

Life & LAW

09/2019

22. JAHRGANG
SEITEN 587 - 658



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Ausschluss der Mängelhaftung des Verkäufers für seine öffentlichen Äußerungen?
- Überflüssiges und Schlechtes: Wie man bei einem Behandlungsvertrag sein Geld zurückbekommt.
- Geschmacklose Deko auf dem Grab: Kann man das unterbinden? Umfang des sog. Totenfürsorgerechts
- kompakt: Härtefallklausel bei einer Eigenbedarfskündigung
- kompakt: Abnahme streitig? Negative Feststellungsklage ist zulässig!

STRAFRECHT

- Einvernehmliches Handeln zwischen Vortäter und Hehler - bei Täuschung des Vortäters?
- Der Begriff der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls gem. § 242 I StGB

ÖFFENTLICHES RECHT

- Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung nur in Ausnahmefällen!
- Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung die Zweite!
- Anspruch der Familie eines IS-Kämpfers auf Rückführung aus Art. 2 II S. 1 GG

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Die Änderung der BAG-Rechtsprechung zum Verfall und zur Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruches

GRUNDFÄLLE

- Probleme mit dem Urlaub ... Urlaubsabgeltung, Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Verfall des Urlaubs, Mitwirkungsobliegenheit des AG
- Baubeseitigung und Baueinstellung

HEMMER.LIFE

- HEMMER-METHODE:
Die Gebrauchsanweisung für Ihr Examen!



AKTUELL

FALLORIENTIERT

PROFESSIONELL

Die Skripten: Ihr Erfolgsprogramm für Studium und Examen



■ DIE HAUPTSKRIPTEN

DAS PRÜFUNGSWISSEN

In den Hauptskripten werden die für die Prüfung nötigen Zusammenhänge umfassend aufgezeigt und wiederkehrende Argumentationsketten eingeübt. Die Hauptskripten sind die Bibliothek der Studenten - vom 1. Semester bis zum 2. Staatsexamen das ideale Nachschlagewerk. Die Hauptskripten ersetzen das Lehrbuch. Sie sind - anders als das typische Lehrbuch - klausurorientiert, Beispielsfälle erleichtern das Verständnis. So wird Prüfungswissen auf anspruchsvollem Niveau vermittelt. Die studentenfreundliche Preisgestaltung ermöglicht den Erwerb als Gesamtwerk.

- Zivilrecht
- Strafrecht
- Öffentliches Recht
- Steuerrecht
- Schwerpunkt



Versandkostenfreie Bestellung in unserem hemmer-shop

www.hemmer-shop.de

INHALT

IHR EXAMENSWISSEN

EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- 1 Ausschluss der Mängelhaftung des Verkäufers für seine öffentlichen Äußerungen? 587
Kaufvertrag über Hausgrundstück; Äußerungen im Verkaufsexposé; Baugenehmigung; Fehlende Bebaubarkeit mit Pferdebox; Sachmangel; Behauptung ins Blaue hinein; Arglistiges Verschweigen eines Mangels; Makler als Wissensvertreter; Zurechnung; §§ 166 I, 434, 444 BGB
- 2 Überflüssiges und Schlechtes: Wie man bei einem Behandlungsvertrag sein Geld zurückbekommt. 595
Pflichtverletzung bei Behandlungsvertrag; Kündigung durch Patienten; Dienste höherer Art; Vergütung als Schaden; §§ 630a, 630b, 626 ff., 280 I BGB
- 3 Geschmacklose Deko auf dem Grab: Kann man das unterbinden? Umfang des sog. Totenfürsorgerechts 601
Totenfürsorgerecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB; Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB analog; Ausübung durch den Berechtigten; §§ 823 I, 1004 I BGB
- 4 kompakt: Härtefallklausel bei einer Eigenbedarfskündigung 605
Eigenbedarfskündigung; Sozialwiderspruch wegen Härtefalls; Anforderungen an Sachverhaltsaufklärung und Interessenabwägung; §§ 573 II Nr. 2, 574, 574a BGB; 144 ZPO
- 5 kompakt: Abnahme streitig? Negative Feststellungsklage ist zulässig! 608
Werkvertrag; Wirkung der Abnahme; Abnahmefiktion; Negative Feststellungsklage

STRAFRECHT

- 6 Einvernehmliches Handeln zwischen Vortäter und Hehler - bei Täuschung des Vortäters? 610
Hehlerei, § 259 StGB; „Einvernehmliches Handeln“ als ungeschriebenes Merkmal der Hehlerei; Betrug, § 263 StGB; Vermögensbegriff
- 7 Der Begriff der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls gem. § 242 I StGB 615
Diebstahl, § 242 I StGB; Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen, § 248a I StGB; Unterschlagung, § 246 I StGB; Hausfriedensbruch, § 123 I StGB

ÖFFENTLICHES RECHT

- 8 Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung nur in Ausnahmefällen! 620
Baubeseitigungsanordnung; Aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage und Sofortvollzugserklärung; Ausreichende Begründung; Art. 76 BayBO, § 80 II Nr. 4, III VwGO
- 9 Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung die Zweite! 627
Baubeseitigungsanordnung; Aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage und Sofortvollzugserklärung; Außenbereichsvorhaben; Art. 76 BayBO, § 80 II Nr. 4, III VwGO, § 35 BauGB
- 10 Anspruch der Familie eines IS-Kämpfers auf Rückführung aus Art. 2 II S. 1 GG 633
Einstweilige Anordnung, § 123 VwGO; Vorwegnahme der Hauptsache; Recht auf Leben sowie Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 II S. 1 GG; Staatliche Schutzpflichten

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Die Änderung der BAG-Rechtsprechung zum Verfall und zur Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruches 641

GRUNDFÄLLE

- Probleme mit dem Urlaub ... Urlaubsabgeltung, Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Verfall des Urlaubs, Mitwirkungsobliegenheit des AG 652
Urlaub; Urlaubsabgeltung; Urlaubsgeld; Urlaubsentgelt; Verfall des Urlaubs; Mitwirkungsobliegenheiten des AG; Arbeitszeitrichtlinie; Europarechtskonforme Auslegung
- Baubeseitigung und Baueinstellung 657
Baupolizeiliche Maßnahmen; Baubeseitigung; Art. 76 BayBO

HEMMER.LIFE

HEMMER-METHODE:
Die Gebrauchsanweisung
für Ihr Examen!

KONTAKT

Abonnenten-Service
Tel. 09 31 - 7 97 82 30

Telefax: 09 31 / 7 97 82 34
lifeandlaw@hemmer.de

Life&LAW online
www.lifeandlaw.de

Ausgaben online lesen und
ausdrucken:
www.hemmer-club.de

Repetitorium hemmer

September 2019

[CRASHKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

① Alle Kursstädte online unter www.repetitorium-hemmer.de/kursorte.php

HEMMER.BERLIN-MITTE

☎ (030) 24 04 57 38, ✉ mitte@hemmer-berlin.de

20. - 22. September 2019

Kompaktkurse aktuelle Rechtsprechungsübers. 2019 II

HEMMER.BIELEFELD

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ bielefeld@hemmer.de

14., 21. und 28. Sept., sowie 03. Okt. 2019

Crashkurs Zivilrecht 2019 II

20. und 29. September 2019

Crashkurs Strafrecht 2019 II

05. und 12. Oktober 2019

Crashkurs Nebengebiete 2019 II

06., 10. und 17. Oktober 2019

Crashkurs Öffentliches Recht 2019 II

HEMMER.BOCHUM

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ bochum@hemmer.de

12., 14., 19. und 21. Sept., sowie 02. und 06. Okt. 2019

Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2019 II

24. Sept., sowie 05. und 09. Okt. 2019

Crashkurs Öffentl. Recht im Überblick 2019 II

26. und 28. September 2019

Crashkurs Strafrecht im Überblick 2019 II

HEMMER.FRANKFURT/MAIN

☎ (0 26 42) 61 44, ✉ frankfurt.main@hemmer.de

06. - 08. Dezember 2019

Crashkurs Zivilrecht

HEMMER.GREIFSWALD

☎ (0 38 31) 26 27 17, ✉ greifswald@hemmer.de

13. und 14. September 2019

Crashkurs Zivilrecht 2019

20. und 21. September 2019

Crashkurs Öffentliches Recht 2019

23. und 27. September 2019

Intensivkurs Strafrecht 2019

HEMMER.GÖTTINGEN

☎ (0 79 44) 94 11 05, ✉ goettingen@hemmer.de

06. und 21. Sept. 2019

Crashkurs Öffentliches Recht

04. und 05. Oktober 2019

Crashkurs Strafrecht

HEMMER.HAMBURG

☎ (040) 31 76 69 17, ✉ hamburg@hemmer.de

05., 08., 14. und 15. September 2019

Crashkurs Zivilrecht 2019 II

HEMMER.HANNOVER

☎ (0931) 40 03 37, ✉ hannover@hemmer.de

19. September 2019

Crashkurs Öffentliches Recht

26. September 2019

Crashkurs Strafrecht



www.repetitorium-hemmer.de

Repetitorium hemmer

September 2019

[CRASHKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

① Alle Kursstädte online unter www.repetitorium-hemmer.de/kursorte.php

HEMMER.KIEL

☎ (0 79 44) 94 11 05, ✉ kiel@hemmer.de

15., 23. und 30. November 2019
17. Nov., sowie 01., 06., 08. und
14. Dez. 2019
22. und 29. November 2019

Super-Crashkurs Öffentliches Recht
Super-Crashkurs Zivilrecht I und II

Super-Crashkurs Strafrecht

HEMMER.KÖLN

☎ (02 28) 9 11 41 25, ✉ koeln@hemmer.de

28. und 29. September 2019
12. und 13. Oktober 2019
25. - 27. Oktober 2019

Crashkurs StGB im Überblick
Crashkurs Verwaltungsrecht
Crashkurs Nebengebiete

HEMMER.MÜNSTER

☎ (02 51) 67 49 89 70, ✉ muenster@hemmer.de

13., 15. und 25. Sept., sowie 12.,
16. und 19. Okt. 2019
14. und 18. September 2019
20., 22. und 28. September 2019

Crashkurs Zivilrecht im Überblick 2019 II

Crashkurs Strafrecht im Überblick 2019 II
Crashkurs Öffentl. Recht im Überblick 2019 II

HEMMER.OSNABRÜCK

☎ (0 25 71) 9 92 94 59, ✉ osnabrueck@hemmer.de

05. und 08. Okt., sowie 02. und 03. Nov. 2019
06. und 13. Oktober 2019
12. Okt. und 17. November 2019
09., 16. und 19. November 2019

Super-Crashkurs 2019 II
BGB im Überblick
Nebengebiete im Überblick
Strafrecht im Überblick
Öffentliches Recht im Überblick

HEMMER.SAARBRÜCKEN

☎ (0 63 34) 98 42 83, ✉ saarbruecken@hemmer.de

14. und 15. Januar 2020

Crashkurs Öffentliches Recht mit Europarecht



www.repetitorium-hemmer.de

Repetitorium hemmer

September 2019

[ASSESSOR-INTENSIVKURSE]

SPEZIELL ZUR VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE JURISTISCHE STAATSEXAMEN

 Alle Kursstädte online unter www.assessorkurs-hemmer.de/kursorte.php



HEMMER.BERLIN-MITTE

 (030) 24 04 57 38,  mitte@hemmer-berlin.de

03., 10., 17. und 24. September 2019	Materielles Öffentliches Recht I - 2019 II
05., 12., 19. und 26. September 2019	Materielles Zivilrecht I - 2019 II
01., 08., 15., 22. und 29. Oktober, sowie 05. Nov. 2019	Materielles Öffentliches Recht II - 2019 II
10., 17., 24. und 31. Oktober, sowie 07. und 12. November 2019	Materielles Zivilrecht II - 2019 II
14., 21. und 28. November, sowie 05., 12. und 19. Dezember 2019	Materielles Strafrecht - 2019 II
16. und 17. November 2019	Zivilprozessrecht für Referendare

HEMMER.DÜSSELDORF

 (0 26 42) 61 44,  duesseldorf@hemmer.de

9. und 10. November 2019	Crashkurs Öffentl. Recht für Referendare
--------------------------	--

HEMMER.KÖLN

 (0 22 36) 32 22 42,  koeln@hemmer.de

14., 15. und 21. September 2019	Crashkurs Materielles Zivilrecht - ausgebucht
28. und 29. September 2019	Crashkurs Strafrecht - Materielles Recht

HEMMER.MAINZ

 (0 26 42) 61 44,  mainz@hemmer.de

07. und 15. September 2019	Crashkurs Öffentliches Recht
09., 16., 23., 24. und 30. November, sowie 07., 08. und 14. Dez. 2019	Assessorkurs Strafrecht und Strafprozessrecht - 8 Tage

HEMMER.MÜNCHEN

 (09 31) 7 97 82 50,  assessor@hemmer.de

14., 15., 28. und 29. September 2019	Intensivkurs Arbeitsrecht 2019 II
03., 19. und 20. Oktober 2019	Intensivkurs Öffentliches Recht 2019 II
05., 06., 12. und 13. Oktober 2019	Intensivkurs Steuerrecht 2019 II
02. und 03. November 2019	Intensivkurs Erbrecht 2019 II
09. und 10. November 2019	Intensivkurs Zivilprozessrecht 2019 II
16. und 17. November 2019	Intensivkurs Strafrecht 2019 II
18., 19. und 25. Januar 2020	Intensivkurs Materielles Recht 2020 I
15. und 16. Februar 2020	Intensivkurs Familienrecht 2020 I
22. und 23. Februar 2020	Intensivkurs Kautelarkurs 2020 I

HEMMER.NÜRNBERG

 (09 31) 7 97 82 50,  assessor@hemmer.de

21., 22., 28. und 29. September 2019	Intensivkurs Arbeitsrecht 2019 II
03., 05. und 06. Oktober 2019	Intensivkurs Öffentliches Recht 2019 II
12. und 13. Oktober 2019	Intensivkurs Strafrecht 2019 II
19., 20., 26. und 27. Oktober 2019	Intensivkurs Steuerrecht 2019 II
01. und 02. Februar 2020	Intensivkurs Familienrecht 2020 I
15. und 16. Februar 2020	Kautelarkurs 2020 I

HEMMER.STUTTGART

 (09 31) 7 97 82 30,  stuttgart@hemmer.de

21. und 22. September 2019	Intensivkurs Materielles Zivilrecht 2019
----------------------------	--

www.assessorkurs-hemmer.de

BGH, Urteil vom 25.01.2019, VIII ZR 271/16, NJW 2019, 2380 ff. = [jurisbyhemmer](#)

1 Ausschluss der Mängelhaftung des Verkäufers für seine öffentlichen Äußerungen?

+++ Kaufvertrag über Hausgrundstück +++ Äußerungen im Verkaufsexposé +++ Baugenehmigung
+++ Fehlende Bebaubarkeit mit Pferdebox +++ Sachmangel +++ Behauptung ins Blaue hinein +++
Arglistiges Verschweigen eines Mangels +++ Makler als Wissensvertreter +++ Zurechnung +++
§§ 166 I, 434, 444 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): Mit notariell beurkundetem Individualvertrag vom 02.05.2013 kaufte K von V unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 750.000,- €.

Abschnitt V Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags lautet auszugsweise:

„Die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmten Verwendung gehört nicht zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundbesitzes.“

In dem nach Rücksprache mit V erstellten Verkaufsexposé des Maklers M, der von V beauftragt war, einen Käufer für das Grundstück zu finden und die Vertragsverhandlungen zu führen, heißt es u.a.:

„Es besteht die Erlaubnis, zwei bis drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil zu errichten. Daneben gibt es eine angrenzende Weide, die gepachtet werden kann.“

Nach der Übergabe des Grundstücks stellt sich heraus, dass eine Baugenehmigung für die Errichtung von Pferdeboxen gar nicht vorlag und eine solche Bebauung auch gar nicht genehmigungsfähig ist.

M hatte vor Erstellung des Exposés die amtliche Bauakte hinzugezogen und wusste daher, dass für die Bebaubarkeit mit Pferdeboxen keine sichere Tatsachengrundlage bestand.

K tritt daraufhin vom Kaufvertrag zurück und verlangt von V Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rücküber-eignung des Grundstücks die Rückzahlung der 750.000,- €.

Zu Recht?

A) Sounds

- 1. Öffentliche Äußerungen vor Vertragsschluss bestimmen die Eigenschaft einer Sache, die der Käufer erwarten kann, nicht, wenn und soweit die Vertragsparteien eine abweichende Beschaffenheit des Kaufobjekts vereinbart haben.**
- 2. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I S. 1 BGB.**
- 3. Ein allgemeiner Haftungsausschluss erfasst auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 I S. 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks.**

B) Problemaufriss

Im vorliegenden Fall befasst sich der BGH mit der Frage des Ausschlusses der Mängelhaftung für öffentliche Äußerungen i.S.d. § 434 I S. 3 BGB.

Anders als für eine vereinbarte Beschaffenheit i.S.d. § 434 I S. 1 BGB lässt der BGH einen Haftungsausschluss für Mängel i.S.d. § 434 I S. 3 i.V.m. S. 2 Nr. 2 GB zu.

Außerdem geht es um die Frage, ob sich der Verkäufer die Behauptungen des Maklers im Exposé zurechnen lassen muss und dieses Verhalten den Tatbestand der Arglist erfüllt. In diesem Fall könnte sich der Verkäufer nämlich gem. § 444 Alt. 1 BGB nicht auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen.

Anmerkung: Exakt diese Konstellation wurde in der dritten Klausur im Termin 2019-I im Ersten Staatsexamen (Bayern) geprüft.
 Bearbeiten Sie hierzu die Klausur in **Life&Law 05/2019, 326 (339 ff.)**.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob K von V Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rücküberweisung des Grundstücks die Rückzahlung der 750.000,- € verlangen kann.

1. Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung gem. § 346 I BGB

K könnte gem. **§ 346 I BGB** von V die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen, wenn er gem. §§ 437 Nr. 2 Alt. 1 BGB, 323 BGB wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten ist.

Voraussetzungen des Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2, 326 V, 323 BGB:

1. **Wirksamer KV** (= gegenseitiger Vertrag)
2. **Rücktrittserklärung**, § 349 BGB
3. Vorliegen eines **Sachmangels bei Gefahrübergang**, § 434 BGB
4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung gem. § 326 V HS 2, § 275 I – III BGB
5. **Kein Ausschluss des Rücktrittsrechts**
 - ⇒ Vereinbarter Haftungsausschluss der Mängelrechte
 - ⇒ Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V S. 2 BGB
 - ⇒ § 323 VI BGB
 - ⇒ Verjährung des hypothetischen Nacherfüllungsanspruches, § 218 I S. 2 BGB

1. Wirksamer Kaufvertrag, § 433 BGB

Zwischen K und V kam gem. § 433 BGB ein wirksamer notarieller (§ 311b I S. 1 BGB) Kaufvertrag über das Hausgrundstück zustande.

2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB

K hat gegenüber V auch gem. § 349 BGB den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt.

3. Vorliegen eines Sachmangels bei Gefahrübergang, § 434 I BGB

Des Weiteren müsste das Grundstück aufgrund der fehlenden Baugenehmigung und Bebaubarkeit des Grundstücks mit Pferdeboxen bei der Übergabe an K mangelhaft gewesen sein.

a) Negative Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 I S. 1 BGB?

Fraglich ist, ob die Formulierung im Kaufvertrag, wonach „**die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmten Verwendung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundbesitzes gehört**“, eine Beschaffenheitsvereinbarung darstellt.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I S. 1 BGB erfordert die Vereinbarung einer bestimmten Eigenschaft, die zu der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Kaufsache gehören soll.¹

Dabei kommt es auf die Unterscheidung zwischen einer „positiven“ und einer „negativen“ Beschaffenheit nicht an. Es macht nämlich keinen Unterschied, ob die Eigenschaft vorhanden oder nicht vorhanden sein soll.

Auch kann eine wertmindernde („negative“) Eigenschaft Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein, wie z.B. die fehlende Bebaubarkeit eines Grundstücks mit Pferdeboxen.²

Die negative Beschaffenheitsvereinbarung muss allerdings von einer reinen Haftungsbeschränkung abgegrenzt werden. Regeln die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, liegt darin keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne von § 434 I S. 1 BGB, da kein bestimmter (ggf. auch mangelhafter) Zustand der Kaufsache als vertragsgemäß festgelegt wird; vielmehr ist eine solche Abrede darauf gerichtet, für eine bestimmte Beschaffenheit nicht eintreten zu wollen.

Gemessen daran handelt es sich bei der Regelung in Abschnitt V Nr. 1 des notariellen Kaufvertrags, wonach die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder eine bestimmte Verwendung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, nicht um eine Beschaffenheitsvereinbarung, da gerade keine bestimmte Eigenschaft in Bezug auf die Bebauung oder Verwendung des Grundstücks vereinbart wurde.

¹ **Hinweis:** An das Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I S. 1 BGB sind **strenge Anforderungen** zu stellen. Eine solche Vereinbarung kommt nur in eindeutigen Fällen in Betracht, BGH, NJW 2016, 2874 ff.; BGH, NJW 2016, 3015 ff.; BGH, NJW 2017, 2817 ff. = jeweils **jurisbyhemmer**.

² Vgl. zur Schadstoffbelastung des Grundwassers als mögliche „negative“ Beschaffenheitsvereinbarung BGH, NJW 2013, 1671 ff. = **jurisbyhemmer**.

Zwischenergebnis: Eine negative Beschaffensvereinbarung lag somit nicht vor.

b) Mangel i.S.d. § 434 I S. 3 i.V.m. S. 2, Nr. 2 BGB

Nachdem eine Sollbeschaffenheit nicht vereinbart ist, könnte sich ein objektiver Mangel nur noch aus § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB i.V.m. § 434 I S. 3 BGB ergeben, weil für das Kaufobjekt - abweichend von den Angaben in dem Verkaufsexposé - keine Baugenehmigung für die Errichtung von bis zu drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil erteilt war und eine solche Bebauung auch gar nicht genehmigungsfähig ist.

aa) Exposé als öffentliche Äußerung des Verkäufers

Nach § 434 I S. 3 BGB gehören zur Sollbeschaffenheit der Kaufsache die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf. Hierzu zählen auch Angaben in einem Exposé.³

Die „Erlaubnis“ zur Errichtung von zwei bis drei Pferdeboxen auf dem hinteren Grundstücksteil gehörte danach zu der von V geschuldeten Beschaffenheit i.S.d. § 434 I S. 2, Nr. 2 BGB.

bb) Notarielle Form des § 311b I S. 1 BGB nicht erforderlich

Die Annahme eines Sachmangels nach § 434 I S. 2 u. 3 BGB setzt auch nicht voraus, dass diese Eigenschaft in dem notariellen Kaufvertrag Erwähnung findet.⁴

(1) Entgegen einer im Schrifttum teilweise vertretenen Ansicht⁵ ist die Vorschrift des § 434 I S. 3 BGB ohne Einschränkungen auf Grundstückskaufverträge anwendbar. Insbesondere ist sie nicht teleologisch dahin zu reduzieren, dass die nach der öffentlichen Äußerung zu erwartende Beschaffenheit im Vertrag einen Niederschlag gefunden haben muss. Das Gesetz unterscheidet zwischen einer von den Vertragsparteien vereinbarten und der gesetzlich vorgegebenen Beschaffenheit der Kaufsache.

Die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten kann, zählen zu der nach dem Gesetz geschuldeten Beschaffenheit, wie sich daraus ersehen lässt, dass es in § 434 I S. 3 BGB heißt, diese Eigen-

schaften gehörten „zu der Beschaffenheit nach Satz 2 Nr. 2“.

Schon nach der Gesetzessystematik wäre es deshalb fragwürdig, bei beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften allein die Vorschrift des § 434 I S. 3 BGB im Wege der teleologischen Reduktion dahin einzuschränken, dass die öffentliche Äußerung Erwähnung im Vertrag gefunden haben muss. Für die Sollbeschaffenheit nach § 434 I S. 2 Nr. 1 und 2 BGB wird dies, soweit ersichtlich, nämlich von niemandem vertreten.

(2) Vor diesem Hintergrund überzeugt auch der von der Mindermeinung vorgebrachte Einwand nicht, dass es wertungsmäßig keinen Unterschied machen könne, ob der Verkäufer Angaben zur Kaufsache in einer öffentlichen Äußerung mache oder, etwa anlässlich der Besichtigung des Grundstücks, nur gegenüber dem Käufer.

Zwar ist in beiden Fällen zu beurteilen, welche Rechtsfolgen eine Information des Verkäufers über die Kaufsache nach sich zieht. Der Maßstab ist aber ein jeweils anderer. Eine öffentliche Äußerung des Verkäufers richtet sich an die Öffentlichkeit und prägt die Erwartung an die Beschaffenheit der Sache. Deshalb steht diese Eigenschaft den in § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB bezeichneten Eigenschaften gleich.

Wann eine Äußerung des Verkäufers, die nur an den (späteren) Käufer gerichtet war, zu einer vereinbarten Beschaffenheit i.S.v. § 434 I S. 1 BGB führt, ist dagegen eine Frage der Auslegung.

hemmer-Methode: Hierzu hat der BGH den Auslegungsgrundsatz entwickelt, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffensvereinbarung führt.⁶

cc) Keine gleichwertige Berichtigung

Die öffentliche Äußerung des V ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch nicht in gleichwertiger Weise berichtigt worden, § 434 I S. 3 HS 2 BGB.

Unabhängig davon, was die Berichtigung in gleichwertiger Weise im Einzelnen erfordert, setzt sie jedenfalls voraus, dass der Verkäufer klar darauf hinweist, dass eine bestimmte öffentliche Äußerung unrichtig ist.

Anmerkung: Nicht ausreichend wäre es, wenn sich aus dem Käufer übergebenen Unterlagen für diesen Zweifel an der Richtigkeit der öffentlichen Angabe des Verkäufers ergeben könnten.

³ BGH, NJW 2018, 1954 ff. = jurisbyhemmer.

⁴ BGHZ 207, 349 ff. = jurisbyhemmer; BGH NJW-RR 2018, 752 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW-RR 2012, 1078 ff. = jurisbyhemmer.

⁵ Grigoleit/Herresthal, JZ 2003, 233 (239); Herrler, NJW 2017, 152 f.

⁶ BGH, Life&Law 03/2016, 147 ff. = jurisbyhemmer.

Auch Abschnitt V Nr. 1 des Kaufvertrags, wonach die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, stellt die Äußerungen des Exposés nicht richtig, sondern enthält lediglich den Hinweis darauf, für eine etwaige fehlende Bebaubarkeit nicht haften zu wollen.

Zwischenergebnis: Da entgegen der Angaben im Exposé keine Baugenehmigung für die Errichtung von Pferdeboxen vorlag und eine solche Bebauung auch gar nicht genehmigungsfähig war, lag ein Mangel i.S.d. § 434 I S. 3 i.V.m. S. 2 BGB vor.

4. Entbehrlichkeit der Fristsetzung, § 326 V HS 2 BGB

Der Rücktritt vom Vertrag setzt gem. §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB grds. den Ablauf einer zuvor gesetzten angemessenen Frist zur Nacherfüllung voraus.

Da eine solche Fristsetzung nicht erfolgt ist, wäre der Rücktritt nur dann wirksam, wenn eine solche entbehrlich gewesen wäre. In Betracht kommt hier § 326 V HS 2 BGB, wenn die Nacherfüllung gem. § 275 I BGB unmöglich wäre.

Bei einem verkauften Hausgrundstück als nicht austauschbarem Unikat scheidet eine Nachlieferung gem. § 439 I Alt. 2 BGB von vornherein aus.

Da die Pferdeboxen baurechtlich auch nicht genehmigungsfähig waren, konnte der Mangel auch nicht im Wege der Nachbesserung gem. § 439 I Alt. 1 BGB beseitigt werden.

Daher war die Nacherfüllung unmöglich (§ 275 I BGB), sodass die Fristsetzung gem. § 326 V HS 2 BGB entbehrlich war.

Auf die Frage, ob V den Mangel arglistig verschwiegen hat und damit eine Fristsetzung wegen Unzumutbarkeit für K gem. § 323 II Nr. 3 BGB bzw. § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich war, kommt es an dieser Stelle noch nicht entscheidend an.

hemmer-Methode: Die Frage der Arglist des V wird im vorliegenden Fall noch bei der Frage des Ausschlusses der Mängelrechte wichtig werden (vgl. § 444 BGB), sodass der hier gewählte Aufbau „eleganter“ ist.

Natürlich hätten Sie aber auch bereits an dieser Stelle die Frage der Arglist und der dann entbehrlichen Fristsetzung diskutieren dürfen.

Bei Arglist des Verkäufers ist nach zutreffender Ansicht des BGH die Fristsetzung dem Käufer unzumutbar und damit zudem gem. § 440 S. 1, Var. 3 BGB bzw. § 323 II Nr. 3 BGB entbehrlich.⁷

Hat der Verkäufer bei Vertragsschluss arglistig getäuscht, so ist die erforderliche Vertrauensgrundlage i.d.R. zerstört.

In solchen Fällen hat der Käufer ein berechtigtes Interesse daran, von einer weiteren Zusammenarbeit mit dem Verkäufer Abstand zu nehmen, um sich vor eventuellen neuerlichen Täuschungsversuchen zu schützen.

Mit anderen Worten: „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht!“

5. Evtl. wirksamer Ausschluss der Mängelhaftung im Vertrag

Zwischen den Parteien wurde aber im notariellen Kaufvertrag ein Ausschluss der Haftung für Sachmängel vereinbart. Hierfür spricht auch der Passus in Abschnitt V Nr. 1 des Kaufvertrags (s.o.).

Da es sich um einen notariellen Individualvertrag und damit nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB handelt, findet eine Inhaltskontrolle anhand der §§ 307 ff. BGB nicht statt.

Da Kaufgegenstand ein Grundstück war, liegt kein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I BGB vor, so dass auch § 476 I S. 1 BGB dem Ausschluss der Gewährleistung nicht entgegensteht.

a) Reichweite des Ausschlusses bei öffentlichen Äußerungen i.S.d. § 434 I S. 3 BGB

Auch wenn ein Haftungsausschluss grundsätzlich zulässig ist, muss die Vereinbarung nach ihrer Reichweite ausgelegt werden.

aa) Auslegung bei vereinbarter Beschaffenheit

Wenn zwischen den Parteien eine bestimmte Beschaffenheit des Kaufgegenstandes vereinbart wurde, ist der Haftungsausschluss nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung dahingehend **auszulegen**, dass er sich gerade **nicht auf solche Mängel bezieht, die auf einer Abweichung von einer vereinbarten Beschaffenheit beruhen** (§ 434 I S. 1 BGB).⁸

Es wäre nämlich ein widersprüchliches Verhalten, zunächst eine Beschaffenheit zu vereinbaren, für welche dann im nächsten Moment die Haftung wieder ausgeschlossen wird (§ 242 BGB).

⁷ Hemmer/Wüst, Schuldrecht AT, Rn. 385; BGH, Life&Law 04/2007, 214 ff. = NJW 2007, 835 ff.; = jurisbyhemmer; differenzierend dagegen Lorenz in NJW 2004, 27 f.

⁸ BGH, NJW 2017, 150 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&Law 03/2016, 147 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2013, 2107 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2013, 1733 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2013, 1074 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&Law 04/2007, 225 ff. = NJW 2007, 1346 ff. = jurisbyhemmer.

Die Annahme einer Beschaffenheitsvereinbarung gem. § 434 I S. 1 BGB wäre in einem solchen Fall sinnlos.

Sound: „Man kann nicht mit der einen Hand etwas geben, was man mit der anderen Hand sofort wieder wegnimmt.“

bb) Auslegung bei öffentlichen Äußerungen des Verkäufers i.S.d. § 434 I S. 3 BGB

Diese Rechtsprechung lässt sich nach Ansicht des BGH aber nicht auf öffentliche Äußerungen über Eigenschaften der Kaufsache i.S.d. § 434 I S. 3 BGB übertragen.⁹

Hinsichtlich einer nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB (gesetzlich) geschuldeten Beschaffenheit kann der Verkäufer seine Haftung durch eine vertragliche Vereinbarung sehr wohl ausschließen.

In solchen Fällen stehen nicht zwei vertragliche und damit aus Sicht des Käufers gleichrangige Vereinbarungen (Beschaffenheitsvereinbarung; Gewährleistungsausschluss) nebeneinander, deren innerer Widerspruch im Wege einer interessengerechten Auslegung aufzulösen ist.

Vielmehr handelt es sich hierbei um einen rein gesetzlichen Haftungstatbestand. Es existiert nur eine vertragliche Regelung, nämlich die vom Gesetz grundsätzlich zugelassene Vereinbarung eines Ausschlusses der Mängelrechte.

Auch bei der Sachmängelhaftung nach § 434 I S. 3 BGB handelt es sich um einen gesetzlichen Haftungstatbestand. Das Gesetz hat diese Äußerungen nicht mit einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I S. 1 BGB gleichgesetzt, sondern zählt sie zu der Beschaffenheit nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB, also zu der Beschaffenheit, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

Zwischenergebnis: Der Ausschluss der Haftung für Sachmängel im notariellen Vertrag erfasst daher auch die Haftung des V für Mängel nach § 434 I S. 3 BGB.

b) Aber: Berufung auf Haftungsausschluss gem. § 444 Alt. 1 BGB unzulässig bei Arglist

V könnte sich aber auf den vereinbarten Haftungsausschluss bzgl. der nicht vorhandenen Baugenehmigung für bis zu drei Pferdeboxen und der fehlenden Genehmigungsfähigkeit nicht berufen, wenn er diesen Mangel arglistig verschwiegen hätte, § 444 Alt. 1 BGB.

⁹ Vgl. dazu bereits BGH, Life&Law 03/2018, 145 ff. = jurisbyhemmer.

hemmer-Methode: Liegt ein Fall des § 444 BGB vor, so ist der vereinbarte Ausschluss der Mängelrechte nicht insgesamt unwirksam, worauf bereits der Wortlaut hinweist („kann sich der Verkäufer nicht berufen“). Er hat lediglich insoweit keine Wirkung.

Liegt ein weiterer Sachmangel vor, hinsichtlich dessen weder Arglist noch eine Garantieübernahme des Verkäufers vorliegt, greift diesbezüglich der vereinbarte Ausschluss der Mängelrechte. Eine Heranziehung des § 139 BGB kommt gerade nicht in Betracht.

Ein arglistiges Verschweigen ist gegeben, wenn der Verkäufer den Mangel kennt oder ernsthaft damit rechnet und zudem weiß oder billigend in Kauf nimmt, dass der Käufer den Mangel nicht kennt und bei Offenlegung den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätte.¹⁰

Einem arglistigen Verschweigen steht es nach allgemeiner Meinung gleich, wenn der Verkäufer das Vorhandensein einer Eigenschaft arglistig vorgespiegelt hat.

aa) Arglist des M bei Erstellung des Exposés?

Auch sog. **Angaben „ins Blaue hinein“** erfüllen den Tatbestand der Arglist, wenn der Handelnde unrichtige Behauptungen aufstellt, obwohl er mit der möglichen Unrichtigkeit seiner Angaben rechnet, weil er ihren Wahrheitsgehalt gar nicht überprüft hat. Für Arglist genügt nämlich bedingter Vorsatz.

Makler M hatte vor Erstellung des Exposés die amtliche Bauakte hinzugezogen und wusste daher, dass für die Bebaubarkeit mit Pferdeboxen keine sichere Tatsachengrundlage bestand. M hielt bei der Erstellung des Exposés das Vorliegen eines Sachmangels daher zumindest für möglich. Da die unrichtige Angabe in dem Verkaufsexposé über die Zulässigkeit der Errichtung von Pferdeboxen eine Fehlvorstellung des K hervorrufen konnte (und auch hervorgerufen hat), bestand insoweit eine Offenbarungspflicht des M, dass die Bebaubarkeit mit Pferdeboxen zumindest nicht gesichert war.

Die Angaben des M im Exposé stellen daher eine arglistige „Angabe ins Blaue hinein“ dar.

hemmer-Methode: Auch wenn ein arglistig verschwiegener Sachmangel für den Willensentschluss des Käufers nicht ursächlich war, ist dem Verkäufer die Berufung auf den vereinbarten Haftungsausschluss gemäß § 444 BGB verwehrt.

¹⁰ BGH, NJW 2018, 389 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2013, 1671 (1673) = jurisbyhemmer; Palandt, BGB, § 444 Rn. 11.

Anders als in § 123 I BGB („zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung ... bestimmt“) findet die Kausalität im Wortlaut des § 444 BGB keine Erwähnung. § 444 BGB soll den Käufer vor einer unredlichen Freizeichnung des Verkäufers von der Sachmängelhaftung schützen. Eine solche unredliche Freizeichnung ist aber generell gegeben, wenn der Verkäufer arglistig handelt.¹¹

bb) Zurechnung der Arglist, § 166 I BGB analog

Fraglich ist, ob sich V das arglistige Verhalten des M zurechnen lassen muss.

§ 166 I BGB rechnet dem Vertretenen das Wissen seines Vertreters bei der Abgabe einer Willenserklärung zu.

Problematisch im vorliegenden Fall ist aber, dass M beim Vertragsschluss den V nicht vertreten hat.

Außerhalb von Rechtsgeschäften und rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen findet § 166 I BGB an sich keine Anwendung. Rechtsprechung und Literatur befürworten dennoch eine Wissenszurechnung analog § 166 I BGB bei sog. **Wissensvertretern** und anderen Personen, die in einen arbeitsteiligen Prozess eingebunden sind.

Wissensvertreter ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzugeben, wofür noch nicht einmal das Vorliegen von Vertretungsmacht erforderlich ist. Eine Wissenszusammenrechnung setzt voraus, dass nach Treu und Glauben eine Pflicht zum Informationsaustausch bestand.

Die arbeitsteilige Organisation darf nach Ansicht der Rechtsprechung nicht zu einer Besserstellung des Geschäftsherrn führen. Insbesondere aus der Überlegung, dass der Geschäftsherr einen Verkehrsbereich selbst eröffnet und beherrscht, leitet die Rechtsprechung zu Recht eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Information und Kommunikation ab, um die Verfügbarkeit der Informationen sicherzustellen.¹²

Nach diesen Grundsätzen ist das Wissen des M dem V auch dann analog § 166 I BGB zuzurechnen, wenn M beim Vertragsschluss nicht als Vertreter des V gehandelt hat.

Da der Makler hier zugleich Verhandlungsführer war, muss sich V dessen Wissen auch zurechnen lassen.¹³

Zwischenergebnis: Wegen der analog § 166 I BGB dem V zuzurechnenden Angaben ins Blaue in dem von M erstellten Exposé handelte V arglistig und kann sich daher auf den im notariellen Kaufvertrag vereinbarten Ausschluss der Haftung für Sachmängel nicht berufen, § 444 Alt. 1 BGB.

6. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung, § 323 V S. 2 BGB

Der Rücktritt wäre aber ausgeschlossen, wenn die Pflichtverletzung des V (= Lieferung einer mangelhaften Sache) nur unerheblich gewesen wäre, § 323 V S. 2 BGB.

Selbst wenn bei objektiver Betrachtung der Mangel unerheblich sein sollte, wofür der insoweit beweispflichtige V gar nichts vorgetragen hat, würde dies dem Rücktritt nicht entgegenstehen.

Eine den Rücktritt ausschließende nur unerhebliche Pflichtverletzung ist beim Kaufvertrag nämlich in der Regel zu verneinen, wenn der Verkäufer über das Vorhandensein eines Mangels **arglistig täuscht**.¹⁴

Dass der Käufer bei unerheblichen Pflichtverletzungen nicht zurücktreten können soll, hängt mit der besonderen Schutzwürdigkeit des Verkäufers zusammen, da die Rückabwicklung des gesamten Vertrages mit erheblichen Nachteilen für den Verkäufer verbunden sein kann. Täuscht er aber arglistig, so ist er nicht schutzwürdig im Vertrauen darauf, dass der Vertrag Bestand haben wird.

Dagegen wird vorgebracht, dass sich die Erheblichkeit auf die Pflichtverletzung und damit die Schlechtleistung beziehen muss, weshalb die Täuschung als nicht leistungsbezogene Rücksichtnahmepflichtverletzung für diese Frage irrelevant sei.¹⁵

Dieser Einwand überzeugt aber nicht. Zum einen bezieht sich die Täuschung auf die Pflichtverletzung (Mangel). Zum anderen entspricht es der h.L., dass auch die Umstände des Einzelfalls für die Beurteilung der Erheblichkeit maßgeblich sein können, so z.B. wenn die Parteien eine gesonderte Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Mangels vorgenommen hatten.

¹¹ BGH, **Life&Law 12/2011**, 857 ff. = NJW 2011, 3640 ff. = **jurisbyhemmer**.

¹² BGH, NJW 2016, 3445 ff. = **jurisbyhemmer**; zur Zurechnung von Wissensvertretern bei juristischen Personen vgl. auch **Hemmer/Wüst, BGB-AT I, Rn. 201e bis 201g**.

¹³ BGH, WM 2004, 1240 (1241 f.) = **jurisbyhemmer**; MüKo, § 166 BGB, Rn. 73.

¹⁴ BGH, **Life&Law 07/2006**, 439 ff. = ZGS 2006, 236 ff. = **jurisbyhemmer**.

¹⁵ Lorenz, Arglist und Sachmangel - Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V S. 2 BGB, NJW 2006, 1925 ff.; Kulke, Rücktrittsrecht bei geringfügigem Mangel wegen Arglist des Verkäufers, ZGS 2006, 412 ff.

Das arglistige Verschweigen eines Mangels modifiziert auch in anderen Bereichen die Haftung stark zu Lasten des Verkäufers. So behält beispielsweise der Käufer seine Mängelrechte trotz grob fahrlässiger Nichtkenntnis vom Mangel, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, § 442 I S. 2 BGB.

Zwischenergebnis: Dem Rücktritt steht auch nicht der Einwand der Unerheblichkeit der Pflichtverletzung nach § 323 V S. 2 BGB entgegen.

7. Rechtsfolge: Rückabwicklung Zug-um-Zug, §§ 348, 320 I, 322 I BGB

Infolge des erklärten Rücktritts steht dem K gegen V gem. § 346 I BGB Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Grundstücks (§§ 348, 320, 322 I BGB) ein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 750.000,- € zu.

II. Anspruch auf Schadensersatz statt der ganzen Leistung gem. § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 311a II S. 3, 281 I S. 3 BGB

K könnte die Rückzahlung des Kaufpreises auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der ganzen Leistung nach § 346 I BGB i.V.m. §§ 437 Nr. 3, 311a II S. 3, 281 I S. 3, V BGB verlangen.

1. Ein wirksamer Kaufvertrag und ein Sachmangel bei Gefahrübergang lagen vor (s.o.)
2. Der Mangel war anfänglich unbehebbar, § 275 I BGB.
3. Dies war dem V gem. § 166 I BGB analog schuldhaft unbekannt, sodass die Voraussetzungen des § 311a II BGB vorliegen.
4. Da die Pflichtverletzung auch nicht unerheblich war, kann K gem. §§ 311a II S. 3, 281 I S. 3 BGB Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.
5. Als Rechtsfolge steht dem K gem. §§ 311a II S. 3, 281 V, 346 I, 348, 320, 322 BGB Zug-um-Zug gegen Rückgabe und Rückübereignung des Grundstücks ein Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 750.000,- € zu.

III. Anspruch auf Vertragsaufhebung und Rückabwicklung des Vertrages aus c.i.c. gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II Var. 3 i.V.m. § 249 I BGB

In Betracht kommt auch ein Anspruch auf Schadensersatz wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung gem. §§ 280 I, 311 II Nr. 1, 241 II BGB (im Folgenden: c.i.c.).

Durch das arglistige Verschweigen des Mangels seitens des M, welches gem. § 278 S. 1 Alt. 2 BGB dem V zugerechnet wird, wurde die Pflicht zur Rücksichtnahme auf das Interesse des K an einer fehlerfreien Willensbildung gem. § 241 II Var. 3 BGB verletzt.

Diese Pflichtverletzung war auch kausal für den Abschluss des Kaufvertrages.

1. Grundsatz: c.i.c. wird vom Mängelrecht verdrängt

Der Anspruch aus c.i.c. wird aber im Hinblick auf das fahrlässige Verschweigen von Sachmängeln vom spezielleren Mängelrecht der §§ 434 ff. BGB verdrängt.

a) Die Mängelrechte sind gem. § 442 I S. 2 BGB nämlich ausgeschlossen, wenn dem Käufer der Mangel infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Bei einer vorvertraglichen Pflichtverletzung gibt es keinen vergleichbaren Ausschluss, sondern lediglich mit § 254 BGB die Möglichkeit einer Anspruchs Kürzung.

a) Im Übrigen bestehen für die Mängelansprüche Verjährungsfristen (v.a. § 438 I Nr. 3 BGB) und daran gekoppelt die Verfristung für den Rücktritt, §§ 438 IV S. 1, 218 I BGB. Für Ansprüche aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB gilt dagegen die hinsichtlich Dauer und Fristbeginn abweichende Regelverjährung, §§ 195, 199 BGB.

c) Ferner könnte der Käufer mit seinem Anspruch auf Schadensersatz i.V.m. § 249 I BGB Vertragsaufhebung verlangen, ohne dem Verkäufer zuvor eine Frist zur Nacherfüllung setzen zu müssen. Dadurch würde der Vorrang der Nacherfüllung aus den Angeln gehoben, sodass Ansprüche auf Schadensersatz aus §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB von den besonderen Mängelrechten verdrängt werden.

2. Bei Arglist ist c.i.c. aber anwendbar

Dieser Ausschluss gilt aber nach Ansicht des BGH nicht bei Arglist.¹⁶

Im Falle einer arglistigen Täuschung unterliegt nämlich das Mängelrecht gem. § 438 III BGB ebenfalls der Regelverjährung (§§ 195, 199 BGB).

¹⁶ BGH, **Life&Law 07/2009, 433 ff.** = NJW 2009, 2120 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Außerdem greift bei Arglist des Verkäufers das Argument mit dem Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs nicht, da dem Käufer in diesem Fall die Fristsetzung zur Nacherfüllung unzumutbar und diese damit gem. § 440 S. 1 Var. 3 BGB entbehrlich (§§ 323 II Nr. 3, 440 S. 1 Var. 3 BGB) ist.¹⁷

3. Rechtsfolge: Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsaufhebung, § 249 I BGB

Die Verpflichtung aus diesem Vertrag stellt einen kausalen Schaden dar.¹⁸

Dem vertraglich verpflichteten K stünde in diesem Fall ein Anspruch auf Schadensersatz zu, der im Wege der Naturalrestitution gemäß § 249 I BGB auf Abschluss eines Aufhebungsvertrags und in der Folge auf Rückabwicklung des Vertrages gerichtet ist.

