

Rechtsprechungs Übersicht 2

Das Plus für Referendare

- | | |
|------------------------------|--|
| BGH | Befangenheit des Richters bei Prüfung eigener Ansprüche gegen Partei des Rechtsstreits – Update zu RÜ2 2020, 169 |
| BGH | Die ärztliche Aufklärungspflicht im selbstständigen Beweisverfahren |
| BGH | Pfändung des Taschengelds eines Heimbewohners |
| <hr/> | |
| BVerfG | Wirksamkeit der Zustellung bei Verhandlungsunfähigkeit |
| BGH | Tenorierung bei bewaffnetem Wohnungseinbruchdiebstahl in dauerhaft genutzte Privatwohnung und Sachbeschädigung |
| BGH | Schöffe verschläft Verlesung der Anklageschrift |
| <hr/> | |
| BayVGH | Abwicklung eines gescheiterten Bauantrags |
| OVG Bremen | Täuschung durch Verschweigen beim Prozessvergleich |
| OVG NRW,
VG Gelsenkirchen | Zeugnisverweigerungsrecht hindert Fahrtenbuch nicht |

E2 Online Examenskurs per Livestream*

2. Staatsexamen

Westfalen (Für alle Referendare mit
Stammdienststelle im Bezirk des OLG Hamm)

Neu
ab Januar
2021

- **Strafrecht:** ab 06.01.2021 – 17.30 Uhr
Staatsanwaltliche Assessorklausur; Urteilklausur; Revisionsklausur
- **Öffentliches Recht:** ab März 2021
Verwaltungsgerichtliche, behördliche und anwaltliche Assessorklausuren
- **Zivilrecht II:** ab Mai 2021
Vollstreckungsrecht und einstweiliger Rechtsschutz in der Assessorklausur; Anwalts- und Kautelarklausuren
- **Materielles Recht in der Assessorklausur:** ab August 2021
Alle drei Rechtsgebiete, spezifisch ausgerichtet auf die Assessorklausur, kompakt und topaktuell
- **Zivilrecht I:** ab Oktober 2021
Zivilgerichtliche Entscheidungen in der Assessorklausur (Erkenntnisverfahren)

Unser Rundum-sorglos-Paket, alles inklusive:



52 Kurseinheiten
à 3 Zeitstunden



Topaktuelle Hörer-
unterlagen als Print
und Download;
Hotlist



Alle sieben
Kommentare
Ihr Eigentum,
keine Miete!



Alle zehn
Assessorskripten
NEU Die zivilrecht-
liche Anwalts-
klausur



RÜ mit RÜ2
NEU RÜ-Archiv
und
RÜ2-Archiv



Kursbegleitende
Klausuren

Komplettpreis 12 x 125 € – 20 % Ersparnis gegenüber der Einzelbuchung – steuerlich absetzbar – mtl. kündbar
Einstieg und Probehören jederzeit möglich!

* Interaktiver Unterricht im Livestream, Beteiligung per Chat, Mikro und Video möglich. Dozenten beziehen Sie aktiv in die Kurseinheiten ein!



Hier finden Sie Ihren Traumjob!

beck-stellenmarkt.de

DIE Jobbörse für Juristen
und Steuerexperten



K2

Fernklausurenkurs 2. Examen

Hören Sie auf Ihren Korrektor

K2 mit AUDIO-KORREKTUR

Ihre Vorteile auf einen Blick:

- staatlich zugelassener Fernklausurenkurs mit **individueller Audio-Korrektur**, die Ihre Klausurlösung **bespricht** und **bewertet**
- zusätzlich erhalten Sie Ihre mit Randbemerkungen versehene Ausarbeitung sowie eine Musterlösung
- die Musterlösung enthält auch klausur-taktische Vorüberlegungen und themen-bezogene Vertiefungshinweise
- die Klausuraufgaben sind von ausbildungs-erfahrenen Praktikern (als Aktenauszug wie im Examen) erstellt

Alle Infos unter www.alpmann-schmidt.de



Zivilrecht

- BGH, Beschl. v. 28.07.2020 – VI ZB 94/19, BeckRS 2020, 24169
§§ 42, 43, 44, 48 ZPO
Befangenheit des Richters bei Prüfung eigener Ansprüche gegen Partei des Rechtsstreits – Update zu RÜ2 2020, 169 1
- BGH, Beschl. v. 19.05.2020 – VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599
§§ 404 a, 485, 487, 492, 493 ZPO; §§ 280, 630 e BGB
Die ärztliche Aufklärungspflicht im selbstständigen Beweisverfahren 4
- BGH, Beschl. v. 30.04.2020 – VII ZB 82/17, BeckRS 2020, 11404
§ 851 ZPO; § 399 BGB
Pfändung des Taschengelds eines Heimbewohners 9

Strafrecht

- BVerfG, Beschl. v. 05.10.2020 – 2 BvR 554/20, BeckRS 2020, 27761
Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a, Art. 103 Abs. 1 GG; §§ 44, 140, 407, 410 StPO
Wirksamkeit der Zustellung bei Verhandlungsunfähigkeit 13
- BGH, Beschl. v. 29.04.2020 – 3 StR 532/19, BeckRS 2020, 13988; Fortsetzung von BGH, Beschl. v. 04.12.2013 – 4 StR 367/13, BeckRS 2014, 2101
§§ 52, 123, 242, 244, 303 StGB
Tenorierung bei bewaffnetem Wohnungseinbruchdiebstahl in dauerhaft genutzte Privatwohnung und Sachbeschädigung 16

- BGH, Beschl. v. 14.10.2020 – 1 StR 616/19, BeckRS 2020, 31984
§ 338 StPO
Schöffe verschläft Verlesung der Anklageschrift 18

Öffentliches Recht

- BayVGH, Urt. v. 09.09.2020 – 15 B 19.666, BeckRS 2020, 24660
§§ 6, 113, 124 VwGO; §§ 214, 215 BauGB
Abwicklung eines gescheiterten Bauantrags 19
- OVG Bremen, Urt. v. 09.10.2020 – 2 B 222/20, BeckRS 2020, 27548
§ 106 VwGO; § 62 VwVfG; §§ 123, 142, 242, 779 BGB
Täuschung durch Verschweigen beim Prozessvergleich 21
- OVG NRW, Beschl. v. 12.10.2020 – 8 E 785/20, BeckRS 2020, 26979
VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 17.09.2020 – 14 K 2947/20, BeckRS 2020, 26980
§ 31 a StVZO; § 52 StPO
Zeugnisverweigerungsrecht hindert Fahrtenbuch nicht 23

Impressum

RÜ2-Rechtsprechungsübersicht 2

Herausgeber und verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Jan Stefan Lüdde (Zivilrecht), RA/FAStR Dr. Rolf Krüger (Strafrecht), RA Horst Wüstenbecker (Öffentliches Recht)

Redaktion: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge, Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Autoren: Zivilrecht: RiOLG Wolfgang Dötsch, VRiLG Peter Finke, RinLG Dr. Tanja Ghajati, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, VRiLG Björn Raap, LL.M. (Wellington), RiLG Benedikt Windau; **Strafrecht:** RA/FAStR Dr. Rolf Krüger, StAin Dr. Christina Lang, OStA Dr. Matthias Modrey, RA/FAStR/FASteuerR Dr. André Neumann B.A., OStA Dr. Patrick Rieck, RiLG Christoph Sandberger, StA Dr. Martin Soyka, RA Dr. Klaus Winkler; **Öffentliches Recht:** RiVG Pierre Becker-Rosenfelder, VRVG Dr. Martin Stuttmann, RA Horst Wüstenbecker

Verlag: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge, Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster, Postfach 1169, 48001 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Internet: www.alpmann-schmidt.de

E-Mail: as.info@alpmann-schmidt.de

Anzeigen: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9, 80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München

Media-Beratung: Tel. (089) 38189-687, Fax (089) 38189-589

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten:

Tel. (0 89) 38189-609, Fax (0 89) 38189-589, E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling

ISSN 2363-8036

Druck: Holzmann Druck GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2, 86825 Bad Wörishofen

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert bzw. erarbeitet sind.

Erscheinungsweise: monatlich zum Monatsbeginn ausschließlich als Beilage zur RÜ (Kombiausgabe).

Bezugspreis: vierteljährlich 26,10 € (3 Kombiausgaben – inkl. gesetzl. MwSt). Versandkosten sind im Preis enthalten. Zahlungen sind vierteljährlich im Voraus fällig.

Einzelpreis einer Kombiausgabe: 9,90 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.

S2 Skripten für das 2. Examen



Strafurteil u. Revisionsrecht in der Assessorklausur

10. Auflage 2021
ca. 187 Seiten, 20,90 €
ISBN: 978-3-86752-762-0



Materielles Zivilrecht in der Assessorklausur

4. Auflage 2021
264 Seiten, 20,90 €
ISBN: 978-3-86752-738-5



Die zivilgerichtliche Assessorklausur

4. Auflage 2021
246 Seiten, 20,90 €
ISBN: 978-3-86752-751-4



Vollstreckungsrecht in der Assessorklausur

15. Auflage 2020
226 Seiten, 20,90 €
ISBN: 978-3-86752-724-8



Die zivilrechtliche Anwaltsklausur

1. Auflage 2020
241 Seiten, 20,90 €
ISBN: 978-3-86752-609-8

Außerdem lieferbar:

Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur

ISBN: 978-3-86752-638-8

Die staatsanwaltliche Assessorklausur

ISBN: 978-3-86752-663-0

Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur

ISBN: 978-3-86752-680-7

Materielles Strafrecht in der Assessorklausur

ISBN: 978-3-86752-681-4

Die behördliche Assessorklausur

ISBN: 978-3-86752-664-7

§§ 42, 43, 44, 48 ZPO

Befangenheit des Richters bei Prüfung eigener Ansprüche gegen Partei des Rechtsstreits – Update zu RÜZ 2020, 169

BGH, Beschl. v. 28.07.2020 – VI ZB 94/19, BeckRS 2020, 24169

Fall

Der Kläger erwarb ein Fahrzeug der Marke Mercedes, das von dem sog. Abgasskandal betroffen ist. Er macht unter Berufung hierauf kaufrechtliche und deliktsrechtliche Ansprüche gegen die Beklagte als Herstellerin des Fahrzeugs geltend.

Der Vorsitzende Richter der zuständigen Zivilkammer des LG hat vor dem ersten Verhandlungstermin in einer Anzeige gemäß § 48 ZPO mitgeteilt, er selbst sei seit Jahren Halter eines Mercedes, eines Dieselfahrzeugs der Abgasnorm Euro 5. Ihm sei vom Kraftfahrt-Bundesamt ein Informationsschreiben seines Kfz-Herstellers übersandt worden, in dem es heiße: „In Abstimmung mit den Behörden werden wir im Rahmen einer freiwilligen Kundendienstmaßnahme die Software des Motorsteuergerätes von Dieselfahrzeugen der Abgasnorm Euro 5 aktualisieren. Dieses Software-Update für Ihr Fahrzeug liegt nun vor und kann aufgespielt werden.“ Nach Rücksprache mit der technischen Beratung des ADAC habe er entschieden, das angebotene Update nicht durchführen zu lassen, weil man ihm nicht habe sagen können, ob die Maßnahme u.U. negative Folgen haben könnte. Derzeit prüfe er, ob er den Händler oder die Herstellerin in Anspruch nehmen werde. Hierzu habe er einen Vertragsanwalt des ADAC um Rat gebeten. Die Antwort stehe noch aus.

Sie sind Stationsreferendar/in in der Rechtsanwaltskanzlei der Prozessbevollmächtigten der Beklagten. Ihr Ausbilder bittet Sie um die Erstellung eines Gutachtens zu der Frage, ob der Vorsitzende Richter der Zivilkammer wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden sollte.

Anwaltliches Gutachten

Das unproblematisch **zulässige Ablehnungsgesuch** sollte angebracht werden, wenn es **begründet und zweckmäßig** ist.

I. Materiell-rechtliches Gutachten

1. Ein Ablehnungsgesuch wegen der Besorgnis der Befangenheit gemäß § 42 Abs. 1 ZPO ist **begründet**, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, **Misstrauen gegen die Unparteilichkeit** des Richters zu rechtfertigen, vgl. § 42 Abs. 2 ZPO.

a) „[7] ... Dies ist dann der Fall, wenn der Ablehnende **bei verständiger Würdigung des Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, dass der abgelehnte Richter eine Haltung einnimmt, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann**. Maßgeblich ist, ob aus der Sicht der ablehnenden Partei **bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass gegeben ist, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung des Richters zu zweifeln** (st. Rspr. ...); ... es genügt bereits der ‚böse Schein‘, d.h. der mögliche Eindruck mangelnder Objektivität (vgl. BVerfG, NJW 2012, 3228 ...).

Misstrauen gegen die Unvoreingenommenheit eines Richters ist u.a. dann gerechtfertigt, wenn **objektive Gründe** dafür sprechen, dass er auf Grund eines ei-

Leitsätze

1. Eine Ablehnung wegen Befangenheit gemäß § 42 Abs. 2 ZPO kann begründet sein, wenn ein Richter in einem Verfahren zwar nicht selbst Partei ist, aber über den gleichen Sachverhalt zu entscheiden hat, aus dem er selbst Ansprüche gegen eine Partei geltend macht (BGH RÜZ 2020, 169).

2. Entsprechendes gilt, wenn der Richter Ansprüche gegen die Partei bislang nicht geltend gemacht hat, dies aber ernsthaft in Erwägung zieht.

Da vorliegend **keine hindernden Zulässigkeitsprobleme** bestehen und es sich auch nicht um eine Begutachtung aus der „Verteidigungsperspektive“ handelt, bietet sich der Aufbau I. Begründetheit (einschl. Zweckmäßigkeit) und II. Prozessuales an, vgl. zum Aufbau AS-Skript Die zivilrechtliche Anwaltsklausur (2020), Rn. 12 ff., 30 ff., 72 ff., 358 ff.

Der BGH hat gleichtägig mit dieser Entscheidung eine **gleichgelagerte Fallkonstellation** mit **entsprechender Begründung** entschieden, hierzu BGH, Beschl. v. 28.07.2020 – VI ZB 95/19, BeckRS 2020, 23998. Dieser Fall fand bereits in der Schlussbemerkung zu BGH RÜZ 2020, 169 Erwähnung.

genen – sei es auch nur mittelbaren – **wirtschaftlichen Interesses** am **Ausgang des Rechtsstreits** der Sache nicht unvoreingenommen und unparteiisch gegenübersteht (BGH ... MDR 2020, 303; ... , MDR 2015, 608 ...).“

Hieraus folgt, dass einerseits tatsächliche Befangenheit oder Unvoreingenommenheit des Richters nicht vorliegen müssen, andererseits aber **rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen und Gedankengänge** des Antragstellers **nicht ausreichen** (Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 42 Rn. 9). Entscheidend ist, ob eine „normale“, sachlich und vernunftgemäß denkende **Partei** in gleicher Lage einen Grund sähe, der Unparteilichkeit des Richters zu misstrauen (MünchKomm/Stackmann, 6. Aufl. 2020, § 42 ZPO Rn. 9). Dabei ist im Rahmen der „**objektiven Gründe**“ zu prüfen, ob bestimmte nachweisbare Tatsachen – unabhängig vom Verhalten des Richters – Zweifel an seiner Unparteilichkeit begründen (Thomas/Putzo/Hüßtege § 42 ZPO Rn. 9).

Zu der **Selbstanzeige** i.S.d. **§ 48 ZPO** siehe BGH **RÜ2 2020, 169**, ebenfalls zur Befangenheit eines Richters im „Abgaskandal“. Dort hatte die Kammervorsitzende sich allerdings an der **Musterfeststellungsklage beteiligt**, wohingegen der Vorsitzende **im vorliegenden Fall noch prüft**, ob er etwaige Ansprüche gegen die Beklagte geltend macht.

b) Im vorliegenden Fall hat der Kammervorsitzende gemäß § 48 ZPO angezeigt, dass er **etwaige Ansprüche gegen die Beklagte** zwar noch nicht geltend gemacht hat, jedoch deren Geltendmachung **prüft**. Fraglich ist, ob es sich dabei um objektive Gründe im vorgenannten Sinne handelt.

„[8] Eine Ablehnung wegen Befangenheit gemäß § 42 Abs. 2 ZPO kann begründet sein, wenn ein Richter in einem Verfahren zwar nicht selbst Partei ist, aber über den gleichen Sachverhalt zu entscheiden hat, aus dem er selbst Ansprüche gegen eine Partei geltend macht. Aus der Sicht einer Partei, gegen die ein Richter Ansprüche geltend macht, kann **Anlass zu der Befürchtung** bestehen, **dass** dieser Richter die **Würdigung** des Sachverhalts, wie er sie dem von ihm verfolgten Anspruch gegen die Partei zugrunde gelegt hat, auf das Verfahren gegen eine andere Partei, dem der gleiche Sachverhalt zugrunde liegt, **überträgt und wie in der eigenen Sache urteilt** (vgl. BGH, [RÜ2 2020, 169] Rn. 10).

Entsprechendes gilt, wenn der Richter Ansprüche gegen die Partei **bislang nicht geltend gemacht hat, dies aber ernsthaft in Erwägung zieht**. Zwar hat er den Sachverhalt in eigener Sache dann noch nicht abschließend gewürdigt. Aus Sicht der Partei besteht aber **Anlass zu der Befürchtung, dass der Richter etwaige Erwägungen und Beweggründe**, die bei seiner vorläufigen Betrachtung des Sachverhalts für eine Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Partei **in eigener Sache sprechen, auf das Verfahren überträgt**.“

Auf dieser Grundlage könnte im vorliegenden Fall im Hinblick auf den Kammervorsitzenden die **Besorgnis der Befangenheit** bestehen.

„[10] Seiner dienstlichen Äußerung zufolge **prüft** [der Kammervorsitzende], nachdem er sich gegen das Software-Update entschieden hat, **ob er den Händler oder den Hersteller seines Mercedes – also die Beklagte – in Anspruch nimmt**. Die **Ernsthaftigkeit** dieser Prüfung **ergibt sich daraus, dass er einen Vertragsanwalt** des ADAC um Rat gebeten hat ... Es geht ihm ... nicht mehr nur um ein Update und dessen technische Auswirkungen. Auch geht sein Interesse über bloße Sozialbefangenheit oder Gruppenbetroffenheit hinaus. Es besteht die **Möglichkeit**, dass er **im vorliegenden Rechtsstreit den gleichen Sachverhalt und die gleichen Rechtsfragen wie in eigener Sache** (dort mit anwaltlicher Hilfe) zu beurteilen hat, ob nämlich Käufern von Fahrzeugen der Marke Mercedes, die vom sogenannten Abgaskandal betroffen sind, gegen die Beklagte als Herstellerin Schadensersatzansprüche zustehen.

Dies ist **geeignet**, vom **Standpunkt der Beklagten** aus **bei vernünftiger Betrachtung Zweifel an der Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit** des Vorsitzenden Richters **aufkommen zu lassen**. Von welchen Erwägungen er sich bei seiner Entscheidung in eigener Sache leiten lassen wird, ... ist dabei unerheblich. Denn **es genügt** [– wie erwähnt –] bereits **der ‚böse Schein‘**, die tatsächliche Einstellung des Richters ist nicht ausschlaggebend.

2. Vor diesem Hintergrund ist das **Ablehnungsgesuch begründet**.

II. Zweckmäßigkeit und prozessuale Aspekte

1. Das Gesuch ist **auch zweckmäßig**. Hierdurch wird – auf der Grundlage des Gutachtens – erreicht werden, dass der abzulehnende Richter **nicht an der Entscheidung** über die gegen die Beklagte gerichtete Klage **mitwirkt** (zum Zweck des Ablehnungsgesuchs vgl. BGH, Beschl. v. 17.07.2018 – VIII ZR 127/17, BeckRS 2018, 16627).

2. a) In prozessualer Hinsicht kann das Ablehnungsgesuch grundsätzlich ab Anhängigkeit und jedenfalls bis zur Endentscheidung gestellt werden (Thomas/Putzo/Hüßtege § 42 ZPO Rn. 2). Es sollte gleichwohl alsbald und jedenfalls **vor einem Verhandlungstermin** gestellt werden, da ansonsten **§ 43 ZPO** zum **Verlust des Ablehnungsrechts** führen könnte.

b) Das Gesuch ist gemäß **§ 44 Abs. 1 ZPO** bei dem **Gericht** anzubringen, dem der abzulehnende **Richter angehört**. Konkret würde vorliegend gemäß **§ 45 Abs. 1 ZPO** die Zivilkammer ohne Mitwirkung des Vorsitzenden unter Beteiligung eines Mitglieds der nach der Geschäftsverteilung des Landgerichts zuständigen Vertreterkammer über das Gesuch entscheiden.

c) In dem Gesuch sind **konkrete Tatsachen substantiiert zu bezeichnen**, aus denen sich die Besorgnis der Befangenheit ergeben soll (Thomas/Putzo/Hüßtege § 44 ZPO Rn. 1). Vorliegend sind daher die in der Selbstanzeige des abzulehnenden Richters dargelegten Tatsachen zu bezeichnen. Zur gemäß **§ 45 Abs. 2 S. 1 ZPO** erforderlichen **Glaubhaftmachung** kann gemäß **S. 2** derselben Vorschrift auf das Zeugnis des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.

Es erscheint im **Ergebnis** aus anwaltlicher Sicht **zweckmäßig**, den Vorsitzenden Richter im Namen der Beklagten wegen der Besorgnis der Befangenheit **abzulehnen**, da das Gesuch begründet ist.

1. Der vorliegende Fall **erweitert den Kreis** der Fälle, in denen wegen eines etwaigen **eigenen Interesses** des Richters die Besorgnis der Befangenheit anzunehmen sein kann. Vor dem Hintergrund der Entscheidung in **BGH RÜZ 2020, 169**, in welcher ein Ablehnungsgesuch als begründet bewertet wurde, weil die Richterin eigene Ansprüche gegen eine Partei bereits geltend gemacht hatte, ist die hier vorgestellte Entscheidung konsequent. Zu berücksichtigen ist neben den in der Entscheidung aufgeführten Erwägungen (s.o.) nämlich, dass der Richter seine Ansprüche **zu Beginn des Rechtsstreits** zwar noch **prüfen** mag, diese Prüfung jedoch **im Laufe** des Rechtsstreits jederzeit zu dem **Ergebnis** kommen kann, dass **Ansprüche** gegen die beklagte Partei erfolversprechend sind und daher auch **geltend gemacht** werden. Dann wären die beiden Fallkonstellationen vergleichbar und eine unterschiedliche Sachbehandlung (auch aus diesem Grunde) nicht gerechtfertigt.

2. Die **Kasuistik** zu Ablehnungsgesuchen ist **vielfältig**. So hat der BGH etwa entschieden, dass die Besorgnis der Befangenheit besteht, wenn der **Ehegatte** des Richters als **Rechtsanwalt** (BGH NJW 2018, 1890) **oder** als **Sekretärin** (BGH RÜZ 2019, 97) in der Rechtsanwaltskanzlei des **Prozessbevollmächtigten einer Partei** tätig ist. Ferner wenn der Richter an einer **juristischen Festschrift mitgewirkt** hat und der **Geehrte** wegen einer **Pflichtverletzung** in Anspruch genommen wird; die Mitautorenschaft an einem von einer Partei mitherausgegebenen Fachkommentar soll hingegen nicht ausreichen (BGH RÜZ 2019, 148), ebenso wenig ein **Verstoß** gegen die **Wartepflicht des § 47 Abs. 1 ZPO** (BGH, Beschl. v. 14.07.2016 – III ZR 323/13, BeckRS 2016, 13945).

RinLG Dr. Tanja Ghajati

§ 44 Abs. 4 S. 2 ZPO, wonach das Gesuch „unverzüglich“ zu stellen ist, **ergänzt § 43 ZPO** (MünchKomm/Stackmann § 43 ZPO Rn. 4).

Nicht einheitlich wird beurteilt, **ob § 43 ZPO** die **Zulässigkeit** oder die **Begründetheit** des Ablehnungsgesuchs betrifft (vgl. etwa Thomas/Putzo/Hüßtege §§ 42 ZPO Rn. 4, 43 ZPO Rn. 1; BeckOK/Vossler 38. Edt. 2020, § 43 Rn. 12; der BGH NJW-RR 2020, 1321 diskutiert die Vorschrift im Rahmen der Zulässigkeit).

Die Argumentation in der hier vorgestellten Entscheidung setzt noch davor an bei dem Umstand, dass er im zu entscheidenden Rechtsstreit **möglicherweise denselben Sachverhalt und dieselben Rechtsfragen** zu beurteilen hat wie in eigener Sache.

Die Besorgnis wäre auch dann anzunehmen, wenn der Richter in der **Berufungsinstanz** über ein **Urteil des Ehegatten** als Einzelrichter zu entscheiden hätte, BGH NJW-RR 2020, 633.

In der **Prüfung** sollten Sie darauf achten, dass Sie **sämtliche Informationen** des Aktenauszuges in Ihrer Entscheidung **verwerten** und auf den oben dargelegten **Maßstab** abstellen.

§§ 404 a, 485, 487, 492, 493 ZPO; §§ 280, 630 e BGB

Die ärztliche Aufklärungspflicht im selbstständigen Beweisverfahren

BGH, Beschl. v. 19.05.2020 – VI ZB 51/19, BeckRS 2020, 13599

Leitsätze

1. Beweisfragen zu Inhalt und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht kommen als Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO in Betracht.

2. Ein rechtliches Interesse i.S.v. § 485 Abs. 2 ZPO ist bereits dann anzunehmen, wenn die Feststellung der Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn möglicherweise eine abschließende Klärung durch das einzuholende Sachverständigengutachten nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich erscheinen.

Fall

Die Mandantin stürzte im letzten Jahr von einer Leiter und zog sich eine Verletzung an der Schulter zu. Zur Behandlung begab sie sich in die Klinik A, deren Chefarzt der Dr. B ist und in der sie von C behandelt wurde. Nachdem sie entlassen worden war und einige Zeit verging, bemerkte sie, dass sie noch immer an Beschwerden und körperlichen Einschränkungen litt. Infolgedessen recherchierte sie und zog den weiteren Facharzt Dr. D hinzu, der ihr mitteilte, dass anstelle der durchgeführten konservativen Behandlung mittels eines sog. Rucksackverbandes im Schulterbereich eine operative Versorgung zielführender gewesen wäre. Sie erklärt nun, dass sie über eine solche Behandlung gar nicht aufgeklärt und auch im Rahmen der Kontrolltermine immer nur darauf hingewiesen worden sei, sie müsse geduldig sein und abwarten. Sie meint, wenn sie von der Möglichkeit einer operativen Versorgung gewusst hätte, hätte sie diese in jedem Fall bevorzugt, da dies sicherlich zu einer schnelleren Heilung geführt hätte.

Die Mandantin verfügt über keine Rechtsschutzversicherung und möchte die Kosten daher so gering wie möglich halten. Sie geht davon aus, dass die Klinik A sich der Sache annehmen und einsichtig zeigen wird, wenn ihr ein medizinischer Sachverständiger vor Augen führen würde, was sie alles falsch gemacht hat. Sie, die Klinik A, habe bislang zwar den Standpunkt vertreten, die Mandantin nach geltendem fachärztlichem Standard behandelt zu haben, es sei allerdings signalisiert worden, dass man sich an einen Tisch setzen würde, wenn die Mandantin eine ernstzunehmende Grundlage hierfür liefert.

Die Mandantin bittet um rechtliche Beratung, ob für sie anstelle eines kostenintensiven Klageverfahrens ein selbstständiges Beweisverfahren in Betracht kommt, um die Angelegenheit durch einen gerichtlichen Sachverständigen zügig prüfen zu lassen. Hierbei möchte sie neben der Frage, was bei ihr behandlingstechnisch schiefgelaufen ist, auf jeden Fall geklärt wissen, ob und inwieweit sie über die operative Versorgung hätte aufgeklärt werden müssen. Sie ist der Auffassung, es könne nicht sein, dass man sie in die Frage möglicher Behandlungsalternativen überhaupt nicht eingebunden habe und sie infolgedessen nun die Leidtragende sei.

Sie sind Stationsreferendar in der von der Mandantin beauftragten Rechtsanwaltskanzlei. Ihr Einzelausbilder bittet Sie, die Erfolgsaussichten und die Zweckmäßigkeit eines selbstständigen Beweisverfahrens zu begutachten.

Anwaltliches Gutachten

A. Mandantenbegehren und Aufgabenstellung

Die Mandantin **begehrt die zügige sachverständige Überprüfung**, ob ihre Behandlung unter irgendeinem Gesichtspunkt fehlerhaft war (Behandlungs- und/oder Aufklärungsfehler) sowie die Vermeidung unnötiger Kosten. Diese Ziele könnten mithilfe eines **selbstständigen Beweisverfahrens** gemäß §§ 485 ff. ZPO erreicht werden. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass ein sol-

Zum **Mandantenbegehren** im Rahmen der Assessorklausur aus Anwaltssicht siehe AS-Skript, Die zivilrechtliche Anwaltsklausur (2020), Rn. 27 ff.

ches im vorliegenden Fall **zulässig** ist. Hierbei ist ein besonderes Augenmerk auf den Umstand zu legen, ob die von der Mandantin hervorgehobene Frage der Aufklärung im Rahmen eines selbstständigen Beweisverfahrens geprüft werden kann.

B. Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens

Es müssten die **Voraussetzungen für die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens** vorliegen. Da im vorliegenden Fall noch kein Rechtsstreit anhängig ist, richten sich die Anforderungen nach **§ 485 Abs. 2 ZPO**.

I. „[8] [Danach] kann eine Partei ... die **schriftliche Begutachtung** durch einen Sachverständigen unter anderem dann beantragen, wenn sie ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass der **Zustand einer Person** (Satz 1 Nr. 1) oder die **Ursache eines Personenschadens** (Satz 1 Nr. 2) festgestellt wird.“

1. Das **rechtliche Interesse** in diesem Sinne ist grundsätzlich **weit zu fassen** und deshalb gemäß Satz 2 der Vorschrift bereits, aber nicht nur, **zu bejahen, wenn die Feststellungen** eines Sachverständigen der **Vermeidung eines Rechtsstreits** dienen, d.h. wenn sie – auch mittelbar – Grundlage für Ansprüche des Antragstellers gegen den Antragsgegner oder umgekehrt sein können (Thomas/Putzo/Reichold § 485 ZPO Rn. 7). Zur Darlegung genügt es, dass ein Rechtsverhältnis und ein möglicher Anspruchsgegner ersichtlich und das Gutachten **objektiv geeignet** ist, die Chancen einer **einvernehmlichen Streitbereinigung zu fördern** (Thomas/Putzo/Reichold a.a.O.).

Früher war insbesondere aufgrund der in diesem Bereich bestehenden **komplexen Haftungsfragen** und den **darlegungs- und beweisrechtlichen Besonderheiten** umstritten, ob in **Arzthaftungsfragen** grundsätzlich überhaupt ein rechtliches Interesse an der Beweiserhebung bestehen kann (zu den wechselseitigen Argumenten siehe BGH NJW 2003, 1741), allerdings ist in der Rechtsprechung des **BGH** mittlerweile **anerkannt**, ...

„[8] ... dass die Durchführung eines **selbstständigen Beweisverfahrens** nach § 485 Abs. 2 ZPO **auch in Arzthaftungssachen** in Betracht kommt [BGH NJW 2003, 1741; BGH NJW 2013, 3654]. In der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum ist auch in der Folge allerdings **streitig geblieben, ob** dies nur für Beweisfragen gilt, die sich auf die Feststellung von (groben) Behandlungsfehlern beziehen, oder **auch für Beweisfragen in Bezug auf das Vorliegen von Aufklärungsmängeln**.“

2. Da die Frage der Aufklärung für die Mandantin von Bedeutung ist und in jedem Fall geklärt werden soll, ist insbesondere **zu erörtern**, welche **Argumente für und gegen** die **Zulässigkeit der Beweiserhebung** über die **ärztliche Aufklärung** im selbstständigen Beweisverfahren sprechen und damit, inwieweit in diesen Fällen allgemein und konkret im Fall der Mandantin ein **rechtliches Interesse** an der vorgelagerten Beweiserhebung besteht. Besteht ein solches nicht, kann dem Begehren der Mandanten mithilfe eines solchen Verfahrens nicht entsprochen werden und stattdessen ggf. die Klageerhebung anzuraten sein.

a) **Gegen** ein solches **Interesse** spricht zunächst, dass **Grundvoraussetzung** einer etwaigen Haftung wegen eines Aufklärungsmangels ist, dass sich ein solcher in **tatsächlicher Hinsicht überhaupt feststellen lässt**.

„[13] Der **medizinische Sachverständige** kann ... im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens in der Regel [allerdings] **weder abschließend feststellen, ob ein Aufklärungsmangel vorliegt, noch, ob dieser für den geltend gemachten Personenschaden relevant** geworden ist. Denn der **Inhalt des** für die Frage der Erfüllung der Aufklärungspflicht regelmäßig maßgeblichen **Aufklärungsgesprächs**

Keine Voraussetzung sind die **Erheblichkeit des Beweisthemas** und die **Erfolgsaussicht im Hauptprozess**, über die nur im Urteilsverfahren entschieden werden kann (Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 485 ZPO Rn. 4).

Der **tatsächliche Inhalt** des **Aufklärungsgesprächs** ist durch die **Vernehmung von Zeugen** aufzuklären. In der Praxis werden die Aufklärungsgespräche mittlerweile detailliert dokumentiert (vgl. § 630 e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Hs. 2 BGB). Liegt eine solche **Aufklärungsdokumentation** in Form eines unterzeichneten Aufklärungsbogens vor, kann dies im Rahmen der Beweiswürdigung **indizielle Wirkung** für den Inhalt des Gesprächs entfalten, BGH NJW 2014, 1527. Die **Unterzeichnung** des Aufklärungsbogens als solche wird in der Regel **nicht streitig** sein, ließe sich jedoch andernfalls ebenfalls durch Zeugenbeweis (aufklärender Arzt) oder im Wege des Urkundenbeweises nachweisen. Der Aufklärungsbogen dient dem Arzt, der als Zeuge über das Aufklärungsgespräch vernommen wird, regelmäßig als Grundlage für seine Aussage.

Da § 485 Abs. 2 ZPO allerdings nur die Beweiserhebung durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens – und eben nicht durch Zeugenbeweis – vorsieht, lässt sich der Inhalt des Aufklärungsgesprächs in diesem Rahmen nicht ermitteln.

Die **Beweisaufnahme** in Arzthaftungsprozessen mit Aufklärungsrüge erfolgt daher häufig auf **zweierlei Ebenen**: Zunächst wird der **Inhalt des Aufklärungsgesprächs** durch Vernehmung der an diesem Gespräch beteiligten Personen als **Zeugen** aufgeklärt. Sodann wird auf der Grundlage dieses Ergebnisses und der Hinzuziehung des **Sachverständigen** geklärt, ob die Anforderungen an eine ordnungsgemäße Aufklärung erfüllt sind, mithin der **Maßstab einer ordnungsgemäßen Aufklärung** geklärt.

Eine Besonderheit stellt der Einwand der **hypothetischen Einwilligung** gemäß § 630 h Abs. 2 S. 2 BGB dar, wonach sich der **Behandler darauf berufen** kann, der **Patient hätte** auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung **eingewilligt**. Der **Einwand** ist im Prozess **zu erklären**, muss vom Behandler allerdings erst bewiesen werden, wenn der **Patient zuvor dargelegt** hat, dass er sich **bei ordnungsgemäß erfolgter Aufklärung** im Hinblick auf seine Behandlung vor einem **echten Entscheidungskonflikt** bezüglich der Behandlung befunden hätte, BGH NJW 2019, 3072.

(§ 630 e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) lässt sich – soweit streitig – **im Wege des Sachverständigenbeweises nicht** ermitteln. Auch handelt es sich bei der Beurteilung, ob eine **Aufklärung ordnungsgemäß** erfolgt ist, um eine **juristische Wertung**, die nicht dem Sachverständigen obliegt und nicht Gegenstand des selbstständigen Beweisverfahrens sein kann.“

b) Für die Annahme eines rechtlichen Interesses spricht jedoch, dass ...

„[12] ... **Aufklärungsfehler** ... ebenso wie Behandlungsfehler im haftungsrechtlichen Sinne [grundsätzlich] als **Ursache eines Personenschadens** in Betracht ...“

... kommen und es **in jedem Fall**, also auch bei feststehendem Inhalt des Aufklärungsgesprächs, der **ergänzenden Beurteilung** durch einen **Sachverständigen** bedarf.

„[14] ... [Denn] die Frage, welcher Aufklärung es im konkreten Fall bedurfte ... [kann] grundsätzlich **nicht ohne die Beurteilung des medizinischen Sachverhalts durch einen Sachverständigen beantwortet werden**. Insbesondere bedarf es regelmäßig sachverständiger Feststellungen zu der Frage, **welche konkreten Risiken und Alternativen** bei der streitgegenständlichen Behandlung bestehen. Denn **Umfang und Intensität der Aufklärung** lassen sich **nicht abstrakt festlegen**, sondern sind **an der jeweils konkreten Sachlage auszurichten**, und zwar sowohl an der konkret medizinischen Behandlung wie am konkreten Patienten, unter Berücksichtigung seiner speziellen beruflichen und privaten Lebensführung (**patientenbezogene Aufklärung**).

[15] Die **Zulässigkeit** von Fragen zum Inhalt der **ärztlichen Aufklärungspflicht** im selbstständigen Beweisverfahren kann auch **nicht mit dem Argument verneint** werden ... [dass] es sich ... um eine **bloße ‚Vorfrage‘** für die Feststellung einer Haftung wegen Aufklärungsmängeln handele.

[16] Wie [bereits ausgeführt], ist ein **rechtliches Interesse bereits** dann ... anzunehmen, wenn die Feststellung der **Vermeidung eines Rechtsstreits dienen kann, auch wenn** möglicherweise eine **abschließende Klärung** durch das einzuholende Sachverständigengutachten **nicht möglich ist und weitere Aufklärungen erforderlich** erscheinen. Diese Voraussetzung wird – wie bei Fragen zum Vorliegen eines Behandlungsfehlers – auch hinsichtlich der Feststellungen des Sachverständigen zu dem aus medizinischer Sicht erforderlichen Inhalt der ärztlichen Aufklärung in der Regel erfüllt sein. **Denn steht** aufgrund des im selbstständigen Beweisverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens **fest, welche Risiken und gegebenenfalls welche Behandlungsalternativen** aus medizinischer Sicht hinsichtlich der streitgegenständlichen Heilbehandlung **bestanden, können die Parteien**, die regelmäßig eigene Kenntnisse oder Erkenntnismöglichkeiten hinsichtlich des Inhalts des tatsächlich geführten Aufklärungsgesprächs haben, in den meisten Fällen **beurteilen, ob eine Aufklärung über diese Risiken und Alternativen stattgefunden hat**. **Dies kann** sowohl der Patientenseite **helfen zu entscheiden, ob** Ansprüche wegen Aufklärungsfehlern weiterverfolgt werden, als auch der Behandlerseite, ob insoweit eine **vergleichsweise außergerichtliche Regelung** in Betracht kommt.

[17] **Sinn und Zweck** der prozessualen Beweissicherung nach § 485 Abs. 2 ZPO, die **Gerichte von Prozessen zu entlasten** und die **Parteien unter Vermeidung eines Rechtsstreits zu einer raschen und kostensparenden Einigung** zu bringen, **können daher auch** durch die Klärung medizinischer Fragen zum **Inhalt der ärztlichen Aufklärungspflicht** erfüllt werden. **Gerade in Fällen**, in denen bereits ein **Sachverständigengutachten** zu Fragen im Zusammenhang mit dem Vorwurf eines **Behandlungsfehlers im selbstständigen Beweisverfahren** eingeholt wird, liegt der **prozessökonomische Vorteil** einer **gleichzeitigen Klärung**

des medizinischen Sachverhalts im Hinblick auf den Umfang der **ärztlichen Aufklärungspflicht** auf der Hand.“

II. Vorliegend hat die Mandantin aufgrund entsprechender Angaben der Klinik sogar konkrete Anhaltspunkte dafür, dass diese sich einer vergleichsweisen Einigung auf der Grundlage eines Gutachtens nicht kategorisch verschließt, sondern dem offen gegenübersteht. Vor diesem Hintergrund ist von einem rechtlichen Interesse an der **Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens** auch unter dem Blickwinkel des behaupteten **Aufklärungsfehlers** auszugehen.

C. Zweckmäßigkeit

I. Der Mandantin ist die **Einleitung** des selbstständigen Beweisverfahrens **zu empfehlen**. In Abhängigkeit von dem Beweisergebnis könnte bei Annahme des Beweisergebnisses durch den Gegner ein **Klageverfahren** und die hiermit einhergehenden **weiteren Kosten und der zu kalkulierende Zeitablauf vermieden** werden. Sollte der **Gegner** ein für die Mandantin günstiges **Ergebnis des Gutachtens nicht anerkennen, steht** die Begutachtung im Falle eines anschließenden Rechtsstreits gemäß **§ 493 Abs. 1 ZPO** einer **Beweisaufnahme vor dem Prozessgericht gleich**. Die Beweiserhebung stellt demnach nicht etwa nur einen Urkundenbeweis im Hauptprozess dar, sondern wirkt zwischen den Beteiligten des Hauptverfahrens vielmehr wie eine **unmittelbar im Hauptverfahren selbst durchgeführte Beweisaufnahme** (Thomas/Putzo/Reichold § 493 ZPO Rn. 1). Hieraus folgt zugleich, dass sich das selbstständige Beweisverfahren gegen alle in Betracht kommenden Gegner eines etwaig folgenden Hauptverfahrens richten sollte, also die Klinik bzw. deren Träger, den Chefarzt und den behandelnden bzw. aufklärenden Arzt.

II. Die Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens hätte den Vorteil, dass die **Verjährung** etwaiger Ansprüche der **Mandantin** gemäß **§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB** **gehemmt** wird.

III. Die Mandantin ist aus **anwaltlicher Vorsorge** ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der **Gegner nicht verpflichtet** ist, das Ergebnis der Begutachtung anzunehmen und es in diesem Falle zur Durchsetzung der Ansprüche notwendig wäre, im Anschluss an das selbstständige Beweisverfahren Klage zu erheben.

IV. Im Hinblick auf die **Kosten** ist darüber aufzuklären, dass der Gegner auf die Erstattung der ihm durch das selbstständige Beweisverfahren entstandenen Kosten gemäß **§ 494 a ZPO** hinwirken kann.

V. Der **Antrag** auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens muss den gemäß **§ 487 ZPO festgelegten Inhalt** haben.

„[18] [Er muss also insbesondere] die **Tatsachen, über die Beweis erhoben werden soll, bezeichnen** (§ 487 Nr. 2 ZPO) und dafür einen **hinreichenden Bezug zu dem dem Streitfall zugrundeliegenden Sachverhalt aufweisen, ...**, [wohingegen] **rein ‚abstrakte‘ Fragestellungen ... unzulässig** ... [sind].“

Gemäß **§§ 487 Nr. 4, 294 ZPO** sind die Tatsachen glaubhaft zu machen, sodass von der Mandantin eine **eidesstattliche Versicherung** sowie die **vorhandenen Urkunden zum Vorgang** anzufordern sind.

Im Rahmen des Antrages sollte dem **Sachverständigen** auch **erläutert** werden, **welche** der aus medizinischer Sicht bestehenden **Risiken oder Behandlungsalternativen** für die juristische Beurteilung des Inhalts der Aufklärung **relevant** sind. Ob diese Erläuterung in Ergänzung an die Beweisfragen tatsächlich in den Beschluss aufgenommen und an den Sachverständigen wei-

Zum **prozessualen Gutachten und zur Zweckmäßigkeit** allgemein siehe AS-Skript Die zivilgerichtliche Anwaltsklausur (2020), Rn. 72 ff. und zur Zweckmäßigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens siehe dort Rn. 108.

Es entsteht neben der Vergütung für den Sachverständigen eine volle Gerichtsgebühr nach **Nr. 1610 GKG-KV** und für die Tätigkeit des Rechtsanwalts eine Gebühr nach **Nr. 3100 RVG-VV**. Die 1,3-fache Gebühr ist allerdings auf eine Verfahrensgebühr im etwaigen Hauptsacheverfahren anzurechnen, Vorb. 3 Abs. 5 RVG-VV. Im Falle eines Termins ist auch an **Nr. 3104 RVG-VV** zu denken.

Grundsätzlich ergeht im selbstständigen Beweisverfahren **keine Kostenentscheidung**, der Antragsgegner hat **allerdings die Möglichkeit**, nach **§ 494 a ZPO** vorzugehen (AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessor Klausur [2018], Rn. 163), wonach er **im ersten Schritt** beantragen kann, dass dem Antragsteller eine **Frist zur Klageerhebung** gesetzt wird, und nach deren fruchtlosen Ablauf er **als zweiten Schritt** weiter beantragen kann, dass der **Antragsteller** die dem Antragsgegner **entstandenen Kosten zu tragen** hat. Im Übrigen stellen die Kosten des Verfahrens im anschließenden Hauptprozess bei Identität von Partei und (mind. teilweise) Gegenstand einen Bestandteil der **Kosten des Rechtsstreits** gemäß §§ 91 ff. ZPO dar (AS-Skript Die zivilgerichtliche Assessor Klausur [2018], Rn. 163; OLG Koblenz NJW-RR 2020, 702, auch zur Identität des Streitgegenstandes). Hierzu kann mit dem Antrag zur Hauptsache (vorsorglich) ein ausdrücklicher Antrag verbunden werden (AS-Skript Die zivilgerichtliche Anwaltsklausur [2020], Rn. 109).

Gemäß **§ 294 Abs. 1 ZPO** kann sich derjenige, der eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, **aller Beweismittel bedienen, auch zur Versicherung an Eides statt** zugelassen werden. Ob die Notwendigkeit der Glaubhaftmachung auch für § 485 Abs. 2 ZPO gilt, ist streitig, s. Thomas/Putzo/Reichold § 487 Rn. 4; Litzberger/Strieder, Das selbstständige Beweisverfahren in der Praxis JA 2017, 374.

tergeleitet werden, sollte in das **Ermessen des Gerichts** gestellt werden. Hierdurch würde vermieden, dass der Antrag zurückgewiesen wird, weil das Gericht der Auffassung ist, dass dies nicht zulässig ist.

„[21] ... [Denn zwar bestimmt] **der Antragsteller in eigener Verantwortung** durch seinen Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens den Gegenstand der Beweisaufnahme. Das **schließt es aber nicht aus**, dass es der **Antragsteller dem Gericht überlässt**, ob es bestimmte – vom Antragsteller bereits formulierte – **Erläuterungen** für den **Sachverständigen** zur Präzisierung der vom Antragsteller gewünschten Feststellungen und zur Leitung der Tätigkeit des Sachverständigen (§ 492 Abs. 1, § 404 a Abs. 1 ZPO) für erforderlich hält. **Es steht dem Gericht frei, innerhalb der Grenzen des vom Antragsteller vorgegebenen Beweisthemas unklare oder missverständliche Formulierungen des Antragstellers im Beweisbeschluss klarzustellen oder die vom Antragsteller formulierten Beweisfragen aufgrund von Ausführungen des Antragstellers in seiner Begründung zu konkretisieren oder zu ergänzen.**“

VI. Das zuständige Gericht ergibt sich aus **§ 486 Abs. 2 ZPO** und richtet sich danach, welches Gericht nach dem Vortrag der Mandantin zur Entscheidung in der Hauptsache berufen wäre.

I. Die Sachverhaltsdarstellung ist zu Prüfungszwecken und zur Veranschaulichung der relevanten Punkte **konstruiert** worden. Die zugrundeliegende veröffentlichte Entscheidung fokussiert sich auf die verfahrensrelevanten und in rechtlich-abstrakter Hinsicht bedeutenden Gesichtspunkte, wohingegen die Einzelheiten der tatsächlichen Gegebenheiten nicht bekannt gegeben werden.

II. Das selbstständige Beweisverfahren kann Ihnen sowohl in **der Anwalts- als auch in der Urteilklausur** begegnen. In der Urteilklausur sollten Sie an den vorstehend erwähnten § 493 ZPO denken. Die **Benutzung** der Beweisaufnahme geschieht durch entsprechenden **Vortrag oder Bezugnahme** der Parteien und die **Verwertung** durch das Gericht erfolgt **von Amts wegen** (Thomas/Putzo/Reichold § 493 ZPO Rn. 1). Voraussetzung hierfür ist allerdings gemäß **§ 493 Abs. 2 ZPO**, dass der Gegner im selbstständigen Beweisverfahren ordnungsgemäß beteiligt wurde, insbesondere an durchgeführten Terminen teilgenommen hat oder zumindest zu solchen ordnungsgemäß geladen wurde. Ein **neues Gutachten** kann im Hauptsacheverfahren unter den Voraussetzungen des **§ 412 ZPO** eingeholt werden (Thomas/Putzo/Reichold § 493 ZPO Rn. 1; BGH NJW 2018, 1171).

III. Einwendungen gegen das Gutachten sollten **frühzeitig** bereits im Rahmen des selbstständigen Beweisverfahrens erhoben werden, da sich andernfalls die Frage einer diesbezüglichen **Präklusion** für das Hauptsacheverfahren stellt. Ob eine solche bei „spätem“ Vorbringen anzunehmen ist, wird nicht einheitlich beurteilt (Thomas/Putzo/Reichold § 493 ZPO Rn. 1; MünchKomm/Schreiber, 5. Aufl. 2016, § 493 ZPO Rn. 3; Litzberger/Strieder, Das selbstständige Beweisverfahren in der Praxis, JA 2017, 374).

RiLG Dr. Tanja Ghajati

§ 851 ZPO; § 399 BGB

Pfändung des Taschengelds eines Heimbewohners

BGH, Beschl. v. 30.04.2020 – VII ZB 82/17, BeckRS 2020, 11404

Fall

Die Gläubigerin betreibt gegen den Schuldner die Zwangsvollstreckung einer Geldforderung aus einem vollstreckbaren Versäumnisurteil. Der Schuldner wohnt im K-Altenzentrum, einer vom E eV (Drittschuldner) betriebenen Pflegeeinrichtung. Ihm werden dort Unterkunft, Pflege und Verpflegung gewährt. Darüber hinaus verwaltet der Drittschuldner für den Schuldner auf einem sog. „Taschengeldkonto“ einen monatlich eingehenden Geldbetrag von 300 €.

Unter dem 27.04.2017 hat die Gläubigerin den Antrag auf Pfändung des Anspruches auf Auszahlung des gegenwärtigen Guthabens und der künftigen Auszahlungsansprüche hinsichtlich der monatlich auf dem Taschengeldkonto eingehenden Geldbeträge und auf Überweisung dieser Ansprüche zur Einziehung gestellt. Zu diesem Zeitpunkt befand sich der für April ausgezahlte Betrag von 300 € noch komplett auf dem Konto. Das Amtsgericht hat den Antrag durch Beschluss zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Anspruch auf Auszahlung aus dem Taschengeldkonto sei unpfändbar.

Prüfen Sie im Rahmen eines anwaltlichen Gutachtens, ob die Gläubigerin mit Erfolg einen Rechtsbehelf gegen die Entscheidung des Amtsgerichts einlegen kann.

Anwaltliches Gutachten

Zu prüfen ist, welcher Rechtsbehelf zulässig und begründet ist.

1. Zulässig gegen den ablehnenden Beschluss des Amtsgerichts könnte die **sofortige Beschwerde** sein.

a) Die sofortige Beschwerde müsste **statthaft** sein. Das ist gemäß § 793 ZPO dann der Fall, wenn mit einem Beschluss eine **Entscheidung durch das Vollstreckungsgericht** getroffen wurde und **nicht nur eine Vollstreckungsmaßnahme**, gegen die die Erinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO statthaft wäre. Entscheidungen sind solche Beschlüsse des Vollstreckungsgerichts oder des Prozessgerichts, denen ein richterlicher Abwägungsprozess vorausgeht, oft in Verbindung mit einer vorherigen Anhörung der Gegenseite. Eine Anhörung des Schuldners ist hier nicht erfolgt. Eine **Entscheidung** liegt aber auch **bei der Ablehnung des Antrags des Gläubigers vor, obwohl der Schuldner nicht gehört wurde**. Denn in diesem Fall hat das Vollstreckungsorgan sich mit den Argumenten des Gläubigers auseinandergesetzt und nicht nur ohne weitergehende Überprüfung dem Antrag stattgegeben. Indem das Amtsgericht also durch Beschluss den Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses abgelehnt hat, hat es eine Entscheidung getroffen, gegen die die sofortige Beschwerde statthaft ist.

b) Die sofortige Beschwerde muss gemäß §§ 793, 569 Abs. 1 S. 1 ZPO innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** bei dem Amtsgericht oder dem Beschwerdegericht, also dem übergeordneten Landgericht, eingelegt werden.

c) Das **Rechtsschutzbedürfnis** liegt vor, weil die Gläubigerin weiterhin die Durchführung der Zwangsvollstreckung aus einem Titel begehrt und diese sich insbesondere nicht auf andere Weise erledigt hat.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig.

Leitsätze

1. Der Anspruch des sich in einer Pflegeeinrichtung befindlichen Schuldners gegen den Träger der Pflegeeinrichtung auf Auszahlung des gegenwärtig auf einem „Taschengeldkonto“ verwalteten Guthabens und der künftig auf diesem Konto eingehenden Geldbeträge ist gem. § 851 Abs. 1 ZPO, § 399 Var. 1 BGB jeweils bis zu der Höhe unpfändbar, die in § 27 b Abs. 3 SGB XII für den angemessenen Barbetrag geregelt ist.

2. Soweit das jeweils vorhandene Guthaben den aus § 27 b Abs. 3 SGB XII für einen Monat anzusetzenden Betrag übersteigt, ist dieses dagegen pfändbar.

Vgl. zu den **Voraussetzungen eines Pfändungsbeschlusses und den Rechtsbehelfen im Vollstreckungsrecht** näher: AS-Skript Vollstreckungsrecht in der Assessor Klausur, (2020), Rn 101 u. 189 ff.

Zu der **Abgrenzung Maßnahme des Vollstreckungsgerichts zur Entscheidung** s. AS-Skript Vollstreckungsrecht in der Assessor Klausur (2020), Rn 211.

Achtung! Der stattgebende Pfändungsbeschluss und auch der kombinierte PfÜB sind mangels Anhörung i.d.R. eine **Maßnahme**, § 834 ZPO. Ausnahmsweise, namentlich nach Anhörung des Schuldners, sind sie eine **Entscheidung**, siehe AS-Skript Vollstreckungsrecht in der Assessorklausur (2020), Rn. 102 u. 120 und Thomas/Putzo, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 829 Rn. 55. Als Faustregel gilt: Maßnahmen sind solche Beschlüsse, die ohne Interessenabwägung ergehen sowie ohne vorherige Anhörung des Schuldners, Thomas/Putzo § 793 ZPO Rn. 3.

Liegt eine Entscheidung vor, so ist nicht die Erinnerung gem. § 766 ZPO statthaft, sondern die sofortige Beschwerde gemäß § 793 ZPO.

§ 17 Abs. 1 SGB XII

Auf Sozialhilfe besteht ein Anspruch, soweit bestimmt wird, dass die Leistung zu erbringen ist. Der Anspruch kann nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden.

2. Die sofortige Beschwerde müsste **begründet** sein. Das ist dann der Fall, wenn das Amtsgericht wegen der Vollstreckung in eine Geldforderung gemäß §§ 829 Abs. 1, 835 Abs. 1 ZPO einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hätte erlassen müssen.

a) Bzgl. der **formellen Voraussetzungen** für den Erlass einer PfÜB bestehen keine Bedenken. Das Amtsgericht ist als Vollstreckungsgericht **zuständig**, § 828 ZPO. Der Gegenstand der Pfändung wurde von der Gläubigerin **hinreichend bestimmt** angegeben.

b) Fraglich ist aber, ob die **Auszahlungsansprüche** des Schuldners gegen den Drittschuldner **unpfändbar** sind.

(1) Eine Unpfändbarkeit könnte sich aus der Pfändungsschutzvorschrift des **§ 17 Abs. 1 S. 2 SGB XII** ergeben. Danach kann ein Anspruch auf Sozialhilfe nicht übertragen, verpfändet oder gepfändet werden. Voraussetzung ist, dass § 17 Abs. 1 S. 2 SGB XII **auf das Guthaben aus dem Taschengeldkonto anwendbar** ist. Das scheidet allerdings

„[12] ... schon deshalb aus, weil nicht ein etwaiger Anspruch des Schuldners gegen den Leistungsträger auf Sozialhilfe gepfändet werden soll. Die Vorschrift betrifft ausdrücklich nur den Anspruch auf Sozialhilfe. **Ist die Sozialhilfe an den Schuldner bereits ausbezahlt oder überwiesen, greift das Verbot des § 17 Abs. 1 S. 2 SGB XII nicht mehr ein.**“

(2) Eine Unpfändbarkeit der betreffenden Auszahlungsansprüche könnte sich aus **§ 850 c ZPO**, also den Pfändungsgrenzen für Arbeitseinkommen, ergeben.

