



ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

35. Jahrg.

September 2010

Heft 09

Aus dem Inhalt:

- BGH:** Opfergrenze bei Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung
- EuGH:** Zusendekosten bei Widerruf des Fernabsatzvertrages
- VGH München:** Papst-Beleidigung durch Karikatur
- VGH München:** Rechtsweg bei ehrverletzenden Äußerungen
- BAG:** Aussetzung wegen Vorabentscheidung in Parallelsache
- OVG Hamburg:** Umgehung von Beteiligungsrechten bei Plangenehmigung
- VGH München:** Fortsetzungsfeststellungsklage bei Grundrechtseingriff



Impressum:

Verlag und Redaktion:

Juristischer Verlag Juridicus
Hiberniastraße 6
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

info@juridicus.de

www.juridicus.de

Verantwortliche Redakteure:

Silke Wollburg, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Britta Wegner, Hiberniastraße 6, 45879 Gelsenkirchen

Urheber und Verlagsrechte:

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in fremde Sprachen, sind vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilme oder andere Verfahren - reproduziert, gespeichert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsehsendung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen Eigengebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen und Teilen daraus als Einzelkopien hergestellt werden.

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

Erscheinungsweise: monatlich

Bezugspreis: vierteljährlich 17,40 € (3 Hefte), inkl. Versandkosten

Zahlung quartalsweise im Voraus

Inhalt

Aus der Gesetzgebung

Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes.....	1
Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes.....	1

Brandaktuell

BGH: Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Fehlen eines Hinweises auf Auslegung des Klageantrags).....	3
---	---

Entscheidungen materielles Recht

Zivilrecht

BGH: Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung (Anspruchsvoraussetzungen und Obergrenze).....	4
EuGH: Widerruf des Fernabsatzvertrages (keine Belastung des Verbrauchers mit Zusendekosten).....	7

Strafrecht

OLG München: Volksverhetzung (Text-Bild-Kombination auf NPD-Wahlplakat).....	10
VGH München: Papst-Beleidigung (nicht durch Darstellung mit homosexuellen Attributen).....	12

öffentl. Recht

VGH München: polizeiliche Maßnahmen gegen Versammlung (Verdacht einer Straftat nicht ausreichend).....	15
VGH München: Unterlassen ehrverletzender Äußerungen (Abgrenzung zwischen öffentlichem und privaten Recht).....	18

Kurzauslese I

BGH: Rücktrittsrecht (Erlöschen nach Mangelbehebung).....	21
BGH : Beschaffenheitsvereinbarung (keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche).....	21
BGH: Kauf-/Werkvertrag (Abgrenzung).....	21
LG München I: Abgrenzung Tatsachenbehauptung/Meinungsäußerung (Vorwurf der Manipulation, Lüge, Vertuschung, Vetternwirtschaft).....	23
BGH: Kündigungsschutz (GmbH-Geschäftsführer).....	23
BAG: Diskriminierung (Kenntnis der dt. Schriftsprache).....	25
BGH: Urkundenfälschung (Telefax und Ausdruck einer Computerdatei sind keine Urkunden).....	27
OLG Celle: umweltgefährdende Abfallbeseitigung (durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs).....	27
OLG Bremen: Drohung mit Körperverletzung (nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien).....	29
OVG Münster: Überprüfung einer Prüfungsentscheidung (unverzögliche Einleitung des Kontrollverfahrens).....	31
BGH: Zustandsstörer (Beseitigungspflicht).....	31
BayVerfGH: passives Kommunalwahlrecht (maßgeblicher Wohnsitz).....	31

Entscheidungen Verfahrensrecht

Zivilrecht

BAG:	Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO (wegen Vorabentscheidungsverfahren vor EuGH in Parallelsache).....	33
BGH :	Mangel des Titels in der Immobilienversteigerung (Heilung nur bis Zuschlagserteilung möglich).....	36

Strafrecht

BGH:	Anwesenheitsrecht des Angeklagten (Ausschluss von der Entlassungsverhandlung).....	40
------	---	----

öffentl. Recht

OVG Hamburg:	Umgehung von Beteiligungsrechten (Klagebefugnis im Plangenehmigungsverfahren)	43
VGH München:	Fortsetzungsfeststellungsklage (Zulässigkeit bei Grundrechtseingriff)	47

Kurzauslese II

BGH:	Erledigung der Hauptsache (nachträglich erhobene Verjährungseinrede)	53
BGH:	Berufung in WEG-Sache (Einlegung beim sachlich unzuständigen Gericht).....	55
BGH:	Kronzeugenregelung (Opfer einer Katalogtat)	57
LG Lüneburg:	selbstverschuldete Verhandlungsunfähigkeit (Nichtbehandlung einer Erkrankung).....	57
VGH München:	Verwaltungsakt (verschärfter Verweis durch Schulleiter).....	57
VGH Mannheim:	Feststellungsklage (Zulässigkeit)	59
VGH München:	Normenkontrollantrag (Antragsfrist ist eine Ausschlussfrist).....	59
VGH Kassel:	gerichtl. Begründungsfrist (Nichtabhilfeentscheidung).....	61
OVG Münster:	Prüfungsbescheid (Umfang der Bestandskraft).....	61

Weitere Schriftumsnachweise	63
--	----

Übersicht: Der Widerspruchsbescheid.....	67
---	----

Aus der mdl. Prüfung

Referendarprüfung:	öffentl. Recht.....	68
Assessorprüfung:	Zivilrecht.....	69

Aus der Gesetzgebung

A. Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

4. Gesetz zur Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 24.07.2010 – In-Kraft-Treten am 30.07.2010 (BGBl. I, S. 976)

I. Die Änderungen des Schöffenamtes, § 33 GVG

Das **Schöffenamnt** konnte bisher von jedem erwachsenen deutschen Staatsangehörigen ausgeübt werden. Da die Schöffen bei der Entscheidungsfindung des Gerichts als **gesetzliche Richter i. S. des GG** mitwirken, können sie nur auf der Grundlage einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung vom Schöffenamnt ausgeschlossen werden. Die Streichung eines bereits ernannten Schöffen von der Schöffenliste war bisher nur in wenigen Fällen vorgesehen. Bei Fällen, in denen Schöffen der Hauptverhandlung mangels hinreichender Sprachkenntnisse nicht folgen konnten, war eine Streichung des Schöffen bislang nicht möglich. Danach dürfen das Schöffenamnt **zukünftig nur noch Personen** ausüben, **die die deutsche Sprache ausreichend beherrschen und damit der Hauptverhandlung folgen können**.

II. Die Divergenzvorlage, § 121 II GVG

Außerdem wird mit dem Änderungsgesetz durch die **Einführung der sog. „Divergenzvorlage“** mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im rechtspolitisch sensiblen Bereich der Sicherungsverwahrung geschaffen, indem das **Verfahren bei Beschwerden gegen Beschlüsse neu geregelt** wurde, die sich mit der Frage befassen, ob eine weitere Unterbringung in der Sicherungsverwahrung oder in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderlich ist.

Mit der Divergenzvorlage sollen vor allem die Fälle rasch geklärt werden, in denen die zuständigen Gerichte das Urteil des EuGH für Menschenrechte (Fünfte Sektion) vom 17.12.2009 berücksichtigen müssen.

Der EGMR hatte festgestellt, dass die rückwirkende Verlängerung einer zunächst auf zehn Jahre begrenzten Sicherungsverwahrung auf unbestimmte Zeit gegen die Europäische Menschenrechtskonvention verstößt.

Unter den OLG hat sich eine uneinheitliche Linie hinsichtlich der Rechtsfrage abgezeichnet, ob das Urteil des EGMR zwingend berücksichtigt werden muss. Künftig muss ein OLG, das in dieser Frage von einer anderen OLG -Entscheidung, die nach dem 01.01.2010 (Stichtag) ergangen ist, abweichen will, die Sache dem BGH zur Entscheidung vorlegen. In der Praxis bedeutet dies, dass der erste Fall, mit dem ein OLG nach Inkrafttreten der Regel befasst ist, vom BGH verbindlich entschieden wird. **Ziel** ist es, eine **unterschiedliche Rechtspraxis bei gleichgelagerten Fällen zu vermeiden**.

B. Änderung des Wertpapierhandelsgesetzes

Gesetz zur Vorbeugung gegen missbräuchliche Wertpapier- und Derivategeschäfte vom 21.07.2010 – In-Kraft-Treten am 27.07.2010 (BGBl. I, S. 945)

I. Allgemeines

Mit dem „Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse bei Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen und zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Ansprüchen von Anlegern aus Falschberatung“ (BR-Drucksache 180/09 vom 20.02.09) wurde u. a. auch das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) geändert.

II. Die Neuregelungen im Überblick

1. In **§ 34 WpHG** werden die Abs. 2a) und 2b) neu eingefügt.

Nach Abs. 2a) sind **Wertpapierdienstleistungsunternehmen nunmehr dazu verpflichtet, über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll anzufertigen**, das von

demjenigen, der die Anlageberatung durchgeführt hat, zu unterzeichnen ist. Zudem ist vor einem auf die Beratung beruhenden Geschäftsschluss dem Kunden das Protokoll auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen.

Bei **Fernabsatzgeschäften** kann der Geschäftsabschluss auf ausdrücklichen Wunsch des Kunden auch vor Erhalt des Protokolls erfolgen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die Beratung mit Zustimmung des Kunden technisch aufgezeichnet worden ist oder der Kunde ausdrücklich auf eine solche Aufzeichnung verzichtet hat.

Der **Inhalt des** nach § 34 Abs. 2a) WpHG **zu erstellenden Protokolls** ergibt sich aus der **Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung (WpDVe-rOV)**, die ebenfalls geändert wurde.

Wer das Protokoll nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig anfertigt, begeht eine Ordnungswidrigkeit, Gleiches gilt, wenn dem Kunden eine Ausfertigung des Protokolls nicht, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt wird. Die Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden.

2. Ferner wird **§ 37a WpHG**, in dem die **Verjährungsfrist für Ansprüche von Kunden gegen Wertpapierdienstleistungsunternehmen auf Schadensersatz** wegen Verletzung der Pflicht zur Information und wegen fehlerhafter Beratung im Zusammenhang mit einer Wertpapierdienstleistung geregelt ist, gestrichen.

Damit **gelten künftig die allgemeinen Verjährungsregeln**, wonach die Verjährung nicht mehr mit der Anspruchsentstehung, d. h. mit Datum des Geschäftsabschlusses, sondern erst mit dem Schluss des Jahres, in dem das Geschäft getätigt worden ist, beginnt. Ohne Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen kann sich die Verjährungsfrist von 3 auf 10 Jahre verlängern.

Brandaktuell

ZPO
§ 139

Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör Fehlen eines Hinweises auf Auslegung des Klageantrags

ZPO

(BGH in jurisAnwaltsLetter Nr. 16, 24.08.2010 – Beschluss vom 06.07.2010 –VI ZR 177/09)

Fall: Die Klägerin hat gegen die Beklagte materielle und immaterielle Schadensersatzansprüche sowie Feststellung der Ersatzpflicht für weitere Schäden geltend gemacht, die ihr aufgrund von ärztlichen Fehlern anlässlich einer Hysterektomie entstanden sind. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Leistungsklage wegen festgestellter Aufklärungsfehler dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, jedoch den Feststellungsantrag mit der Begründung abgewiesen, dieser beziehe sich entsprechend seinem Wortlaut nur auf (reine) Behandlungsfehler. Da es gegen sein Urteil die Revision nicht zugelassen hat, möchte die Klägerin mit ihrer vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerde eine Zulassung der Revision durch das Revisionsgericht erreichen, um ihren Feststellungsantrag weiter zu verfolgen.

Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 VII ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den **Anspruch** der Klägerin **auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG** in entscheidungserheblicher Weise **verletzt**, indem es - **ohne** der Klägerin zuvor einen **Hinweis nach § 139 ZPO** auf die beabsichtigte Auslegung ihres **Feststellungsantrags** zu geben - diesen **überraschend** mit der formalen Begründung abgewiesen hat, er **beziehe sich nur auf - nicht vorliegende - Behandlungsfehler im engeren Sinne und nicht auch auf - vorliegende - Aufklärungsfehler**.

Gerichtliche Hinweispflichten dienen der **Vermeidung von Überraschungsentscheidungen** und konkretisieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (BVerfGE 84, 188, 189 f.). Das Gericht hat nach § 139 I 2 ZPO insbesondere dahin zu wirken, dass die Parteien sachdienliche Anträge stellen.

*„Das rechtliche Gehör vor Gericht zum Streitgegenstand einer Klage bezieht sich danach **nicht allein auf den Sachverhalt und seinen Vortrag, sondern ebenso auf die sachdienliche Fassung der Klageanträge**, mit denen eine Partei vor Gericht verhandelt (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2009 - IX ZR 95/06 - NJW-RR 2010, 70). Will das Berufungsgericht einem solchen Antrag **abweichend von einer nahe liegenden Auslegung eine engere Bedeutung** beimessen, die zur Klageabweisung führt, so muss es die Partei auf die beabsichtigte Auslegung ihres Klageantrages **hinweisen**. Die betroffene Partei muss Gelegenheit erhalten, ihren Sachantrag klarzustellen und gegebenenfalls den Bedenken des erkennenden Gerichts anzupassen.*

*Der Klage- und Berufungsantrag der Klägerin unterliegt der uneingeschränkten Auslegung durch das Revisionsgericht. Danach konnte der Antrag der Klägerin **ohne weiteres dahingehend verstanden** werden, dass sie mit **"Behandlungsfehlern" allgemein eine fehlerhafte Behandlung** meinte, sei es nun aufgrund eines **Behandlungsfehlers im engeren Sinne** oder aufgrund einer fehlerhaften, weil **rechtswidrigen Behandlung infolge eines Aufklärungsfehlers**. Eine derartige Auslegung lag auch deshalb nahe, weil die Klage von vornherein sowohl auf Behandlungsfehler als auch auf Aufklärungsfehler gestützt war.*

*Unter diesen Umständen war es **überraschend** und verletzte den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG, indem das Berufungsgericht den **Feststellungsantrag** mit der formalen Begründung abgewiesen hat, er beziehe sich nur auf - nicht vorliegende - **Behandlungsfehler im engeren Sinne**, ohne der Klägerin zuvor einen - zwingend erforderlichen - **Hinweis nach § 139 ZPO** auf die beabsichtigte Auslegung zu geben. Dann - so macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend - hätte die Klägerin (selbstverständlich) klargestellt, dass sich ihr Feststellungsbegehren generell auf eine Haftung der Beklagten erstrecken soll, sei es nun aufgrund eines Behandlungsfehlers oder aufgrund eines Aufklärungsfehlers.“ (BGH aaO)*

Entscheidungen materielles Recht

BGB
§§ 536a, 275 II

Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung Anspruchsvoraussetzungen und Opfergrenze

MietR

(BGH in NJW 2010, 2050; Urteil vom 21.04.2010 – VIII ZR 131/09)

1. Hat der Mieter einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen zur Mängelbeseitigung nach § 536a II BGB, so kann er eine Vorauszahlung der Kosten verlangen.
2. Dies bezieht sich jedoch nur auf solche **Kosten**, die **nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig** sind und für Maßnahmen anfallen, die **voraussichtlich zur Mängelbeseitigung geeignet** sind.
3. **Die Verpflichtung des Vermieters** zur Beseitigung eines Mangels endet dort, wo der dazu erforderliche Aufwand die „**Opfergrenze**“ **überschreitet**. Er kann sich dann nach § 275 II BGB auf die Unzumutbarkeit berufen. Dies ist insbesondere der Fall bei einem krassen Missverhältnis zwischen dem Sanierungsaufwand und dem Verkehrswert des Hauses bzw. den zu erwirtschaftenden Mieteinnahmen. Erforderlich ist neben einer rein mathematischen Gegenüberstellung eine **Würdigung aller Umstände**.
5. Die **Berufung auf die Unzumutbarkeit** der Mängelbeseitigung nach § 275 II BGB kann nach Treu und Glauben **gem. § 242 BGB ausgeschlossen** sein.

Fall: Die Kl. verlangt von der Bekl. die Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung an einem Reihnhaus in Dresden. Sie mietete das Haus 1988 von dem VEB Gebäudewirtschaft Dresden, dem Rechtsvorgänger der Bekl. Die Grundmiete beträgt seit dem 01.01.1997 monatlich 351,87 Euro. Mit Schreiben vom 23.06. 2006 verzichtete die Bekl. gegenüber der Kl. im Zusammenhang mit der Privatisierung des Wohnungsbestands der Stadt Dresden im Rahmen der „Dresdner Sozialcharta“ auf das Recht zur ordentlichen Kündigung des Mietverhältnisses wegen Eigenbedarfs und wegen Hinderung an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Mietobjekts. Das etwa in den Jahren 1965 bis 1975 errichtete Haus weist an den Innen- und Außenwänden erhebliche Risse auf. Damit zusammen hängen Schäden am Schornstein und am Dach sowie an Fenstern und Türen. Die Bekl. hat seit August 1995 Kenntnis von diesen Mängeln. Bereits seit 1990 bemühte sich die Kl. um einen Ankauf der Immobilie. Die Bekl. lehnte das Angebot ab.

Die Kl. verlangte mit Schreiben vom 07.09.2001 erstmals die Beseitigung der Mängel. In den folgenden Jahren wiederholte sie die Aufforderungen. Nachdem es im Jahr 2002 zu Wassereintrüben gekommen war, ließ die Bekl. am 10.03.2004 das Haus von einem Sachverständigen besichtigen. Die Kl. legte der Bekl. mit Schreiben vom 25.09.2007 ein Gutachten vor und drohte an, Klage zu erheben, wenn die Bekl. nicht innerhalb von zehn Tagen anerkenne, dass die Schäden zu beseitigen seien, und entsprechende Vorschläge unterbreitet würden.

Der Gutachter, der auftragsgemäß keine Untersuchung der Ursache für die festgestellten Schäden durchgeführt hatte, bezifferte die Kosten für eine Beseitigung der Risse mit Kunstharzmasse und die Reparatur der übrigen Schäden einschließlich der erforderlichen Vor- und Nacharbeiten auf 47.546 Euro, wies aber darauf hin, dass es vor Beginn dieser Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen. Die Bekl. antwortete mit Schreiben vom 02.10.2007, dass eine Rissanierung ohne dauerhaften Erfolg wäre, wenn weitere Setzungserscheinungen aufträten. Sie werde bis zum 28.02.2008 ein Gutachten über die Ursachen in Auftrag gegeben. Erst wenn dieses Ergebnis vorliege, könnten Art und Umfang der notwendigen Arbeiten eingeschätzt werden.

Nachdem die Bekl. mit Schreiben der Kl. vom 14.04.2008 vergeblich aufgefordert worden war, das Ergebnis der Auswertung mitzuteilen, hat die Kl., die die Rissbildung für abgeschlossen hält, Klage auf Zahlung von 47.576 Euro erhoben, um mit diesem Betrag die im Gutachten des Architekturbüros vorgesehenen Arbeiten durchführen zu lassen.

Die Bekl., die die Maßnahmen für zwecklos hält, bezieht sich insoweit auf das Gutachten des Ingenieurbüros S vom 02.05.2007, demzufolge die Risse weiterhin in Bewegung sind. In dem Gutachten werden Mängel in der Standfestigkeit des Baugrundes als vorrangige Ursache für die Risse gesehen. Auf dieser Grundlage schätzt die Bekl. die möglichen Sanierungskosten auf mindestens das Doppelte des von der Kl. geltend gemachten Betrags, im ungünstigsten Fall auf etwa 170.000 Euro; den Verkehrswert des Hausgrundstücks gibt sie mit 28.000 Euro an. Hat die Kl. einen Anspruch auf den eingeklagten Kostenvorschuss?

Die Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf den eingeklagten Kostenvorschuss nach § 536a BGB haben. Nach § 536a II Nr. 1 BGB kann der Mieter den Mangel der Mietsache selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist.

„Zu diesem Zweck kann der Mieter vom Vermieter die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Beseitigungskosten verlangen (BGH, NJW 2008, 2432 = NZM 2008, NZM 607 Rn 8; BGHZ 56, 136 [141] = NJW 1971, 1450).“ (BGH aaO)

Ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses für eine vom Mieter zu veranlassende Mängelbeseitigung besteht nach § 536a II Nr. BGB daher nur, wenn die Voraussetzungen für eine eigene Mängelbeseitigung des Mieters vorliegen. Es muss daher ein Mietmangel vorliegen, die angestrebten Aufwendungen müssen zur Beseitigung des Mangels erforderlich sein und der Vermieter muss mit der Mängelbeseitigung in Verzug sein.

I. Vorliegen eines Mietmangels

Ein Sachmangel der Mietsache nach § 536 I BGB liegt vor, wenn die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel hat, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder während der Mietzeit ein solcher Mangel entsteht.

Ein **Sachmangel im Sinne des § 536 I BGB** ist ein Fehler, welcher der Mietsache in ihrer Substanz anhaftet. Es muss nicht schon nach außen hervorgetreten sein, wenn nur seine Ursachen schon vorhanden sind. Der Fehler kann auch in einem tatsächlichen bzw. rechtlichen Verhältnis bestehen, das nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen für einen Mieter die Sache und deren **Gebrauchswert unmittelbar beeinträchtigt**. Stets muss die Tauglichkeit zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten vertragsgemäßen Gebrauch ganz aufgehoben oder gemindert sein (subjektiver Fehlerbegriff). Dies ist bei den Rissen an den Innen- und Außenwänden des Hauses und den damit zusammenhängenden weiteren Schäden am Schornstein und am Dach unstreitig der Fall.

II. Erforderlichkeit der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung

Der Mieter hat einen Anspruch auf einen Kostenvorschuss gem. § 536a II BGB für Maßnahmen, mit denen er die Mängel selbst beseitigen lassen will, wenn die als Vorschuss verlangten Beseitigungskosten zur Mängelbeseitigung erforderlich sind (vgl. BGH NJW 2008, 3421).

1. Maßstab für Erforderlichkeit

*„Die Ersatzpflicht des Vermieters beschränkt sich danach auf die Aufwendungen, die der Mieter bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für angemessen halten darf; darunter fallen lediglich solche **Kosten**, die **nach vernünftiger wirtschaftlicher Betrachtungsweise nötig und zweckmäßig** sind (Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2006, § 536a Rn 32; vgl. zum Werkvertragsrecht BGH, NJW-RR 1989, 86 [unter II 3c]; NJW-RR 1991, 789 [unter II 2]). Erforderlich in diesem Sinn können Beseitigungskosten nur sein, wenn die **Maßnahmen**, die der Mieter mit dem verlangten Vorschuss durchzuführen beabsichtigt, **voraussichtlich zur Mängelbeseitigung geeignet** sind.“ (BGH aaO)*

2. Anwendung auf den Fall

*„Die Revision rügt insoweit mit Recht, dass das BerGer. den Vortrag der Bekl. übergangen hat, wonach die Rissbildung noch nicht abgeschlossen sei und aus diesem Grund das in dem von der Kl. in Auftrag gegebenen Gutachten als Sanierungsmaßnahme vorgesehene **Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse jedenfalls derzeit zwecklos** sei. Dies wird auch in dem Gutachten selbst angedeutet, wenn es dort einschränkend heißt, es vor Beginn der nachfolgend beschriebenen Arbeiten notwendig sei, die Ursache für die protokollierten Rissbilder im Gebäude festzustellen und nach Möglichkeit zu beseitigen. Übereinstimmend damit wird in dem von der Bekl. eingeholten Gutachten des Ingenieurbüros vom 02.05.2007 darauf hingewiesen, dass **vorab Untersuchungen zu den Rissursachen** unbedingt notwendig seien, um Klarheit insbesondere hinsichtlich der Art und des Umfangs der Sanierung des Gebäudes zu erhalten; zur Behebung der Rissursache seien **mit großer Sicherheit Sanierungsmaßnahmen im Baugrund** erforderlich. Aus beiden Gutachten ergibt sich somit, dass es mit dem im Gutachten beschriebenen Verschließen der Risse mit Kunstharzmasse nicht getan ist, wenn die Rissbildung, wie die Bekl. behauptet, noch nicht abgeschlossen ist. Daher müssen zunächst die Ursachen der Rissbildung geklärt und – wenn möglich – beseitigt werden. Ohne vorherige Klärung der Frage, ob die Rissbildung noch fortschreitet und worauf dies gegebenenfalls beruht, sind die im Gutachten vorgesehenen Maßnahmen zur nachhaltigen Mängelbeseitigung nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ungeeignet, weil mit ihnen der zweite Schritt vor dem ersten getan würde.“ (BGH aaO)*

Die Tatbestandsvoraussetzungen für den Anspruch aus §536a II BGB sind derzeit nicht erfüllt sind. Obwohl es daher nicht darauf ankommt, ob der Einwand der Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung (§ 275 II BGB) durchgreift, hat der BGH zu dieser Frage Stellung genommen.

III. Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung

Der Bekl. könnte auf die Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung nach § 275 II BGB berufen.

1. Maßstab für Unzumutbarkeit

*„Der Senat hat entschieden, dass die **Verpflichtung des Vermieters** zur Beseitigung eines Mangels dort endet, wo der dazu erforderliche Aufwand die **„Opfergrenze“ überschreitet**. Wann diese Zumutbarkeitsgrenze überschritten ist, muss von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der beiderseitigen Parteiinteressen wertend ermittelt werden. Doch darf **kein krasses Missverhältnis** entstehen zwischen dem **Reparaturaufwand** einer- und dem Nutzen der Reparatur für den Mieter sowie dem **Wert des Mietobjekts** und den aus ihm zu ziehenden Einnah-*

men andererseits (BGH, NJW 2005, 3284 = NZM 2005, 820 [unter II 2] m.w.N.; so bereits OLG Karlsruhe, NJW-RR 1995, 849 [850]; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343 [344]; LG Dresden, NZM 2008, 165).

Danach lässt sich eine Überschreitung der „Opfergrenze“ **nicht** aus einer **bloßen Gegenüberstellung** zwischen **Sanierungskosten** und **Verkehrswert** herleiten; erforderlich ist eine **Würdigung aller Umstände**. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch ein etwaiges Verschulden des Schuldners zu berücksichtigen (§ 275 II 2 BGB); dies war bereits vor der Schuldrechtsmodernisierung in der Rechtsprechung des BGH anerkannt (NJW 1988, 699 [unter III 2b]; vgl. auch OLG Hamburg, NZM 2002, 343).“

Je ungünstiger sich das Verhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert darstellt, desto gewichtiger müssen die entgegenstehenden **Umstände** sein, die es dem Vermieter trotz bestehendem Missverhältnis zwischen Sanierungskosten und Verkehrswert verwehren sollen, sich auf den Einwand der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit (§ 275 II BGB) zu berufen. Ein **auffälliges Missverhältnis indiziert eine Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze**. Im Extremfall kann dieses Indiz so stark sein, dass schwer vorstellbar erscheint, welche weiteren Umstände zu einer anderen Abwägung sollten führen können.“ (BGH aaO)

2. Anwendung auf den Fall

Es ist berücksichtigen, dass einem aktuellen Verkehrswert von 28.000 Euro Sanierungskosten mindestens in der doppelten Höhe des von der Kl. geltend gemachten Vorschusses, das heißt in Höhe von etwa 95.000 Euro, ungünstigstenfalls sogar in Höhe von etwa 170.000 Euro, gegenüberstünden. Hieraus ergibt sich rein rechnerisch ein krasses Missverhältnis. Fraglich ist jedoch, ob die Berücksichtigung besonderer Umstände des Falles dem Bekl. gleichwohl nach Treu und Glauben die Berufung auf die Unzumutbarkeit nach § 275 II BGB verwehrt.

a) Treuwidrigkeit wegen Reparaturstau

„Das BerGer. meint, die Kl. könne sich auf den Einwand aus § 275 II BGB schon deshalb nicht berufen, weil sie es zu einem „Reparaturstau“ habe kommen lassen und deshalb die Höhe der Sanierungskosten zu vertreten habe (vgl. dazu Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, MietR, 9. Aufl., § 536 Rn 504). Dieser Vorwurf ist nach dem revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachverhalt nicht gerechtfertigt.

Die Revision rügt mit Recht, dass es bereits an **Feststellungen** dazu **fehlt**, dass der **Sanierungsaufwand** und die damit verbundenen Kosten **zu einem früheren Zeitpunkt wesentlich niedriger** gewesen wären. Davon ist auch nicht ohne Weiteres auszugehen., wenn die vom BerGer. unterstellte Behauptung der Bekl. zutrifft, dass die Risse, wie in dem Gutachten ausgeführt, weiterhin in Bewegung sind und die wesentliche Ursache dafür in der mangelnden Tragfähigkeit des Baugrundes und in Konstruktionsmängeln des Gebäudes zu suchen ist. Denn dann bestanden die für die Rissbildung verantwortlichen Mängel, deren Beseitigung nur mit hohen Kosten möglich ist, schon seit der Errichtung des Gebäudes.“ (BGH aaO)

b) Treuwidrigkeit wegen Schaffung eines Vertrauenstatbestandes

„Auch verhält sich die Bekl. nicht deshalb treuwidrig, weil sie, wie das BerGer. meint, durch die von ihr **in Auftrag gegebene Begutachtung einen Vertrauenstatbestand geschaffen** und der Kl. im Schreiben vom 8. 10. 2007 eine **Sanierung „dem Grunde nach“ zugesagt** hätte, wodurch die Kl. davon **abgehalten worden sei, Mangelbeseitigung zu verlangen**. Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil eine solche Zusage dem Schreiben vom 08.10.2007 nicht zu entnehmen ist. Davon abgesehen ist die Kl. weder durch die Begutachtung noch durch das Schreiben davon abgehalten worden, Mangelbeseitigung zu verlangen. Bereits seit dem Jahr 2001 verlangte die Kl. Mangelbeseitigung. Dieses Verlangen führte gerade dazu, dass die Bekl. das Gutachten S in Auftrag gab.“ (BGH aaO)

c) Treuwidrigkeit wegen Verweigerung des Ankaufes des Hauses

„Ebenso wenig lässt sich ein dem Einwand aus § 275 II BGB entgegenstehender Verstoß der Kl. gegen Treu und Glauben daraus herleiten, dass sich die **Kl. bis zum Jahr 2001 erfolglos um einen Ankauf des Hauses bemüht** hat. Das BerGer. legt nicht nachvollziehbar dar, auf Grund welcher Umstände die Kl. bis zum Jahr 2001, als die Bekl. das Kaufangebot der Kl. ablehnte, darauf hätte vertrauen dürfen, die Immobilie zu erwerben, und aus welchen Gründen ein insoweit vor dem Jahr 2001 etwa bestehender Vertrauenstatbestand auf Seiten der Kl. dazu führen soll, der Bekl. die Berufung auf den Einwand aus § 275 II BGB zu versagen. Einen Zusammenhang, der eine solche „Sanktion“ rechtfertigen würde, vermag der Senat nicht zu erkennen.“ (BGH aaO)

d) Treuwidrigkeit wegen Kündigungsschutz

„Schließlich ist auch nicht nachzuvollziehen, inwiefern der Umstand, dass die Kl. der Bekl. im Jahr 2006 im Rahmen der Dresdner Sozialcharta **umfassenden Kündigungsschutz** gewährt hat, dem Einwand aus § 275 II BGB entgegenstehen soll. Soweit das BerGer. in diesem Zusammenhang meint, dass die Bekl. die **Mangelbeseitigung unterlasse**, um die **Kl. zum Auszug zu drängen**, setzt die Berechtigung eines solchen Vorwurfs voraus, dass die Bekl. zur **Mangelbeseitigung verpflichtet** ist. Das Bestehen einer solchen Verpflichtung hängt aber davon ab, ob der Einwand aus § 275 II BGB durchgreift, darf also bei der Prüfung dieses Einwands nicht vorausgesetzt werden.“ (BGH aaO)

IV. Ergebnis: Die Voraussetzungen für ein Recht der Kl. auf Selbstvornahme der Mangelbeseitigung und für einen Anspruch auf Kostenvorauszahlung nach § 536a II Nr. 1 BGB liegen damit nicht vor, so dass die Klage keinen Erfolg hat.

Widerruf des Fernabsatzvertrages
keine Belastung des Verbrauchers mit Zusendekosten
 (EuGH in MMR 2010, 396; Urteil vom 15.04.2010 – C-511/08)

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz ist dahin auszulegen, dass er einer **nationalen Regelung entgegensteht**, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem **Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware** auferlegen darf, **wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt**.

Fall: Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG Nr. L 144, S. 19).

Die Handelsgesellschaft H ist eine im Versandhandel tätige Gesellschaft. Ihre AGB sehen vor, dass der Verbraucher einen pauschalen Versandkostenanteil von 4,95 € trägt. Diesen Betrag hat das Versandunternehmen im Fall eines Widerrufs nicht zu erstatten. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen erhob Klage auf Unterlassung, den Verbrauchern im Fall des Widerrufs die Kosten der Zusendung der Waren aufzuerlegen. Auf die hiergegen eingelegte Revision der Handelsgesellschaft H stellte der BGH fest, dass das deutsche Recht dem Verbraucher nicht ausdrücklich einen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware gewähre. Wenn aber die RL 97/7 dahin auszulegen sei, dass sie der Belastung des Verbrauchers, der sein Widerrufsrecht ausübe, mit den Kosten der Zusendung der Waren entgegenstehe, müssten die einschlägigen Bestimmungen des BGB richtlinienkonform dahin ausgelegt werden, dass diese Kosten dem Verbraucher zu erstatten seien. Nach Meinung des vorlegenden Gerichts lässt sich jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit feststellen, wie diese RL, insb. ihr Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2, auszulegen ist.

Dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften wird folgende Frage zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts gem. Art. 234 EG zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Sind die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat?

Nach Auffassung der deutschen Regierung sind die Bestimmungen des Art. 6 I Unterabs. 1 S. 2 und II der Richtlinie 97/7/EG dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung nicht entgegenstehen, wonach die Kosten der Zusendung der Waren dem Verbraucher auch dann auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Richtlinie 97/7/EG habe zur Frage der Erhebung von Zusendungskosten nach Widerruf des Vertrags durch den Verbraucher keine Regelung getroffen. Daher gehöre die Erhebung dieser Kosten zu den „weitere[n] Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts“, deren Festlegung, wie im 14. Erwägungsgrund dieser Richtlinie vorgesehen, Sache der Mitgliedstaaten sei.

I. zur nationalen Rechtslage

Nach wirksamer Ausübung eines Rücktrittsrechts hat der zurücktretende Käufer nach § 346 I BGB einen **Anspruch auf Rückgewähr der empfangenen Leistungen**. Hat er den Kaufpreis also schon vorab entrichtet, hat er einen entsprechenden Erstattungsanspruch. Fraglich ist jedoch, ob er bei einer Bestellung nach dem Fernabsatzgesetz auch die Erstattung der Versandkosten verlangen kann, die für die Übermittlung der Ware vom Verkäufer an ihn entstanden sind.

1. Anspruch auf Rückgewähr nach § 346 I BGB

a) Anspruch auf Rückgewähr der Zusendekosten von § 346 I BGB nicht erfasst

Der BGH ist der Auffassung, dass - wie dies teils auch in der Lit. vertreten wird (MüKo-BGB/Gaier, 5. Aufl., § 346 Rn 19; Palandt/Grüneberg, BGB, 67. Aufl., § 346 Rn 5; Pfeiffer, ZGS 2008, 48 [49]; Jansen/Latta, JuS 2007, 550, 552 f.), ein Anspruch des Käufers auf Erstattung der **Kosten der Zusendung** nach Ausübung des Rückgaberechts gem. §§ 312d I 2, 356 I, 357 I 1, 346 BGB ausscheidet, weil sie **nicht von der Rückgewährpflicht nach § 346 I BGB erfasst** werden. Es handelt sich hierbei um Vertragskosten, die als Schadensposition i.R.d. Rückabwicklung nicht ausgeglichen werden können (vgl. BGH NJW 1985, 2697, unter B.II; BGH NJW 2009, 66; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 467 Rn 13, 103 ff.).

Vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes waren die Zusendekosten gem. § 467 S. 2 BGB a.F. im Falle der Wandelung vom Verkäufer zu ersetzen. Diese Vorschrift wurde allerdings nicht in das neue Recht übernommen, sodass eine Erstat-

tung nunmehr nur noch im Rahmen eines Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruchs erfolgen kann (vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 225; BGH NJW 2009, 66; MüKo-BGB/Gaier, aaO).

b) Anspruch auf Rückgewähr der Zusendekosten von § 346 I BGB erfasst

„Soweit demgegenüber jedoch auch vertreten wird, dass die Kosten der Zusendung, die der Käufer dem Verkäufer gezahlt hat, unter die Rückgewährpflicht des Verkäufers gem. § 346 I BGB fallen (OLG Frankfurt/M. CR 2002, 638, 642; Braun, ZGS 2008, 129, 133 f.; Brönneke, MMR 2004, 127, 129; Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1339 f.; Kazemi, MMR 2006, 246), führt das zu keinem anderen Ergebnis. Wenn ein **Rückgewähranspruch des Käufers** im Hinblick auf das **für die Zusendung geleistete Entgelt** bejaht wird, dann ist auch ein **Rückgewähranspruch des Verkäufers** für die von ihm erbrachte **Transportleistung** anzunehmen. Dies entspricht dem gesetzlichen Leitbild des § 448 BGB, demzufolge der Käufer bei **Schickschulden** die **Kosten der Versendung** zu tragen hat (vgl. Kaestner/Tews, aaO, S. 1340). Die Transportleistung des Verkäufers kann zwar ihrer Natur nach nicht herausgegeben werden, es bestünde aber ein **Wertersatzanspruch des Verkäufers** nach § 346 II 1 Nr. 1 BGB, der dem Anspruch des Käufers auf Rückzahlung der von ihm übernommenen Kosten der Zusendung gegenüberstehen würde (MüKo-BGB/Masuch, aaO, § 357 Rn 24; Föhlisch, in: Hoeren/Sieber, Hdb. Multimedia-Recht, Stand August 2006, 13.4 Rn 287; Becker/Föhlisch, NJW 2005, 3377, 3380; Braun, aaO, S. 131 f.; Schirnbacher, CR 2002, 642, 643).“ (BGH NJW 2009, 66 = Vorlageentscheidung)

Somit ist davon auszugehen, dass nach der nationalen Regelung ein Anspruch des Käufers auf Rückgewähr der Zusendekosten sich nicht aus § 346 I BGB ergibt.