Ob dieser Anspruch auf Rückabwicklung direkt auf § 249 I BGB gestützt wird oder auf eine analoge Anwendung der §§ 346 ff. BGB, ist umstritten, kann aber als rein dogmatischer Streit im Ergebnis letztlich dahinstehen.

Anmerkung: Das BAG hat zuletzt entschieden, dass bei einem Anspruch auf Schadensersatz aus c.i.c. die Vertragsaufhebung ipso iure eintritt und die Wirkungen des Vertrages wirkungsgleich mit einer Anfechtung entfallen sollen.¹⁹

Diese Auffassung des BAG ist allerdings offensichtlich verfehlt und widerspricht auch der einschlägigen Auffassung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und Literatur, die nur einen Anspruch auf bzw. eine Verpflichtung zur Rückabwicklung des Vertrags bejaht.²⁰

IV. Ergebnis

K kann von V die Rückzahlung der 750.000,- € verlangen.

D) Kommentar

¹⁷ Zur Bedeutung der c.i.c. neben dem Mängelrecht im Fall der arglistigen Täuschung vgl. Tyroller, **Life&Law 07/2009, 493 ff.** Zum Konkurrenzverhältnis c.i.c. ⇔ Mängelrecht vgl. Tyroller, „Die Konkurrenzen im Zivilrecht-Teil II“, **Life&Law 06/2010, 413 ff.**

¹⁸ So auch inzwischen Palandt, § 311, Rn. 13 a.E.

¹⁹ Vgl. BAG, **Life&Law 07/2019, 456 (463)** = NZA 2019, 688 ff. = **jurisbyhemmer**.

²⁰ Vgl. dazu auch Fischinger, NZA 2019, 729 (733); BGH, NJW 1993, 2107 ff. = **jurisbyhemmer**; BGH, 1999, 2032 ff. = **jurisbyhemmer**.

(**mtv**). Das Urteil des BGH zu § 434 I S. 3 BGB, zur Reichweite des Haftungsausschlusses, zur Arglist des Maklers und der Zurechnung analog § 166 I BGB sind überzeugend und entsprechen der inzwischen gefestigten Rechtsprechung.

Die übrigen angesprochenen Fragen sind absolute Standards, die Sie in einer Mängelrechtsklausur beherrschen müssen.

Nehmen Sie diesen Fall zum Anlass, das kaufrechtliche Mängelrecht zu wiederholen.

Derartige Fälle gehören in allen Bundesländern zum absoluten Examens-Standardrepertoire!

E) Wiederholungsfrage

- **Warum kann der Verkäufer seine Haftung für das Fehlen von Eigenschaften ausschließen, deren Vorhandensein der Käufer nach den vom Verkäufer abgegebenen öffentlichen Äußerungen berechtigterweise erwarten kann (§ 434 I S. 3 BGB)?**

Anders als bei Mängeln i.S.d. § 434 I S. 1 BGB, auf die sich ein vereinbarter Ausschluss der Mängelrechte nicht bezieht, kann der Verkäufer die Haftung für öffentliche Äußerungen über die Eigenschaften der Kaufsache i.S.d. § 434 I S. 3 BGB ausschließen.

Das Gesetz hat diese Äußerungen nicht mit einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 I S. 1 BGB gleichgesetzt, sondern zählt sie zu der Beschaffenheit nach § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB, für welche die Gewährleistung grds. ausgeschlossen werden kann. Das Schutzbedürfnis des Käufers verlangt in den Fällen des § 434 I S. 3 BGB keine einschränkende Auslegung eines umfassend formulierten Haftungsausschlusses, da der Käufer über §§ 305c, 307, 309 Nr. 7 und Nr. 8b BGB sowie durch §§ 444, 476 BGB genügend geschützt wird.

F) Zur Vertiefung

Ausschluss der Mängelrechte

- Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT I, Rn. 352 ff.



BGH, Urteil vom 13.09.2018, III ZR 294/16 = [jurisbyhemmer](#)

2 Überflüssiges und Schlechtes: Wie man bei einem Behandlungsvertrag sein Geld zurückbekommt.

+++ Pflichtverletzung bei Behandlungsvertrag +++ Kündigung durch Patienten +++ Dienste höherer Art +++ Vergütung als Schaden +++ §§ 630a, 630b, 626 ff., 280 I BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht): Zahnarzt Z und Patientin P schlossen nach ausführlicher Besprechung und Fertigung von Röntgenbildern einen Behandlungsvertrag über die Erbringung zahnärztlicher Leistungen. P unterschrieb dabei eine Maßnahmenaufstellung im Gesamtvolumen von knapp 70.000 €. Gegenstand der Leistungen war insbesondere das Einfügen diverser Implantate in beide Kiefer sowie die Versorgung mehrerer Zähne mit Keramik-Inlays.

Nach Einbringen von jeweils 4 Implantaten in Ober- und Unterkiefer sowie der Versorgung der Zähne mit Keramik-Inlays kam es zu gesundheitlichen Problemen bei P. Sie ließ die bisherigen Leistungen von einem anderen Zahnarzt untersuchen. Dieser stellte **zutreffend** fest, dass die Implantate fehlerhaft in die Kiefer eingebracht wurden. Die Implantate wurden nicht tief genug eingesetzt. Es bestehe bei den vorhandenen Implantaten daher die Gefahr von Lockerungen bzw. Entzündungen. Ein Austausch sei ebenfalls risikobehaftet, da möglicherweise nicht mehr genügend Knochensubstanz vorhanden sei, die für ein sicheres Einbringen der Implantate aber erforderlich ist. P habe daher nur die Wahl zwischen „Pest und Cholera“.

P brach daraufhin die weitere Behandlung durch Z ab. Zudem bestätigt ein Sachverständiger in der Folge, dass die Versorgung mit Keramik-Inlays medizinisch nicht indiziert war. Den gefertigten Röntgenbildern lässt sich nicht entnehmen, dass ein Kariesbefall vorhanden war.

Z verlangt nun sein Honorar für die bisher erbrachten Leistungen: 20.000 € für die Implantate, 10.000 € für die Versorgung diverser Zähne mit Keramik-Inlays. P weigert sich zu zahlen, weil die Implantate nicht brauchbar seien. Z erwidert, es sei treuwidrig, einerseits die Implantate weiter zu nutzen, andererseits dafür nichts zahlen zu wollen.

Besteht der Anspruch des Z gegen die P?

A) Sounds

1. In der unterbliebenen Aufklärung darüber, dass eine Leistung medizinisch nicht indiziert ist, kann eine zum Schadensersatz führende Pflichtverletzung i.S.d. § 280 I BGB liegen.

2. Sofern sich die Leistung als unbrauchbar erweist und ohne Interesse für den Patienten ist, liegt in der Vergütungspflicht der Mindestschaden des Patienten. Hat er bereits bezahlt, kann er die Rückzahlung verlangen. Im anderen Fall ist der Anspruch unmittelbar auf Befreiung von der Verpflichtung zur Zahlung gerichtet, wenn der Vertrag ohne die Pflichtverletzung nicht geschlossen worden wäre.

3. Fehlerhaft eingesetzte Implantate sind objektiv und subjektiv völlig wertlos i.S.d. § 628 I S. 2 Var. 2 BGB, wenn es keine dem Patienten zumutbare Behandlungsvariante gibt, die zu ei-

nem wenigstens im Wesentlichen den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechenden Zustand hinreichend sicher führen könnte.

4. Der Umstand, dass der Patient einzelne Implantate als Notmaßnahme zur Vermeidung eines eventuell noch größeren Übels weiterverwendet, ändert nichts an der völligen Unbrauchbarkeit der zahnärztlichen Leistung und dem Entfallen der Vergütungspflicht insgesamt.

B) Problemaufriss

Der Fall spielte zu einer Zeit vor Einführung der §§ 630a ff. BGB.

Diese Normen regeln den Behandlungsvertrag als dienstvertragsähnlichen Vertrag.

Die Neuregelungen wirken sich auf die Lösung nicht aus, da gem. § 630b BGB ergänzend die Regelungen über den Dienstvertrag, die Basis für die vorliegende Lösung sind, anwendbar sind.

Der Dienstvertrag ist für die Fälligkeit der Vergütung nicht erfolgsbezogen. Der zur Dienstleistung Verpflichtete schuldet nur das Bemühen darum, den für den Dienstberechtigten erstrebten Erfolg herbeizuführen. Daher bestehen im Dienstvertragsrecht auch keine besonderen Mängelrechte, mit welchen die Nichterbringung des Erfolges sanktioniert werden könnte. Es ist z.B. nicht möglich, die Vergütung wegen „Schlechtleistung“ zu mindern.

Dies heißt im Umkehrschluss allerdings nicht, dass man der Erbringung einer schlechten Dienstleistung tatenlos zusehen müsste.

Sofern dem Dienstberechtigten ein kausaler Schaden entstanden ist, kann dieser nach Maßgabe der §§ 280 ff. BGB ersetzt verlangt werden.¹

Für die Möglichkeiten des Dienstberechtigten, das Vertragsverhältnis zu beenden, ist maßgeblich, ob die Dienstleistung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses erbracht wird oder nicht.

Bei einem Dauerschuldverhältnis ist wiederum zu differenzieren, ob es sich dabei um ein Arbeitsverhältnis handelt, und ob es befristet ausgestaltet ist oder nicht. Zudem muss zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung differenziert werden.

Dauerschuldverhältnis als Arbeitsvertrag

Besteht ein Arbeitsvertrag i.S.d. § 611a I BGB, gelten Besonderheiten. Bei befristeten Verträgen gelten gem. § 620 III BGB die Regelungen über das Teilzeit-Befristungsgesetz, insbesondere § 14 TzBfG.

Für unbefristete Verträge ist bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ebenfalls an § 626 BGB zu denken. Bei der ordentlichen Kündigung ist im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes eine sachliche Rechtfertigung gem. § 1 I, II KSchG erforderlich.

Dauerschuldverhältnis als Dienstverhältnis

Handelt es sich um ein befristetes Dienstverhältnis, das kein Arbeitsverhältnis ist, endet dieses automatisch mit Zeitablauf, § 620 I BGB. Die ordentliche Kündigung ist möglich unter Beachtung der Fristen des § 621 BGB. Sofern ein wichtiger Grund vorliegt, kann gem. § 626 BGB fristlos gekündigt werden.

Anders, wenn es sich um die Erbringung von Diensten höherer Art handelt, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Für diesen Fall ist die Kündigung ohne Angabe von Gründen jederzeit möglich, § 627 I BGB.

hemmer-Methode: Zur Erinnerung: Es geht hier um die Kündigung durch den Dienstberechtigten. Bei einer Kündigung durch den Dienstverpflichteten bestehen zwar grundsätzlich ebenfalls die aufgezeigten Möglichkeiten. Allerdings benötigt ein Arbeitnehmer selbstredend für eine ordentliche Kündigung keinen Kündigungsgrund. Für die Erbringung höherer Dienste ist § 627 II BGB zu beachten!

Sie müssen diese Differenzierungen in der Klausur parat haben, um die richtige Beendigungsvariante zu erfassen.

Der Behandlungsvertrag stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, bei welchem auch die ordentliche Kündigung jederzeit möglich wäre, § 621 Nr. 5 BGB.

Das eigentliche Problem des vorliegenden Falles besteht in der Wirkung der Kündigung. Im Unterschied zum Rücktritt wird durch die Kündigung grundsätzlich kein Rückgewährschuldverhältnis geschaffen („die Vergangenheit ruht“). Insoweit stellt sich die Frage, wie die P einer Vergütungspflicht für in der Vergangenheit bereits erbrachte Dienstleistungen entgehen kann (vgl. dazu die Lösung).

Dabei ist strikt zwischen den Rechtsfolgen einer Kündigung und etwaigen Schadensersatzansprüchen zu differenzieren. Im Rahmen des Schadensersatzes macht der BGH einen Fehler, so dass hier alternative Lösungsansätze zu diskutieren sind, die vom BGH erst gar nicht erwähnt werden.

C) Lösung

Zu prüfen sind Vergütungsansprüche für die Implantate sowie die Keramik-Inlays. Ein Anspruch könnte sich jeweils aus § 630a I BGB ergeben.

I. Anspruch aus § 630a I BGB auf Entrichtung der Vergütung für die Implantate in Höhe von 20.000 €

Voraussetzung für den Anspruch ist ein wirksamer Behandlungsvertrag sowie die Erbringung der entsprechenden Leistungen, §§ 630b, 614 BGB. Sodann dürfte der Anspruch nicht wieder entfallen und er müsste durchsetzbar sein.

¹ Im Arbeitsrecht wären hier freilich die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu berücksichtigen, vgl. dazu Hemmer/Wüst/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 634 ff.

1. Anspruch entstanden

Z und P haben einen Behandlungsvertrag i.S.d. §§ 630a ff. BGB geschlossen. Wirksamkeitshindernisse lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Da Z die entsprechenden Leistungen auch erbracht hatte, ist der Vergütungsanspruch auch fällig geworden, § 614 BGB. Auf die Qualität der Leistung kommt es insoweit zunächst nicht an, da ein bestimmter Behandlungserfolg nicht geschuldet ist.

2. Anspruch entfallen durch Kündigung, §§ 627, 628 I S. 2 Var. 2 BGB?

Der Anspruch könnte jedoch wieder entfallen sein durch die laut Sachverhalt durch P ausgesprochene Kündigung.

Fraglich ist, ob überhaupt ein Kündigungsrecht bestand, das sich auch auf die Vergütung für Leistungen auswirkt, welche bereits in der Vergangenheit erbracht wurden.

hemmer-Methode: Zur Wiederholung: Ordentlich könnte jederzeit gem. § 621 Nr. 5 BGB gekündigt werden. Diese Kündigung würde aber an der Vergütungspflicht für die Vergangenheit nichts ändern!

In den Fällen der §§ 626, 627 BGB ist jedoch an ein Entfallen der Vergütungspflicht zu denken, § 628 I S. 2 Var. 2 BGB.

a) Kündigungsgrund, § 626 BGB

Fraglich ist, ob P ein Kündigungsrecht zustand. Ein solches könnte sich aus § 626 I BGB ergeben. Insoweit könnte man darauf abstellen, dass die laut Sachverhalt mangelhaft erbrachten Leistungen einen solchen wichtigen Grund darstellen.

b) Im Fall des § 627 BGB entbehrlich

Darauf kommt es aber nicht entscheidend an, wenn ohnehin ein Kündigungsrecht gem. § 627 I BGB bestehen würde.

Nach dieser Vorschrift ist eine Kündigung auch ohne wichtigen Grund möglich, wenn Dienste höherer Art geschuldet sind, die klassischerweise aufgrund besonderen Vertrauens erbracht zu werden pflegen, und es sich nicht um ein Dienstverhältnis mit dauernden Bezügen handelt. Von letzterem ist auszugehen.

Fraglich ist, ob zahnärztliche Leistungen Dienste höherer Art i.S.d. Norm darstellen. Dies ist zu bejahen.

Die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen verlangt in besonderer Weise danach, der ausführenden Person im Hinblick auf ihre Kompetenzen zu vertrauen. Man vertraut sich in bedeutsamen Fragen der Gesundheitsvorsorge jemandem an, der vorgibt, für die Lösung der jeweiligen Probleme kompetent zu sein.

hemmer-Methode: Dass ärztliche Leistungen Dienste höherer Art darstellen, wird dadurch gestützt, dass für die Rechtfertigung der mit einem ärztlichen Eingriff stattfindenden Gesundheitsbeeinträchtigung die Einwilligung für den konkret behandelnden Arzt vorliegen muss. Operiert z.B. ein anderer Arzt den Patienten, ist der Eingriff rechtswidrig. Der behandelnde Arzt kann sich so dann auch nicht darauf berufen, dass ggfs. eintretende Komplikationen ein operationsimmanentes Risiko darstellen, welches sich genauso bei der Behandlung durch den Arzt hätte realisieren können. Der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens greift nicht durch, weil dies mit dem Schutz der Integrität, d.h. der körperlichen Unversehrtheit, nicht vereinbar wäre.²

Eine Kündigungserklärung seitens der P liegt ebenfalls vor, so dass der Behandlungsvertrag durch die Kündigung wirksam beendet wurde.

c) Wirkung der Kündigung, § 628 I S. 2 Var. 2 BGB

Problematisch ist allerdings, dass die Kündigung grundsätzlich nur für die Zukunft wirkt und daher Ansprüche für bereits erbrachte Dienstleistungen unberührt lässt, vgl. § 628 I S. 1 BGB.

Allerdings entfällt der Anspruch für bereits erbrachte Leistungen gem. § 628 I S. 2 Var. 2 BGB dann, wenn Z durch vertragswidriges Verhalten die Kündigung der P veranlasst hatte und seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil nicht mehr von Interesse sind.

aa) Veranlassung zur Kündigung durch vertragswidriges Verhalten

Veranlassung i.S.d. Norm bedeutet, dass zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie adäquat kausal verursacht hat.

Das Merkmal „Veranlassung“ setzt ferner ein schuldhaftes Verhalten voraus.³ Das lässt sich aus einem Umkehrschluss zu § 628 II BGB ableiten.

² BGH, Life&Law 03/2017, 168 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³ BGH, NJW 2011, 1674 = [jurisbyhemmer](#).

Dort wird an das vertragswidrige Verhalten eine Schadensersatzpflicht geknüpft. Schadensersatzansprüche sind aber – wenn nicht ein Fall der Garantie- oder Gefährdungshaftung vorliegt – verschuldensabhängig.

Nicht erforderlich ist bei einer Kündigung gem. § 627 BGB, dass das vertragswidrige Verhalten als schwerwiegend oder als wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB anzusehen wäre. Eine derartige Einschränkung wäre bei der Kündigung eines ärztlichen Behandlungsvertrages nicht sachgerecht. Dieser wird im Regelfall durch ein besonderes Vertrauensverhältnis geprägt, das eine erleichterte, jederzeitige Lösungsmöglichkeit vom Vertrag erfordert. Allerdings lässt ein bloß geringfügiges vertragswidriges Verhalten die Pflicht unberührt, die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen gem. § 628 I S. 1 BGB zu vergüten. Da das Recht zur fristlosen Kündigung eines Dienstvertrages das Rücktrittsrecht gem. § 323 BGB ersetzt und letzteres im Falle einer Schlechtleistung bei nur unerheblicher Pflichtverletzung ausgeschlossen ist, § 323 V S. 2 BGB, gilt eine entsprechende Einschränkung auch im Rahmen der Vergütungsfrage im Falle des § 628 BGB.

Gemessen an diesen Grundsätzen ist von einem vertragswidrigen Verhalten des Z auszugehen. Laut Sachverhalt wurden die Implantate nicht tief genug in den Kiefer eingebracht. Auch wenn nicht erforderlich (s.o.), könnte darin sogar ein wichtiger Grund gesehen werden, weil schon dem Grunde nach eine erhebliche Fehlleistung gegeben ist. Die Leistung des Z bleibt hinter dem geschuldeten Facharztstandard zurück.

bb) Interessenwegfall infolge (!) Kündigung

Weitere Voraussetzung für das Entfallen der Vergütungspflicht ist, dass die von Z erbrachten implantologischen Leistungen für P infolge der Kündigung nicht mehr von Interesse sind.

Eine Leistung ist für den Dienstberechtigten infolge der Kündigung ohne Interesse, wenn er sie nicht mehr wirtschaftlich verwerten kann, sie also für ihn nutzlos geworden ist.⁴ Es genügt demnach zum einen nicht, dass die Leistung objektiv wertlos ist, wenn der Dienstberechtigte sie gleichwohl nutzt, zum anderen aber auch nicht, dass der Dienstberechtigte sie nicht nutzt, obwohl er sie wirtschaftlich verwerten könnte. Letzteres kommt beim zahnärztlichen Behandlungsvertrag dann in Betracht, wenn ein nachbehandelnder Zahnarzt auf Leistungen des Erstbehandlers aufbauen oder durch eine Nachbesserung des gefertigten Zahnersatzes Arbeit gegenüber einer Neuherstellung ersparen könnte.

Wird eine ärztliche Leistung hingegen so schlecht erbracht, dass die Behebung des durch die Schlechterfüllung herbeigeführten Zustands nicht möglich oder dem Dienstberechtigten nicht zumutbar ist, sind die bisher erbrachten Dienste ohne Wert.⁵ Entscheidend ist stets der Fortbestand eines selbständig verwertbaren Arbeitsanteils.⁶

Dieser Fortbestand ist vorliegend abzulehnen. Die Leistungen sind für P nutzlos. Laut Sachverhalt hat P lediglich die Wahl zwischen „Pest und Cholera“, also die Wahl zwischen zwei großen Übeln. Eine Möglichkeit, die Arbeiten des Z als Grundlage für eine den Regeln der zahnärztlichen Kunst entsprechende Nachbehandlung zu verwenden, liegen damit nicht vor.

Auch spielt der Umstand, dass P die Implantate weiterrnutzt, keine entscheidende Rolle. Dies ist lediglich dem Umstand geschuldet, dass eine Entfernung keine sichere Besserung des jetzigen Zustands mit sich bringt. Insoweit wäre es nahezu zynisch, wenn Z argumentieren könnte, einen Vergütungsanspruch zu behalten.

Hinsichtlich der Höhe des Wegfalls ist von einer vollständigen Wertlosigkeit der Leistungen des Z auszugehen, da die Implantate objektiv und subjektiv vollkommen wertlos sind.

3. Ergebnis zu I.

Z hat gegen P keinen Anspruch auf Zahlung von 20.000 € gem. § 630a I BGB für die erbrachten Implantatsleistungen.

II. Anspruch aus § 630a I BGB auf Entrichtung der Vergütung für die Inlay-Versorgung in Höhe von 10.000 €

Möglicherweise besteht aber zumindest ein Anspruch auf Begleichung der Vergütung für die Inlayversorgung in Höhe von 10.000 € aus § 630a I BGB.

1. Anspruch dem Grunde nach entstanden und nicht durch Kündigung entfallen

Zwar wurde der Behandlungsvertrag durch P wirksam gekündigt (s.o.). Allerdings ist fraglich, ob auch hier die Vergütungspflicht gem. § 628 I S. 2 Alt. 2 BGB entfallen ist.

Daran ist problematisch, dass die Inlay-Versorgung laut Sachverhalt nicht erforderlich war. Es bestand – anders als hinsichtlich der Implantate – daher von vorneherein kein Interesse an der Erbringung dieser Leistungen.

⁴ BGH, NJW 1985, 41 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ OLG Naumburg, NJW-RR 2008, 1056 f. = [jurisbyhemmer](#).
⁶ MüKo, § 628, Rn. 24.

Das Interesse ist daher nicht erst *infolge* der Kündigung entfallen. Im Übrigen war die fehlende medizinische Indikation nicht der Grund für den Behandlungsabbruch. Diese hat die Kündigung also nicht veranlasst.

2. Möglicherweise aber Gegenanspruch auf Schadensersatz als Einwendung oder Einrede

Da die Versorgung mit Keramik-Inlays nicht erforderlich, d.h. nicht medizinisch indiziert war, könnte der P gegen Z aber ein Gegenanspruch auf Schadensersatz zustehen. Je nach Inhalt des Anspruchs könnte der Vergütungsanspruch daher durch Aufrechnung entfallen sein oder zumindest nicht durchsetzbar sein.

hemmer-Methode: Diesen Aufhänger müssen Sie verinnerlichen. Häufig liegt der Schwerpunkt von Klausuren in der Prüfung von Gegenansprüchen des Schuldners, gegen den Ansprüche zu prüfen sind. Im Prüfungsschema „Anspruch entstanden, entfallen, durchsetzbar“ muss dann eine Einbettung dieser Gegenansprüche erfolgen. Wie die Einbettung erfolgt, hängt vom konkreten Inhalt des Gegenanspruchs ab. Bei Gleichartigkeit ist an eine Aufrechnung zu denken („Anspruch entfallen“). Bei ungleichartigen Ansprüchen kann entweder eine Zug-um-Zug-Leistungspflicht bestehen (§§ 320, 322 bzw. §§ 273, 274), oder aber die Durchsetzung ist dauerhaft ausgeschlossen – dazu später.

a) Anspruch aus §§ 280 I, 630a BGB wegen Durchführung nicht indizierter Behandlung

Ein Gegenanspruch des P gegen Z könnte sich aus § 280 I BGB ergeben. Ein Schuldverhältnis liegt in Form des Behandlungsvertrages über das Einbringen von Keramik-Inlays vor, § 630a BGB.

Diese Versorgung mit den Keramik-Inlays könnte eine Pflichtverletzung darstellen, § 630e I S. 2 BGB. Zwar war die Versorgung laut Sachverhalt nicht mangelhaft erfolgt. Möglicherweise war die Versorgung aber vollkommen überflüssig und daher nicht notwendig i.S.d. § 630e I S. 2 BGB. Grundsätzlich hat sich der Umfang der Behandlung daran zu orientieren, was medizinisch indiziert ist. Bestehen bei medizinischer Indikation mehrere Behandlungsmöglichkeiten, ist der Patient über Vor- und Nachteile bzw. Risiken der jeweiligen Behandlungsoptionen aufzuklären.

Laut Sachverhalt war ein Kariesbefall auf den Röntgenbildern nicht erkennbar, die Leistung war überhaupt nicht medizinisch indiziert. Darin kann aber keine Pflichtverletzung hinsichtlich der Durchführung des Vertrages selbst erblickt werden. Die mangelfreie Ausführung einer vertraglich geschul-

deten Leistung stellt die Erfüllung dieses Vertrages dar und damit keine Pflichtverletzung.

Selbst wenn man dies anders sehen würde, wäre fraglich, welche Rechtsfolge sich aus dieser Pflichtverletzung zugunsten der P ableiten ließe. Er will darauf hinaus, die Vergütung für die Leistungen nicht entrichten zu müssen.

Nach Ansicht des BGH ist der Anspruch gem. § 249 I BGB auf Befreiung von der Vergütungspflicht gerichtet. Der Schaden liege schlicht darin, dass er zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet sei. Insoweit könnte dem Anspruch auf Vergütung der *dolo-agit*-Einwand entgegengebracht werden. Es wäre treuwidrig seitens des Z, die Vergütung aus einem Vertrag zu begehren, dessen Aufhebung der P verlangen kann. Die Vergütung wäre postwendend nach Aufhebung zurückzugewähren, § 242 BGB.

Fraglich ist jedoch, ob diese Argumentation zutreffend ist. Es wird der kausal auf der Pflichtverletzung basierende Schaden ersetzt. Zu klären ist also, ob die Vergütungspflicht auf der unterstellten Pflichtverletzung (Durchführung nicht notwendiger Behandlung) basiert, also eine kausale Folge der Pflichtverletzung darstellt.

Gerade diese Feststellung kann nicht getroffen werden, da die Vergütungspflicht bereits vor der Behandlung entstanden ist. Man hatte den Vertrag bereits geschlossen. Also kann sein Abschluss nicht als Folge der Pflichtverletzung angesehen werden.⁷

hemmer-Methode: Genauso wenig überzeugend ist der Ansatz von Mäsch,⁸ der dem BGH vorwirft, sich nicht mit § 284 BGB und dessen Anwendbarkeit auf die „Vergütung als Aufwendung“ auseinandergesetzt bzw. nicht aufgezeigt zu haben, wie sich der Patient gegen die Vergütung überflüssiger Behandlungen zur Wehr setzen kann, weil das Dienstvertragsrecht keine entsprechenden Abwehrmechanismen außerhalb des § 628 I S. 2 BGB vorsehe. Für § 284 BGB würde die Verwirklichung des § 280 I BGB schon nicht genügen, vielmehr ist erforderlich ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung. Im Übrigen kann der Fall überzeugend „ganz einfach“ wie folgt gelöst werden, so dass das BGH-Ergebnis doch wieder passt:

b) Anspruch aus § 280 I BGB wegen unterbliebener Aufklärung über fehlende Notwendigkeit der Behandlung

Möglicherweise besteht ein Anspruch auf Vertragsaufhebung gem. § 249 I BGB jedoch als Folge einer anderen Pflichtverletzung.

⁷ Auch die Rentabilitätsvermutung, nach der die Vergütungspflicht ja den Mindestschaden darstellen kann, greift vorliegend nicht ein, weil sie auf den Abschluss von Verträgen zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken begrenzt ist.

⁸ Mäsch, JuS 2019, 256 ff.

Dazu ist der chronologische Ablauf einer (zahn-) ärztlichen Behandlung zu erfassen, §§ 630c II, 630f I BGB.

Grundsätzlich wird der Zahnarzt zunächst mit der Diagnose eines Leidens beauftragt. Nach Diagnosestellung wird sodann ggfs. eine weitere Vereinbarung hinsichtlich der Durchführung von Maßnahmen geschlossen, die nach ärztlicher Auffassung und nach erfolgter Aufklärung seitens des Arztes für erforderlich gehalten werden. Davon ist auch vorliegend auszugehen: Bevor der Arzt diagnostiziert, welche Behandlung (vermeintlich) erforderlich ist, kann eine Zustimmung zur Durchführung entsprechender Behandlungsschritte nicht erfolgen, § 630d II BGB.

Fraglich ist daher, ob dem Z der Vorwurf gemacht werden kann, eine Aufklärungspflicht gem. § 630e I S. 2 BGB verletzt zu haben, bevor der Vertrag auf die Durchführung der Keramik-Inlay-Versorgung erweitert wurde. Es kann nämlich nicht nur der Vorwurf erhoben werden, unnötige Maßnahmen durchgeführt zu haben, sondern auch, darüber aufzuklären, ob eine Maßnahme überhaupt erforderlich ist.

Laut Sachverhalt wurden zunächst im Rahmen des Diagnosestadiums Röntgenbilder gefertigt. Darauf war laut Sachverhalt keine medizinische Indikation für die Durchführung einer Inlay-Versorgung zu erblicken, da ein Kariesbefall nicht erkennbar war.

Zum Umfang der geschuldeten Aufklärung gehört, sodann keine Behandlungen vorzuschlagen bzw. den Patienten nicht zu unnötigen Behandlungen zu drängen, indem man eine Indikation behauptet, die überhaupt nicht besteht. Jedenfalls fahrlässig hat Z verkannt, dass eine Behandlung hinsichtlich der Inlays nicht erforderlich war.

Hätte der Z die richtigen Schlüsse aus den Röntgenaufnahmen geschlossen, wäre es nicht zur Beauftragung der Versorgung mit Keramik-Inlays gekommen. Die Vergütungspflicht *dafür* wäre zu Lasten der P nicht entstanden.

c) Anspruch aus §§ 823 I, II BGB, 229 StGB

In Betracht kommt zudem ein Anspruch aus Deliktsrecht. Anerkannt ist, dass ein ärztlicher Eingriff eine Gesundheitsbeeinträchtigung darstellt. Dieser Eingriff wäre jedoch gerechtfertigt, wenn eine Einwilligung in die Behandlung vorliegt, vgl. § 630d I S. 1 BGB. Die Einwilligung ist aber unwirksam, wenn keine hinreichende Aufklärung erfolgt, § 630d II i.V.m. § 630e BGB.

Gem. § 630e I S. 2 BGB muss auch über die Notwendigkeit der Maßnahme aufgeklärt werden. Genau das hat Z vorliegend unterlassen, indem er die Notwendigkeit verkannt hat. Daher liegt eine rechtswidrige Gesundheitsbeeinträchtigung vor.

Problematisch ist allerdings, dass der Anspruch aus Deliktsrecht darauf gerichtet ist, so gestellt zu werden, wie man ohne die rechtswidrige Gesundheitsbeeinträchtigung stehen würde. Da der Vertragsschluss vor dem Eingriff stattfand, fehlt es insoweit – wie bei § 280 I BGB – an einem kausalen Schaden.

3. Ergebnis zu II.

P steht ein Gegenanspruch gegen Z aus §§ 311 II Nr. 1, 241 II Var. 3, 280 I BGB zu, der auf die Aufhebung des Vertrages gerichtet ist, § 249 I BGB. Diesen Anspruch kann P dem Vergütungsbegehren des Z unmittelbar einredeweise entgegenhalten.

III. Endergebnis

Z hat gegen P weder einen Anspruch auf Zahlung für die Implantate noch für die erbrachten Keramik-Inlays.

D) Kommentar

(cda). Die Entscheidung überzeugt hinsichtlich der Rückzahlung gem. § 628 I BGB. Hinsichtlich des Anspruchs auf Schadensersatz drückt sich der BGH zu knapp aus, wenn er den Anspruch einfach auf § 280 I BGB stützt, ohne die Frage zu diskutieren, inwieweit der Vergütungsanspruch überhaupt einen Schaden des Patienten darstellt. Jedenfalls eine Pflichtverletzung nach Vertragsschluss kann diese Rechtsfolge nicht stützen.

E) Wiederholungsfrage

Was setzt eine Veranlassung i.S.d. § 628 I S. 2 BGB voraus?

Veranlassung i.S.d. Norm bedeutet, dass zwischen dem vertragswidrigen Verhalten und der Kündigung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen muss. Dies ist dann der Fall, wenn die Vertragsverletzung Motiv für die außerordentliche Kündigung war und sie adäquat kausal verursacht hat. Das Merkmal „Veranlassung“ setzt ferner ein schuldhaftes Verhalten voraus, was sich aus einem Umkehrschluss zu § 628 II BGB ableiten lässt.

F) Zur Vertiefung

Zum Behandlungsvertrag

- Hemmer/Wüst, Schuldrecht BT II, Rn. 173 ff.

BGH, Urteil vom 26.02.2019, VI ZR 272/18 = [jurisbyhemmer](#)

3 Geschmacklose Deko auf dem Grab: Kann man das unterbinden? Umfang des sog. Totenfürsorgerechts

+++ Totenfürsorgerecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB +++ Unterlassungsanspruch aus § 1004 I BGB analog +++ Ausübung durch den Berechtigten +++ §§ 823 I, 1004 I BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht): V liegt im Sterben. Er bittet seine Tochter T, sich nach dem Versterben sowohl um das Begräbnis als auch in Zukunft um die Gestaltung des Grab schmucks zu kümmern. V äußert den Wunsch, in einer sog. Baumgrabstätte bestattet zu werden. Solche Baumgrabstätten sind kreisförmig um einen Baum angeordnet und jeweils durch eine Gedenktafel gekennzeichnet. Die Fläche, auf dem sich der Baum und die Gedenktafeln befinden, ist einheitlich bepflanzt und wird durch einen zweireihigen Kreis von Pflastersteinen eingefasst.

In der gemeindlichen Satzung zur Friedhofsordnung heißt es u.a. in § 28:

(6) Das Ablegen von Grabschmuck bzw. anderen Gegenständen auf der Grabstätte ist nicht gestattet.

(7) Die Anlage und Pflege der Grabstätte obliegt ausschließlich der Gemeinde.

An den Baumgrabstätten befinden sich zudem Hinweise, die diesen Inhalt wiederholen und z.T. konkretisieren:

„Auf eine individuelle Grabgestaltung wird verzichtet. Geeignete Blumengebinde und Gestecke dürfen nur auf der dafür vorgesehenen gepflasterten Fläche vor der jeweiligen Grabstätte abgelegt werden. Kunststoffblumen, Gegenstände aus Plastik oder Glas dürfen nicht abgestellt werden. Ungeeignete Gegenstände werden entfernt.“

Nachdem V verstorben war, legte die Enkelin E auf der Grabstätte sowie auf der gepflasterten Fläche davor zwei Topfschalen, eine Steckvase, dreizehn Messingrosen, zwei Topfpflanzen, hochwertige Kunststoffblumen, ein rotes Holzherz, zwei weiße Herzen, fünf Keramikübertöpfe, ein Weihnachtsherz, eine Laterne und drei Dekorationsengel ab.

T entfernte die Gegenstände und verlangt von E, dass diese es in Zukunft unterlässt, entsprechende Gegenstände auf dem Grab abzulegen. Diese kündigt an, erneut Gegenstände auf dem Grab niederzulegen.

Besteht der Anspruch der T gegen die E?

A) Sounds

1. Das Totenfürsorgerecht umfasst unter anderem das Recht, für die Bestattung zu sorgen. Dies schließt die Bestimmung der Gestaltung und des Erscheinungsbildes einer Grabstätte ein. Das Totenfürsorgerecht beinhaltet darüber hinaus die Befugnis zu deren Pflege und Aufrechterhaltung deren Erscheinungsbildes.

2. Das Totenfürsorgerecht ist ein sonstiges Recht im Sinne von § 823 I BGB, das im Falle seiner Verletzung Ansprüche auf Schadensersatz sowie auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen entsprechend § 1004 BGB begründen kann.

B) Problemaufriss

Über Geschmack lässt sich bekanntlich streiten. Allerdings ist dies i.d.R. nicht sinnvoll, weil nun einmal jeder seine eigenen Vorstellungen hat.

Durch nichts lässt sich dies besser bestätigen als durch einen Gang über einen Friedhof. Dabei gewinnt man nicht selten den Eindruck, dass sich eher die Hinterbliebenen selbst verwirklichen, als dass es darum ginge, eine Gestaltung der Grabstätte im Sinne des Verstorbenen vorzunehmen. Empfehlenswert ist daher eine klare – ggfs. testamentarische – Äußerung hinsichtlich etwaiger Wünsche bezüglich der Grabgestaltung, wenn man als „Betroffener“ Wert darauf legt, wie die Grabstätte einmal aussehen soll.

Man kann, muss aber nicht, den bzw. die Erben damit betrauen, sich um diese Angelegenheiten zu kümmern.

Vielmehr ist denkbar, diese Aufgabe auch in die Hände Dritter zu legen. Damit derjenige, der sich um diese Angelegenheit kümmern soll, dies auch umfassend und durchsetzbar tun kann, hat sich in der Rechtsprechung das sog. Totenfürsorgerecht herauskristallisiert. Es ist ein anerkanntes sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB und ist daher mit absoluter Wirkung gegenüber Dritten ausgestaltet.

Wenn es über „Deko-Fragen“ hinausgeht, kann auch die Verletzung des postmortalen Teils des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts relevant werden. Die Störung der Totenruhe ist nicht nur ein Straftatbestand (§ 168 I, II StGB), sondern löst auch zivilrechtliche Fragestellungen aus. Hier geht es dann aber – wie § 168 II StGB deutlich macht – um zerstörerisches Verhalten bzw. „beschimpfen den Unfug“, wie etwa das Beschmieren von Grabsteinen mit Graffiti etc.

Der postmortale Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst die Achtung des Verstorbenen, d.h. schützt gegen Verunglimpfungen etc.¹

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob die T von der E verlangen kann, dass diese es unterlässt, in Zukunft auf dem Grab des V Blumen und sonstige Gegenstände abzulegen. Ein Anspruch könnte sich aus § 1004 I S. 2 BGB analog ergeben.

I. Anspruch aus § 1004 I S. 2 BGB analog

Eine direkte Anwendung des § 1004 I S. 2 BGB kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil dafür eine Beeinträchtigung des Eigentums erforderlich wäre.

Es ist jedoch anerkannt, dass die Vorschrift analoge Anwendung in den Fällen findet, in denen andere absolute Rechtspositionen i.S.d. § 823 I BGB beeinträchtigt werden bzw. drohen, beeinträchtigt zu werden. Wenn man schon bei einer Eigentumsverletzung durchsetzbar vor zukünftigen Beeinträchtigungen durch einen Unterlassungsanspruch geschützt wird, muss dies letztlich bei Gesundheitsverletzungen erst recht gelten. Es wäre nicht einzusehen, im Fall einer Gesundheitsbeeinträchtigung darauf beschränkt zu sein, diese über sich ergehen zu lassen und im Nachhinein Ausgleich der Folgen gem. §§ 823 I, 249 I BGB zu verlangen.

Das Motto „dulde und liquidiere“ wäre hier geradezu zynisch.

1. Totenfürsorgerecht als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB

Da von den genannten Rechten bzw. Rechtsgütern i.S.d. § 823 I BGB keines verletzt wurde, ist fraglich, ob ein sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB besteht, welches über einen sog. quasinegativen Unterlassungsanspruch gem. § 1004 I BGB analog geschützt wird.

In Betracht kommt das sog. Totenfürsorgerecht.

Das Totenfürsorgerecht umfasst unter anderem das Recht, für die Bestattung des Verstorbenen zu sorgen. Es ist in der Rechtsprechung mittlerweile anerkannt.² Hinsichtlich der dogmatischen Herleitung ist umstritten, ob es sich um eine eigenständige, gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsposition handelt, über die der Verstorbene disponieren kann, oder ob es Bestandteil des postmortalen Schutzes des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.

Das Recht schließt die Bestimmung der Gestaltung und des Erscheinungsbildes einer Grabstätte ein. Das Totenfürsorgerecht beinhaltet darüber hinaus die Befugnis zu deren Pflege und zur Aufrechterhaltung deren Erscheinungsbildes. Denn die Grabstätte dient nicht nur der Aufnahme des Sargs oder der Urne; als Ort des Erinnerns und Gedenkens an den Verstorbenen ist ihre Bedeutung vielmehr auch in die Zukunft gerichtet.

So wie das Recht als solches anerkannt ist, ist unstreitig, dass aus seiner Verletzung nicht nur ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB resultieren kann, sondern auch ein Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung von Beeinträchtigungen gem. § 1004 I S. 2 BGB analog.

Zu klären ist daher, ob die T Inhaberin des Rechts (also aktivlegitimiert) ist und die E das Recht beeinträchtigt hat und somit passivlegitimiert ist.

2. T als Inhaberin des Totenfürsorgerechts

Fraglich ist, wem das Totenfürsorgerecht zusteht. In Betracht kommt der Erbe des Verstorbenen. Problematisch ist insoweit, dass der Sachverhalt zur Erbfolge nach V nichts aussagt.

Allerdings ist anerkannt, dass der beherrschende Grundsatz des Totenfürsorgerechts die Maßgeblichkeit des Willens des Verstorbenen ist. Dieser kann nicht nur die Art und Weise seiner Bestattung sowie den Ort der letzten Ruhestätte, sondern auch diejenige Person, die er mit der Wahrnehmung dieser Belange betraut, bestimmen.³

¹ Vgl. dazu ausführlich Palandt, § 823, Rn. 89.

² Palandt, v. § 1922, Rn. 9.

³ BGH, NJW 2012, 1651 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Das Recht ist daher nicht zwingend mit der Erbfolge verknüpft. Auch dann, wenn eine Bestimmung durch den Verstorbenen fehlt, sind nicht primär die Erben berufen, das Totenfürsorgerecht wahrzunehmen. Vielmehr sollen dann die nächsten Angehörigen im Rang ihres Verhältnisses zum Verstorbenen berufen sein.⁴ Das wird aus gewohnheitsrechtlichen Erwägungen in Anlehnung an die landesrechtlichen Bestattungsgesetze abgeleitet.

hemmer-Methode: Das Auseinanderfallen von Erbfolge und Inhaberschaft des Totenfürsorgerechts kann allerdings konfliktträchtig sein. Gem. § 1968 BGB haben grundsätzlich die Erben die Kosten der Beerdigung zu tragen. Wenn nun aber ein Dritter Inhaber des Totenfürsorgerechts ist, kann der Erbe nicht auf die Höhe der Kosten einwirken. Der Bestattungsberechtigte, der diese Kosten auslegt, hat gem. § 1968 BGB sodann einen Anspruch gegen den Erben.⁵ Bei zu hohen Kosten bleibt ihm nur die Möglichkeit der Ausschlagung, denn der Inhaber des Totenfürsorgerechts ist berechtigt, den Willen des Verstorbenen notfalls auch gegen den Willen von (weiteren) Angehörigen zu erfüllen.⁶ Sofern der Wille des Verstorbenen hinsichtlich der Durchführung der Bestattung nicht erkennbar ist, kann der Inhaber des Rechts über die Art der Bestattung entscheiden und den Ort der letzten Ruhestätte auswählen.⁷

Hinsichtlich der Frage, wem das Totenfürsorgerecht zugewiesen wird, kommt es nicht nur auf dessen ausdrückliche Willensbekundungen, etwa in einer letztwilligen Verfügung, an. Es genügt, wenn der Wille aus den Umständen mit Sicherheit geschlossen werden kann.⁸

Gemessen an diesen Grundsätzen ist davon auszugehen, dass die T Inhaberin des Totenfürsorgerechts ist. Laut Sachverhalt wurde ihr seitens des V zu Lebzeiten angetragen, sich um die Bestattung und die Grabgestaltung zu kümmern, wobei der Bestattungsort von V selbst (verbindlich) festgelegt wurde.

hemmer-Methode: Wenn die Zuweisung nur aufgrund mündlicher Erklärungen erfolgte, kann dies in der Praxis zu Beweisproblemen führen. Dies gerade dann, wenn es nicht die Erben sein sollen, die als Inhaber des Totenfürsorgerechts gelten sollen. Auch ist möglich, dass der vom Verstorbenen Vorgesehene das Recht nicht ausüben möchte, es also zurückweist. Eine entsprechende Be-

fugnis ist zwar (wie das Recht selbst) dem BGB nicht zu entnehmen. Aus dem Rechtsgedanken des § 333 BGB ergibt sich jedoch, dass man jemandem eine Rechtsposition nicht gegen dessen Willen aufzwingen kann. Findet sich zu Lebzeiten niemand, der gewillt ist, diese Verantwortung zu übernehmen, sollte man darüber nachdenken, die Wahrnehmung zur Auflage (§ 1940 BGB) für die Erben zu machen.⁹ Dieser „Druck“ funktioniert natürlich nur bei entsprechender Erbmasse. Für die Wirksamkeit einer derartigen Auflage ist die formgerechte Regelung in einem Testament oder Erbvertrag Voraussetzung. Sodann kann gem. § 2195 BGB ein innerer Zusammenhang zwischen der Auflage und der gemachten Zuwendung hergestellt werden. Die Vollziehung der Auflage richtet sich nach § 2194 BGB.