„[13] ... Der Schuldner kann sich [aber] nicht auf die Pfändungsgrenzen des § 850 c ZPO berufen, weil diese Vorschrift die Pfändung von Arbeitseinkommen i.S.d. § 850 ZPO sowie über die Verweisung in § 54 Abs. 4 SGB I die Pfändung von Ansprüchen auf laufende Geldleistungen nach dem Sozialgesetzbuch, etwa Leistungen der gesetzlichen Rentenversicherung, betrifft, die hier nicht in Rede stehen. **Der Pfändungsschutz dieser Vorschrift erstreckt sich nicht auch auf das zur Bewirkung der als Arbeitsentgelt oder Rente geschuldeten Leistungen bereits ausbezahlte oder überwiesene Geld.**“

(3) „[13] ... Da es sich bei dem von dem Drittschuldner geführten ‚Taschengeldkonto‘ **nicht um ein Pfändungsschutzkonto bei einem Kreditinstitut** handelt, ist die Pfändungsschutzvorschrift des **§ 850 k ZPO** ebenfalls nicht anwendbar.“

(4) Es kommt in Betracht die Schutzvorschriften der **§§ 850 c und 850 k ZPO analog** auf das Guthaben aus dem Taschengeldkonto anzuwenden. Voraussetzung ist allerdings, dass für solche Guthaben eine **planwidrige Regelungslücke** und eine mit den gesetzlich geregelten Fällen **vergleichbare Interessenlage** bestehen.

„[14] ... Es ist schon zweifelhaft, ob eine planwidrige Regelungslücke angenommen werden könnte. Jedenfalls **fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage**. Die jenen Vorschriften zugrundeliegende Interessenabwägung ist auf einen Schuldner zugeschnitten, der seinen notwendigen Lebensunterhalt aus Arbeitseinkommen i.S.d. § 850 ZPO oder aus den Leistungen nach dem Sozialgesetzbuch selbstständig bestreiten muss, was für einen Schuldner, der sich in einer Pflegeeinrichtung befindet, nicht zutrifft. Dessen **notwendiger Lebensunterhalt** wird vielmehr **im Grundsatz** dadurch gedeckt, dass ihm in der Pflegeeinrichtung **Unterkunft, Verpflegung, Pflege und sonstige Leistungen** gewährt werden. Die von dem ‚Taschengeldkonto‘ auszahlenden Geldbeträge sollen demgegenüber **allein seine darüber hinausgehenden persönlichen Bedürfnisse** als Bestandteil des notwendigen Lebensunterhalts abdecken. Hierauf sind § 850 c und § 850 k ZPO nach ihrem Schutzzweck nicht anwendbar.“

(5) Die Pfändbarkeit der Auszahlungsansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner könnte unter – **analoger** – Heranziehung der gesetzliche Un-

terhaltsansprüche betreffenden Vorschrift des **§ 850 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 ZPO** eingeschränkt sein. Danach können **Unterhaltsrenten**, die auf gesetzlicher Vorschrift beruhen, nur unter den in § 850 b Abs. 2 ZPO aufgestellten Voraussetzungen gepfändet werden. Fraglich ist aber, ob der Taschengeldanspruch hiermit gleichgesetzt werden kann.

„[15] ... Die von der Rechtsprechung des BGH zur bedingten Pfändbarkeit eines Taschengeldanspruchs des haushaltsführenden Ehegatten aufgestellten Grundsätze sind nicht einschlägig. Auch insoweit ist jedenfalls **eine vergleichbare Interessenlage zu verneinen**.

Der nach den Vermögensverhältnissen, dem Lebensstil und der Zukunftsplanung der Eheleute zu bemessende **Taschengeldanspruch des haushaltsführenden Ehegatten soll diesem ermöglichen, seine über die gewährten Grundbedürfnisse hinausgehenden persönlichen Bedürfnisse nach diesem Zuschnitt ohne Mitspracherecht des anderen Ehegatten zu befriedigen**; damit kann ihm insbesondere auch eine Schuldentilgung möglich sein.

Demgegenüber sind die von dem ‚**Taschengeldkonto**‘ auszuzahlenden **Geldbeträge** – soweit sie der Höhe nach den nach § 27b Abs. 3 SGB XII bemessenen Barbetrag nicht übersteigen – Bestandteil des notwendigen Lebensunterhalts des sich in einer Pflegeeinrichtung befindenden Schuldners und sollen ihm **ein menschenwürdiges Dasein sichern**. Denn der Schuldner ist darauf angewiesen, für seine persönlichen, von den Leistungen der Pflegeeinrichtung nicht gedeckten Bedürfnisse über bare Mittel verfügen zu können, weil er andernfalls zu deren Finanzierung nicht in der Lage wäre.“

(6) Die Unpfändbarkeit der Auszahlungsansprüche des Schuldners gegen den Drittschuldner könnte sich jedoch aus **§ 851 Abs. 1 ZPO, § 399 Var. 1 BGB** ergeben.

„[17] Nach § 851 Abs. 1 ZPO ist eine **Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen als sie übertragbar ist**. Damit verweist § 851 Abs. 1 ZPO unter anderem auf die Regelung des § 399 Var. 1 BGB. Danach kann eine Forderung nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger **nicht ohne Veränderung ihres Inhalts** erfolgen kann. § 399 Var. 1 BGB erfasst Forderungen, die aufgrund ihres Leistungsinhalts eine so enge Verknüpfung zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses herbeiführen, dass mit einem Wechsel in der Gläubigerposition ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners verletzt würde oder die **Identität der Forderung** nicht gewahrt bliebe, etwa weil die **Leistungshandlung im Hinblick auf den Empfänger einen besonderen Charakter annimmt**. Hierzu gehören **zweckgebundene Forderungen, soweit der Zweckbindung ein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegt**.

[18] Eine solche rechtlich beachtliche **Zweckbindung ist gegeben**, soweit die vom Heimträger auf dem ‚**Taschengeldkonto**‘ verwalteten **Geldbeträge der Höhe nach dem angemessenen Barbetrag gemäß § 27b Abs. 3 SGB XII entsprechen**. Aus der genannten Vorschrift ergibt sich, dass der notwendige Lebensunterhalt des Bewohners einer Pflegeeinrichtung neben den in dieser Einrichtung gewährten Leistungen auch einen angemessenen Barbetrag für seine darüber hinausgehenden persönlichen Bedürfnisse umfasst. **Der vom Gesetzgeber in § 27b Abs. 3 SGB XII festgelegte angemessene Barbetrag zur persönlichen Verfügung dient damit der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins**, vgl. § 1 S. 1 SGB XII.

Da es den Bewohnern einer Pflegeeinrichtung nicht in allen Fällen möglich ist, sich in ausreichendem Maße persönlich um die Verwaltung der Barbeträge zu kümmern, kann diese Aufgabe – wie sich inzident aus § 13 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 HeimG ergibt – von dem Heimträger übernommen werden. Die **Verwaltung erfolgt in diesem Fall treuhänderisch für die betreffenden Bewohner** der Pflegeeinrich-

§ 27 b SGB XII (auszugsweise)

Abs. 1: Der notwendige Lebensunterhalt umfasst

1. in Einrichtungen den darin erbrachten Lebensunterhalt,
2. in stationären Einrichtungen zusätzlich den weiteren notwendigen Lebensunterhalt ...

Abs. 2: Der weitere notwendige Lebensunterhalt nach Absatz 1 Nummer 2 umfasst insbesondere einen Barbetrag nach Absatz 3 sowie Bekleidung und Schuhe (Bekleidungs pauschale) ...

Abs. 3: Der Barbetrag nach Absatz 2 steht für die Abdeckung von Bedarfen des notwendigen Lebensunterhalts nach § 27 a Absatz 1 zur Verfügung, soweit diese nicht nach Absatz 1 von der stationären Einrichtung gedeckt werden. Die Höhe des Barbetrages beträgt für Leistungsberechtigte nach diesem Kapitel,

1. die das 18. Lebensjahr vollendet haben, mindestens 27 Prozent der Regelbedarfsstufe 1 nach der Anlage zu § 28 ...

Der Heimträger darf Auszahlungen von dem ‚**Taschengeldkonto**‘ **nur zugunsten des betreffenden Bewohners oder zur Begleichung von Forderungen, die zur Deckung dessen persönlichen Bedarfs entstanden sind, vornehmen**. Als Beitrag zum notwendigen Lebensunterhalt des Bewohners einer Pflegeeinrichtung **ist dessen Auszahlungsanspruch gegen den Heimträger in dem sich aus § 27 b Abs. 3 SGB XII ergebenden Umfang zweckgebunden**. Dies gilt unabhängig davon, ob der auf dem ‚**Taschengeldkonto**‘ verwaltete Geldbetrag aus Mitteln der Sozialhilfe oder aus einer Rente stammt. Aufgrund dieser Zweckbindung scheidet eine Abtretung in dem genannten Umfang und damit auch eine Pfändung des Auszahlungsanspruchs aus. Gegenüber der Zweckbindung des der Deckung des notwendigen Lebensunterhalts und der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins dienenden Auszahlungsanspruchs des Schuldners gegen den Drittschuldner hat die durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition der Gläubigerin zurückzutreten.

[19] Dagegen ist **eine zur Unpfändbarkeit führende Zweckbindung insoweit zu verneinen, als die vom Drittschuldner auf dem ‚**Taschengeldkonto**‘ verwalteten Geldbeträge der Höhe nach den angemessenen Barbetrag zur persönlichen Verfügung gemäß § 27 b Abs. 3 SGB XII übersteigen**. Denn **insoweit dient der Auszahlungsanspruch des Schuldners gegen den Drittschuldner nicht mehr der Deckung seines notwendigen Lebensunterhalts** und ein besonderes, schutzwürdiges Interesse des Drittschuldners an der Beibehaltung seines Gläubigers ist nicht ersichtlich.

Allein die Vereinbarung einer Verwaltung von Geld auf einem ‚Taschengeldkonto**‘ – ohne Bezug zum notwendigen Lebensunterhalt des Bewohners einer Pflegeeinrichtung – kann daher eine Zweckbindung und damit eine Unpfändbarkeit des betreffenden Auszahlungsanspruchs gemäß § 851 Abs. 1 ZPO, § 399 Var. 1 BGB nicht begründen**. Anderenfalls hätte es ein Schuldner, der sich in einer Pflegeeinrichtung befindet, in der Hand, auf diese Weise die Teile seines Vermögens dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen, derer er zur Deckung seines notwendigen Lebensunterhalts nicht bedarf.“

Der **angemessene Barbetrag** beläuft sich gemäß § 27 b Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB XII auf 27 % der Regelbedarfsstufe 1 nach der SGB XII Anlage zu § 28. Das sind für das Jahr 2017 **110,43 €** pro Monat. In dieser Höhe ist der Auszahlungsanspruch aus dem Taschengeldkonto unpfändbar. Das **darüber hinausgehende Guthaben** von 189,57 € und die künftig monatlich eingehenden Zahlungen in dieser Höhe sind **pfändbar**.

Ergebnis: Die sofortige Beschwerde ist zulässig und teilweise, nämlich betreffend einen Teilbetrag von 189,57 € des Guthabens und des monatlich eingehenden Taschengeldes begründet.

1. Diskussionswürdig ist die Entscheidung im Hinblick auf den Heimbewohner, **der zwei monatliche Taschengeldbeträge** (im Fall also 600 €) auf dem Konto **zusammenspart**, um z.B. Weihnachtsgeschenke für Enkelkinder etc. zu kaufen. Nach der Entscheidung des BGH ist der **Freibetrag** von 110,43 € **auf das Guthaben nur einfach anzuwenden**, auch wenn das Guthaben aus zwei Monaten stammt. Pfändbar wären hier also 489,57 €. Besser beraten ist also der Heimbewohner, der monatlich den unpfändbaren Freibetrag ausgibt und dafür sorgt, dass sich kein Guthaben auf dem Taschengeldkonto ansammelt.

2. Eine Unpfändbarkeit über den Weg des § 851 Abs. 1 ZPO, § 399 Var. 1 BGB für eine zweckgebundene Forderung hat die Rspr. auch in einer anderen aktuellen und daher examensrelevanten Fallkonstellation angenommen, nämlich für **Corona-Soforthilfen** (BFH, Beschl. v. 09.07.2020 – VII S 23/20 [AdV], BeckRS 2020, 17451).

VRiLG Peter Finke

Art. 2 Abs. 1, Art. 19 Abs. 4, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a, Art. 103 Abs. 1 GG; §§ 44, 140, 407, 410 StPO

Wirksamkeit der Zustellung bei Verhandlungsunfähigkeit

BVerfG, Beschl. v. 05.10.2020 – 2 BvR 554/20, BeckRS 2020, 27761

Fall

B wird zur Last gelegt, am 17.07.2019 in einer Bankfiliale einen Geldautomaten durch mehrmaliges Einschlagen derart beschädigt zu haben, dass ein Schaden in Höhe von ca. 3.000 € entstand. Zuvor war seine ec-Karte eingezogen worden. Auf Antrag der StA erließ das zuständige Amtsgericht am 19.09.2019 einen Strafbefehl wegen Sachbeschädigung gegen B und verhängte eine Geldstrafe in Höhe von 90 Tagessätzen zu je 15 €. Dieser wurde B durch Einlegen in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten am 21.09.2019 zugestellt.

Mit Schreiben vom 19.11.2019 legte der vom Betreuer des Beschwerdeführers bevollmächtigte Verteidiger V Einspruch gegen den Strafbefehl ein, beantragte Wiedereinsetzung in die Einspruchsfrist und die Bestellung als Pflichtverteidiger. Zur Begründung führt er aus, B leide unter einer psychotischen Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis und sei daher nicht prozessfähig. Nach nervenärztlicher Einschätzung sei er hochgradig psychotisch, seine Einsicht wahnhaft verzerrt und er befinde sich in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit. Daher seien für ihn mit Beschluss vom 16.10.2019 eine rechtliche Betreuung sowie eine geschlossene Unterbringung angeordnet worden.

Mit Beschluss vom 22.01.2020 verwarf das Amtsgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung und den Einspruch gegen den Strafbefehl als unzulässig. Der Wiedereinsetzungsantrag sei nicht binnen der Wochenfrist des § 45 Abs. 1 S. 1 StPO eingelegt worden. Die Betreuung bestehe seit dem 16.10.2019, der Antrag sei dagegen am 19.11.2019 eingegangen. Der Einspruch gegen den Strafbefehl sei verspätet eingelegt worden. Die Zustellung am 21.09.2019 sei wirksam, da der B erst seit dem 16.10.2019 unter Betreuung stehe. Hiergegen legte V fristgerecht sofortige Beschwerde ein.

Mit Beschluss vom 25.02.2020 verwarf das Landgericht die sofortige Beschwerde und lehnte auch den Antrag auf Bestellung des Verteidigers ab. Zur Begründung trat das Landgericht den Ausführungen des AG bei. Es liege zudem kein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 StPO vor. Es sei nicht ersichtlich, dass sich B zum Zeitpunkt der Tat und deren anschließender Aburteilung nicht hätte selbst verteidigen können. Eine hiergegen erhobene Anhörungsrüge verbunden mit einer Gegenvorstellung blieb erfolglos. Das Landgericht beschloss, dass es mit dem Beschluss vom 25.02.2020 sein Bewenden habe. Insbesondere führe die Tatsache, dass B unter Betreuung gestellt worden sei, nicht zur Annahme der Verhandlungsunfähigkeit des B, womit kein Fall der unverschuldeten Säumnis gemäß § 44 StPO gegeben sei.

V erhob gegen die Beschlüsse des Amtsgerichts vom 22.01.2020 und des Landgerichts vom 25.02.2020 eine zulässige Verfassungsbeschwerde. Begutachten Sie, ob diese begründet ist.

Gutachten

Die zulässige Verfassungsbeschwerde (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG) ist begründet, wenn B durch einen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt ist.

Leitsatz

Zustellungen an den Beschuldigten im Strafverfahren setzen dessen Verhandlungsfähigkeit voraus. Diese Voraussetzung ist vom Amts wegen zu prüfen. Eine Zustellung an eine verhandlungsunfähige Person setzt keine prozessualen Fristen in Gang. Eines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf es in diesem Fall nicht

Da das BVerfG keine „Superrevisionsinstanz“ ist, ist der Prüfungsumfang gerichtlicher Entscheidungen auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts beschränkt. Hier könnte eine solche Verletzung vorliegen, weil das Amts- und Landgericht durch die Verwerfung des Einspruchs gegen den Strafbefehl B in seinen Grundrechten aus **Art. 19 Abs. 4, 103 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 3 GG** und durch die Ablehnung der Bestellung eines Pflichtverteidigers B in seinem Recht auf ein faires Verfahren gemäß **Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG** verletzt haben könnten.

A. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet dem Einzelnen ein Recht auf effektiven Rechtsschutz i.S.e. Anspruchs auf lückenlose tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle. Der Zugang zum Gericht darf nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden. Dieser Maßstab gilt auch für die Auslegung und Anwendung von prozessualen Fristvorschriften.

„[33] ... Die Gerichte haben sich nicht mit einer der Wirksamkeit der Zustellung entgegenstehenden Verhandlungsunfähigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Zustellung befasst. Dies ist angesichts der Anhaltspunkte für die erheblichen krankheitsbedingten Einschränkungen des Beschwerdeführers nicht mehr verständlich.

[34] Bei einem Einspruch gegen den Strafbefehl ist vom Gericht zunächst von Amts wegen zu prüfen, ob die Einspruchsfrist des § 410 Abs. 1 S. 1 StPO gewahrt ist. Dabei ist es von Verfassung wegen erforderlich, dass das Gericht sich die erforderliche Überzeugung vom Beginn der Einspruchsfrist verschafft.

*[35] Nach dem Wortlaut des § 410 Abs. 1 StPO beginnt die Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen den Strafbefehl mit seiner Zustellung. **Voraussetzung für die Wirksamkeit der Zustellung im Strafverfahren ist die Verhandlungsfähigkeit des Empfängers.** Die Zustellung eines Strafbefehls an eine nicht verhandlungsfähige Person ist hingegen unwirksam und setzt die Einspruchsfrist des § 410 StPO schon nicht in Gang.*

[36] ... Verhandlungsunfähigkeit ist ... nur bei solchen Einschränkungen der geistigen, psychischen oder körperlichen Fähigkeiten anzunehmen, deren Auswirkungen auf die tatsächliche Wahrnehmung der Verfahrensrechte durch verfahrensrechtliche Hilfen für den Beschuldigten nicht hinreichend ausgeglichen werden können. Die Grenze zur Verhandlungsunfähigkeit ist erst dann überschritten, wenn dem Beschuldigten auch bei Inanspruchnahme solcher verfahrensrechtlicher Hilfen eine selbstverantwortliche Entscheidung über grundlegende Fragen seiner Verteidigung und eine sachgerechte Wahrnehmung der von ihm persönlich auszuübenden Verfahrensrechte nicht mehr möglich ist.

*[38] **Hieran gemessen kann den angegriffenen Entscheidungen nicht entnommen werden, dass sich die Fachgerichte eine ausreichende Überzeugung von der Wirksamkeit der Zustellung verschafft haben.** Die Zustellung des Strafbefehls an den Beschwerdeführer erfolgte am 21.09.2019 durch Einlegen in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten, weshalb zwar keine Zweifel am Zugang des Schriftstücks als solchem bestanden. Allerdings hätten sich für die Fachgerichte hier infolge des Vortrags des Betreuers und des Verteidigers des Beschwerdeführers sowie aufgrund der Sachverständigengutachten Bedenken an der Wirksamkeit der Zustellung aufdrängen und zu einer Auseinandersetzung hiermit führen müssen.*

*[39] Das Amtsgericht hat im angegriffenen Beschluss zur Frage der Zustellung lediglich darauf hingewiesen, der Beschwerdeführer habe erst ab dem 16.10.2019 unter Betreuung gestanden. **Es hat damit erkennbar ausschließlich darauf abgestellt, dass die Zustellung an den Beschwerdeführer persönlich gerichtet werden konnte, da die Betreuung erst zu einem späteren Zeitpunkt einge-***

richtet wurde. Mit dem Vorbringen des Verteidigers, der Beschwerdeführer sei infolge seiner Erkrankung ‚nicht prozessfähig‘, hat sich das Amtsgericht indes nicht befasst.

[40] **Eine Prüfung, ob der Beschwerdeführer am 21.09.2019 in der Lage war, eine selbstverantwortliche Entscheidung über grundlegende Fragen seiner Verteidigung zu treffen und die von ihm persönlich auszuübenden Verfahrensrechte wahrzunehmen, hat das Amtsgericht in seinem Beschluss vom 22.01.2020 nicht vorgenommen.** Die Schilderung des Verteidigers ... , wonach der Beschwerdeführer bei der Exploration für ein Betreuungsverfahren Ende August 2019 in hochgradig psychotischem Zustand infolge einer unbehandelten Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis angetroffen worden sei und sich in einem die Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung befunden habe, hätte das Amtsgericht veranlassen müssen, die Verhandlungsfähigkeit im Zeitpunkt der nur drei Wochen später erfolgten Zustellung zu überprüfen. Hierfür bestand umso mehr Anlass, als der Zustand des Beschwerdeführers Mitte Oktober 2019 nicht nur zur Einrichtung einer Betreuung, als auch zu seiner geschlossenen Unterbringung führte.

[41] Für eine Verwerfung des Einspruchs als unzulässig, weil verspätet, war hier nach kein Raum. Die vom Amtsgericht getroffene Entscheidung verletzt den Beschwerdeführer insofern in seinen grundrechtsgleichen Rechten aus Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 sowie Abs. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Der angegriffene Beschluss beruht auf diesen Verfassungsverstößen. [42] Das Landgericht hat die Verfassungsverstöße des Amtsgerichts durch seine Beschwerdeentscheidung fortgesetzt.“

B. Auch die Ablehnung der Bestellung eines Pflichtverteidigers könnte verfassungswidrig sein, weil B hierdurch in seinem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip verletzt sein könnte.

„[44] Die Vorschriften der Strafprozessordnung über die notwendige Mitwirkung und Bestellung eines Verteidigers (§§ 140 ff. StPO) stellen sich als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausgestaltung als Gebot fairer Verfahrensführung dar. Die Verfassung selbst will sicherstellen, dass der Beschuldigte auf den Gang und das Ergebnis des gegen ihn geführten Strafverfahrens Einfluss nehmen kann. **Ihm ist von Verfassung wegen jedenfalls dann ein Pflichtverteidiger beizuordnen, wenn es nach der konkreten Fallgestaltung, insbesondere bei Besonderheiten und Schwierigkeiten im persönlichen Bereich, als evident erscheint, dass er sich angesichts seiner Erkrankung nicht selbst verteidigen kann.** Dass diese Voraussetzungen im Falle des Beschwerdeführers vorlagen, bedarf nach dem Vorstehenden keiner näheren Erläuterung. Der Beschwerdeführer war infolge seiner Erkrankung im fachgerichtlichen Verfahren ersichtlich nicht in der Lage, die Besonderheiten des Sachverhalts und des Verfahrensgangs zu erfassen und durch geeignetes Vorbringen zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen.“

Die angefochtenen Entscheidungen verletzen den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten.

Ergebnis: Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

StA (GL) Dr. Martin Soyka

§§ 52, 123, 242, 244, 303 StGB

Tenorierung bei bewaffnetem Wohnungseinbruchdiebstahl in dauerhaft genutzte Privatwohnung und Sachbeschädigung

BGH, Beschl. v. 29.04.2020 – 3 StR 532/19, BeckRS 2020, 13988;
Fortsetzung von BGH, Beschl. v. 04.12.2013 – 4 StR 367/13, BeckRS 2014, 2101

Leitsätze

1. Eine Sachbeschädigung wird von einem Wohnungseinbruchdiebstahl nicht konsumiert. Die Delikte stehen zueinander in Tateinheit (§ 52 StGB).
2. Verwirklicht der Täter mehrere Strafschärfungen des Diebstahls gemäß § 244 StGB, wird er dennoch nur wegen eines qualifizierten Diebstahls schuldig gesprochen.

Fingierter Sachverhalt

Vgl. zum Streit, der in einer Klausur zum 2. Staatsexamen kurz darzustellen ist, AS-Skript, Materielles Strafrecht in der Assessoriklausur (2019), Rn. 390.

Fall

A ist vor dem Schöffengericht angeklagt. Nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung verschaffte er sich mit einem Jagddolch, den er „für alle Fälle“ auch zur Überwindung etwaigen Widerstands dabei hatte, durch Aufhebeln der Eingangstür Zutritt zur Wohnung des G. Die Tür wurde dabei beschädigt. Aus der Wohnung entwendete A eine wertvolle Armbanduhr, die er später verkaufen wollte. G hat Strafantrag gestellt.

Stellen Sie in einem Kurzgutachten zusammen, wegen welcher Taten A zu verurteilen ist und formulieren Sie den Schuldspruch. Vorschriften des WaffenG sind nicht zu erörtern.

Kurzgutachten

I. Indem A die Armbanduhr des G zum Zweck des Verkaufs an sich nahm, hat er eine fremde bewegliche Sache in der Absicht rechtswidriger Zueignung rechtswidrig und schuldhaft weggenommen. Er ist eines **Diebstahls** gemäß **§ 242 StGB** schuldig.

II. Die Tat könnte wegen des Jagdmessers gemäß **§ 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 StGB** qualifiziert sein. Gefährliches Werkzeug ist ein Gegenstand, der nach der Rspr. nur objektiv abstrakt bei einem Einsatz gegen Menschen gefährlich sein muss oder – so eine Meinung im Schrifttum – nach den äußeren Umständen objektiv-konkret als Waffenersatz dienen sollte oder – nach anderer Meinung – dessen Einsatz sich der Täter als Gewalt- oder Drohungsmittel subjektiv vorbehalten hat. Der von A mitgeführte Jagddolch ist als Gebrauchsmesser mit feststehender längerer Klinge bei Stichverletzungen lebensgefährlich. A hatte auch den Vorbehalt, diesen „für alle Fälle“ wie eine Waffe einzusetzen. Damit liegt nach allen Ansichten ein gefährliches Werkzeug vor, das A vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft bei dem Diebstahl bei sich geführt hat. Die Tat ist gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 1 a Alt. 2 StGB qualifiziert.

III. A ist zur Ausführung des Diebstahls in eine Wohnung eingebrochen, sodass auch die Qualifikation des **§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB** erfüllt ist.

IV. Da es sich bei den Räumen des G um eine dauerhaft genutzte Privatwohnung handelte, hat A auch die Verbrechensqualifikation des **§ 244 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 StGB** verwirklicht.

V. Durch das Beschädigen der Tür ist A ferner wegen **Sachbeschädigung** nach **§ 303 Abs. 1 StGB** strafbar. Der gemäß § 303 c StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

VI. D A in die Wohnung ohne Zustimmung des G, also widerrechtlich, eingedrungen ist, kann er auch wegen **Hausfriedensbruchs** gemäß **§ 123 Abs. 1 Alt. 1 StGB** verurteilt werden. Auch der hierfür gemäß § 123 Abs. 2 StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

VII. Konkurrenzen

1. Alle Delikte wurden aufgrund des engen örtlichen, zeitlichen und motivatorischen Zusammenhangs in natürlicher Handlungseinheit verwirklicht.

2. Fraglich ist, ob und welcher der verwirklichten Tatbestände im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

a) Der Wohnungseinbruchdiebstahl gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB wird in § 244 Abs. 4 StGB qualifiziert und tritt deshalb im Wege der Spezialität zurück.

b) Der Hausfriedensbruch nach § 123 StGB wird von dem Wohnungseinbruchdiebstahl konsumiert, weil es sich um eine typische Begleittat handelt (vgl. Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 123 Rn. 45).

c) Auch die Sachbeschädigung gemäß § 303 StGB an der Wohnungstür könnte im Wege der Konsumtion hinter der Tat nach § 244 Abs. 4 StGB zurücktreten. Der BGH verneint dies jedoch auch in der vorliegenden Entscheidung:

Die Verwirklichung des § 303 StGB sei bei einem Einbruchdiebstahl nicht als typische Begleittat vorgezeichnet, sondern hänge vom Vorgehen des Täters im Einzelfall ab. Ferner ergebe sich bei Verdrängung von § 303 StGB nur beim Einbrechen ein systematischer Bruch zu den anderen Begehungsvarianten (Einsteigen, Nachschlüssel), bei denen, wenn eine Sachbeschädigung mitverwirklicht sei, Tateinheit mit § 303 StGB angenommen werde. Außerdem seien die geschützten Rechtsgüter des § 242 StGB und des § 303 StGB und ihre Rechtsgutträger in vielen Fällen nicht identisch. Daher steht die Sachbeschädigung zu § 244 Abs. 4 StGB in Tateinheit (ausführl. dazu BGH RÜ 2019, 174, 175).

d) Auch die Strafschärfung wegen des Beisichführens des Messers kann nicht hinter diejenige des Einbruchs in die dauerhaft genutzte Privatwohnung gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 StGB zurücktreten, weil beide Qualifikationen unterschiedliches Unrecht beschreiben.

aa) Unter Bezugnahme auf eine ältere BGH-Entscheidung zu den Raubqualifikationen (MDR 1971, 363) wird daraus vom OLG Hamburg (NSTZ 2017, 584) und im Schrifttum (Sch/Sch/Bosch, StGB, 30. Aufl. 2019, § 244 Rn. 34) die Konsequenz gezogen, dass beide Strafschärfungen in Tateinheit zueinander stehen.

bb) Der BGH lehnt inzwischen bei Verwirklichung verschiedener Qualifikationen desselben Grunddelikts Tateinheit ab.

„[2] Dass der Angeklagte ... von [mehreren] in § 244 Abs. 1 StGB geregelten Tatmodalitäten ... [mehrere] verwirklicht hat, ändert nichts daran, dass er nur eines Tatvergehens ... schuldig zu sprechen ist. Das Vorliegen mehrerer Begehungsweisen ist lediglich bei der Strafzumessung zu Ungunsten des Täters zu bewerten.“

BGH, Beschl. v. 04.12.2013 – 4 StR 367/13, BeckRS 2014, 2101

Praktisch ist das nichts anderes als eine tatbestandliche Bewertungseinheit.

Tenorierung

„[2] ... Die Verwirklichung zweier Qualifikationen kann hier in der Urteilsformel durch die rechtliche Bezeichnung **„Wohnungseinbruchdiebstahl mit Waffen“** zum Ausdruck gebracht werden.“

BGH, Beschl. v. 04.12.2013 – 4 StR 367/13, BeckRS 2014, 2101

„[5] ... [Ein] Diebstahl mittels Einbruchs in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung im Sinne des § 244 Abs. 4 StGB [ist] aus Gründen der Klarstellung des begangenen Unrechts im Schuldspruch als **„schwerer“ Wohnungseinbruchdiebstahl** kenntlich zu machen.“

BGH, Beschl. v. 29.04.2020 – 3 StR 532/19, BeckRS 2020, 13988

Der Schuldspruch lautet: Der Angeklagte A ist schuldig des schweren Wohnungseinbruchdiebstahls mit Waffen in Tateinheit mit Sachbeschädigung.

§ 338 StPO

Schöffe verschläft Verlesung der Anklageschrift

BGH, Beschl. v. 14.10.2020 – 1 StR 616/19, BeckRS 2020, 31984

Leitsätze

1. Mängel in der Person eines Richters oder Schöffen sind ausschließlich nach § 338 Nr. 1 StPO zu beurteilen.

2. Das Schlafen über eine erhebliche Zeitspanne während der Anklageverlesung stellt einen solchen Mangel dar.

Fall

Gegen den Angeklagten A wurde vor der Wirtschaftsstrafkammer verhandelt. Während der Verlesung des Anklagesatzes hielt ein Schöffe die Augen geschlossen, den Mund leicht geöffnet und hatte eine erschlaffte Sitzhaltung eingenommen. Dies dauerte zunächst mindestens 1 Minute lang. Der Vorsitzende, von dem Verteidiger auf diesen Umstand hingewiesen, erwiderte spontan, dass der beisitzende Laienrichter noch wach sei. Der Schöffe selbst reagierte auf die hierdurch veranlasste Unterbrechung sowie den Wortwechsel zwischen dem Strafkammervorsitzenden und der Verteidigung jedoch nicht. Als sich die Berufsrichter daraufhin dem Laienrichter zuwandten, öffnete dieser die Augen und benötigte ersichtlich einen kurzen Augenblick, um zu realisieren, dass er zuvor eingeschlafen war. Die Verlesung der Anklageschrift wurde anschließend fortgesetzt, aber nicht, auch nicht teilweise, wiederholt. Das Landgericht verurteilte A zu einer Freiheitsstrafe, wogegen er frist- und formgerecht Revision einlegte. Mit einer ordnungsgemäß ausgeführten Verfahrensrüge beanstandet er, dass die Wirtschaftsstrafkammer wegen eines schlafenden Schöffen vorschriftswidrig besetzt gewesen sei.

Begutachten Sie, ob die erhobene Rüge des Verfahrens zum Erfolg führt.

Gutachten

Der Angeklagte dringt mit seiner Verfahrensbeanstandung durch, wenn das erkennende Gericht aufgrund des zeitweisen Schlafens des Schöffen während der Verlesung der Anklageschrift nicht vorschriftsmäßig besetzt war (**§ 338 Nr. 1 StPO**).

I. Mängel in der Person des Richters oder Schöffen können deren Anwesenheit infrage stellen. Obgleich dies grundsätzlich nach Maßgabe des § 338 Nr. 5 StPO zu bewerten wäre, **können** auch **solche persönlichen Defizite** nach feststehender Rspr. **ausschließlich unter Grundlage des § 338 Nr. 1 StPO beanstandet werden** (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 338 Rn. 10).

II. Allerdings sind entsprechende Mängel revisionsrechtlich **nur dann beachtlich, wenn** sie während eines **wesentlichen Teils der Hauptverhandlung** vorgelegen haben. Dies wird daraus gefolgert, dass eine Urteilsaufhebung unter Grundlage eines absoluten Revisionsgrundes auch dann ausgeschlossen sein soll, wenn ein Beruhen der Entscheidung auf dem Rechtsfehler schon denkgesetzlich ausgeschlossen sei (Meyer-Goßner/Schmitt § 338 Rn. 2). Als ein solch **wesentlicher Verfahrensteil** wird wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die Hauptverhandlung nach einhelliger Auffassung **auch die Anklageverlesung** angesehen.

„[6] Danach liegt, weil es sich bei der Verlesung des Anklagesatzes um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung handelt und der Schöffe dieser während einer erheblichen Zeitspanne schlafbedingt nicht gefolgt ist, der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO vor.“

Ergebnis: Die Verfahrensbeanstandung ist begründet.

RA, FASr, FASsteuerR Dr. André Neumann B.A.

§§ 6, 113, 124 VwGO; §§ 214, 215 BauGB

Abwicklung eines gescheiterten Bauantrags

BayVGh, Urt. v. 09.09.2020 – 15 B 19.666, BeckRS 2020, 24660

Fall

Herr Fell will seine Gaststätte, die in einem Mischgebiet (MI) im Goldstadt liegt, in eine kleine Automaten-Spielhalle umwandeln. Als er am 22.10.2018 seinen Bauantrag stellte, war die geplante Spielhalle noch genehmigungsfähig. Kurz darauf erließ die Stadt eine Veränderungssperre. Am 21.01.2019 erhob Herr Fell Klage. Am 15.05.2019 trat der Bebauungsplan Nr. 11 (BPlan) in Kraft, der u.a. auf dem Gaststättengrundstück Spielhallen ausschließt. Am 12.06.2019 lehnte das Stadtplanungsamt den Bauantrag von Herrn Fell ab. Das Verwaltungsgericht wies die Klage durch den Einzelrichter am 07.12.2020 durch Urteil ab. Die Klage sei unbegründet, und zwar sowohl im Hauptantrag auf Genehmigungserteilung als auch im Hilfsantrag auf Feststellung, dass die Stadt bis zum Erlass des BPlans verpflichtet gewesen sei, die Baugenehmigung zu erteilen.

RA Reif hat drei Tage später beim OVG/VGH die Zulassung der Berufung beantragt. Sein Mdt. möchte unbedingt die Baugenehmigung erhalten. Hierzu legt er seinem RA eine Liste von sieben formellen Fehlern vor, die ein von ihm beauftragtes Fachplanungsbüro bei der Aufstellung des BPlans entdeckt hat.

Sollte ihm die Genehmigung wegen des neuen BPlans doch nicht erteilt werden können, will er zumindest Schadensersatz von der Stadt Goldstadt. Diese hätte die Genehmigung nicht verzögern dürfen. Allein im letzten Jahr seien ihm gut und gerne 10.000 € Gewinn entgangen. Außerdem habe er sich vertraglich an Automatenaufsteller gebunden, von denen nun Ausfallforderungen zu erwarten seien. Auch ein bisschen Mobiliar habe er angeschafft.

Was schreibt RA Fell seinem Mandanten als nächstes?

Mandantenschreiben

Sehr geehrter Herr Fell!

1. Gemäß § 124 a Abs. 5 S. 2 VwGO wird das OVG/VGH die **Berufung** nur **zulassen**, wenn wir einen der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO überzeugend darlegen. Erfahrungsgemäß ist es am ehesten erfolgversprechend, **ernstliche Zweifel an der Richtigkeit** des Urteils zu wecken (Nr. 1).

In Betracht kommt ein Angriff auf den **BPlan**. Wenn dieser **unwirksam** ist, gilt § 34 BauGB und Sie haben einen Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung, wenn das kleine Spielhallenvorhaben in einem unbeplanten Mischgebiet genehmigungsfähig ist. Bislang sind mir aber keine rügefähigen Planungsfehler bekannt. Das von Ihnen beauftragte Fachplanungsbüro hat nämlich nur **nicht rügefähige formelle Fehler** im Planaufstellungsverfahren gefunden.

„[27] Soweit der Kl. rügt, der Bebauungsplan ... sei unwirksam, da er an formellen Mängeln leide, führt dies zu keiner anderen Beurteilung, da die von ihm genannten Mängel nach § 215 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 BauGB i.V.m. § 214 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 S. 2 und § 214 Abs. 3 S. 2 BauGB nicht **innerhalb eines Jahres** seit Bekanntmachung der Satzung schriftlich gegenüber der Gemeinde unter Darlegung des die Verletzung begründenden Sachverhalts **geltend** gemacht worden sind.“

Leitsatz

Bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage, die der Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsverfahrens vor dem Zivilgericht dienen soll, muss der Kläger insb. aufzeigen, was er konkret anstrebt, welchen Schaden bzw. welche Schadens- oder Entschädigungspositionen er im Zivilrechtsweg geltend machen will und dass ein Schadensersatz- bzw. Entschädigungsprozess bereits anhängig oder mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist.

In der Praxis werden meist alle Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO angeführt, auch wenn es für sie kaum Anhaltspunkte gibt.

AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessor Klausur (2019), Rn. 48

Praxishinweis: Der RA kann den BPlan natürlich auch selbst auf materielle Fehler untersuchen. Das ist jedoch aufwändig und teuer. Ohne klaren Auftrag des Mdt. dazu empfiehlt sich eine solche Prüfung nicht.

AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessor Klausur (2019), Rn. 469 ff.

BVerwG NVwZ 2019, 649, 651; NVwZ-RR 2019, 443, 445

Kopp/Schenke, VwGO (2020), § 113 Rn. 136

Hintergrund: Wenn selbst ein Kollegialgericht die behördliche Entscheidung für rechtmäßig hält, trifft den Beamten **kein Verschulden**, wenn er zum selben – unrichtigen – Ergebnis gekommen ist.

Beachte: Nur die Frist zur **Berufungs** begründung ist verlängerbar (§ 124 a Abs. 3 S. 3 VwGO). Das wird häufig verwechselt. Der Zulassungsantrag wird bei Fristversäumung verworfen und das VG-Urteil rechtskräftig (§ 124 a Abs. 5 S. 4 VwGO).

2. Um Ersatzansprüche gegen die Stadt geltend zu machen, ist die Fortführung des Hilfsantrags in Gestalt der **Fortsetzungsfeststellungsklage** sinnvoll. Denn in dem nachfolgenden Haftungsprozess ist das Zivilgericht, das darüber entscheidet, an das Urteil im Verwaltungsstreitverfahren gebunden (§ 121 VwGO). Außerdem kommt Ihnen die Amtsermittlung (§ 86 VwGO) durch das Verwaltungsgericht zugute.

a) Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO **statt** **haft**, sofern sie auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des BPlans Nr. 11 als erledigendes Ereignis gerichtet wird.

b) Allerdings müssen wir ein **Fortsetzungsfeststellungsinteresse** darlegen können. Ein solches kann in einem sog. **Präjudizinteresse** liegen.

„[32] Bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage, die ... der **Vorbereitung eines Amtshaftungs- oder Entschädigungsverfahrens vor dem Zivilgericht** dienen soll, ist das Feststellungsinteresse zu bejahen, wenn ein solcher Prozess bereits anhängig, mit Sicherheit zu erwarten oder ernsthaft beabsichtigt ist, die begehrte Feststellung in diesem Verfahren erheblich und die Rechtsverfolgung nicht offensichtlich aussichtslos ist.“

aa) Die Klageabweisung in der ersten Instanz schließt Ihre Ersatzansprüche nicht aus, weil dort lediglich der **Einzelrichter** entschieden hat (§ 6 VwGO).

„[34] ... [Der] Fortsetzungsfeststellungsantrag [hat] auch ... keine Erfolgsaussichten, [wenn] das Verwaltungsgericht in erster Instanz als **Kollegialgericht** das Bestehen des geltend gemachten Genehmigungsanspruchs aufgrund einer nicht nur summarischen Prüfung verneint hat.“

bb) Zunächst müssen wir klarstellen, welche **Art von Ersatzansprüchen** gegen die Stadt geltend gemacht werden sollen.

„[32] ... [Es] fehlt an ausreichenden Darlegungen dazu, ob ein Amtshaftungsanspruch wegen rechtswidriger Versagung der Baugenehmigung oder ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff wegen einer rechtswidrigen Veränderungssperre oder ein Entschädigungsanspruch nach §§ 39 ff. BauGB geltend gemacht werden soll.“

cc) Bislang ist es mir auch nicht möglich, näher zu den **Schäden** vorzutragen, die Ihnen als Kl. durch die verweigerte Baugenehmigung entstanden sind.

„[32] ... Insbesondere muss er aufzeigen, was er konkret anstrebt, welchen Schaden bzw. welche Schadens- oder Entschädigungspositionen er im Zivilrechtsweg geltend machen will und dass ein Schadensersatz- bzw. Entschädigungsprozess bereits anhängig oder mit hinreichender Sicherheit zu erwarten ist. Die bloße Behauptung, einen Schadensersatzprozess führen zu wollen, genügt hierfür nicht.“

Etwas genauer als „gut und gerne 10.000 €“, sollten unsere **Angaben zur Schadenshöhe** schon ausfallen.

„[32] ... Zwar dürfen an den Vortrag keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere bedarf es regelmäßig keiner Vorlage einer genauen Schadensberechnung. Jedoch muss der Vortrag zur Rechtfertigung des mit der Fortsetzung des Prozesses verbundenen Aufwands über die bloße Behauptung hinaus nachvollziehbar erkennen lassen, dass er einen Amtshaftungs- oder Entschädigungsprozess tatsächlich anstrebt und dieser nicht offensichtlich aussichtslos ist. Hierzu gehört auch eine zumindest annähernde Angabe der Schadenshöhe.“

3. Ich bitte Sie, mir die erbetenen Angaben bis zum 15.01.2021 zuzuleiten. Denn die **Frist zur Begründung** des Zulassungsantrags beträgt nach § 124 a Abs. 4 S. 4 VwGO nur zwei Monate und ist **nicht verlängerbar**.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

§ 106 VwGO; § 62 VwVfG; §§ 123, 142, 242, 779 BGB

Täuschung durch Verschweigen beim Prozessvergleich

OVG Bremen, Urt. v. 09.10.2020 – 2 B 222/20, BeckRS 2020, 27548

Fall

Ausländeramt Vfg. 15.12.2020

Mit Akte dem Rechtsamt unter Verweis auf § 82 AufenthG z.w.V.

Ausländerakte (Auszug)

1. Vermerk: Herr Nneka ist nigerianischer Staatsangehöriger. Er reiste am 01.10.2020 nach Deutschland ein. Am 12.11.2020 wurde von mir seine unerlaubte Einreise festgestellt, die beantragte Aufenthaltserlaubnis abgelehnt und die Abschiebung sofort vollziehbar angedroht. Herr Nneka hat anwaltlich vertreten am 13.11.2020 Klage erhoben und Eilrechtsschutz beantragt ...

7 L 5722/20 **Beschluss des Berichterstatters** 20.11.2020

Das Gericht schlägt den Beteiligten den folgenden **Vergleich** vor:

1. Die AG' hebt die verfügte sofortige Vollziehung der Abschiebungsandrohung auf und erteilt dem ASt. eine Duldung für 3 Monate.
2. Die Kosten des Eilverfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

2. Vermerk: Nach beiderseitiger Zustimmung zum Vergleichsvorschlag am 24.11.2020 teilt die hiesige Bußgeldstelle soeben mit, dass Herr Nneka in einem Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren mit eindeutigen Nachweisen belegt habe, dass er sich schon seit dem 12.11.2020 in seiner Heimat aufhält.

Was unternimmt die Städtische Rechtsrätin Jurczik?

Rückschrift

Schreiben m. Akte an das Ausländeramt im Hause

I. Die Stadt hat mit Herrn Nneka einen **Prozessvergleich** geschlossen. Bei dem Vergleich handelt es sich nicht um die Protokollierung einer außergerichtlichen Einigung, sondern um den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs nach § 106 VwGO, durch den das Verfahren unmittelbar beendet wurde. **§ 106 S. 2 VwGO** erlaubt den Vergleichsschluss durch Annahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlagsbeschlusses. Das ist geschehen.

II. Der naheliegende Einwand, der **Prozessvergleich** sei **unwirksam**, weil Sie ihn nicht geschlossen hätten, wenn Sie gewusst hätten, dass der ASt. bereits vor Klage- bzw. Antragserhebung ausgereist sei, greift allerdings nicht durch.

1. Die **Wirksamkeit** von Prozessvergleichen richtet sich nach dem **VwVfG**.

„[7] Der Prozessvergleich ist einerseits Prozesshandlung und andererseits öffentlich-rechtlicher Vertrag, für den die Vorschriften der §§ 54 ff. [VwVfG] gelten. Somit sind nach § 62 S. 2 [VwVfG] die Vorschriften des BGB entsprechend anzuwenden, soweit sich aus dem [VwVfG] nichts Abweichendes ergibt.“

2. Der Prozessvergleich ist allerdings nicht nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 779 Abs. 1 BGB unwirksam, weil dieses einen **beiderseitigen Irrtum** voraussetzt.

„[9] Als feststehend zugrunde gelegt ist der Sachverhalt, der von beiden Beteiligten bei Abschluss des Vergleichs als gewiss angesehen und von ihnen als wesentliche

Leitsätze

1. Ein Prozessvergleich ist nicht unwirksam, wenn nur eine Seite einem Irrtum über die Vergleichsgrundlagen erlag.

2. Vergleichsverhandlungen zu einem Prozessvergleich können Offenbarungspflichten begründen, die über die fachgesetzlichen Offenbarungspflichten hinausgehen.

3. Ein wirksam angefochtener Prozessvergleich verliert seine prozessbeendende Wirkung von Anfang an (ex tunc).

Zu den ausländerrechtlichen Grundlagen: AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur (2019), Rn. 583 ff.

So die meist beim VG gebräuchliche Form der einvernehmlichen Prozessbeendigung, vgl. AS-Skript Die verwaltungsgerichtliche Assessorklausur (2019), Rn. 278 ff., insb. 281.

§ 82 AufenthG Mitwirkung des Ausländers

(1) Der Ausländer ist verpflichtet, seine Belange und für ihn günstige Umstände, soweit sie nicht offenkundig oder bekannt sind, unter Angabe nachprüfbarer Umstände unverzüglich geltend zu machen und die erforderlichen Nachweise über seine persönlichen Verhältnisse, sonstige erforderliche Bescheinigungen und Erlaubnisse sowie sonstige erforderliche Nachweise, die er erbringen kann, unverzüglich beizubringen.

Zur Duldung: AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assessorklausur (2019), Rn. 596.

Die Anfechtung wirkt nach § 142 Abs. 1 BGB zurück. Der Prozessvergleich ist von Anfang an (ex tunc) unwirksam.

Die gerichtliche Feststellung ist ratsam, weil der unrichtige Rechtsschein beseitigt und späterem Streit über die Wirksamkeit des Vergleichs vorgebeugt wird.

Voraussetzung der erzielten Streitbeilegung betrachtet wird ... Jedoch sind bei Abschluss des Vergleichs nicht beide Beteiligten davon ausgegangen, dass sich der ASt. in Deutschland aufhält. Davon ist nur die AG ausgegangen. Der ASt. dagegen wusste, wo er sich aufhält.“

3. Allerdings ist der Vergleich als von Anfang an nichtig (unwirksam) anzusehen, wenn Sie ihre Annahmeerklärung wegen **arglistiger Täuschung** nach § 62 S. 2 VwVfG i.V.m. § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB **anfechten**.

a) Zwar hat der ASt. Sie nicht durch **aktives Tun**, also eine unwahre Aussage über seinen Aufenthaltsort, zur Annahme des Vergleichsvorschlags gebracht.

„[12] Täuschung ist bewusstes Erregen- oder Aufrechterhaltenwollen eines Irrtums durch Vorspiegeln falscher oder Unterdrücken wahrer Tatsachen. Davon erfasst sind auch die Fälle der Täuschung durch konkludentes Verhalten i.S.e. **Verschweigen von Tatsachen**. Dabei geht es um wissentliches, stillschweigendes Dulden des fremden Irrtums, indem eine entsprechende Aufklärung unterlassen wird. Dies setzt jedoch voraus, dass eine Rechtspflicht zur Aufklärung (Offenbarungspflicht) besteht. ‚Arglistig verschweigt‘, wer sich bewusst ist, dass ein bestimmter Umstand für die Entschließung seines Vertragspartners erheblich ist, nach Treu und Glauben verpflichtet ist, diesen Umstand mitzuteilen, und ihn nicht offenbart.“

b) Der ASt. war nicht aus dem von Ihnen angeführten **§ 82 Abs. 1 S. 1 AufenthG** verpflichtet zu offenbaren, dass er sich schon in seiner Heimat aufhielt.

„[14] ... Das Verlassen des Bundesgebiets war vorliegend kein für den ASt. **günstiger**, sondern ein für ihn **ungünstiger Umstand**, denn es schließt aus, dass ihm eine Duldung erteilt werden kann. Duldung ist in der amtl. Überschrift zu § 60 a AufenthG als ‚vorübergehende Aussetzung der Abschiebung‘ definiert. **Abgeschoben werden kann nur ein Ausländer, der sich in Deutschland aufhält**; daher kann auch nur die Abschiebung eines solchen Ausländers vorübergehend ausgesetzt werden.“

c) Der ASt. war aber aus einer **Nebenpflicht** des **Prozessrechtsverhältnisses** verpflichtet, seinen ausländischen Aufenthaltsort zu offenbaren.

„[15] Tritt ein anwaltlich vertretener Ausländer allerdings im Rahmen eines Gerichtsverfahrens in **Vergleichsverhandlungen** mit der Ausländerbehörde ein, können Offenbarungspflichten entstehen, die über das hinausgehen, was nach § 82 Abs. 1 S. 1 AufenthG allgemein gilt, wenn ein Ausländer einen begünstigenden Verwaltungsakt beantragt oder die Behörde Maßnahmen zu seinen Lasten ergreifen will. Die in § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 BGB kodifizierten Grundsätze über das Verschulden bei Vertragsschluss (**culpa in contrahendo**) sind auch auf die Anbahnung von öffentlich-rechtlichen Verträgen anwendbar. Daher war der ASt. nach § 62 S. 2 [VwVfG] i.V.m. § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, im Rahmen des Vergleichsabschlusses auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der AG Rücksicht zu nehmen.“

4. Die Anfechtung nimmt dem Vergleich die **prozessbeendende Wirkung**.

„[10] ... Der prozessuale und der materiell-rechtliche Vertrag beeinflussen sich in ihrer Wirksamkeit wechselseitig. Ist die Vergleichsvereinbarung materiell unwirksam, verliert auch die Prozesshandlung ihre Wirksamkeit, da sie nur die Begleitform für den materiell-rechtlichen Vergleich ist. Entbehrt der Vergleich der sachlich-rechtlichen Grundlage, geht ihm auch die verfahrensrechtliche Wirkung der Prozessbeendigung ab.“

III. Ich **empfehle**, zusammen mit der Anfechtung Ihrer Vergleichsannahmeerklärung gegenüber der Kammer die Feststellung zu beantragen, dass der Vergleich unwirksam ist. Das Gericht entscheidet dann v.A.w. über den Eilantrag.

VRVG Dr. Martin Stuttmann

§ 31 a StVZO; § 52 StPO

Zeugnisverweigerungsrecht hindert Fahrtenbuch nicht

OVG NRW, Beschl. v. 12.10.2020 – 8 E 785/20, BeckRS 2020, 26979

VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 17.09.2020 – 14 K 2947/20, BeckRS 2020, 26980

Fall

Der in Silberstadt wohnende Kl. ist Halter eines VW Caddy, der auf seinen Betrieb in Goldstadt zugelassen ist. Am 23.07.2020 fuhr der Wagen mit einem männlichen Fahrer nach der zutreffenden Radarmessung eines stationären „Blitzers“ auf der unbeschilderten Innenstadtstraße 73 km/h. Auf den Anhörungsbogen im Bußgeldverfahren, der an ihn als Fahrer oder Zeuge gerichtet war, trug der Kl. ein: „Ich war es nicht. Ansonsten: Schweigerecht!“ Das OWi-Verfahren wurde am 30.10.2020 eingestellt, weil der Fahrer nicht zu ermitteln war.

Der Oberbürgermeister von Goldstadt gab dem Kl. nach Anhörung am 16.11.2020 ein Fahrtenbuch für die Dauer von 6 Monaten auf. Mit fristgerechter Anfechtungsklage rügt der Kl. die örtliche Zuständigkeit von Goldstadt. Er dürfe im Übrigen nicht mit einem Fahrtenbuch bestraft werden, wenn er im OWi-Verfahren von seinem guten Recht Gebrauch mache, seine Familie zu schützen. Außerdem habe er wirksame betriebsinterne Vorkehrungen getroffen, die ausschließen, dass sich die einmalige Verfehlung wiederhole.

Entwerfen Sie das Urteil des Verwaltungsgerichts (Hauptsachetenor, Entscheidungsgründe ohne Tatbestand).

Hinweis: Ein Widerspruch ist nicht statthaft (§ 68 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 VwGO).

Urteil

Die Klage wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige, insb. nach § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO fristgemäß erhobene Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) ist unbegründet. Der angefochtene Bescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kl. nicht in seinen Rechten, § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Ermächtigungsgrundlage für die Auferlegung des Fahrtenbuchs ist § 31a Abs. 1 S. 1 StVZO.

2. Der Bescheid vom 16.11.2020 ist **formell rechtmäßig**. Der Kl. wurde gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG **angehört**. Anders als der Kl. meint, ist die Bekl. nach § 68 Abs. 2 S. 1 StVZO **örtlich zuständig**, obwohl er in Goldstadt nur als Einzelunternehmer tätig ist und kein Handelsunternehmen betreibt.

OVG NRW: „[5] ... Das Fahrzeug, auf das sich die Fahrtenbuchauflage bezieht, ist nicht am Wohnort des Kl., sondern ... in Anwendung von § 6 Abs. 1 und § 46 Abs. 2 FZV am Ort des Betriebssitzes des Kl. zugelassen (sog. **Standortzulassung**). Mit hin ist die Bekl. als die für den **Betriebssitz** des Kl. zuständige Kreisordnungsbehörde auch für die Fahrtenbuchanordnung zuständig. Der in § 68 Abs. 2 StVZO verwendete Begriff des Handelsunternehmens ist nach Sinn und Zweck der Vorschrift weit auszulegen.“

3. Die Fahrtenbuchauflage ist auch **materiell rechtmäßig**.

a) Mit dem Fahrzeug, dessen **Halter** der Kl. ist, ist eine **Zu widerhandlung** gegen Verkehrsvorschriften begangen worden. Der Fahrer des Wagens hat ver-

Leitsätze

1. Ist ein Fahrzeug am Betriebssitz zugelassen („Standortzulassung“), ist die dafür örtlich zuständige Behörde die Fahrtenbuchbehörde, auch wenn es sich nur um einen Einzelunternehmer und nicht um ein Handelsunternehmen handelt (§ 68 Abs. 2 StVZO).