II. richtlinienkonforme Auslegung

„Nach einer **verbreiteten Auffassung in der Lit.** hat der Unternehmer im Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrags auf Grund einer richtlinienkonformen Auslegung des deutschen nationalen Rechts die Kosten der Zusendung zu tragen (Erman/Saenger, BGB, 12. Aufl., § 357 Rn 2; Braun, aaO, S. 132 f.; Brönneke, aaO; Eichelberger, VuR 2008, 167, 168 f.; Hansen, ZGS 2006, 14, 18; Jansen/Latta, aaO, S. 553 f.; Junker, in: jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 312f BGB Rn 28.1 ff.; Kaestner/Tews, aaO; Kazemi, aaO; Würdinger/Ringshandl, MMR 2008, 49 f.). Dabei wird teils darauf abgestellt, dass im Fall des Widerrufs einerseits nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 FARL dem Verbraucher die von ihm geleisteten Zahlungen zu erstatten sind und es andererseits in Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 heißt, dass die **einzigsten Kosten**, die dem Verbraucher **infolge des Widerrufs auferlegt** werden können, die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Ware sind, weshalb kein Raum für die Belastung des Verbrauchers mit den Kosten der Zusendung verbleibe (Brönneke, aaO., S. 129). Teils wird allein der Erwägungsgrund 14 der FARL für eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung herangezogen, wonach im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts die Kosten, wenn überhaupt, dem Verbraucher nur insoweit aufzuerlegen sind, als sie die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren betreffen (Würdinger/Ringshandl, aaO, S. 50).“ (BGH NJW 2009, 66)

Nach Auffassung des vorliegenden BGH (NJW 2009, 66) ist jedoch nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit festzustellen, ob die FARL in dieser Weise auszulegen ist.

III. Entscheidung des EuGH

Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 1 RL 97/7 gibt dem Verbraucher ein Widerrufsrecht, das er innerhalb einer bestimmten Frist ohne Strafzahlung und ohne Angabe von Gründen ausüben kann. Zu den Rechtsfolgen des Widerrufs sieht Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 der RL 97/7 vor, dass „der Lieferer die **vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten** [hat]. Die einzigen Kosten, die dem **Verbraucher** infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts **auferlegt** werden können, sind die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren.

„Aus dem 14. Erwägungsgrund dieser RL ergibt sich jedoch, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht vollständig harmonisiert sind und es daher Sache der Mitgliedstaaten ist, „weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen“. (EuGH aaO)

Hierzu ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 2 S. 1 der RL 97/7 dem **Lieferer** im Fall des Widerrufs des Verbrauchers eine **allgemeine Erstattungspflicht** auferlegt, die sich auf **sämtliche** vom Verbraucher anlässlich des Vertrags **geleisteten Zahlungen** unabhängig von deren Grund bezieht. Fraglich ist daher, ob die Zusendekosten auch unter den Begriff der „geleisteten Zahlungen“ fallen.

1. Zur Auslegung der Wendung „vom Verbraucher geleistete Zahlungen“

„Gem. Art. 4 der RL 97/7 unterscheidet diese **nur im Hinblick** auf die dem Verbraucher vor Vertragsabschluss vom Lieferer zur **Verfügung zu stellenden Informationen** zwischen dem **Preis der Ware** und den **Lieferkosten**. Im Hinblick auf die **Rechtsfolgen des Widerrufs** trifft die RL dagegen **keine derartige Unterscheidung**, sondern bezieht sich auf **sämtliche** vom Verbraucher an den Lieferer geleisteten Zahlungen.

Diese Auslegung wird auch durch die in Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der RL zur Bezeichnung der „**unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren**“ gebrauchte Wendung „[d]ie einzigen Kosten, die dem Verbraucher ... auferlegt

werden können“ bestätigt. Wie der Generalanwalt in Nr. 32 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, verlangt der Ausdruck „die **einzigsten Kosten**“ eine **enge Auslegung** und macht diese Ausnahme zur einzigen. (EuGH aaO)

Der Ausdruck „geleistete Zahlungen“ in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 der RL 97/7 erfasst vorbehaltlich der Auslegung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 dieser RL alle vom Verbraucher im Zusammenhang mit dem Vertrag geleisteten Zahlungen.

2. Zur Auslegung der Wendung „infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts“ ...

a) Wortlautauslegung

„Vorab ist festzustellen, dass der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der RL 97/7 in **bestimmten Sprachfassungen** entweder dahin ausgelegt werden kann, dass er sich **nur** auf die durch den Widerruf verursachten **Folgekosten** bezieht, oder dahin, dass er **sämtliche Kosten** im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfasst, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können.

Selbst wenn die **deutsche**, die **englische** und die **französische Fassung** der RL 97/7 die Begriffe „infolge“, „because of“ und „en raison de“ verwenden, enthalten, wie der Generalanwalt in Nr. 41 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, andere Sprachfassungen der RL, vor allem die **italienische** und die **spanische**, keine entsprechende Wendung, sondern beziehen sich einfach auf den Verbraucher, der sein Widerrufsrecht ausübt.

Nach st. Rspr. darf der Text einer Bestimmung wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung der Gemeinschaftsrichtlinien **im Zweifelsfall nicht isoliert betrachtet** werden, sondern muss unter **Berücksichtigung der Fassungen in den anderen Amtssprachen** ausgelegt werden (vgl. in diesem Sinne U. v. 2.4.1998 – Rs. C-296/95 – EMU Tabac u.a., Slg.1998 I, 1605, Rn 36; U. v. 17.6.1998 – Rs. C-321/96 – Mecklenburg, Slg.1998 I 3809, Rn 29; U. v. 20.11.2008 – Rs. C-375/07 – Heuschen & Schrouff Oriental Foods Trading, Slg.2008 I 8691, Rn 46, und U. v. 10.09.2009 – Rs. C-199/08 – Eschig, Rn 54). **Weichen i.Ü.** die verschiedenen **Sprachfassungen** eines Unionstextes **voneinander ab**, muss die fragliche Vorschrift nach der **allg. Systematik** und dem **Zweck der Regelung** ausgelegt werden, zu der sie gehört (vgl. U. v. 9.3.2000 – Rs. C-437/97 – EKW und Wein & Co, Slg.2000 I 1157, Rn 42; U. v. 04.10.2007 – Rs. C-457/05 – Schutzverband der Spirituosen-Industrie, Slg.2007 I 8075, Rn 18, und U. v. 09.10.2008 – Rs. C-239/07 – Sabatauskas u.a., Slg.2008 I 7523, Rn 39).“ (EuGH aaO)

b) Systematik und Teleologie

Die Auslegung von Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 der RL 97/7, wonach diese Bestimmungen sämtliche Kosten im Zusammenhang mit dem Abschluss, der Durchführung oder der Beendigung des Vertrags erfassen, die im Fall des Widerrufs zu Lasten des Verbrauchers gehen können, entspricht der allg. **Systematik** und dem **Zweck** dieser RL.

„Für diese Auslegung spricht nämlich zum einen die Tatsache, dass im 14. Erwägungsgrund der RL 97/7 selbst in den Sprachfassungen, die in Art. 6 den Ausdruck „infolge“ oder eine ähnliche Formulierung verwenden, die Kosten genannt werden, die vom Verbraucher „im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts“ getragen werden. Entgegen dem Vorbringen der deutschen Regierung bezieht sich Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser RL daher auf **sämtliche i.R.d. Vertrags angefallenen Kosten** und **nicht nur auf die durch den Widerruf verursachten Folgekosten**.

Zum anderen ergibt sich aus dem 14. Erwägungsgrund der RL 97/7 in Bezug auf die Zielsetzung von Art. 6, dass mit dem **Verbot**, dem Verbraucher im Fall seines Widerrufs die durch den Vertrag entstandenen **Kosten aufzuerlegen**, **gewährleistet** werden soll, dass das in dieser RL festgelegte **Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht“** ist (vgl. dazu U. v. 3.9.2009 – Rs. C-489/07 [= MMR 2009, 744 m. Anm. Damm] – Messner, Rn 19). Da mit Art. 6 daher eindeutig das **Ziel verfolgt** wird, den Verbraucher **nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten**, liefe eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, eine Regelung vorzusehen, die dem Verbraucher im Fall eines solchen Widerrufs die Kosten der Zusendung in Rechnung stellt, diesem Ziel zuwider.

Wie bereits dargelegt, gestattet es Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2 dieser RL dem Lieferer nur, dem **Verbraucher** im Fall des Widerrufs die **unmittelbaren Kosten der Rücksendung** der Waren **aufzuerlegen**. Sollten dem Verbraucher auch die Kosten der Zusendung in Rechnung gestellt werden, liefe eine solche Belastung, die zwangsläufig geeignet ist, ihn von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten, der Zielsetzung von Art. 6 der RL zuwider, auf die bereits vorstehend hingewiesen worden ist. I.Ü. stünde eine solche Belastung einer ausgewogenen Risikoverteilung bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz entgegen, indem dem Verbraucher sämtliche im Zusammenhang mit der Beförderung der Waren stehenden Kosten auferlegt würden.“ (EuGH aaO)

Nach alledem ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der RL 97/7 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der der Lieferer in einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware auferlegen darf, wenn dieser sein Widerrufsrecht ausübt.

StGB

Volksverhetzung

StGB

§ 130 II Nr. 1b

Text-Bild-Kombination auf NPD-Wahlplakat

(OLG München in NJW 2010, 2150; Beschluss vom 09.02.2010 – 5 St RR (II) 9/10)

Der Inhalt des Wahlplakats der NPD für die Wahl zum Bayerischen Landtag am 28.09.2008, auf dem unter der Überschrift „Guten Heimflug!“ ausländische Mitbürger auf einem „fliegenden Teppich“ abgebildet waren, ist nicht als Volksverhetzung strafbar.

Fall: Der Angekl. ist als Vorsitzender des Kreisverbands für den Bereich der Region 10 der NPD und dort für die Wahlwerbung verantwortlich. Am 16. und 17.08.2008 wurden in I. etwa 60 Werbeplakate der NPD für die Wahl des Bayerischen Landtags an Straßenlaternen befestigt. Sie waren für vorbeikommende Autofahrer gut erkennbar. Etwa ein Drittel der Plakate zeigte auf rotem Grund drei Personen, die auf einem „fliegenden Teppich“ sitzen. Dabei handelt es sich um ein türkisch oder kurdisch aussehendes Paar, der Mann mit langem Oberlippenbart und turbanähnlicher Kopfbedeckung, die Frau mit orientalisch gebundenem Kopftuch und einem langen, „sackähnlich geschnittenen“ Kleid sowie um einen „Schwarzen“. Auf dem Teppich liegen drei Säcke, die möglicherweise mit Gepäck gefüllt sind. Die türkisch oder kurdisch aussehenden Personen haben lange, gebogene Nasen, die „eher Vogelschnäbeln als Nasen ähneln“; der Oberlippenbart des Mannes ist ebenfalls vergrößert dargestellt; er reicht bis auf Kinnhöhe. Der „Schwarze“ hat „überzeichnete wulstige“ Lippen, krauses Haar und abstehende Ohren. Alle drei schauen „mit weit geöffneten Augen und sowohl ängstlichem als auch dummen Gesichtsausdruck“ nach vorne. Über der Darstellung steht in großer Schrift: „Guten Heimflug!“, darunter das Kürzel „NPD“ und die Worte „Die Nationalen“ sowie ein Wahlkreuzchen und die Internetadresse der NPD.

Zu prüfen ist, ob der Inhalt der Wahlplakate den Tatbestand des § 130 II Nr. 1b StGB in der Variante des **böswilligen Verächtlichmachens** erfüllt.

I. Nach § 130 II Nr. 1b StGB macht sich strafbar, wer die **Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er** Teile der Bevölkerung oder eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe **beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet.**

1. Ein **Angriff gegen die Menschenwürde anderer** setzt voraus, dass sich die **feindselige Handlung nicht nur gegen einzelne Persönlichkeitsrechte** wie etwa die Ehre richtet, **sondern den Menschen im Kern seiner Persönlichkeit trifft**, indem er unter Missachtung des Gleichheitssatzes als minderwertig dargestellt und ihm das Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft bestritten wird.

BVerfG NJW 2001, 61 = NStZ 2001, 26; BGHSt 36, 83 = NJW 1989, 1365 = NStZ 1989, 361; Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl., § 130 Rn 6 m.w.N.

Wird ein solcher Angriff in dem Gebrauch eines Grundrechts (hier: Art. 5 I 1 GG) gesehen, bedarf es einer sehr sorgfältigen Begründung, da die Grundrechte insgesamt Konkretisierungen des Prinzips der Menschenwürde sind.

BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127; BVerfGE 107, 275 = NJW 2003, 1303

2. Die **feindselige Handlung der Text- und Bildkombination auf den Wahlplakaten** mit dem politischen Ziel, die zeichnerisch dargestellten Teile der Bevölkerung mögen in ihre Heimatländer zurückkehren, stellt jedoch ungeachtet ihres möglichen ehrverletzenden Gehalts noch **ein vom Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG erfasstes Werturteil** dar.

„Dieser gibt jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127) und insbes. im politischen Meinungskampf auch in überspitzter und polemischer Form Kritik zu äußern (BVerfG NJW 1992, 2750). Dass eine Aussage scharf und übersteigert formuliert ist, entzieht sie nicht schon deshalb dem Schutzbereich dieses Grundrechts (BVerfGE 61, 1 = NJW 1983, 1415; BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127). Dies gilt auch für Aussageinhalte zeichnerischer Darstellungen.“ (OLG München aaO)

3. **Voraussetzung** jeder rechtlichen Würdigung von Äußerungen ist, dass ihr **objektiver Sinn**, also der Sinn, den sie nach dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums objektiv haben (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127), **zutreffend erfasst** worden ist (BVerfGE 94, 1 = NJW 1996, 1529).

Der objektive Sinn wird nicht nur vom **Wortlaut der Äußerung**, sondern insbes. dann, wenn die betreffende Formulierung – wie hier – ersichtlich ein Anliegen nur in **schlagwortartiger Form** zusammenfasst (vgl. BVerfG BeckRS 2009, 37173), auch **vom Kontext und den Begleitumständen der Äußerung bestimmt**, soweit diese für den Rezipienten erkennbar sind (BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NStZ 1996, 127). **Bei mehrdeutigen Äußerungen**

müssen **andere Auslegungsvarianten**, die nicht zu einer strafrechtlichen Sanktion führen würden, mit nachvollziehbaren und tragfähigen Gründen **ausgeschlossen werden können**.

BVerfGE 85, 1 = NJW 1992, 1439; BVerfGE 93, 266 = NJW 1995, 3303 = NSTZ 1996, 127; BVerfGE 94, 1 = NJW 1996, 1529; BVerfGE 114, 339 = NJW 2006, 207; st. Rspr.

*„Die mit dem Satz „Guten Heimflug!“ geäußerte Meinung, die bildlich dargestellten Bevölkerungsgruppen, also z.B. die der Muslime, Türken, Kurden, Farbigen oder generell die in Deutschland lebenden Ausländer, mögen die Bundesrepublik Deutschland verlassen und in ihre Heimatländer zurückkehren, mag ein für diese Gruppen nicht erwünschtes politisches Ziel der NPD zum Ausdruck bringen; allerdings ist hieraus allein noch **nicht erkennbar, dass damit den Ausländern ein ungeschmäleretes Lebensrecht als gleichwertigen Persönlichkeiten in der staatlichen Gemeinschaft bestritten und ihre Menschenwürde in Frage gestellt oder gar angegriffen wird.** Das alleinige Bestreiten des Aufenthaltsrechts der Ausländer an sich genügt hierfür nicht (Schönke/Schröder, § 130 Rn 7).*

*Auch die **Art der Darstellung der Personen stellt keinen Angriff auf die Menschenwürde** dar: Die Zeichnung arbeitet mit einem bewussten Hervorheben der für bestimmte Bevölkerungsgruppen angeblich typischen körperlichen Merkmale, die diese individualisierbar machen sollen und verwendet mit dem „fliegenden Teppich“ ein mythisches Fortbewegungsmittel, das in Europa vor allem mit orientalischen Märchen in Verbindung gebracht wird.“ (OLG München aaO)*

- II. Nach § 130 II Nr. 1 b StGB macht sich auch strafbar, wer **zum Hass gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstachelt** oder **zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen** gegen sie **auffordert**, ohne dass es eines Angriffs auf die Menschenwürde bedarf.

„Soweit das LG die Zeichnung auf den Wahlplakaten mit den Darstellungen jüdischer Mitbürger im Dritten Reich vergleicht, spielt es offensichtlich auf die nationalsozialistische Wochenzeitung „Der Stürmer“ an. Dieser brachte seinen radikalen Antisemitismus zeichnerisch durch Karikaturen von geldgierigen Juden mit langer Hakennase zum Ausdruck.

*Zwar kann in der Bekundung von Ablehnung gegenüber ausländischen Bevölkerungsteilen eine strafbare Volksverhetzung auch dann liegen, wenn für das angesprochene Publikum durch Hinzufügen des Hakenkreuzsymbols zu der Parole „Juden raus“ eine Befürwortung der nationalsozialistischen Judenverfolgung oder vergleichbarer Gewalt- oder Willkürmaßnahmen zum Ausdruck kommt (BGHSt 32, 310 = NJW 1984, 1631 = NSTZ 1984, 310). Die Parolen „Juden raus“, „Ausländer raus“ und „Türken raus“ enthalten – ebenso wie der Satz „Guten Heimflug!“ – nach ihrem Wortlaut jedoch keine Aufforderung an andere, gegen die genannten Personengruppen bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Die Art der zeichnerischen Ausführung im vorliegenden Fall verdeutlicht nicht, dass eine nicht verfassungs- und gesetzmäßige gewaltsame Vertreibung der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer angestrebt wird. Eine solche Auslegung mag vor dem geschichtlichen Hintergrund der nationalsozialistischen Judenverfolgung denkbar sein, wenn die Zeichnung Mitbürger jüdischen Glaubens betroffen hätte; sie ist aber nicht ohne Weiteres auf andere Bevölkerungsgruppen übertragbar. Bei diesen fehlen allgemein bekannte geschichtliche Erfahrungen, die solche Parolen ohne Weiteres als – i.S. des § 130 Nr. 2 StGB strafbare – Aufforderungen zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen erscheinen lassen (BGHSt 32, 310 = NJW 1984, 1631 = NSTZ 1984, 310). Allein die **bloße Ähnlichkeit in der Ausführung der Karikaturen enthält daher nicht die Aussage, dass Ausländer, wie von der Wochenzeitung „Der Stürmer“ für die jüdische Bevölkerung propagiert, unterwertig oder nicht lebenswert sind und deshalb der physischen Vernichtung zugeführt werden müssen.** Plakatiertes Ziel ist lediglich die Ausreise.*

Soweit bei den abgebildeten Personen tatsächlich ein missmutiger, überraschter, dümmlicher oder unsicherer Gesichtsausdruck abzulesen sein sollte, kommt der Abbildung über eine – in der Tat gegebene – gewisse Abwertung dieser Bevölkerungsgruppen hinaus jedenfalls kein strafrechtlich relevantes, unfriedliches Gepräge zu.“ (OLG München aaO)

StGB

Papst-Beleidigung

StGB

§§ 185, 103, 166

nicht durch Darstellung mit homosexuellen Attributen

(VGH München in BeckRS 2010, 46974; Urteil vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102 u. 10 B 09.1837)

Die **Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen tastet weder seine Menschenwürde an**, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage trifft, **noch** enthält diese Darstellung eine **Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes**.

Fall: Im Jahre 2006 fand in M. der jährliche Christopher Street Day - CSD - unter dem Motto „Wir sind füreinander da“ statt. Beginnend mit einer öffentlichen Kundgebung und Veranstaltung auf dem M-Platz sollte ab 11.00 Uhr ein großer politischer Umzug mit mehr als 30 Wagen und Fußgruppen durch die Innenstadt durchgeführt werden. Der Christopher Street Day ist ein Fest-, Gedenk- und Demonstrationstag der Lesben, Schwulen, Bisexuellen, Transgender und deren Unterstützer. Gefeierte und demonstriert werden sollte für die Rechte dieser Gruppen sowie gegen Diskriminierung und Ausgrenzung. Veranstaltet wurde der Christopher Street Day 2006 von vier Vereinen, die zur Durchführung des jährlichen CSD eine GmbH gegründet haben, die die Kundgebung und die Parade vorbereitet, koordiniert und insgesamt als politische Demonstration bei der Stadt M. angemeldet hat.

An dem Aufzug sollte der streitgegenständliche Wagen der Angekl., ein kleinerer Lkw, teilnehmen. Diesen hatten die Angekl. zunächst gemeinsam geschmückt; später dekorierte der Angekl. zu 1) allein weiter. Die Anmeldung des Wagens bei der GmbH war durch den Angekl. zu 2), den Lebenspartner des Angekl. zu 1), und eine dritte Person vorgenommen worden. Diese warben auf dem Wagen auch für ihre Gaststätte bzw. ihre Zeitschrift und haben sich dem Veranstalter gegenüber verpflichtet, dessen Sicherheitsauflagen nachzukommen. Auf dem Wagen befand sich beim Eintreffen der von einem katholischen Priester alarmierten Polizei gegen 10.20 Uhr über der Fahrerkabine ein größeres Schild mit der Aufschrift „PAPAMOBIL Wir sind Papst??“. An den offenen Seiten des Lkw waren jeweils zwei ca. 120 x 80 cm große Plakate mit Abbildungen des Papstes Benedikt XVI. angebracht. Auf allen durch Fotomontage hergestellten Porträts war der Papst, dem auf zwei Plakaten eine Aids-Schleife an die weiße Soutane angeheftet war, mit einem dem kleinen Finger der rechten Hand übergezogenen grünen bzw. gelben Kondom zu sehen. Auf zwei Plakaten waren darüber hinaus Mund und Augen des Papstes geschminkt sowie die unter dem Pileolus hervorragenden Haare teilweise gefärbt. Auf diesen beiden Bildern hielt der Papst zusätzlich ein weiteres Kondom zwischen Daumen und Zeigefinger der rechten Hand. Unter den Plakaten waren Schriftzüge angebracht, die wie folgt lauteten:

Homosexuelle Beziehungen sind „zutiefst unmoralisch“

„Homosexualität ist eine schwere Sünde!“

Homosexuellen ist „mit Achtung, Mitleid und Takt zu begegnen!“

Homosexuelle sind „gerufen, ein keusches Leben zu führen“.

Auf der Ladefläche des Lkw befand sich eine sitzende Puppe, die mit einem Messgewand bekleidet war und offensichtlich den Papst darstellen sollte. Sie trug eine violette Stola, auf der eine Vielzahl von Ansteckern angebracht war, darunter auch deutlich das doppelte Zeichen für „männlich“.

Die Angekl. könnten sich sowohl durch das **Vorzeigen der Papstdarstellungen auf ihrem Wagen** als auch durch die **Präsentation der Papstpuppe** strafbar gemacht haben wegen **Beleidigung nach § 185 StGB bzw. § 103 StGB** sowie wegen **Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen nach § 166 StGB**.

I. Dann müsste das **Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe** eine Beleidigung i. S. des § 185 StGB darstellen.

1. Unter **Beleidigung** ist nach **Definition der Rspr.** der Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe von Nicht-, Gering- oder Missachtung zu verstehen (Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 77. Aufl. 2006, § 185 Rn 1).

- **Rechtsgut** der §§ 185 ff. StGB ist nach h. M. **ausschließlich die Ehre** in dem Sinn, dass Schutzobjekt einer Beleidigung der auf die Personenwürde gegründete, einem Menschen berechtigterweise zustehende Geltungswert ist bzw. der aus diesem folgende Anspruch, nicht unverdient herabgesetzt zu werden, (Leckner aaO, Vorbem. zu §§ 185 ff. Rn 1). Damit erfordert die Beleidigung eine Äußerung von Missachtung oder Nichtachtung in dem spezifischen Sinn, dass dem Betroffenen der sittliche, personale oder soziale Geltungswert abgesprochen wird.
- Bei der Anwendung des § 185 StGB verlangt allerdings Art. 5 I 1 GG eine **Abwägung zwischen dem Ehrenschatz des Betroffenen und der Meinungsfreiheit des Äußernden** (vgl. BVerfGE 93, 266). Im Hinblick darauf ist eine Interpretation von § 185

StGB mit Art. 5 I GG unvereinbar, wenn der Begriff der Beleidigung so weit ausgedehnt wird, dass er die Erfordernisse des Ehrenschatzes überschreitet oder für die Berücksichtigung der Meinungsfreiheit keinen Raum mehr lässt. Desgleichen verbietet Art. 5 I 1 GG eine Auslegung der §§ 185 ff. StGB, von der ein **abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts** ausgeht, der dazu führt, dass aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt.

2. Die **Darstellung des Papstes mit homosexuellen Attributen tastet weder seine Menschenwürde an**, weil sie über sexuelle Praktiken der Person keine Aussage trifft (vgl. BVerfGE 75, 369), **noch** enthält die Darstellung eine **Formalbeleidigung oder Schmähung des Papstes**.

„Die Auffassung, die Darstellungen würden suggerieren, dass es sich beim Papst um eine homosexuelle Person handele und damit eine „Entweihung der für den christlichen Glauben schlechthin zentralen weltlichen Person“ statfinde mit der Folge der Tatbestandsverwirklichung einer Beleidigung, wird dem objektiven Sinn der Äußerung, wie sie sich dem Verständnis eines unvoreingenommenen und verständigen Publikums erschließt, nicht gerecht:

Da der Aufzug, an dem der Wagen der Angekl. teilnehmen sollte, sich gegen die Ausgrenzung und Diskriminierung homosexueller Personen richtete, scheidet die Annahme einer persönlichen Verunglimpfung des Papstes wegen dessen (vermeintlicher) sexueller Ausrichtung von vornherein aus. Auch wenn man die Darstellung des Papstes als überzogen oder ausfallend ansieht, steht wegen der mit der bildlichen Darstellung verbundenen Texte nicht die Diffamierung der Person, sondern die Auseinandersetzung mit der Sache im Vordergrund (vgl. BVerfGE 82, 272). Mit der Teilnahme des Wagens der Angekl. an dem im Rahmen des Christopher Street Days von Homosexuellen und Bisexuellen veranstalteten Aufzug wurde auf die sehr kritische und ablehnende, von den Angekl. und auch von Teilen der Bevölkerung als diskriminierend und diffamierend empfundene Haltung des Papstes und der katholischen Kirche gegenüber Homosexuellen aufmerksam gemacht. Dass sich die Kritik auf den derzeitigen Papst konzentriert, hängt zum einen damit zusammen, dass der Papst das Oberhaupt der katholischen Kirche ist, zum anderen, dass Benedikt XVI. in seiner Eigenschaft als Präfekt der Glaubenskongregation bereits vor seiner Wahl zum Papst für die Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls, die sich ganz entschieden gegen homosexuelle Neigungen und Lebensgemeinschaften gewandt haben, verantwortlich war. Da es sich bei der umstrittenen Darstellung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung handelt, spricht nach der st. Rspr. des BVerfG eine Vermutung zugunsten der Meinungsfreiheit, ohne dass es darauf ankommt, ob die Kritik berechtigt ist (vgl. BVerfGE 7, 198; BVerfGE 68, 226).

Die Verfremdung der Papstbilder und die Aufmachung der Papstpuppe, die im übrigen Papst Benedikt XVI. in keiner Weise ähnlich sieht, sind vielmehr eindeutig als Meinungsäußerungen in Form von Satire bzw. Karikatur anzusehen, denen bei der Abwägung zwischen der Ehrverletzung und der Meinungsfreiheit eine Sonderstellung zukommt, weshalb hier ein größeres Maß an Gestaltungsfreiheit zugestanden werden muss (vgl. BVerfGE 75, 369). Bereits das RG (RGSt 62, 183) hat auf die Sonderstellung dieser Formen der Meinungsäußerung hingewiesen und ausgeführt, dass es der Satire wesenseigen sei, dass sie mehr oder weniger stark übertreibe, also mit Übertreibungen, Verzerrungen und Verfremdungen arbeite. Bei einer Satire ist zudem zu beachten, dass ihr immer dann, wenn sie ohne Schwierigkeiten als Satire erkennbar ist, ein weiterer Freiraum gestattet ist als einer „normalen“ Meinungsäußerung. Die Rspr. des BVerfG zur rechtlichen Beurteilung satirischer Darstellungen will jedoch den Persönlichkeitsschutz in solchen Situationen nicht grds. beschränken oder gar ausschalten. Sie will lediglich sichern, dass etwas nicht deshalb von vornherein aus dem Schutz der mit dem Ehrenschatz kollidierenden Meinungsfreiheit herausfällt, weil es satirisch - also übertrieben, verzerrt oder verfremdet - dargestellt ist. Eine rechtliche Beurteilung erfordert - wegen der satirischen Einkleidung - zunächst die Entkleidung des in „Wort und Bild gewählten satirischen Gewandes“ (RG aaO), um ihren eigentlichen Inhalt zu ermitteln. Dieser Aussagekern und seine Einkleidung sind sodann gesondert daraufhin zu überprüfen, ob sie eine Kundgabe der Missachtung gegenüber der karikierten Person enthalten. Dabei muss beachtet werden, dass die Maßstäbe für die Beurteilung der Einkleidung anders und im Regelfall weniger streng sind, als die für die Bewertung des Aussagekerns; denn ihr ist die Verfremdung wesenseigen (vgl. BVerfG aaO).“ (VGH München aaO)

3. In der **Präsentation des Wagens** der Angekl. liegt daher **keine Beleidigung des Papstes**.

„Wie bereits dargelegt, sollte der dekorierte Wagen im Rahmen eines Umzugs am Christopher Street Day gezeigt werden. Mit seinem Aussagekern, nämlich der Kritik an der Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität, wurde er dem Motto des Tages gerecht. Der Aussagekern lässt sich von einem unbefangenen Betrachter ohne weiteres ermitteln. Die Hinweise auf den Papst („Papamobil“, Papstpuppe, Papstabbildungen und Texte) lassen im Zusammenhang mit der Bedeutung des Christopher Street Days erkennen, dass hier die katholische Kirche kritisiert werden soll. Gerade der krasse Unterschied zwischen den auf den Untertiteln zu den verfremdeten Papstabbildungen in Originalzitaten wiedergegebenen Aussagen der katholischen Kirche zu Homosexuellen und den dazu in Kontrast stehenden verfremdeten Abbildungen des Papstes lassen für jeden verständigen Betrachter erkennen, dass nach Auffassung der Angekl. die Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität ebenso wenig zutreffend sei wie eine durch die bildliche Darstellung nahegelegte Affinität des Papstes zur homosexuellen Lebensweise. Der Aussagekern des Wagens ist damit eindeutig ausschließlich als kritische Meinungsäußerung anzusehen und stellt keine Beleidigung dar.“ (VGH München aaO)

4. Aber auch die **karikative und satirische Form der Meinungsäußerung**, die sog. Einkleidung, **enthält keine beleidigenden Elemente**, wobei hier ein größeres Maß an Gestaltungsfreiheit zugestanden werden muss.

„Nimmt man zunächst die Papstpuppe in den Blick, so ergeben sich aus deren Darstellung keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass mit ihr Papst Benedikt XVI. beleidigt werden sollte: Die **Puppe weist bereits keinerlei Ähnlichkeit mit dem jetzigen oder einem früheren Papst auf**. Schon die langen Haare der Puppe und der Goldschmuck sowie das unorthodoxe Gewand mit den zahlreichen Ansteckern lassen, auch im Hinblick auf die an das Gewand gehefteten Zeichen „für männlich“, eher an ein Faschingsgewand denken als an die Darstellung des Oberhauptes der katholischen Kirche. Nicht von der Hand zu weisen ist die Charakterisierung durch die Staatsanwaltschaft, die von einer „als - geschmackloser - Scherz gedachten Puppe“ spricht. I. Ü. haben die Angekl. zu Recht auf die zahlreichen Souvenirartikel hingewiesen, in denen der Papst ebenfalls in einer Art und Weise dargestellt wird, die von gutem Geschmack weit entfernt ist (Papst-Bär, Schildkrötenpuppe als Papst, Kerzen mit Papst-Aufdruck), die aber gleichwohl nicht als beleidigend angesehen werden.“ (VGH München aaO)

5. Die Papstplakate enthalten durch ihre karikative Form **keine Kundgabe der Missachtung einer Person und verletzen auch nicht auf andere Weise das Persönlichkeitsrecht des Papstes**.

„Wie bereits dargelegt, ist die **satirische Einkleidung als Übertreibung sofort durchschaubar**. Jedermann kennt Portraits von Papst Benedikt XVI. Niemand kommt auf die Idee, dass er mit gefärbten Haaren, einer Aids-schleife - einem allgemein bekannten Symbol für den Kampf gegen Aids - oder Kondomen am Finger oder in der Hand für eine homosexuelle Lebensweise eintritt. Die Angekl. haben die gewählte Dekoration erläutert und sowohl für die Darstellung der Kondome als auch der Aids-schleifen im Detail dargelegt, dass es sich insoweit um Hinweise auf das Kondomverbot der katholischen Kirche und das Kondomverbot insbes. in Afrika handeln sollte. Die Papstabbildungen sind darüber hinaus nicht derart manipuliert worden, dass dieser Teil der grafischen Umsetzung eine eigenständige Persönlichkeitsrelevanz hätte. Wie weit ein Eingriff im **Kontext mit einer satirischen Darstellung** hinzunehmen ist, hängt nämlich auch davon ab, ob der Betrachter der Abbildung die manipulative Veränderung erkennen und deswegen gar nicht zu der irrigen Einschätzung kommen kann, der Abgebildete sähe in Wirklichkeit so aus (vgl. BVerfG NJW 2005, 3271); insbes. darf sein **Abbild nicht entstellt** sein. Die Meinungsfreiheit des Manipulierenden ist dann nicht mehr geschützt, wenn die Manipulation für den Betrachter nicht erkennbar ist. So liegt es hier jedoch nicht. Der Papst und die an seinem Bild vorgenommenen Veränderungen sind für jeden sofort erkennbar. Die **Fotomontagen dienen allein der Verdeutlichung der Kernaussage und überschreiten nicht die Grenze des Zumutbaren**. Dies betrifft insbes. auch die Verfremdung des Papstes dadurch, dass er auf den Plakaten geschminkt und mit gefärbten Haaren dargestellt wird. Auch dies führt eher zur Belustigung und regt die Betrachter zum Lachen an, ohne dass damit irgendeine Abwertung des Papstes persönlich verbunden wäre. Schließlich gilt dasselbe für die durch Fotomontage erfolgte Einfügung der Kondome auf dem kleinen Finger und zwischen Daumen und Zeigefinger des Papstes. Auch dies hat nichts mit der persönlichen Einstellung des Papstes zu tun, insbes. ist der schutzwürdige Kern seines Intimlebens in keiner Weise entwertet, denn auch die Kondome verdeutlichen nur die Einstellung der katholischen Kirche zur Homosexualität und haben keinerlei persönliche Beziehung zum Papst.“ (VGH München aaO)

- II. Zu prüfen ist weiter, ob der Straftatbestand der **Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes** nach § 103 StGB erfüllt ist.

„Die **Tathandlung** in § 103 StGB **entspricht jedoch der der Beleidigung nach § 185 StGB**. Eine solche liegt aber, wie zuvor bereits ausgeführt wurde, durch das Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe nicht vor.“ (VGH München aaO)

- III. Schließlich könnten die Angekl. mit ihrem **dekorierten „Papamobil“** den Tatbestand des § 166 StGB erfüllt haben.

Danach wird bestraft, wer öffentlich den Inhalt des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses anderer (§ 166 I StGB) oder öffentlich eine im Inland bestehende Kirche oder andere Religionsgemeinschaft (§ 166 II StGB) in einer Weise beschimpft, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören.

„Abgesehen davon, dass es wohl bereits **an einem „Beschimpfen“ fehlt**, weil die katholische Kirche lediglich kritisiert, nicht aber verächtlich gemacht werden sollte, **fehlt es jedenfalls an der Eignung des „Papamobils“, den öffentlichen Frieden zu stören**. Eine Meinungsäußerung ist nur dann geeignet, den öffentlichen Frieden zu stören, wenn sie ihrem Inhalt nach erkennbar auf rechtsgutgefährdende Handlungen hin angelegt ist, d. h. den Übergang zu Aggression oder Rechtsbruch markiert (vgl. BVerfG aaO). An derartigen „auf rechtsgutgefährdende Handlungen“ hin angelegten Meinungsäußerungen der Angekl. fehlt es hier jedoch. Aufgrund der glaubhaften Aussage der Angekl., sie wollten durch die Papstdarstellungen und die Papstpuppe lediglich ihre Kritik an der Lehre der katholischen Kirche bezüglich der Homosexualität zum Ausdruck bringen sowie der oben geschilderten Art und Weise der satirischen Umsetzung ihrer Kritik, steht zur Überzeugung des Senats fest, dass diese Kritik in der Form ihrer satirischen Ausgestaltung eher den **bunten, fröhlichen Charakter des Christopher Street Days widerspiegelt, aber kein Kennzeichen von Aggression** trägt, geschweige denn einen „Rechtsbruch“ markiert. Die Aufrechterhaltung des friedlichen Miteinanders wird durch die in ihre satirische Form gekleidete Meinungsäußerung der Angekl. nicht beeinträchtigt. Weder wollten sie dadurch die Zuschauer beim Christopher Street Day emotionalisieren, deren Hemmschwelle herabsetzen und schon gar nicht Dritte unmittelbar einschüchtern. Aus diesen Gründen liegt auch der Straftatbestand des § 166 StGB nicht vor.“ (VGH München aaO)

BayPAG
Art. 11

**polizeiliche Maßnahmen gegen Versammlung
Verdacht einer Straftat nicht ausreichend**

POR

(VGH München in DÖV 2010, 616; Beschluss vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102)

1. Wird die Polizei im **Vorfeld einer Versammlung** tätig, um Straftaten zu verhüten, so muss das verhinderte Verhalten rechtswidrig den **Tatbestand eines Strafgesetzes** verwirklichen.
2. **Schwierigkeiten** bei der Beurteilung der Frage, ob tatsächlich eine **Straftat vorliegt**, gehen **zu Lasten der Polizei**. Sie kann dann entscheiden, entweder die Maßnahme anzuordnen, dies sich dann ggf. als rechtswidrig herausstellt oder von ihr absehen.
3. Wurden die **Tatsachen richtig erkannt**, jedoch aufgrund einer **fehlerhaften juristischen Einschätzung** eine Straftat angenommen, so liegt keine Anscheinsgefahr vor, welche die ergriffene Maßnahme rechtfertigen könnte.

