

BGH, URTEIL VOM 17.10.2012
VIII ZR 226/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Schon im Dezember letzten Jahres stellte sich der BGH die Frage nach dem Umfang des Nacherfüllungsanspruches, wenn die mangelhafte Sache auszutauschen war. Nach Vorlage zum EuGH, entschied der Senat in seinem Urteil vom 21.12.2011, dass der Nachlieferungsanspruch auch die Aus- und Einbaukosten zumindest bei einem Verbrauchsgüterkauf umfasse. Dazu führte er Folgendes aus:

BGH, Urteil vom 21.12.2011 – VIII ZR 70/08 – aufgearbeitet in: RA 03/2012 S. 125

„Auch im nationalen Kaufrecht ist unter "Lieferung" grundsätzlich nur die Handlung zu verstehen, die der Verkäufer vorzunehmen hat, um seine Übergabe- und Übereignungspflicht aus § 433 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Dies schließt es jedoch nicht aus, den in § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB verwendeten Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache weiter zu fassen. Denn dieser Begriff ist ausfüllungsfähig und eröffnet einen gewissen Wertungsspielraum. Der Gesetzgeber hat die Bestimmung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Richtlinie geschaffen. Dabei hat er nicht nur in der Gesetzesbegründung mehrfach den Begriff der Lieferung einer mangelfreien Sache mit der in der deutschen Fassung der Richtlinie verwendeten Wortwahl "Ersatzlieferung" gleichgesetzt, die - wie vom Gerichtshof ausgeführt - auch die Deutung zulässt, dass das vertragswidrige Verbrauchsgut durch die als Ersatz gelieferte Sache auszu-tauschen ist.“

Jetzt lag dem Senat erneut ein Fall vor, in dem die Käuferin einer mangelhaften Sache Ersatz der Ein- und Ausbaukosten verlangt. Jedoch mit dem entscheidenden Unterschied, dass beide Parteien als Unternehmer auftraten. In einem solchen Fall soll die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 BGB nicht greifen. Auch dann nicht, wenn die Richtlinie vollumfänglich in das nationale Kaufrecht und nicht in die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf eingefügt worden ist.

SACHVERHALT:

Die Klägerin (K) ist im Sportplatzbau tätig. In den Jahren 2006 und 2007 bestellte sie bei der Beklagten (B) Granulat als Material zur Herstellung von Kunstrasenplätzen für Schulen. B selbst bezieht das Material von einem polnischen Produzenten und verkauft dessen Lieferungen weiter. Nach dem Einbau durch B stellte sich heraus, dass das gelieferte Material nicht die vereinbarte Beschaffenheit besaß. Nach Beschwerde der K, stellte B der K für den erforderlichen Austausch kostenlos neues Granulat zur Verfügung. Sie lehnte es jedoch ab, das mangelhafte Material auszubauen und das Ersatzgranulat einzubringen. Daraufhin wurden diese Arbeiten auf Veranlassung der K durch ein anderes Unternehmen vorgenommen. Dabei entstanden Kosten in Höhe von 25.000 €.

Steht K gegen B der Ersatz dieser Kosten zu?

PRÜFUNGSSCHEMA:

A. Anspruch auf Ersatz der Kosten aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB i.V.m. § 433 I 2 BGB

- I. Kaufvertrag
- II. Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung
- III. Vertretenmüssen
- IV. Ergebnis

B. Anspruch im Rahmen der Nacherfüllung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I 1 BGB

- I. Kaufvertrag, Mangel bei Gefahrübergang
- II. Nacherfüllungsverlangen
- III. Fristsetzung und erfolgloser Fristablauf
- IV. Anspruchsumfang

LÖSUNG:**A. ANSPRUCH DER K GEGEN B AUF ERSATZ DER KOSTEN AUS §§ 437 NR. 3, 280 I, III, 281 I BGB I.V.M. § 433 I 2 BGB**

K könnte gegen B ein Anspruch auf Ersatz der Kosten in Höhe von 25.000 € aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB i.V.m. § 433 I 2 BGB zustehen, sofern B bereits seine Pflicht zur mangelfreien Lieferung schuldhaft verletzt hat.

I. Kaufvertrag

Mit Bestellung des Granulats bei der B und spätestens der Lieferung des Materials schlossen die Parteien einen wirksamen Kaufvertrag.

II. Verletzung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung nach § 433 I 2 BGB

Das Granulat entsprach auch nicht einer mangelfreien Lieferung nach § 433 I 2 BGB, da es nicht die vereinbarte Beschaffenheit i.S.v. § 434 I 1 BGB aufwies.

III. Vertretenmüssen

Unbenommen weiterer Voraussetzungen müsste B diesen Mangel jauch zu vertreten haben. Als Zwischenhändlerin konnte B die Mangelhaftigkeit selbst nicht erkennen. Ein Verschulden des polnischen Herstellers könnte sie nur dann zu vertreten haben, wenn dieser Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ist. **Erfüllungsgehilfe ist, wer nach dem tatsächlichen Geschehen mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit als Hilfsperson tätig wird.** Hier war der polnische Hersteller nicht im Pflichtenkreis des zwischen den Parteien bestehenden Kaufvertrages tätig. Somit ist der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers. Damit hat sie die Lieferung der mangelhaften Sache nicht zu vertreten.

IV. Ergebnis

K steht mangels Verschulden der B kein Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 I BGB i.V.m. § 433 I 2 BGB zu.

B. Anspruch der K aus §§ 437 Nr. 3, 280 I, II, 281 I 1 BGB

K könnte aber die Kosten im Rahmen eines Nacherfüllungsanspruches ersetzt verlangen, sofern ihr ein solcher zusteht und die Kosten von diesem erfasst sind.

I. Kaufvertrag, Mangel bei Gefahrübergang

Zwischen den Parteien besteht ein Kaufvertrag. Auch war die Sache bei Gefahrübergang mangelhaft.

Anders als im Werkvertragsrecht steht das Wahlrecht im Kaufrecht dem Käufer zu.

II. Nacherfüllungsverlangen

Des Weiteren hat K die Mängelrüge gegenüber B erhoben und die Nachlieferung i.S.d. § 439 I BGB verlangt. Mit diesem Nacherfüllungsverlangen ist der Anspruch entstanden.

III. Fristsetzung und erfolgloser Fristablauf

Unabhängig von der Frage, ob B überhaupt dazu verpflichtet war, das mangelhafte Granulat zu entfernen und neues Granulat einzubringen, wäre eine diesbezügliche Fristsetzung i.S.v. § 281 I BGB aufgrund der Weigerung der B gemäß § 281 II 1 BGB jedenfalls entbehrlich.

IV. Anspruchsumfang

Fraglich ist jedoch der Umfang des Anspruchs.

Zunächst kann K unproblematische die Lieferung des Ersatzgranulats verlangen. Dieser Pflicht ist B bereits nachgekommen. In Frage steht, ob K darüber hinaus aus die Kosten für den Ausbau des alten und den Einbau des neuen Materials erstattet verlangen kann.

Für den Fall des Verbrauchsgüterkaufs ist nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshof bereits höchststrichterlich anerkannt, dass die Nacherfüllungsvariante „Lieferung einer mangelfreien Sache“ auch den Ausbau der mangelhaften Sache, sowie den Einbau der mangelfreien Sache umfasst. Grund dafür ist die Auslegung der europäischen „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“ zugunsten des Verbrauchers im nationalen Recht. Hier liegt der Fall jedoch anders, da beide Parteien Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sind. Die richtlinienkonforme Auslegung greift in einem solchen Fall nicht ein.

„[18/19] Das aus dem Umsetzungsgebot des Art. 288 Abs. 3 AEUV und dem Grundsatz der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 4 Abs. 3 EU folgende Gebot richtlinienkonformer Auslegung greift hier nicht ein. Es beschränkt sich auf den Anwendungsbereich der Richtlinie. Die Vorgaben der Richtlinie und das Urteil des Gerichtshofs beziehen sich nur auf den Verbrauchsgüterkauf und nicht auf andere Kaufverträge. **Auch die vom Senat im Urteil vom 21. Dezember 2011 vorgenommene richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB geht nicht weiter als die Richtlinie selbst, beschränkt sich also ebenfalls auf den Verbrauchsgüterkauf.**“

Eine richtlinienkonforme Auslegung kann jedoch für das nationale Recht auch über den Geltungsbereich einer Richtlinie hinaus Bedeutung erlangen, wenn eine **überschießende Umsetzung einer Richtlinie** in das nationale Recht erfolgt ist. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung richtlinienfreien Rechts ergäbe sich dann bei einer solchen Umsetzung nicht aus dem Gemeinschaftsrecht, sondern aus nationalem Recht, das heißt aus einem entsprechenden Willen des nationalen Gesetzgebers.

Eine richtlinienüberschießende Umsetzung liegt dann vor, wenn der nationale Gesetzgeber den Anwendungsbereich über den vorgesehenen hinaus erweitert. Die „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“ des Europarechts wurde vom deutschen Gesetzgeber bei der Umsetzung nicht in die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf eingefügt, sondern

in für alle Kaufverträge geltenden Bestimmungen der §§ 433 ff BGB. Ein Wille des Gesetzgebers, die Ausdehnung der Nachlieferungspflicht zu bewirken, ist darin jedoch nicht zu erkennen. Dagegen sprechen zunächst die Gesetzesmaterialien der Schuldrechtsreform.

„[22] Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB über den Verbrauchsgüterkauf hinaus ist nach dem oben Gesagten aber weiter, dass eine Ausdehnung der Nachlieferungspflicht im Sinne des Urteils des Gerichtshofs dem Willen des deutschen Gesetzgebers entspricht. Davon kann nicht ausgegangen werden. Denn der Gesetzgeber ist bei der richtlinienüberschießenden Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Nacherfüllung von einem anderen Verständnis der Richtlinie ausgegangen als der Gerichtshof. Aus den Gesetzesmaterialien der Schuldrechtsreform ist zu entnehmen, dass dem Gesetzgeber eine so weitgehende Ausdehnung der Nachlieferungspflicht, wie sie der Gerichtshof vorgenommen hat, nicht vor Augen gestanden und er sie deshalb jedenfalls nicht für das gesamte Kaufrecht gewollt haben würde. Dies rechtfertigt es, die richtlinienkonforme Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB - ebenso wie die teleologische Reduktion des § 439 Abs. 4 BGB - auf den Verbrauchsgüterkauf zu beschränken und nicht auf andere, der Richtlinie nicht unterfallende Kaufverträge auszudehnen.“

Außerdem steht dem vermeintlichen Willen des Gesetzgebers das **nationale Verständnis für den Nacherfüllungsanspruch** entgegen. Danach ist der Nacherfüllungsanspruch ein modifizierter Erfüllungsanspruch und kann nicht weiter reichen als dieser.

„[24/25] Bei dem Nacherfüllungsanspruch aus § 439 Abs. 1 BGB handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform um eine Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 Abs. 1 BGB. Bei der in § 439 Abs. 1 BGB als eine der beiden Alternativen der Nacherfüllung vorgesehenen Lieferung einer mangelfreien Sache decken sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers, wie schon aus der gesetzlichen Formulierung hervorgeht, der Nacherfüllungsanspruch und der ursprüngliche Erfüllungsanspruch hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Leistungen; es ist lediglich anstelle der ursprünglich gelieferten mangelhaften Kaufsache nunmehr eine mangelfreie - im Übrigen aber gleichartige und gleichwertige - Sache zu liefern. Die Ersatzlieferung erfordert daher eine vollständige Wiederholung der Leistungen, zu denen der Verkäufer nach § 433 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB verpflichtet ist; der Verkäufer schuldet nochmals die Übergabe des Besitzes und die Verschaffung des Eigentums einer mangelfreien Sache - nicht weniger, aber auch nicht mehr. Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption der Schuldrechtsreform lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB durchgesetzt werden; **der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat.** Ist demnach die Nacherfüllung darauf beschränkt, die nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB vom Verkäufer geschuldete Erfüllung im zweiten Anlauf zu bewerkstelligen, bewahrt sie den Käufer einer mangelhaften Sache nicht ohne Weiteres vor jedweden Vermögensnachteilen. **Denn nach dem kaufrechtlichen Gewährleistungssystem der §§ 434 ff. BGB sind**

über das Erfüllungsinteresse hinausgehende Vermögensnachteile, die beim Käufer dadurch entstehen, dass dem Verkäufer die Erfüllung nicht schon beim ersten, sondern erst beim zweiten Versuch gelingt, nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers - soweit nicht die besondere Kostenregelung des § 439 Abs. 2 BGB eingreift - nur nach den allgemeinen Regeln über den Schadens- oder Aufwendungsersatz auszugleichen. Insofern gehören der Ausbau der mangelhaften Kaufsache und der Einbau der als Ersatz gelieferten Sache nach nationalem deutschem Recht grundsätzlich nicht zu der vom Verkäufer geschuldeten Nacherfüllung, sondern nur insoweit, als sich aus Art. 3 Abs. 2 und 3 der Richtlinie etwas anderes ergibt und dies im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung des § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu berücksichtigen ist.

[27] Zwar hat der Gesetzgeber mit der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie für die Nacherfüllung in § 439 BGB eine einheitliche Regelung für alle Kaufverträge angestrebt. Dies beruhte jedoch auf dem dargelegten Fehlverständnis über den von der Richtlinie für den Verbrauchsgüterkauf vorgegebenen Umfang der Nacherfüllungspflicht bei der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache. Deshalb spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber die Nachlieferungspflicht gemäß § 439 Abs. 1 Alt. 2 BGB einheitlich für alle Kaufverträge geregelt hätte, wenn ihm die spätere Auslegung der Richtlinie durch den Gerichtshof bekannt gewesen wäre.“

Damit ist die richtlinienkonforme Auslegung des Nacherfüllungsumfanges außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs ausgeschlossen. K steht gegen B kein Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten des Granulats in Höhe von 25.000 € zu.

FAZIT:

Dogmatisch kehrt der BGH mit dieser Rechtsprechung wieder zu der Lösung zurück, die er ursprünglich auch für Verbrauchsgüterkaufverträge anwenden wollte. Mag das Ergebnis auch billig und rechtspolitisch gewollt sein, um den Unternehmer vor zu hohen Regressforderungen zu schützen, zur Rechtssicherheit trägt es nicht bei. So hat der BGH noch im Jahre 2011 bei der Frage des Nacherfüllungsortes anders entschieden. Hier wurde Art. 3 II, III der "Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie" auch auf den unternehmerischen Käufer angewendet, da der Gesetzgeber die Richtlinie für alle Kaufverträge, also "überschießend", umgesetzt habe, womit eine weitere Zersplitterung des Rechts vermieden werden sollte.

Zwar vollzieht die vorliegende BGH-Entscheidung diese Intention nach (Rz. 27), begründet aber seine abweichende Entscheidung mit einem Fehlverständnis des nationalen Gesetzgebers von dem von der Richtlinie vorgegebenen Umfang der Nacherfüllung.

Zu Ende 2013 wird der nationale Gesetzgeber diese Frage voraussichtlich aufgreifen und nach dem bislang vorliegenden Referentenentwurf in den nebenstehenden § 474a I BGB einbringen.

Siehe: Urteil vom 13.04.2011 - VIII ZR 220/10

Referentenentwurf § 474a I BGB: „Sonderbestimmungen für die Nacherfüllung“

Hat der Käufer die gekaufte Sache ihrer Art und ihrem Verwendungszweck gemäß in eine andere Sache eingebaut, umfasst sein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache nach § 439 Absatz 1 auch den Ausbau der gekauften mangelhaften und den Einbau der als Ersatz zu liefernden Sache.

Dies gilt nicht, wenn der Käufer den Mangel der Kaufsache bei ihrem Einbau gekannt hat oder ihm der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit beim Einbau unbekannt geblieben ist.

Problem: Mietminderung wegen Beeinträchtigungsgefahr

BGH, URTEIL VOM 26.09.2012
XII ZR 122/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall hatte der Senat über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Mieter den Mietzins minderte, weil sich im gleichen Haus ein bordellähnliches Gewerbe befindet. Das Berufungsgericht hatte darin eine unmittelbare Beeinträchtigung der Mietsache und damit einen Mangel gesehen, der den Mieter zur Minderung berechtigt. Diese Auffassung teilt der BGH - jedenfalls solange keine konkreteren Feststellungen hinsichtlich der Beeinträchtigungen getroffen werden können - jedoch nicht.

SACHVERHALT:

Der Kläger (K) ist Vermieter eines gewerblich genutzten Gebäudekomplexes in der Stadt S und vermietet seit einigen Jahren das 3. und 5. Obergeschoss an den Beklagten (B), der die Räume für eine heilgymnastische und rehabilitative medizinische Massagepraxis. Im 1. und 2. Obergeschoss befinden sich zwei Arztpraxen.

Ab Mai 2007 vermietete K das bis dahin leer stehende 4. Obergeschoss an M, der dort auch ein Massageinstitut betreibt. B vermutet jedoch nun, dass es sich bei diesem Massageinstitut um einen „bordellartigen Betrieb mit sexuellen Dienstleistungen“ handelt. Er befürchtet, dass seine Kunden seiner Praxis fernbleiben könnten. Ältere Kunden könnten sich in der Tür irren, wodurch es zu ungewollten Verwechslungen kommen könnte. Eltern könnten es vermeiden, die Praxis zu besuchen, um ihre Kinder nicht in ein solches Umfeld zu bringen. Seit Mai 2007 erklärt er, die Miete in Zukunft zu mindern. K verlangt nun von B die rückständige Miete.

Zu Recht?

PRÜFUNGSSHEMA: ANSPRUCH DES K GEGEN B AUF ZAHLUNG DER RÜCKSTÄNDIGEN MIETE AUS § 535 II BGB

- I. Mietvertrag
- II. Kein Erlöschen wegen Mietminderung iSd § 536 I BGB
- III. Ergebnis

LÖSUNG:**Anspruch des K gegen B auf Zahlung der rückständigen Miete aus § 535 II BGB**

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Miete aus § 535 II BGB haben.

I. Mietvertrag

Die Parteien haben vor einigen Jahren einen wirksamen Mietvertrag geschlossen.

II. Kein Erlöschen wegen Mietminderung gemäß § 536 BGB

Der Anspruch könnte jedoch in Höhe der Mietminderung erloschen sein, soweit B zur Mietminderung berechtigt war. Dies war er dann,

Der Anspruch erlischt anders als im Kauf- und Werkvertragsrecht gemäß § 536 BGB kraft Gesetz, ist somit kein Gestaltungsrecht.

wenn die Mietsache mit einem **Mangel im Sinne des § 536 I BGB** behaftet war.

Fraglich ist, ob die Vermietung weiterer Räume an das bordellähnliche Gewerbe einen Mangel darstellt, der so erheblich ist, dass er zur Minderung berechtigt.

Unter einem Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB ist eine für den Mieter nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustandes der Mietsache von dem vertraglich geschuldeten zu verstehen, wobei sowohl tatsächliche Umstände als auch rechtliche Verhältnisse in Bezug auf die Mietsache als Fehler in Betracht kommen können. Erforderlich ist allerdings, um Ausuferungen des Fehlerbegriffs zu vermeiden, stets eine unmittelbare Beeinträchtigung der Tauglichkeit bzw. eine unmittelbare Einwirkung auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, wohingegen Umstände, die die Eignung der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nur mittelbar berühren, nicht als Mängel zu qualifizieren sind.

Welche Soll-Beschaffenheit eine Mietsache aufzuweisen hat, bestimmt sich in erster Linie nach der Parteivereinbarung. Die Vertragsparteien bestimmen durch die Festlegung des dem Mieter jeweils geschuldeten vertragsgemäßen Gebrauchs, welchen Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter und von da ab während der gesamten Vertragsdauer aufweisen muss. Hier haben K und B jedoch keine Vereinbarung darüber getroffen, an welche Gewerbetreibende die restlichen Räume vermietet werden können. Auch durch Auslegung kann **allein in der Vermietung an einen solchen Betrieb wie vorliegend kein Mangel** gesehen werden, denn von einer konkludenten Vereinbarung kann nur ausgegangen werden, sofern sie von beiden Parteien gewollt ist. Im Grundsatz ist jedoch davon auszugehen, dass sich ein Vermieter das Recht vorbehalten möchte, die anderen Mieter selbst auszuwählen.

Siehe dazu auch: BGH, Urteil vom 15.10.2008 - XII ZR 1/07

„[21] Deshalb hat ein Mieter ohne eine entsprechende vertragliche Vereinbarung in der Regel keinen Anspruch gegen den Vermieter, einen bestimmten "Mietermix" oder ein bestimmtes "Milieuniveau" zu bewahren.“

Von dieser vertraglichen Verpflichtung des Vermieters ist jedoch die Verpflichtung zu unterscheiden, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Verbrauchs zu schützen. Diese besteht in jedem Fall auch ohne konkrete Vereinbarung. Stützt man eine Mietminderung auf die Verletzung dieser Pflicht, muss jedoch auch eine unmittelbare Beeinträchtigung festgestellt werden können.

„[21] Da den Vermieter von Gewerberäumen jedoch auch ohne besondere Vereinbarung die vertragliche Verpflichtung trifft, den Mieter vor Störungen des vertragsgemäßen Gebrauchs zu schützen, muss er bei der Vermietung von weiteren Räumlichkeiten in derselben Gewerbeeinheit dafür Sorge tragen, dass der Mieter durch die Geschäftstätigkeit der Mitmieter nicht mehr als nur unerheblich in der Nutzung der von ihm angemieteten Gewerberäume beeinträchtigt wird. Daraus folgt, dass ohne eine konkrete Vereinbarung über einen bestimmten "Mietermix", allein aus der Vermietung weiterer Räume in dem Mietobjekt an einen Gewerbebetrieb, von dem die abstrakte Gefahr ausgeht, dass andere Mieter im Gebrauch der Mietsache Beeinträchtigungen erfahren, nicht auf einem Mangel i.

S. v. § 536 Abs. 1 BGB geschlossen werden kann. **Erst wenn bei einem Mieter eine konkrete und mehr als nur unerhebliche (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) Beeinträchtigung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache eintritt, liegt ein Mangel der Mietsache vor, der gemäß § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Minderung der Miete führt.“**

Fraglich ist also, ob die geäußerten Befürchtungen des B zu einem Mangel in diesem Sinne führen. Äußere Einwirkungen wie hier führen nur dann zu einem Mangel i. S. v. § 536 Abs. 1 BGB, wenn sie sich **unmittelbar** auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache auswirken. Es ist also zu ermitteln, ob damit auf eine unmittelbare Beeinträchtigung des Mietgebrauchs geschlossen werden kann.

Eine solche Beeinträchtigung könnte darin liegen, dass die Stadt S. Sperrbezirksverordnungen geschaffen hat und damit derartige Betriebe als potentiell störend einschätzt.

„[25] Das Berufungsgericht hat zur Begründung einer unmittelbaren Beeinträchtigung des Praxisbetriebs der Beklagten zunächst allgemein auf die Schaffung von Sperrbezirksverordnungen verwiesen und hierzu ausgeführt, dass das Verbot von Prostitutionsbetrieben in innerstädtischen Bereichen zeige, dass derartige Betriebe als potentiell störend und jugendgefährdend angesehen würden, ungeachtet dessen, ob sich Beeinträchtigungen konkret ereignet haben. [...]. Im Übrigen **kann aus dem Zweck der abstrakt-generellen Regelung einer Sperrbezirksverordnung, die in bestimmten städtischen Bereichen zum Schutz öffentlicher Belange Prostitutionsbetriebe verbietet, ohne weitere Feststellungen nicht auf eine konkrete Beeinträchtigung des Mietgebrauchs eines gewerblichen Mieters in demselben Gebäude geschlossen werden**, in dem sich - möglicherweise unter Verstoß gegen eine Sperrbezirksverordnung - ein Prostitutionsbetrieb befindet.“

Ein Mangel könnte sich aber daraus ergeben, dass es zu Verwechslungen unter den Kunden kommen könnte, die dadurch abgehalten werden könnten, die Praxis des B zu besuchen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es dazu noch nicht gekommen ist oder zumindest ein Rückgang der Kundenzahl nicht zu beobachten ist.