2. Die Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungsrechts im OWi-Verfahren hindert die Auferlegung eines Fahrtenbuchs (§ 31 a StVZO) nicht. Es gibt kein „doppeltes Recht“, das Zeugnis zu verweigern und vom Fahrtenbuch verschont zu bleiben.

3. Ein Fahrtenbuch setzt keine konkrete Wiederholungsfahrer für eine Verkehrszu widerhandlung voraus; die abstrakte Gefahr genügt.

Näher zum Fahrtenbuch: AS-Skript Materielles Verwaltungsrecht in der Assesorklausur (2019), Rn. 576 ff.

StVZO

– Auszug –

§ 31a Fahrtenbuch

(1) ¹Die nach Landesrecht zuständige Behörde kann gegenüber einem Fahrzeughalter für ein oder mehrere auf ihn zugelassene oder künftig zuzulassende Fahrzeuge die Führung eines Fahrtenbuchs anordnen, wenn die Feststellung eines Fahrzeugführers nach einer Zu widerhandlung gegen Verkehrsvorschriften nicht möglich war ...

§ 68 Zuständigkeiten

(2) ¹Örtlich zuständig ist, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, die Behörde des Wohnorts, mangels eines solchen des Aufenthaltsorts des Antragstellers oder Betroffenen, bei juristischen Personen, Handelsunternehmen oder Behörden die Behörde des Sitzes oder des Orts der beteiligten Niederlassung oder Dienststelle.

Die Erfahrung zeigt, dass i.d.R. ein Anhörungsschreiben an den Fahrzeughalter innerhalb von zwei Wochen seit dem Verkehrsverstoß genügt, um den Fahrer zu ermitteln, weil er vom Halter üblicherweise benannt wird. Als Ermittlungsmaßnahme genügt daher ein solcher Anhörungsbogen. Da kein Verbrechen aufzuklären ist, muss der Fahrer nicht aufwändiger gesucht werden.

§ 26 StVG ... Verjährung

(3) Die Frist der Verfolgungsverjährung beträgt bei Ordnungswidrigkeiten nach § 24 drei Monate, solange wegen der Handlung weder ein Bußgeldbescheid ergangen noch öffentliche Klage erhoben ist, danach sechs Monate.

Die Punkte (1 bis 3) je Verkehrsverstoß ergeben sich aus Anlage 13 zur FahrerlaubnisVO.

Beachte: Die Rspr. hat über Jahrzehnte nahezu alle Auslegungsfragen im Fahrtenbuchrecht zu Lasten des Halters entschieden. Klagen gegen Fahrtenbücher haben daher fast nie Erfolg. Da sich der knappe Normtext des § 31 a StVZO kaum in den Obersätzen der Gerichte wiederfindet, muss man über etwas positives Wissen hierzu verfügen, um einen Fahrtenbuchfall bewältigen zu können

botswidrig die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschritten (§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StVO), indem er innerorts 73 km/h statt 50 km/h gefahren ist.

b) Die Feststellung des Fahrzeugführers war der OWi-Behörde nicht möglich.

VG GE: „[6] ‚Unmöglichkeit‘ i.S.d. § 31a Abs. 1 Satz 1 StVZO ist ... anzunehmen, wenn die Behörde nach den Umständen des Einzelfalles nicht in der Lage war, den Täter zu ermitteln, obwohl sie alle angemessenen Maßnahmen ergriffen hat. Die Angemessenheit der Aufklärung beurteilt sich danach, ob die Behörde in sachgerechtem und rationellem Einsatz der ihr zur Verfügung stehenden Mittel nach pflichtgemäßem Ermessen die Maßnahmen getroffen hat, die der Bedeutung des aufzuklärenden Verkehrsverstoßes gerecht werden und in gleichliegenden Fällen erfahrungsgemäß Erfolg haben. Art und Umfang der Ermittlungstätigkeit der Behörde dürfen sich an den Erklärungen des Fahrzeughalters ausrichten.“

Da der Kl. seine Täterschaft verneint und auf sein Schweigerecht verwiesen hat, war die **Fahrerfeststellung** für die OWi-Behörde bis zum Ablauf der dreimonatigen Verfolgungsverjährung (§ 26 Abs. 3 StVG) **unmöglich**.

VG GE: „[11] Lehnt der Halter die Mitwirkung an der Aufklärung des Verkehrsverstoßes ab, ist es der Behörde regelmäßig nicht zuzumuten, wahllos zeitraubende, kaum Aussicht auf Erfolg bietende Ermittlungen zu betreiben.“

Das gilt, obwohl der Kl. im OWi-Verfahren zulässigerweise von seinem **Zeugnisverweigerungsrecht** Gebrauch gemacht hat. Dieses Recht stand ihm nach § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. § 52 StPO zu. Das Fahrtenbuch zwingt den Kl. nicht, den seinerzeitigen Fahrer anzugeben, es ist nur die Folge des Schweigens.

OVG NRW: „[7] ... Insbesondere hat das Verwaltungsgericht entgegen der Auffassung des Kl. zu Recht angenommen, dass die Feststellung des Fahrzeugführers unmöglich i.S.d. § 31a Abs. 1 S. 1 StVZO war, weil der Kl. von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat und sich der Bußgeldbehörde auch sonst keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Feststellung des verantwortlichen Fahrers ergeben haben. Der Halter eines Fahrzeugs kann nicht verlangen, von einer Fahrtenbuchauflage verschont zu bleiben, wenn er in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren ein Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht geltend gemacht hat. Ein ‚**doppeltes Recht**‘, nach einem Verkehrsverstoß im Ordnungswidrigkeitenverfahren das Zeugnis bzw. die Aussage zu verweigern und zugleich trotz fehlender Mitwirkung bei der Ermittlung des Fahrzeugführers von einer Fahrtenbuchauflage verschont zu bleiben, besteht nicht.“

4. Ermessensfehler (§ 114 S. 1 VwGO) sind bei einer mit einem Punkt im Fahrzeugsregister bewehrten Zuwiderhandlung angesichts der maßvollen Dauer (6 Monate) des zu führenden Fahrtenbuchs nicht ersichtlich. Auch an der **Verhältnismäßigkeit** bestehen keine Bedenken.

OVG NRW: „[9] Insbesondere ist sie entgegen der Auffassung des Kl. nicht deshalb unverhältnismäßig, weil sie im Grunde nur als Bestrafung eingesetzt werde. Eine Fahrtenbuchauflage stellt **keine Sanktionierung** in Anbetracht des geltend gemachten Zeugnisverweigerungsrechts dar. Ihr Zweck besteht allein darin, die Sicherheit und Ordnung im Straßenverkehr zu gewährleisten und sicherzustellen, dass zukünftige Verkehrsverstöße nicht ungeahndet bleiben.“

Welche betriebsinternen Vorkehrungen der Kl. getroffen hat, um **erneute Verkehrsverstöße** zu unterbinden, kann dahinstehen.

OVG NRW: „[11] ... Bei der Anordnung eines Fahrtenbuchs kommt es nicht auf eine konkrete Wiederholungsgefahr an. § 31a StVZO zielt vielmehr auf eine **abstrakte Wiederholungsgefahr**, die daran anknüpft, dass der verantwortliche Fahrer bei Begehung des Verkehrsverstoßes anonym geblieben ist.“

VRVG Dr. Martin Stuttmann

Den Überblick erweitern...



Ü2 – Überblick 2
Aufbau und Tenorierung
der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung

Horst Wüstenbecker,
Rechtsanwalt

1. Auflage 2018
ISBN 978-3-86752-626-5



Ü2 – Überblick 2
Der staatsanwaltliche
Sitzungsdienst

Rainer Kock, Staatsanwalt
Dr. Patrick Rieck,
Oberstaatsanwalt

1. Auflage 2019
ISBN 978-3-86752-625-8

... mit Alpmann
Schmidt!



ALPMANN SCHMIDT

Die Helfer für alle Fälle...



Aufbauschemata Zivilrecht/ZPO

Dr. Tobias Langkamp,
Rechtsanwalt und Repetitor
Frank Müller, Rechtsanwalt und
Repetitor

18. Auflage 2020 – 16,90 €
ISBN 978-3-86752-709-5



Aufbauschemata Strafrecht/StPO

Dr. Rolf Krüger, Rechtsanwalt,
FA Strafrecht und Repetitor
Dr. Manuel Ladiges, LL.M.
(Edinburgh)

16. Auflage 2021 – 16,90 €
ISBN 978-3-86752-756-9

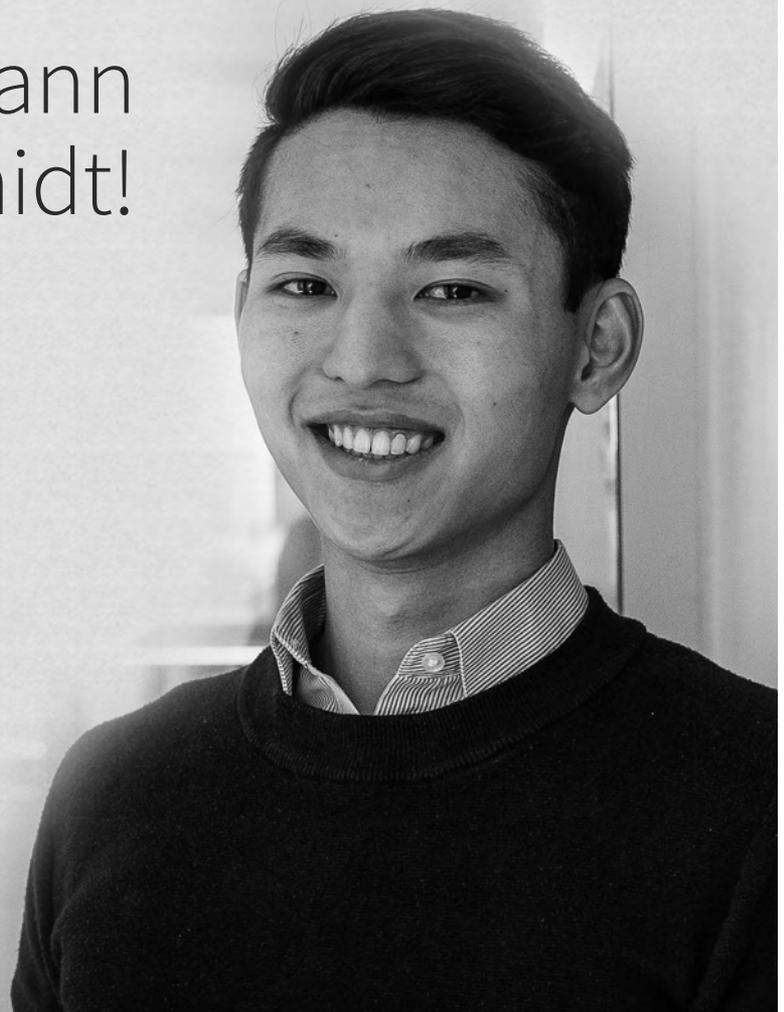


Aufbauschemata Öffentliches Recht

Thomas Müller, Rechtsanwalt
und Repetitor

17. Auflage 2019 – 14,90 €
ISBN 978-3-86752-629-6

... von Alpmann
Schmidt!



Mit AS-Poster: Das Anspruchssystem der
Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Rechtsprechungs Übersicht

Ihre Examensfälle von morgen

- LG Frankfurt a.M. Coronabedingte Ladenschließung – Muss die Miete weitergezahlt werden?
- BGH Folgen fehlerhafter Erfüllung der Auskunftspflicht aus einer Geschäftsbesorgung – Update zu BGH RÜ 2016, 10
- BGH Kostenerstattung gegen Miterben für die Erteilung eines Erbscheins auch aus GoA möglich
- BGH Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei Wort- und Bildberichterstattung über ein Scheidungsverfahren
- BGH Zurechnung der Betriebsgefahr beim Brand eines in einer Werkstatthalle abgestellten Kraftfahrzeuges
-
- BGH Risikozusammenhang beim Raub mit Todesfolge bei Tod aufgrund einer Patientenverfügung
- BGH Risikozusammenhang bei Raub mit Todesfolge auch nach Erlöschen des Raubvorsatzes
- BGH Auch die Weitergabe intimer Selfies einer anderen Person ist strafbar
- BGH Ein Unglücksfall und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung unterliegen einer objektiven ex-ante-Betrachtung
- OLG Hamm Urkundenunterdrückung durch Wegnahme einer Geldbörse mit Girocard und Personalausweis
-
- BVerfG Entschädigungsregelung für Atomausstieg verfassungswidrig – Update zu RÜ 2017, 114
- OVG NRW Ausnahmegenehmigung für den Gebetsruf des Muezzins über Lautsprecher – Update zu RÜ 2018, 321
- BayVGH Zwei-Stufen-Theorie: Benutzungs- und Vertragsverhältnis bei öffentlichen Einrichtungen



E2 Online Examenkurs per Livestream*

2. Staatsexamen

Westfalen (Für alle Referendare mit
Stammdienststelle im Bezirk des OLG Hamm)

Neu
ab Januar
2021

- **Strafrecht:** ab 06.01.2021 – 17.30 Uhr
Staatsanwaltliche Assessorklausur; Urteilklausur; Revisionsklausur
- **Öffentliches Recht:** ab März 2021
Verwaltungsgerichtliche, behördliche und anwaltliche Assessorklausuren
- **Zivilrecht II:** ab Mai 2021
Vollstreckungsrecht und einstweiliger Rechtsschutz in der Assessorklausur; Anwalts- und Kautelarklausuren
- **Materielles Recht in der Assessorklausur:** ab August 2021
Alle drei Rechtsgebiete, spezifisch ausgerichtet auf die Assessorklausur, kompakt und topaktuell
- **Zivilrecht I:** ab Oktober 2021
Zivilgerichtliche Entscheidungen in der Assessorklausur (Erkenntnisverfahren)

Unser Rundum-sorglos-Paket, alles inklusive:



52 Kurseinheiten
à 3 Zeitstunden



Topaktuelle Hörer-
unterlagen als Print
und Download;
Hotlist



Alle sieben
Kommentare
Ihr Eigentum,
keine Miete!



Alle zehn
Assessorskripten
NEU Die zivilrecht-
liche Anwalts-
klausur



RÜ mit RÜ2
NEU RÜ-Archiv
und
RÜ2-Archiv



Kursbegleitende
Klausuren

Komplettpreis 12 x 125 € – 20 % Ersparnis gegenüber der Einzelbuchung – steuerlich absetzbar – mtl. kündbar
Einstieg und Probehören jederzeit möglich!

* Interaktiver Unterricht im Livestream, Beteiligung per Chat, Mikro und Video möglich. Dozenten beziehen Sie aktiv in die Kurseinheiten ein!



Hier finden Sie Ihren Traumjob!

beck-stellenmarkt.de

DIE Jobbörse für Juristen
und Steuerexperten



Verlag C.H.BECK oHG
Media-Beratung
Wilhelmstraße 9
80801 München

Kontakt
Tel. (089) 3 81 89 – 687
mediaberatung@beck.de
www.beck-stellenmarkt.de



Individuell

Zwischenprüfung, 1. Examen, 2. Staatsexamen | Münster

Die maßgeschneiderte Vorbereitung vom 1. Semester bis zum 2. Examen

Wollen Sie sich gezielt auf die Klausuren in den ersten Semestern (Zwischenprüfung) vorbereiten?

Streben Sie Sicherheit für Ihre Examina an, vielleicht ein Prädikatsexamen?

Wollen Sie Ihre Note verbessern oder benötigen nach einem Misserfolg nun Sicherheit und Unterstützung zur Fehlervermeidung?

Unsere langjährige Erfahrung – nur für Sie!

Wir kombinieren unseren Erfahrungsschatz mit den Vorzügen eines ganz auf Ihre Bedürfnisse abgestimmten Unterrichts.

Lerntempo, Inhalte und Umfang richten wir nach Ihren persönlichen Fähigkeiten sowie Ihrem Wissensstand aus – zeitlich und inhaltlich flexibel nach Ihren Vorgaben.

Wählen Sie zwischen abstrakter Wissensvermittlung, Wissensanwendung auf den konkreten Fall, dem Schreiben von Übungsklausuren unter Aufsicht oder einer Kombination von allem.

Kostenloses Erstgespräch

Wir analysieren mit Ihnen zunächst Ihre aktuelle Situation. Hieraus folgt eine auf Sie abgestimmte Lernstrategie in pädagogischer und fachlicher Hinsicht.



Nähere Informationen unter www.as-individuell.de

Interesse? Bitte E-Mail an: as-individuell@alpmann-schmidt.de

Zivilrecht

LG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.10.2020 – 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613 §§ 275, 313, 326, 535, 536, 537 BGB; Art. 240 § 2 EBGGB	1
Coronabedingte Ladenschließung – Muss die Miete weitergezahlt werden?	
BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18, BeckRS 2020, 23375 §§ 133, 157, 195, 204, 242, 249, 280, 362, 666 BGB	5
Folgen fehlerhafter Erfüllung der Auskunftspflicht aus einer Geschäftsbesorgung – Update zu BGH RÜ 2016, 10	
BGH, Urt. v. 07.10.2020 – IV ZR 69/20, BeckRS 2020, 28128 §§ 684, 812, 2038 BGB	12
Kostenerstattung gegen Miterben für die Erteilung eines Erbscheins auch aus GoA möglich	
BGH, Urt. v. 07.07.2020 – VI ZR 250/19, GRUR-RS 2020, 24014 Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG; §§ 823, 1004 BGB; §§ 22, 23 KUG	16
Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei Wort- und Bildberichterstattung über ein Scheidungsverfahren	
BGH, Urt. v. 20.10.2020 – VI ZR 158/19, BeckRS 2020, 31062 § 7 StVG	21
Zurechnung der Betriebsgefahr beim Brand eines in einer Werkstatthalle abgestellten Kraftfahrzeuges	

Strafrecht

BGH, Beschl. v. 17.03.2020 – 3 StR 574/19, BeckRS 2020, 28978 §§ 52, 223, 224, 249, 250, 251 StGB	24
Risikozusammenhang beim Raub mit Todesfolge bei Tod aufgrund einer Patientenverfügung	
BGH, Beschl. v. 07.10.2020 – 4 StR 602/19, BeckRS 2020, 29633 §§ 249, 251 StGB	28
Risikozusammenhang bei Raub mit Todesfolge auch nach Erlöschen des Raubvorsatzes	
BGH, Beschl. v. 29.07.2020 – 4 StR 49/20, BeckRS 2020, 26378 §§ 201 a, 205 StGB	29
Auch die Weitergabe intimer Selfies einer anderen Person ist strafbar	
BGH, Urt. v. 01.09.2020 – 1 StR 373/19, BeckRS 2020, 29957 §§ 258, 323 c StGB	31
Ein Unglücksfall und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung unterliegen einer objektiven ex-ante-Betrachtung	
OLG Hamm, Urt. v. 22.09.2020 – 5 RVs 63/20, BeckRS 2020, 25379 §§ 52, 242, 274 StGB	33
Urkundenunterdrückung durch Wegnahme einer Geldbörse mit Girocard und Personalausweis	

Öffentliches Recht

BVerfG, Beschl. v. 29.09.2020 – 1 BvR 1550/19, BeckRS 2020, 30179 Art. 14, 82 GG; Art. 107, 108 AEUV	36
Entschädigungsregelung für Atomausstieg verfassungswidrig – Update zu RÜ 2017, 114	
OVG NRW, Urt. v. 23.09.2020 – 8 A 1161/18, BeckRS 2020, 27734 Art. 4 GG; § 3 BlmSchG; §§ 42, 113 VwGO	42
Ausnahmegenehmigung für den Gebetsruf des Muezzins über Lautsprecher – Update zu RÜ 2018, 321	

Inhaltsverzeichnis

BayVGH, Urt. v. 30.09.2020 – 4 B 20.1116, BeckRS 2020, 28635

§§ 43, 58, 74, 121 VwGO; § 49 VwVfG; GemO

Zwei-Stufen-Theorie: Benutzungs- und Vertragsverhältnis bei öffentlichen Einrichtungen 48

Gesetzgebung

Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag – 25. Gesetz zur Änderung des BWahlG 54

Repetitorium

Die Geschäftsführung ohne Auftrag 56

Check 65

Impressum

RÜ-Rechtsprechungsübersicht

Herausgeber und verantwortliche Redakteure:

RA Dr. Tobias Langkamp (Zivilrecht), RA Dr. Rolf Krüger (Strafrecht),
RA Horst Wüstenbecker (Öffentliches Recht)

Redaktion: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge,
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster,
Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Autoren: Zivilrecht: RAin Claudia Haack, Dr. Matthias Hünert, RA Dr.
Tobias Langkamp, RA Dr. Jan Stefan Lüdde, RiSG Lars Reuter, RiLG Dr. Ben-
jamin Steinhilber; **Strafrecht:** RA/FAStR Dr. Rolf Krüger, RA Dr. Manuel
Ladiges, LL.M. (Edinburgh), StAin Dr. Christina Lang, OStA Dr. Matthias
Modrey, VRLG Dirk Reitzig, OStA Dr. Patrick Rieck, RiLG Christoph Sand-
berger, RA Dr. Wilhelm Friedrich Schneider, StA Dr. Martin Soyka, RA
Dr. Klaus Winkler; **Öffentliches Recht:** RiVG Pierre Becker-Rosenfelder,
Ri'in SG Birgit Reuter, RA Christian Sommer, VRiVG Dr. Martin Stuttmann,
RA Horst Wüstenbecker

Verlag: Alpmann und Schmidt, Juristische Lehrgänge,
Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Alter Fischmarkt 8, 48143 Münster,
Postfach 1169, 48001 Münster, Tel. (0251) 98109-0, Fax (0251) 98109-60

Internet: www.alpmann-schmidt.de

E-Mail: as.info@alpmann-schmidt.de

Anzeigen: Verlag C.H.BECK, Anzeigenabteilung, Wilhelmstraße 9,
80801 München, Postanschrift: Postfach 40 03 40, 80703 München

Media-Beratung: Tel. (089) 38189-687, Fax (089) 38189-589

Disposition, Herstellung Anzeigen, technische Daten:

Tel. (0 89) 38189-609, Fax (0 89) 38189-589, E-Mail anzeigen@beck.de
Verantwortlich für den Anzeigenteil: Bertram Mehling/SSN 0178-0689

Druck: Holzmann Druck GmbH & Co. KG, Gewerbestraße 2,
86825 Bad Wörishofen

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentli-
chten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbeson-
dere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein
Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verla-
ges in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere
Verfahren – reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen,
insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache
übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag,
Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnli-
chem Wege bleiben vorbehalten.

Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dür-
fen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien
hergestellt werden.

Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichts-
entscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz
genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redi-
giert bzw. erarbeitet sind.

Erscheinungsweise: monatlich zum Monatsbeginn.

Bezugspreis: vierteljährlich 20,10 € (3 Hefte – inkl. gesetzl. MwSt).
Versandkosten sind im Preis enthalten. Zahlungen sind vierteljährlich
im Voraus fällig.

Einzelausgabe: 7,90 € (inkl. gesetzl. MwSt), Versandkosten zzgl.

Bestellungen: nehmen jede Buchhandlung und der Verlag entgegen.

Abbestellungen: müssen 6 Wochen zum Quartalsende vorliegen.



Instagram



Youtube



Facebook

C1 Crashkurs 1. Examen

Münster



Examenswissen **topaktuell** und **kompakt** an **vier Wochenenden**
(insgesamt 64 Stunden)

▪ **Zivilrecht I**

BGB AT, Schuldrecht AT/BT, Sachenrecht, Bereicherungsrecht

▪ **Zivilrecht II**

Deliktsrecht, GoA/Regress, Familien-/Erbrecht, ZPO, Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht

▪ **Öffentliches Recht**

Europarecht, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht AT/VwGO, POR, Baurecht, Kommunalrecht

▪ **Strafrecht**

Allgemeiner Teil, Vermögensdelikte, Nichtvermögensdelikte, StPO

Kursbeginn: Freitag, 19. März 2021

Gesamtpreis bei Belegung aller Rechtsgebiete: 355 €

Sie sparen 30 € gegenüber der Einzelbuchung!

Einzelpreise: Zivilrecht I: 95 €; Zivilrecht II: 95 €; Öffentliches Recht: 115 €; Strafrecht: 80 €

Weitere Informationen zum gesamten C1-Crashkurs:
t1p.de/2p2b

Den Überblick behalten...



Überblick Die Klausur im Zivilrecht

Dr. Tobias Langkamp,
Rechtsanwalt und Repetitor
Dr. Jan Stefan Lüdde,
Rechtsanwalt und Repetitor
3. Auflage 2020
ISBN 978-3-86752-739-2



Überblick Die Klausur im Strafrecht

Dr. Manuel Ladiges,
LL.M. (Edinburgh)
2. Auflage 2019
ISBN 978-3-86752-687-6



Überblick Die Klausur im Öffentlichen Recht

Horst Wüstenbecker,
Rechtsanwalt
3. Auflage 2020
ISBN 978-3-86752-710-1



Überblick Verbraucherschutzrecht

Dr. Tobias Langkamp,
Rechtsanwalt und Repetitor
1. Auflage 2019
ISBN 978-3-86752-695-1

... mit Alpmann Schmidt!



E1 Examenskurs 1. Examen

Freiburg

**Unser Rundum-sorglos-Paket:
ca. 440 Zeitstunden**

davon **10,5 bis 11,50 Zeit-
stunden pro Woche**
im Zivilrecht, Öffentlichen
Recht und Strafrecht



sowie Sonderveranstaltungen
Klausurtechnik, -training und
-besprechungen, kursbegleitende
Klausuren im Landesrecht



**Topaktuelle
Hörer-
unterlagen,**
als Print



23 Skripten,
das gesamte
Kernwissen



ca. 120 Klausuren
auf Examens-
niveau



RÜ
Rechtsprechungs
Übersicht;
digitales Archiv
seit 1998



über 1.800
digitale Lernkarten
im Browser
und **per App**

Kursbeginn: 22. März 2021

Kurspreis: 12 x 180 € (alles inklusive)

Probeklausuren jederzeit möglich!

Erst in der RÜ, dann im Examen!

Die Hitlist mit allen RÜ-Treffern
immer aktuell unter:
blog.alpmann-schmidt.de

RÜ



Alpmann Schmidt

Rechtsprechungs Übersicht

RÜ-Leser wussten mehr

Examensklausuren Zivilrecht

Juli 2020	NDS	BGH RÜ 2019, 621 BGH RÜ 2016, 212	
August 2020	Sachs	BGH RÜ 2017, 409	Sachs OLG Zweibrücken RÜ 2016, 351
	HH	BGH RÜ 2019, 553 BGH RÜ 2017, 409	SL OLG Zweibrücken RÜ 2016, 351 SL BGH RÜ 2019, 409
	NRW	OLG Zweibrücken RÜ 2016, 351	LSA OLG Zweibrücken RÜ 2016, 351
	NRW	BGH RÜ 2019, 553 BGH RÜ 2017, 409	
September 2020	HE (2. Ex.)	BGH RÜ 2016, 681	
Oktober 2020	NRW	OLG Nürnberg RÜ 2017, 768	

Examensklausuren Strafrecht

Juli 2020	NRW	BGH RÜ 2020, 432 BGH RÜ 2018, 783	
August 2020	Sachs	BGH RÜ 2019, 31	SL BGH RÜ 2017, 784 BGH RÜ 2018, 783 BGH RÜ 2020, 432 BGH RÜ 2020, 378
	LSA	BGH RÜ 2019, 308 BGH RÜ 2019, 170	
September 2020	NRW/Ber/HE/BB (2. Ex.)	BGH RÜ 2020, 231	NRW/Ber/HE/BB (2. Ex.) BGH RÜ 2020, 432 BGH RÜ 2 2018, 181
	Bayern	BGH RÜ 2019, 719	
Oktober 2020	NRW (2. Ex.)	BGH RÜ 2016, 436 BGH RÜ 2018, 513	NRW (2. Ex.) BGH RÜ 2018, 375 BGH RÜ 2019, 305
	November 2020	HE/NRW (2. Ex.)	BGH RÜ 2019, 576

Examensklausuren Öffentliches Recht

Juli 2020	NRW	BVerfG RÜ 2020, 519		
August 2020	Sachs	BVerfG RÜ 2015, 319 BVerfG RÜ 2020, 322 VG Frankfurt a.M.; HessVGH; BVerfG RÜ 2017, 592	Sachs OVG NRW; VGH BW RÜ 2017, 670 HE BVerfG RÜ 2018, 450 HE OVG NRW RÜ 2019, 795 OVG NRW RÜ 2020, 127	
	SL	BVerfG RÜ 2017, 656	NRW BVerfG RÜ 2018, 450	
	LSA	BVerfG RÜ 2020, 519 VGH BW RÜ 2019, 189 BVerfG RÜ 2020, 452	NRW OVG NRW RÜ 2019, 795 OVG NRW RÜ 2020, 127 LSA VG Gelsenkirchen RÜ 2019, 122	

§§ 275, 313, 326, 535, 536, 537 BGB; Art. 240 § 2 EGBGB

Coronabedingte Ladenschließung – Muss die Miete weitergezahlt werden?

LG Frankfurt a.M., Urt. v. 02.10.2020 – 2-15 O 23/20, BeckRS 2020, 26613

Fall

K vermietet an B gemäß dem Mietvertrag vom 26./27.06.2010 Gewerberäume in Frankfurt am Main zur „Nutzung als Verkaufs- und Lagerräume eines Einzelhandelsgeschäfts für Textilien aller Art sowie aller Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs“.

B betreibt in den Räumlichkeiten ein entsprechendes Einzelhandelsgeschäft. Sie betreibt darüber hinaus mehrere Tausend weiterer solcher Märkte in Deutschland und einigen europäischen Ländern.

Die monatliche Miete einschließlich des Betriebskostenvorschusses und der Umsatzsteuer betrug zuletzt 6.170 €, fällig bis zum fünften Tag eines Monats.

Im Zuge der Corona-Epidemie verordnete das Land Hessen die Schließung sämtlicher Verkaufsstätten des Einzelhandels, also auch des Geschäfts der B, in der Zeit vom 18.03. bis zum 20.04.2020. B verzeichnete unternehmensweit gegenüber dem Durchschnitt der Jahre 2018 und 2019 im März 2020 einen Umsatzrückgang um 54 % und im April 2020 einen solchen von 41 %. Die Schließung der Filialen führte zu einer erheblichen Liquiditätslücke, sodass ihr die Zahlung der Miete im April 2020 nicht möglich war. B nutzte für sämtliche Filialen in Deutschland Kurzarbeit. Darüber hinausgehende staatliche Unterstützungsleistungen erhielt B nicht.

Für den Monat April entrichtete B die Miete nicht.

B ist der Ansicht, für die Zeit der Schließung nicht zur Mietzinszahlung verpflichtet zu sein.

K hingegen meint, dass die Schließung doch in der Risikosphäre der B liege.

Hat K gegen B einen Anspruch auf Entrichtung der Miete?

Lösung

K könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Miete gemäß **§ 535 Abs. 2 BGB** haben.

1. Beide Parteien waren sich über die wesentlichen Vertragsbestandteile einig, sodass ein vertraglicher Anspruch zunächst wirksam **entstanden** ist.

2. Der Anspruch des K auf Zahlung der Miete könnte allerdings wegen **Mietminderung** i.S.v. **§ 536 Abs. 1 S. 1 BGB** wieder erloschen sein.

Hiernach ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit der Mietsache aufgehoben ist, **von der Entrichtung der Miete befreit**, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter mangelbehaftet war.

Fraglich ist, ob in der **coronabedingten Ladenschließungsanordnung ein Mietmangel** i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB zu sehen ist.

„[20] Ein Mangel setzt voraus, dass der tatsächliche Zustand der Mietsache vom vertraglich vorausgesetzten Zustand abweicht. Wenn – wie hier – Parteiabreden

Leitsätze

1. In der staatlich verordneten Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels im Zuge der Corona-Epidemie liegt kein Mangel der Mietsache i.S.v. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB.

2. Durch die staatlich verordnete Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels im Zuge der Corona-Epidemie wird dem Gewerberaumvermieter die Gebrauchsgewährung nicht gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich.

3. Die staatlich verordnete Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels im Zuge der Corona-Epidemie kann erst dann zu einem Anspruch auf Anpassung des Vertrags unter dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB führen, wenn es aufgrund dessen für den Gewerberaummieter zu existentiell bedeutsamen Folgen kommt.

Bei § 536 Abs. 1 BGB handelt es sich um eine **rechtsvernichtende Einwendung**. Die Miete mindert sich kraft Gesetzes („ist ... befreit“) und ist demnach – anders als § 441 BGB – **kein Gestaltungsrecht**. Formulierungen wie „der Mieter hat die Miete gemindert“ sind demnach laienhaft und müssen vermieden werden.

Der BGH hat bereits 2011 klargestellt, dass ein **Rauchverbot in Gaststätten** keinen Mietmangel begründet (BGH RÜ 2011, 617 ff.).

Hierzu ein vergleichbarer Fall AG Düsseldorf, Urt. v. 10.11.2020 – 45 C 245/20, BeckRS 2020, 31652, Rn. 20. m.w.N.

So bereits BGH NJW 1997, 193

Ähnliche Argumentation AG Düsseldorf Urt. v. 10.11.2020 – 45 C 245/20, BeckRS 2020, 31652, Rn. 26.

zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, wird der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand **unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach der Verkehrsanschauung bestimmt. Auch öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen können ... zu einem Mangel führen.** Voraussetzung ist aber, dass die Beschränkungen der konkret vermieteten Sache ihre **Ursache gerade in deren Beschaffenheit und Beziehung zur Umwelt haben und nicht in den persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters.** Durch hoheitliche Maßnahmen bewirkte Gebrauchsbeschränkungen können deshalb **nur dann** einen Mangel begründen, wenn **sie unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache in Zusammenhang stehen; Maßnahmen, die nur den geschäftlichen Erfolg des Mieters beeinträchtigen, fallen in dessen Risikobereich.** § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet den Vermieter nur, die Mietsache in einem Zustand zu erhalten, der dem Mieter die vertraglich vorgesehene Nutzung ermöglicht, **das Verwendungsrisiko trägt hingegen der Mieter allein.**“

Die coronabedingte Ladenschließungsanordnung bezieht sich allerdings **nicht auf die konkrete Beschaffenheit der Mietsache, sondern vielmehr auf den Betrieb des jeweiligen Mieters als solchen.** Die Maßnahmen stellen dabei nicht auf die konkreten baulichen Gegebenheiten ab, sondern allgemein auf die Nutzungsart sowie den Umstand, dass in den betroffenen Flächen **Publikumsverkehr** stattfindet und dies Infektionen begünstigt.

Demnach steht die coronabedingte Ladenschließungsanordnung nicht unmittelbar in Zusammenhang mit der konkreten Beschaffenheit der Mietsache. Vielmehr ist sie dem geschäftlichen **Risikobereich der B** zuzuordnen.

Ein Mietmangel liegt nicht vor, sodass der Anspruch auf Entrichtung der Miete nicht nach § 536 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen ist.

3. Der Anspruch könnte jedoch nach Maßgabe des **§ 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB** erloschen sein.

Nach dieser Vorschrift entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten braucht.

Fraglich erscheint also, ob dem **Vermieter nach § 275 Abs. 1 BGB die Herbeiführung des Leistungserfolgs unmöglich** war. Diese Vorschrift regelt, dass der Anspruch auf die Leistung ausgeschlossen ist, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

Nach Maßgabe des **§ 535 Abs. 1 S. 2 BGB** besteht die Hauptleistungspflicht des Vermieters darin, dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. In diesem Zusammenhang ist auch **§ 537 Abs. 1 S. 1 BGB** zu beachten, wonach der Mieter von seiner Pflicht nach § 535 Abs. 2 BGB nicht dadurch befreit wird, dass er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung seines Gebrauchsrechts gehindert wird. Der Gesetzgeber macht dadurch deutlich, dass der Vermieter lediglich die Gebrauchsmöglichkeit verschaffen muss. Das **bloße Verwendungsrisiko einer Mietsache trägt hingegen der Mieter.**

„[22] Zwar konnte [B] die Mietsache während der behördlich angeordneten Schließung nicht als Verkaufsraum nutzen. Damit hat sich **jedoch lediglich das Verwendungsrisiko verwirklicht, welches allein die [B] zu tragen hat.** [Der K hat] der [B] die Mietsache, wie es [seiner] Hauptleistungspflicht entspricht, in gebrauchstauglichem Zustand bereitgestellt. Der Umstand, dass die Nutzung für die [B] nicht wie von ihr beabsichtigt möglich war, liegt nicht an der Sache selbst“.

K war es nach § 275 BGB somit nicht unmöglich, seine Pflicht aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zu erfüllen.

4. B könnte jedoch einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach **§ 313 Abs. 1 BGB aufgrund der Störung der Geschäftsgrundlage** zustehen. Dies könnte zur Folge haben, dass der Anspruch des K entfällt oder nicht in vollem Umfang besteht.

Hiernach ist eine Anpassung des Vertrages dann möglich, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben (**reales Element**) und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten (**hypothetisches Element**). Eine Anpassung setzt jedoch weiterhin voraus, dass einem Teil unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (**normatives Element**).

„[24] Es **steht bereits nicht fest**, dass die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie sich bewusst gemacht hätten, dass es für die Dauer eines Monats zu einer staatlich verordneten Schließung der Verkaufsstätten des Einzelhandels kommen würde.

[26] Eine Vertragsanpassung unter diesem Gesichtspunkt setzt nach der Rechtsprechung des BGH voraus, dass dies **zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnisses unabweislich** erscheint.

[28] Gemäß § 313 Abs. 1 BGB ist bei der anzustellenden Abwägung aller Umstände des Einzelfalls **das wichtigste Kriterium das der vertraglichen Risikoverteilung**. Wie oben ausgeführt, geht diese hier dahin, dass [B] **als Mieterin das Verwendungsrisiko der Mietsache** trägt, also das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Eine solche vertragliche Risikoverteilung bzw. Risikoübernahme schließt für den Betroffenen – **abgesehen von extremen Ausnahmefällen, in denen eine unvorhergesehene Entwicklung mit unter Umständen existenziell bedeutsamen Folgen für eine Partei eintritt** – regelmäßig die Möglichkeit aus, sich bei Verwirklichung des Risikos auf Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen.

[29] Dass die erzwungene Schließung hier zu existenziell bedeutsamen Folgen für die [B] geführt hätte, ist **nicht dargelegt**. Die [B] beschränkt sich darauf, Liquiditätsengpässe für den Zeitraum der Schließung geltend zu machen. Solchen Liquiditätsengpässen trägt jedoch bereits **Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB** Rechnung, der den Mieter vor der Kündigung schützt, soweit er, bedingt durch die Corona-Pandemie, seine Miete vorübergehend nicht pünktlich zu leisten im Stande war.

[30] Hinzu kommt, dass der Zeitraum der Schließung letztlich **nur etwa einen Monat** betrug. In dieser Zeit konnte die [B] **Kurzarbeit** einführen und dadurch beträchtliche Einsparungen verbuchen. Seit dem Ende der Schließung hat sie ihre Geschäftstätigkeit ohne wesentliche Einschränkungen wiederaufgenommen. Der **Umsatzrückgang ist demnach vorübergehend** geblieben. Dass ihre Liquiditätssituation auch heute noch angespannt wäre, trägt die Beklagte nicht vor. Dann ist es ihr aber auch zumutbar, die rückständige Miete nunmehr zu begleichen.

[25] [Nach alledem] ist der [B] **das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht unzumutbar**.“

Auch aus **konkurrenzrechtlicher Sicht** lässt sich hierzu auch noch anführen, dass § 313 Abs. 1 BGB hinter der spezielleren Mängelhaftung – insbesondere gemäß § 536 BGB – **zurücktritt** und deshalb bereits gar keine Anwendung im vorliegenden Fall findet.

Ein Anspruch der B auf Vertragsanpassung besteht folglich nicht.

K hat gegen B einen Anspruch auf Mietpreiszahlung aus § 535 Abs. 2 BGB.

Dies ist m.E. ein Irrweg. Bereits der Umstand, dass B aufgrund der Schließungsanordnung die Miete nicht zahlen will oder kann, zeigt das Gegenteil.

BGH NJW 2012, 1718 m.w.N.

BGH NZM 2000, 492

Dies kann auch anders gesehen werden, da der Gesetzgeber hiermit wohl augenscheinlich nicht die Frage der Risikoverteilung bei der Primärpflicht aus § 535 Abs. 2 BGB regeln wollte (siehe auch Anmerkung am Ende)

Hier nur Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 313 BGB Rn. 12, 61, wobei dies durchaus anders gesehen werden kann (siehe Anmerkung am Ende).

Das **AG Düsseldorf** hat am 10.11.2020 (Az. 45 C 245/20, BeckRS 2020, 31652) im Ergebnis gleich entschieden. Das **LG München I** hat am 22.09.2020 (Az. 3 O 4495/20, BeckRS 2020, 28189) hingegen ebenso eine andere Rechtsauffassung vertreten.

Das LG Frankfurt a.M. sowie auch das AG Düsseldorf haben einen Mietmangel aus den obigen Erwägungen **abgelehnt**. Das LG München I hingegen hat einen Mietmangel **bejaht**. Argumentiert wurde hier, dass sich die Vermieterin an dem vertraglich vereinbarten Zweck, dem Betreiben eines Möbelgeschäfts, festhalten lassen müsse. Aufgrund der Schließungsanordnung könne dieser Zweck, der insbesondere auch in der Fruchtziehung durch den Mieter liege, nicht mehr erreicht werden.

Überzeugend ist keiner der vorangestellten Ansätze. Die Gerichte diskutieren im Rahmen des § 536 BGB allesamt die Frage der Risikoverteilung und bewerten dies – wie eben gezeigt – unterschiedlich. Zwar hat der Gesetzgeber mit der Schaffung von § 536 BGB und insbesondere auch dem neuen Art. 240 § 2 EGBG eine Risikoverteilung vorgenommen, sodass diese Regelungen grundsätzlich vorrangig heranzuziehen sind und damit konsequenterweise § 313 BGB verdrängt wird. Dies gilt aber immer denklogisch nur dann, soweit das betreffende Risiko auch hinreichend über diese Normen abgefangen wird, was hier nicht der Fall ist. Die Coronapandemie ist nämlich eine bislang atypische Situation erheblichen Ausmaßes. Gegen derartige Folgen hat sich typischerweise keine der beiden Vertragsparteien entsprechend abgesichert. Die daraus resultierenden Risiken dürfen weder dem Mieter noch dem Vermieter alleine aufgebürdet werden. **Wir sitzen alle in einem Boot!** Deswegen erscheint es wenig überzeugend, eine **alles-oder-nichts-Lösung über § 536 BGB** zu gehen. Interessengerecht wäre eine **flexible Lösung über § 313 BGB**, die die Risiken gleichermaßen auf „beide Schultern“ verteilt. Indes regelt **Art. 240 § 2 Abs. 1 S. 1 EGBGB nicht den hier betreffenden Fall**, da im Rahmen dieses „Moratoriums“ lediglich die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit durch den Vermieter vorgesehen ist.

Insgesamt erscheint es – wie bereits oben erwähnt – **interessengerecht, § 313 Abs. 1 BGB anzuwenden**. Dieses streng subsidiäre Institut wird bei einer coronabedingten Schließungsanordnung aus den vorstehenden Gründen **nicht durch das Mietmangelrecht oder auch die Vorschriften der COVID-19-Gesetze verdrängt**. Vorliegend ist die aus der Coronapandemie resultierende Schließungsanordnung ein Paradefall der sog. „**großen Geschäftsgrundlage**“. Hierunter fällt die Erwartung, dass sich die **grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen des Vertrags** nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-) **Katastrophe** ändern (Flume, BGB AT II, § 26, 6 c, S. 524 f.). Bei der Abwägung müssen die **besonderen Umstände des Einzelfalls** Berücksichtigung finden: Wie lange und wie intensiv war der Betrieb stillgelegt? Gab es staatliche Hilfen? Wenn ja, wie hoch waren sie?

In dem hier besprochenen Fall ging es lediglich um eine einmonatige Schließung. Wie sieht es aber bei **Betreibern von Nachtclubs, Veranstaltern oder Schaustellern** aus? Diese sind seit dem Beginn der Pandemie (März 2020) quasi stillgelegt. Hier sind seit fast einem Jahr nicht selten Umsätze von Null Euro zu verzeichnen. Es dürfte klar sein, dass derartige Fälle rechtlich anders bewertet werden müssen als die bisher entschiedenen. Zumindest ist dies für die Gewerbetreibenden zu hoffen.

David Marski

§§ 133, 157, 195, 204, 242, 249, 280, 362, 666 BGB

Folgen fehlerhafter Erfüllung der Auskunftspflicht aus einer Geschäftsbesorgung – Update zu BGH RÜ 2016, 10

BGH, Urt. v. 03.09.2020 – III ZR 136/18, BeckRS 2020, 23375

Fall

Der im Juni 2017 verstorbene E war 16 Jahre Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland. K ist seine Ehefrau und Alleinerbin. B ist Journalist. Er war als „Ghostwriter“ an der Erstellung der Memoiren des E beteiligt. Dazu schlossen E und B 1999 jeweils inhaltlich aufeinander abgestimmte Verträge mit einem Verlag. Darin wurde geregelt, dass E als Autor des Werks und Eigentümer des Manuskripts B Einblick in die für die Memoiren relevanten Unterlagen geben und ihm in ausreichendem Maße für entsprechende Gespräche zur Verfügung stehen sollte. Die Einzelheiten der Zusammenarbeit sollten beide "direkt besprechen".

Die Gespräche zwischen E und B wurden nach Absprache der Parteien auf Tonband aufgenommen. B nahm die Tonbänder jeweils mit nach Hause. Des Weiteren ermöglichte E dem B Einblick in Auszüge aus seiner – für Veröffentlichungen gesperrten – „Stasi-Akte“ durch Fertigung diverser Aktenkopien.

Nach einem Zerwürfnis beendeten E und B ihre Zusammenarbeit. Mit Schreiben vom 18.03.2010 teilte E dem B mit:

„ ... Mir fehlen allerdings verschiedene Akten, die Sie für die Recherchearbeit erhalten hatten, darunter auch Originalakten. Im Einzelnen handelt es sich um ... Ich bitte um Weiterleitung der verbliebenen Akten an mich; dies gilt auch für weitere Unterlagen, die mir noch nicht als fehlend aufgefallen sind, aber sich ggf. noch bei Ihnen befinden.“

Daraufhin teilte B am 30.03.2010 per E-Mail mit:

„ ... Die in Ihrem Schreiben vom 18.03.2010 aufgeführten Akten befinden sich nicht in meinem Besitz. Kopien, die einst von Ihrem Büro gefertigt wurden, können nicht zurückgegeben werden, da sie von mir unter verschiedenen Gesichtspunkten bearbeitet und ausgewertet wurden. Im Übrigen handelt es sich um allgemein zugängliche Reden und durchweg öffentliche Auftritte.“

In einem am 24.09.2012 erschienenen Interview äußerte B, vor allem die Tonaufzeichnungen hätten nunmehr eine ganz andere Bedeutung bekommen; er habe „also einen Schatz, der wirklich einmalig ist“ und den er „irgendwann heben“ werde.

Nachdem E den B mit Schreiben vom 22.11.2012 „hinsichtlich der Ihnen vorliegenden Tonbänder ... sowie weiterer Unterlagen“ um den zeitweisen Verzicht auf die Einrede der Verjährung gebeten hatte, nahm er B gerichtlich auf Herausgabe sämtlicher Tonbandaufnahmen aus den Jahren 2001 und 2002 in Anspruch. 2014 gab B insgesamt 200 Tonbänder an den Gerichtsvollzieher heraus. Im Oktober 2014 erschien das von B verfasste Buch „Vermächtnis – Die E-Protokolle“, das zahlreiche wörtliche Zitate des E aus den aufgezeichneten Gesprächen mit B enthielt. Auf einer Pressekonferenz sowie in einer Fernsehsendung erklärte B, Kopien der Tonbänder angefertigt zu haben, die „in deutschen Landen und auch im Ausland“ verstreut seien und an die „man nicht so schnell drankommen“ werde.

Leitsätze

1. Der Anspruch aus § 666 Fall 3 BGB ist erfüllt, wenn die Angaben des Schuldners nach seinem erklärten Willen die Auskunft im geschuldeten Gesamumfang darstellen. Wird die Auskunft in dieser Form erteilt, steht ihre etwaige inhaltliche Unrichtigkeit einer Erfüllung nicht entgegen.

2. Eine unrichtige Auskunft ist eine Pflichtverletzung i.S.d. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, die einen Schadensersatzanspruch begründet, es sei denn, der Schuldner hat sie nicht zu vertreten. Der zu ersetzende Schaden kann insbesondere darin liegen, dass der Auftraggeber aufgrund der falschen Auskunft einen Herausgabeanspruch nicht geltend macht.

3. Jedenfalls bei einer schweren, insbesondere vorsätzlichen Pflichtverletzung ist es gerechtfertigt, dem Gläubiger zur Durchsetzung dieses Schadensersatzanspruchs einen hierauf bezogenen ergänzenden Auskunftsanspruch zu gewähren.

K erhob 2014 zunächst Klage, gerichtet auf Herausgabe der Vervielfältigungen der Tonbänder. Nach Umstellung der Klage im Jahr 2016 fordert sie heute von B noch Auskunft über Zeitpunkt, Zahl, Art und Verbleib angefertigter Vervielfältigungen der Originaltonbandaufnahmen in schriftlicher, digitaler oder sonstiger Form sowie darüber, welche weiteren Unterlagen B aus der Zusammenarbeit mit E im Rahmen der Erstellung der Memoiren sonst noch mit Ausnahme von Kopien allgemein zugänglicher Reden und öffentlicher Auftritte in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz hat sowie an wen er solche Unterlagen weitergegeben hat. Zu Recht?

Lösung

Zum Auftragsrecht allgemein vgl. AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 1 ff.

Der BGH unterscheidet nicht scharf zwischen Auskunft und Rechenschaft; in Rn. 26 stützt er den Anspruch auf § 666 Alt. 2 und 3 BGB, in Rn. 39 nur auf § 666 Alt. 3 BGB.

Vgl. dazu auch BGH RÜ 2016, 10: die Tätigkeit des B darf **keine bloße Gefälligkeit** darstellen, die mit dem Auftrag die Fremdnützigkeit und die Unentgeltlichkeit gemein hat, der es aber am Rechtsbindungswillen der Parteien fehlt.

Vgl. BGH RÜ 2016, 10; AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 5

A. Ein Auskunftsanspruch der K als Alleinerbin des E kann sich aus **§ 666 Alt. 2 und 3 BGB** i.V.m. **§ 1922 BGB** ergeben.

Danach ist der Beauftragte verpflichtet, dem Auftraggeber **auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen** und **nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft** abzulegen.

I. Dann müssten E und B – unter dem Dach ihrer Verträge mit dem Verlag – zur Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehung zur Frage des Umgangs mit den B überlassenen Unterlagen und Tonbändern eine **vertragliche Rechtsbeziehung** aufgenommen haben.

1. „[29] Ob der für ein solches Verhältnis erforderliche **Rechtsbindungswille** vorliegt, ist danach zu beurteilen, wie sich dem **objektiven Beobachter – nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls mit Rücksicht auf die Verkehrssitte – das Handeln des Leistenden darstellt**. Eine vertragliche Bindung wird insbesondere dann zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leistungsempfänger **wesentliche Interessen wirtschaftlicher Art auf dem Spiel stehen** und er sich auf die Leistungszusage verlässt oder **wenn der Leistende an der Angelegenheit ein eigenes rechtliches oder wirtschaftliches Interesse** hat. Ob durch Erklärungen oder ein sonstiges Verhalten ein Auftragsvertrag zustande kommt oder nur eine rechtliche Bindungen nicht erzeugende ‚Gefälligkeitshandlung‘ vorliegt, hängt hiernach von den Umständen des Einzelfalls ab und ist daher im Wesentlichen eine Sache tatrichterlicher Würdigung. Diese bindet das Revisionsgericht, es sei denn, dass sie rechtsfehlerhaft vorgenommen wurde. Entsprechendes gilt für die Auslegung der Vereinbarungen der Parteien durch das Berufungsgericht.“

2. Die Verlagsverträge regelten lediglich einige wenige unmittelbare Verpflichtungen zwischen E und B, etwa das Zugänglichmachen von Material und das Zur-Verfügung-Stehen zu Gesprächen. Die weiteren Einzelheiten waren einer direkten „Besprechung“ zwischen E und B vorbehalten. Daher lässt sich der **Rechtsbindungswillen** im Hinblick auf das Aufbewahren der Unterlagen und Tonbänder **nicht bereits aus den schriftlichen Verlagsverträgen als Verträge zugunsten Dritter nach § 328 BGB** ableiten.

3. In den in den Verlagsverträgen vereinbarten Gesprächen sollte E seine persönlichen Erinnerungen, Informationen, Einschätzungen und u.U. auch Gefühle preisgeben. In welchem Umfang er sich B öffnete, konnte er zwar im Grundsatz selbst bestimmen. Er durfte sich aber letztlich nicht zu sehr beschränken, weil seine Memoiren dann nicht gelingen konnten. Er hatte deshalb ein **Interesse daran, dass er nicht nur „Herr über das überlassene Material“, sondern auch „Herr über seine aufgezeichneten Äußerungen“ blieb**. Die für das Gelingen des Werks erforderliche großzügige Preisgabe von Material jedweder Art konnte B von E wiederum nur erwarten, wenn dieser auch **„Herr über seine Erinnerungen“** blieb. Daher stellte sich B bei der

Sammlung des Materials in den Dienst des E und **verwaltete, dieser Rolle entsprechend, das gesammelte Material für E zu treuen Händen.**

„[31] ... Dies ist ein **erhebliches rechtliches Interesse** [des E] im Sinne der genannten Maßstäbe, das die Bewertung, zur Durchsetzung der Vertraulichkeit habe es einer rechtlich verbindlichen Vereinbarung bedurft, trägt.“

4. Dem steht angesichts der oben dargestellten Maßstäbe gerade nicht entgegen, dass B **durch die wirtschaftliche Verwertung der Unterlagen und Tonbänder auch eigene Interessen an der Geschäftsbesorgung** hatte.

„[32] ... [Eigene] Interessen des [B] an der Verwertung des von ihm gesammelten Materials ... [stellen] einen Rechtsbindungswillen der Parteien nicht in Frage. Vielmehr belegt dies, dass es **im Interesse beider Beteiligten lag, Rechte und Pflichten aus der Zusammenarbeit verbindlich zu regeln.**“

Daher liegt der zur Annahme eines Rechtsverhältnisses notwendige **Rechtsbindungswille** vor.

II. Damit **§ 666 BGB** Anwendung findet, müsste das Rechtsverhältnis einen Auftragsvertrag darstellen. Nach **§ 662 BGB** verpflichtet sich der Beauftragte durch die Annahme eines Auftrags, **ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen.**

1. Die Tätigkeit des B müsste sich im Verhältnis zu E zunächst als **Geschäftsbesorgung** darstellen.

„[36] ... Der Begriff der **Geschäftsbesorgung im Sinne von § 662 BGB** umfasst nicht nur die **Vornahme von Rechtsgeschäften im wirtschaftlichen Bereich**, sondern auch **rein tatsächliche Handlungen**, sofern hiermit eine Tätigkeit ausgeübt wird, die **an sich der Sorge des Auftraggebers obliegen würde und durch die dessen Interesse gefördert wird.**“

Vgl. BGH NJW 2012, 3366

B hat Tonbandaufnahmen der Gespräche mit E erstellt und diese zu Hause aufbewahrt. Daneben hat er Kopien der für Veröffentlichungen gesperrten „Stasi-Akte“ des E erhalten. Die Aufbewahrung dieser Unterlagen und **Tonbänder oblag eigentlich E und lag zur Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte auch in dessen Interesse.** Daher hat B für E jedenfalls eine Geschäftsbesorgung durch tatsächliche Handlungen vorgenommen. Darüber hinaus haben sich E und B aber auch über Zeit und Umfang ihrer Gespräche sowie über den Inhalt der jeweiligen Manuskripte verständigt. Ein ausschließlicher Auftragsvertrag liegt zwischen E und B daher nicht vor.