A. Grundlagenwissen: Voraussetzungen für eine Polizeiverfügung

I. Polizeiliches Schutzgut

Die Polizei ist für den Schutz der **öffentlichen Sicherheit** zuständig. Hiervon umfasst sind der **Schutz des Staates** und seiner **Einrichtungen** sowie **Veranstaltungen**, der Schutz der **Individualrechtsgüter**, der Schutz der **objektiven Rechtsordnung** sowie der Schutz der **Gemeinschaftsgüter**.

II. Gefahr

Ein Tätigwerden aufgrund der polizeilichen Generalklauseln setzt das Bestehen einer **konkreten Gefahr** voraus. Eine solche ist anzunehmen, wenn aufgrund eines konkreten Sachverhaltes davon auszugehen ist, dass bei **ungehindertem Geschehensablauf** ein **Schaden für ein polizeiliches Schutzgut** eintreten wird.

III. Verantwortlichkeit

Inanspruchnehmen kann die Polizei grundsätzlich nur denjenigen, der für die Gefahr verantwortlich ist. Eine solche **Verantwortlichkeit** kann sich entweder aus dem Verhalten einer Person (sog. **Verhaltensstörer**) ergeben oder aber daraus, dass eine Person für eine Sache verantwortlich ist, von die Gefahr ausgeht (sog. **Zustandsstörer**). Nur wenn Maßnahmen gegen verantwortliche Personen nicht möglich sind oder keinen Erfolg versprechen, kann die Polizei auch eine nichtverantwortliche Person für die Beseitigung der Gefahr in Anspruch nehmen (sog. **Nichtstörer**), wobei dies nur unter strengen, gesetzlich geregelten Voraussetzungen möglich ist.

IV. Ermessen

Das Tätigwerden der Polizei aufgrund der Generalklauseln setzt eine ordnungsgemäße Ermessenausübung voraus.

1. Entschließungsermessen

Zunächst hat die Polizei nach dem **Opportunitätsprinzip** zu entscheiden, ob sie gegen eine erkannte Gefahr überhaupt Maßnahmen ergreifen will.

2. Auswahlermessen

Entschließt sie sich zum Handeln, hat sie zu nach Verhältnismäßigkeit zu entscheiden, welche Maßnahme sie ergreift und gegen wen (sog. **Störerauswahlermessen**). Die gewählte Maßnahme muss **geeignet** sein, die Gefahr zu beseitigen. Es darf darüber hinaus **kein milderes Mittel gleicher Eignung** geben, die Maßnahme muss also **erforderlich** sein. Schließlich ist die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne im Rahmen einer **Mittel-Zweck-Relation** zu prüfen und zu ermitteln, ob die Maßnahme **angemessen** ist.

B. Polizeiliche Maßnahmen im Vorfeld einer Versammlung zur Verhinderung von Straftaten setzen rechtswidrige Verwirklichung eines Straftatbestandes voraus (VGH München in DÖV 2010, 616)

Fall: Am Samstag, den 12. August 2006 fand in M. der jährliche Christopher Street Day - CSD - unter dem Motto „Wir sind füreinander da“ statt. Vgl. hierzu Sachverhaltsschilderung auf S. 12.

Auf der Ladefläche des Lkw befand sich zudem eine sitzende Puppe, die mit einem Messgewand bekleidet war und offensichtlich den Papst darstellen sollte. Sie trug eine violette Stola, auf der eine Vielzahl von Ansteckern angebracht war, darunter auch deutlich das doppelte Zeichen für „männlich“.

Wegen des Anfangsverdacht der Begehung einer Straftat der Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten nach § 103 StGB forderte der Einsatzleiter der Polizei den zu diesem Zeitpunkt allein anwesenden Kläger zu 1 auf, die Abbildungen des Papstes sowie die Papstpuppe zu entfernen, andernfalls dürfe der Wagen an der Parade nicht teilnehmen. Der Kläger zu 1 kam der Aufforderung nach und entfernte die Papstabbildungen von den darunter befindlichen Texten, die er ebenso wie das Plakat auf dem Fahrerhaus am Wagen belassen durfte. Die Puppe brachte er in ein nahegelegenes Gebäude. Eine Sicherstellung der beanstandeten Plakate und der Puppe erfolgte nicht. Ein gegen den Kläger zu 1 eingeleitetes Ermittlungsverfahren wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten (§ 103 StGB) ist mit Verfügung der Staatsanwaltschaft München I am 20. Oktober 2006 gemäß § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung eingestellt worden, da ein Strafverlangen der ausländischen Regierung nicht vorlag. Eine Beschimpfung von Bekenntnissen gemäß § 166 StGB sei ebenfalls nicht gegeben, da die angezeigte Handlung angesichts des fröhlichen Charakters der Veranstaltung und der als - geschmackloser - Scherz gedachten Puppe nicht geeignet sei, den öffentlichen Frieden zu stören.

Hiergegen haben die Kläger mit dem Antrag geklagt, festzustellen, dass die polizeiliche Anordnung, die Abbildungen des Papstes auf den Plakaten und die sog. Papstpuppe zu entfernen, rechtswidrig war. Werden die Klagen Erfolg haben?

Die Klagen werden Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet sind.

I. Zulässigkeit der Klagen

Die Klagen sind als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 I 4 VwGO zulässig.

Vgl. Besprechung in diesem Heft S. 47 ff. insbesondere zum Fortsetzungsfeststellungsinteresse

II. Begründetheit der Klagen

Die Klagen sind begründet, wenn die von der Polizei getroffene Anordnung rechtswidrig war und die Kläger in ihren Rechten verletzt hat.

1. Ermächtigungsgrundlage

„Als Rechtsgrundlage für die streitgegenständliche Anordnung kommt allein Art. 11 I, II 1, 2 BayPAG in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.9.1990 (GVBl S. 397) in Betracht, da die Polizeibeamten im Vorfeld der Versammlung tätig geworden sind und das im Jahr 2006 geltende Versammlungsgesetz des Bundes für solche Anordnungen gegen Teilnehmer der Versammlung keine spezielle Regelung aufwies (vgl. BVerwG vom 25.07.2007 BVerwGE 129, 142; Meßmann, Das Zusammenspiel von Versammlungsgesetz und allgemeinem Polizeirecht, JuS 2007, 524).“ (VGH München aaO)

vgl. §§ 1, 3 BWPoIG; § 17 I BlnASOG; § 10 I BbgPoIG; § 10 BremPoIG; § 11 NdsSOG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOIG; § 8 NwPoIG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarlPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 Sach-AnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 12 I ThürPAG

2. formelle Rechtswidrigkeit

Die Polizei war zum Treffen der Maßnahmen nach dem Polizeigesetz zuständig. Eine Anhörung war nach § 28 I Nr. 1 BayVwVfG (vgl. gleichlautende Vorschriften in den anderen Bundesländern) wegen Gefahr in Verzug entbehrlich und eine Schriftform ist für Polizeiverfügungen nicht vorgesehen. Die Maßnahme war daher formell rechtmäßig.

3. materielle Rechtswidrigkeit

Nach Art. 11 I BayPAG kann die Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Fall bestehende **Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung** (Gefahr) abzuwehren. Art. 11 II 1 Nr. 1 PAG bestimmt, dass die Polizei eine Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 insbesondere dann treffen kann, wenn sie notwendig ist, um **Straftaten zu** verhüten oder zu unterbinden. Straftaten im Sinn dieses Gesetzes sind rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen (Art. 11 II 2 BayPAG).

a) Verwirklichung eines Straftatbestandes

In Betracht kommt hier eine Strafbarkeit gem. § 185 StGB wegen Beleidigung, gem. § 103 StGB wegen Beleidigung von Organen und Vertretern ausländischer Staaten und gem. § 166 StGB wegen Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgesellschaften und Weltanschauungsvereinigungen.

aa) Strafbarkeit nach § 185 StGB

„Weder das Vorzeigen der Papstplakate noch der Papstpuppe stellen eine Beleidigung im Sinne des § 185 StGB dar. [wird ausgeführt]“ (VGH München aaO; vgl. Besprechung in diesem Heft, S.12 ff.)

bb) Strafbarkeit nach § 103 StGB

„Die Anordnung vom 12.08.2006 konnte auch nicht auf die Verwirklichung des Straftatbestandes der Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes nach § 103 StGB gestützt werden. Die Tathandlung in § 103 StGB entspricht der der Beleidigung nach § 185 StGB. Eine solche liegt jedoch, wie ausgeführt wurde, durch das Vorzeigen der Papstplakate und der Papstpuppe nicht vor.“ (VGH München aaO)

cc) Strafbarkeit nach § 166 StGB

„Schließlich haben die Kläger mit ihrem dekorierten „Papamobil“ auch nicht den Tatbestand des § 166 StGB erfüllt. [wird ausgeführt]“ (VGH München aaO; vgl. Besprechung in diesem Heft, S. 12 ff.)

Die Kläger haben daher keinen Straftatbestand verwirklicht.

b) Berücksichtigung von Beurteilungsschwierigkeiten

Möglicherweise muss jedoch bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit der Anordnung berücksichtigt werden, dass es womöglich im Zeitpunkt der Entscheidung der Polizei schwierig zu beurteilen war, ob tatsächlich ein Straftatbestand zur Verwirklichung anstand.

„Art. 11 II 1 Nr. 1 BayPAG bestimmt seinem Wortlaut nach eindeutig, dass sich die **Befugnisse der Polizei** nur auf die **Verhütung von Straftaten** erstrecken, nicht auf die Verhütung von Handlungen, die nicht eindeutig als Straftaten erkennbar sind. Der **Begriff der Straftat** ist nämlich in Art. 11 II 2 PAG eigens **definiert**. Danach sind Straftaten rechtswidrige Taten, die den **Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklichen**. Ist im Einzelfall **nicht hinreichend geklärt**, ob die zu verhütende Handlung die Tatbestandsmerkmale einer Straftat erfüllt, bleiben der Polizei **zwei Möglichkeiten**.

- Entweder sie ergreift Maßnahmen zur Verhütung dieser Handlung mit der Folge, dass sich bei fehlerhafter Subsumtion die Maßnahme als rechtswidrig erweist, oder
- sie nimmt von Maßnahmen Abstand.

Diese **Entscheidung zu treffen**, mag **im Einzelfall schwierig** sein, rechtfertigt aber nicht das Ergreifen von Maßnahmen gegen Handlungen, bei denen zweifelhaft erscheint, ob es sich um Straftaten handelt und die sich tatsächlich nicht als Straftaten erweisen. **Ansonsten** würde man der Polizei die **Befugnis** zusprechen, **alle möglichen Handlungen verhüten oder unterbinden** zu können und dies damit zu rechtfertigen, man habe nicht genau gewusst, ob es sich tatsächlich um Straftaten handelt. **Anders** läge der Fall, wenn **nicht die Abwehr einer bestehenden Gefahr** wie in Art. 11 I BayPAG Voraussetzung für das Ergreifen einer Maßnahme durch die Polizei wäre, sondern bereits der **Verdacht einer Gefahr ausreichen würde**, wie dies etwa bei der Feststellung der Identität nach § 163b StPO der Fall ist. Danach können Maßnahmen zur Identitätsfeststellung bereits dann getroffen werden, wenn jemand einer Straftat verdächtig ist. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.“ (VGH München aaO)

c) Vorliegen einer Anscheinsgefahr

Eine Anscheinsgefahr ist immer dann gegeben, wenn bei objektiver Betrachtung zur Zeit der polizeilichen Maßnahme Tatsachen auf eine drohende Gefahr hindeuten, sie aber in Wirklichkeit nicht vorliegt. Beispiel hierfür ist der Fall, in dem jemand mit einer Spielzeugpistole bewaffnet ist, die Polizei diese aber für eine echte Pistole halten muss.

„Im vorliegenden Fall waren dagegen die Tatsachen in vollem Umfang geklärt. Die **Polizei** hat sich lediglich **bei der juristischen Bewertung geirrt**. Ein solcher Irrtum in der Wertung von Tatsachen stellt **keine Anscheinsgefahr** dar, die als Anlass für ein rechtmäßiges Einschreiten der Polizei genommen werden könnte.“ (VGH München aaO)

Es lag daher im Zeitpunkt der Anordnung auch keine Anscheinsgefahr vor, die ein Einschreiten der Polizei hätte rechtfertigen können.

III. Ergebnis: Es fehlte an der Gefahr der Begehung einer Straftat, so dass keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit vorlag, die die Polizei hätte abwehren müssen. Die Anordnung war daher rechtswidrig. Weder haben die Kläger durch das Vorzeigen der Papstdarstellungen auf ihrem Wagen noch durch die Präsentation der Papstpuppe Straftaten begangen, die es zu verhüten galt. Vielmehr war ihr Handeln durch das Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG gedeckt.

Die Klage ist zulässig und begründet.

Unterlassen ehrverletzender Äußerungen

Abgrenzung zwischen öffentlichem und privaten Recht

(VGH München in BayVBl. 2010, 442; Beschluss vom 13.10.2009 – 4 C 09.2144)

1. Die **Rechtswegfrage** beurteilt sich dabei nach dem **Streitgegenstand**.
2. Der Streitgegenstand ist der **prozessuale Anspruch**, der durch den zur Begründung vorgetragenen **Lebenssachverhalt** näher bestimmt wird.
3. Welcher Rechtsnatur die Rechtsstreitigkeit ist, richtet sich nach der **Rechtsnatur der materiellrechtlichen Normen** (Anspruchsgrundlagen), nach denen **zu beurteilen** ist, ob das **Klagebegehren** nach dem unterbreiteten Lebenssachverhalt **begründet ist oder nicht**.
4. Für die **Zuordnung** eines Begehrens zum öffentlichen oder zum privaten Recht ist entscheidend, ob die streitgegenständlichen Äußerungen in einem **funktionalen Zusammenhang mit den hoheitlichen Aufgaben des Äußernden** stehen und daher der Gemeinde zuzurechnen sind oder ob sie in einen Lebensbereich fallen, der durch **bürgerlich-rechtliche Gleichordnung** geprägt ist und in dem sich die Rechtsbeziehungen nach zivilrechtlichen Normen richten

A. Grundlagenwissen: Anspruch Unterlassen ehrverletzender Äußerungen

I. Anspruchsgrundlage

Hier ist das Begehren auf die Zukunft gerichtet, d.h. es soll verhindert werden, dass Äußerungen weiterverbreitet werden. In Betracht kommt hier der **öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch**. Nach früher vorherrschender Auffassung wurde dieser aus den Rechtsgedanken des Zivilrechts gem. §§ 823 ff., 862, 1004 BGB hergeleitet. Dies wird jedoch in neuerer Zeit für überholt gehalten und der Unterlassungsanspruch entweder über Art. 20 III GG oder unmittelbar aus den Grundrechten, insbesondere aus Art. 2 und Art. 14 GG hergeleitet (OVG Münster, NVwZ 85, 123; VGH Mannheim, NJW 86, 340). Es besteht jedoch Einigkeit darüber, dass ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch existiert, so dass die Herleitung letztlich dahinstehen kann.

II. Anspruchsvoraussetzungen

Ein Unterlassungsanspruch ist gegeben, wenn schlicht-hoheitliches Verwaltungshandeln vorliegt, welches rechtswidrig ist und zu einer rechtswidrigen Beeinträchtigung des Anspruchstellers führt. Darüber hinaus muss jedoch auch Wiederholungsfahr bestehen.

1. Rechtswidrigkeit der Äußerungen

Bei Äußerungen stehen regelmäßig keine Verwaltungsakte, sondern Realakte in Frage, so dass es nur noch auf die **Rechtswidrigkeit der Äußerungen** ankommt.

Bei solchen Äußerungen ist hinsichtlich der Rechtswidrigkeit zu differenzieren zwischen **Tatsachenbehauptungen** und **Werturteilen**. Tatsachenbehauptungen sind dem Beweis zugänglich, Werturteile hingegen nicht; sie stellen nur Meinungsäußerungen dar.

Während die **Rechtswidrigkeit bei Tatsachenbehauptungen** von der **Unwahrheit** der Behauptung abhängt, bestehen bei **Werturteilen** wegen der mangelnden Beweiszugänglichkeit lediglich die **Grenzen der Legitimation** und des **Willkür- bzw. Übermaßverbotes**.

a) Bei **Tatsachenbehauptungen** ist grundsätzlich der Anspruchsteller für die Unwahrheit der Behauptung beweispflichtig. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Schädiger eine mögliche Konkretisierung verweigert. Dann wird die Äußerung als unwahr behandelt (Beweislastumkehr).

b) Bei **Werturteilen** kommt es zunächst auf die **Legitimation des Äußernden** an. Sie dürfen von Amtsträgern in öffentlich-rechtlicher Funktion nur dann abgegeben werden, wenn sie sich auf eine entsprechende Legitimation berufen können.

Als Legitimation kommt zunächst die Berufung auf die **Meinungsfreiheit** gem. Art. 5 I GG in Betracht. Handelt jedoch ein öffentlicher Funktionsträger gerade in seiner Funktion, so reicht die Berufung auf die Meinungsfreiheit nicht aus.

Als Legitimation für derartige Äußerungen kommt die **Wahrnehmung berechtigter Interessen** im Rahmen der Aufgabenzuweisung in Betracht. Allerdings sind hierbei jedoch die **Grenzen des Willkür- und Übermaßverbotes** einzuhalten.

2. Rechtsbeeinträchtigung

Die Äußerungen müssen geeignet sein, das Ansehen der Betroffenen in der Öffentlichkeit und insbesondere im Geschäftsverkehr herabzusetzen und somit eine noch andauernde Rechtsbeeinträchtigung unmittelbar zu verursachen.

3. Wiederholungsgefahr

Schließlich ist ein Unterlassungsanspruch nur gegeben, wenn überhaupt die Gefahr besteht, dass die Behauptungen wiederholen werden.

B. rechtliche Einordnung ehrverletzender Äußerungen (VGH München in BayVBl. 2010, 442)

Fall: Gegenstand des Klageverfahrens ist das Begehren der Kläger, die Beklagte zur Unterlassung und zum Widerruf von Äußerungen zu verurteilen, die der erste Bürgermeister in einem „Bürgerinformationsbrief“ getätigt hat.

Ende September 2008 hatte der erste Bürgermeister einen „Bürgerinformationsbrief“ mit dem Titel „Die Wahrheit muss auf den Tisch. Es reicht!“ als Postwurfsendung an alle Bürger verteilen lassen und diesen zugleich der lokalen Presse zugeleitet. In dem Informationsbrief kritisiert er das Verhalten der Kläger im Stadtrat, die diesem als Stadträte angehören; der Kläger zu 1 bekleidet zudem das Amt des zweiten Bürgermeisters

Nachdem zwischen den Beteiligten die Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs streitig ist, entschied das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 03.08.2009, dass der Verwaltungsrechtsweg gegeben sei (§ 17a III GVG). Bei der Bewertung der im Bürgerinformationsbrief enthaltenen Äußerungen sei auf den Empfängerhorizont abzustellen. Zwar sei der Brief nicht auf amtlichem Papier der Gemeinde geschrieben, jedoch deute die Bezeichnung als „Bürgerinformationsbrief“ einen amtlichen Charakter an. Der Verfasser beziehe ausdrücklich „als erster Bürgermeister“ Position und verweise immer wieder auf seine amtliche Tätigkeit und die Probleme im Stadtrat und der Stadtverwaltung, die durch die Kläger verursacht würden. Objektiv betrachtet lägen damit Äußerungen vor, die der Verfasser in amtlicher Eigenschaft und nicht nur als persönliche Meinungsäußerung bei Gelegenheit seiner amtlichen Tätigkeit getan habe. Bei dieser Gesamtbetrachtung sei es unerheblich, wenn der Bürgermeister nach seiner Einlassung den Informationsbrief privat finanziert habe.

Gegen den Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beklagten mit dem Ziel, unter Abänderung des Beschlusses vom 03.08.2009 die Streitigkeit auf den ordentlichen Rechtsweg zu verweisen. Der Zivilrechtsweg sei schon deshalb gegeben, weil die denkbare Anspruchsgrundlage (§ 1004 BGB) im Zivilrecht wurzele. Darüber hinaus habe der erste Bürgermeister nur seine private Meinung geäußert. Er habe kein amtliches Briefpapier verwendet und habe die Kosten persönlich getragen. Die Überschrift als „Bürgerinformationsbrief“ lasse nicht per se auf einen amtlichen Charakter schließen. Das Verwaltungsgericht verkenne, dass auch ein Bürgermeister im Rahmen der grundrechtlich garantierten Meinungsfreiheit Äußerungen tätigen könne, ohne dass dies sofort seiner amtlichen Funktion zugeordnet werde. Die angegriffenen Aussagen habe er im Rahmen der politischen Auseinandersetzung mit anderen politischen Kräften im Stadtrat getroffen; sie seien nur bei Gelegenheit seiner Amtstätigkeit gefallen. Es handle sich um eine rein persönliche Meinungsäußerung, die auch jeder andere hätte tätigen können. Die Verwendung der Amtsbezeichnung sei kein Indiz für das Handeln in amtlicher Funktion. Der Bürgermeister habe die Amtsbezeichnung nur zur Individualisierung verwendet, da er einen sehr häufigen Familiennamen trage. Der in dem Brief angesprochene Schutz des Amtes und der Stadt könne nicht vom Schutz der eigenen Person getrennt werden; mit seinem Brief habe der erste Bürgermeister schwerpunktmäßig auch seine eigene Person schützen wollen. Wird die Beschwerde Erfolg haben?

Die Beschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Beschwerde

Die Beschwerde ist nach § 17a IV 3 GVG i.V.m. §§ 146 f. VwGO zulässig.

II. Begründetheit der Beschwerde

Die Beschwerde ist begründet, wenn die rechtliche Fehleinschätzung hinsichtlich der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 I 1 VwGO vorliegt.

Nach § 40 I 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art gegeben. Für vermögensrechtliche Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl und aus öffentlichrechtlicher Verwahrung sowie für Schadenersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben (§ 40 II 1 1. HS. VwGO).

„Die **Rechtswegfrage** beurteilt sich dabei nach dem **Streitgegenstand** (GmS-OGB vom 29.10.1987 BGHZ 102, 280 [283]; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, Rn 7 zu § 90). Der Streitgegenstand ist der **prozessuale Anspruch**, der durch den zur Begründung vorgetragenen **Lebenssachverhalt** näher bestimmt wird. Welcher Rechtsnatur die Rechtsstreitigkeit ist, richtet sich nach der **Rechtsnatur der materiellrechtlichen Normen** (An-

spruchsgrundlagen), nach denen **zu beurteilen** ist, ob das **Klagebegehren** nach dem unterbreiteten Lebenssachverhalt **begründet ist oder nicht**.“ (BayVGH aaO)

Die Kläger begehren die Unterlassung und den Widerruf von verschiedenen Äußerungen, die in dem vom ersten Bürgermeister der Beklagten herausgegebenen „Bürgerinformationsbrief“ enthalten sind und die sie als ehrverletzend empfinden und als unwahr einstufen.

„Für die **Zuordnung** dieses Begehrens zum öffentlichen oder zum privaten Recht ist entscheidend, ob die streitgegenständlichen Äußerungen in einem **funktionalen Zusammenhang mit den hoheitlichen Aufgaben des ersten Bürgermeisters** stehen und daher der Beklagten zuzurechnen sind oder ob sie in einen Lebensbereich fallen, der durch **bürgerlich-rechtliche Gleichordnung** geprägt ist und in dem sich die Rechtsbeziehungen nach zivilrechtlichen Normen richten (Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, Rn 421 zu § 40 m.w.N.).“ (BayVGH aaO)

Die Zuordnung der Streitigkeit zum Zivilrecht könnte sich insofern bereits daraus ergeben, dass Rechtsgrundlage für die angestrebte Unterlassung und den Widerruf § 1004 BGB ist.

„Insoweit wird verkannt, dass die **Anwendbarkeit** des § 1004 I 1 BGB **nicht auf das Zivilrecht beschränkt** ist, sondern diese Vorschrift **analog** auch bei ehrverletzenden Äußerungen, die ein **öffentlich-rechtliches Verhältnis** betreffen, heranzuziehen ist (vgl. BayVGH vom 24.5.2006 Fst. 206/326; vom 31.7.1997 - 4 B 96.1291 m.w.N.; vom 25.10.1995 4 B 94.4010).“ (BayVGH aaO)

Ob die vom ersten Bürgermeister der Beklagten in dem „Bürgerinformationsbrief“ getätigten Äußerungen im **Zusammenhang mit seinem Amt** als erster Bürgermeister stehen oder als rein **persönliche Meinungsäußerung** seiner Privatsphäre zuzuordnen sind, beurteilt sich nach den **gesamten Umständen des Einzelfalles**.

Eine Einordnung als private Meinungsäußerung könnte sich daraus ergeben, dass auch einem Amtsträger das durch Art. 5 I GG garantierte Recht auf freie Meinungsäußerung zusteht.

„Dies ist für die Frage, ob der Verwaltungsrechtsweg oder der Zivilrechtsweg gegeben ist, vorliegend **nicht ziel führend**. Es unterliegt keinem Zweifel, dass auch einem **Amtsträger** das **Grundrecht auf freie Meinungsäußerung** zusteht und nicht jede Äußerung zu Angelegenheiten, die die Öffentlichkeit betrifft, ohne Differenzierung automatisch der Amtsführung zugerechnet wird. Eine solche Konsequenz führte nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu einer unzulässigen Einengung des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit (BayVerfGH vom 19.1.1994 VfGHE 47, 1/20). Pressegespräche, Leserbriefe, Anzeigen, Flugblätter oder Postwurfsendungen von Bürgermeistern oder Landräten zählen hiernach auch deshalb dann nicht zu Handlungen in amtlicher Funktion, wenn sie Hinweise auf das Amt enthalten.

Auch bei Zugrundelegung dieses Maßstabs und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich bei dem „Bürgerinformationsbrief“ **nicht** um eine **amtliche Publikation** der Beklagten handelt und die der Amtsträger nach seinem Bekunden **aus eigenen Mitteln finanziert** hat, sind vorliegend gleichwohl die angegriffenen Äußerungen des ersten Bürgermeisters dem amtlichen Bereich zuzuordnen.

Bei dem „Bürgerinformationsbrief“ handelt es sich **nicht** um eine **Äußerung im politischen Meinungskampf**, die den **bloßen Hinweis auf die Amtsstellung** des Verfassers enthält, sondern um eine **öffentliche Kritik des Bürgermeisters am Verhalten und der Tätigkeit der Kläger in ihrer Eigenschaft als Mitglieder des Stadtrats**. Im Einleitungssatz hebt der Verfasser hervor, dass die Vorkommnisse in den letzten Monaten ihn „**als Bürgermeister**“ **veranlassen**, Position zu beziehen und Klarstellungen vorzunehmen. Hiermit bringt der Verfasser eindeutig zum Ausdruck, dass er **gerade als Bürgermeister und nicht als Privatperson** bestimmte Ausführungen machen will. Dies geht deutlich über den bloßen Hinweis auf seine Amtsstellung hinaus. Er **macht diese Äußerungen nicht unabhängig** davon, dass er zufällig auch Bürgermeister ist, sondern **gerade weil er Bürgermeister** ist. Dies wird weiter durch die Kritik unterstrichen, dass die Kläger aus seiner Sicht im Stadtrat **massiv gegen ihn bei seiner Amtsausübung arbeiteten**. Weiter könne von der früher versprochenen Zusammenarbeit mit dem Bürgermeister keine Rede sein. Durch ihr Verhalten werde nicht nur der Bürgermeister, sondern vor allem die Stadt selbst geschwächt. Die von ihnen verbreiteten Halbwahrheiten usw. blockierten die Arbeit des Bürgermeisters und der Stadtverwaltung. Darüber hinaus hätten die Kläger in den letzten sechs Monaten nicht einen sachlichen Beitrag zum Vorteil der Stadt im Stadtrat eingebracht. Der „Bürgerinformationsbrief“ endet mit dem Appell an die Bürger, mit ihm gemeinsam für die Zukunft der Stadt zu arbeiten.

Aus der **Zusammenschau dieser Äußerungen**, die speziell die Zusammenarbeit der genannten Stadträte mit dem Bürgermeister und der Stadtverwaltung betreffen, ergibt sich zur Überzeugung des Senats, dass diese vom **Verfasser gerade in amtlicher Funktion** getätigt worden sind und hiervon nicht getrennt werden können. Selbst wenn man dem Vorbringen der Beklagten folgt, dass der „Bürgerinformationsbrief“ auch den Schutz der eigenen Person des Amtsträgers bezwecke, überwiegt **der Zusammenhang mit dem Amt so stark**, dass dieser die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I VwGO begründet.“ (BayVGH aaO)

- III. **Ergebnis:** Der Beschluss über die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges ist daher nicht fehlerhaft, so dass die Beschwerde keinen Erfolg hat.

Kurzauslese I

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkenswert“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

BGB

§§ 437 Nr. 2, 232

Rücktrittsrecht

Erlöschen nach Mangelbehebung

(BGH in NJW 2010, 1805; Urteil vom 12.03.2009 – V ZR 147/09)

BGB

Wird der **Mangel der Kaufsache innerhalb** einer hierzu von dem Käufer **gesetzten Frist** zur Nacherfüllung **behooben**, **erlischt das Recht des Käufers zum Rücktritt vom Vertrag**. Dies gilt auch dann, wenn es wegen eines arglistigen Verhaltens des Verkäufers im Hinblick auf den Mangel des erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Nacherfüllung als Voraussetzung für einen Rücktritt vom Vertrag nicht bedurft hätte.

„Der Käufer kann wegen eines Sachmangels der verkauften Sache grds. nur dann von dem Kaufvertrag zurücktreten, wenn er dem Verkäufer fruchtlos Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat, §§ 437 Nr. 2, 323 I BGB. Dieser Grundsatz gilt nicht ausnahmslos: Eine Ausnahme greift namentlich dann ein, wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Ausübung des Rücktrittsrechts rechtfertigen, § 323 II Nr. 3 BGB. So kann es sich insbes. verhalten, wenn der Verkäufer bei Abschluss des Vertrags eine Täuschungshandlung begangen hat. Eine solche Handlung ist grds. geeignet, das Vertrauen des Käufers in die Ordnungsmäßigkeit der Nacherfüllung zu zerstören, und lässt aus diesem Grund das Verlangen der Nacherfüllung für den Käufer in der Regel unzumutbar sein (BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 323 Rn 22).

So liegt es indessen nicht, wenn der Käufer dem Verkäufer nach Entdeckung des verschwiegenen Mangels eine Frist zu dessen Behebung setzt. Damit gibt er zu erkennen, dass sein Vertrauen in die Bereitschaft zur ordnungsgemäßen Nacherfüllung trotz des arglistigen Verhaltens des Verkäufers weiterhin besteht. Kommt der Verkäufer innerhalb der Frist dem Verlangen des Käufers nach und wird der Mangel behoben, scheidet der Rücktritt des Käufers vom Vertrag aus, weil die verkaufte Sache – nunmehr – vertragsgerecht ist.“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

§ 536

Beschaffenheitsvereinbarung

keine Toleranzspanne bei „ca.-Angabe“ zur Wohnfläche

(BGH in NZM 2010, 313 = ZMR 2010, 522; Urteil vom 10.03.2010 – VIII ZR 144/09)

BGB

Auch wenn die als Beschaffenheit **vereinbarte Wohnfläche mit einer „ca.“-Angabe versehen ist, liegt ein zur Mietminderung berechtigender Sachmangel dann vor, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt**. Bei der Beurteilung der Erheblichkeit des Mangels ist **keine zusätzliche Toleranzspanne** anzusetzen.

„Die Angabe einer Wohnfläche von „ca. 100 m²“ ist als Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen, die bei einer Abweichung von mehr als 10% zum Nachteil des Mieters einen zur Minderung berechtigenden Sachmangel (§ 536 I 1 BGB) der Mietsache darstellt (vgl. BGH NZM 2004, 453 = NJW 2004, 1947; BGH NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230; NZM 2004, 456 = WuM 2004, 268; BGH NZM 2005, 861 = WuM 2005, 712; NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624; BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626; NZM 2009, 814 = NJW 2009, 3421; BGH NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292; BGH NZM 2010, 196 = NJW 2010, 1064; jew. m.w.N.).

Die Erheblichkeitsgrenze von 10% gilt auch dann, wenn der Mietvertrag zur Größe der Wohnung nur eine „ca.“-Angabe enthält (BGH NZM 2004, 456; NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = WuM 2009, 344; BGH NZM 2009, 659 = NJW 2009, 2880). Der Zusatz „ca.“ lässt zwar erkennen, dass Toleranzen hingenommen werden sollen. Auch für solche Toleranzen ist jedoch die Grenze dort zu ziehen, wo die Un-erheblichkeit einer Tauglichkeitsminderung der Mietsache (§ 536 I BGB) endet. Diese Grenze ist im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10% anzusetzen; eine zusätzliche Toleranz ist dann nicht mehr gerechtfertigt (vgl. BGH NZM 2004, 456).“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB

§ 651

Kauf-/Werkvertrag

Abgrenzung

(BGH in BB 2010, 1561; Urteil vom 09.02.2010 – X ZR 82/07)

BGB

Nach § 651 S. 1 BGB finden auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, die Vorschriften über den Kauf Anwendung. **Werkvertragsrechtliche Bestimmungen treten nur ergänzend, und nicht verdrängend neben das Kaufrecht**, wenn der Vertrag die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstand hat, § 651 S. 3 BGB. **Kaufrecht ist mithin auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden**.

„Unerheblich für die vertragsrechtliche Einordnung ist deshalb, dass [die Ware] nach den konkreten Vorstellungen und Vorgaben der Kl. hergestellt werden sollen. Das mag die Annahme rechtfertigen, der Vertrag habe die Lieferung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstand gehabt. Dies ändert ausweislich der gesetzlichen Regelung in § 651 S. 3 BGB aber nichts an der grds. Anwendbarkeit von Kaufrecht.“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

Abgrenzung Tatsachenbehauptung/Meinungsäußerung
Vorwurf der Manipulation, Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft
 (LG München I in ZMR 2010, 556; Urteil vom 14.01.2010 – 36 S 4219/09)

Der **Vorwurf der Manipulation, Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft** etc. ist in **Ermangelung konkret greifbarer Substanz nicht als Tatsachenbehauptung**, sondern als Meinungsäußerung anzusehen, die **bis zur Grenze der Schmähkritik zulässig** ist.

I. Bei **Beurteilung der Widerrechtlichkeit einer das Persönlichkeitsrecht verletzenden Handlung** ist, soweit diese in einer Tatsachenbehauptung, einem Werturteil oder einer Meinungsäußerung besteht, das ebenfalls grundgesetzlich geschützte **Recht auf freie Meinungsäußerung** aus Art. 5 I GG zu **berücksichtigen**, dem allerdings Schranken gesetzt sind, Art. 5 II GG.

II. Insoweit gilt es zu **differenzieren**:

- Bei **Werturteilen** wird in der Regel die **Meinungsfreiheit vorgehen**, es sei denn, die Äußerung stellt sich als Angriff auf die Menschenwürde, als Schmähkritik oder als Formalbeleidigung dar (BVerfG NJW 1999, 1322; Bay-OblG ZWE 2001, 319). Ob die Äußerung wertvoll oder wertlos, richtig oder falsch, emotional oder rational begründet ist, ist unerheblich (BVerfG NJW 1983, 1415).
- Für **Tatsachenbehauptungen** gilt dies indes nicht in gleicher Weise: **Bewusst unwahre Tatsachen** oder solche, deren Unwahrheit im Zeitpunkt der Äußerung zweifelsfrei feststeht, **fallen nicht unter Art. 5 GG**, da die **unrichtige Information** unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit **kein schützenswertes Gut** darstellt.

Dabei unterscheiden sich Tatsachenbehauptungen von Werturteilen dadurch, dass bei diesen die subjektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Wirklichkeit im Vordergrund steht, während für jene die objektive Beziehung des sich Äußernden zum Inhalt seiner Äußerung charakteristisch ist. Für die Einstufung als Tatsachenbehauptung kommt es wesentlich darauf an, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist (BGH NJW 2005, 279, 281). Die beanstandete Äußerung ist in dem Gesamtkontext, in dem sie gefallen ist, zu beurteilen und darf nicht aus dem betreffenden Zusammenhang herausgelöst einer rein isolierten Betrachtung zugeführt werden (BGH NJW 2009, 1872; BGH NJW 2005, 279).

III. Eine **substanzarme Äußerung mit dem pauschalen Vorwurf** der Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft ist nicht als Tatsachenbehauptung, sondern vielmehr als **reine Meinungsäußerung** zu bewerten.

*„Der Vorwurf, der Kl. habe zwei Gerichtsverfahren - massiv manipuliert, stellt lediglich eine pauschale subjektive Bewertung durch den Bekl. dar (so z.B. auch bei Vorwurf der Lüge, Täuschung, Vertuschung, Vetterwirtschaft etc. BGH NJW 2009, 1872). Ein **hinreichend konkret greifbarer Tatsachekern**, hinsichtlich dessen sich die Frage der Richtigkeit stellen könnte und der einer Beweisaufnahme zugänglich wäre, lässt sich dem **nicht entnehmen**. Die **Äußerung beschreibt keinen bestimmten Vorgang**, hinsichtlich dessen der Wahrheitsbeweis angetreten werden könnte, sondern beurteilt diesen aus der Sicht des Bekl. Insgesamt ist und bleibt die Äußerung sehr pauschal gehalten und stellt sich als eng verwoben mit stark wertenden Gesichtspunkten dar, indem sie die persönliche Sichtweise des Bekl. wiedergibt. I. Ü. würde selbst dann, wenn man aus dem beanstandeten Satz Elemente des Tatsächlichen herauslösen wollte, das wertende Element überwiegen. Ein etwaiger tatsächlicher Gehalt der in dieser Form nach wie vor recht substanzarmen Äußerung tritt gegenüber der Wertung zurück, so dass sich insgesamt an dem Charakter der Äußerung als subjektive Bewertung nichts ändert.*

*Die **Grenze zur Schmähkritik** ist hier **nicht überschritten** (wird ausgeführt).“ (LG München I aaO)*

Kündigungsschutz
GmbH-Geschäftsführer

(BGH in MDR 2010, 877; Urteil vom 10.05.2010 – II ZR 70/09)

Grds. kann in dem Anstellungsvertrag eines GmbH-Geschäftsführers **vereinbart werden, dass** die materiellen Regeln des Kündigungsschutzgesetzes zu **Gunsten des Organmitglieds** gelten sollen.