„[26] Unzutreffend nimmt das Berufungsgericht auch an, dass es für die Feststellung einer konkreten Beeinträchtigung des Mietgebrauchs nicht darauf ankomme, ob sich eine Verwechslung der Türen bereits ereignet habe oder noch bevorstehe. Die Beklagten wären nur dann im Gebrauch der von ihnen angemieteten Praxisräume konkret beeinträchtigt, wenn es tatsächlich zu entsprechenden Verwechslungen gekommen wäre und dies dazu geführt hätte, dass Patienten der Praxis der Beklagten ferngeblieben wären.“

Es kann also im Ergebnis nicht von abstrakten Gefahren und Begleiterscheinungen, die sich durch die Vermietung von Räumlichkeiten zum Betrieb eines Bordells oder bordellähnlichen Gewerbes ergeben könnten, auf eine unmittelbare Beeinträchtigung also einen Mangel an der Mietsache geschlossen werden.

Damit liegt kein Mangel im Sinne des § 536 I BGB vor, womit B den Mietzins nicht berechtigterweise mindern durfte.

III. Ergebnis

K hat gegen B einen Anspruch auf Zahlung der rückständigen Miete aus § 535 II BGB.

FAZIT:

Der Senat legt ein Urteil vor, in dem er sich ausgiebig mit dem Mangelbegriff des Mietrechts auseinandersetzt. Im Ergebnis ist es konsequent, einen solchen Mangel zu verneinen, sofern lediglich Befürchtungen des Mieters im Raum stehen, die konkreter nicht gefasst werden können.

Interessant sind auch die Ausführungen des BGH zur Beweiserhebung im Berufungsverfahren. Streitig war im gesamten Verfahren, ob es sich bei dem zweiten Massagebetrieb um ein bordellähnliches Gewerbe handelte oder nicht. Das Amtsgericht hatte zulässigerweise von einer Beweisaufnahme abgesehen, da es – wie der BGH – davon ausging, dass auch das Vorliegen der vom Beklagten behaupteten Tatsachen keinen Mietmangel begründet. Das Berufungsgericht entschied indes, dass es sich schon bei der Vermietung an ein solches Gewerbe sehr wohl um einen Mangel an der Mietsache handelt. Trotzdem hat es auch von einer Beweisaufnahme abgesehen. Nach der Entscheidung des Senats hätte sie eine solche jedoch durchführen müssen, in der der Mieter sein Vorbringen hätte beweisen müssen.

„[15] Zwar hat das Berufungsgericht seine Entscheidung auf der Grundlage der erstinstanzlich getroffenen Feststellungen zu treffen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und ist daher nicht stets zur Durchführung einer Beweisaufnahme verpflichtet. **Kommt es indes aus der allein maßgeblichen Sicht des Berufungsgerichts für die Beurteilung des Streitfalles auf Tatsachen an, die in dem erstinstanzlichen Urteil trotz entsprechenden Parteivortrags nicht festgestellt worden sind, dann bestehen Zweifel an der Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen, die das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 Halbsatz 2 ZPO zu eigenen Feststellungen berechtigen und verpflichten.**“

Speziell für Referendare:

Problem: Fingierter Verkehrsunfall

OLG SAARBRÜCKEN, URTEIL VOM 30.10.2012
4 U 259/11-82 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im Allgemeinen können Unfälle, in denen sich die Beteiligten bezüglich der Haftung einig sind, sehr schnell abgewickelt werden. Schwierig wird es jedoch dann, wenn sich die Versicherung, die hinter dem Verursacher steht, den zunächst einvernehmlich geschilderten Unfallhergang anzweifelt. Dies geschieht in der Regel in den Fällen, in denen die Versicherung einen abgesprochenen „Unfall“ vermutet.

Hier sind dann höhere Anforderungen an die Beweislast des Klägers gestellt. Im vorliegenden Fall genügten dem OLG Saarbrücken begründete Zweifel an seiner Schilderung, um einen Anspruch auf Schadensersatz zu verneinen.

SACHVERHALT:

Der Kläger (K) ist Halter eines PKWs der Marke BMW 525 tds touring, Baujahr 1998. Der Zeuge (Z) war zum streitgegenständlichen Zeitpunkt Fahrer des Fahrzeugs Marke Fiat Cinquento, das bei der Beklagten zu 2 (B2) versichert ist. K behauptet, am 14.07.2009 sei es zu einem Verkehrsunfall gekommen, bei dem Z in einer Kurve einer Bundesstraße in den Gegenverkehr geriet und damit das Fahrzeug des K streifte. Außerdem habe K deshalb nach rechts ausweichen müssen, wobei er mit der rechten Seite seines PKW die Leitplanke streifte. Seine Schilderung deckt sich mit der des Z, der sein alleiniges Verschulden an dem Unfall direkt zugab. K macht nun ca. 6000 € gegen den Halter des Fahrzeugs und B2 geltend. Dieser Schaden am Fahrzeug des K wurde auch durch ein Sachverständigengutachten festgestellt. Der Sachverständige stellte darüber hinaus fest, dass diese in keinem Widerspruch mit der Unfallschilderung stehen, durch dieses Ereignis jedoch auch nicht eingetreten sein müssen.

K gab in der ersten Befragung durch das Gericht an, er sei am streitgegenständlichen Tag auf dem Weg von der Stadt A in die Stadt B gewesen. Bei einer erneuten Befragung gab er jedoch an, in umgekehrter Richtung gefahren zu sein. Außerdem sei er sich auch nicht mehr sicher, wo genau sich der Unfall ereignet hat. Des Weiteren gab er zu Protokoll, er kenne Z flüchtig durch Begegnungen an einem See, an dem er sich im Sommer oft befunden habe. Auch dieses Vorbringen wurde von Z bestätigt, der ebenfalls bekundete, K von diesem See zu kennen, jedoch nie mit ihm gesprochen zu haben.

Aufgrund der Ergebnisse der Beweisaufnahme bestreitet B2 nun, dass es überhaupt zu einem solchen Unfall gekommen sei. Sie geht davon aus, dass es sich so nicht zugetragen hat, sondern die Parteien den Unfall gestellt haben, um die Versicherungssumme zu kassieren. Sie beantragt deshalb, die Klage insgesamt abzuweisen.

Wie wird das Gericht entscheiden?

LÖSUNG:

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Dem Kläger steht der Anspruch aus der straßenverkehrsrechtlichen Gefährdungshaftung des § 7 I StVG nicht zu. Nach diesen Vorschriften haftet der Halter eines Fahrzeugs für Schäden, die bei Betrieb seines Fahrzeugs entstanden sind. Dies setzt jedoch auch voraus, dass gerade der Betrieb kausal für den entstandenen Schaden war, also ein Kausalzusammenhang besteht. Diese Voraussetzung liegt nicht vor, jedenfalls hat K in der Beweisaufnahme den ihm obliegenden Beweis für das von ihm behauptete äußere Unfallgeschehen nicht mit der zum Beweis erforderlichen Sicherheit geführt.

Besondere Beweislast bei Vermutung eines fingierten Unfallgeschehens!

B2 hat durchgängig bestritten, dass sich zu der vom Kläger behaupteten Zeit an der vom ihm benannten Unfallörtlichkeit unter Beteiligung der bezeichneten Fahrzeuge überhaupt ein Verkehrsunfall ereignete. **Somit steht im vorliegenden Rechtsstreit nicht nur der Ablauf des Geschehens, insbesondere die Motivationen der unfallbeteiligten Fahrer, sondern die Faktizität des Unfallereignisses in grundsätzlicher Weise im Streit. Diese prozessuale Lage hat Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast.**

„[20] Eine Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG setzt voraus, dass der Betrieb eines Kraftfahrzeugs adäquat kausal zu einem Schaden führte. Für diesen Kausalzusammenhang ist der Kläger mit dem strengen Beweismaß des § 286 ZPO beweispflichtig. Hierbei genügt der Geschädigte seiner Beweislast noch nicht, wenn sich nach Durchführung der Beweisaufnahme zwar Zweifel an Ort und Zeit des tatsächlichen Geschehens ergeben, gleichzeitig allerdings Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass beide Fahrzeuge eventuell an anderer Stelle unter nicht dargelegten Umständen miteinander zusammenstießen: Das Prozessprogramm des Zivilprozesses wird durch den Streitgegenstand definiert, indem der Kläger die von ihm in Anspruch genommene Rechtsfolge aus einem tatsächlichen Geschehen, dem sog. Lebenssachverhalt (Klagegrund), herleitet, dessen Elemente auf der Ebene des Rechts die tatsächlichen Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm ausfüllen. Nur der vom Kläger vorgetragene Lebenssachverhalt bildet den Streitgegenstand der Klage, dessen tatsächliches Vorliegen der Kläger auch im Anwendungsbereich des § 7 StVG mit dem vollen Beweismaß des § 286 ZPO beweisen muss. Mithin ist auch der Beweis für das den Anspruch begründende Schadensereignis erst dann erbracht, wenn das Gericht die volle Überzeugung gewonnen hat, dass sich der Unfall in der vom Kläger nach Ort und Zeit beschriebenen Weise tatsächlich zutrug.“

Der Kläger muss den anspruchsbegründenden Lebenssachverhalt vollumfänglich beweisen.

Da am Tag des behaupteten Unfallgeschehens keine Polizeibeamten hinzugerufen wurden, hängt der Nachweis des Ereignisses entscheidend von der Glaubhaftigkeit der Schilderungen durch die Unfallbeteiligten ab. An deren Glaubhaftigkeit zweifelt das Gericht dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen. Dabei ist jedoch zu beachten:

Die Versicherung muss beweisen, dass es sich um ein abgesprochenes Ereignis handelt.

„[24] **Nicht jedes Beweisanzeichen für ein manipuliertes Unfallgeschehen ist geeignet, durchgreifende Zweifel an der Existenz des streitgegenständlichen Unfallereignisses zu wecken.** Nach anerkannten Rechtsgrundsätzen trägt der in Anspruch genommene Halter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Geschädigte mit einer Verletzung seiner Rechtsgüter einverstanden war. Diese im materiellen Recht verankerte Verteilung der Dar-

legungs- und Beweislast darf auf der prozessualen Ebene durch übersteigerte Anforderungen an das Beweismaß zum Nachweis des äußeren Tatbestandes der Rechtsgutsverletzung nicht unterlaufen werden. Vielmehr **bedarf es einer sorgfältigen Abwägung im jeweils zu entscheidenden Einzelfall, ob in der Gesamtschau der beweisrelevanten Faktoren nicht hintanzustellende Zweifel am Lebenssachverhalt der Haftungsklage verbleiben.**

Nach einer solchen Einzelfallbetrachtung bestehen nach Ansicht des Gerichts noch bedeutende Zweifel an dem Unfallereignis.

Die Zweifel resultieren bereits daraus, dass es **keine objektiven Beweisanzeichen für den streitgegenständlichen Unfall** gibt. Mit Ausnahme der Unfallbeteiligten sind keine objektiven Unfallzeugen benannt. Auch die sachverständige Begutachtung hat keinen positiven Beweis für einen Zusammenstoß der unfallbeteiligten Fahrzeuge erbracht: Der Sachverständige hat eine Kompatibilität der Schäden nicht positiv bewiesen, sondern lediglich für möglich erachtet. Weiterhin hat der Sachverständige an der Leitplanke keine Spurenzeichnungen festgestellt, die dem Unfallereignis zuzuordnen waren. Zwar wird der Beweiswert dieses Aspekts nach den Angaben des Sachverständigen dadurch relativiert, dass es nach der Erfahrung des Sachverständigen nach Streifkollisionen mit Schutzplanken nicht zwingend zu deutlichen Verformungen der Schutzplanken kommen müsse und teilweise auch nur dezente Lackanhaftungen an Schutzplanken verbleiben könnten. **Gleichwohl ist das Fehlen jeglicher objektiver Anhaltspunkte für das Unfallgeschehen für die Überzeugungsbildung des Gerichts jedenfalls dann nicht von unerheblicher Bedeutung, wenn es Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Unfallschilderung durch die Unfallbeteiligten gibt.**

Solche Bedenken richten sich vor allem gegen die Glaubhaftigkeit der Unfallschilderung des K.

So hat sich K in seiner Unfallschilderung vor dem Senat hinsichtlich der vorkollisionären Fahrstrecke in Widerspruch zu seiner landgerichtlichen Aussage gesetzt. Während K noch vor dem Landgericht ausgesagt hat, er sei von der Stadt A nach B gefahren, hat er vor dem Senat angegeben, er sei genau in entgegengesetzter Fahrtrichtung von B nach A gefahren. Diese widersprüchliche Darstellung schwächt die Glaubhaftigkeit seiner Schilderung insbesondere deshalb, weil der Kläger außer Stande war, sonstige Begleitumstände zum Rahmengeschehen der Fahrt aufzuzeigen. Er war nicht in der Lage, Ausgangspunkt und Ziel seiner Fahrt zu benennen. Unglaublich sind schließlich die Angaben des K, wonach er Z von gelegentlichen Aufenthalten an einem See her kenne. Diese „Begegnungen“ waren flüchtiger Natur, der Zeuge trat K nach seiner Schilderung wie viele andere Passanten nur beiläufig entgegen, ohne dass der Zeuge jemals mit K gesprochen haben sollte. Es erschließt sich nicht, weshalb Z dem Kläger bei diesen Gelegenheiten so nachhaltig aufgefallen war, dass er sich an den Zeugen noch anlässlich des Unfallereignisses erinnern konnte.

Die Zweifel am Klägervortrag werden durch die Aussage des Zeugen B. nicht ausgeräumt, sondern vielmehr bestärkt.

Zwar hat der Zeuge den eigentlichen Unfallhergang und das korrespondierende Rahmengeschehen plausibel geschildert. Bedenken begegnen seiner Aussage jedoch insoweit, als auch der Zeuge B. die Bekanntschaft zu K allein aus flüchtigen Begegnungen, insbesondere

Würdigung der Zeugenaussage

im Bereich des Sees, hergeleitet hat. Auch der Zeuge B. hat nicht einsichtig dargelegt, weshalb diese flüchtigen Begegnungen dem Zeugen so nachhaltig in Erinnerung haften, dass der Zeuge den K als vom Sehen her bekannt bezeichnet hat. **Die in diesem Detail nahezu deckungsgleichen Angaben von Kläger und Zeugen lassen es nicht fernliegend erscheinen, dass die Aussagen abgesprochen wurden.**

Die Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit der Unfallschilderung werden durch **weitere objektive Indizien verstärkt, die nach der Kasuistik für ein manipuliertes Unfallgeschehen streiten.**

K hatte das Fahrzeug erst wenige Wochen vor dem Unfall zugelassen. Das Fahrzeug schöpfte die finanziellen Möglichkeiten des K voll aus, der zum Unfallzeitpunkt arbeitslos war. Außerdem handelt es sich bei dem unfallverursachenden PKW um einen Kleinwagen der Marke Fiat, der deutlich weniger wert ist als der PKW des Geschädigten.

FAZIT:

Der Fall ist wie geschaffen, im Rahmen einer Klausur eine umfassende Beweiswürdigung abzufragen. Denn das vorliegende Urteil zeigt, dass sich zwei Beweisfragen gegenüber stehen. Während der Kläger das Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen beweisen muss, liegt die Beweislast, dass der Geschädigte mit dem schädigenden Ereignis einverstanden war, beim Anspruchsgegner. Es muss also, wie das OLG es macht, sehr sorgfältig begründet werden, ob das Vorbringen des Klägers erheblichen Zweifeln unterliegt. Dafür bietet nicht nur die Würdigung der Zeugenaussagen Raum für Zweifel, sondern auch objektive Kriterien, die der BGH in seinen Entscheidungen bereits aufgestellt hat und von denen auch das OLG vorliegend einige nennt. Schon das Zusammentreffen einzelner dieser Indizien kann für ein manipuliertes Unfallgeschehen sprechen.

Öffentliches Recht

Problem: Vorbehalt des Gesetzes im innerstaatl. Bereich

OVG LÜNEBURG, URTEIL VOM 27.06.2012
10 LC 37/10 (DÖV 2012, 736)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall sprach der Rat einer niedersächsischen Gemeinde einem Ratsmitglied gegenüber eine Missbilligung wegen eines Verstoßes gegen seine Verschwiegenheitspflichten aus. Im anschließenden Kommunalverfassungsverstreit ging es – neben den zahlreichen prozessualen Problemen, die Kommunalverfassungsverstreitigkeiten eigen sind – um die Frage, ob es hierfür einer (nicht existierenden) Ermächtigungsgrundlage bedarf, ob und wieweit also der aus der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 III GG ableitbare Vorbehalt des Gesetzes auch für innerstaatliche Angelegenheiten gilt. Die Frage ist mit der „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG zu beantworten, wonach der Vorbehalt des Gesetzes nur auf wesentliche Maßnahmen anzuwenden ist. Das übliche Kriterium zur Abgrenzung von Wesentlichem und Unwesentlichem – die Grundrechtsrelevanz – scheidet innerstaatlich allerdings aus. Immerhin könnte man die Grundidee übertragen: Eingriffe in organschaftliche Rechte wären dann wesentlich, neutrale oder gar günstige Entscheidungen nicht. Das OVG Lüneburg sieht es aber anders: Die Missbilligung sein zwar ein Eingriff in die Rechte des Ratsmitglieds, jedoch kein so gewichtiger, dass die Wesentlichkeitsschwelle überschritten wäre. Jedenfalls innerstaatlich gibt es also auch unwesentliche Eingriffsakte!

SACHVERHALT:

Der Kläger (Kl.) ist Mitglied des Rates der Stadt C. in Niedersachsen. Im Rahmen dieser Tätigkeit war er an einer Entscheidung über einen umstrittenen – weil unfallträchtigen - Kreisverkehr beteiligt. In seiner nichtöffentlichen Sitzung vom 30.03.2004 beschloss der Rat einstimmig, dass dieser aus Kostengründen zur Zeit nicht zurückgebaut werden soll.

Im Jahre 2008 wurde nach einem Verkehrsunfall in jenem Kreisverkehr gegen die Stadt C. (letztlich erfolglos) Klage auf Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht erhoben. Zur Begründung wurde vorgetragen, dass die Stadt C. ihrer Verpflichtung, die Gefahrenquelle zu beseitigen, nicht nachgekommen sei, obwohl es sich bei dem Kreisverkehr um einen stadtbekanntem Unfallschwerpunkt handele. Dabei wurde angeführt, dass der Rat in seiner Sitzung vom 30.03.2004 einen Rückbau „einstimmig“ abgelehnt habe.

Da im Jahre 2004 zwar der Ratsbeschluss, nicht aber das Abstimmungsergebnis bekannt gemacht worden waren, stellte sich für die Ratsmitglieder von C. die Frage, wie die Öffentlichkeit von der „Einstimmigkeit“ erfahren haben könnte. Hierzu erklärte der Kl., er habe dies dem Unfallgeschädigten auf Anfrage anhand seiner Sitzungsaufzeichnungen mitgeteilt. Der Rat von C. fasste daraufhin am 13.11.2008 formell rechtmäßig folgenden (nichtöffentlichen) Beschluss:

„Der Rat der Stadt C. stellt fest, dass der Kl. gegen seine Verschwiegenheitspflicht verstoßen hat, indem er vertrauliche Informationen

Leitsatz:

Der Ratsbeschluss, mit dem festgestellt wird, dass ein Ratsmitglied gegen seine Verschwiegenheitspflicht verstoßen hat, und mit dem dieser Verstoß missbilligt wird, berührt zwar den Status des Ratsmitglieds als Mandatsträger, greift jedoch als Maßnahme unterhalb einer Sanktion in dessen Rechte nicht in einem solchen Maße ein, dass es hierfür einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfte.

Dritten zugänglich gemacht hat. Dieser Verstoß wird ausdrücklich missbilligt.“

Anm.: Der Originalfall spielt noch nach der Nds. Gemeindeordnung (NGO), ist nachstehend aber nach den aktuellen, in der Sache identischen Normen des Nds. Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG) gelöst.

Soweit Unterschiede zu den Regelungen in anderen Bundesländern bestehen, sind diese in der Lösung kenntlich gemacht.

Hiergegen erhob der Kl. Klage. Er meint, ein Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht liege nicht vor, da der Ratsbeschluss ohnehin bekannt gemacht worden und die Abstimmung einstimmig erfolgt sei, sodass kein Schutz von Mindermeinungen gewährleistet werden musste. Demgemäß gebe es auch nichts zu missbilligen. Jedenfalls treffe ihn kein Verschulden, denn niemand habe ahnen können, dass der Rat etwas gegen eine derart harmlose Auskunft haben könnte. Da die Missbilligung eine repressive Sanktion sei, bedürfe es aber – wie für jede Strafe – eines subjektiven Schuldelements.

Hat die Klage Erfolg?

PRÜFUNGSSCHEMA: KOMMUNALVERFASSUNGSSTREIT (HIER: ALS FESTSTELLUNGSKLAGE NACH § 43 I 2. FALL VWGO)

A. Zulässigkeit

- I. Verwaltungsrechtsweg
- II. Statthafte Klageart
- III. Feststellungsinteresse
- IV. Klagebefugnis
- V. Richtiger Klagegegner
- VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

B. Begründetheit

- I. Ermächtigungsgrundlage
- II. Formelle Rechtmäßigkeit
- III. Materielle Rechtmäßigkeit

LÖSUNG:

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

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

Merke: Verfassungsrecht im Sinne des § 40 I 1 VwGO sind nur das Grundgesetz und die Landesverfassungen.

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO eröffnet. Die Beteiligten streiten über die Verschwiegenheitspflichten der §§ 40, 54 III NKomVG, also öffentliches Recht. Beim NKomVG handelt es sich trotz seiner Bezeichnung auch nicht um formelles Verfassungsrecht, sondern lediglich um ein einfaches Landesgesetz, sodass es sich auch um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt. Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht ersichtlich.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart hier statthaft ist. Dies richtet sich gem. § 88 VwGO nach dem Begehren des Kl. Dieses ist hier gegen den Ratsbeschluss vom 13.11.2008 bzw. die darin ausgesprochene Feststellung seines Verschwiegenheitsverstoßes und dessen Missbilligung gerichtet.

Man sieht, wie wichtig das saubere Herausarbeiten des Kläerbegehrens ist. Feststellung eines Verhaltens und Missbilligung desselben sind in der Tat zwei Paar Schuhe. Daher liegt hier eine objektive Klagehäufung nach § 44 VwGO vor.

„Der Senat versteht das Begehren des Klägers dahingehend, dass er sich hinsichtlich des Beschlusses des Bkl. vom 13.11.2008 sowohl gegen die erfolgte Feststellung eines Verstoßes gegen seine Verschwiegenheitspflicht wendet als auch gegen die Missbilligung dieses Verstoßes.“

Derartige Streitigkeiten von Organen (hier: Rat) und/oder Organteilen (hier: Ratsmitglied) derselben Gemeinde untereinander werden auch als „Kommunalverfassungsverstreit“ (KVS) bezeichnet. Teilweise wird im KVS eine Klageart sui generis gesehen. Ein solches Organstreitverfahren sei in der VwGO nicht geregelt. Da diese jedoch keinen numerus clausus von Klagearten enthalte, sei die Bildung einer eigenen Klageart statthaft.