2. Vielmehr stellt sich die **Vereinbarung als Vertrag eigener Art nach § 311 Abs. 1 BGB** dar. Auf eine solche Vereinbarung sind aber, soweit möglich, die Regelungen für **den gesetzlichen Vertragstyp anzuwenden, dem sie am nächsten kommt.** Da sich B bei der Sammlung des Materials in den Dienst des E stellte und das gesammelte Material für E zu treuen Händen verwaltete, **ist dies das Auftragsverhältnis**, wenn die **Geschäftsbesorgung unentgeltlich** war.

Vgl. BGH RÜ 2016, 10 zum Vertrag eigener Art, dazu auch Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, Überbl. v. § 311, Rn. 14 ff. (sog. atypischer Vertrag)

3. Die **Unentgeltlichkeit des Auftrags ist eng zu verstehen**, d.h., auch ein geringes Entgelt für die Tätigkeit führt zur Entgeltlichkeit und damit in den Bereich des Geschäftsbesorgungs-, Makler-, Dienst- oder Werkvertrags. B und E haben für die vereinbarte treuhänderische Verwaltung des gesammelten Materials **kein Entgelt** vereinbart.

Vgl. AS-Skript Schuldrecht BT 3 [2019], Rn. 2

„[36] ... Ein Entgelt haben [B] und [E] nicht vereinbart. Die **Entgeltlichkeit des Verlagsvertrags steht dieser Einordnung nicht entgegen.**“

Damit war die übernommene Geschäftsbesorgung **unentgeltlich**. Die Vorschriften des Auftragsrechts und auch **§ 666 BGB** finden Anwendung. Zudem

Sowohl Auskunfts- als auch Rechenschaftsanspruch sind sog. **verhaltene Ansprüche**, die erst mit ihrer Geltendmachung entstehen, vgl. BGH NJW 2012, 917.

hatte E **mit Schreiben vom 18.03.2010** Auskunft und Rechenschaft von B **verlangt**. Daher ist **ein Auskunfts- und Rechenschaftsanspruch des E** gegen gegenüber B **entstanden**.

III. Damit K den Anspruch **als Rechtsnachfolgerin des E** weiterhin geltend machen kann, darf dieser nicht bereits **erloschen** sein.

In Betracht kommt insoweit, dass der Anspruch durch die E-Mail des B vom 30.03.2010 durch **Erfüllung** nach **§ 362 Abs. 1 BGB** erloschen ist.

1. „[42] Ihrem Inhalt nach richtet sich die aus **§ 666 BGB** folgende Auskunftspflicht danach, was **nach dem Gegenstand der Besorgung, der Üblichkeit im Geschäftsverkehr und dem Zweck der verlangten Information unter Berücksichtigung von Treu und Glauben** erwartet werden kann. Die Pflicht zur Rechenschaft beinhaltet es, dass der Beauftragte in verkehrsüblicher Weise die wesentlichen Einzelheiten seines Handelns zur Auftragsausführung darzulegen und dem Auftraggeber die notwendige Übersicht über das besorgte Geschäft zu verschaffen hat. Insbesondere muss der Beauftragte alle Gegenstände dokumentieren, **die er nach § 667 BGB herausgeben muss**. Dieses umfasst alles, was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt hat, soweit ein unmittelbarer innerer Zusammenhang mit dem geführten Geschäft besteht. Hierzu zählen nicht nur von Dritten erhaltene Gegenstände, sondern **auch die von dem Beauftragten selbst über die Geschäftsführung angelegten Urkunden und Belege, Aufzeichnungen und Unterlagen, Akten und Notizen**. Ausgenommen sind nur jene selbst hergestellten Unterlagen, die nur für den Beauftragten selbst bedeutsam sind; dagegen reicht es nicht aus, dass auch er ein Interesse an diesen Unterlagen hat.

[43] Erfüllt ist der Anspruch, wenn die Angaben **nach dem erklärten Willen des Schuldners die Auskunft** im geschuldeten Gesamtumfang darstellen. **Wird die Auskunft in dieser Form erteilt, steht ihre etwaige inhaltliche Unrichtigkeit einer Erfüllung nicht entgegen**. Der Verdacht, dass die erteilte Auskunft unvollständig oder unrichtig ist, kann einen Anspruch auf Rechnungslegung in weitergehendem Umfang nicht begründen, sondern führt lediglich zu einem **Anspruch auf eidesstattliche Versicherung der Vollständigkeit der erteilten Auskunft gemäß § 260 Abs. 2 BGB**. Wesentlich für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs ist daher **die – gegebenenfalls konkludente – Erklärung des Auskunftsschuldners, dass die Auskunft vollständig ist**. So kann auch eine Erklärung, die den Besitz von Gegenständen verneint, eine Auskunft bilden, wenn der Wille des Erklärenden dahin geht, durch sie zum Ausdruck zu bringen, dass Gegenstände nicht vorhanden oder Handlungen nicht erfolgt sind, die der Aufklärungspflicht unterliegen oder wenigstens unterliegen könnten, **das heißt, wenn die verneinende Erklärung zur Beantwortung einer dem Erklärenden gestellten oder von ihm erwarteten Frage geschieht**.“

2. In der E-Mail vom 30.03.2010 erklärte B, ...

„[44] ... die [von E] im Schreiben vom 18.03.2010 genannten Akten nicht in Besitz zu haben und über nicht näher spezifizierte Kopien zu verfügen, die er aber nicht herausgeben könne, im Übrigen handele es sich nur um allgemein zugängliche Reden und durchweg öffentliche Auftritte. Diese Nachricht ist vor dem Hintergrund, dass das Schreiben vom 18.03.2010 ... als Geltendmachung des umfassenden Anspruchs aus **§ 666 Fall 3 BGB** zu verstehen ist, dahin auszulegen, dass [B] erklärte, **über keinerlei herausgabefähige Gegenstände mehr zu verfügen, und er mit dieser Antwort die Angelegenheit als abgeschlossen ansehe**.“

Daher hat B den Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung nach **§ 666 Alt. 2 und 3** bereits am 30.03.2010 **erfüllt**. Der Anspruch ist **erloschen**.

B. Der K könnte allerdings **ein Anspruch auf ergänzende Auskunft** über die schriftlichen, digitalen und sonstigen Vervielfältigungen der Tonbandaufnah-

Vgl. BGHZ 192, 1 m.w.N.

Vgl. BGHZ 109, 260, 266; BeckOGK/Riesenhuber, BGB, § 666 Rn. 34

Vgl. BGH RÜ 2016, 10, 13; NJW-RR 2016, 1391 Rn. 31

Vgl. BGH NJW 2014, 3647

Vgl. BeckOK BGB/Lorenz, § 259 Rn. 12

Zum Anspruch auf Auskunft aus Treu und Glauben nach § 242 vgl. BGH RÜ 2018, 341; Palandt-Grüneberg, § 260 Rn. 4 ff.

men sowie darüber, welche weiteren Unterlagen B aus der Zusammenarbeit mit E im Rahmen der Erstellung der Memoiren sonst noch mit Ausnahme von Kopien allgemein zugänglicher Reden und öffentlicher Auftritte in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz hat sowie an wen er solche Unterlagen weitergegeben hat, **aus § 242 i.V.m. § 280 Abs. 1 S. 1, § 249 Abs. 1 BGB** zustehen.

I. „[51] Ein solcher [Anspruch] setzt neben dem **Bestehen einer Sonderverbindung** voraus, dass die konkreten Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte **in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen** ist, während der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit **erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann**. Soll das geltend gemachte Auskunftsbegehren einen vertraglichen Schadensersatzanspruch belegen, muss dieser nicht bereits dem Grunde nach feststehen. Ausreichend, aber auch erforderlich sind vielmehr **der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung und die Wahrscheinlichkeit eines daraus resultierenden Schadens des Anspruchstellers**. Daraus folgt, dass auch der Anspruchsinhalt des Schadensersatzanspruchs nicht bereits feststehen muss.“

Vgl. MüKoBGB/Krüger, 8. Aufl., § 260 Rn. 15

1. Zwischen E und B müsste eine **Sonderverbindung** bestanden haben. In Betracht kommt insoweit ein Schadensersatzanspruch des E nach **§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB**, wenn B seine Auskunftspflicht vertretbar verletzt hat.

a) „[49] **Eine unrichtige Auskunft ist eine Pflichtverletzung**, die einen Schadensersatzanspruch begründet, **es sei denn, der Schuldner hat sie nicht zu vertreten (§ 280 Abs. 1 S. 2 BGB)**.

Vgl. BGHZ 55, 201, 205; BGH NJW 1993, 1704, 1705 f.

[48] ... [Die von B abgegebene] **Auskunft war teilweise unzutreffend, teilweise unvollständig**. Seine Erklärung, die, wie ausgeführt, dahin zu verstehen ist, dass er keine herausgabefähigen Gegenstände aus der Zusammenarbeit mit [E] mehr in Besitz hatte, steht im Widerspruch dazu, dass er – wie er später selbst angab – **über eine Materialsammlung verfügte, die die Tonbandaufnahmen und deren Vervielfältigungen einschloss**.“

b) B muss die Pflichtverletzung weiterhin **zu vertreten** haben, wobei der Schuldner nach **§ 276 Abs. 1 BGB grundsätzlich Vorsatz und Fahrlässigkeit** zu vertreten hat. B könnte seine Auskunfts- und Rechenschaftspflichten **vorsätzlich** verletzt haben.

„[52] ... Jedenfalls bei einer **schweren, insbesondere vorsätzlichen Pflichtverletzung** ist es gerechtfertigt, dem Gläubiger **zur Durchsetzung seiner Sekundäransprüche einen hierauf bezogenen ergänzenden Auskunftsanspruch** zu gewähren. Unter diesen Umständen besteht nicht lediglich Grund zu der Annahme, dass die geschuldeten Angaben nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, **was gemäß § 260 Abs. 2 BGB den Auskunftspflichtigen lediglich verpflichten würde, die Richtigkeit seiner Angaben an Eides statt zu versichern** ... Zur Abwehr von Ansprüchen des [E] erklärte [B] in seiner E-Mail vom 30.03.2010, über keine Unterlagen zu verfügen, die an [E] herauszugeben seien. Dass er über Tonbandaufnahmen und deren Transkripte verfügte, erwähnte er nicht. Im Widerspruch hierzu teilte er in dem Interview aus dem Jahr 2012 der Öffentlichkeit mit, er besitze Unterlagen, die ein ‚Schatz‘ seien, ‚der wirklich einmalig ist und auf den ich auch sehr stolz bin. Ich werde diesen Schatz irgendwann heben‘ ... **[Dies] allein [lässt] den Schluss darauf zu, dass [B] den [E] vorsätzlich in die Irre führte**. Darüber hinaus bestand aufgrund der Erklärungen des [B] im Jahr 2014, die Kopien der Tonbänder seien ‚in deutschen Landen und auch im Ausland‘ verstreut und man werde ‚nicht so schnell drankommen‘, die begründete Befürchtung, [B] habe die Durchsetzung von Herausgabeansprüchen des Erblassers gezielt vereiteln wollen.“

Daher hat B **seine Auskunfts- und Rechenschaftspflichten vorsätzlich verletzt**.

c) Er ist K als Rechtsnachfolgerin des E ...

„[50] ... zum Ersatz des durch die Pflichtverletzung entstandenen Schadens verpflichtet (§ 249 Abs. 1 BGB). Dieser Schaden kann **insbesondere darin liegen, dass der Auftraggeber aufgrund der falschen Auskunft einen Anspruch nicht geltend macht**. [B] hat [K] so zu stellen, wie diese bei richtiger Auskunft stünde. Dies schließt die Vervielfältigungen der Tonbänder und der sonstigen Unterlagen ein, **deren Herausgabe [E] infolge der unrichtigen Auskunft nicht verlangt hat.**“

Zwischen K und B besteht nach alledem eine **Sonderverbindung** in Gestalt eines Schadenersatzanspruchs der K nach **§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB**.

2. Darüber müsste K in **entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang ihres Rechts im Ungewissen** sein, während B die zur Beseitigung der Ungewissheit **erforderlichen Auskünfte unschwer geben** kann. Angesichts der vorsätzlich unwahren Erfüllung seiner Auskunftspflicht kann K kein Vorwurf hinsichtlich ihrer Ungewissheit gemacht werden. B dagegen hat die notwendigen Kenntnisse über die gefertigten Vervielfältigungen und die weiteren Unterlagen und kann die geforderten Auskünfte daher unschwer geben.

Daher sind die Voraussetzungen eines **Anspruchs auf ergänzende Auskunft dem Grunde nach erfüllt**.

3. Weiterhin müssten **die geforderten Angaben** über Zeitpunkt, Zahl, Art und Verbleib angefertigter Vervielfältigungen der Originaltonbandaufnahmen in schriftlicher, digitaler oder sonstiger Form sowie darüber, welche weiteren Unterlagen B aus der Zusammenarbeit mit E im Rahmen der Erstellung der Memoiren sonst noch mit Ausnahme von Kopien allgemein zugänglicher Reden und öffentlicher Auftritte in unmittelbarem oder mittelbarem Besitz hat sowie an wen er solche Unterlagen weitergegeben hat, **vom Umfang des Auskunftsanspruchs erfasst sein**.

„[53] Dem Umfang nach ist dieser Auskunftsanspruch **auf den zeitlichen und sachlichen Umfang des Hauptanspruchs** begrenzt. Das bedeutet indes nicht, dass er auf die Unterlagen beschränkt wäre, bei denen – bereits jetzt – festgestellt werden kann, dass der Erblasser bei einer zutreffenden Auskunft die Herausgabe erfolgreich durchgesetzt hätte. Vielmehr dient die Auskunft auch insoweit **der Vorbereitung der auf Herausgabe gerichteten Schadenersatzklage, als durch sie der genaue Anspruchsinhalt erst zu ermitteln ist**. Denn [K] ist gerade wegen der Irreführung über die im Besitz des [B] befindlichen Unterlagen im Ungewissen über den Umfang des Anspruchs und kann daher berechtigterweise auch insofern Aufklärung verlangen. Dabei sind hiervon neben den Vervielfältigungsstücken der Tonbandaufnahmen auch solche Unterlagen umfasst, die [B] im Rahmen der Zusammenarbeit bearbeitete, wie auch solche, auf die er aufgrund der Zusammenarbeit mit [E] Zugriff hatte, die er aber zum Zweck eigener journalistischer Verwendung in Besitz genommen hat. **Ausgeschlossen** sind nur solche Unterlagen, die [B] **in einem rein zeitlichen, nicht aber inhaltlichen Zusammenhang** mit der Zusammenarbeit sich verschaffte oder bearbeitete.“

Daher umfasst der ergänzende Auskunftsanspruch die von K geforderten Angaben. **Der Anspruch ist daher entstanden**.

II. Der Anspruch ist **nicht erloschen**, insbesondere nicht erfüllt. Der Anspruch könnte aber – **zumindest in Teilen – verjährt sein**.

1. „[55] Die **Verjährung des Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB** richtet sich grundsätzlich selbstständig und unabhängig vom Hauptanspruch **nach der allgemeinen Frist des § 195 BGB**. Der Anspruch kann jedoch regelmäßig nicht vor dem Hauptanspruch, dem er dient, verjähren. Dieser folgt im vorliegenden Fall aus **§ 280 Abs. 1 S. 1 BGB** und unterliegt ebenfalls der regelmäßigen Verjäh-

Vgl. BAG DB 1971, 52 f.

Vgl. BGH NJW 2017, 2755

rungsfrist (§ 195 BGB), die gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem **Schluss des Jahres** beginnt, in dem der **Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen**. Hierfür ist es erforderlich, dass die dem Anspruchsteller bekannten Tatsachen ausreichen, um den Schluss auf ein schuldhaftes Fehlverhalten des Anspruchsgegners und auf die Ursache dieses Verhaltens für den Schaden als naheliegend erscheinen zu lassen, weil erst dann dem Geschädigten die Erhebung einer Schadensersatzklage, sei es auch nur in Form der Feststellungsklage, Erfolg versprechend, wenn auch nicht risikolos, möglich ist. Die Darlegungs- und Beweislast für diese Umstände trägt der Schuldner.

[56] ... Angesichts der Äußerungen des [B] in der E-Mail vom 30.03.2010, nur über von ihm bearbeitete Aktenkopien und allgemein zugängliche Reden und öffentliche Auftritte zu verfügen, kann es [E] aber nicht als grob fahrlässige Unkenntnis angelastet werden, wenn er aus der früheren, [ihm bekannten] Existenz von Transkripten nicht auf deren weiteren Verbleib bei [B] schloss. **Es wäre widersprüchlich, wenn der Schuldner, der dem Geschädigten gegenüber vorsätzlich verdunkelt hat, dass er seine Auskunftspflichten verletzt hat, sich darauf berufen könnte, dass der Gläubiger die Fehlerhaftigkeit der Auskunft ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erkennen müssen.**"

Daher hatte E jedenfalls bis zum 01.01.2011 **weder Kenntnis** von der Existenz der Vervielfältigungen der Tonbänder, **noch war er in grob fahrlässiger Unkenntnis** hiervon.

2. „[57] Die Verjährung des auf die Vervielfältigungen der Tonbänder gerichteten Hauptanspruchs wurde durch die Erhebung der auf deren Herausgabe gerichteten Klage im Jahr 2014 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt. **Dass diese Klage mangels Bestimmtheit des Antrags unzulässig war, steht der Hemmungswirkung nicht entgegen. Es genügt, dass der Gläubiger ernsthaft zu erkennen gibt, seinen behaupteten Anspruch durchsetzen zu wollen.** Der vorbereitende Auskunftsanspruch aus § 242 BGB ist demnach ebenfalls nicht verjährt.“

Die Hemmung endet nach § 204 Abs. 2 S. 1 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung. Der **vorbereitende Auskunftsanspruch** im Hinblick auf Zeitpunkt, Zahl, Art und Verbleib angefertigter Vervielfältigungen **der Originaltonbandaufnahmen in schriftlicher, digitaler oder sonstiger Form** ist daher nicht verjährt. Zweifelhaft ist aber, ob das auch **im Hinblick auf die weiteren Unterlagen** gilt.

3. „[58] Hinsichtlich der **weiteren Unterlagen** hat die Verjährung des Hauptanspruchs jedenfalls spätestens mit dem **Schluss des Jahres 2012** begonnen ... [E hat] zum Zeitpunkt des Schreibens vom 22.11.2012, in dem er [B] zum Verjährungsverzicht aufgefordert [hat], vor Augen gestanden, dass dieser möglicherweise noch über Unterlagen verfügt habe, die er im Rahmen der Stoffsammlung erlangt habe. [E] **hatte also zu diesem Zeitpunkt die erforderlichen Kenntnisse, um eine Schadensersatzklage** – sei es in Form einer Feststellungsklage, sei es als den Auskunftsanspruch aus § 242 BGB mit umfassende Stufenklage – **erheben zu können** ... Dies zugrunde gelegt wäre die Verjährung dieses Anspruchs **mit dem Ablauf des Jahres 2015** eingetreten.

[59] Die ursprüngliche Klage, die allein **die Vervielfältigungen der Tonbänder zum Gegenstand** hatte, konnte die Verjährung ohnehin insoweit nicht hemmen. Die Erweiterung der Klage auf die weiteren Unterlagen erfolgte erst 2016 und konnte daher eine Hemmung der Verjährung nicht mehr bewirken.“

Daher ist der **vorbereitende Auskunftsanspruch** im Hinblick auf die weiteren Unterlagen **verjährt**.

RiSG Lars Reuter

Vgl. BGH NJW-RR 2010, 681

Vgl. BGHZ 221, 253

Damit konnte die Verjährungsfrist frühestens ab dem 31.12.2011 zu laufen beginnen. Wann sie genau zu laufen begann, kann im Ergebnis aufgrund der noch zu prüfenden Hemmung der Verjährung dann offen bleiben, wenn Hemmung eingetreten ist und bis zum Zeitpunkt der Entscheidung andauert.

Vgl. BGH NJW 2011, 2193; BGHZ 160, 259, 262

Der Umfang der Hemmung der Verjährung wird durch den Streitgegenstand der erhobenen Klage bestimmt, vgl. AS-Skript BGB AT 2 (2019), Rn. 571.

§§ 684, 812, 2038 BGB

Kostenerstattung gegen Miterben für die Erteilung eines Erbscheins auch aus GoA möglich

BGH, Urt. v. 07.10.2020 – IV ZR 69/20, BeckRS 2020, 28128

Leitsatz

§ 2038 BGB enthält keine Sperrwirkung für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, sodass die §§ 677 ff. BGB neben dieser Regelung über die Verwaltung des Nachlasses Anwendung finden.

Bearbeiterhinweis: Eine etwaige Verjährungseinrede ist nicht zu erörtern.

Fall

Der Vater der K und des B verstarb am 25.02.2015, ohne ein Testament zu hinterlassen. Dementsprechend wurde er im Wege der gesetzlichen Erbfolge von seiner Ehefrau zu 1/2 und von K und B zu je 1/4 beerbt. Zum Nachlass gehört auch ein Hausgrundstück. K beantragte gegen den ausdrücklichen Willen der übrigen Miterben noch im selben Jahr bei dem zuständigen Nachlassgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein, der ihr am 07.12.2015 erteilt wurde. Am 17.12.2015 wurden die Mitglieder der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Das Nachlassgericht stellte der K für die Erteilung des Erbscheins einen Betrag in Höhe von 1.870 € in Rechnung, den sie beglich. Am 09.12.2018 verstarb die Mutter von K und B, die aufgrund testamentarischer Erbfolge durch B beerbt wurde. K nimmt B auf anteilige Kostenerstattung für die Erteilung des Erbscheins in Anspruch. Zu Recht?

Lösung

I. K könnte gegen B einen Anspruch auf anteilige Kostenerstattung für die Erteilung des Erbscheins aus Gesamtschuldnerausgleich gemäß **§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB** haben.

Dann müsste im Hinblick auf die Kosten für den Erbschein gegenüber der Gerichtskasse eine **Gesamtschuld** i.S.d. **§ 421 BGB** bestanden haben.

Kostenschuldner für die Erteilung des Erbscheins ist grundsätzlich nur der Antragsteller (vgl. § 22 GNotKG).

Etwas anders gilt dann, wenn die Kosten für einen gemeinschaftlichen Erbschein als **Nachlassverbindlichkeit** gemäß § 1967 BGB anzusehen sind; denn nach **§ 2058 BGB** haften die Erben für gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeiten als Gesamtschuldner.

Indessen sind die ...

„[20] ... *Kosten der Beantragung eines Erbscheins ... keine Nachlasserschulden, für die der gesamte Nachlass haftet. Vielmehr handelt es sich hierbei ausschließlich um Eigenverbindlichkeiten des Erben. Die Erbscheinserteilung erfolgt nur im subjektiven Interesse der Person, die sich für erbberechtigt hält und zu deren Gunsten die beantragte Erbscheinserteilung bewilligt wurde.*“

Auch sind die §§ 24 und 31 GNotKG im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Infolgedessen bestand hier im Verhältnis zur Gerichtskasse keine Gesamtschuld von K und B, sodass ein Anspruch auf anteilige Kostenerstattung gemäß § 426 Abs. 1 S. 1 BGB ausscheidet.

II. K Könnte gegen B einen Erstattungsanspruch aus **§ 2038 BGB** haben.

Diese Vorschrift betrifft die **gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses**. Hierbei verweist § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB u.a. auf **§ 748 BGB**, wonach jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber zur Kostentragung nach dem Verhältnis seines Anteils verpflichtet ist.

Staudinger/Herzog, BGB, Neubearbeitung 2016, § 2353 Rn. 593

Dabei steht die Entscheidungsbefugnis über die zu treffenden Maßnahmen allen Miterben **gemeinschaftlich** zu, wobei das **Mehrheitsprinzip** gilt (vgl. § 2038 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 745 BGB). Nur **bei unaufschiebbaren Notverwaltungsmaßnahmen** kann **jeder Miterbe** auch **allein** tätig werden (§ 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB).

Da die Beantragung des Erbscheins durch K **gegen** den **ausdrücklichen Willen** der übrigen Miterben erfolgte und auch keine Notgeschäftsführung ersichtlich ist, scheidet ein Anspruch aus § 2038 BGB bereits am fehlenden gemeinschaftlichen Handeln.

III. K könnte gegen B einen Anspruch auf Kostenerstattung aus echter berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) gemäß **§§ 683 S. 1, 677, 670 BGB** haben.

1. Eine **Geschäftsbesorgung** i.S.d. §§ 677 ff. BGB ist **jedes tatsächliche und rechtliche Tun**. K hat einen Erbschein beantragt. Dies stellt eine Geschäftsbesorgung entsprechend der Definition dar.

2. K müsste mit der Beantragung des Erbscheins ein für sie **fremdes Geschäft** geführt und hierbei auch mit **Fremdgeschäftsführungswillen** gehandelt haben.

Ein Geschäft ist fremd, wenn es in den **Rechts- und Interessenkreis eines anderen** fällt. Mit Fremdgeschäftsführungswillen handelt, wer das Geschäft auch **bewusst als fremdes führen will**.

„[8] ... In der Beantragung des Erbscheins durch die [K] für die Erbengemeinschaft liegt ein **jedenfalls auch fremdes Geschäft**. In diesen Fällen wird regelmäßig ein ausreichender **Fremdgeschäftsführungswille vermutet**.“

3. K muss des Weiteren **ohne Auftrag** gehandelt habe, d.h. nicht aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses.

Diese Voraussetzung ist ebenfalls erfüllt, weil K ihren Miterben gegenüber nicht zur Beantragung eines Erbscheins verpflichtet war.

4. Neben den genannten allgemeinen Voraussetzungen einer echten GoA setzt **§ 683 S. 1 BGB** für eine berechnigte GoA voraus, dass die **Übernahme** der Geschäftsführung dem **wirklichen oder mutmaßlichen Willen** des Geschäftsherrn **entspricht**.

K hat den Erbschein **gegen** den **ausdrücklichen Willen** der anderen Miterben beantragt. Damit handelt es sich hier nicht um eine berechnigte GoA.

K hat gegen B also keinen Anspruch auf Kostenerstattung gemäß §§ 683 S. 1, 677, 670 BGB.

IV. K könnte gegen B aber einen solchen Anspruch aus echter unberechnigter GoA gemäß **§§ 684 S. 1, 812 BGB** haben.

Danach ist – sofern (wie hier) die Voraussetzungen des § 683 BGB nicht vorliegen – der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, **nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben**.

1. Vor der Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen ist zu erörtern, ob die GoA-Vorschriften an dieser Stelle ggf. durch einen **Vorrang des § 2038 BGB** verdrängt werden. Dafür könnte sprechen, dass § 2038 BGB das Prinzip der gemeinschaftlichen Verwaltung statuiert, welches mit Ausgleichsansprüchen von auf eigene Initiative handelnden Miterben nach allgemeinen Vorschriften unverträglich sein könnte.

§ 2038 BGB betrifft ...

„[13] ... **ausschließlich die Meinungsbildung der Erbengemeinschaft über die Verwaltung des Nachlasses** durch einstimmige Entscheidungen, Mehrheits-

Vgl. zur GoA AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 45 ff.

BGH NJW 2007, 63, 64; Palandt/Sprau, BGB, 80. Aufl. 2021, § 677 Rn. 6 m.w.N.

Im Kontext der berechnigten GoA war hierauf nicht einzugehen, weil es dort gerade nicht um eine eigenmächtige, dem Willen der anderen Miterben widersprechende Geschäftsführung geht.

beschlüsse oder Notverwaltungsmaßnahmen eines einzelnen Miterben. **Nicht vorgegeben wird durch § 2038 BGB demgegenüber, ob einem Miterben, der Maßnahmen auch für die Erbengemeinschaft trifft, ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen oder Herausgabe der bei den anderen Miterben eingetretenen Bereicherung zusteht** (vgl. auch Senatsurteil vom 20.05.1987 – IVa ZR 42/86, NJW 1987, 3001 unter 2 [juris Rn. 8]:, ... Das Oberlandesgericht hat es aber unterlassen, zu prüfen, ob dem Kläger ein Anspruch aus § 684 BGB zusteht. Nach Satz 1 dieser Vorschrift kommt nämlich, wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB nicht erfüllt sind, ein Anspruch auf Herausgabe des Erlangten nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht. Einen solchen Ausgleich in den Fällen der vorliegenden Art von vornherein auszuschließen, besteht kein Grund.)“

BGH RÜ 2019, 626

Etwas anderes folgt auch nicht aus der Rspr. des BGH zur Wohnungseigentümergeinschaft, wonach Ansprüche eines eigenmächtig handelnden Wohnungseigentümers aus GoA ausgeschlossen sind; denn **die ...**

„[12] ... **Wohnungseigentümergeinschaft ist von vornherein nicht mit der auf eine Auseinandersetzung gerichteten Erbengemeinschaft zu vergleichen**, bei der es im Zuge der Verwaltung und Abwicklung in der Regel lediglich um die Durchführung konkreter einzelner Maßnahmen – wie hier etwa der Beantragung eines Erbscheins – geht.“

Infolgedessen **besteht** eine ...

„[9] ... **Sperrwirkung** des § 2038 BGB für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag ... **nicht**.“

Dementsprechend **findet** ...

„[10] ... nach ständiger Rechtsprechung des Senats und einhelliger Auffassung im Schrifttum das Rechtsinstitut der **Geschäftsführung ohne Auftrag neben § 2038 BGB Anwendung**. Dies gilt auch in den Fällen, in denen ein Miterbe, dem lediglich ein Minderheitsanteil zusteht, ein Geschäft für die Erbengemeinschaft außerhalb seiner Befugnis zur Notverwaltung gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 BGB durchführt.“

2. Für den Aufwendungsersatzanspruch aus § 684 S. 1 BGB müssen die allgemeinen Voraussetzungen der echten GoA (also die des § 677 BGB, nicht die des § 683 BGB) vorliegen, was der Fall ist (s. oben).

§ 684 S. 1 BGB verweist darüber hinaus auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff. BGB). Hierbei handelt es sich nach h.M. um eine **Rechtsfolgenverweisung**, sodass die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 812 ff. BGB nicht vorzuliegen brauchen.

B müsste **durch die Geschäftsführung etwas erlangt** haben. Das wäre etwa zu bejahen, wenn B infolge der Kostenübernahme seitens der K **von einer Verbindlichkeit befreit** wurde.

Dies kommt allerdings ...

„[15] ... **bereits deshalb nicht in Betracht, weil [K] den Erbschein allein beantragt hat und daher ausschließliche Kostenschuldnerin gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG ist.**“

Als erlangtes Etwas können im Kontext des § 684 S. 1 BGB aber auch **ersparte Aufwendungen** in Ansatz gebracht werden.

B müsste also durch die Beantragung des Erbscheins seitens der K Aufwendungen erspart haben, **die ihm** ohne die Tätigkeit der K **zwingend ebenfalls entstanden wären**.

Das ist **nicht der Fall im Hinblick auf seine Miterbenstellung** als solche, denn diese ...

BGH NJW 2003, 3268 f. u. NJW 1987, 3001; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2038 Rn. 13; MünchKomm/Genergen, BGB, 8. Aufl. 2020, § 2038 Rn. 62

AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 85 m.w.N.

Korintenberg/Wilsch, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 2

MünchKomm/Schäfer, BGB, 8. Aufl. 2020, § 684 Rn. 8; Staudinger/Bergmann, BGB, Neubearbeitung 2020, § 684 Rn. 12

„[15] ... ergibt sich gemäß § 1922 BGB bereits mit dem Erbfall aus dem Gesetz und **setzt nicht konstitutiv die Beantragung eines Erbscheins voraus**. Die Erben-gemeinschaft ist mit dem Erbfall auch unmittelbar Eigentümerin des Grundstücks in D. geworden.“

Die Notwendigkeit der Beantragung eines Erbscheins könnte sich indessen aus der **Unrichtigkeit des Grundbuchs** ergeben, da ...

„[15] ... in diesem noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen war. Insoweit wäre eine **Grundbuchberichtigung** durchzuführen gewesen, für die gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO **grundsätzlich ein Erbschein** oder ein Europäisches Nachlasszeugnis **erforderlich** ist.“

Die entscheidende Frage ist dann aber, ob dies bereits im Jahre des Erbfalles zwingend erforderlich gewesen ist.

„[17] ... Ist das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden, so soll das Grundbuchamt gemäß § 82 Satz 1 GBO dem Eigentümer oder dem Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Grundstücks zusteht, die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die zur Berichtigung des Grundbuchs notwendigen Unterlagen zu beschaffen. **Das Grundbuchamt soll diese Maßnahme gemäß § 82 Satz 2 GBO zurückstellen, solange berechnete Gründe vorliegen** ... Ferner ist es nicht geboten, sofort nach Bekanntwerden der Erben ein Verfahren nach § 82 GBO einzuleiten. **Vielmehr soll das Grundbuchamt für einen gewissen Zeitraum vom Vorliegen berechtigter Gründe nach § 82 Satz 2 GBO ausgehen**, da den Erben zunächst Zeit gegeben werden soll, den Nachlass abzuwickeln und sich darüber klar zu werden, was mit dem Grundstück geschehen soll. Auf dieser Grundlage wird angenommen, es sei in Anbetracht der Parallelregelung in Nr. 14110 Kostenverzeichnis GNotKG, nach der für die Zeit von zwei Jahren ab dem Erbfall keine Gebühren für die Eintragung erhoben werden, **nicht gerechtfertigt, vor Ablauf dieser Zeit ein Zwangsberichtigungsverfahren gemäß § 82 GBO einzuleiten**.“

Vgl. hierzu Imre, in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 82 GBO, Rn. 11 ff.

Im hier zu beurteilenden Fall hat ...

„[18] ... das Grundbuchamt nach dem Erbfall **kein Zwangsberichtigungsverfahren durchgeführt**. Vielmehr hat [K] Ende 2015, noch im Jahr des Erbfalles, einen Erbschein beantragt, der dann nach seiner Erteilung zur Eintragung der Erben-gemeinschaft im Grundbuch führte. [K] war indessen auf der Grundlage der obigen Ausführungen **nicht berechnete, auf Kosten der Erben-gemeinschaft außerhalb eines vom Grundbuchamt selbst eingeleiteten Zwangsberichtigungsverfahrens und gegen den Willen der Mehrheit der Erben-gemeinschaft einen Erbschein zur Grundbuchberichtigung zu beantragen**.“

Die Erteilung eines Erbscheins wäre also im Jahre des Erbfalles **nicht unbedingt notwendig gewesen, auch nicht im Hinblick auf die ...**

„[19] ... **Gutgläubenswirkung des § 2366 BGB** ... , zumal die Zusammensetzung der Erben-gemeinschaft einschließlich der Erbanteile unstrittig und auch im Rechtsverkehr, etwa gegenüber Kreditinstituten, nicht in jedem Fall ein Erbschein zum Nachweis der Rechtsnachfolge zwingend erforderlich ist.“

Da es sich bei den Kosten für die Beantragung eines Erbscheins – wie bereits ausgeführt – auch nicht um Nachlassverbindlichkeiten handelt, hat B **unter keinem Gesichtspunkt irgendwelche Aufwendungen erspart** und damit durch die Geschäftsbesorgung der K **nichts erlangt**.

Folglich hat K gegen B auch keinen Anspruch auf Kostenerstattung aus echter unberechtigter GoA gemäß §§ 684 S. 1, 812 BGB.

Dr. Matthias Hünert

Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG; §§ 823, 1004 BGB; §§ 22, 23 KUG

Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch bei Wort- und Bildberichterstattung über ein Scheidungsverfahren

BGH, Urt. v. 07.07.2020 – VI ZR 250/19, GRUR-RS 2020, 24014

Leitsätze

1. Bei der Einleitung und Durchführung eines Scheidungsverfahrens handelt es sich um eine familiäre Angelegenheit, die als „privat“ einzustufen ist. Die in § 170 VVG zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers, zum Schutz der Privat- und Intimsphäre der Betroffenen das Scheidungsverfahren vor der Öffentlichkeit zu schützen, ist auch hinsichtlich der Tatsache der Durchführung des Scheidungsverfahrens an sich und seiner äußeren Umstände wie Ort und Zeitpunkt der Gerichtstermine zu berücksichtigen, indem auch diese Umstände der Privatsphäre zugeordnet werden.

2. Die Intensität eines Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht durch eine Wortberichterstattung ist als gering zu werten, wenn es sich um die Behauptung zutreffender Tatsachen handelt, die entweder belanglos sind oder sich allenfalls oberflächlich mit der Person des Betroffenen beschäftigen, ohne einen tieferen Einblick in seine persönlichen Lebensumstände zu vermitteln und ohne herabsetzend oder gar ehrverletzend zu sein.

3. Die nicht von der Einwilligung des Abgebildeten gedeckte Verbreitung seines Bildes ist nur zulässig, wenn dieses Bild dem Bereich der Zeitgeschichte oder einem der weiteren Ausnahmetatbestände des § 23 Abs. 1 KUG positiv zuzuordnen ist und berechnete Interessen des Abgebildeten nicht verletzt werden (§ 23 Abs. 2 KUG). Dabei ist schon bei der Beurteilung, ob ein Bild dem Bereich der Zeitgeschichte zuzuordnen ist, eine Abwägung zwischen den Rechten des Abgebildeten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK einerseits und den Rechten der Presse aus Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK andererseits vorzunehmen.

Fall

K ist eine bekannte deutsche Schauspielerin, Moderatorin und Comedian und war mit dem ebenfalls bekannten Musiker F verheiratet. K ging mit ihrem Ehemann zu öffentlichen Veranstaltungen und arbeitete mit ihm zusammen in TV-Shows. Im Jahr 2015 trennte sich K von F.

B ist verantwortlich für den Internetauftritt www.bild.de. Auf dieser Internetseite erschien im Januar 2018 ein Artikel mit der (angegriffenen) Überschrift „Scheidung nach 12 Jahren, K trifft Ehemann F vor Gericht“, in dem anlässlich eines im Rahmen des Scheidungsverfahrens der K angesetzten Gerichtstermins vor dem Amtsgericht, der unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfand, in Wort und Bild über die Trennung der Eheleute und das nunmehrige Scheidungsverfahren berichtet wurde. Ein Foto zeigt die mit Mütze, Schal und Mantel bekleidete K mit abgewandtem Gesicht im hinteren Halbprofil neben ihrem damaligen Ehemann, der im Profil zu sehen ist. Der Begleittext zu diesem Foto lautet: „K (mit Mütze) und ihr zweiter Ehemann F am Mittwoch im Amtsgericht“. Ein weiteres Foto zeigt K im vorderen Halbprofil in derselben Bekleidung („K verlässt nach dem Termin das Amtsgericht“). Der Text der Wortberichterstattung lautet im Übrigen auszugsweise:

„Getrennt sind sie seit zwei Jahren – jetzt geht’s um die Scheidung! Am Mittwoch traf Entertainerin K ihren zweiten Ehemann, den Musiker und Produzenten F vor Gericht. Anlass: Ein Termin im Scheidungsverfahren (K vs. F). Jahre hielt die Beziehung – das Treffen im Saal 1119 des Amtsgerichtes war nach rund 14 Minuten schon wieder vorbei. Der Startschuss für ihre Ehe war ein ganz besonderer Tag: K heiratete den Bassisten F am 21.12.2005 – ihrem 40. Geburtstag. Das Paar bekam zwei Kinder. Im Mai 2015 gaben sie über K’s Anwalt die Trennung bekannt (BILD berichtete). Nur zwei Monate später bekam F mit seiner neuen Freundin eine Tochter. Auch beruflich waren K und F eng miteinander verbunden. F war Bandleader in K’s Sat.1-„Late Night Show“, trat später auch in ihrer WDR-Talkshow auf. Für K ist es bereits die zweite gescheiterte Ehe. Von 1994 bis 2005 war sie mit einem Musiker verheiratet, mit dem sie eine gemeinsame Tochter hat.“

K ist der Ansicht, dass sowohl durch die Wort- als auch die Bildberichterstattung ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht und ihr Recht am eigenen Bild verletzt seien. Das Scheidungsverfahren sei schließlich auch nichtöffentlich gewesen. Außerdem stehe ja auch die Familie unter dem besonderen Schutz des Grundgesetzes, was auch Berücksichtigung finden müsse.

Demgegenüber meint B, dass seine Meinungs- und Pressefreiheit doch viel wichtiger seien und deshalb K diese Veröffentlichung hinnehmen müsse.

Steht K gegen B ein Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Wort- und Bildberichterstattung zu?

Bearbeiterhinweis: Auf §§ 22, 23 KUG (Ordnungsnummer 67 im Schönfelder) wird hingewiesen. Andere Normen des KUG bleiben unberücksichtigt.

Lösung

I. K könnte gegen B einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Wortberichterstattung analog **§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB** zustehen.

1. Nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB direkt besteht ein Unterlassungsanspruch lediglich für Eigentumsstörungen. Vorliegend macht K jedoch einen Unterlassungsanspruch wegen der vermeintlichen Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts geltend. Es ist allgemeine Meinung, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG – aufgrund der absoluten Wirkung gegenüber Jedermann – als ein „sonstiges Recht“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB verstanden wird. Mittlerweile ist es einhellige Ansicht, dass § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog auf alle Rechte und Rechtsgüter des § 823 BGB angewendet wird (sog. **quasinegatorischer Unterlassungsanspruch**).

2. Es müsste nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB eine ernsthafte objektive Besorgnis für weitere Beeinträchtigungen aufseiten der K bestehen (sog. **Wiederholungsgefahr**). Bei der erstmaligen Begehung einer Störung wird die Wiederholungsgefahr grundsätzlich **indiziert**. Aufgrund der mit der Publizierung des Artikels auf der Internetseite des B verbundenen erstmaligen Störung kann die Wiederholungsgefahr somit bejaht werden. Anhaltspunkte für eine Widerlegung dieser Indizwirkung sind nicht ersichtlich.

3. Weiterhin müsste die Wortberichterstattung eine **Verletzung des „sonstigen Rechts“ i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB in Form der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG (APR)** sein.

Eine Verletzung des APR kommt dann in Betracht, wenn ein rechtswidriger Eingriff in den Schutzbereich vorliegt.

a) Zunächst müsste ein **Eingriff in den Schutzbereich** gegeben sein.

Der Schutzbereich des APR als ein sog. „**Rahmenrecht**“ oder „**offener Tatbestand**“ ist nicht begrenzt und damit sehr weit zu verstehen. Eine Ausprägung des APR ist nach gefestigter Rspr. des BVerfG und des BGH insbesondere das **Recht auf Achtung der Privatsphäre**. Hierunter fallen vor allem Vorfälle aus dem Familienbereich, familiäre Auseinandersetzungen und die Ausgestaltung und eigene Bewertung familiärer Beziehungen.

„[34] ... Bei der **Einleitung und Durchführung eines Scheidungsverfahrens** handelt es sich um eine familiäre Angelegenheit, die als ‚privat‘ einzustufen ist ... Die in **§ 170 GVG** zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers, zum Schutz der Privat- und Intimsphäre der Betroffenen das **Scheidungsverfahren vor der Öffentlichkeit zu schützen**, ist auch hinsichtlich der Tatsache der Durchführung des Scheidungsverfahrens an sich und seiner äußeren Umstände wie Ort und Zeitpunkt der Gerichtstermine zu berücksichtigen, indem auch diese Umstände der **Privatsphäre** zugeordnet werden.

Ein Eingriff in den Schutzbereich des APR der K liegt somit vor.

b) Fraglich ist, ob dieser Eingriff **rechtswidrig** gewesen ist.

Wie bereits oben angedeutet, ist die Reichweite des APR als ein „offener Tatbestand“ nicht klar zu festzustellen. Deshalb ist stets eine **Abwägung** der widerstreitenden grundrechtlichen Positionen vorzunehmen. Ausnahmsweise muss die **Rechtswidrigkeit positiv festgestellt** werden.

Die abzuwägenden, widerstreitenden Grundrechtspositionen sind einerseits aufseiten der K das **allgemeine Persönlichkeitsrecht** aus **Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG** und andererseits aufseiten des B das **Recht auf Meinungs- und Pressefreiheit** aus **Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG**. Die Rechtswidrigkeit kann dann angenommen werden, wenn im Rahmen der Abwägung das schutzwürdige Interesse der K gegenüber dem schutzwürdigen Interesse der B überwiegt.

Zwischen Wort- und Bildbericht muss zwingend getrennt werden!

Die analoge Anwendung des § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB sollte kurz erläutert werden. Dogmatisch richtig ist eigentlich eine **Gesamtanalogie aus §§ 12, 862, 1004 BGB**, wobei heute nur noch § 1004 BGB analog zitiert wird.

Diese Indizwirkung kann nur durch die Abgabe einer **strafbewehrten Unterlassungserklärung** aus der Welt geschaffen werden, die grds. kostenpflichtig ist. Der Störer hat dann die Anwaltskosten nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB zu zahlen. Es entspricht dem mutmaßlichen Willen des Störers, die Kosten möglichst gering zu halten und einem (teureren) Gerichtsprozess damit aus dem Weg zu gehen, vgl. Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 683 BGB Rn. 6.

Zur **Sphärentheorie**: Die schützenswerte Sphäre ist die sog. **Intimsphäre**, worunter die innere Gefühlswelt sowie die Gedanken (insbesondere auch Tagebücher) fallen. Neben der hier einschlägigen **Privatsphäre** gibt es auch noch die (am wenigstens schutzwürdige) **Sozialsphäre**, worunter das öffentliche berufliche und wirtschaftliche Wirken zählt.

Hinweis zum Aufbau: Die Verletzung des APR kann nur dann bejaht werden, wenn diese auch rechtswidrig ist. Es verbietet sich also im Rahmen der Prüfung einer APR-Verletzung bei § 823 Abs. 1 BGB der „normale“ Aufbau, bei welchem die Rechtswidrigkeit als isolierter Prüfungspunkt neben der Rechts(guts)verletzung abgehandelt wird.

Vgl. BGH RÜ 2011, 89 ff.

Überraschend war, dass die Klägerin im Originalfall angeführt hat, die **Scheidung den Kindern gegenüber geheim** zu halten. Dies ist bereits deswegen als Argument nicht überzeugend, da sie in der Öffentlichkeit bereits über die Trennung gesprochen hat. Der Senat hat dies nicht näher thematisiert.

Die Klägerin hat noch die Ansicht vertreten, dass ihr APR in Ausprägung des **Rechts auf informationelle Selbstbestimmung** durch die Textveröffentlichung verletzt wurde. Dies hat der Senat aber richtigerweise anders gesehen, da es hier nicht darum geht, „dass Dritte sich individueller Daten bemächtigen, und sie in nicht nachvollziehbarer Weise als Instrument nutzen, um die Betroffenen auf Eigenschaften, Typen oder Profile festzulegen, auf die sie keinen Einfluss haben“, vgl. Rn. 48 m.w.N.

„[38] ... Auch hier kommt zwar dem Schutz der Privatsphäre des Betroffenen besondere Bedeutung zu und hat sein **Persönlichkeitsschutz umso mehr Gewicht, je geringer der Informationswert der Berichterstattung für die Allgemeinheit ist.**

[42] Die Intensität eines **Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht durch eine Wortberichterstattung ist als gering zu werten, wenn es sich um die Behauptung zutreffender Tatsachen handelt, die entweder belanglos sind oder sich allenfalls oberflächlich mit der Person des Betroffenen beschäftigen**, ohne einen tieferen Einblick in seine persönlichen Lebensumstände zu vermitteln und ohne herabsetzend oder gar ehrverletzend zu sein.

[43] Im Streitfall informiert die angegriffene Wortberichterstattung lediglich über einen tatsächlich durchgeführten Termin im Scheidungsverfahren, enthält aber **keine Informationen zum Inhalt des Verfahrens oder zu dessen Hintergrund**. ... Angesichts der bereits öffentlich bekannten ... Trennung der Eheleute vermittelt die zusätzliche Information, dass diese nunmehr nach zwölf Ehejahren zu einem Scheidungsverfahren geführt hat, **keinen tieferen Einblick in die persönlichen Lebensumstände und damit in die Privatsphäre der [K]**.

[44] Entgegen der Ansicht der ... [K] wird **der Persönlichkeitsrechtsschutz vorliegend nicht durch die Schutzwirkung des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG verstärkt**. Der Schutzgehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Eltern erfährt eine solche Verstärkung nach der Senatsrechtsprechung beispielsweise dann, wenn der Gegenstand der Berichterstattung die elterliche Zuwendung zum Kind erfasst. Das ist hier aber nicht der Fall.

[45] Demgegenüber steht das **durch die Prominenz der [K] begründete ... Informationsinteresse des [B]**.“

Insgesamt tritt daher das allgemeine Persönlichkeitsrecht der K hinter das Recht auf Meinungs- und Pressefreiheit zurück, sodass die Rechtswidrigkeit zu verneinen ist.

Mangels Rechtswidrigkeit liegt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der K durch die Wortberichterstattung nicht vor.

K hat gegen B keinen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Wortberichterstattung.

II. K könnte gegen B einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung der Bildberichterstattung analog **§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB** zustehen.

1. Wie oben gezeigt ist die **Wiederholungsgefahr** gegeben.

2. Durch die Bildberichterstattung könnte K in ihrem **Recht am eigenen Bild** gemäß **§ 22 S. 1 KUG** verletzt worden sein. Das Recht am eigenen Bild ist eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Abs. 2 GG und ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

Nach § 22 S. 1 KUG dürfen Bildnisse **nur mit Einwilligung des Abgebildeten** verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Derjenige der abgebildet wird – also der Träger des Rechts am eigenen Bild – soll darüber disponieren, ob und inwieweit er in der Öffentlichkeit abgebildet und dargestellt wird. Dabei trägt allerdings auch der Abgebildete die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass keine Einwilligung vorliegt.

Eine Einwilligung der K für das Verbreiten oder öffentlich Zurschaustellen von Bildnissen ihrer Person liegt gegenüber B zumindest nicht vor.

3. Etwas anderes gilt allerdings, wenn K eine **Duldungspflicht** analog **§ 1004 Abs. 2 BGB** hinsichtlich der Bildveröffentlichung hat.

Eine solche Duldungspflicht kann sich insbesondere aus **§ 23 Abs. 1 KUG** ergeben. Nach dieser Vorschrift können etwaige Bildnisse auch ohne die nach

§ 22 KUG erforderliche Einwilligung in den genannten Fällen verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden.

Fraglich erscheint, ob K hier eine Veröffentlichung insoweit dulden musste, als dass es sich bei der Abbildung ihrer Person um ein **Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte** gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG handelt.

a) Nach **älterer Rspr.** wurde bei der Veröffentlichung von Bildnissen der Zeitgeschichte zwischen **relativen und absoluten Personen der Zeitgeschichte** differenziert.

Eine **relative Person der Zeitgeschichte** war demnach eine Person die ausschließlich oder maßgeblich wegen eines bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignisses einen Öffentlichkeitsstatus erlangt hat. Bildnisse von diesen Personen durften ohne Einwilligung **nur im unmittelbaren Zusammenhang mit dem maßgebenden zeitgeschichtlichen Ereignis** abgebildet werden.

Eine **absolute Person der Zeitgeschichte** hingegen war eine Person, die unabhängig von bestimmten zeitgeschichtlichen Ereignissen allgemeine Aufmerksamkeit findet. Eine absolute Person der Zeitgeschichte **durfte wegen des überwiegenden Informationsinteresses der Öffentlichkeit stets – auch ohne zeitgeschichtliches Ereignis – abgebildet werden**, zumindest solange sie sich nicht offensichtlich in die Privatsphäre zurückgezogen hat.

b) Nach der wegweisenden Rspr. des EGMR (Caroline-Entscheidung, vgl. NJW 2004, 2647 ff.) hat auch der BGH seine Rspr. angepasst: Nunmehr ist ein **„abgestuftes Schutzkonzept“** maßgeblich, welches das Persönlichkeitsrecht zu Lasten der Pressefreiheit erweitert.

„[9] ... Danach dürfen Bildnisse einer Person grundsätzlich nur mit deren Einwilligung verbreitet werden (§ 22 S. 1 KUG). Die Veröffentlichung des Bildes einer Person begründet grundsätzlich eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die nicht von der Einwilligung des Abgebildeten gedeckte **Verbreitung seines Bildes ist nur zulässig, wenn dieses Bild dem Bereich der Zeitgeschichte oder einem der weiteren Ausnahmetatbestände des § 23 Abs. 1 KUG positiv zuzuordnen ist und berechtigte Interessen des Abgebildeten nicht verletzt werden (§ 23 Abs. 2 KUG)**. Dabei ist schon bei der Beurteilung, ob ein Bild dem Bereich der Zeitgeschichte zuzuordnen ist, eine **Abwägung** zwischen den Rechten des Abgebildeten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK einerseits und den Rechten der Presse aus Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK andererseits vorzunehmen.“

Das Interesse des B würde dann überwiegen, wenn es sich bei dem hier streitgegenständlichen Bildnis um ein solches der Zeitgeschichte i.S.v. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG handelt und berechtigte Interessen der K nach § 23 Abs. 2 KUG nicht verletzt wurden.

„[12] Maßgebend für die Frage, ob es sich um ein Bildnis aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt, ist der **Begriff des Zeitgeschehens**. Dieser darf nicht zu eng verstanden werden. Im Hinblick auf den Informationsbedarf der Öffentlichkeit umfasst er **nicht nur Vorgänge von historisch-politischer Bedeutung, sondern ganz allgemein das Geschehen der Zeit, also alle Fragen von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse. Er wird mithin vom Interesse der Öffentlichkeit bestimmt**.

[13] Es gehört zum **Kern der Presse- und Meinungsfreiheit**, dass die Medien im Grundsatz nach ihren eigenen publizistischen Kriterien entscheiden können, was sie des öffentlichen Interesses für wert halten und was nicht. **Auch unterhaltende Beiträge, etwa über das Privat- und Alltagsleben prominenter Personen, nehmen grundsätzlich an diesem Schutz teil, ohne dass dieser von der Eigenart oder dem Niveau des jeweiligen Beitrags oder des Presseerzeugnisses abhängt.**

Vgl. dazu AS-Skript Schuldrecht BT 4 (2019), Rn. 129 m.w.N.

Relative Personen der Zeitgeschichte werden vielfach auch leicht abwertend als Z-Promis bezeichnet.

Absolute Personen der Zeitgeschichte kennt jeder (Angela Merkel, Uli Hoeneß oder Michael Schumacher etc.).

Das **„abgestufte Schutzkonzept“ des BGH** ist an sich nichts anderes als die Subsumtion des Gesetzes:

1. § 22 KUG; wenn (–), dann
2. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG; wenn (+), dann
3. § 23 Abs. 2 KUG

Auch bei dem Recht am eigenen Bild i.S.d. KUG ist eine **Abwägung** vorzunehmen. Allerdings nicht im Rahmen der Rechtswidrigkeit, sondern im Rahmen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG, d.h., ob es sich um ein **Bild aus dem Bereich der Zeitgeschichte** handelt. Abwägungsfaktoren sind dabei insbesondere: Informationswert, Anlass der Berichterstattung, Situation, in der die Betroffene aufgenommen wurde, Rolle der Betroffenen in der Öffentlichkeit und Intensität des Eingriffs in das APR.

Bildnisse des ehemaligen Staatsoberhauptes Christian Wulf beim Einkaufen im Supermarkt durften veröffentlicht werden, hierzu BGH RÜ 2018, 280 ff.

Gerade prominente Personen können der Allgemeinheit Möglichkeiten der Orientierung bei eigenen Lebensentwürfen bieten sowie **Leitbild- und Kontrastfunktionen** erfüllen.

[17] ... **Je größer der Informationswert für die Öffentlichkeit ist, desto mehr muss das Schutzinteresse desjenigen, über den informiert wird, hinter den Informationsbelangen der Öffentlichkeit zurücktreten.**

[19] Für die Gewichtung der Belange des Persönlichkeitsschutzes wird ... auch bedeutsam, **in welcher Situation der Betroffene erfasst und wie er dargestellt wird.**

[21] ... Die Bilder zeigen die [K] im bzw. vor dem Gerichtsgebäude im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dem nicht öffentlichen Verhandlungstermin im Scheidungsverfahren und **fixieren für die Öffentlichkeit, wie sie in dieser Situation aussieht und sich verhält.**

[23] ... Ob es tatsächlich zur Scheidung kam, erfährt der Leser dagegen nicht. **Der Artikel leistet im Hinblick auf das Scheidungsverfahren keinen substantiellen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung.**

[28] ... Im Streitfall ergibt sich die Privatheit aus der Darstellung der [K] in der **besonderen Situation der dem Familienbereich** zuzurechnenden Konfrontation mit ihrem früheren Partner im unmittelbaren situativen Kontext mit dem **nicht öffentlichen Verhandlungstermin** im Scheidungsverfahren. Die [K] wird nicht im kontextneutralen Porträt oder in einer Alltagssituation gezeigt, sondern es wird für die Öffentlichkeit fixiert und ihr vorgeführt, wie die [K] in einer familiären Ausnahmesituation aussieht und sich verhält. Damit ist die Klägerin in ihrer **Privatsphäre und nicht nur in der Sozialsphäre** betroffen.“

Somit ist nach Abwägung ein überwiegendes Interesse der K an der Nichtveröffentlichung der Bildberichterstattung zu erkennen. Auf § 23 Abs. 2 KUG kommt es somit nicht mehr an.