3. Rechtswidrige Beeinträchtigung des Totenfürsorgerechts durch E

Voraussetzung für den Anspruch aus § 1004 I S. 2 BGB analog ist jedoch, dass das Recht der T auch durch die E rechtswidrig beeinträchtigt wurde.

Sofern durch das Ablegen der im Sachverhalt beschriebenen Gegenstände das Totenfürsorgerecht in seinem Schutzbereich nicht betroffen sein sollte, könnte sich die T auch nicht dagegen zur Wehr setzen.

hemmer-Methode: So läge eine relevante Beeinträchtigung etwa dann nicht vor, wenn die E sich am Grab des V einfinden und dort Gebete sprechen oder Lieder singen würde. Das Totenfürsorgerecht geht nicht so weit, dass Dritte von Trauerbekundungen und dergleichen vollständig abgehalten werden können. Für die Beerdigung selbst wiederum sind die Anordnungen des Erblassers bindend.¹⁰ Noch einmal: Die Einräumung des Totenfürsorgerechts ist formlos möglich. Man muss dann nur darauf vertrauen, dass derjenige, der es ausüben soll, sich auch an die Anordnungen des Erblassers hält. Will man eine vollziehbare Pflicht konstruieren, müsste dies über eine formgerechte letztwillige Verfügung mittels Auflage erfolgen, s.o.

⁴ Zu Details vgl. Palandt, vor § 1922, Rn. 10.

⁵ BGH, NJW 1962, 791 f.

⁶ BGH, NJW-RR 1992, 834 ff. = [juris](#) [byhemmer](#).

⁷ Würde er in einem solchen Fall missbräuchlich die Bestattung bewusst teurer ausgestalten als angemessen, wäre ein Gegenanspruch des Erben aus § 826 BGB denkbar.

⁸ BGH, a.a.O.

⁹ Palandt, § 2192, Rn. 3.

¹⁰ In die Schlagzeilen war insoweit der Fall des verstorbenen Fußballmanagers Rudi Assauer geraten, bei dessen Beisetzung ein Streit zwischen einer Tochter (nach den Presseberichten wohl Inhaberin des Totenfürsorgerechts) und deren jüngerer Schwester über deren Teilnahmeberechtigung an der Beisetzung entstand. Zur Durchsetzung des vermeintlich letzten Willens des Verstorbenen wurden Sicherheitskräfte engagiert, die dafür gesorgt haben, dass die „ungeliebte Schwester“ die Beisetzung nur aus der Entfernung anschauen durfte. In der Diskussion steht aktuell die Frage, ob das Totenfürsorgerecht dem Willen des Verstorbenen entsprechend ausgeübt wurde (Einäscherung statt Erdbestattung; anonyme Grabstelle statt Beerdigung auf dem Friedhof des FC Schalke 04).

a) Beeinträchtigung

Maßgeblich für die Frage nach einer Beeinträchtigung ist *primär* nicht die gemeindliche Satzung, die die Gestaltung der Grabstätten vorgibt und begrenzt. Das Totenfürsorgerecht kann darüberhin- ausgehende Beschränkungen beinhalten. Grund- sätzlich ist mangels entsprechenden Willens des Verstorbenen dafür die Sichtweise des Inhabers des Totenfürsorgerechts maßgeblich. Dieser hat insoweit einen Ermessensspielraum, der allenfalls von einer etwaigen Duldungspflicht gem. § 1004 II BGB eingeschränkt werden kann.

Der Ermessensspielraum wird wiederum bestimmt durch etwaige (nachweisbare) Anordnungen des Verstorbenen.

Im vorliegenden Fall hatte V eine naturnahe Ge- staltung des Baumgrabes gewünscht. Die T war daher als Totenfürsorgeberechtigte befugt, den vom Verstorbenen geäußerten Willen durchzuset- zen und in dem von diesem gesetzten Rahmen zu konkretisieren.

Da V nicht absolut den Willen geäußert hat, über- haupt keinen Grabschmuck von dritter Seite zu akzeptieren, muss daher geklärt werden, ob das Ablegen der Gegenstände sich noch im Rahmen dessen hält, was der V akzeptiert hätte. Davon kann jedoch vorliegend nicht ausgegangen wer- den. Allein die Anzahl der abgelegten Gegenstän- de führt zu einer Überfrachtung der Grabstätte und damit einhergehend einer Zerstörung des naturna- hen Erscheinungsbildes. Aber auch bei geringerer Menge müssen die Gegenstände nach ihrer Art als nicht angemessen beschrieben werden.

Maßstab kann hier auch die gemeindliche Satzung sein. Wenn sich V für eine Baumgrabstätte auf einem konkreten Friedhof entscheidet, ist davon auszugehen, dass er grundsätzlich auch bereit ist, die dortigen Gepflogenheiten zu akzeptieren. Auch wenn weitergehende Einschränkungen durch Wil- lensäußerungen nicht stattgefunden haben, ist daher bereits nach dem Inhalt der Satzung auch im Hinblick auf die Art der abgelegten Gegenstän- de von einer Beeinträchtigung des Totenfürsorge- rechts auszugehen.

b) Rechtswidrigkeit

Eine Duldungspflicht gem. § 1004 II BGB, die den Anspruch ausschließen würde, ist vorliegend nicht ersichtlich.

4. Wiederholungsgefahr

Die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr ergibt sich grundsätzlich bereits aus der vorangegangenen rechtswidrigen Beeinträchtigung.¹¹

Darauf kommt es vorliegend allerdings nicht ent- scheidend an, da die E bereits weitere rechtswidri- ge Handlungen angekündigt hat.

II. Endergebnis

Die T hat gegen E einen Anspruch darauf, das Ablegen von Gegenständen - wie im Sachverhalt beschrieben – zu unterlassen, § 1004 I S. 2 BGB analog.

D) Kommentar

(cda). Ein atypischer Aufhänger für ein klassisches Examensthema. Der quasinegatorische Unterlas- sungsanspruch im Falle der Beeinträchtigung der von § 823 I BGB geschützten Rechtsgüter muss bekannt sein. Denkbar wäre in der Klausur noch eine Ausdehnung auf einen Anspruch auf Scha- densersatz für die Kosten der Entfernung. Dann wäre § 823 I BGB selbst wegen Verletzung des Totenfürsorgerechts als sonstigem Recht ein- schlägig.

E) Wiederholungsfrage

- **Warum wird § 1004 BGB durch eine analoge Anwendung auf andere Rechte und Rechts- positionen i.S.d. § 823 I BGB ausgedehnt?**

Ein umfassender Rechtsgüterschutz verlangt danach, sich auch im Hinblick auf drohende Beeinträchtigungen für die Zukunft zur Wehr setzen zu können. § 823 I BGB selbst regelt nur die Beseitigung von Verletzungen aus der Ver- gangenheit, gibt jedoch keine Möglichkeit, vor- beugend im Hinblick auf zukünftige Verletzun- gen zu agieren.

F) Zur Vertiefung

Zu § 1004 BGB

- Hemmer/Wüst, Deliktsrecht II, Rn. 414 ff.

¹¹ Palandt, § 1004, Rn. 32 m.w.N.

BGH, Urteile vom 22.05.2019, Az. VIII ZR 167/17 sowie Az. VIII ZR 180/18 = [jurisbyhemmer](#)

4 kompakt: Härtefallklausel bei einer Eigenbedarfskündigung

+++ Eigenbedarfskündigung +++ Sozialwiderspruch wegen Härtefalls +++ Anforderungen an Sachverhaltsaufklärung und Interessenabwägung +++ §§ 573 II Nr. 2, 574, 574a BGB; 144 ZPO +++

Sachverhalt (sehr stark vereinfacht und verkürzt): M ist seit 1974 Mieterin einer circa 73 m² großen Dreizimmerwohnung in Berlin, die sie mit ihren beiden über 50 Jahre alten Söhnen bewohnt.

V kündigt im Jahr 2015 unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist formell ordnungsgemäß wegen Eigenbedarfs, dessen Berechtigung zu unterstellen ist.

M widersprach der Eigenbedarfskündigung, weil ihr ein Umzug aufgrund ihres Alters, ihrer Verwurzelung in der Umgebung durch die lange Mietdauer sowie einer Demenzerkrankung, die sich durch den Umzug weiter zu verschlechtern drohe, nicht zumutbar sei. In einem vorgelegten ärztlichen Attest heißt es:

„Ein erzwungener Umzug würde unweigerlich zu einer erheblichen Verschlechterung des Gesundheitszustands und folgend der Zunahme der Behinderung führen. Die [...] im Rahmen der gegebenen Hilfen mögliche Alltagskompetenz des Behinderten [...] würde zerstört.“

Wie hat das Gericht zu entscheiden?

A) Sound

1. Werden vom Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels substantiiert ihm drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren geltend gemacht, haben sich die Tatsacheninstanzen beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und nicht nur an der Oberfläche haftendes Bild davon zu verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden sind, welchen Schweregrad die zu erwartenden Beeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten kann.

2. Eine Fortsetzung des Mietverhältnisses setzt nicht voraus, dass die auf Seiten des Mieters bestehende Härte die Interessen des Vermieters deutlich überwiegt. Maßgebend ist allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

3. Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 I BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass bezüglich der Anwendung und Auslegung des Kündigungstatbestands des § 573 II Nr. 2 BGB einerseits und der Sozialklausel des § 574

BGB andererseits dieselben verfassungsrechtlichen Maßstäbe gelten.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die nach wirksamem Widerspruch des Mieters gem. § 574 I S. 1 BGB vorzunehmende Abwägung der wechselseitigen Interessen von Vermieter und Mieter sowie der sich anschließenden Beurteilung, ob bzw. für welchen Zeitraum das durch wirksame ordentliche Kündigung nach § 573 BGB beendete Mietverhältnis nach § 574a BGB fortzusetzen ist, ist der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.

5. Wenn auf Seiten des Vermieters dringender Wohnbedarf besteht, haben die Gerichte im Falle eines Überwiegens der Mieterinteressen im Rahmen der von ihnen zu treffenden Ermessensentscheidung sorgfältig zu prüfen, ob eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit angeordnet werden soll.

B) Lösung

Das Mietverhältnis könnte durch die von V formell ordnungsgemäß (vgl. §§ 568 I, 573 III BGB) ausgesprochene und auf Eigenbedarf (§ 573 I S. 1, II Nr. 2 BGB) gestützte Kündigung beendet worden sein.

Nach Ansicht des BGH kann aber auf der Grundlage dieses Sachverhalts nicht beurteilt werden, ob M der Kündigung des V gem. § 574 BGB zu Recht widersprochen hat und von diesem die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen kann, weil die Beendigung des Mietverhältnisses für M eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des V nicht zu rechtfertigen ist.

1. Fortsetzung des Mietverhältnisses nach Sozialwiderspruch, § 574 BGB

Nach § 574 I S. 1 BGB kann der Mieter einer an sich gerechtfertigten ordentlichen Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für ihn oder seine Familie eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kommen nur solche für den Mieter mit einem Umzug verbundenen Nachteile als Härtegründe im Sinne des § 574 I S. 1 BGB in Betracht, die sich von den mit einem Wohnungswechsel typischerweise verbundenen Unannehmlichkeiten deutlich abheben.¹

1. Keine generellen „Härtefälle“ aufgrund Alters, Krankheit, Mietdauer etc.

Allgemeine Fallgruppen, etwa ein bestimmtes Alter des Mieters oder eine bestimmte Mietdauer, in denen generell die Interessen einer Partei überwiegen, lassen sich nach Auffassung des BGH nicht bilden.

Eine „schematische“ Prüfung verbiete sich, weil sowohl auf Seiten des Vermieters als auch auf Seiten des Mieters grundrechtlich geschützte Belange (Eigentum, Gesundheit) betroffen seien, die eine umfassende Sachverhaltsaufklärung sowie eine besonders sorgfältige Abwägung erfordern, ob **im jeweiligen Einzelfall** die Interessen des Mieters an der Fortsetzung des Mietverhältnisses diejenigen des Vermieters an dessen Beendigung überwiegen. So wirken sich etwa die Faktoren Alter und lange Mietdauer mit einer damit einhergehenden Verwurzelung im bisherigen Umfeld je nach Persönlichkeit und körperlicher sowie psychischer Verfassung des Mieters unterschiedlich stark aus und rechtfertigten deshalb ohne weitere Feststellungen zu den sich daraus ergebenden Folgen im Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich nicht die Annahme einer Härte im Sinne des § 574 I S. 1 BGB.

¹ BGH, NJW-RR 2014, 78 ff. = [jurisbyhemmer](#).

2. Sachverständigengutachten von Amts wegen einzuholen bei substantiiertem Vortrag des Mieters

Werden aber vom Mieter für den Fall eines erzwungenen Wohnungswechsels drohende schwerwiegende Gesundheitsgefahren substantiiert geltend gemacht, muss ein Gericht sich beim Fehlen eigener Sachkunde regelmäßig mittels sachverständiger Hilfe ein genaues und **nicht nur an der Oberfläche haftendes** Bild davon verschaffen, welche gesundheitlichen Folgen im Einzelnen mit einem Umzug verbunden seien, insbesondere welchen Schweregrad zu erwartende Gesundheitsbeeinträchtigungen voraussichtlich erreichen werden und mit welcher Wahrscheinlichkeit dies eintreten könne.²

In diesen beiden Urteilen präzisiert der BGH diese Rechtsprechung dahingehend, dass nach § 144 I S. 1 ZPO **regelmäßig von Amts wegen ein Sachverständigengutachten einzuholen** sein wird, wenn der Mieter eine zu besorgende Verschlechterung seines Gesundheitszustandes durch ärztliches Attest belegt hat.

Auf diese Weise sei zu klären, an welchen Erkrankungen der betroffene Mieter konkret leidet und wie sich diese auf seine Lebensweise und Autonomie sowie auf seine psychische und physische Verfassung auswirken. Dabei sei auch von Bedeutung, ob und inwieweit sich die mit einem Umzug einhergehenden Folgen mittels Unterstützung durch das Umfeld beziehungsweise durch begleitende ärztliche und/oder therapeutische Behandlungen mindern lassen.

Nur eine solche Aufklärung versetze die Gerichte in die Lage, eine angemessene Abwägung bei der Härtefallprüfung des § 574 I S. 1 BGB vorzunehmen.

3. Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen erforderlich („mittelbare Drittwirkung“)

Bei der Bewertung und Gewichtung der widerstreitenden Interessen beider Parteien im Rahmen der nach § 574 I BGB vorzunehmenden Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass sowohl das Eigentum des Vermieters über Art. 14 I GG als auch das Recht des Mieters zum Besitz über Art. 14 I GG und dessen Gesundheit über Art. 2 II S. 1 GG grundrechtlich geschützt sind.

Diese beiden grundrechtlich geschützten Positionen sind im Rahmen der Abwägung bei der Frage, ob eine unzumutbare Härte vorliegt, gegeneinander abzuwägen (sog. „mittelbare Drittwirkung“).

² BGH, NJW 2017, 1474 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die nach wirksamem Widerspruch des Mieters gem. § 574 I S. 1 BGB vorzunehmende Abwägung der wechselseitigen Interessen von Vermieter und Mieter sowie der sich anschließenden Beurteilung, ob bzw. für welchen Zeitraum das durch wirksame ordentliche Kündigung nach § 573 BGB beendete Mietverhältnis nach § 574a BGB fortzusetzen ist, ist der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz.

3. Deutliches Überwiegen der Interessen des Mieters ist nicht erforderlich

Ergibt sich im Rahmen der Abwägung ein Überwiegen der Belange des Mieters, kann er die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen.

Dabei **kommt es nicht auf ein deutliches Überwiegen an**.

Dies lässt sich sowohl dem Wortlaut als auch dem Regelungszweck des § 574 BGB entnehmen.

Maßgebend ist daher allein, ob sich ein Übergewicht der Belange der Mieterseite feststellen lässt, also die Interessenabwägung zu einem klaren Ergebnis führt.

II. Dauer der Fortsetzung, § 574a II BGB

Kommt zwischen den Parteien keine Einigung über die Dauer der Fortsetzung zustande, so ist diese durch Urteil zu bestimmen, § 574a II S. 1 BGB.

Ist ungewiss, wann die Härtegründe in der Person des Mieters wegfallen, kommt auch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses auf unbestimmte Zeit in Betracht, § 574a II S. 2 BGB.

im Falle eines ungewissen Wegfalls einer bestehenden Härte räumt das Gesetz den Gerichten ein Ermessen ein („kann“).

Kommentar (mtj): Die beiden Urteile, die im Original sehr ausführlich begründet wurden, zwingen die Instanzgerichte künftig dazu, sich durch ein von Amts wegen einzuholendes Gutachten eines Sachverständigen ein genaues Bild von den vom Mieter substantiiert vorzutragenden Härtegründen zu verschaffen.

Die beiden Urteile verdienen Zustimmung, weil sich ein Gericht dieses „nicht nur an der Oberfläche haftende Bild“ mangels eigener Sachkunde bzgl. der im Einzelfall vorgetragenen Härtegründe (Demenz, Krankheit o.Ä.) selbst gar nicht verschaffen kann.

Die Zeit der „Pi mal Daumen“-Abwägungen dürfte damit vorbei sein, was die Stellung des Mieters künftig verbessern wird.



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „juris by hemmer“:
www.hemmer.de

BGH, Urteil vom 09.05.2019, Az. VII ZR 154/18 = [jurisbyhemmer](#)

5 kompakt: Abnahme streitig? Negative Feststellungsklage ist zulässig!

+++ Werkvertrag +++ Wirkung der Abnahme +++ Abnahmefiktion +++ Negative Feststellungsklage
+++ §§ 640 BGB, 256 I ZPO +++

Sachverhalt (sehr stark vereinfacht): B hat U mit der Errichtung eines Bauwerks beauftragt.

Nach Fertigstellung der Arbeiten bat U am 3. August um die Abnahme der Arbeiten durch Unterzeichnung und Rücksendung des Protokolls. Das Schreiben enthielt ferner den Hinweis, dass das Werk durch B als abgenommen gelte, wenn das Abnahmeprotokoll nicht bis zum 21. September von B unterzeichnet an U zurückgesandt werde, es sei denn, B widerspreche der Abnahme aufgrund mindestens eines Mangels.

B verweigerte die Abnahme „aufgrund von Mängeln“. Zwischen den Parteien ist nun streitig, ob B einen konkreten Mangel benannt hat. U ist der Auffassung, die Rüge des B sei völlig unsubstantiiert gewesen und daher die Abnahmewirkung inzwischen eingetreten.

B klagt daher beim örtlich zuständigen Landgericht auf negative Feststellung, dass eine Abnahme nicht erfolgt sei.

Ist die negative Feststellungsklage zulässig?

A) Sound

Die Frage, ob eine Abnahmeerklärung nicht erfolgt ist und deshalb die Abnahmewirkungen nicht eingetreten sind, kann gemäß § 256 I ZPO Gegenstand einer negativen Feststellungsklage sein. Gleiches gilt für die Frage, ob die Abnahmewirkungen gemäß § 640 II BGB nicht eingetreten sind, weil keine Verpflichtung zur Abnahme besteht.

B) Lösung

Fraglich ist, ob die nicht erfolgte Abnahme zum Gegenstand einer negativen Feststellungsklage gemacht werden kann.

hemmer-Methode: Ob die Klage zulässig ist, ist in jeder Lage des Verfahrens vorab von Amts wegen zu prüfen.

Dies ist in § 56 I ZPO für die Partei-, Prozess- und Postulationsfähigkeit sowie für die Prozessführungsbefugnis ausdrücklich geregelt.

Nach gefestigter Rechtsprechung gilt dies aber als ungeschriebener Grundsatz auch für die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Klage.¹

I. Vorliegen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses, § 256 I ZPO

Nach Ansicht des BGH bezieht sich der Feststellungsantrag auf ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gemäß § 256 I ZPO.

Ein Rechtsverhältnis ist die aus einem konkreten Lebenssachverhalt resultierende Beziehung einer Person zu einer anderen Person oder Sache, die ein subjektives Recht enthält oder aus der ein solches Recht entspringen kann. Nur das Rechtsverhältnis selbst kann Gegenstand der Feststellung sein. Hierzu gehören zwar nicht bloße Vorfragen, aber sehr wohl einzelne auf einem umfassenderen Rechtsverhältnis beruhende Rechte oder Pflichten.²

Die Abnahme begründet zwar kein eigenständiges Rechtsverhältnis, sie führt jedoch zu wesentlichen Änderungen in den Rechtsbeziehungen der Parteien eines Werkvertrags und wirkt damit grundlegend auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis ein.

⇒ Durch die Abnahme wird der ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Bestellers nach § 633 I BGB beim Vorliegen einer mangelhaften Werkleistung durch die in § 634 Nr. 1 bis 4 BGB geregelten Mängelrechte abgelöst.³

¹ BGH, NJW 2018, 3025 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 169, 153 ff. = [jurisbyhemmer](#).

² BGH, NZBau 2015, 229 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³ BGH, [Life&Law](#) 04/2017, 235 (237 f.) = [jurisbyhemmer](#).

- ⇒ Zum anderen stellt die Abnahme eine Zäsur dar, da mit ihr die Fälligkeit des Werklohns eintritt (§ 641 I BGB).
- ⇒ Zudem geht die die Leistungs- und Preisgefahr nach § 644 I BGB grundsätzlich erst mit der Abnahme auf den Besteller über.
- ⇒ Die Abnahme führt unter den Voraussetzungen des § 640 III BGB ferner zum Ausschluss von Mängelrechten.
- ⇒ Mit der Abnahme werden die Verjährungsfristen für die Mängelrechte in Gang gesetzt (§ 634a II BGB).
- ⇒ Schließlich kehrt sich mit der Abnahme die Beweislast für das Vorliegen von Werkmängeln zugunsten des Unternehmers um.

Daher ist es gerechtfertigt, die Frage, ob die Abnahmewirkungen aufgrund einer Abnahmeerklärung eingetreten sind, gemäß § 256 I ZPO als feststellungsfähig anzusehen.

Auch die Frage, ob die Abnahmewirkungen gemäß der Abnahmefiktion des § 640 II BGB eingetreten sind, ist aus diesen Gründen grundsätzlich feststellungsfähig.

Anmerkung: Die Entscheidung erging noch zur bis zum 31.12.2017 geltenden Rechtslage. Mit Wirkung zum 01.01.2018 wurde § 640 I S. 3 BGB gestrichen und durch § 640 II BGB ersetzt. Danach greift die Abnahmefiktion ein, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Die Fiktion tritt also ein, wenn der Besteller sich entweder überhaupt nicht zu dem Abnahmeverlangen äußert oder wenn er die Abnahme ohne Benennung von mindestens einem konkreten Mangel verweigert. Im Gegensatz zur alten Rechtslage führt ein Schweigen oder Nichtbenennen von Mängeln auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn wesentliche Mängel vorhanden sind! Gegenüber einem Verbraucher gilt diese Fiktion nur dann, wenn er nach § 640 II S. 2 BGB zusammen mit der Aufforderung in Textform über die Bedeutung seines Schweigens belehrt wurde.⁴

⁴ **Hinweis:** In Bezug auf Bauverträge werden diese Vorschriften zur Abnahme durch § 650g BGB ergänzt, der Regelungen zur Zustandsfeststellung hinsichtlich eines nicht abgenommenen Bauwerks enthält. Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks/der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Abnahmefähigkeit des Werks streiten, trifft den Besteller gem. § 650g I BGB die Obliegenheit, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung des Werks mitzuwirken.

Ob diese Wirkung eingetreten ist, war zwischen den Parteien streitig. Für die hier lediglich zu prüfende Zulässigkeit der Klage spielt diese Frage aber keine Rolle.

II. Feststellungsinteresse des B, § 256 I ZPO

Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage setzt gem. § 256 I ZPO das Vorliegen eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung voraus.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein schutzwürdiges rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung zu bejahen, wenn einem subjektiven Recht des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Ungewissheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.

Eine solche Gefahr ist im Rahmen einer **negativen** Feststellungsklage jedenfalls dann zu bejahen, **wenn sich der Beklagte eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt**.⁵

Das ist hier der Fall. U hat die Auffassung vertreten, die Abnahmewirkung sei jedenfalls mangels Rüge eines konkreten Mangels erfolgt.

Damit berührt sich U der durch die Abnahme eingetretenen Rechtspositionen (s.o.).

III. Ergebnis

Die Feststellungsklage des B ist damit zulässig!

Kommentar (mty): Die Entscheidung des BGH, die im Original weitaus komplizierter war, ist richtig. Bereits in einer Klausur im Ersten Staatsexamen kann diese Problematik unproblematisch z.B. in einer Zusatzfrage abgeprüft werden.

In der Begründetheit wäre dann das Vorliegen eines Werkmangels i.S.d. § 633 II BGB zu prüfen. Außerdem müssten Sie die Voraussetzungen des § 640 II BGB subsumieren.⁶

Kombiniert werden könnte dies auch noch mit einer einseitigen Zustandsfeststellung nach § 650g II BGB durch den Unternehmer, wenn der Besteller schuldhaft einem vereinbarten oder von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin fernbleibt.⁷

Fazit: Die Entscheidung des BGH ist wichtig und keineswegs „exotisch“!

⁵ BGH, NJW 2010, 1877 ff. = **jurisbyhemmer**.

⁶ Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT 1, Rn. 497 ff.

⁷ Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT 1, Rn. 616 ff.

BGH, Urteil vom 10.10.2018 – 2 StR 564/17 = jurisbyhemmer

6 Einvernehmliches Handeln zwischen Vortäter und Hehler - bei Täuschung des Vortäters?

+++ Hehlerei, § 259 StGB +++ „Einvernehmliches Handeln“ als ungeschriebenes Merkmal der Hehlerei +++ Betrug, § 263 StGB +++ Vermögensbegriff +++

Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt): Unbekannt gebliebene Täter entwendeten am 10.02.2016 in Frankreich einen Volvo XC 90. Das Fahrzeug gelangte in die Verfügungsgewalt des A, der wusste, dass es sich um ein entwendetes Fahrzeug handelte, und beabsichtigte, es in Deutschland an einen gutgläubigen Interessenten zu veräußern. Dabei wollte er jedoch nicht selbst als Verkäufer auftreten und wandte sich deshalb an K mit der Bitte, das Fahrzeug gegen Provision an einen gutgläubigen Interessenten zu veräußern.

K beschloss jedoch, A um den zu erwartenden Kaufpreis für das Fahrzeug zu betrügen: Er will sich zur Abwicklung des Verkaufs des gestohlenen Fahrzeugs bereit erklären, den Verkauf abwickeln, den betrügerisch erlangten Kaufpreis jedoch nicht an A aushändigen, sondern selbst behalten. Der Plan wurde am 16.02.2016 in die Tat umgesetzt. K übernahm das gestohlene Fahrzeug, fuhr damit zu dem mit dem Kaufinteressenten C vereinbarten Treffpunkt, wies sich mit einem gefälschten Personalausweis aus und veräußerte den Volvo an diesen. Er übergab dem Geschädigten das Kraftfahrzeug nebst den zum gefälschten Ausweis passenden Kraftfahrzeugpapieren sowie Fahrzeugschlüsseln und erhielt im Gegenzug einen Bargeldbetrag in Höhe von 54.000 €. Anschließend behielt K das Bargeld plangemäß für sich.

Strafbarkeit des K nach dem StGB? Der dreiundzwanzigste Abschnitt des StGB (Urkundendelikte) sowie mögliche Straftaten gegenüber C bleiben außer Betracht.

A) Sound

Das zur Erfüllung des Tatbestands der Hehlerei erforderliche einvernehmliche Handeln zwischen Vortäter und Hehler liegt auch in Fällen vor, in denen das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht.

B) Problemaufriss

Kernproblem des Falles ist die Hehlerei gemäß § 259 StGB. Konkret geht es darum, welche Anforderungen an das bei allen Tatbestandsvarianten zu prüfende ungeschriebene Tatbestandsmerkmal des einverständlichen Zusammenwirkens zwischen Täter und Vortäter bzw. Zwischenhehler gestellt werden. An dem Einvernehmen fehlt es, wenn der Hehler die eigene Verfügungsgewalt über die Sache durch Wegnahme begründet oder dem Vortäter bzw. Zwischenhehler die Verfügungsgewalt über die Sache abnötigt. Wie allerdings zu verfahren ist, wenn das Einverständnis des Vortäters bzw. des Zwischenhehlers auf einer Täuschung beruht, ist besonders umstritten.

Der BGH hat sich intensiv mit dem Problemfeld sowie der Literatur hierzu auseinandergesetzt. Wie so oft im Rahmen des § 259 StGB ist der primäre Strafgrund der Hehlerei, nämlich die Aufrechterhaltung bzw. Vertiefung einer rechtswidrigen Vermögenslage (sog. Perpetuierung), das entscheidende Argument.

Der Fall bietet außerdem die Gelegenheit, die Prüfung des § 263 StGB zu wiederholen und sich mit den verschiedenen Vermögensbegriffen auseinanderzusetzen.

C) Lösung

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des K nach dem StGB.

I. Strafbarkeit gemäß § 263 I StGB

K könnte sich zunächst durch sein Verhalten wegen Betruges zu Lasten des A nach § 263 I StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Indem K dem A erklärt hat, dass er den Volvo für diesen verkaufen und ihm den Kaufpreis weiterleiten würde, hat K den A über diese (innere) Tatsache getäuscht und dadurch bei diesem auch einen dementsprechenden Irrtum hervorgerufen.

hemmer-Methode: K täuscht vorliegend konkludent über seine innere Einstellung. Auch diese ist als innere Tatsache dem Beweis zugänglich.

Fraglich ist jedoch, ob es hierdurch auch zu einer irrtumsbedingten Vermögensverfügung des A gekommen ist. Verfügung in diesem Sinne ist jedes Verhalten des Getäuschten, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt. Aufgrund seines Irrtums verschaffte A dem K unmittelbar den Besitz an dem Volvo. Als problematisch könnte es sich jedoch erweisen, dass A vorliegend die Verfügungsgewalt von unbekannten Vortätern erlangt hatte, die das Fahrzeug gestohlen hatten. Dies wusste A auch, sodass er den Besitz an dem Volvo durch eine Hehlerei nach § 259 I Var. 1 StGB deliktisch erlangt hat.

Ob der rechtswidrig oder deliktisch erlangte Besitz unter den strafrechtlichen Vermögensbegriff fällt, ist umstritten. Nach dem rein wirtschaftlichen Vermögensbegriff ist Vermögen jedwede geldwerte Position, sodass auch der deliktisch durch Hehlerei erlangte faktische Besitz an dem Volvo Vermögen darstellt.

Nach dem heute herrschenden ökonomisch-juristischen Vermögensbegriff muss die geldwerte Position allerdings zusätzlich dem Schutz der Rechtsordnung unterliegen. Auf der einen Seite könnte man argumentieren, dass auch der rechtswidrig bzw. vorliegend durch Hehlerei deliktisch erlangte Besitz zivilrechtlich durch die §§ 858 ff. BGB geschützt wird.¹ Auf der anderen Seite lässt sich anführen, dass die §§ 858 ff. BGB lediglich dem Schutz des Rechtsfriedens dienen und die Regelungen nur vorläufigen, aber keinen endgültigen Schutz gewähren, sodass durch unrechtmäßigen Besitz lediglich eine faktische Position begründet wird, die allerdings nicht Bestandteil des Vermögens wird. Ersteres überzeugt insbesondere deshalb, weil es im Interesse des Rechtsfriedens liegt, strafrechtsfreien Räumen auch unter Straftätern entgegenzuwirken. Dementsprechend kommen der ökonomisch juristische Vermögensbegriff und der wirtschaftliche Vermögensbegriff vorliegend zum gleichen Ergebnis, sodass ein Streitentscheid entbehrlich ist.

Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung ist folglich zu bejahen.

Anmerkung: Der BGH hat sich im Rahmen der räuberischen Erpressung intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Besitz an illegalen Drogen zum strafrechtlich geschützten Vermögen zu zählen ist. Hierzu hat der BGH festgestellt:

„Die Rechtsordnung kennt im Bereich der Vermögensdelikte kein wegen seiner Herkunft, Entstehung oder Verwendung schlechthin schutzunwürdiges Vermögen. Der Besitz ist daher schon dann Bestandteil des geschützten Vermögens, wenn ihm ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert zukommt. Auch der strafbare Besitz an Betäubungsmitteln ist daher ein durch Strafrecht zu schützendes Rechtsgut.“

Vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.08.2017 – 2 StR 335/15 = *juris*byhemmer = *Life&Law* 04/2018, 256 ff.

A hat durch die Vermögensverfügung auch einen Vermögensschaden erlitten, da sich sein Gesamtvermögen vermindert hat, weil er den Besitz am Fahrzeug ohne Äquivalent verloren hat.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte vorsätzlich sowie mit der Absicht, sich selbst zu bereichern. Sein Ziel war es, die eigene Vermögenslage durch den Besitz am Volvo zu verbessern. Der erstrebte Vermögensvorteil des K ist auch genau die Kehrseite des Vermögensschadens des A, mithin die erstrebte Bereicherung stoffgleich. Die Bereicherung ist zudem rechtswidrig und K hatte auch diesbezüglich Vorsatz.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Zwischenergebnis: K hat sich aufgrund seines Verhaltens wegen Betruges nach § 263 I StGB gegenüber A strafbar gemacht. § 263 IV StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB sind nicht einschlägig.

II. Strafbarkeit gemäß § 259 I StGB

K könnte sich auch wegen Hehlerei nach § 259 I StGB strafbar gemacht haben, indem er sich das Fahrzeug von A übergeben ließ.

¹ BeckOK/Beukelmann, § 263 StGB Rn. 48 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste zunächst der objektive Tatbestand erfüllt sein.

a) Tatobjekt

Das Kraftfahrzeug stellt ein taugliches Tatobjekt dar, wenn es sich dabei um eine Sache handelt, die ein anderer gestohlen oder sonst durch eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige, also nicht notwendigerweise schuldhaft Tat (vgl. § 11 I Nr. 5 StGB) erlangt hat, § 259 I StGB.

Vorliegend hat A das Kraftfahrzeug von den unbekannt gebliebenen Diebstahlstätern erlangt und dadurch § 259 I Var. 1 StGB verwirklicht. Hierbei handelt es sich um eine gegen fremdes Vermögen gerichtete rechtswidrige Tat im Sinne des § 259 I StGB.

Anmerkung: Als taugliche Vortat sollte an die des unmittelbaren Vortäters, hier A, angeknüpft werden. Ungenau wäre es deshalb, vorliegend auf den Diebstahl im Vorfeld abzustellen. Strafgrund ist nämlich die Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Vermögenssituation. Diese entfällt, wenn „Zwischenglieder“ gutgläubig Diebesgut übernommen haben, was hier jedoch gerade nicht der Fall ist.²

b) Tathandlung

K könnte sich das Diebesgut nach § 259 I Var. 1 StGB verschafft haben. Sich-Verschaffen ist die Herstellung eigener Herrschaftsgewalt über die Sache. Dazu muss der Hehler die Sache zur eigenen Verfügungsgewalt erlangen, sodass er über die Sache als eigene oder zu eigenen Zwecken verfügen kann und dies auch will und der Vortäter bzw. Zwischenhehler die Möglichkeit verloren hat, auf sie einzuwirken. K hat vorliegend mit der Übergabe des Fahrzeugs an ihn die alleinige Verfügungsgewalt über den Volvo erlangt.

Anmerkung: Die Tatbestandsvarianten des Absetzens bzw. der Absatzhilfe greifen nicht, weil K tatsächlich lediglich im eigenen Interesse handelt, nicht im Interesse des A.

Wichtig für diese beiden Tatbestandsvarianten ist folgende Rechtsprechung des BGH: „Für das Vorliegen einer vollendeten Hehlerei in Form der Absatzhilfe oder des Absetzens ist ein Absatzerfolg notwendig.“

Für die Beurteilung des Versuchsbeginns ist bei der Hehlerei in der Variante der Absatzhilfe auf das unmittelbare Ansetzen des Absatzhelfers abzustellen.“

Vgl. BGH, Beschluss vom 31.10.2018 – 2 StR 281/18 = jurisbyhemmer = Life&Law 07/2019, 468 ff.

Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH setzt § 259 I StGB in dieser und allen anderen Tatvarianten jedoch als ungeschriebenes weiteres Tatbestandsmerkmal einvernehmliches Handeln zwischen Hehler und Vortäter voraus. An dem zur Tatbestandserfüllung erforderlichen Einvernehmen fehlt es, wenn der Hehler die eigene Verfügungsgewalt über die Sache durch Wegnahme begründet oder dem Vortäter bzw. Zwischenhehler die Verfügungsgewalt über die Sache abnötigt.

Fraglich ist, ob ein einvernehmliches Handeln auch dann zu verneinen ist, wenn das Einverständnis des Vortäters bzw. des Zwischenhehlers auf einer Täuschung beruht.

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist dies bei jedweder Täuschung bzw. jedenfalls dann der Fall, wenn der Vortäter bzw. Zwischenhehler über die Übergabe der Sache an den Hehler als solche getäuscht wird. Als Argument kann der zweite Schutzzweck des § 259 StGB, die Gefährdung der allgemeinen Sicherheitsinteressen, angeführt werden. § 259 StGB soll nämlich den Anreiz zur Begehung weiterer Vermögensdelikte bekämpfen, indem der Entstehung illegaler Märkte entgegengewirkt wird. Die Aussicht, die Beute auf Grund einer Täuschung zu verlieren, schaffe jedoch keinen Anreiz zu Vermögensstraftaten, sodass die allgemeinen Sicherheitsinteressen nicht betroffen sind.

Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein einvernehmliches Handeln im Sinne des § 259 I StGB auch bejaht werden, wenn das Einverständnis des Vortäters auf einer Täuschung beruht. Der täuschungsbedingte Irrtum des Vortäters, seinerseits eine Gegenleistung für die Hingabe der Sache zu erhalten, ist als bloßer Motivirrtum unbeachtlich. Denn die Weitergabe der Sache an den Hehler erfolgt – anders als in Fällen des Diebstahls oder der Nötigung des Vortäters bzw. des Zwischenhehlers – mit dem Willen des Vortäters.

Dafür spricht insbesondere der primäre Schutzzweck der Norm. Strafgrund der Hehlerei ist vor allem die Aufrechterhaltung und Vertiefung (sog. Perpetuierung) der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage.

² Vgl. Fischer, § 259 StGB, Rn. 7. Lesen Sie auch die ausführliche Problemdarstellung anhand von Beispielfällen in Hemmer/Wüst/Berberich, Strafrecht BT I, Rn. 213 ff.

Die Vermögensinteressen des ursprünglich Berechtigten sollen geschützt werden. Dieser Schutzzweck erfasst jedoch auch Fallkonstellationen, in denen die Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache durch Täuschung vom Vortäter auf den Hehler übergeht.

Zwar wird der Strafgrund der Hehlerei zusätzlich auch darin gesehen, dass sie einen Anreiz zur Begehung weiterer Vermögensdelikte schaffen könne. § 259 StGB soll daher auch der gefahrlosen Verwertung der Tatbeute und der Entstehung illegaler Märkte entgegenwirken. Ungeachtet der Frage, ob die Aussicht, gegebenenfalls bei der Verwertung der deliktisch erlangten Sache seinerseits betrogen zu werden, auf mögliche Vortäter tatsächlich demotivierend wirkt oder letztlich folgenlos bleibt, vermag dies eine Beschränkung des strafrechtlichen Schutzes der Vermögensinteressen der ursprünglich Berechtigten nicht zu rechtfertigen.

Aus den genannten Gründen, insbesondere auf Grund des im Vordergrund stehenden Schutzzwecks des § 259 StGB, die Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage zu verhindern, erscheint die Ansicht des BGH vorzugswürdig. Mithin ist vorliegend ein einvernehmliches Handeln im Sinne des § 259 I StGB und somit auch ein Sich-Verschaffen des K zu bejahen.

2. Subjektiver Tatbestand

K handelte auch vorsätzlich und mit Bereicherungsabsicht, weil die Erlangung des Besitzes an dem Volvo sein primäres Ziel war.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

K handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

Zwischenergebnis: K hat sich aufgrund seines Verhaltens gemäß § 259 I I Var. 1 StGB strafbar gemacht. § 259 II StGB i.V.m. §§ 247, 248a StGB ist nicht einschlägig. K hat sich gemäß §§ 263 I, 259 I, 52 StGB strafbar gemacht. Aus Klarstellungsgründen tritt keine der Vorschriften in Gesetzeskonkurrenz zurück. Vielmehr schützen die Vorschriften verschiedene Vermögensinteressen (beim Betrug die des A, bei der Hehlerei die Interessen des Eigentümers des Volvo).

Anmerkung: Ein Sonderproblem stellt sich, wenn Sachverhaltungsgewissheiten bestehen. Dann gilt es typischerweise bei der Hehlerei abzugrenzen, ob ein Fall der echten Wahlfeststellung oder vorrangig eine sog. Postpendenz vorliegt.

Der BGH hat hierzu festgestellt: „Steht fest, dass ein Täter alle Tatbestandsmerkmale der Hehlerei verwirklicht hat und scheitert die Strafbarkeit wegen Hehlerei nur daran, dass ungewiss ist, ob der Täter auch an der Vortat (i.d.R. Diebstahl) beteiligt war, liegt kein Fall der Wahlfeststellung vor. In diesem Fall ist vorrangig im Wege der Postpendenz eindeutig eine Strafbarkeit wegen Hehlerei gegeben.“

*Vgl. BGH, Beschluss vom 09.11.2017 – 2 StR 320/17 = [jurisbyhemmer](#) = **Life&Law 07/2018, 394 ff.***

D) Kommentar

(bb). Der BGH setzt sich ausführlich mit den verschiedenen Literaturmeinungen auseinander. Im Ergebnis spielt für ihn das sog. „Anreizinteresse“ für den Tatbestand der Hehlerei nicht die entscheidende Rolle. Dieser Aspekt ist vielmehr der kriminalpolitische Hintergrund der Vorschrift.

Die Auffassung des BGH hat zur Folge, dass der Anwendungsbereich von § 259 StGB erweitert interpretiert wird. Dies kommt den schützenswerten Interessen des jeweils betroffenen Eigentümers entgegen. Die Wortlautgrenze verlässt der BGH bei seiner Auslegung nicht, so dass keine verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf Art. 103 II GG zu erheben sind.

E) Wiederholungsfragen

- **1. Ist das subjektive Verfügungsbewusstsein für die Bejahung des § 263 StGB immer erforderlich?**

Nein! Nach h.M. ist ein subjektives Verfügungsbewusstsein nur beim Sachbetrug als Abgrenzungskriterium zum Trickdiebstahl erforderlich. Letztendlich ist dafür die innere Willensrichtung des Opfers entscheidend. Schädigt sich das Opfer durch eine willentliche Vermögensverfügung selbst („freiwillig“), liegt ein Sachbetrug vor; § 242 StGB kann auf Grund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses nicht verwirklicht sein. Sieht das Opfer allerdings keine Möglichkeit, den Gewahrsam behalten zu können („unfreiwillig“), liegt eine Wegnahme nach § 242 I StGB vor. Zwischen § 242 StGB und § 263 StGB besteht somit ein Exklusivitätsverhältnis.

- **2. Im Rahmen des § 259 StGB ist auch eine Drittbereicherungsabsicht ausreichend. Kann der Vortäter „Dritter“ in diesem Sinne sein?**

Nach h.M. kann der Vortäter in der Regel kein tauglicher Dritter sein. Dafür spricht die Differenzierung innerhalb des Tatbestandes zwischen „anderer“ und „Dritter“. Eine andere Interpretation birgt die Gefahr, dass die äußerste Grenze des möglichen Wortsinns überschritten wird, vgl. Art. 103 II GG. Außerdem erscheint so eine schärfere Abgrenzung zu § 257 StGB möglich.



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter **„juris by hemmer“**:
www.hemmer.de

BGH, Urteil vom 06.03.2019 – 5 StR 593/18 = jurisbyhemmer

7 Der Begriff der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls gem. § 242 I StGB

+++ Diebstahl, § 242 I StGB +++ Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen, § 248a I StGB +++ Unterschlagung, § 246 I StGB +++ Hausfriedensbruch, § 123 I StGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht): A nahm – wie vorab geplant – in einem Supermarkt des B vier Flaschen Jägermeister und zwei Flaschen Bacardi mit einem Gesamtwert von ca. 50,- Euro aus den Warenträgern. Diese legte A in eine von ihm mitgeführte Sporttasche, um die Flaschen vor möglichen Beobachtern zu verbergen und sie ohne Bezahlung für sich zu behalten. Am Ausgang wird A von zwei Supermarktmitarbeitern gestellt.

Einige Tage später entnahm A – ebenfalls nach vorgefasstem Tatplan – in einem anderen Supermarkt des B fünf Flaschen Jägermeister im Wert von ca. 35,- Euro aus den Auslagen, steckte sie in einen mitgeführten Rucksack und ging in Richtung Ausgang, um auch diese Waren unbezahlt für sich zu verwenden. Auch diesmal wird A am Ausgang gestellt.

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht?

A) Sounds

1. Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, dass der Täter diese derart erlangt, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamshaber ausüben kann. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach ständiger Rechtsprechung nach den Anschauungen des täglichen Lebens.

2. Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist daher im Regelfall einer Person, die einen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu, und zwar auch dann, wenn er sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet.

3. Ein Täter, der transportable, handliche und leicht bewegliche Sachen in einem Geschäft in Zueignungsabsicht in eine von ihm mitgeführte Hand-, Einkaufs-, Akten- oder ähnliche Tasche steckt, bringt sie in seinen ausschließlichen Herrschaftsbereich und begründet damit ebenfalls neuen Gewahrsam.

B) Problemaufriss

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit Problemen rund um den Begriff der Wegnahme im Rahmen des Diebstahls gem. § 242 I StGB. Die Begrifflichkeiten „Wegnahme“ und „Gewahrsam“ sind für die Vermögensdelikte und damit auch für das Examen von enormer Bedeutung. Denn nur wenn eine Wegnahme bejaht werden kann, kommt § 242 I StGB in Betracht und hieran anknüpfend dann auch eine Verwirklichung der §§ 243, 244 StGB sowie ein Raub mit seinen Qualifikationen, §§ 249 ff. StGB. Wird hingegen eine Wegnahme verneint, kommt allenfalls eine Unterschlagung gem. § 246 I StGB in Betracht. Aufgrund des damit einhergehenden gewaltigen Strafraumenunterschieds ist in Grenzfällen oberstes Gebot, möglichst präzise den Begriff der Wegnahme auszulegen.