Die h.M. betont jedoch die Gesetzesbindung der Rechtsprechung aus Art. 20 III GG: Jedenfalls soweit die Klagearten der VwGO reichen, scheidet die Bildung eigener Klagearten durch die Gerichte aus. Der KVS lasse sich – je nach Fallkonstellation - unter Feststellungs- und Leistungsklagen subsumieren, sodass es einer Klageart sui generis nicht bedürfe.

Hier kommt eine negative Feststellungsklage nach § 43 I 2. Fall VwGO auf Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in Betracht. **Unter einem „Rechtsverhältnis“ in diesem Sinne ist die konkrete, auf öffentlich-rechtlichen Normen beruhende Beziehung zwischen Personen oder Personen und Sachen zu verstehen.** Erstreckt man die Feststellungsklage auf Kommunalverfassungsverstreitigkeiten, können „Personen“ in diesem Sinne auch Organe und Organteile einer Gemeinde sein. Dieser Meinung ist wohl auch das OVG Lüneburg, indem es schlicht feststellt:

„Die Klage ist in Gestalt einer Feststellungsklage (§ 43 I VwGO) zulässig.“

Tatsächlich handelt es sich um zwei (negative) Feststellungsklagen nach § 43 I 2. Fall VwGO: Eine auf Nichtbestehen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch den Kl., eine auf Nichtbestehen des Rechtes des Rates zur Missbilligung seines Verhaltens.

III. Feststellungsinteresse

„Der Kläger hat auch das für die Klage erforderliche Feststellungsinteresse. **Ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 43 I VwGO ist jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art.** Hier ergibt sich das Feststellungsinteresse daraus, dass die vom Beklagten in der Ratssitzung getroffene Feststellung eines Verstoßes sowie die ausgesprochene Missbilligung und deren Aufrechterhaltung geeignet ist, den Kläger zu diskriminieren, und er deshalb ein schutzwürdiges Rehabilitationsinteresse besitzt. Daran ändert es nichts, dass die ausgesprochene Missbilligung nur im nichtöffentlichen Teil der Ratssitzung verlesen und nicht veröffentlicht wurde. Sie ist geeignet, ratsintern die Reputation und Vertrauensstellung des Klägers zu schädigen und damit seine Arbeit zu erschweren.“

IV. Klagebefugnis

Streitig ist, ob darüber hinaus analog § 42 II VwGO eine Klagebefugnis zu fordern ist. Dies mag auf sich beruhen, wenn sie jedenfalls besteht.

„Der Kläger ist, soweit er die Beeinträchtigung eigenständiger mitgliederschaftlicher oder organschaftlicher Rechte geltend macht, als Teil des Organs Gemeinderat klagebefugt. Der kommunalverfassungsrechtliche Organstreit ist dadurch gekennzeichnet, dass Gemeindeorgane oder Organteile über Bestand und Reichweite zwischen- oder innerorganschaftlicher Rechte streiten. **Eine Klage ist**

Einzelheiten zum Streit über die statthafte Klageart im KVS: Meister, JA 2004, 414, 414 m.w.N.

Vgl. zu einem ähnlichen Fall VGH Mannheim, VBIBW 1993, 469.

Merke: Die Klagebefugnis im KVS setzt das Bestehen einer „wehrfähigen Innenrechtsposition“ des klagenden Organs bzw. Organteils voraus.

in entsprechender Anwendung des § 42 II VwGO nur zulässig, wenn es sich bei der geltend gemachten Rechtsposition um ein durch das Innenrecht eingeräumtes, dem klagenden Organ oder Organteil zur eigenständigen Wahrnehmung zugewiesenes wehrfähiges subjektives Organrecht handelt.

Eine solche „**wehrfähige Innenrechtsposition**“ erblickt das OVG hier im „freien Mandat“ des Ratsmitglieds aus § 54 I NKomVG (damals noch: § 39 I NGO):

§ 54 I NKomVG:

Die Mitglieder der Vertretung üben ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze nach ihrer freien, nur durch Rücksicht auf das öffentliche Wohl geleiteten Überzeugung aus. Sie sind nicht an Verpflichtungen gebunden, durch die die Freiheit ihrer Entschließung als Mitglieder der Vertretung beschränkt wird.

Verständnis: Die sonst häufig in der Klagebefugnis herangezogenen Grundrechte scheiden als „wehrfähige Innenrechte“ demgegenüber von vornherein aus, da sie keine Innenrechte, sondern Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat darstellen, die Staatsorgane also verpflichten, nicht berechtigen. Es wäre daher ein grober Fehler gewesen, bzgl. der Missbilligung etwa auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kl. aus Art. 2 I i.V.m. 1 I GG abzustellen. Dieses steht ihm als Mensch zu, aber nicht als Ratsmitglied, in dessen Eigenschaft er hier klagt.

„Das Recht auf freie Mandatsausübung gem. § 39 I NGO umfasst auch die Befugnis des Ratsmitglieds, außerhalb von Ratssitzungen als Mittler zwischen den Bürgern und den kommunalen Selbstverwaltungsorganen aufzutreten. Dazu gehört es [...] auch, in der Öffentlichkeit zu getroffenen Entscheidungen Rede und Antwort zu stehen sowie abgeschlossene Entscheidungsprozesse transparent und nachvollziehbar darzustellen. **Der Vorwurf, im Rahmen seiner Tätigkeit gegen die ihm obliegende Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit verstoßen zu haben, hindert den Gemeindevertreter in seiner kommunalpolitischen Tätigkeit und schränkt seine Mandatsausübung ein.** Von der Richtigkeit eines solchen Vorwurfs hängt es ab, ob und in welchem Umfang das Ratsmitglied erworbene Informationen an den Bürger weitergeben darf.“

V. Richtiger Beklagter

Die Feststellungsklage ist in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung grds. nach dem allgemeinen Rechtsträgerprinzip gegen den Rechtsträger des handelnden Organs, hier also die Stadt C. als die den Rat tragende Körperschaft zu richten.

Im KVS ist der Kl. allerdings stets selbst Organ(-teil) der Stadt oder Gemeinde. Zur Vermeidung eines **Insichprozesses** ist die Klage daher ausnahmsweise nicht gegen diese, sondern gegen den **sachlichen Streitgegner** zu richten, hier also den Rat der Stadt C., welcher den streitgegenständlichen Beschluss erlassen hat.

VI. Beteiligtenfähigkeit

Fraglich ist die Beteiligtenfähigkeit des Kl., § 63 Nr. 1 i.V.m. § 61 VwGO. Er klagt weder als natürliche Person (§ 61 Nr. 1 VwGO), noch ist er als Ratsmitglied selbst Vereinigung oder Behörde (§ 61 Nr. 2, 3 VwGO). Jedoch muss auch Organteilen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann, eine Klagemöglichkeit eröffnet sein, da jenes Recht sonst wertlos wäre. Eine Vergleichbarkeit zu Vereinigungen i.S.d. § 61 Nr. 2 VwGO ist somit gegeben. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber die Beteiligtenfähigkeit von Organteilen im KVS bewusst ungeregelt gelassen hätte; vielmehr hat er die Situation des KVS gar nicht bedacht, sodass von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist. **§ 61 Nr. 2 VwGO findet daher im KVS analoge Anwendung auf Organe bzw. Organteile einer Gemeinde, die nicht selbst Vereinigung sind.**

Der beklagte Rat ist hingegen selbst eine Vereinigung, der nach dem NKomVG eine Reihe von Rechten zustehen. Auf ihn findet § 63 Nr. 2 i.V.m. § 61 Nr. 2 VwGO daher unmittelbare Anwendung.

VII. Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit der Beteiligten ergibt sich aus § 62 III VwGO, für den Kl. wiederum in analoger Anwendung.

Die Klage ist nach alledem zulässig.

B. Objektive Klagehäufung

Die Begehren stehen im Zusammenhang, weil die Missbilligung auf dem festgestellten Verschwiegenheitsverstoß gründet. Dass sie auch vor demselben Gericht spielen und sich gegen denselben Beklagten richten, wurde oben bereits ausgeführt. Sie können also im Wege der objektiven Klagehäufung nach § 44 VwGO miteinander verbunden werden.

C. Begründetheit

Die Klage ist begründet, sofern das Rechtsverhältnis nicht besteht, hier also der Rat nicht berechtigt war, einen Verstoß des Kl. gegen seine Verschwiegenheitspflicht festzustellen und diesen zu missbilligen.

I. Ermächtigungsgrundlage

Fraglich ist, ob der Bekl. für diese Beschlüsse einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Das OVG verneint dies:

„Für die im Beschluss vom 13.11.2008 getroffene Feststellung eines Verstoßes des Klägers gegen seine Verschwiegenheitspflicht bedarf es ebenso wenig wie für den Ausspruch einer Missbilligung [...] einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung. An die bloße Feststellung des Verstoßes sind keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen geknüpft.“

Ebenso BVerwG, NVwZ 1991, 682; Blum in: KVR Nds-NGO, § 40 Rn. 6; a.A. VG Braunschweig, NdsVBl 2008, 23

Mit der „**Wesentlichkeitstheorie**“ des BVerfG gilt der aus der Gesetzesbindung der Verwaltung nach Art. 20 III GG ableitbare Vorbehalt des Gesetzes nämlich nicht für jegliches Verwaltungshandeln, sondern nur für wesentliche Maßnahmen. Ein solches liegt hier nach Ansicht des OVG nicht vor. Hinsichtlich der Feststellung fehle es schon an einem hierzu notwendigen Eingriff in klägerische Rechte, hinsichtlich der Missbilligung sei dieser jedenfalls nicht wesentlich:

Anders noch die frühere „Lehre vom Totalvorbehalt“, die aber nicht mehr vertreten wird und daher nicht dargestellt werden muss.

1. Feststellung des Verschwiegenheitspflichtverstoßes

„Bei der vom Beklagten beschlossenen Feststellung handelt es sich um einen neutralen Hinweis auf die Unzulässigkeit eines Verhaltens.“

2. Missbilligung

„Die Missbilligung stellt eine Ordnungsmaßnahme mit spezial- und generalpräventivem Charakter dar. **Sie berührt als Maßnahme unterhalb einer Sanktion zwar den Status des Ratsmitglieds als Mandatsträger, greift jedoch in der Regel in dessen Rechte nicht in einem solchen Maße ein, als dass es hierfür einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfte**, wie dies etwa bei einem Ausschluss aus der Ratssitzung der Fall wäre. Eine Missbilligung hat weder unmittelbar noch mittelbar einen Rechtsnachteil oder eine rechtserhebliche Wirkung zur Folge. Das gilt insbesondere dann, wenn sich die Gemeindevertretung wie im vorliegenden Fall dafür entscheidet, den in nichtöffentlicher Sitzung getroffenen Missbilligungsbeschluss nicht zu veröffentlichen, um das Maß der Auswirkungen für den Kläger möglichst gering zu halten.“

Der Missbilligung stehen andere Sanktionen unterhalb des Ordnungsgeldes gleich, z.B. Erinnerung, Ermahnung oder Rüge.

Ein **Ordnungsgeld** bedürfte hingegen nicht nur einer Ermächtigungsgrundlage, es stellt sogar einen VA dar (insbesondere hat es Außenwirkung, da es vom Betroffenen aus eigener Tasche zu zahlen ist) mit der Folge, dass es sich im Streit hierüber nicht um einen KVS, sondern um eine Anfechtungsklage handelt, vgl. OVG Münster, RA 2010, 423 = NWVBl 2010, 237

Das OVG hat offen gelassen, ob es einer Anhörung des Kl. bedurfte, weil diese erfolgt war. Tatsächlich bedurfte es einer solchen aber nicht, weil sie in NGO/NKomVG nicht geregelt ist und § 28 VwVfG nur auf VAe anwendbar ist.

§ 40 I 1 NKomVG:

„Ehrenamtlich Tätige haben über Angelegenheiten, deren Geheimhaltung durch Gesetz oder dienstliche Anordnung vorgeschrieben oder der Natur der Sache nach erforderlich ist, Verschwiegenheit zu wahren [...].“

§ 54 III NKomVG:

Die Vorschriften der §§ 40, 41, 42 I 2, II sowie des § 43 sind auf die Abgeordneten anzuwenden.

Anders lag es übrigens im Originalfall, in dem nicht der Rat, sondern der Verwaltungsausschuss tagte. Dessen Sitzungen waren nach § 59 II NGO stets nichtöffentlich, ohne dass es eines besonderen Grundes bedurfte. § 59 II 1 NGO hat im NKomVG keine Entsprechung mehr.

Zum Rückschluss von Nichtöffentlichkeit auf Verschwiegenheitspflicht siehe ausführlich OVG Münster, RA 2010, 423 = NWVBI 2010, 237.

Ein Verstoß gegen Art. 3 I GG, der auch ein Willkürverbot enthält, kommt demgegenüber nicht in Betracht, weil Grundrechte staatsintern nicht gelten (siehe schon oben zur Klagebefugnis).

II. Formelle Rechtmäßigkeit

Laut Sachverhalt hat der Rat seine Beschlüsse in formell rechtmäßiger Weise gefasst.

III. Materielle Rechtmäßigkeit

In materieller Hinsicht dürfte der Rat nicht gegen das Gesetz verstoßen haben. Der „Vorrang“ des Gesetzes aus Art. 20 III GG gilt für jegliches Verwaltungshandeln. Dies erkennt auch das OVG:

„Das Recht eines Kollektivorgans, die Maßnahmen zu ergreifen, die es zum Erhalt und zur Wiederherstellung seiner Funktionsfähigkeit und inneren Ordnung für geboten hält, bedarf über die aus dem den Gemeinden verfassungsrechtlich garantierten Selbstverwaltungsrecht (Art. 28 II GG) hergeleiteten Befugnis, sich zu Angelegenheiten, die die örtliche Gemeinschaft - hier das Selbstorganisationsrecht - betreffen, zu äußern und ein damit zusammenhängendes Verhalten oder einen Vorgang zu würdigen, keiner speziellen Rechtsgrundlage, **solange jedenfalls die einer Gemeindevertretung gezogenen Grenzen des Betätigungsfeldes und die Gesetzmäßigkeit ihres Handelns gewahrt bleiben.**“

1. Feststellung des Verschwiegenheitsverstoßes

Die Feststellung des Verschwiegenheitsverstoßes verstieße gegen §§ 40, 54 III NKomVG (damals noch: §§ 25 I i.V.m. 37 III NGO), wenn der Kl. tatsächlich nicht gegen seine Verschwiegenheit verstoßen hätte. Der Kl. hat aber gegen seine Verschwiegenheitspflichten verstoßen. Das Geheimhaltungserfordernis ergibt sich aus der „**Natur der Sache**“, nämlich zum Schutz des gemeinen Wohls oder der Interessen Einzelner, wenn die Ratssitzung nichtöffentlich ist:

„Das Geheimhaltungserfordernis ergibt sich [...] daraus, dass die [...] Abstimmung [...] in nichtöffentlicher Sitzung stattgefunden hat. [...] Bei Ratssitzungen [ist] gem. § 45 I 1 NGO ein Ausschluss der Öffentlichkeit nur möglich ist, wenn das öffentliche Wohl oder berechnete Interessen Einzelner dies erfordern.“

Gegen diese Pflicht hat der Kl. verstoßen, indem er das Abstimmungsverhalten der einzelnen Ratsmitglieder („einstimmig“) offenbarte:

„Denn der Zweck der Nichtöffentlichkeit von Beratungen besteht auch und vor allem darin, dass die Gemeindevertreter ihre Auffassungen unabhängig von politischen Erwägungen allein im Interesse der Sache unbefangen und umfassend äußern können ohne Gefahr zu laufen, dass sie wegen ihrer Äußerungen oder ihres Abstimmungsverhaltens ins Licht der Öffentlichkeit gezogen werden und sich öffentlich rechtfertigen müssen.“

2. Missbilligung

Fraglich ist, ob die Missbilligung gegen das Gesetz verstößt. In Betracht kommt insoweit allein ein Verstoß gegen das aus Art. 20 III GG ableitbare, auch staatsintern geltende Willkürverbot.

a. Fehlendes Verschulden

Der Kl. meint, ihn treffe an der Pflichtverletzung kein Verschulden. Eines solchen bedarf es bei der Missbilligung aber auch nicht:

„Auf die Frage, ob der Verstoß des Klägers gegen seine Verschwiegenheitspflicht den Maßstab der groben Fahrlässigkeit er-

reicht, kommt es nicht an. Die subjektive Seite der Pflichtverletzung wäre zwar Voraussetzung für die - hier nicht erfolgte - Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens, nicht aber für die auf dem Beschlusswege erfolgte Feststellung eines (objektiven) Verstoßes gegen die Amtsverschwiegenheit und eine entsprechende Missbilligung.“

b. Ermessensfehler

Schließlich könnte die Missbilligung einen nach § 114 S. 1 VwGO überprüfbaren Ermessensfehler darstellen. Einen solchen vermag das OVG hier aber auch nicht zu erkennen:

“Der bei der Ermessensausübung zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht verletzt worden. In den gefassten Beschlüssen, die über die Ratsöffentlichkeit hinaus nicht bekannt geworden wären, wenn die Fraktionsmitglieder des Klägers hierüber keine Informationen an die Presse weitergegeben hätten, lag allenfalls eine milde Maßregelung des Klägers wegen der ihm zu Recht vorgeworfenen Pflichtverletzung.“

D. Gesamtergebnis

Die Klage ist zulässig, aber unbegründet.

FAZIT:

Die Entscheidung stellt einen idealen Prüfungsstoff dar, weil sie prozessuale Probleme mit materiellen Problemen des Kommunalrechts und des Verfassungsrechts verbindet. Ohne Detailkenntnisse des Prozessrechts zum Kommunalverfassungsstreit wäre eine solche Klausur ebensowenig zu lösen wie ohne Grundlagenkenntnisse zu Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes.

Die Prüfungsrelevanz des Falles wird weiter dadurch erhöht, dass er sich in eine ganze Kette von aufsehenerregenden Entscheidungen zu Rechten und Pflichten der Ratsmitglieder einfügt (vgl. neben der oben mehrfach zitierten Entscheidung des OVG Münster, RA 2010, 423 = NWVBI 2010, 237 zur Verschwiegenheitspflicht auch VG Neustadt a.d.W., RA 2011, 567 = NVwZ-RR 2011, 567 zur Befangenheit von Ratsmitgliedern und VG Arnsberg, RA 2008, 133 = NWVBI 2008, 113 zu Störungen in der Ratssitzung).

Problem: Zustandshaftung bei Erbbaurecht

OVG MÜNSTER, BESCHLUSS VOM 03.07.2012
2 B 748/12 (DVBL 2012, 1259)

Leitsätze:

1. Eine Bauaufsichtsbehörde kann einen Grundstückseigentümer grundsätzlich auch dann nach § 18 I 1 OVG NRW zur Gefahrenbeseitigung heranziehen, wenn daneben eine Zustandsverantwortlichkeit eines Erbbauberechtigten gem. § 18 I 1 OBG NRW analog zu bejahen wäre.
2. Die von § 18 I 1 OBG NRW (analog) abgesteckten Verantwortungssphären des Erbbauberechtigten einerseits und des Grundstückseigentümers andererseits erstrecken sich grundsätzlich entlang der Grenzen zwischen Erbbaurecht und Grundstückseigentum, können aber auch abhängig von der jeweils abzuwehrenden konkreten Gefahrenlage ineinander übergehen oder sich decken.

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall hatte ein Erbbauberechtigter eine Lagerhalle errichtet, die infolge eines Brandes vom Einsturz bedroht war. Die Ordnungsbehörde nahm den Grundstückseigentümer auf Abriss in Anspruch, dieser meinte jedoch, nicht er, sondern allein der Erbbauberechtigte sei ordnungspflichtig. Dem trat das OVG Münster entgegen:

- Zwar hatte das OVG Münster früher einmal entschieden, dass der Erbbauberechtigte Zustandsstörer analog § 18 I 1 OBG NRW sei und seine Ordnungspflicht die des Grundstückseigentümers verdränge (OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 364, 365).

- Vorliegend präzisiert das Gericht diese Rechtsprechung: Die Verantwortlichkeit des Erbbauberechtigten (und damit auch die Verdrängung der Zustandsverantwortlichkeit des Eigentümers) reiche aber nur so weit wie das Erbbaurecht selbst. Wenn also die Gefahr nicht (nur) in dem Gebäude wurzelt, an dem das Erbbaurecht besteht, sondern (auch) in dem Grundstück selbst, kann weiterhin der Eigentümer zustandsverantwortlich sein. Es ist dann eine Frage der Störerauswahl, welchen von beiden man heranzieht, wobei sich diese Auswahl nach der Effektivität der Gefahrenabwehr zu richten hat.

Am Rande erwähnt das Gericht, dass eine Gefahrenprognose aus objektiver „ex ante“-Sicht zu stellen ist, und nicht „ex post“ aus der Rückschau eines allwissenden Nachbetrachters (allg.M.).

SACHVERHALT:

Auf dem Grundstück des E in der kreisfreien Stadt S in NRW hatte der Erbbauberechtigte B unter Verwendung von asbesthaltigen Eternitplatten 1990 eine Lagerhalle errichtet, die 2011 infolge eines von Unbekannten gelegten Brandes zerstört wurde. Werden Asbestfasern freigesetzt, können diese dauerhafte Gesundheitsschäden beim Menschen verursachen. Einige Eternitplattenreste liegen bereits auf dem Grundstück verteilt, andere befinden sich noch in der Brandruine, die nach Einschätzung der Feuerwehr akut einsturzgefährdet ist. Der Oberbürgermeister O von S gibt daraufhin dem E auf, die Brandruine abzureißen und sämtliche Trümmerteile zu entfernen. E meint hingegen, allein B sei dafür verantwortlich. O erwidert unwidersprochen, B sei nach dem Brand völlig vermögenslos und könne die notwendigen Arbeiten daher nicht gewährleisten. E entgegnet, es könne doch wohl nicht sein, dass der Vermögende immer der Dumme sei; zudem sei die Sache auch für ihn „ruinös“.

Ist die Ordnungsverfügung materiell rechtmäßig?

[Anm.: Unterstellen Sie, dass zwar die Ruine der Lagerhalle tatsächlich einsturzgefährdet war, spätere Gutachten jedoch ergaben, dass eine Freisetzung von Asbestfasern aus den auf dem Grundstück herumliegenden Eternitplattenresten nicht zu befürchten war.]

LÖSUNG:

Die Ordnungsverfügung ist materiell rechtmäßig, soweit der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden ist.



Schuldrecht AT	Widerruf
Prüfungsschema und Grundlagen (58)	

§§ 355 ff.

1. Wie lautet das Prüfungsschema zum Widerruf?
2. Aus welchen Vorschriften ergibt sich eine Widerrufsmöglichkeit für den Verbraucher?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Widerruf
Rechtsfolgen (60)	

§§ 355 ff.

1. Was ist die Rechtsfolge eines wirksamen Widerrufs?
2. Auf welche Besonderheiten ist hinsichtlich dieser Rechtsfolge zu achten?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Widerruf
Prüfungsschema und Grundlagen (59)	

§§ 355 ff.

Welche unterschiedlichen Widerrufsfristen können bestehen?