Eine Duldungspflicht analog § 1004 Abs. 2 BGB liegt nicht vor.

K hat gegen B einen Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung und Verbreitung der Fotos analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB.

Diese Entscheidung zeigt, dass eine Differenzierung zwischen Wort- und Bildberichterstattung zwingend ist. Das KUG modifiziert das APR nämlich hinsichtlich der **Darlegungs- und Beweislast**. Sofern es um eine **Textberichterstattung** geht, muss der Anspruchssteller darlegen und beweisen, dass Rechtswidrigkeit gegeben ist. Demgegenüber muss bei einer **Bildberichterstattung** der Anspruchsgegner darlegen und beweisen, dass eine Einwilligung des Abgebildeten vorliegt (vgl. § 22 S. 1 KUG).

Neben einem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch könnte auch noch über einen Schadensersatzanspruch aus **§ 823 Abs. 1 BGB** nachgedacht werden. Anders als bei § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog ist jedoch der Verschuldensnachweis notwendig. Die Besonderheit besteht auf der **Rechtsfolgenseite** darin, dass der Betroffene entweder den Schaden konkret nach §§ 249 ff. BGB berechnen oder aber eine fiktive Lizenzgebühr verlangen kann. Wegen der Verletzung des APR könnte auch noch eine Geldentschädigung verlangt werden, wobei nach der h.M. § 253 BGB keine (analoge) Anwendung findet. Dieser Anspruch wird dann vielmehr unmittelbar aus § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet.

Um etwaige Ansprüche realisieren zu können, steht dem Betroffenen typischerweise ein Auskunftsanspruch aus **§ 242 BGB** zu.

David Marski

§ 7 StVG

Zurechnung der Betriebsgefahr beim Brand eines in einer Werkstatthalle abgestellten Kraftfahrzeuges

BGH, Urt. v. 20.10.2020 – VI ZR 158/19, BeckRS 2020, 31062

Fall

K betreibt eine Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt. Am 11.12.2014 wurde der bei B haftpflichtversicherte Lkw der U zum Austausch der Hinterreifen und zur TÜV-Untersuchung zu K gebracht. Die Hinterreifen wurden noch am 11.12.2014 ausgetauscht. Die TÜV-Untersuchung war für den nächsten Tag geplant. Der Lkw wurde hierzu im Werkstattgebäude der K über Nacht abgestellt. In der Nacht vom 11. auf den 12.12.2014 entstand ein Brand an dem Lkw, der zu Sachschäden an und in der Werkstatthalle der K i.H.v. 20.000 € führte. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass der Brand entweder durch Defekte an Kabeln im Motorraum des Lkw im Bereich des Generators oder durch einen Defekt an einem im Führerhaus fest eingebauten Kühlschrank verursacht worden ist.

K begehrt von B Ersatz des ihr an und in ihrer Werkstatthalle durch den Brand entstandenen Schadens i.H.v. 20.000 €. Zu Recht?

Lösung

K kann gegen B ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000 € aus **§ 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG** i.V.m. **§ 7 Abs. 1 StVG** zustehen.

Die Kfz-Haftpflichtversicherung B haftet gemäß § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG im gleichen Maße wie die Kfz-Halterin U.

I. U könnte wegen des an und in der Werkstatthalle der K entstandenen Brandschadens dieser gegenüber aus § 7 Abs. 1 StVG haften.

1. Die Werkstatthalle der K und deren Inventar sind durch den Brand beschädigt worden, sodass eine **Eigentumsverletzung** gegeben ist.

2. Diese muss **bei Betrieb des Kfz** der U entstanden sein.

a) Wäre der Lkw der U nicht in der Nacht vom 11. auf den 12.12.2014 in der Werkstatthalle der K in Brand geraten, wären die Halle und deren Inventar nicht beschädigt worden. Folglich war der am Lkw der U ausgebrochene Brand **äquivalent kausal** für die Eigentumsverletzung der K.

b) Ferner muss sich die **typische Betriebsgefahr des Lkw realisiert** haben.

aa) Nach der sog. **maschinentechnischen Auffassung** realisiert sich die Betriebsgefahr nur, wenn der Motor noch läuft oder das Kfz wenigstens als Nachwirkung des motorischen Antriebs noch in Bewegung ist.

Der Brand am Fahrzeug der U ist ausgebrochen, nachdem der Lkw in der Werkstatthalle der K abgestellt worden ist, sodass sich nach der maschinentechnischen Ansicht die Betriebsgefahr des Kfz der U nicht realisiert hat.

bb) Nach der heute herrschenden **verkehrstechnischen Auffassung** sind alle Kfz in Betrieb, die sich im öffentlichen Verkehrsbereich oder auf privatem Gelände bewegen oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruhen.

„[7] ... Nach der st.Rspr. des Senats ist dieses Haftungsmerkmal entsprechend dem umfassenden Schutzzweck der Norm weit auszulegen. Denn die Haftung nach § 7

Leitsatz

Für die Einordnung einer Fahrzeugkomponente als Betriebseinrichtung eines Kfz ist nicht entscheidend, ob die Transport- und Fortbewegungsfunktion des Fahrzeugs auch ohne sie erfüllt werden kann. Eine solche enge Betrachtungsweise ließe außer Acht, dass insbesondere angesichts der zunehmenden werkseitigen Ausstattung der Kraftfahrzeuge mit Assistenzsystemen, Unterhaltungselektronik und sonstigen den Fahrkomfort steigernden technischen Einrichtungen Gefahren für Dritte von einem Kraftfahrzeug auch aufgrund solcher – defekter – Fahrzeugteile ausgehen können, die zwar nicht für dessen Fortbewegungs- und Transportfunktion zwingend erforderlich, aber dem Betrieb des Fahrzeugs insoweit zu dienen bestimmt sind, als sie dessen Benutzung sicherer, leichter oder komfortabler gestalten sollen.

Tschernitschek VersR 1978, 1001 ff.

Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, 45. Aufl. 2019, § 7 StVG Rn. 5 m.w.N.

Abs. 1 StVG ist der Preis dafür, dass durch die Verwendung eines Kraftfahrzeugs erlaubterweise eine Gefahrenquelle eröffnet wird; **die Vorschrift will daher alle durch den Kraftfahrzeugverkehr beeinflussten Schadensabläufe erfassen.** Ein Schaden ist demgemäß bereits dann ‚bei dem Betrieb‘ eines Kraftfahrzeugs entstanden, wenn sich in ihm die von dem Kraftfahrzeug ausgehenden Gefahren ausgewirkt haben ... Erforderlich ist aber stets, dass es sich bei dem Schaden, für den Ersatz verlangt wird, um eine Auswirkung derjenigen Gefahren handelt, hinsichtlich derer der Verkehr nach dem Sinn der Haftungs Vorschrift schadlos gehalten werden soll, d.h. die Schadensfolge muss in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen worden ist. **Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es damit maßgeblich darauf an, dass die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeugs steht.**

Prüfung des § 7 Abs. 1 StVG

- (1) Rechts(gut)verletzung
- (2) bei Betrieb eines Kfz
 - Kausalität i.S.d. Äquivalenztheorie
 - Realisierung der Betriebsgefahr
- (3) Anspruchsgegner = Halter
- (4) kein Ausschluss wegen höherer Gewalt gemäß § 7 Abs. 2 StVG

[9] Das Schadensgeschehen ist auf eine defekte Betriebseinrichtung des Fahrzeugs zurückzuführen.

[10] ... **[Für] die Einordnung einer Fahrzeugkomponente als Betriebseinrichtung im Sinne der oben dargestellten Grundsätze [ist] nicht entscheidend, ob die Transport- und Fortbewegungsfunktion des Fahrzeugs auch ohne sie erfüllt werden kann.** Eine solche enge Betrachtungsweise ließe ... außer Acht, dass insbesondere angesichts der zunehmenden werkseitigen Ausstattung der Kraftfahrzeuge mit Assistenzsystemen, Unterhaltungselektronik und sonstigen den Fahrkomfort steigernden technischen Einrichtungen Gefahren für Dritte von einem Kraftfahrzeug auch aufgrund solcher – defekter – Fahrzeugteile ausgehen können, die zwar nicht für dessen Fortbewegungs- und Transportfunktion zwingend erforderlich, aber dem Betrieb des Fahrzeugs insoweit zu dienen bestimmt sind, als sie dessen Benutzung sicherer, leichter oder komfortabler gestalten sollen. Solche Bauteile als die Halterhaftung nach § 7 Abs. 1 StVG begründende Gefahrenquellen grundsätzlich auszuschließen, wäre unter Berücksichtigung der Entwicklung der Fahrzeugtechnik mit dem Zweck des § 7 Abs. 1 StVG nicht vereinbar, einen weitgehenden Schutz gegen die Gefahren des Kraftfahrzeugverkehrs zu gewährleisten.

[11] Dem kann nicht ... entgegengehalten werden, die Qualifizierung nicht für die Transport- und Fortbewegungsfunktion zwingend erforderlicher Bauteile als Betriebseinrichtungen führe zu Wertungswidersprüchen, weil sie zu einer Gefährdungshaftung für im Fahrzeug installierte Elektrogeräte führen könne, die kein höheres Gefährdungspotential als vergleichbare Geräte außerhalb von Fahrzeugen besäßen, für die keine Gefährdungshaftung gelte. **Insoweit lässt sich das von fest in Kraftfahrzeugen eingebauten Geräten ausgehende Gefahrenpotential angesichts ihres wechselnden Standorts und der Einwirkungen, denen sie z.B. durch den Fahrbetrieb, durch Hitze, Kälte oder Feuchtigkeit ausgesetzt sind, mit der Gefährlichkeit entsprechender stationärer Geräte nicht ohne Weiteres vergleichen.** Zudem wird der Unterschied im Haftungsregime durch die auf einer typisierenden Einschätzung des Gefahrenpotentials des Betriebs von Kraftfahrzeugen beruhenden Entscheidung des Gesetzgebers für eine hieran anknüpfende Gefährdungshaftung gerechtfertigt. Dass im Einzelfall die vom Kraftfahrzeug ausgehende Gefahr nicht höher ist als die von nicht der Gefährdungshaftung unterfallenden Gegenständen, schließt eine Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG nicht aus.

[12] ... [Das] Brandgeschehen [wurde] entweder durch Defekte an Kabeln im Motorraum im Bereich des Generators oder durch einen Defekt an einem im Führerhaus des Lkw fest eingebauten Kühlschranks verursacht. Legt man die oben dargelegten Maßstäbe zugrunde, dienen im Streitfall beide als Schadensquellen in Betracht kommenden Bauteile des bei der Beklagten versicherten Lkw als Betriebs-

einrichtungen dessen Betrieb im Sinne des § 7 Abs. 1 StVG.

[14] **Dass Dritte durch den Defekt einer Betriebseinrichtung eines Kraftfahrzeuges an ihren Rechtsgütern einen Schaden erleiden, gehört nach der Rechtsprechung des Senats zu den spezifischen Auswirkungen derjenigen Gefahren, für die die Haftungsvorschrift des § 7 StVG den Verkehr schadlos halten will.** Dabei macht es rechtlich keinen Unterschied, ob der Brand unabhängig vom Fahrbetrieb selbst vor, während oder nach einer Fahrt eintritt. Wollte man die Haftung aus § 7 Abs. 1 StVG auf Schadensfolgen begrenzen, die durch den Fahrbetrieb selbst und dessen Nachwirkungen verursacht worden sind, liefe die Haftung in all den Fällen leer, in denen unabhängig von einem Betriebsvorgang allein ein technischer Defekt einer Betriebseinrichtung für den Schaden eines Dritten ursächlich geworden ist. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung ist das Schadensgeschehen jedoch auch in diesen Fällen – im Gegensatz etwa zu einem vorsätzlichen Inbrandsetzen eines ordnungsgemäß auf einem Parkplatz abgestellten Kraftfahrzeuges – durch das Kraftfahrzeug selbst und die von ihm ausgehenden Gefahren entscheidend (mit) geprägt worden. Hierzu reicht es aus, dass der Brand oder dessen Übergreifen in einem ursächlichen Zusammenhang mit einer Betriebseinrichtung des Kraftfahrzeuges steht. An diesen Grundsätzen hält der Senat auch angesichts der hiergegen vorgebrachten Kritik fest.

Vgl. BGH RÜ 2014, 284, 285

[15] Demnach liegen im Streitfall keine Umstände vor, die den Schutzzweckzusammenhang zwischen der ... schadensursächlichen Betriebseinrichtung und dem Brandschaden entfallen lassen würden. Das Fahrzeug befand sich zwar ... zum Schadenszeitpunkt in der verschlossenen Werkstatthalle ... und damit außerhalb öffentlicher oder privater Verkehrsflächen. **Dass der Schaden auf einem Privatgelände eingetreten ist, steht einer Haftung nach § 7 Abs. 1 StVG jedoch nicht grundsätzlich entgegen.**

Der Brand am Fahrzeug der U, der für die Beschädigung der Werkstatthalle sowie deren Inventar ursächlich war, ist infolge eines technischen Defekts an den Betriebseinrichtungen ihres Lkw ausgebrochen, sodass sich nach verkehrstechnischer Auffassung die Betriebsgefahr des Kfz der U realisiert hat.

cc) Stellungnahme: Für die verkehrstechnische Auffassung spricht, dass grundsätzlich auch von einem liegengebliebenen oder parkenden Kfz Gefahren für die übrigen Verkehrsteilnehmer ausgehen können. Daher gebietet der Schutzzweck der Norm, der auf den Ausgleich für Schäden aus den durch zulässigen Betrieb eines Kfz entstehenden Gefahren gerichtet ist, eine weite Auslegung. Folglich hat sich die spezifische Betriebsgefahr des Kfz der U realisiert.

Die Eigentumsverletzung ist somit bei Betrieb des Lkw der U entstanden.

c) U nutzt das Kfz in eigener Regie, trägt die Kosten und ist daher **Halterin**; ferner wurde der Unfall nicht durch höhere Gewalt i.S.v. § 7 Abs. 2 StVG verursacht, sodass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 StVG erfüllt sind.

Ansprüche aus § 18 StVG bzw. §§ 823 ff. BGB scheiden mangels Verschuldens der U aus.

II. Als **Rechtsfolge** muss B der K den aus der Beschädigung der Werkstatthalle sowie des Inventars entstandenen Schaden gemäß §§ 10 ff. StVG i.V.m. §§ 249 ff. BGB i.H.v. 20.000 € ersetzen.

Somit steht K gegen B ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 20.000 € gemäß § 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 VVG i.V.m. § 7 Abs. 1 StVG zu.

RAin Claudia Haack

§§ 52, 223, 224, 249, 250, 251 StGB

Risikozusammenhang beim Raub mit Todesfolge bei Tod aufgrund einer Patientenverfügung

BGH, Beschl. v. 17.03.2020 – 3 StR 574/19, BeckRS 2020, 28978

Leitsatz

Der qualifikationsspezifische Risikozusammenhang i.S.d. § 251 StGB wird nicht dadurch unterbrochen, dass die behandelnden Ärzte wegen einer wirksamen Patientenverfügung in rechtmäßiger Weise von einer Weiterbehandlung des moribunden Raubopfers absehen.

Fall

Die 84-jährige O litt unter Niereninsuffizienz und Diabetes und war mit einem Rollator unterwegs, um Besorgungen zu machen. Dabei hob sie 600 € bei einer Bank ab. Das Geld verstaute sie in der Handtasche, die sie in den Korb ihres Rollators legte, wobei sie den Gurt um den Rollatorgriff führte. T näherte sich von hinten auf einem Fahrrad. Obgleich er die Fixierung der Tasche am Griff des Rollators erkannte, ergriff er die Tasche und zog so kräftig an ihr, dass O der Rollatorgriff entglitt, sie das Gleichgewicht verlor und ungebremst mit dem Kopf auf das Pflaster aufschlug. T nahm die Tasche mit, um den Inhalt für sich zu verwenden. O erlitt durch den Sturz u.a. ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer massiven subduralen Blutung, die nicht gestoppt werden konnte. Daher musste O sechs Tage nach der Tat zur Druckentlastung des Gehirns unter Vollnarkose operiert werden. Nach der Operation erlangte O aufgrund einer durch den Blutverlust während der Operation und die Vorerkrankungen bedingten Kreislaufschwäche das Bewusstsein nicht wieder. Nachdem sich der Gesundheitszustand trotz weiterer Behandlungsversuche in den nächsten vier Tagen zunehmend verschlechtert hatte, beschlossen die behandelnden Ärzte zusammen mit den Angehörigen in Übereinstimmung mit einer entsprechenden Patientenverfügung und vor der Operation gegenüber dem Arzt geäußerten Wünschen der O, diese nur noch palliativ weiter zu behandeln. O verstarb 13 Tage nach der Tat. Strafbarkeit des T? Erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösung

I. T könnte sich wegen **Raubes** gemäß **§ 249 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem er die Handtasche entriss und mitnahm.

1. T müsste **Gewalt** angewendet haben. Gewalt ist eine körperliche Kraftentfaltung zur Überwindung oder Ausschaltung des Widerstands einer schutzbereiten Person. Keine Gewalt liegt vor, wenn das Vorgehen durch List oder Schnelligkeit geprägt ist, so z.B. bei einem bloßen schnellen und überraschenden Wegziehen einer Sache (vgl. Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 249 Rn. 4 b). O hatte die Handtasche am Rollatorgriff so gesichert, dass T tatsächlich Kraft aufwenden musste und durch das Wegreißen O auch zu Fall brachte. Somit übte er gegen O Gewalt.

2. Die Handtasche und der Inhalt waren für T **fremde bewegliche Sachen**. Er hat sie **weggenommen**, indem er sie O entriss und sich dann entfernte.

3. T handelte auch **vorsätzlich** und jedenfalls hinsichtlich des Inhalts der Handtasche mit **Absicht rechtswidriger Zueignung**, da es ihm darauf ankam, den Inhalt für sich zu erlangen, und außerdem wusste, dass er damit O aus ihrer Eigentümerposition faktisch ausschließen würde.

4. T handelte **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

Er hat sich wegen Raubes strafbar gemacht. Die zugleich verwirklichten Tatbestände des Diebstahls gemäß § 242 StGB und der Nötigung gemäß § 240 StGB treten zurück.

Es ist hier verzichtbar, auf den Streit einzugehen, ob auch Zueignungsabsicht hinsichtlich der Handtasche vorliegt (vgl. zur Wegnahme von Sachen in Behältnissen Fischer § 242 Rn. 30), da es für die Tatbegehung genügt, dass die spezifischen subjektiven Voraussetzungen hinsichtlich des Tascheninhalts gegeben waren.

II. Die Tat könnte als **Raub mit Todesfolge** gemäß **§ 251 StGB** qualifiziert sein.

1. Durch die Begehung des Grundtatbestandes hat T den Tod der O als schwere Folge des § 251 StGB verursacht.

2. Weiterhin muss der **Gefahrzusammenhang** zwischen dem Raub und dem Tod vorliegen, denn der Tod muss „durch“ den Raub verursacht werden.

„[7] ... **Dem speziellen Unrechtsgehalt des § 251 StGB ist nur genügt, wenn sich die dem Raub innewohnende Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter in einer über den bloßen Ursachenzusammenhang hinausgehenden Weise in der Todesfolge niedergeschlagen hat. Dieser qualifikationsspezifische Zusammenhang ist allerdings auch dann gegeben, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung zwar nicht mehr in finaler Verknüpfung mit der Wegnahme steht, sie mit dem Raubgeschehen aber derart eng verbunden ist, dass sich in der Todesfolge die der konkreten Raubtat eigene besondere Gefährlichkeit verwirklicht. Wird der Tod des Opfers unmittelbar durch eine Nötigungshandlung bewirkt, die der Ermöglichung der Wegnahme dient, so liegt der qualifikationsspezifische Gefahrzusammenhang regelmäßig vor.**“

a) O starb an den Folgen der schweren Kopfverletzung, die durch die Gewaltanwendung des T in Form des Wegreißens der Tasche verursacht worden ist, sodass grundsätzlich der Gefahrzusammenhang zu bejahen ist.

b) Allerdings ist der Tod in seiner konkreten Gestalt zumindest beschleunigt worden, indem die **medizinische Versorgung aufgrund der Patientenverfügung der O abgebrochen** worden ist. Das könnte den Gefahrzusammenhang ausschließen, denn dieser wird unterbrochen, ...

„[8] ... **wenn die tödliche Folge erst durch das Eingreifen eines Dritten oder ein eigenverantwortliches Handeln des Opfers selbst herbeigeführt wurde.** Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Anwendung des § 251 StGB immer dann ausgeschlossen ist, wenn die tödliche Folge nicht unmittelbar durch die im Rahmen der Nötigung eingesetzte Gewalt, sondern erst durch das Hinzutreten weiterer Umstände herbeigeführt wird. Inwieweit solche von einem Dritten oder dem Opfer selbst verantworteten Eingriffe in den tödlichen Verlauf zur Folge haben, dass sich die Tathandlung des Grunddelikts im qualifizierten Erfolg nicht mehr niederschlägt, muss für jeden in Betracht kommenden Straftatbestand nach dessen Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung der von ihm erfassten Sachverhalte in differenzierender Wertung ermittelt werden. Hierbei ist das Gewicht und die Bedeutung des Eingriffs für den weiteren Geschehensablauf in Betracht zu ziehen. Insofern ist etwa von Belang, ob die Realisierung der spezifischen Todesgefahr durch das Eingreifen des Opfers nur beschleunigt oder durch diese erst geschaffen wurde. Auch darf die rechtliche Bewertung einer hinzutretenden Handlung eines Dritten – etwa ein eigenständiges schuldhaftes Verhalten – oder des Opfers selbst nicht außer Betracht bleiben.“

[9] Schließlich ist in den Blick zu nehmen, ob das tödliche Risiko, das in der Tat selbst seinen Ausgang nahm, sich in einem durch sie in Gang gesetzten typischen Verlauf verwirklichte. Denn da § 251 StGB als erfolgsqualifiziertes Delikt eine jedenfalls fahrlässige Herbeiführung der schweren Folge verlangt (§ 18 StGB), muss deren Eintritt – neben den entsprechenden subjektiven Anforderungen an die ‚Leichtfertigkeit‘ – objektiv voraussehbar, also nach der Lebenserfahrung erwartbar sein.

[13] Dass der Tod im konkreten Verlauf nicht durch die Gehirnblutung selbst, sondern im Zusammenwirken mit den Vorerkrankungen des Opfers auf die durchgeführte Operation zurückzuführen ist, stellt den geforderten Gefahrzusammenhang nicht infrage. Der im Krankenhaus unternommene Behandlungsversuch wurde mit dem Ziel durchgeführt, der mit der Tat in Gang gesetzten Risikoverwirk-

lichung Einhaltung zu gebieten. **Dass diese Bemühungen fehlschlagen, beruhte nicht auf einem eigenständigen, von den behandelnden Ärzten verantworteten neuen Risiko für das Leben der dann Verstorbenen. Vielmehr war ein möglicher tödlicher Ausgang der medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten Operation bereits zum Zeitpunkt der Tat in der Konstitution des Raubopfers angelegt.**

[14] Ebenso wenig wurde eine selbstständige neue Ursache für den Tod dadurch gesetzt, dass die behandelnden Ärzte im Einklang mit der Patientenverfügung und dem präoperativ geäußerten Willen der Verstorbenen lebensverlängernde Maßnahmen abbrachen.

[15] **Das Opfer einer Gewalttat, das ärztliche Hilfe nicht in Anspruch nimmt, setzt damit keine neue Ursache für ein solches Versterben, sondern wirkt nur dem vom Täter gesetzten tödlichen Risiko nicht entgegen.** Schon deshalb begründet in der Regel die Entscheidung gegen die Behandlung keine ‚neue‘ Todesgefahr. Zudem vermag die in der Patientenverfügung der Verstorbenen zum Ausdruck kommende eigenverantwortliche Entscheidung, auf eine ‚Maximaltherapie‘ im Sinne einer apparategestützten Lebensverlängerung verzichten zu wollen, bei wertender Betrachtung auch aus rechtlichen Gründen eine **zurechnungsunterbrechende Wirkung** nicht zu entfalten. Der eigenverantwortlich in der Patientenverfügung niedergelegte Wille der Verstorbenen ist als Ausdruck ihres verfassungsrechtlich garantierten Selbstbestimmungsrechts zu werten, wonach ein Patient in jeder Lebensphase, auch am Lebensende, das Recht hat, selbstbestimmt zu entscheiden, ob er ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen will. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasst das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen ... **Vor dem Hintergrund dieser verfassungsrechtlichen und gesetzgeberischen Wertungen ist der Wille des Opfers einer Straftat, dem durch diese in Gang gesetzten tödlichen Verlauf nicht um jeden Preis durch lebenserhaltende Maßnahmen Einhaltung zu gebieten, als eine aus der Schwere der Verletzung folgende und mit der Rechtsordnung in Einklang stehende Reaktion zu werten.**

[17] Dementsprechend unterbricht das Verhalten der Ärzte, die wegen des Vorliegens einer Patientenverfügung dem Willen der Patientin folgend in rechtmäßiger Weise auf eine Weiterbehandlung verzichteten, den Risikozusammenhang ebenfalls nicht. Liegt eine wirksame Patientenverfügung vor, so bleibt auch nach Eintritt der Einwilligungsunfähigkeit der tatsächlich geäußerte oder mutmaßliche Wille des Patienten für die Entscheidung über die Vornahme oder das Unterlassen ärztlicher Maßnahmen maßgeblich. Geht dieser Wille dahin, lebenserhaltende Maßnahmen zu unterlassen und so das Sterben zu ermöglichen, so folgt daraus ein Abwehranspruch des Patienten gegen lebensverlängernde Maßnahmen. Der Arzt, der in Umsetzung einer Patientenverfügung einen moribunden Zustand nicht durch intensivmedizinische Maßnahmen verlängert, beugt sich damit in Übereinstimmung mit den rechtlichen Vorgaben lediglich dem Patientenwillen.“

Der BGH lässt offen, ob der Risikozusammenhang fehlen würde, wenn das Opfer sich aus **unvernünftigen Gründen** nicht weiter behandeln lässt:

„[16] ... Ob insoweit anders zu entscheiden ist, wenn ein durch eine Raubtat Geschädigter vernünftigen Gründen zuwider eine durchaus erfolgversprechende Behandlung ablehnt, bedarf hier keiner Entscheidung.“

O wurde nach der Operation in Übereinstimmung mit ihrer Patientenverfügung nicht weiter behandelt, da keine Aussicht bestand, dass sich ihr Gesundheitszustand verbessern würde. Die Beschleunigung des Todes aufgrund ihres eigenen Willens war damit nicht geeignet, den Risikozusammenhang zu unterbrechen. Dieses Ergebnis kann zusätzlich durch einen Rückgriff auf den Schutzzweck des § 251 StGB abgesichert werden:

„[18] Der Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen lag auch im **Rahmen des nach der Lebenserfahrung Erwartbaren**. Damit, dass ein betagtes Opfer sich bei einer Raubhandlung wie der abgeurteilten schwere Kopfverletzungen zuzieht, ist ebenso zu rechnen wie mit dem Vorliegen einer Patientenverfügung oder dem

sonst von dem Patienten geäußerten Willen, nicht an lebenserhaltende Apparate angeschlossen zu werden. Dass ein durch eine Nötigungshandlung schwer Verletzter auf lebensverlängernde Maßnahmen im Rahmen einer Patientenverfügung verzichtet, **entspricht mithin einem dem Schutzzweck des § 251 StGB unterfallenden typischen Verlauf.**“

3. T müsste hinsichtlich des Todes **wenigstens leichtfertig** gehandelt haben. Dafür ist eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit erforderlich, die sich allerdings noch nicht aus der Raubbegehung als solcher ergeben kann, da sonst das Merkmal keine eigenständige Bedeutung mehr hätte. Der Täter muss gerade im Hinblick auf die Möglichkeit des konkreten Tötungserfolgs besonders leichtsinnig handeln, so etwa bei einer risikoreichen Gewaltanwendung gegenüber einem altersschwachen Opfer (vgl. Sch/Sch/Bosch, StGB, 30. Aufl. 2019, § 251 Rn. 6). T hätte damit rechnen müssen, dass eine ältere und gebrechliche Person wie O durch das Entreißen des Rollators stürzen und sich erheblich verletzen oder gar sterben könnte. Somit handelte er leichtfertig.

4. Auch **Rechtswidrigkeit** und **Schuld**, insbesondere die **individuelle Leichtfertigkeit**, sind zu bejahen, da nicht ersichtlich ist, dass T aus individuellen Gründen nicht in der Lage war, die Gefahr für O zu erkennen und entsprechend zu handeln.

T hat sich wegen Raubes mit Todesfolge strafbar gemacht. § 251 StGB verdrängt zugleich mögliche Qualifikationen des schweren Raubes nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB oder des besonders schweren Raubes gemäß § 250 Abs. 2 Nr. 3 a, b StGB (vgl. BGHSt 21, 183) sowie § 222 StGB.

III. Weiterhin könnte sich T durch das Wegreißen der Tasche wegen **Körperverletzung** gemäß **§ 223 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben.

Mit dem Wegreißen hat T die schweren Kopfverletzungen verursacht und damit O körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt. Nach dem äußeren Geschehensablauf kann nach lebensnaher Auslegung des Sachverhalts davon ausgegangen werden, dass es T zumindest billigend in Kauf nahm, dass O stürzen und sich verletzen könnte, wenn sie sich nicht mehr sicher am Rollator festhalten kann. Somit handelte er vorsätzlich. Auch Rechtswidrigkeit und Schuld sind gegeben. Der nach § 230 Abs. 1 S. 1 StGB erforderliche Strafantrag liegt vor.

IV. Ob T auch Vorsatz hinsichtlich einer **gefährlichen Körperverletzung** durch eine das Leben gefährdende Behandlung i.S.v. **§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB** hatte, die objektiv angesichts der schweren Verletzung gegeben ist, ist zweifelhaft. Dies kann jedoch dahinstehen, da § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB als „Vorstufe“ der Todesverursachung jedenfalls hinter Delikten zurücktritt, die – wie § 251 StGB – eine Todesverursachung voraussetzen.

Konkurrenzen und **Ergebnis**: Fraglich ist, ob die Körperverletzung, die zugleich mit der Raubhandlung begangen worden ist, in Gesetzeskonkurrenz hinter § 251 StGB zurücktritt. Der BGH befürwortet jedenfalls Gesetzeskonkurrenz zwischen § 251 StGB und § 227 StGB, da in der Regel mit der tödlich wirkenden Gewaltanwendung zugleich eine vorsätzliche Körperverletzung begangen wird (vgl. BGHSt 46, 24, 26). Danach würde auch § 223 Abs. 1 StGB durch § 251 StGB konsumiert werden. Dagegen spricht jedoch, dass dann nicht deutlich wird, dass der Täter nicht nur leichtfertig den Tod verursacht, sondern auch vorsätzlich eine Körperverletzung begangen hat, denn § 251 StGB setzt keine körperliche Gewaltanwendung voraus. Daher ist zur Klarstellung Tateinheit gemäß § 52 StGB zwischen dem Raub mit Todesfolge und der Körperverletzung geboten (a.A. ist vertretbar).

Nach dem vom BGH mitgeteilten Sachverhalt ist unklar, ob T Vorsatz hinsichtlich der Begehung der entsprechenden Qualifikationen nach § 250 StGB hatte. Allerdings ist es i.S.e. richtigen Schwerpunktsetzung in der Klausur vertretbar, auf die möglichen Qualifikationen kurz hinzuweisen, sie aber nicht gutachterlich durchzuprüfen, wenn sie ohnehin zurücktreten würden.

§§ 249, 251 StGB

Risikozusammenhang bei Raub mit Todesfolge auch nach Erlöschen des Raubvorsatzes

BGH, Beschl. v. 07.10.2020 – 4 StR 602/19, BeckRS 2020, 29633

Leitsatz

Für den Risikozusammenhang bei § 251 StGB ist nicht erforderlich, dass die Gewalthandlung der Beuteerlangung oder Beutesicherung dient. Auch eine Gewaltanwendung aus Verärgerung über nur geringe Beute kann den Risikozusammenhang begründen, wenn der Raub noch nicht beendet ist.

Der Sachverhalt ist vereinfacht, indem anders als im Originalfall nur ein Täter handelte, und im Übrigen anhand der nur kursorischen Sachverhaltsinformationen rekonstruiert.

Der BGH bleibt damit auch hier seinem tendenziell weiten Verständnis des Risikozusammenhangs treu, während Teile der Lit. eine Todesverursachung nach Raubvollendung jedenfalls dann nicht mehr als Realisierung der Raubgefahr sehen, wenn der Täter nicht mehr mit Zueignungs- oder Beutesicherungsabsicht handelt (vgl. MünchKomm-Sander, StGB, 3. Aufl. 2017, § 251 Rn. 10, 11 m.w.N.).

Beachten Sie, dass die Lösung des Falls bei geringfügiger Veränderung des Sachverhalts abweichen kann. Z.B. hatte der Täter in BGH RÜ 2019, 645 erkannt, dass er überhaupt keine Beute machen konnte und daher aus Frust das Opfer brutal misshandelt, sodass es starb. In diesem Fall **verneinte** der BGH den Risikozusammenhang, da die (versuchte) Raubtat mit dem Erkennen des Fehlschlags beendet war.

Fall

Über längere Zeit misshandelte A den bekanntermaßen gesundheitlich vorgeschädigten B und schüchterte ihn mit massiven Drohungen ein, um Beute zu erlangen. Da A zunächst nur wenige Wertgegenstände des B entwenden konnte, war er frustriert und versetzte B weitere Schläge. Durch diese Schläge und zusätzlichen Stress erlitt B einen Herzinfarkt und verstarb.

Strafbarkeit des A wegen Raubes mit Todesfolge?

Lösung

A könnte sich wegen **Raubes mit Todesfolge** gemäß **§§ 249 Abs. 1, 251 StGB** strafbar gemacht haben, indem er B nach der Entwendung von Wertgegenständen schlug.

I. A hat durch die Misshandlungen und die massiven Einschüchterungen Raubmittel gegen B angewendet und diese Raubmittel dazu genutzt, um Wertgegenstände des B in Absicht rechtswidriger Zueignung wegzunehmen. Der **Grundtatbestand des Raubes** ist damit erfüllt.

II. Die **schwere Folge** nach § 251 StGB ist mit dem Tod des B eingetreten. Selbst wenn die weiteren Schläge aus Frust über die geringe Beute die unmittelbare Todesursache gesetzt haben sollten, war der Raub für den Tod kausal, da es ohne den Raub nicht zur weiteren Eskalation gekommen wäre.

III. Fraglich ist, ob der Tod auch „durch“ den Raub verursacht worden ist, also ob ein **Risikozusammenhang** zwischen Raub und Tod besteht. Dagegen könnte sprechen, dass A bereits Gegenstände weggenommen hatte. Auch der BGH betont zunächst, dass der Risikozusammenhang grds. fehlt, wenn der Raub bei der zum Tode führenden Gewaltanwendung bereits beendet war.

„[4] ... Dies war hier aber nicht der Fall, denn [A hatte] den Tatort noch nicht mit der Beute verlassen und damit jedenfalls noch keinen gesicherten Gewahrsam an dieser erlangt. [5] **Dass die Gewalthandlung nicht der Beuteerlangungs- oder -sicherung diente, stellt den qualifikationsspezifischen Zusammenhang hier ebenfalls nicht infrage.** Denn ein solcher Zusammenhang kann auch dann zu bejahen sein, wenn die den Tod des Opfers herbeiführende Handlung mit dem Raubgeschehen derart verknüpft ist, dass sich in der Todesfolge die der konkreten Raubtat eigentümliche besondere Gefährlichkeit verwirklicht (vgl. BGH [RÜ 2019, 645; RÜ 2016, 785]). Dies ist vorliegend der Fall. Denn unter den hier gegebenen Umständen bestand die konkrete Gefahr, dass es in Fortsetzung des bisherigen lang hingezogenen Geschehens auch aus Wut über die unergiebig Tatbeute zu Übergriffen auf das bis dahin bereits vielfach und erheblich misshandelte Tatopfer durch [den A] kommt. Diese Gefahr hat sich letztlich auch verwirklicht.“

IV. Indem A den – wie ihm bekannt war – vorgeschädigten B über eine längere Zeit erheblich misshandelte und bedrohte, handelte er hinsichtlich des Todes **leichtfertig**, außerdem auch **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

Ergebnis: A hat sich wegen Raubes mit Todesfolge strafbar gemacht.

RA Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh)

§§ 201 a, 205 StGB

Auch die Weitergabe intimer Selfies einer anderen Person ist strafbar

BGH, Beschl. v. 29.07.2020 – 4 StR 49/20, BeckRS 2020, 26378

Fall

Die 20-jährige B beendete ihre Liebesbeziehung zu A. Während ihrer Freundschaft hatte B dem A einige Bilder per Handy geschickt, die sie von sich selbst in ihrem Schlafzimmer gemacht hatte und die sie unbekleidet zeigten. A versuchte, B für sich zurückzugewinnen. Als er erkannte, dass dies vergeblich war, lud er aus Rache die intimen Bilder der B auf eine Internet-Plattform hoch, wo sie von jedermann betrachtet und heruntergeladen werden konnten. Als B davon erfuhr, stellte sie unverzüglich Strafantrag.

Strafbarkeit des A?

Lösung

A könnte sich durch Hochladen der Bilder auf die Internet-Plattform wegen **Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen** gemäß **§ 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB** strafbar gemacht haben.

I. Dann müsste es sich bei den digitalen Fotos um **befugt hergestellte Bildaufnahmen der in den Nrn. 1 oder 2 von § 201 a Abs. 1 StGB bezeichneten Art** handeln.

1. Bildaufnahmen sind alle Abbildungen der Realität, sowohl Standbilder als auch Bildsequenzen, die auf einem Aufnahmemedium aufgezeichnet werden, sei es auf Filmmaterial oder Datenträgern (vgl. MünchKomm/Graf, StGB, 3. Aufl. 2017, § 201 a Rn. 23). Die mit der Fotofunktion eines Mobiltelefons digital aufgenommenen und gespeicherten Bilder der B erfüllen diese Voraussetzung.

2. Fraglich ist, wie weit der gesetzliche Verweis auf die **Bildaufnahme** in der **Nr. 1 oder 2 bezeichneten Art** reicht.

a) Unbestritten ist zunächst, dass sich der Verweis nur auf Bildaufnahmen bezieht, bei deren Herstellung sich die abgebildete Person in einer **Wohnung** oder in einem **gegen Einblick besonders geschützten Raum** (Nr. 1) aufhalten oder in **hilfloser Lage** befunden hat (Nr. 2). Hier wurden die Bilder im Schlafzimmer der B als Teil ihrer Wohnung aufgenommen, sodass Nr. 1 Alt. 1 einschlägig ist.

b) Die in Bezug genommenen Bildaufnahmen brauchen, wie das Merkmal „befugt“ in § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB klarstellt, gerade nicht unbefugt, also ohne Zustimmung der abgebildeten Person hergestellt worden zu sein und bereits dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich zu verletzen.

c) Nach § 201 a Abs. 1 Nr. 1 StGB muss die Bildaufnahme aber **von einer anderen Person** hergestellt worden sein. Bei einer Selbstaufnahme fehlt es an dieser Verschiedenheit von aufnehmender und aufgenommener Person.

aa) Ein Teil des Schrifttums bezieht den Verweis „der in der in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Art“ auch auf diesen Satzteil des § 201 a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Da Selbstaufnahmen schon nicht unter die Nr. 1 fallen, wird nach dieser Ansicht auch die Weitergabe von Selbstaufnahmen von § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB

Leitsatz

Eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen gemäß § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB ist auch durch Weitergabe von Selbstaufnahmen der betroffenen Person möglich.

Der Sachverhalt wurde mangels genauerer Angaben der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz fingiert.

nicht erfasst (MünchKomm/Graf § 201 a Rn 29). A wäre demnach straflos, da B die Aufnahme selbst gemacht hatte.

bb) Der BGH legt anhand der Auslegungsmethoden dar, dass der Gegenauffassung zu folgen ist und der Verweis nur auf die kompromittierende Art des Bildnisses und nicht auch auf die Art und Weise der Herstellung zu beziehen ist (vgl. auch Sch/Sch/Eisele, StGB, 30. Aufl. 2019, § 201 a Rn. 33; LK-Valerius, StGB, 12. Aufl. 2010, § 201 a Rn. 12):

(1) „[7] Der **Wortlaut** der Bezugnahme ... zwingt nicht zu der Annahme, dass sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen der in Bezug genommenen Nummern erfüllt sein müssen ... Auch das Erfordernis einer ‚befugt‘ hergestellten Bildaufnahme schließt die Möglichkeit der Aufnahme durch die abgebildete Person selbst gerade nicht aus. Vom Wortlaut des § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst sind danach sämtliche befugt aufgenommenen Abbildungen, die eine vom Täter verschiedene Person in einer geschützten Räumlichkeit (Nr. 1) oder in hilfloser Lage (Nr. 2) zeigen und deren höchstpersönlichen Lebensbereich betreffen.“

(2) „[8] Auch die **Systematik** ... legt nahe, dass die Bezugnahme in § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB sich nur auf die Bildaufnahme selbst bezieht. Denn anders als bei Nr. 4 stellt § 201 a Abs. 1 Nr. 3 StGB ausdrücklich auf eine ‚durch eine Tat nach den Nummern 1 oder 2 hergestellte Bildaufnahme‘, also nicht nur auf das Tatobjekt der in Bezug genommenen Nummern ab.“

(3) „[9] **Sinn und Zweck** des § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB sprechen ebenfalls für die Einbeziehung von Selbstaufnahmen der geschädigten Person in den Schutzbereich der Vorschrift. Denn das verwirkte Tatunrecht wird in dieser Tatvariante nicht wie bei Nummern 1 und 2 durch die Herstellung der Bildaufnahme gegen die schutzwürdigen Interessen des Opfers geprägt, sondern durch deren Weitergabe zu einem späteren Zeitpunkt, die einen eigenständigen Eingriff bewirkt. Der darin liegende Vertrauensmissbrauch beeinträchtigt das geschützte Rechtsgut unabhängig davon, wer die – ggf. lange Zeit zuvor entstandene – Aufnahme gefertigt hat.“

Damit unterfallen auch die Selbstaufnahmen der B dem Schutz von § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB.

II. A hat Dritten durch Hochladen der Bilder auf die Internet-Plattform den Zugriff darauf ermöglicht, sie diesen also **zugänglich gemacht**. Dies geschah ohne Zustimmung der B und damit **unbefugt** und verletzte als Eingriff in die Intimsphäre den **höchstpersönlichen Lebensbereich** der B.

III. A handelte **vorsätzlich**, insbesondere in **Kenntnis** seiner fehlenden Befugnis zur Weitergabe der Bilder.

IV. Rechtswidrigkeit und **Schuld** liegen vor.

V. Den gemäß **§ 205 Abs. 1 S. 2 StGB** grundsätzlich erforderlichen Strafantrag hat die Verletzte B rechtzeitig gestellt.

Ergebnis: A ist strafbar wegen Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen.

RA, FASr Dr. Rolf Krüger

Im Rahmen der **subjektiv-historischen Auslegung** (die in einer Klausur nicht erwartet werden kann) legt der BGH dar, dass weder bei der Einführung des § 201 a StGB noch bei der am 27.01.2015 in Kraft getretenen Neufassung bei Verbreitung von Bildaufnahmen in entwürdigenden, bloßstellenden oder gewalttätigen Situationen oder von Nacktaufnahmen eine Beschränkung auf durch andere hergestellte Bildaufnahmen gewollt gewesen sei: „[11] ... Insbesondere hinsichtlich der als strafwürdig angesehenen Weitergabe von Aktaufnahmen nach Beendigung einer Beziehung hinge in solchen Fällen bei einschränkender Auslegung der Vorschrift der strafrechtliche Schutz von dem zum Zeitpunkt der Entstehung der Aufnahme eher zufälligen Umstand ab, ob die abgebildete Person oder ihr ehemaliger Partner die Aufnahme angefertigt oder ggf. den Selbstausslösemechanismus der Kamera in Gang gesetzt hatte.“

§§ 258, 323 c StGB

Ein Unglücksfall und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung unterliegen einer objektiven ex-ante-Betrachtung

BGH, Urt. v. 01.09.2020 – 1 StR 373/19, BeckRS 2020, 29957

Fall

A war der beste Freund des W. Dieser geriet am Tattag in eine Auseinandersetzung mit seiner Mutter (M), in deren Verlauf er ihr durch Würgen und Schläge mit einem Zimmererhammer auf den Kopf irreversibel tödliche Verletzungen zufügte. Anschließend packte er ihren Kopf und ihre Füße in Plastiktüten, die er mittig mit Klebeband verklebte. Dann verständigte er A und bat ihn zu kommen. Bei Erscheinen des A eröffnete ihm W, seine Mutter umgebracht zu haben. A wollte dies zunächst nicht glauben, sah dann aber im Esszimmer die Mülltüten, in denen sich der Körper der Mutter abzeichnete. A wollte zunächst einen Notruf tätigen. W äußerte jedoch, hierfür sei es zu spät, da er seine Mutter mit einem Hammer erschlagen habe. Daraufhin legte A sein Handy beiseite. Als er ein Röcheln vernahm, ging er, da ihm schlecht wurde, in den Keller, um sich der Situation zu entziehen. Dort suchte ihn W auf und beide besprachen, was zu tun sei. A befürchtete zunächst, im Fall eines Anrufs bei der Polizei selbst in den Verdacht einer Beteiligung an der Tat des W zu geraten. Währenddessen sah W mehrmals oben nach und erklärte schließlich, sie habe aufgehört zu röcheln, man müsse „jetzt langsam mal anfangen“. Schließlich beschlossen sie, die Leiche zu beseitigen und verbrachten diese am Abend mit dem Pkw des W in ein Waldstück, wo sie sie begruben. Am nächsten Morgen reinigten sie den Tatort von den Tatspuren und löschten die Daten von ihren Mobiltelefonen für den Tatzeitraum. W erstattete anschließend eine Vermisstenanzeige. Die Leiche wurde erst zwei Monate später gefunden.

Strafbarkeit des A?

Lösung

I. Indem A es unterließ, einen Notruf zu tätigen und erste Hilfe zu leisten, konnte er sich wegen **unterlassener Hilfeleistung** gemäß **§ 323 c Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben.

1. Ein **Unglücksfall** ist ein plötzliches Ereignis, das mit der Gefahr erheblicher Personen- oder Sachschäden verbunden ist. Da es auf die Ursache der Gefahrenlage nicht ankommt, kann auch die drohende Begehung oder Vollendung einer Straftat ein Unglücksfall sein. Als A am Tatort eintraf, lebte M noch und drohte, ihren Verletzungen zu erliegen. Ein Unglücksfall lag danach vor.

2. A hat **keine Hilfe geleistet**. Fraglich erscheint, ob diese Hilfe **erforderlich** war, da M durch die Misshandlungen durch W irreversibel tödlich verletzt war.

„[11] Nach der Rechtsprechung kommt es bei der Beurteilung, ob ein Unglücksfall oder eine Notlage im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, auf eine objektivierte ex-ante-Sicht an. Der Hilfspflichtige muss einem Verunglückten selbst dann die mögliche Hilfe leisten, wenn sie schließlich vergeblich bleibt und sich die befürchtete Folge aus der Rückschau von Anfang an als unabwendbar erweist; jedoch besteht keine Hilfspflicht mehr, sobald der Tod des Verunglückten eingetreten ist. [12] ... Maßgeblich ist ... , wie ein verständiger Beobachter aufgrund der ihm erkennbaren Umstände die vorgefundene Situation bewertet hätte.“

Leitsatz

Das Vorliegen eines Unglücksfalles und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung sind bei § 323 c Abs. 1 StGB nach einem objektiven ex-ante-Maßstab zu beurteilen. Daher ist unerheblich, wenn sich der Eintritt des Schadens in der Rückschau als unabwendbar erweist.

Der Senat „verschleift“ hier die Voraussetzungen eines Unglücksfalles und der Erforderlichkeit der Hilfeleistung (so auch Fischer, StGB, 67. Aufl. 2020, § 323 c Rn. 9). Nach der bisherigen Rspr. ist das Ereignis aus einer ex-post-Perspektive, das Drohen einer Gefahr und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung aus objektiver ex-ante-Perspektive festzustellen, vgl. AS-Skript Strafrecht BT 2 (2020), Rn. 560 m.w.N.; so auch zutr. Sch/Sch/Hecker, StGB, 30. Aufl. 2019, § 323 c Rn. 2.

Die Möglichkeit der Hilfeleistung ist ungeschriebene Voraussetzung jeder Strafbarkeit eines Unterlassens.

Unter „geraumer Zeit“ versteht die Lit. zunehmend in Anlehnung an § 229 StPO einen Zeitraum von drei Wochen.

Hiernach ist es unerheblich, dass M beim Eintreffen des A irreversibel tödlich verletzt war. Wäre M bereits tot gewesen, wäre eine Hilfe nicht mehr erforderlich gewesen. Tatsächlich lebte M jedoch noch. Nach den für A erkennbaren Umständen und den Informationen des W war für einen objektiven Dritten spätestens nach dem vernehmbaren Röcheln der M von der Erforderlichkeit einer Hilfeleistung auszugehen.

3. Ein Notruf und eine Erste-Hilfe-Leistung wären A auch **möglich** und **zumutbar** gewesen.

4. A unterließ die erforderliche Hilfeleistung **vorsätzlich, rechtswidrig** und **schuldhaft**.

II. In Betracht kommt ferner eine Strafbarkeit wegen **Strafvereitelung** gemäß **§ 258 Abs. 1 StGB**, indem A mit W besprach, die Leiche zu beseitigen, sich hieran beteiligte und am nächsten Tag die Tatspuren beseitigte sowie die Daten vom Mobiltelefon löschte.

1. W hatte rechtswidrig und schuldhaft ein verfolgbares vorsätzliches Tötungsdelikt begangen und **sich** dadurch **strafbar gemacht**.

2. Worin der tatbestandliche Erfolg der Strafvereitelung besteht, ist umstritten. Manche setzen als Erfolg eine endgültige Vereitelung der Bestrafung voraus. Dies führt zu einer nicht begründbaren Reduzierung des Anwendungsbereichs von § 258 StGB. Nach h.M. genügt daher die Verzögerung des Verfahrens für „geraume Zeit“. Durch sein Handeln **vereitelte A für geraume Zeit**, nämlich zwei Monate, **dass W bestraft werden konnte**.

3. A handelte auch **vorsätzlich** hinsichtlich der Vortat des W, **absichtlich** hinsichtlich der Vereitelung seiner Bestrafung, **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

4. Eine Strafbarkeit könnte aber gemäß § 258 Abs. 5 StGB ausgeschlossen sein.

„[15] Nach § 258 Abs. 5 StGB wird nicht wegen Strafvereitelung bestraft, wer durch die Tat ganz oder zum Teil vereiteln will, dass er selbst bestraft wird. Dabei ist entscheidend, wie der Täter seine Situation selbst einschätzt. Die Selbstbegünstigung führt auch dann zur Straflosigkeit, wenn die Befürchtung eigener Strafverfolgung unbegründet ist.“

Dass A zunächst befürchtete, selbst in den Verdacht einer Beteiligung an der Tat des W zu geraten, ist ohne Belang.

„[16] ... Da nur die Anwesenheit am Tatort auf eine etwaige Tatbeteiligung des Angeklagten hätte hindeuten können, wäre es dem Angeklagten möglich gewesen, sich ohne weitere Vereitelungshandlung durch ein bloßes Verlassen des Anwesens aus der Gefahr eigener Strafverfolgung zu begeben.“

Zu einem Anruf bei der Polizei war A zudem rechtlich nicht verpflichtet, sodass eine Strafvereitelung durch Unterlassen eines Anrufs bei der Polizei nicht in Rede steht. Dass A auch bei seiner Beteiligung an der Beseitigung der Leiche, der Spurenbeseitigung und dem Löschen der Verbindungsdaten noch mit der Gefahr eigener Verfolgung gerechnet hätte, ist weder festgestellt noch plausibel. Eine solche Gefahr wäre nur mit seiner Anwesenheit am Tatort begründbar, aber nicht mehr, nachdem er diesen verlassen hatte. Dafür, dass A befürchtet hätte, wegen unterlassener Hilfeleistung strafrechtlich verfolgt zu werden, bestehen keine Anhaltspunkte. Danach greift der persönliche Strafausschlussgrund des § 258 Abs. 5 StGB nicht ein.

Ergebnis: A hat sich wegen unterlassener Hilfeleistung in Tatmehrheit mit Strafvereitelung gemäß §§ 323 c, 258 Abs. 1, 53 StGB strafbar gemacht.

RA Dr. Wilhelm-Friedrich Schneider



§§ 52, 242, 274 StGB

Urkundenunterdrückung durch Wegnahme einer Geldbörse mit Girocard und Personalausweis

OLG Hamm, Urt. v. 22.09.2020 – 5 RVs 63/20, BeckRS 2020, 25379

Fall

Die A, die regelmäßig im Zusammenwirken mit anderen Personen Taschendiebstähle beging, entwendete die Geldbörse der betagten T in der Absicht, sich das darin befindliche Bargeld zu verschaffen und mit eventuell in der Geldbörse befindlichen Girokarten weitere Bargeldbeträge abzuheben. In der Geldbörse befanden sich 290 € in bar, eine Girocard (umgangssprachlich auch als „EC-Karte“ bezeichnet) und der Personalausweis der T. A wollte das Geld sowie die Girocard entnehmen und sodann die Geldbörse mitsamt dem Ausweis in einen Mülleimer werfen, konnte jedoch unmittelbar nach der Tat festgenommen werden.

Strafbarkeit der A? § 243 ist nicht zu prüfen.

Lösung

I. A könnte sich wegen **Diebstahls** gemäß **§ 242 Abs. 1 StGB** strafbar gemacht haben, indem sie die Geldbörse der T mitsamt Inhalt entwendete.

1. Die Geldbörse und der Inhalt standen im Eigentum der T (Bargeld und Geldbörse), der kartenausgebenden Bank (Girocard) und der Bundesrepublik Deutschland (Personalausweis, s. § 4 Abs. 2 PAuswG). Sie waren damit für A **fremde bewegliche Sachen**. Indem A die Geldbörse entwendete, hat sie den Gewahrsam der T gebrochen und eine eigene Beherrschungsmöglichkeit gegen den Willen der T begründet. Somit hat A die genannten Gegenstände **weggenommen**.

2. A wollte die Geldbörse an sich nehmen und handelte damit **vorsätzlich**.

3. A müsste mit **Absicht rechtswidriger Zueignung** gehandelt haben.

a) Zueignungsabsicht erfordert die Absicht, sich oder einem Dritten zumindest vorübergehend die Verfügungsgewalt über die Sache, hinsichtlich der Sachsubstanz oder des in der Sache verkörperten spezifischen Funktionswerts, zu verschaffen (Aneignungsabsicht) und zumindest dolus eventualis hinsichtlich der dauerhaften faktischen Verdrängung des Berechtigten aus seiner Position (Enteignungswille).

aa) A ging es darum, das Bargeld für eigene Zwecke zu verwenden und damit T faktisch ihr Eigentum zu entziehen.

bb) Da sie auch darauf abzielte, enthaltene Bankkarten für Geldabhebungen zu nutzen, wollte sie auch mit der Girocard wie eine Eigentümerin verfahren und sich diese aneignen. Sie wusste auch, dass die Bank die Karte nicht zurückerlangen würde.

cc) Hinsichtlich der Geldbörse selbst und des Personalausweises fehlt dagegen die Zueignungsabsicht, da A diese nicht nutzen, sondern sogleich nach der Wegnahme entsorgen wollte.

b) Die beabsichtigte Zueignung am Geld und der Girocard war auch rechtswidrig, da A keinen Anspruch hierauf hatte; dies wusste A auch.

Leitsatz

Die Wegnahme einer Geldbörse in dem Wissen, dass sich darin Personalpapiere befinden könnten, indiziert nicht die von § 274 StGB vorausgesetzte Nachteilszfügungsabsicht.