C) Lösung

Zu prüfen ist die Strafbarkeit des A nach dem StGB.

I. Strafbarkeit wegen Diebstahls gem. § 242 I StGB

A könnte sich wegen Diebstahls in zwei Fällen gem. § 242 I StGB strafbar gemacht haben, indem er zunächst in einem Supermarkt vier Flaschen Jägermeister und zwei Flaschen Bacardi aus den Warenträgern in eine mitgeführte Sporttasche legte, um sie ohne Bezahlung für sich zu behalten, sowie einige Tage später in einem anderen Supermarkt fünf Flaschen Jägermeister in einen mitgeführten Rucksack steckte, um auch diese unbezahlt für sich zu verwenden.

1. Tatbestand

Hierdurch könnte A den Tatbestand des Diebstahls gem. § 242 I StGB verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

A müsste jeweils eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben, vgl. § 242 I StGB. Weder die Flaschen im ersten, noch die im zweiten Supermarkt befanden sich im Alleineigentum des A, sondern im Eigentum des Supermarktinhabers B, sodass diese für ihn eine fremde bewegliche Sache darstellen.

A müsste die Flaschen weggenommen haben, vgl. § 242 I StGB. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig eigenen Gewahrsams. Ein Gewahrsamsbruch setzt hierbei ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten voraus.¹ Gewahrsam ist dabei die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass der Diebstahl gem. § 242 I StGB keine Heimlichkeit, also Unkenntnis des Gewahrsamsinhabers erfordert.² Zeigt sich der Gewahrsamsinhaber jedoch beispielsweise in den Fällen der „Diebesfalle“ mit der Wegnahme einverstanden, so kommt regelmäßig nur der versuchte Diebstahl gem. §§ 242 II, 12 II, 23 I Alt. 2 StGB in Betracht.

Da A noch in den Supermärkten des B überführt wurde, erscheint fraglich, ob er dort bereits die tatsächliche Sachherrschaft über die Flaschen erlangt hat, indem er diese in die von ihm mitgeführte Tasche bzw. im zweiten Supermarkt in den mitgeführten Rucksack steckte, oder ob in den

Supermärkten des B noch kein notwendiger Gewahrsamswechsel stattfinden konnte.

Anmerkung: Wäre der Wechsel der tatsächlichen Sachherrschaft nicht im Supermarkt des B möglich, so käme vorliegend nur ein versuchter Diebstahl gem. §§ 242 II, 12 II, 23 I Alt. 2 StGB in Betracht.

Für die Frage des Wechsels der tatsächlichen Sachherrschaft ist entscheidend, ob der Täter diese derart erlangt hat, dass er sie ohne Behinderung durch den alten Gewahrsamsinhaber ausüben kann und dieser nicht mehr über die Sache verfügen kann, ohne seinerseits die Verfügungsgewalt des Täters zu brechen. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach ständiger Rechtsprechung nach den Anschauungen des täglichen Lebens.

Danach macht es einen entscheidenden Unterschied, ob es sich bei dem Diebesgut um umfangreiche schwere Sachen handelt, deren Abtransport mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, oder ob es nur um kleine und leicht transportable Gegenstände geht. Bei unauffälligen, leicht beweglichen Sachen, wie etwa Geldscheinen sowie Geld- und Schmuckstücken, lässt die Verkehrsauffassung für die vollendete Wegnahme regelmäßig schon ein Ergreifen und Festhalten der Sache genügen.

Steckt der Täter einen Gegenstand in Zueignungsabsicht in seine Kleidung, so schließt er allein durch diesen tatsächlichen Vorgang die Sachherrschaft des Bestohlenen aus und begründet eigenen, ausschließlichen Gewahrsam. Die Verkehrsauffassung weist daher im Regelfall einer Person, die einen Gegenstand in der Tasche ihrer Kleidung trägt, die ausschließliche Sachherrschaft zu, und zwar auch dann, wenn der Gegenstand sich noch im Gewahrsamsbereich des Berechtigten befindet.

Für ohne Weiteres transportable, handliche und leicht bewegliche Sachen kann jedenfalls dann nichts anderes gelten, wenn der Täter sie in einem Geschäft in Zueignungsabsicht in eine von ihm mitgeführte Einkaufs-, Akten- oder ähnliche Tasche steckt. Hierdurch bringt der Täter die Sachen ebenso in seinen ausschließlichen Herrschaftsbereich wie beim Einstecken in seine Kleidung.

Anmerkung: Da die Tatvollendung keinen gesicherten Gewahrsam voraussetzt, ist für die Frage, ob die Wegnahme vollendet ist, ohne Belang, ob der Täter die Aussicht hat, den Gewahrsam längere Zeit aufrechtzuerhalten.

¹ Vgl. Fischer, § 242 StGB, Rn. 16.

² Vgl. Fischer, § 242 StGB, Rn. 16.

Hieran gemessen hat A sowohl im ersten als auch im zweiten Supermarkt eigenen Gewahrsam begründet, nachdem er die Flaschen in eine Sporttasche bzw. einen Rucksack steckte. Das Einstecken diene nämlich zugleich dem Verbergen vor möglichen Beobachtern. Beide Behältnisse waren auch geeignet, einen unproblematischen Abtransport der Beute zu ermöglichen und zudem den Berechtigten von einem ungehinderten Zugriff auf seine Ware auszuschließen. Dieser hätte seinerseits in die Herrschaftsgewalt des A eingreifen müssen, um wieder über die Flaschen verfügen zu können.

Anmerkung: Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn der Täter die Flaschen in zwei Tüten gepackt und mit sich geführt hätte, um den Anschein eines regulären Einkaufs zu erwecken, ließ der Senat ausdrücklich offen. Auch hier wurde jedoch betont, dass es für diesen, vorliegend nicht zu entscheidenden Fall, auf die Verkehrsanschauung und die Umstände des Einzelfalles ankommt.

Eine Wegnahme des A lag somit in beiden Fällen vor.

b) Subjektiver Tatbestand

A müsste auch den subjektiven Tatbestand des § 242 I StGB verwirklicht haben. Hierfür müsste A zunächst vorsätzlich bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes gehandelt haben, vgl. § 15 StGB. Vorsatz ist der Wille zur Verwirklichung des Straftatbestandes in Kenntnis all seiner objektiven Tatumstände. A wollte die Flaschen einstecken, um sie vor möglichen Beobachtern zu verbergen und sie anschließend ohne Bezahlung für sich zu behalten. A handelte folglich vorsätzlich hinsichtlich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache, vgl. § 242 I StGB.

Überdies setzt der Wortlaut des § 242 I StGB voraus, dass der Täter die Absicht aufweist, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, sog. Zueignungsabsicht. Der Diebstahl ist danach ein Delikt mit überschießender Innentendenz.

Die Zueignungsabsicht setzt voraus, dass A die Flaschen sich oder einem Dritten, wenn auch nur vorübergehend, aneignen wollte (Aneignungskomponente) und dabei zumindest billigend in Kauf genommen hat, diese dem Opfer dauerhaft zu entziehen (Enteignungskomponente). A wollte sich die Flaschen vorliegend aneignen und sie dem Supermarktinhaber B entziehen, sodass auch die Zueignungsabsicht zu bejahen ist. A konnte auch erkennen, dass die von ihm erstrebte Zueignung rechtswidrig ist. Auch der subjektive Tatbestand ist folglich erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

Mangels ersichtlicher Rechtfertigungsgründe handelte A rechtswidrig.

3. Schuld

A handelte schuldhaft.

Zwischenergebnis: A hat sich mithin gem. § 242 I StGB wegen Diebstahls in zwei Fällen strafbar gemacht.

Fraglich ist, ob wegen des geringen Werts der einzelnen Flaschen gem. § 248a StGB ein Strafverfolgungsantrag erforderlich ist. Hierfür müsste es sich bei den Flaschen um geringwertige Sachen handeln, vgl. § 248a StGB. Der Begriff stellt auf den objektiven Wert der Sache ab. Die Grenze der Geringwertigkeit wird in der Rechtsprechung derzeit bei ca. 25,- Euro festgesetzt.³

Anmerkung: Teilweise wird die Grenze auch erst bei 30,- Euro gezogen. Dies erscheint noch vertretbar. Einer Wertgrenze von 50,- Euro hat der BGH jedoch abgelehnt. Dies ist nachvollziehbar, wenn man betrachtet, dass die Wegnahme von Sachen im Wert des halben Wochenlohns eines geringfügig Beschäftigten (oder: eines Zehntels des monatlichen Sozialhilfesatzes) nicht als belanglose Bagatelle angesehen werden kann.

Werden bei einer Tat mehrere Sachen weggenommen, die für sich genommen geringwertig sind, insgesamt jedoch einen Wert von 25,- Euro übersteigen, so kommt es auf den Gesamtwert der Sachen an.⁴ Da der Gesamtwert der Flaschen jeweils 25,- Euro übersteigt, besteht demnach kein Antragserfordernis nach § 248a StGB.

III. Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB

A könnte sich zudem wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB zum Nachteil des B strafbar gemacht haben, indem er dessen Supermärkte in der Absicht betrat, dort alkoholische Getränke zu stehlen.

1. Tatbestand

A müsste den Tatbestand des Hausfriedensbruchs gem. § 123 I StGB verwirklicht haben.

³ Vgl. Fischer, § 248a StGB, Rn. 3a.

⁴ Vgl. BeckOK, § 248a StGB, Rn. 4.

a) Objektiver Tatbestand

A könnte in die Geschäftsräume des B eingedrungen sein, indem er die Supermärkte des B betreten hat, um dort alkoholische Getränke zu stehlen, vgl. § 123 I StGB. Geschäftsräume sind abgeschlossene Betriebs- und Verkaufsstätten, die vorübergehend oder dauernd gewerblichen, künstlerischen, wissenschaftlichen oder ähnlichen Zwecken dienen.⁵ Bei den Supermärkten des B handelt es sich um solche Geschäftsräume i.S.d. § 123 I StGB.

A müsste in diese eingedrungen sein. Eindringen beschreibt das Betreten des geschützten Raums gegen den Willen des Berechtigten.⁶ Dies erscheint vorliegend problematisch. Ein Eindringen ist nämlich dann nicht gegeben, wenn dem Betreten ein tatbestandsausschließendes Einverständnis des Hausrechtsinhabers zugrunde liegt. Gerade ein solches erklärt der Inhaber eines Supermarktes jedoch nach der Verkehrsauffassung gegenüber allen Personen, die nach dem äußerlichen Erscheinungsbild den Supermarkt wie normale Kunden betreten. Dies trifft vorliegend auch auf A zu, so dass aufgrund eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses des B eine Strafbarkeit des A gemäß § 123 I StGB ausscheidet.

hemmer-Methode: Für diese Auslegung der Rechtsprechung und h.L., welche eine objektive Manifestation des Betretens der geschützten Räumlichkeit gegen den Willen des Berechtigten voraussetzt, spricht der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz. Objektive Tatbestandsmerkmale (wie hier die Tathandlung „eindringen“) dürfen nicht zu stark subjektiviert interpretiert werden.

Zwischenergebnis: A hat sich nicht gem. § 123 I StGB wegen Hausfriedensbruchs zum Nachteil des B strafbar gemacht.

IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat sich gem. § 242 I StGB wegen Diebstahls in zwei Fällen strafbar gemacht. Die tatbestandlich mitverwirklichte Unterschlagung gem. § 246 I StGB tritt aufgrund der gesetzlichen Subsidiaritätsklausel in § 246 I StGB jeweils hinter den Diebstahl zurück.

D) Kommentar

(bb). Der BGH festigt seine Rechtsprechung zum Begriff der Wegnahme bezüglich transportabler, leicht beweglicher Sachen in einem Geschäft. Damit sind sicherlich nicht alle denkbaren Fallkonstellationen gelöst. Zu begrüßen ist aber, dass der BGH eine solide Rechtsprechungsbasis geschaffen hat.

E) hemmer-Background

Der BGH hat sich mit den zentralen Begrifflichkeiten „Wegnahme“ und „Gewahrsam“ auch in seinem Beschluss vom 9. Januar 2019 – BGH 2 StR 288/18 auseinandergesetzt. Dieser Entscheidung lag folgende Konstellation zugrunde:

Basierend auf einem gemeinsamen Tatplan von A und B erschien A morgens auf dem Hof eines Baumarktes, auf dem der stellvertretende Filialleiter B des Baumarkts gemeinsam mit dem Angestellten C Waren aufstellte. A bedrohte B und C mit einer geladenen Schreckschusspistole und forderte beide zur Herausgabe von Bargeld auf. B ließ nicht erkennen, dass er eingeweiht war und ging zusammen mit C in das Büro des Filialleiters. Dort öffnete B, der von dem Filialleiter einen Tag zuvor einen Tresorschlüssel bekommen hatte, den Tresor und übergab das darin befindliche Bargeld im Wert von knapp 6.500,- Euro an A. Daraufhin verließ A mit der Beute den Baumarkt. Die Beute wurde am Abend zwischen A und B wie geplant hälftig aufgeteilt.

Das Landgericht hatte A und B wegen besonders schweren Raubes in Mittäterschaft gem. §§ 249 I, 250 II Nr. 1, 25 II StGB verurteilt. Dieses Urteil hielt der rechtlichen Nachprüfung des BGH jedoch nicht stand.

Insbesondere war problematisch, ob in der Herausgabe des Geldes aus dem Tresor eine Wegnahme lag. Diese setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus. Gewahrsam ist die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft. Ob und wer Gewahrsam an einer Sache hat, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles und der Verkehrsanschauung. Problematisch war vorliegend, dass lediglich das Gewahrsam des allerdings abwesenden Filialleiters in Betracht kam.

Hierzu führte der 2. Strafsenat aus, dass es zwar nahe liegend sei, dass ein Filialleiter eines Baumarktes Gewahrsam an dem Geld habe, das sich in einem Tresor in seinem Büro befindet.

⁵ Vgl. Fischer, § 123 StGB, Rn. 7.

⁶ Vgl. Fischer, § 123 StGB, Rn. 14.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn er vor Ort anwesend ist und über einen Schlüssel für den Tresor oder eine Zugriffskennung für diesen verfügt. Ob dies aber auch der Fall ist, wenn er sich – wie hier – nicht in seinem Büro bzw. im Baumarkt aufhält und von seinem Stellvertreter vertreten wird, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.

Maßgeblich hierfür ist, ob der Filialleiter trotz der Vertretung weiter unmittelbaren Zugriff auf den Tresor samt Inhalt hatte (etwa weil er einen eigenen Schlüssel besitzt und eine unmittelbare Sachherrschaft auch in überschaubarer Zeit realisieren kann), der Stellvertreter also lediglich neben dem Filialleiter Sachherrschaft über den Tresor innehat, oder ob die Verantwortung auch für den Inhalt des Tresors auf den Stellvertreter vollständig übergegangen ist. Dies könne, so der BGH, etwa dann der Fall sein, wenn dem Stellvertreter eine Stellung zukommt, die nach Aufgaben und Verantwortung der eines alleinverantwortlichen Kassierers vergleichbar ist, ohne dass es insoweit darauf ankommt, dass er der Kontrolle und Weisung des Filialleiters unterliegt.

Da anhand der Feststellungen des Landgerichts nicht mit hinreichender Sicherheit ermittelbar war, ob der Filialleiter zumindest Mitgewahrsam an dem im Tresor befindlichen Geld hatte, fehlte eine tragfähige Grundlage für die Annahme eines für § 249 I StGB erforderlichen Gewahrsamsbruchs.

hemmer-Methode: Diese Konstellation erinnert an eine ebenfalls sehr lehrreiche Fallgestaltung, welche das OLG Celle mit Beschluss vom 13.11.2011 – 1 Ws 355/11 beschieden hat, vgl. hierzu **Life&Law 03/2013, 189 ff.**

Hier stellte sich die Sonderfrage, ob ein Gewahrsamsbruch bejaht werden kann, wenn zwar der Gewahrsam des untergeordneten Gewahrsamsinhabers gebrochen wurde, dies allerdings mit Einverständnis des übergeordneten Mitgewahrsamsinhabers geschah. Das OLG Celle stellte hierzu fest:

In gestuften Gewahrsamsverhältnissen schließt das Einverständnis des übergeordneten Gewahrsamsinhabers einen Gewahrsamsbruch und damit eine Wegnahme aus, selbst wenn der Gewahrsam des untergeordneten Gewahrsamsinhabers faktisch gebrochen wird.

F) Zur Vertiefung

Diebstahl

- Hemmer/Wüst/Berberich, Strafrecht BT I, Rn. 2 ff.



Mit **juris by hemmer** lernen Sie leichter, schneller und fundierter. Die Auswahl von Entscheidungen, Normen, Fachzeitschriften und der juris Praxis-Kommentar zum BGB sind genau auf die Bedürfnisse der hemmer-Ausbildung abgestimmt. Und das Beste daran: Die perfekte Examensvorbereitung nur für 2,90 € im Monat. Voraussetzung ist die kostenlose hemmer.club Mitgliedschaft.

Für hemmer KursteilnehmerInnen sind die ersten 6 Monate juris by hemmer sogar kostenfrei.

Besser können Sie sich nicht vorbereiten!

Anmelden unter „**juris by hemmer**“: www.hemmer.de



VGH München, Beschluss vom 30.01.2019 – 9 CS 18.2533 = [jurisbyhemmer](#)

8 Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung nur in Ausnahmefällen!

+++ Baubeseitigungsanordnung +++ Aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage und Sofortvollzugserklärung +++ Ausreichende Begründung +++ Art. 76 BayBO, § 80 II Nr. 4, III VwGO +++

Sachverhalt (abgewandelt): Im Jahr 2004 beantragte der Antragsteller A die erforderliche Genehmigung zur Errichtung einer Grenzgarage, die ihm mit Bescheid der zuständigen bayerischen Gemeinde G vom 7. Juli 2004 unter Erteilung einer Abweichung von den Abstandsflächen erteilt wurde. Das Grundstück des A liegt in einem nahezu vollständig bebauten Baugebiet.

Die tatsächliche Bauausführung des A erfolgte jedoch in der Folgezeit abweichend von den mit dieser Baugenehmigung genehmigten Plänen. Insbesondere überschreiten sowohl die Grenzwand als auch das Dach die genehmigte Höhe deutlich und abweichend von der Genehmigung befindet sich über der Garage ein von A als „Lagerraum“ bezeichneter Raum mit großer Glasfront zur Südseite, der nur vom Wohnhaus und nicht von der Garage her zugänglich ist. Das Garagendach ist ebenfalls abweichend von der genehmigten Fassung als Dachterrasse ausgestaltet. Die von A beantragte Tekturgenehmigung wurde von G mit Bescheid vom 2. Oktober 2013 abgelehnt. Die Klage hiergegen blieb erfolglos. Der Antrag des A auf Zulassung der Berufung wurde abgewiesen.

Mit Bescheid vom 20. November 2017 verfügte G unter Androhung von Zwangsgeld gegenüber dem A unter Angabe der einzuhaltenden Anforderungen die teilweise Beseitigung der auf seinem Anwesen im Bereich der nordöstlichen Grundstücksecke befindlichen Garage binnen vier Monaten nach Zustellung dieses Bescheids. Gleichzeitig ordnete sie insoweit die sofortige Vollziehung an. Letzteres wurde mit der Vorbildfunktion und dem öffentlichen Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände formell ordnungsgemäß begründet. Gegen diesen Bescheid hat A fristgerecht Klage beim zuständigen VG erhoben, über die noch nicht entschieden ist. Zusätzlich zur Klage stellt A nunmehr Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Beseitigungsanordnung beim VG.

Hat dieser Eilantrag Aussicht auf Erfolg?

A) Sounds

1. Eine baurechtliche Beseitigungsanordnung ist in aller Regel eine schwerwiegende Maßnahme, deren Vollzug dem Betroffenen hohe Kosten verursacht und nur mehr schwer rückgängig zu machende Zustände schafft. Ihr Gewicht wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung verstärkt, weil dadurch die Entscheidung in der Hauptsache im Kern vorweggenommen wird. Erforderlich ist deshalb ein besonderes Vollzugsinteresse, das im Falle der Baubeseitigung grundsätzlich nicht mit dem Interesse am Erlass des Bescheids identisch ist und regelmäßig im Hinblick auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 80 I, II VwGO nur ausnahmsweise vorliegen wird.

2. Allein der Hinweis, ein besonderes öffentliches Interesse bestehe daran, den baurechtswidrigen Zustand in angemessener Zeit zu beseitigen, reicht für die Annahme eines besonderen Vollzugsinteresses der Beseitigungsanordnung nicht aus.

B) Problemaufriss

Nach § 80 I VwGO haben Anfechtungsklage und Widerspruch aufschiebende Wirkung. Damit wird § 43 II VwVfG „entschärft“, wonach auch rechtswidrige Verwaltungsakte - abgesehen von den Fällen der Nichtigkeit nach §§ 43 III, 44 I, II VwVfG - wirksam sind. Ein gesonderter Eilantrag ist neben der Anfechtungsklage grundsätzlich nicht erforderlich. Anders ist dies in den Fällen des § 80 II VwGO.

Hier droht trotz Erhebung der Anfechtungsklage der Vollzug des Verwaltungsakts durch die Behörde, notfalls zwangsweise, vgl. § 6 I VwVG.¹

In diesem Fall muss es dem Betroffenen daran gelegen sein, die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage durch das VG anordnen bzw. wiederherstellen zu lassen. Hierfür stellt das Gesetz den Eilantrag nach § 80 V VwGO zur Verfügung.

Der Schwerpunkt der vorliegenden Entscheidung liegt dabei in der Frage, wie weit die Behörde bei einer erheblichen Maßnahme wie einer Baubeseitigung von der Möglichkeit der Anordnung des Sofortvollzugs nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO Gebrauch machen darf.

Anmerkung: Für den Klausurersteller stellt das Verfahren nach § 80 VwGO eine einfache Möglichkeit dar, seine Klausur abzurunden bzw. sie etwas zu strecken. Aus genau diesem Grund werden Sie im Staatsexamen häufig mit diesem Verfahren konfrontiert. Es sollte für jeden Examenskandidaten deshalb zu den „Basics“ gehören!

II. Begründetheit

1. Je nach Land ggf. Antragsgegner, § 78 I VwGO analog
2. Nur bei § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO: formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung
 - a) Zuständigkeit für die Anordnung der sofortigen Vollziehung
 - b) Verfahren, str. § 28 VwVfG (ggf. analog) nach h.M. nicht notw.
 - c) Begründung, § 80 III S. 1 VwGO
3. Interessenabwägung: Erfolgsaussichten in der Hauptsache maßgebliches Indiz (summarische Prüfung)
 - a) Erfolgsaussichten der Hauptsache
 - b) Ggf. weitere Interessenabwägung

Der Antrag hat Aussicht auf Erfolg, soweit die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und der Antrag begründet ist.

C) Lösung

Prüfungsschema für einen Antrag nach § 80 V VwGO

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
2. Statthafte Antragsart, § 123 V VwGO i.V.m. § 80 V S. 1 VwGO
3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
4. Je nach Land ggf. Antragsgegner, § 78 I VwGO analog
5. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO
6. Weitere Voraussetzungen (z.B. Gerichtszuständigkeit, § 80 V S. 1 VwGO; Antragsform, §§ 81, 82 VwGO analog)
7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis
 - a) Kein vorheriger Antrag nach § 80 IV VwGO nötig (str.)
 - b) Kein vorheriger Rechtsbehelf in der Hauptsache nötig (str.)
 - c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache aufgrund Verfristung (§§ 70, 74 VwGO)

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Bei der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs im Rahmen des Eilrechtsschutzes ist auf die Rechtswegeröffnung in der Hauptsache abzustellen, vgl. § 80 V S. 1 VwGO/ § 123 II S. 1 VwGO.

Nachdem vorliegend keine aufdrängende Sonderzuweisung in Betracht kommt, richtet sich dies nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt hier vor, da die streitentscheidenden Normen Art. 76 S. 1 BayBO sowie § 80 II VwGO sind. Mangels einer doppelten Verfassungsunmittelbarkeit ist sie auch nicht verfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Somit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

2. Statthaftigkeit

Fraglich ist, welche Antragsart vorliegend statthaft ist. Dies richtet sich grundsätzlich nach dem Begehren des Antragstellers, an welches das Gericht gem. §§ 88, 122 VwGO gebunden ist.

¹ Bzw. die Vollstreckungsgesetze der Länder, bspw. Art. 18, 19 I, Nr. 2, 3 BayVwZVG.

Anmerkung: Die Regelung des § 88 VwGO gilt nach ihrem Wortlaut und nach ihrer systematischen Stellung nur für Hauptsacherechtsbehelfe. Deshalb müssen Sie im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes unbedingt die Regelung des § 122 VwGO mitzitieren.

Ausgangspunkt der Statthaftigkeit im einstweiligen Rechtsschutz ist zunächst § 123 V VwGO, der den Vorrang des Verfahrens nach § 80 V VwGO festlegt. Die Abgrenzung richtet sich grds. nach der Klageart in der Hauptsache. Der Antrag nach § 80 V S. 1 VwGO ist statthaft, soweit es um die Wiederherstellung oder erstmalige Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage geht, der nach § 123 I VwGO in allen anderen Fällen.²

Vorliegend wendet sich E gegen die Baubeseitigung als ihn belastenden Verwaltungsakt. In der Hauptsache ist daher eine Anfechtungsklage nach § 42 I Alt. 1 VwGO zu erheben. Allerdings hat diese wegen der Anordnung des Sofortvollzugs gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO keine aufschiebende Wirkung, sodass der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO statthaft ist.

Anmerkung: Soweit der Eilantrag auch gegen die Zwangsgeldandrohung gerichtet wäre, würde es sich um einen Antrag auf (erstmalige) Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V S. 1 Alt. 1 VwGO handeln, da hier die aufschiebende Wirkung nach § 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. Art. 21a BayVwZVG entfällt.

3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes soll die Möglichkeit des Rechtsschutzes in der Hauptsache sichern. Deshalb ist bei § 80 V VwGO nur derjenige, der gem. § 42 II VwGO klagebefugt wäre, auch antragsbefugt. Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes ist A nach dem sog. Adressatengedanken jedenfalls klagebefugt, da die Möglichkeit besteht, dass er mindestens in seinem Recht aus Art. 2 I GG verletzt ist. Vorliegend ist auch eine subjektive Rechtsverletzung aus Art. 14 I S. 1 GG möglich. Die Antragsbefugnis nach § 42 II VwGO analog ist gegeben.

4. Ggf. Antragsgegner

Hemmer-Methode: Je nach Land, insbesondere in Bayern, ist dieser Prüfungspunkt an den Beginn der Begründetheitsprüfung zu stellen!

Vorliegend ist die Gemeinde G in Anlehnung an die Anfechtungsklage nach § 78 I Nr. 1 VwGO analog richtiger Antragsgegner.

5. Beteiligten- und Prozessfähigkeit, §§ 61, 62 VwGO

A ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungs- und gem. § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. Die Beteiligungsfähigkeit der G ergibt sich aus § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO, vertreten durch ihren Bürgermeister ist sie auch nach § 62 III VwGO i.V.m. Art. 38 GO prozessfähig.

6. Weitere Voraussetzungen (z.B. Gerichtszuständigkeit, § 80 V S. 1 VwGO; Antragsform, §§ 81, 82 VwGO)

Es ist davon auszugehen, dass die weiteren Voraussetzungen wie eine ordnungsgemäße Antragstellung analog §§ 81 f. VwGO eingehalten sind. Der Antrag wurde laut Sachverhalt beim nach § 80 V S. 1 VwGO zuständigen Gericht gestellt.

7. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist nicht gegeben, wenn der Antragsteller sein Rechtsschutzziel durch die Wiederherstellung des Suspensiveffekts nicht oder aber auf andere, schnellere und effektivere Weise erreichen kann.³

a) Vorheriger Antrag nach § 80 IV VwGO

Fraglich ist, ob das Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn nicht zuvor ein Antrag auf behördliche Aussetzung der Vollziehung nach Maßgabe des § 80 IV VwGO gestellt worden ist. Nach überwiegender Auffassung kann das Rechtsschutzinteresse aus diesem Grunde nicht entfallen, da die Verfahren nach § 80 IV VwGO im Verhältnis reiner Alternativität stünden. Ferner lässt sich dem Wortlaut des § 80 VI S. 1 VwGO entnehmen, dass dieser nur in den Fällen des § 80 II Nr. 1 VwGO angeordnet wird. Ein mangelnder vorheriger Antrag bei der Behörde lässt das Rechtsschutzbedürfnis somit nicht entfallen.

² Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 130.

³ Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 137.



„NUR WER SICH ÜBER DIE
TYPISCHEN MERKMALE
EINES **EXAMENSFALLES**
IM KLAREN IST,
SCHREIBT DIE GUTE KLAUSUR!“

**HEMMER-METHODE:
DIE GEBRAUCHS-
ANWEISUNG
FÜR IHR EXAMEN!**

**1
ANALYSE
EXAMENS-
TYPISCHER FALL-
KONSTELLATIONEN**

**2
ERFASSEN DES
IDEENGEBÄUDES
DES ERSTELLERS**

**3
TRAINING AM
EXAMENS-
TYPISCHEM
FALLMATERIAL**

**4
PROBLEM-
ORIENTIERTES
LERNEN**

**5
LERNEN,
SPIELERISCH MIT
DER JURISTEREI
UMZUGEHEN**

**6
INZIDENTE
VERMITTLUNG DES
FÜR DAS EXAMEN
NOTWENDIGEN
WISSENS**

**7
OPTIMALE INNERE
EINSTELLUNG AUF
DIE PERSÖNLICHE
HERAUS-
FORDERUNG DES
EXAMENS**

*Liebe Kursteilnehmerinnen,
liebe Kursteilnehmer,*

Richtiges Lernen macht das Examen einfach!

Von wem, was und wie Sie lernen, ist maßgeblich für Ihren Erfolg im Examen! Seit 1976 bereitet hemmer Studierende auf ihr Juristisches Staatsexamen vor. Wer von den Besten lernt, wird selbst erfolgreich.

Fördern durch Fordern!

Orientieren Sie sich nach oben. Es gilt: Lernen Sie, was Sie im Examen erwartet. In unseren Kursen wird die Examenstypik erklärt. Konstellationen wiederholen sich im Examen. Wer am großen Fall unter professioneller Anleitung trainiert, geht sicher ins Examen!

Unsere Kursteilnehmerinnen und Kursteilnehmer bestätigen, dass sie bei hemmer durch problemorientierten Unterricht gelernt haben, wie man an eine Examensklausur herangeht, die Thematik erkennt und schließlich erfolgreich löst.

Wir erleichtern es Ihnen, sich in die juristische Denk- und Sprachwelt einzuleben! Das Examen wird dann zur Fortsetzung des vorher Eingeübten.

Lernen Sie mit den Besten!

Lassen Sie sich von Juristinnen und Juristen mit besten Ergebnissen in ihren Staatsexamen motivieren. Informieren Sie sich, wer Sie unterrichtet! Nur an einem anspruchsvollen Niveau können auch Sie wachsen.



Die Hauptkurse 2019 II beginnen!

**Wir wünschen allen neuen
Kursteilnehmerinnen
und Kursteilnehmern
viel Erfolg bei
ihrer Examensvorbereitung!**

Ihr

Karl-Edmund Hemmer, Achim Wüst

HEMMER-METHODE



**Ziel unserer Juristen-
ausbildung ist die
optimale Vorbereitung
auf das Examen.**

Für das Klausurexamen muss im Vordergrund die Schulung auf dieses stehen. So wie sich die Schülerin oder der Schüler auf die Lehrkraft einzustellen hat, so muss sich der Studierende am Ersteller der Klausur orientieren. Er gibt die Lösung vor, an dieser wird die Klausur gemessen.

Da der Klausurersteller anonym bleibt, ist nach der Typik von Examensfällen zu fragen. Denn nur wer sich über die typischen Merkmale eines Examensfalles im Klaren ist, schreibt eine gute Klausur! Dieselben Grundsätze gelten selbstverständlich auch für die Hausarbeit, die dem Grunde nach eine umfangreiche und anspruchsvolle Klausur ist.

ANALYSE EXAMENS- TYPISCHER FALL- KONSTELLATIONEN

Examensklausuren haben eine eigene Struktur.

Der Ersteller konstruiert Sachverhalt und Lösung nach bestimmten Regeln, die es zu erfassen gilt: Die Klausur beinhaltet objektive und subjektive Merkmale. **Objektiv** muss die Klausur aufgrund der

notwendigen Notendifferenzierung

- + anspruchsvoll, aber lösbar sein,
- + eine Vielzahl von Problemen und
- + unterschiedliche Gewichtungen beinhalten
- + sowie bei der Lösung ein einheitliches Ganzes ergeben.

Subjektives Merkmal ist, wie der Ersteller die objektiven Merkmale angeordnet hat.

ERFASSEN DES IDEENGEBÄUDES DES ERSTELLERS

Wir fragen immer mit der **HEMMER-METHODE**:

- + Was will der Verfasser der Klausur?
- + Welcher „rote Faden“ liegt der Klausur zugrunde?
- + Welche kritischen Grenzfälle hat er im Auge?
- + Welche „Fallen“ gilt es zu erkennen?

Stellen Sie sich den Verfasser der Klausur als imaginären „Gegner“ vor!

Nur wer die in der Klausur angelegten Ideen und Stolpersteine erfasst, schreibt eine gute Klausur.

HEMMER-METHODE heißt also: Die innere objektive Logik, die dem Fall zugrunde liegt, aufzudecken und sich in die Gedankengänge des Klausurerstellers hineinzuversetzen.

TRAINING AM EXAMENS- TYPISCHEM FALLMATERIAL

- + Es gilt die reale Problemsituation des Exams bestmöglich zu erfassen. Bei der Erstellung von Examensfällen spielen festgelegte sowie examentypische Traditionen und institutionelle Ausformungen eine entscheidende Rolle!

- + Examensklausuren sind vielschichtig: Sie beinhalten wegen der **erforderlichen Notendifferenzierung viele Problemfelder**.

Sie sind keine Standard-, Grund- oder Normalfälle. In der Regel ist gerade der strittige Grenzfall, der zur Argumentation oder Auseinandersetzung zwingt, examentypisch!

Gelernt wird aber oft nur an sogenannten Schulfällen (z.B. „Trierer Weinversteigerungsfall“). Diese nehmen zwar als psychologischer Aspekt die Angst vor dem Fall, jedoch entbehren die einfachen, stereotypischen Fälle der Examensrealität.

Da sie isoliert und nur auf ein Problem zugeschnitten sind, suggerieren sie eine Einfachheit, die im Examen nicht besteht. Sie enthalten keine Lösungsstrategie für den komplexen Examensfall: Jeder muss sich folglich die notwendige Falltechnik selbst aneignen. Sie sollten das Training an examenspischem Fallmaterial nicht in die letzte Phase der Ausbildung verschieben! Vermeiden Sie die dann zwangsläufig aufkommende Angst und Panik vor dem Examen.

Beginnen Sie rechtzeitig, sich auf die Anforderungen des Exams einzustellen: Je eher Sie an examentypischem Material üben, desto leichter fällt Ihnen dann das Examen!

PROBLEM- ORIENTIERTES LERNEN

Anders als im wirklichen Leben gilt für Klausuren und Hausarbeiten: **Probleme schaffen, nicht wegschaffen!**

Nur wer gelernt hat, die in einer Klausur oder Hausarbeit angelegten Probleme zu erkennen, kann eine gute Klausur bzw. Hausarbeit schreiben.

Im Vordergrund der Ausbildung mit der **HEMMER-METHODE** steht problemorientiertes Lernen.

- + Wer nur Wissen anhäuft, also nach dem sog. „Kübelprinzip“ lernt, verkennt die Anforderungen des Exams!
- + Wer nur in Schulstreitigkeiten denkt, erfasst i.d.R. die reale Problemstellung der Klausur und Hausarbeit nicht.

Es besteht die Gefahr, dass die Offenheit und Flexibilität des Denkens verloren geht.

HEMMER-METHODE heißt daher möglichst präzise Beschreibung, **wie** man bei einer Examensklausur vorgeht.

Die Gebrauchsanweisung mit der **HEMMER-METHODE** erstreckt sich sowohl auf die äußere Aufbereitung (z.B. Aufbau, Obersatzbildung, Sprache, Form, Sachverhaltsbeziehung) als auch auf die inneren wiederkehrenden Argumentationsfiguren (z.B. schlagende Argumente, a maiore ad minus, wenn-dann-Komplexe, links-rechts-Mitte Argumentation - h.M. oft die sog. „aristotelische Mitte“). Wir erarbeiten im Kurs gemeinsam, wie Argumente entstehen. Auch die sog. herrschende Meinung „fällt nicht vom Himmel!“

Für die **HEMMER-METHODE** sprechen die Ergebnisse unserer Kursteilnehmenden. Das relevante Gütezeichen einer Theorie der juristischen Ausbildung kann nur der Erfolg sein! Wenn bisher häufig Examensfälle in unseren Kursen vorher besprochen wurden, spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit auch für **Treffer in der Zukunft!**

LERNEN, SPIELERISCH MIT DER JURISTEREI UMZUGEHEN

Das erlernte Spiel wird im Examen dann als bekanntes Spiel fortgesetzt. Verdrängen Sie die bestehende Schwierigkeit des Examens nicht, indem Sie nur an Standard-, Grund- oder Normalfällen lernen. Mit der **HEMMER-METHODE** sind Sie im Examen nicht im „Ausland“.

Die **HEMMER-METHODE** führt dazu, dass die Ausbildung nahtlos und ohne Bruch in das Examen übergeht. Konfrontieren Sie sich also frühzeitig mit den für Examensklausuren erforderlichen Spielregeln. Nur so gehen Sie mit dem sicheren Gefühl in das Examen, sich richtig vorbereitet zu haben: Mit der **HEMMER-METHODE** lernen Sie unter ständiger, routinierter Anleitung, wie Examensklausuren zu lösen sind.

HEMMER-METHODE heißt also, durch dauerndes Training den Blick für das Examensstypische zu schärfen. Wir verweisen Sie nicht nur auf das bloße Schreiben von Examensklausuren, bei uns **lernen Sie, den jeweiligen roten Faden der Klausur zu erfassen**.

Die **HEMMER-METHODE** geht über die normale Prüfung „Wer verlangt von wem, was, woraus“ hinaus! Sie gibt die Erklärung, warum in der Klausur an dieser Stelle was, wie und in welchem Umfang geprüft wird. Die juristische Idealsprache, z.B. Anfechtungserklärung, Angabe des Anfechtungsgrundes etc., findet sich selten im Text der Examensklausur. Aufgabe des Juristen ist es daher, den Sachverhalt zu entschlüsseln, also das Chaos des Lebens in eine juristische Sprache zu kleiden.

INZIDENTE VERMITTLUNG DES FÜR DAS EXAMEN NOTWENDIGEN WISSENS

Sie können Ihr Wissen nur dann richtig verwerten, wenn Sie gelernt haben, an welcher Stelle in einer Arbeit das Erlernte seine Bedeutung hat.

HEMMER-METHODE heißt deshalb: inzidente Vermittlung der wichtigsten Schlüsselbegriffe, eingebettet in die examensstypische Fallkonstellation.

Die Examensstypik gibt vor, welches Wissen überhaupt für das Examen von Bedeutung ist. Diesem Gesichtspunkt trägt unser Fallmaterial Rechnung:

- + Die **schriftlichen Lösungen** vermitteln das klausur-relevante Wissen.
- + Die **Wiederholungsfragen** kontrollieren den Wissensstand.
- + Die **Vertiefungsfragen** schulen das Verständnis.

Konzentrieren Sie Ihre Energie auf das Wesentliche, denn „weniger ist häufig mehr“. Die **HEMMER-METHODE** setzt richtungsweisende Maßstäbe. Der Erfolg gibt ihr Recht.

OPTIMALE INNERE EINSTELLUNG AUF DIE PERSÖNLICHE HERAUS- FORDERUNG DES EXAMENS

Gehen Sie auch von der psychischen Einstellung offen an das Examen heran! Fragen Sie sich zuerst, welche Wünsche, Vorstellungen und Zwecke verfolgen Sie („Was will ich?“). Im Vordergrund der Erwägung sollte ein akzeptables Examen als Ziel stehen.

- + Unterscheiden Sie zwischen kurzfristigem und langfristigem Gewinn bei der Erfassung juristischer Zusammenhänge. Fragen Sie sich immer: „Entspricht das, was ich mir aneigne, dem Examensniveau?“ Achten Sie beim Lernen immer auf das **Verständnis der Zusammenhänge**. Vermeiden Sie die häufig nur zur Gewissenberuhigung vorkommende „Seitenfresserei“!
- + Seien Sie beim Lernen nett zu sich! Gönnen Sie sich Pausen und seien Sie nicht zu perfekt mit den Ansprüchen an sich selbst. Vieles löst sich mit der Zeit. Erst der größere Überblick schafft optimale Voraussetzungen für besseres Einordnen!
- + Entmotivieren Sie sich nicht durch Sätze wie „Es ist alles zu schwer für mich“, „Ich muss zu viel lernen“, „Das schaffe ich nie“, „Die anderen sind viel besser“. Es besteht die Gefahr der „selbsterfüllenden Prophezeiungen“. Vermeiden Sie Katastrophendenken sowie ein Umfeld, das dieses verbreitet! **Stellen Sie sich stattdessen den Herausforderungen!** Besser sind für Sie in der Vorbereitung sogenannte „zwar-aber-Sätze“: „Zwar habe ich viel zu tun, aber ich habe ein Ziel, nämlich ein akzeptables Examen!“
- + Von der Amöbe bis zu Einstein wird gelernt durch Versuch und Irrtum („trial and error“). Erarbeiten Sie sich eine optimistische Grundeinstellung! Überlegen Sie sich, was ist unangenehmer: Prüfungsangst zu haben, oder an Ihr zu arbeiten?

Denken Sie beim Bearbeiten anspruchsvoller Fälle daran, dass Sie sich kontinuierlich steigern und im **Laufe der Zeit besser werden!**

Das **hemmer-Team** wünscht Ihnen viel Erfolg!



hemmer/wüst Verlag

Unser Lernsystem im Überblick

Die Skripten für Studierende



■ GRUNDWISSEN - je 9,90 €

Die Grundwissensskripten sind für die Studierenden in den ersten Semestern gedacht. In den Theoriebänden Grundwissen werden leicht verständlich und kurz die wichtigsten Rechtsinstitute vorgestellt und das notwendige Grundwissen vermittelt. Die Skripten werden durch den jeweiligen Band unserer Reihe „Die wichtigsten Fälle“ ergänzt.



■ DIE BASICS - je 16,90 €

Das Grundwerk für Studium und Examen. Es schafft schnell Einordnungswissen und mittels der hemmer-Methode richtiges Problembewusstsein für Klausur und Hausarbeit. Wichtig ist, wann und wie Wissen in der Klausur angewendet wird. Umfangreicher als die Grundwissenreihe und knapper als die Hauptskriptenreihe.



■ HAUPTSKRIPTEN - je 19,90 €

DAS PRÜFUNGSWISSEN

In unseren Hauptskripten werden die für die Prüfung nötigen Zusammenhänge umfassend aufgezeigt und wiederkehrende Argumentationsketten eingeübt. Nutzen Sie die Skripten als Ihre Bibliothek - vom 1. Semester bis zum 2. Staatsexamen Ihr ideales Nachschlagewerk. Sie ersetzen das gute alte Lehrbuch. Sie sind - anders als das typische Lehrbuch - klausurorientiert. Beispielsfälle erleichtern das Verständnis. So wird Prüfungswissen auf anspruchsvollem Niveau vermittelt. Die studentenfreundliche Preisgestaltung ermöglicht den Erwerb als Gesamtwerk. So gehen Sie sicher in die Klausur.



■ DIE WICHTIGSTEN FÄLLE - ab 12,80 €

VOM FALL ZUM WISSEN

An Grundfällen werden die prüfungstypischen Probleme übersichtlich in Musterlösungen dargestellt. Eine Kurzgliederung erleichtert den Einstieg in die Lösung. Der jeweilige Fallschwerpunkt wird grafisch hervorgehoben. Die Reihe „Die wichtigsten Fälle“ ist ideal geeignet, schnell in ein Themengebiet einzusteigen. So werden Zwischenprüfung und Scheine leicht.



Versandkostenfreie Bestellung in unserem hemmer-shop

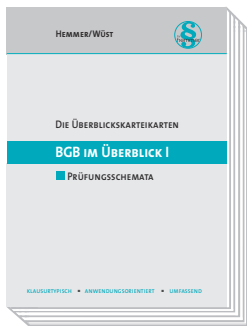
www.hemmer-shop.de



hemmer/wüst Verlag

Unser Lernsystem im Überblick

Die Kartensätze



■ ÜBERBLICKSKARTEIKARTEN - je 30,00 € / 19,90 €

ÜBER PRÜFUNGSSCHEMATA ZUM WISSEN

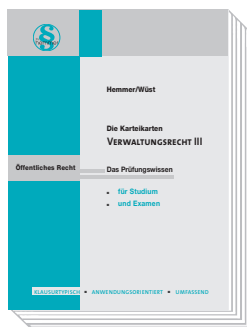
Ihr Begleiter vom 1. Semester bis zum 2. Staatsexamen! In den Überblickskarteikarten sind die wichtigsten Problemfelder im Zivil-, Straf- und Öffentliches Recht knapp, präzise und übersichtlich dargestellt. Sie erfassen effektiv auf einen Blick das Wesentliche. Die grafische Aufbereitung der Prüfungsschemata auf der Vorderseite schafft Überblick über den Prüfungsaufbau. Die Kommentierung mit der hemmer-Methode auf der Rückseite vermittelt deshalb das nötige Einordnungswissen für die Klausur und erwähnt die wichtigsten Definitionen.



■ BASICS KARTEIKARTEN - je 16,90 €

DAS PENDANT ZU DEN BASICS SKRIPTEN

Mit dem Frage- und Antwortsystem zum notwendigen Wissen. Die Vorderseite der Karteikarte ist unterteilt in Einordnung und Frage. Der Einordnungstext erklärt den Problemkreis und führt zur Frage hin. Die Frage trifft dann den Kern der prüfungsrelevanten Thematik. Auf der Rückseite schafft der Antworttext Wissen.