Hinweis:

Seit Inkrafttreten der Neuregelungen zu den §§ 355, 491 ff. im Juni 2010 ist eine „Katalogisierung“ (insbesondere) der verschiedenen Widerrufsfristen wg. der vielen Gesetzesverweise und zu beachtenden Einzelvorschriften im Kartekartenformat fast nicht mehr möglich. Diese Karteikarte versucht dies gleichwohl, um auch hier eine schematische Hilfe zu geben, kann dabei aber nicht jeden Gesetzesverweis und jede Ausnahme berücksichtigen. So wurde z.B. auf die für die Klausur vermutlich nicht relevanten Fälle des § 355 IV S. 1 überhaupt nicht eingegangen! In der Klausur gilt daher unbedingt: Gesetz lesen!:

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



Schuldrecht AT	Widerruf
Rückforderungsdurchgriff (61)	

§§ 355 ff.

Was ist unter der Situation des Rückforderungsdurchgriffs zu verstehen?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

bei einem Widerrufsrecht aus § 495 I oder §§ 506 I, 495 I 14 Tage gem. § 355 II 1 Vss: Pflichtangaben gem. § 495 II 1 Nr. 1 iVm Art. 247 § 6 II EGBGB und gem. § 495 II 1 Nr. 2b iVm § 492 II spätestens bei Vertragsschluss	bei einem Widerrufsrecht aus §§ 312 I, 312 d I; 485 I oder § 510 14 Tage gem. § 355 II 1 Vss: Belehrung gem. § 360 I in Textform spätestens bei Vertragsschluss
1 Monat gem. § 492 VI 4 bei nicht eingehaltenen Pflichtangaben (was gem. § 494 I fast immer zur Nichtigkeit führt – daher:) und Heilung gem. § 494 II 1 Fristbeginn: § 492 VI 5	1 Monat gem. § 355 II 3 bei verspäteter aber ordnungsgemäßer Belehrung
keine Frist (nicht eigens geregelt) wenn dem Verbraucher ggü. die vorgeschriebenen Pflichtangaben nicht gemacht werden	keine Frist gem. § 355 IV 1, Fall 1 wenn der Verbraucher nicht gem. § 360 I über sein Widerrufsrecht in Textform belehrt worden ist (d.h. bei fehlerhaften Belehrung)

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Diese Frage stellt sich iRv verbundenen Verträgen. Verbundene Verträge liegen vor, wenn ein Verbraucherdarlehensvertrag der Finanzierung eines Kaufvertrages dient und die beiden Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, § 358 III S. 1. Bei dem Rückforderungsdurchgriff geht es um die Frage, ob der Käufer die bereits gezahlten Darlehensraten (Zahlung an den Verkäufer) auch von der Bank zurückverlangen kann, oder ob er sich insoweit nur an den Verkäufer halten kann. Dies ist in § 359 nicht geregelt. e.A.: Rückzahlung nur vom Verkäufer; § 359 ist abschließend und die Rückabwicklung habe innerhalb der jeweiligen Leistungsbeziehungen zu erfolgen. h.M.: § 359 ist nicht abschließend, ein Rückforderungsdurchgriff sei analog § 358 IV S. 3 möglich, d.h. die Bank tritt anstelle des Verkäufers und muss die komplette Rückabwicklung mit dem Verbraucher durchführen.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Prüfungsschema
 - a) Widerrufserklärung, § 355 I 1
 - b) Widerrufsrecht des Verbrauchers
 - c) Einhaltung der Widerrufsfrist, § 355 I, II, III
2. Widerrufsrechte des Verbrauchers
 - a) § 312 I: Haustürgeschäft
 - b) § 312 d I, § 312 b: Fernabsatzvertrag
 - c) §§ 485 I, 48 I: Teilzeit-Wohnrechtvertrag
 - d) § 495: **Verbraucherdarlehensvertrag**
 - e) §§ 506 I, 495: **Finanzierungshilfen (beachte § 506 III: Teilzahlungsgeschäfte)**
 - f) § 510: Ratenlieferungsvertrag

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Rechtsfolge
 - ⇒ Verbraucher ist gem. § 355 I 1 an seine WE nicht mehr gebunden
 - ⇒ § 357 I 1
 - ⇒ Entstehung eines Rückgewährschuldverhältnisses durch Verweis auf die §§ 346 ff.
2. Besonderheiten
 - ⇒ gem. § 357 III 1 ist ggfs. auch Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten (Ausnahme zu § 346 III 1 Nr. 3, 2. HS)
 - ⇒ gem. § 357 III 4 keine Anwendung des § 346 III Nr. 3, sofern der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden war oder hiervon anderweitig Kenntnis erlangt hatte

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT

Bürgschaft

Abgrenzung zu anderen Sicherheiten (40)

§§ 765 ff.

Was ist der Unterschied zwischen einer Realsicherheit und einer Personalsicherheit? Wo liegen jeweils die Vor- bzw. Nachteile?



SchuldR BT

Bürgschaft

Abgrenzung zu anderen Sicherheiten (41)

§§ 765 ff.

Welche Realsicherheiten kennt das BGB? Welche Personalsicherheiten kennt das BGB?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



SchuldR BT

Bürgschaft

Garantievertrag (42)

§ 765
§ 311 I

1. Ist der Abschluss eines Garantievertrages formbedürftig?
2. Welche Motivation seitens des Sicherungsgebers liegt einem Garantievertrag typischerweise zu Grunde?
3. Ist ein Garantievertrag akzessorisch oder selbständig?
4. Wie erfolgt der Regress des Garanten gegenüber dem Hauptschuldner, sofern der Sicherungsnehmer den Garanten in Anspruch nimmt?



SchuldR BT

Bürgschaft

Abgrenzung zum Schuldbeitritt (43)

§ 765
§ 311 I

1. Ist ein Schuldbeitritt formbedürftig?
2. Welche Motivation seitens des Beitretenden liegt einem Schuldbeitritt typischerweise zu Grunde?
3. Ist die Verpflichtung des Beitretenden akzessorisch oder selbständig?
4. Wie erfolgt der Regress des Beitretenden gegenüber dem Hauptschuldner?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Personalsicherheiten	Realsicherheiten
Bürgschaft Patronatsklärung Schuldbeitritt Garantieerklärung	an unbeweglichen Sachen: Grundpfandrechte
	an beweglichen Sachen: Pfandrechte Sicherungsübereignung
	an Rechten: Pfandrechte

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Grundsatz: Der Schuldbeitritt ist formfrei möglich.

Ausnahme:
Tritt ein Verbraucher einem Darlehensvertrag bei, so finden die Vorschriften der §§ 491 ff. (§§ 492, 494 BGB) Anwendung! Dies gilt selbst dann, wenn der Hauptvertrag nicht unter die §§ 491 ff. fällt, wenn also der (Haupt-) Darlehensnehmer nicht selbst auch Verbraucher ist!

2. Der Schuldbeitritt ist typischerweise (nicht zwingend!) motiviert durch ein **eigenes Interesse** des Beitretenden an der Erfüllung der Hauptschuld.
3. Die Verpflichtung des Beitretenden ist **im Zeitpunkt der Beitrittserklärung** akzessorisch, d.h. abhängig von Bestand und Höhe der Hauptforderung.
Es entsteht jedoch ein **Gesamtschuldverhältnis**.
Daher ist die Schuld des Beitretenden im **Fortbestand** (nach dem Beitritt) wg. § 425 I, II z.T. **abstrakt**.
4. Der Regress erfolgt über § 426.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Realsicherheit:

- ⇒ der Wert einer bestimmten beweglichen oder unbeweglichen Sache stellt die Sicherungsmasse dar
- ⇒ der Wert der Sicherungsmasse ist damit fest definiert und unterliegt keinen allzu großen Schwankungen (der Wert einer Sache kann sich zwar ändern, jedoch nicht abrupt und typischerweise auch nicht dergestalt, dass die Sache plötzlich gar nichts mehr wert ist)
- ⇒ die Realsicherheit bringt dem Sicherungsnehmer ein dingliches Recht an der Sicherungssache sowie das Recht, diese im sog. Sicherungsfall zu verwerten

Personalsicherheit:

- ⇒ das Vermögen einer Person stellt die Sicherungsmasse dar
- ⇒ der Wert der Sicherungsmasse unterliegt damit größeren Schwankungen als bei einer Realsicherheit, denn die Vermögenssituation einer Person kann sich sehr schnell und ggfs. auch extrem verändern
- ⇒ die Personalsicherheit bringt dem Sicherungsnehmer einen Zahlungsanspruch gegen die Person des Sicherungsgebers – er trägt also auch deren Insolvenzrisiko

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Nein – der Garantievertrag ist **formfrei**.
2. Die Garantieerklärung ist rein **wirtschaftlich** motiviert (z.B. dienen Garantieerklärungen von Banken im Zshg. mit Kreditkarten dazu, diese Zahlungsart überhaupt zu ermöglichen und letztlich daran Geld zu verdienen).
3. Der Garantievertrag ist **völlig abstrakt** und **selbständig**.
4. Der Regress gegenüber dem Hauptschuldner ist regelmäßig **vertraglich vereinbart** (z.B. im Zshg. mit Kreditkarten).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

IM ONLINESHOP



KLAUSURBLOCK 2 €

JURA INTENSIV Klausur-Block. 100 Seiten, nach aktuellen Prüfungsvorgaben gestaltet. Korrekturrand 1/3 links, Format DIN A4. Seiten liniert und gelocht.



ORDNER (SCHMAL 2,50 €, BREIT 3 €) & FALTMAPPE 2 €

DIN-A4-Ordner im „JURA INTENSIV“- Design. (4,5 cm oder 7 cm Rückenstärke)
DIN A4 Faltnappe im „JURA-INTENSIV“- Design mit Hefter und praktischem Klettverschluss. Hochwertiges Material.



DIE GESETZESTASCHE 2 €

Kleine, stabile Tragetaschen im „JURA INTENSIV“- Design. Optimal passend für den Transport von schweren Gesetzestexten. B/T/H 25cm/10,5cm/19cm.



BIB-TÜTEN 2 € (4ER PACK)

Transparente Plastiktragetasche im „JURA INTENSIV“- Design. Optimal zur Mitnahme von Lernmaterialien z. B. in die Uni-Bibliothek. 4er Pack.



USB-STICK 6 €

JURA INTENSIV USB-Stick 2.0. Kapazität: 2 GB. Farbe weiß, mit Logo. Swingmechanismus, geeignet für Schlüsselring.



KUGELSCHREIBER 1 €

Kugelschreiber mit satiniertem Gehäuse, Metallclip, Gummimanschette und blauschreibender Mine.



TWINWRITE 1,40 €

JURA INTENSIV TwinWrite: 2in1 Drehkugelschreiber mit Textmarker. Gehäuse aus Kunststoff mit Gummigriff.



LINEAL 1 €

flexibles Taschenlineal, dass sich Gesetzestexten bzw. Skripten anpasst, 16 cm.



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	AT
Arten des Verwaltungshandelns (10)	

Allg. VerwR

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

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR. BT	POR
Störerbegriffe	

Allg. POR

1. Welche Theorie wird im POR verwendet, um den Störer zu ermitteln?
2. Welche Störerbegriffe werden dabei unterschieden?
3. Welche Sonderfälle gibt es?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR BT	KommunalR
Gemeindeorgane – KVS (8)	

Allg. GO

1. Welches Verfahren bezeichnet man als „Kommunalverfassungsstreit“ (KVS)
-> Definition?

Skizziere die Prüfung der Zulässigkeit eines KVS?

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



VerwR BT	KommunalR
Gemeindeorgane – KVS (9)	

Allg. GO

Fortsetzung der vorangegangenen KK.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

Beachte: Da die aus dem Strafrecht bekannten Theorien (Äquivalenztheorie und Adäquanztheorie) nicht greifen, weil sie zu weit bzw. eng sind, muss im POR anders verfahren werden.

1. Nach h.M. kommt die sog. „**Theorie der unmittelbaren Verursachung**“ zur Anwendung.

Kausal ist danach die Handlung/Unterlassung derjenigen Person oder Sache, die unmittelbar die Gefahr setzt und damit die Gefahrenschwelle überschreitet.

Beachte: Im Rahmen des Tatbestandes wird nur derjenige geprüft, welcher **tatsächlich** Adressat der behördlichen Maßnahme ist.

2. Man unterscheidet den **Verhaltensstörer**, den **Zustandsstörer** sowie den **Nichtstörer**.

3a) In Erweiterung des Verhaltensstörers zählt auch der sog. „**Zweckveranlasser**“ zu den Verhaltensstörern. Dieser ruft das Verhalten der unmittelbaren Störer hervor
= **mittelbarer Verhaltensstörer**

3b) In Erweiterung des Zustandsstörers zählt auch der sog. „**latente Störer**“ zu den Zustandsstörern. Dabei verursacht eine Sache, für die er verantwortlich ist, erst bei Hinzutreten weiterer Umstände eine Gefahr
= **mittelbarer Zustandsstörer**

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

c) **Klagebefugnis:**

→ Auf **Grundrechte** können sich Gemeindeorgane/Teilorgane der Gemeinde grds. **nicht berufen**, da sie in ihrer **hoheitlichen Funktion** und nicht als natürliche Personen klagen. Sie können sich daher **nur auf Organrechte/organschaftliche Mitgliedschaftsrechte** stützen, z.B. § 43 I GO für die **Ratsmitglieder** oder § 41 III GO für den **Bürgermeister**.

Ausnahmsweise können sich auch Gemeindeorgane auf GR berufen, soweit sie nicht nur in ihrer organschaftlichen Stellung sondern darüber hinaus in ihrer Eigenschaft als natürliche Person betroffen sind. Das Ratsmitglied gegen den ein Ordnungsgeld verhängt wurde, muss dieses ja *aus eigener Tasche zahlen*, damit ist es auch aus Art. 2 I GG klagebefugt.

d) **Beteiligten- und Prozessfähigkeit:** Dogmatische Herleitung **strittig, im Ergebnis aber allgemein anerkannt**.

e) **Klagegegner:** *Ausnahme vom Rechtsträgerprinzip. **Klagegegner ist das Organ, gegen dessen Handeln sich der Kläger wendet.***

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Grundsätzlich kann man das **Verwaltungshandeln unterscheiden in:**

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

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

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

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

bb) Die **h.M. lehnt** hingegen einen **Eingriff ab**. Da der Bürger nicht pauschal einen Anspruch auf staatliche Leistungen habe, stelle die Ablehnung einer solchen Leistung auch keinen Eingriff dar.

Folglich genüge es, wenn das „**Ob**“ der Leistungsgewährung „**grob**“ durch das Parlament geregelt wird. **Details** können dahingegen der **Verwaltung überlassen werden** (z.B. *Detailregelungen durch Satzung*).

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG

1. Der **Kommunalverfassungsverstreit** bezeichnet eine Streitigkeit zwischen zwei Organen einer kommunalen Körperschaft (**Interorganstreit**) oder zwischen einem oder mehreren Mitgliedern eines kommunalen Kollegialorgans (**Intraorganstreit**) um die ihnen zustehenden Rechte, Befugnisse oder Kompetenzen.

2. a) **Verwaltungsrechtsweg:**

→ Nichtverfassungsrechtlicher Art: +, da die miteinander streitenden Gemeindeorgane bzw. deren Teile **keine Verfassungsorgane** sind. Auch wird die GO zwar gerne als „Kommunalverfassung“ bezeichnet, weil sie das „Grundgesetz“ der Gemeinden ist, es handelt sich jedoch nicht um Verfassungsrecht.

b) **Statthafte Klageart:** *Leistungsklage oder Feststellungsklage*

→ Besonderheit bzgl. der Merkmale eines VA: Nach h.M. **keine Außenwirkung**, da gemeindeinterne Streitigkeit. Anders evtl. bei Sanktionsmaßnahmen, für die ein Ratsmitglied persönlich haftet, insbes. Verhängung eines Ordnungsgeldes, §§ 30 I,II, VI GO iVm. §29 III GO iVm. § 43 II GO.

Sonderproblem: Ratsmitglied begehrt die Aufhebung eines Ratsbeschlusses.

Kassatorische Leistungsklage (-), weil das Gericht i.R. einer Leistungsklage nichts aufheben, sondern die Verwaltung nur zu einer Leistung verpflichten kann.

Allgemeine Gestaltungsklage (-), nicht erforderlich, weil Ratsbeschlüsse im Falle ihrer

Rechtswidrigkeit automatisch unwirksam sind, so dass es nichts aufzuheben gibt. Es genügt daher in dieser Situation die Feststellungsklage.

© JURA INTENSIV Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR AT I	Versuch
Rücktritt – Schema	

**§ 24
StGB**

Prüfungsschema Rücktritt.

Nenne alle relevanten Definitionen.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT III	Mord
Habgier / niedrige Beweggründe	

**§ 211
StGB**

1. Definiere **Habgier** und nenne Beispiele. Kann die Tat durch **Unterlassen** begangen werden?
2. Definiere **niedrige Beweggründe** und nenne Beispiele. Kann die Tat durch **Unterlassen** begangen werden?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT III	Mordmerkmale
Heimtücke - Grunddefinition	

**§ 211
StGB**

1. Was ist die Grunddefinition der **Heimtücke**?
2. Warum verlangt die ganz h.M. bei der **Heimtücke** eine **restriktive** Auslegung? Wie ist diesbezüglich der Meinungsstreit?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG



StrafR BT III	Straßenverkehr
§ 315b – Grundlagen	

**§ 315b
StGB**

Was ist ein sog. „verkehrsförderlicher Inneneingriff“? Wann ist dieser Fall in **Abgrenzung** zu § 315c anzunehmen?

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. Heimtückisch tötet, wer die Arglosigkeit und die gerade infolge der Arglosigkeit vorhandene Wehrlosigkeit des Angegriffenen bewusst zur Begehung der Tat ausnutzt und dabei in feindlicher Willensrichtung handelt.

Arglos ist, wer sich *zur Zeit des Beginns der Tötungshandlung* keines Angriffs von Seiten des Täters versieht.

Die **Wehrlosigkeit** resultiert beim Heimtückemord aus der gerade *aufgrund von Arglosigkeit* eingeschränkten oder ausgeschlossenen Verteidigungsmöglichkeit.

Keine **feindliche Willensrichtung**, wenn der Täter „zum vermeintlich Besten des Opfers“ handelt, z.B.: Mitnahmeselbstmord und Mitleidstötung.

2. Bei der o.g. Grunddefinition droht jede plötzliche Tötung als Heimtücke gewertet zu werden. Dadurch würde der Mord zum Regelfall bei den Tötungsdelikten werden. Dies ist schon vor dem Hintergrund der absoluten Strafandrohung nicht hinzunehmen. Deshalb ist eine restriktive Auslegung nötig.

BGH: „Rechtsfolgenlösung“; die analoge Anwendung von § 49 I ist aber der „letzte Ausweg“, weshalb alle anderen Möglichkeiten der Strafmilderung vorher geprüft werden müssen (z.B. Irrtum gem. § 35 II beim „Tyrannenmord“).

wohl h.L.: Zusätzlich ist ein **besonders verwerflicher Vertrauensbruch** nötig.

Stellungnahme: h.L. ist abzulehnen, da damit das Mordmerkmal „in die Familie getragen“ wird und „Meuchelmörder“ und Auftragskiller nicht erfasst werden können.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

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

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. Kein Fehlschlag („Ich will, aber kann nicht.“)

Def.: Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat davon ausgeht, dass er mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den tatbestandsmäßigen Erfolg entweder gar nicht mehr oder zumindest nicht mehr ohne zeitlich relevante Zäsur herbeiführen kann.

2. Rücktrittsverhalten

Abgrenzung § 24 I oder II StGB. Trotz mehrerer Beteiligter § 24 I, wenn Rücktritt „wie ein Mann“ oder wenn andere Beteiligte nicht am Tatort sind.

Def.: Ein Versuch ist **unbeendet**, § 24 I 1. Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat noch nicht alles zur Herbeiführung des Erfolgs Notwendige getan hat.

Def.: Ein Versuch ist **beendet**, § 24 I 2. Fall, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat bereits alles zur Herbeiführung des Erfolgs Notwendige getan hat.

3. Freiwilligkeit („Ich kann, aber will nicht.“)

Def.: Freiwillig ist ein Entschluss, wenn er Ausdruck freier Selbstbestimmung des Täters ist, dieser also noch Herr seiner Entschlüsse ist.

Das Rücktrittsmotiv muss aber nicht „ethisch hochwertig“ sein.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

1. **Def.: Habgier:** Rücksichtsloses Gewinnstreben um jeden Preis; auch um den Preis eines Menschenlebens.

Nach h.M. macht es aber keinen Unterschied, ob der Täter einen Vermögenszuwachs anstrebt oder einen Vermögensverlust verhindern will.

Welchen Wert der erstrebte Vorteil hat, spielt keine Rolle. Geld und Leben können nicht gegeneinander aufgerechnet werden, so dass die Herstellung von Wertrelationen ausscheidet. Nur dann, wenn der erstrebte Gegenstand gar keinen Vermögenswert besitzt, ist die Grenze des Anwendungsbereichs für das Mordmerkmal erreicht.

Die Tat kann durch Unterlassen begangen werden.

2. **Def.: Beweggründe sind niedrig**, wenn sie *nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe* stehen und deshalb besonders verachtenswert sind.

Argumentationsindizien:

- spontane oder geplante Tat
- „verständiges“ Motiv oder gerade nicht

Ist der Täter aus einem „verständigen“ Motiv spontan zur Tat hingerissen, scheidet der niedrige Beweggrund i.d.R. aus.

Die Tat kann durch Unterlassen begangen werden.

© Jura Intensiv Verlags-GmbH & Co. KG

A. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt nur § 61 I 2 BauO NRW in Betracht. Diese verdrängt die Generalklausel des § 14 I OBG NRW, soweit Gefahren von baulichen Anlagen ausgehen.

B. Tatbestand

Fraglich ist, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 61 I 2 BauO NRW vorliegen.

I. Bauliche Anlage

Zunächst müsste es sich bei der Gefahrenquelle um eine bauliche Anlage handeln. Eine solche ist nach § 2 I BauO NRW eine aus Bauprodukten hergestellte, mit dem Erdboden verbundene Anlage. Dies ist bei einer Lagerhalle bzw. deren Bestandteilen auch nach einem Brand der Fall.

II. Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften

Darüber hinaus müsste hinsichtlich der Instandhaltung derselben ein Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Vorschriften vorliegen.

1. Standsicherheit der Halle

Gem. § 15 I BauO muss eine bauliche Anlage standsicher sein. Dies ist bzgl. der Bauruine der Lagerhalle nicht der Fall. Somit liegt ein Verstoß gegen § 15 I BauO NRW vor.

2. Freisetzung von Asbest

Darüber hinaus könnte ein Verstoß gegen § 3 I BauO NRW vorliegen. Danach sind bauliche Anlagen so instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit oder die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet wird.

„Eine „Gefahr“ ist ein Zustand, der den Eintritt eines Schadens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt. Die Sachlage muss bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit Wahrscheinlichkeit ein geschütztes Rechtsgut schädigen.“

Eine derartige Gefahr für die Gesundheit könnte hier von den asbesthaltigen Eternitplatten ausgehen. Zwar hat sich im nachhinein herausgestellt, dass diese tatsächlich nicht gefährlich waren. Jedoch ist das Vorliegen einer Gefahr aus der Sicht eines objektiven Dritten im Zeitpunkt des Einschreitens („ex ante“) zu beurteilen:

„Ob eine solche Sachlage gegeben ist, lässt sich nur aufgrund einer Prognose beurteilen, die der zur Gefahrenabwehr Handelnde seinem Einschreiten zugrunde zu legen hat. **Diese Prognose ist auf der Grundlage der im Zeitpunkt des behördlichen Handelns zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten zu treffen. Hat der zur Gefahrenabwehr Handelnde die Lage bis zum tatsächlichen Abschluss seines Einschreitens durch den nicht mehr rückgängig zu machenden Vollzug – „ex ante“ gesehen - zutreffend eingeschätzt, durfte er mithin bis zum Abschluss seines Einschreitens vom Vorliegen einer Gefahr im Sinne eines hinreichend wahrscheinlichen Schadenseintritts ausgehen, wird die getroffene Maßnahme nicht deshalb im nachhinein rechtswidrig, weil die Prognose „ex post“ betrachtet erschüttert wird.**“

§ 61 I 1, 2 BauO NRW:

Die Bauaufsichtsbehörden haben bei der [...] Instandhaltung baulicher Anlagen [...] darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften [...] eingehalten werden. Sie haben in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

§ 2 I 1 BauO NRW:

Bauliche Anlagen sind mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen.