Der Sachverhalt ist durch die Information, dass A Geldbörse und Ausweis wegwerfen wollte, ergänzt. Aus der Entscheidung ergibt sich nur, dass der Ausweis der T nicht bei A aufgefunden werden konnte. Taschendiebe entsorgen aber in der Regel Ausweisdokumente, die sie wirtschaftlich nicht nutzen können, um keine belastende Beweislage zu schaffen.

Die Verneinung der Zueignungsabsicht macht im Ergebnis keinen Unterschied für die Strafbarkeit wegen Diebstahls. Auch wenn der Täter durch eine Wegnahmehandlung mehrere Gegenstände entwendet, die unterschiedlichen Eigentümern gehören, liegt nur ein einheitlicher Diebstahl vor, da § 242 Abs. 1 StGB nicht höchstpersönliche Rechtsgüter schützt und daher das tatbestandliche Unrecht nicht dadurch gesteigert wird, dass mehrere Eigentümer verletzt werden, vgl. BGH RÜ 2019, 301.

4. A handelte **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

Sie hat sich somit wegen Diebstahls hinsichtlich des Bargelds und der Girocard strafbar gemacht.

II. A könnte sich wegen **Urkundenunterdrückung** gemäß **§ 274 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB** strafbar gemacht haben, indem sie die Geldbörse mitsamt der Girocard und dem Personalausweis der T entwendete.

1. Die Girocard und der Personalausweis müssten Tatobjekte des § 274 Abs. 1 StGB gewesen sein.

a) Der Personalausweis könnte eine **Urkunde** i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB gewesen sein. Der Urkundsbegriff bestimmt sich hier wie bei § 267 Abs. 1 StGB, d.h., es ist jeder Gegenstand erfasst, der einen gedanklichen Inhalt hat, zum Beweise bestimmt und geeignet ist und einen Aussteller erkennen lässt. Sonderform der Urkunde ist die zusammengesetzte Urkunde, die sich aus einer festen Verbindung zwischen einem Bezugsobjekt und einer Gedankenerklärung auszeichnet (Fischer, StGB, 68. Aufl. 2021, § 267 Rn. 2 m.w.N.). Die Angaben auf einem Personalausweis dienen dem Nachweis der Identität der abgebildeten Person (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. 2018, § 267 Rn. 8), sodass eine Beweiseinheit aus dem Passfoto und den ausgedruckten Angaben gegeben ist; auf jedem Personalausweis ist die ausstellende Behörde als Aussteller erkennbar. Somit war der Personalausweis der T eine Urkunde.

b) Eine Girocard enthält u.a. die menschliche Gedankenerklärung, dass die auf der Karte angegebene Person berechtigt ist, im Girocardverfahren Bezahlvorgänge zulasten des jeweiligen Kontos auszulösen, womit zugleich die Beweismittelfunktion erfüllt ist. Als Aussteller ist die kartenausgebende Bank erkennbar. Die Girocard der T war also ebenfalls eine Urkunde i.S.v. § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB.

c) Die Girocard könnte auch **beweiserhebliche Daten** i.S.v. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB enthalten. Auf dem Magnetstreifen bzw. dem Chip einer Girocard sind Informationen in codierter Form gespeichert, die im Rahmen eines Zahlungsvorgangs vom Kartenlesegerät ausgelesen werden und die Zahlungsabwicklung ermöglichen. Umstritten ist, ob es genügt, dass die Daten beweiserheblich sind, oder ob sie auch i.S.v. § 269 Abs. 1 StGB „urkundengleich“ sein müssen (vgl. dazu bereits OLG Hamm RÜ 2020, 511), sodass bei ihrer Wahrnehmung eine hypothetisch echte Urkunde vorliegen müsste. Darauf kommt es hier jedoch nicht an, denn die gespeicherten Informationen zur Ermöglichung der Zahlungsabwicklung im Allgemeinen bzw. die gespeicherten Einzelumsätze waren als Gedankenerklärung der kartenausgebenden Bank erkennbar. Somit lagen auch beweiserhebliche Daten vor.

2. Als Tathandlung kommt das **Unterdrücken** des Personalausweises bzw. der Girocard in Betracht. Dies ist eine Handlung, durch die dem Berechtigten die Benutzung der Urkunde oder der beweiserheblichen Daten als Beweismittel entzogen oder vorenthalten wird (Sch/Sch/Heine/Schuster, StGB, 30. Aufl. 2019, § 274 Rn. 9). T konnte den Ausweis und die Girocard nicht mehr nutzen, nachdem A sie entwendet hatte. Somit hat A die Urkunden und beweiserhebliche Daten unterdrückt.

3. A handelte **vorsätzlich**, da sie es beim Entwenden zumindest für möglich hielt, dass in der Geldbörse auch Urkunden bzw. beweiserhebliche Daten waren.

4. Weiterhin ist für § 274 Abs. 1 StGB die Absicht erforderlich, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Diese **Nachteilszufügungsabsicht** beinhaltet ...

„[11] ... das **Bewusstsein des Täters**, dass der Nachteil die **notwendige Konsequenz** seines Handelns darstellt. Unter Nachteil ist dabei **jede Beeinträchtigung**

Vgl. zur Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB im Zusammenhang mit den auf dem Chip gespeicherten Informationen über vorangegangene Zahlungen OLG Hamm RÜ 2020, 511.

Die Nachteilszufügungsabsicht erfordert also keine Absicht i.S.v. *dolus directus* 1. Grades, sondern es genügt nach h.M. sicheres Wissen des Täters, vgl. Sch/Sch/Heine/Schuster § 274 Rn. 15 m.w.N.



fremder Beweisführungsrechte zu verstehen. Lediglich in der Literatur wird vereinzelt vertreten, hinsichtlich der Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte reiche auch Eventualvorsatz aus. Letztere Ansicht ist indes abzulehnen, da sie sich bewusst und unangemessen weit vom Wortlaut der Norm entfernt.“

a) Möglicherweise könnte sich die Nachteilszufügungsabsicht daraus ergeben, dass A regelmäßig Taschendiebstahlstaten beging und daher wusste, dass in den Geldbörsen meist **Ausweisdokumente** waren. Das OLG Hamm lehnt dies jedoch ab:

„[12] ... Die Erfahrung der [A] könnte - sofern sie sich über die für sie uninteressanten Personalpapiere der Opfer überhaupt Gedanken machte – allenfalls Eventualvorsatz bezüglich des Entziehens von Ausweispapieren begründen. Die Revisionsbegründung geht von dem nicht existierenden Erfahrungssatz aus, dass in jeder Geldbörse auch die Personalpapiere des Besitzers verwahrt seien. Dies mag zwar häufig vorkommen, ist jedoch keinesfalls immer so, da Personalpapiere im Einzelfall auch getrennt von Bargeld verwahrt werden, beispielsweise in der Kleidung, oder auch gar nicht von deren Inhabern mitgeführt, sondern zu Hause gelassen werden. Für [A] stellte sich bei Entwendung der Börsen vor diesem Hintergrund als offen dar, ob diese überhaupt Personalpapiere enthalten würden, da sie vor der Entwendung der Geldbörsen deren konkreten Inhalt nicht kannte und mangels Wahrnehmungsmöglichkeiten auch nicht erkennen konnte.“

b) Etwas anderes könnte jedoch hinsichtlich der **Girocard** gelten. Denn insofern ging es A ja nicht nur um die Erlangung von Bargeld, sondern auch um die „Chance“, die entwendeten Bankkarten missbräuchlich für Zahlungen oder Geldabhebungen zu nutzen. Insofern lässt sich die Nachteilszufügungsabsicht auch bejahen, da A die Bedeutung von Bankkarten im alltäglichen Leben kannte und sie damit sicher wusste, dass die Entwendung einer Girocard zwingend dazu führen würde, dass es dem Karteninhaber nicht mehr möglich sein würde, mit der Girocard Beweis im Rahmen von Zahlungsvorgängen zu führen. Somit handelte A insofern mit Nachteilszufügungsabsicht.

5. Sie handelte auch **rechtswidrig** und **schuldhaft**.

Sie hat sich nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Konkurrenzen: Beide Gesetzesverletzungen sind durch die Wegnahme der Geldbörse begangen, sodass Handlungseinheit vorliegt. Fraglich ist, ob § 274 StGB hinter dem Diebstahl zurücktritt. Dies wird teilweise bejaht, da die (beabsichtigte) Zueignung der Urkunde zugleich die Beeinträchtigung des Beweisführungsrechts erfasse (Sch/Sch/Heine/Schuster § 274 Rn. 20). Dagegen spricht jedoch, dass die Tatbestände unterschiedliche Rechtsgüter schützen. A hat also nicht nur das Eigentum der T und der übrigen Eigentümer angegriffen, sondern auch das Beweisführungsrecht der T, und damit eigenständiges Unrecht verwirklicht, welches auch durch den Schuldspruch abgebildet werden sollte (im Ergebnis so auch MünchKomm/Freund, StGB, 3. Aufl. 2019, § 274 Rn. 75).

Ergebnis: A ist strafbar wegen Diebstahls in Tateinheit mit Urkundenunterdrückung.

RA Dr. Manuel Ladiges, LL.M. (Edinburgh)

Die Argumentation des OLG Hamm erscheint wenig lebensnah, denn typischerweise befinden sich in Geldbörsen von Erwachsenen heutzutage fast immer irgendwelche Ausweisdokumente oder Zahlungskarten. Hinsichtlich des Personalausweises ließe sich die Nachteilszufügungsabsicht insoweit allenfalls mit der Überlegung verneinen, der Dieb gehe eher nicht davon aus, dem Opfer werde das Beweisführungsrecht hinsichtlich des Personalausweises in einer aktuellen Beweissituation sicher entzogen, denn der Personalausweis wird im alltäglichen Leben eher seltener zu Beweis Zwecken gebraucht. Der BGH legt die Nachteilszufügungsabsicht allerdings „großzügig“ aus (BGH, Urt. v. 25.11.2009 – 2 StR 430/09, BeckRS 2010, 1699): „[17] Erforderlich ist dabei nicht die Vorstellung des Täters, dass die Verwendung der Urkunde, die unterdrückt wird, unmittelbar bevorstehe oder jedenfalls in absehbarer Zeit zu erwarten sei. Es genügt vielmehr, wenn er weiß, dass der Urkunde eine potentielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann, und es ihm auf die Beeinträchtigung eines sich darauf beziehenden Beweisführungsrechts ankommt oder er dies als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Auf eine bestimmte konkret bevorstehende Situation, in der die unterdrückte Urkunde für die Beweisführung beachtlich werden könnte, braucht sich die Vorstellung des Täters nicht zu beziehen.“

Es erstaunt, dass das OLG Hamm keine Ausführungen zu § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB gemacht hat. Auch hätte das Tatgericht aufgrund der sog. **Kognitionspflicht** (vgl. BGH RÜ 2017, 377) den durch die Anklageschrift unterbreiteten Lebenssachverhalt nach allen tatsächlichen und denkbaren rechtlichen Gesichtspunkten aufklären und aburteilen müssen, ohne Rücksicht auf die der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte rechtliche Bewertung.

Die besprochene Entscheidung bereichert ein Phänomen der Alltagskriminalität um eine neue und sehr interessante Facette. In Examensklausuren sollte bei dem Diebstahl von Geldbörsen zumindest an § 274 StGB gedacht werden, wenn der Sachverhalt mitteilt, dass sich in der Geldbörse auch Ausweise oder Bankkarten befanden.

Art. 14, 82 GG; Art. 107, 108 AEUV

Entschädigungsregelung für Atomausstieg verfassungswidrig – Update zu RÜ 2017, 114

BVerfG, Beschl. v. 29.09.2020 – 1 BvR 1550/19, BeckRS 2020, 30179

Leitsätze

1. Es ist mit Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG vereinbar, das Inkrafttreten eines Gesetzes vom Inkrafttreten einer Bedingung abhängig zu machen. Das Inkrafttreten darf dabei aber nicht beliebig Dritten überlassen werden. Zudem muss die Bedingung so klar formuliert sein, dass über deren Bedeutung keine Unsicherheit besteht.

2. Knüpft der Gesetzgeber das Inkrafttreten einer Regelung, die unionsrechtlich als Beihilfe angesehen werden kann, an eine verbindliche Mitteilung der Europäischen Kommission, so kann diese zulässige Bedingung nur durch unionsrechtlich verbindliche Mitteilungen erfüllt werden.

Fall

Auf der Grundlage des Atomgesetzes (AtG) hatten die Betreiber von Atomkraftwerken zunächst unbefristete Betriebsgenehmigungen für ihre Anlagen erhalten. Als der Gesetzgeber 2002 mit der 11. AtG-Novelle den Atomausstieg beschloss, legte er in § 7 AtG und der Anlage 3 zum AtG sog. Reststrommengen für jedes Atomkraftwerk fest, die noch produziert werden durften. Hierdurch wurde sichergestellt, dass sich die Investitionen der Betreiber amortisierten und ihnen ein angemessener Gewinn entstand. Im Anschluss an den Verbrauch der Reststrommengen sollte die Betriebserlaubnis für das jeweilige Atomkraftwerk erlöschen. Nach dem durch ein Erdbeben in Japan ausgelösten Störfall im Atomkraftwerk Fukushima änderte der Gesetzgeber das AtG mit der 13. AtG-Novelle dahingehend ab, dass seitdem feste Abschalttermine für jedes Atomkraftwerk gelten. Bei Erreichen des Termins erlischt die Betriebsgenehmigung unabhängig davon, ob die dem jeweiligen Kraftwerk zugewiesenen Reststrommengen verbraucht sind oder nicht. Die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde der V Energy GmbH (V) hatte Erfolg. Das BVerfG stellte mit Urteil vom 06.12.2016 (RÜ 2017, 114) fest, dass die festen Abschalttermine in § 7 Abs. 1 a AtG n.F. insoweit mit der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar sind, als das Gesetz nicht eine im Wesentlichen vollständige Verstromung der den Kernkraftwerken in Anlage 3 zum AtG zugewiesenen Elektrizitätsmengen sicherstellt und keinen angemessenen Ausgleich hierfür gewährt. Dem Gesetzgeber setzte das BVerfG eine Frist bis zum 30.06.2018, um durch Neuregelung verfassungskonforme Zustände herzustellen.

Daraufhin erließ der Gesetzgeber mit Gesetz vom 10.07.2018 die 16. AtG-Novelle. Diese bestimmt in Art. 1, dass §§ 7 f, 7 g AtG dahingehend geändert und ergänzt werden, dass den Betreibern ein Ausgleichsanspruch in Geld für die Elektrizitätsmengen zustehen soll, die bis zum Ablauf des 31.12.2022 nicht erzeugt oder auf ein anderes Kraftwerk übertragen werden können. Der Anspruch besteht nach § 7 f Abs. 1 S. 3 AtG nur, wenn der Ausgleichsberechtigte nachweist, dass er sich zwischen dem 04.07.2018 und dem 31.12.2022 ernsthaft um eine Übertragung der ausgleichspflichtigen Elektrizitätsmengen auf ein anderes Kraftwerk zu angemessenen Bedingungen bemüht hat. § 7 g Abs. 2 S. 1 AtG verpflichtet die Ausgleichsberechtigten, mit Ablauf des 31.12.2022 innerhalb eines Jahres schriftlich den Ausgleich beim Bundesumweltministerium zu beantragen. Art. 3 der 16. AtG-Novelle bestimmt, dass sie an dem Tag in Kraft treten soll, an dem die Europäische Kommission die beihilferechtliche Genehmigung erteilt oder verbindlich mitteilt, dass eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist. Die Bundesregierung hatte bereits zuvor die Kommission über den Entwurf der 16. AtG-Novelle informiert; ein Notifizierungsantrag wurde nicht gestellt. Mit Schreiben vom 04.07.2018 teilte die Kommission mit, dass es sich nicht um eine Beihilfe, sondern um einen finanziellen Ausgleich handele, mit der Folge, dass es keiner förmlichen Anmeldung bedürfe. Daraufhin machte das Bundesumweltministerium im Bundesgesetzblatt bekannt, dass die Kommission verbindlich mitgeteilt habe, dass eine beihilferechtliche Genehmigung nicht erforderlich und die 16. AtG-Novelle folglich mit Wirkung vom 04.07.2018 in Kraft getreten sei.



Ein RÜ-Video
zu dieser
Entscheidung
finden Sie unter
[t1p.de/mwcf](https://www.t1p.de/mwcf)

Gegen die 16. AtG-Novelle hat V wiederum Verfassungsbeschwerde erhoben. Die Neuregelung sei mangels Bedingungseintritts nicht in Kraft getreten, da die Mitteilung der Kommission unverbindlich sei. Darüber hinaus sei die Regelung auch inhaltlich nicht geeignet, den Verfassungsverstoß der 13. AtG-Novelle zu beseitigen. Der Anspruch hinge davon ab, ob das Bundesumweltministerium nach der Antragstellung zu dem Ergebnis komme, dass eine angemessene Verwertung der Strommengen nicht möglich gewesen sei. Dies begründe das Risiko für die Kraftwerksbetreiber, leer auszugehen, da im Fall des Verneinens des Ministeriums keine Kraftwerke mehr am Netz seien, auf welche die Strommengen übertragen werden könnten.

Ist die zulässige Verfassungsbeschwerde begründet?

Bearbeitungsvermerk: Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde ist unter allen rechtlich in Betracht kommenden Gesichtspunkten zu begutachten. Dabei sind Art. 12 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu prüfen.

Lösung

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die 16. AtG-Novelle die Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte der V verletzt (vgl. § 95 BVerfGG). Hier könnte die **Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 GG** der V dadurch verletzt sein, dass die 16. AtG-Novelle die in der 13. AtG-Novelle liegende und vom BVerfG festgestellte Grundrechtsverletzung **nicht beseitigt**, sondern perpetuiert. Dies ist wiederum der Fall, wenn die 16. AtG-Novelle nicht in Kraft getreten ist und/oder selbst verfassungswidrig ist.

1. Nach **Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG** treten Gesetze grundsätzlich zu dem Zeitpunkt in Kraft, der in dem Gesetz bestimmt worden ist. Hier könnten die Vorschriften nach **Art. 3** der 16. AtG-Novelle mit Eingang der Kommissionsmitteilung am 04.07.2018 in Kraft getreten sein.

a) Das setzt zunächst voraus, dass das Inkrafttreten des Gesetzes überhaupt **von einer Bedingung abhängig gemacht** werden kann.

„[38] Art. 82 Abs. 2 Satz 1 GG gibt dem Gesetzgeber auf, den Tag des Inkrafttretens zu bestimmen. Damit ist jedoch **nicht schlechthin unvereinbar**, wenn der Gesetzgeber das **Inkrafttreten von einer Bedingung abhängig** macht, ... Dabei darf die Bestimmung des Tags des Inkrafttretens jedoch nicht delegiert werden; Bedingungseintritt und Inkrafttreten dürfen **nicht beliebig Dritten überlassen** werden. Zudem muss die **Bedingung so klar formuliert** sein, dass über deren Bedeutung keine Unsicherheit besteht; der Bedingungseintritt muss für alle Beteiligten, insbesondere Bürgerinnen und Bürger, erkennbar sein.“

b) Art. 3 der 16. AtG-Novelle müsste die vorstehend genannten **Anforderungen** an eine Bedingung für das Inkrafttreten eines Gesetzes einhalten.

aa) Die beihilferechtliche Maßnahme der Kommission müsste überhaupt eine **taugliche Bedingung** darstellen. Dies ist vor dem Hintergrund der Pflicht zur Durchführung eines Notifizierungsverfahrens (vgl. Art. 108 Abs. 3 AEUV) **vor** der Gewährung einer Beihilfe der Fall, wenn die staatliche Leistung als **unionsrechtliche Beihilfe i.S.d. Art. 107, 108 AEUV** eingeordnet werden kann. Beihilfen sind alle Maßnahmen gleich welcher Art, die unmittelbar oder mittelbar Unternehmen begünstigen oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Können solche, durch die Mitgliedstaaten gewährten wirtschaftlichen Vorteile den Wettbewerb verfälschen oder drohen sie ihn zu verfälschen und beeinträchtigen so den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, sind sie nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verboten.

Hier muss auf einen besonderen Aufbau zurückgegriffen werden: In der 16. AtG-Novelle liegt keine unmittelbare Belastung. Sie führt vielmehr einen Ausgleichsanspruch der Kraftwerksbetreiber ein, um die in den festen Abschaltterminen liegende Verfassungsverletzung (vgl. BVerfG RÜ 2017, 114) zu beseitigen. Es bedarf deshalb keiner eigenständigen Grundrechtsprüfung hinsichtlich der 16. AtG-Novelle!

Fehlt eine Bestimmung des Inkrafttretens, treten Gesetze nach Art. 82 Abs. 2 S. 2 GG mit dem vierzehnten Tage nach Ablauf des Tages in Kraft, an dem das Bundesgesetzblatt ausgegeben worden ist.

Einen Überblick über die Art. 107 ff. AEUV erhalten Sie im AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2019), Rn. 138 ff.

EuGH, Urt. v. 27.09.1988 – 106/87 u.a., BeckRS 2004, 70675

Nicht nur die Bürgerinnen und Bürger sondern auch die Exekutive sowie die Rechtsprechung müssen klar erkennen können, ab welchem Zeitpunkt gesetzliche Vorschriften wirksam und deshalb einzuhalten bzw. zu berücksichtigen sind.

Art. 3 der 16. AtG-Novelle

Dieses Gesetz tritt an dem Tag in Kraft, an dem die Europäische Kommission die heilhilferechtliche Genehmigung erteilt oder verbindlich mitteilt, dass eine solche Genehmigung nicht erforderlich ist; das für die kerntechnische Sicherheit und den Strahlenschutz zuständige Bundesministerium gibt den Tag des Inkrafttretens im Bundesgesetzblatt bekannt.

Der Verhaltenskodex selbst ist ebenfalls nur eine Mitteilung der Kommission zur Erläuterung der Durchführung des Beihilfverfahrens; diese muss Ihnen für die Klausur nicht bekannt sein. Maßgebliche Rechtsvorschriften bleiben die Art. 107 ff. AEUV sowie die BeihilfenverfahrensVO.

„[40] ... Zwar sind nach der sogenannten Asteris-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Zahlungen, zu denen nationale Behörden zum Ersatz eines Schadens verurteilt werden, den sie Privatpersonen verursacht haben, keine Beihilfen. Allerdings können nach § 7 f Abs. 1 Satz 1 AtG mittelbar auch solche Unternehmen in den Genuss staatlicher Ausgleichsleistungen kommen, für die das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 6. Dezember 2016 nicht von der Notwendigkeit eines Ausgleichs ausgegangen ist. Wenn die fragliche Regelung aber **beihilfenrechtliche Bedeutung besitzen könnte**, darf der Gesetzgeber den Bedingungseintritt von der beihilfenrechtlichen Genehmigung der Europäischen Kommission abhängig machen.“

bb) Ferner müssten die Voraussetzungen für den Bedingungseintritt **mit hinreichender Deutlichkeit** geregelt worden sein. Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG will insoweit sicherstellen, ...

„[38] ... dass über den Zeitpunkt der Normverbindlichkeit Klarheit herrscht ... Die klare Bestimmung des Inkrafttretens dient den **rechtsstaatlichen Geboten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit über die zeitliche Geltung des Rechts.**“

(1) „[42] ... Die **Kommission** ist ... **nicht beliebige Dritte**, sondern ist das hier für die Anwendung des insoweit vorrangigen Unionsrechts **zuständige Organ** (vgl. Art. 108 AEUV). Zum anderen ist die Entscheidung der Kommission durch Art. 107 und 108 AEUV sowie das konkretisierende Sekundärrecht **rechtlich vorgezeichnet**, ist also nicht in deren Belieben gestellt.“

(2) Darüber hinaus müsste der Gesetzgeber in Art. 3 der 16. AtG-Novelle die Bedingungen für das Inkrafttreten **hinreichend deutlich geregelt** haben. Dabei ist zwischen den beiden alternativen Bedingungen zu unterscheiden.

(a) Eindeutig ist die Bezugnahme auf die Erteilung einer **beihilfenrechtlichen Genehmigung** durch die Kommission.

(b) Fraglich ist jedoch, ob die **verbindliche Mitteilung der Kommission, dass eine beihilferechtliche Genehmigung nicht erforderlich ist**, ebenfalls eine ausreichend klare Bedingung darstellt.

(aa) Dazu müsste die Form der „verbindlichen Mitteilung“ **unionsrechtlich überhaupt vorgesehen** sein.

„[47] Von der Möglichkeit der ‚Mitteilung‘ macht die Kommission nach dem von ihr veröffentlichten **Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfverfahren** am Ende der sogenannten Voranmeldeverfahren Gebrauch. Kontakte in dieser Voranmeldephase sollen den Kommissionsdienststellen und dem anmeldenden Mitgliedstaat die Möglichkeit geben, die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte eines **geplanten Beihilfvorhabens** im Vorfeld der Anmeldung auf vertrauensvoller Grundlage erörtern. Im Verhaltenskodex heißt es ...: ‚Außer in Fällen, die wesentliche Neuerungen beinhalten oder besonders komplex sind, ist die Kommission bestrebt, dem betreffenden Mitgliedstaat am Ende der Voranmeldephase **informell** ihre erste Einschätzung des Vorhabens mitzuteilen. Diese Einschätzung **bindet die Kommission nicht.**“

Unionsrechtlich ist damit in diesem Stadium zwar eine **Mitteilung der Kommission vorgesehen**, die jedoch informell und nicht verbindlich ist.

(bb) Allerdings könnte Art. 3 der 16. AtG-Novelle dahingehend auszulegen sein, dass unter der dort genannten „verbindlichen Mitteilung“ ein **Beschluss** der Kommission im Beihilfverfahren zu verstehen ist. Beschlüsse der Kommission sind nach **Art. 288 Abs. 4 S. 2 AEUV** für den Adressaten, an den sie gerichtet werden, **verbindlich**. Zudem sieht die in diesem Kontext maßgebliche, auf Grundlage des Art. 109 AEUV erlassene **Beihilfverfahrensverordnung** (BVVO) vor, dass die Kommission über Fragen im Verfahren nach den Art. 107 ff.



AEUV durch Beschluss entscheiden kann. Fraglich ist jedoch, ob der Gesetzgeber mit der Formulierung „verbindliche Mitteilung“ einen **Beschluss der Kommission** gemeint hat und sich Art. 3 der 16. AtG-Novelle deshalb dahingehend auslegen lässt. Dagegen spricht bereits, dass ...

„[50] ... im Gesetz nicht von Beschluss, sondern von Mitteilung die Rede ist; außerdem sind die eben aufgeführten Beschlüsse im unionsrechtlichen Sinne jedenfalls teilweise auch Genehmigungsbeschlüsse (vgl. Art. 3 BeihilferechtsVO), sodass sie bereits die erste Inkrafttretensbedingung (beihilferechtliche Genehmigung) erfüllen. Eine als ‚verbindliche Mitteilung‘ bezeichnete Maßnahme und Handlungsform sieht das Beihilferecht jedoch nicht vor.“

c) Ob die „verbindliche Mitteilung“ als **Beschluss** zu verstehen ist, kann indes offenbleiben, sofern das Schreiben der Kommission vom 04.07.2018 **keine der beiden Inkrafttretensalternativen** erfüllt.

aa) Das Schreiben enthält **keine beihilferechtliche Genehmigung**.

bb) Allerdings könnte das Schreiben eine **verbindliche Mitteilung** darstellen, dass eine solche **Genehmigung nicht erforderlich** ist.

(1) Bei der Auslegung des Merkmals „verbindliche Mitteilung“ ist grundsätzlich ein **unionsrechtliches Verständnis** zugrunde zu legen, ...

„[55] ... weil die Bedingung der ‚verbindlichen Mitteilung‘ im Sinne von Art. 3 der 16. AtG-Novelle auf die **Bindungswirkung eines Unionsrechtsakts** zielt, die sich in der Sache nur nach unionsrechtlichen Grundsätzen richten kann.“

(a) Gegen eine Einordnung des Kommissionsschreibens als verbindliche Mitteilung spricht bereits, dass das Schreiben **nicht als Beschluss bezeichnet** ist.

(b) „[56] ... Es ist auch ansonsten nichts dafür ersichtlich, dass es sich bei dem Schreiben um einen Beschluss handeln könnte. Vielmehr handelt es sich um eine **Einschätzung im Rahmen beihilfenrechtlicher Vorabkontakte**, die der Verhaltenskodex ausdrücklich als **informell** und **nicht bindend** bezeichnet. Der Verhaltenskodex hätte insoweit auch kaum verbindliche Handlungen vorsehen können, weil das europäische Primärrecht und die Beihilfenverfahrensverordnung ein der Notifizierung und der vorläufigen Prüfung (Art. 4 BeihilfenverfahrensVO) vorgelagertes Stadium und eine diesem Stadium zuordenbare verbindliche Handlungsform nicht kennen. Es fehlte insoweit also schon an einer rechtlichen Grundlage für rechtlich bindendes Handeln der Kommission.“

(2) Ausnahmsweise könnte das Tatbestandsmerkmal „verbindliche Mitteilung“ aber **unabhängig vom Unionsrecht ausgelegt** und ihm damit ein **weiteres Verständnis** zugemessen werden. Auch wenn die vorstehenden Anhaltspunkte für ein unionsrechtliches Verständnis der Verbindlichkeit sprechen, stellt Art. 3 der 16. AtG-Novelle eine **nicht unionsrechtlich determinierte, sondern rein nationale Rechtsvorschrift** dar. Dieser kann ein nationales Verständnis von Verbindlichkeit zugrunde gelegt werden, ohne dass es zu einer Kollision mit Unionsrecht käme. Eine verbindliche Mitteilung i.S.d. Art. 3 der 16. AtG-Novelle könnte damit theoretisch selbst dann vorliegen, wenn diese unionsrechtlich unverbindlich ist.

(a) „[59] Der **Wortlaut** von Art. 3 der 16. AtG-Novelle spricht dafür, das unionsrechtliche Verständnis von Verbindlichkeit zugrunde zu legen. Zumal es um die Bindungswirkung eines Unionsrechtsakts geht, die sich in der Sache nur nach unionsrechtlichen Grundsätzen richten kann, liegt es eher fern, hier ein autonom deutsches Verständnis des Tatbestandsmerkmals ‚verbindlich‘ heranzuziehen, das den Begriff in sein Gegenteil verkehrte.“

So kann die Kommission z.B. nach einer sog. vorläufigen Prüfung durch Beschluss feststellen, dass die angemeldete Maßnahme keine Beihilfe ist (Art. 4 Abs. 2 BVVO). Weitere Beschlüsse sind in Art. 4 Abs. 3, 9 Abs. 2, Abs. 2 BVVO vorgesehen.

Das BVerfG lässt es an dieser Stelle ausdrücklich offen, ob es eine verbindliche Mitteilung der Kommission überhaupt geben kann und damit die Bedingung für das Inkrafttreten der 16. AtG-Novelle hinreichend deutlich i.S.d. Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG geregelt ist.

Diese Sichtweise bestätigte auch das EuG: Die Beschwerdeführerin hatte nach Art. 263 Abs. 4 AEUV Nichtigkeitsklage gegen die Stellungnahme der Kommission erhoben. Die Klage wurde mangels tauglichen Verfahrensgegenstandes abgewiesen: Die Stellungnahme der Kommission hätte keine verbindlichen Rechtswirkungen, durch welche die Interessen der Beschwerdeführerin durch eine qualifizierte Änderung ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt werden könnten.

Das Unionsrecht genießt zwar Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Dieses Rangverhältnis wird aber nur relevant, wenn nationales Recht und Unionsrecht in einer einheitlichen Sachfrage im Widerspruch zueinander stehen. Dort, wo das Unionsrecht keine Vorgaben macht, bleibt das nationale Recht der Mitgliedstaaten aber unabhängig vom Unionsrecht (s. auch BVerfG RÜ 2020, 109).

Das BVerfG bemüht zudem eine rechtsvergleichende Betrachtung mit den Inkrafttretensregelungen anderer Bundesgesetze, um zu belegen, dass Art. 3 der 16. AtG-Novelle ein unionsrechtliches Verständnis zugrunde zu legen ist. Viele Gesetze sind an die Erteilung einer beihilfenrechtlichen Genehmigung der Kommission geknüpft – was vor dem Hintergrund des grundsätzlichen Beihilfeverbotes und der Notifizierungspflicht nicht überrascht. Auch wird das Inkrafttreten teilweise an Beschlüsse der Kommission geknüpft, durch die festgestellt wird, dass es sich bei der staatlichen Leistung um keine Beihilfe oder eine ohnehin mit dem Binnenmarkt zu vereinbarende Beihilfe handelt. Nicht ohne einen beinahe süffisanten Unterton erlaubt sich das BVerfG den Hinweis, dass im Entwurf für das Kohleausstiegsgesetz auf das streitige Merkmal der „Verbindlichkeit“ einer Mitteilung der Kommission bewusst verzichtet wurde (vgl. BT-Drs. 19/17342, S. 88, 172). Damit arbeitet das BVerfG heraus, dass der Gesetzgeber erkennbar zwischen verbindlicher und schlichter Mitteilung differenzierte. Eine solche rechtsvergleichende Betrachtung kann von Ihnen in der Examensklausur indes nicht erwartet werden.

Eigentlich hätte das BVerfG auf diesen Punkt nicht mehr eingehen müssen, da die Grundrechtsverletzung mangels Inkrafttretens der Ausgleichsregel ohnehin fortwirkt. Allerdings nutzt es die Gelegenheit, dem Gesetzgeber einen „Fingerzeig“ für die künftige Regelung mit auf den Weg zu geben: „[70] Um den bereits durch das Urteil vom 6. Dezember 2016 festgestellten Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG zu beenden, wird es nicht ausreichen, die 16. AtG-Novelle unverändert in Kraft zu setzen.“

(b) „[67] Vor allem aber stehen **verfassungsrechtliche Gründe** einer weiten Auslegung des Tatbestandsmerkmals der ‚verbindlichen Mitteilung‘ entgegen. Das bloße Schreiben der [Kommission] könnte nur dann als verbindliche Mitteilung im Sinne von Art. 3 der 16. AtG-Novelle angesehen werden, wenn dem Tatbestandsmerkmal der ‚verbindlichen Mitteilung‘ eine **außerordentlich weite Bedeutung beigemessen** würde. Es müsste hierfür eine nach Unionsrecht ausdrücklich ‚nicht bindende‘, ‚informelle‘ Einschätzung umfassen; und dies, obwohl es in der Sache um die Verbindlichkeit einer Handlung gerade der Europäischen Union geht. Vom Wortlaut wäre dies nicht mehr gedeckt.

[68] Mit den aus dem **Rechtsstaatsprinzip** folgenden spezifischen **Bestimmtheitsanforderungen** an die Regelungen des Inkrafttretens von Gesetzen wäre eine solche **Auslegung contra legem** nicht vereinbar. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es ohnehin nur unter besonders gelagerten Umständen zulässig, das Inkrafttreten an eine andere Bedingung als die in Art. 82 Abs. 2 Satz 1 GG genannte Bezeichnung des Tages zu knüpfen. Dann muss die Bedingung aber so klar formuliert sein, dass über deren Bedeutung keine Unsicherheit besteht, sondern für alle Beteiligten über den Zeitpunkt der Normverbindlichkeit Klarheit herrscht. Dass als ‚verbindliche Mitteilung der Kommission‘ im Sinne des Art. 3 der 16. AtG-Novelle auch eine explizit unverbindliche Mitteilung der [Kommission] gelten soll, ist unvorhersehbar und wäre daher nicht hinreichend klar geregelt.“

Eine erweiterte Auslegung ist somit nicht möglich, es bleibt vielmehr beim unionsrechtlichen Verständnis des Merkmals „verbindlich“. Das Schreiben der Kommission vom 04.07.2018 stellt **keine verbindliche Mitteilung** i.S.d. Art. 3 Alt. 2 der 16. AtG-Novelle dar, sodass auch diese Bedingung für das Inkrafttreten des Gesetzes nicht eingetreten ist.

d) Die Mitteilung des Bundesumweltministeriums im Bundesgesetzblatt über das Inkrafttreten der 16. AtG-Novelle ist aus Sicht des BVerfG ebenfalls unbeachtlich.

„[69] ... Auch dies hat weder zum Eintritt der Bedingung noch auf sonstige Weise zum Inkrafttreten des Gesetzes geführt. Es handelt sich um eine **lediglich deklaratorische** – und aus den vorstehenden Gründen hier in der Sache **unzutreffende – Feststellung des Bedingungseintritts**. Ohne tatsächlich erfolgten Bedingungseintritt verhilft sie dem Gesetz nicht zu seiner Wirksamkeit.“

Damit ist die 16. AtG-Novelle **nicht in Kraft getreten**.

2. Im Übrigen könnte die 16. AtG-Novelle den in der 13. AtG-Novelle liegenden Grundrechtsverstoß nur beseitigen, wenn durch sie eine **angemessene Ausgleichsregelung** geschaffen worden wäre, welche die Anforderungen aus dem Urteil des BVerfG vom 06.12.2016 erfüllt.

a) Aus Sicht des BVerfG wird bereits die **Ausgleichsregelung** des vorgesehenen § 7 f Abs. 1 AtG diesen Anforderungen nicht gerecht.

„[71] Die in § 7 f Abs. 1 Satz 3 AtG geregelte Bemühensobliegenheit, verbunden mit dem Risiko, den Anspruch auf Ausgleich zu verlieren, ist nicht etwa notwendiger Teil einer Regelung, die insgesamt den Eigentumsverstoß wegen Unverwertbarkeit bestimmter 2002 zugewiesener Reststrommengen beheben könnte, sondern **trägt ihrerseits zur Unzumutbarkeit des Eigentumseingriffs bei**. Nach § 7 f Abs. 1 Satz 3 AtG setzt der Anspruch auf angemessenen Ausgleich in Geld voraus, dass der Ausgleichsberechtigte nachweist, dass er sich unverzüglich nach dem 4. Juli 2018 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 ernsthaft um eine Übertragung der ausgleichsfähigen Elektrizitätsmengen auf Grund von § 7 Abs. 1 b AtG zu angemessenen Bedingungen bemüht hat. Die Art und Weise, in der § 7 f Abs. 1 Satz 3 AtG den Ausgleichsanspruch nach § 7 f Abs. 1 Satz 1 AtG mit der Bemühensobliegenheit verkoppelt, ausgleichspflichtige Elektrizitätsmengen zu angemessenen

Bedingungen zu übertragen, ist **unzumutbar** und bildet daher **keinen angemessenen Ausgleich** im Sinne des Urteils des Bundesverfassungsgerichts, sondern perpetuiert insoweit die im Urteil vom 6. Dezember 2016 festgestellte Unverhältnismäßigkeit des Eigentumseingriffs.“

b) Zwar ist es grundsätzlich möglich, eine Ausnahme von der staatlichen Ersatzleistung für den Fall vorzusehen, dass eine zumutbare Vermarktungsmöglichkeit vom Anspruchsteller ausgeschlagen wurde.

„[74] ... Unzumutbar ist hier jedoch, dass die [V] im Handlungszeitpunkt nicht wissen [kann], auf welche Übertragungsbedingungen sie sich einlassen [muss], und die Regelung [ihr] damit aufbürdet, entweder potentiell unangemessene Konditionen zu akzeptieren oder aber zu riskieren, kompensationslos auszugehen.“

Dieses Risiko wird dadurch begründet, dass die 16. AtG-Novelle zum einen die Rahmenbedingungen für die Weitergabe nicht regelt, sondern die betroffenen Kraftwerksbetreiber **schutzlos den Bedingungen des Marktes überlässt**. Berücksichtigt man zudem, dass aufgrund der fortschreitenden Abschaltung der übrigen Kraftwerke nur wenige Betreiber vorhanden sind, die Reststrommengen anderer Kraftwerke übernehmen können, ist **nicht sichergestellt**, dass diese **Übertragungsempfänger marktübliche Preise** für die zu übernehmenden Reststrommengen **bezahlen**. Schlägt V aber marktunübliche Konditionen aus, trägt sie das Risiko, dass sie weder die Reststrommengen überträgt noch einen Ausgleichsanspruch erhält. Letzteres gilt für den Fall, dass das zuständige Bundesministerium die Einschätzung der marktunüblichen Konditionen im Nachhinein nicht teilt.

„[74] ... Die [V kann] nicht mit hinreichender Gewissheit vorhersehen, welche Bedingungen als angemessen im Sinne des § 7 f Abs. 1 Satz 3 GG gelten werden. Zwar ist die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich mit der Verfassung vereinbar. Insbesondere bestehen gegen das gebräuchliche Tatbestandsmerkmal der ‚Angemessenheit‘ keine generellen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es ist Aufgabe der Rechtspraxis, solche Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Wegen der besonderen Zeitgebundenheit der Bemühensobliegenheit ist das hier jedoch nicht rechtzeitig möglich. Wer bei seinen Übertragungsbemühungen nach § 7 f Abs. 1 Satz 3 AtG Bedingungen zugrunde legt, die später vom zuständigen Bundesministerium und gegebenenfalls von den Gerichten als unangemessen angesehen werden, kann diese nicht nachträglich korrigieren und hat damit zugleich seinen Anspruch auf finanziellen Ausgleich nach § 7 f Abs. 1 Satz 1 AtG verloren. [75] ... Auch die Gerichte können erst zu einem Zeitpunkt ins Geschehen eingreifen, in dem es aus Sicht der [V] ... zu spät ist. Die Gerichte können nämlich erstmals nach 2022 über die dann durch die Behörden getroffene Bewertung der Angemessenheit der von [der V] zugrunde gelegten Bedingungen entscheiden. Auf die gerichtliche Interpretation [kann sich die V] dann nicht mehr einstellen, weil keine Kraftwerke mehr laufen und keine Reststrommengen mehr übertragen werden können ... Damit läuft die typischerweise den Gerichten zufallende Aufgabe, unbestimmte Rechtsbegriffe einfachrechtlich letztverbindlich zu konkretisieren und so für Rechtssicherheit zu sorgen, ... bereits aus zeitlichen Gründen leer.“

Folglich wäre der in der 13. AtG-Novelle liegende Grundrechtseingriff durch die 16. AtG-Novelle auch im Falle ihres Inkrafttretens nicht beseitigt worden. Die aus der 13. AtG-Novelle resultierende Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG wird damit durch die Neuregelung in der 16. AtG-Novelle nicht beseitigt, sondern vielmehr perpetuiert. V ist (weiterhin) in ihrem Eigentumsgrundrecht verletzt.

Ergebnis: Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

RA Christian Sommer

§ 7 f AtG i.d.F. der 16. AtG-Novelle

(1) ¹Die Genehmigungsinhaber der Kernkraftwerke ... haben einen Anspruch auf angemessenen Ausgleich in Geld, soweit die diesen Kernkraftwerken nach Anlage 3 Spalte 2 ursprünglich zugewiesenen Elektrizitätsmengen bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 nicht erzeugt und nicht auf ein anderes Kernkraftwerk übertragen werden ... ³Der Ausgleich setzt voraus, dass der Ausgleichsberechtigte nachweist, dass er sich unverzüglich nach dem 4. Juli 2018 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2022 ernsthaft um eine Übertragung der ausgleichsfähigen Elektrizitätsmengen auf Grund von § 7 Absatz 1 b zu angemessenen Bedingungen bemüht hat.

Das BVerfG erlaubt sich an dieser Stelle den Hinweis, dass schon die im Gesetzgebungsverfahren gehörten Sachverständigen es als bedenklichen Mangel des Entwurfes der 16. AtG-Novelle angesehen haben, dass die Möglichkeit fehlt, die Angemessenheit eines Preises schon vor 2022 klären zu lassen.

§ 7 g AtG i.d.F. der 16. AtG-Novelle

(2) ¹Ein Ausgleich nach § 7 f ist mit Ablauf des 31. Dezember 2022 innerhalb eines Jahres schriftlich bei dem ... zuständigen Bundesministerium zu beantragen. ²Wird der Ausgleich nicht innerhalb dieser Frist beantragt, verfällt der Anspruch ... Ein Ausgleich für Elektrizitätsmengen wird durch schriftlichen Bescheid des ... zuständigen Bundesministeriums ... festgesetzt.

Abschließend weist das BVerfG darauf hin, dass der Gesetzgeber weiterhin zur alsbaldigen Neuregelung verpflichtet bleibt, um die schon im Urteil vom 06.12.2016 festgestellten Grundrechtsverstöße zu beseitigen.

Art. 4 GG; § 3 BImSchG; §§ 42, 113 VwGO

Ausnahmegenehmigung für den Gebetsruf des Muezzins über Lautsprecher – Update zu RÜ 2018, 321

OVG NRW, Urt. v. 23.09.2020 – 8 A 1161/18, BeckRS 2020, 27734

Leitsätze

1. Eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO hat nur insoweit Erfolg, als der Kläger durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden ist.
2. Für die Frage, ob Lärmeinwirkungen das zumutbare Maß überschreiten und damit eine erhebliche Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG darstellen, ist grds. auf die Immissionsrichtwerte der TA Lärm abzustellen. Das schließt eine Absenkung der Erheblichkeitsschwelle bei ungewohnten oder aus anderen Gründen als besonders lästig empfundenen Geräuschen nicht aus.
3. Der Gebetsruf des Muezzins für das Freitagsgebet mittels eines Lautsprechers ist von der Religionsausübungsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG geschützt. Diese Wertentscheidung wirkt in das einfache Recht und damit auch in die Beurteilung einer erheblichen Belästigung i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG hinein.
4. Die negative Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV) vermittelt grds. kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont zu bleiben.

Fall

Die Eheleute K sind Eigentümer des Grundstücks M-Straße 49 in der kreisangehörigen Gemeinde G im Land L, das mit einem selbstgenutzten Wohngebäude bebaut ist. Das Grundstück liegt außerhalb des Geltungsbereichs eines Bebauungsplans am westlichen Rand einer Wohnsiedlung. Die nähere Umgebung entspricht einem allgemeinen Wohngebiet. 890 Meter entfernt befindet sich die Moschee der Ditib Türkisch Islamischen Gemeinde e.V. (D). Im Übrigen sind im näheren Umfeld überwiegend freie Flächen vorzufinden.

D beantragte am 12.01.2017 bei G als zuständiger örtlicher Ordnungsbehörde, ihm gemäß § 10 Landes-Immissionsschutzgesetz (LImSchG) eine Ausnahme für die Benutzung einer Lautsprecheranlage zur Durchführung des Gebetsrufes des Vorbeters (Muezzin) jeweils freitags in der Zeit von 12.00 bis 14.00 Uhr für maximal 15 Minuten zu erteilen. Unter dem 25.01.2017 erteilte G die Ausnahmegenehmigung befristet bis zum 31.12.2018 und legte in einer Nebenbestimmung fest, dass ein Lärmpegel von 55 dB(A) nicht überschritten werden dürfe und die Anlage zu den nichtbebauten Flächen auszurichten sei. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Aufruf zum Freitagsgebet falle in den Schutzbereich der grundrechtlich geschützten Religionsfreiheit. Den nachbarlichen Interessen werde durch die festgelegten Immissionswerte ausreichend Rechnung getragen.

Gegen den Bescheid vom 25.01.2017 haben die K nach ordnungsgemäßem Vorverfahren form- und fristgerecht Klage vor dem Verwaltungsgericht erhoben. Zur Begründung führen sie aus, es gehe ihnen in erster Linie nicht um die Lautstärke, sondern um den Inhalt des Gebetsrufes. Mit dem Gebetsruf werde ein gegen alle Anhänger anderer Religionen gerichteter Alleinvertretungsanspruch der islamischen Religion verbal verlautbart. Eine derartige öffentlich verbreitete religiöse Bekundung verletze sie als bekennende Christen ebenso wie alle anderen Christen, sonstige Andersgläubige, aber auch Atheisten und Agnostiker in ihrem Grundrecht der negativen Religionsfreiheit.

G weist demgegenüber darauf hin, dass durch den Lautsprecher am Grundstück der K Lärmwerte von nur ca. 28 dB(A) hervorgerufen werden, die gegenüber den dortigen Umgebungsgeräuschen keine Schallpegelerhöhung bewirken und akustisch kaum wahrnehmbar seien. Da der Gebetsruf zudem nur einmal in der Woche für kurze Zeit in Richtung einer unbebauten Fläche ertöne, seien die Einwirkungen auf die Nachbarschaft gering. Außerdem gebe die negative Religionsfreiheit kein Recht, anderen ihre positive Religionsausübung zu untersagen.

D hat am 14.05.2019 einen erneuten Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung gestellt, der noch nicht beschieden ist. Die K haben daraufhin ihre Klage umgestellt und beantragen nunmehr festzustellen, dass der Bescheid der G vom 25.01.2017 rechtswidrig gewesen ist. Hat die Klage Erfolg?

Bearbeitungshinweis: Im Land L ist von den Ermächtigungen in §§ 61 Nr. 3, 68 Abs. 1 S. 2, 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO kein Gebrauch gemacht worden. Nach Nr. 6.1 TA-Lärm beträgt der Immissionsrichtwert für Immissionsorte außerhalb von Gebäuden im allgemeinen Wohngebiet tagsüber 55 dB(A). Andere Regelungen der TA Lärm sind nicht zu prüfen.

Lösung

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

A. Zulässigkeit der Klage vor dem Verwaltungsgericht

I. Mangels aufdrängender Spezialzuweisung richtet sich die Eröffnung des **Verwaltungsrechtswegs** nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.

1. Die dafür erforderliche **öffentlich-rechtliche Streitigkeit** ergibt sich daraus, dass streitentscheidend die Norm des § 10 LImSchG ist, die ausschließlich einen Hoheitsträger berechtigt und verpflichtet, eine Ausnahme zum Betrieb einer Lautsprecheranlage zu erteilen, und damit öffentlich-rechtlicher Natur ist.

2. Die Streitigkeit ist auch **nichtverfassungsrechtlicher Art**, da weder Verfassungsorgane noch am Verfassungsleben Beteiligte um die Auslegung und Anwendung von Staatsverfassungsrecht streiten, mögen auch Grundrechte für die Entscheidung von Bedeutung sein.

3. Eine **abdrängende Sonderzuweisung** an ein anderes Gericht existiert nicht, sodass der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet ist.

II. Die **statthafte Klageart** richtet sich nach dem von den K zuletzt geltend gemachten (Feststellungs-)Begehren (§ 88 VwGO). Hierfür ist eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO statthaft, wenn sich ein **Verwaltungsakt nach Klageerhebung erledigt** hat.

„[32] ... Die Ausnahmegenehmigung der Beklagten vom 25. Januar 2017, gegen die die Kläger eine Drittanfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 1. Fall VwGO erhoben hatten, hat sich im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nach Klageerhebung erledigt. Die genannte Genehmigung ist ... am 31. Dezember 2018 durch Zeitablauf unwirksam geworden (vgl. § 43 Abs. 2 i.V.m. § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG ...).“

Daher durften die K ihre ursprünglich erhobene Anfechtungsklage auf eine **Fortsetzungsfeststellungsklage** nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO umstellen.

„[30] ... Hierin liegt keine Klageänderung im Sinne des § 91 VwGO, sondern eine bloße Einschränkung des Klagebegehrens im Sinne von § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO.“

III. Für die Fortsetzungsfeststellungsklage gelten die **besonderen Sachurteilsvoraussetzungen** der Anfechtungsklage grds. analog.

1. Die analog § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Klagebefugnis**, setzt voraus, dass die Eheleute K geltend machen, durch den (erledigten) Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein.

„[35] Die Verletzung eigener Rechte muss auf der Grundlage des Klagevorbringens **möglich** erscheinen. Diese Möglichkeit ist dann auszuschließen, wenn **offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise** subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können. Da die Kläger nicht Adressaten des von ihnen angefochtenen immissionsrechtlichen Genehmigungsbescheides sind, kommt es darauf an, ob sie sich für ihr Begehren auf eine öffentlich-rechtliche Norm stützen können, die nach dem in ihr enthaltenen Entscheidungsprogramm **auch sie als Dritte schützt**.“

a) Subjektive Abwehrrechte der K könnten sich aus **§ 10 Abs. 1 LImSchG** ergeben, wonach Geräte, die der Schallerzeugung oder Schallwiedergabe dienen, nur in solcher Lautstärke benutzt werden dürfen, dass unbeteiligte Personen **nicht erheblich belästigt** werden.

„[36] ... Diese Regelung dient dem Schutz von Nachbarbelangen, die bei Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 10 Abs. 4 LImSchG ... zu berücksichtigen sind. [37] Die Vorschrift vermittelt Drittschutz allerdings nur im Bereich der Lärmbekämpfung ... Es geht damit insoweit allein um die aus Lärmeinwirkungen herührenden Fragen und die Würdigung der Lärmsituation“

§ 10 LImSchG

(1) Geräte, die der Schallerzeugung oder Schallwiedergabe dienen (Musikinstrumente, Tonwiedergabegeräte und ähnliche Geräte), dürfen nur in solcher Lautstärke benutzt werden, dass unbeteiligte Personen nicht erheblich belästigt werden ...

(4) Die örtliche Ordnungsbehörde kann bei einem öffentlichen oder überwiegenden privaten Interesse auf Antrag von den Bestimmungen der Absätze 1 und 2 im Einzelfall Ausnahmen zulassen. Die Ausnahmen können unter Bedingungen erteilt und mit Auflagen verbunden werden ...

So § 10 LImSchG NRW, ähnlich §§ 5, 10 LImSchG Bln, § 11 LImSchG Bbg, § 6 LImSchG RP. In einigen Ländern finden sich spezielle Ermächtigungen für Lärmschutzverordnungen, vgl. z.B. Art. 14 Bay-LImSchG, § 3 LImSchG SH, § 2 NLärmSchG (für bestimmte Gebiete), in anderen ist auf die allgemeine Ermächtigung für Gefahrenabwehrverordnungen zurückzugreifen.

Zur analogen Anwendung des § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bei Erledigung vor Klageerhebung AS-Skript VwGO (2021), Rn. 369 ff.

Schutznormtheorie

b) Eine Verletzung dieses subjektiven Rechts könnte hier aufgrund der geringen Lärmeinwirkung schon **offensichtlich ausgeschlossen** sein.

„[39] Zwar legt ein Schallpegel von 28 dB(A) grundsätzlich nahe, dass sich das Wohnhaus der Kläger schon nicht im Einwirkungsbereich der Schallquelle ... befinden dürfte. [40] Da das Klagebegehren der Kläger aber gerade nicht auf eine allein an den Immissionsrichtwerten der TA Lärm orientierte Prüfung, sondern auf eine Berücksichtigung ihrer grundrechtlich geschützten **negativen Religionsfreiheit** im Rahmen der einzelfallbezogenen Beurteilung der Zumutbarkeit zielt, kann eine Verletzung in ihren eigenen Rechten durch die streitgegenständliche Genehmigung nicht von vornherein ausgeschlossen werden, ohne die Prüfung der Begründetheit der Klage bereits an dieser Stelle in unzulässiger Weise vorwegzunehmen.“

Die K sind damit jedenfalls mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG klagebefugt.

Bei vorprozessualer Erledigung verzichtet die h.M. dagegen i.d.R. sowohl auf Vorverfahren als auch Klagefrist (vgl. AS-Skript VwGO (2021), Rn. 374 ff.).

2. Das bei Erledigung nach Klageerhebung gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO (vorbehaltlich landesgesetzlicher Ausnahmen, § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO) auch bei der Fortsetzungsfeststellungsklage erforderliche **Vorverfahren** haben die K ordnungsgemäß durchgeführt.

3. Die **Klagefrist** von einem Monat nach Zustellung des Widerspruchsbescheides (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO) ist gewahrt.

4. Klagegegner ist analog § 78 Abs. 1 Nr.1 VwGO die Gemeinde G, deren Ordnungsbehörde die Ausnahmegenehmigung erteilt hat.

IV. Als besondere Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage ist gemäß § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsakts erforderlich. Für dieses **Fortsetzungsfeststellungsinteresse** genügt jedes nach Lage des Falles schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Art. Anerkannt ist dies u.a. bei **Wiederholungsgefahr**.

„[41] ... Die Beklagte hat ... verdeutlicht, dass ihr bereits ein erneuter Antrag des Beigeladenen vom 14. Mai 2019 vorliege, dessen Bescheidung sie allein im Hinblick auf das hiesige Verfahren zurückstelle. Demnach kann sich für die Kläger zukünftig eine tatsächlich wie rechtlich vergleichbare Situation ergeben, deren Klärung sie bereits durch dieses Verfahren anstreben.“

Die Klage ist damit als Fortsetzungsfeststellungsklage **zulässig**.

Die Beiladung betrifft nicht die Zulässigkeit der Klage und ist daher nach der Zulässigkeitsprüfung kurz festzustellen.

D ist gemäß § 65 Abs. 2 VwGO **notwendig beizuladen**, da die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausnahmegenehmigung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann.