■ HAUPTKARTEIKARTEN - je 16,90 €

DAS PENDANT ZU DEN HAUPTSKRIPTEN

Das Prüfungswissen in Karteikartenform für den, der es bevorzugt, mit Karteikarten zu lernen. Im Frage- und Antwortsystem zum Wissen. Auf der Vorderseite der Karteikarte führt ein Einordnungsteil zur Frage hin. Die Frage trifft die Kernproblematik des zu Erlernenden. Auf der Rückseite schafft der Antworttext Wissen.



■ DIE SHORTIES - je 24,90 €

IN 20 STUNDEN ZUM ERFOLG INKL. HEMMER-LERNBOX

Die kleinen Karteikarten in der hemmer Lernbox enthalten auf der Vorderseite jeweils eine Frage, welche auf der Rückseite grafisch aufbereitet beantwortet wird. Die bildhafte Darstellung ist lernpädagogisch sinnvoll. Die wichtigsten Begriffe und Themenkreise werden anwendungsspezifisch erklärt. Knapper geht es nicht - die Sounds der Juristerei! In Kürze verhelfen die Shorties so zum Erfolg.



Versandkostenfreie Bestellung in unserem hemmer-shop

www.hemmer-shop.de



hemmer/wüst Verlag

Unser Lernsystem im Überblick

Digitale Produkte



■ **eBOOKS** - ab 9,90 €

DIE HEMMER SKRIPTENREIHE ALS eBOOKS FÜR MOBILE GERÄTE UND PC

In den eBooks, die mit unserer hemmer Skriptenreihe identisch sind, werden die für die Prüfung nötigen Zusammenhänge umfassend aufgezeigt und wiederkehrende Argumentationsketten eingeübt. Nutzen Sie die eBooks als Ihre ortsunabhängige Bibliothek. Sie sind klausurorientiert und zahlreiche Beispielsfälle erleichtern das Verständnis. So wird Prüfungswissen auf anspruchsvollem Niveau vermittelt.

Die studentenfreundliche Preisgestaltung ermöglicht den Erwerb kompletter Skriptenreihen als Gesamtwerk. Die hemmer eBooks sind über den hemmer-shop erhältlich.



■ **AUDIOCARDS** - ab 19,95 €

DAS FRAGE-ANTWORT-SYSTEM DER HEMMER HAUPTSKRIPTEN ZUM HÖREN

Optimieren Sie Ihre Lernzeit durch auditives Lernen.

Die Wiederholungsfragen der hemmer Hauptskripten werden in den hemmer AudioCards vertont und beantwortet. Gleichzeitig haben Sie die Möglichkeit, den kompletten Inhalt inklusive Inhaltsverzeichnis per PDF einzusehen und auszudrucken.

Wir verhelfen Ihnen mit unserem auditiven Lernsystem zu einer optimalen Prüfungsvorbereitung.

- **auditiv:** Der examensrelevante Stoff zum auditiven Lernen von erfahrenen Repetitorinnen und Repetitoren. Ideal für schnelles Repetieren der hemmer Hauptskriptenreihe.
- **modern:** Frage-Antwort-System im digitalen Format.
- **effektiv:** Auditives Lernen optimiert die Wiederholung. Nutzen Sie Leerlaufphasen, z.B. im Auto oder in der U-Bahn, zum Wiederholen und Vertiefen des gelernten Stoffs.



Erhältlich über unseren [hemmer-shop](http://www.hemmer-shop.de)
www.hemmer-shop.de



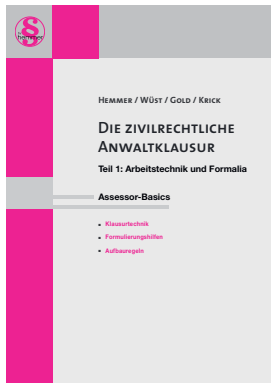


hemmer/wüst Verlag

Unser Lernsystem im Überblick

Die Skripten für das Assessorexamen

Die Assessorskriptenreihe richtet sich an die Kandidatinnen und Kandidaten des Zweiten Staatsexamens. Zum Einstieg ins Referendariat sollte sich mit den wichtigsten formellen und technischen Regeln der Assessor-klausur vertraut gemacht werden. Die Reihe Assessor-Basics dient zudem der kompakten Wiederholung der wesentlichen Dinge durch den bereits Fortgeschrittenen. Die Skripten sind auch als eBook über den hemmer-shop erhältlich.



THEORIESKRIPTEN - 4 Bände je 19,90 €

In den Theoriebänden, die zudem auch viele kleine praktische Beispielfälle enthalten, wird der Leser an die jeweilige Materie herangeführt. Dargestellt werden Arbeitstechnik und Formalia bzgl. der Klausurtypen. Die Skripten dienen primär dem Einstieg, daneben aber auch zur kompakten Wiederholung, dem Lernen und Vertiefen einzelner Problembereiche.

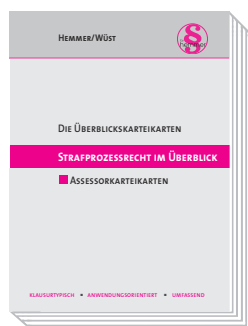
- Die zivilrechtliche Anwaltsklausur
- Das Zivilurteil
- Die Strafrechtsklausur im Assessorexamen
- Die Assessor-klausur im Öffentlichen Recht



KLAUSURENTRAINING - 4 Bände je 19,90 €

Die Bände Klausurentraining präsentieren eine Fallsammlung, die in einer ganz besonderen didaktischen Form aufbereitet ist. Effektive Examensvorbereitung heißt beim Assessor-examen noch mehr als beim Referendarexamen: Lernen am Großen Fall, Training der Technik der Sachverhaltsanalyse, Schulung des Problemgefühls und Einstellung auf den imaginären Gegner.

- Zivilurteile
- Arbeitsrecht
- Strafrecht
- Zivilrechtliche Anwaltsklausuren



ÜBERBLICKSKARTEIKARTEN - 4 Sätze je 19,90 €

ÜBER PRÜFUNGSSCHEMATA ZUM WISSEN

Der unentbehrliche Begleiter für das Assessorexamen! In den Überblickskarteikarten sind die wichtigsten Problemfelder im Zivil-, Straf- und Öffentlichen Recht knapp, präzise und übersichtlich dargestellt. Auf der Vorderseite führt ein Frageteil zum Problem hin. Die grafische Aufbereitung der Antwort auf der Rückseite schafft Überblick. Sie erfassen so effektiv das Wesentliche. Tenorierungen und Formulierungsbeispiele ermöglichen die praktische Umsetzung. Die Kommentierung mit der hemmer-Methode auf der Rückseite schafft das nötige Einordnungswissen für die Klausur.



Versandkostenfreie Bestellung in unserem hemmer-shop

www.hemmer-shop.de

b) Vorheriger Rechtsbehelf in der Hauptsache

Nach § 80 V S. 2 VwGO kann der Antrag bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage in der Hauptsache eingelegt werden. Auf die umstrittene Frage, ob für das Bejahen des Rechtsschutzinteresses ein Widerspruch erhoben werden muss, kommt es vorliegend nicht an, da ein solcher Widerspruch in Bayern ohnehin nicht statthaft ist, vgl. § 68 I S. 2 VwGO i.V.m. Art. 15 II AGVwGO.

Anmerkung: Falls ein Widerspruch noch nicht erhoben wurde und nicht unstatthaft ist, müssen Sie den Streit kurz darstellen und entscheiden. Gegen die Notwendigkeit eines vorherigen Widerspruchs spricht, dass anderenfalls eine mit Art. 19 IV GG und dem Zweck der Rechtsbehelfsfristen (Überlegungs- und Vorbereitungszeit) unvereinbare faktische Verkürzung der Rechtsmittelfristen eintreten würde. Dagegen wird vorgebracht, dass ohne Einlegung eines Widerspruchs nichts da sei, was aufschiebende Wirkung entfalten könne. Schließlich geht es ja um die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung! Zum ausführlichen Streit vgl. **Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 142 ff.**

c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache

Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt ferner, wenn die Klage in der Hauptsache offensichtlich unzulässig ist. Dies ist der Fall, wenn der Antragsteller die Widerspruchs- und Klagefrist, §§ 70, 74 VwGO, hat verstreichen lassen und der Verwaltungsakt somit unanfechtbar geworden ist. Vorliegend wurde die Anfechtungsklage fristgerecht erhoben.

d) Zwischenergebnis

Das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag ist zu bejahen.

8. Zwischenergebnis

Alle Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. Der Antrag ist zulässig.

II. Begründetheit

Der Antrag nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, soweit er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist, die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse der Antragsgegnerin im Rahmen

einer eigenen Interessenabwägung des Gerichts überwiegt.

1. Ggf. richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist analog § 78 I Nr. 1 VwGO die Gemeinde, vgl. oben.

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollziehungsanordnung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist rechtmäßig, wenn die zuständige Behörde gehandelt hat, das Verfahren ordnungsgemäß durchgeführt und begründet worden ist.

a) Zuständigkeit

Die Gemeinde ist nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO als Erlassbehörde des Verwaltungsakts auch für die Anordnung des Sofortvollzugs zuständig.

b) Verfahren

Ob vor Erlass der Sofortvollzugsanordnung hierzu eine gesonderte Anhörung stattzufinden hat, ist strittig.

Anmerkung: Trennen Sie die Anhörung zur Sofortvollzugsanordnung von der zum Haupt-VA, die selbstverständlich nach § 28 I VwVfG vorzunehmen ist!

Eine direkte Anwendung des § 28 VwVfG verbietet sich, weil die Vollzugsanordnung nach h.M. keinen eigenständigen VA, sondern nur einen unselbstständigen Annex eines VAs darstellt⁴. Allerdings will e.A. § 28 VwVfG analog anwenden, da auch die Sofortvollzugsanordnung belastenden Charakter hat und damit vergleichbar einem belastenden VA wirkt.⁵

Die Gegenansicht stellt darauf ab, dass es zum einen meist um eilbedürftige Fälle geht, die Anhörung also ohnehin § 28 II Nr. 1 VwVfG entbehrlich sein wird, und dass zum anderen anders als bei einem belastenden Verwaltungsakt keine Bestandskraft durch Fristablauf droht, der Betroffene also seine Sicht der Dinge jederzeit noch nach Erlass der Sofortvollzugsanordnung vortragen kann.

⁴ Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 78.

⁵ M.w.N. Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 82.

Im Ergebnis muss dieser Meinungsstreit nicht entschieden werden, da eine eventuell fehlende Anhörung unstreitig durch das Gerichtsverfahren nachgeholt wird.⁶ Die Anhörung durch das Gericht ist hier ausreichend, da das Gericht eine eigenständige Ermessensentscheidung trifft (s.u.).

c) Begründung

Nach § 80 III S. 1 VwGO ist in den Fällen des § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Dabei sind regelmäßig die besonderen, auf den konkreten Fall bezogenen Gründe anzugeben, die die Behörde dazu bewegen haben, den Suspensiveffekt auszuschließen. Dies ist laut Sachverhalt ordnungsgemäß geschehen.

Die Anordnung des Sofortvollzugs erweist sich damit als formell rechtmäßig.

Anmerkung: Beachten Sie, dass bereits allein die formelle Rechtswidrigkeit der Anordnung des Sofortvollzugs für den Erfolg eines Verfahrens nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO ausreicht. Auf die Interessenabwägung kommt es dann nicht mehr an!

3. Interessenabwägung

Der Eilantrag ist damit begründet, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des von dem zu vollziehenden Verwaltungsakt Betroffenen an dem einstweiligen Nichtvollzug (= *Suspensivinteresse*) das Interesse der Verwaltung am sofortigen Vollzug der Anordnung (= *Vollzugsinteresse*)⁷ überwiegt.

Für die Gewichtigkeit der einander gegenüberstehenden Interessen gibt der voraussichtliche Erfolg in der Hauptsache einen gewissen Maßstab.⁸

Anmerkung: Stellen Sie nicht vorschnell auf die Erfolgsaussichten der Hauptsache ab. Diese sind ein wesentliches Indiz in der Interessenabwägung – mehr aber auch nicht!

Ergibt eine summarische Prüfung (Beweisaufnahmen sind dafür in der Regel nicht geboten, da sie dem Charakter des Eilverfahrens widersprechen würden), dass die Anfechtungsklage in der Hauptsache offensichtlich begründet wäre, kann die Vollziehung des offenbar rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht im öffentlichen Interesse liegen.

Umgekehrt wird ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Vollziehung anzunehmen sein, wenn die Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet ist. In diesem Zusammenhang ist auch § 80 IV S. 3 VwGO, dessen Rechtsgedanke aus Gründen der Rechtslogik ebenso für das Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO Geltung beansprucht, zu berücksichtigen.

Erfolgsaussichten der Hauptsache

Die Anfechtungsklage in der Hauptsache ist zulässig, vgl. oben. Fraglich ist allein ihre Begründetheit, § 113 I S. 1 VwGO.

Rechtswidrigkeit der Baubeseitigung

Rechtsgrundlage der Beseitigungsanordnung ist Art. 76 S. 1 BayBO. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

A hat für die bereits errichtete, laut Sachverhalt genehmigungspflichtige Grenzgarage keine Baugenehmigung. Die Anlage ist somit formell illegal errichtet.

Anmerkung: Allein die formelle Illegalität der Anlage kann für eine Baubeseitigung nicht ausreichen. Dies gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – die Erteilung einer Genehmigung ist dann das mildere Mittel –, ist aber auch schon im Gesetz verankert, vgl. Art. 76 S. 1 HS 2 BayBO „wenn nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände geschaffen werden“.....

Dieses Bauvorhaben ist zudem nicht genehmigungsfähig, was aufgrund der Ablehnung des Tekurantrags durch rechtskräftiges Urteil bindend feststeht.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist die von der Antragsgegnerin erlassene Beseitigungsanordnung, insbesondere im Hinblick auf die nachbarlichen Interessen, weder hinsichtlich der Ermessensausübung noch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit zu beanstanden.

⁶ BayVGh, BayVBl. 1988, 370.

⁷ Eine lehrreiche Entscheidung zum Vollzugsinteresse bei OVG Münster, NVwZ 1998, 977.

⁸ Ständige Rspr. und h.M., vgl. etwa: BVerfG, NVwZ 2009, 715; BayVGh, BayVBl. 1987, 535; Kopp/Schenke, § 80 VwGO, Rn. 158; vgl. hierzu auch OVG Münster, BauR 2007, 1720 ff.; LNR 2007, 35714 = Life&Law 2008, 480 sowie BVerfG, NVwZ 2007, 946 = Life&Law 2008, 486: Beide Entscheidungen machen deutlich, dass die Erfolgsaussichten gerade in der Praxis nur eines von mehreren Indizien in der Interessenabwägung ist.

Insoweit ist auch das Risiko einer baurechtswidrigen Bauausführung vom Bauherrn selbst zu tragen. Die Tatsache, dass er durch die Errichtung der Anlage und nun deren Beseitigung finanzielle Nachteile erleidet, fällt allein in seine Risikosphäre.

Anmerkung: Zur Frage der Ermessensfehlerfreiheit der Beseitigungsanordnung ist der Sachverhalt recht dünn. Hier dürfte in einer Examensklausur ein weiterer möglicher Schwerpunkt liegen.

Der Verwaltungsakt in der Hauptsache erweist sich damit bei einer summarischen Prüfung als rechtmäßig. Die Anfechtungsklage wird (voraussichtlich) keinen Erfolg haben.

Interessenabwägung im Übrigen

Nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO ist für die Anordnung des Sofortvollzugs aber ein besonderes Vollzugsinteresse erforderlich. Die Vollziehung des Verwaltungsakts muss wegen öffentlicher oder überwiegender privater Interessen besonders dringlich sein und keinen Aufschub bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens dulden. Eine baurechtliche Beseitigungsanordnung ist in aller Regel eine schwerwiegende Maßnahme, deren Vollzug dem Betroffenen hohe Kosten verursacht und nur mehr schwer rückgängig zu machende Zustände schafft. Ihr Gewicht wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung verstärkt, weil dadurch die Entscheidung in der Hauptsache im Kern vorweggenommen wird. Erforderlich ist deshalb ein besonderes Vollzugsinteresse, das im Falle der Baubeseitigung grundsätzlich nicht mit dem Interesse am Erlass des Bescheids identisch ist und regelmäßig im Hinblick auf das Regelausnahme-Verhältnis des § 80 I und II VwGO nur ausnahmsweise vorliegen wird. Bei Beseitigungsanordnungen ist deshalb regelmäßig ein strenger Maßstab anzulegen.

Strenge Anforderungen an Sofortvollzug einer Baubeseitigung

Allein der Hinweis, ein besonderes öffentliches Interesse bestehe daran, den baurechtswidrigen Zustand in angemessener Zeit zu beseitigen, genügt hierfür nicht, weil das besondere öffentliche Interesse bei einer Baubeseitigung nach den o.g. Maßstäben über das Interesse an der Schaffung ordnungsgemäßer Zustände hinausgehen muss. G übersieht mit ihrer Argumentation, dass an die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Beseitigungsanordnung nach den o.g. Maßstäben höhere Anforderungen zu stellen sind als beispielsweise bei einer Nutzungsuntersagung oder einer Baueinstellung, für die regelmäßig das besondere Voll-

zugsinteresse mit dem Interesse am Erlass des Bescheids identisch ist.

Anmerkung: Eine Baueinstellung soll gerade verhindern, dass durch den Fortgang der Baumaßnahmen vollendete Tatsachen geschaffen werden. Aus diesem Grund macht eine Baueinstellung regelmäßig nur Sinn, wenn sie auch für sofort vollziehbar erklärt wird. Das Interesse am Erlass und an der Anordnung des Sofortvollzugs sind deshalb regelmäßig identisch. Bei einer Baubeseitigung ist dies von Grund auf anders!

Auch die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Beseitigungsanordnung genügt in der Regel nicht, um deren sofortige Vollziehung zu begründen.

Negative Vorbildfunktion?

Ein Anhaltspunkt, der die Vorwegnahme der Hauptsache zu rechtfertigen vermag, kann zwar in einer negativen Vorbildwirkung gesehen werden, auf die sich die Antragsgegnerin ebenfalls beruft. Im Hinblick auf die o.g. Maßstäbe genügt jedoch eine lediglich abstrakte Bezugsfallwirkung nicht. Eine konkrete Nachahmungsgefahr ist bei den gegebenen Umständen im wohl vollständig bebauten Baugebiet weder vorgetragen noch ersichtlich. Gegen eine solche Nachahmungsgefahr spricht auch, dass die Garage schon seit längerem sich in einem baurechtswidrigen Zustand befindet – offenbar ohne dass in der Umgebung andere Eigentümer „nachgezogen“ haben.

Ergebnis der Interessenabwägung

Im Hinblick auf Art. 19 IV GG und Art. 14 GG fällt die Interessenabwägung - trotz aller Wahrscheinlichkeit nach fehlender Erfolgsaussichten in der Hauptsache - mangels Vorliegens eines besonderen Interesses für die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung zugunsten des A aus. Der bisher bereits lange Zeitablauf ändert nichts daran, dass es der G mangels besonderer Anhaltspunkte zumutbar erscheint, mit der Vollstreckung der Beseitigungsanordnung auch noch das Hauptsacheverfahren abzuwarten. Letztlich resultiert der Zeitablauf auch daraus, dass G die Rückbauanordnung nicht zugleich mit der Ablehnung der Tekturgenehmigung, sondern erst nach der Rechtskraft der entsprechenden gerichtlichen Entscheidung erlassen hat.

III. Ergebnis

Der Antrag des A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO ist zulässig und begründet.

D) Kommentar

(mg). Eine Entscheidung, die überzeugend begründet ist! Eine Behörde, die eine baurechtswidrige Garage über mehrere Jahre hinweg nicht mit aller Vehemenz bekämpft hat, kann nur schwerlich das von § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO geforderte besondere Interesse an der Anordnung des Sofortvollzugs dartun!

Daneben drängt sich die Entscheidung als Vorlage für eine Examensklausur geradezu auf. Die Prüfung eines Eilantrags nach § 80 V S. 1 VwGO gehört – wie bereits erwähnt – zum Standardrepertoire im Examen. Dies gilt aber auch für die Prüfung baupolizeilicher Maßnahmen wie der Beseitigungsanordnung. An dieser Stelle könnte der vorliegende Fall ohne weiteres auf das Niveau einer fünfständigen Klausur „angehoben“ werden, indem die materielle Illegalität nicht durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung im Sachverhalt vorgegeben wird, sondern diese erst von Ihnen geprüft werden muss.

E) Wiederholungsfragen

▪ Warum ist ein Eilantrag nach § 80 V S. 1 VwGO die Ausnahme?

Der Grundsatz ist, dass die Anfechtungsklage nach § 80 I S. 1 VwGO bereits automatisch aufschiebende Wirkung entfaltet. Ein zusätzlicher Eilantrag ist nicht erforderlich und damit auch nicht statthaft. Anders ist dies nur, wenn der Anfechtungsklage nach § 80 II S. 1 VwGO ausnahmsweise keine aufschiebende Wirkung zukommt.

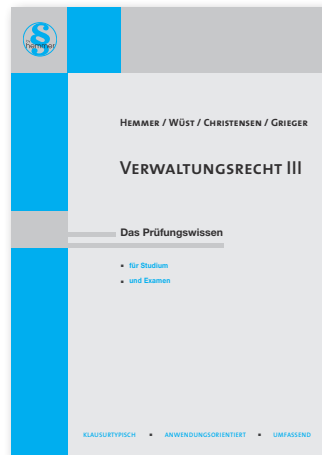
▪ Warum darf eine Baubeseitigung grundsätzlich nicht für sofort vollziehbar erklärt werden?

Die Vollziehung des Verwaltungsakts muss wegen öffentlicher oder überwiegender privater Interessen besonders dringlich sein und keinen Aufschub bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens dulden. Eine baurechtliche Beseitigungsanordnung ist in aller Regel eine schwerwiegende Maßnahme, deren Vollzug dem Betroffenen hohe Kosten verursacht und nur mehr schwer rückgängig zu machende Zustände schafft. Ihr Gewicht wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung verstärkt, weil dadurch die Entscheidung in der Hauptsache im Kern vorweggenommen wird.

F) Zur Vertiefung

Zum Eilantrag nach § 80 V VwGO

- Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 126 ff.



Aus dem Inhalt:

- Erfolgsaussichten des Widerspruchs in der Klausur
- Regelungsgehalt des § 80 VwGO
- Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80a VwGO
- Einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO
- Vorläufiger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, § 47 VI VwGO
- Vorbeugender Rechtsschutz
- Rechtsmittel
- Wiederaufnahme des Verfahrens

VGH München, Beschluss vom 19.03.2019 – 9 CS 18.2340 = [jurisbyhemmer](#)

9 Sofortvollzug einer Beseitigungsanordnung die Zweite!

+++ Baubeseitigungsanordnung +++ Aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage und Sofortvollzugserklärung +++ Außenbereichsvorhaben +++ Art. 76 BayBO, § 80 II Nr. 4, III VwGO, § 35 BauGB +++

Sachverhalt (abgewandelt): Mit Bescheid vom 16. August 2018 verfügte das zuständige Landratsamt L gegenüber dem Antragsteller A als Pächter des Grundstücks FlNr. 2913 in der Gemarkung L die vollständige Beseitigung eines nicht genehmigten Gebäudes samt Nebenanlagen, da es sich um ein im Außenbereich gelegenes Gartenhaus handle. Dieses sei planungsrechtlich unzulässig, da es - was zutrifft - im Widerspruch zu Darstellungen des Flächennutzungsplans stehe, der für das fragliche Gebiet eine landwirtschaftliche Nutzung vorsehe, und das Vorhaben außerdem der natürlichen Eigenart der Landschaft widerspreche.

Mit gesondertem Bescheid verpflichtete das Landratsamt die Eigentümerin des Grundstücks zur Duldung und ordnete jeweils die sofortige Vollziehung an. Letzteres wurde mit der konkreten Gefahr der Nachahmung durch Dritte begründet. Die Beeinträchtigung des A durch die Beseitigungsanordnung sei im Hinblick darauf zu vernachlässigen, da die baulichen Anlagen nur in Leichtbauweise erstellt seien, so dass die Beseitigung, aber auch eine etwaige Wiedererrichtung technisch einfach möglich und nicht mit hohen Kosten verbunden seien.

Gegen diesen Bescheid hat der A eine zulässige Anfechtungsklage erhoben, über die noch nicht entschieden ist. A begründet seine Klage damit, dass er eine Imkerei betreibe, die als landwirtschaftlicher Betrieb privilegiert sei. Sie werde zwar noch nicht berufsmäßig betrieben, dies sei aber beabsichtigt. Ein Betriebskonzept sei in der „Lernphase nicht konkretisierter erstellbar“. Die Gewinnerzielung habe stets Priorität. Die bestehenden Gebäude dienten dem landwirtschaftlichen Betrieb. Die ursprüngliche Gartenlaube mit einer Größe von 10 m² werde als Bienenhaus für drei Bienenvölker (von insgesamt vier, auf die sich der A für die nächsten drei bis fünf Jahre beschränken wolle) und das Gerätehaus werde für die Unterbringung von Gerätschaften der Imkerei genutzt. Das Toilettenhaus, die Terrasse und die Einfriedung dienten ebenfalls der Bienenzucht. Das Vorhaben des A sei zudem privilegiert nach § 35 I Nr. 4 BauGB. Die insoweit erforderliche Beschränkung auf das Erforderliche sei umgesetzt. A könne auch nicht verstehen, warum die Behörde nur gegen ihn vorgehe, wo doch auch die Nachbargrundstücke kleingärtnerisch genutzt würden.

Die Behörde erwidert, dass Bienenvölker – was zutrifft – nicht in geschlossenen Räumen untergebracht werden müssen und eine Fläche von 10 m² für drei oder vier Völker ohnehin völlig überdimensioniert ist.

Gleichzeitig mit der Klage stellt A einen zulässigen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage. Diesen Antrag lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 22. Oktober 2018 ab.

Hat ein Rechtsmittel gegen den Beschluss des VG Aussicht auf Erfolg? Die Anordnung des Sofortvollzugs erfolgte formell rechtmäßig. Mit drei bzw. vier Bienenvölkern lässt sich kein nennenswerter Gewinn erzielen.

A) Sounds

1. Eine als Hobby oder Liebhaberei betriebene Imkerei ist von § 201 BauGB nicht erfasst.
2. Bienenhäuser sind dann nach § 35 I Nr. 4 BauGB privilegiert, wenn sie auf das Erforderliche beschränkt sind, also auf solche bauliche

Anlagen, die unmittelbar der Unterbringung von Bienen dienen.

3. Eine Sofortvollzugserklärung einer Baubeseitigung nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO kommt dann in Betracht, wenn die Behörde eine hinreichend konkrete Gefahr der Nachahmung darlegen kann.

B) Problemaufriss

Auch die zweite öffentlich-rechtliche Entscheidung in diesem Heft befasst sich mit der Anordnung des Sofortvollzugs einer Baubeseitigungsanordnung. Hier musste sich der gleiche Senat des BayVGH mit derselben Fragestellung befassen – um sie im Ergebnis völlig konträr zu beantworten!

Daneben finden sich in der Entscheidung auch noch interessante Ausführungen zur Zulässigkeit von Bauvorhaben im Außenbereich, § 35 BauGB.

C) Lösung

I. Zulässigkeit der Beschwerde

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Für eine Beschwerde gegen Entscheidungen des VG ist der VGH nach § 146 VwGO unabhängig davon zuständig, ob der Rechtsweg nach § 40 VwGO in der Sache eröffnet ist.

2. Statthaftigkeit

Die Beschwerde ist das grundsätzlich statthafte Rechtsmittel gegen alle Entscheidungen, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind (§ 146 I VwGO). Dies sind insbesondere Beschlüsse im einstweiligen Rechtsschutz, vgl. § 146 IV VwGO. Der Ausschluss der Beschwerdemöglichkeit nach § 146 II oder III VwGO ist nicht einschlägig. Die Beschwerde ist deshalb statthaft.

3. Rechtsmittelberechtigung

Beschwerdeberechtigt sind nach § 146 I VwGO insbesondere die Beteiligten des erstinstanzlichen Verfahrens. Im Verfahren vor dem VG war A Antragsteller und damit Beteiligter, vgl. § 63 Nr. 1 VwGO. Er ist deshalb beschwerdeberechtigt.

4. Beschwer

A muss durch den angegriffenen Beschluss beschwert sein. Für Rechtsmittel des Antragstellers bedarf es grundsätzlich (wie für Rechtsmittel der Antragsgegner auch) der **formellen Beschwer**. Sie ist dann gegeben, wenn die angegriffene Entscheidung dem Rechtsmittelführer etwas versagt, was er in dem Verfahren, in dem die Entscheidung erging, beantragt hatte.

Anmerkung: Für das Rechtsmittel des Beigeladenen (§§ 63 Nr. 3, 65 VwGO) ist dessen materielle Beschwerde, für das des Vertreters des öffentlichen Interesses (§ 36 VwGO) keine Beschwerde erforderlich.

Hier hat das VG den von A im erstinstanzlichen Verfahren gestellten Antrag abgelehnt. A ist deshalb durch den abweisenden Beschluss des VG wie erforderlich formell beschwert.

5. Form und Frist der Einlegung

Die Beschwerdefrist beträgt nach § 147 I S. 1 VwGO zwei Wochen nach Bekanntgabe der angegriffenen Entscheidung und wurde laut Sachverhalt gewahrt. Das gilt auch für die Anforderungen an die Form der Beschwerde nach § 147 I S. 1 VwGO.

Anmerkung: Die Beschwerde kann sowohl beim *iudex a quo* (§ 147 I S. 1 VwGO) als auch beim *iudex ad quem* (§ 147 II VwGO) eingelegt werden. Zu beachten ist der **Vertretungszwang** nach § 67 IV VwGO (vgl. § 147 I S. 2 VwGO).

6. Form und Frist der Begründung

Nach § 146 IV VwGO ist die Beschwerde gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wie hier nach § 123 I VwGO innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Diesem Begründungserfordernis wurde hier laut Sachverhalt genügt.

Anmerkung: Die besondere Zulässigkeitsvoraussetzung (vgl. § 146 IV S. 4 VwGO) wird oft übersehen. Wegen § 146 IV S. 6 VwGO erlangt das Begründungserfordernis nochmals im Rahmen der Begründetheitsprüfung Bedeutung (s. unten).

7. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

A ist gem. § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO als natürliche Person beteiligtenfähig und nach § 62 I VwGO i.V.m. §§ 104 ff. BGB prozessfähig.

Das Land Bayern ist beteiligtenfähig gem. § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO. Es wird nach § 62 III VwGO i.V.m. Art. 16 AGVwGO, § 3 III LABV von der Landesadvokatur vertreten.

8. Zwischenergebnis

Die Beschwerde ist zulässig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, soweit sie gegen den richtigen Beschwerdegegner gerichtet und der angegriffene Beschluss des VG aus prozess- oder materiell-rechtlichen Gründen unrichtig ist. Der VGH prüft dabei grundsätzlich nur die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe (vgl. § 146 IV S. 6 VwGO) und ist auf eine reine Rechtmäßigkeitskontrolle beschränkt.¹

Der angegriffene Beschluss muss aus in der Beschwerdebegründung dargelegten prozess- oder materiell-rechtlichen Gründen unrichtig sein.

1. Verfahrensmängel

Der Beschluss des VG erging laut Sachverhalt ohne Verstoß gegen verfahrensrechtliche Bestimmungen.

Anmerkung: Für eine nicht abschließende Liste möglicher Verfahrensmängel vgl. § 138 VwGO. In der Klausur sind nur solche Verfahrensmängel zu problematisieren, auf die der Sachverhalt hindeutet.

2. Materiell-rechtliche Unrichtigkeit der angegriffenen Entscheidung

Die im Ausgangsverfahren getroffene Anordnung ist materiell-rechtlich unrichtig, soweit der Antrag des A entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts zulässig und begründet ist.

a) Zulässigkeit des Antrags

Der Antrag des A auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO ist laut Sachverhalt zulässig.

Anmerkung: Beachten Sie, dass Sie die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 VwGO hier nicht prüfen dürfen! Der VGH (das OVG) ist als Rechtsmittelgericht nach § 173 S. 1 VwGO, § 17a V GVG grundsätzlich an die Bejahung des Verwaltungsrechtswegs durch das VG gebunden.

b) Begründetheit des Antrags

Der Antrag nach § 80 V S. 1 Alt. 2 VwGO ist begründet, soweit er gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet ist, die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist und/oder das Aussetzungsinteresse des Antragstellers das Vollzugsinteresse des Antragsgegners im Rahmen einer eigenen Interessenabwägung des Gerichts überwiegt.

aa) richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist der Freistaat Bayern als Rechtsträger des Landratsamts, § 78 I Nr. 1 VwGO analog i.V.m. Art. 37 I S. 2 LKrO.

bb) formelle Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung

Von der formellen Rechtmäßigkeit der Sofortvollzugsanordnung ist nach dem Bearbeitervermerk auszugehen.

cc) Interessenabwägung

Der Eilantrag ist damit begründet, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse des von dem zu vollziehenden Verwaltungsakt Betroffenen an dem einstweiligen Nichtvollzug (= Suspensivinteresse) das Interesse der Verwaltung am sofortigen Vollzug der Anordnung (= Vollzugsinteresse) überwiegt.

Für die Gewichtigkeit der einander gegenüberstehenden Interessen gibt der voraussichtliche Erfolg in der Hauptsache einen gewissen Maßstab.

Ergibt eine summarische Prüfung (Beweisaufnahmen sind dafür in der Regel nicht geboten, da sie dem Charakter des Eilverfahrens widersprechen würden), dass die Anfechtungsklage in der Hauptsache offensichtlich begründet wäre, kann die Vollziehung des offenbar rechtswidrigen Verwaltungsakts nicht im öffentlichen Interesse liegen.

Umgekehrt wird ein besonderes Interesse an der alsbaldigen Vollziehung anzunehmen sein, wenn die Anfechtungsklage offensichtlich unbegründet ist.

¹ Näher Kopp/Schenke, § 146 VwGO, Rn. 43, § 150 VwGO, Rn. 1 f.

In diesem Zusammenhang ist auch § 80 IV S. 3 VwGO, dessen Rechtsgedanke aus Gründen der Rechtslogik ebenso für das Aussetzungsverfahren nach § 80 V VwGO Geltung beansprucht, zu berücksichtigen.

Erfolgsaussichten der Hauptsache

Die Anfechtungsklage in der Hauptsache ist laut Sachverhalt zulässig. Fraglich ist allein ihre Begründetheit, § 113 I S. 1 VwGO.

Rechtsgrundlage

Rechtsgrundlage der Beseitigungsanordnung ist Art. 76 S. 1 BayBO. Danach kann die Bauaufsichtsbehörde die teilweise oder vollständige Beseitigung der Anlagen anordnen, wenn diese im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften errichtet oder geändert werden und nicht auf andere Weise rechtmäßige Zustände hergestellt werden können.

Formelle Illegalität

Für die Anlage liegt keine Baugenehmigung vor, obwohl diese nach Art. 55 I BayBO erforderlich wäre, da aufgrund der Lage im Außenbereich eine Verfahrensfreiheit nach Art. 57 I, II BayBO ausscheidet.

Materielle Illegalität

Diese formelle Illegalität kann aber für eine Baubeseitigungsanordnung schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht genügen, vgl. Art. 76 S. 1 HS 2 BayBO „wenn nicht auf andere Weise“. Die andere Weise, sprich das mildere Mittel gegenüber einer Beseitigungsanordnung wäre die Erteilung einer Baugenehmigung – soweit das Vorhaben materiell legal ist.

Entscheidend ist mithin, dass das Vorhaben auch materiell illegal ist.

Anmerkung: Setzen Sie die materielle Illegalität nicht mit der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens gleich! Aufgrund des nur beschränkten Pflichtprüfprogramms des Art. 59 BayBO können auch rechtmäßige Baugenehmigungen für baurechtswidrige Vorhaben erteilt werden, wenn diese Vorhaben nur gegen Vorschriften verstoßen, die nicht zu den nach Art. 59 BayBO zwingend zu prüfenden Vorschriften gehören. Art. 55 II BayBO stellt für diese Fälle klar, dass das Vorhaben dann zwar genehmigungsfähig, aber dennoch materiell illegal ist.

Nach den Sachverhaltsangaben ist allein die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens fraglich.

Aufgrund der Außenbereichslage kommt es dabei maßgeblich darauf an, ob es sich um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I BauGB oder um ein nichtprivilegiertes sonstiges Vorhaben nach § 35 II BauGB handelt.

Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB?

Bei der Bienenzucht des A könnte es sich um ein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I Nr. 1 BauGB handeln.

§ 35 I Nr. 1 BauGB setzt voraus, dass das Vorhaben einem land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb dient und nur einen untergeordneten Teil der Betriebsfläche einnimmt. Nach der insoweit maßgeblichen Legaldefinition des § 201 BauGB ist u.a. eine berufsmäßige Imkerei als landwirtschaftlicher Betrieb anzusehen.

Berufsmäßigkeit der Imkerei?

Berufsmäßigkeit kann nur dann angenommen werden, wenn die Absicht ständiger Gewinnerzielung erkennbar im Vordergrund steht und die Betätigung in gesicherter Weise auf Dauer angelegt ist, wobei es nicht auf die Haupt- oder Nebenberuflichkeit der Tätigkeit ankommt. Die als Hobby oder Liebhaberei betriebene Imkerei ist von § 201 BauGB nicht erfasst.

Hier ist lediglich von einer solchen Liebhaberei auszugehen, da nach dem Bearbeitervermerk feststeht, dass die Gewinnerzielungsabsicht bei nur drei oder vier Bienenvölkern nicht im Vordergrund stehen kann.

Privilegierung nach § 35 I Nr. 4 BauGB?

Aus diesem Grund kommt nur eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 4 BauGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift ist ein Vorhaben im Außenbereich bevorzugt zulässig, wenn es wegen seiner besonderen Anforderungen an die Umgebung, seiner nachteiligen Wirkung auf die Umgebung oder wegen seiner besonderen Zweckbestimmung im Außenbereich ausgeführt werden soll. Danach können nur Anlagen zugelassen werden, die wegen ihrer besonderen Anforderungen auf den Außenbereich angewiesen sind und nicht auch auf einen Standort im Innenbereich verwiesen werden können.

Der Auffangtatbestand der besonderen Zweckbestimmung privilegiert zwar grundsätzlich Bienenhäuser, soweit nicht eine berufsmäßige Imkerei und damit eine Privilegierung nach § 35 I Nr. 1 BauGB gegeben ist.

Vorhaben nach § 35 I Nr. 4 BauGB sind aber auf das Erforderliche zu beschränken, mithin auf bauliche Anlagen, die der unmittelbaren Unterbringung der Bienen dienen. Die von der Beseitigungsanordnung betroffenen Anlagen sind danach nicht privilegiert, weil sie nicht unmittelbar der Unterbringung von Bienen dienen, sondern Zusatzeinrichtungen darstellen. Dies gilt auch für die nach Angaben des A über 10 m² Fläche einnehmende Gartenlaube, in der nach dem Vorbringen des A drei Bienenstöcke eingebaut seien. Abgesehen davon, dass die Gartenlaube für eine derart geringe Anzahl von Bienenvölkern schon überdimensioniert wäre, ist sie zur Unterbringung der Bienen auch nicht erforderlich. Ein betretbarer umschlossener Raum mag zwar gewisse Vorteile mit sich bringen. Notwendig ist er deshalb aber nicht. Die insgesamt vier Bienenkästen des Antragstellers können allesamt im Freien errichtet werden. Zum Witterungsschutz oder zum Schutz vor Tieren genügen schon die üblichen schrankartigen Konstruktionen, und Gerätschaften für eine Imkerei in der hier in Rede stehenden Größe müssen nicht vor Ort im Außenbereich untergebracht werden.

Anmerkung: *Altes Problem in neuer Gestalt! Die Argumente des Gerichts zur Abgrenzung zwischen einem privilegierten Bienenhaus und einem sonstigen Vorhaben entsprechen dem Klassiker zu § 35 I Nr. 4 BauGB – der Abgrenzung zwischen einer privilegierten Jagdhütte und einem sonstigen Vorhaben. Ein Vorhaben, das aufgrund seiner besonderen Zweckbestimmung privilegiert sein soll, muss sich auf das für diese Zweckbestimmung Erforderliche beschränken! Geht das Vorhaben darüber hinaus, spricht dies dafür, dass das Vorhaben über die Zweckbestimmung hinaus für sonstige, nicht privilegierte Zwecke verwendet werden soll.*

Zulässigkeit eines sonstigen nichtprivilegierten Vorhabens

Als sonstiges Außenbereichsvorhaben im Sinne des § 35 II BauGB sind die von der Beseitigungsanordnung betroffenen baulichen Anlagen bauplanungsrechtlich unzulässig, wenn sie öffentliche Belange beeinträchtigen.

Sie widersprechen den Darstellungen des Flächennutzungsplans, der für das fragliche Gebiet Flächen für die Landwirtschaft bzw. Ackerlandnutzung vorsieht, § 35 III S. 1 Nr. 1 BauGB, und beeinträchtigen - wie das Landratsamt im angefochtenen Bescheid zutreffend näher ausführt - die natürliche Eigenart der Landschaft, § 35 III S. 1 Nr. 5 BauGB.

Zwischenergebnis: Vorhaben materiell illegal

Die fraglichen Anlagen sind mithin planungsrechtlich unzulässig und damit materiell illegal. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 76 S. 1 BayBO liegen vor.

Bei dieser Sach- und Rechtslage ist die angefochtene Beseitigungsanordnung weder hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit noch sonst zu beanstanden. Rechtliche Bedenken hinsichtlich der Ermessensausübung i.S.d. § 114 S. 1 VwGO sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist es nicht ermessensfehlerhaft, wenn die Behörde nicht gleichzeitig gegen alle möglichen illegalen Anlagen in der Umgebung des A vorgeht, sondern diese nacheinander „abarbeitet“ und damit mit den Anlagen des A beginnt.

Der Verwaltungsakt in der Hauptsache erweist sich damit bei einer summarischen Prüfung als rechtmäßig. Die Anfechtungsklage wird (voraussichtlich) keinen Erfolg haben, was gegen das Suspensivinteresse des A spricht.

Interessenabwägung im Übrigen

Nach § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO ist für die Anordnung des Sofortvollzugs aber ein besonderes Vollzugsinteresse erforderlich. Die Vollziehung des Verwaltungsakts muss wegen öffentlicher oder überwiegender privater Interessen besonders dringlich sein und keinen Aufschub bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens dulden.

Eine baurechtliche Beseitigungsanordnung ist in aller Regel eine schwerwiegende Maßnahme, deren Vollzug dem Betroffenen hohe Kosten verursacht und nur mehr schwer rückgängig zu machende Zustände schafft. Ihr Gewicht wird durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung verstärkt, weil dadurch die Entscheidung in der Hauptsache im Kern vorweggenommen wird. Erforderlich ist deshalb ein besonderes Vollzugsinteresse, das im Falle der Baubeseitigung grundsätzlich nicht mit dem Interesse am Erlass des Bescheids identisch ist und regelmäßig im Hinblick auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 80 I und II VwGO nur ausnahmsweise vorliegen wird. Bei Beseitigungsanordnungen ist deshalb regelmäßig ein strenger Maßstab anzulegen.

Nachahmungsgefahr ausreichend?

Das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung kann sich aus der nicht nur abstrakt bestehenden negativen Vorbildwirkung baulicher Anlagen im grundsätzlich von Bebauung freizuhaltenden Außenbereich ergeben.

A trägt selbst vor, dass der Bereich, in dem sein Pachtgrundstück liegt, bereits kleingärtnerisch genutzt werde. Er ist somit als besonders anfällig für alsbaldige Nachahmung anzusehen, insbesondere im Hinblick auf leicht zu errichtende bauliche Anlagen, wie sie die Beseitigungsanordnung betrifft.

Hier Beseitigung nicht mit unzumutbaren Nachteilen verbunden

Demgegenüber hat das private Interesse des Antragstellers, vor einer rechtskräftigen Entscheidung keinen unabänderlichen Substanzverlust hinnehmen zu müssen, hier auch nicht annähernd gleiches Gewicht. In Anbetracht der Beschaffenheit der in Rede stehenden Anlagen ist davon auszugehen, dass sie ohne wesentlichen Substanzverlust und zu moderaten Kosten ab- und ggf. auch wieder aufgebaut werden könnten.

Ergebnis: Überwiegendes Vollzugsinteresse

Nach Ansicht des VGH überwiegt aufgrund der mangelnden Erfolgsaussichten des A in der Hauptsache und den zusätzlichen Argumenten der konkreten Nachahmungsgefahr sowie der nur geringen Nachteile der Vollziehung der Beseitigungsanordnung das Vollzugsinteresse der Öffentlichkeit das Suspensivinteresse des A. Dessen Eilantrag bleibt damit erfolglos.

D) Kommentar

(mg). Vergleicht man die beiden Entscheidungen desselben Senats des VGH München - und genau zu diesem Zweck wurden beide Entscheidungen in ein und derselben Ausgabe dieser Zeitschrift besprochen -, bleibt ein komisches Gefühl. Wo ist nun der wirkliche Unterschied zwischen einer abstrakten und einer konkreten Nachahmungsgefahr, die den Unterschied hinsichtlich des Sofortvollzugsinteresses ausmachen soll? Kann eine konkrete Nachahmungsgefahr, die ausreicht, um eine schwerwiegende Maßnahme wie eine Baubeseitigungsanordnung für sofort vollziehbar zu erklären, wirklich schon dann bejaht werden, wenn noch nicht alle Nachbargrundstücke bebaut sind und deshalb die doch noch nur einigermaßen abstrakte Möglichkeit einer nachahmenden Bebauung besteht?

Dies scheint nicht wirklich überzeugend zu sein, ist jedenfalls in der vorliegenden Entscheidung nicht überzeugend begründet.

Das deutlich bessere Unterscheidungskriterium zwischen beiden hier besprochenen Beseitigungsfällen scheint zu sein, dass die Bienenhäuser nur in Leichtbauweise errichtet wurden und deshalb eine Beseitigung wie auch ein Wiederaufbau einfach und ohne große Kosten möglich ist.