§ 15 I 1 BauO NRW:

Jede bauliche Anlage muss im Ganzen und in ihren Teilen sowie für sich allein standsicher sein.

§ 3 I 1 BauO NRW:

Bauliche Anlagen [...] sind so anzuordnen, zu errichten, zu ändern und instand zu halten, dass die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere Leben, Gesundheit oder die natürlichen Lebensgrundlagen, nicht gefährdet wird.

Ebenso schon OVG Münster, NWVBl. 2003, 386; DVBl. 1996, 1444; NJW 1993, 2698.

Man spricht in einem solchen Fall von einer „Anscheinsgefahr“.

§ 18 OBG NRW:

(1) Geht von einer Sache oder einem Tier eine Gefahr aus, so sind die Maßnahmen gegen den Eigentümer zu richten. [...]

(2) Die Ordnungsbehörde kann ihre Maßnahmen auch gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt richten. Sie muss ihre Maßnahmen gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt richten, wenn er diese gegen den Willen des Eigentümers oder anderer Verfügungsberechtigter ausübt oder auf einen im Einverständnis mit dem Eigentümer schriftlich oder protokollarisch gestellten Antrag von der zuständigen Ordnungsbehörde als allein verantwortlich anerkannt worden ist.

So VGH Mannheim, NJW 1998, 624, 625

Zitat aus OVG Münster, NVwZ-RR 2009, 364, 365, worauf in der hier besprochenen Entscheidung verwiesen wird.

III. Ordnungspflicht des Adressaten

E müsste ferner ordnungspflichtig sein. Mangels spezieller Regelung in der BauO NRW richtet sich dies über §§ 60 II BauO NRW i.V.m. 12 I, II OBG NRW nach den allgemeinen Regeln über die Ordnungspflicht in §§ 17-19 OBG. In Betracht kommt hier allein eine Zustandsverantwortlichkeit des E nach § 18 I 1 OBG.

1. Eigentum

E ist Eigentümer des Grundstücks, auf dem die Brandruine steht und die asbesthaltigen Eternitplatten herumliegen. Er ist somit nach dem Wortlaut des § 18 I 1 OBG NRW Zustandsstörer.

2. Überlagerung durch Erbbaurecht des B?

Fraglich ist jedoch, ob diese Verantwortlichkeit durch die Verantwortlichkeit des Erbbauberechtigten B verdrängt wird. Dies hängt davon ab, ob und wonach sich diese begründet.

a. Nach § 18 II 1 OBG NRW

Eine Ansicht hält den Erbbauberechtigten nur als Inhaber der tatsächlichen Gewalt nach § 18 II 1 OBG NRW für verantwortlich. Träfe dies zu, träte seine Verantwortlichkeit neben die des aus § 18 I 1 OBG NRW verantwortlichen Eigentümers. Dies stellt schon der Wortlaut des § 18 II 1 OBG NRW klar („kann...auch“). Ferner ergibt sich dies aus einem Umkehrschluss aus § 18 II 2 OBG NRW: Wenn die Behörde in dem dort geregelten Fall den Inhaber der tatsächlichen Gewalt statt des Eigentümers in Anspruch nehmen muss, so muss sie dies in den übrigen Fällen nicht. Vielmehr kann sie weiterhin (auch) den Eigentümer in Anspruch nehmen; dies impliziert, dass dessen Verantwortlichkeit fortbesteht.

b. Nach § 18 I 1 OBG NRW analog

Jedoch hält das OVG Münster den Inhaber eines Erbbaurechts nach § 18 I 1 OBG NRW für verantwortlich. Dieser sei zwar nicht „Eigentümer“ im Sinne des Wortlauts dieser Vorschrift; sie sei aber auf Erbbaurechtinhaber analog anzuwenden:

„Grundlage für die Inanspruchnahme der Kl. ist [...] § 18 I 1 OBG NRW. Nach dieser Vorschrift sind dann, wenn von einer Sache eine Gefahr [...] ausgeht, die Maßnahmen gegen den Eigentümer zu richten. Richtiger Adressat für die Inanspruchnahme als Zustandsstörer wegen der Illegalität eines Gebäudes auf einem mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstück ist allerdings nicht der Eigentümer des Grundstücks, sondern der Erbbauberechtigte. Dies ist hier die Kl. zu 1, denn das Bauwerk auf dem mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstück ist wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts, nicht hingegen des – im Eigentum des Erbbaugebers stehenden – Grundstücks, wie aus § 12 ErbbauRG folgt.“

Aus dem Vorstehenden ergibt sich zugleich, dass die Verantwortlichkeit des Erbbauberechtigten die des Eigentümers grds. verdrängt. Allerdings schränkt das OVG Münster dies im vorliegenden Beschluss wieder ein:

„Nimmt man [...] eine die Verantwortlichkeit des Grundstückseigentümers womöglich ausschließende, vorrangige Zustandshaftung des Erbbauberechtigten bereits nach § 18 I 1 OBG NRW (analog) an, kann diese [...] nur so weit reichen wie das Erbbaurecht. Ent-

sprechend § 18 I 1 OBG NRW kann der Erbbauberechtigte danach zustandsverantwortlich sein, wenn die Gefahr von einem Bauwerk ausgeht, das in Ausnutzung des Erbbaurechts (vgl. § 1 I ErbbauRG) auf einem Grundstück errichtet worden ist oder wenn das Erbbaurecht gemäß § 1 II ErbbauRG auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt worden ist und die Gefahr von diesem Grundstücksteil hervorgerufen wird.

Dieser Ansatz schließt eine daneben bestehende Zustandshaftung des Grundstückseigentümers indes nicht aus. Die Zustandsverantwortlichkeit betrifft Fälle, in denen die Gefahr unmittelbar mit dem Zustand einer Sache ursächlich in Verbindung steht. **Die von § 18 I 1 OBG NRW (analog) abgesteckten Verantwortungssphären des Erbbauberechtigten einerseits und des Grundstückseigentümers andererseits erstrecken sich damit grundsätzlich entlang der Grenzen zwischen Erbbaurecht und Grundstückseigentum, können aber auch abhängig von der jeweils abzuwehrenden konkreten Gefahrenlage ineinander übergehen oder sich decken.** Das zivilrechtlich durch das Erbbaurecht verselbstständigte Gebäude und das Grundstück, auf dem es errichtet ist, können sich solchermaßen ordnungsrechtlich gesehen als einheitlich zu behandelnde Gefahrenquelle darstellen. Je nachdem, ob die Gefahr unmittelbar von dem in Ausnutzung des Erbbaurechts errichteten Gebäude bzw. dem in das Erbbaurecht einbezogenen Grundstücksteil verursacht wird oder von dem Grundstück im Übrigen oder dem Grundstück in Verbindung mit dem Gebäude, sind entweder der Erbbauberechtigte, der Grundstückseigentümer oder beide nebeneinander (entsprechend) § 18 I 1 OBG NRW zustandsverantwortlich.“

Die Einsturzgefahr ging lediglich von der Bauruine aus. Stellte man nur auf diese ab, wäre also allein der Erbbauberechtigte als Verantwortlicher für das Bauwerk als Zustandsstörer i.S.d. § 18 I 1 OBG NRW anzusehen. Hier bestand aber auch eine (Anscheins-)gefahr, die von den asbesthaltigen Eternitplatten ausging. Diese befanden sich sowohl in der Bauruine als auch auf dem Grundstück. Somit ist (auch) der Grundstückseigentümer als Zustandsstörer anzusehen:

„Das VG hat zu Recht entschieden, dass [E] als Grundstückseigentümer richtiger Adressat der streitgegenständlichen Ordnungsverfügung ist. Das VG hat argumentiert, es gehe eine Gefährdung von dem Grundstück insgesamt und nicht nur von dem Bauwerk aus, weil Trümmerteile und belasteter Staub auf dem Grundstück insgesamt verteilt seien. Damit bestehe eine - wenn auch nachrangige - Zustandsverantwortlichkeit des [E].“

Somit liegen die Voraussetzungen eines Einschreitens (auch) gegen E vor.

C. Rechtsfolge

Die Bauaufsichtsbehörde trifft ihre Entscheidung gem. § 61 I 2 BauO NRW nach pflichtgemäßem Ermessen. Dabei kommt ihr sowohl ein Entschließungs- als auch ein Auswahlermessen zu.

I. Entschließungsermessen

Das Entschließungsermessen betrifft die Frage, ob überhaupt eingeschritten wird. Es ist durch die Tatbestandsmäßigkeit positiv indiziert.

Umstände, die hier ausnahmsweise etwas anderes gebieten könnten, sind auch nicht ersichtlich.

II. Auswahlermessen

Darüber hinaus hat die Bauaufsichtsbehörde ein Auswahlermessen bzgl. des Störers und des Mittels.

1. Störerauswahl

E meint, man hätte B vorrangig in Anspruch nehmen müssen. Dass B als Erbbauberechtigter zumindest auch ordnungspflichtig nach § 18 I OBG NRW ist, weil die asbesthaltigen Eternitplatten sich zum Teil noch in der Bauruine befanden, für die er die Verantwortung trägt, ergibt sich bereits aus den obigen Ausführungen. Unter mehreren Störern ist nach dem **Grundsatz des Effektivität** auszuwählen. Effektiver ist es, gegen den solventen Störer vorzugehen:

„Wie das VG ausgeführt hat, hat sich die Störerauswahl zuvörderst am Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr auszurichten. Dabei ist auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Pflichtigen zur Gefahrenbeseitigung von Bedeutung. Nach dieser Maßgabe rechtfertigt es die Störerauswahl des [E, weil B] absehbar finanziell nicht dazu in der Lage sein wird, die Beseitigungskosten zu tragen.“

2. Mittelauswahl

Das Mittel darf weder willkürlich ausgewählt werden (Art. 3 I GG), noch darf es unverhältnismäßig sein (Art. 20 III GG). Von einer willkürlichen Anordnung kann angesichts der ex ante bestehenden Gesundheitsgefahren durch Asbest keine Rede sein. Fraglich bleibt allein, ob das Mittel unverhältnismäßig, da für B „ruinös“ sein könnte. Dazu hat das OVG nur Folgendes zu sagen:

„Das Vorbringen, die Beseitigungskosten könnten für den Antragsteller ruinös sein, ist unsubstantiiert.“

D. Ergebnis

Der Bescheid ist rechtmäßig.

FAZIT:

Unbedingt merken sollte man sich den Streit über die analoge Anwendung des § 18 I OBG NRW (bzw. der entsprechenden Vorschriften in den übrigen Bundesländern) auf Erbbauberechtigte. Neu – und daher besonders examensrelevant – ist deren Verhältnis zur Haftung des Grundstückseigentümers.

Auch die Kenntnis der hier maßgeblichen Probleme mit dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Gefahrenlage (Stichworte: Anscheinsgefahr, Gefahrenverdacht, Scheingefahr) und der Störerauswahl (Stichwort: Effektivität) gehören zum unentbehrlichen Rüstzeug für ein juristisches Staatsexamen.

Dem Eigentümer mag es wie Spott vorkommen, wenn das OVG, unmittelbar nachdem es die auf absehbare Zeit fehlende Solvenz des B festgestellt hat, E auf einen Regress gegen B verweist:

„Hat der Erbbauberechtigte im Innenverhältnis zivilrechtliche Vertragspflichten gegenüber dem Antragsteller verletzt, weil er es pflichtwidrig unterlassen hat, die auf dem Grundstück errichtete Baulichkeit gegen Feuer zu versichern, ist es dem Antragsteller anheim gestellt, den Erbbauberechtigten deswegen zivilrechtlich in Regress zu nehmen.“

Auch sonst müssten wirtschaftliche Aspekte wohl hinter dem Gesundheitsschutz zurücktreten.

Problem: „Blockadetraining“ im Versammlungsrecht

OVG MÜNSTER, URTEIL VOM 18.09.2012
5 A 1701/11 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Fall untersagte die Versammlungsbehörde ein sog. „Blockadetraining“, mit dem zukünftige Blockadeaktionen gegen rechtsgerichtete Versammlungen einstudiert werden sollten. Das OVG Münster erklärte die entsprechende Auflage für rechtswidrig, obwohl § 21 VersG die Störung von Versammlungen unter Strafe stellt und § 111 StGB bereits den Aufruf zur Begehung von Straftaten pönalisiert. Das OVG meint, die Schwelle zur Strafbarkeit werde durch ein „Probetraining“ nicht überschritten, solange nicht explizit dazu aufgerufen werde, die Trainingserfahrungen auch in die Praxis umzusetzen. Allenfalls handele es sich um eine (konkludente) Gutheißung derartiger Blockaden, also die *Billigung* einer Straftat, welche im Gegensatz zum *Aufruf* zu einer Straftat aber nicht strafbar sei.

Damit setzt sich das OVG Münster in Widerspruch zur – soweit ersichtlich – bisher allg.M., die ein Verbot solcher Probekblockaden gleich unter zwei Gesichtspunkten für gerechtfertigt hält, nämlich erstens im Hinblick auf die Strafbarkeit aus § 111 StGB i.V.m. § 21 VersG, und zweitens im Hinblick auf die eigene Störungswirkung gegenüber der zu blockierenden Versammlung, denn eine solche Störung könne auch schon im Vorfeld eintreten.

SACHVERHALT:

In der Stadt A in NRW fanden in den letzten Jahren immer um den 20. April herum Versammlungen von Rechtsextremisten mit überregionaler Beteiligung statt. Hiergegen hatte sich ein breites gesellschaftliches Bündnis formiert, das die für April 2011 geplante Versammlung durch Blockade der Zufahrtswege zu verhindern plante.

Zu diesem Zweck meldete Veranstalter V für den 5. Februar 2011 ein „öffentliches Blockadetraining“ bei der zuständigen Versammlungsbehörde an. Dabei sollten Einzelheiten über Versammlungsblockaden erklärt und mit den etwa 100 erwarteten Teilnehmern praktisch eingeübt werden. Insbesondere ging es darum zu lernen, wie die Zufahrtswege zum Versammlungsort der Rechtsextremisten „friedlich“ blockiert werden können, um nicht mit der Polizei in Konflikt zu geraten.

Mit Bescheid vom 23.01.2011 untersagte das zuständige Polizeipräsidium von A das Blockadetraining. Zur Begründung führte es aus, ein derartiger Aufruf zur Blockade von Versammlungen sei strafbar und zudem geeignet, die Versammlungsfreiheit zu stören, die auch Rechtsextremisten unabhängig von ihrer Gesinnung zustehe. Ferner stehe dem Staat das Gewaltmonopol zu.

V hingegen meint, anlässlich des Blockadetrainings würde nicht zu Blockaden aufgerufen, ebensowenig wie z.B. bei einem Schießtraining zum Schießen aufgerufen werde. Vielmehr würden nur praktische Kenntnisse in diesem Bereich vermittelt. Ferner sei auch seine Meinungsfreiheit grundrechtlich geschützt, und die geplanten Blockaden bzw. deren Proben seien eine Ausprägung derselben, denn sie sollten ein wichtiges „Zeichen gegen Rechts“ setzen.

Ist die Untersagung des „öffentliches Blockadetrainings“ materiell rechtmäßig?

Leitsätze:

1. Eine öffentliche Versammlung, bei der gewaltfrei und ohne Begehung von Straftaten für eine friedliche Blockade eines nicht verbotenen Aufzugs von Rechtsextremisten trainiert wird, kann als Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung von der Versammlungs- und Meinungsfreiheit geschützt sein.

2. Unter Berücksichtigung grundrechtlicher Wertentscheidungen kann die bloße Durchführung einer derartigen Probekblockade, bei der selbst niemand behindert wird, weder als strafbare grobe Störung einer Versammlung (§ 21 VersG) noch als strafbare Aufforderung hierzu (§ 111 StGB) angesehen werden.

3. Das gilt auch dann, wenn das Training zu einer späteren echten Blockade mobilisieren soll.

4. Die Grenze zur Strafbarkeit wird erst dann überschritten, wenn die Teilnehmer einer Versammlung eine andere nicht verbotene Versammlung über eine erhebliche Dauer blockieren, ohne dass deren Teilnehmer ausweichen können.

Zur Gegenansicht, die nach wie vor als ganz h.M. zu bezeichnen ist, vgl. Ullrich, DVBl. 2012, 666, 673 m.w.N.

LÖSUNG:

Die Untersagung des „öffentliches Blockadetrainings“ ist materiell rechtmäßig, soweit der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage erfüllt und die richtige Rechtsfolge gesetzt worden ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

Als Ermächtigungsgrundlage kommt zunächst § 15 I VersG in Betracht. § 15 I VersG ist, wie seine systematische Stellung im Abschnitt III. des Versammlungsgesetzes zeigt, aber nur auf öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel anwendbar.

Dass es sich bei dem „Blockadetraining“ des V um eine Veranstaltung handelte, zu der potenziell jedermann freien Zutritt haben sollte, die also **öffentlich** war, unterliegt ebensowenig einem Zweifel wie die Tatsache, dass diese auf Straßen und Plätzen, also **unter freiem Himmel** stattfinden sollte. Zweifelhaft ist jedoch der Versammlungscharakter der Veranstaltung. Unter einer **Versammlung** i.S.d. VersG ist eine Zusammenkunft mehrerer Personen zu einem gemeinsamen Zweck zu verstehen, wobei streitig ist, wieviele Personen genau erforderlich sind und welche Anforderungen an den gemeinsamen Zweck zu stellen sind.

Bei einer Zusammenkunft von 100 erwarteten Personen nach allen Ansichten jedenfalls eine hinreichende Teilnehmerzahl vor.

Zweifelhaft bleibt der gemeinsame Zweck. Nach der engsten Ansicht muss dieser in der Teilhabe an der öffentlich-politischen Meinungskundgabe bestehen, während liberalere Ansichten irgendeine Meinungskundgabe oder gar innere Gemeinsamkeiten genügen lassen.

Ein Protest gegen Versammlungen von Rechtsextremisten beinhaltet offensichtlich eine öffentlich-politische Meinungskundgabe. Eine solche kann auch in stiller, konkludenter Form erfolgen, also auch durch eine Blockade, selbst wenn man – was eher fernliegt - unterstellte, dass deren Teilnehmer ihre Gesinnung nicht durch Rufe oder Transparente zum Ausdruck bringen würden.

Hier geht es allerdings lediglich um ein Training, also eine Vorstufe zu einer solchen Versammlung. Ob dieses seinerseits den Versammlungsbegriff erfüllt, hat das OVG Münster nicht einmal angeprüft, sondern schlicht unterstellt. Es übernimmt damit stillschweigend die nachstehenden Ausführungen der Vorinstanz, die schon im Veranstaltungsthema eine öffentlich-politische Meinungskundgabe erblickte:

„[Das] **Versammlungsthema „Blockadetraining“ [diente] dem Ziel, durch szenische, mimische und gestische Vorführen der eingeladenen Öffentlichkeit zu vermitteln, es sei eine demokratische Bürgerpflicht, Naziaufmärsche zu verhindern.“**

Vor allem aber darf das „Blockadetraining“ nicht isoliert betrachtet werden, sondern ist in das Gesamtkonzept des V einzubinden:

„Das Polizeipräsidium hat [...] zu Recht **bei der Bestimmung des Zwecks auch den Kontext einbezogen, in den [das Blockadetraining] eingebunden war, und dabei das öffentlich verkündete politische Ziel und das darauf ausgerichtete Aktionsprogramm des [V] maßgeblich berücksichtigt.** Die Versammlung am 5. Februar 2011 [war] Teil einer Kampagne, die darauf ausgerichtet war, die rechtmäßigen Demonstrationen der rechtsextremen Szene am 8. und 9. April 2011 zu verhindern. [...] Vor diesem Hintergrund hat das Polizeipräsidium nachvollziehbar die Schlussfolgerung gezogen, dass [...] sich dieser Erfolg aus der damaligen

Läge keine öffentliche Versammlung vor, käme ein Rückgriff auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts (in NRW: § 8 PolG NRW bzw. § 14 OBG NRW) in Betracht. Für öffentliche Versammlungen in geschlossenem Raum gilt § 5 VersG.

Soweit eine öffentliche Versammlung vorliegt, ist das VersG abschließend, d.h. ein Rückgriff auf landesrechtliches Polizei- und Ordnungsrecht ist gesperrt („Polizeifestigkeit der Versammlung“; str. für sog. „Vorfeldmaßnahmen“, vgl. dazu VGH München, RA 2011, 295 = BayVBl. 2011, 109).

Soweit einige Bundesländer eigene Versammlungsgesetze erlassen haben, gehen diese dem Bundesversammlungsgesetz nach Art. 125a I 2 GG vor. Dies ist in Bayern, Sachsen, Niedersachsen und Sachsen-Anhalt der Fall.

Zur nonverbalen Meinungskundgabe durch eine Versammlung: BVerfG, RA 2011, 197 = NVwZ 2011, 422; RA 2011, 387 = BayVBl 2011, 368

VG Aachen, Urteil vom 01.06.2011 - 6 K 363/11

Merke: Auch der Kontext, in dem eine Veranstaltung steht, kann ihr Versammlungscharakter verleihen.

Sicht des [V] nur realisieren ließ, wenn zuvor die Massen tatsächlich mobilisiert würden und aktiv an Blockaden mitzuwirken bereit seien. Demzufolge sei die Durchführung öffentlicher Blockadetrainings aus der damaligen Sicht des [V] zur Zweckerreichung unverzichtbar gewesen.

Eine Teilnahme an der öffentlich-politischen Meinungskundgabe liegt somit nicht erst in der späteren Blockade, sondern schon im Blockadetraining. Dieses stellt mithin nach allen Ansichten selbst eine Versammlung i.S.d. VersG dar.

B. Tatbestand

Fraglich ist also zunächst, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 I VersG erfüllt sind. Danach kann die zuständige Behörde u.a. die Versammlung verbieten, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung unmittelbar gefährdet ist. Eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung ist nicht ersichtlich. Es könnte jedoch zu Gefahren für die öffentliche Sicherheit kommen.

I. Öffentliche Sicherheit

„Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz zentraler Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum und Vermögen des Einzelnen sowie die Unversehrtheit der Rechtsordnung und der staatlichen Einrichtungen. Dabei kann in der Regel eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit angenommen werden, wenn eine strafbare Verletzung dieser Schutzgüter droht.“

II. Unmittelbare Gefahr

„Das für beschränkende Verfügungen vorauszusetzende Erfordernis einer unmittelbaren Gefährdung setzt eine Sachlage voraus, die bei ungehindertem Geschehensablauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die der Versammlungsfreiheit entgegenstehenden Interessen führt.“

III. Subsumtion

Fraglich ist, ob eine unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit in diesem Sinne vorliegt.