I. Der **Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH** ist ein auf die Geschäftsbesorgung durch Ausübung des Geschäftsführeramtes gerichteter **freier Dienstvertrag** (vgl. BGH NJW 2000, 1864 = NZG 2000, 654 = ZIP 2000, 508; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., Anh. zu § 6 Rn 3), der **nachrangig zum gesellschaftsrechtlichen Organverhältnis** (BGH NJW 1989, 2683 = ZIP 1989, 1190 zur AG) diejenigen Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft regelt, welche nicht bereits durch die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers vorgegeben sind.

Mangels Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses finden die **Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes keine Anwendung**. Dies wird durch die gesetzliche Regelung in § 14 I Nr. 1 KSchG bestätigt, welche im Wege einer negativen Fiktion die Unanwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen im ersten Abschnitt des Kündigungsschutzgesetzes für Organvertreter einer juristischen Person unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsverhältnisses im Einzelfall anordnet (BGH NJW-RR 2007, 1632; BGH NJW 2000, 1864 = NZG 2000, 654).

II. Durch die rechtliche Einstufung des Geschäftsführeranstellungsvertrags als freier Dienstvertrag wird aber **nicht ausgeschlossen, dass die Parteien in Ausübung ihrer privatautonomen Gestaltungsfreiheit** die entsprechende **Geltung arbeitsrechtlicher Normen vereinbaren** und auf diese Weise deren Regelungsgehalt zum Vertragsinhalt machen.

*„Wegen der **Nachrangigkeit des Anstellungsverhältnisses** gegenüber der Organstellung dürfen solche dienstvertragl. Abreden allerdings nicht in die gesetzl. oder statutarische Ausgestaltung des Organverhältnisses eingreifen. Der vertragl. Gestaltungs-*

spielraum der Parteien wird daher durch die zwingenden Anforderungen begrenzt, welche sich im Interesse einer Gewährleistung der Funktionstüchtigkeit der Gesellschaft aus dem Organverhältnis ergeben. Diese Grenze privatautonomer Gestaltung wird durch die Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes nicht überschritten.

Da Organ- und Anstellungsverhältnis nach dem der Regelung des § 38 I GmbHG zu entnehmenden **Trennungsgrundsatz** in ihrem Bestand unabhängig voneinander sind (BGH NJW 1995, 2850 = ZIP 1995, 1334), wird die Beststellungs- und Abberufungsfreiheit der Gesellschafterversammlung durch die Einschränkung der Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags nur mittelbar berührt. Die wirtschaftlichen Belastungen, welche für die Gesellschaft daraus erwachsen können, dass bei frei widerruflicher Bestellung des Geschäftsführers das Anstellungsverhältnis wegen fehlender Rechtfertigung der ordentlichen Kündigung nach Maßgabe des entsprechend anwendbaren § 1 KSchG nicht aufgelöst werden kann, sind zwar geeignet, die Gesellschafterversammlung in ihrer Abberufungsentscheidung zu beeinflussen. Diese mittelbare Auswirkung wird aber, wie der in § 38 I GmbHG ausdrücklich geregelte Vorbehalt zu Gunsten der sich aus bestehenden Verträgen ergebenden Entschädigungsansprüche zeigt, vom Gesetz grundsätzlich hingenommen.

Hinzu kommt, dass § 38 II GmbHG es zulässt, die Abberufbarkeit des Geschäftsführers durch statutarische Regelungen bis zur Grenze wichtiger Gründe einzuschränken. In einer von der Gesellschafterversammlung für die Gesellschaft privatautonom vereinbarten Gestaltung des Anstellungsvertrags, welche bei frei widerruflicher Bestellung des Geschäftsführers die Auflösung des Anstellungsverhältnisses durch ordentliche Kündigung von einer Rechtfertigung durch einen Kündigungsgrund i.S. des entsprechend geltenden § 1 KSchG abhängig macht, kann vor diesem Hintergrund schon wegen der Möglichkeit der fristlosen Kündigung nach § 626 I BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kein Eingriff in die organisationsrechtliche Binnenstruktur der Gesellschaft gesehen werden, welcher deren Funktionstüchtigkeit beeinträchtigt und es deshalb rechtfertigen könnte, einer entsprechenden Parteivereinbarung die Anerkennung zu versagen. Dass die Maßstäbe für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 38 II GmbHG und § 626 I BGB wegen des unterschiedlichen Bezugspunkts für die Zumutbarkeitserwägungen nicht völlig deckungsgleich sind (Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 38 Rn 41), führt zu keiner anderen Bewertung.

Sähe man in der Vereinbarung einer Einschränkung der Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft, wäre schließlich auch die Zulässigkeit von auf längere Dauer befristet oder auflösend bedingt geschlossenen Anstellungsverträgen in Frage gestellt, deren Wirksamkeit – soweit ersichtlich – bislang allgemein anerkannt wird. Für die Rechtsanwendung ergäbe sich hieraus die weitere Notwendigkeit, die zeitliche Grenze zu bestimmen, bis zu welcher ein Anstellungsverhältnis durch Parteivereinbarung befristet werden kann. Anders als das Aktienrecht in § 84 I 5 AktG enthält das GmbH-Gesetz aber gerade keine gesetzliche Regelung der maximalen Laufzeit des Geschäftsführeranstellungsvertrags.“ (BGH aaO)

- III. Der Wirksamkeit einer Vereinbarung über die entsprechende Geltung der materiellen Kündigungsschutzregelungen stehen schließlich auch **keine Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes entgegen**.

„Bei der Bestimmung des § 1 KSchG handelt es sich um **einseitig zwingendes Recht**, von welchem zum Nachteil der begünstigten Arbeitnehmer nicht abgewichen werden kann (Acheid, KündigungsR, § 1 KSchG Rn 5f.; v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 14. Aufl., § 1 Rn 9ff.). Eine **Ausdehnung des Kündigungsschutzes auf vertraglicher Grundlage ist aber zulässig**, so dass sich aus dem Kündigungsschutzgesetz keine Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Vereinbarung ergeben, die auf eine entsprechende Anwendung des allgemeinen Kündigungsschutzes über dessen gesetzlich geregelten Geltungsbereich hinaus abzielt (Preis NZA 1997, 1256). Auch die Vorschrift des § 14 I Nr. 1 KSchG bietet keinen Anhalt dafür, dass mit der dort getroffenen Abgrenzung des gesetzlichen Anwendungsbereichs des Kündigungsschutzgesetzes zugleich die Möglichkeit einer abweichenden vertraglichen Abrede zu Gunsten des Geschäftsführers (v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 14 Rn 12) ausgeschlossen werden sollte (a.A. Bauer/Arnold ZIP 2010, 709).“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

AGG
§§ 1, 3

Diskriminierung Kenntnis der dt. Schriftsprache

öffR

(BAG in BB 2010, 1733 = NZA 2010, 625; Urteil vom 28.01.2010 – 2 AZR 764/08)

- I. Die **Anforderung eines Arbeitgebers** an die Arbeitnehmer, die **deutsche Schriftsprache zu beherrschen**, knüpft nicht an eines der in § 1 AGG genannten Merkmale an und stellt daher **keine Diskriminierung** dar.

1. Eine **unmittelbare Benachteiligung** i.S. des § 3 I 1 AGG i. V. m. § 1 AGG liegt **nicht vor**.

„Die Anforderung, die deutsche Schriftsprache in dem verlangten Umfang zu beherrschen, knüpft nicht an eines der in § 1 AGG genannten Merkmale an. Die **deutsche Schriftsprache kann unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer Ethnie beherrscht werden**, gleichgültig, wie man den Begriff der Ethnie im Einzelnen abgrenzt.“ (BAG aaO)

2. Es liegt auch **keine mittelbare Benachteiligung** i.S. des § 3 II AGG vor.

„Selbst wenn, was angenommen werden mag, die Anforderung deutscher Schriftsprachkenntnisse spanische Arbeitnehmer – im Vergleich zu deutschen Arbeitnehmern – i.S. des § 3 I 1 AGG in besonderer Weise benachteiligen kann (vgl. Bissels/Lützelzer BB 2009, 833; a.A. offenbar Hunold NZA-RR 2009, 13; vgl. auch ArbG Berlin AuR 2008, 112; dazu krit.: Maier AuR 2008, 112; Greßlin BB 2008, 115; vgl. auch ArbG Berlin NZA-RR 2010, 16, so war doch die **Anforderung hier durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt** und waren auch die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“ (BAG aaO)

- II. Wenn ein Arbeitgeber **Arbeitsanweisungen** erteilt, deren Befolgung **Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verlangt**, um die optimale Erledigung der im Betrieb anfallenden Arbeit zu sichern, so ist eine **damit verbundene Benachteiligung nicht ausreichend sprachkundiger Arbeitnehmer** nach § 3 II AGG **gerechtfertigt**.

„**Rechtmäßige Ziele** i.S. des § 3 II AGG können **alle nicht ihrerseits diskriminierenden** (vgl. EuGH NJW 1981, 2639) und auch sonst **legalen Ziele** sein. Dazu gehören auch privatautonom bestimmte Ziele des Arbeitgebers, z.B. **betriebliche Notwendigkeiten** und Anforderungen an persönliche Fähigkeiten des Arbeitnehmers (vgl. Schleusener/Suckow/Voigt, AGG, 2. Aufl., § 3 Rn 74f.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl., § 3 Rn 32f.; ErfK/Schlachter, 10. Aufl., § 3 AGG Rn 8, 9; Roloff, BeckOK-ArbR, AGG, § 3 Rn 20; Lingemann/Müller BB 2007, 2006; Hunold NZA-RR 2009, 13; Herbert/Oberrath DB 2009, 2434). Das Ziel ist im Wortlaut des Gesetzes nicht weiter eingeschränkt als durch die Bestimmung, dass es **rechtmäßig sein muss**. In der Gesetzesbegründung findet sich le

diglich der Hinweis, es müsse ein sachlicher Grund gegeben sein (BR-Dr 329/06 v. 18. 5. 2006, S. 34). Damit ist auf die bis dahin bestehende Rechtslage zu § 611a BGB verwiesen, nach der jedes rechtmäßige, seinerseits nicht diskriminierende Ziel ausreichend war.

Das von der [bekl. Arbeitgeberin] mit der Forderung ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache verfolgte Ziel bestand in der **Erfüllung der Norm ISO/TS 16949**. Aus dieser Norm ergibt sich die berufliche Anforderung der Kenntnis der deutschen Schriftsprache für die von der Schuldnerin im Spritzguss beschäftigten Werker. Der Bekl. hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Erfüllung dieser Norm deshalb von Bedeutung ist, weil andernfalls keine Aufträge mehr akquiriert werden können. Damit liegt ein Ziel vor, das nicht diskriminierend und auch sonst rechtmäßig ist. Sieht man als Ziel des Verlangens nach deutscher Schriftsprache i.S. des § 3 II AGG nicht die Erfüllung der ISO-Norm als solche, sondern – unabhängig von deren Vorgaben – die **möglichst optimale Erledigung der anfallenden Arbeit**, so ist auch dieses Ziel rechtmäßig (wird ausgeführt).

Das **Mittel zur Erreichung dieses legitimen Ziels** – die Forderung ausreichender Kenntnisse der deutschen Schriftsprache – **war erforderlich i.S. des § 3 II AGG**. Erforderlich ist ein Mittel zur Erreichung eines Ziels, wenn das Ziel ohne das Mittel nicht erreicht werden kann. So liegt es hier: Die Schuldnerin konnte die Erfüllung der Norm ISO/TS 16949 nicht nachweisen bzw. ihr unternehmerisches Ziel nicht erreichen, wenn die als Werker beschäftigten Arbeitnehmer die schriftlichen Arbeitsanweisungen und Prüfaufträge nicht lesen und verstehen und deshalb ihre Aufgaben nicht wie vorgesehen erfüllen können.

Das Mittel zur Erreichung des Ziels ist auch **angemessen**. Ein **weniger belastendes Mittel ist nicht ersichtlich**. Die Vorstellung, die Tätigkeit des Kl. müsse im Interesse der Diskriminierungsfreiheit gewissermaßen aufgespalten werden in solche Bestandteile, die er ohne deutsche Sprachkenntnisse erledigen kann, und solche, bei denen er Deutsch lesen können muss, ist nicht richtig, macht aber besonders deutlich, dass die Forderung von Deutschkenntnissen unumgänglich ist: Wäre es anders, so müsste der Schuldnerin nicht zugemutet werden, – offenbar zweisprachiges – Personal für die Übersetzung und mündliche Erläuterung von Arbeitsanweisungen vorzuhalten und weitere Kräfte für an sich von ihm zu erbringende Teiltätigkeiten (Messen) einzusetzen. Das Gesetz verlangt vom Arbeitgeber derart weitgehende organisatorische Umgestaltungen nicht.“ (BAG aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 267

Urkundenfälschung
Telefax und Ausdruck einer Computerdatei sind keine Urkunden
(BGH in StV 2010, 364; Beschluss vom 27.01.2010 – 5 StR 488/09)

StGB

Weder ein Telefax noch der Ausdruck einer Computerdatei ist eine Urkunde i.S. des § 267 StGB.

- I. Der **bloße Ausdruck einer Computerdatei** des manipulierten Schriftstücks **erfüllt** den **Urkundenbegriff** nach § 267 I StGB **nicht**.

„Urkunden i. S. des Strafrechts sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen (st. Rspr.; vgl. etwa BGHSt 4, 60; 24, 140; Fischer, § 267 Rn 2 m.w.N.). Zwar kann im Wege computertechnischer Maßnahmen wie der Veränderung eingescannter Dokumente grds. eine (unechte) Urkunde hergestellt werden (vgl. BGHR StGB § 267 Abs. 1 Urkunde 5). Dafür muss die Reproduktion jedoch den **Anschein einer von einem bestimmten Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln**, also einer Originalurkunde so ähnlich sein, dass die **Möglichkeit einer Verwechslung nicht ausgeschlossen** werden kann (BayObLG NJW 1989, 2553; Fischer, § 267 Rn 12d).

Daran fehlt es hier: Der **bloße Ausdruck der Computerdatei weist nicht die typischen Authentizitätsmerkmale auf**, die einen notariellen Kaufvertrag bzw. die Ausfertigung eines solchen prägen. Er **spiegelt** für den Betrachter erkennbar **lediglich ein Abbild eines anderen Schriftstücks wider**. Damit **steht er einer bloßen Fotokopie gleich**, der, sofern als Reproduktion erscheinend, mangels Beweiseignung sowie Erkennbarkeit des Ausstellers ebenfalls kein Urkundencharakter beizumessen ist (vgl. BGHSt 20, 17; 24, 140 m.w.N.; BGH wistra 1993, 225).“ (BGH aaO)

- II. Auch mit **Übermittlung eines manipulierten Schriftstücks per Telekopie** und dessen Ausdruck auf dem Empfängergerät wird **keine Urkunde hergestellt**.

„Nicht anders als bei einer („gewöhnlichen“) Fotokopie enthält die beim Empfänger ankommende Telekopie eines existenten Schriftstücks – für den Adressaten und jeden Außenstehenden offensichtlich – **nur die bildliche Wiedergabe der in jenem Schriftstück verkörperten Erklärung** (vgl. OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918; OLG Oldenburg NSTz 2009, 391; MüKo-StGB/Erb, § 267 Rn 89; Zieschang, LK, 12. Aufl., § 267 Rn 125; Fischer, § 267 Rn 12d; Beckemper JuS 2000, 123). Eine **Beweisbedeutung** kann ihr demgemäß **mangels Erkennbarkeit eines Ausstellers** und damit verbundener eigener Garantiefunktion für die Richtigkeit des Inhalts (vgl. BGH wistra 1993, 341) jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen (zu den in Betracht kommenden Fallgestaltungen Beckemper aaO) **nicht beigemessen** werden.

Anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn durch das Gerät des Empfängers auf der Telekopie die übliche Kurzbezeichnung des Absenders aufgedruckt gewesen ist. Ein solcher **Aufdruck ist entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 267 Rn 43 m.w.N.) nicht etwa einer Beglaubigung gleichzusetzen**. Der Rechtsverkehr misst ihm eine solche Bedeutung ersichtlich nicht zu. Ferner bestätigt der Empfängerdruck nicht die inhaltliche Richtigkeit des versandten Schriftstücks (zur Lage bei der Beglaubigung BGHR StGB § 267 Abs. 1 Gebrauchmachen 4), sondern allenfalls, dass die eingegangene Telekopie vom Absender gemäß Aufdruck in das Telekopiergerät eingelegt und versandt worden ist. Insofern gibt er aber das Geschehene zutreffend wieder.“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB
§ 326 I Nr.4a

umweltgefährdende Abfallbeseitigung
durch Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs
(OLG Celle in ZAP 2010, 693; Urteil vom 15.10.2009 – 32 Ss 113/09)

StGB

Das **Verschenken eines nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an eine Privatperson** zum Zweck des Ausschlachtens **erfüllt** den objektiven Tatbestand des **§ 326 I Nr. 4 a StGB**.

- I. Bei einem **Altfahrzeug** kann es sich **grds. um Abfall i. S. des § 326 I 1 StGB** handeln. Der **strafrechtliche Abfallbegriff** ist an den **verwaltungsrechtlichen Abfallbegriff** angelehnt und umfasst gem. § 3 I i. V. m. Anhang 1 KrW-/AbfG **alle beweglichen Sachen, die vom Besitzer nicht oder nicht mehr verwendet werden und deren sich der Besitzer entledigt, entledigen will** (subjektiver Abfallbegriff, gewillkürter Abfall) **oder entledigen muss** (objektiver Abfallbegriff, Zwangsabfall).

„Der Pkw Audi 80 der Angekl. wurde mit einem Restwert von 20 € bewertet und als Wrack eingeordnet. Das Fahrzeug war zur Zeit der Übergabe zumindest gewillkürter Abfall, dessen sich die Angekl. möglichst kostengünstig entledigen wollte. Demnach ging sie nicht von der Wiederherstellung der Fahrtüchtigkeit aus. Nach ihrer Einschätzung hatte das Fahrzeug keinen Gebrauchswert mehr. Damit war das Fahrzeug Abfall im Sinne des subjektiven Abfallbegriffs.“

Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass Bestandteile des Fahrzeugs ggf. noch wiederverwendet oder weiterverwertet werden konnten. Denn das **Ausschlachten** stellt **keinen Gebrauch eines Fahrzeugs zu seinem ursprünglichen Verwendungszweck** dar (vgl. hierzu MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 19, 59; BayObLG VRS 89, 238 ff.). Zudem hat die Angekl. dem Abnehmer das Fahrzeug unentgeltlich mitgegeben, und damit deutlich gemacht, dass das Fahrzeug für sie keinen relevanten Gebrauchswert mehr hatte.“ (OLG Celle aaO)

- II. Das **Fahrzeug** war nach seiner Beschaffenheit auch dazu **geeignet, nachhaltig ein Gewässer oder den Boden zu verunreinigen**.

„Die Frage, ob § 326 I Nr. 4 StGB als **abstraktes Gefährungsdelikt** jede theoretische Möglichkeit einer Verunreinigung ausreichen lässt oder dies der Einschränkung bedarf (vgl. hierzu OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f.; MüKo-StGB/Alt, § 326 Rn 60; OLG Schleswig NSTZ 1997, 546 ff.; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 ff.), kann hier dahinstehen: Denn eine **Gefährungseignung** wird selbst bei einschränkender Auslegung im Falle eines nicht mehr fahrtüchtigen Altfahrzeugs **auch dann vorliegen, wenn eine reale und gegenwärtige Gefahr eines unkontrollierten Austretens von umweltschädlichen Betriebsflüssigkeiten besteht** (vgl. hierzu OLG Celle NSTZ 1996, 191 f.; OLG Braunschweig NSTZ-RR 2001, 42 f. unter Aufgabe der bisherigen Rspr., dass ein noch ausschaltbares Wrack ein Wirtschaftsgut darstellt; LG Stuttgart NSTZ 2006, 291 f.; einschränkend, im Ergebnis aber offen gelassen OLG Schleswig NSTZ 1997, 546).“

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils waren in dem Fahrzeug noch die Betriebsflüssigkeiten und andere Schadstoffe vorhanden, also jedenfalls Altöl und andere Schmierstoffe, Brems- und Batterieflüssigkeit. Solche Stoffe sind geeignet, Gewässer und Boden zu verunreinigen. Das Fahrzeug war zudem bei Übergabe an den Abnehmer nicht mehr fahrbereit und sollte ausgeschlachtet werden. **Beim unkontrollierten Ausschachten muss** wegen des zwangsweise damit einhergehenden LöSENS von Verbindungen und Verschlüssen, sowie wegen des unsorgfältigen Ablegens von Aggregaten während des Ausbaus anderer Teile **mit dem Austreten von Betriebsflüssigkeiten gerechnet werden**. Von dem Fahrzeug ging somit nach seiner Beschaffenheit auch bei einschränkender Auslegung eine Umweltgefährdung i. S. des § 326 I Nr. 4a StGB aus.“ (OLG Celle aaO)

- III. Durch das **Verschenken eines Altfahrzeugs** wird dieses unter **wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren** „sonst beseitigt“ i. S. von § 326 I Nr. 4a StGB.

„Gem. § 4 Altfahrzeugverordnung ist jeder, der sich eines Fahrzeugs entledigen will, verpflichtet, dieses nur einer anerkannten Annahmestelle, einer anerkannten Rücknahmestelle oder einem anerkannten **Demontagebetrieb** zu überlassen. Dieser Verpflichtung ist die Angekl. nicht nachgekommen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der unbekannt gebliebene Abnehmer einen solchen Betrieb führte. Durch die Übergabe ihres Fahrzeuges zum Ausschachten an diesen Abnehmer hat die Angekl. das nicht mehr fahrbereite Altfahrzeug der vorgeschriebenen Abfallentsorgung entzogen und es „sonst beseitigt“. Dadurch entstand die **konkrete Gefahr eines unkontrollierten Freisetzens der umweltgefährdenden Stoffe**, die sich noch in dem Fahrzeug befanden. Die Vorwerfbarkeit ihres Verhaltens liegt nicht in einem Unterlassen geeigneter Feststellungen zur Identität des Interessenten und seiner Zuverlässigkeit für eine ordnungsgemäße Entsorgung des Fahrzeugs, sondern in der aktiven Übergabe des nicht mehr fahrbereiten Altfahrzeugs an den offensichtlich als Privatmann auftretenden Abnehmer zum Zweck des Ausschachtens. Darin liegt ein Beseitigen von Abfall unter **wesentlicher Abweichung von einem vorgeschriebenen Verfahren** gem. § 326 I Nr. 4a StGB.“ (OLG Celle aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

GewSchG
§ 1 II 1 Nr. 1

Drohung mit Körperverletzung
nicht bei Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien
(OLG Bremen in MDR 2010, 746; Beschluss vom 25.02.2010 – 4 UF 9/10)

GewSchG

Der **Tatbestand der Drohung mit einer Körperverletzung** i.S.d. § 1 II 1 Nr. 1 GewSchG **erfordert eine ernsthafte Drohung** und ist **bei bloßen situationsbedingten Verwünschungen, Beschimpfungen und Prahlereien nicht erfüllt**.

„Zwar muss eine **Drohung** in diesem Sinne nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann **auch konkludent** zum Ausdruck kommen (vgl. zum identischen Begriff der Drohung im Strafrecht: Träger/Schluckebier, KL/StGB, 11. Aufl., § 241 Rn 7). **Tatbestandsmäßig sind jedoch nur ernsthafte Drohungen** i.S.d. §§ 240, 241 StGB. **Bloße Verwünschungen, Beschimpfungen oder Prahlereien reichen nicht aus** (Hoppenz/Müller, Familiensachen, 9. Aufl., § 1 GewSchG Rn 31; Palandt/Brudermüller, BGB, 68. Aufl., § 1 GewSchG Rn 9; OLG Schleswig MDR 2004, 155 = NJW-RR 2004, 156). Für die Abgrenzung kommt es darauf an, ob der Drohende unter Würdigung der Gesamtumstände den **Eindruck der Ernstlichkeit** erweckt bzw. ob die Ankündigung gewalttätigen Verhaltens aus der Sicht des objektiven Durchschnittsmenschen ernst zu nehmen war (Träger/Schluckebier aaO, 11. Aufl., § 241 Rn 10; MüKo-StGB/Gropp/Sinn, § 241 Rn 5).“

Unter **Berücksichtigung der Gesamtumstände** des vorliegenden Falls ist das seitens des Ast. behauptete Verhalten des Ag. nicht als ernsthafte Drohung mit einer Körperverletzung, sondern als bloße – wenn auch beleidigende und damit Strafbare – Verwünschung einzuordnen: Zwar stellt der Ast. den Ag. als jähzornig und aggressiv sowie körperlich überlegen dar. Es ist aber zu berücksichtigen, dass zwischen den Bet. seit längerem Streit herrscht, ohne dass es bislang zu körperlichen Auseinandersetzungen gekommen ist. Der Einsatz der Drohgebärde und einer Beleidigung im Moment des Hinausgehens, also zu einem Zeitpunkt, als dem Ag. klar sein musste, dass er sich in diesem Termin nicht hat durchsetzen können und im Sinne einer Niederlage unverrichteter Dinge das Büro des Ast. zu verlassen hatte, spricht jedoch deutlich dafür, dass es sich letztlich nicht um eine ernst gemeinte Drohung handelte, sondern um eine situationsbedingte Verwünschung als letzte verzweifelte **Unmutsbekundung im Zustand höchster Erregung**. Aus der Sicht eines objektiven Durchschnittsmenschen ist eine solche Geste, jedenfalls solange es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt, nicht als Ankündigung einer Körperverletzung bzw. gewalttätiger Handlungen zu verstehen.“ (OLG Bremen aaO)

NWLPO
§ 20 IV

**Überprüfung einer Prüfungsentscheidung
unverzügliche Einleitung des Kontrollverfahrens**
(OVG Münster in NWVBI 2010, 328; Beschluss vom 08.01.2010 – 19 B 1004/09)

SchulR/PrüfR

Die ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens setzt voraus, dass die Prüfungsbehörde **substantiierte Einwände des Prüflings unverzüglich den Prüfern** zum Zwecke des Überdenkens ihrer Bewertung **zuleitet** und die Prüfer die **gerügten Bewertungen** gleichermaßen **unverzüglich überdenken**.

Bei mündlichen Prüfungen kann der **Zweck des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens** dann nicht mehr erreicht werden, wenn die Prüfer sich aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr verlässlich an die mündliche Prüfung erinnern können.

„Eine unverzügliche Einleitung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens liegt nur dann vor, wenn der Zweck des Kontrollverfahrens, ein Überdenken der Bewertung durch die Prüfer unter Berücksichtigung der substantiierten Einwände des Prüflings noch erreicht werden kann. Dieser Zweck ist hier nicht gewahrt. Die Prüfer waren aufgrund des Zeitablaufs (hier: 9 Monate) nicht mehr in der Lage, ihre Bewertung der mündlichen Prüfung hinreichend zu überdenken.“

Die angesichts der fehlenden hinreichenden Erinnerung der Prüfer unmöglich gewordene ordnungsgemäße Durchführung des verwaltungsinternen Kontrollverfahrens geht zu Lasten des Ag. Eine erhebliche Verletzung der prüfungsrechtlichen Mitwirkungspflichten der Ast. liegt nicht vor.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB
§ 1004

**Zustandsstörer
Beseitigungspflicht**

POR

(BGH in ZMR 2010, 622; Beschluss vom 04.03.2010 – V ZB 130/09)

Auch der **Zustandsstörer kann zur Beseitigung einer Störung** (und nicht nur zur Duldung der Störungsbeseitigung) **verpflichtet** sein.

„Dies setzt allerdings voraus, dass er nicht nur tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, die Störung zu beseitigen, sondern zudem, dass die Störung bei der gebotenen wertenden Betrachtung durch seinen maßgebenden Willen zumindest aufrechterhalten wird (vgl. BGH NZM 2007, 130 = NJW 2007, 432). Daran fehlt es etwa, wenn der Mieter einer Wohnung auf Beseitigung eines das Eigentum eines Dritten beeinträchtigenden Zustands in Anspruch genommen wird, der auf das Handeln des Wohnungseigentümers zurückzuführen ist. Der Mieter ist in einem solchen Fall lediglich verpflichtet, die Beseitigung der Störung zu dulden (vgl. BGH NZM 2007, 130 = NJW 2007, 432), nicht aber ist er gehalten, diese durch einen Eingriff in das Eigentum seines Vermieters zu beseitigen. Die Störung zu beseitigen, bleibt in solchen Fällen Sache des Eigentümers.“

Vorliegend befindet sich die Ag. nicht in einer Situation, die der des Mieters im Beispielfall vergleichbar wäre. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass die Aufrechterhaltung der von der Hecke ausgehenden Störung hier allein auf dem maßgebenden Willen der Ag. beruht und diese nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich zur Beseitigung der Störung in der Lage ist.“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BayGLKrWahlG
Art. 21 I Nr. 3, 1 III 1

**passives Kommunalwahlrecht
maßgeblicher Wohnsitz**

BGB

(BayVerfGH in BayVBI 2010, 432 = NVwZ-RR 2010, 297; Beschluss vom 11.01.2010 – Vf. 79-VI-09)

Die in Art. 21 I Nr. 3 i.V.m. Art. 1 III 1 BayGLKrWahlG geregelte **Koppelung des passiven Wahlrechts** zum Mitglied eines Gemeinderats **an die Hauptwohnung im Wahlgebiet ist verfassungsgemäß**.

I. § 1 S. 1 HS 1 BayGLKrWahlO bestimmt die **vorwiegend benutzte Wohnung der Familie** nur für den Regelfall als den **Schwerpunkt der Lebensbeziehungen** (Art. 21 I Nr. 3 BayGLKrWahlO) **eines Verheirateten**.

„Eine unmodifizierte Übernahme der das Melderecht prägenden schlechthin zwingenden Festlegung der Hauptwohnung eines Verheirateten für die Regelung des passiven Wahlrechts ist unter dem Blickwinkel des Schutzes von Ehe und Familie und vom Regelfall abweichender Gestaltung des Familienlebens verfassungsrechtlich beanstandet worden (ThürVerfGH NJW 1998, 525 ff. = NVwZ 1998, 388; dazu krit.: Schreiber NJW 1998, 492; offen gelassen: VGH Kassel NVwZ-RR 2009, 572).“

Derartige Fragen wirft § 1 S. 1 BayGLKrWahlO aber nicht auf: Die Norm lässt als bloße Regelfallvorschrift Raum für abweichende familiäre Lebensentwürfe und bewegt sich – unabhängig von der sachlichen Rechtfertigung der genannten verfassungsrechtlichen Bedenken – deshalb innerhalb des von der BayVerf. gesteckten Rahmens, die Wählbarkeit in der Weise mit äußeren Sachverhalten zu verbinden, weil dabei Grundentscheidungen der Bayerischen Verfassung, insbesondere die Grundrechte, mit den Grundsätzen des Wahlrechts in Einklang gebracht sind (vgl. auch: BayVerfGHE 19, 105).“

Auch zu Art. 118 I BayVerf steht § 1 S. 1 BayGLKrWahlO nicht in Widerspruch: Eine sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung zwischen Eheleuten ohne Kinder und solchen mit Kindern ergibt sich schon deshalb nicht, weil die Norm das Verständnis ermöglicht und wegen ihrer Nähe zum Melderecht sogar nahelegt, dass „Familie“ auch die eheliche Lebensgemeinschaft ohne Kinder ist (vgl. BÜchner, KommunalwahlR in Bayern, § 1 BayGLKrWahlO, Rn 2; BVerwGE 107, 75 = NJW 1999, 2688 = NVwZ 1999, 1114 – zu § 12 II 2 MRRG).“ (BayVerfGH aaO)

II. Mit dieser Auslegung wird auch der **Grundsatz der Allgemeinheit der Wahl nicht verletzt**.

„Die in Art. 21 I Nr. 3 i.V.m. Art. 1 III 1 BayGLKrWahlG geregelte Koppelung des passiven Wahlrechts zum Mitglied eines Gemeinderats an die Hauptwohnung im Wahlgebiet ist in Art. 7 III BayVerf angelegt (vgl. ferner: BayVerfGHE 19, 105; VGH München, VGH n.F. 38, 4/7). Mit der getroffenen Regelung stellt das BayGemeinde- und LandkreiswahlG die Verbindung zwischen den persönlichen Lebensumständen des Kandidaten und den mit dem Amt des Gemeinderatsmitglieds verbundenen, auf den gemeindlichen Wirkungskreis beschränkten Aufgaben her.“ (BayVerfGH aaO)

Entscheidungen VerfahrensrechtZPO
§ 148**Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO
wegen Vorabentscheidungsverfahren vor EuGH in Parallelsache**

ZPO

(BAG in juris AnwaltsLetter Nr. 13, 06.07.010; Urteil vom 20.05.2010 – 6 AZR 481/09)

Die Aussetzung des Verfahrens ist in **entsprechender Anwendung von § 148 ZPO** auch ohne gleichzeitiges Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union grundsätzlich zulässig, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der **Beantwortung derselben Frage** abhängt, die bereits **in einem anderen Rechtsstreit** dem Gerichtshof der Europäischen Union zur **Vorabentscheidung** nach Art. 267 AEUV vorgelegt wurde.

A. Grundlagenwissen: Das Vorabentscheidungsverfahren, Art. 267 AEUV

Das Vorabentscheidungsverfahren verfolgt das Rechtsschutzziel, die Auslegung von Gemeinschaftsrecht vom EuGH klären zu lassen. Ein anhängiges zivilprozessuales Verfahren wird dann nach § 148 ZPO ausgesetzt.

I. Zulässigkeit des Vorabentscheidungsverfahrens**1. Zuständiges Gericht**

Der EuGH für das Verfahren gem. Art. 256 I S. 2 AEUV zuständig

2. Vorlageberechtigung

Vorlageberechtigt sind die staatlichen Gerichte der Mitgliedstaaten (nichtstaatliche Gerichte nur dann, wenn sie als unabhängige Instanzen zur endgültigen Streitentscheidung befugt sind).

Eine Vorlageverpflichtung gibt es nur, wenn es keine Rechtsmittel mehr gibt. Sie besteht nicht, wenn die Entscheidung des nationalen Gerichts noch mit Rechtsmitteln angreifbar ist.

3. Vorlagegegenstand, § 267 AEUV

Der EuGH entscheidet in diesem Verfahren nur über

- Auslegung einer Vertragsbestimmung, nicht über die Anwendung einer Norm im Einzelfall
- Gültigkeit und Auslegung der Handlungen der Gemeinschaftsorgane und der EZB
- Auslegung von Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen

4. Ordnungsgemäße Vorlage

Die Vorlage muss ordnungsgemäß erfolgen. Das vorlegende Gericht muss darlegen, um welche Auslegungsfrage es geht, dass diese noch ungeklärt ist und warum es im zu entscheidenden Rechtsstreit auf diese Frage ankommt.

5. Vorlagebefugnis

Eine Befugnis der nationalen Gerichte zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens besteht nur, wenn es die Entscheidung über die gemeinschaftsrechtliche Frage für entscheidungsrelevant zum Erlass seines Urteils hält. Die Prüfung dieser Frage obliegt allein den nationalen Gerichten; eine Prüfung durch den EuGH findet nicht statt.

II. Entscheidung

Bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen beantwortet der EuGH die ihm gestellte Frage.

Die Entscheidung des EuGH ist für das vorlegende Gericht bindend. Fraglich ist jedoch, ob auch eine Bindung für weitere Fälle besteht.

- Berechtigung der nationalen Gerichte, das Gemeinschaftsrecht in Übereinstimmung mit dem EuGH auszulegen
- Berechtigung der nationalen Gerichte, bei Ungültigkeitserklärung einer Norm durch den EuGH ebenfalls von der Ungültigkeit auszugehen
- Pflicht zur erneuten Vorlage bei angestrebter Abweichung von einer Vorabentscheidung durch den EuGH

B. Aussetzung des Verfahrens analog § 148 ZPO auch bei Anhängigkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens in anderer Sache (BAG in jurisAnwaltsLetter Nr. 13, 06.07.2010)

Fall: Die Parteien streiten u.a. darüber, ob die Bemessung der Grundvergütung nach Lebensaltersstufen im Vergütungssystem des BAT gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters verstößt und dem im Januar 1976 geborenen Kläger für die Monate August 2007 bis Dezember 2008 Grundvergütung der Vergütungsgruppe II a BAT nach der Lebensaltersstufe „nach vollendetem 45. Lebensjahr“ zusteht.

Der Kläger war vom 01.08.2005 bis zum 31.12.2008 beim beklagten Land an der Universität Ma als Angestellter tätig, zuletzt aufgrund eines schriftlichen Arbeitsvertrags vom 27.06.2007. In diesem ist u.a. vereinbart, dass der Kläger ab dem 01.08.2007 bis zum 31.12.2008 als wissenschaftlicher Mitarbeiter mit der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten weiterbeschäftigt wird, das Arbeitsverhältnis sich nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) und den sonstigen einschlägigen Tarifverträgen für den Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) bestimmt, soweit keine abweichenden Vereinbarungen getroffen sind, und der Kläger in der Vergütungsgruppe II a BAT eingruppiert ist. Das beklagte Land war mit Ablauf des 31.03.2004 aus der TdL ausgetreten.

Der Kläger hat gemeint, die Bemessung der tariflichen Grundvergütung nach Lebensaltersstufen verstoße gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Ihm stehe Grundvergütung der höchsten Lebensaltersstufe der Vergütungsgruppe II a BAT zu. Das beklagte Land ist der Ansicht, der Kläger habe nur Anspruch auf Grundvergütung der seinem Alter entsprechenden Lebensaltersstufe.