B. Begründetheit der Klage

I. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist begründet, soweit die erledigte Ausnahmegenehmigung **rechtswidrig** gewesen ist **und** K dadurch in ihren **subjektiven Rechten verletzt** worden sind.

„[47] Entgegen dem insoweit missverständlichen Wortlaut des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO reicht die objektive Rechtswidrigkeit des streitigen Verwaltungsaktes nicht aus, dem Fortsetzungsfeststellungsantrag zum Erfolg zu verhelfen. Wie der enge Zusammenhang zwischen Satz 1 und Satz 4 des § 113 Abs. 1 VwGO deutlich macht, darf dem Feststellungsbegehren nur entsprochen werden, soweit der Kläger durch den rechtswidrigen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt worden ist und der betreffende Verwaltungsakt deshalb hätte aufgehoben werden müssen, wenn er sich nicht erledigt hätte.“

Zum Aufbau der Begründetheitsprüfung bei der Drittanfechtung vgl. AS-Skript VwGO (2021), Rn. 157 f.

Die (Dritt-)Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher nur begründet, soweit der Dritte ein **Abwehrrecht** gegen den erledigten VA hat, d.h. soweit der VA wegen Verstoßes gegen **drittschützende Vorschriften** rechtswidrig gewesen ist.

II. Ein subjektives Abwehrrecht könnte sich für die K aus § 10 LImSchG ergeben. Nach § 10 Abs. 4 LImSchG kann die örtliche Ordnungsbehörde bei einem öffentlichen oder überwiegenden privaten Interesse im Einzelfall Ausnahmen vom Verbot des § 10 Abs. 1 LImSchG zulassen.

1. Einer Ausnahme nach § 10 Abs. 4 LImSchG bedarf es nur, wenn der **Verbotstatbestand** des § 10 Abs. 1 LImSchG erfüllt ist.

a) Bei der **Lautsprecheranlage** handelt es sich um ein Gerät, das der Schallerzeugung und Schallwiedergabe dient.

b) Eine **Belästigung** liegt vor, wenn das körperliche oder seelische Wohlbefinden eines Menschen beeinträchtigt wird, ohne dass bereits ein Gesundheitsschaden eingetreten ist oder eine Gesundheitsgefahr vorliegt. Geschützt ist neben dem körperlichen auch das seelische und **soziale Wohlbefinden**. Da der Gebetsruf, insbesondere wenn er durch einen Lautsprecher verstärkt ist, geeignet ist, die Mittagsruhe zu stören, ist von einer Belästigung auszugehen.

c) **Erheblich** ist eine Belästigung, wenn die Beeinträchtigung das zumutbare Maß überschreitet.

„[53] ... Der von der Beigeladenen eingesetzte Lautsprecher ist stark genug, um jedenfalls in der nächsten Nachbarschaft Lärmimmissionen zu verursachen, die als erhebliche Belästigung im Sinne von § 10 Abs. 1 LImSchG ... gewertet werden können.“

2. Zu einer **subjektiven Rechtsverletzung** der K kann das jedoch nur führen, wenn die von § 10 Abs. 1 LImSchG vorausgesetzte Belastungsgrenze aufgrund der erteilten Genehmigung **gerade auch im Falle der K** erreicht wurde, d.h. der Lautsprechereinsatz auch für die K eine **erhebliche Belästigung** bewirkte.

a) Was **erhebliche Belästigungen** sind, bestimmt sich bei Immissionen grds. nach der **Legaldefinition** in § 3 Abs. 1 BImSchG. Danach sind **schädliche Umwelteinwirkungen** Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen.

aa) Angesichts der Entfernung von 890 m ist bereits zweifelhaft, ob die Eheleute K überhaupt zur **Nachbarschaft** gehören.

„[56] ... **Nachbarschaft** in diesem Sinne kennzeichnet ein qualifiziertes Betroffensein, das sich deutlich abhebt von den Auswirkungen, die den Einzelnen als Teil der Allgemeinheit treffen können. [57] Dies gilt auch für den von § 10 LImSchG ... im Bereich der Lärmbekämpfung vermittelten Drittschutz. Die Drosselung der Geräuschentwicklung schallerzeugender Geräte liegt in erster Linie im Interesse der durch den Lärm **unmittelbar betroffenen Umgebung**.“

bb) Die Frage, ob die K zum geschützten Personenkreis zählen, kann indes dahinstehen, wenn jedenfalls in Bezug auf die K keine **erhebliche Belästigung** vorliegt. Die Erheblichkeit von Geräuschimmissionen wird i.d.R. anhand der **TA Lärm** (Technische Anleitung zum Schutz gegen Lärm) als **normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift** i.S.d. § 48 BImSchG beurteilt.

„[62] ... Die im Verfahren nach § 48 BImSchG als Verwaltungsvorschrift erlassenen Vorschriften der TA Lärm ... konkretisieren die Frage, wann **schädliche Umwelteinwirkungen durch Geräusche vorliegen**. Sie können – mit gewissen Einschränkungen – grundsätzlich auch für die Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob die Geräuschbelastung durch den **lautsprecherverstärkten Gebetsruf des Muezzins im Rechtssinne die Schwelle der erheblichen Belästigung im Sinne von ... § 3 Abs. 1 BImSchG erreicht**.“

Der maßgebliche Immissionsrichtwert von 55 dB(A) für allgemeine Wohngebiete nach Nr. 6.1 TA Lärm wurde am Grundstück der K mit 28 dB(A) deutlich unterschritten, sodass sich daraus allein keine erhebliche Belästigung ergibt.

Wäre eine Ausnahmegenehmigung gar nicht erforderlich, würde diese ins Leere gehen und eine Verletzung subjektiver Rechte der K wäre bereits deshalb ausgeschlossen.

Zum Begriff der Belästigung Jarass, BImSchG (13. Aufl. 2020), § 3 Rn. 32

Das VG Gelsenkirchen (RÜ 2018, 321, 323) hatte diese Frage als Vorinstanz nur auf die K bezogen und offengelassen.

Vgl. AS-Skript Verwaltungsrecht AT 2 (2019), Rn. 592.

Umstritten ist allerdings, ob der Gebetsruf des Muezzins mit dem liturgischen Glockengeläut christlicher Kirchen vergleichbar ist (vgl. VG Gelsenkirchen RÜ 2018, 321, 325).

Das OVG nimmt die grundrechtskonforme Auslegung bereits beim Begriff der erheblichen Belästigung vor, während das VG Gelsenkirchen (RÜ 2018, 321, 324) die Grundrechte erst beim überwiegenden privaten Interesse herangezogen hatte.

Immanente Schranken

b) Eine abweichende Beurteilung könnte sich jedoch aus der **spezifischen Geräuschcharakteristik** des Gebetsrufs (Gesang in arabischer Sprache mit spezieller Melodie) und dessen **religiösen Inhalt** ergeben. Denn bei der Frage der Erheblichkeit sind auch die Gesichtspunkte der **Herkömmlichkeit** und der **sozialen Adäquanz** zu berücksichtigen.

„[82] ... Derartige Umstände können, wie es insbesondere beim kirchlichen Glockengeläut der Fall ist, für eine **Anhebung der Erheblichkeitsschwelle** sprechen. Das schließt eine **Absenkung der Erheblichkeitsschwelle** bei ungewohnten oder aus anderen Gründen als **besonders lästig empfundenen Geräuschen** zwar nicht von vornherein aus. Bei der hier gebotenen wertenden Betrachtung ist aber auch der Bedeutung der Religionsfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG für den Gebetsruf angemessen Rechnung zu tragen.“

Soweit der Lärm bei Ausübung einer grundrechtlich geschützten Religionsausübung entsteht, wirkt dies damit in die Beurteilung der Erheblichkeit der Belästigung hinein.

aa) Das setzt voraus, dass der Einsatz eines Lautsprechers zur Verstärkung des Rufs des Muezzins in den **Schutzbereich** des Art. 4 Abs. 1 u. 2 GG fällt.

„[86] Art. 4 Abs. 1 und 2 GG enthält ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht. Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, das heißt einen Glauben zu haben, zu verschweigen, sich vom bisherigen Glauben loszusagen und einem anderen Glauben zuzuwenden, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, für seinen Glauben zu werben und andere von ihrem Glauben abzuwerben. Umfasst sind damit nicht allein kultische Handlungen und die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche, sondern auch die religiöse Erziehung sowie andere Äußerungsformen des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Dazu gehört das Recht der Einzelnen, ihr gesamtes Verhalten an den Lehren ihres Glaubens auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln, also glaubensgeleitet zu leben; dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze.“

Der Gebetsruf des Muezzins hat schon nach seinem Inhalt religiösen Charakter, indem durch ihn ein Bekenntnis zu wesentlichen Elementen des islamischen Glaubens stattfindet. Zugleich richtet er sich an die Mitglieder der muslimischen Gemeinde und fordert zum gemeinsamen Gebet auf.

„[89] Der Gebetsruf fällt nicht deswegen aus dem Schutzbereich von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG heraus, weil er ein Bekenntnis beinhaltet, das zentrale Glaubenssätze des Islams hervorhebt und damit als **Abgrenzung zu anderen Religionen** verstanden werden kann. Denn die Tatsache, dass ein Bekenntnis das andere ausschließt und dies öffentlich kundgetan wird, kann nicht dazu herhalten, einem solchen Bekenntnis den Schutz der Religionsfreiheit zu versagen. Gerade auch das öffentliche Eintreten für den eigenen Glauben wird vielmehr von Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt. [91] Keine Rolle kann es dabei spielen, ob der öffentliche Gebetsruf nach den Glaubenslehren des Islams zwingend notwendig ist. Er ist nämlich jedenfalls ... Teil der islamischen Tradition und gehört traditionell zum Ausdruck islamischer Frömmigkeit. [92] Auch liegt der Gebetsruf des Muezzins nicht allein deshalb außerhalb des Schutzbereichs des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, weil er elektronisch verstärkt erfolgen soll. [93] Denn seine nach dem religiösen (Selbst-)Verständnis gewünschte Funktion kann der Gebetsruf in der Öffentlichkeit besser erreichen, wenn er wahrnehmbar ist.“

bb) Der grundrechtliche Schutz könnte dadurch **eingeschränkt** sein, dass sich die K auf ihre **negative Religionsfreiheit** berufen, die ebenfalls durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG sowie über Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 GG geschützt ist.

„[96] Dem durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG gewährleisteten Recht zur Teilnahme an den kultischen Handlungen, die ein Glaube vorschreibt oder in denen er Ausdruck findet, entspricht umgekehrt die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht ge-

teilten Glaubens fernzubleiben. Diese Freiheit bezieht sich ebenfalls auf die Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellt. Art. 4 Abs. 1 GG überlässt es dem Einzelnen zu entscheiden, welche religiösen Symbole er anerkennt und verehrt und welche er ablehnt. Zwar hat er in einer Gesellschaft, die unterschiedlichen Glaubensüberzeugungen Raum gibt, **kein Recht darauf, von fremden Glaubensbekundungen, kultischen Handlungen und religiösen Symbolen verschont** zu bleiben. Davon zu unterscheiden ist aber eine **vom Staat geschaffene Lage**, in der der Einzelne ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen dieser sich manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist.“

Die negative Religionsfreiheit begründet daher grds. **keinen Schutz vor der Konfrontation mit anderen religiösen Überzeugungen**. Etwas anderes gilt nur, wenn die Konfrontation auf einer **vom Staat geschaffenen Zwangslage** beruht. Hierfür hatte das VG Gelsenkirchen als Vorinstanz die Erteilung der Ausnahmegenehmigung ausreichen lassen, da die Behörde hierdurch eine Einwirkung auf die Grundrechte der K ermögliche. Dem widerspricht das OVG.

„[99] Der Gebetsruf ist für jeden Empfänger offenkundig nicht staatlich veranlasst. Er ist vielmehr Ausdruck der individuellen und religiös motivierten Entscheidung des Beigeladenen und seiner muslimischen Mitglieder. Der Staat, der eine religiöse Aussage – wie hier den Gebetsruf – hinnimmt bzw. zulässt, macht diese Aussage nicht schon dadurch zu seiner eigenen und muss sie sich auch nicht als von ihm beabsichtigt zurechnen lassen.“

Auch wenn der Einsatz des Lautsprechers staatlicherseits durch Erteilung der Ausnahmegenehmigung ermöglicht wurde, befanden sich die Eheleute K nicht in einer Situation, in der sie dem Gebetsruf mit besonderer Intensität **ohne Ausweichmöglichkeit** wie in einer **Zwangslage** ausgesetzt waren.

„[100] ... [Die Kläger wohnen] in einer Entfernung von circa 890 m zur Schallquelle des Beigeladenen. [Außerdem] war der Gebetsruf in der genehmigten Form auf ihrem Grundstück nur sehr leise und damit außerhalb des Hauses wahrnehmbar und zudem auf den kurzen Zeitraum von maximal 15 Minuten pro Woche beschränkt. Dass die Kläger ... mit der Wahrnehmung des übertragenen Gebetsrufs gleichsam zu Teilnehmern an einem islamischen Gottesdienst würden, trifft aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen Durchschnittsmenschen nicht zu. Das bloße akustische Wahrnehmen einer religiösen Aussage ist nämlich nicht mit der erzwungenen (aktiven) Teilnahme an einer religiösen Übung gleichzusetzen. Soweit sich die Kläger ausweislich ihrer Ausführungen erkennbar aus ihrem eigenen christlichen Glaubensverständnis heraus gegen die Inhalte des islamischen Gebetsrufs wenden und von fremden Glaubensbekundungen verschont bleiben wollen, ist dies wiederum Ausdruck ihrer eigenen Freiheit der positiven Religionsausübung. Ein **gegen die Genehmigung des Gebetsrufs des Beigeladenen gerichteter Anspruch wurde jedoch auch hierdurch nicht vermittelt**. [102] Insbesondere liefern allein die fremdländische Herkunft des Gebetsrufs sowie das damit möglicherweise bei einzelnen Personen – wie hier den Klägern – verbundene Unbehagen vor dem Hintergrund der objektiven Wertentscheidung des Grundgesetzes keine zureichenden Gründe, um das Geräusch des lautsprecherverstärkten Gebetsrufs als erheblich belästigend zu bewerten.“

Damit lässt sich auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls, insb. der negativen Religionsfreiheit der K, **keine Erheblichkeit der Belästigung in Bezug auf die K** feststellen. Durch die Ausnahmegenehmigung wurden die K daher nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt.

„[50] ... [Daher] kann dahinstehen, ob die mittlerweile erledigte Ausnahmegenehmigung vom 25. Januar 2017 ... objektiv rechtswidrig gewesen ist; ...“

Ergebnis: Die Klage der K ist unbegründet und hat keinen Erfolg.

RA Horst Wüstenbecker

Vgl. einerseits BVerfGE 93, 1 (Kruzifix), andererseits BVerwG RÜ 2012, 182 (islamisches Gebet in der Schule)

VG Gelsenkirchen RÜ 2018, 321, 327

Vgl. Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV

§§ 43, 58, 74, 121 VwGO; § 49 VwVfG; GemO

Zwei-Stufen-Theorie: Benutzungs- und Vertragsverhältnis bei öffentlichen Einrichtungen

BayVGh, Urt. v. 30.09.2020 – 4 B 20.1116, BeckRS 2020, 28635

Leitsätze

1. Wird der Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung zweistufig durch öffentlich-rechtliche Zulassung und zivilrechtlichen Benutzungsvertrag geregelt, bestehen ein öffentlich-rechtliches Benutzungs- und ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis nebeneinander.
2. Die Beendigung des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses lässt das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis im Grundsatz unberührt.
3. Die zivilrechtliche Beendigungsentscheidung kann zugleich ein konkludenter Widerruf der öffentlich-rechtlichen Zulassungsentscheidung sein.
4. Erfolgte die Zulassungsentscheidung nicht durch Verwaltungsakt, sondern konkludent durch Vertragsschluss, kann die öffentlich-rechtliche Zulassung schlüssig unter der auflösenden Bedingung stehen, dass der Vertrag nicht wegen widmungswidriger Nutzung beendet wird.

Zum **Landesrecht** vgl. Art. 21 Abs. 1 S. 1 BayGO, § 10 Abs. 2 S. 2 GemO BW, § 12 Abs. 1 BbgKVerf, § 20 Abs. 1 HGO, § 14 Abs. 2 KV M-V, § 30 Abs. 1 NKomVG, § 8 Abs. 2 GO NRW, § 14 Abs. 2 GemO RP, § 19 Abs. 1 KSVG, § 18 Abs. 1 S. 1 GO SH, § 10 Abs. 2 SächsGemO, § 24 Abs. 1 KVG LSA, § 14 Abs. 1 ThürKO

Fall

Die ländlich gelegene Gemeinde G im Land L überlässt in ihrem Gemeindegebiet gelegene Holzlagerplätze auf vielfachen Wunsch an ihre Gemeindeglieder. Hierzu schließt sie mit jedem Interessenten einen Vertrag nach einem einheitlichen Vertragsmuster. Für 8 € jährlich darf Brennholz zu privaten Zwecken gelagert werden. Bei erheblichen Vertragsverstößen darf G den Vertrag fristlos kündigen. Rund 30 Holzlagerplätze sind auf diese Weise vergeben.

G schloss vor 25 Jahren auch mit M einen solchen Vertrag. Da M aber auch Schrott auf dem Platz lagerte, kündigte G den Vertrag mit formlosem Schreiben vom 23.05.2018 zum 30.09.2018 unter Hinweis auf die zweckwidrige Verwendung und forderte den Platz zurück. M widersprach am 04.09.2018.

Am 15.03.2019 wies das Amtsgericht die Klage des M gegen G ab, mit der es feststellen sollte, dass das Vertragsverhältnis nicht durch die Kündigung beendet worden sei. Der Mietvertrag sei auch unter Berücksichtigung der Vorschriften der Gemeindeordnung (GemO) über öffentliche Einrichtungen wirksam gekündigt.

Am 04.10.2019 hat M Klage zum Verwaltungsgericht erhoben, nachdem er am Vortag den Platz geräumt hatte. Er will festgestellt wissen, dass das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis über den Holzlagerplatz durch die Kündigung der G nicht beendet worden ist. Das Urteil des Amtsgerichts stehe nicht entgegen, weil es sich auf den zivilrechtlichen Mietvertrag beschränke. M wolle auch künftig die Holzlagerplätze der G nutzen. Das Kündigungsschreiben sei auch nicht als Widerruf zu werten. Jedenfalls habe er der Kündigung widersprochen, sodass aufschiebende Wirkung eingetreten sei und fortbestehe.

G hält die Klage angesichts des rechtskräftigen Urteils des Amtsgerichts für unzulässig. Dieses habe ausdrücklich auch die GemO geprüft und damit über den Streitgegenstand nach allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten entschieden. Antrag und Lebenssachverhalt seien gleich. Es mache keinen Unterschied, wenn M vor dem Amtsgericht auf den „Vertrag“ abgestellt habe und sich vor dem Verwaltungsgericht auf das „öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis“ beziehe. Es sei ungewiss, ob M wieder einen Lagerplatz nutzen wolle, denn seit der Räumung komme er ohne einen solchen aus.

Wie entscheidet das Verwaltungsgericht?

Hinweis: Im Land L ist das Widerspruchsverfahren auf Abgabensachen beschränkt.

Auszug aus der **Gemeindeordnung** des Landes L (GemO)

§ 21 Benutzung öffentlicher Einrichtungen

(1) ¹ Alle Gemeindeangehörigen sind ... berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen ...

§ 57 Aufgaben der Selbstverwaltung

(1) ¹ Im eigenen Wirkungskreis sollen die Gemeinden in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit ... öffentliche Einrichtungen schaffen und erhalten ...



Lösung

Das Verwaltungsgericht gibt der Klage statt, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der Klage vor dem Verwaltungsgericht

I. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist mangels Spezialzuweisung gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Das richtet sich nach der Rechtsnatur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Kläger seinen Klageanspruch herleitet. Es ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört.

M begehrt die Feststellung, dass das zwischen ihm und G bestehende Benutzungsverhältnis bzgl. des Holzlagerplatzes nicht beendet worden ist. Er beschränkt sein Begehren ausdrücklich auf das **öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis**. Sein Begehren umfasst nicht das ggf. auf dem Vertrag mit G beruhende – inzwischen beendete – privatrechtliche Benutzungsverhältnis. Ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis kann sich nur aus einer öffentlich-rechtlichen Norm ergeben. Als streitentscheidende Norm kommt daher lediglich § 21 GemO infrage. Das Rechtsverhältnis und damit die Streitigkeit sind infolgedessen öffentlich-rechtlich.

Die Streitigkeit ist **nichtverfassungsrechtlicher** Art. Eine **abdrängende** Sonderzuweisung existiert nicht. Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Der Klage könnte eine **allgemeine** – d.h. von der Klageart unabhängige – **Sachentscheidungsvoraussetzung** fehlen, weil ihr ein Prozesshindernis entgegensteht. Ein solches Prozesshindernis besteht, wenn über den Streitgegenstand bereits **rechtskräftig** entschieden worden ist („res judicata“). Das Amtsgericht könnte nach § 17 Abs. 2 S. 1 GVG umfassend entschieden haben.

1. Rechtskräftige Urteile binden die Beteiligten, soweit über den Streitgegenstand entschieden worden ist (vgl. § 121 Nr. 1 VwGO). Die Rechtskraft schafft ein unabdingbares, in jeder Verfahrenslage von Amts wegen zu beachtendes **Prozesshindernis** für eine erneute gerichtliche Nachprüfung des Anspruchs, über den bereits entschieden worden ist. Die materielle Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung schließt nach heute h.M. jede nochmalige Verhandlung und Entscheidung über denselben Streitgegenstand zwischen den Beteiligten aus. Eine trotzdem erhobene Klage ist als unzulässig abzuweisen.

2. Maßgeblich ist danach, ob die Prozesse vor dem Amtsgericht und dem Verwaltungsgericht denselben Streitgegenstand haben. Nach dem sog. **zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff** (h.M.) wird der Streitgegenstand zum einen durch die mit dem Klageantrag erstrebte Rechtsfolge und zum anderen durch den Klagegrund, d.h. den Lebenssachverhalt, aus dem sich die Rechtsfolge ergeben soll, bestimmt. Nur **ein** Streitgegenstand liegt auch dann vor, wenn sich das aus einem einheitlichen Klagegrund hergeleitete Begehren rechtlich auf mehrere materiell-rechtliche Anspruchsrundlagen stützen lässt.

„[20] Das zivilgerichtliche Verfahren betraf, wie sich aus dem dort gestellten Klageantrag ergibt, allein die Feststellung, dass der ... **[Vertrag]** zwischen den Parteien ... nicht durch die Kündigung beendet worden ist, sondern darüber hinaus fortbesteht. Nur über diese vertraglich begründete Rechtsbeziehung wurde in dem klageabweisenden Urteil ... entschieden. Ob die Kündigung des vom Amtsgericht als Mietverhältnis über ein Grundstück (§§ 578 ff. BGB) angesehenen privatrechtlichen Vertragsverhältnisses zugleich zur Beendigung des – nach Auffassung des Klägers – **parallel dazu bestehenden öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses** bezüglich einer öffentlichen Einrichtung geführt hat, war schon mangels einer entsprechenden Antragstellung nicht Streitgegenstand in dem zivilgerichtlichen Verfahren. Soweit sich das Amtsgericht in den Entscheidungsgründen

Aufbauhinweis: Nach h.Rspr. ist bereits in der Rechtswegeröffnung zu prüfen, ob tatsächlich eine „öffentliche Einrichtung“ vorliegt, da hiervon der Verwaltungsrechtsweg abhängt, vgl. HessVGH ESVGH 69, 233; OVG BB RÜ2 2015, 187; Helbich/Schübel-Pfister JuS 2017, 520, 522; a.A. HmbOVG DVBl. 2014, 1069; VG Neustadt/W, Urt. v. 19.02.2019 – 3 K 839/18.NW, BeckRS 2019, 4885.

Für die **Prüfungsreihenfolge** der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen gibt es keine feste Ordnung. Es gilt die fallangepasste Zweckmäßigkeit, vgl. AS-Skript VwGO (2021), Rn. 4 u. 537.

BVerwG NVwZ 2017, 625; Rennert, in: Eyermann, VwGO (2019), § 121 Rn. 9 m.w.N.; Wysk, VwGO (2020), vor § 40–53 Rn. 31 f.; Kopp/Schenke, VwGO (2020), § 121 Rn. 10; AS-Skript VwGO (2021), Rn. 558

BVerwG ZOVI 2020, 42; NVwZ-RR 2014, 856 (st.Rspr)

BVerwG, Urt. v. 27.09.2016 – 1 C 20.15, BeckRS 2016, 54457

mit ... [§ 21 GemO] befasst hat, ging es allein um die Frage, ob sich daraus für die Wirksamkeit der Kündigung des Mietverhältnisses über die zivilrechtliche Beurteilung hinaus etwas anderes ergeben könnte bzw. ob eine Aussetzung des Verfahrens angezeigt wäre. Eine rechtskraftfähige Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines **öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses** zwischen den Beteiligten lässt sich dem Urteil ... nicht entnehmen.“

Danach haben die Klageverfahren **unterschiedliche Streitgegenstände**. Die Rechtskraft der Entscheidung des Amtsgerichts steht der Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage daher nicht als Prozesshindernis entgegen.

III. Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§ 88 VwGO). Danach kommt eine **allgemeine Feststellungsklage** gemäß § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO in Betracht.

1. Gegenstand der allgemeinen Feststellungsklage ist ein **Rechtsverhältnis**. Darunter versteht man die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer (öffentlich-rechtlichen) Rechtsnorm ergebenden rechtlichen Beziehungen einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache.

2. M begehrt die Feststellung, dass das von ihm als bestehend behauptete öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis über den Holzlagerplatz nicht durch die zivilrechtliche Kündigung des mit G abgeschlossenen Vertrages beendet worden ist. M begehrt folglich vom Verwaltungsgericht, das **Bestehen eines Rechtsverhältnisses** i.S.v. § 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO festzustellen.

3. Die Feststellungsklage ist allerdings nur zulässig, soweit der Kläger seine Rechte nicht durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO (**Subsidiarität der Feststellungsklage**). Eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Fall 1 VwGO) als vorrangige Gestaltungs- oder Leistungsklage setzt das Vorliegen eines Verwaltungsakts i.S.d. § 35 VwVfG voraus. Als Verwaltungsakt könnte allenfalls das **Kündigungsschreiben** der G aufgefasst werden. Selbst wenn darin zugleich ein öffentlich-rechtlicher Widerruf durch Verwaltungsakt liegen sollte, würde dessen Aufhebung nicht genügen, um das darüber hinausgehende Rechtsschutzziel des M zu erreichen. Denn M verlangt die Feststellung, dass das Rechtsverhältnis fortbesteht, also auch nicht aus anderen Gründen als durch einen Widerruf beendet ist.

IV. Weiter setzt die allgemeine Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO voraus, dass der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (**Feststellungsinteresse**). Ausreichend hierfür ist jedes wirtschaftliche, rechtliche oder ideelle Interesse des Klägers. Dazu gehört auch eine Wiederholungsgefahr. Eine Wiederholungsgefahr setzt voraus, dass auch in Zukunft die gleichen tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse bestehen.

„[21] ... Sein Interesse an der gerichtlichen Feststellung des (eventuell bereits vergangenen) Rechtsverhältnisses ergibt sich jedenfalls aus dem Gesichtspunkt einer hinreichend konkreten **Wiederholungsgefahr**. Der Kläger hat nachvollziehbar dargelegt, dass er an der Nutzung eines gemeindlichen Holzlagerplatzes nach wie vor interessiert ist und dafür geklärt haben möchte, ob bei der Beendigung eines künftigen Benutzungsverhältnisses das aus [§ 21 Abs. 1 GemO] folgende öffentlich-rechtliche Benutzungsrecht zu berücksichtigen ist. An der Beantwortung dieser Frage besteht schon deshalb ein schützenswertes Interesse, weil die Beklagte ... weiterhin bestreitet, dass diese Plätze eine öffentliche Einrichtung im Sinne der GemO bilden.“

V. Soweit man mit der h.Rspr. bei der Feststellungsklage eine **Klagebefugnis** analog § 42 Abs. 2 VwGO fordert, kann M als Einwohner der Gemeinde G geltend machen, dass ihm § 21 Abs. 1 GemO einen Anspruch auf Benutzung des Holzlagerplatzes als öffentliche Einrichtung und damit ein subjektiv-öffentliches Recht verleiht.

Zu Subsidiarität der Feststellungsklage im Verhältnis zur Anfechtungs-/Verpflichtungsklage vgl. AS-Skript VwGO (2021), Rn. 314 f.

AS-Skript VwGO (2021), Rn. 304

Zur Klagebefugnis bei der Feststellungsklage AS-Skript VwGO (2021), Rn. 307

Somit ist die Feststellungsklage zulässig.

B. Begründetheit der Klage

Die (positive) Feststellungsklage ist begründet, soweit das behauptete Rechtsverhältnis besteht. Dazu muss M einen öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch am gemeindlichen Holzlagerplatz auch dann besitzen, wenn der zugehörige Mietvertrag von der Gemeinde G wirksam gekündigt worden ist.

I. Als Rechtsgrundlage des öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses kommt **§ 21 Abs. 1 S. 1 GemO** in Betracht. Danach sind alle Gemeindeangehörigen berechtigt, die öffentlichen Einrichtungen der Gemeinde zu benutzen.

II. M erfüllt die **formellen Voraussetzungen**, indem er Gemeindegewohner ist und einen Antrag auf Benutzung an G gestellt hat.

III. Fraglich ist, ob auch die **materiellen Voraussetzungen** erfüllt sind.

1. Der Holzlagerplatz müsste eine **öffentliche Einrichtung** sein.

„[24] Öffentliche Einrichtungen in diesem Sinne sind alle Verwaltungsressourcen (Personal- und Sachmittel), die von einer Gemeinde durch Widmungsakt der allgemeinen Benutzung durch Ortsansässige zur Verfügung gestellt und von ihr im öffentlichen Interesse unterhalten werden. Eine Einrichtung nach [§ 21 Abs. 1 S. 1 GemO] setzt demnach voraus, dass die Gemeinde eine ihr obliegende Aufgabe wahrnimmt und im Wege einer Widmung, die auch durch konkludentes Handeln geschehen kann, den Einrichtungszweck sowie den Benutzerkreis festlegt.“

a) Der Holzlagerplatz auf dem gemeindeeigenen Grundstück stellt ein **Sachmittel** der G dar, das diese den Gemeindeangehörigen zur Verfügung stellt.

b) G müsste hierdurch eine ihr **obliegende Aufgabe** wahrnehmen. § 57 Abs. 1 S. 1 GemO sieht vor, dass Gemeinden im eigenen Wirkungskreis (Selbstverwaltungsaufgaben) öffentliche Einrichtungen schaffen und erhalten sollen. Da in G der vielfache Wunsch besteht, dass Holzlagerplätze zur Verfügung gestellt werden, erfüllt die Gemeinde eine im öffentlichen Interesse liegende eigene Aufgabe.

c) Damit der Holzlagerplatz zur **öffentlichen** Einrichtung wird, muss er gewidmet und tatsächlich in den Dienst gestellt sein.

aa) Eine **Widmung** ist ein hoheitlicher Rechtsakt, durch den die öffentliche Stelle erklärt, dass eine Sache einem bestimmten öffentlichen Zweck dienen soll und durch den ihre Benutzung durch die Allgemeinheit geregelt wird. Die Widmung kann durch ausdrückliches (Satzung, Beschluss, Verfügung) oder durch schlüssiges hoheitliches Verhalten erfolgen.

„[26] Die für die Annahme einer öffentlichen Einrichtung unabdingbare Widmung durch den Einrichtungsträger ist ... zwar nicht ausdrücklich erfolgt. In der tatsächlichen Vergabepaxis der Beklagten kann aber eine konkludente Widmung gesehen werden ... Daraus ergibt sich ... der genaue Zweck der Einrichtung („Ausschließliche Lagerung von Brennholz für private Zwecke...“).“

bb) Die **Indienststellung** besteht in der tatsächlichen Aufnahme des Gebrauchs. Diese liegt mit der Freigabe des Holzlagerplatzes an M vor.

Der Holzlagerplatz ist eine öffentliche Einrichtung.

2. Indem G dem M den Holzlagerplatz zur Verfügung gestellt hat, ist zwischen ihnen ein öffentlich-rechtliches **Rechtsverhältnis** entstanden.

„[28] Die Einbeziehung des vom Kläger genutzten Holzlagerplatzes in die gemeindliche Einrichtung hatte zur Folge, dass mit der Überlassungsentscheidung der Beklagten ein dauerhaftes öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis begründet wurde.“

Obersatz der Feststellungsklage:
AS-Skript VwGO (2021), Rn. 573

„[26] ... [Die Einrichtung] besteht aus der Gesamtheit der von der Beklagten vorgehaltenen und vergebenen Holzlagerplätze im Gemeindegebiet.“

Der BayVGH nimmt v.a. auf die gleichmäßige Zuweisungspraxis der G aufgrund eines einheitlichen Vertragsmusters Bezug.

3. Das Rechtsverhältnis könnte durch die Kündigung des Mietvertrags über den Lagerplatz **nachträglich entfallen**, also beendet worden sein. Das setzt voraus, dass die Kündigung des privatrechtlichen Mietvertrags auf das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis durchschlägt.

a) Die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung erfolgt i.d.R. **zweistufig**.

„[29] Erfolgt der Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung wie hier in einem zweistufigen Verfahren, bei dem zunächst durch einen (ausdrücklich oder konkludent erlassenen) Verwaltungsakt über das ‚Ob‘ der Nutzung und sodann durch zivilrechtlichen Vertrag über das ‚Wie‘ und somit über die konkrete Art und Weise der Nutzung entschieden wird, so stellt sich die Frage, inwieweit diese beiden rechtlichen Ebenen voneinander abhängig sind bzw. aufeinander einwirken.“

b) Uneinheitlich werden die Auswirkungen des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses auf die öffentlich-rechtliche **Zulassungsentscheidung** bewertet.

„[30] Als **gesichert** dürfte dabei gelten, dass dem Nutzungsinteressenten durch die in Form eines begünstigenden Verwaltungsakts ergehende Zulassungsentscheidung ein grundsätzlicher Anspruch auf Abschluss des zivilrechtlichen Nutzungsvertrags erwächst. **Umstritten** ist hingegen, ob sich mit dem Zustandekommen dieses Vertrags die vorhergehende öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidung durch Vollzug auf ‚andere Weise‘ im Sinne des § 43 Abs. 2 Var. 5 [VwVfG] erledigt oder ob das durch Verwaltungsakt begründete öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis parallel zu der zivilrechtlichen Vertragsbeziehung fortbesteht.“

Die besseren Gründe sprechen für die zuletzt genannte Auffassung.

„[31] Die ... gemeindliche Zulassungsentscheidung vermittelt bei sach- und interessengerechter Auslegung nicht lediglich ein Recht auf Vertragsschluss, sondern zugleich ein subjektiv-öffentliches **Recht auf Festhalten an dem geschlossenen Vertrag**. Der den Zugangsanspruch feststellende Verwaltungsakt fungiert insoweit als Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erlangten Rechtsstellung. Die dadurch erlangte Rechtsposition, die als öffentlich-rechtliches Benutzungsrecht bezeichnet werden kann, verliert der Einrichtungsbenutzer nicht schon durch eine Kündigung des zivilrechtlichen (Miet-)Vertrags, auch wenn deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen. Der aus der Gemeindeordnung folgende **öffentlich-rechtliche Zulassungsanspruch darf nicht mit den Mitteln des Zivilrechts unterlaufen** werden. Will der kommunale Einrichtungsträger das zweistufig begründete Benutzungsverhältnis vollständig beenden, muss er daher über die zivilrechtliche Kündigung hinaus **auch seine frühere Zulassungsentscheidung aufheben** oder das damit verbundene Recht auf Gewährung des Zugangs zur Einrichtung auf andere Weise zum Erlöschen bringen.“

c) Demzufolge besteht der **öffentlich-rechtliche Benutzungsanspruch** des M am Lagerplatz noch, wenn er nicht nachträglich **erloschen** ist.

aa) G könnte ihre Zulassungsentscheidung durch die Kündigung des Mietvertrages gemäß § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG (konkludent) **widerrufen** haben.

(1) Dann müsste G überhaupt einen **Widerruf** erlassen haben.

„[33] Das ... Kündigungsschreiben ... zielte nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) auf die **vollständige Beendigung aller bestehenden Rechtsbeziehungen** bezüglich des Holzlagerplatzes und auf eine daraus folgende Räumungspflicht. Angesichts dieser deutlich erkennbaren Regelungsabsicht der Beklagten müsste für den Kläger klar gewesen sein, dass auch sein im Kommunalrecht wurzelndes Recht auf Benutzung der öffentlichen Einrichtung nicht länger fortbestehen, die konkludent ergangene Zulassungsentscheidung also **mit Wirkung für die Zukunft widerrufen** werden sollte [§ 49 Abs. 2 VwVfG]. Für diese erweiternde Auslegung des Kündigungsschreibens sprach der darin enthaltene

Grundlegend: BVerwGE 32, 333; zur sog. „Zwei-Stufen-Theorie“: AS-Skript VwGO (2021), Rn. 62, 66

Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (2018), § 35 Rn. 119

BGHZ 40, 206, 210; OVG BB RÜ2, 2015, 187, 188; Beschl. v. 11.09.2020 – OVG 12 S 30/20, BeckRS 2020, 23279.

OVG NRW, Beschl. v. 17.09.2020 – 12 B 1191/20, BeckRS 2020, 28462 Rn. 9; VGH BW BWGZ 2018, 883; NVwZ-RR 1989, 267; OVG Saar, Beschl. v. 28.03.2018 – 2 E 120/18, BeckRS 2018, 4647

Hinweis auf den ... Widmungszweck der Einrichtung (, ... Lagerung von Brennholz für private Zwecke.'). Auch die in dem Räumungsverlangen liegende Rückforderung der zuvor erbrachten Leistung deutete darauf hin, dass die Beklagte das Rechtsverhältnis insgesamt rückabwickeln und dazu die frühere Zugangsgewährung aufheben wollte.“

(2) Ob der Widerruf rechtmäßig war, kann offen bleiben, wenn er **bestandskräftig** geworden ist. Bestandskräftig ist ein Verwaltungsakt, der mit ordentlichen (= fristgebundenen) Rechtsbehelfen nicht mehr angegriffen werden kann.

AS-Skript Verwaltungsrecht AT 1 (2019), Rn. 186

(a) Der **Widerspruch** des M vom 04.09.2018 hindert die Bestandskraft nicht, weil ein Widerspruch im Land L nur in Abgabensachen stattfindet.

(b) Die später erhobene **Klage** wahrt die Klagefrist nicht mehr.

*„[34] ... War in der Abgabe der Kündigungserklärung zugleich ein Widerruf zu sehen, so hatte dieser Verwaltungsakt bereits vor Klageerhebung **Bestandskraft** erlangt. Das formlos und ohne Rechtsmittelbelehrung übersandte Schreiben der Beklagten vom [23.05.2018] war dem Kläger jedenfalls am [04.09.2018] bekannt, wie sein unter diesem Datum verfasstes Antwortschreiben beweist.“*

Damit endete die gemäß § 58 Abs. 2 VwGO einjährige **Klagefrist** des § 74 Abs. 1 S. 2 VwGO spätestens am 04.09.2019. M hat aber erst am 04.10.2019 geklagt.

G hat ihre Zulassungsentscheidung mit der Kündigung wirksam widerrufen.

bb) Unabhängig davon könnte das Benutzungsrecht dadurch erloschen sein, dass M auf dem Grundstück **Schrott** statt des zugelassenen Brennholzes gelagert hat. Das setzt voraus, dass die öffentlich-rechtliche Zulassung von vornherein unter der **auflösenden Bedingung der widmungsgemäßen Nutzung** stand (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG).

(1) **Ausdrücklich** hat G dem M die Benutzung nicht hoheitlich erlaubt. Damit hat sie sich die widmungsgemäße Nutzung **nicht ausdrücklich** vorbehalten.

(2) Die öffentlich-rechtliche Zulassung kann sich ebenso wie der Vorbehalt nur schlüssig aus dem **Abschluss des Mietvertrages** ergeben. Wie weit die Zulassung reicht, ist durch **Auslegung** zu ermitteln.

Für eine konkludente Zulassungsentscheidung: NdsOVG NordÖR 2018, 429

*„[36] ... Von maßgebender Bedeutung ist dabei, dass nach dem Willen des Einrichtungsträgers die Überlassung an die Benutzer immer nur für widmungsgemäße Nutzungen erfolgen soll. Im Regelfall muss danach angenommen werden, dass Verstöße gegen den Widmungszweck zumindest dann, wenn sie eine verhaltensbedingte außerordentliche Kündigung des zivilrechtlichen Vertrags rechtfertigen, auch das öffentlich-rechtliche Nutzungsrecht ohne Weiteres entfallen lassen sollen. Die konkludente Zulassung zu der öffentlichen Einrichtung steht insoweit unausgesprochen unter der **auflösenden Bedingung** [§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG], dass das vertraglich begründete Nutzungsrecht nicht vorzeitig aufgrund einer gravierenden Pflichtverletzung entfällt.“*

[37] ... Von dem Einrichtungsbetreiber kann ... nicht gefordert werden, an der bestehenden Rechtsbeziehung trotz zweck- und vertragswidriger Nutzung und einer darauf gestützten Kündigung auch nur teilweise festzuhalten.“

Indem M widmungs- und vertragswidrig Schrott statt Holz gelagert hat, ist gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG zugleich sein öffentlich-rechtliches Nutzungsrecht entfallen. Das von M behauptete Rechtsverhältnis besteht nicht (mehr).

Ergebnis: Die Klage ist unbegründet und bleibt erfolglos.

Die Rechtsauffassung des BayVGH zur Frage, ob die Beendigung des zivilrechtlichen Nutzungsvertrags auf das öffentlich-rechtliche Benutzungsverhältnis durchschlägt, bleibt in Bewegung:

- BayVGH (12. Senat) NJW 2013, 249: (-)
- BayVGH (4. Senat) GewA 2019, 477: (+)
- BayVGH (4. Senat) a.a.O.: grds. (-), ausnahmsweise (+)

Art. 38 GG; §§ 1, 6, 48, 55 BWahlG

Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag – 25. Gesetz zur Änderung des BWahlG

BT-Drs. 19/22504 u. 19/23187; BGBl. I 2020, 2395

Der Deutsche Bundestag besteht zurzeit aus 709 Abgeordneten, also 111 mehr als die nach § 1 Abs. 1 S. 1 BWahlG vorgesehenen 598. Ursache hierfür sind die im Wahlrecht vorgesehenen Überhang- und Ausgleichsmandate (§ 6 Abs. 4 S. 2 u. Abs. 5 BWahlG). Um eine weitere Vergrößerung des Bundestages zu vermeiden, haben Bundestag und Bundesrat Anfang November 2020 das 25. Gesetz zur Änderung des BWahlG beschlossen, das im Wesentlichen am 19.11.2020 in Kraft getreten ist.

I. Es bleibt grds. beim Wahlsystem der **personalisierten Verhältniswahl** (§ 1 Abs. 1 S. 2 BWahlG): Die Abgeordneten des Deutschen Bundestages werden zur Hälfte durch Mehrheitswahl in den Wahlkreisen (sog. Direktmandate), die übrigen nach den Grundsätzen der Verhältniswahl über die Landeslisten der Parteien (Listenmandate) gewählt. Jeder Wähler hat zwei Stimmen: eine Erststimme für die Wahl eines Wahlkreisabgeordneten und eine Zweitstimme für die Wahl einer Landesliste (§ 4 BWahlG).

1. Die **Verteilung der Sitze** richtet sich im Wesentlichen nach den Zweitstimmen und erfolgt nach § 6 BWahlG in einem komplizierten zweistufigen Verfahren: In einer **ersten Verteilung** werden die 598 Sitze nach dem Divisorverfahren Sainte-Laguë/Schepers zunächst auf die Länder entsprechend ihrem Bevölkerungsanteil und sodann auf die Landeslisten der Parteien proportional nach ihren Zweitstimmen im jeweiligen Land verteilt. Hierbei werden grds. nur Parteien berücksichtigt, die mindestens 5 % der im Wahlgebiet abgegebenen gültigen Zweitstimmen erhalten (**Sperrklausel**) oder in mindestens drei Wahlkreisen einen Sitz errungen haben (**Grundmandatsklausel**). Von der danach für jede Landesliste ermittelten Sitzzahl wird die Zahl der von der Partei in den Wahlkreisen errungenen Direktmandate abgerechnet. Die verbleibenden Sitze werden nach der Reihenfolge der jeweiligen Landesliste besetzt. Bewerber, die in einem Wahlkreis gewählt worden sind, bleiben auf der Landesliste unberücksichtigt. In den Wahlkreisen errungene Sitze verbleiben einer Partei als sog. **Überhangmandate** auch dann, wenn sie die nach dem vorstehenden Verfahren ermittelte Zahl übersteigt. In einer **zweiten Verteilung** erfolgt sodann nach § 6 Abs. 5 u. 6 BWahlG ein bundesweiter Ausgleich, damit die endgültige Sitzverteilung dem bundesweiten Zweitstimmenanteil der Parteien entspricht. Hierbei wird die Sitzzahl so weit über 598 hinaus durch **Ausgleichsmandate** angehoben, bis jede Partei ihre Mindestsitzzahl erreicht.

2. Zur Verhinderung einer weiteren Vergrößerung des Bundestages hat der Gesetzgeber nunmehr drei Änderungen beschlossen:

- Die **Zahl der Wahlkreise** (§ 1 Abs. 2 BWahlG) wird mit Wirkung zum 01.01. 2024 von 299 auf künftig 280 reduziert.
- **Überhangmandate** einer Partei werden in gewissem Umfang auf die Listenmandate derselben Partei in anderen Ländern **angerechnet** (§ 6 Abs. 5 u. Abs. 6 BWahlG).
- Ein **Ausgleich von Überhangmandaten** erfolgt erst nach dem dritten Überhangmandat (§ 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG).

II. Ob diese Änderungen eine Vergrößerung des Bundestages verhindern können, wird überwiegend bezweifelt. Außerdem werden verfassungsrechtliche Bedenken geäußert.

1. Dabei ist die **Verringerung der Zahl der Direktmandate** verfassungsrechtlich unbedenklich, da das Wahlsystem im Grundgesetz nicht geregelt ist, sondern lediglich die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG beachten muss. Eine bestimmte Anzahl von Wahlkreisen ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben. Sie dürfen nur nicht so groß sein, dass der mit einer Mehrheitswahl verfolgte Zweck nicht mehr erreicht werden kann. Eine nachhaltige Auswirkung auf die Größe des Bundestages dürfte die Reduzierung um lediglich 19 Direktmandate allerdings nicht bringen.

2. Dass **Überhangmandate** einer Partei mit Listenmandaten derselben Partei in anderen Ländern **verrechnet** werden, beeinträchtigt zwar den föderalen Charakter der Wahl, wird aber überwiegend noch für verfassungsgemäß gehalten. Denn die Erfolgswertgleichheit der Zweitstimmen ist bundesweit zu sehen und die parteiinterne föderale Sitzverteilung verändert das Verhältnis der Sitzzuteilung zwischen den Parteien nicht. Bedenklich erscheint allerdings, dass die Verrechnung Parteien nicht betrifft, die (wie die CSU in Bayern) nur in einem Land zur Wahl antreten und bei denen keine anderen Landeslisten zur Verrechnung existieren. Überdies dürfte auch die im Einzelnen sehr komplizierte (Teil-)Verrechnung wenig effektiv sein. Nach sachverständigen Berechnungen hätte die partielle parteiinterne Verrechnung von Überhangmandaten bei der letzten Bundestagswahl 2017 lediglich eine Verkleinerung von 709 auf 700 Mandate bewirkt.

3. **Ausgleichslose Überhangmandate** sind nach Auffassung des BVerfG nur zulässig, wenn dadurch der Grundcharakter der Wahl als Verhältniswahl nicht aufgehoben wird. Die Grenze hat das BVerfG bei etwa der Hälfte der für die Bildung einer Fraktion erforderlichen Abgeordnetenzahl gesehen. Bei 598 Abgeordneten wären dies 15 Überhangmandate. Zweifelhaft ist allerdings, ob dies auch gilt, wenn die Überhangmandate nicht als ungewollte und unausweichliche Konsequenz des Wahlsystems entstehen, sondern der Gesetzgeber drei Überhangmandate bewusst als **proporzverzerrendes Mittel** einsetzt. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, dass der Nichtausgleich von drei Überhangmandaten wieder zu einem sog. **negativen Stimmgewicht** führt, das die Erfolgswertgleichheit der Stimmen und die Unmittelbarkeit der Wahl verletzt. Zudem gibt es Unklarheiten, wie § 6 Abs. 5 S. 4 BWahlG zu verstehen ist. Bleiben insgesamt (für alle Parteien) drei Überhangmandate unberücksichtigt oder kann jede Partei bis zu drei ausgleichslose Überhangmandate erhalten oder gilt dies sogar pro Partei in jedem Land? Zwar spricht die Gesetzesbegründung für die erste Interpretation (BT-Drs. 19/22054, S. 6), eindeutig ist der Wortlaut des Gesetzes („bis zu einer Zahl von drei“) indes nicht. Überdies dürfte auch die Wirkung dieser Regelung auf die Größe des Parlaments begrenzt sein.

Eine größere Reform soll es nach dem Willen des Gesetzgebers erst für die Wahl 2025 geben. Dazu soll eine Reformkommission aus Wissenschaftlern, Abgeordneten und weiteren Mitgliedern eingesetzt werden, die spätestens bis zum 30.06.2023 ein Ergebnis vorlegen soll (§ 55 BWahlG).

BVerfG RÜ 2012, 587, 591 f.

Zum negativen Stimmgewicht BVerfG RÜ 2008, 521, 523 f.

RA Horst Wüstenbecker

Die Geschäftsführung ohne Auftrag

A. Einleitung

Eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) liegt vor, wenn jemand ein fremdes Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, **§ 677 BGB**. Der Grund für die Geschäftsführung darf also nicht in einem bestehenden Schuldverhältnis, sei es gesetzlicher oder vertraglicher Art, liegen.

Das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag ist ein **Ausgleichs- und Abwicklungsrecht** für all jene Fallgestaltungen, in denen eine Tätigkeit vom Handelnden (zumindest auch) als Besorgung fremder Angelegenheiten betrachtet wird. Bestehen im Zeitpunkt der Wahrnehmung der Aufgaben, die zum Geschäftsbereich eines anderen gehören, keine vertraglichen oder gesetzlichen Ausgleichsregeln, so gelten die §§ 677 bis einschließlich 687 BGB.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist ihrer Rechtsnatur nach als auftragsähnliches **gesetzliches Schuldverhältnis** zu qualifizieren. Dabei handelt es sich um ein unvollkommen zweiseitiges Rechtsverhältnis, weil lediglich zulasten des Geschäftsführers zwingend Pflichten erwachsen, die mit den etwaigen Pflichten des Geschäftsherrn (§§ 683, 684 BGB) in **keinem Gegenseitigkeitsverhältnis** stehen.

Nach den §§ 677 ff. BGB sind im Wesentlichen **vier Fallgruppen** der Geschäftsführung ohne Auftrag zu unterscheiden:

- Echte berechtigte GoA, §§ 677, 683 BGB
- Echte unberechtigte GoA, §§ 677, 684 BGB
- Irrtümliche GoA, § 687 Abs. 1 BGB
- Angemaßte GoA, § 687 Abs. 2 BGB

Die erste Weichenstellung erfolgt durch die Differenzierung danach, ob der Geschäftsführer überhaupt im fremden Interesse des Geschäftsherrn tätig werden will (sog. Fremdgeschäftsführungswille). Nur dann liegt nämlich ein Fall der **echten** GoA vor. Innerhalb der echten GoA ist wiederum danach zu unterscheiden, ob die Geschäftsführung dem Interesse und dem (mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn entsprach (echte **berechtigte** GoA) oder nicht (echte **unberechtigte** GoA).

Demgegenüber spricht man von einer **unechten** GoA, wenn der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft als eigenes behandelt, also ohne Fremdgeschäftsführungswillen agiert. Die weitere Weichenstellung richtet sich sodann nach der subjektiven Willensrichtung des Geschäftsführers. Glaubt er irrtümlich, es liege ein eigenes Geschäft vor, handelt es sich um einen Fall der **irrtümlichen** GoA. Führt der Geschäftsführer das Geschäft dagegen in Kenntnis der objektiven Fremdheit als eigenes, liegt eine **angemaßte** GoA vor.

B. Echte berechtigte GoA

Eine **echte GoA** liegt nach **§ 677 BGB** vor, wenn jemand ein fremdes Geschäft für einen anderen mit Fremdgeschäftsführungswillen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein. Entspricht die Übernahme der Geschäftsführung außerdem dem Interesse und dem (mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn i.S.d. **§ 683 BGB**, so handelt es sich um eine echte **berechtigte** GoA.

I. Geschäftsbesorgung

Der Begriff des Geschäfts i.S.d. § 677 BGB ist **weit auszulegen**. Erforderlich ist aber in jedem Fall eine Tätigkeit, denn bloßes Unterlassen, Dulden oder Ge-

Zur öffentlich-rechtlichen GoA bei Unterbringung eines Hundes RÜ 2017, 811

Aufbauschema: Echte berechtigte GoA

- I. Geschäftsbesorgung
- II. für einen anderen
- III. ohne Auftrag und ohne sonstige Berechtigung
- IV. interessen- und willensgemäß
- V. Rechtsfolgen

währenlassen genügt grundsätzlich nicht. Bei der Geschäftsbesorgung kann es sich um eine einzige Angelegenheit oder um eine Tätigkeit von gewisser Dauer handeln.

Der Geschäftsführer braucht außerdem nicht in eigener Person tätig zu werden, er kann sich **auch** seiner **Hilfspersonen oder Dritter** bedienen.

Kurzformel: Geschäftsbesorgung umfasst grundsätzlich **alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen**.

Beispiele:

1. Rechtliche Handlungen: Vertragsabschluss, Tilgung einer Schuld
2. Tatsächliche Handlungen: Abschleppen eines Fahrzeugs, Löschung eines Brands, Behandlung eines Kranken

Benennen Sie immer **konkret** die rechtliche oder tatsächliche Handlung. Es kann nämlich entscheidend sein, einen konkreten Bezugspunkt für die Prüfung der weiteren Tatbestandsmerkmale zu haben.

Kein tauglicher Gegenstand einer Geschäftsbesorgung sind **höchstpersönliche Handlungen**, beispielsweise die Errichtung eines Testaments oder die Eheschließung.

II. Für einen anderen

Nach § 677 BGB muss der Geschäftsführer das Geschäft „für einen anderen“ besorgen. Dazu muss ein fremdes Geschäft vorliegen und der Geschäftsführer muss mit entsprechendem Fremdgeschäftsführungswillen handeln.

1. Fremdes Geschäft

Fremd ist das Geschäft, wenn es objektiv zum **Pflichten- oder Interessenkreis eines anderen** gehört. Dabei gilt es, zwischen drei Fallgestaltungen zu differenzieren:

a) Ein objektiv fremdes Geschäft gehört schon seinem Inhalt nach und daher äußerlich erkennbar zu einem fremden Rechts- oder Interessenkreis.

Beispiele: Hilfeleistung für Verletzten, Abwendung einer von einer fremden Sache ausgehenden Gefahr, Tilgung fremder Schulden, Veräußerung oder Vermietung einer fremden Sache

b) Ein (objektiv) neutrales Geschäft kann äußerlich sowohl zum Rechtsbereich des Geschäftsführers als auch des Geschäftsherrn gehören. Der etwaige Fremdcharakter ergibt sich erst aus einem Fremdgeschäftsführungswillen.

Beispiel: Kauf eines Gegenstands für einen anderen

c) Führt der Geschäftsführer ein Geschäft sowohl im eigenen als auch im fremden Interessen- oder Pflichtenkreis, so handelt es sich um ein sog. auch fremdes Geschäft. Das Vorliegen eines solchen Geschäfts schließt nach h.M. die Anwendung der GoA-Regeln nicht aus, da § 677 BGB nicht verlangt, dass das Geschäft **nur** für einen anderen vorgenommen wird.

Beispiel: Brand in der Wohnung des Nachbarn wird gelöscht, um gleichzeitig zu verhindern, dass der Brand auf die eigene Wohnung übergreift.

Ferner ist es nach h.M. auch mit § 677 BGB vereinbar, dass der Geschäftsführer mit der Geschäftsführung (für den Geschäftsherrn) eine **wirksame vertragliche Verpflichtung gegenüber** einem **Dritten** erfüllen will. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird nur dann gemacht, wenn die Verpflichtung auf einem mit dem Dritten wirksam geschlossenen Vertrag beruht, der die Rechte und Pflichten des Geschäftsführers und insbesondere die Entgeltfrage abschließend und umfassend regelt.

Beschädigt der Handelnde seine Rechtsgüter, um einen Schaden von den Rechtsgütern eines anderen abzuwenden, für dessen Ausgleich er verant-

Dazu AS-Skript Schuldrecht BT 3 (2019), Rn. 67 f.

wortlich und schadensersatzpflichtig gewesen wäre, dann nimmt der Handelnde **ausschließlich ein eigenes Geschäft** wahr. Wer verhindern will, dass er aus unerlaubter Handlung oder aus Gefährdungshaftung in Anspruch genommen wird, kann deshalb wegen der Verletzung seiner eigenen Rechtsgüter keine Ansprüche aus GoA geltend machen.

Wenn der Handelnde hingegen den Schadenseintritt an den Rechtsgütern eines anderen verhindert, für den er nicht verantwortlich gewesen wäre, nimmt er (zumindest auch) ein **fremdes Geschäft** wahr. Dann kann der Geschäftsführer unter den Voraussetzungen der GoA Ersatz verlangen. Deshalb ist im Rahmen des Merkmals „fremdes Geschäft“ **inzident zu prüfen**, ob der Geschäftsherr gegen den Geschäftsführer einen **Schadensersatzanspruch gehabt hätte**.

2. Fremdgeschäftsführungswille

Die echte GoA setzt außerdem voraus, dass der Geschäftsführer mit Fremdgeschäftsführungswillen gehandelt hat.

Dazu ist erforderlich, dass der Geschäftsführer **Kenntnis** von der Fremdheit hat (sonst § 687 Abs. 1 BGB) und er ferner den **Willen** hat, dieses Geschäft für einen anderen zu tätigen (sonst § 687 Abs. 2 BGB). Wer weiß, dass er ein fremdes Geschäft führt, hat grundsätzlich auch den erforderlichen Fremdgeschäftsführungswillen, es sei denn, er bringt den gegenteiligen Willen zum Ausdruck.

Bei einem **objektiv fremden Geschäft** wird – unstreitig – das Vorliegen eines Fremdgeschäftsführungswillens (widerlegbar) **vermutet**.

Streitig ist demgegenüber die Behandlung des Fremdgeschäftsführungswillens beim **auch fremden Geschäft**.

- Die h.M. geht davon aus, dass auch in diesem Fall der Fremdgeschäftsführungswille vermutet werden kann.
- Nach der Gegenauffassung ist es bei einem auch fremden Geschäft wahrscheinlicher, dass der Geschäftsführer allein im eigenen Interesse handelt, sodass der Fremdgeschäftsführungswille nach außen erkennbar hervortreten müsse.
- Für die h.M. spricht folgende Erwägung: Wusste der Geschäftsführer, dass das Geschäft objektiv ebenso zu einem fremden Interessen- oder Pflichtenkreis zählt, so ist davon auszugehen, dass er deshalb auch mit dem Willen handelte, das Geschäft für den anderen zu tätigen.

Das **neutrale Geschäft** erhält seinen Fremdcharakter erst durch den Willen des Handelnden, das Geschäft vordringlich oder zumindest gleichzeitig für einen anderen zu führen. Hier besteht **keine Vermutung** des Fremdgeschäftsführungswillens, sondern dieser muss hinreichend nach außen in Erscheinung treten. Die Beweislast dafür trägt der Geschäftsführer.

Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen zum Bereich der vertraglichen Schuldverhältnisse muss der Geschäftsführer auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag mit **Rechtsbindungswillen** handeln. Bei rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnissen wird zwischen Gefälligkeitsverträgen (z.B. § 662 BGB) und bloßen Gefälligkeiten unterschieden. Nach diesen Maßstäben ist auch zwischen einer Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 BGB und einer bloßen **Gefälligkeit ohne Auftrag** zu differenzieren.

Ob bei fehlendem Rechtsbindungswillen ein Anspruch aus den § 677 ff. BGB am Nichtvorliegen einer Geschäftsbesorgung oder mangels Fremdgeschäftsführungswillens scheitert, ist eine rein dogmatische Frage. Da der erforderliche Fremdgeschäftsführungswille das **voluntative Element** der Geschäftsführung ohne Auftrag betrifft, sollte dort vorzugsweise geprüft werden, ob der Geschäftsführer mit dem notwendigen Rechtsbindungswillen handelte.

Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens auch beim auch fremden Geschäft (h.M.)

Zur bloßen **Gefälligkeit ohne Auftrag**, BGH RÜ 2015, 635



Die Frage, ob der Geschäftsführer mit Rechtsbindungswillen tätig wird, ist (ausnahmsweise) **nur dann anzusprechen, wenn der Sachverhalt eine Abgrenzung** zu einer bloßen Gefälligkeit **nahelegt**.

Beispiel: Der BGH hat in einer neueren Entscheidung aus dem Bereich der GoA einen Rechtsbindungswillen – auch im Verhältnis zum Sportverein – verneint, wenn eine Großmutter ihre minderjährige Enkelin gelegentlich zu Sportveranstaltungen ihres Fußballvereins fährt (vgl. BGH RÜ 2015, 694).

III. Ohne Auftrag und ohne sonstige Berechtigung

Der Geschäftsführer muss gemäß § 677 BGB ohne Auftrag des Geschäftsherrn und ohne sonstige Berechtigung **gegenüber dem Geschäftsherrn** gehandelt haben. Eine Legitimation gegenüber einem Dritten reicht nicht aus.

1. Ohne Auftrag

Der Geschäftsführer handelt ohne Auftrag, wenn er dem Geschäftsherrn gegenüber **weder aus Vertrag noch kraft Gesetzes verpflichtet** ist.

Sind dem Geschäftsherrn gegenüber **mehrere Personen** verpflichtet, so ist dies für einen „Auftrag“ i.S.d. § 677 BGB ausreichend.

Ist der Anspruchsteller aufgrund eines **unwirksamen** Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsvertrags für den Anspruchsgegner tätig geworden, so erledigt er auch Aufgaben, die zum **Geschäftsbereich des Anspruchsgegners** gehören. Der Anspruchsteller will mit dem Tätigwerden zum einen seiner vermeintlichen Vertragspflicht nachkommen und zum anderen erledigt er damit Aufgaben des Anspruchsgegners. Ob in diesen Fällen die Regeln der GoA Anwendung finden, wird nicht einheitlich beurteilt.

Während nach einer in der Lit. vertretenen Auffassung nichtige Verträge ausschließlich nach den Regeln der Leistungskondition abzuwickeln sind, geht die Rspr. davon aus, dass die **GoA anwendbar** ist. Dafür spricht, dass derjenige, der aufgrund eines nichtigen Vertrags im Geschäftsbereich eines anderen berechtigterweise tätig wird, nicht schlechter gestellt sein darf als derjenige, der ohne Vereinbarung für einen anderen tätig geworden ist.

2. Ohne sonstige Berechtigung

Eine sonstige Berechtigung kann sich aus einer **familienrechtlichen Beziehung** (Ehegatten, § 1357 BGB) oder aus einer **Amts- bzw. Organstellung** (Nachlass- oder Insolvenzverwalter, Vereinsvorstand) ergeben.

Die allgemeine Hilfeleistungspflicht gemäß **§ 323 c StGB** reicht nicht aus. Dafür spricht, dass das spezielle Auftragsverhältnis i.S.d. § 677 BGB immer eine Sonderbeziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn statuiert, in der die rechtlichen Beziehungen, insbesondere auch in Bezug auf den Aufwendungsersatz, speziell geregelt sind. Durch § 323 c StGB wird aber gerade keine Sonderbeziehung begründet, die Vorschrift betrifft vielmehr die Allgemeinheit.

IV. Übernahme entspricht dem Interessen und dem Willen

Die echte berechtigte GoA setzt voraus, dass die Übernahme der Geschäftsführung gemäß **§ 683 S. 1 BGB** interessen- und willensgemäß war.

1. Interessengemäßheit

Dem **Interesse** des Geschäftsherrn entspricht die Übernahme der Geschäftsführung, wenn sie für den Geschäftsherrn **objektiv nützlich** ist, sich also für ihn vorteilhaft auswirkt.

Die objektive Nützlichkeit ist nach der **Sachlage im Zeitpunkt der Übernahme** der Geschäftsführung zu beurteilen. So ist beispielsweise auch ein letztlich

Nach der in der Lit. vertretenen Auffassung sind **nichtige Verträge ausschließlich** nach den Regeln der **Leistungskondition** abzuwickeln, weil sonst die bereicherungsrechtlichen Ausschlussvorschriften gemäß den §§ 814, 815, 817 BGB keine Beachtung finden können. Eine solche Bevorzugung des Anspruchstellers, der aufgrund eines nichtigen Vertrags Tätigkeiten erbracht habe, sei nicht gerechtfertigt.

erfolgloser Versuch der Lebensrettung interessen- und willensgemäß, wenn nicht von vornherein feststand, dass keinerlei Rettungsmöglichkeit mehr bestand. Unsachgemäße Maßnahmen sind nicht interessengerecht. Bei körperlichem Einsatz zur Rettung gefährdeter Personen oder Sachen ist im Einzelfall eine **Abwägung zwischen der Höhe des eingegangenen Risikos und der Größe des drohenden Verlustes** erforderlich.

Außerdem ist die **Tilgung einer einredefreien Schuld** grundsätzlich vorteilhaft und damit interessengemäß, es sei denn, dass eine einfachere Tilgungsmöglichkeit (z.B. Aufrechnung) bestand. Gleiches gilt, wenn ein Grundstückseigentümer eine Eigentumsbeeinträchtigung selbst beseitigt. Der Störer wird dann nämlich von der ihm gemäß § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB obliegenden Störungsbeseitigungspflicht frei, sodass die Übernahme des Geschäfts auch in seinem objektiven Interesse liegt.

Beispiel: Wird ein Fahrzeug, das unbefugt auf einem Privatgrundstück in verbotener Eigenmacht abgestellt wurde, im Auftrag des Grundstücksbesitzers im Wege der berechtigten Selbsthilfe entfernt, entspricht dies dem objektiven Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Fahrzeughalters (BGH RÜ 2016, 345).

2. Willensgemäßheit

Die Übernahme der Geschäftsführung entspricht dem Willen des Geschäftsherrn nur dann, wenn

- der Geschäftsherr sich ausdrücklich oder konkludent damit einverstanden erklärt hat, **wirklicher Wille**, oder **hilfsweise**
- die Übernahme dem **mutmaßlichen Willen** des Geschäftsherrn entspricht.

Bei der Beurteilung der Willensgemäßheit ist der **tatsächlich geäußerte Wille** in den in § 679 BGB gesetzten Grenzen entscheidend. Demnach liegen die Voraussetzungen des § 683 – entgegen dem Wortlaut („dem Interesse und dem ... Willen“) – auch dann vor, wenn der wirkliche Wille unvernünftig oder interessenwidrig ist.

Der entgegenstehende **Wille** des Geschäftsherrn ist gemäß **§ 679 BGB unbeachtlich**,

- wenn der Geschäftsherr die wahrgenommene **Aufgabe im öffentlichen Interesse** hätte erfüllen müssen oder
- eine **gesetzliche Unterhaltungspflicht des Geschäftsherrn** nicht rechtzeitig erfüllt worden wäre.

Beispiele: Zu den Unterhaltungspflichten i.S.d. § 679 BGB zählen etwa solche des Familienrechts (§§ 1360 f., 1601 ff. BGB) und des Erbrechts (§1969 BGB).

Der **mutmaßliche Wille** ist der Wille, den der Geschäftsherr bei objektiver Beurteilung aller Umstände geäußert hätte, **wenn** er bei Übernahme des Geschäfts gefragt worden wäre. Dabei ist regelmäßig davon auszugehen, dass ein **objektiv nützlich Geschäft** auch dem Willen des Geschäftsherrn entspricht.

In einer Prüfung sollte immer (kurz) festgestellt werden, ob der **tatsächliche Wille** bekannt ist. Viele Klausurbearbeiter übersehen dies und gehen unmittelbar auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn ein. Dadurch kann der Korrektor nicht zweifelsfrei beurteilen, ob dem Klausurbearbeiter bekannt ist, dass **vorrangig** auf den wirklichen Willen abzustellen ist

Nach h.M. ist der entgegenstehende **Wille des Selbstmörders stets unbeachtlich**. Die Begründungen hierfür sind unterschiedlich. Zum Teil werden für die Unbeachtlichkeit die §§ 13, 323 c StGB unmittelbar herangezogen. Nach anderer Auffassung ist der entgegenstehende Wille des Selbstmörders **analog § 679** nicht zu beachten. Dabei wird die Analogie mit der Wertung des § 323 c StGB begründet.

Soweit das Gesetz auf den Willen des Geschäftsherrn abstellt (z.B. §§ 679, 683 BGB), ist aus Gründen des Minderjährigenschutzes auf den tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen und die Erklärung des **gesetzlichen Vertreters**, also etwa der Eltern, abzustellen.

Für die h.M. spricht, dass mit der Anwendung der GoA-Regeln kein menschliches Werturteil gefällt werden, sondern eine **risikogerechte Verteilung** der Aufwendungen und Schäden unter Berücksichtigung der beiderseitigen Vermögensinteressen erfolgen soll. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, eine berechnete GoA zu bejahen, weil andernfalls dem „ungewollten“ Retter bei einem Selbstmordversuch kein Anspruch auf Aufwendungsersatz zustünde. Den Geschäftsführer allein auf einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der „Herausforderung“ durch den Selbstmörder zu verweisen, reicht nicht aus.

V. Rechtsfolgen

Der examensrelevanteste Anspruch im Rahmen der echten berechtigten GoA ist der Anspruch des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn auf Aufwendungsersatz aus den **§§ 670, 683 S. 1, 677 BGB**.

Daneben sind aber auch die Ansprüche des Geschäftsherrn auf Herausgabe des Erlangten (§§ 667, 681 S. 2, 677 BGB) sowie der Anspruch auf Schadensersatz gemäß den §§ 280 Abs. 1, 677 BGB zu beachten.

1. Aufwendungsersatzanspruch des Geschäftsführers

Der Anspruch aus den §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB ist nicht anwendbar, wenn der Handelnde nach **Spezialgesetzen** einen Anspruch auf Aufwendungsersatz hat. Dazu zählen insbesondere

- § 970 BGB (Finder)
- §§ 994 ff. BGB (unrechtmäßiger Besitzer)
- § 1648 BGB (Eltern)
- § 1835 BGB (Vormund)

Sind keine vorrangigen Spezialgesetze einschlägig, so kann der Geschäftsführer gemäß den §§ 683 S. 1, 670 BGB „wie ein Beauftragter“ vom Geschäftsherrn die **erforderlichen** Aufwendungen ersetzt verlangen.

Aufwendungen sind **freiwillige Vermögensopfer**. Erforderlich sind vermögensrechtliche Maßnahmen, die der Geschäftsführer nach den Umständen des Einzelfalles für erforderlich halten durfte. Entscheidend ist die **objektive Betrachtung** aus der Sicht eines sorgfältigen Beauftragten in gleicher Lage.

Nach h.M. umfasst der Aufwendungsbegriff der GoA auch die **risikotypischen Schäden**, weil der Geschäftsführer das mit der Geschäftsführung verbundene Schadensrisiko **freiwillig** auf sich genommen hat. Dafür spricht ferner der Rechtsgedanke des § 110 Abs. 1 HGB.

Da es sich insoweit um einen Schadensersatzanspruch handelt, ist entsprechend **§ 254 BGB** ein etwaiges **Mitverschulden des Geschäftsführers** anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

Dabei muss aber ggf. wiederum die **Wertung des § 680 BGB** Berücksichtigung finden. Nach dieser Vorschrift hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr bezweckt. Die Vorschrift des **§ 680 BGB** gilt direkt für die Haftung des Geschäftsführers gegenüber dem Geschäftsherrn, begrenzt darüber hinaus jedoch auch das Risiko eigener Verluste, sodass ein **Mitverschulden** des Geschäftsführers **nur bei Vorsatz** und **grober Fahrlässigkeit** zur Anspruchskürzung führt.

Gehört die Geschäftsbesorgung des Geschäftsführers zu dessen Beruf oder Gewerbe, so kann er **analog § 1835 Abs. 3 BGB** – im Gegensatz zum Anspruch aus den §§ 670, 662 BGB im Auftragsrecht – auch eine entsprechende **Vergü-**

Neben den Ansprüchen aus GoA können bei der Rettung eines Selbstmörders Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB bestehen, wenn bei dem zum Eingreifen herausgeforderten Retter durch die Rettung Rechte i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB (Körper, Gesundheit) verletzt worden sind.

ung als Aufwendungsersatz verlangen. Anders als beim Auftragsvertrag fehlt es nämlich bei der Geschäftsführung ohne Auftrag an einer Vereinbarung über die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung.

Beispiel: Leistet ein Arzt als Geschäftsführer ohne Auftrag medizinische Behandlungsmaßnahmen, kann er dafür eine Vergütung verlangen.

2. Ansprüche des Geschäftsherrn

Der Geschäftsführer einer echten berechtigten GoA muss gemäß **§§ 667, 681 S. 2, 677 BGB** das **in Ausführung** der Geschäftsführung **Erlangte** an den Geschäftsherrn herausgeben.

Die **Herausgabepflicht** erstreckt sich auch auf den erzielten Gewinn. Dazu gehören alle Sachen und Rechte, die der Geschäftsführer von einem Dritten infolge der Geschäftsbesorgung erhalten hat, die also mit der Geschäftsbesorgung in einem inneren Zusammenhang stehen (z.B. auch Schmiergelder). Außerdem muss der Geschäftsführer das **herauszugebende Geld**, das er für sich verwendet hat, **verzinsen**, §§ 681 S. 2, 668 BGB.

Den Geschäftsführer trifft gemäß § 677 BGB die Verpflichtung, die Geschäftsführung im Interesse und im mutmaßlichen oder wirklichen Willen des Geschäftsherrn **auszuführen**.

Verletzt der Geschäftsführer diese Sorgfaltspflicht, so haftet er dem Geschäftsherrn gegenüber auf **Schadenersatz** gemäß **§ 280 Abs. 1 BGB** wegen Ausführungsverschuldens. Die echte berechnigte GoA ist nämlich ein gesetzliches Schuldverhältnis i.S.d. § 280 BGB.

Der Geschäftsführer hat die **Übernahme** der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn **anzuzeigen** und, soweit mit dem Aufschub keine Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten (§ 681 S. 1 BGB).

Gemäß §§ 681 S. 2, **666 BGB** ist der Geschäftsführer ferner zur **Auskunft** und **Rechenschaft** verpflichtet.

C. Echte unberechtigte GoA

I. Voraussetzungen

Eine echte unberechtigte GoA bedarf – ebenso wie die echte berechnigte GoA – der Voraussetzungen des § 677 BGB. Es muss also eine Geschäftsbesorgung für einen anderen ohne dessen Auftrag und ohne sonstige Berechnigung vorliegen.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist **unberechnigt**, wenn die Voraussetzungen des § 683 BGB nicht vorliegen (vgl. § 684 S. 1 BGB), die Übernahme der Geschäftsführung also

- entweder **nicht** dem **Interesse** des Geschäftsherrn **oder**
- **nicht** dessen wirklichem oder mutmaßlichem **Willen** entspricht.

Eine unberechnigte GoA liegt mithin schon dann vor, wenn die Geschäftsführung nicht interessengemäß ist.

Der Geschäftsherr hat gemäß **§ 684 S. 2 BGB** die Möglichkeit, eine zunächst unberechnigte GoA zu genehmigen. Dann verwandelt die **Genehmigung** die unberechnigte **rückwirkend** in eine berechnigte GoA, ohne einen Auftragsvertrag (§ 662 BGB) zu begründen.

Die Genehmigung kann als **formlos** wirksames, einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft auch **konkludent** dadurch erfolgen, dass der Geschäftsherr das aus der Geschäftsführung Erlangte herausverlangt.

Aufbauschema: Echte unberechnigte GoA

- I. Geschäftsbesorgung
- II. für einen anderen
- III. ohne Auftrag und ohne sonstige Berechnigung
- IV. nicht interessen- oder nicht willensgemäß
- V. Rechtsfolgen

II. Rechtsfolgen

1. Anspruch des Geschäftsführers auf Herausgabe

Der Geschäftsherr ist nach **§ 684 S. 1 BGB** dazu verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben. Nach h.M. handelt es sich dabei um eine **Rechtsfolgenverweisung** auf die **§§ 812 ff. BGB**. Das hat zur Folge, dass die §§ 814, 815, 817 S. 2 BGB keine Anwendung finden.

Bei dem, was der Geschäftsherr durch die Geschäftsführung ohne Auftrag als dauernde Mehrung seines Vermögens erlangt hat, kann es sich um eine gegenständliche Vermögensmehrung, eine Schuldbefreiung oder auch ersparte Aufwendungen handeln. Der Geschäftsführer bekommt also letztlich **Aufwendungsersatz nach dem Bereicherungsrecht**. Im Unterschied zum Anspruch aus den §§ 670, 683 S. 1, 677 BGB aber unter den strengeren Voraussetzungen der §§ 818 ff. BGB, also etwa der Möglichkeit des Geschäftsherrn, sich auf Entreichung zu berufen.

2. Ansprüche des Geschäftsherrn auf Schadensersatz

Bei einer unberechtigten GoA kann sich ein Schadensersatzanspruch des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer aus **§ 678 BGB** wegen **Übernahmeverschuldens** ergeben, wenn der unberechtigte Geschäftsführer seine Nichtberechtigung bei Übernahme des Geschäfts hätte erkennen können.

Grundsätzlich gelten hierfür die Sorgfaltsanforderungen des § 276 BGB, so dass bereits die leicht fahrlässige Übernahme einer unberechtigten GoA ausreicht. Wird der Geschäftsführer aber tätig, um den Geschäftsherrn vor einer drohenden dringenden Gefahr zu bewahren, so gilt für das Übernahmeverschulden die **Haftungsmilderung** des **§ 680 BGB**. Danach hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

Die Ersatzpflicht gemäß § 678 BGB erfasst alle **mit der Übernahme** des Geschäftes adäquat **kausal entstandenen Schäden**.

Daneben kann sich außerdem eine Haftung des Geschäftsführers gemäß den **§§ 280 Abs. 1, 677 BGB** wegen **Ausführungsverschuldens** ergeben. Die echte unberechtigte GoA ist nämlich – ebenso wie die echte berechtigte GoA – ein gesetzliches Schuldverhältnis i.S.d. § 280 BGB. Ferner gilt auch hier die Haftungsmilderung des § 680 BGB.

3. Anspruch des Geschäftsherrn auf Herausgabe

Umstritten ist, ob dem Geschäftsherrn der Anspruch aus §§ 667, 681 S. 2, 677 BGB auch **gegen den unberechtigten Geschäftsführer** zusteht. Das wird zum Teil verneint, da es dem Geschäftsherrn frei stehe, die unberechtigte GoA durch **Genehmigung nach § 684 S. 2 BGB** zur berechtigten zu machen.

Nach zutreffender Gegenauffassung ist § 681 BGB hingegen auch auf den unberechtigten Geschäftsführer anzuwenden, weil der **unberechtigte** Geschäftsführer **nicht besser stehen soll** als der berechtigte und erst recht nicht einzusehen ist, dass § 681 BGB über die Verweisung in § 687 Abs. 2 S. 1 BGB für den anmaßenden Eigengeschäftsführer gilt, nicht aber für den berechtigten Geschäftsführer.

Die Ansprüche aus den §§ 667, 681 S. 2, 677 BGB und §§ 684 S. 1, 818 ff. BGB schließen sich auch **nicht wechselseitig aus** und führen auch nicht zur Treuwidrigkeit des Herausgabebegehrens nach § 242 BGB; der scheinbare Widerspruch beider Ansprüche lässt sich dahingehend auflösen, dass der Geschäftsherr gemäß den §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB lediglich Aufwendungsersatz nach Be-

reicherungsrecht schuldet, während der Geschäftsführer das Erlangte nach §§ 667, 681 S. 2, 677 BGB herauszugeben hat.

D. Irrtümliche GoA

Die §§ 677 ff. BGB finden bei irrtümlicher GoA keine Anwendung.

Nach § 687 Abs. 1 BGB **gelten die GoA-Regeln nicht**, wenn ein Geschäft in Unkenntnis der Fremdheit geführt wird. Auch eine Genehmigung gemäß § 684 S. 2 BGB vermag die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB nicht zu begründen, da eine Genehmigung die Kenntnis von der Geschäftsführung ohne Auftrag voraussetzt.

Für den Ausgleich zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn sind dann andere Vorschriften, insbesondere die §§ 987 ff., die §§ 823 ff. und die §§ 812 ff., maßgebend.

E. Angemaßte GoA

I. Voraussetzungen

Führt der Geschäftsführer ein objektiv fremdes Geschäft ohne Auftrag des Geschäftsherrn und ohne sonstige Berechtigung wissentlich in eigennütziger Absicht **als eigenes**, liegt eine angemaßte GoA vor.

Bis auf den Fremdgeschäftsführungswillen müssen bei der angemaßten GoA also alle Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag gemäß § 677 BGB vorliegen. Ferner muss der Geschäftsführer in Abgrenzung zur irrtümlichen GoA gemäß § 687 Abs. 1 BGB mit **positiver Kenntnis der Fremdheit** handeln.

Beispiel: Unautorisierte Veräußerung fremder Sachen; Entgegennahme von Leistungen, die nur dem Geschäftsherrn zustehen.

Die fahrlässige Unkenntnis von der Fremdheit des Geschäfts reicht zur Begründung eines Falls von § 687 Abs. 2 BGB nicht aus. Ausreichend ist jedoch nach **§ 142 Abs. 2 BGB** die positive Kenntnis der Anfechtbarkeit des berechtigenden Rechtsgeschäfts.

II. Rechtsfolgen

Der Geschäftsführer ist dem Geschäftsherrn gemäß den **§§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1 BGB** zur Herausgabe verpflichtet. Dieser Herausgabeanspruch umfasst auch den Veräußerungserlös, der über den Verkehrswert hinausgeht, und entsteht unabhängig davon, ob das Erlangte noch vorhanden ist.

Nur wenn der Geschäftsherr die sich aus dem Verweis in § 687 Abs. 2 S. 1 BGB ergebenden Ansprüche ausdrücklich oder konkludent geltend macht, ist er dem Geschäftsführer nach **§§ 684 S. 1, 812 ff., 687 Abs. 2 S. 2 BGB** verpflichtet. Dann steht dem Geschäftsführer Aufwendungsersatz nach dem Bereicherungsrecht zu.

Außerdem kann der Geschäftsherr vom Geschäftsführer Schadensersatz wegen Übernahmeverschuldens gemäß den **§§ 678, 687 Abs. 2 S. 1 BGB** verlangen.

Bei der angemaßten Eigengeschäftsführung treten ferner die Ansprüche aus § 687 Abs. 2 S. 1 i.V.m. §§ 677, 678, 681 BGB im Wege der **Anspruchskonkurrenz** neben die allgemeinen Regeln (§§ 823 ff., 812 ff. BGB). Der Geschäftsführer einer angemaßten GoA ist nämlich nicht schutzwürdig und soll deshalb die „gesamte Härte des BGB“ zu spüren bekommen.

RA Dr. Tobias Langkamp

Zivilrecht

- 1.** Ist eine Coronaschließungsanordnung ein Mietmangel?

1. Das LG Frankfurt a.M. hat entschieden, dass ein Mietmangel nicht gegeben sei. Die Schließungsanordnung stehe nicht in unmittelbarer Beziehung zur konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache. **(RÜ 1/2021, S. 2)**
- 2.** Ist eine Coronaschließungsanordnung ein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage?

2. Das LG Frankfurt hat dies zumindest abgelehnt. Die Parteien haben die notwendigen Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB noch gar nicht hinreichend klar gemacht. Überdies werde der Mieter hinreichend über das Moratorium gemäß Art. 240 § 2 EBGBG geschützt. **(RÜ 1/2021, S. 3)**
- 3.** Wann ist ein Auskunftsanspruch i.S.v. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt?

3. Erfüllt ist der Anspruch, wenn die Angaben nach dem erklärten Willen des Schuldners die Auskunft im geschuldeten Gesamtvolumen darstellen. Wesentlich für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs ist daher die – ggf. konkludente – Erklärung des Auskunftsschuldners, dass die Auskunft vollständig ist. Wird die Auskunft in dieser Form erteilt, steht ihre etwaige inhaltliche Unrichtigkeit einer Erfüllung nicht entgegen. Der Verdacht, dass die erteilte Auskunft unvollständig oder unrichtig ist, kann einen Anspruch auf Rechnungslegung in weitergehendem Umfang nicht begründen, sondern führt lediglich zu einem Anspruch auf eidesstattliche Versicherung der Vollständigkeit der erteilten Auskunft gemäß § 260 Abs. 2 BGB. **(RÜ 1/2021, S. 8)**
- 4.** Unter welchen Voraussetzungen kann ein Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben nach § 242 BGB bestehen?

4. Ein solcher Anspruch setzt neben dem Bestehen einer Sonderverbindung voraus, dass die konkreten Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, während der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderlichen Auskünfte unschwer geben kann. Soll das geltend gemachte Auskunftsbegehren einen vertraglichen Schadensersatzanspruch belegen, muss dieser nicht bereits dem Grunde nach feststehen. Ausreichend, aber auch erforderlich sind vielmehr der begründete Verdacht einer Vertragspflichtverletzung und die Wahrscheinlichkeit eines daraus resultierenden Schadens des Anspruchstellers. Daraus folgt, dass auch der Anspruchsinhalt des Schadensersatzanspruchs nicht bereits feststehen muss. **(RÜ 1/2021, S. 9)**
- 5.** In welchem Verhältnis steht die erbrechtliche Regelung des § 2038 BGB über die gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses zu den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB)?

5. § 2038 BGB enthält keine Sperrwirkung für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag, sodass die §§ 677 ff. BGB neben dieser Regelung über die Verwaltung des Nachlasses Anwendung finden. **(RÜ 1/2021, S. 13 f.)**
- 6.** Welches Prinzip gilt für die Entscheidungsbefugnis hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses, wenn es mehrere Erben gibt?

6. Die Entscheidungsbefugnis über die zu treffenden Maßnahmen steht grundsätzlich allen Miterben gemeinschaftlich zu, wobei das Mehrheitsprinzip gilt (vgl. § 2038 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 745 BGB). **(RÜ 1/2021, S. 13)**
- 7.** Welche Anspruchsgrundlage kommt bei einem Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Betracht?

7. Hier kommt ein sog. quasinegatorischer Unterlassungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht. Dogmatisch handelt es sich eigentlich um eine Gesamtanalogie zu bereits bestehenden Unterlassungsansprüchen (§§ 12 S. 2, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) auf alle in § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter und sonstigen Rechte und nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht kommende Schutzgesetze. Heute wird jedoch nach einhelliger Ansicht nur noch § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog zitiert. **(RÜ 1/2021, S. 17)**
- 8.** Wieso muss man bei einem Unterlassungsanspruch analog § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB zwischen Wort- und Bildberichterstattung differenzieren?

8. Eine Differenzierung ist deshalb wichtig, weil das KUG das maßgebliche allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die §§ 22, 23 modifiziert. Anders als bei der Verletzung des APR bei einer Textberichterstattung muss bei einer Bildberichterstattung der Anspruchsgegner darlegen und beweisen, dass eine Ein-

willigung des Abgebildeten vorliegt, was oftmals nicht möglich ist. Vielfach gewinnt der Kläger einen Prozess hinsichtlich der Bildberichterstattung, verliert ihn aber hinsichtlich der Wortberichterstattung, da hier im Rahmen der Abwägung das Grundrecht auf Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG überwiegt. (RÜ 1/2021, S. 20)

9. Wie ist das Merkmal „bei Betrieb des Kfz“ in § 7 Abs. 1 StVG zu prüfen?

9. Der Betrieb des Kfz muss für die Rechts(gut)verletzung äquivalent kausal gewesen sein und es muss sich die typische Betriebsgefahr verwirklicht haben. Nach der sog. maschinentechnischen Auffassung realisiert sich die Betriebsgefahr nur, wenn der Motor noch läuft oder das Kfz wenigstens als Nachwirkung des motorischen Antriebs noch in Bewegung ist. Nach der heute herrschenden verkehrstechnischen Auffassung sind alle Kfz in Betrieb, die sich im öffentlichen Verkehrsbereich oder auf privatem Gelände bewegen oder in verkehrsbeeinflussender Weise ruhen. Es genügt nach der Rspr. des BGH, dass sich eine von dem Kfz ausgehende Gefahr ausgewirkt hat und das Schadensgeschehen in dieser Weise durch das Kfz mitgeprägt worden ist. Für die Zurechnung der Betriebsgefahr kommt es maßgeblich darauf an, dass die Schadensursache in einem nahen örtlichen und zeitlichen Zusammenhang mit einem bestimmten Betriebsvorgang oder einer bestimmten Betriebseinrichtung des Kfz steht. (RÜ 1/2021, S. 21 f.)

10. Ist es für die Einordnung einer Fahrzeugkomponente als Betriebseinrichtung entscheidend, ob die Transport- und Fortbewegungsfunktion des Fahrzeugs auch ohne sie erfüllt werden kann?

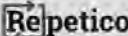
10. Für die Einordnung einer Fahrzeugkomponente als Betriebseinrichtung ist nicht entscheidend, ob die Transport- und Fortbewegungsfunktion des Fahrzeugs auch ohne sie erfüllt werden kann. Eine solch enge Betrachtungsweise ließe nach Ansicht des BGH außer Acht, dass insbesondere angesichts der zunehmenden werkseitigen Ausstattung der Kraftfahrzeuge mit Assistenzsystemen, Unterhaltungselektronik und sonstigen den Fahrkomfort steigernden technischen Einrichtungen Gefahren für Dritte von einem Kraftfahrzeug auch aufgrund solcher – defekter – Fahrzeugteile ausgehen können, die zwar nicht für dessen Fortbewegungs- und Transportfunktion zwingend erforderlich, aber dem Betrieb des Fahrzeugs insoweit zu dienen bestimmt sind, als sie dessen Benutzung sicherer, leichter oder komfortabler gestalten sollen. (RÜ 1/2021, S. 22)

RÜ-Check gecheckt?

Testen Sie, ob Sie die wesentlichen Inhalte der RÜ im Langzeitgedächtnis abgespeichert haben.

- Sämtliche Fragen und Antworten des RÜ-Check seit 2010
- Intelligente Wiedervorlage nach dem Leitner-Lernkarteiprinzip
- Im Browser auf www.repetico.de oder mobil mit der Alpmann Schmidt Jura App

Weitere Informationen unter www.as-lernkarten.de/rue-check

powered by


Strafrecht

- 1.** Wird der Tod des Opfers auch dann „durch“ den Raub i.S.v. § 251 StGB herbeigeführt, wenn aufgrund einer Patientenverfügung im Krankenhaus von einer (Weiter-)Behandlung des Opfers abgesehen und dadurch der Todeseintritt beschleunigt wird?

1. Ja. Der tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang wird nicht dadurch unterbrochen, dass die behandelnden Ärzte wegen einer wirksamen Patientenverfügung in rechtmäßiger Weise von einer Weiterbehandlung des moribunden Raubopfers absehen. Das Opfer einer Gewalttat, das ärztliche Hilfe nicht in Anspruch nimmt oder durch eine Patientenverfügung untersagt, setzt damit keine neue Ursache für ein solches Versterben, sondern wirkt nur dem vom Täter gesetzten tödlichen Risiko nicht entgegen. **(RÜ 1/2021, S. 25 ff.)**
- 2.** Setzt der Risikozusammenhang bei § 251 StGB voraus, dass die Gewalt oder die qualifizierte Drohung der Gewahrsamerlangung oder -sicherung dient?

2. Zumindest nicht, wenn man der Rspr. folgt. Der BGH lässt es genügen, dass die Gewalthandlung eng mit dem Raubgeschehen verknüpft ist. Die tatbestandsspezifische Gefahr des Raubes kann sich demnach auch dann noch realisieren, wenn der Täter nur zur Ermöglichung der Flucht oder aus Ärger über geringe Beute handelt, solange der Raub noch nicht beendet ist. **(RÜ 1/2021, S. 28)**
- 3.** Warum ist umstritten, ob die unbefugte Weitergabe intimer Bildaufnahmen, die die abgebildete Person in einer Wohnung oder einem gegen Einblick geschützten Raum von sich selbst gemacht hat, gemäß § 201 Abs. 1 Nr. 4 StGB strafbar ist?

3. Die Streitfrage entzündet sich an dem Verweis in § 201 Abs. 1 Nr. 4 StGB auf „befugt hergestellte Bildaufnahmen der in den Nummern 1 oder 2 von § 201 a Abs. 1 bezeichneten Art“. Sieht man hierin einen vollständigen Verweis auf die Nr. 1 und 2 mit Ausnahme der fehlenden Befugnis, muss die fragliche Aufnahme auch von einer anderen Person als der abgebildeten hergestellt worden sein. Selbstaufnahmen fallen dann nicht unter § 201 a Abs. 1 Nr. 4 StGB. Versteht man den Verweis – wie die Rspr. – nur auf die kompromittierende Art der Abbildung, aber nicht auf die Herstellung, werden auch Selbstaufnahmen von § 201 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst. **(RÜ 1/2021, S. 29 f.)**
- 4.** Nach welchen Maßstäben sind bei § 323 c Abs. 1 StGB das Vorliegen eines Unglücksfalles und die Erforderlichkeit der Hilfeleistung zu beurteilen?

4. Das Vorliegen eines einen drohenden Schaden begründenden Ereignisses ist nach h.M. objektiv ex post, also objektiv im Nachhinein, festzustellen. Ob hieraus ein erheblicher Schaden droht und welche Hilfeleistung erforderlich ist, unterliegt einer objektiven ex-ante-Betrachtung. Entscheidend ist also die Sichtweise eines verständigen Beobachters aufgrund der ihm erkennbaren Umstände in dem Moment, in dem sich die Notwendigkeit der Hilfe stellt. **(RÜ 1/2021, S. 31)**
- 5.** Kommt es für § 258 Abs. 5 StGB auf die tatsächliche Gefahr strafrechtlicher Verfolgung an?

5. Nein, maßgeblich ist die Einschätzung der Situation durch den Täter. Das gilt auch dann, wenn die Befürchtung eigener Strafverfolgung objektiv unbegründet ist. **(RÜ 1/2021, S. 32)**
- 6.** Wie bestimmt sich die Nachteilszufügungsabsicht i.S.v. § 274 Abs. 1 StGB?

6. Nach dem BGH muss der Täter wissen, dass der Urkunde eine potentielle Beweisbedeutung innewohnt, die sich jederzeit realisieren kann, und es ihm auf die Beeinträchtigung eines sich darauf beziehenden Beweisführungsrechts ankommt oder er dies als notwendige Folge seines Handelns hinnimmt. Auf eine bestimmte konkret bevorstehende Situation, in der die unterdrückte Urkunde für die Beweisführung beachtlich werden könnte, braucht sich die Vorstellung des Täters nicht zu beziehen. **(RÜ 1/2021, S. 34 f.)**
- 7.** Verwirklicht die Wegnahme einer Geldbörse, in der sich Ausweisdokumente und/oder Bankkarten befinden, eine Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 StGB?

7. Das OLG Hamm lehnt das ab, wenn der Täter nicht sicher wisse, dass sich in der Geldbörse nicht nur Geld, sondern auch Ausweisdokumente befinden, da Eventualvorsatz nicht für die Nachteilszufügungsabsicht genüge. Dieses Ergebnis überzeugt jedoch nicht, wenn der Täter es auch auf Bankkarten abgesehen hat. **(RÜ 1/2021, S. 35)**

Öffentliches Recht

- 1.** Inwieweit darf das Inkrafttreten eines Gesetzes von einer Bedingung abhängig gemacht werden?

1. Das Inkrafttreten eines Gesetzes darf zwar grds. von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Bestimmung des Tages des Inkrafttretens (Art. 82 Abs. 2 S. 1 GG) darf aber nicht delegiert werden; Bedingungseintritt und Inkrafttreten dürfen nicht beliebig Dritten überlassen werden. Zudem muss die Bedingung so klar formuliert sein, dass über deren Bedeutung keine Unsicherheit besteht; der Bedingungseintritt muss für alle Beteiligten, insbesondere Bürgerinnen und Bürger, erkennbar sein. **(RÜ 01/2021, S. 37)**
- 2.** Was versteht man unter einer Beihilfe i.S.d. Art. 107, 108 AEUV?

2. Beihilfen i.S.d. Art. 107, 108 AEUV sind alle Maßnahmen gleich welcher Art, die unmittelbar oder mittelbar Unternehmen begünstigen oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. **(RÜ 01/2021, S. 37 f.)**
- 3.** Wie sind die Entschädigungsleistungen für den sog. Atomausstieg rechtlich einzuordnen?

3. Der Atomausstieg regelt nach h.M. keine Enteignung i.S.d. Art. 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, da den Kraftwerksbetreibern das Eigentum an den AKW nicht entzogen, sondern nur der Betrieb für die Zukunft neu geregelt wurde. Außerdem fehlt es an dem für die Enteignung unverzichtbaren Güterbeschaffungsvorgang. Allerdings kann eine solche rechtsentziehende Inhalts- und Schrankenbestimmung i.d.R. nur dann Bestand haben, wenn angemessene Ausgleichszahlungen vorgesehen sind (sog. ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung). **(RÜ 01/2021, S. 40)**
- 4.** Welchen Schutzbereich umfasst das Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG?

4. Art. 4 Abs. 1 GG schützt die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses. Nach Art. 4 Abs. 2 GG wird die ungestörte Religionsausübung besonders gewährleistet. Die Glaubensfreiheit erfasst dabei nicht nur die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben (forum internum), sondern auch die Freiheit, den Glauben nach außen zu bekennen und entsprechend zu handeln (forum externum, auch Glaubensverwirklichungsfreiheit). Insofern bilden Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG ein einheitliches Grundrecht der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit, welches die Freiheit der Religionsausübung mitumfasst **(RÜ 01/2021, S. 46)**
- 5.** Was versteht man unter negativer Glaubens-/Religionsfreiheit?

5. Die negative Glaubens-/Religionsfreiheit, die ebenfalls durch Art. 4 Abs. 1 u. Abs. 2 GG sowie über Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 4 WRV geschützt ist, umfasst die Freiheit, kultischen Handlungen eines nicht geteilten Glaubens fernzubleiben. Diese Freiheit bezieht sich auch auf die Symbole, in denen ein Glaube oder eine Religion sich darstellt. Die negative Glaubens-/Religionsfreiheit begründet aber grds. keinen Schutz vor der Konfrontation mit anderen religiösen Überzeugungen. Etwas anderes gilt, wenn die Konfrontation auf einer vom Staat geschaffenen Zwangslage beruht. **(RÜ 01/2021, S. 46 f.)**
- 6.** Welche Konsequenzen ergeben sich aus der Zwei-Stufen-Theorie für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen?

6. Über das „Ob“ der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung ergeht eine öffentlich-rechtliche Zulassungsentscheidung, während Fragen der Abwicklung (das „Wie“ der Benutzung) sich nach privatem oder öffentlichem Recht richten, je nachdem, wie das Benutzungsverhältnis im Einzelnen ausgestaltet ist. Wird auf der zweiten Stufe durch Vertrag ein privatrechtliches Benutzungsverhältnis begründet, ist umstritten, ob daneben auch noch ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis besteht oder ob sich dieses durch Vollzug der Zulassungsentscheidung nach § 43 Abs. 2 VwVfG erledigt hat. **(RÜ 01/2021, S. 52 f.)**
- 7.** Welche Neuregelungen hat der Gesetzgeber getroffen, um eine weitere Vergrößerung des Bundestages zu verhindern?

7. Zur Verhinderung einer weiteren Vergrößerung des Bundestages hat der Gesetzgeber folgende drei Änderungen beschlossen: 1. Die Zahl der Wahlkreise (§ 1 Abs. 2 BWahlG) wird mit Wirkung zum 01.01.2024 von 299 auf künftig 280 reduziert. 2. Überhangmandate einer Partei werden in gewissem Umfang auf die Listenmandate derselben Partei in anderen Ländern angerechnet. 3. Ein Ausgleich von Überhangmandaten erfolgt erst nach dem dritten Überhangmandat (§ 6 Abs. 5 u. 6 BWahlG n.F.). **(RÜ 01/2021, S. 54 f.)**

Ihre 6 Richtigen im Schuldrecht



**S-Skript
Schuldrecht AT 1**
Unmöglichkeit, Verzug,
Vertretenmüssen u. a.
24. Auflage 2020

**S-Skript
Schuldrecht AT 2**
Aufrechnung, Abtretung,
Rücktritt, Verbraucherschutzrecht u. a.
23. Auflage 2020



**S-Skript
Schuldrecht BT 1**
Kaufrecht,
Werkvertragsrecht
21. Auflage 2019

**S-Skript
Schuldrecht BT 2**
Miete, Leasing, (Verbraucher-)
Darlehen, Bürgschaft u. a.
19. Auflage 2020



**S-Skript
Schuldrecht BT 3**
Bereicherungsrecht,
GoA und Auftrag
20. Auflage 2019

**S-Skript
Schuldrecht BT 4**
Unerlaubte Handlungen,
Allgemeines Schadensrecht
21. Auflage 2019



Sie erhalten die jeweils zu dem Skript passenden Karteikarten zu einem vergünstigten Preis, wenn Sie sie zusammen mit dem Skript erwerben.



Poster Nr. 56

Das Anspruchssystem der Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Erläuterungen und Ergänzungen dazu in
RÜ 1/2021, S. 56 ff.



Das Anspruchssystem der Geschäftsführung ohne Auftrag

Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA)

Geschäftsbesorgung

umfasst grds. alle rechtsgeschäftlichen und tatsächlichen Handlungen

fremdes Geschäft

gehört objektiv zum Pflichten- oder Interessenkreis eines anderen

ohne Auftrag und ohne sonstige Berechtigung

dem Geschäftsherrn gegenüber weder aus Vertrag noch kraft Gesetzes verpflichtet

Fremdgeschäftsführungswillen (FGW)

wird beim objektiv fremden Geschäft widerlegbar vermutet

mit
FGW

ohne
FGW

Echte GoA

im Interesse
und Willen
des GH

gegen Interesse
und ohne Willen
des GH

Echte berechtigte GoA, §§ 677, 683

§§ 667, 681 S. 2, 677

Herausgabe des Erlangten

§§ 670, 683 S. 1, 677

Ersatz von Aufwendungen

- auch risikotypische Begleitschäden
- Vergütung analog § 1835 Abs. 3

§§ 280 Abs. 1, 677

Schadensersatz wegen Ausführungsverschuldens

Echte unberechtigte GoA, §§ 677, 684

§§ 684, 812

Herausgabe des Erlangten
i.S.v. Aufwendungsersatz

§§ 678, 677

Schadensersatz wegen
Übernahmeverschuldens

§§ 280 Abs. 1, 677

Schadensersatz wegen
Ausführungsverschuldens

Unechte GoA

ohne Kenntnis
der Fremdheit

mit Kenntnis
der Fremdheit

Irrtümliche GoA, § 687 Abs. 1

§§ 677–686

- unanwendbar
- auch eine Genehmigung gem. § 684 S. 2 führt nicht zur Anwendbarkeit
- andere Vorschriften für Ausgleich maßgebend, insbes.:

§§ 987 ff., 823 ff. und 812 ff.

Angemaßte GoA, § 687 Abs. 2

§§ 667, 681 S. 2, 687 Abs. 2 S. 1

Herausgabe des Erlangten

§§ 684, 812, 687 Abs. 2 S. 2

Herausgabe des Erlangten
i.S.v. Aufwendungsersatz

§§ 678, 687 Abs. 2 S. 1

Schadensersatz wegen
Übernahmeverschuldens

Mit Sicherheit ins Examen...



S-Skript BGB AT 1

Dr. Jan Stefan Lüdde,
Rechtsanwalt und Repetitor
23. Auflage 2020
ISBN 978-3-86752-717-0



S-Skript BGB AT 2

Dr. Jan Stefan Lüdde,
Rechtsanwalt und Repetitor
22. Auflage 2021
ISBN 978-3-86752-759-0

Die ideale Ergänzung:



KK-Karteikarten BGB AT

Dr. Jan Stefan Lüdde,
Rechtsanwalt und Repetitor
15. Auflage 2019
ISBN 978-3-86752-678-4

... mit Alpmann Schmidt!



ALPMANN SCHMIDT

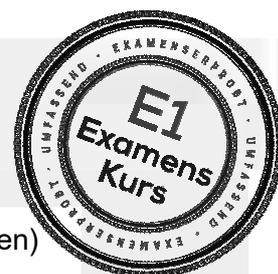


E1 Examenskurs 1. Examen

Bochum | Bremen | Göttingen | Hannover | Osnabrück

Neue Examenskurse

Kursbeginn mit allen AT Gebieten:
ab 22. März 2021



(Jahreskurse auch als 6- oder 9-Monatskurse, Abschnitten möglich außer in Bremen)

- ✓ **Präsenzkurse:** umfassen 12 Monate, mit qualifizierten und erfahrenen Dozenten - parallel als Onlinekurse im Livestream
- ✓ **Umfangreiche und aktuelle Kursunterlagen:** Fälle und Übersichten sowie ausführliche Lösungen im Gutachtenstil.
- ✓ **Kampf dem Vergessen mit Repetico:** Wiederholungsfragen zu jeder Kurseinheit
- ✓ **Intensives Klausurtraining:** Wöchentlich zwei große Klausuren auf Examensniveau; sowie abgestimmt auf den Jahreskurs eine kursbegleitende Klausur mit individueller Korrektur und ausführlicher Musterlösung.
- ✓ **Abstracts:** Kompakte Darstellung aller Rechtsgebiete als e-Skript.
- ✓ **Ausbildungszeitschrift RechtsprechungsÜbersicht – RÜ:** Die monatliche Zeitschrift mit den wichtigsten Entscheidungen als Klausurlösung

Info-Veranstaltungen mit Verlosung online als Livestream:

- **Bochum:** Mittwoch, 03. Februar 2021, 14.00 Uhr
(Jahreskurse auch als Kleingruppen)
- **Bremen:** Mittwoch, 10. Februar 2021, 18.00 Uhr
(Einstieg jederzeit möglich)
- **Göttingen:** Dienstag, 26. Januar 2021, 13.30 Uhr
- **Hannover:** Montag, 18. Januar 2021, 13.30 Uhr
- **Osnabrück:** Dienstag, 26. Januar 2021, 13.00 Uhr

Sie erhalten die Zugangsdaten – unverbindlich und kostenlos – bei E-Mail-Anmeldung an info@rae-mueller-mueller.de mit Betreff: „Infoveranstaltung“ mit Angabe des Kursortes

Neue Crashkurse:

- Bremen: ab 16. Januar 2021
- Bochum: ab März/April 2021
- Niedersachsen zentral in Hannover: ab Feb./März 2021

E2 Examenskurs 2. Staatsexamen

NIEDERSACHSEN

Online im Livestream!

NEU ab 04.01.2021!

- **Zivilrecht I:** 04.01. – 01.03.2021 – montags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Frank Müller**
Zivilgerichtliche Entscheidungen in der Assessor Klausur (Erkenntnisverfahren inkl. Gutachten: 9 Sitzungen)
- **Zivilrecht II:** 08.03. – 17.05.2021 – montags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Frank Müller**
Vollstreckungsrecht und einstweiliger Rechtsschutz in der Assessor Klausur; rechtsberatende und rechtsgestaltende Anwaltsklausur (9 Sitzungen + 2 Wochen Osterferien)
- **Strafrecht:** 27.05. – 29.07.2021 – donnerstags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA'in Miriam Schröder**
Staatsanwaltliche Assessor Klausur (6 Sitzungen + 4 Wochen Ferien)
- **Öffentliches Recht:** 03.08. – 05.10.2021 – dienstags 16:30 Uhr bis 19:30 Uhr – **RA Thomas Müller**
Verwaltungsrechtliche, behördliche und anwaltliche Assessor Klausuren (9 Sitzungen + 1 Woche Herbstferien)
- **Materielles Recht in der Assessor Klausur:** 11.10. – 16.12.2021 - **je nach Rechtsgebiet Dozent s. o.**
Alle drei Rechtsgebiete, spezifisch ausgerichtet auf die Assessor Klausur, kompakt und topaktuell

Unser Rundum-Sorglos-Paket, alles inklusive:



Webinare
Online-Kurs
live gestreamt



Topaktuelle Kursunterlagen,
Aktenfälle,
Übersichten,
Musterurteile, etc.



Alle vier im Examen zugelassenen Kommentare
Ihr Eigentum,
keine Miete!



Alle 8 Assessor-Skripten



Zeitschrift
Rechtssprechungs-
Übersicht:
RÜ + RÜ2 für's 2.
Examen

Komplettpreis 12 x 125 € - 20 % Ersparnis gegenüber der Einzelbuchung – steuerlich absetzbar
Einstieg und Probehören jederzeit möglich!

Auch der Unterricht per Livestream ist **interaktiv:**
Sie können per Chat oder Mikrophon fragen und antworten.
Die oben abgebildeten Printprodukte sind im Kurspreis enthalten!

Anmeldung und Informationen:

Rechtsanwälte Müller & Müller, Schorlemerstr. 12, 48143 Münster

Tel. 0251/82014, www.rae-mueller-mueller.de, E-Mail: info@rae-mueller-mueller.de, Instagram:  [alpmann_schmidt_feat_mueller](https://www.instagram.com/alpmann_schmidt_feat_mueller)

K1 und K2

Klausuren 1. und 2. Examen



Ihre besonderen Vorteile auf einen Blick:

Klausuren von ausbildungserfahrenen Repetitoren und Praktikern, auch zum Landesrecht

Klausurtaktische Vorüberlegungen und themenbezogene Vertiefungshinweise

Hygienisch: Upload Ihrer Ausarbeitung als PDF, individuelle und aussagekräftige Korrektur wird zum Download bereitgestellt

Staatlich zugelassen gemäß § 12 FernUSG

Zusatzangebot im K2: individuelle **Audio-Korrektur**, die Ihre Klausurlösung bespricht und bewertet.

Infos unter www.alpmann-schmidt.de





Alpmann Schmidt

powered by
Repetico

EL E-LEARNING

Digitales Lernen für Einsteiger und zum Wiederholen

Unsere Definitionen sind Nachschlagewerk und Vokabeltrainer zugleich

- Alphabetisch sortiert und übersichtlich aufbereitet
- NEU** ▪ Stichwortbezogenes Lernen (z.B. alle Definitionen zum Raub)
- Standard-Definitionen aus Rechtsprechung und Kommentarliteratur
- Täglicher Wegbegleiter zur Vorbereitung auf Vorlesungen, Klausuren und Hausarbeiten
- Einzelnen oder als Paket erhältlich
- **Alpmann App:** kostenlos zum Download  
- Weitere Informationen finden Sie hier: www.repetico.de/alpmann-schmidt





Kleingruppenkurs Münster



Neue Kurse ab 12.04.2021



Wir nehmen uns Zeit für Ihr Examen

- ⇒ **13 Std. 20 Min. mündlicher Kurs - aufgeteilt in 4 Rechtsgebiete an 3 Tagen pro Woche**

Wie in einer Klasse, statt in der Masse

- ⇒ **Lerngruppen mit maximal 25 Teilnehmern**
- ⇒ **Unterricht im Dialog, damit es bei Ihnen Klick macht**

Wer versteht, besteht ... und zwar wirklich gut

- ⇒ **umfangreiche Kursunterlagen mit digitalen Lernkarten**
- ⇒ **20 S-Skripte**
- ⇒ **RÜ – monatlich erscheinende Ausbildungszeitschrift**

Wer trainiert, ist vorbereitet ...

- ⇒ **3 Klausuren pro Woche**
- ⇒ **Probexamen im Sommer: 6 Klausuren in 2 Wochen**

Wir lassen Sie nicht allein ...

- ⇒ **Wiederholungskurs (auch nach Ende des Jahreskurses)**

Kursort:

Breul 1, 48143 Münster

Anmeldung:

RAe Dr. Schneider, Raschat, Haack, Altevers

Breul 1A, 48143 Münster



0251- 51617 Mo. – Fr. 08.00 – 14.00 Uhr



www.rep-jura.de oder www.alpmann-schmidt.de



info@rep-jura.de

Probefahren: Montag bis Freitag 08.00 bis 13.30 Uhr