1. Unmittelbare Gefährdung der Rechtsordnung

Das Blockadetraining könnte zunächst gegen die Rechtsordnung verstoßen, namentlich als verbotener Aufruf zu einer rechtswidrigen Tat nach § 111 StGB i.V.m. § 21 VersG strafbar sein. Die bisher allg.M. sah dies so: Solange nicht die Versammlung der Rechtsextremen verboten ist, ist ihre Verhinderung durch Blockade strafbar nach § 21 VersG. Zwar geht es hier nicht um die Blockade, sondern „nur“ um deren Training; dieses ist aber als Aufruf zu einer Straftat über § 111 StGB ebenso strafbar. Anderer Ansicht nun das OVG Münster:

„Das Blockadetraining stellte sich nicht als Aufruf zu einer Straftat nach § 111 StGB i. V. m. § 21 VersG dar. [...] § 111 StGB erfasst als strafwürdig nur solche Äußerungen und Verhaltensweisen, die den öffentlichen Frieden konkret gefährden, weil sie ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt sind. Hierzu gehören Meinungsäußerungen, die bei dem Angesprochenen Handlungsbereitschaft auslösen, Hemmschwellen her-

Die „öffentliche Ordnung“ wurde vom OVG Münster hier nicht einmal erwähnt. In der Tat liegt ihre Verletzung so fern, dass es sich nicht lohnt, breit auf sie einzugehen, ganz abgesehen davon, dass sie nach BVerfG ohnehin kein Verbot, sondern allenfalls Auflagen rechtfertigen könnte (vgl. BVerfG, RA 2006, 385 = BayVBl 2006, 348).

Das OVG Münster zitiert hier den vom auch BVerfG vertretenen Gefahrenbegriff, vgl. BVerfG, NVwZ 2008, 671, 672; BVerfGE 69, 315, 353 f.

§ 21 VersG:

Wer in der Absicht, nichtverbotene Versammlungen oder Aufzüge zu verhindern oder zu sprengen oder sonst ihre Durchführung zu vereiteln, Gewalttätigkeiten vornimmt oder androht oder grobe Störungen verursacht, wird [...] bestraft.

§ 111 I StGB:

Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 III) zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, wird wie ein Anstifter (§ 26) bestraft.

Richtig ist, dass nur das Auffordern zu einer Straftat, nicht aber das bloße Gutheißen einer Straftat strafbar ist („Applaus ist nicht strafbar“). Letztlich kommt es also auf den Einzelfall an: Wird mit dem Blockadetraining zumindest konkludent auch zur Teilnahme an der späteren Blockade aufgerufen (dann strafbar) oder nicht? Bei lebensnaher Betrachtung dürfte ersteres allerdings die Regel sein.

Ruft ein Veranstalter (ausdrücklich oder konkludent) zu einer Blockade auf, so dürfte ihm - entgegen dem OVG Münster - auch seine Meinungsfreiheit nichts nützen, denn dass diese durch allgemeine Gesetze wie § 111 StGB beschränkbar ist, ergibt sich unmittelbar aus Art. 5 I 2 GG, und dass § 111 StGB auch einer Abwägung mit der Meinungsfreiheit standhielte (Wechselwirkungslehre des BVerfG), dürfte keinem vernünftigen Zweifel unterliegen.

Auch dies wird von der ganz h.M. anders gesehen (vgl. nur OVG Lüneburg, NdsVBl. 2011, 316; Ullrich, DVBl. 2012, 666, 673).

Ein Rückgriff auf allgemeines Polizeirecht verbietet sich wegen der „Polizeifestigkeit von Versammlungen“, wonach das VersG abschließend ist. (Ganz abgesehen davon setzte ein Einschreiten nach Polizeirecht auch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraus).

absetzen oder Dritte unmittelbar einschüchtern. **Die lediglich abstrakte Befürwortung einer Straftat ist hingegen noch nicht strafbar.**

Überdies ist § 111 StGB - wie alle Strafrechtsnormen - unter Beachtung der Wertentscheidungen der Grundrechte auszulegen und anzuwenden. Soweit die Erfüllung dieses Straftatbestands durch eine Aussage in Rede steht, die mit einem Blockadetraining auf einer Kundgebung konkludent geäußert wird, sind die Grundrechte der Versammlungsfreiheit aus Art. 8 GG und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I 1 GG maßgebend. Art. 8 I GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln. Die dadurch geschützte Teilhabe an der kollektiven Meinungsbildung im freiheitlichen Staat setzt nicht voraus, dass Meinungen sprachlich kundgegeben oder ausgetauscht werden. Dem Grundrecht unterfallen auch solche Versammlungen, bei denen die Teilnehmer ihre Meinungen zusätzlich oder ausschließlich auf andere Art und Weise, auch in Form einer Sitzblockade, zum Ausdruck bringen. Die Freiheit kollektiver Meinungskundgabe ist verfassungsrechtlich bis zur **Grenze der Unfriedlichkeit** geschützt. Unfriedlich ist eine Versammlung erst, wenn Handlungen von einiger Gefährlichkeit wie etwa aggressive Ausschreitungen gegen Personen oder Sachen oder sonstige Gewalttätigkeiten stattfinden. **Es genügt hingegen nicht, dass es zu Behinderungen Dritter kommt, seien diese auch gewollt und nicht nur in Kauf genommen. Deshalb ist es insbesondere gestattet, die Blockade als Mittel einzusetzen, um das kommunikative Anliegen, öffentliche Aufmerksamkeit für einen politischen Standpunkt zu erzielen, auf spektakuläre Weise zu verfolgen und dadurch am Prozess öffentlicher Meinungsbildung teilzuhaben.“**

2. Unmittelbare Gefährdung der Rechtsgüter Dritter

Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit könnte aber in einer Störung der Freiheit der potenziellen Teilnehmer der rechtsgerichteten Versammlung zu sehen sein, denen durch die Blockade – bzw. durch deren Training – die Teilnahme an der Versammlung erschwert bzw. unmöglich gemacht wird. § 15 I VersG fordert jedoch eine „unmittelbare“ Gefährdung, das Training stellt sich nach Ansicht des OVG Münster hingegen als lediglich mittelbarer Gefährdungsakt dar:

„Die geplante Probeblockade verstieß [...] auch nicht deshalb gegen die öffentliche Sicherheit, weil dabei Verhaltensweisen eingeübt werden sollten, die ihrerseits die öffentliche Sicherheit gefährdeten. **Jedenfalls fehlt es an einer unmittelbaren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit im Sinne von § 15 I VersG, wenn ein für sich genommen friedliches Blockadetraining [...] mehr als zwei Monate vor der geplanten Blockade stattfinden soll.** Gegenteiliges lässt sich § 2 II VersG nicht entnehmen. Der eindeutige Wortlaut verbietet nur Störungen „bei“ öffentlichen Versammlungen und Aufzügen. Damit sind Vorbereitungsmaßnahmen mehrere Wochen vor Beginn einer konkreten Versammlung ausdrücklich nicht von dem Verbot umfasst.“

Somit liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Verbot des Blockadetrainings nicht vor. Das Verbot ist materiell rechtswidrig.

Speziell für Referendare:

Problem: Zulässiges Nachholen einer Begründung

BVERWG, URTEIL VOM 13.12.2011
11 C 14/10 (NVWZ 2012, 698)

EINLEITUNG:

Nach § 114 S. 2 VwGO kann eine Behörde ihre Ermessenserwägungen noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Die Rspr. folgt daraus – soweit ersichtlich – einheitlich, dass zwar ein „**Nachchieben von Gründen**“ zulässig ist, mit denen bisher defizitäre Ermessenserwägungen ergänzt werden, nicht aber das vollständige **Nachholen einer Begründung**, wenn die Behörde also bisher überhaupt kein Ermessen ausgeübt hatte.

Im vorliegenden Fall hatte sich die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung aber erst im gerichtlichen Verfahren ergeben. Konkret war der Kläger ursprünglich gem. § 53 AufenthG in gebundener Entscheidung auszuweisen; erst während des gegen die Ausweisung angestrebten Anfechtungsprozesses wurde er als Flüchtling anerkannt, woraus der Behörde plötzlich gem. § 56 I 1 Nr. 5 i.V.m. 56 I 4 AufenthG ein Regel-Ausnahme-Ermessen erwuchs. Dieses übte sie während des laufenden Prozesses (erstmalig) aus, wobei sie bei der Ausweisung blieb. Zwei Fragen stellten sich:

1. Auf welchen Zeitpunkt kommt es für die Sach- und Rechtslage an? Diese Frage hatte das BVerwG bereits 2007 beantwortet: Gewöhnlich auf die letzte Behördenentscheidung, hier jedoch ausnahmsweise auf die letzte mündliche Verhandlung vor Gericht. Die zwischenzeitliche Anerkennung des Kl. als Flüchtling war also zu berücksichtigen.

2. Steht § 114 S. 2 VwGO auch in diesem Fall dem Nachholen einer Begründung entgegen? Diese Frage verneint das BVerwG (anders als die Vorinstanzen) nun erstmalig. Die Behörde konnte ja gar nicht anders, als erstmalig im Prozess ihr Ermessen auszuüben, weil ihr ursprünglich ein solches gar nicht eröffnet war. Ein Verstoß gegen die von § 114 S. 2 VwGO intendierte Konzentrationswirkung konnte ihr somit nicht vorgeworfen werden.

SACHVERHALT:

Der Kl., ein 1970 irakischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen seine Ausweisung. Er kam 2002 nach Deutschland. Im Mai 2006 wurde er für die Vergewaltigung einer Fünfzehnjährigen zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt, die er inzwischen verbüßt hat. Anschließend wies die bekl. Ausländerbehörde den Kl. aus, da er mit seiner Straftat die Voraussetzungen des § 53 Nr. 1 AufenthG für eine zwingende Ausweisung erfülle.

Während des hiergegen gerichteten verwaltungsgerichtlichen Klageverfahrens wurde der Kl. als Flüchtling anerkannt. Im Hinblick auf den dadurch begründeten besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 I 1 Nr. 5 AufenthG übte der Bekl. sein nunmehr nach § 56 I 4 AufenthG eröffnetes Ermessen aus, wobei er an der Ausweisung festhielt, weil der Kl. jegliche Integrationsbemühungen vermissen ließ.

Fertigen Sie ein Votum, mit dem Sie die Urteilsgründe der Entscheidung des Gerichts über die zulässige Anfechtungsklage entwerfen.

Leitsatz:

§ 114 S. 2 VwGO schließt es im Rechtsstreit um die Ausweisung eines Ausländers nicht aus, eine behördliche Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren zu treffen und zur gerichtlichen Prüfung zu stellen, wenn sich auf Grund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt. [...]

BVerwG, NVwZ 2008, 424

Vorinstanzen: VG Münster, ZAR 2010, 34; OVG Münster, NWVBI 2010, 471

§ 53 Nr. 1 AufenthG:

Ein Ausländer *wird* ausgewiesen, wenn er wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens drei Jahren verurteilt worden ist. [...]

§ 56 I Nr. 5, S. 4 AufenthG:

Ein Ausländer, der [...] die Rechtsstellung eines ausländischen Flüchtlings genießt, [...] genießt besonderen Ausweisungsschutz. [...] Liegen die Voraussetzungen des § 53 vor, so wird der Ausländer *in der Regel* ausgewiesen.

LÖSUNG:

Die zulässige Anfechtungsklage ist unbegründet. Die angefochtene Ausweisungsverfügung des Kl. ist nicht rechtswidrig und verletzt ihn demzufolge auch nicht in seinen Rechten, § 113 I 1 VwGO.

A. Ermächtigungsgrundlage

Denn sie ist von einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Zu deren Bestimmung kommt es zunächst darauf an, auf welchen Zeitpunkt man für die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts im Rahmen einer Anfechtungsklage abstellt.

I. Letzte Behördenentscheidung

So die frühere Rspr. des BVerwG, vgl. BVerwG, Buchholz 402.240 § 45 AuslG; 1990 Nrn. 5 und 8

Stellt man auf den Zeitpunkt der **letzten Behördenentscheidung** ab, so greift mit § 53 Nr. 1 AufenthG eine zwingende Ausweisung ein. Denn der Kl. war in diesem Zeitpunkt wegen der Vergewaltigung einer 15jährigen zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt, ohne dass besondere Ausweisungsschutzvorschriften zu seinen Gunsten eingriffen.

II. Letzte mündliche Verhandlung

So das BVerwG seit BVerwG, NVwZ 2008, 424

Stellt man hingegen auf den Zeitpunkt der **letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht** ab, so ist zu konstatieren, dass der Kl. zwischenzeitlich als Flüchtling anerkannt wurde, mit der Folge, dass er in den Genuss des Ausweisungsschutzes des § 56 I 1 Nr. 5 AufenthG kommt. Seine Ausweisung ist daher nicht mehr zwingend, sondern nach § 56 I 4 AufenthG „in der Regel“ zu verfügen.

III. Entscheidung

Richtigerweise ist auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen. Zitat aus BVerwG, NVwZ 2008, 424:

BVerwGE 64, 218 [221]; 78, 243 [244]

[13] Das BVerwG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass das Prozessrecht einen Grundsatz, wonach im Rahmen einer Anfechtungsklage die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes stets nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung zu beurteilen ist, nicht kennt, sondern letztlich dem materiellen Recht nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes, sondern auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen ist, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen.

In Anwendung dieser Grundsätze geht [der Senat] davon aus, dass für die Beurteilung einer gerichtlich angefochtenen Ausweisung nunmehr generell [...] auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts abzustellen ist.

[16] In diese Richtung weist auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen. Danach stellt jede Ausweisung [...] einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 I GG auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des sich im Bundesgebiet aufhaltenden Ausländers dar. Der diese Rechtsprechung tragende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spricht dafür, dass auch die Gerichte bei ihrer Entscheidung über die Anfechtung einer Ausweisung auf eine möglichst aktuelle, d.h. nicht bereits überholte Tatsachengrundlage abstellen.“

Hintergrund: Der EGMR hatte dies für Ausländer, die der EMRK unterfallen, in diversen Urteilen gefordert (z.B. EGMR, InfAuslR 2007, 325). Das BVerwG wollte erkennbar keine Ungleichbehandlung von Ausländern beim Bewertungszeitpunkt, also hat es diesen – unter Aufgabe seiner früheren Rspr. (s.o.) – für alle Ausländer nun auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung „verlegt“.

B. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Ausweisung ist zunächst formell rechtmäßig.

C. Materielle Rechtmäßigkeit

Sie ist auch materiell rechtmäßig.

I. Tatbestand

Die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Regelausweisung nach § 56 I 4 AufenthG liegen vor. Der Kl. erfüllt den Tatbestand des § 53 Nr. 1 AufenthG, denn er wurde zu einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren rechtskräftig verurteilt. Gleichzeitig kommt ihm der Schutz des § 56 I 1 Nr. 5 AufenthG zugute, weil er als Flüchtling anerkannt ist. Dies führt zu einer Regelausweisung, § 56 I 4 AufenthG.

II. Rechtsfolge

Zwar steht es im Ermessen der Behörde, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen. Im Falle des Kl. hat sie eine solche jedoch ermessensfehlerfrei i.S.d. § 114 S. 1 VwGO abgelehnt. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass die Behörde ihr Ermessen erst während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ausgeübt hat.

„[8] Gemäß § 114 S. 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. **Entgegen der Auffassung des BerGer. schließt diese Vorschrift es jedenfalls in den Fällen aufenthaltsbeendender Maßnahmen, für deren Rechtmäßigkeit es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung ankommt, nicht aus, dass die Behörde eine Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren trifft und zur gerichtlichen Prüfung stellt. Dies gilt zumindest dann, wenn sich – wie hier – auf Grund neuer Umstände die Notwendigkeit einer Ermessensausübung erst nach Klageerhebung ergibt.**

Zwar erlaubt § 114 S. 2 VwGO grds. nur das Nachschieben von (bisher defizitären) Gründen, während ein Nachholen der (kompletten) Begründung ausgeschlossen ist:

„[9] **Nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG trifft es [...] zu, dass § 114 S. 2 VwGO die prozessualen Voraussetzungen lediglich dafür schafft, dass die Behörde defizitäre Ermessenserwägungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen kann, nicht hingegen, dass sie ihr Ermessen nachträglich erstmals ausübt.**“

BVerwG, NVwZ 2007, 47; NVwZ 2008, 326

Diese Rechtsprechung bezieht sich aber nur auf Entscheidungen, deren gerichtliche Überprüfung sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung richtete, während es hier – wie erwähnt – auf die letzte mündliche Verhandlung vor Gericht ankommt:

„[9] Der in der Vorschrift angelegten prozessualen Ermächtigung der Behörde, ihre Ermessenserwägungen auch noch im gerichtlichen Verfahren zu ergänzen, ist kein generelles Verbot zu entnehmen, eine Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren zu treffen. [...] **§ 114 S. 2 VwGO erfasst demnach jedenfalls nicht die Fälle, in denen sich wegen der Zeitpunktverschiebung auf Grund während des gerichtlichen Verfahrens neu eingetretener Umstände erstmals die Notwendigkeit einer Ermessensausübung ergibt.**“

Ob § 114 S. 2 VwGO darüber hinaus auch dann eine erstmalige Ermessensausübung zulässt, wenn es von vornherein einer Ermessensentscheidung bedurfte, die Behörde dies aber verkannt hat, ließ der Senat explizit offen. (Die Begründung des Senats spricht freilich eher dagegen).

Die auf diese Weise zulässigermaßen nachgeholten Ermessenserwägungen sind auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Denn in der Begründung, der Kl. lasse keinerlei Integrationsbemühungen erkennen, liegt kein Ermessensfehler i.S.d. § 114 S. 1 VwGO. Vielmehr handelt es sich um eine sachgerechte Erwägung.

Das Votum endet mit einem Entscheidungsvorschlag, der üblicherweise dem Hauptsachetenor entspricht.

D. Entscheidungsvorschlag

Die Klage wird abgewiesen.

FAZIT:

Die vorliegende Entscheidung stellt – soweit ersichtlich – den ersten vom BVerwG anerkannten Fall eines zulässigen Nachholens einer Begründung im Rahmen des § 114 S. 2 VwGO dar. Kombiniert mit der Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage bietet er gleich zwei hochinteressante prozessuale Probleme. Diese – und nicht das wenig prüfungsrelevante Ausländerrecht – stehen hier im Vordergrund.

Selbstverständlich wird man sich neben dem Ausländerrecht auch andere Rechtsgebiete denken können, in denen eine ursprünglich gebundene Entscheidung sich in eine Ermessensentscheidung umwandelt, sei es wegen einer Gesetzesänderung, sei es wegen einer veränderten Tatsachengrundlage (Beispiele: § 15 II, III GastG; § 45 II, III WaffG). Wenn diese Veränderung dann – wie hier – noch zu berücksichtigen ist, weil der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage die letzte mündliche Verhandlung vor Gericht ist (wie dies z.B. häufig für Dauerverwaltungsakte der Fall ist), wäre die vorliegende Rechtsprechung zum Ausländerrecht auf diese Fälle zu übertragen, denn die Gründe blieben dieselben.

Neben den oben wiedergegebenen Gründen erlaubte sich das BVerwG übrigens den Hinweis, dass an die Form des Nachholens der Begründung strenge Anforderungen zu stellen sind, um Rechtsschutznachteile für den Kl. zu vermeiden. Unter anderem muss sie ihn zuvor anhören:

„[19] Die Behörde muss klar und eindeutig zu erkennen geben, mit welcher „neuen“ Begründung die behördliche Entscheidung letztlich aufrechterhalten bleibt, da nur dann der Betroffene wirksam seine Rechte verfolgen und die Gerichte die Rechtmäßigkeit der Verfügung überprüfen können. Dafür genügt es nicht, dass die Behörde bei einer nachträglichen Änderung der Sachlage im gerichtlichen Verfahren neue Ermessenserwägungen geltend macht. Sie muss zugleich deutlich machen, welche ihrer ursprünglichen Erwägungen weiterhin aufrechterhalten bleiben und welche durch die neuen Erwägungen gegenstandslos werden. [...]

Außerdem hat die Behörde auch die sonstigen gesetzlichen Verfahrensrechte des Betroffenen zu beachten, wenn sie im gerichtlichen Verfahren wegen neu eingetretener Umstände ihre Ermessenserwägungen ergänzen oder erstmals ihr Ermessen ausüben will. Sie muss dem Betroffenen daher grundsätzlich zunächst Gelegenheit geben, sich zu den neuen Tatsachen zu äußern.“

Wird der Verwaltungsakt erst durch die nachgeschobenen Gründe bzw. die nachgeholte Begründung rechtmäßig, kann der Kl. hierauf mit einer Erledigungserklärung reagieren, um der Kostenlast zu entgehen (§ 161 II VwGO), wobei er diese natürlich auch hilfsweise erklären kann, wenn er im Hauptantrag weiterhin gegen den VA vorgehen will, weil er auch die neuen Gründe für unzureichend hält.

Strafrecht

Problem: Heimtücke trotz latenter Angst des Opfers

BGH, BESCHLUSS VOM 30.08.2012
4 STR 84/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

EINLEITUNG:

Der BGH befasst sich in der vorliegenden Entscheidung mit den Voraussetzungen der Mordmerkmale der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe.

Hinsichtlich der Heimtücke betont der BGH, dass eine allgemeine Angst des Opfers vor dem Täter die für die Heimtücke erforderliche Arglosigkeit nur dann entfallen lasse, wenn das Opfer auch in der konkreten Tatsituation davon ausgeht, dass ein Angriff durch den Täter unmittelbar bevorsteht. Ein niedriger Beweggrund i.S.v. § 211 II StGB könne insbesondere darin bestehen, dass der Täter sich einer berechtigten Festnahme entziehen wolle.

§ 211 II StGB:

„Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.“

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A unterhielt über mehrere Jahre eine Beziehung zu G. Im Laufe des Jahres 2010 beendete G die Beziehung. A vermochte das Beziehungsende nicht zu akzeptieren und erschien regelmäßig in der Wohnung der G, weil er sie noch immer als seine Lebensgefährtin ansah. Bei einem Besuch drohte er, ihr den Kopf abzuschlagen. G bekam nun so viel Angst, dass sie eine neue Wohnung bezog, die ihr Onkel D ihr vermittelt hatte. Sie lebte noch immer in großer Angst vor A, der zwar nicht wusste, wo sie wohnte, aber regelmäßig Kontakt zu D aufnahm, um ihren Wohnort zu erfahren. A war lediglich bekannt, dass G in der Nähe der Wohnung des D lebte. G rechnete stets damit, dass A sie „irgendwann einmal erwischen“ würde. Sie konnte deshalb nicht mehr angstfrei vor die Tür treten und schränkte ihre Lebensführung erheblich ein.

Im März 2011 kam R, der Bruder der G, nach Deutschland. Am 02.04.2011 kauften G und R in einem Supermarkt ein. A wartete zu diesem Zeitpunkt in seinem in der Nähe geparkten Fahrzeug. Als G und R mit dem beladenen Einkaufswagen den Parkplatz des Supermarktes verließen, nahmen sie A nicht wahr. G war jedoch noch immer in erheblicher und konkreter Sorge, dass A jederzeit unvermittelt auftauchen und sie überfallen könnte. Diese Sorge war auch R bekannt und wurde von ihm ernst genommen. A fuhr, als er G und R erblickte, mit voller Beschleunigung los, um einen Zusammenstoß herbeizuführen. Dabei nahm er Verletzungen von G und R zumindest billigend in Kauf. Der Zusammenstoß sollte dazu dienen, G so außer Gefecht zu setzen, dass sie sich gegen den anschließend geplanten tödlichen Angriff nicht mehr wehren oder davonlaufen konnte. Kurz vor dem Zusammenstoß bemerkte R das rasch näher kommende Fahrzeug und erkannte A. Er warnte deshalb sofort seine Schwester. Eine Flucht war jedoch nicht mehr möglich. Der Pkw stieß gegen den Einkaufswagen. G und R wurden zu Boden geschleudert.