Das BAG hat das Ruhen des Verfahrens im Hinblick auf ein beim EuGH in einer anderen Sache anhängiges Vorabentscheidungsverfahren angeordnet, in welchem es um dieselbe Auslegungsfrage geht. Zu Recht?

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet nach § 148 ZPO anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. Dies gilt auch, wenn das Gericht in der gegenständlichen Sache ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH nach § 267 AEUV einleiten möchte.

I. Aussetzung auch wegen Vorabentscheidungsverfahren in anderer Sache

§ 148 ZPO regelt die Aussetzung der Verhandlung bei Voreingrifflichkeit. In entsprechender Anwendung könnte nach dieser Vorschrift eine Aussetzung der Verhandlung auch bis zur Erledigung eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV in einem anderen Rechtsstreit möglich sein.

Hält ein Gericht eine Norm für verfassungswidrig, auf die es bei der Entscheidung ankommt, so muss es die Verhandlung nach Art. 100 GG aussetzen und die Entscheidung des zuständigen Verfassungsgerichts einholen. Ohne Vorlage an das Verfassungsgericht aussetzen darf ein Gericht in analoger Anwendung von § 148 ZPO dann, wenn es die Norm, wegen der bereits ein Kontrollverfahren beim Verfassungsgericht anhängig ist, nicht für verfassungswidrig hält (BGH NJW 1998, 1957). Dies könnte auch für das Vorabentscheidungsverfahren gelten.

„Die Aussetzung wegen Verfassungswidrigkeit einer Norm unterscheidet sich von der Aussetzung zur Auslegung einer Norm durch den EuGH nicht grundlegend. In beiden Fällen geht es nicht um die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 148 ZPO ist eine bestimmte, rechtlich geregelte Beziehung einer Person zu anderen Personen oder zu Gegenständen (BGH NJW 1998, 1957).

Die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes ist ebenso wie die Wirksamkeit einer Tarifvorschrift kein Rechtsverhältnis in diesem Sinne, sondern eine Rechtsfrage. Die Rechtsfrage, ob eine Regelung anzuwenden ist oder nicht, stellt sich nicht nur bei einer möglichen Verfassungswidrigkeit einer Vorschrift, sondern auch bei einem möglichen Verstoß gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters.

Die entsprechende Anwendung des § 148 ZPO ist deshalb durch eine gleichartige Interessenlage gerechtfertigt. Die Vorschrift will nach einhelliger Auffassung eine doppelte Prüfung derselben Frage in mehreren Verfahren verhindern. Das dient der Prozesswirtschaftlichkeit und der Vermeidung sich widersprechender Ent-

scheidungen. Wegen dieser Vorteile nimmt das Gesetz den zeitweiligen Stillstand und die hierdurch bewirkte Verzögerung des Verfahrens in Kauf. Dieser **Gesetzeszweck kommt gleichermaßen zum Tragen**, wenn die Frage eines **Verstoßes gegen ein Diskriminierungsverbot** bereits **Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens** an den EuGH oder zur Frage der Verfassungswidrigkeit einer Norm bereits ein Kontrollverfahren beim zuständigen Verfassungsgericht anhängig ist.

Ein **weiteres Vorabentscheidungsverfahren** mit derselben Vorlagefrage würde entgegen der Ansicht des Klägers **nicht zu einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlage** für den EuGH führen. Der Senat hat die Argumente und Erwägungen des Klägers, die dieser für den von ihm angenommenen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters vorgebracht hat, bei dem Vorlagebeschluss berücksichtigt. Für die Aussetzung spricht auch, dass das **Verfahren dadurch nicht verzögert** wird. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, **dass zwei Vorabentscheidungsverfahren mit derselben Vorlagefrage deren Beantwortung durch den EuGH beschleunigen würden**.

Für die Entscheidung des Senats, den EuGH nicht im vorliegenden, sondern im Revisionsverfahren Land Berlin ./. M (- 6 AZR 148/09 -) um die Beantwortung der Vorlagefrage zu ersuchen, war maßgebend, dass die Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27.06.2007 nicht tarifgebunden waren. Demgegenüber war das Land Berlin an den Tarifvertrag zur Anwendung von Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes vom 31.07.2003 gebunden. Dieser Tarifvertrag regelte u.a., dass sich die Arbeitsverhältnisse der Angestellten mit bestimmten Maßgaben nach den Vorschriften des BAT in der Fassung vom 31.01.2003 und den Anlagen zum Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT für den Bereich des Bundes und der TdL richten. Da sich die Vorlagefrage auch zum primärrechtlich gewährleisteten Recht der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (Art. 28 GRC) verhält, hat der Senat mangels Tarifbindung der Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags vom 27.06.2007 von einem Vorabentscheidungsersuchen im vorliegenden Revisionsverfahren abgesehen und den EuGH im Revisionsverfahren Land Berlin ./. M (- 6 AZR 148/09 -) um die Beantwortung der Vorlagefrage ersucht.“ (BAG aaO)

§ 148 ZPO ist daher analog auch dann anwendbar, wenn nicht im auszusetzenden Rechtsstreit ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH geführt werden soll, sondern auf die Entscheidung in einem anderen Vorabentscheidungsverfahren gewartet werden soll, in welchem es um dieselben, entscheidungsrelevanten Auslegungsfragen geht.

II. Vorliegen der Voraussetzungen für die Aussetzung analog § 148 ZPO

„Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt ebenso wie die Entscheidung im Revisionsverfahren Land Berlin ./. M (- 6 AZR 148/09 -) von der vom Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zu treffenden Beurteilung ab, ob die in § 27 Abschn. A BAT angeordnete Bemessung der Grundvergütungen in den Vergütungsgruppen des BAT nach Lebensaltersstufen gegen das primärrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters verstößt und eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Alters im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (RL 2000/78/EG) vom 27. November 2000 (ABl. EG Nr. L 303 vom 2. Dezember 2000 S. 16) darstellt. Der Senat hat mit Beschluss vom 20. Mai 2010 in dem vorgenannten Revisionsverfahren dem EuGH gemäß Art. 267 AEUV folgende Frage vorgelegt:

Verstößt eine tarifliche Entgeltregelung für die Angestellten im öffentlichen Dienst, die wie § 27 Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) in Verbindung mit dem Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT die Grundvergütungen in den einzelnen Vergütungsgruppen nach Lebensaltersstufen bemisst, auch unter Berücksichtigung des primärrechtlich gewährleisteten Rechts der Tarifvertragsparteien auf Kollektivverhandlungen (jetzt Art. 28 GRC) gegen das primärrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen des Alters (jetzt Art. 21 Abs. 1 GRC) in seiner Konkretisierung durch die Richtlinie 2000/78/EG?

Mit der Beantwortung dieser Vorlagefrage durch den EuGH wird auch für den vorliegenden Rechtsstreit geklärt, ob die Bemessung der Grundvergütungen nach Lebensaltersstufen im Vergütungstarifvertrag Nr. 35 zum BAT wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot wegen des Alters unwirksam ist.“ (BAG aaO)

Die Verhandlung konnte daher in entsprechender Anwendung von § 148 ZPO bis zur Erledigung des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union(AEUV)(ABl. EU Nr. C 115 vom 9. Mai 2008 S. 47) im Revisionsverfahren Land Berlin ./. M (- 6 AZR 148/09 -) ausgesetzt werden.

ZVG

Mangel des Titels in der Immobilienversteigerung

ZPO

§§ 83 Nr. 6, 16 II

Heilung nur bis Zuschlagserteilung

(BGH in NJW-RR 2010,1100; Beschluss vom 18.03.2010 – V ZB 124/09)

1. Die **Ausfertigung des Vollstreckungstitels** muss **bei der Versteigerung** und bei der **Erteilung des Zuschlags** vorliegen. Ein Verstoß gegen dieses Verfahrensgebot kann auch noch im Verfahren der sofortigen Beschwerde geheilt werden.
2. Im Verfahren der sofortigen Beschwerde nicht mehr heilbar ist dagegen ein **Mangel des Titels** (hier: fehlende Erteilung und Zustellung der Rechtsnachfolgeklausel). Dieser kann nur bis zur Erteilung des Zuschlags geheilt werden.

Fall: Das Anwesen der Schuldner besteht aus zwei Grundstücken, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und an unterschiedlicher Rangstelle mit vollstreckbaren Grundschulden zu Gunsten der Gläubigerin belastet sind. Auf Antrag der Gläubigerin ordnete das AG mit Beschluss vom 17.09.2004 die Zwangsversteigerung des auf Blatt 7366 des Grundbuchs von L. gebuchten Grundstücks an. Auf Antrag der Stadt L., die an dem Verfahren nicht mehr beteiligt ist, ordnete es mit Beschlüssen vom 20.10.2005 die Zwangsversteigerung auch des auf Blatt 8353 des Grundbuchs von L. gebuchten Grundstücks und die Verbindung beider Verfahren zur gemeinsamen Versteigerung an. Mit Beschluss vom 16.11.2007 ließ es den Beitritt der Gläubigerin in dem Verfahren zur Versteigerung des auf Blatt 8353 gebuchten Grundstücks zu. Mit Beschluss vom 18.01.2007 setzte es den Verkehrswert beider Grundstücke auf insgesamt 114.000 Euro fest. Nach dem ersten Versteigerungstermin am 25.10.2007 versagte es dem mit einem Gebot von 60.500 Euro Meistbietenden mit Beschluss vom 08.11.2007 den Zuschlag, weil die Gläubigerin zwischenzeitlich die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung bewilligt hatte. Im zweiten Termin am 08.07.2008 wurde kein Gebot abgegeben. Im dritten Termin am 18.02.2009, in dem der Schuldner zu 1 in Person erschienen und die Schuldnerin zu 2 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten erster Instanz vertreten war, erteilte es den Erstehern, die mit einem Gebot von 68.400 Euro Meistbietende geblieben waren, in einem mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Beschluss den Zuschlag.

Die auf Verkürzung der Bietzeit, Unzulässigkeit des Meistgebots und Verschleuderung gestützte sofortige Beschwerde der Schuldner gegen den Zuschlagsbeschluss vom 04.03.2009 ging bei dem LG in Schriftform am 05.03.2009 und in Textform (als Telefax) am 12.03.2009 ein. Das Telefax war versehentlich an die Telefax-Nummer der – im selben Gebäude untergebrachten – Staatsanwaltschaft gesandt worden. Im Beschwerdeverfahren bemerkte die Gläubigerin bei der Beantragung einer weiteren Titelausfertigung, dass die vorgelegte Ausfertigung noch auf die im Wege der Aufnahme nach dem brandenburgischen Sparkassengesetz in der Gläubigerin aufgegangene Kreissparkasse L. lautete und nicht mit einer Rechtsnachfolgeklausel versehen war. Sie holte dies nach und ließ den Titel mit der Nachfolgeklausel zustellen. Das AG hat die Beschwerde für zulässig gehalten und ihr aus Sachgründen nicht abgeholfen. Das LG hat die Schuldner auf die Versäumung der Beschwerdefrist hingewiesen. In ihrem Wiedereinsetzungsantrag haben die Schuldner unter anderem geltend gemacht, die Bürovorsteherin habe bei Versenden des Telefax bemerkt, dass auf der Beschwerdeschrift eine falsche Telefax-Nummer angegeben gewesen sei, und die richtige Telefax-Nummer herausgesucht. Dabei sei ihr ein nicht näher aufklärbares Versehen unterlaufen. Das LG hat den Schuldner Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Beschwerdefrist verweigert, ihre sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen und hilfsweise ausgeführt, sie sei auch unbegründet. Dagegen richtete sich die von dem LG – ohne Vorliegen von Zulassungsgründen – zugelassene Rechtsbeschwerde der Schuldner. Wird diese Erfolg haben?

Die Rechtsbeschwerde wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde, § 574 ff. ZPO**1. Statthaftigkeit**

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 574 ZPO statthaft gegen Beschlüsse, wenn dies gesetzlich so vorgesehen ist oder sie zugelassen wurde. Hier wurde sie durch Beschluss des LG zugelassen. Unerheblich ist hierbei, ob Zulassungsgründe nach § 574 II ZPO nicht vorlagen, da gem. § 574 III 2 ZPO das Beschwerdegericht gleichwohl an die Zulassung gebunden ist. Die Rechtsbeschwerde ist daher statthaft.

2. Beschwerdebefugnis

Eine Beschwerdebefugnis besteht ohne weiteres bei Vorliegen einer **formellen Beschwerde**. Der Beschwerdeführer ist **formell beschwert**, wenn das Gericht sofortige Beschwerde zurückweist. Dies ist geschehen, so dass die Schuldner beschwerdebefugt sind.

3. Form und Frist

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 575 ZPO binnen einer Notfrist von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses durch Einreichung einer Beschwerdeschrift beim Beschwerdegericht einzulegen. Diese Frist wurde eingehalten.

II. Begründetheit der Rechtsbeschwerde

Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Sie ist begründet, wenn die sofortige Beschwerde unzulässig oder unbegründet war.

1. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

a) Statthaftigkeit

Nach § 95 ZVG ist gegen den Zuschlagsbeschluss die sofortige Beschwerde statthaft.

b) Beschwerdebefugnis

Die Schuldner sind als Beteiligte nach § 97 I ZVG beschwerdebefugt

c) Form und Frist

Auf die Beschwerde gegen die Entscheidung über den Zuschlag finden nach § 96 ZPO vorbehaltlich von Regelung in den §§ 97 – 100 ZPO die Vorschriften der ZPO über die Beschwerde Anwendung. Die Beschwerde kann entweder schriftlich oder aber zur Niederschrift der Geschäftsstelle beim Amtsgericht, welches entschieden hat (sog. **iudex a quo**) oder aber beim Beschwerdegericht (sog. **iudex ad quem**) innerhalb einer **Notfrist von zwei Wochen** ab Verkündung des Beschlusses über den Zuschlag erhoben werden (vgl. § 569 I ZPO i.V.m. § 98 ZVG).

aa) Nichteinhaltung der Beschwerdefrist

Der Zuschlag ist in dem Versteigerungstermin am 18.02.2009 erteilt worden. In diesem Termin war der Schuldner zu 1 persönlich anwesend. Die Schuldnerin zu 2 war durch den Verfahrensbevollmächtigten der ersten Instanz vertreten.

„Die Frist begann nach § 222 I ZPO i.V.m. § 187 I BGB mit dem auf die Verkündung des Zuschlags folgenden Tag, dem 19.02.2009, und endete nach § 222 I ZPO i.V.m. § 188 II BGB mit dem Ablauf des 04.03.2009. Eingegangen ist die sofortige Beschwerde aber in Schriftform erst am 05.03.2009 und in Textform (als Telefax) am 12.03.2009.“ (BGH aaO)

Damit war die Beschwerde verfristet.

bb) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

Die Schuldner hatten jedoch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt, welche vom Beschwerdegericht abgelehnt wurde.

(1) Statthaftigkeit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Antrag kann nach § 233 ZPO u.a. bei Versäumung einer Notfrist gestellt werden. Die Beschwerdefrist ist nach § 569 I 1 ZPO eine solche Notfrist.

(2) ordnungsgemäße Antragstellung

Der Wiedereinsetzungsantrag muss nach § 236 I ZPO in der **Form** gestellt werden, welche **für die versäumte Prozesshandlung vorgeschrieben** ist. Er muss nach § 236 II 1 ZPO die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Tatsachen enthalten. Dies ist geschehen.

Auch die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 II ZPO von 2 Wochen nach Wegfall des Hindernisses wurde eingehalten.

*„Das Hindernis bestand hier darin, dass der **verspätete Eingang** der Beschwerdeschrift **zunächst keinem Beteiligten aufgefallen** war. Das AG hat die sofortige Beschwerde in seinem Nichtabhilfebeschluss vom 08.04.2009 im Gegenteil als zulässig bezeichnet. Hinweise darauf, dass das nicht zutreffen könnte, ergaben sich erst aus dem Schreiben der Berichterstatterin der Beschwerdekammer des LG vom 11. 6. 2009. Ob dieser Hinweis ohne die erst später übersandte Kopie des Deckblatts des an die Staatsanwaltschaft gelangten Telefax das Hindernis beseitigte, ist zweifelhaft, bedarf aber keiner Entscheidung. Die Wiedereinsetzungsfrist wäre mit dem am 29.06.2009 eingegangenen Wiedereinsetzungsantrag unabhängig hiervon nur versäumt worden, wenn das Schreiben der Berichterstatterin dem damals noch nicht anwaltlich vertretenen Schuldner zu 1 und dem Verfahrensbevollmächtigten der Schuldnerin zu 2 bereits am Freitag, dem 12.06.2009, zugegangen sein sollte. Das ist nicht festzustellen.“ (BGH aaO)*

Einer Nachholung der Beschwerdeeinlegung als versäumter Prozesshandlung bedurfte es nicht, da dies bereits geschehen war.

(3) Begründetheit des Wiedereinsetzungsantrags

Der Wiedereinsetzungsantrag ist begründet, wenn die Partei **ohne ihr Verschulden gehindert** war, die **Prozesshandlung rechtzeitig vorzunehmen** und dies auch glaubhaft macht. Verschuldet ist das Fristversäumnis jedoch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, auch normale Fahrlässigkeit spricht gegen eine Wiedereinsetzung.

*„Zweifelhaft ist schon, ob dem **Verfahrensbevollmächtigten** der Schuldner ein **Fehler unterlaufen** ist, den sich diese nach § 85 II ZPO zurechnen lassen müssen. Auf der von ihm erstellten **Beschwerdeschrift** war zwar die **Telefax-Nummer** des LG Potsdam **falsch angegeben**. Das müssen sich die Schuldner aber nach § 85 II ZPO nur zurechnen lassen, wenn dieser Fehler dem Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner **selbst unterlaufen** ist. Anders liegt es dagegen, wenn er die Ermittlung der Telefax-Nummer des BeschwGer. seiner Bürovorsteherin überlassen haben sollte. Diese **Hilfstätigkeit** darf der Rechtsanwalt **delegieren**; er muss diese Angabe dann auch **nicht überprüfen** (BGH, NJW-RR 1990, 1149 [1150]; NJW 2000, 82; NJW 2009, 1750 [1751]; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn. 48). Ob es sich hier so verhielt, bedarf keiner Prüfung. Dieser Fehler wäre nämlich jedenfalls **nicht ursächlich** für die Versäumung der Beschwerdefrist.*

*Zwar wäre die Beschwerdeschrift bei Angabe der richtigen Telefax-Nummer noch am 04.03.2009 bei dem LG und damit rechtzeitig eingegangen. Das Verschulden einer Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten schließt die Wiedereinsetzung aber dann nicht aus, wenn es seine rechtliche Erheblichkeit durch ein späteres, der Partei oder ihrem Vertreter nicht zuzurechnendes Ereignis verliert (**sog. überholende Kausalität**, BGH, NJW-RR 2004, 1217 [1218]; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 233 Rn.22a). So liegt es hier.*

*Die Beschwerdeschrift ist nicht an die falsche Telefax-Nummer gesendet worden, die auf der Beschwerdeschrift angegeben war. Die **Bürovorsteherin** des Verfahrensbevollmächtigten der Schuldner hat nämlich **bemerkt**, dass diese **nicht mehr gültig** war, nach der **gültigen Telefax-Nummer gesucht** und den Schriftsatz an die vermeintlich richtige Telefax-Nummer gesendet. Hätte sie dabei **nicht versehentlich** die **Telefax-Nummer der StA Potsdam gewählt**, wäre der Schriftsatz fristgerecht bei dem LG eingegangen. Selbst dieser Fehler hätte nicht zur Versäumung der Frist geführt, wäre nicht auch der **StA Potsdam ein Fehler unterlaufen**. Die Schuldner haben, von dem BeschwGer. nicht beanstandet, vorgetragen, die **im selben Gebäude** untergebrachte StA Potsdam leite für das LG Potsdam bestimmte Telefaxsendungen unverzüglich weiter. Die Posteingangsstelle der Staatsanwaltschaft sei bei Eingang des Telefax mit der Beschwerdeschrift am 04.03.2009 um 15.43 Uhr auch **noch besetzt gewesen**. Diese Weiterleitung ist hier daran gescheitert, dass die Posteingangsstelle der StA Potsdam die eindeutig und klar erkennbar für das LG Potsdam bestimmte Telefax-Sendung als solche nicht erkannt und nicht an das LG weitergeleitet hat. Aus dem Fehlen eines Eingangsstempels und der Anbringung einer Paginierung, die nicht von dem BeschwGer. stammen kann, ergibt sich mit hinreichender Sicherheit, dass das Telefax unter einen Eingang für die Staatsanwaltschaft gerutscht, mit diesem zu einer Akte der Staatsanwaltschaft gelangt und erst nach etwa einer Woche als Irrläufer erkannt worden ist.“ (BGH aaO)*

Die Versäumung der Frist war unverschuldet, so dass Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren war. Die sofortige Beschwerde war daher zulässig.

2. Begründetheit

Die Begründetheit der sofortigen Beschwerde hängt von der Fehlerhaftigkeit des Zuschlagsbeschlusses ab, wobei sie nach § 100 ZVG nur darauf gestützt werden kann, dass eine der Vorschriften der §§ 81, 83 bis 85a ZVG verletzt oder dass der Zuschlag unter anderen als den der Versteigerung zugrunde gelegten Bedingungen erteilt ist.

Da das Vollstreckungsgericht in der Lage sein muss zu prüfen, ob die Vollstreckungsvoraussetzungen auch bei der Versteigerung und der Zuschlagserteilung noch gegeben sind, muss die **Titelausfertigung nebst Zustellungsnachweis** aber **bei der Versteigerung** und bei der **Erteilung des Zuschlags vorliegen** (Jaeckel/Güthe, §§ 15, 16 Rn 37a; ähnl. Stöber, § 16 Anm. 4.3; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, § 16 Rn 25: spätestens bei dem Versteigerungstermin), selbst wenn der Vollstreckungstitel zwischenzeitlich an den Gläubiger zurückgegeben wurde. Dies war aber nicht Fall.

„Liegt die Ausfertigung des Vollstreckungstitels zu diesen Zeitpunkten nicht vor, liegt darin ein Versagungsgrund i.S. von § 83 Nr. 6 ZVG (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).

Dieser Fehler kann allerdings geheilt werden, indem der Titel nachträglich vorgelegt und der Nachweis geführt wird, dass die Vollstreckungsvoraussetzungen während des gesamten Verfahrens vorgelegen haben. Das kann auch noch im Beschwerdeverfahren geschehen (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).“ (BGH aaO)

Der Zuschlag erfolgte aber zunächst auf der Grundlage eines Titels, welche die Gläubigerin gar nicht als solche auswies, weil sie es versäumt hatte, die wegen der Rechtsnachfolge nötige Titelum-schreibung vornehmen zu lassen. Dies ist erst im Beschwerdeverfahren gesehen.

„Nach §§ 750, 727 ZPO durfte die Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Blatt 7366 nur angeordnet und der Beitritt der Gläubigerin zu dem Verfahren zur Zwangsversteigerung des Grundstücks auf Blatt 8353 nur zugelassen werden, wenn der Gläubigerin für beide Grundschulden **eine Ausfertigung als Rechtsnachfolgerin erteilt** und diese Ausfertigungen nebst den Rechtsnachfolgeklauseln **den Schuldnern zugestellt** worden waren. Das war **bei Erteilung des Zuschlags nicht geschehen**.“ (BGH aaO)

Auf Grund eines fehlerhaften Titels darf der Zuschlag nach § 83 Nr. 6 ZVG nicht erfolgen.

„Das ist bei einem ordnungsgemäßen Titel, der besteht und (im Versteigerungstermin und) bei der Erteilung des Zuschlags bloß nicht vorliegt, anders. Hier darf der Zuschlag in der Sache erteilt werden. Der Verfahrensfehler des Vollstreckungsgerichts liegt allein darin, dass das Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen bei Bedarf mangels Vorliegens des Titels nicht geprüft werden kann. Nicht anders liegt es bei dem fehlerhaften Titel, der bei Erteilung des Zuschlags fehlerfrei ist. Dann nämlich darf der Zuschlag erteilt werden, weil das Hindernis beseitigt ist.“ (BGH aaO)

Dieser Mangel könnte aber durch die Erlangung der Titelum-schreibung und Vorlage im Beschwerdeverfahren **geheilt** worden sein.

„Ein Verfahrensfehler, der nach § 83 Nr. 6 ZVG zur Versagung des Zuschlags führt, kann allerdings durch Nachholung der unterbliebenen Förmlichkeit geheilt werden, wenn **Rechte von Beteiligten nicht beeinträchtigt** werden. Das trifft nach der Rechtsprechung des Senats in der Regel für **Mängel bei der Titelumstellung** wie die unterbliebene **Zustellung der Vollmacht** für eine Vollstreckungsunterwerfung zu (NJW-RR 2008, 1018 [1019]). Für die nachträgliche Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel würde im Ansatz nichts anderes gelten.

Hier liegt aber die **Besonderheit** vor, dass der **Mangel bei der Erteilung des Zuschlags noch vorlag** und, wenn überhaupt vollständig, dann **erst im Beschwerdeverfahren** vor dem LG **beseitigt** worden ist. Eine Heilung noch in diesem Stadium des Verfahrens hat der BGH bislang nur für den Fall zugelassen, dass der ordnungsgemäße Titel während des gesamten Verfahrens auch Bestand hatte und zwar bei der Anordnung der Zwangsversteigerung, aber weder in dem Versteigerungstermin noch bei der Erteilung des Zuschlags vorlag (BGH, NJW-RR 2004, 1366 [1367]; NJOZ 2004, 1211).

Für einen **fehlerhaften Titel** hat der Senat dagegen bislang eine **Heilung nur anerkannt**, wenn der **Mangel bei der Erteilung des Zuschlags nicht mehr vorlag** und dessen Erteilung nicht hinderte (NJW-RR 2008, 1018). Eine Heilung solcher Fehler im Beschwerdeverfahren wird bislang, soweit ersichtlich, abgelehnt (OLG Hamm, Rpfleger2000, 171 [172] = BeckRS 1999, 10581 für fehlende Rechtsnachfolgeklausel; KG, JW 1932, 1980 [1981] u. OLG Köln, JW 1938, 2225 für fehlende devisenrechtliche Genehmigung der Zuschlagserteilung früheren Rechts). Selbst die Genehmigung nach § 84 I ZVG (dazu Senat, NJW 2010, 2217 = WM 2010, 424 [425]) soll nur bis zur Erteilung des Zuschlags erklärt werden können (OLG Hamm, Rpfleger2000, 171 [172] = BeckRS 1999, 10581; OLG Königsberg, JW 1930, 657 [658] m.abl. Anm. Stillschweig; Böttcher, ZVG, 4. Aufl., § 84 Rn 3 a.E.; Stöber, § 84 Anm. 3.2; Steiner/Storz, ZVG, 9. Aufl., § 84 Rn 16). Dem folgt der Senat für den hier vorliegenden Fall der Heilung eines fehlerhaften Titels. Sie nach Erteilung des Zuschlags zuzulassen, ist in der Sache nicht gerechtfertigt und würde den Schuldner auch in seinen Rechten gegenüber den anderen Beteiligten ohne sachlichen Grund benachteiligen.

Wäre es möglich, einen Fehler des Titels auch im Beschwerdeverfahren noch zu heilen, führte das zu einer einseitigen, sachlich **nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des Schuldners**. Er selbst kann die Zuschlagsbeschwerde nach § 100 ZVG, von den Besonderheiten des Schutzes von Leben und Gesundheit abgesehen, nicht auf neue Tatsachen oder Beweise stützen (BGH, NJW 2006, 505 [506]; Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Reltermeyer, § 100 Rn 6). Ließe man eine Heilung fehlerhafter Titel im Beschwerdeverfahren zu, ließe das darauf hinaus, dem **Gläubiger, anders als dem Schuldner, die Einführung neuer Tatsachen zu gestatten**. Diese Ungleichbehandlung ist schon an sich nicht zu rechtfertigen.

Hinzu kommt, dass ein solches Vorgehen den **Zweck der Zustellung von Titel und (Rechtsnachfolge-)Klausel zu unterlaufen droht**. Die Zustellung dieser Unterlagen hat den Zweck, dem Schuldner unmissverständlich klar zu machen, dass der Gläubiger die titulierte Forderung zwangsweise durchsetzen wird, ihn letztmals vor der zwangsweisen Durchsetzung des titulierten Anspruchs zu warnen, ihn über die förmlichen Grundlagen der Zwangsvollstreckung zu unterrichten und ihm Gelegenheit zu geben, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen und Einwendungen gegen die Vollstreckung geltend zu machen (BGH, NJW-RR 2007, 358 [359]; NJW-RR 2008, 1018 [1020]). Diese Möglichkeit würde erschwert, wenn der an sich unzulässige Zuschlagsbeschluss infolge nachträglicher Heilung des fehlerhaften Titels im Beschwerdeverfahren bestehen bliebe.“ (BGH aaO)

III. Ergebnis: Der angegriffene Beschluss ist fehlerhaft und die Rechtsbeschwerde daher begründet.

(BGH in StV 2010, 467; Beschluss vom 21.04.2010 – GSST 1/09)

1. Die **Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen ist kein Teil der Vernehmung** i. S. von § 247 StPO.
 2. Die **fortdauernde Abwesenheit eines** nach § 247 StPO während einer Zeugenvernehmung **entfernten Angekl. bei der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen begründet** regelmäßig den **absoluten Revisionsgrund** des § 338 Nr. 5 StPO.
- I. Die **Abwesenheit** des gem. § 247 StPO für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen **ausgeschlossenen Angekl. während** der anschließenden **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen** stellt eine **Verletzung seines Anwesenheitsrechts** dar.
1. Der **Anwesenheit des Angekl.** kommt **im deutschen Strafprozess ein hoher Stellenwert** zu. Seine Anwesenheit während der gesamten Hauptverhandlung, namentlich während der Beweisaufnahme, ist nicht nur für die **Wahrheitsfindung**, sondern ebenso **für den Angekl. und seine Verteidigung von erheblicher Bedeutung** (BGHSt 3, 187; 26, 84; Frister, SK-StPO, § 247 Rn 2; Bung HRRS 2010, 50). Das Anwesenheitsrecht soll dem Angekl. vor allem die **Möglichkeit allseitiger und uneingeschränkter Verteidigung sichern** und sein **rechtliches Gehör** im wichtigsten Abschnitt des Verfahrens **gewährleisten**.
Deshalb bestimmt § 230 I StPO, dass gegen einen ausgebliebenen Angekl. keine Hauptverhandlung stattfindet. Der Angekl. hat nicht nur das Recht, sondern – wie sich aus §§ 230 II, 231 I StPO ergibt – auch die **Pflicht zur Anwesenheit** (BGH NSTz 1991, 246; Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 230 Rn 1; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 230 Rn 3). Seine ununterbrochene Präsenz während der Hauptverhandlung wird wegen ihrer **zentralen Bedeutung für das Verfahren** rechtlich durch den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gesichert.
 2. Das **Anwesenheitsrecht** des Angekl. kann daher **nur in eng begrenzten Ausnahmefällen**, in denen andere gewichtige Belange entgegenstehen und eine Einschränkung seiner grds. zu gewährleistenden Anwesenheit verlangen, **durchbrochen** werden.
 - a) Solche **Ausnahmen** enthält **§ 247 StPO**: Diese Vorschrift gestattet in S. 1 eine Entfernung des Angekl. aus dem Sitzungszimmer während der Vernehmung eines Zeugen, wenn zu befürchten ist, der Zeuge werde bei seiner Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten die Wahrheit nicht sagen. Gleiches gilt nach § 247 S. 2 StPO im Interesse unmittelbaren Zeugenschutzes bei gesundheitlicher Gefährdung durch Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten.
 - b) **Welche Verfahrensvorgänge** vom Begriff der Vernehmung i. S. d. § 247 S. 1 u. 2 StPO **erfasst werden**, wird **vom Gesetz nicht näher bestimmt**. Aus der Entstehungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine konkreten Hinweise zur Reichweite und Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO.
Hahn, Die gesamten Materialien zu den ReichsJustizgesetzen, Bd. 3 Abt. 1, 2. Aufl., S. 192 f., 852 ff.; 1583 f.; BT-Drs. 7/649 S. 3; BT-Drs. 10/6124 S. 13 f.; BT-Drs. 16/12098 S. 40 f., zu § 247 Satz 3 StPO: BT-Drs. 1/3713 S. 52
 3. Die **Verhandlung über die Entlassung des Zeugen** wird **vom Begriff der Vernehmung** i. S. d. § 247 S. 1 u. 2 StPO **nicht erfasst**.
 - a) Dieser **Begriff ist im Regelungszusammenhang der §§ 247 und 248 StPO** aufgrund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angekl. in der Hauptverhandlung, die als Anspruch auf rechtliches Gehör und angemessene Verteidigung in Art. 103 I GG sowie durch Art. 6 IIIc EMRK garantiert wird, **restriktiv auszulegen**.
BGHSt 15, 194; BGHSt 22, 18, 20; BGH NJW 1957, 1161; BGH NJW 1976, 1108; so auch schon RGSt 29, 30; Becker aaO, § 247 Rn 6; Diemer, KK StPO, 6. Aufl., § 247 Rn 2; Frister aaO, § 247 Rn 3

- b) Das Anwesenheitsrecht des Angekl. ist mit den **Interessen der Allgemeinheit an einer vollständigen und wahrheitsgemäßen Aufklärung des Sachverhalts**, die durch die möglicherweise nicht wahrheitsgemäße Aussage eines sich vor dem Angekl. fürchtenden Zeugen gefährdet werden (§ 247 S. 1 StPO), sowie mit dem **Schutz der Zeugen selbst** (§ 247 S. 2 StPO) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen (BGHSt 26, 218; Diemer aaO, § 247 Rn 1; Pfeiffer, StPO, 5. Aufl., § 247 Rn 1).

„Aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** ist der mit einem Ausschluss zwangsläufig verbundene Eingriff in die Autonomie des Angekl. (Hassemer JuS 1986, 25, 28) auf solche Verfahrenshandlungen zu beschränken, bei denen der jeweilige Schutzzweck den Ausschluss unbedingt erfordert (BGHSt 3, 384; Frister aaO, § 247 Rn 11; Paulus, KMR, § 247 Rn 2; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311; Gollwitzer in FS Tröndle [1989], S. 456; Eisenberg/Schlüter JR 2001, 341; vgl. auch EGMR NJW 2003, 2893). Die Erstreckung des Ausschlusses auf die Verhandlung über die Entlassung des Zeugen ist mit Rücksicht auf den **Normzweck des § 247 S. 1 u. 2 StPO** nicht geboten. Ein Ausschluss des Angekl. von der Entlassungsverhandlung ist weder aus Gründen der Wahrheitserforschung (§ 247 S. 1 StPO) erforderlich, noch zum Schutz des Zeugen (§ 247 S. 2 StPO) stets unerlässlich.“ (BGH aaO)

- c) Auch **Gründe des Zeugen- und Opferschutzes** gebieten keine Erstreckung des Vernehmungsbegriffs auf die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen.

„Zwar stünde ein solches weites Verständnis mit den Belangen des Zeugenschutzes durchaus im Einklang. **§ 247 S. 2 StPO dient aber nicht allein dem Schutz gefährdeter Zeugen, sondern eben auch dem Ausgleich zwischen den Interessen gefährdeter Zeugen und dem u. a. durch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK garantierten Verteidigungsrecht des Angekl.** § 247 Satz 2 StPO sichert somit letztlich die Grundsätze eines fairen Verfahrens (vgl. EGMR NJW 2003, 2893, 2894).

Den Belangen des Zeugen- und Opferschutzes kann auch in den Grenzen der bisherigen Auslegung des Vernehmungsbegriffs in § 247 StPO hinreichend Rechnung getragen werden: Es ist nicht notwendig, den Angekl. auch während der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen auszuschließen, um jede Begegnung zwischen Angekl. und Zeugen zu vermeiden. Stattdessen kann das Gericht dem Zeugen erlauben, sich aus dem Sitzungssaal zu entfernen, solange der Angekl. über die Zeugenaussage unterrichtet und über die Entlassung des Zeugen verhandelt wird. Während der Mitteilung der Entlassungsverfügung an den wieder im Sitzungssaal anwesenden Zeugen bzw. während dessen weiterer Befragung kann der Angekl. erneut aus dem Sitzungssaal fern gehalten werden (BGHSt 22, 2889; zur Vereidigung: BGH NJW 2004, 1187; einschränkend: BGH NStZ 1986, 133). Die mit einem Prozedieren in wechselseitiger Abwesenheit zwangsläufig verbundenen Umständlichkeiten sind vor dem Hintergrund der in Ausgleich zu bringenden Schutzgüter hinzunehmen (BGH NStZ 2000, 440; Hanack JR 1989, 255; Meyer-Goßner in FS Pfeiffer [1988], S. 311; Frister aaO, § 247 Rn 77) und können zudem in den Fällen des § 247 S. 2 StPO durch eine Verfahrensweise nach § 247a StPO begrenzt werden (Frister aaO, § 247 Rn 46).“ (BGH aaO)

- II. Die **Verhandlung über die Entlassung eines in Abwesenheit des Angekl. vernommenen Zeugen** ist grds. ein **wesentlicher Teil der Hauptverhandlung** (vgl. BGHSt 26, 84; BGH NJW 1986, 267). Die währenddessen fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 S. 1 oder 2 StPO entfernten Angekl. ist deshalb i.d.R. geeignet, den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu begründen.

1. Hierfür spricht bereits **§ 248 S. 2 StPO**: Diese Vorschrift regelt ausdrücklich die Pflicht des Vorsitzenden, die Staatsanwaltschaft und den Angekl. vor der Entlassung der vernommenen Sachverständigen und Zeugen zu hören. Schon diese Hervorhebung in einer eigenen Vorschrift belegt, dass das Gesetz der Verhandlung über die Entlassung und dem Entlassungsvorgang besondere Bedeutung – auch für das weitere Verfahren – beimisst.
2. I. Ü. bestimmt sich die Frage, ob ein Verfahrensteil als wesentlich einzuordnen ist, nach dem Zweck der jeweils betroffenen Vorschriften sowie danach, in welchem Umfang ihre **sachliche Bedeutung** betroffen sein kann (BGHSt 15, 263; Frister aaO, § 247 Rn 83; Frisch, SK-StPO, § 338 Rn 104).