E) Wiederholungsfrage

▪ Wann liegt eine besondere Zweckbestimmung i.S.d. § 35 I Nr. 4 BauGB vor?

Entscheidend ist, dass das Vorhaben wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich ausgeführt werden "soll". Dies stellt einen Auffangtatbestand für solche Vorhaben dar, die nicht von einem anderen Privilegierungstatbestand erfasst werden, die aber nach den Grundsätzen städtebaulicher Ordnung, wenn überhaupt, sinnvoll nur im Außenbereich ausgeführt werden können, weil sie zur Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks auf einen Standort außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile angewiesen sind. So kann eine Wald- oder Almhütte schlecht im Innenbereich errichtet werden. Einschränkend wird allerdings gefordert, dass diese besondere Zweckbestimmung nicht im Individualinteresse des Bauwerbers, sondern im Allgemeininteresse getroffen wird.

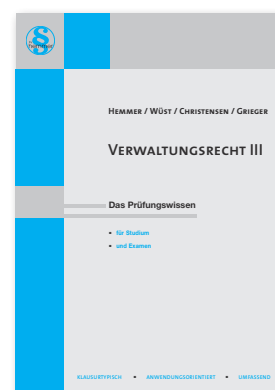
F) Zur Vertiefung

Zum Eilantrag nach § 80 V VwGO

- Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 126 ff.

Zur planungsrechtlichen Zulässigkeit nach § 35 BauGB

- Hemmer/Wüst, Baurecht Bayern, Rn. 170 ff.



VG Berlin, Beschluss vom 10.07.2019 – 34 L 245.19 = [jurisbyhemmer](#)

10 Anspruch der Familie eines IS-Kämpfers auf Rückführung aus Art. 2 II S. 1 GG

+++ Einstweilige Anordnung, § 123 VwGO +++ Vorwegnahme der Hauptsache +++ Recht auf Leben sowie Recht auf körperliche Unversehrtheit, Art. 2 II S. 1 GG +++ Staatliche Schutzpflichten +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): F ist deutsche Staatsangehörige. Aus ihrer Ehe mit M, ebenfalls einem Deutschen, gingen die 2011 und 2012 in Deutschland geborenen Kinder A und B sowie der 2017 in Syrien geborene C hervor. Auch die Kinder sind deutsche Staatsangehörige.

M und F reisten 2014 mit den Kindern A und B in das Gebiet des sog. Islamischen Staates (IS) aus. Während M mittlerweile mutmaßlich in einem unbekannten Internierungslager inhaftiert ist, halten sich F und die drei Kinder seit Januar 2019 in dem durch kurdische Sicherheitskräfte kontrollierten Flüchtlingslager Al-Hol im Bezirk Al-Hasake in Syrien in einem separierten Bereich für Ausländer auf.

Obwohl das Flüchtlingslager nur für 20.000 Menschen ausgelegt ist, leben dort aktuell mehr als 75.000 Menschen, die überwiegend aus der letzten IS-Hochburg Baghus flohen. Nach Angaben der Organisation „Ärzte ohne Grenzen“ leben diese dort unter „alarmierend schlechten Bedingungen“. Es fehlt an Wasser, Sanitäranlagen und medizinischer Versorgung. Viele Kinder sind mangelernährt und sterben an vermeidbaren Krankheiten. Zwischen dem 1. Januar 2019 und dem 9. April 2019 sind im Lager 225 Minderjährige gestorben. Auch nach Angaben der kurdischen Selbstverwaltung ist diese kaum dazu in der Lage, die Bewohnerinnen und Bewohner des Camps zu versorgen. Die Bedingungen seien – auch aufgrund des Ausbleibens von Hilfe vieler internationaler Hilfsorganisationen – katastrophal. Auch die Sicherheitslage ist aufgrund der Anwesenheit tausender Dschihadistinnen bedenklich.

F beantragt daher beim Auswärtigen Amt für sich und die drei Kinder konsularischen Schutz, namentlich ihr sowie den Kindern nach Identifizierung geeignete Rückreisedokumente auszustellen sowie im Anschluss hieran die unverzügliche Rückführung nach Deutschland herbeizuführen. Zur Begründung des Antrags führt F aus, dass sie und die Kinder sich in einer ständigen Bedrohungssituation befänden. Aus diesem Grund seien die Kinder einer ständigen erheblichen Gefahr für ihre psychische und physische Gesundheit und ihr Leben ausgesetzt. Zudem sei es dem Ministerium auch möglich, die Kinder sowie sie selbst zu identifizieren und nach Deutschland zurückzuführen. Aus diesem Grund hätten ihre Kinder einen Anspruch auf Rückführung. Hieraus könne auch sie einen Anspruch auf Rückführung ableiten. Dies ergebe sich zumindest aus den Ausführungen des Co-Vorsitzenden des Rates für humanitäre Aufgaben der „Selbstverwaltung von Nord- und Ostsyrien“, der Folgendes geäußert hatte: „Belgien wollte eine Frau aufnehmen, aber erklärt, man werde ihre Kinder nicht aufnehmen. Wir haben erklärt, dass wir Frauen und Kinder nicht trennen, sie müssen entweder alle nehmen oder wir werden eine andere Lösung finden.“ Aus dieser Aussage ergebe sich unzweideutig, dass eine Ausreise nur der Kinder ohne ihre Mutter nicht möglich sei, sodass daher auch sie einen Anspruch auf Rückführung habe.

Das Auswärtige Amt erklärte sich jedoch nur bereit, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die Kinder zurückzuführen. Den Antrag der F auf Rückführung nach Deutschland hingegen lehnte das Auswärtige Amt ab. Dies stütze es auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Deutschland, da F bewusst und freiwillig in das Gebiet des IS ausgereist und daher mutmaßlich gefährlich sei.

Hat der Antrag der F auf Eilrechtsschutz Aussicht auf Erfolg? – Die Angaben der F sind dabei als glaubhaft zu unterstellen.

A) Sounds

1. Die Kinder eines IS-Kämpfers haben einen Anspruch auf Rückführung aufgrund der staat-

lichen Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG, wenn sie sich in einem Flüchtlingslager aufhalten, in dem „alarmierend schlechte Bedingungen“ herrschen.

2. Der Umstand, dass die Ausreise der Kinder alleine unmöglich ist, steht dem Anspruch auf Rückführung nicht entgegen. Vielmehr hat in solchen Fällen auch die Mutter einen Anspruch auf Rückführung. Diesem steht eine – insbesondere nur mutmaßliche – Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht entgegen.

B) Problemaufriss

Das Verwaltungsgericht Berlin hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob Frau und Kinder eines deutschen IS-Kämpfers, allesamt deutsche Staatsangehörige, einen Anspruch auf Rückführung nach Deutschland haben. Aufgrund der schlechten Bedingungen in dem Flüchtlingslager, in dem sich die Antragsteller aufhalten, wurde hierfür ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt, nachdem das Auswärtige Amt einen Antrag auf konsularischen Schutz der Mutter zurückgewiesen hatte.

Der vorläufige Rechtsschutz ist eines der wichtigsten prozessualen Themen des Verwaltungsrechts und sollte daher sicher beherrscht werden. Insbesondere die Abgrenzung der einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO und der Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (gem. § 80 V VwGO) sollte keine Schwierigkeiten bereiten.

Der vorliegende Fall bietet die Gelegenheit, sich genauer mit den Voraussetzungen des § 123 I VwGO zu befassen. Im Rahmen der Begründetheit geht es vor allem um die Wirkung des Art. 2 II S. 1 GG als staatliche Schutzpflicht. Hier gilt es, die Sachverhaltsinformationen zu verwerten und eine sachgerechte Lösung im Einzelfall zu entwickeln.

C) Lösung

Anmerkung: Nutzen Sie das nachfolgende Schema zur kurzen Wiederholung der Voraussetzungen des einstweiligen Anordnung gem. § 123 I VwGO.

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz hat Aussicht auf Erfolg, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und soweit er begründet ist.

Schema: Einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO

I. Sachentscheidungs Voraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, §§ 123 II S. 1, 40 I VwGO
2. Statthafte Antragsart, § 123 I VwGO i.V.m. § 80 V VwGO
3. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog
4. Je nach Bundesland: Antragsgegner (§ 78 I VwGO analog) bzw. allg. Rechtsträgerprinzip
5. Allg. Sachentscheidungs Voraussetzungen
6. Rechtsschutzbedürfnis
 - a) Vorheriger Hauptsachrechtsbehelf erforderlich?
 - b) Vorheriger Antrag bei Behörde erforderlich?
 - c) Grundsätzliches Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache
 - d) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache (§§ 68, 74 VwGO)

II. Begründetheit

1. Je nach Bundesland: Antragsgegner (§ 78 VwGO analog) bzw. allg. Rechtsträgerprinzip
2. Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs: materiell-rechtliche Situation in der Hauptsache
3. Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes: Eilbedürftigkeit
4. Ermessen des Gerichts: Str., ob nur Auswahl-ermessen oder auch Entschließungsermessen

III. Ergebnis

I. Sachentscheidungs Voraussetzungen

Zunächst müssten die Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Mangels einschlägiger aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 I S. 1 VwGO. Dazu müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen, vgl. § 40 I S. 1 VwGO.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 I S. 1 VwGO liegt dann vor, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Streitentscheidende Norm ist hier Art. 2 II S. 1 GG.

Die aus der Norm abzuleitende staatliche Schutzpflicht verpflichtet einseitig einen Träger hoheitlicher Gewalt, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Dementsprechend handelt es sich bei Art. 2 II S. 1 GG um eine Norm öffentlich-rechtlicher Natur, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Zumindest F und ihre Kinder sind auch kein unmittelbar am Verfassungsleben beteiligtes Organ, sodass es an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit fehlt. Daher handelt es sich auch um eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

Eine einschlägige abdrängende Sonderzuweisung ist nicht gegeben. Somit ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I S. 1 VwGO eröffnet.

2. Statthafte Antragsart

Die statthafte Antragsart richtet sich nach dem Antragsbegehren, an welches das Gericht gem. § 88 VwGO i.V.m. § 122 I VwGO gebunden ist.

Die VwGO bietet zwei Formen des einstweiligen Rechtsschutzes, nämlich den Erlass einstweiliger Anordnungen gem. § 123 VwGO einerseits und den Antrag nach § 80 V VwGO bzw. § 80a III VwGO andererseits.

Das Verhältnis der Normen zueinander richtet sich nach der Abgrenzungsnorm des § 123 V VwGO. Demnach ist der einstweilige Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO grundsätzlich vorrangig.

Ein Antrag nach § 80 V S. 1 VwGO ist dann statthaft, wenn der Antragsteller die Anordnung oder die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung begehrt. Dies ist regelmäßig nur dann denkbar, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage vorliegt, vgl. § 80 I VwGO. Ansonsten ist beim einstweiligen Rechtsschutz, mit Ausnahme des § 47 VI VwGO, ein Antrag nach § 123 I VwGO statthaft.

F begehrt vorliegend die Erteilung des verwehrten konsularischen Schutzes, vgl. §§ 88, 122 I VwGO.

Anmerkung: Insofern könnte man grundsätzlich an eine Anfechtungsklage denken (vgl. § 42 I Alt. 1 VwGO). Unabhängig davon, ob es sich bei dem Begehren der F um einen Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG handelt, ist die Anfechtungsklage mangels Rechtsschutzbedürfnisses jedoch nicht statthaft, da die Verpflichtungs- oder die allg. Leistungsklage umfassenderen Rechtsschutz gewähren und nur diese das Klagebegehren der F vollständig umfassen.

Da F vorliegend weder die Anordnung noch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage begehrt, scheidet ein An-

trag nach § 80 V VwGO bzw. § 80a III VwGO insofern aus.

F und ihre Kinder begehren vorliegend vielmehr die Identitätsfeststellung, die Ausstellung erforderlicher Reisedokumente sowie die Rückführung nach Deutschland. Hierbei handelt es sich um Verpflichtungsbegehren, so dass ein Antrag nach § 123 I S. 2 VwGO statthaft ist.

hemmer-Methode: Ob in der Hauptsache eine Verpflichtungsklage (§ 42 I Alt. 2 VwGO) oder eine allg. Leistungsklage (vgl. §§ 43 II, 111, 113 IV VwGO) statthaft wäre, muss vorliegend nicht zwingend entschieden werden.

3. Antragsbefugnis

F müsste die Möglichkeit eines Anspruchs auf Regelung eines vorläufigen Zustands (Anordnungsanspruch) sowie der Dringlichkeit der Maßnahme (Anordnungsgrund) geltend machen können, vgl. § 42 II VwGO analog. Die analoge Anwendung ist im vorläufigen Rechtsschutz geboten, da der einstweilige Rechtsschutz nicht weiter gehen kann als der Rechtsschutz in der Hauptsache.

Anmerkung: Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund voraus. Der Anordnungsanspruch ist der materiellrechtliche Anspruch. Der Anordnungsgrund ist in § 123 I VwGO geregelt und liegt in der besonderen Eilbedürftigkeit der Entscheidung.

F könnte einen Anspruch auf konsularischen Schutz in Form der Rückführung für sich und die Kinder haben. Dieser könnte sich zumindest möglicherweise aus ihrem subjektiven Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II S. 1 GG ergeben, vgl. § 42 II VwGO analog. Somit liegt möglicherweise ein Anordnungsanspruch vor.

Die Möglichkeit der Eilbedürftigkeit (Anordnungsgrund) ergibt sich vorliegend daraus, dass F und ihre Kinder in dem Flüchtlingslager unter „alarmierend schlechten Bedingungen“ leben und zwischen Januar 2019 und 9. April 2019 bereits 225 Minderjährige verstorben sind. Ohne eine alsbaldige Entscheidung des Gerichts könnte die Rettung der F und ihrer Kinder zu spät kommen, sodass auch ein Anordnungsgrund vorliegen kann.

F und ihre Kinder sind somit antragsbefugt, vgl. § 42 II VwGO analog.

4. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

F ist als natürliche Person nach Art. 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligungsfähig und nach Art. 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig.

Die Bundesrepublik Deutschland ist nach Art. 61 I Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und muss nach § 62 III VwGO durch seinen gesetzlichen Vertreter, vorliegend durch das Auswärtige Amt, vertreten werden.

5. Form

Von einem ordnungsgemäßen Antrag analog §§ 81, 82 VwGO ist auszugehen.

6. Rechtsschutzbedürfnis

Fraglich ist das Rechtsschutzbedürfnis der F sowie ihrer Kinder. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt erstens, wenn der Antragsteller sein Ziel auf anderem Wege schneller und leichter durchsetzen kann (vgl. a)). Zweitens erlaubt § 123 I VwGO dem Gericht nur, „einstweilige“ Anordnungen zu erlassen. Bereits aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache grundsätzlich ausscheidet (vgl. b)). Schließlich darf eine Klage in der Hauptsache nicht offensichtlich unzulässig sein (vgl. c)).

a) Vorheriger Antrag bei der Behörde

Das Rechtsschutzbedürfnis würde grundsätzlich fehlen, wenn F einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stellen würde, ohne die Behörde zuvor mit der Angelegenheit befasst zu haben.

Anmerkung: Von einem vorherigen Antrag kann abgesehen werden, wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Behörde dem Anliegen des Antragstellers entsprechen wird und während des deshalb voraussichtlich erfolglosen Verwaltungsverfahrens bereits eine Rechtsbeeinträchtigung zu befürchten ist, vgl. Art. 19 IV GG.¹

Vorliegend hatte F für sich und ihre Kinder einen vorherigen Antrag auf konsularischen Schutz beim Auswärtigen Amt gestellt, sodass ein vorheriger Antrag bei der Behörde gegeben ist.

b) Grundsätzliches Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache

Die Hauptsache dürfte durch die Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich nicht vorweggenommen werden. Dem Wesen und dem Zweck des Verfahrens nach § 123 I VwGO entsprechend kann das Gericht mit einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und einem Antragsteller nicht schon in vollem Umfang das gewähren, was das Klageziel eines Hauptsacheverfahrens ist.

Eine Vorwegnahme der Hauptsache würde dann vorliegen, wenn mit der einstweiligen Anordnung etwas zugesprochen werden würde, was als Vorgriff auf den in der Hauptsache geltend gemachten Anspruch anzusehen ist.

Eine solche Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung kommt – mit Rücksicht auf die verfassungsrechtliche Garantie des effektiven Rechtsschutzes – vielmehr nur in Ausnahmefällen und zwar nur dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Rechtsschutzsuchenden schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre (sog. Leistungsanordnung).

Anmerkung: Abzugrenzen von der nur ausnahmsweise möglichen Leistungsanordnung sind die sog. Sicherungsanordnung (vgl. Wortlaut von § 123 I S. 1 VwGO) sowie die sog. Regelungsanordnung (vgl. Wortlaut von § 123 I S. 2 VwGO). Während die Sicherungsanordnung der Bewahrung des Status quo dient, kommt eine Regelungsanordnung dann in Betracht, wenn der Betroffene nur durch vorläufige Regelung wesentliche Nachteile für sich bis zur Hauptsachenentscheidung verhindern kann.

Da F und vor allem ihren Kindern schwere, unzumutbare und nicht anders abwendbare Nachteile drohen, haben sie mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Anspruch aus der aus Art. 2 II S. 1 GG folgenden Schutzpflicht, und zwar darauf, dass das Auswärtige Amt tätig wird.

c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit der Hauptsache (§§ 68, 74 VwGO)

Die Klage in der Hauptsache wäre auch nicht offensichtlich unzulässig, insbesondere nicht verfrist, sodass den Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses genüge getan ist.

¹ BeckOK, § 123 VwGO, Rn. 38.

Anmerkung: Das Gericht wird im Einzelfall keine allzu hohen Anforderungen an das Rechtsschutzbedürfnis stellen. Hintergrund ist das Gebot der Gewährleistung effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG.

Zwischenergebnis: Es liegen alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vor.

hemmer-Methode: Beachten Sie, dass auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mehrere Anträge miteinander verbunden werden können, vgl. § 44 VwGO analog.

II. Begründetheit

Der Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 I VwGO ist begründet, wenn er sich gegen den richtigen Antragsgegner richtet, und soweit die Antragsteller einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund glaubhaft machen können, vgl. § 123 III VwGO i.V.m. §§ 920 II, 294 ZPO.

hemmer-Methode: Dieser Obersatz muss sitzen! Sie geben damit den Prüfungsmaßstab vor. Achten Sie auch im Rahmen der Begründetheit auf einen sauberen Aufbau.

Da die einstweilige Anordnung vorliegend die Hauptsache vorwegnehmen würde, müssen F und ihre Kinder glaubhaft machen, dass der Erfolg in der Hauptsache überwiegend wahrscheinlich ist, die Sache also bei Anlegung eines strengen Maßstabes an die Erfolgsaussichten erkennbar Erfolg haben wird (Ebene des Anordnungsanspruchs), und dass das Abwarten in der Hauptsache für sie schwere, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hätte, sprich für sie unzumutbar ist (Ebene des Anordnungsgrundes).

Anmerkung: Wenn – wie hier – eine Vorwegnahme der Hauptsache vorliegt, sind hinsichtlich des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes somit strengere Maßstäbe anzulegen.

1. Antragsgegner

Der richtige Antragsgegner bestimmt sich nach dem Klagegegner der Hauptsache, vgl. § 78 I Nr. 1 VwGO analog.

Anmerkung Die Frage des Antrags- bzw. Klagegegners wird in den Bundesländern uneinheitlich behandelt. Teilweise wird dieser Prüfungspunkt bereits im Rahmen der Sachentscheidungsvoraussetzungen behandelt. Folgen Sie hier dem Aufbau, der in Ihrem Bundesland favorisiert wird.

Vorliegend handelte das Auswärtige Amt, sodass nach dem in § 78 I Nr. 1 VwGO analog verankerten Rechtsträgerprinzip die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Auswärtige Amt, richtiger Antragsgegner ist.

hemmer-Methode: Zumindest für die Identitätsfeststellung und die Rückführung als Realakte dürfte eine allg. Leistungsklage statthaft sein. Hier ist strittig, ob auch bei der allg. Leistungsklage eine analoge Anwendung des § 78 I VwGO nötig ist. Teilweise wird dies mit einem Verweis auf die vergleichbare Interessenlage zur Verpflichtungsklage bejaht. Dagegen lässt sich anführen, dass § 78 I VwGO im Abschnitt der Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen steht und mithin nach systematischen Erwägungen nicht auf Feststellungs- und allg. Leistungsklagen anwendbar ist. Folgen Sie hier der Ansicht, die in Ihrem Bundesland üblich ist.

2. Anordnungsanspruch

F und ihre Kinder müssten einen Anordnungsanspruch geltend machen können. F müsste somit geltend machen, dass sie und ihre Kinder einen Anspruch auf die aus Art. 2 II S. 1 GG folgende staatliche Schutzpflicht haben.

Grundsätzlich können sich verfassungsrechtliche Schutzpflichten aus dem objektiven Gehalt der Grundrechte ergeben, vgl. Art. 2 II S. 1 GG. Diese verpflichten den Staat, sich dort schützend und fördernd vor die betroffenen Rechtsgüter des Einzelnen zu stellen, wo dieser nicht selbst für seine Integrität sorgen kann. Staatliche Schutzpflichten hat das Bundesverfassungsgericht auch dann erwogen, wenn Rechtspositionen deutscher Staatsbürger im Ausland beeinträchtigt werden und der Grundrechtsinhaber schutzbedürftig ist. Voraussetzung eines individuellen grundrechtlichen Anspruchs ist jedoch, dass sich aus dem Grundgesetz eine Handlungspflicht ableiten lässt. Den Grundrechten lassen sich nämlich regelmäßig keine konkreten Anforderungen an die Art und das Maß des gebotenen Schutzes entnehmen.

Bei der Erfüllung der Schutzpflicht aus Art. 2 II S. 1 GG kommt dem Gesetzgeber wie der vollziehenden Gewalt ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.

Die Entscheidung, welche Maßnahmen geboten sind, kann nur begrenzt gerichtlich nachgeprüft werden. Eine Verletzung der Schutzpflicht kann daher nur festgestellt werden, wenn die öffentliche Gewalt überhaupt keine Schutzvorkehrungen getroffen hat, oder die ergriffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen.

Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen vorliegen, insbesondere das soeben dargestellte Ermessen der Behörde auf Null reduziert ist und F und ihre Kinder somit einen unmittelbar aus Art. 2 II S. 1 GG folgenden Anspruch auf Tätigwerden aufgrund der staatlichen Schutzpflicht haben.

Anmerkung: Staatliche Schutzpflichten wurden in erster Linie vom BVerfG entwickelt, weil Situationen denkbar sind, in denen Gefährdungen für grundrechtlich geschützte Rechtsgüter nicht auf staatliches Handeln zurückzuführen sind, sondern auf das Verhalten Dritter.

Es besteht heute weitgehend Einigkeit dahingehend, dass der Staat demzufolge in bestimmten Bedrohungskonstellationen nicht untätig bleiben darf, sondern positiv zu einem bestimmten Handeln zum Schutz der Grundrechte verpflichtet ist.

Für einen Anspruch auf staatliches Tätigwerden aus Art. 2 II S. 1 GG sprechen zunächst die Zustände im Flüchtlingslager Al-Hol. Das von kurdischen Sicherheitskräften kontrollierte Flüchtlingslager ist für etwa 20.000 Menschen ausgelegt. Aktuell leben dort jedoch, wie dargelegt, mehr als 75.000 Menschen, die überwiegend aus der letzten IS-Hochburg Baghus flohen. Nach Angaben der Organisation „Ärzte ohne Grenzen“ leben diese dort unter „alarmierend schlechten Bedingungen“. So fehlt es vor allem auch an Wasser, Sanitäranlagen und medizinischer Versorgung.

Zudem sind viele Kinder mangelernährt und sterben an vermeidbaren Krankheiten. Dies führte dazu, dass zwischen dem 1. Januar 2019 und dem 9. April 2019 in dem Lager 225 Minderjährige gestorben sind.

Nach Angaben der kurdischen Selbstverwaltung ist diese kaum dazu in der Lage, die Bewohnerinnen und Bewohner des Camps zu versorgen. Die Bedingungen seien – auch aufgrund des Ausbleibens von Hilfe vieler internationaler Hilfsorganisationen – katastrophal. Auch die Sicherheitslage ist aufgrund der Anwesenheit tausender Dschihadistinnen bedenklich. Daher befinden sich F und ihre Kinder in einer ständigen Bedrohungslage.

Aus den dargestellten Umständen ergibt sich zudem, dass die heute 8, 7 und knapp 2 Jahre alten Kinder der F im Lager Al-Hol einer erheblichen Gefahr für ihre psychische und physische Gesund-

heit und ihr Leben ausgesetzt sind, vgl. Art. 2 II S. 1 GG.

Aufgrund der vorliegend festgestellten Möglichkeit, F und ihre Kinder zu identifizieren und deren Ausreise herbeizuführen, scheitert die Rückführung auch nicht aus tatsächlichen Gründen.

Problematisch könnte insofern jedoch sein, dass dem Auswärtigen Amt grundsätzlich ein weites Ermessen zusteht. Dieses müsste sich auf die Herbeiführung der Rückkehr der F und ihrer Kinder verdichten haben, was insbesondere bezüglich der Mutter F zweifelhaft sein könnte. Deshalb erscheint es sachgerecht, vorliegend zwischen einer möglichen Schutzpflicht des Staates gegenüber den Kindern einerseits sowie gegenüber der Mutter andererseits zu unterscheiden.

Anmerkung: An dieser Stelle ist es aufbautechnisch sinnvoll, zunächst den Anspruch der Kinder zu prüfen, da sich nachfolgend herauskristallisiert, dass sich der Anspruch der Mutter auf Rückführung aus dem Anspruch der Kinder ergeben wird.

Fraglich ist, ob das Ermessen der Behörde vorliegend auf Null reduziert ist. Nur dann kommt ein gebundener Anspruch der Kinder auf Rückführung in Betracht. Dem Auswärtigen Amt ist – weder mit Hilfe örtlicher Organisationen noch durch eigenes Tätigwerden – eine angemessene, mit Art. 2 II S. 1 GG zu vereinbarende Versorgung der Kinder im Flüchtlingslager Al-Hol möglich. Daher wäre der Verbleib der Kinder im Flüchtlingslager Al-Hol ungeeignet, die staatliche Schutzpflicht zu erfüllen. Auch andere, weniger einschneidende Maßnahmen sind ersichtlich ungeeignet.

Fraglich ist, wie sich der Umstand auswirkt, dass die Kinder A, B und C nicht ohne ihre Mutter F nach Deutschland überführt werden können. Dies ergibt sich bereits unzweideutig aus der Aussage des Co-Vorsitzenden des Rates für humanitäre Aufgaben der „Selbstverwaltung von Nord- und Ostsyrien“, der sich wie folgt äußerte: „Belgien wollte eine Frau aufnehmen, aber erklärt, man werde ihre Kinder nicht aufnehmen. Wir haben erklärt, dass wir Frauen und Kinder nicht trennen, sie müssen entweder alle nehmen oder wir werden eine andere Lösung finden“. Hieraus folgt, dass eine Ausreise nur der Kinder ohne die Mutter F in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich ist. Insofern könnte man erwägen, dass die Rückführung der Kinder auch zur Rückführung der Mutter führen muss.

Diese könnte jedoch laut den Ausführungen des Auswärtigen Amtes eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Deutschland mit sich bringen, da sie freiwillig in das Gebiet des IS gereist und daher mutmaßlich gefährlich sei.

hemmer-Methode: Der Begriff der öffentlichen Sicherheit umfasst die Unversehrtheit von Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit und Vermögen sowie der Rechtsordnung als auch der grundlegenden Einrichtungen des Staates.

Unter öffentlicher Ordnung versteht man die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln für das Verhalten des Einzelnen in der Öffentlichkeit, deren Beachtung nach den jeweils herrschenden Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten staatsbürgerlichen Gemeinschaftslebens betrachtet wird.²

Zwar ist F den Ausführungen des Auswärtigen Amtes, dass sie freiwillig und bewusst in das Gebiet des IS ausgereist sei, nicht entgegengetreten. Allerdings ist nicht bekannt, welche Rolle sie beim Islamischen Staat (IS) einnahm bzw. ob und gegebenenfalls für welche Straftaten F verantwortlich sein könnte. Eine – wie hier – nur gemutmaßte potentielle Gefährdung der Sicherheit und Ordnung überwiegt daher keinesfalls gegenüber den Belangen der Kinder A, B und C. Zudem käme gegebenenfalls eine strafrechtliche Verfolgung etwaiger Straftaten der F auch in Deutschland in Betracht (vgl. §§ 129a, 129b StGB).

Der Umstand, dass F mit den Kindern überführt werden müsste, steht dem Anspruch der Kinder A, B und C auf staatliches Tätigwerden somit nicht entgegen. Aufgrund der enormen Gefährdung der physischen und psychischen Gesundheit und ihres Lebens (vgl. Art. 2 II S. 1 GG) ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert. Da die Überführung der Kinder A, B und C ohne ihre Mutter F nicht möglich ist, hat auch F einen Anspruch auf Überführung nach Deutschland. Ein Anordnungsanspruch liegt folglich bei allen Antragstellern vor.

3. Anordnungsgrund

Zudem müsste ein Anordnungsgrund in Form der besonderen Eilbedürftigkeit glaubhaft gemacht werden, vgl. § 123 I S. 2 VwGO. Dies ist der Fall, wenn den Antragstellern ein Abwarten der Entscheidung in der Hauptsache unzumutbar wäre.³ Vorliegend sind zwischen dem 1. Januar 2019 und dem 9. April 2019 bereits 225 Minderjährige in dem Flüchtlingslager gestorben. Dies beruht auf den „alarmierend schlechten Bedingungen“, unter denen F und ihre Kinder dort leben. Aufgrund der damit einhergehenden großen Gefahren für die psychische und physische Gesundheit sowie das Leben (vgl. Art. 2 II S. 1 GG), die ein Abwarten bis

zur Entscheidung in der Hauptsache mit sich bringen würde, liegt auch ein Anordnungsgrund vor.

4. Ermessensentscheidung des Gerichts

Gemäß § 123 I S. 1 VwGO „kann“ das Gericht eine einstweilige Anordnung treffen. Nach herrschender Ansicht ist das Ermessen des Gerichts hierbei auf das „Wie“ der Entscheidung begrenzt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass beim Vorliegen des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes kein Raum für eine gesonderte Interessenabwägung bleibt und das Gericht daher bei deren Vorliegen eine Entscheidung treffen muss.⁴

Hierbei ist zu beachten, dass ein Ermessen der Behörde in der Regel zur Folge hat, dass das Gericht nur in Ausnahmefällen, in denen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) keine andere Wahl lässt, die Behörde zu einem bestimmten Verhalten verpflichten kann. Anderenfalls kann es die Behörde nur zu einem Verhalten nach eigener sachgemäßer Beurteilung und Entscheidung und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (§ 113 V S. 2 VwGO analog) verpflichten.⁵

Vorliegend war das Ermessen der Behörde auf Null reduziert, da ein Abwarten bis zur Hauptsacheentscheidung den Anspruch der Antragsteller gefährden würde. Das Gericht kann daher die Behörde zum Tätigwerden verpflichten, vgl. § 113 V S. 1 VwGO analog.

Anmerkung: Unter den genannten Voraussetzungen kann somit das Gericht selbst den konkreten Anordnungsinhalt festsetzen, vgl. § 123 III VwGO i.V.m. § 938 ZPO.

Zwischenergebnis: Der Antrag auf einstweilige Anordnung (gem. § 123 I VwGO) ist mithin vollumfänglich begründet.

III. Ergebnis

Der Antrag der F und ihrer Kinder ist zulässig und begründet. Daher wird das Gericht eine einstweilige Anordnung dahingehend treffen, dass die Behörde verpflichtet ist, erstens eine Identitätsfeststellung der Antragsteller in die Wege zu leiten, zweitens die erforderlichen Reisedokumente auszustellen sowie drittens die Verbringung nach Deutschland herbeizuführen.

² Vgl. Hemmer/Wüst/Daxhammer/Grieger, Polizeirecht Bayern, Rn. 111 ff.

³ Vgl. Kopp/ Schenke, § 123 VwGO, Rn. 26.

⁴ Vgl. Kopp/ Schenke, § 123 VwGO, Rn. 23.

⁵ Kopp/ Schenke, § 123 VwGO, Rn. 28.

D) Kommentar

(bb). Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin ist anhand der dem Gericht zugänglichen Informationen stringent begründet und vermag zu überzeugen. Indem das Gericht darauf abstellen konnte, dass eine Ausreise allein der Kinder tatsächlich nicht in Betracht kam, musste das Gericht sich nicht näher damit befassen, ob auch die Mutter sich originär auf die staatliche Schutzpflicht des Staates berufen kann.

Spannend wird sein, wie das Verwaltungsgericht Berlin bezüglich entsprechender Anträge seitens der IS-Kämpfer entscheiden wird. Insoweit dürfte die Frage der Zumutbarkeit einer Rückführung eine deutlich komplexere Prüfung zur Folge haben. Es dürfte zu klären sein, ob der drohende Eingriff in Art. 2 II S. 2 GG abstrakt geringer ausfällt, wenn jemand sich bewusst in Krisengebiete begeben hat, um sich einem Terrorregime wie dem IS anzuschließen. Außerdem könnten die Belange der Allgemeinheit überwiegen, wenn die Gefährlichkeit eines IS-Kämpfers für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Deutschland festgestellt würde.

Abzuwarten bleibt, ob in der Zwischenzeit eine politische Lösung gefunden wird. Diese könnte etwa darin bestehen, dass die Situation in Flüchtlingslagern deutlich verbessert wird. Unter den Staaten wird zudem diskutiert, wer für welche Terroristen Verantwortung zu tragen hat. Etwa CDU-Innenpolitiker Armin Schuster gibt zu bedenken: „Wir können nicht von anderen Ländern erwarten, dass sie Gefährder aufnehmen, die wir abschieben wollen, und uns gleichzeitig weigern, deutsche IS-Terroristen aus Syrien zurückzunehmen.“

E) Wiederholungsfragen

■ Ist die Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz möglich?

Die Hauptsache darf grundsätzlich im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht vorweggenommen werden. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 123 I S. 1 VwGO, der sich auf „einstweilige“ Anordnungen bezieht.

Eine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung kommt jedoch – mit Rücksicht auf die Garantie des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) – dann in Betracht, wenn ein Obsiegen im Hauptsachverfahren mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Rechtsschutzsuchenden schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.

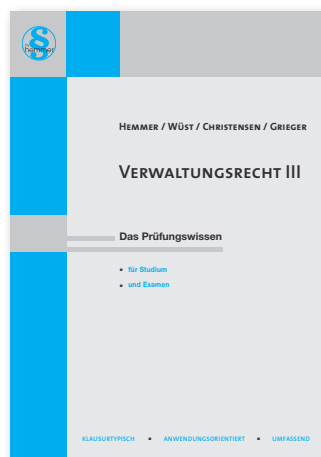
■ Woraus ergibt sich vorliegend der Anspruch der Mutter (F) auf Rückführung?

Der Anspruch der Mutter auf Rückführung nach Deutschland ergibt sich zumindest aus dem Anspruch ihrer Kinder A, B und C. Diese haben aufgrund der aus Art. 2 II S. 1 GG folgenden staatlichen Schutzpflicht einen Anspruch auf Rückführung. Da die Rückführung ohne ihre Mutter unmöglich wäre (vgl. die Aussagen des Co-Vorsitzenden des Rates für humanitäre Aufgaben der „Selbstverwaltung von Nord- und Ostsyrien“), ergibt sich hieraus der Anspruch der Mutter auf Rückführung, da anderenfalls der Schutz der Kinder vereitelt werden würde.

F) Zur Vertiefung

Zum vorläufigen Rechtsschutz

- Hemmer/Wüst, Verwaltungsrecht III, Rn. 73 ff.



Aus dem Inhalt:

- Erfolgsaussichten des Widerspruchs in der Klausur
- Regelungsgehalt des § 80 VwGO
- Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80a VwGO
- Einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO
- Vorläufiger Rechtsschutz im Normenkontrollverfahren, § 47 VI VwGO
- Vorbeugender Rechtsschutz
- Rechtsmittel
- Wiederaufnahme des Verfahrens

Von RA Michael Tyroller

Die Änderung der BAG-Rechtsprechung zum Verfall und zur Vererblichkeit des Urlaubsabgeltungsanspruches

Gemäß § 1 BUrlG hat jeder Arbeitnehmer (*im Folgenden: AN*) in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub. Urlaub ist insoweit zur Erholung bestimmte, bezahlte Freizeit. Aus diesem Grund entsteht der Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 BUrlG in jedem Urlaubsjahr neu, und zwar völlig unabhängig vom Umfang der Arbeitsleistung des AN. Selbst wenn der AN also in einem Kalenderjahr nahezu die gesamte Zeit über arbeitsunfähig krank gewesen ist, entsteht sein Urlaubsanspruch zumindest dem Grunde nach. Das Urlaubsjahr ist dabei gem. § 1 BUrlG mit dem Kalenderjahr (01.01. bis 31.12.) gleichzusetzen.

Wenn der AN seinen Urlaub nicht im laufenden Kalenderjahr nimmt, so ordnet § 7 III S. 1 BUrlG an, dass der Urlaub am Ende eines Kalenderjahres **ersatzlos verfällt**. Diesem insoweit eindeutigen Wortlaut des Gesetzes, dem das BAG jahrzehntelang in seiner Rechtsprechung gefolgt ist, hat der **EuGH mit Urteil vom 06.11.2018¹** einen Strich durch die Rechnung gemacht und entschieden, dass der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub nur dann am Ende des Kalenderjahres nach § 7 III S. 1 BUrlG verfällt, wenn der Arbeitgeber (*im Folgenden: AG*) den AN zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat. Diese Vorgaben hat das BAG mit zwei Urteilen vom 19.02.2019² umgesetzt. Diese wichtige Rechtsprechungsänderung hat weitreichende Konsequenzen, die unter **Punkt A)** in diesem Problembeitrag dargestellt werden.

Weiter gekennzeichnet wird der Urlaubsanspruch durch seine höchstpersönliche Natur: Der Urlaub soll eben der Erholung des jeweiligen AN dienen. Er ist daher weder abtretbar, noch verpfändbar, pfändbar und vererblich. **Nach bisheriger Rechtsprechung** stand aufgrund der Unvererblichkeit des Urlaubs den Erben auch kein Abgeltungsanspruch nach § 7 IV BUrlG zu, wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod des AN endete. Hier hat der **EuGH mit Urteil ebenfalls vom 06.11.2018³** entschieden, dass der Anspruch eines AN auf **bezahlten Jahresurlaub** nach dem Unionsrecht **nicht mit seinem Tod untergeht**. Diese Vorgabe des EuGH hat das BAG mit drei Urteilen vom 22.01.2019⁴ umgesetzt, welche in **Punkt B)** dieses Problembeitrags besprochen werden.

Die Änderung der Rechtsprechung zum Verfall ist von größter Examensrelevanz bereits für das Erste Staatsexamen und sollte daher nicht nur von Referendaren genau durchgearbeitet werden!⁵

A) Verfall des Anspruches auf den gesetzlichen Mindesturlaub, § 7 III S. 1 BUrlG

Nach §§ 1, 3 I, II BUrlG steht dem AN ein gesetzlicher Mindesturlaub von 24 Werktagen zu (§ 3 I BUrlG), wobei Samstage nach § 3 II BUrlG als Werktage zählen. Der gesetzliche Mindesturlaub wird also auf Grundlage einer Sechs-Tage-Woche berechnet.

Da bei einer Sechs-Tage-Woche 24 Werktage insgesamt vier Wochen Mindesturlaub ergeben, beträgt der Mindesturlaub bei einer Fünf-Tage-Woche 20 Arbeitstage.

Formel: 24 geteilt durch 6 x Anzahl der Wochenarbeitstage.

Das BUrlG selbst enthält unmittelbar nur die Voraussetzungen für den Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub i.S.v. §§ 1, 3 BUrlG. Nur dieser ist zwingend und kann weder im Tarifvertrag (§ 13 I S. 1 BUrlG) noch im Arbeitsvertrag (§ 13 I S. 3 BUrlG) abbedungen werden.

Natürlich kann aber im Tarif- oder Arbeitsvertrag ein über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgehender zusätzlicher Urlaubsanspruch vereinbart werden.

¹ EuGH, NZA-RR 2019, 12 ff. = [jurisbyhemmer](#).

² BAG, NZA 2019, 977 ff. = [jurisbyhemmer](#) sowie BAG NZA 2019, 982 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³ EuGH, NZA 2018, 1467 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁴ BAG, NZA 21019, 829 ff. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2019, 832 ff. = [jurisbyhemmer](#) und BAG, NZA 2019, 835 ff. = [jurisbyhemmer](#).

⁵ Vgl. dazu auch Rudowski, NJW 2019, 476 ff.; Arnold/Zeh, NZA 2019, 1 ff.

hemmer-Methode: Hinsichtlich des vertraglich vereinbarten Zusatzurlaubs gelten die Vorschriften zum BUrlG entsprechend. Dies gilt aber nicht für § 13 I BUrlG, sodass diesbezüglich in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB sowie der §§ 307 ff. BGB die Vertragsfreiheit gilt.

Die in diesem Aufsatz dargestellte **Änderung der Rechtsprechung**, die auf einer richtlinienkonformen Auslegung des BUrlG beruht, **ist daher nur für den gesetzlichen Mindesturlaub zwingend!** Sie gilt aber – solange vertraglich nichts anderes vereinbart wurde – auch für einen vertraglichen Zusatzurlaub.

Für die Vertragsgestaltung ist es daher wichtig, bei einem vom AG vertraglich gewährten Zusatzurlaub zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem vertraglichen Zusatzurlaub zu differenzieren. Hinsichtlich letzterem besteht Vertragsfreiheit.

I. Gesetzliche Regelung zum Verfall, § 7 III BUrlG

Eines der in der Praxis und der Klausur wichtigsten Probleme im Bereich des Urlaubsrechts dreht sich um die Frage, ob der im Rahmen eines Urlaubsjahrs entstandene Urlaubsanspruch zeitlich unbegrenzt besteht, oder ob er einer Befristung unterliegt.

1. Grundsatz: Verfall Ende des Jahres, § 7 III S. 1 BUrlG

Aus § 7 III S. 1 BUrlG ergibt sich, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr zu gewähren und zu nehmen ist. Wenn der AN den Urlaub nicht bis zum 31.12. genommen hat, „verfällt“ der Urlaub ersatzlos.

2. Ausnahme: Übertragung des Urlaubs gem. § 7 III S. 2, 3 BUrlG

Die Verfallsfrist zum 31.12. kommt nach § 7 III S. 2 BUrlG aber nicht zur Anwendung, wenn objektiv dringende betriebliche oder in der Person des AN liegende Gründe die Urlaubsgewährung im laufenden Kalenderjahr verhindern.

Für das Vorliegen solcher Gründe ist der AN beweispflichtig.

a) Ein **betrieblicher** Grund liegt vor, wenn durch eine Urlaubsgewährung im laufenden Kalenderjahr der ordnungsgemäße Betriebsablauf beeinträchtigt worden wäre (Bsp.: Inventur im letzten Quartal des Jahres erfordert die Anwesenheit des AN).

b) Ein **persönlicher** Grund i.S.v. § 7 III S. 2 BUrlG ist insbesondere dann gegeben, wenn der AN

während des gesamten Kalenderjahres arbeitsunfähig krank gewesen ist.⁶

Steht das Vorliegen geeigneter Übertragungsgründe fest, vollzieht sich die Übertragung kraft Gesetzes, ohne dass ein entsprechenden Antrag des AN erforderlich wäre.

Die Urlaubsübertragung hängt somit im Ergebnis allein vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 III S. 2 BUrlG ab.

Für den Fall der Übertragung auf das nächste Kalenderjahr ordnet § 7 III S. 3 BUrlG an, dass der Urlaubsanspruch **spätestens zum 31.03. des Folgejahres verfällt**.

3. Übertragung des Teilurlaubsanspruches gem. §§ 5 Ia, 7 III S. 4 BUrlG

Ein weiterer Übertragungsgrund ist in § 7 III S. 4 BUrlG für den Fall geregelt, dass der AN erst in der zweiten Jahreshälfte eingestellt wurde und daher in diesem Jahr wegen § 5 Ia BUrlG keinen vollen Urlaubsanspruch erworben hat.

Anmerkung: Zum Anspruch auf Teilurlaub nach § 5 BUrlG, dessen Darstellung den Rahmen dieses Beitrages unnötig aufblähen würde, lesen Sie **Hemmer/Wüst/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 536 ff.**

Anders als im Fall des § 7 III S. 3 BUrlG muss der AN die Übertragung des Teilurlaubs vom AG verlangen. Wurde der Urlaub antragsgemäß übertragen, so gilt die zeitliche Grenze des § 7 III S. 3 BUrlG nicht, d.h. der Urlaub wird ohne die zeitliche Beschränkung auf das gesamte Folgejahr übertragen.

Anmerkung: Eine weitere Ausnahme zum Verfall des gesetzlichen Mindesturlaubs nach § 7 III BUrlG regelt der Sonderfall des § 17 II BEEG.

Hat AN den ihm oder ihr zustehenden Urlaub vor dem Beginn der Elternzeit nicht oder nicht vollständig erhalten, hat der AG den Resturlaub nach der Elternzeit im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr zu gewähren.

II. Die bisherige Rechtsprechung anhand eines Beispielfalles

Um die Tragweite der vom EuGH eingeläuteten Rechtsprechungsänderung besser zu verstehen, wird im Folgenden zunächst die bisherige Rechtsprechung anhand eines Beispielfalles erklärt.

⁶ BAG, NZA 1988, 243 = [jurisbyhemmer](#).

Ausgangsfall: AN ist bei AG seit 2014 in 5-Tage-Woche beschäftigt. Der Arbeitsvertrag enthält keine Regelungen zum Urlaubsanspruch des AN. In den Jahren 2017 und 2018 gewährte AG dem AN keinen Urlaub. Die Erteilung von Urlaub hatte AN aber auch nicht beantragt. Im Juli 2019 macht AN seinen Urlaubsanspruch aus den Jahren 2017/2018 geltend. **Ist der Anspruch verfallen?**

Erste Abwandlung: Wie ist die Rechtslage, wenn AN seinen Anspruch auf Urlaubsgewährung aus 2017/2018 mehrfach angemahnt hat, sich AG aber stets geweigert hat, dem AN Urlaub zu gewähren?

Zweite Abwandlung: Wie ist die Rechtslage, wenn AN seit Ende 2016 krankgeschrieben und erst im Mai 2019 wieder arbeitsfähig war?

Lösung des Ausgangsfall: In einer 5-Tage-Woche beträgt der gesetzliche Mindesturlaub gem. § 3 I, II BUrlG 20 Arbeitstage (s.o.). Da der Arbeitsvertrag keine Regelungen zum Urlaub enthält, stünden dem AN gegen AG aus den Jahren 2017/2018 grds. 40 Tage Erholungsurlaub zu.

Aus § 7 III S. 1 BUrlG ergibt sich aber, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr zu gewähren oder zu nehmen ist. Auf das folgende Kalenderjahr kann er bis maximal 31.03. nur dann übertragen werden, wenn dringende betriebliche oder in der Person des AN liegende Gründe dies rechtfertigen, wofür der AN beweispflichtig ist, § 7 III S. 2, 3 BUrlG. Anderenfalls verfällt der Anspruch auf Urlaub ersatzlos.

Ergebnis: Der Anspruch des AN ist verfallen!

Lösung der ersten Abwandlung: Verweigert AG trotz eines entsprechenden Verlangens des AN (= Mahnung i.S.d. § 286 I BGB) bis zuletzt, den Urlaub zu gewähren, und verfällt der Anspruch während des bestehenden Schuldnerverzuges, so hat der AG die durch den Verfall eingetretene rechtliche Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung (§ 275 I BGB) jedenfalls wegen § 287 S. 2 BGB zu vertreten.

Daher tritt an die Stelle des Urlaubsanspruches ein inhaltsgleicher Anspruch des AN auf Schadensersatz statt der Leistung („des Urlaubs“) gem. §§ 275 IV, 280 I, III, 283 S. 1 BGB.

Solange das Arbeitsverhältnis noch besteht, ist dieser Schadensersatz in natura zu gewähren (§ 249 I BGB). Ist das Arbeitsverhältnis hingegen inzwischen beendet und damit die Naturalrestitution nach § 249 I BGB unmöglich, ist der „Ersatzurlaubsanspruch“ abzugelten, wobei sich nach Ansicht des BAG die Abgeltung nicht nach § 251 I BGB, sondern nach § 7 IV BUrlG als gesetzlich besonders geregeltem Fall des Leistungsstörungenrechts richten soll.⁷

⁷ BAG, NZA 2017, 1056 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Ergebnis: AN kann gem. §§ 280 I, III, 283 BGB statt der Gewährung von Urlaub Schadensersatz statt der Leistung verlangen, der gem. § 249 I BGB auf bezahlte Arbeitsfreistellung gerichtet ist.

Lösung der zweiten Abwandlung: Das Problem des Verfalls langzeiterkrankter AN hat der EuGH bereits am 20.01.2009 entschieden.

1. Ein ersatzloser Verfall des Urlaubs ist nach Ansicht des EuGH nur dann mit Art. 7 I der RL 2003/88/EG⁸ (im Folgenden: Arbeitszeitrichtlinie) vereinbar, sofern der betroffene AN seinen Urlaubsanspruch während eines anderen Zeitraums ausüben kann.⁹ Der Verlust des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gem. § 7 III BUrlG darf also bei einem ordnungsgemäß krankgeschriebenen AN nur unter der Voraussetzung vorgesehen werden, dass der betroffene AN tatsächlich die Möglichkeit gehabt hat, seinen Urlaubsanspruch auszuüben.

Dieser Auffassung ist das BAG gefolgt.¹⁰ Durch diese Rechtsprechung wird aber nicht generell der Anspruchsverlust durch Verfall für unzulässig erklärt. Ein Verfall tritt nur dann nicht ein, wenn der AN tatsächlich nicht die Möglichkeit hatte, den ihm zustehenden Urlaubsanspruch auszuüben. Wird der AN so rechtzeitig gesund, dass er in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen kann, erlischt der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch genauso wie der Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahrs neu entstanden ist.

2. Problematisch an dieser Rechtsprechung ist aber, dass dies zu einem unbegrenzten Anhäufen von Urlaubsansprüchen bei langzeiterkrankten AN führen könnte.

Daher hat der EuGH entschieden, dass eine Regelung, die eine unbegrenzte Ansammlung von Jahresurlaub dadurch einschränkt, dass sie einen Übertragungszeitraum von fünfzehn Monaten vorsieht,¹¹ nach dessen Ablauf der Anspruch erlischt, nicht gegen Unionsrecht verstößt. Andernfalls wäre nämlich ein AN, der während mehrerer Bezugszeiträume in Folge arbeitsunfähig ist, berechtigt, unbegrenzt alle während des Zeitraums seiner Abwesenheit von der Arbeit erworbenen Ansprüche anzusammeln.

⁸ Art. 7 der RL 2003/88/EG („Arbeitszeitrichtlinie“) lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten **Mindestjahresurlaub von vier Wochen** nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.

⁹ EuGH, NZA 2009, 135 ff. („Schultz-Hoff“) = [jurisbyhemmer](#).

¹⁰ BAG, NZA 2009, 538 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹¹ EuGH, NZA 2011, 1333 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen würde nicht mehr dem Zweck des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub entsprechen. Würde der Jahresurlaub zeitlich unbegrenzt übertragen, könnte er seinen Erholungszweck nicht mehr entfalten.

Nach Ansicht des BAG verfällt bei langzeiterkrankten AN der gesetzliche Urlaubsanspruch **15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres automatisch, auch ohne dass eine entsprechende Ausschlussfrist vereinbart worden ist.**¹²

§ 7 III S. 3 BUrlG sei europarechtskonform so auszulegen, dass der Urlaubsanspruch 15 Monate nach Ablauf des Urlaubsjahres verfalle, um ein zeitlich unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen arbeitsunfähiger AN zu verhindern.

a) Urlaub aus dem Jahr 2017

Für die Lösung der zweiten Abwandlung bedeutet dies, dass der Urlaub aus 2017 nicht mit Ablauf des 31.12.2017 verfallen ist, weil aufgrund der Krankheit als ein in der Person des AN liegender Grund der Urlaub kraft Gesetzes gem. § 7 III S. 2 BUrlG auf das Jahr 2018 übertragen wurde.

Dieser wäre zwar gem. § 7 III S. 3 BUrlG grds. mit Ablauf des 31.03.2018 (endgültig) verfallen. Dieser Verfall ist aber mit der Arbeitszeitrichtlinie unvereinbar, sodass § 7 III S. 3 BUrlG nicht angewendet werden darf.

Mit Ablauf des 31.12.2018 verfällt der Urlaub ebenfalls nicht, weil der Übertragungsgrund der Krankheit (§ 7 III S. 2 BUrlG) immer noch vorliegt. Um ein unbegrenztes Anhäufen von Urlaubsansprüchen zu vermeiden, verfällt der Urlaub aus 2017 aber mit Ablauf des 31.03.2019.

Merke: § 7 III S. 3 BUrlG bleibt daher bei Langzeiterkrankten nur einmal unangewendet!

b) Urlaub aus dem Jahr 2018

Der Urlaub aus 2018 ist wegen § 7 III S. 2 BUrlG nicht mit Ablauf des 31.12.2018 verfallen. Auch mit Ablauf des 31.03.2019 ist der Urlaub nicht verfallen, weil § 7 III S. 3 BUrlG wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts nicht angewendet wird.

Ergebnis: AN steht im Juli 2019 noch der Urlaubsanspruch aus 2018 sowie der Urlaub für das 2019 zu.

Zusammenfassung der zweiten Abwandlung:

- 31.12.2017** Kein Verfall nach § 7 III S. 1 BUrlG wegen § 7 III S. 2 BUrlG (persönliche Gründe)
- 31.03.2018** Verfall nach Wortlaut des § 7 III S. 3 BUrlG eigentlich (+), aber Nichtanwendung im Wege einer europarechtskonformen Auslegung
- 31.12.2018** Kein Verfall nach § 7 III S. 1 BUrlG wegen Fortdauer der Erkrankung, § 7 III S. 2 BUrlG
- 31.03.2019** Verfall des Urlaubs aus 2017, da jetzt § 7 III S. 3 BUrlG ohne weitere Einschränkung angewendet wird trotz noch immer anhaltender Arbeitsunfähigkeit!
Aber: kein Verfall des Urlaubs aus dem Jahr 2018 wegen europarechtskonformer Auslegung des § 7 III S. 3 BUrlG!

III. Zusammenfassung der bisherigen Rechtslage zum Verfall

Die bisherige Rechtslage kann daher wie folgt zusammengefasst werden:

1. Liegt kein Übertragungsgrund i.S.d. § 7 III S. 2, 3 bzw. § 7 III S. 4 BUrlG bzw. § 17 II BEEG vor, so erlischt der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub gem. § 7 III S. 1 BUrlG ersatzlos, wenn er nicht bis zum 31.12. gewährt und genommen wird.
2. Verfällt der Anspruch, obwohl die Gewährung von AN zuvor angemahnt wurde, tritt an die Stelle des Urlaubsanspruchs ein inhaltsgleicher Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 275 IV, 280 I, III, 283, 287 S. 2 BGB.
3. Der Urlaubsanspruch erlischt aufgrund unionsrechtskonformer Auslegung des § 7 III S. 3 BUrlG nicht, wenn der AN bis zum Ende des Urlaubsjahres und/oder des Übertragungszeitraums von drei Monaten erkrankt und deshalb arbeitsunfähig ist.
4. Damit Langzeiterkrankte nicht unbegrenzt Urlaubsansprüche anhäufen können, ist § 7 III S. 3 BUrlG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass gesetzliche Urlaubsansprüche nach Ablauf eines Zeitraums von fünfzehn Monaten nach dem Ende des Urlaubsjahres erlöschen, selbst wenn der AN aus gesundheitlichen Gründen an seiner Arbeitsleistung gehindert war.
5. Dieser Verfall tritt **automatisch** ein, ohne dass eine entsprechende tarifliche oder vertragliche Verfallklausel existieren muss.

¹² BAG, Life&Law 02/2013, 101 ff. = NZA 2012, 1216 ff. = jurisbyhemmer.

IV. Einleitung einer neuen „Epoche“ durch das Urteil des EuGH vom 06.11.2018¹³

Hinsichtlich des Verfalls bei langzeiterkrankten AN hat der EuGH die Rechtsprechung zum Verfall das erste Mal „torpediert“.

Mit dem Urteil vom 06.11.2018 versetzt der EuGH dem Verfall den „Todesstoß“, wenn der AG seine Mitwirkungsobliegenheit bei der Gewährung des Urlaubs verletzt hat.

Auf Vorlage des BAG¹⁴ hat der EuGH nämlich entschieden, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie (vgl. Fußnote 7), der wie § 3 BUrlG einen Mindesturlaub von 4 Wochen vorsieht, einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der AN, der im betreffenden Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat, am Ende des Bezugszeitraums die ihm zustehenden, aber noch nicht genommenen Urlaubstage automatisch verliert.

1. Eine nationale Regelung wie § 7 I und III BUrlG fällt zwar in den Bereich der Modalitäten für die Wahrnehmung des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub i.S.v. Art. 7 I der Arbeitszeitrichtlinie.

Diese Vorschriften des nationalen Rechts dürfen aber nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der AN seinen Urlaubsanspruch am Ende des Bezugszeitraums automatisch verliert, wenn er nicht in die Lage versetzt wurde, den Anspruch wahrzunehmen.

2. Der AG kann sich nach der vom EuGH vorgenommenen Auslegung auf den fehlenden Urlaubsantrag des AN deshalb nur berufen, wenn er zuvor **konkret und in völliger Transparenz** dafür Sorge getragen hat, dass der AN tatsächlich in der Lage war, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.

Hierzu muss der AG den AN erforderlichenfalls förmlich aufgefordert haben, dies zu tun, und ihm klar und rechtzeitig mitgeteilt haben, dass der Urlaub, wenn er ihn nicht nimmt, am Ende des Bezugszeitraums oder eines zulässigen Übertragungszeitraums verfallen wird. Der AG trage die Beweislast für die Erfüllung dieser Mitwirkungsobliegenheiten.

3. Erbringt der AG den ihm insoweit obliegenden Nachweis und zeigt sich daher, dass der AN seinen bezahlten Jahresurlaub aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht genommen hat, steht Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie dem Verlust des Urlaubsanspruchs und - bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses - dem Wegfall der finanziellen Vergütung für nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub nicht entgegen.

Anmerkung: Eine Verpflichtung des AG, den AN dazu zu zwingen, diesen Anspruch tatsächlich wahrzunehmen, besteht daher auch nach Ansicht des EuGH nicht.

V. Entscheidung des BAG vom 19.02.2019

Mit zwei Urteilen vom 19.02.2019¹⁵ hat das BAG die Vorgaben des EuGH umgesetzt und die jahrzehntelange Rechtsprechung zum Verfall geändert.

1. Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung

Die nationalen Gerichte sind gehalten, bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art. 288 III AEUV nachzukommen.

Art. 267 AEUV weist dem EuGH zur einheitlichen Auslegung und Anwendung des Unionsrechts die Aufgabe der verbindlichen Auslegung der Verträge und Richtlinien zu. Besteht nach nationalem Recht ein Auslegungsspielraum, ist das nationale Gericht verpflichtet, diesen zur Verwirklichung des Richtlinienziels bestmöglich auszuschöpfen.

Nach Ansicht des BAG lässt das BUrlG eine richtlinienkonforme Auslegung von § 7 BUrlG zu.

a) Initiativlast bei AG, § 7 I S. 1 BUrlG

Nach § 7 I S. 1 BUrlG trifft den AG die Initiativlast bei der Verwirklichung des Urlaubsanspruchs, da er die zeitliche Festlegung des Urlaubs grds. dem AG vorbehält.

Der AG hat danach bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs die Urlaubswünsche des AN zu berücksichtigen, es sei denn, dass ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer AN, die unter sozialen Gesichtspunkten Vorrang verdienen, entgegenstehen. Dadurch soll sichergestellt werden, dass neben dem Urlaubswunsch des AN die Interessen der Belegschaft und die betrieblichen Belange ausreichende Berücksichtigung finden.

Diese gesetzlichen Vorgaben zur „zeitlichen Festlegung des Urlaubs“ stehen einer Einbindung der unionsrechtlich gebotenen Mitwirkungsobliegenheiten in das ohnehin vom AG zu steuernde Verfahren der Urlaubsfestlegung nicht entgegen.

¹³ EuGH, NZA-RR 2019, 12 ff. = [jurisbyhemmer](#).

¹⁴ Beschluss vom 13.12.2016, Az.: 9 AZR 541/15.

¹⁵ BAG, NZA 2019, 977 ff. (9 AZR 423/16 = [jurisbyhemmer](#)) sowie BAG, NZA 2019, 982 ff. (9 AZR 541/15 = [jurisbyhemmer](#)).

Grundsätzlich führt erst die Erfüllung der daraus abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten des AG, den AN in die Lage zu versetzen, seinen Urlaub auch tatsächlich zu nehmen, zur Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 III S. 1 BUrlG. Das BUrlG regelt die Mitwirkungsobliegenheiten der Arbeitsvertragsparteien und die Folgen deren Nichtbeachtung nicht ausdrücklich. Dies gestattet es, § 7 I S. 1 BUrlG richtlinienkonform dahin gehend auszulegen, dass der AG bei der ihm durch das Bundesurlaubsgesetz zugewiesenen Festlegung des Urlaubs die vom Gerichtshof aus Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten zu beachten hat.

Der nicht erfüllte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub erlischt i.d.R. daher nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der AG den AN zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen, und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Bei einem richtlinienkonformen Verständnis des § 7 III BUrlG ist die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des AG damit grundsätzlich Voraussetzung für das Eingreifen des urlaubsrechtlichen Fristenregimes.

b) § 7 III BUrlG bezweckt die tatsächliche Inanspruchnahme des Urlaubs

Sinn und Zweck der Befristungsregelung des § 7 III BUrlG unterstützen die unionsrechtlich gebotenen Mitwirkungshandlungen.

Die Vorschrift dient in erster Linie dem Gesundheitsschutz. Die Befristung des Urlaubsanspruchs ist ein Mittel, um den AN dazu anzuhalten, den Urlaubsanspruch grundsätzlich im Urlaubsjahr geltend zu machen. Dadurch soll erreicht werden, dass jeder AN tatsächlich in einem einigermaßen regelmäßigen Rhythmus eine gewisse Zeit der Erholung und Entspannung erhält.

Die vom BUrlG bezweckte tatsächliche Inanspruchnahme der bezahlten Arbeitsbefreiung wird gefördert, wenn der AG den AN über den Umfang des noch bestehenden Urlaubs informiert, ihn auf die für die Urlaubsnahme maßgeblichen Fristen hinweist und ihn zudem auffordert, den Urlaub tatsächlich in Anspruch zu nehmen.

In diesem Fall wird ein verständiger AN seinen Urlaub typischerweise rechtzeitig vor dem Verfall beantragen.

Dem steht nicht entgegen, dass § 7 III BUrlG auch im Interesse des AG ein unbegrenztes Ansammeln von Urlaubsansprüchen durch den AN verhindern soll. Dieses Interesse ist nämlich nur dann schützenswert, wenn es im Einklang mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie steht, was aber voraussetzt, dass der AG seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist.

c) Richtlinienkonforme Auslegung ist mit § 7 III S. 2 bis S. 4 BUrlG vereinbar

Diese Auslegung von § 7 I S. 1, III S. 1 BUrlG steht im Einklang mit den Übertragungsvorschriften der § 7 III S. 2 bis S. 4 BUrlG.

aa) Nach § 7 III S. 2 BUrlG ist eine Übertragung des Urlaubs auf das nächste Kalenderjahr nur statthaft, wenn dringende betriebliche oder in der Person des AN liegende Gründe dies rechtfertigen.

Bei einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 I S. 1, III S. 1 BUrlG ist der Anwendungsbe- reich von § 7 III S. 2 BUrlG auf die Fälle be- schränkt, in denen der AG seinen Mitwirkungsob- liegenheiten i.S.v. § 7 I S. 1 BUrlG nachgekommen ist und infolgedessen der Urlaubsanspruch i.S.v. § 7 III S. 1 BUrlG tatsächlich befristet war.

Hat der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten hin- gegen nicht erfüllt, ist der Urlaubsanspruch für das jeweilige Urlaubsjahr unabhängig vom Vorliegen eines Übertragungsgrundes nicht verfallen, son- dern auf das nächste Kalenderjahr übergegangen.

bb) Entsprechendes gilt für die Übertragungsrege- lung des § 7 III S. 4 BUrlG, der zufolge ein nach § 5 Ia BUrlG entstehender Teilurlaub auf Verlan- gen des AN auf das nächste Kalenderjahr zu über- tragen ist.

Diese Bestimmung setzt ebenfalls eine (wirksame) Befristung des (Teil-)Urlaubsanspruchs voraus. Auch sie verlangt, dass der AG den AN grundsätz- lich durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenhei- ten in die Lage versetzt hat, seinen (Teil-)Urlaubsanspruch tatsächlich wahrzunehmen, damit der AN durch ein entsprechendes Verlangen den andernfalls verfallenden Teilurlaub auf das nächste Kalenderjahr übertragen kann.

d) Kein Vertrauensschutz für Vergangenheit

Der aus Art. 20 III GG hergeleitete Grundsatz des Vertrauensschutzes gebietet es nach Ansicht des BAG nicht, die Rechtsprechung des EuGH nur auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die vor Erlass des EuGH-Urteils begründet wurden.

Grds. wirken Entscheidungen nach Art. 267 AEUV **ex tunc**. Auch wenn hierdurch eine gefestigte Rechtsprechung geändert werden muss, besteht kein besonderes schutzwürdiges Vertrauen, so- lange diese Rechtsprechungsänderung auf einer europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts beruht.

Ergebnis: Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub erlischt aufgrund einer richtlinien- konformen Auslegung von § 7 I S. 1, III BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 III S. 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeit- raums (§ 7 III S. 3 und S. 4 BUrlG), wenn

- ⇒ der AG den AN zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen,
- ⇒ und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

2. Umfang der Mitwirkungsobliegenheiten des AG

Der Inhalt der in richtlinienkonformer Auslegung von § 7 III S. 1 BUrlG bestehenden Mitwirkungsobliegenheiten des AG ergibt sich aus ihrem Zweck, zu verhindern, dass der AN den Urlaubsanspruch nicht wahrnimmt, weil der AG ihn hierzu nicht in die Lage versetzt hat.

An die Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten des AG stellt das BAG folgende Anforderungen:

a) Beweislast beim AG

Ob der AG das Erforderliche getan hat, um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. Die Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten hat der AG darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, weil er hieraus eine für sich günstige Rechtsfolge ableitet.

b) AG darf AN nicht von Urlaub abhalten

Will der AG seinen Mitwirkungsobliegenheiten genügen, darf er den AN auch nicht in sonstiger Weise daran hindern, den Urlaub in Anspruch zu nehmen. Er darf zudem weder Anreize schaffen noch den AN dazu anhalten, seinen Urlaub nicht zu nehmen und dadurch - faktisch - auf ihn zu verzichten. Es ist der Eintritt einer Situation zu vermeiden, in der ein AN auf Veranlassung des AG davon abgehalten werden kann, seine Rechte gegenüber seinem AG geltend zu machen.

Lehnt der AG etwa einen Urlaubsantrag aus anderen als den in § 7 I S. 1 BUrlG genannten Gründen ab oder erzeugt er anderweitig eine Situation, die geeignet ist, den AN davon abzuhalten, seinen Urlaub zu beantragen, entfällt die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 III BUrlG.

Dem AG obliegt es in diesem Fall, seine Mitwirkungshandlungen erneut vorzunehmen.

c) Hinweis muss sich auf konkreten Urlaub beziehen und über Verfall belehren

Die Mittel müssen zweckentsprechend und geeignet sein, den AN in die Lage zu versetzen, in Kenntnis aller relevanten Umstände frei darüber zu entscheiden, ob er seinen Urlaub in Anspruch nimmt.

Hierzu müssen sich die Mitwirkungsobliegenheiten der AG auf einen „konkret“ bezeichneten Urlaubsanspruch eines bestimmten Jahres beziehen und den Anforderungen an eine „**völlige Transparenz**“ genügen.

Er kann seine Mitwirkungsobliegenheiten z.B. dadurch erfüllen, dass er dem AN zu Beginn des Kalenderjahres in Textform mitteilt, wie viele Arbeitstage Urlaub ihm im Kalenderjahr zustehen, ihn auffordert, seinen Jahresurlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahres genommen werden kann, und ihn über die Konsequenzen belehrt, die eintreten, wenn dieser den Urlaub nicht entsprechend der Aufforderung beantragt.

Die Anforderungen an eine „klare“ Unterrichtung sind regelmäßig durch den Hinweis erfüllt, dass der Urlaub grundsätzlich am Ende des Kalenderjahres verfällt, wenn der AN in der Lage war, seinen Urlaub im Kalenderjahr zu nehmen, er ihn aber nicht beantragt. Nimmt der AN in diesem Fall seinen bezahlten Jahresurlaub nicht in Anspruch, obwohl er hierzu in der Lage war, geschieht dies aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen.

d) Abstrakte Hinweise im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt etc. genügen nicht

Abstrakte Angaben etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung werden den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung hingegen in der Regel nicht genügen.

Andererseits verlangt der Zweck der vom AG zu beachtenden Mitwirkungsobliegenheiten grds. nicht die ständige Aktualisierung dieser Mitteilungen, etwa anlässlich jeder Änderung des Umfangs des Urlaubsanspruchs.

Zusammenfassung zu den Mitwirkungsobliegenheiten des AG

1. Der AG muss

⇒ **konkret** und

⇒ **in völliger Transparenz**

dafür sorgen, dass AN tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.

2. Der AG muss den AN

⇒ aus Gründen der Beweislast **förmlich** dazu **auffordern**, Urlaub zu nehmen,

⇒ und ihm **klar** und **rechtzeitig mitteilen**, dass der **Urlaub verfällt, wenn er ihn nicht nimmt**.

3. Rechtsfolge bei Erfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten

a) Hat der AG durch Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten den Urlaubsanspruch an das Urlaubsjahr gebunden und verlangt der AN den noch nicht, ihm Urlaub zu gewähren, so verfällt sein Anspruch nach Maßgabe von § 7 III S. 1 BUrlG mit Ablauf des Urlaubsjahres.

b) Liegen allerdings die Voraussetzungen einer Übertragung des Urlaubs nach § 7 III S. 2 BUrlG vor, wird der Urlaub „von selbst“ auf die ersten drei Monate des Folgejahres übertragen, § 7 III S. 3 BUrlG. Der Urlaubsanspruch kann in diesem Fall grds. nur dann mit Ablauf des Übertragungszeitraums untergehen, wenn der AG den AN auffordert, seinen Urlaub noch innerhalb des Übertragungszeitraums zu nehmen, und der AG den AN erneut belehrt und darauf hinweist, dass der Urlaubsanspruch anderenfalls erlischt.

c) Entsprechendes gilt im Falle einer Übertragung nach § 7 III S. 4 BUrlG.

4. Rechtsfolge bei Nichterfüllung der Mitwirkungsobliegenheiten

a) Hat der AG seinen Mitwirkungsobliegenheiten **nicht** entsprochen, tritt der am 31.12. des Urlaubsjahres nicht verfallene Urlaub zu dem Urlaubsanspruch hinzu, der am 01.01. des Folgejahres entsteht.

Dieser Teil des Urlaubsanspruchs ist gegenüber dem Teil, den der AN zu Beginn des aktuellen Urlaubsjahres erworben hat, nicht privilegiert. Für ihn gelten, wie für den neu entstandenen Urlaubsanspruch, die Regelungen des § 7 I S. 1, III S. 1 BUrlG.

b) Verletzt der AG im Folgejahr seine Obliegenheit zur Mitwirkung erneut, so kommt es zu einem weiteren und zwar unbegrenzten¹⁶ Kumulieren von Urlaubsansprüchen!

c) Der AG kann deshalb das **uneingeschränkte Kumulieren von Urlaubsansprüchen** aus mehreren Jahren **dadurch vermeiden**, dass er seine Mitwirkungsobliegenheiten für den Urlaub aus zurückliegenden Urlaubsjahren im aktuellen Urlaubsjahr nachholt.

Nimmt der AN in einem solchen Fall den kumulierten Urlaubsanspruch im laufenden Urlaubsjahr nicht wahr, obwohl es ihm möglich gewesen wäre, verfällt der Urlaub am Ende des Kalenderjahres bzw. eines (zulässigen) Übertragungszeitraums.

¹⁶ Ob der Urlaubsanspruch verjähren kann, ist umstritten. Gegen eine Verjährung Bayreuther, NZA 2019, 945 (947); vom BAG zuletzt ausdrücklich offengelassen in BAG, NZA 2019, 1046 ff. (Rn. 28) = [jurisbyhemmer](#).

VI. Auswirkung der BAG-Entscheidung auf die Schadensersatzrechtsprechung

In Folge dieser Rechtsprechung erscheint eines sicher:

Zu einem Anspruch auf Ersatzurlaub unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung gem. §§ 275 IV, 280 I, III, 283 S. 1 BGB kann es jetzt nicht mehr kommen.

Hat der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt, so verfällt der Anspruch des AN auf den Jahresurlaub nicht. Es tritt daher zum einen keine Unmöglichkeit ein, zum anderen erleidet der AN auch keinen Schaden.

Hat der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten hingegen erfüllt, so hat der AN aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen seinen Urlaub nicht genommen.

Der dann eintretende Verfall und die damit einhergehende Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung hat der AG dann aber nicht mehr zu vertreten, da ihm die Exkulpation gem. § 280 I S. 2 BGB gelingt.

Fazit: Mit der Rechtsprechungsänderung des BAG zum Verfall ist daher auch die Rechtsprechung zum „Ersatzurlaub“ als Schadensersatz statt der Leistung „gestorben“!¹⁷

Anmerkung: Ungeklärt ist bislang, wie sich die Rechtsprechung zur Hinweisobliegenheit auf die 15-monatige Verfallfrist bei den langzeiterkrankten AN verhält.

Ein Verfall von Urlaub kommt ja nur dann in Betracht kommt, wenn der AN bewusst darauf verzichtet hat, seinen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub wahrzunehmen, obwohl er dies während des Arbeitsverhältnisses hätte tun können.

Da im Falle einer Dauererkrankung der AN jedoch den Urlaub nicht nehmen und daher auch nicht – in aufklärter Weise – darauf verzichten kann, ist zumindest fraglich, ob diese Rechtsprechung nach wie vor Geltung beansprucht. Wenn § 7 III BUrlG erst eingreifen soll, wenn der AG seiner Hinweisobliegenheit nachgekommen ist, spricht einiges dafür, dies auch bei dauerhaft erkrankten AN anzunehmen, allein vor dem Hintergrund, dass der AG zum Zeitpunkt des – rechtzeitigen – Hinweises nicht weiß, oder der AN wieder arbeitsfähig wird und damit den Urlaub noch nehmen könnte.¹⁸ Damit dürfte der 15-monatige Verfall auch bei durchgehend arbeitsunfähigen AN erst dann in Betracht kommen, wenn der AG seiner Hinweisobliegenheit nachgekommen ist.

¹⁷ So auch Bayreuther, NZA 2019, 945 (947 f.).

¹⁸ So BeckOK, § 7 BUrlG, Rn. 19d.

B) Die Vererblichkeit des Anspruchs auf Abgeltung des Mindesturlaubs

Beim Anspruch auf Urlaub handelt es sich unstreitig um einen höchstpersönlichen Anspruch. Der Urlaub dient der Erholung des jeweiligen AN.

Der Urlaubsanspruch ist daher weder abtretbar, noch verpfändbar, pfändbar oder vererblich.

Die Unvererblichkeit des Urlaubs ist die logische Konsequenz dessen, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Tod des AN wegen seiner Höchstpersönlichkeit gem. § 613 BGB erlischt.¹⁹

hemmer-Methode: Wenn der Erbe des AN nicht gem. § 1922 BGB AN wird, so kann er natürlich auch nicht vom AG die Freistellung zum Zwecke der Erholung verlangen.

Um es vorwegzunehmen: Daran hat sich zum Glück nichts geändert!

Umstritten war aber schon immer die Frage, ob auch der vermögensrechtliche Bestandteil des Urlaubs, also der Urlaubsabgeltungsanspruch nach § 7 IV BUrlG, vererblich ist.

I. Anspruch auf Urlaubsabgeltung, § 7 IV BUrlG

Der Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach § 7 IV BUrlG ist ein auf Geld gerichteter Anspruch, der an die Stelle des an sich durch Freistellung von der Arbeitspflicht zu erfüllenden Urlaubsanspruchs tritt.

Da der gesetzliche Mindesturlaub nicht dispositiv ist (§ 13 S. 1 und S. 3 BUrlG), besteht ein derartiger Abgeltungsanspruch nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis beendet ist und der Urlaub deswegen nicht mehr in Natur genommen werden kann.

Sound: Für den Bereich des gesetzlichen Mindesturlaubs gilt daher ein vertragliches Abgeltungsverbot!

Um die Diskussion zur Vererblichkeit des Urlaubsanspruchs besser zu verstehen, muss man wissen, dass das BAG diesen Anspruch früher als Surrogat für den Urlaub betrachtet hat. Wenn der Urlaub aber nicht vererblich ist, dann muss dies auch für den Abgeltungsanspruch gelten.

Nach neuerer Rechtsprechung ist der Urlaubsabgeltungsanspruch aber **kein Surrogat** des Urlaubsanspruchs (mehr), sondern ein reiner Geldanspruch.

¹⁹ Vgl. Palandt, § 613, Rn. 2; Palandt, Vorb. v. § 620, Rn. 2.

Dieser unterscheidet sich nicht von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis (Aufgabe der bisherigen gefestigten Rechtsprechung).²⁰

In dieser Konsequenz müsste der Abgeltungsanspruch - wie jeder andere Zahlungsanspruch - vererblich sein.

Dies hat das BAG inzwischen auch eingesehen und entschieden, dass ein bereits zu Lebzeiten in der Person des AN entstandener Anspruch auf Urlaubsabgeltung vererblich ist.²¹

II. Kann der Urlaubsabgeltungsanspruch mit dem Tod des AN in der Person des Erben entstehen?

Was aber gilt, wenn der AN zu einer Zeit stirbt, zu welcher das Arbeitsverhältnis noch besteht?

In diesem Fall bestand zur Zeit des Todes der Abgeltungsanspruch noch nicht. Kann dieser Anspruch also durch den Tod des AN unmittelbar in der Person des Erben entstehen?

1. Bisherige Rechtsprechung des BAG

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BAG stand trotz Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung den Erben eines verstorbenen AN kein Anspruch auf Urlaubsabgeltung nach § 7 IV BUrlG zu, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des AN endete.²²

Dem lag die bereits dargestellte Annahme zugrunde, dass der Urlaubsanspruch nach § 1 BUrlG als höchstpersönlicher Anspruch des AN mit dessen Tod untergeht, § 613 S. 1 BGB.

Der Tod führte daher nicht nur zum Erlöschen des Freistellungsanspruchs des AN, sondern auch zum Untergang des Abgeltungsanspruchs, da der AN vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine Vermögensposition erworben hat, die als Teil seines Vermögens nach § 1922 I BGB mit dem Erbfall auf die Erben übergehen könnte.

²⁰ Zur Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung vgl. **BAG, Life&Law 03/2012, 172 ff.** = **jurisbyhemmer** sowie **BAG, Life&Law 12/2012, 872 ff.** = **NZA 2012, 1087 ff.** = **jurisbyhemmer**.

²¹ **BAG, NZA 2016, 37 ff.** = **jurisbyhemmer**; vgl. auch Polzer/Kafka, Verfallbare und unverfallbare Urlaubsansprüche, **NJW 2015, 2289 (2291)**.

²² Vgl. **BAG, NZA 2012, 326 ff.** = **jurisbyhemmer**; **BAG, NZA 2013, 678 ff.** = **jurisbyhemmer**.

1. Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat dagegen entschieden, dass diese Auslegung des nationalen Rechts mit Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie unvereinbar ist.²³

Der Anspruch eines AN auf bezahlten Jahresurlaub darf nach dem Unionsrecht nicht mit seinem Tod untergehen. Den Erben eines verstorbenen AN steht daher eine finanzielle Vergütung für den von diesem nicht genommenen bezahlten Jahresurlaub zu. Sofern das nationale Recht eine solche Möglichkeit ausschließt und sich daher als mit dem Unionsrecht unvereinbar erweist, können sich die Erben unmittelbar auf das Unionsrecht berufen, und zwar sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch gegenüber einem privaten AG.

Der EuGH räumt zwar ein, dass der Tod des AN unvermeidlich zur Folge habe, dass er die Entspannungs- und Erholungszeiten nicht mehr wahrnehmen kann, die mit dem Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub verbunden sind. Er streicht aber heraus, dass der **zeitliche Aspekt nur eine der beiden Komponenten** des Rechts auf bezahlten Jahresurlaub sei.

Das „Grundrecht auf Urlaub“ umfasse auch einen Anspruch auf Bezahlung im Urlaub und - als eng mit diesem Anspruch auf „bezahlten“ Jahresurlaub verbundener Anspruch - den Anspruch auf eine finanzielle Vergütung für bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht genommenen Jahresurlaub.

Laut EuGH ist diese **finanzielle Komponente rein vermögensrechtlicher Natur**, die dazu bestimmt ist, in das Vermögen des AN überzugehen. Der Zugriff auf diesen vermögensrechtlichen Bestandteil des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub kann dem Vermögen des AN und in der Folge denjenigen, auf die das Vermögen des AN im Wege der Erbfolge übergeht, durch den Tod des AN nicht rückwirkend entzogen werden.

2. Neue Rechtsprechung des BAG

Dem folgt nun auch das BAG in drei Urteilen vom 22.01.2019.²⁴

Die Erben können nach § 1922 I BGB i.V.m. § 7 IV BUrlG die Abgeltung des gegenüber dem Erblasser bis zu dessen Tod nicht erfüllten Urlaubsanspruchs verlangen.

²³ Vgl. bereits EuGH, NZA 2014, 651 ff. sowie EuGH, NZA 2018, 1467 ff. = NJW 2019, 495 ff und 499 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²⁴ BAG, NZA 2019, 829 ff. = [jurisbyhemmer](#) sowie die Parallelentscheidungen BAG, NZA 2019, 832 ff. = [jurisbyhemmer](#) und BAG, NZA 2019, 835 ff. = [jurisbyhemmer](#); vgl. dazu auch Wienbracke, Die Rechtsprechung zur unionsrechtsindizierten Vererbbarkeit des Urlaubsabgeltungsanspruches, NZA-RR 2019, 121 ff.

Die Bestimmungen der §§ 1, 7 IV BUrlG lassen sich insoweit richtlinienkonform auslegen.

a) Wortlaut von § 1 und § 7 IV BUrlG

Der Wortlaut von § 1 und § 7 IV BUrlG steht einer richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen, nach der den Erben der Abgeltungsanspruch auch für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des AN zusteht. Vielmehr ist der finanzielle Aspekt des Anspruchs auf Erholungsurlaub im BUrlG unabdingbar angelegt.

Nach § 1 BUrlG hat jeder AN in jedem Kalenderjahr Anspruch auf **bezahlten** Erholungsurlaub. Das BUrlG begründet damit nicht nur einen Freistellungsanspruch, sondern auch einen Anspruch des AN auf Bezahlung.

§ 7 IV BUrlG sieht vor, dass der Urlaub abzugelten ist, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ganz oder teilweise nicht mehr gewährt werden kann. Die Bestimmung knüpft **allein an** die durch die **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses verursachte Unmöglichkeit an, den noch bestehenden Urlaubsanspruch des AN durch bezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht zu realisieren, ohne bestimmte Beendigungstatbestände auszunehmen.

Sie trifft keine Unterscheidung zwischen den Beendigungstatbeständen und enthält keine gesonderte Regelung über das rechtliche Schicksal der Vergütungskomponente des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des AN endet.

§ 7 IV BUrlG lässt damit seinem Wortlaut nach die Auslegung zu, dass Urlaub abzugelten ist, weil das Arbeitsverhältnis durch den Tod des AN endet und dadurch unmittelbar („wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses“) die Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung eintritt.

b) Sinn und Zweck von § 1 und § 7 IV BUrlG:

Dieses richtlinienkonforme Verständnis entspricht sowohl dem Sinn und Zweck von § 1 und § 7 IV BUrlG als auch der Systematik des BUrlG.

Die Bestimmungen des § 1 und § 7 IV BUrlG sollen gewährleisten, dass jeder AN in regelmäßigem Rhythmus eine gewisse Zeit der Erholung erhält und Urlaubsansprüche nicht über einen langen Zeitraum angesammelt oder allein durch Zahlung von Geld ersetzt werden. Die Vergütungskomponente des Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub ist daher im bestehenden Arbeitsverhältnis fest mit dem Freistellungsanspruch verbunden.

Sie darf aufgrund des sich aus § 7 IV BUrlG ergebenden Abgeltungsverbots nicht isoliert erfüllt werden.

Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses entfällt jedoch die Arbeitspflicht und damit die Möglichkeit, dem AN durch Freistellung von der Arbeitspflicht Urlaub zu gewähren. Die Bindung des Anspruchs auf Bezahlung an den Freistellungsanspruch und seine zeitliche Begrenzung nach Maßgabe von § 7 I und III BUrlG wird aufgelöst. § 7 IV BUrlG bestimmt als spezialgesetzliche Regelung des Leistungsstörungsrechts die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und verdrängt damit die allgemeinen Regelungen der §§ 275 ff. BGB.

Während der Freistellungsanspruch infolge der Beendigung des Arbeitsverhältnisses untergeht, erhält § 7 IV BUrlG die Vergütungskomponente des Urlaubsanspruchs als Abgeltungsanspruch selbstständig aufrecht. Der aus Freistellung von der Arbeitspflicht und Bezahlung zusammengesetzte Urlaubsanspruch wandelt sich in einen Anspruch auf Abgeltung des noch nicht erfüllten Urlaubs. Diese Umwandlung erfolgt, ohne dass der finanzielle Aspekt des originären Urlaubsanspruchs zunächst erlischt.

Das BUrlG bietet demgegenüber keinen Anhaltspunkt für die Annahme, der Anspruch auf Bezahlung als Bestandteil des Urlaubsanspruchs solle erst zu einem späteren Zeitpunkt als der Freistellungsanspruch entstehen oder der Tod des AN führe als Sonderfall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses rückwirkend zum Verlust des erworbenen Zahlungsanspruchs.

Anmerkung: Auch ein dem Erblasser nach § 208 I S. 1 und II S. 1 SGB IX zustehender Urlaub für schwerbehinderte Menschen ist gegenüber den Erben abzugelten, wenn das Arbeitsverhältnis durch Tod des AN endet. Dieser Zusatzurlaubsanspruch nach SGB IX teilt das rechtliche Schicksal des gesetzlichen Mindesturlaubsanspruchs, es sei denn, tarifliche oder einzelvertragliche Bestimmungen sehen für den AN günstigere Bestimmungen vor. Dem Zusatzurlaub liegt mithin derselbe Urlaubsbegriff zugrunde wie der Bestimmung des § 1 BUrlG.

Die Grundsätze über die Vererbbarkeit des finanziellen Aspekts des gesetzlichen Mindesturlaubs bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Tod des AN gelten nach BAG ebenso für den tariflichen oder vertraglichen Mehrurlaub des Erblassers, wenn über das Schicksal des finanziellen Aspekts des Urlaubsanspruchs im Falle des Versterbens des AN keine anderslautenden Vereinbarungen getroffen wurden, die wegen der Unanwendbarkeit des § 13 BUrlG auch zulässig wären.

3. Zusammenfassung der neuen Rechtsprechung

a) Im Zeitpunkt des Todes endet das Arbeitsverhältnis des Erblassers, § 613 BGB.

Zugleich geht sein Vermögen gemäß § 1922 I BGB auf die Erben über.

b) Der Anspruch auf Vergütung als finanzieller Aspekt des dem Erblasser bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch zustehenden Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub ist mit Eintritt des Erbfalls nicht erloschen.

Er besteht fort und ist an die Erben abzugelten (§ 7 IV BUrlG).



Auszug aus den 39 wichtigsten Fällen Arbeitsrecht, Zivilrecht

Probleme mit dem Urlaub ... Urlaubsabgeltung, Urlaubsentgelt, Urlaubsgeld, Verfall des Urlaubs, Mitwirkungsobliegenheit des AG

+++ Urlaub +++ Urlaubsabgeltung +++ Urlaubsgeld +++ Urlaubsentgelt +++ Verfall des Urlaubs +++
Mitwirkungsobliegenheiten des AG +++ Arbeitszeitrichtlinie +++ Europarechtskonforme Auslegung
+++ §§ 1, 3 I, II, 4, 5 I, 7 I, III BUrlG +++ Art. 7 RL 2003/88/EG („Arbeitszeitrichtlinie“) +++

Ausgangsfall: Die Fleiß-KG (F) stellt am 17. Dezember wirksam auf einen Monat befristet den Studenten Sigggi Sauer (S) als Aushilfskraft an. In dieser Zeit arbeitet er bis auf die Feier- und Sonntage täglich 8 Stunden, als Entlohnung sind 100,- € pro Arbeitstag vereinbart.

Am 17. Januar erscheint S im Personalbüro der F und will seine Arbeit abrechnen. In seiner Abrechnung entdeckt der Personalchef einen Posten „Urlaubsabgeltung“ mit insgesamt 200,- €. Auf Nachfrage, wie denn diese Summe begründet sei, entgegnet S, dass er einen Monat bei der F gearbeitet habe und ihm deswegen zwei Urlaubstage zugestanden hätten; da er diese nicht habe nehmen können, hätte er Anspruch auf Abgeltung. Der Personalchef weist dies unter dem Hinweis zurück, dass er doch weder im Dezember noch im Januar einen ganzen Monat gearbeitet und damit keinen Urlaubsanspruch erworben habe.

Bearbeitervermerk: Wäre eine Klage gegen F wegen der Abgeltung i.H.v. 200,- € begründet?

Abwandlung: Auch Emilie Emsig (E) arbeitet bei F in 6-Tage Woche. Bereits mehrmals hatte sie im Jahr 2018 Urlaub beantragt. Dieser wurde ihr jedes Mal negativ beschieden mit der Begründung, dass E wegen akuter Personalschwierigkeiten momentan einfach nicht entbehrlich sei.

Am 10. Februar 2019 bittet E die F nochmals nachdringlich um Urlaub – ohne Erfolg. Am 7. Mai 2019 beantragt E erneut die Gewährung des noch offenen Urlaubs aus 2018. F meint, dieser Anspruch sei jetzt verfallen.

Bearbeitervermerk: Steht der E im Mai 2019 noch ein Anspruch auf Urlaub aus dem Jahr 2018 zu?

A) Sound

Ein Arbeitnehmer hat pro Jahr Anspruch auf mindestens 24 Werktage Erholungsurlaub, vgl. § 3 I BUrlG. Da der Gesetzgeber von der Sechs-Tage-Woche ausgeht (vgl. § 3 II BUrlG), entspricht dies vereinfacht einem Mindestanspruch auf vier Wochen Urlaub.

Dieser Anspruch auf Erholungsurlaub ist für Klausuren vergleichsweise uninteressant.

Häufiger und sehr klausurrelevant ist jedoch die sog. Urlaubsabgeltung, bei deren Prüfung das Bestehen eines Urlaubsanspruchs inzident geprüft werden muss.

Denn nur wenn das Arbeitsverhältnis beendet wurde und bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch ein Urlaubsanspruch bestand, kommt eine Abgeltung des Urlaubs in Betracht.

Auf diese Weise lassen sich in einem Fall gleich mehrere Probleme unterbringen.

Machen Sie sich an dieser Stelle nochmals den Unterschied zwischen dem gesetzlich vorgeschriebenen **Urlaubsentgelt** (quasi der „Entgeltfortzahlung im Urlaubsfall“, §§ 611a II BGB, 1, 11 BUrlG), dem **Urlaubsgeld** als Gratifikation (entweder auf freiwilliger Basis, aufgrund betrieblicher Übung oder auf vertraglicher Grundlage), sowie der **Urlaubsabgeltung** gem. § 7 IV BUrlG klar.