A verließ sogleich sein Fahrzeug und lief mit der entschicherten Pistole auf G zu, um sie zu töten. Die nur leicht verletzte G sprang auf und versuchte laut schreiend zu flüchten. Als A die G eingeholt hatte, schlug er ihr von hinten mit der Waffe auf den Kopf und drückte sie zu Boden. Anschließend richtete er die Pistole auf ihre rechte Halsseite

und betätigte mit Tötungsabsicht einer Hinrichtung gleich den Abzug. Das Projektil blieb hinter der Halsschlagader stecken. G stürzte zu Boden und blieb wimmernd liegen.

Als A unmittelbar nach dem Schuss auf G zu seinem Auto laufen wollte, wurde er von R, der G zu Hilfe eilte, in einen Zweikampf verwickelt, in dessen Verlauf A dem R in den Kopf schoss, wobei er zumindest billigend in Kauf nahm, auch ihn zu töten. Nachdem R den A losgelassen hatte und dieser nun tatsächlich zu seinem Auto laufen konnte, ergriff er mit seinem Auto die Flucht. Hierbei ging es ihm ausschließlich darum, den Tatort so schnell wie möglich zu verlassen, um einer Festnahme zu entgehen. Er rechnete damit, dass G und R an den erlittenen Schusswunden versterben würden. Diese überlebten jedoch.

Hat A sich durch die Schüsse wegen versuchten Mordes, §§ 211, 22, 23 I StGB, strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: VERSUCHTER MORD, §§ 211, 22, 23 I STGB

I. Vorprüfung

II. Tatentschluss

1. Bzgl. Tötung des Opfers
2. Bzgl. Verwirklichung objektiver Mordmerkmale (§ 211 II 2. Gruppe StGB)
3. Verwirklichung subjektiver Mordmerkmale (§ 211 II 1. und 3. Gruppe StGB)

III. Unmittelbares Ansetzen

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

V. Kein Rücktritt

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil der G

Durch den ersten Schuss könnte A sich wegen versuchten Mordes gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil der G strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Der Tod der G ist nicht eingetreten und der Mord somit nicht vollendet. Die Strafbarkeit des versuchten Mordes ergibt sich aus dessen Verbrechenscharakter, §§ 211 I, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss

1. Bzgl. Tötung der G

A hat mit Tatentschluss zur Tötung der G gehandelt.

2. Bzgl. Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals Heimtücke

A könnte sich vorgestellt haben, G heimtückisch zu töten.

„a) [12] **Heimtückisch handelt, wer die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit seines Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Arglos ist das Opfer, wenn es bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs nicht mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet.**

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

Zur Arglosigkeit:
BGHSt 32, 382, 383 f.; BGH, NStZ-RR 2004, 14, 16

Heimtückisch tötet auch, wer sein ahnungsloses Opfer zunächst nur mit Körperverletzungsvorsatz angreift, dann aber unter bewusster Ausnutzung des Überraschungseffekts unmittelbar zur Tötung übergeht und es dem Opfer nicht mehr möglich ist, sich Erfolg versprechend zur Wehr zu setzen, sodass die hierdurch geschaffene Situation bis zur Tötungshandlung fort dauert. Lauert der Täter seinem ahnungslosen Opfer auf, um an dieses heranzukommen, kommt es nicht mehr darauf an, ob und wann es die von dem ihm gegenüber tretenden Täter ausgehende Gefahr erkennt. **Eine auf früheren Aggressionen beruhende latente Angst des Opfers hebt seine Arglosigkeit erst dann auf, wenn es deshalb im Tatzeitpunkt mit Feindseligkeiten des Täters rechnet.** Die Rechtsprechung hat daher auch bei Opfern, die aufgrund von bestehenden Konfliktsituationen oder früheren Bedrohungen dauerhaft Angst um ihr Leben haben, einen Wegfall der Arglosigkeit erst dann in Betracht gezogen, wenn für sie ein akuter Anlass für die Annahme bestand, dass der ständig befürchtete schwerwiegende Angriff auf ihr Leben oder ihre körperliche Unversehrtheit nun unmittelbar bevorsteht.

b) [13] Nach den Feststellungen hatte die Nebenklägerin G den in seinem Pkw wartenden Angeklagten bis wenige Sekunden vor der Tat nicht bemerkt. Ihre Befürchtung, der Angeklagte werde sie ‚irgendwann einmal erwischen‘, beruhte auf vorangegangenen, zum Teil mehrere Monate zurückliegenden Todesdrohungen und dem Wissen um Nachstellungen des Angeklagten im Umfeld ihrer Wohnung. Umstände, die zu einer auf die Tatsituation bezogenen Aktualisierung und Konkretisierung dieser Befürchtung geführt haben, lassen sich den Feststellungen nicht entnehmen. Die Tatsache, dass die Nebenklägerin von dem auf ihr Leben gerichteten Angriff getroffen wurde, als sie mit ihrem gefüllten Einkaufswagen das belebte Gelände eines Supermarktes verließ, legt die Annahme nahe, dass sie sich jedenfalls in diesem Moment keines konkreten Angriffs von Seiten des Angeklagten versah und in einer hilflosen Situation überrascht wurde. Nach dem mit Verletzungsvorsatz geführten überraschenden Angriff mit dem Pkw war der Nebenklägerin zwar noch eine kurze Flucht möglich, doch vermochte sie sich aufgrund der Kürze der ihr verbleibenden Reaktionszeit dem mit Tötungsvorsatz nachsetzenden Angeklagten nicht mehr zu entziehen oder wirkungsvolle Gegenmaßnahmen zu ergreifen.“

Heimtücke bei Übergang vom Körperverletzungs- zum Tötungsdelikt: BGH, NStZ-RR 2012, 245; NStZ 2009, 264; 2009, 29, 30; 2006, 502, 503

Kein Ausschluss der Arglosigkeit trotz latenter Angst des Opfers: BGHSt 39, 353, 368; BGH, NStZ 2010, 450, 451; NStZ-RR 2004, 14, 15 f.

Da A diese Umstände bekannt waren, wusste er somit um die Arg- und Wehrlosigkeit der G und wollte diese auch zu deren Tötung ausnutzen. Er hatte also Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung der G.

3. Verwirklichung des subjektiven Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe

A könnte zudem aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben.

„a) [15] **Aus niedrigen Beweggründen tötet, wer sich maßgeblich von einem oder mehreren Handlungsantrieben leiten lässt, die nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb verwerflich sind.** Ob dies der Fall ist, muss im Einzelfall auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren Faktoren beurteilt werden, die für die Motivbildung von Bedeutung waren. **Beruhet die Tötung auf Gefühlsregungen wie Wut, Zorn oder Verärgerung, denen jedermann mehr oder we-**

Zu niedrigen Beweggründen: BGH, NJW 2006, 1008, 1011; StV 2001, 228, 229

niger stark erliegen kann, kommt es für die Beurteilung auf die zugrunde liegende Gesinnung des Täters an.

b) [16] Das Landgericht hat sich mit der Grundhaltung des Angeklagten, die seiner Wut über das Verlassenwerden zugrunde lag, nicht erkennbar auseinandergesetzt. Auch im Übrigen fehlt es an der erforderlichen Gesamtwürdigung. Nach den Feststellungen ging der Angeklagte davon aus, dass die Nebenklägerin zu ihm gehöre und – wie auch die gemeinsamen Kinder – zu tun habe, was er wünsche. [...] Der direkte Tötungsvorsatz und die ‚hinrichtungsgleiche‘ Tatausführung deuten darauf hin, dass es dem Angeklagten vornehmlich darum ging, seine Wut in einer Bestrafung der Nebenklägerin abzureagieren. Bei dieser Sachlage hätte erörtert werden müssen, ob die tatauflösende Gefühlsregung des Angeklagten auf einer Grundhaltung beruhte, die durch eine ungehemmte Eigensucht, exklusive Besitzansprüche und eine unduldsame Selbstgerechtigkeit gekennzeichnet ist. Eine solche Grundhaltung steht nach allgemeiner sittlicher Bewertung auf tiefster Stufe.“

A hat also aus niedrigen Beweggründen gehandelt.

III. Unmittelbares Ansetzen

Spätestens mit Abgabe des Schusses hat A i.S.v. § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestandes angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

Da A nach Abgabe des Schusses dachte, er habe alles zur Tötung der G Erforderliche getan, handelt es sich um einen beendeten Versuch. A hätte deshalb, um zurückzutreten, die Vollendung verhindern müssen, § 24 I 2 2.Fall StGB, oder sich zumindest ernsthaft hierum bemühen müssen, § 24 I 2 StGB. Dies ist jedoch nicht der Fall, so dass A auch nicht zurückgetreten ist.

VI. Ergebnis

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

B. Strafbarkeit gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des R

Durch den zweiten Schuss könnte A sich wegen Mordversuchs gem. §§ 211, 22, 23 I StGB zum Nachteil des R strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

R ist nicht gestorben und der Mord somit nicht vollendet. Der versuchte Mord ist auch strafbar (s.o.).

II. Tatentschluss

1. Bzgl. Tötung des R

A hatte auch Tatentschluss zur Tötung des R.

2. Bzgl. Verwirklichung des objektiven Mordmerkmals Heimtücke

„Einen versuchten Heimtückemord hat das Landgericht im Ergebnis zutreffend verneint. Der Nebenkläger R war nach den Feststellungen im Zeitpunkt der Schussabgabe auf ihn weder arg- noch

Unmittelbares Ansetzen i.S.v. § 22 StGB ist gegeben, wenn der Täter die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet und Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollen und deshalb das geschützte Rechtsgut nach der Tätersvorstellung bereits konkret gefährdet ist (BGH, NStZ 2007, 336; Fischer, § 22 Rn. 10)

wehrlös. Der anfängliche Überraschungseffekt wirkte nicht mehr fort.“

A kannte diese Umstände, sodass er keinen Tatentschluss zu einer heimtückischen Tötung des R hatte.

3. Verwirklichung des subjektiven Mordmerkmals der niedrigen Beweggründe

A könnte auch bzgl. der Tötung des R aus niedrigen Beweggründen gehandelt haben.

„a) [19] **Ein niedriger Beweggrund kann auch gegeben sein, wenn sich der Täter zur Tötung eines Menschen entschließt, um sich einer berechtigten Festnahme zu entziehen und ungehindert entkommen zu können. Dieser Tatantrieb muss in aller Regel ebenso beurteilt werden, wie die in § 211 Abs. 2 StGB ausdrücklich hervorgehobene Verdeckungsabsicht, weil es dem Täter in beiden Fällen darum geht, sich seiner Verantwortung für begangenes Unrecht unter Inkaufnahme des Todes eines Menschen zu entziehen.**

b) [20] Nach den Feststellungen wurde der Angeklagte nach dem Schuss auf die Nebenklägerin G durch den Nebenkläger R daran gehindert, unverzüglich mit seinem Auto zu fliehen. Als er sich aus dieser Lage mit dem Schuss in das Gesicht des Nebenklägers befreit hatte, verließ er – wie von vorneherein geplant – fluchtartig den Tatort.“

Es ist somit davon auszugehen, dass sich A den Fluchtweg mit Tötungsvorsatz freischießen wollte und deshalb bei der Abgabe des zweiten Schusses aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat.

III. Unmittelbares Ansetzen

Zur Tötung des R hat A spätestens mit der Abgabe des Schusses unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

A dachte nach dem Schuss, dass er alles Erforderliche zur Tötung des R getan habe, sodass auch insofern ein beendeter Versuch gegeben ist. Auch hier fehlen somit die für einen Rücktritt erforderlichen freiwilligen Rettungsbemühungen des A.

VI. Ergebnis

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

C. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Beide Mordversuche wurden im Rahmen eines einheitlichen Geschehens begangen und stehen deshalb in Tateinheit, § 52.

FAZIT:

Eine lesenswerte Entscheidung zu klassischen Problemen der Mordmerkmale der Heimtücke und der niedrigen Beweggründe. Interessant sind vor allem die vom BGH angesprochenen Parallelen von Verdeckungsabsicht und den bei der Absicht zur Ermöglichung einer Flucht gegebenen niedrigen Beweggründen.

Ein Handeln des Täters „um eine andere Straftat zu verdecken“ hat der BGH nicht geprüft, da A von Anfang an mit dem zielgerichteten Willen gehandelt hat, zumindest R – wenn auch vielleicht nicht durch die erste Handlung (das Anfahren) – zu töten. Deshalb stellen die Delikte, die A vor dem Schuss auf R begangen hat, keine „andere Tat“ dar (vgl. BGH, StV 2001, 553; 2004, 598 f.; NSTZ-RR 2009, 239).

Zu niedrigen Beweggründen bei Absicht zur Ermöglichung einer Flucht: BGHSt 37, 289, 291; BGH, StV 2000, 74, 75; Fischer, § 211 Rn. 22

Problem: Konkrete Gefahr i.S.v. § 315b I StGB

BGH, BESCHLUSS VOM 25.10.2012
4 STR 346/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 315b StGB:

„(1) Wer die Sicherheit des Straßenverkehrs dadurch beeinträchtigt, daß er

1. Anlagen oder Fahrzeuge zerstört, beschädigt oder beseitigt,
2. Hindernisse bereitet oder
3. einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff vornimmt,

und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren [...] bestraft. [...]

(3) Handelt der Täter unter den Voraussetzungen des § 315 Abs. 3, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren [...].“

§ 315 III StGB:

„Auf Freiheitsstrafe [...] ist zu erkennen, wenn der Täter

1. in der Absicht handelt,
- a) einen Unglücksfall herbeizuführen [...].“

EINLEITUNG:

Neben der Prüfung des unmittelbaren Ansetzens sowie eines fehlgeschlagenen Versuchs beim Versuch eines Tötungsdeliktes befasst sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung vor allem mit den Anforderungen an die Vollendung von § 315b I StGB.

Der BGH betont insofern in Fortführung seiner ständigen Rechtsprechung, dass der Eintritt der für die Vollendung von § 315b I StGB erforderlichen konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert erst dann gegeben sei, wenn es zumindest zu einer kritischen Situation im Sinne eines „Beinahe-Unfalls“ kommt.

SACHVERHALT:

Der Angeklagte A und die N waren seit Ende 2010 befreundet und empfanden tiefe, intensive Gefühle füreinander. Die Beziehung wurde jedoch schließlich von N beendet. In der Folgezeit entwickelte A immer heftigere Rachegefühle und fand zunehmend Gefallen an einem englischsprachigen Liedtext eines Rappers, der von der Tötung einer Ex-Freundin handelte.

Am späten Abend des 30.06.2011 fuhr A mit dem VW Polo seines Stiefvaters in Begleitung von P und F zu einer Diskothek und stellte das Fahrzeug – vorwärts einparkend – im Parkflächenbereich in der ersten oder zweiten Haltebucht ab, die rechts neben der Ein- und Ausfahrt liegt. Kurz nach Mitternacht traf A auf N, die die Diskothek in Begleitung des T verließ. In unmittelbarer Nähe des geparkten Fahrzeugs kam es zu einer erneuten Auseinandersetzung zwischen A und N mit wechselseitigen Beschimpfungen und Beleidigungen. Schließlich versetzte N dem A eine Ohrfeige und beschloss wegzugehen. A setzte sich ans Steuer seines Fahrzeugs, in dem auch P und F Platz nahmen. Er beobachtete, wie sich N in Richtung der Ein-/Ausfahrt wandte. Voller Wut und Verzweiflung entschloss er sich in diesem Augenblick, N zu töten, was er gegenüber seinen Begleitern mit den Worten ankündigte „Ich bring sie um“. Demgemäß startete er – während N die ersten Schritte in Richtung der Ein-/Ausfahrt machte – den Motor und fuhr sogleich an, um sie rückwärtsfahrend umzufahren und hierdurch zu Tode zu bringen. Als P dies erkannte, packte er A sofort mit den Worten „Bist du bescheuert? Du hast sie nicht mehr alle!“ so heftig und unvermittelt am Arm, dass er ihn hierdurch am Weiterfahren hinderte. Nach einem starken Ruckeln stand das Fahrzeug sogleich wieder still. Zu diesem Zeitpunkt befand sich das Fahrzeugheck – ohne Fahrtrichtungsänderung – nur kurz hinter der Parkbucht. Nunmehr trat T an das stehende Fahrzeug heran und verwickelte A in ein Gespräch. In der Zwischenzeit hatte N über die Ein-/Ausfahrt bereits das Parkgelände verlassen und befand sich – für A nicht einsehbar – auf dem Bürgersteig.

Hat A sich wegen der Begehung von Verbrechen strafbar gemacht?

[Anm.: § 211 StGB ist nicht zu prüfen.]

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

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

LÖSUNG:

A. Strafbarkeit gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB

Dadurch, dass A mit dem Pkw rückwärts auf N zufuhr, könnte er sich wegen versuchten Totschlags gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

N ist nicht gestorben, sodass die Tat nicht vollendet ist. Totschlag ist ein Verbrechen, § 212 I, 12 I StGB, sodass der Versuch gem. § 23 I StGB strafbar ist.

II. Tatentschluss

A hatte den Willen, N durch seine Handlung zu töten und somit Tatentschluss zur Begehung eines Totschlags.

III. Unmittelbares Ansetzen

„[13] Das Handeln des Angeklagten hat auch bereits die Schwelle zum Versuch (§§ 212 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB) überschritten.

[14] **Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt (§ 22 StGB).** Dafür ist nicht erforderlich, dass der Täter bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. **Es genügt, dass er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden, die mithin – aus der Sicht des Täters – das geschützte Rechtsgut in eine konkrete Gefahr bringen. Dementsprechend erstreckt sich das Versuchsstadium auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschreitet und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht.** Nach diesem Maßstab hat der Angeklagte, als er in Tötungsabsicht mit seinem Pkw rückwärts auf die Nebenklägerin zufuhr, die

Zu den Anforderungen an das unmittelbare Ansetzen i.S.v. § 22 StGB: BGH, NStZ 2004, 38, 38 f.; Fischer, § 22 Rn. 10

Schwelle zum ‚jetzt geht es los‘ überschritten und hierdurch unmittelbar zur Verwirklichung seines Tötungsvorhabens angesetzt. Denn zwischen ihm und der Nebenklägerin befand sich kein Hindernis mehr, sodass er das Tatopfer nach seiner Vorstellung aus der Parkbucht heraus ohne weitere Zwischenakte ‚in einem Zug‘ überfahren konnte.“

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

Zum Ausschluss des Rücktritts beim fehlgeschlagenen Versuch: BGH, NStZ-RR 2012, 239, 240; NStZ 2009, 628; 2007, 399, 2005, 263, 264

In der Literatur wird der fehlgeschlagene Versuch teilweise nicht als eigene, den Rücktritt ausschließende, Fallgruppe angesehen, sondern als Problem der Freiwilligkeit (Fahl, JA 2003, 757, 762; Schroeder, NStZ 2009, 9, 12).

„[15] Hinsichtlich des Geschehens auf dem Parkplatz der Diskothek liegt ein fehlgeschlagener Versuch vor, bei dem ein strafbefreiender Rücktritt von vorneherein ausscheidet. [...]

[16] **Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen nahe liegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont).** Wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt erkennt oder die subjektive Vorstellung hat, dass es zur Herbeiführung des Erfolgs eines erneuten Ansetzens bedürfte, etwa mit der Folge einer zeitlichen Zäsur und einer Unterbrechung des unmittelbaren Handlungsfortgangs, liegt ein Fehlschlag vor. Nach diesen Grundsätzen ist hier von einem Fehlschlagen des Versuchs auszugehen. Objektiv hat der festgestellte Geschehensablauf auf dem Parkplatzgelände durch das Eingreifen des Zeugen P, das den abrupten Stillstand des Tatfahrzeugs zur Folge hatte und nach dem Hinzutreten des Zeugen T dazu führte, dass die Nebenklägerin sich aus dem Sichtfeld des Angeklagten entfernen konnte, eine Zäsur erfahren. Durch das Eingreifen der Zeugen P und T war der Angeklagte gehindert, der Nebenklägerin nachzusetzen und den angestrebten Taterfolg ohne zeitliche Zäsur doch noch herbeizuführen.“

Ein Rücktritt des A scheidet also aufgrund des Fehlschlags aus.

VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 212 I, 22, 23 I StGB.

B. Strafbarkeit gem. §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a StGB

Durch das Losfahren mit dem Pkw könnte A sich auch wegen qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a StGB strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

A müsste zunächst den Tatbestand des Grunddelikts, § 315b I Nr. 3 StGB, verwirklicht haben.

1. Tathandlung

a. Anwendbarkeit des Tatbestandes

§ 315b I Nr. 3 StGB erfasst grundsätzlich nur Eingriffe von außen in den Straßenverkehr. Bei der Tathandlung des A handelt es sich ei-

gentlich um ein „Ausparken“, also eine Handlung innerhalb des Straßenverkehrs. Teilnehmer am Straßenverkehr genießen jedoch eine Privilegierung insofern als auf ihr Verhalten grundsätzlich nicht der weite Tatbestand des § 315b I Nr. 3 StGB anzuwenden ist, sondern der sehr viel engere Tatbestand des § 315c I StGB. Somit ist fraglich, ob der Tatbestand des § 315b I Nr. 3 StGB auf das Verhalten des A überhaupt Anwendung finden kann.

Die tatbestandliche „Sperwirkung“ des § 315c I StGB wird bei verkehrswidrigen Verhaltensweisen durchbrochen, wenn der Verkehrsteilnehmer den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr „pervertiert“ (sog. verkehrsfremder Inneneingriff). Ein solcher verkehrsfremder Inneneingriff liegt vor, wenn der Täter sein Fahrzeug in verkehrsfremder Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt und dieses mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz missbraucht. A hat im Tatzeitpunkt sein Fahrzeug nicht als Fortbewegungsmittel sondern als Tötungswerkzeug verwendet und es somit in verkehrsfremder Einstellung bewusst zweckentfremdet. Da er auch mit Tötungs- und somit mit Schädigungsvorsatz handelte, stellt sein Verhalten einen verkehrsfremden Inneneingriff dar, sodass § 315b I Nr. 3 StGB hierauf anwendbar ist.

Zur Anwendbarkeit von § 315b I Nr. 3 StGB beim verkehrsfremden Inneneingriff: BGHSt 48, 233, 237 f.; BGH, NSTZ 2010, 391, 392; 2009, 100, 101; Fischer, § 315b Rn. 8a, 9a; Obermann, NSTZ 2009, 539

b. Ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff

Das gezielte Zufahren auf N, um diese zu töten, stellt einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff dar wie die in § 315b I Nr. 1 und 2 StGB genannten Tathandlungen.

2. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

Da es sich bei dem für jedermann zugänglichen Parkplatz der Diskothek um öffentlichen Verkehrsraum handelt und für die Verkehrsteilnehmerin N infolge der Handlung des A eine gefahrlose Teilnahme am Straßenverkehr nicht mehr möglich war, wurde die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigt.

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

Es müsste zu einer konkreten Gefährdung von Leib und Leben der N gekommen sein.