„Nach dem Zweck der betroffenen Vorschriften ist die **Entlassungsverhandlung in Anwesenheit des Angekl. grds. als wesentlich** einzuordnen. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angekl. betreffenden Vorschriften bezwecken auch, dem Angekl. eine **allseitige und uneingeschränkte Verteidigung** zu ermöglichen, insbesondere durch Vornahme von Verfahrenshandlungen auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung (RGSt 49, 40; BGHSt 3, 187; 15, 194 und 263, 264; BGH NStZ 2007, 352 f.; Strate NJW 1979, 909). Das wird dem Angekl. durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Ausgang des Verfahrens beeinflussen können.“ (BGH aaO)

3. Auch der Einwand, bei der **Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen** handele es sich um einen **Vorgang von eher organisatorischem bzw. rein formalem Charakter**, der

nicht unmittelbar der Urteilsfindung diene (so BGHR StPO § 247 Abwesenheit 20), **steht ihrer Einordnung als wesentlicher Verfahrensteil nicht entgegen.**

„Die Zeugenentlassung hat nicht unerhebliche Auswirkungen für den Angekl. und die Wahrnehmung seiner Mitwirkungsrechte in der Hauptverhandlung (Frister aaO, § 247 Rn 86; Pfeiffer aaO, § 247 Rn 1). Denn mit der Entlassung endet das Fragerecht der Verfahrensbeteiligten nach § 240 II 1 StPO (Schneider, KK, 6. Aufl., § 240 Rn 10; Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 240 Rn 8; Frister aaO, § 248 Rn 4). Als Konsequenz hieraus muss das Gericht einem Antrag des Angekl. auf erneute bzw. ergänzende Vernehmung des Zeugen zum selben Beweisthema nur nach Maßgabe seiner Aufklärungspflicht (§ 244 II StPO) nachkommen, ohne an die Ablehnungsgründe des § 244 III StPO gebunden zu sein (BGHR StPO § 244 Abs. 6 Beweisantrag 32; Fischer, KK, 6. Aufl., § 244 Rn 7; jeweils m. w. N.).“ (BGH aaO)

4. Zwischen der Annahme eines absoluten Revisionsgrundes im Falle der verfahrenswidrigen Abwesenheit des Angekl. während der Entlassungsverhandlung und der Einordnung eines Verstoßes gegen die Unterrichtungsvorschrift des § 247 S. 4 StPO als (lediglich) relativen Revisionsgrund (BGH NStZ 1995, 557; siehe auch BVerfG NJW 2002, 814) besteht kein **Wertungswiderspruch.**

„Beim Verstoß gegen die (rechtzeitige) Unterrichtungspflicht des § 247 S. 4 StPO handelt es sich nicht um eine Verletzung der durch § 338 Nr. 5 StPO gesicherten Anwesenheitsrechte und -pflichten des Angekl., sondern um einen nur gelegentlich oder mittelbar als Folge des Ausschlusses unterlaufenen Verfahrensfehler. Dieser Fehler betrifft zwar ebenfalls das Informations- und Fragerecht des Angekl., nicht aber sein nach § 230 I StPO vorgeschriebenes und während der gesamten Hauptverhandlung geltendes Anwesenheitsrecht.“ (BGH aaO)

5. Schließlich kann nach Ansicht des BGH aaO der mit einem fortgesetzten Ausschluss des Angekl. während der Entlassungsverhandlung regelmäßig verbundene **Eingriff in seine Verteidigungsrechte auch nicht dadurch kompensiert werden, dass** auf sein Verlangen der **verfahrensfehlerhaft entlassene Zeuge erneut vorzuladen** und eine Verweigerung der erneuten Vorladung über den relativen Revisionsgrund der Verletzung des Fragerechts zu rügen **ist.**

BGH aaO weist allerdings darauf hin, dass ein **Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht** des Angekl. bei der Verhandlung über die Entlassung mit der Folge, dass der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO entfällt, **geheilt werden kann.**

*„Eine Heilung liegt etwa bereits darin, dass der Angekl. bei seiner Unterrichtung nach § 247 S. 4 StPO mitteilt, keine Fragen mehr an den Zeugen stellen zu wollen (BGHR StPO Abwesenheit 18, 19; BGH NStZ 2000, 440; BGH StV 2000, 240). Das Gleiche gilt, wenn er auf Befragen die entsprechende Erklärung abgibt, nachdem die zu frühe Entlassung des Zeugen bemerkt wurde. Wenn jedoch der Angekl. in dieser Situation den Zeugen weiter zu befragen wünscht, so ist eine **Heilung durch Ladung des Zeugen und ergänzende Befragung** möglich (vgl. BGHSt 30, 74; 48, 221; Frister aaO, § 247 Rn 60). Bleibt der Fehler allerdings unbemerkt oder konnte der Zeuge nicht mehr herbeigeschafft werden, muss der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO bei entsprechender Verfahrensrüge durchgreifen.“ (BGH aaO)*

VwGO
§ 42 II
UVPG
§ 20 II

Umgehung von Beteiligungsrechten
Klagebefugnis im Plangenehmigungsverfahren
(OVG Hamburg in DÖV 2010, 617; Urteil vom 24.02.2010 – 5 Bs 24/10)

VwGO

1. Wird anstelle eines erforderlichen Planfeststellungsverfahrens nach § 20 I UVPG ein Plangenehmigungsverfahren nach § 20 II UVPG durchgeführt hat der zu Beteiligende hat **Klagerecht wegen der Verletzung seiner Beteiligungsrechte**, die ihm im **Planfeststellungsverfahren** zugestanden hätten (sog. **Umgehungsrechtsprechung**).
2. Dies muss **jedenfalls für solche Fälle** gelten, in denen **keine Möglichkeit** besteht, die Verletzung von Beteiligungsrechten **im Rahmen einer (altruistischen) Verbands- bzw. Verbandsklage** nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG geltend zu machen.
3. Bei der Vorprüfung hinsichtlich des Erfordernisses einer UVP im Rahmen von § 20 I UVPG hat die Behörde eine Einschätzungsprärogative. Das Gericht kann daher nur prüfen,
 - ob eine **Vorprüfung überhaupt stattgefunden** hat, und ob
 - zweitens das Ergebnis der Vorprüfung **Rechtsfehler** aufweist, die seine **Nachvollziehbarkeit ausschließen**.

A. Grundlagenwissen: Die Verbandsklage

I. Arten der Verbandsklage:

1. Die Verbandsverletztenklage

Wenn ein Verband in eigenen Rechten verletzt wird, so kann er dagegen vor dem Verwaltungsgericht Klage erheben. Ist der Verband ein eingetragener Verein oder eine juristische Person ergibt sich das Klagerecht schon aus Art. 19 III, IV GG, anderenfalls auch aus §§ 40, 42, 61, 113 VwGO.

2. Die egoistische Verbandsklage

Bei einer solchen Verbandsklage geht es dem Verband um die Durchsetzung der Rechte seiner Mitglieder.

3. Die altruistische Verbandsklage

Fehlt es an der Verletzung von Rechten des Verbandes oder seiner Mitglieder, geht es vielmehr um die Durchsetzung öffentlicher Interessen, so spricht man von einer altruistischen Verbandsklage.

II. Anwendungsbereich der altruistischen Verbandsklage

Ohne eigene Rechtsverletzung sieht die Verwaltungsgerichtsordnung ebenso wie die Zivilprozessordnung keine Klagemöglichkeit vor. Hiervon sind jedoch mittlerweile zahlreiche Ausnahmen vorhanden.

So können im Zivilrecht Verbände nach § 13 UWG Klage wegen unlauteren Wettbewerbs erheben oder nach § 3 UKIG auf Unterlassung der Verwendung bestimmter AGB klagen.

Im **Verwaltungsprozessrecht** ist eine Verbandsklage vorgesehen im **Naturschutzrecht** für anerkannte Umweltschutzverbände (§ 64 BNatSchG). Darüber hinaus sind im **Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz** in § 2 UmwRG zahlreiche Klagemöglichkeiten für Vereinigungen auch ohne eigene Rechtsverletzung vorgesehen. Danach besteht die Möglichkeit, gegen bestimmte **umweltrechtliche Zulassungsentscheidungen** für Industrieanlagen (insbesondere nach dem BImSchG) und **Infrastrukturmaßnahmen** gerichtlich vorzugehen. Schließlich sieht § 13 **Behindertengleichstellungsgesetz** (BGG) ein Verbandsklagerecht für Benachteiligungen nach dem BGG oder bei Verstößen gegen die Barrierefreiheit vor.

B. Klagebefugnis eines Naturschutzvereins im Plangenehmigungsverfahren

Fall: Die Beigeladene beantragte im Juni 2007 die Erteilung einer Plangenehmigung für ein Vorhaben, mit dem als Ersatz für die derzeit aus dem Heizkraftwerk W. gelieferte Fernwärme Warmwasser im Umfang von etwa 450 MW in das Fernwärmenetz der Beklagten nördlich der Elbe eingespeist werden soll. Die Leitungen sollen unter der Süderelbe, der Rethelbe und der Norderelbe in einem begehbaren Tunnel, im Übrigen auf der Südseite der Elbe vor allem als oberirdische Sockel- oder Ständerleitung und auf der Nordseite der Elbe im Wesentlichen unter der Erde verlaufen.

Die Planungen für die Heizwasserleitung wurden bereits von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen betrieben; schon im Jahre 2005 wurde eine UVP-Vorprüfung (sog. Screening) durchgeführt, die seinerzeit zu dem Ergebnis kam, dass eine Umweltverträglichkeitsprüfung für das Vorhaben nicht erforderlich sei. Während des Plangenehmigungsverfahrens kam es zu insgesamt 8 Änderungsplanungen, die überwiegend das Ziel hatten, die zu erwartenden Verkehrsbeeinträchtigungen auf der H.-Straße und der K.-Straße während der Bauphase zu verringern, indem die Trasse teilweise durch die parallel verlaufenden Grünzüge geführt wird. Am 24.06.2009 erließ die Beklagte die hier streitige Plangenehmigung auf der Grundlage von § 20 II UVPG (veröffentlicht im Amtlichen Anzeiger S. 1516). In der Begründung der Genehmigung heißt es, die Umweltauswirkungen lägen unter der Schwelle der Erheblichkeit, weil sie „von begrenztem Ausmaß, geringer Dauer und Häufigkeit und überwiegend reversibel“ seien. Dabei wurde auf die als Anlage der Plangenehmigung beigefügte Darstellung der UVP-Vorprüfung vom 14.05.2009 Bezug genommen, in der sich die Ausführungen der Vorprüfung aus dem Jahr 2005 weitgehend wiederfinden.

Der Kläger, ein anerkannter Naturschutzverein, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben der Schutz von Natur und Landschaft gehört, hat vorgetragen, seine Beteiligungsrechte seien verletzt: Für das Vorhaben hätte eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden müssen mit der Folge, dass über das Vorhaben in einem Planfeststellungsverfahren und nicht durch Plangenehmigung hätte entschieden werden müssen. Unterlassen einer Umweltverträglichkeitsprüfung und Nichtdurchführung eines Planfeststellungsverfahrens seien auch nicht unbeachtlich, da sowohl eine andere Trassenführung als auch eine andere Bauausführung in Betracht kämen, die eine geringere Umweltbelastung zur Folge hätten. Wird die Klage Erfolg haben?

Die Klage wird Erfolg haben, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit der Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Es geht um die Plangenehmigung nach dem UVPG, das Träger öffentlicher Gewalt berechtigt/verpflichtet, gestritten wird daher um öffentliches Recht. Für diese nichtverfassungsrechtliche Streitigkeit ist der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet.

2. statthafte Klageart

Bei der Plangenehmigung handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, gegen den der Kläger als Nichtadressat vorgehen möchte. Es liegt daher ein Fall einer Anfechtungsklage nach § 42 I 1. Var. VwGO vor.

3. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Zum Ausschluss von Popularklage sieht § 42 II VwGO eine Klagemöglichkeit im Rahmen der Anfechtungsklage grundsätzlich nur vor, wenn der Kläger geltend machen kann, in seinen Rechten verletzt zu sein. Dies setzt nach der bei einer Drittanfechtungsklage allein anwendbaren Möglichkeitstheorie voraus, dass eine Verletzung des Klägers nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen erscheint. Genau dies im bei der hier vorliegenden Verbandsklage jedoch ausgesprochen fraglich.

Klagebefugnis ist daher nur gegeben, wenn der Kläger die Verletzung von Beteiligungsrechten rügen könnte oder die Voraussetzungen einer Vereins- bzw. Verbandsklage nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG vorliegen.

Eine Klagebefugnis könnte hier daraus ergeben, dass Beteiligungsrechte des Klägers verletzt wurden. Zwar sind **Beteiligungsrechte im Plangenehmigungsverfahren nicht vorgesehen**, sondern **lediglich im Planfeststellungsverfahren**. Ein solches wurde jedoch nicht durchgeführt. Eine mögliche Rechtsverletzung könnte sich jedoch daraus ergeben, dass ein Planfeststellungsverfahren mit der dann notwendigen Beteiligung des Klägers hätte durchgeführt werden müssen.

*„Die Rechtsprechung hat für Fälle, in denen die gesetzlich vorgeschriebene Beteiligung eines anerkannten Naturschutzvereins an einem Planfeststellungsverfahren deshalb unterblieben ist, weil anstelle dieses Verfahrens rechtswidrig lediglich ein Plangenehmigungsverfahren durchgeführt worden ist, dem Naturschutzverein ein **Klagerecht wegen der Verletzung seiner Beteiligungsrechte** zuerkannt, die ihm im **Planfeststellungsverfahren** zugestanden hätten (sog. **Umgehungsrechtsprechung**, vgl. BVerwG, Urt. v. 31.10.1990, BVerwGE 87, 62; Urt. v. 14.5.1997, BVerwGE 104, 367, 372). Zuletzt hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 07.12.2006 (BVerwGE 127, 208) entschieden, dass das **Recht** eines anerkannten Naturschutzvereins **auf Beteiligung** in Planfeststellungsverfahren **verletzt** werde, wenn die zuständige Behörde ein Vorhaben **nicht** im Wege eines **Planfeststellungsverfahrens**, sondern in Form einer **nicht mitwirkungsbedürftigen Plangenehmigung** zulässt, weil sie die rechtlichen und naturschutzfachlichen Voraussetzungen, unter denen nach einer Vorprüfung des Einzelfalls von einer Umweltverträglichkeitsprüfung und damit von einem Planfeststellungsverfahren abgesehen werden darf, verkannt hat.*

*Diese Rspr. muss **jedenfalls für solche Fälle** gelten, in denen **keine Möglichkeit** besteht, die Verletzung von Beteiligungsrechten **im Rahmen einer (altruistischen) Verbands- bzw. Vereinsklage** nach § 61*

*BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG geltend zu machen. Anderenfalls würden die gesetzlichen Beteiligungsrechte anerkannter Naturschutzvereine von der zuständigen Behörde durch rechtswidriges Unterlassen des gebotenen Verfahrens missachtet und unterlaufen werden können. Deshalb hat diese sog. Partizipationserzwingungsklage auch in der Literatur weitgehend Anerkennung gefunden. Ob im vorliegenden Fall eine Klagemöglichkeit nach § 61 BNatSchG oder nach §§ 2, 4 URG eröffnet wäre, bedarf keiner Klärung, weil die vom Kläger erhobene Klage im Falle der Verletzung von Beteiligungsrechten jedenfalls als **Partizipationserzwingungsklage zulässig** wäre.“ (OVG Hamburg aaO)*

Die Klagebefugnis des Klägers hängt demnach davon ab, ob ein Planfeststellungsverfahren nach § 20 I UVPG mit den entsprechenden Beteiligungsrechten hätte durchgeführt werden müssen.

a) Beurteilung des Vorhabens nach UVPG

*„Bei dem genehmigten Vorhaben handelt es sich um die **Errichtung** und den **Betrieb** einer Rohrleitungsanlage zum Befördern von Warmwasser aus einer Anlage nach der Nummer 1 der Anlage 1 zum UVPG, die den Bereich des Werksgeländes überschreitet (Warmwasserpipeline), mit einer **Länge von mehr als 5 km außerhalb des Werksgeländes** und damit um ein Vorhaben, das unter Nummer 19.7.1 der Anlage 1 zum UVPG fällt.“ (OVG Hamburg aaO)*

b) Abgrenzung von Planfeststellung und Plangenehmigung

In Betracht kommt damit grundsätzlich entweder eine Genehmigung des Vorhabens durch Plangenehmigung oder durch Planfeststellung

*„Ein solches Vorhaben bedarf einer **Planfeststellung**, sofern dafür nach den §§ 3b bis 3f UVPG eine **Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung** besteht.“*

*Eine **Plangenehmigung** kommt dementsprechend nach § 20 II 1 UVPG nur in Betracht, wenn **keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung** besteht. Nach Spalte 2 der Anlage 1 zum UVPG ist für Vorhaben der hier in Rede stehenden Art eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls vorgeschrieben. Nach § 3c S. 1 UVPG bedeutet dies, dass eine **Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen** ist, wenn das Vorhaben nach Einschätzung der zuständigen Behörde aufgrund überschlüssiger Prüfung unter Berücksichtigung der in der Anlage 2 aufgeführten Kriterien **erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen** haben kann, die nach § 12 UVPG zu berücksichtigen wären. Bei der hier durchzuführenden allgemeinen Vorprüfung ist einerseits nach § 3c S. 3 UVPG zu „berücksichtigen, inwieweit **Umweltauswirkungen** durch die vom Träger des Vorhabens vorgesehenen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen **offensichtlich ausgeschlossen** werden“, andererseits nach § 3c S. 4 UVPG, inwieweit „Prüfwerte für Größe und Leistung, die die Vorprüfung eröffnen, überschritten werden“. (OVG Hamburg aaO)*

c) Vorprüfung durch die Beklagte

Die Beklagte hat eine Vorprüfung im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung tatsächlich durchgeführt.

*„Dass die **Vorprüfung Teil der Plangenehmigung** geworden ist, dem eigentlichen Plangenehmigungsverfahren also **zeitlich nicht vorausging**, ist jedenfalls im Ergebnis **unschädlich**. Zwar liegen Sinn und Zweck der UVP-Vorprüfung an sich gerade darin, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob ein Planfeststellungs- oder ein Plangenehmigungsverfahren durchgeführt werden soll, was bedeutet, dass sie **sinnvoller Weise vor der Entscheidung über die Verfahrenswahl** oder jedenfalls am Anfang des Verfahrens getroffen werden sollte.“*

*Gerade dieser frühe Zeitpunkt ist es, der es rechtfertigt, dass über die Frage der UVP-Pflicht nach einer nur überschlüssigen Prüfung der Umweltauswirkungen entschieden werden darf. Gleichwohl entspricht es der **derzeitigen Rechtsprechung**, dass die **UVP-Vorprüfung auch zu einem späteren Zeitpunkt** durchgeführt und sogar noch während des laufenden gerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden kann (BVerwG, Urt. v. 20.08.2008, BVerwGE 131, 352, 359). Auch der Umstand, dass dem Vorprüfungspapier vom 14.05.2009, das dem Plangenehmigungsbescheid als Anlage beigelegt wurde, seinerseits im Wesentlichen eine **Vorprüfung aus dem Jahre 2005** zugrunde liegt, welche sich auf eine **deutlich abweichende Trassenführung** der Fernwärmeleitungen bezog, dürfte letztlich nichts daran ändern, dass die vorliegende **Prüfung als solche i.S.d. § 3c Satz 1 UVPG anzusehen** ist. Tatsächlich bedarf dies allerdings keiner Vertiefung, weil sich die UVP-Pflicht des Vorhabens aus anderen Gründen ergibt.“ (OVG Hamburg aaO)*

aa) gerichtlicher Prüfungsumfang bezüglich der Vorprüfung

*„Ohne Rechtsverstoß ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass der zuständigen Behörde bei der „überschlüssigen Prüfung“ nach § 3c S. 1 UVPG ein **Einschätzungsspielraum** zukommt. Dies folgt bereits aus den Worten „nach Einschätzung der zuständigen Behörde“ und ist in der aktuellen Fassung des § 3a S. 4 UVPG ausdrücklich festgelegt. Danach ist „die Einschätzung ... in einem **gerichtlichen Verfahren** betreffend die **Entscheidung** über die Zulässigkeit des Vorhabens **nur darauf zu überprüfen**, ob die **Vorprüfung entsprechend den Vorgaben von § 3c** durchgeführt worden ist und ob das **Ergebnis nachvollziehbar** ist“. (OVG Hamburg aaO)*

Das Gericht hat somit zu prüfen,

- ob eine **Vorprüfung überhaupt stattgefunden** hat und
- ob das Ergebnis der Vorprüfung **Rechtsfehler** aufweist, die seine **Nachvollziehbarkeit ausschließen**.

„Letzteres ist anzunehmen, wenn die Vorprüfung entweder **Ermittlungsfehler** aufweist, die so schwer wiegen, dass sie auf die Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses durchschlagen, oder wenn das **Ergebnis außerhalb des Rahmens zulässiger Einschätzungen liegt**.“ (OVG Hamburg aaO)

bb) Maßstab für die Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkungen

„Zutreffend nimmt das Verwaltungsgericht weiter an, dass die Frage der **Erheblichkeit der nachteiligen Umweltauswirkungen** des Vorhabens materiell zu beantworten ist. Die in der Anlage 2 genannten Kriterien, die nach **§ 3c Satz 1 UVPG** bei der Prüfung zu berücksichtigen sind, enthalten keinen Maßstab für die „Erheblichkeit“ der Umweltauswirkungen, sondern geben als **Beurteilungsdirektive** lediglich an, welche Aspekte bei der Entscheidung über die Erheblichkeit zur Vermeidung eines Beurteilungsdefizits zu berücksichtigen sind.

Ein **materieller Anhaltspunkt** ergibt sich demgegenüber aus § 3c S. 4 UVPG, wonach zu berücksichtigen ist, „inwieweit **Prüfwerte für Größe oder Leistung**, die die Vorprüfung eröffnen, **überschritten werden**“. Die Orientierung an den Prüfwerten für Größe, Leistung und Eingriff, die nach der Anlage 1 zum UVPG eine obligatorische Umweltverträglichkeitsprüfung auslösen, ist dagegen **als Kriterium für die „Erheblichkeit“ der Umweltauswirkungen regelmäßig nicht geeignet**, weil diese Werte so bemessen sind, dass sie ohne Rücksicht auf die konkreten Auswirkungen eines Vorhabens im Einzelfall eine Umweltverträglichkeitsprüfung auslösen sollen. Dabei ist vor allem die Zweckbestimmung der Umweltverträglichkeitsprüfung in den Blick zu nehmen, deren Ziel es ist, eine qualifizierte Grundlage für die fachplanerische Abwägungsentscheidung in einem Planfeststellungsverfahren zu liefern. Dies zeigt sich besonders im vorliegenden Fall, in dem nach § 20 I UVPG die **Planfeststellungsbedürftigkeit** des Vorhabens allein von der **Notwendigkeit einer Umweltverträglichkeitsprüfung** abhängig gemacht wird, weshalb es im Übrigen nicht darauf ankommt, ob Rechte Dritter von dem Vorhaben berührt werden oder nicht.“ (OVG Hamburg aaO)

Da **umweltrechtliche Belange** grundsätzlich **auch in einem Plangenehmigungsverfahren** erhoben, zusammengestellt, bewertet und abgewogen werden können, unterscheiden sich Planfeststellung und Plangenehmigung jedenfalls für Vorhaben der vorliegenden Art vor allem durch die im Planfeststellungsverfahren und der damit verbundenen Umweltverträglichkeitsprüfung vorgesehenen **Beteiligung der betroffenen Öffentlichkeit einschließlich der anerkannten Umweltvereine** nach § 9 I i.V.m. § 2 IV S. 2 UVPG.

„Sinn und Zweck dieser Beteiligungserfordernisse ist es unter anderem, bei Vorhaben mit nicht nur unwesentlichen nachteiligen Umweltauswirkungen einerseits **zusätzliche Informationen über die Umweltauswirkungen**, andererseits eine **zusätzliche Kontrolle des Verfahrens** zu erreichen. Auf diese Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung darf nicht verzichtet werden, wenn das Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann. Dies ist im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Kriterien der Anlage 2 zum UVPG nach Art und Umfang der zu erwartenden Auswirkungen anzunehmen.

Auf der Grundlage der oben dargestellten Kriterien und Gesichtspunkte ist der Senat entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts zu der Überzeugung gelangt, dass das Vorhaben **derart vielfältige und teilweise gravierende nachteilige Umweltauswirkungen** zur Folge hat, dass es **nicht mehr im Rahmen zulässiger Beurteilung liegt**, diese Auswirkungen des Vorhabens **insgesamt als nicht erheblich einzustufen**. [wird ausgeführt].“ (OVG Hamburg aaO)

Es hätte daher ein Planfeststellungsverfahren mit der entsprechenden Beteiligung des Klägers durchgeführt werden müssen, so dass die Klage als Partizipationserzwingungsklage zulässig ist.

Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

II. Begründetheit der Klage

„Da für das Vorhaben eine Umweltverträglichkeitsprüfung hätte durchgeführt werden müssen, ist die Plangenehmigung wegen Verstoßes gegen § 20 II 1 UVPG rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten auf Beteiligung im Rahmen des an sich erforderlichen Planfeststellungsverfahrens.“ (OVG Hamburg aaO)

VwGO
§ 113 I 4 analog

**Fortsetzungsfeststellungsklage
Zulässigkeit bei Grundrechtseingriff**

VwGO

(VGH München in DÖV 2010, 616; Beschluss vom 08.03.2010 – 10 B 09.1102)

1. Die Fortsetzungsfeststellungsklage kann auch erheben, wer zwar nicht Adressat der belastenden Anordnung war, jedoch in seiner persönlichen **Rechtssphäre berührt** ist, ohne dass es sich lediglich um **reflexartige Wirkungen** handelt.
2. Für ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse genügt **jedes nach vernünftigen Erwägungen** nach Lage des Falles **anzuerkennende** schutzwürdige **Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art**.
3. Das **Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** gebietet es, dass in Fällen **tiefgreifender**, tatsächlich jedoch **nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe** eine gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit des Eingriffs auch dann ermöglicht wird, wenn die **direkte Belastung** durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem **typischen Verfahrensablauf** auf eine **Zeitspanne beschränkt**, innerhalb derer eine gerichtliche Klärung nicht herbeigeführt werden kann.

A. Grundlagenwissen: Die Fortsetzungsfeststellungsklage

Die Fortsetzungsfeststellungsklage kommt im Zusammenhang mit der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage in Betracht, wenn der angefochtene oder begehrte **Verwaltungsakt sich erledigt** hat und daher nach § 43 II VwVfG keine Wirkungen mehr entfaltet, so dass weder die nachträglich Aufhebung noch der nachträglich Erlass des Verwaltungsaktes wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses in Betracht kommen. Das Klagebegehren richtet dann im Wege einer Klageänderung, die nach § 91 I VwGO als stets sachdienlich möglich ist, auf die **Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes** oder seiner Ablehnung.

I. Statthaftigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage

Klagegegenstand muss ein Verwaltungsakt sein. Nach dessen Erledigung sind folgende Konstellationen denkbar.

1. Erledigung einer Anfechtungsklage nach Klageerhebung

In § 113 I 4 VwGO ist der Fall geregelt, dass die Erledigung **während einer schon anhängigen Anfechtungsklage** eintritt.

2. Erledigung in Anfechtungssituation vor Klageerhebung

Tritt in der Anfechtungssituation das erledigende Ereignis **vor Klageerhebung** ein, wird § 113 I 4 VwGO **analog** angewendet.

3. Erledigung einer Verpflichtungsklage nach Klageerhebung

Begehrt der Kläger den **Erllass eines begünstigenden Verwaltungsaktes** und erledigt sich dieses Begehren während des Klageverfahrens, ist eine Fortsetzungsfeststellungsklage **analog § 113 I 4 VwGO** möglich.

4. Erledigung einer Verpflichtungsklage vor Klageerhebung

Erledigt sich das Begehren auf Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes vor der Erhebung der Klage, so wird § 113 I 4 VwGO im Wege der **Doppelanalogie** angewendet.

II. Besondere Sachentscheidungsvoraussetzungen der ursprünglich einschlägigen Klageart

1. bei Erledigung nach Klageerhebung

Die erhobene Klage (Anfechtungs-/Verpflichtungsklage) muss bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses zulässig gewesen sein. Es müssen also die **besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen** dieser Klagen vorgelegen haben.

2. bei Erledigung vor Klageerhebung

Ein Vorverfahren ist entbehrlich, soweit die Erledigung vor Ablauf der Widerspruchsfrist eingetreten ist, da dann der **Sinn und Zweck der Selbstkontrolle nicht mehr erreicht** werden kann.

Eine solche Feststellungsbefugnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes kommt nur dem Gericht zu. Auf die Einhaltung der ursprünglichen Klagefrist kommt es nicht an. Die Prüfung der Klagebefugnis entfällt ebenfalls. Es ist allein das besondere Feststellungsinteresse zu prüfen.

III. Klagefrist

Fraglich ist, ob für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist läuft. Eine **m.M.** geht davon aus, dass für die Fortsetzungsfeststellungsklage eine Klagefrist von 1 Jahr läuft und will dies daraus herleiten, dass bezüglich der Möglichkeit einer solchen Klage eine Rechtsbehelfsbelehrung stets fehlt und daher § 58 II VwGO eingreift. Die **h.M.** lehnt diesen Ansatz ab. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist bezüglich der Fortsetzungsfeststellungsklage nicht denkbar. Darüber hinaus verlängert § 58 II VwGO lediglich eine sonst vorgesehene Frist. Eine solche läuft aber für die Fortsetzungsfeststellungsklage grundsätzlich nicht, so dass auch die Verlängerungsvorschrift des § 58 II VwGO keine Relevanz haben kann. Im Übrigen besteht auch, da ohnehin Erledigung eingetreten ist, auch kein Bedürfnis nach einer zeitlichen Begrenzung. **Solange** ein **besonderes Feststellungsinteresse** besteht, kann auch die Fortsetzungsfeststellungsklage erhoben werden

IV. Das besondere Feststellungsinteresse

1. Wiederholungsgefahr

Eine Wiederholungsgefahr ist dann anzunehmen, wenn

- **konkrete Anhaltspunkte** dafür vorliegen, dass ein
- **gleichartiger VA** in
- **absehbarer Zeit** wieder gegen den Kläger ergehen wird.

Hat sich ein VA erledigt, so sind seine rechtlichen Wirkungen entfallen und es besteht grundsätzlich kein Interesse mehr an gerichtlicher Klärung. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn zu erwarten ist, dass der Kläger bald wieder mit einem entsprechenden VA überzogen wird. Hier besteht zur **Verhinderung einer Wiederholung** ein schützenswertes Interesse an der Feststellung, dass der erledigte VA rechtswidrig war

2. Rehabilitationsinteresse

Ein Rehabilitationsinteresse ist gegeben, wenn der erledigte VA weiterhin **objektiv diskriminierende Wirkungen** entfaltet.

Entfaltet der erledigte VA unabhängig von seinen Rechtswirkungen objektiv **diskriminierende Wirkungen**, so hat der Kläger ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des VA zur Wiederherstellung seiner Reputation. Insofern reicht jedoch das ideelle Interesse an der bloßen Feststellung, dass die Behörde im Unrecht war, nicht aus. Auch ist es unzureichend, wenn der Kläger sich nur subjektiv diskriminiert fühlt, ohne dass von dem VA objektiv diskriminierende Wirkungen ausgehen. Es kommt also auf eine feststellbare Betroffenheit der **Menschenwürde** oder des **Persönlichkeitsrechts** an

3. Vorbereitung einer Schadensersatzklage

Ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist grundsätzlich auch dann gegeben, wenn der Kläger wegen des rechtswidrigen Verwaltungshandelns einen **Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht anstrengen** will.

In diesem Fall besteht ein schützenswertes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit durch das VG, weil eine solche Entscheidung gegenüber dem ordentlichen Gericht, vor dem die Amtshaftungsklage zu erheben wäre, bindend wäre und der Verwaltungsgericht dem Kläger als das sachnähere Gericht erscheint.

Es reicht jedoch nicht aus, wenn der Kläger im Verwaltungsprozess lediglich behauptet, er wolle im Anschluss eine Amtshaftungsklage erheben. Vielmehr ist erforderlich, dass der Amtshaftungsprozess entweder schon **anhängig** oder aber **mit Sicherheit zu erwarten** ist. Darüber hinaus darf die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs **nicht von vornherein aussichtslos** erscheinen.

Darüber hinaus sieht die neuere Rechtsprechung ein Rechtsschutzinteresse nur dann, wenn der Kläger ohne die Möglichkeit der FFS-Klage **um die Früchte des Prozesses gebracht** würde. Diese Fallgruppe scheidet daher letztlich immer schon dann aus, wenn überhaupt noch keine Klage vor dem VG erhoben wurde, also ein Fall der Erledigung vor Klageerhebung vorliegt. Aber selbst die Klageerhebung trägt noch nicht automatisch Früchte, es muss bereits etwas im Prozess erreicht worden sein.

4. Grundrechtseingriff

Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 IV GG gebietet es, die Möglichkeit einer gerichtlichen Klärung in Fällen gewichtiger, allerdings in tatsächlicher Hinsicht überholter Grundrechtseingriffe zu eröffnen, wenn die direkte Belastung durch einen angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene eine gerichtliche Entscheidung kaum erlangen kann, so dass eine **Rechtsschutzlücke** entstehen würde (vgl. BVerfGE 81, 138 [140f.]; BVerfGE 96, 27 [40]; BVerfG NJW 2002, 2456; st. Rspr.). Dies gilt selbst dann, wenn eine summarische Überprüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes erfolgt ist, da Art. 19 IV GG einen Anspruch auf Rechtsschutz in der Hauptsache gewährt (vgl. BVerfG NJW 2004, 2510 [2511]).

B. Fortsetzungsfeststellungsklage bei Maßnahmen im Versammlungsrecht (VGH München in DÖV 2010, 616)

Fall: Anlässlich des Christopher Street Day in M. im Jahr 2006 dekorierten die Kläger ihren Wagen mit einer satirischen Darstellung des Papstes und seiner Haltung zur Homosexualität. Wegen des vermeintlichen Anfangsverdachts einer Straftat nach § 103 StGB ergriff die Polizei Maßnahmen, wonach die Papstpuppe abgebaut und die Texte entfernt werden musste. Wegen der Einzelheiten des Sachverhaltes vgl. Besprechung auf S. 12 ff. und 15 ff. dieser Ausgabe). Ist die Klage zulässig?

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I 1 VwGO

Es müsste eine **öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art** vorliegen. Streitentscheidend sind hier Normen des Polizei- und Versammlungsrechts, die ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigen und verpflichten, so dass sie nach der modifizierten Subjektstheorie als öffentliches Recht anzusehen sind. Da zudem keine Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. statthafte Klageart

Die Klage müsste auch statthaft sein.

*„Die angefochtene Maßnahme stellt einen **Verwaltungsakt** im Sinne des Art. 35 S.1 BayVwVfG dar, der sich bereits vor Klageerhebung dadurch **erledigt** hat, dass die polizeiliche Anordnung, die Plakate mit den Papstabbildungen sowie die Papstpuppe auf dem für den Christopher Street Day geschmückten Wagen der Kläger zu entfernen, sich in ihren rechtlichen Auswirkungen mit ihrer Vollziehung erschöpft hat, **ohne dass eine Rückgängigmachung dieser Vollziehung noch möglich** wäre (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, Rn 103 zu § 113 VwGO).“ (VGH München aaO)*

Ist ein belastender Verwaltungsakt aber erledigt, so kommt eine Aufhebung im Rahmen der Anfechtungsklage nach § 113 I 1 VwGO nicht mehr in Betracht. Allerdings ist bei Erledigung eines belastenden Verwaltungsakts vor Klageerhebung grundsätzlich eine Fortsetzungsfeststellungsklage nach **§ 113 I 4 VwGO analog** statthaft, die darauf gerichtet ist gerichtlich festzustellen, dass der **erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist**.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

Wie bei der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist das Bestehen einer Klagebefugnis gemäß § 42 II VwGO Sachurteilsvoraussetzung der Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Rn 125 zu § 113 VwGO).

1. Klagebefugnis des Klägers zu 1

„Die Klagebefugnis beim Kläger zu 1 ergibt sich bereits daraus, dass er **Adressat des streitgegenständlichen Verwaltungsaktes** war, mit dem ihm die Entfernung der Papstplakate und der Papstpuppe auferlegt worden war und er sich dadurch in seinen Rechten verletzt fühlte.“ (VGH München aaO)

2. Klagebefugnis des Klägers zu 2

Der Kläger zu 2 war hingegen nicht Adressat der polizeilichen Anordnung. Seine Klagebefugnis könnte sich jedoch daraus ergeben, dass der streitgegenständliche Verwaltungsakt auch für ihn eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellt.

„Hierfür ist erforderlich, dass der **Verwaltungsakt materiell eine Regelung trifft, welche die persönliche Rechtssphäre des Klägers berührt** (Happ in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, Rn 101 zu § 42 VwGO). Es darf sich **nicht um lediglich reflexartige Wirkungen** des Verwaltungsakts handeln, sondern die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung muss für den Betroffenen **rechtliche Bindungswirkung auslösen**. Dies ist vorliegend der Fall.

Der Kläger zu 2 hat das von der Polizei **beanstandete Fahrzeug gemeinsam mit anderen** für den Einsatz am Christopher Street Day **vorbereitet**. Er hat dieses Fahrzeug zum Teil hergerichtet und war auch für die **Anmeldung** und die **Sicherheit** des Fahrzeugs gegenüber der Organisation des Christopher Street Days **verantwortlich**. Mit der auf dem Fahrzeug angebrachten und von der Polizei beanstandeten Dekoration wollte auch der **Kläger zu 2 seine Kritik an den Äußerungen der katholischen Kirche zur Homosexualität** zum Ausdruck bringen. Dies bestätigte er auch durch den Hinweis auf sein Hotel und Restaurant, der am unteren Rand des Plakats mit der Aufschrift „Papamobil“ angebracht war. Nach Entfernung der Plakate und der Papstpuppe aufgrund der streitgegenständlichen polizeilichen Anordnung war es **dem Kläger zu 2 nicht mehr möglich, mit diesem Fahrzeug seine Meinung zu den Äußerungen des Papstes kundzutun**. Sein Recht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 I GG war unmittelbar durch den erlassenen Verwaltungsakt beeinträchtigt. Aufgrund der Tatsache, dass es **nur ein Fahrzeug gab, das zur Äußerung dieser Meinung vorbereitet und geeignet war**, ergibt sich unmittelbar die rechtliche Bindungswirkung für den Kläger zu 2. Der Senat hält aus diesen Gründen eine Klagebefugnis des Klägers zu 2 für gegeben.“ (VGH München aaO)

Die Klagebefugnis liegt daher nicht nur beim Kläger zu 1, sondern auch beim Kläger zu 2 vor.