B) Gliederung

Frage 1

1. **Anspruch aus § 611a II BGB (-)**
2. **Anspruch aus § 7 IV BUrlG**
 - a) Anspruch auf Erholungsurlaub
 - aa) S Arbeitnehmer (+)
 - bb) Bestehen eines Arbeitsverhältnisses (+)
 - cc) Ablauf der Wartefrist, § 4 BUrlG (-)
⇒ Rechtsfolge: Teilurlaub, § 5 Ib BUrlG
 - dd) Vorliegen eines vollen Monats?
3. **Ergebnis: Anspruch (+)**

Frage 2

1. **Anspruch auf Urlaub aus 2018 gem. § 3 BUrlG**
⇒ Anspruch i.H.v. 24 Tagen entstanden
2. **Verfall des Urlaubs zum 31.12.2018 gem. § 7 III S. 1 BUrlG?**
⇒ (-), wegen § 7 III S. 2 BUrlG
3. **Problem: Verfall des übertragenen Urlaubs zum 31.03.2019 gem. § 7 III S. 3 BUrlG**
 - a) Nach Wortlaut eigentlich (+)
 - b) **Aber:** Nach **EuGH** Verstoß gegen Arbeitszeitrichtlinie, wenn Verfall eintritt, obwohl der AG Mitwirkungsobliegenheiten verletzt hat
 - c) **BAG:** Europarechtskonforme Auslegung der § 7 I und 7 III BUrlG verlangt, dass:
 - ⇒ AG den AN in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen,
 - ⇒ und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.**Dazu muss der AG den AN**
 - ⇒ förmlich auffordern, Urlaub zu nehmen,
 - ⇒ und dem AN rechtzeitig mitteilen, dass Urlaub verfällt, wenn AN ihn nicht nimmt.
4. **Ergebnis: Anspruch auf Urlaubsabgeltung (+), weil Urlaub nicht verfallen ist**

C) Lösung

Frage 1

1. Anspruch aus Arbeitsvertrag

Ein Anspruch des S ergibt sich vorliegend nicht aus seinem Arbeitsvertrag mit F, § 611a II BGB. In diesem war eine Vergütung pro Arbeitstag vereinbart, diese wurde auch geleistet. Ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung lässt sich daher nicht aus dem Arbeitsvertrag ableiten.

2. Anspruch aus § 7 IV BUrlG

Ein Anspruch auf Urlaubsabgeltung könnte sich jedoch aus § 7 IV BUrlG ergeben.

Danach hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Abgeltung eines noch vorhandenen Urlaubsanspruchs, wenn dieser aufgrund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr genommen werden kann.

a) Anspruch auf Erholungsurlaub

Damit müsste dem S überhaupt ein Urlaubsanspruch für die Beschäftigungszeit zustehen.

aa) Arbeitnehmer

S ist Arbeitnehmer und fällt damit in den Geltungsbereich des BUrlG, § 1 BUrlG.

bb) Bestehen eines Arbeitsverhältnisses

Zwischen den Parteien bestand auch ein wirksam befristetes Arbeitsverhältnis, das mit Ablauf der Befristung endete.

Anmerkung: Es reicht für einen Urlaubsanspruch das Bestehen eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses aus. Nicht ausreichend hingegen ist eine erzwungene Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Obsiegens in erster Instanz.

cc) Ablauf der Wartefrist

Für das Entstehen eines Urlaubsanspruchs ist weiterhin erforderlich, dass der Arbeitnehmer die gem. § 4 BUrlG erforderliche Wartezeit bei seinem Arbeitgeber gearbeitet hat. Dies ist laut Sachverhalt nicht der Fall, S hat lediglich einen Monat für F gearbeitet. Allerdings steht in diesem Fall S nicht völlig ohne Urlaub da. Das Gesetz sieht für solche Fälle die Möglichkeit des Teilurlaubs gem. § 5 Ia oder b BUrlG vor.

(1) Teilurlaub nach § 5 Ia BUrlG?

Allerdings setzt § 5 Ia BUrlG voraus, dass im alten Jahr der Urlaub wegen Nichterfüllung der Wartezeit nicht genommen werden konnte, aber die Wartezeit im nächsten Kalenderjahr abläuft.

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses wird damit vorausgesetzt. § 5 Ia BUrlG kann daher hier nicht einschlägig sein.

(2) Somit ist ein Anspruch des S auf Teilurlaub gem. § 5 Ib BUrlG zu berechnen.

Danach entsteht ein Anspruch auf ein Zwölftel des Jahresurlaubs für jeden vollen Monat, den der Arbeitnehmer bei seinem Arbeitgeber gearbeitet hat. Da § 5 BUrlG nicht vom Kalendermonat, sondern schlicht vom „Monat“ spricht, ist hierunter gem. § 191 BGB ein Zeitraum von 30 Tagen zu verstehen.

Da S vom 17. Dezember bis 17. Januar beschäftigt war, steht ihm ein Anspruch auf 1/12 des Jahresurlaubs zu. Dies entspricht bei einer 6-Tage-Woche 2 Tagen Urlaub (1/12 von 24 Tagen).

dd) Höhe der Abgeltung

Die Höhe der Abgeltung schließlich bemisst sich nach § 11 BUrlG, es ist damit für die Höhe das gelebte Arbeitsverhältnis maßgebend. Somit hat S einen Anspruch auf eine Abgeltungssumme von zwei Tageslöhnen, also 200,- €.

Anmerkung: Nach neuerer Rechtsprechung des BAG ist der Urlaubsabgeltungsanspruch kein Surrogat des Urlaubsanspruchs, sondern ein reiner Geldanspruch, der sich nicht mehr von sonstigen Entgeltansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis unterscheidet (Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung). In Folge der Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung unterfällt der Anspruch auf Urlaubsabgeltung deshalb den Bedingungen, die nach dem anwendbaren Tarifvertrag für die Geltendmachung von Geldansprüchen vorgeschrieben sind (**BAG, Life&Law 03/2012, 172 ff.** = NZA 2011, 1421 ff. sowie NZA 2012, 166 ff. = **jurisbyhemmer**).

Infolge der Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung ist auch die Befristung des § 7 III BUrlG nicht (mehr) auf den Abgeltungsanspruch anzuwenden (**BAG, Life&Law 12/2012, 872 ff.** = NZA 2012, 1087 ff. = **jurisbyhemmer**).

Wenn also bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Abgeltungsanspruch besteht, dann muss dieser nicht bis zum 31.12. des Jahres, in welchem der Arbeitnehmer ausgeschieden ist, geltend gemacht werden.

Ist der Urlaubsanspruch allerdings bereits bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses verfallen, so kann ein Abgeltungsanspruch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses auch nicht entstehen.

*Stirbt der AN während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses, so entsteht nach neuester Rechtsprechung der Abgeltungsanspruch unmittelbar in der Person des Erben (vgl. dazu BAG, NZA 2019, 829 ff. = **jurisbyhemmer**).*

3. Ergebnis

Eine Klage des S wäre damit begründet und hätte Aussicht auf Erfolg.

Frage 2**1. Anspruch auf Urlaub aus dem Jahr 2018 gem. § 3 BUrlG**

E hat als AN pro Jahr Anspruch auf mindestens 24 Werktage Erholungsurlaub, vgl. § 3 I BUrlG. Da der Gesetzgeber von der Sechs-Tage-Woche ausgeht (vgl. § 3 II BUrlG), entspricht dies vereinfacht einem Mindestanspruch auf vier Wochen Urlaub.

Da E in 6-Tage-Woche arbeitet, stehen ihr aus dem Jahr 2018 insgesamt 24 Tage Erholungsurlaub zu.

2. Verfall des Urlaubsanspruches zum 31.12.2018 gem. § 7 III S. 1 BUrlG?

Allerdings könnte der Anspruch auf Gewährung des Urlaubs aus dem Jahre 2018 gem. § 7 III S. 1 BUrlG verfallen und damit erloschen sein.

Aus § 7 III S. 1 BUrlG ergibt sich, dass der Urlaub im laufenden Kalenderjahr zu gewähren und zu nehmen ist.

Da E ihren Urlaub aus 2018 Urlaub nicht bis zum 31.12.2018 genommen hat, könnte der Urlaub ersatzlos verfallen sein.

Der Verfall tritt aber nach § 7 III S. 2 BUrlG nicht ein, wenn objektiv dringende betriebliche oder in der Person des AN liegende Gründe die Urlaubsgewährung im laufenden Kalenderjahr verhindern.

Ein **betrieblicher** Grund liegt vor, wenn durch eine Urlaubsgewährung im laufenden Kalenderjahr der ordnungsgemäße Betriebsablauf beeinträchtigt worden wäre.

Wegen der akuten Personalschwierigkeiten wurde der Urlaub aus 2018 daher auf das Jahr 2019 übertragen. Die Übertragung vollzieht sich kraft Gesetzes, ohne dass ein entsprechender Antrag des AN erforderlich wäre.

Die Urlaubsübertragung hängt somit im Ergebnis allein vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 III S. 2 BUrlG ab.

3. Verfall des übertragenen Urlaubs zum 31.03.2019 gem. § 7 III S. 3 BUrlG?

a) Nach dem Wortlaut des § 7 III S. 3 BUrlG ist Verfall eingetreten

Für den Fall der Übertragung auf das nächste Kalenderjahr ordnet § 7 III S. 3 BUrlG an, dass der Urlaubsanspruch **spätestens zum 31.03. des Folgejahres verfällt**.

Der Anspruch der E auf Urlaub aus dem Jahr 2018 wäre daher nach dem Wortlaut des Gesetzes gem. § 7 III S. 2 BUrlG mit Ablauf des 31.03.2019 verfallen.

b) Aber: Nach EuGH verstößt § 7 III BUrlG gegen Arbeitszeitrichtlinie, wenn Verfall eintritt, obwohl der AG Mitwirkungsobliegenheiten verletzt hat

Auf Vorlage des BAG¹ hat der EuGH allerdings mit Urteil vom 06.11.2018² entschieden, dass Art. 7 der RL 2003/88/EG („Arbeitszeitrichtlinie“)³, der wie § 3 BUrlG einen Mindesturlaub von 4 Wochen vorsieht, einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der AN, der im betreffenden Bezugszeitraum keinen Antrag auf Wahrnehmung seines Anspruchs auf bezahlten Jahresurlaub gestellt hat, am Ende des Bezugszeitraums die ihm zustehenden, aber noch nicht genommenen Urlaubstage automatisch verliert.

c) BAG: Europarechtskonforme Auslegung von § 7 I und III BUrlG

Mit zwei Urteilen vom 19.02.2019⁴ hat das BAG die Vorgaben des EuGH umgesetzt und die jahrzehntelange Rechtsprechung zum Verfall geändert.

¹ Beschluss vom 13.12.2016, Az.: 9 AZR 541/15.

² EuGH, NZA-RR 2019, 12 ff.

³ Art. 7 der „Arbeitszeitrichtlinie“ lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, damit jeder Arbeitnehmer einen bezahlten **Mindestjahresurlaub von vier Wochen** nach Maßgabe der Bedingungen für die Inanspruchnahme und die Gewährung erhält, die in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder nach den einzelstaatlichen Gepflogenheiten vorgesehen sind.

(2) Der bezahlte Mindestjahresurlaub darf außer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht durch eine finanzielle Vergütung ersetzt werden.

⁴ BAG, Urteil vom 19.02.2019, 9 AZR 423/16 = **jurisbyhemmer** sowie die Parallelentscheidung BAG, 9 AZR 541/15 = **jurisbyhemmer**.

Das BUrlG regelt die Mitwirkungsobliegenheiten der Arbeitsvertragsparteien und die Folgen deren Nichtbeachtung nicht ausdrücklich. Dies gestattet es, § 7 I S. 1 BUrlG richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass der AG bei der ihm durch das Bundesurlaubsgesetz zugewiesenen Festlegung des Urlaubs die vom Gerichtshof aus Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie abgeleiteten Mitwirkungsobliegenheiten zu beachten hat.

Sinn und Zweck der Befristungsregelung des § 7 III BUrlG unterstützen die unionsrechtlich gebotenen Mitwirkungshandlungen.

Der Anspruch auf den gesetzlichen Mindesturlaub erlischt aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 I S. 1, III BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 III S. 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 III S. 3 und S. 4 BUrlG), wenn

- ⇒ der AG den AN zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen,
- ⇒ und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.

Der AG muss hierzu konkret und in völliger Transparenz dafür sorgen, dass der AN tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen.

Dazu muss der AG den AN

- ⇒ förmlich auffordern, Urlaub zu nehmen,
- ⇒ und dem AN rechtzeitig mitteilen, dass Urlaub verfällt, wenn AN ihn nicht nimmt.

Ob der AG das Erforderliche getan hat, um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen. Die Erfüllung seiner Mitwirkungsobliegenheiten hat der AG darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, weil er hieraus eine für sich günstige Rechtsfolge ableitet.

Abstrakte Angaben etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung werden den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung hingegen in der Regel nicht genügen.

Da F im Jahr 2019 nicht darauf hingewirkt hat, dass E ihren übertragenen Urlaub aus 2018 auch vor dem Verfall nimmt, ist dieser in europarechtskonformer Auslegung von § 7 I, III BUrlG nicht verfallen.

Anmerkung: Vor der Rechtsprechungsänderung zum Verfall hat das BAG dem AN einen „Ersatzurlaubsanspruch“ statt der Leistung gem. §§ 275 IV, 280 I, III, 283 BGB gewährt, wenn AG mit der Gewährung von Urlaub im Schuldnerverzug war.

Mit der Rechtsprechungsänderung des BAG zum Verfall ist daher auch die Rechtsprechung zum „Ersatzurlaub“ als Schadensersatz statt der Leistung „gestorben“! Hat der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt, so verfällt der Anspruch des AN auf den Jahresurlaub nicht.

Es tritt daher zum einen keine Unmöglichkeit ein, zum anderen erleidet der AN auch keinen Schaden.

Hat der AG seine Mitwirkungsobliegenheiten hingegen erfüllt, so hat der AN aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenzen seinen Urlaub nicht genommen. Der dann eintretende Verfall und die damit einhergehende Unmöglichkeit der Urlaubsgewährung hat der AG dann aber nicht mehr zu vertreten, da ihm die Exkulpation gem. § 280 I S. 2 BGB gelingt.

- Nimmt der AN in diesem Fall seinen bezahlten Jahresurlaub nicht in Anspruch, obwohl er hierzu in der Lage war, so geschieht dies aus freien Stücken und in voller Kenntnis der sich daraus ergebenden Konsequenz des Verfalls.

hemmer-Methode: Examenstypische Probleme kennen! Das Bundesurlaubsgesetz ist korrekterweise „Mindesturlaubsgesetz“ zu nennen. Es regelt damit unmittelbar nur den Mindestanspruch der Arbeitnehmer auf Erholungsurlaub. In Tarifverträgen und in Individualverträgen, die auf die einschlägigen Tarifverträge Bezug nehmen, können darüber hinausgehende Urlaubsvereinbarungen getroffen sein, § 13 BUrlG. Insbesondere werden längere Urlaubszeiten bestimmt werden, da der gesetzliche Urlaub mit 20 bzw. 24 Tagen vergleichsweise kurz ist. In diesem zusätzlichen Bereich gilt praktisch völlige Vertragsfreiheit. Liegen jedoch keine ausdrücklichen anderweitigen Regelungen vor, kann auf die Vorschriften des BUrlG zurückgegriffen werden. Also: Auch bei Urlaubsansprüchen, die über das BUrlG vertraglich geregelt sind, wird zumindest in Examensklausuren in aller Regel das BUrlG angewandt werden.

4. Ergebnis

Da F seine Mitwirkungsobliegenheiten nicht erfüllt hat, ist der Urlaubsanspruch der E aus dem Jahre 2018 nicht mit Ablauf des 31.03.2019 verfallen.

E kann daher von F immer noch die Gewährung von **24 Urlaubstagen** aus dem Jahr 2018 verlangen.

D) Zusammenfassung

- Jeder Arbeitnehmer hat pro Jahr einen Mindesturlaubsanspruch von 24 Arbeitstagen. Im Falle einer Fünf-Tage-Woche beträgt der Urlaubsanspruch $\frac{5}{6}$ von 24 Tagen, insgesamt also 20 Tage.
- Erholungsurlaub verfällt grundsätzlich mit Ablauf des laufenden Kalenderjahres.
- Dieser Verfall tritt aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung von § 7 I S. 1, III BUrlG nur dann am Ende des Kalenderjahres (§ 7 III S. 1 BUrlG) oder eines zulässigen Übertragungszeitraums (§ 7 III S. 3 und S. 4 BUrlG) ein, wenn
 - ⇒ der AG den AN zuvor in die Lage versetzt hat, seinen Urlaubsanspruch wahrzunehmen,
 - ⇒ und der AN den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.
- Um seinen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen, muss der AG **konkret und in völliger Transparenz** dafür sorgen, dass AN tatsächlich in der Lage ist, seinen bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Der AG muss den AN aus Gründen der Beweislast **förmlich** dazu **auffordern**, Urlaub zu nehmen, und ihm **klar** und rechtzeitig **mitteilen**, dass der **Urlaub verfällt**, wenn er ihn **nicht nimmt**.

E) Zur Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht, Rn. 520 ff.
- Hemmer/Wüst, Arbeitsrecht Karteikarten, Nr. 109 ff.
- **Aufgabe der Surrogatsrechtsprechung:**
 - ⇒ BAG, **Life&Law 03/2012, 172 ff.**
 - ⇒ BAG, **Life&Law 12/2012, 872 ff.**
- **Die Rechtsprechungsänderung zum Verfall und zur Vererblichkeit des Anspruches auf Urlaubsabgeltung**
- **Tyroller, Life&Law 09/2019** (dieses Heft)



Auszug aus den 30 wichtigsten Fällen Verwaltungsrecht BT Bayern, Öffentliches Recht

Baubeseitigung und Baueinstellung

+++ Baupolizeiliche Maßnahmen +++ Baubeseitigung +++ Art. 76 BayBO

Sachverhalt: A ist Eigentümer eines großen Außenbereichsgrundstücks in der Großen Kreisstadt Dipling. Voller Tatendrang hat er bereits ohne Baugenehmigung ein Einfamilienhaus auf dem Grundstück errichtet. Der Flächennutzungsplan weist das Grundstück als landwirtschaftliche Nutzfläche aus. Die Gemeinde D erfährt erst jetzt von diesem Projekt und möchte diesen „Schwarzbau“ aus der Welt schaffen, schon damit nicht andere Eigentümer auf die Idee kommen, A nachzueifern.

Bearbeitervermerk: Was kann die Gemeinde tun?

A) Sound

Das Genehmigungsverfahren haben Sie nun schon teilweise kennengelernt. Jedoch wird oft versucht, das Genehmigungsverfahren zu umgehen oder sich nicht an die entsprechenden Vorgaben zu halten. Folge dieser Praxis sind die sogenannten Schwarzbauten. Wie die Behörden gegen diese vorgehen können, zeigt dieser Fall.

B) Gliederung

1. Baubeseitigung Einfamilienhaus

Beseitigungsanordnung gem. Art. 76 S. 1 BayBO

formelle und materielle Rechtswidrigkeit notwendig (+)

- a) **Formell:** Keine erforderliche Baugenehmigung eingeholt
- b) **Materiell:** Einfamilienhaus im Außenbereich nicht gem. § 35 BauGB genehmigungsfähig, § 35 II, III S. 1 Nr. 1 BauGB
- c) Ermessen
- d) **Zuständigkeit der D (+),** Art. 53 I BayBO i.V.m. § 1 Nr. 1 GrKrV

2. Ergebnis: Baubeseitigung (+)

C) Lösung

1. Baubeseitigung des Einfamilienhauses

Fraglich ist, was die Stadt gegen das Einfamilienhaus unternehmen kann.

Nachdem es schon errichtet ist, kommt nur eine Beseitigung gem. Art. 76 S. 1 BayBO in Betracht.

Diese Vorschrift geht der baupolizeilichen Generalklausel gem. Art. 54 II S. 2 BayBO vor.

Nachdem dies jedoch einen starken Eingriff in Art. 14 I GG darstellt, müssen hier grundsätzlich zwei Voraussetzungen erfüllt sein; sowohl die formelle als auch die materielle Rechtswidrigkeit der Anlage müssen gegeben sein, Art. 76 S. 1 BayBO. Ist das Vorhaben nur formell rechtswidrig, lassen sich auf andere Weise, nämlich durch Erteilung der Genehmigung, rechtmäßige Zustände schaffen, vgl. Art. 76 S. 1 HS 2 BayBO.

hemmer-Methode: Erkennen Sie die Zusammenhänge. Für die weniger einschneidende Baueinstellung genügt formelle, vgl. Art. 75 I BayBO, für die harte Maßnahme aus Art. 76 BayBO müssen formelle und materielle Rechtswidrigkeit vorliegen.

Aufgrund des nur beschränkten Prüfungsmaßstabs ist es aber grundsätzlich auch denkbar, dass sogar ein genehmigtes und damit formell legales Vorhaben beseitigt werden muss.

Da die Beschränkung des Prüfungsmaßstabs nach Art. 59 BayBO weder die Pflichten des Bauherrn noch die repressiven Befugnisse der Baubehörde beschränkt, vgl. Art. 55 II BayBO, ist dies bspw. dann denkbar, wenn die nach Art. 6 BayBO einzuhaltenden Abstandsflächen in grober Weise missachtet wurden. Bei genehmigungsfreien Vorhaben stellt sich die Frage nach der formellen Illegalität logischerweise nicht, sodass es allein auf die materielle Illegalität ankommt, vgl. auch hier Art. 55 II BayBO.

a) Formelle Rechtswidrigkeit

Das Einfamilienhaus ist eine (bauliche) Anlage i.S.d. Art. 2 I S. 4 u. S. 1 BayBO und somit gem. Art. 55 I BayBO genehmigungspflichtig.

Ausnahmen nach Art. 56 ff. BayBO sind nicht ersichtlich, insbesondere ist Art. 58 BayBO bei einem Außenbereichsvorhaben nicht einschlägig. Nachdem A keine Baugenehmigung eingeholt hat, ist das Vorhaben formell rechtswidrig.

hemmer-Methode: Von formeller Rechtswidrigkeit spricht man also dann, wenn der Bau unter Verletzung des Art. 68 V BayBO errichtet wurde.

b) Materielle Rechtswidrigkeit

hemmer-Methode: Die materielle Illegalität ist nicht gleichzusetzen mit der Genehmigungsfähigkeit.

Aufgrund des nur beschränkten Prüfungsmaßstabs nach Art. 59 BayBO ist es durchaus denkbar, dass ein Vorhaben zwar genehmigungsfähig, aber materiell illegal ist, vgl. Art. 55 II BayBO.

Das Grundstück liegt im Außenbereich, welcher grundsätzlich von Bebauung freizuhalten ist. Da ein Einfamilienhaus kein privilegiertes Vorhaben nach § 35 I BauGB ist, wäre es nach § 35 II BauGB nur zulässig, wenn öffentliche Belange noch nicht einmal beeinträchtigt wären. Hier stehen dem Bauvorhaben allerdings die Darstellungen des Flächennutzungsplans entgegen, sodass nach § 35 III S. 1 Nr. 1 BauGB eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange vorliegt.

Das Vorhaben ist daher auch materiell rechtswidrig.

Somit liegen formelle und materielle Rechtswidrigkeit vor.

hemmer-Methode: Denken Sie stets an das Ende von Art. 76 S. 1 BayBO „wenn nicht anderweitig rechtmäßige Zustände geschaffen werden können“.

Die Beseitigung ist also nur „ultima ratio“. Sofern das Vorhaben also doch noch genehmigungsfähig ist, muss die Genehmigung nachträglich erteilt werden. Dieses Vorhaben war dann lediglich zu Beginn formell rechtswidrig, was für eine Beseitigung nicht ausreicht.

Bezüglich des Einfamilienhauses darf daher eine Beseitigungsanordnung gem. Art. 76 S. 1 BayBO ergehen, da nicht anderweitig rechtmäßige Zustände geschaffen werden können.

c) Ermessen

Da Art. 76 S. 1 BayBO eine Ermessensnorm ist, dürfen bei Anordnung der Baubeseitigung keine Ermessensfehler vorliegen.

Die Erwägung, Nachahmern vorzubeugen, ist dabei vom Sinn und Zweck des Art. 76 S. 1 BayBO gedeckt.

Das Ermessen der Gemeinde ist also – soweit ersichtlich – fehlerfrei ausgeübt.

d) Zuständigkeit

Als Große Kreisstadt erfüllt D die Aufgaben der unteren Bauaufsichtsbehörden, Art. 53 I BayBO i.V.m. § 1 Nr. 1 GrKrV. Somit ist D befugt, die Baubeseitigung anzuordnen.

2. Ergebnis

Hinsichtlich des Hauses kann D gem. Art. 76 S. 1 BayBO die Beseitigung anordnen.

D) Zusammenfassung

- Die baupolizeiliche Generalklausel ist Art. 54 II S. 2 BayBO. Diese kommt, aufgrund mehrerer Spezialvorschriften, kaum zur Anwendung.
- Die Baueinstellung gem. Art. 75 BayBO kann ausgesprochen werden, wenn das Vorhaben formell oder materiell rechtmäßig ist.
- Die Baubeseitigung kann dagegen nur dann erfolgen, wenn formelle und materielle Rechtswidrigkeit des Vorhabens gegeben ist.
- Gem. Art. 76 S. 2 BayBO kann auch die Nutzung von baulichen Anlagen untersagt werden. Hierzu genügt nach h.M. wie bei der Baueinstellung die formelle Illegalität. Allerdings ist die Nutzungsuntersagung in den Fällen der evidenten materiellen Legalität ermessensfehlerhaft.

Anmerkung: Art. 75 I S. 1 BayBO enthält noch die Möglichkeit der Baueinstellungsverfügung. Nachdem der Eingriff in diesem Fall jedoch nicht so schwer ist wie bei der Baubeseitigung, genügt hier bereits die formelle oder materielle Rechtswidrigkeit des Vorhabens. Beachten Sie aber, dass die Vorhaben gem. Art. 56 - 58 BayBO genehmigungsfrei sind.

Mittels der Baueinstellung soll der Baubehörde ermöglicht werden, den potenziell rechtswidrigen Bau zunächst zu stoppen und dann in größerer Ruhe die rechtlichen Voraussetzungen zu prüfen.

E) Zur Vertiefung

- Hemmer/Wüst, Baurecht Bayern, Rn. 275 ff., 442 ff.



ARBEITSKRAFTABSICHERUNG für Jurastudierende und Referendare

Warum ist diese Absicherung so wichtig?

Eine gute Ausbildung und eine verlässliche Absicherung der Arbeitskraft sind die wichtigsten Bausteine für Ihre finanzielle Zukunft. Laut Stiftung Warentest zählt die Berufsunfähigkeitsversicherung zu den elementaren Versicherungen, die jeder in jungen Jahren abschließen sollte. Sie zahlt eine Rente aus, wenn man über längere Zeit nicht mehr in der Lage ist, seinen Beruf auszuüben.

Gute Tarife leisten auch, falls man aus gesundheitlichen Gründen sein Studium nicht mehr fortsetzen kann.

Wie kann mir hemmer finance helfen?

Seit über 10 Jahren berät hemmer finance als Partner des Juristischen Repetitoriums hemmer Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bei der Absicherung ihrer Arbeitskraft.

Wir haben die Angebote der Versicherer für Juristinnen und Juristen analysiert und können Jurastudierenden Sondertarife anbieten.

Gerne beraten wir Sie telefonisch unter 0221 / 990 6015. E-Mail: info@hemmer-finance.de



VORBEREITUNG AUF DAS ERSTE STAATSEXAMEN

KURSORTE IM ÜBERBLICK

AUGSBURG

Wüst
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 230
Fax: (0931) 79 78 234
Mail: augsburg@hemmer.de

BAYREUTH

Daxhammer/d'Alquen
Parkweg 7
97944 Boxberg
Tel.: (07930) 99 23 38
Fax: (07930) 99 22 51
Mail: bayreuth@hemmer.de

BERLIN-DAHLEM

Gast
Schumannstraße 18
10117 Berlin
Tel.: (030) 240 45 738
Fax: (030) 240 47 671
Mail: mitte@hemmer-berlin.de

BERLIN-MITTE

Gast
Schumannstraße 18
10117 Berlin
Tel.: (030) 240 45 738
Fax: (030) 240 47 671
Mail: mitte@hemmer-berlin.de

BIELEFELD

Lück
Salzstr. 14/15
48143 Münster
Tel.: (0251) 67 49 89 70
Fax: (0251) 67 49 89 71
Mail: bielefeld@hemmer.de

BOCHUM

Schlömer/Sperl
Salzstr. 14/15
48143 Münster
Tel.: (0251) 67 49 89 70
Fax: (0251) 67 49 89 71
Mail: bochum@hemmer.de

BONN

Ronneberg/Clobes/Geron
Meckenheimer Allee 148
53115 Bonn
Tel.: (0228) 91 14 125
Fax: (0228) 91 14 141
Mail: bonn@hemmer.de

BREMEN

Hemmer/Wüst
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 257
Fax: (0931) 79 78 240
Mail: bremen@hemmer.de

DRESDEN

Stock
Zweinaundorfer Str. 2
04318 Leipzig
Tel.: (0341) 6 88 44 90
Fax: (0341) 6 88 44 96
Mail: dresden@hemmer.de

DÜSSELDORF

Ronneberg/Clobes/Geron
Meckenheimer Allee 148
53113 Bonn
Tel.: (0228) 91 14 125
Fax: (0228) 91 14 141
Mail: duesseldorf@hemmer.de

ERLANGEN

Grieger/Tyrollor
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 230
Fax: (0931) 79 78 234
Mail: erlangen@hemmer.de

FRANKFURT/M.

Geron/Hahn/Bold
Dreifaltigkeitsweg 49
53489 Sinzig
Tel.: (02642) 61 44
Fax: (02642) 61 44
Mail: frankfurt.main@hemmer.de

FRANKFURT/O.

Gast
Schumannstraße 18
10117 Berlin
Tel.: (030) 240 45 738
Fax: (030) 240 47 671
Mail: mitte@hemmer-berlin.de

FREIBURG

Behler/Rausch
Rohrbacher Str. 3
69115 Heidelberg
Tel.: (06221) 65 33 66
Fax: (06221) 65 33 30
Mail: freiburg@hemmer.de

GIEßEN

Sperl
Parkweg 7
97944 Boxberg
Tel.: (07930) 99 23 38
Fax: (07930) 99 22 51
Mail: giessen@hemmer.de

GÖTTINGEN

Schlömer/Sperl
Kirchhofgärten 22
74635 Kupferzell
Tel.: (07944) 94 11 05
Fax: (07944) 94 11 08
Mail: goettingen@hemmer.de

GREIFSWALD

Burke/Lück
Buchbinderstr. 17
18055 Rostock
Tel.: (0381) 3 77 74 00
Fax: (0381) 3 77 74 01
Mail: greifswald@hemmer.de

HALLE

Luke/Weber
Täubchenweg 83
04317 Leipzig
Mail: halle@hemmer.de

HAMBURG

Schlömer/Sperl
Steinhöft 5-7
20459 Hamburg
Tel.: (040) 317 669 17
Fax: (040) 317 669 20
Mail: hamburg@hemmer.de

HANNOVER

Daxhammer/Sperl
Matzenhecke 23
97204 Höchberg
Tel.: (0931) 400 337
Fax: (0931) 404 3109
Mail: hannover@hemmer.de

HEIDELBERG

Behler/Rausch
Rohrbacher Str. 3
69115 Heidelberg
Tel.: (06221) 65 33 66
Fax: (06221) 65 33 30
Mail: heidelberg@hemmer.de

JENA

Richard Weber
c/o Kanzlei Luke
Haferkornstr. 46
04129 Leipzig
Mail: halle@hemmer.de

KIEL

Schlömer/Sperl
Kirchhofgärten 22
74635 Kupferzell
Tel.: (07944) 94 11 05
Fax: (07944) 94 11 08
Mail: kiel@hemmer.de

KÖLN

Ronneberg/Clobes/Geron
Meckenheimer Allee 148
53113 Bonn
Tel.: (0228) 91 14 125
Fax: (0228) 91 14 141
Mail: koeln@hemmer.de

KONSTANZ

Guldin/Kaiser
Hindenburgstr. 15
78467 Konstanz
Tel.: (07531) 69 63 63
Fax: (07531) 69 63 64
Mail: konstanz@hemmer.de

LEIPZIG

Luke
Haferkornstr. 46
04129 Leipzig
Tel.: (0341) 49 25 54 70
Fax: (0341) 49 25 54 71
Mail: leipzig@hemmer.de

MAINZ

Geron
Dreifaltigkeitsweg 49
53489 Sinzig
Tel.: (02642) 61 44
Fax: (02642) 61 44
Mail: mainz@hemmer.de

MANNHEIM

Behler/Rausch
Rohrbacher Str. 3
69115 Heidelberg
Tel.: (06221) 65 33 66
Fax: (06221) 65 33 30
Mail: mannheim@hemmer.de

MARBURG

Sperl
Parkweg 7
97944 Boxberg
Tel.: (07930) 99 23 38
Fax: (07930) 99 22 51
Mail: marburg@hemmer.de

MÜNCHEN

Wüst
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 230
Fax: (0931) 79 78 234
Mail: muenchen@hemmer.de

MÜNSTER

Schlömer/Sperl
Salzstr. 14/15
48143 Münster
Tel.: (0251) 67 49 89 70
Fax: (0251) 67 49 89 71
Mail: muenster@hemmer.de

OSNABRÜCK

Fethke
Liebknechtstr. 35
99086 Erfurt
Tel.: (0541) 18 55 21 79
Mail: osnabrueck@hemmer.de

PASSAU

Rath/Wenzl
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 230
Fax: (0931) 79 78 234
Mail: passau@hemmer.de

POTSDAM

Gast
Schumannstraße 18
10117 Berlin
Tel.: (030) 240 45 738
Fax: (030) 240 47 671
Mail: mitte@hemmer-berlin.de

REGENSBURG

Daxhammer/d'Alquen
Parkweg 7
97944 Boxberg
Tel.: (07930) 99 23 38
Fax: (07930) 99 22 51
Mail: regensburg@hemmer.de

ROSTOCK

Burke/Lück
Buchbinderstr. 17
18055 Rostock
Tel.: (0381) 3777 400
Fax: (0381) 3777 401
Mail: rostock@hemmer.de

SAARBRÜCKEN

Bold/Hein/Issa
Preslesstraße 2
66987 Thaleischweiler-Fröschen
Tel.: (06334) 98 42 83
Fax: (06334) 98 42 83
Mail: saarbruecken@hemmer.de

TRIER

Geron
Dreifaltigkeitsweg 49
53489 Sinzig
Tel.: (02642) 61 44
Fax: (02642) 61 44
Mail: trier@hemmer.de

TÜBINGEN

Guldin/Kaiser
Hindenburgstr. 15
78465 Konstanz
Tel.: (07531) 69 63 63
Fax: (07531) 69 63 64
Mail: tuebingen@hemmer.de

WÜRZBURG - ZENTRALE -

Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 230
Fax: (0931) 79 78 234
Mail: wuerzburg@hemmer.de



VORBEREITUNG AUF DAS ZWEITE STAATSEXAMEN

ASSESSORKURSORTE IM ÜBERBLICK

BAYERN

WÜRZBURG/MÜNCHEN/NÜRNBERG/ REGENSBURG/POSTVERSAND

RA Gold
Mergentheimer Str. 44
97082 Würzburg
Tel.: (0931) 79 78 2-50
Fax: (0931) 79 78 2-51
Mail: assessor@hemmer.de

BADEN-WÜRTTEMBERG

KONSTANZ/TÜBINGEN/ POSTVERSAND

RAe Guldin/Kaiser
Hindenburgstr. 15
78467 Konstanz
Tel.: (07531) 69 63 63
Fax: (07531) 69 63 64
Mail: konstanz@hemmer.de

STUTTGART

RAin Rödl / RA Baier
Mergentheimerstr. 44
97082 Würzburg
Tel. 0931-7978230
Fax. 0931-7978234
Mail: stuttgart@hemmer.de

BERLIN/POTSDAM/BRANDENBURG

BERLIN

RA Gast
Schumannstr. 18
10117 Berlin
Tel.: (030) 24 04 57 38
Fax: (030) 24 04 76 71
Mail: mitte@hemmer-berlin.de

BREMEN/HAMBURG HAMBURG/POSTVERSAND

RAe Sperl/Clobes/Dr. Schlömer
Kirchhofgärten 22
74635 Kupferzell
Tel.: (07944) 94 11 05
Fax: (07944) 94 11 08
Mail: assessor-nord@hemmer.de

HESSEN FRANKFURT

RA Geron
Dreifaltigkeitsweg 49
53489 Sinzig
Tel.: (02642) 61 44
Fax: (02642) 61 44
Mail: frankfurt.main@hemmer.de

MECKLENBURG-VORPOMMERN POSTVERSAND

RAe Burke/Lück
Buchbinderstr. 17
18055 Rostock
Tel.: (0381) 37 77 40 0
Fax: (0381) 37 77 40 1
Mail: rostock@hemmer.de

RHEINLAND-PFALZ POSTVERSAND

RA Geron
Dreifaltigkeitsweg 49
53489 Sinzig
Tel.: (02642) 61 44
Fax: (02642) 61 44
Mail: trier@hemmer.de

NIEDERSACHSEN HANNOVER

RAe Sperl/Schlömer
Steinhöft 5 - 7
20459 Hamburg
Tel.: (040) 317 669 17
Fax: (040) 317 669 20
Mail: assessor-nord@hemmer.de

HANNOVER POSTVERSAND

RAe Sperl/Clobes/Dr. Schlömer
Kirchhofgärten 22
74635 Kupferzell
Tel.: (07944) 94 11 05
Fax: (07944) 94 11 08
Mail: assessor-nord@hemmer.de

NORDRHEIN-WESTFALEN KÖLN/BONN/DORTMUND/DÜSSELDORF/ POSTVERSAND

RAin Dr. Ronneberg
Meckenheimer Allee 148
53113 Bonn
Tel.: (0228) 91 14 125
Fax: (0228) 91 14 141
Mail: koeln@hemmer.de

SCHLESWIG-HOLSTEIN POSTVERSAND

RAe Sperl/Clobes/Dr. Schlömer
Kirchhofgärten 22
74635 Kupferzell
Tel.: (07944) 94 11 05
Fax: (07944) 94 11 08
Mail: assessor-nord@hemmer.de

THÜRINGEN POSTVERSAND

RA Stock, RA Hunger & Kollegen
Zweinaundorfer Str. 2
04318 Leipzig
Tel.: (0341) 6 88 44 90 oder -93
Fax: (0341) 6 88 44 96
Mail: dresden@hemmer.de

SACHSEN DRESDEN/LEIPZIG/POSTVERSAND

RA Stock, RA Hunger & Kollegen
Zweinaundorfer Str. 2
04318 Leipzig
Tel.: (0341) 6 88 44 90 oder -93
Fax: (0341) 6 88 44 96
Mail: dresden@hemmer.de

SACHSEN-ANHALT POSTVERSAND

RA Stock, RA Hunger & Kollegen
Zweinaundorfer Str. 2
04318 Leipzig
Tel.: (0341) 6 88 44 90 oder -93
Fax: (0341) 6 88 44 96
Mail: dresden@hemmer.de



DEMNÄCHST

ZIVILRECHT

Beschaffenheit ≠ vertraglich vorausgesetzte Verwendung!

Kaufvertrag; Sachmangel; Beschaffenheitsvereinbarung; Anforderungen an eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung;
§§ 433, 434 I S. 2 Nr. 1, 437 Nr. 2, 323 BGB

STRAFRECHT

Doping im Boxsport: Körperverletzung bei härterem Schlag?

Körperverletzung, § 223 StGB; Gefährliche Körperverletzung, § 224 StGB; Objektive Zurechnung; Rechtfertigende Einwilligung

ÖFFENTLICHES RECHT

kompakt: Vermittlungsausschuss hat kein Initiativrecht

Gesetzgebungsverfahren; Vermittlungsausschuss; Initiativrecht; Art. 76, 77 GG

Wollen Sie immer „up to date“ sein, was bei hemmer passiert?

Hier finden Sie:

hemmernews, Gewinnspiele, Hinweise auf neue hemmer-Produkte,
Skurries und Lustiges.

HEMMER@FACEBOOK

www.facebook.com/byhemmer

HEMMER@INSTAGRAM

www.instagram.com/byhemmer

IMPRESSUM

HERAUSGEBER

HEMMER/WÜST VERLAGSGESELLSCHAFT MBH
KARL EDMUND HEMMER · ACHIM WÜST

AUTOREN

MICHAEL TYRÖLLER · MICHAEL GRIEGER
BERND BERBERICH · CLEMENS D'ALQUEN

VERLAG

HEMMER/WÜST VERLAGSGESELLSCHAFT MBH
MERGENTHEIMER STRASSE 44
97082 WÜRZBURG

ERSCHEINUNGSWEISE
MONATLICH

BEZUGSPREISE

6,80 EURO INKL. VERSAND
5,80 EURO FÜR ABONNENTEN

ANZEIGENBESTELLUNG UND MEDIABERATUNG

HEMMER.CAREER
LIZA WÜST
TELEFON: 09 31 / 7 97 82 43
E-MAIL: LW@HEMMER.DE

ABONNENTEN-SERVICE

HEMMER/WÜST VERLAGSGESELLSCHAFT MBH
ANNALENA KINNER
MERGENTHEIMER STRASSE 44
97082 WÜRZBURG
TELEFON: 09 31 / 7 97 82 30
TELEFAX: 09 31 / 7 97 82 34

E-MAIL: LIFEANDLAW@HEMMER.DE
INTERNET: WWW.LIFEANDLAW.DE

KÜNDIGUNG JEDERZEIT ZUM MONATSENDE
BEIM ABONNENTEN-SERVICE
SCHRIFTLICH ODER PER E-MAIL MÖGLICH

DRUCK

SCHLEUNUNGDRUCK GMBH
97828 MARKTHEIDENFELD

URHEBER- UND VERLAGSRECHTE

DIE IN DER ZEITSCHRIFT VERÖFFENTLICHTEN BEITRÄGE SIND URHEBERRECHTLICH GESCHÜTZT. DIE DADURCH BEGRÜNDETEN RECHTE, INSBESONDERE DES NACHDRUCKS, DER WIEDERGABE AUF PHOTO-MECHANISCHEM ODER ÄHNLICHEM WEGE UND DER SPEICHERUNG IN DATENVERARBEITUNGSANLAGEN BLEIBEN, AUCH BEI NUR AUSZUGSWEISER VERWERTUNG, DER HEMMER/WÜST-VERLAGSGESELLSCHAFT VORBEHALTEN.

FÜR UNVERLANGT EINGESANDTE MANUSKRIPTE WIRD KEINE GEWÄHR ÜBERNOMMEN; ALLE BEITRÄGE WERDEN NUR UNTER DER VORAUSSETZUNG ANGENOMMEN, DASS SIE KEINER ANDEREN ZEITSCHRIFT ANGEBOten WORDEN SIND UND DER AUTOR INHABER DES URHEBERRECHTS IST. MIT IHRER AUFNAHME WIRD VON LIFE&LAW DAS AUSSCHLIESSLICHE NUTZUNGSRECHT (INKL. ELEKTRONISCHER NUTZUNG) ERWORBEN. NAMENTLICH GEKENNZEICHNETE BEITRÄGE STELLEN NICHT IMMER DIE AUFFASSUNG DER HERAUSGEBER DAR.

hemmer.individual

Juristischer und wirtschaftswissenschaftlicher
Einzel- und Kleingruppenunterricht!

DIE TREFFSICHERE PRÜFUNGSVORBEREITUNG BY HEMMER.

WIR BIETEN IHNEN

individuellen Einzelunterricht oder Unterricht in einer Kleingruppe zur Vorbereitung auf

- alle Klausuren während des Studiums der Rechtswissenschaften,
- insbesondere Ihre Zwischenprüfung,
- das Erste Juristische Staatsexamen,
- das Zweite Juristische Staatsexamen,
- die Eignungsprüfung zur Zulassung zur Rechtsanwaltschaft nach § 16 EuRAG,
- die rechtswissenschaftlichen und wirtschaftswissenschaftlichen Klausuren während des Studiums der Wirtschaftswissenschaften

MIT AUSFÜHRLICHER KLAUSURENKORREKTUR UND ANALYSE DER INDIVIDUELLEN SCHWÄCHEN

6 Monate kostenfreie Nutzung juris **by hemmer** (Voraussetzung: **hemmer.club**-Mitgliedschaft)

hemmer.individual Kontakt

Juristisches Repetitorium hemmer

Einzelunterricht

Mergentheimer Straße 44

97082 Würzburg

Wir beraten Sie gerne persönlich! Wir sind in allen juristischen Universitätsstädten vertreten und vermitteln Ihnen gerne auch eine Repetitorin bzw. einen Repetitor vor Ort.

Telefon: 0931 / 797 82-30

Telefax: 0931 / 797 82-34

E-Mail: individual@hemmer.de

www.einzelunterricht-hemmer.de





eBooks: Die gesamte hemmer Skriptenreihe für mobile Geräte und PC

■ **eBOOKS** - ab 9,90 €

HEMMER SKRIPTENREIHE

In den eBooks, die mit unserer hemmer-Skriptenreihe identisch sind, werden die für die Prüfung nötigen Zusammenhänge umfassend aufgezeigt und wiederkehrende Argumentationsketten eingeübt. Nutzen Sie die eBooks als Ihre ortsunabhängige Bibliothek. Sie sind klausurorientiert und zahlreiche Beispielsfälle erleichtern das Verständnis.

So wird Prüfungswissen auf anspruchsvollem Niveau vermittelt.

- ✓ Grundwissen
- ✓ Die wichtigsten Fälle
- ✓ Basics
- ✓ Hauptskripte
- ✓ Schwerpunkt
- ✓ Steuerrecht
- ✓ Assessorskripte
- ✓ WiWis, BWLer & Steuerberater
- ✓ Philosoph.-psycholog. Ratgeber



Erhältlich über unseren [hemmer-shop](http://www.hemmer-shop.de)
www.hemmer-shop.de