„[17] Die Feststellungen des Landgerichts belegen nicht die für die Annahme einer Tat nach § 315 b Abs. 1 Nr. 3 [...] StGB vorausgesetzte Herbeiführung einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder eine fremde Sache von bedeutendem Wert. [...]“

[18] Durch das Eingreifen des Zeugen P kam das vom Angeklagten geführte Kraftfahrzeug unmittelbar nach dem Anfahren abrupt wieder zum Stillstand, während die Nebenklägerin ‚die ersten Schritte Richtung Ein-/Ausfahrt machte‘. Bei seiner polizeilichen Vernehmung hat der Angeklagte angegeben, die Nebenklägerin sei etwa zehn Meter entfernt gewesen, als er losgefahren sei. Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist somit der tatbestandliche Erfolg, nämlich eine **konkrete Gefährdung im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB**, nicht eingetreten. Dass der bewusst zweckwidrige Einsatz des Fahrzeugs bereits zu einer **kritischen Situation im Sinne eines ‚Beinahe-Unfalls‘** geführt hat, ist durch die Feststellungen nicht belegt.“

Zu den Anforderungen an eine konkrete Gefahr i.S.v. § 315b I StGB: BGH, RA 2012, 298, 299 f. = NSTZ-RR 2012, 185 186; NSTZ 2010, 572, 573

Auch eine konkrete Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert ist nicht festzustellen, sodass die für die Vollendung von § 315b I StGB erforderliche konkrete Gefahr fehlt.

II. Ergebnis

A ist nicht strafbar gem. §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a StGB.

C. Strafbarkeit gem. §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a, 22, 23 I StGB

A könnte sich aber durch das Losfahren wegen versuchten qualifizierten Eingriffs in den Straßenverkehr gem. §§ 315b I Nr. 2, III, 315 III Nr. 1a, 22, 23 I StGB strafbar gemacht haben.

I. Vorprüfung

Die Tat ist nicht vollendet (s.o.). Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus dem Verbrechenscharakter der Qualifikation, §§ 315b III, 12 I StGB, i.V.m. § 23 I StGB.

II. Tatentschluss

1. Bzgl. des Grunddelikts: § 315b I Nr. 3 StGB

a. Bzgl. Tathandlung

A wollte N gezielt mit dem Pkw überfahren, stellte sich also eine Tathandlung vor, die als verkehrsfremder Inneneingriff einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff i.S.v. § 315b I Nr. 3 StGB darstellen würde (s.o.).

b. Bzgl. Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs

A wollte auch im Bereich des öffentlichen Straßenverkehrs die Verkehrsteilnehmerin N gefährden und so die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigen.

c. Bzgl. dadurch erfolgender konkreter Gefahr für Leib oder Leben eines Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

aa. Bzgl. Eintritts einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert

A wollte durch seine Handlung den Tod der F herbeiführen, hatte also als „wesensgleiches Minus“ auch den Willen, ihr Leben konkret zu gefährden.

bb. Bzgl. Kausalität und Zurechnungszusammenhang

A stellte sich die Kausalität seiner Handlung für die Gefahr sowie die für den i.R.v. § 315b I StGB erforderlichen Zurechnungszusammenhang maßgeblichen Umstände vor.

cc. Bzgl. Vorliegens einer verkehrsspezifischen Gefahr

A stellt sich vor, dass N durch die Bewegungsenergie des von ihm gesteuerten Pkw gefährdet würde, was eine verkehrsspezifische Gefahr darstellt.

2. Bzgl. der Qualifikation: §§ 315b III, 315 III Nr. 1a StGB

A könnte auch in der gem. §§ 315b III, 315 III Nr. 1a StGB qualifizierend wirkenden Absicht gehandelt haben, einen Unglücksfall herbeizuführen.

Ein Unglücksfall i.S.v. § 315 III Nr. 1a StGB ist ein plötzlich eintretendes Ereignis, das erhebliche Schäden an Personen oder Sachwerten herbeiführt. A hatte die Absicht, durch ein – zumindest für das Opfer N – plötzliches Ereignis deren Tod herbeizuführen, sodass er die qualifizierende Absicht aufwies.

Zum Unglücksfall i.S.v. § 315 III Nr. 1a StGB: BGH, NZV 1992, 325, 326; Fischer, § 315 Rn. 22

III. Unmittelbares Ansetzen

Spätestens im Zeitpunkt des Losfahrens hat A die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschritten und eine Handlung vorgenommen, die nach seiner Vorstellung ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden sollte. Somit hat er auch unmittelbar angesetzt.

IV. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

V. Kein Rücktritt

A war sich dessen bewusst, dass er insbesondere aufgrund des Eingreifens von P und T auch die Tat gem. § 315b I StGB nicht mit den zur Verfügung stehenden Mitteln würde vollenden können. Somit ist auch dieser Versuch fehlgeschlagen und ein Rücktritt des A deshalb ausgeschlossen.

VI. Ergebnis

A ist strafbar gem. §§ 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a, 22, 23 I StGB.

D. Konkurrenzen und Gesamtergebnis

Der Totschlagsversuch und der Versuch des qualifizierten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr wurden durch dieselbe Handlung verwirklicht. Da diese Delikte jedoch unterschiedliche Rechtsgüter schützen, bleiben sie in Tateinheit, § 52 StGB, nebeneinander bestehen. A ist strafbar gem. §§ 212 I, 22, 23 I; 315b I Nr. 3, III, 315 III Nr. 1a, 22, 23 I; 52 StGB.

FAZIT:

Der vorliegende Sachverhalt enthält mehrere Punkte, die in Examenklausuren immer wieder anzusprechen sind.

Zum einen geht es um die klassischen Versuchsprobleme des unmittelbaren Ansetzens und des fehlgeschlagenen Versuchs. Diese löst der BGH in der vorliegenden Entscheidung in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung, sieht also insbesondere im Fehlschlag eine selbstständige Fallgruppe und keine Frage der Freiwilligkeit. Auch folgt der BGH hinsichtlich der Voraussetzungen für einen Fehlschlag weiter der Gesamtbetrachtungslehre und nicht etwa der Einzelaktstheorie, die einen Fehlschlag deutlich früher annimmt.

Im Rahmen von § 315b I StGB spricht der BGH das Problem der Anwendbarkeit des Tatbestandes bei Handlungen im Straßenverkehr nicht an (obwohl dies durchaus angezeigt wäre). Er beschränkt sich auf Ausführungen zu den Anforderungen an den Eintritt der für die Vollendung von § 315b I StGB erforderlichen konkreten Gefahr. Auch hier bleibt der 4. Senat der bisherigen Rechtsprechung treu und verlangt insofern zumindest den Eintritt eines „Beinahe-Unfalls“.

Einzelaktstheorie zum fehlgeschlagenen Versuch: Schönke/Schröder-Eser, § 24 Rn. 19 f.; Frister, AT, 24/16

Problem: § 316a I StGB bei Angriff auf Beifahrer

BGH, BESCHLUSS VOM 22.08.2012
4 STR 244/12 (BISHER UNVERÖFFENTLICHT)

§ 316a I StGB:

„Wer zur Begehung eines Raubes (§§ 249 oder 250), eines räuberischen Diebstahls (§ 252) oder einer räuberischen Erpressung (§ 255) einen Angriff auf Leib oder Leben oder die Entschlußfreiheit des Führers eines Kraftfahrzeugs oder eines Mitfahrers verübt und dabei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausnutzt, wird [...] bestraft.“

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Beschluss befasst sich der BGH mit der Frage, wann ein Angriff auf einen Beifahrer unter Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs i.S.v. § 316a I StGB erfolgt.

Der BGH führt aus, dass dies grundsätzlich vorliege, wenn der Angriff während der Teilnahme am fließenden Verkehr erfolge, bei einem Angriff nach einem nicht verkehrsbedingten Halt jedoch nicht selbstverständlich sei.

SACHVERHALT:

Die Angeklagten K, M und Q befanden sich mit G im Pkw des Q auf einer Fahrt durch L. Q saß am Steuer. Die Angeklagten warfen G während der Fahrt vor, seine frühere Freundin belästigt und seinen Hund vernachlässigt und geschlagen zu haben. Während der Fahrt begann M, den G nach entsprechender Aufforderung durch Q mit Faustschlägen in das Gesicht und auf den Oberkörper zu misshandeln. Auch K schlug G während der Fahrt mindestens einmal mit der Faust in das Gesicht. Noch bevor die Angeklagten ihr endgültiges Ziel, einen Parkplatz, erreicht hatten, zog K schwarze Lederhandschuhe an und forderte G nach einem Halt des Fahrzeugs in einem Wohngebiet mit Billigung seiner Mittäter auf, seine Taschen zu leeren. Aus Angst vor weiteren Schlägen holte dieser aus seinen Taschen ein schwarzes Mobiltelefon, eine ungeöffnete Zigarettenschachtel, einen Schlüsselbund mit seinen Wohnungs- und Haustürschlüsseln sowie zwei bis drei Euro Münzgeld heraus. Die Gegenstände wurden ihm von einem der Täter aus den Händen gerissen.

Haben K, M und Q sich wegen einer vollendeten Tat gem. § 316a I StGB strafbar gemacht?

PRÜFUNGSSCHEMA: RÄUBERISCHER ANGRIFF AUF KRAFTFAHRER, § 316A I STGB

- I. Tatbestand
 1. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlußfreiheit des Opfers
 2. Opfer ist Führer eines Kraftfahrzeugs oder Mitfahrer
 3. Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs
 4. Vorsatz
 5. Absicht zur Begehung einer Tat gem. §§ 249 I; 252; 255 StGB
- II. Rechtswidrigkeit und Schuld

LÖSUNG:

Durch die Schläge und die Aufforderung, die Taschen zu leeren, könnten K, M und Q sich wegen räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer in Mittäterschaft gem. §§ 316a I, 25 II StGB strafbar gemacht haben.

I. Verüben eines Angriffs auf Leib, Leben oder Entschlußfreiheit des Opfers

Durch die Schläge haben K und M einen Angriff auf die körperliche Unversehrtheit des G verübt.

II. Opfer ist Führer eines Kraftfahrzeugs oder Mitfahrer

„[7] [...] hat das Landgericht im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass **neben dem ‚Führer‘ eines Kraftfahrzeugs auch der ‚Mitfahrer‘ grundsätzlich taugliches Tatopfer im Sinne des § 316a Abs. 1 StGB sein kann. Dass sich der Geschädigte als Mitfahrer zum Tatzeitpunkt unfreiwillig in dem Fahrzeug befinden haben mag, stünde der Anwendbarkeit der Vorschrift ebenfalls nicht entgegen.**“

Zum Beifahrer als Opfer des § 316a I StGB: BGH, NStZ 2004, 626

G ist als Mitfahrer somit ein taugliches Opfer.

III. Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs

„[9] **[Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist] in der Regel erfüllt, wenn der Angriff im Sinne des § 316a StGB zu einem Zeitpunkt erfolgt, an dem sich der Fahrer mit dem Fahrzeug im fließenden Verkehr befindet. Entsprechendes gilt auch, wenn das Kraftfahrzeug während der Fahrt verkehrsbedingt mit laufendem Motor hält, die Fahrt aber nach Veränderung der Verkehrssituation sogleich fortgesetzt werden soll, das Fahrzeug sich also weiterhin im fließenden Verkehr befindet. In diesen Fällen hat auch der ‚Mitfahrer‘, sollte er wegen der Einwirkung durch den oder die Täter zur Flucht entschlossen sein, regelmäßig keine Möglichkeit, sich dem Angriff ohne Eigen- oder Fremdgefährdung – etwa durch Öffnen der Tür oder Ziehen der Handbremse – zu entziehen. In allen anderen Fällen, insbesondere bei einem nicht verkehrsbedingtem Halt, bedarf es zusätzlicher, in den Urteilsgründen darzulegender Umstände, die die Annahme rechtfertigen, dass die Tat unter Ausnutzung der spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs begangen worden ist.**

Zum Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs beim Angriff während der Fahrt: BGHSt 49, 8, 14 f.; 50, 169, 172 f.; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Hecker, § 316a Rn. 12

Zum Ausnutzen bei nicht verkehrsbedingtem Halt: BGH, RA 2005, 559, 565 f. = NJW 2005, 2564, 2565; NStZ-RR 2006, 185

[10] Im vorliegenden Fall hat das Landgericht lediglich festgestellt, dass der Angeklagte K [den Geschädigten] ‚nach dem Halt im Wohngebiet‘ zur Leerung seiner Taschen aufforderte. Zu den näheren Umständen dieses ‚Halts‘ in einem Wohngebiet, insbesondere dazu, ob das Anhalten verkehrsbedingt war, verhalten sich die Urteilsgründe nicht.“

Nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ liegt also das erforderliche Ausnutzen i.S.v. § 316a I StGB nicht vor. K, M und Q sind also nicht strafbar gem. §§ 316a I, 25 II StGB.

FAZIT:

Das „Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“ ist ein Tatbestandsmerkmal, das sich bei der Prüfung von § 316a I StGB besonders häufig als problematisch erweist. In der vorliegenden Entscheidung zeigt der BGH, dass sich die insofern zum Angriff auf den Fahrer entwickelten Grundsätze – und damit allerdings auch die entsprechenden Probleme – auf den Fall des Angriffs auf einen Mitfahrer übertragen lassen.

*Speziell für Referendare:***Problem: Widerspruch gegen Selbstleseverfahren**

BGH, BESCHLUSS VOM 28.08.2012
5 STR 251/12 (NJW-SPEZIAL 2012, 697)

§ 249 StPO:

„(1) Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden in der Hauptverhandlung verlesen. [...]

(2) Von der Verlesung kann, außer in den Fällen der §§ 253 und 254, abgesehen werden, wenn die Richter und Schöffen vom Wortlaut der Urkunde oder des Schriftstücks Kenntnis genommen haben und die übrigen Beteiligten hierzu Gelegenheit hatten. Widerspricht der Staatsanwalt, der Angeklagte oder der Verteidiger unverzüglich der Anordnung des Vorsitzenden, nach Satz 1 zu verfahren, so entscheidet das Gericht. Die Anordnung des Vorsitzenden, die Feststellungen über die Kenntnisnahme und die Gelegenheit hierzu und der Widerspruch sind in das Protokoll aufzunehmen.“

EINLEITUNG:

Im vorliegenden Beschluss musste sich der BGH mit der Frage auseinandersetzen, wie es sich auswirkt, wenn das Gericht über einen Widerspruch gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens, § 249 II 2 StPO, nicht entscheidet.

Der BGH führt aus, dass die Anordnung des Selbstleseverfahrens trotz des bereits erhobenen Widerspruchs mit der Verfahrensrüge im Rahmen einer Revision gerügt werden könne und dass es auch nicht ausgeschlossen sei, dass das Urteil auf einem entsprechenden Fehler beruht.

SACHVERHALT:

Nachdem der Vorsitzende zunächst bekannt gegeben hatte, dass beabsichtigt sei, bestimmte – in einer Liste im Einzelnen bezeichnete – Wortprotokolle der überwachten Telefongespräche sowie Observationsberichte im Wege des Selbstleseverfahrens in die Hauptverhandlung einzuführen, widersprach der Verteidiger des Angeklagten A der beabsichtigten Einführung der Protokolle und kündigte „für den Fall der Anordnung des Selbstleseverfahrens Widerspruch an“. Nachdem der Vorsitzende den Prozessbeteiligten eine weitere Liste der Urkunden überreicht hatte, deren Einführung im Selbstleseverfahren beabsichtigt war, widersprach ein weiterer Verteidiger im Folgetermin gemäß § 249 II StPO ausdrücklich der Einführung der im Einzelnen benannten Urkunden im Selbstleseverfahren.

Ohne die Widersprüche zu bescheiden, wurde dann mit den Prozessbeteiligten erörtert, welche Urkunden im Selbstleseverfahren eingeführt werden sollten. Anschließend wurde festgestellt, dass die Angeklagten, die Verteidiger und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft Gelegenheit hatten, die in den Anlagen näher bezeichneten Urkunden und Schriftstücke zu lesen. Die Schöffen und Berufsrichter erklärten ausdrücklich, dass sie diese Urkunden und Schriftstücke bereits gelesen hätten. Sodann erging die Verfügung des Vorsitzenden, dass hinsichtlich dieser Urkunden auf die Verlesung verzichtet und gemäß § 249 II StPO das Selbstleseverfahren angeordnet werde. Eine Entscheidung über den Widerspruch der Verteidigung des Angeklagten A gegen die Durchführung des Selbstleseverfahrens erging bis zur Urteilsverkündung nicht.

Kann A das Vorgehen des Gerichts im Rahmen einer Revision mit der Verfahrensrüge angreifen und wäre eine solche Rüge begründet?

LÖSUNG:**A. Zulässigkeit einer Verfahrensrüge gegen die Durchführung des Selbstleseverfahrens**

Fraglich ist, ob es überhaupt zulässig ist, es mit der Verfahrensrüge im Rahmen einer Revision anzugreifen, dass das Tatsachengericht das Selbstleseverfahren angeordnet hat, ohne über einen entspre-

chenden Widerspruch zu entscheiden. Die in § 249 II 2 StPO vorgehene Möglichkeit eines entsprechenden Widerspruchs könnte nämlich in dem Sinne zu verstehen sein, dass neben diesem Widerspruch eine entsprechende Revisionsrüge ausgeschlossen ist.

„[7] Der Beschwerdeführer beanstandet mit Recht einen Verstoß bei der Anordnung des Selbstleseverfahrens. **Über den Widerspruch des Verteidigers ist nicht durch Gerichtsbeschluss entschieden worden. Dies war nach § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO geboten**, und zwar ungeachtet dessen, dass der Widerspruch hier bereits vor der eigentlichen Vorsitzendenanordnung, indes nach deren ausdrücklicher Ankündigung erhoben worden ist. [...]

[8] Dass der klar und unbeding, nicht etwa nur vorläufig erklärte und später ausweislich des Revisionsvorbringens weder in Frage gestellte noch gar zurückgenommene Widerspruch nach Erlass der schließlich allein vom Vorsitzenden getroffenen Anordnung des Selbstleseverfahrens nicht wiederholt worden ist, begründet [...] nicht etwa einen Verlust der Revisionsrüge.

[9] **Der durch das Unterbleiben eines Gerichtsbeschlusses trotz Widerspruchs gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens begründete Verstoß gegen § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO kann grundsätzlich mit der Revision gerügt werden.**“

Eine entsprechende Verfahrensrüge wäre also zulässig.

B. Begründetheit der Rüge

Eine Rüge ist gem. § 337 StPO begründet, wenn das Urteil auf einer Gesetzesverletzung, also einer nicht erfolgten oder fehlerhaften Anwendung von Rechtsnormen beruht.

Dass das Gericht über den Widerspruch der Verteidigung gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens entgegen § 249 II 2 StPO nicht entschieden hat, stellt einen Verfahrensfehler dar (s.o.). Fraglich ist jedoch, ob das Urteil auf diesem Fehler beruht.

„b) [9] [...] Entgegen einer verbreiteten Ansicht im Schrifttum **ist auch nicht regelmäßig auszuschließen, dass das Urteil auf einem solchen Verstoß beruht**. Vielmehr ist stets die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass aufgrund des Gerichtsbeschlusses vom Selbstleseverfahren Abstand genommen worden wäre. **Da der gemäß § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO erhobene Widerspruch lediglich das Absehen von der Verlesung [...] betrifft, ist mit dem Revisionsvortrag bei der Beruhensprüfung darauf abzustellen, ob ausgeschlossen werden kann, dass für den Fall alternativer Verlesung nach § 249 Abs. 1 StPO der in dem mangelhaft angeordneten Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden ein abweichendes Beweisergebnis denkbar wäre**, und zwar namentlich infolge hierbei erhobener erheblicher Einwände von Verfahrensbeteiligten. Eine derartige Prüfung vermag nicht ohne weiteres stets einen Ausschluss des Beruhens des Urteils auf dem Verstoß zu rechtfertigen. Bereits aus dem unter anderem in §§ 250, 261, 264 StPO zum Ausdruck kommenden Prinzip der Mündlichkeit der Beweisaufnahme [...] lässt sich der **Ausnahmecharakter des Selbstleseverfahrens** – gegenüber dem Regelfall der Urkundenverlesung in der Hauptverhandlung gemäß § 249 Abs. 1 StPO – ableiten. Dieser findet in der speziell für das Selbstleseverfahren als besondere Form der Einführung von Urkunden geregelten Widerspruchsmöglichkeit und dem durch den Widerspruch begründete-

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)

a.A. (Beruhen stets ausgeschlossen): Meyer-Goßner, StPO, § 249 Rn. 31; SK (StPO)-Frister, § 249 Rn. 116

Zum Ausnahmecharakter des Selbstleseverfahrens: KK (StPO)-Pfeffer/Hannich, Einleitung Rn. 8

ten Erfordernis eines Gerichtsbeschlusses seinen gesetzlichen Ausdruck.

[10] Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Wertung **ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Verlesung [...] die im Vergleich zum Selbstleseverfahren vorzugswürdige Methode der Einführung von Beweisstoff in die Hauptverhandlung darstellt.** Dies dürfte letztlich auch der Vorstellung des historischen Gesetzgebers entsprechen. [...]

[11] Neben normativen Überlegungen streiten auch rein tatsächliche Erwägungen dafür, ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO nicht von vornherein als ausgeschlossen anzusehen. Eine Verlesung in der Hauptverhandlung kann den Verfahrensbeteiligten eine Chance geben, eher zu erkennen, welchen Urkunden oder Urkundeninhalten das Gericht besondere Bedeutung beimisst. Insbesondere ergibt sich durch die Verlesung die Gelegenheit für Erörterungen in unmittelbarem Zusammenhang mit der Einführung des jeweiligen Beweismittels. [...]

c) [12] Im zu entscheidenden Fall kann gleichwohl ausgeschlossen werden, dass das Urteil auf dem gerügten Verstoß beruht. [...] In Anbetracht der im Urteil der Beweiswürdigung zugrunde gelegten Urkundeninhalte ist indessen nicht ansatzweise ersichtlich, wie eine Verlesung in der Hauptverhandlung zu einer anderen Bewertung der eingeführten Telefongespräche und Observationsberichte hätte führen sollen. Insbesondere angesichts der Vielzahl der aus diesen gewonnenen Indizien, für die es durchweg auf Formulierungsdetails nicht angekommen ist, ist nicht vorstellbar, dass diese seitens der Strafkammer nach Verlesung in der Hauptverhandlung anders als geschehen hätten bewertet werden können oder dass der Angeklagte durch Aufdeckung von Missverständnissen oder die Abgabe von entlastenden Erklärungen für das dokumentierte Verhalten die Schlussfolgerungen der Strafkammer ernsthaft hätte in Frage stellen können. Insoweit fällt zusätzlich ins Gewicht, dass die durch die im Selbstleseverfahren eingeführten Urkunden gewonnenen Erkenntnisse zu einem erheblichen Teil durch Zeugenaussagen [...] maßgeblich gestützt werden.“

Das Urteil beruht also nicht auf dem aufgezeigten Verfahrensfehler, sodass eine entsprechende Rüge unbegründet wäre.

FAZIT:

Dem vorliegenden BGH-Beschluss lassen sich hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Anordnung des Selbstleseverfahrens durch das Gericht, § 249 II StPO, zwei wichtige Klarstellungen entnehmen:

Zum einen schließt die in § 249 II 2 StPO vorgesehene Möglichkeit eines Widerspruchs gegen die Anordnung des Selbstleseverfahrens eine spätere Verfahrensrüge in der Revision nicht aus, insbesondere dann nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – über den Widerspruch nicht entschieden wurde.

Zum anderen ist es nicht ausgeschlossen, dass das Urteil auf dem Fehlen der Entscheidung über den Widerspruch beruht. Der BGH zeigt, dass es durchaus Gesichtspunkte gibt, die es als möglich erscheinen lassen, dass zumindest in bestimmten – wenn auch seltenen – Fällen die abschließende Entscheidung des Gerichts anders ausfallen kann, wenn infolge des Widerspruchs doch die Verlesung von Urkunden angeordnet und kein Selbstleseverfahren durchgeführt wird.



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.