IV. Fortsetzungsfeststellungsinteresse

Die Kläger müssten auch ein berechtigtes Interesse daran, dass Gericht trotz Erledigung des Verwaltungsaktes noch mit der Sache zu befassen, obwohl keine Rechtswirkungen mehr von diesem ausgehen.

„Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, Rn 129 zu § 113 VwGO) genügt dafür **jedes nach vernünftigen Erwägungen nach Lage des Falles anzuerkennende schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art**. Neben dem Interesse an der Geltendmachung von Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüchen wird ein Feststellungsinteresse auch anerkannt, wenn die begehrte **Feststellung**, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig war, **zur Rehabilitation erforderlich ist**, weil der Verwaltungsakt **diskriminierenden Charakter** hatte oder wegen der konkreten Gefahr der **Wiederholung** gleichartiger Verwaltungsakte.“ (VGH München aaO)

1. Rehabilitationsinteresse

Die begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit könnte zur Rehabilitation der Kläger erforderlich sein.

a) Interesse auch ohne Fortdauer der Herabsetzung des Ansehens

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein **ideelles Feststellungsinteresse** auch in Betracht kommen, wenn noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts die in Frage stehende Maßnahme den Kläger **objektiv in seinem grundrechtlich geschützten Bereich beeinträchtigt** (vgl. BVerwG vom 23.3.1999 NVwZ 1999, 991). Hierzu zählen namentlich **Feststellungsbegehren, die polizeiliche Maßnahmen zum Gegenstand haben** (vgl. BVerwG vom 29.4.1997 NJW 1997, 2534). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es zwar mit dem Gebot, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, **grundsätzlich vereinbar**, wenn die Gerichte ein **Rechtsschutzinteresse nur so lange als gegeben** ansehen, als ein gerichtliches Verfahren dazu dienen kann,

- eine **gegenwärtige Beschwer auszuräumen**,
- einer **Wiederholungsgefahr** zu begegnen oder
- eine **fortwirkende Beeinträchtigung** durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen.

Das **Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz** gebietet es aber, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, in Fällen **tiefgreifender**, tatsächlich jedoch **nicht fortwirkender Grundrechtseingriffe** auch dann die Rechtmäßigkeit des Eingriffs gerichtlich klären zu lassen, wenn die **direkte Belastung** durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem **typischen Verfahrensablauf** auf eine **Zeitspanne beschränkt**, in welcher der Betroffene die **gerichtliche Entscheidung kaum erlangen** kann. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz darf **nicht von der weiteren Voraussetzung** abhängig gemacht werden, dass an dem Betroffenen ein **Exempel statuiert** oder sein **Ansehen in der Öffentlichkeit herabgesetzt** wurde (vgl. BVerfG vom 7.12.1998 NVwZ 1999, 290).“ (VGH München aaO)

b) Anwendung auf den Fall

Die Kläger haben sich auf die Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 5 I GG berufen.

„Im Hinblick auf das **Spannungsfeld** zwischen dem **Recht auf freie Meinungsäußerung** der Kläger und dem **polizeilichen Auftrag der Unterbindung von Straftaten** haben die Kläger ein berechtigtes Interesse an der Klärung, ob die von ihnen durch die verfremdeten Papstdarstellungen und die Papstpuppe geäußerte Kritik an der Lehre der Katholischen Kirche zu Fragen der Homosexualität **Straftaten darstellen** oder ob ihre **Meinungsäußerung in Form der Satire geschützt** ist. Diese Frage hat Bedeutung für die weitere kritische **Auseinandersetzung** von Homosexuellen mit **kirchlichen Lehrmeinungen**. Es würde der Bedeutung des grundrechtlich geschützten Rechts auf Meinungsfreiheit nach Art. 5 I GG nicht entsprechen, wenn die Möglichkeit der gerichtlichen Klärung der streitgegenständlichen Rechtsfragen entfielen. Hinzu kommt, dass die **angefochtene polizeiliche Maßnahme** auch in der **Öffentlichkeit bekannt** wurde und die Kläger sich nicht damit abfinden müssen, mit dem Vorwurf der **Beleidigung des Papstes** überzogen zu werden.“ (VGH München aaO)

Es besteht daher wegen der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Maßnahme ein Rehabilitationsinteresse der Kläger.

2. Wiederholungsgefahr

Das Feststellungsinteresse wäre darüber hinaus wohl auch wegen der bestehenden Wiederholungsgefahr zu bejahen.

„Die Kläger haben in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie mit dem Wagen in den nächsten Jahren wieder am Christopher Street Day teilnehmen und dabei die beanstandeten Papstbilder und die Papstpuppe zeigen wollen.“ (VGH München aaO)

Für ihr Klagebegehren haben die Kläger daher auch ein berechtigtes Feststellungsinteresse im Sinne des § 113 I 4 VwGO

V. Ergebnis: Die vorliegenden Klagen sind als Fortsetzungsfeststellungsklagen analog § 113 I 4 VwGO zulässig.

Kurzauslese II

Sie können sich darauf beschränken, die nachfolgenden Seiten zu überfliegen. Was Ihnen davon bemerkenswert und „merkwürdig“ erscheint, können Sie durch Randstriche oder auf andere Weise hervorheben, um eine Markierung für Repetitionen zu haben. Sie können auch einzelne Passagen ausschneiden und auf Karteikarten kleben. Aus diesem Grund sind die nachfolgenden Seiten der Kurzauslese lediglich einseitig bedruckt.

ZPO
§§ 91a, 93

Erledigung der Hauptsache nachträglich erhobene Verjährungseinrede (BGH in ZMR 2010, 591; Urteil vom 27.01.2010 – VIII ZR 58/09)

ZPO

Die **erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Rechtsstreits** stellt auch dann ein **erledigendes Ereignis** dar, wenn die Verjährung bereits vor Rechtshängigkeit eingetreten ist.

- I. Zu der Frage, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, werden sowohl in der **Rspr.** als auch in der **Lit. unterschiedliche Auffassungen** vertreten.
 1. Nach der **überwiegenden Auffassung der Instanzgerichte und der Lit.** stellt die Erhebung der Einrede der Verjährung ein erledigendes Ereignis dar.

Für die Frage, ob eine Erledigung der Hauptsache vorliege, sei es grds. ohne Bedeutung, auf welchen Umständen die nachträglich eingetretene Unzulässigkeit oder Unbegründetheit der Klage beruhe. Eine Erledigung der Hauptsache könne auch dann eintreten, wenn die Klage aus Gründen unzulässig oder unbegründet werde, die allein im Verantwortungsbereich des Kl. lägen. Daher könne auch die Verjährung der Klageforderung zur Erledigung des Rechtsstreits führen, obwohl es der Kl. selbst in der Hand gehabt hätte, den Eintritt der Verjährung zu vermeiden.

vgl. OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2002, 18 = MDR 2002, 778; WRP 1982, 422 u. WRP 1979, 799; OLG Karlsruhe GRUR 1985, 454 = WRP 1985, 288; OLG Hamburg MD 1985, 951; OLG München WRP 1987, 267; OLG Düsseldorf WRP 1980, 701; OLG Stuttgart NJW-RR 1996, 1520; OLG Nürnberg WRP 1980, 232; OLG Celle WRP 1983, 96 und GRUR 1987, 716; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 91a Rn 6; Prütting/Gehrlein/Hausherr, ZPO, § 91a Rn 8 u. 11; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 91a Rn 5; Saenger/Gierl, Hk-ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 7; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO, 67. Aufl., § 91a Rn 59 – „Verjährung“; Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZivilprozessR, 16. Aufl., § 130 Rn 2; El-Gayar MDR 1998, 698; Meller-Hannich JZ 2005, 656; Peters NJW 2001, 2289; Wernecke JA 2004, 331; Thesen WRP 1981, 304

Eine Erledigung der Hauptsache trete deshalb auch dann ein, wenn die Verjährungsfrist für den Klageanspruch bereits bei Erhebung der Klage abgelaufen gewesen sei, sich der Bekl. jedoch erstmals im Prozess auf die Verjährung berufe.

OLG Frankfurt a. M. MDR 2002, 778; WRP 1982, 422; WRP 1979, 799; Prütting/Gehrlein/Hausherr, § 91a Rn 11; Peters NJW 2001, 2289; Meller-Hannich JZ 2005, 656; offengelassen: OLG Nürnberg WRP 1980, 232

Gründe, die Kosten des Rechtsstreits trotz Eintritts eines erledigenden Ereignisses dem Kl. – in den Fällen der übereinstimmenden Erledigungserklärung – aus Billigkeitserwägungen aufzuerlegen, können nach dieser Auffassung etwa dann gegeben sein, wenn der Kl. einen bereits verjährten Anspruch rechtshängig gemacht hat, ohne dass der Bekl. Gelegenheit gehabt hatte, die Verjährung zu prüfen und bereits vorprozessual geltend zu machen.

OLG Frankfurt a. M. MDR 2002, 778; WRP 1982, 422; WRP 1979, 799; vgl. auch Meller-Hannich JZ 2005, 656; a.A. Peters NJW 2001, 2289

2. Nach **a.A.** handelt es sich bei der Erhebung der Einrede der Verjährung nicht um ein erledigendes Ereignis. Umstände, deren Eintritt der Kl. beeinflussen könne, insbes. solche, die auf einem Verhalten des Kl. selbst beruhen und deren Eintritt er hätte verhindern können, müssten als Erledigungsereignisse außer Betracht bleiben. Bei der Verjährung liege es alleine an dem Gläubiger, der den geltend gemachten Anspruch habe verjähren lassen, dass letzterer infolge der Verjährungseinrede unbegründet geworden sei. Es bestehe kein überzeugender Grund, den Kl. vor den Folgen seines Verhaltens zu schützen. Eine Klage werde zwar erst dann unbegründet, wenn der Bekl. eine begründete Verjährungseinrede erhebe. Voraussetzung sei allerdings, dass die Verjährungsfrist auch abgelaufen sei, der Kl. also die Verjährung nicht durch die im Gesetz vorgesehenen Maßnahmen unterbrochen habe.

OLG Koblenz WRP 1982, 657; OLG Schleswig NJW-RR 1986, 38; OLG Hamm WRP 1977, 199; OLG Hamburg WRP 1982, 161; MüKo-ZPO/Lindacher, 3. Aufl., § 91a Rn 152; Wieczorek/Schütze/Steiner, ZPO, 3. Aufl., § 91a Rn 33; Ulrich WRP 1990, 651; Bork WRP 1987, 8

Begründet wird diese Auffassung auch damit, dass die Geltendmachung der Einrede im Prozess auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirke. Die Verjährungseinrede führe deshalb dazu, dass die ab Verjährungseintritt bestehende Undurchsetzbarkeit des Anspruchs beachtlich werde und die Klage damit ab dem Zeitpunkt des Verjährungseintritts als unbegründet anzusehen sei. Werde ein bereits verjährter Anspruch eingeklagt und erhebe der Bekl. danach erstmals die Verjährungseinrede, so werde die Klage dadurch nicht unbegründet, vielmehr sei sie dies auf Grund der genannten Rückwirkung bereits vor Klageerhebung gewesen (vgl. Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 58 – „Verjährung“; El-Gayar MDR 1998, 699).

Auch unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten sei es nicht sachgerecht, den Kl. für eine nachlässige Prozessführung zu begünstigen. Sinn und Zweck sowohl des § 91a ZPO als auch der Erledigungsentscheidung bei einseitig

ger Erledigungserklärung sei es, den Kl. vor ungerechtfertigten Nachteilen zu bewahren, wenn eine ursprünglich zulässige und begründete Klage ohne sein Zutun unzulässig oder unbegründet werde.

vgl. OLG Schleswig NJW-RR 1986, 38; OLG Koblenz WRP 1982, 657; vgl. auch MüKo-ZPO/Lindacher, § 91a Rn 152

3. Eine **weitere Auffassung** unterscheidet danach, ob der Eintritt der Verjährung vor oder nach Erhebung der Klage oder der Beantragung einer einstweiligen Verfügung erfolgt ist. Nach dieser Auffassung stellt die Einrede der Verjährung gegenüber einer bereits vor Verfahrensbeginn verjährten Forderung kein erledigendes Ereignis dar, während ein solches im Falle des erst während des laufenden Verfahrens erfolgenden Verjährungseintritts bejaht wird.

Zöller/Vollkommer, § 91a Rn 5 u. 58– „Verjährung“; El-Gayar MDR 1998, 698; Hase WRP 1985, 254

4. Der **BGH hat die Frage**, ob die Erhebung der Einrede der Verjährung auch gegenüber einer bei Klageerhebung bereits verjährten Forderung ein erledigendes Ereignis darstellt, **noch nicht entschieden** (BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134; BGH NJW-RR 1993, 1319).

- II. **BGH aaO** hält die unter I 1) dargestellte überwiegende **Auffassung für zutreffend, wonach die erstmalige Erhebung der Einrede der Verjährung im Laufe des Verfahrens ein erledigendes Ereignis** darstellt. Dies soll auch dann gelten, wenn die **Verjährung des geltend gemachten Anspruchs bereits vor Rechtshängigkeit** eingetreten ist.

„Der Eintritt der Verjährung hat für sich genommen weder Auswirkungen auf das Bestehen noch auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs (vgl. BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164; MüKo-BGB/Grothe, 5. Aufl., vor § 194 Rn 5 u. § 214 Rn 1; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 214 Rn 1,2). Der Schuldner ist ab dem Verjährungseintritt lediglich berechtigt, dauerhaft die Leistung zu verweigern (§ 214 I BGB; BGH NJW-RR 2005, 241 = WM 2004, 2443; Palandt/Ellenberger, § 214 Rn 1, 2), was dem Anspruch die Durchsetzbarkeit nimmt (BGH NJW 2008, 1312 = BauR 2008, 666; Meller-Hannich JZ 2005, 656). Die Verjährung berührt nach der Konzeption des BGB mithin weder den anspruchsbegründenden Tatbestand noch das Bestehen des Rechts des Gläubigers; im Rechtsstreit hat deshalb, selbst wenn die verjährungsbegründenden Umstände als solche vom Kl. selbst vorgetragen werden, auf Antrag Versäumnisurteil gegen den ausgebliebenen Bekl. zu ergehen (BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164). An dieser Konzeption hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des Verjährungsrechts durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz festgehalten (BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164).

Ob der Schuldner von der ihm nach Verjährungseintritt zustehenden Einrede der Verjährung Gebrauch macht, steht in seinem freien Belieben (MüKo-BGB/Grothe, § 194 Rn 5 und § 214 Rn 1). Erhebt der Bekl. erstmals während des Prozesses die Einrede der Verjährung, so wird hierdurch für den Kl. ein Hindernis geschaffen, den geltend gemachten Anspruch erfolgreich durchzusetzen. Seine ursprünglich zulässige und begründete Klage wird durch die Erhebung der Einrede unbegründet. Erst Letztere und nicht bereits der Eintritt der Verjährung führt zur sachlichen Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache (vgl. BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134, zur Aufrechnungserklärung).

Dass die **Verjährungseinrede materiell-rechtlich** – etwa hinsichtlich des Verzugs (vgl. hierzu BGHZ 104, 6 = NJW 1988, 1778; BGHZ 48, 249 = NJW 1967, 1808 – auch auf den Zeitpunkt des Verjährungseintritts zurückwirkt (Meller-Hannich JZ 2005, 656; El-Gayar MDR 1998, 698), ändert hieran nichts (ebenso Stein/Jonas/Bork, § 91a Rn 6, hinsichtlich der materiell-rechtlichen Rückwirkung bei der Aufrechnungserklärung) und hat insbes. nicht zur Folge, dass die Klage im Falle der Einredeerhebung als von Anfang an unbegründet zu gelten hat (Meller-Hannich JZ 2005, 656; a.A. El-Gayar MDR 1998, 698). Wie der BGH (BGHZ 155, 392 = NJW 2003, 3134) hinsichtlich der im Prozess erfolgten Aufrechnungserklärung bereits entschieden hat, tritt die materiell-rechtliche Rückwirkung erst durch die Aufrechnungserklärung ein. Letzterer kommt mithin die Bedeutung des erledigenden Ereignisses im Prozess zu. Es besteht kein sachlicher Grund, dies bei der Einrede der Verjährung anders zu behandeln. In beiden Fällen ist es alleine dem Schuldner überlassen, ob er von der genannten Möglichkeit der Anspruchsabwehr Gebrauch macht.

Zudem weist die **Verjährungseinrede eine Ähnlichkeit mit der Aufrechnungserklärung** insoweit auf, als sie ebenfalls die materielle Rechtslage – mit der entsprechenden Folge für die Begründetheit der Klage – ändert und einen rechtsgeschäftsähnlichen Charakter (vgl. hierzu BGHZ 156, 269 = NJW 2004, 164) hat (vgl. Meller-Hannich JZ 2005, 656; El-Gayar MDR 1998, 698, letzterer allerdings mit entgegengesetzter Schlussfolgerung).“ (BGH aaO)

Die **Berufung in einer WEG-Sache** kann auch dann **nur bei dem sachlich zuständigen Landgericht fristwährend eingelegt werden, wenn in dem betreffenden OLG-Bezirk auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 72 II 2 und 3 GVG** nicht das für den Sitz des OLG zuständige LG, sondern **ein anderes LG** für diese Berufungen **zuständig ist**.

Die **Versäumung der Berufungsfrist** ist in einem solchen Fall daher dann **nicht unverschuldet**, wenn sie darauf beruht, dass das Vorhandensein einer abweichenden Zuständigkeitsregelung und ihr Inhalt nicht geprüft wurden.

„In der Rspr. des BGH ist anerkannt, dass der Rechtsanwalt die Berufungsschrift auf ihre Richtigkeit überprüfen muss (BGH NJW-RR 1988, 1528; BGH NJW-RR 1993, 254; BGH NJW 2009, 1750; Musielak/Grandel, ZPO, 6. Aufl., § 233 Rn 45). Dazu gehört neben der Bezeichnung der Parteien (BGH VersR 1982, 191) auch die Bezeichnung des zuständigen Gerichts (BGH VersR 1988, 251; BGH VersR 1993, 1381; BGH NJW 2009, 1750). Die dafür erforderliche rechtliche Prüfung der Zuständigkeit ist ein - zudem nicht delegierbarer - Kernbestandteil der Berufungsschrift, die der Rechtsanwalt in jedem Fall vor Einreichung der Berufungsschrift und auch selbst vornehmen muss. Dazu gehört bei einer bundesrechtlichen Zuständigkeitsregelung, die abweichende Regelungen durch das Landesrecht zulässt, auch die Prüfung, ob das betreffende Land hiervon Gebrauch gemacht hat.

Diese Prüfung haben die Prozessbevollmächtigten der Bekl. nicht, jedenfalls nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen. Sie haben ihre Prüfung bei § 72 II 1 GVG abgebrochen und es versäumt zu prüfen, ob die Landesregierung oder die Landesjustizverwaltung des Landes Niedersachsen von ihrer Kompetenz nach § 72 II 2 u. 3 GVG Gebrauch gemacht hat, die Zuständigkeit für die Berufung in Wohnungseigentumssachen auf ein anderes LG im Bezirk des OLG zu übertragen. Diese Prüfung drängte sich schon nach dem Text der Vorschrift auf (zu diesem Gesichtspunkt: BGH NJW 1979, 1414). Sie war, wie aufgezeigt, auch ohne weiteres möglich.“ (BGH aaO)

StGB
§ 46b

**Kronzeugenregelung
Opfer einer Katalogtat**

StGB

(BGH in StV 2010, 480; Beschluss vom 19.05.2010 – 5 StR 182/10)

§ 46b StGB ist auch auf das Opfer einer in § 46b I 1 Nr. 1 StGB i.V. mit § 100a II StPO bezeichneten Tat anwendbar, denn die Kronzeugenregelung setzt keinen Zusammenhang zwischen der Tat des Kronzeugen und der Tat, zu dem der Aufklärungsbeitrag geleistet wird, voraus.

„Nach der vom Gesetzgeber bewusst überaus **weit ausgestalteten Tatbestandsfassung des § 46b I 1 Nr. 1 StGB** ist nicht erforderlich, dass es sich bei dem „Kronzeugen“ um einen Tatbeteiligten handelt (RegE, BT-Dr 16/6268, S. 10, 12; Fischer, 57. Aufl., § 46b Rn 13a). Der „Kronzeuge“ muss lediglich Aufklärungshilfe zu „einer“ der in § 100a II StPO aufgeführten Taten leisten. Ein Zusammenhang mit den von ihm verübten Taten ist nicht vorausgesetzt.

Die vom LG in diesem Zusammenhang zitierte Vorschrift des § 46b I 3 StGB enthält keine Eingrenzung auf Tatbeteiligte, sondern statuiert für den Tatbeteiligten das zusätzliche Erfordernis einer Aufklärung über den eigenen Tatbeitrag hinaus. Hieraus ergibt sich im Gegen-schluss, dass der „Kronzeuge“ ansonsten lediglich Wissen über irgendeine Katalogtat offenbaren muss.“ (BGH aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO
§ 231a I 1

**selbstverschuldete Verhandlungsunfähigkeit
Nichtbehandlung einer Erkrankung**

StPO

(LG Lüneburg in NStZ-RR 2010, 211; Beschluss vom 25.01.2010 – 26 Qs 306/09)

Eine **vorsätzlich und schuldhaft herbeigeführte Verhandlungsunfähigkeit** i.S. des § 231a I 1 StPO kann auch darin zu sehen sein, dass der Angekl. eine nicht von ihm hervorgerufene **Erkrankung**, die die Verhandlungsunfähigkeit begründet, **nicht ärztlich behandeln lässt, obwohl** ihm dies nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles **zumutbar wäre**.

„[Es] ist anerkannt, dass für die Anwendung des § 231a I 1 StPO keine absolute Verhandlungsunfähigkeit vorauszusetzen ist. Vielmehr reicht es aus, wenn der Angekl. nur für kürzere Zeitspannen, die zur Erledigung des Verfahrens in vernünftiger Frist nicht ausreichen, an der Verhandlung teilnehmen kann (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 231a Rn 5 m.w.N.).

[Es] entspricht verbreiteter Ansicht in der obergerichtlichen Rspr., der sich die Kammer anschließt, dass § 231a StPO grds. auch auf jene Fälle angewandt werden kann, in denen der Angekl. die Verhandlungsunfähigkeit nicht durch eigenes Tun oder Unterlassen bewirkt hat, sondern eine zur Beseitigung der nicht von ihm herbeigeführten Verhandlungsunfähigkeit notwendige ärztliche Behandlung nicht in Anspruch nimmt (vgl. OLG Nürnberg NJW 2000, 1804; OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 274; OLG Hamm NJW 1977, 1739).

In den vorliegenden Zustand seiner Verhandlungsunfähigkeit hat sich der Angekl. auch vorsätzlich und schuldhaft versetzt, wie es für die Durchführung einer Hauptverhandlung ohne seine Anwesenheit gem. § 231a I 1 StPO erforderlich ist. Soweit der Verteidiger des Angekl. dagegen vorbringt, dass sich ein verhandlungsunfähiger Angekl. nicht ärztlich behandeln lassen müsse, um seine Verhandlungsfähigkeit wieder herzustellen (so etwa auch LG Nürnberg-Fürth NJW 1999, 1125; Meyer/Goßner, § 231a StPO Rn 7 sowie Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl., § 231a StPO Rn 6), so vermag die Kammer dem in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen. Eine solche generalisierende Betrachtungsweise verkennt, dass die **staatliche Gewalt verfassungsrechtlich verpflichtet** ist, das **Strafverfahren vor Manipulationen von Seiten des Angekl. zu bewahren** und auf diesem Wege den Rechtsfrieden in Gestalt einer funktionierenden Strafrechtspflege zu sichern. In diesem Sinne hat das BVerfG in st. Rspr. das **Interesse der Allgemeinheit an einer effektiven Strafrechtspflege** betont, ohne die Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden kann. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, die Aufgabe des Staatswesens, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege zu schützen, und die Gleichbehandlung aller Angekl. im Strafverfahren verlangen daher nach einer effektiven Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs. Dies bedeutet, die Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens zu gewährleisten und diese Entscheidungen nicht von der Kooperationsbereitschaft des Angekl. abhängig zu machen. Diesem darf aus den genannten Erwägungen daher nicht die Möglichkeit eröffnet werden, sich durch eine willentliche und vorwerfbare Herbeiführung seiner Verhandlungsunfähigkeit – sei es durch Rauschgift- oder Medikamentenmissbrauch, Hungerstreik, andere selbstschädigende Handlungen oder eben die Nichtinanspruchnahme ärztlicher Behandlungsmöglichkeiten – dem Verfahren zu entziehen und eine Feststellung seiner Schuld sowie eine etwaige Bestrafung zu vereiteln (vgl. ausführlich OLG Nürnberg NJW 2000, 1804 sowie BVerfG NJW 1979, 2349).“ (LG Lüneburg aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwVfG
§ 35 S. 1

**Verwaltungsakt
verschärfter Verweis durch Schulleiter**

VwVfG

(VGH München in NJOZ 2010, 1592; Urteil vom 10.03.2010 – 7 B 09.1906)

Ein **verschärfter Verweis durch den Schulleiter** ist mangels Regelung **kein Verwaltungsakt** und daher **nur im Wege einer allgemeinen Feststellungsklage gerichtlich angreifbar**.

„Verwaltungsakt im (prozessrechtlichen) Sinne ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist (vgl. § 35 S.1 VwVfG bzw. Art. 35 S. 1 BayVwVfG). Einem **verschärften Verweis** nach Art. 86 II 1 Nr. 2 BayEUG dürfte zwar – anders als einer mündlichen Rüge oder einem Klassenbucheintrag – **unmittelbare Außenrechtswirkung** zukommen, da die vom zuständigen Schulleiter außerhalb des laufenden Unterrichtsbetriebs vorgenommene disziplinarische Ahndung in Form einer „Schulstrafe“ den Vorwurf eines erheblichen schuldhaften Fehlverhaltens impliziert, so dass damit jedenfalls in das von Art. 2 I GG i. V. mit Art. 1 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Schülers eingegriffen wird (vgl. OVG Lüneburg DVBl 1973, 280; Niehues/Rux, Schul- und PrüfungsR, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, Rn 382; offengelassen in VGH München NVwZ-RR 1990, 608).

Dennoch liegt **kein Verwaltungsakt** vor, **weil sich der Verweis** im Unterschied zu den in Art. 86 II 1 Nr. 3 – 10 BayEUG vorgesehenen Ordnungsmaßnahmen (Versetzung in eine Parallelklasse, Ausschluss vom Unterricht, Zuweisung an eine andere Schule, Entlassung von der Schule oder Androhung derselben, Ausschluss von allen Schulen) **auf eine erzieherische Bewertung beschränkt** und eine solche **bloße Missbilligung eines ordnungswidrigen Verhaltens keine Einzelfallregelung** darstellt. Eine „Regelung“ ist nur anzunehmen, wenn die behördliche Maßnahme auf eine verbindliche Rechtsfolge gerichtet ist, d. h. wenn Rechte des Betroffenen unmittelbar begründet, geändert, aufgehoben, mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden (BVerwGE 77, 268 = NJW 1988, 87 m. w. Nachw.; zuletzt

BVerwG NVwZ 2010, 133). Der verschärfte Verweis löst in diesem Sinne keine unmittelbaren Rechtsfolgen aus. Er soll dem betreffenden Schüler nur nach Art einer Abmahnung eindringlich vor Augen führen, dass die Schule ein bestimmtes Handeln nicht (mehr) hinnimmt (vgl. Niehues/Rux, Rn 392; Kiesl/Stahl, Das Schulrecht in Bayern, Art. 86 BayEUG Erl. 6, 7; s. allg. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn 84).

Dass die Ordnungsmaßnahme auf der „Feststellung“ eines sanktionswürdigen Sachverhalts durch den Schulleiter beruht, deutet nicht auf einen **Regelungsgehalt** hin, da auch für Realakte rechtliche Vorgaben gelten und die Notwendigkeit einer vorherigen Prüfung der Rechtslage daher noch nichts über die Handlungsform aussagt (BVerwGE 77, 268 = NJW 1988, 87). In der bloßen Erteilung eines verschärften Verweises liegt weder die verbindliche (und damit bestandskräftige) Feststellung, Begründung, Änderung, Aufhebung oder Verneinung von Rechten des betroffenen Schülers noch die bescheidsmäßig konkretisierte (und daher ggf. vollstreckbare) Anordnung, das gerügte Verhalten künftig zu unterlassen. Die in dem Verweis enthaltene Beanstandung ist nach geltendem Recht auch keine zwingende Voraussetzung dafür, dass das Fehlverhalten dem Schüler noch in späteren Zeugnissen oder Ordnungsverfahren vorgehalten werden kann (zu einer solchen gesetzlichen Verknüpfung BVerwGE 114, 160 = NVwZ 2001, 1399).“ (VGH München aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 43 I

Feststellungsklage Zulässigkeit

VwGO

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 325; Urteil vom 11.02.2010 – 9 S 1130/08)

Die **Feststellungsklage** vor den Verwaltungsgerichten ist eine **zulässige** und „**fachspezifische**“ **Rechtsschutzform**, um **verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen zu klären**, über die ein **Straf- oder OWiG-Verfahren droht**.

„Der **verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz** ist **grds. nicht vorbeugend konzipiert**. Um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen, setzt die den Gerichten übertragene Kontrollfunktion gegen regulierende Maßnahmen der Behörden grundsätzlich erst nachgelagert ein. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes gegen behördliche Regulierungen setzt daher regelmäßig den Erlass eines Verwaltungsaktes voraus, der nachfolgend Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist. Vorbeugender Rechtsschutz gegen erwartete oder befürchtete Anordnungen der Verwaltung ist daher grundsätzlich unzulässig.

Etwas **anderes gilt** indes dann, **wenn dem Bürger ein weiteres Zuwarten**, ob und wie die Behörde tätig werden wird, **nicht zugemutet werden kann** und daher ein **schutzwürdiges Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung** besteht. Eine derartige **Ausnahmekonstellation** liegt hier vor: Die Kl. hat ein schutzwürdiges Interesse an der alsbaldigen Feststellung der streitigen Fragen. Dies folgt zunächst bereits daraus, dass sie auf gesicherte Rechtsverhältnisse angewiesen ist, um ihre wirtschaftlichen Dispositionen entsprechend einstellen zu können. Insbesondere aber verstieße es gegen die Garantie wirkungsvollen Rechtsschutzes aus Art. 19 IV GG, die Kl. auf die ihr zur Verfügung stehenden Rechtsmittel im eingeleiteten Straf- oder Bußgeldverfahren zu verweisen. Denn es ist **der Kl. nicht zuzumuten, die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „von der Anklagebank herab“ führen zu müssen**. Sie hat vielmehr ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als sachnähere und „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, wenn ihr wegen verwaltungsrechtlicher Fragen ein Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren droht (vgl. dazu auch BVerfG NVwZ 2003, 856). Es ist weder sinnvoll noch zumutbar, dem Bürger in einem derartigen Schwebzustand die Möglichkeit der verbindlichen Klärung streitiger Fragen des öffentlichen Rechts zu verwehren. Dies gilt umso mehr, als Kern und Anlass der Auseinandersetzung im öffentlichen Recht wurzeln und ein Verweis auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit gegen etwaige Ermittlungsmaßnahmen daher auch nicht sachdienlich erscheint.“ (VGH Mannheim aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 47 II 1

Normenkontrollantrag Antragsfrist ist eine Ausschlussfrist

VwGO

(VGH München in BayVBI 2010, 440; Urteil vom 17.11.2009 – 1 N 08.2796)

Bei der **Frist des § 47 II 1 VwGO** handelt es sich um eine **Ausschlussfrist**, sodass eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 60 VwGO) nicht in Frage kommt.

„Für diese Auffassung spricht ausschlaggebend der mit der Befristung von Normenkontrollanträgen verfolgte **Zweck, relative Rechtssicherheit zu schaffen**. Das Wiedereinsetzung gewährende Urteil des BVerwG (BVerwGE 109, 148) steht dem nicht entgegen: Es ist nicht zur Zwei- bzw. Einjahresfrist des § 47 II 1 VwGO ergangen, sondern zur Dreimonatsfrist gem. Nr. 1 des Gesetzes zur Beschränkung von Rechtsmitteln in der Verwaltungsgerichtsbarkeit - RMBeschrG -, das als Art. 13 des Investitionserleichterungs- und Wohnbaulandgesetzes vom 22. April 1993 (BGBl I S. 466, 487) am 1. Mai 1993 in Kraft getreten war.

Die Einstufung der Frist des § 47 II 1 VwGO als Ausschlussfrist und der damit einhergehende Ausschluss einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint auch nicht im Hinblick auf das aus Art. 19 IV GG folgende Gebot der **Gewährleistung eines effizienten Rechtsschutzes gegen Akte öffentlicher Gewalt** bedenklich: Bedenken bestünden allenfalls dann, wenn ein Betroffener nach Ablauf der Ausschlussfrist keine Möglichkeit mehr hätte, sich gegen eine Rechtsverletzung durch die oder aufgrund der Norm zur Wehr zu setzen (vgl. BVerfG NJW 1997, 650). Dies ist jedoch nicht der Fall. Die Normenkontrolle gem. § 47 VwGO ist verfassungsrechtlich nicht geboten. Bei Bebauungsplänen (und anderen städtebaulichen Satzungen) kann sich der Betroffene auch gegen die den Bebauungsplan umsetzenden Maßnahmen zur Wehr setzen und (im Anfechtungsprozess gegen die Baugenehmigung oder im Verpflichtungsprozess auf bauaufsichtliches Einschreiten gegen ein verfahrensfreies Vorhaben) geltend machen, dass der Bebauungsplan unwirksam sei und damit eine nicht an eine Frist gebundene inzidente Prüfung der Wirksamkeit der Norm erreichen (vgl. Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand Juli 2003, § 47 Rn 10). Bei den für die Verfahren des sog. Individualrechtsschutzes geltenden Rechtsmittelfristen kommt im Übrigen auch eine Wiedereinsetzung in Betracht.“ (VGH München aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO
§ 148

**gerichtl. Begründungspflicht
Nichtabhilfeentscheidung**

VwGO

(VGH Kassel in NVwZ-RR 2010, 501; Beschluss vom 26.11.2009 – 7 B 2994/09)

Aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs in Art. 103 I GG folgt eine **Pflicht des Verwaltungsgerichts zur Begründung seiner Entscheidung**, einer Beschwerde nicht abzuwehren, grds. nur dann, wenn der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss gesetzwidrig selbst nicht begründet gewesen oder aber das Festhalten des Verwaltungsgerichts an seiner für die angegriffene Entscheidung konkret gegebenen Begründung auf Grund des Beschwerdevorbringens schlechterdings rechtlich nicht mehr vertretbar ist.

„Einfachgesetzlich ist das Erfordernis einer Begründung in § 148 VwGO nicht vorgesehen. Aus der verfassungsrechtlichen Garantie rechtlichen Gehörs in Art. 103 I GG folgt eine Pflicht des VG zur Begründung seiner Entscheidung, der Beschwerde nicht abzuwehren, grds. nur, wenn der mit der Beschwerde angegriffene Beschluss gesetzwidrig selbst nicht begründet gewesen oder aber das Festhalten des VG an seiner für die angegriffene Entscheidung konkret gegebenen Begründung auf Grund des Beschwerdevorbringens schlechterdings rechtlich nicht mehr vertretbar ist. In diesen Sonderfällen resultiert aus dem gehörsrechtlichen Gebot, wesentliches Beteiligtenvorbringen zu berücksichtigen, ausnahmsweise eine – einfachgesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehene – Begründungspflicht (vgl. zu Vorstehendem: Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 148 Rn 7; Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, § 148 Rn 4, jew. m.w.N.).“ (VGH Kassel aaO)

- ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

JAG
§§ 14 II, 15 I-III

**Prüfungsbescheid
Umfang der Bestandskraft**

PrüfR

(OVG Münster in NWVBl 2010, 238; Urteil vom 27.08.2009 – 14 A 313/09)

Ein **Prüfungsbescheid** wird **nicht nur hinsichtlich der Feststellung**, eine juristische **Prüfung sei nicht bestanden, bestandskräftig, sondern auch hinsichtlich der festgelegten Punktzahl** einschließlich der dieser zugrunde liegenden Einzelbewertungen. Es besteht daher in diesen Fällen **kein Anspruch auf Neubewertung** einer bei einem erneuten Prüfungsversuch angerechneten Prüfungsleistung.

„Der Rspr. des erkennenden Gerichts (vgl. OVG NRW in NWVBl. 1998, 403) [ist nicht] zu entnehmen, dass in Verfahren der vorliegenden Art die Bestandskraft einer Prüfungsentscheidung durchbrochen und die - mögliche - Verpflichtung zur Neubewertung allenfalls im Fall einer prozessualen Verwirkung des Klagerechts ausgeschlossen wird. Denn der der genannten Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt betraf eine Prüfungsentscheidung über ein „Blockversagen“, so dass es auf die einzelne Note zum Erreichen einer Punktzahl als Bestehensgrenze nicht ankam, weil eine Gesamtnote nicht zu errechnen war. Nur für diesen Fall hatte OVG Münster aaO die Möglichkeit angesprochen, eine Einzelbewertung im Weg der allgemeinen Leistungsklage überprüfen zu lassen. Dementsprechend lag dem diese Entscheidung bestätigenden Beschluss des BVerwG auch nur diese Konstellation zugrunde.“ (OVG Münster aaO)

ZA 09/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

Weitere Schrifttumsnachweise

I. Zivilrecht

1. **Wagner:** Die Rspr. des BGH zu Schönheitsreparaturklauseln seit 2006 (NZM 2010, 543)
2. **Harsdorf-Gebhardt:** Die Rspr. des BGH zum Versicherungsrecht - Regress in der Sachversicherung (r + s 2010, 309)
3. **Kappus:** Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen - Möglichkeiten und Grenzen der Mietvertragsgestaltung (NZM 2010, 529)

Die sich zunehmend ausfächernde Entwicklung zur **Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle von AGB**, speziell Miet-AGB, die Lit. und Rspr. vorantreiben, macht es Kautelarjuristen wie Verbänden **praktisch unmöglich, rechtssichere Vertragsmuster zu erstellen**; der **Vermieter als AGB-Verwender macht sich schadensersatzpflichtig nach § 280 I BGB**, wenn er seinen Mieter – einerlei ob im laufenden oder im zu Ende gehenden Mietverhältnis – nicht auf eine von ihm erkannte respektive zu kennende (s. § 122 II BGB) Unwirksamkeit der bzw. auf ernstliche Bedenken gegen die im Mietvertrag vereinbarten AGB hinweist, den Mieter also nicht gleichsam „in die richtige Spur setzt“ und ihn etwa von einer Eigendekoration abhält. - Vermieter sind gut beraten, ihren spezifischen Regelungsbedarf, und zwar völlig unabhängig von vorfindbaren Mustern, zu definieren, also festzulegen, welche konkreten Regelungen in Miet-AGB ihnen besonders wichtig erscheinen. - Als eine weitere – zentrale – „Stellschraube“ bei der Betrachtung von Miet-AGB muss § 305 I 1 BGB – hier das Merkmal des „Stellens“ – mitbedacht werden; für den Pkw-Gebrauchtwagenkauf hat der BGH jenes Merkmal verneint, wenn die Einbeziehung auf einer freien Entscheidung des Verwendungsgegners beruht; auf das Dauerschuldverhältnis Miete übertragen gäbe diese Rspr. viel „Vermieterpotenzial“ her; das ist zu überdenken.

II. Strafrecht

1. **Fischer:** Konfliktverteidigung, Missbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht (StV 2010, 423)
2. **Wohlers:** Das Strafverfahren in den Zeiten der „Eilkrankheit“ (NJW 2010, 2470)

Gemeinsamer Anknüpfungspunkt aller Bemühungen um eine Beschleunigung des Strafverfahrens ist der Umstand, dass die **Strafjustiz stark belastet und** zumindest aus der Sicht der betroffenen Staatsanwälte und Strafrichter auch **überlastet** ist; als mögliche Ursachen der Überlastung werden diskutiert: eine Überdehnung des materiellen Strafrechts, eine bezogen auf die Zunahme der zu bearbeitenden Fälle unzureichende Personalausstattung sowie – last but not least – das auf Verzögerung und Obstruktion ausgerichtete Verhalten des Beschuldigten und der Verteidigung in der Hauptverhandlung; im Gutachten wird der letztgenannte Gesichtspunkt nur am Rande gestreift, wenn es im zusammenfassenden Fazit heißt: „Der Grund für diese Betonung der Verfahrensbeschleunigung durch den Gesetzgeber und insbes. durch die Gerichte dürfte allenfalls zum Teil als Reaktion auf ein verändertes Verteidigerverhalten zu verstehen sein.“ - Die Lösung des Problems soll durch eine **Beschleunigung der Strafverfahren** erreicht werden, wobei die Beschleunigung durch eine **Straffung des Hauptverfahrens** und durch **Beschränkungen im Rechtsmittelverfahren** erreicht werden soll; die Straffung soll wiederum im Wesentlichen dadurch erreicht werden, dass **Verfahrensrechte des Beschuldigten beschnitten** werden und/oder vom streitigen Verfahren in ein zunächst praeter bzw. contra legem entwickeltes und nun durch das Verständigungsgesetz kodifiziertes konsensuales Verfahren ausgewichen wird.

3. **Gola/Klug:** Die Entwicklung des Datenschutzrechts in den Jahren 2009/2010 (NJW 2010, 2483)
4. **Harnisch/Pohlmann:** Bild- und Videoaufzeichnungen im Bereich der polizeilichen Verkehrskontrolle (NZV 2010, 380)

Ob ein bildgebendes Messverfahren verdachtsunabhängig oder verdachtsabhängig erfolgt, ist **anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen**. - **Bild- und Videoaufzeichnungen aus Anlass von Verkehrsverstößen** dienen der **Beweisgewinnung** und stellen **keine präventive Maßnahme** dar. - Die Feststellung eines Verstoßes gegen Verkehrsvorschriften – auch durch technisches Gerät – begründet bereits objektiv zureichende Anhaltspunkte für ein ordnungswidriges Verhalten. - Im Rahmen einer **polizeilichen Verkehrsüberwachung** können **Bildaufnahmen auf § 100h StPO gestützt** werden; die Vorschriften der §§ 81b, 163b StPO, deren Maßnahmen dem Betroffenen gegenüber stets offen durchzuführen sind, stellen hingegen keine taugliche Rechtsgrundlage dar. - **Verdachtsunabhängige Maßnahmen entbehren einer gesetzlichen Grundlage**; das daraus resultierende **Beweiserhebungsverbot zieht ein Beweisverwertungsverbot nach sich**.

III. öffentliches Recht

1. **Reimer:** Zur Dogmatik des Abänderungsverfahrens nach § 80 VII VwGO (DÖV 2010, 688)

Mit dem **Antrag nach § 80 V VwGO** geht die **Zuständigkeit für die Entscheidung über die Vollziehung eines Verwaltungsakts** auf das **Gericht der Hauptsache** über; wegen der in diesem Verfahren nur anzustellenden summarischen Prüfung räumt § 80 VII VwGO dem Gericht die Möglichkeit einer Änderung seines Beschlusses ein. - Das **System des vorläufigen Rechtsschutzes in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten ist zweispurig**, indem es neben der einstweiligen Anordnung ein besonderes Verfahren vorsieht, soweit Verwaltungsakte betroffen sind; zentraler Begriff ist hierbei die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs (so § 80 VwGO) oder als deren Kehrseite die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts (so § 69 FGO), die ausgesetzt oder angeordnet werden kann. - Die Entscheidung hierüber ist anders als in einem Hauptsacheverfahren auf der Grundlage einer Interessenabwägung der Beteiligten zu treffen, in die vor allem die **summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten der Hauptsache** einzubeziehen sind; auch nach einer gerichtlichen Entscheidung können sich die Gewichte der betroffenen Interessen noch verschieben, sodass die getroffene Entscheidung sich später als unangemessen darstellen und ihrem Zweck, im Lichte des Art. 19 IV GG effektiven Rechtsschutz auch schon im Laufe eines langwierigen Hauptsacheverfahrens zu gewähren, nicht mehr gerecht werden kann; damit die Gerichte derartiges prozessuales Unrecht abstellen können, sieht **§ 80 VII VwGO** die **Möglichkeit vor, Beschlüsse über Anträge nach § 80 V VwGO jederzeit zu ändern oder aufzuheben**. - Das **Abänderungsverfahren im vorläufigen Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte dient der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes** auch schon im Vorfeld einer Hauptsacheentscheidung; sind die Voraussetzungen für eine Abänderung grds. gegeben, ist in der Sache erneut über den ursprünglichen Antrag nach § 80 V VwGO zu entscheiden; die Beteiligtenrollen sollten dabei begrifflich nicht geändert werden; für eine Entscheidung im Sinne desjenigen, der nach § 80 V VwGO die aufschiebende Wirkung erstrebt, muss sein ursprünglicher Antrag auch nach der veränderten Sach- und Rechtslage sowohl zulässig als auch begründet sein; die gleichen Maßstäbe gelten auch für § 86 I 4 SGG und § 69 VI FGO.

2. **Kramer:** Problematik der Wiedergestattung eines Gewerbes nach erfolgter Gewerbeuntersagung (GewA 2010, 273)

Problemstellung: Im Zusammenhang mit einer erfolgten Gewerbeuntersagung stellt sich in der Folge häufig die Frage, ab wann die Gründe hierfür bzw. die Unzuverlässigkeit ausgeräumt sind und eine erneute Zulassung zu einem Gewerbe möglich ist; da eine Gewerbeuntersagung eine einschneidende Maßnahme darstellt, die für die Meisten den Entzug der Existenzgrundlage und oftmals Arbeitslosigkeit zur Folge hat, sind die Betroffenen i. d. R. sehr an einem Weg zurück in ihre frühere selbständige Tätigkeit interessiert; das gesetzliche Mittel hierfür besteht in der **Wiedergestattung nach § 35 VI GewO**, dessen Anwendung jedoch zahlreiche rechtliche Probleme aufwirft, die eine besondere Betrachtung erforderlich machen; zusätzlich leben klassische Fragestellungen aus dem Bereich der Gewerbeuntersagung wieder auf. - Die Wiedergestattung der Gewerbeausübung nach § 35 VI GewO **beseitigt die Folgen der zuvor erlassenen Untersagung** und öffnet dem Betroffenen einen **erneuten Zugang zum Betrieb eines Gewerbes**, womit sie das Korrelat zur Gewerbeuntersagung ist; sie verwirklicht den aus der **Berufsfreiheit** (Art. 12 I GG) abgeleiteten und grundrechtlich gebotenen Wertgedanken, dass niemand länger von einem Beruf fern gehalten werden darf, als dies durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit geboten ist; zuvor **müssen jedoch die Gründe, die die Gewerbeuntersagung stützten, entfallen** sein. - Von den zahlreichen, zu berücksichtigenden Aspekten stellt die **Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden die wichtigste Voraussetzung** und den **Kern der Prüfung** dar: Die **Wiedergestattung wird nur auf Antrag und i. d. R. nur nach Ablauf eines Jahres seit der Durchführung der Gewerbeuntersagung** erteilt; diese Frist kann bei Vorliegen besonderer Gründe verkürzt werden; die Wiedergestattung kann bereits vor der endgültigen Bestandskraft der Gewerbeuntersagung beantragt und erteilt werden; soweit die Voraussetzungen vorliegen besteht ein entsprechender Rechtsanspruch; die Aufnahme von Nebenbestimmungen ist generell nicht zulässig; ebenso kann eine Wiedergestattung nicht aufgehoben werden, sondern nur durch eine erneute Gewerbeuntersagung revidiert werden.

3. **Kaufmann:** Für immer und ewig beschuldigt? Verdachtsberichterstattung im Internet und Onlinearchive (MMR 2010, 520)

Maßgebliche Voraussetzung für die Verdachtsberichterstattung ist das **berechtigte Informationsinteresse der Bevölkerung**, das sich am Kriterium des möglichen Strafausspruchs manifestiert. - Die **volle Namensnennung ist in Fällen der Schwerekriminalität zulässig**, zu denen alle Delikte gehören, die in § 112 III StPO und in § 74 GVG aufgeführt sind, sowie alle Delikte der Organisierten Kriminalität und die Straftat der schweren räuberischen Erpressung. - **Fälle der mittleren Kriminalität** liegen grds. bei der strafgerichtlichen Zuständigkeitskompetenz der Amtsgerichte vor; die **Nennung des Klarnamens eines Besch. ist somit unzulässig**; davon **ausgenommen sind Deliktswürfe, die einen Amtsträger betreffen**. - Liegt der voraussichtliche Strafausspruch in seinem Grundtatbestand unterhalb von zwei Jahren Freiheitsstrafe, so handelt es sich um einen Fall der Kleinkriminalität; eine Publikation des vollen Namens ist in solchen Fällen rechtswidrig; gleiches gilt, soweit es sich bei dem Beschuldigten um einen Jugendlichen oder Heranwachsenden handelt.

4. **Roller:** Drittschutz im Atom- und Immissionsschutzrecht - Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklung der Rspr. (NVwZ 2010, 990)

5. **Donhauser:** Neue Akzentuierungen bei der Vergabe von Standplätzen auf gemeindlichen Volksfesten und Märkten (NVwZ 2010, 931)

Die **rechtlichen Anforderungen an die Durchführung kommunaler Volksfeste und Märkte sind vielfältig**: Das Kommunalverfassungsrecht verpflichtet die veranstaltenden Kommunen dazu, die Zulassungsentscheidung durch ihre eigenen Organe zu treffen; auch die vollständige, materielle Privatisierung von Volksfest- und Marktveranstaltungen

sieht das **BVerwG** neuerdings kritisch und hat aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ein **Privatisierungsverbot für kommunale Einrichtungen mit sozialem, kulturellem und traditionsreichem Hintergrund** abgeleitet. - Diese Rspr. begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken und kollidiert mit vielfältigen Bemühungen zur Haushaltskonsolidierung, denn sie **schränkt die Entscheidungsfreiheit der Kommunen bei Privatisierungsbemühungen erheblich ein**. - Auch wenn das **europäische Vergaberecht** nicht direkt anwendbar ist, fordert das europäische Primärrecht bei Binnenmarktrelevanz von der Auswahl- und Zulassungsentscheidung die Beachtung von Transparenz und Gleichbehandlungspflichten; die Vergabe muss dann ausreichend bekannt gemacht werden; die Auswahl hat anhand vorher festgelegter, sachlich gerechtfertigter Auswahlkriterien zu erfolgen; ein **besonderes Problem** ist dabei die **Bevorzugung Ortsansässiger**: die europarechtliche Rechtfertigung hierfür ist nicht einfach zu begründen; insgesamt wird jedoch deutlich, dass sich die bisher aus dem Kommunalrecht abgeleiteten Anforderungen nahtlos mit vergaberechtlichen Vorgaben in Einklang bringen lassen.

6. **Kettler**: Beginn der Widerspruchsfrist bei Verkehrszeichen (SVR 2010, 293)

Verkehrszeichen sind jedenfalls dann **belastende Verwaltungsakte, wenn sie Gebote oder Verbote enthalten**. - Als Gegenstand von Klagen finden sich in der Rspr. u. a. Tempolimits, Überholverbote, Ampeln, Busspuren, Fußgängerzonen, Fußwege, Radwegebenutzungspflichten, Einbahnstraßenregelungen, Bewohnerzonen, Parkzeitbegrenzungen, Markierungen, Verkehrseinrichtungen wie feste Poller und auch automatisch auf- und abfahrende Poller. - Materiellrechtlich geht es regelmäßig um die Frage, ob die jeweiligen Gebote, Verbote oder Verkehrseinrichtungen in **§ 45 I-IX StVO** eine **Ermächtigungsgrundlage** finden und **mit § 45 IX StVO und Art. 2, 12 und 14 GG vereinbar** sind; es stellt sich daher immer wieder die **Frage der Rechtsschutzmöglichkeiten** und dabei die **Fristfrage**. - Da Verkehrszeichen keine Rechtsmittelbelehrung enthalten, **gilt für die Anfechtung die Einjahresfrist; umstritten ist jedoch, wann die Jahresfrist beginnt**: Nimmt man die st. Rspr. des BVerwG ernst, dass das Verkehrszeichen "gleichsam die Stelle von Polizeivollzugsbeamten" vertritt und es eine "wechselseitige Vertauschbarkeit einer Verkehrsregelung durch Verkehrszeichen einerseits und durch Polizeibeamte andererseits" gibt, kommt es bei Anfechtungsklagen nicht einmal auf das erstmalige Betroffensein des jeweiligen Kl. an, sondern auf das von ihm zum Klagegegenstand ausgewählte Betroffensein; bei Ampeln, Verkehrsbeeinflussungsanlagen und automatischen Pollern ist es augenscheinlich, dass der Verkehrsteilnehmer nicht (mehr) das gleiche Ge- oder Verbot gezeigt bekommt, das noch vor Minuten, Stunden oder am Vortag zur gleichen Uhrzeit angezeigt wurde; aber auch das Blechschild zeigt dem Verkehrsteilnehmer bei jeder neuen Betroffenheit ein neues Ge- oder Verbot, wie es der Verkehrspolizist täte; wenn mit Neuzugezogenen und jungen Verkehrsteilnehmern sowieso immer wieder neue Klagebefugte heranwachsen, ist auch nicht ersichtlich, welche Funktion die Fiktion einer "Bestandskraft" von Verkehrszeichen noch haben soll; es gibt auch **kein Bedürfnis für die Unanfechtbarkeit von Verkehrszeichen**: Dass man als Adressat eines belastenden Verwaltungsakts weniger (Anfechtungs-) Rechte haben soll als ein anderer, jüngerer oder zugezogener, nur weil man vor mehr als einem Jahr schon mal einem ähnlichen Verwaltungsakt ausgesetzt war, ist rechtlich nicht vorgesehen; für eine solche Ungleichbehandlung zweier Verkehrsteilnehmer ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich.

IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Höhler-Heun**: Abänderung eines Prozessvergleichs über nahehelichen Unterhalt wegen Unterhaltsbefristung (FamFR 2010, 337)
2. **Sterzinger**: Durchsuchung von Büro- und Kanzleiräumen durch die Steuerfahndung (NJOZ 2010, 1766)

Regelmäßig werden im Strafverfahren auch die **Büro- und Kanzleiräume des steuerlichen Beraters bzw. Rechtsanwalts durchsucht**, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich dort Unterlagen befinden, die den bestehenden Verdacht einer Steuerstraftat des Mandanten manifestieren könnten. - Der **zur Verschwiegenheit verpflichtete Steuerberater oder Rechtsanwalt** muss **sorgfältig abwägen, welche Informationen er offenbart**, um sich nicht selbst der Gefahr berufsrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen auszusetzen; gleichzeitig hat er aber auch ein Interesse daran, dass die Büroorganisation durch die Maßnahme nicht nachhaltig beeinträchtigt wird und die Steuerfahndung so schnell und so unauffällig wie möglich die Örtlichkeiten wieder verlässt. - Die **Stärke der Steuerfahndung** liegt in der **Schockwirkung einer Durchsuchung**, die gezielt eingesetzt wird; aus diesem Grunde sollten Betroffene immer – selbst wenn dies im Einzelfall nur schwer umsetzbar ist – besonnen und kontrolliert agieren; empfehlenswert ist, zu Beginn der Maßnahme im Beisein des Durchsuchungsleiters Kontakt mit dem Mandanten aufzunehmen, um z. B. abzuklären, ob er sich mit einer freiwilligen **Herausgabe der Unterlagen** einverstanden erklärt. - Eine **richterlich angeordnete Durchsuchung** kann **nur im Ausnahmefall unterbunden** werden; ein Durchsuchungsleiter kann aber vorgelegene Beanstandungen zum Anlass nehmen, diese noch während der Durchsuchung zu beseitigen; schaltet er den Ermittlungsrichter ein, der fernmündlich eine Korrektur vornimmt, führt eine Beschwerde im Ergebnis dazu, dass etwaige Fehler bei der Durchsuchung sanktionslos geheilt werden. - Der Durchsuchungstag gehört der Steuerfahndung; die Beamten sollten durch Vorlage der gesuchten Unterlagen unterstützt werden, wenn dadurch die Maßnahme abkürzt oder die Durchsuchung der gesamten Kanzlei verhindert werden kann; es empfiehlt sich, die Fahndungsbeamten zum Aufbewahrungsort derjenigen Unterlagen zu führen, nach denen gesucht wird; dadurch kann eine Einsichtnahme weiterer Räume oder auch Unterlagen aber nicht vermieden werden, weil für die Fahndungsbeamten erst dann erkennbar ist, ob sonstige Unterlagen Beweiswert haben können und ob das beschlagnahmte Material vollständig ist. - **Aussagen oder Antworten auf Fragen zum Tatvorwurf sind zu vermeiden**, denn es ist vermutlich noch kein Ermittlungsverfahren auf Grund von Erklärungen während einer laufenden Durchsuchung eingestellt worden; die Erfahrung zeigt zwar, dass in der „Stresssituation“ der Durchsuchung der Betroffene häufig das Bedürfnis hat, sich zu den Vorwürfen der Ermittlungsbehörden zu äußern, einerseits besteht aber die Gefahr, dass die Beamten das Gesagte ungenau oder unzu-

treffend protokollieren und andererseits dürfen Auskünfte ohnehin nur auf der Grundlage einer Schweigepflichtsentbindung des Mandanten erteilt werden. - Eine häufig beabsichtigte **Vernehmung** ist **nicht Teil der Durchsuchung** und sollte erst später stattfinden, wenn Rücksprache mit dem Mandanten erfolgt ist und die gefundenen Unterlagen zumindest teilweise ausgewertet sind; darüber hinaus kann und sollte sich der Betroffene auf sein Zeugnisverweigerungsrecht berufen; die **Fahndungsbeamten sind als „Steuerpolizisten“ tätig**, so dass **ihnen gegenüber nicht zur Sache ausgesagt werden muss**; ein anwesender Bediensteter der Straf- und Bußgeldsachenstelle ist zwar als „Steuerstaatsanwalt“ zur Vernehmung befugt; ihm gegenüber ist klarzustellen, dass (zunächst) keine Aussagen gemacht werden, was auch für „informativische“ Befragungen gilt, die formell keine Vernehmung darstellen.

3. **Weiß:** Unfallschadenmanagement durch Kfz-Sachverständige – Grenzen vor dem Hintergrund des RDG (NZV 2010, 386)

Unfallschadenregulierung ist Rechtsdienstleistung und als solche **der Anwaltschaft vorbehalten**; soweit sie in Teilbereichen durch Sachverständigenorganisationen zulässig ist, findet sie ihre Grenzen dort, wo Einfluss auf die Disposition des Geschädigten genommen wird; von Seiten der Sachverständigenorganisationen wird versucht werden, diese Grenze und den rechtlichen Rahmen des RDG weit auszudehnen. - Bedacht werden sollte von **Werkstätten und Sachverständigenorganisationen** jedoch, dass sich dadurch **versicherungsrechtliche Probleme** ergeben können: Bei Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen wegen falscher Beratung anhand des RDG greift der Schutz der Berufshaftpflichtversicherung nicht. - Die rechtlichen Möglichkeiten, sich gegen einen Verstoß gegen das RDG durch das Handeln der Sachverständigen zu wehren, sind begrenzt; festzuhalten ist aber, dass **bei Verstößen gegen gesetzliche Verbote die jeweils geschlossenen Verträge gem. § 134 BGB i. V. m. § 3 RDG nichtig** sind. - In Betracht kommt auch ein Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aufgrund der Vergabe von eventuellen Gutschriften/Rabatten von Sachverständigenorganisationen sowie wegen unlauterer Akquisemethoden, so dass gem. **§§ 8, 9 UWG Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche** geltend gemacht werden können; zudem könnten die Sachverständigenorganisationen gegen § 8 der Richtlinien für Sachverständige verstoßen. - Rechtsanwälte könnten durch ihr Handeln gegen Berufsrecht aus §§ 1, 2 BRAO (ggf. Unfallhilfe wegen Stapelvollmachten) und § 43a BRAO (Verbot widerstreitender Interessen) verstoßen haben; des Weiteren könnte die Vollmachtserteilung an Rechtsanwälte wegen der verwendeten „Stapelvollmachten“ unwirksam sein, mit der Folge, dass der gesamte Geschäftsbesorgungsvertrag nichtig sein könnte.

Der Widerspruchsbescheid

Häufige Aufgabenstellung im öffentlich-rechtlichen Assessorexamen ist die Anfertigung eines Widerspruchsbescheides. Der Aufbau ist zwar nicht so streng vorgegeben, wie bei einem Urteil und variiert u.U. von Behörde zu Behörde, einige Grundsätze sind jedoch stets einzuhalten.

I. Kopf und Tenor

1. Kopf des Widerspruchsbescheides

Der Kopf des Widerspruchsbescheides muss die erlassende Behörde erkennen lassen (sonst Nichtigkeit nach § 44 II Nr. 1 VwVfG). Er muss mit einem Datum versehen werden und den Namen und die Anschrift des Empfängers enthalten. Darüber hinaus ist die Zustellart zu vermerken.

2. Tenor

Wie auch im Urteil, muss in einem Tenor der Ausgang des Widerspruchsverfahrens zunächst deutlich gemacht werden. Hierzu gehört auch beim Widerspruchsbescheid nicht nur ein Hauptsachetenor, sondern nach § 80 III 3 VwGO auch eine Entscheidung über die Kosten nach § 80 VwVfG.

II. Begründung

Die getroffene Entscheidung ist mit Gründen zu versehen. Anders als bei einem Urteil wird die Formulierung jedoch nicht abstrakt gewählt („Klage ist unbegründet“, „Kläger ist der Auffassung“), sondern in der direkten Ansprache zwischen Entscheidungsträger und Widerspruchsführer („Ich bin nach §§... für die Entscheidung über ihren Widerspruch zuständig.“, „ Sie haben am ??? beantragt, Ihren Sohn in die Gesamtschule Berger Feld in Gelsenkirchen aufzunehmen.“).

1. Zuständigkeit für die Widerspruchsentscheidung, § 73 VwGO

2. Zulässigkeit des Widerspruchs

Insbesondere:

- a) Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens
- b) Lauf der Widerspruchsfrist
- c) Erledigung

3. Begründetheit des Widerspruchs

a) Rechtswidrigkeit des angegriffenen VA

Die Rechtsprüfung hat nach den üblichen Maßstäben zu erfolgen. Allerdings stellt sich gelegentlich die Frage, welche Sach- und Rechtslage der Beurteilung zugrunde zu legen ist. Hierbei sind grundsätzlich auch alle nach Erlass des Verwaltungsaktes eintretenden Sach- und Rechtsänderungen zu berücksichtigen, da es aufgrund der Einheit des Verfahrens auf die Situation zur letzten behördlichen Entscheidung ankommt. Ist der ursprünglich rechtmäßige Verwaltungsakt durch solche Änderungen rechtswidrig geworden, ist die Möglichkeit einer reformatio in peius zu prüfen.

b) Rechtsverletzung des Widerspruchsführers

Wurde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt, so ergibt sich hieraus auch grundsätzlich die Rechtsverletzung des Widerspruchsführers. Lediglich bei Widersprüchen Drittbetroffener ist der Drittschutz der verletzten Vorschrift explizit zu prüfen.

c) Zweckmäßigkeitserwägungen

Anders als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren kann die Widerspruchsbehörde nicht nur die Recht-, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Ausgangsentscheidung überprüfen. Dies betrifft insbesondere die Überprüfung von Ermessensentscheidungen innerhalb des Ermessensrahmens.

III. Nebenentscheidungen

1. Entscheidungen zur sofortigen Vollziehbarkeit

2. Kostenentscheidung

Die zuvor getroffene und besprochene Kostenentscheidung ist entsprechend zu begründen, sofern Besonderheiten zu berücksichtigen sind. Anderenfalls reicht die Zitierung der zugrundeliegenden Regelungen.

Besonderheiten liegen z.B. dann vor, wenn der Widerspruch wegen einer im Widerspruchsverfahren erfolgten Heilung nach § 45 VwVfG keinen Erfolg hat. In diesem Fall sind ihm gleichwohl die Kosten zu erstatten. Ob dies bei § 46 VwVfG auch anzunehmen ist, ist umstritten.

3. Gebührenentscheidung

Die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens vor der Widerspruchsbehörde kann nach § 1 GebG NW gebührenpflichtig sein, wobei nach § 15 III GebG NW Kosten nur für erfolglose Widersprüche gegen gebührenpflichtige Verwaltungsakte erhoben werden können.

IV. Rechtsbehelfsbelehrung

V. Schlussformel

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Referendarprüfung Öffentl. Recht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Saarland	Prüfer (mit Titel usw.) Ri FG B.	Tag d. mündl. Prüfung 07.05.2010
---------------------------	---	---

Zur Person:

B ist ein netter Prüfer, der während des gesamten Prüfungstages lächelte. Er hat sich als teilweise Protokollfest erwiesen (das gilt hinsichtlich des aktuellen Teils zu Beginn und bezogen auf das Verfassungsrecht). Bei der Notenvergabe ließ er sich vom Vorsitzenden bremsen.

Zur Prüfung:

Die Prüfung begann wie alle Prüfungen von B. mit dem aktuellen Geschehen. Jeder durfte die seiner Meinung nach brisantesten Schlagzeilen mit Bezug zum öffentl. Recht (regional, national oder international) kurz darstellen. Dabei ließ er wirklich alles gelten und nickte stets zufrieden. Jedem stellte er bzgl. des Vorgetragenen eine kurze Nachfrage.

Aktuell war zum Zeitpunkt unserer Prüfung die Entscheidung des BVerfG zu den Hartz IV-Gesetzen, die wegen Verstoßes gegen das Sozialstaatsprinzip als teilweise verfassungswidrig erklärt wurden. Es wurde nachgefragt, wo denn das Sozialstaatsprinzip geregelt sei (Art. 20 I GG i. V. m. Art. 1 GG).

Gefragt wurde dann im Hinblick auf die europarechtliche Dimension, wie internationale Verträge geschlossen werden und wie diese in der Normenpyramide einzuordnen seien (Vertragsgesetz gem. Art. 59 GG, Rang eines einfachen Gesetzes). Weitergehend wurde gefragt, wann die EMRK erlassen worden sei (etwa z. Zt. der Römischen Verträge, aber davon unabhängig).

Angesprochen wurde weiter der Bundeswehreininsatz in Afghanistan, für den eine Legitimation durch das Parlament erforderlich ist.

Sodann wurde die Einführung einer Sonderabgabe für Banken und Versicherungen zum Ausgleich der Folgen einer neuen Finanzkrise thematisiert. Wider Erwarten hat er dieses Thema nicht zum Anlass genommen, Finanzverfassungsrecht (Abgrenzung Steuern – Beiträge – Gebühren – Sonderabgaben) zu prüfen.

Anschließend ging es um den vielfach bereits an der Uni behandelten Fall des Versammlungsverbots der Gedenkveranstaltung für Rudolf Hess in Wunsiedeln, dieses Mal in Form einer Verfassungsbeschwerde.

Es folgte die klassische Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde. Auch wenn im vorliegenden Fall Einzelpersonen klagten, wurde kurz angeschnitten, ob auch Gesellschaften (privat-rechtliche und öffentlich-rechtliche) beschwerdeberechtigt sein könnten. Privat-rechtliche: (+), arg: im Art. 19 IV GG

Öffentlich-rechtliche: (-), arg: Konfusion – Ausnahmen: Unis, Kirchen, Rundfunkanstalten (arg: per Verfassung garantiert) – weitere Ausnahme: Prozessgrundrechte (!!)

Die Antragsbefugnis (= Möglichkeit der Verletzung in eigenen Grundrechten und zwar selbst, gegenwärtig und unmittelbar) wurde thematisiert und geprüft. B wollte wissen, ob die gegenwärtige und unmittelbare Betroffenheit immer Voraussetzung einer Verfassungsbeschwerde sei. Nach Ansicht aller Prüflinge war dies zu bejahen, nach Ansicht des Prüfers zu verneinen, denn dieses seien Voraussetzungen nur bei der Betroffenheit durch Legislativakte.

Dann wurde auf Art. 8 GG eingegangen. Die Voraussetzungen einer Versammlung sollten genannt und der Fall unter diese subsumiert werden. In diesem Zusammenhang wurde auch § 130 StGB erwähnt, was B sichtbar gefiel.

So endete die Prüfung.

AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

Assessorprüfung

Zivilrecht

Um die Atmosphäre der mündlichen Prüfung einzufangen, liefern wir Ihnen das Protokoll einer mündlichen Prüfung in seiner Originalfassung.

Land: Hessen	Prüfer (mit Titel usw.) Dir. ArbG J	Tag d. mündl. Prüfung 28.05.2010
------------------------	---	--

Zur Person:

J wirkte auf den ersten Blick etwas distanziert. Dies war jedoch nicht negativ zu bewerten, sondern führte zu einer gut strukturierten Prüfung. J leitete zu den einzelnen Themenbereichen gut über. Er teilte teilweise unmittelbar nach einer Antwort mit, ob er die Meinung des Prüflings auch vertritt.

Zur Sache:

Fall: Ein Arbeitnehmer kommt zu Ihnen in die Kanzlei und schildert, er habe eine ordentliche Kündigung erhalten. Er kenne jedoch den Grund für seine Kündigung nicht.

Die erste Frage, die J stellte war, ob die Kündigung die Angabe von Kündigungsgründen erhalten müsse und wo etwas zu den Formerfordernissen der Kündigung stehe. Hier war auf die Schriftform des § 626 BGB einzugehen und anschließend waren die Formvorschriften der §§ 125, 126 BGB zu nennen. Danach wollte J wissen, ob Kündigungen Gründe enthalten müssten. Hier wurden dann Beispiele aus dem Berufsbildungsgesetz und dem Mutterschutzgesetz genannt, die die Nennung von Kündigungsgründen vorschreiben.

Anschließend fragte J, was man als Anwalt zunächst einmal prüfen müsste, wenn ein Mandant aufgrund einer Kündigung Rechtsschutz begehre. Hierbei war auf die Anwendbarkeit des KSchG einzugehen, da nur bei dessen Anwendbarkeit die sozialen Rechtfertigungsgründe geprüft werden können. Nach § 1 KSchG muss das Arbeitsverhältnis länger als sechs Monate bestanden haben. Hierbei fragte er, was dies bedeute, wenn ein Arbeitsverhältnis am 01.01. beginne, am 28.06. die Kündigung zugehe und die Kündigungsfrist am 31.07. ablaufe. Hier war auf den Zugang der Kündigung abzustellen.

Anschließend diskutierten wir die Frage, was Altarbeitnehmer sind und wann die Übergangsregelung greift, wonach das KSchG bei mehr als fünf Arbeitnehmern Anwendung findet. Außerdem wurde über mögliche Verschiebungen in der Anzahl der Beschäftigten diskutiert (z.B. Beendigung aufgrund Renteneintritts). J fragte, warum eine Übergangsregelung in § 23 KSchG aufgenommen wurde. Hier wurde geantwortet, dass es sich um eine Rückwirkung handeln würde. Die Frage, ob Auszubildende in die Anzahl der zu berücksichtigenden Beschäftigten einzuberechnen sind, war aufgrund des Wortlautes des § 23 KSchG zu verneinen.

Dann wurde nach der Beweislast zur Anwendbarkeit des KSchG gefragt: Grds. trägt derjenige die Beweislast, der sich auf eine Norm beruft; somit muss der Arbeitnehmer bei einer Kündigungsschutzklage die Anwendbarkeit des KSchG (sowohl § 1 als auch § 23 KSchG) beweisen. Man könnte jedoch auch annehmen, dass es sich aufgrund der Systematik des Gesetzes bei § 23 KSchG um eine Ausnahmenvorschrift handle und deshalb der Arbeitgeber das Nichtvorliegen der erforderlichen Anzahl von Arbeitnehmern beweisen muss. Es wurde auch diskutiert, ob die Anwendbarkeit des KSchG durch eine eigene Kündigung des Arbeitnehmers ausgeschlossen werden kann.

Weiter ging es um die Frist des § 4 KSchG und deren Folgen. Hierbei war auch auf die nachträgliche Zulassung der Kündigungsschutzklage einzugehen. J fragte, ob die bloße Unkenntnis über die Frist die nachträgliche Zulassung ermögliche. Dies wurde verneint, da dies ein Verschulden nicht ausschließe.

Zuletzt fragte J, welche Folgen es für den Anwalt hätte, wenn er keine Angaben zu einer eventuell nicht erfolgten Betriebsratsanhörung nach § 102 BetrVG in der Klageschrift macht. Hierbei war darauf einzugehen, dass er sich ggf. regresspflichtig mache, da unabhängig von der Frage der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung auch andere Umstände die Kündigung rechtsunwirksam machen können.

Ich wünsche viel Erfolg!

Protokolle für die mündliche Prüfung

Warum Prüfungsprotokolle?

In der mündlichen Prüfung kann grundsätzlich der gesamte Ausbildungsstoff abgefragt werden. Um Ihnen die Vorbereitung auf die mündliche Prüfung zu vereinfachen, bieten wir Ihnen Prüfungsprotokolle an. Zwar sind längst nicht alle Prüfer „protokollfest“, d.h. prüfen sich wiederholende Fälle, die Protokolle geben Ihnen jedoch auf jeden Fall Aufschluss nicht nur über die Person des Prüfers, sondern auch über die Themengebiete, die dieser prüft. Hierdurch ist der Vorbereitungsumfang stark eingegrenzt. Sie haben allerdings nicht die Sicherheit, dass der Prüfer nicht gerade in Ihrer Prüfung ein anderes Thema bevorzugt. Sie werden sich aber über die verstrichene Gelegenheit ärgern, wenn sich herausstellt, dass Ihre Mitstreiter einen entscheidenden Vorteil hatten, weil Sie den Protokollen Informationen zur Vorbereitung entnehmen konnten, die Sie nicht hatten.

Wie läuft das ab?

Für die mündliche Prüfung stehen nach näherer Maßgabe des Bestellscheins Prüfungsprotokolle nach Vorrat zur Verfügung. In Ihrem eigenen Interesse wird empfohlen, die Prüfungsprotokolle **unverzüglich** anzufordern, sobald die Zusammensetzung der Kommission bekannt ist. Am besten melden Sie sich schon zuvor zum Protokollbezug an und überweisen den Rechnungsbetrag, dann müssen Sie nach Erhalt der Ladung und Kenntnis von den Namen der Prüfer nur noch anrufen und die Protokolle können meist noch am selben Tag versandt werden.

Es kommt immer wieder vor, dass die Anforderung der Protokolle verzögert erfolgt und dann die Protokolle in Zeitnot durchgearbeitet werden müssen. Das liegt nicht im Interesse der Vorbereitung auf die mündliche Prüfung, zumal die Protokollhefte mancher Prüfer sehr umfangreich sind.

Was können Sie sonst noch tun?

Zu empfehlen ist, die **ZEITSCHRIFTEN-AUSWERTUNG (ZA)** der letzten Monate vor dem mündlichen Examenstermin durchzuarbeiten. Es gilt nämlich folgender Erfahrungssatz:

1/3 Protokollwissen	Prüfungsstoff im Mündlichen 1/3 Zeitschriftenwissen der letzten Monate	1/3 unbekannter Stoff
Protokolle anfordern!	ZA lesen!	Phantasie zeigen!

Was kostet das?

- **Selbstabholer: 79,00 € (09:00 – 16:00 Uhr)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung: 84,00 € (inkl. Porto und Verpackungskosten)**
(davon 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
- **Versendung als pdf-Dateien per E-Mail: 85,00 €** (Rücksendung der Protokolle entfällt; 25,00 € Erstattung bei Ablieferung ordnungsgemäßer Eigenprotokolle)
(Preise auch bzgl. Eilversand vgl. www.juridicus.de)

Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung

