



# ZEITSCHRIFTENAUSWERTUNG (ZA)

Zeitschrift für Jurastudium und Ausbildung

---

35. Jahrg.

April 2010

Heft 04

---

Aus dem Inhalt:

**BGH:** Zuwendungsausgleich in nichtehelicher Lebensgemeinschaft

**BGH:** verbotenes Insidergeschäft

**BVerfG:** konkurrierende Gesetzgebungskompetenz

**OVG Münster:** Rauchverbot in Gaststätten

**BGH:** Unpfändbarkeit eines Pkw wegen Arbeit des Ehegatten

**OLG München:** nachträgliche Sicherungsverwahrung

**BVerwG:** Erstattungsanspruch bei vorläufigem Subventionsbescheid



#### **Impressum:**

##### **Verlag und Redaktion:**

Juristischer Verlag Juridicus  
Hiberniastraße 6  
45879 Gelsenkirchen

Tel.: 0209 / 945 806 –35

Fax: 0209 / 945 806 – 50

[info@juridicus.de](mailto:info@juridicus.de)

[www.juridicus.de](http://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

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| Änderungen im Datenschutz..... | 1 |
|--------------------------------|---|

### Brandaktuell

|  |   |
|--|---|
| BGH: Abtretung einer Sicherungsgrundschuld<br>(Zwangsvollstreckung aus Unterwerfungserklärung) ..... | 3 |
|--|---|

### Entscheidungen materielles Recht

#### Zivilrecht

|  |   |
|--|---|
| BGH: Zuwendungen in nichtehelicher Lebensgemeinschaft<br>(Tod des Zuwendenden).....          | 4 |
| BGH: Zurechnung der Betriebsgefahr<br>(ggü. nicht haltendem Fahrer nur bei Verschulden)..... | 7 |

#### Strafrecht

|  |    |
|--|----|
| BGH: Amtsträger<br>(Redakteur einer öffentl.-rechtl. Rundfunkanstalt)..... | 10 |
| BGH: verbotenes Insidergeschäft<br>(Sondervorteil und Verfall) .....       | 13 |

#### öffentl. Recht

|   |    |
|---|----|
| BVerfG: Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz<br>(Abschließlichkeit eines Bundesgesetzes) ..... | 16 |
| OVG Münster: Rauchverbot in Gaststätten<br>(Bistro im Laufbereich eines Einkaufszentrums).....  | 19 |

### Kurzauslese I

|   |    |
|---|----|
| LG Berlin: Mitverschulden bei Körperverletzung<br>(durch Entbietung des „Hitler-Grußes“).....                               | 23 |
| LG Aachen: Mängelbeseitigungsanspruch im Mietrecht<br>(Verjährung).....   | 23 |
| LG Hamburg: nachträglicher Ausgleich von Mietzinsrückständen<br>(macht nicht auch die fristgemäße Kündigung unwirksam)..... | 25 |
| OLG Hamm: Geschäftsherr<br>(keine Haftung bei strafbarer Handlung des Verrichtungsgehilfen).....                            | 25 |
| BGH: sexueller Missbrauch<br>(Ausnutzung eines psychotherapeutischen Behandlungsverhältnisses).....                         | 27 |
| BGH: Tötung eines Neugeborenen (Geburt ohne Hilfe).....   | 27 |
| BGH: räuberische Erpressung<br>(keine Vollendung bei Einschaltung der Polizei durch das Opfer).....                         | 29 |
| OVG Münster: beamtenrechtl. Urlaubsanspruch<br>(kein Verfall bei Urlaubsverhinderung wegen Krankheit).....                  | 29 |
| VGH Mannheim: Verwaltungsakt<br>(behördliches Schreiben) .....  | 29 |

### Entscheidungen Verfahrensrecht

#### Zivilrecht

|   |    |
|---|----|
| BGH: Feststellungsinteresse des Mieters<br>(Beendigungszeitpunkt und Schönheitsreparaturpflicht)..... | 33 |
|---|----|

## Inhaltsverzeichnis

|   |  |    |
|---|--|----|
| BGH:                                      | Unpfändbarkeit des Pkw<br>(auch bei Benötigung durch Ehegatten).....   | 37 |
| <b>Strafrecht</b>                         |  |    |
| OLG München:                              | nachträgliche Sicherungsverwahrung<br>(Voraussetzungen).....   | 41 |
| <b>öffentl. Recht</b>                     |  |    |
| VGH Mannheim:                             | Fortsetzungsfeststellungsinteresse<br>(Anforderungen an Wiederholungsgefahr) .....                                 | 44 |
| BVerwG:                                   | Verzinsung des Erstattungsanspruchs<br>(Voraussetzungen und Folgen vorläufiger Subventionsbescheide) .....         | 48 |
| <b>Kurzauslese II</b>                     |  |    |
| BAG:                                      | Wiedereinsetzungsantrag (fehlerhafte Berufungsrücknahme<br>durch einen von mehreren Prozessbevollmächtigten) ..... | 53 |
| LG Saarbrücken:                           | telefonische Zeugenvernehmung<br>(unzulässig bei divergierenden Aussagen).....                                     | 53 |
| BAG:                                      | Vollstreckung eines Anspruchs auf Entgeltabrechnung<br>(unvertretbare Handlung).....                               | 53 |
| BGH:                                      | Schiedsstellenbescheinigung<br>(bindet das Prozessgericht).....  | 55 |
| OLG Dresden:                              | Rechtsmittel nach FGG-Reform<br>(Fortgeltung alten Verfahrensrechts).....  | 55 |
| BGH:                                      | Abwesenheit des Angeklagten<br>(freiwilliges Verlassen des Sitzungssaals).....                                     | 55 |
| BGH:                                      | Abwesenheit des Angeklagten (Zeugenentlassung).....  | 57 |
| OVG Berlin-Bbg:                           | unstatthaftes Rechtsmittel<br>(Umdeutung).....   | 59 |
| BVerwG:                                   | Urteilsberichtigung<br>(fehlende Entscheidungsgründe) .....  | 59 |
| OVG Münster:                              | Beschwerdeverfahren<br>(zulässige Antragsänderung).....  | 59 |
| OVG Münster:                              | gerichtliche Ruhensanordnung (Zustimmung des Beigeladenen) .....   | 61 |
| <b>Weitere Schrifttumsnachweise</b> ..... |  | 63 |
| <b>Übersicht:</b>                         | Erbenhaftung.....  | 67 |
| <b>Aus der mdl. Prüfung</b>               |  |    |
| Referendarprüfung:                        | Zivilrecht.....  | 68 |
| Assessorprüfung:                          | öffentl. Recht.....  | 70 |

## Aus der Gesetzgebung

### Änderungen im Datenschutz

Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – Novelle I (Gesetz v. 29.07.2009, In-Kraft-Treten am 01.04.2010 (BGBl I, S. 2254))

Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – Novelle II (Gesetz v. 14.08.2009, In-Kraft-Treten i. W. am 01.09.2009 (BGBl I, S. 2814))

Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – Novelle III (Gesetz v. 29.07.2009, In-Kraft-Treten am 11.06.2010 (BGBl I, S. 2355))

#### I. Allgemeines

1. Die bereits im vergangenen Jahr in Kraft getretene **BDSG-Novelle II** des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ist Teil eines ganzen Gesetzgebungspakets zur Novellierung des BDSG, das insgesamt drei BDSG-Novellen enthält. Die BDSG-Novelle II ist die **umfangreichste der drei verabschiedeten Datenschutznovellen** und enthält insbesondere **verschärfte Regelungen im Bereich des Adresshandels, erhöht die Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung in Call-Centern und Rechenzentren und stärkt die Kompetenzen des betrieblichen Datenschutzbeauftragten** und vor allem der Datenschutzbehörden, indem deren **Sanktionsmöglichkeiten ausgeweitet** werden. Neben einer **Neuregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz** werden zudem die **Zulässigkeits- und Transparenzanforderungen an die personalisierte Werbung erweitert**.

Von hoher praktischer Bedeutung sind die zusätzlichen Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung, insbesondere weil hier Bußgeldtatbestände hinzugekommen sind. Diese Änderungen sind bereits am 01.09. 2009 in Kraft getreten, für die Neuregelung der personalisierten Werbung ist hingegen eine Übergangsfrist bis zum 01.07.2012 vorgesehen.

2. Die **BDSG-Novelle I**, die am **01.04.2010** in Kraft getreten ist, schafft u. a. **zusätzliche Transparenzpflichten, erweitert die Anforderungen an das sog. „Scoring“** und stärkt die Rechte des Betroffenen.
3. Die **BDSG-Novelle III**, die erst am **11.06.2010** in Kraft treten wird, erfolgt im Zusammenhang mit der **Umsetzung der EU-Richtlinien über Zahlungsdienste und Verbraucherkreditverträge** im „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht.“ Die Änderungen im BDSG betreffen im Wesentlichen **Auskunftspflichten beim Abschluss/Ablehnung eines Verbraucherdarlehensvertrags** oder eines Vertrags über eine entgeltliche Finanzierungshilfe mit einem Verbraucher. In diese Novelle finden sich aber auch noch weitere **Regelungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit von Verbrauchern** (s. z.B. § 509 BGB, Art. 247 § 3 E-BGB und Muster hierzu, § 18 KWG, § 2 Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz).

#### II. Schwerpunkte der Änderungen

- Erweiterte Rechte des Betroffenen (mit Bußgeldandrohung!)
- Zulässigkeit der personalisierten Werbung (z.T. mit Bußgeldandrohung!)

Ein großer Teil der Änderungen bezieht sich vor allem auf die Zulässigkeit personalisierter Werbung gem. § 28 III, IIIa BDSG, wonach nun generell das sog. „Opt-in-Prinzip“ gilt: Der Betroffene muss bei der Zusendung von Werbung vorher ausdrücklich seine Erlaubnis erteilen. Dieses Grundprinzip wird aber durch eine Fülle an komplexen Ausnahmen durchbrochen, so dass die Regelung damit wieder weitestgehend ausgehöhlt wird. Dies geschah auf erhebliche Proteste des Handels hin, der seine Werbemöglichkeiten stark eingeschränkt sah.

- Erweiterte Anforderungen an die Auftragsdatenverarbeitung (mit Bußgeldandrohung!)
- Informationspflichten bei Datenschutzpannen (mit Bußgeldandrohung!)
- Erweiterte Kompetenzen der Aufsichtsbehörden (mit Untersagungsbefugnis der Verarbeitung bei fehlenden Zulässigkeitsvoraussetzungen/Verhängung von Zwangsgeldern!)
- Beschränkungen im Hinblick auf Übermittlung von Informationen über Forderungen
- Proaktive Auskunftspflichten bei Ablehnung eines Verbraucherdarlehensvertrags oder eines Vertrags über eine entgeltliche Finanzierungshilfe mit einem Verbraucher (mit Bußgeldandrohung!)
- Zulässigkeit des sog. „Scorings“
- Stärkung der Rechtsstellung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten (u.a. Kündigungsschutz)

Hervorzuheben ist auch die mit der BDSG Novelle II verbundene Stärkung der Stellung des internen Datenschutzbeauftragten: Durch die explizite Aufnahme eines auch nach Abbestellung fortwirkenden Kündigungsschutzes kann der interne Datenschutzbeauftragte seine Aufgaben unabhängig wahrnehmen und ist vor ordentlichen Kündigungen geschützt. Für Unternehmen bleibt neben der Bestellung eines Mitarbeiters zum internen Datenschutzbeauftragten die Möglichkeit, einen Dienstleister als externen Datenschutzbeauftragten zu bestellen.

- Neuregelung zum Arbeitnehmerdatenschutz

Der Arbeitnehmerdatenschutz gem. § 32 BDSG gilt nun für alle Formen der Speicherung und Übermittlung von Beschäftigtendaten, weswegen eine Aufdeckung von Straftaten von Beschäftigten nur noch möglich ist, wenn ein tatsächlicher Anhaltspunkt besteht.

**Brandaktuell****ZPO**  
**§ 794 Nr. 5****Abtretung einer Sicherungsgrundschuld**  
**Zwangsvollstreckung aus Unterwerfungserklärung****ZPO****(BGH, Pressemitteilung Nr. 68/2010 vom 30.03.2010; Urteil vom 30.03.2010 -XI ZR 200/09)**

**Fall:** Die Klägerin wendet gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus einer notariellen Urkunde über die Bestellung einer inzwischen mehrfach abgetretenen Grundschuld, die sie ihrer Hausbank im Jahr 1989 anlässlich einer Darlehensgewährung zur Absicherung aller Ansprüche aus der bankmäßigen Geschäftsbeziehung gewährt hatte. In der notariellen Urkunde hatte sich die Klägerin wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück unterworfen. Nachdem die Klägerin nicht in der Lage war, eine im Jahr 2000 geschlossene vergleichsweise Einigung zur Rückführung ihrer Darlehensverbindlichkeiten zu erfüllen, kündigte ihre Hausbank im Jahr 2002 die Geschäftsverbindung und forderte sie zur Rückzahlung der Restforderung in Höhe von ca. 580.000 € auf. Am 07.12.2004 verkaufte die Bank sämtliche Forderungen gegen die Klägerin und trat der Käuferin auch die Grundschuld ab. Nach einer weiteren Abtretung der Ansprüche und der Grundschuld im Jahr 2005 wurde im Jahr 2007 die Beklagte als Inhaberin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen und auf dem Grundschuldbrief vermerkt. Nach Umschreibung der Vollstreckungsklausel leitete die Beklagte gegen die Klägerin im Mai 2008 die Zwangsvollstreckung ein. Die Klägerin hält die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Unterwerfungserklärung unter anderem deshalb für unzulässig, weil diese vorformulierte Klausel in Kombination mit der freien Abtretbarkeit des Darlehensrückzahlungsanspruchs und der Grundschuld sie unangemessen benachteilige und daher gemäß § 9 AGBG (jetzt: § 307 BGB) unwirksam sei.

Die Vollstreckungsgegenklage hatte keinen Erfolg. Der BGH hat die Zwangsvollstreckung aufgrund der **formulärmäßigen Unterwerfungserklärung** hat der Senat als **zulässig** angesehen.

Trotz der in den letzten Jahren zunehmenden Zahl an **Kreditverkäufen**, sah der BGH keinen Anlass, die **ständige Rechtsprechung** aller damit befassten Senate des Bundesgerichtshofs **zu ändern** und die bankübliche Unterwerfungsklausel zu beanstanden. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass der Gesetzgeber selbst bei Erlass des Risikobegrenzungsgesetzes (BGBl. 2008 I S. 1666) keine gesetzlichen Maßnahmen zum Schutz von Darlehensschuldern gegen die Veräußerung ihrer Verbindlichkeiten ergriffen hat.

Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es sich bei den Grundschulden meist um Sicherungsgrundschulden handelt, bei denen dem Gläubiger durch den Sicherungsvertrag gewisse Bindungen auferlegt sind, lässt der BGH eine **Titelumschreibung nach § 727 ZPO** jedoch nur noch zu, wenn der **neue Grundschuldgläubiger in den Sicherungsvertrag eintritt** und dies auch nachweist. Dies folgt aus einer an den Interessen der Parteien orientierten Auslegung der Unterwerfungserklärung, um einer andernfalls **möglichen Verschlechterung** der Rechtsposition des Kreditnehmers und Grundschuldbestellers **entgegenzuwirken**.

Die entsprechende Prüfung hat im Rahmen des **Klauselerteilungsverfahrens** stattzufinden, kann also im Rahmen der erhobenen Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft werden.

Nach dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs hat **künftig bereits im Klauselerteilungsverfahren** die für die Titelumschreibung zuständige Stelle (Rechtspfleger, Notar) von Amts wegen zu prüfen, ob der neue Grundschuldinhaber den **Eintritt in den Sicherungsvertrag** nach den Maßgaben des § 727 I ZPO nachgewiesen hat. Diese Lösung hat den Vorteil, dass der Schuldner nicht aus der Rolle des Verteidigers in diejenige des Angreifers, nämlich des Klägers in einem Vollstreckungsgegenklageverfahren, gezwungen wird. **Erst im Falle der Klauselerteilung** muss er - möchte er sich dagegen wehren - von den in diesem Verfahren vorgesehenen **Rechtsbehelfen Gebrauch** machen.

## Entscheidungen materielles Recht

**BGB**                      **Zuwendungen in nichtehel. Lebensgemeinschaft**                      **SchuldR**  
**§§ 313, 812**                      **Tod des Zuwendenden**  
 (BGH in NJW 2010, 998; Urteil vom 25.11.2009 – XII ZR 92/06)

1. Ein Ausgleichsanspruch nach § 426 II BGB aus **gesamtschuldnerischer Verpflichtung** scheidet regelmäßig an der Annahme einer **abweichenden Vereinbarung**.
2. Ein Ausgleichsanspruch kann sich aus **Gesellschaftsrecht** ergeben, wenn der verfolgte, gemeinsame Zweck **über das bloße Zusammenleben und Zusammenwirtschaften hinausgeht**.
3. Ein Anspruch wegen **Wegfalls der Geschäftsgrundlage** (§ 313 BGB) kommt in Betracht, wenn der Zuwendung die **Erwartung** zugrunde lag, die **Lebensgemeinschaft werde Bestand haben**. Diese Erwartung wird nicht enttäuscht, wenn die Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendenden endet.
4. Ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich gem. § 812 I 2 2. Alt BGB kommt in Betracht, wenn eine **Willensübereinstimmung** über den Leistungszweck **erzielt** und dieser **Zweck verfehlt** wurde.

**Fall:** Die Kl. machen u.a. im Wege der Rechtsnachfolge Ausgleichsansprüche wegen Zuwendungen im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft geltend. Die Kl. sind alleinige Erben ihres am 14.04.1999 verstorbenen Vaters (im Folgenden: Erblasser), nachdem sie ihre während dieses Prozesses verstorbene Mutter zu gleichen Teilen beerbt haben. Der Erblasser war bei seinem Tode mit der Mutter der Kl. verheiratet, lebte aber schon längere Zeit mit der Bekl. in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Der Erblasser und die Bekl. erwarben im Jahr 1993 ein Hausgrundstück zu gleichen Teilen. Auf den Kaufpreis von 275.000 DM zuzüglich Nebenkosten wurden 120.000 DM in bar gezahlt. Den restlichen Kaufpreis finanzierte der Erblasser mit einem von ihm allein aufgenommenen Darlehen in Höhe von 160.678 DM. Nachdem zunächst beide Partner als Miteigentümer zu je ½ ins Grundbuch eingetragen worden waren, erwarb die Bekl. 1994 auf der Grundlage des notariellen Vertrags vom 10.05.1994 im Folgenden: Vertrag) den ½-Miteigentumsanteil des Erblassers und wurde anschließend im Januar 1995 als Alleineigentümerin im Grundbuch eingetragen. In dem Vertrag verpflichtete sich die Bekl., an Stelle des Erblassers in seine Darlehensverpflichtung einzutreten (§ 2 Nr. 1 des Vertrags), nicht ohne Zustimmung des Erblassers zu seinen Lebzeiten über den erworbenen Grundbesitzanteil zu verfügen (§ 2 Nr. 2 des Vertrags) sowie – für den Fall der Beendigung der Lebensgemeinschaft und des Auszugs des Erblassers – ihm einen ½-Miteigentumsanteil an dem Grundbesitz zu übereignen (§ 3 des Vertrags). Daneben vereinbarten die Partner, dass der – im Fall des Verstoßes gegen das vorgenannte Verfügungsverbot entstehende – Rückübertragungsanspruch des Erblassers nicht vererblich sei. Ferner wurde dem Erblasser ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht in dem betreffenden Wohnhaus eingeräumt (§ 2 Nr. 3 des Vertrags).

Die Kl. haben ihre Klage auf ererbte Ausgleichsansprüche gestützt, die dem Erblasser wegen seiner Barzahlung von insgesamt 120.000 DM auf den Kaufpreis der Immobilie und wegen gezahlter Darlehensraten auf das Hausdarlehen von zusammen 71.443,75 DM zugestanden hätten und die er der Bekl. erlassen habe. Haben die Kl. Ausgleichsansprüche gegen die Bekl.?

### I. Ausgleichsanspruch wegen Gesamtschuld nach § 426 II BGB

Der Erblasser und die Bekl. hafteten aus dem gemeinsam abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag als Gesamtschuldner nach § 421 BGB. Der Erblasser hat auf diese Schuld 120.000 DM gezahlt. Hieraus könnte sich eine Ausgleichsverpflichtung der Bekl. gem. § 426 II BGB in Höhe von 60.000 DM ergeben.

Die Gesamtschuldner sind nach § 426 I 1 BGB im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

*„Eine anderweitige Bestimmung im Sinne dieser Vorschrift braucht sich nicht notwendig aus einer besonderen Vereinbarung der Beteiligten, sondern kann sich auch aus der Natur der Sache oder aus dem Inhalt und Zweck des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses ergeben (BGHZ 77, 55 [58] = NJW 1980, 1520). Bei der Beurteilung der Frage, ob im Verhältnis zwischen dem Erblasser und der Bekl. aus der Zeit ihres Zusammenlebens noch etwas auszugleichen war, kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Erblasser die Zahlung mit Rücksicht auf die Partnerschaft geleistet hat, um das Wohngrundstück für sich und die Bekl. als Mittelpunkt für ihre gemeinschaftliche Lebensführung vorzuhalten.*

Bei einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft stehen die **persönlichen Beziehungen** derart im **Vordergrund**, dass sie auch das die Gemeinschaft betreffende vermögensmäßige Handeln der Partner bestimmen. Eine **Ausgleichspflicht nach Kopfteilen**, wie sie § 426 I 1 BGB vorsieht, wird daher den **tatsächlichen Verhältnissen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht gerecht**; durch deren Eigenart ist vielmehr „ein anderes“ dahin „bestimmt“, dass die Leistung, die ein Partner im gemeinsamen Interesse erbracht hat, jedenfalls dann, wenn – wie hier – darüber nichts vereinbart worden ist, von dem anderen Teil nicht nach § 426 II BGB auszugleichen ist (BGHZ 77, 55 [59] = NJW 1980, 1520). Das **Gesamtschuldverhältnis** wird mithin **durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft überlagert** (so schon für den Fall der ehelichen Lebensgemeinschaft Senat, NJW 1995, 625 = FamRZ 1995, 216 [217]). Dass es sich vorliegend um ein grundlegendes, außergeröhnliches Geschäft gehandelt hat, ändert an dieser Bewertung entgegen der Auffassung des BerGer. nichts.“ (BGH aaO).

Folglich ist eine abweichende Regelung anzunehmen, so dass eine Haftung der Bekl. aus § 426 II BGB ausscheidet.

## II. Ausgleichsanspruch wegen Beendigung eines Gesellschaft gem. §§ 727, 730 BGB

In Betracht kommt weiterhin ein Ausgleichsanspruch wegen Beendigung einer Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters nach §§ 427, 430 BGB. Dies setzt jedoch voraus, dass zwischen dem Erblasser und der Bekl. zumindest konkludent ein entsprechender **Gesellschaftsvertrag** nach § 705 BGB durch Vereinbarung eines **über das Zusammenleben und Zusammenwirtschaften hinausgehenden Zwecks** geschlossen wurde.

„Voraussetzung hierfür ist ein entsprechender Rechtsbindungswille (Senat, BGHZ 165, 1 [10] I NJW 2006, 1268; BGHZ 177, 193 [199] = NJW 2008, 3277 Rn. 18.). Ein Ausgleich nach den Regeln der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft kann in Betracht kommen, wenn die Partner die **Absicht** verfolgt haben, mit dem **Erwerb eines Vermögensgegenstands**, etwa einer Immobilie, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft **nicht nur gemeinsam genutzt** werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch **wirtschaftlich gemeinsam gehören** sollte. Dabei wird im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht vorausgesetzt, dass sie einen **über den typischen Rahmen dieser Gemeinschaft hinausgehenden Zweck** verfolgen (Senat, BGHZ 142, 137 [146] = NJW 1999, 2962; BGHZ 177, 193 [200] = NJW 2008, 3277, Rn. 20). Geht der Zweck hierüber nicht hinaus, kann allerdings nicht ohne Weiteres von einem für das Vorliegen einer Innengesellschaft erforderlichen Rechtsbindungswillen ausgegangen werden (Senat, BGHZ 177, 193 [201] = NJW 2008, 3277 Rn. 22).

Feststellungen, die hiernach einen Auseinandersetzungsanspruch rechtfertigen könnten, hat das BerGer. nicht getroffen. Allein aus dem Umstand, dass es sich vorliegend um „eine **weitreichende, risikobehaftete Entscheidung** der Beteiligten“ handelte, „die geeignet war, tief in die Lebensführung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft einzugreifen und für beide Teile angesichts der eingegangenen Darlehensverpflichtung risikobehaftet war“, kann nicht auf den Abschluss eines entsprechenden Gesellschaftsvertrags geschlossen werden. Die Tatsache, dass der Erblasser mit dem notariellen Vertrag vom 10.05.1994 der Bekl. zusätzlich noch seinen ½-Miteigentumsanteil an dem Grundstück übertragen hat und ihm im Gegenzug das Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht eingeräumt worden ist, spricht vielmehr gegen das Vorliegen eines entsprechenden Gesellschaftsvertrags (vgl. BGHZ 84, 361 [367] = NJW 1982, 2236 zur Auseinandersetzung von Ehegatten bei Gütertrennung; v. Proff, NJW 2008, 3266 [3267]).“ (BGH aaO)

Eine gesellschaftsrechtlich relevante Zweckvereinbarung ist daher nicht feststellbar, so dass auch ein gesellschaftsrechtlicher Ausgleichsanspruch nach §§ 427, 430 BGB nicht in Betracht kommt.

## III. Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB

Da die Lebensgemeinschaft durch den Tod des Erblassers beendet wurde, könnte für die gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen kommt ein Ausgleichsanspruch wegen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage in Betracht. Dies gilt dann, wenn den Zuwendungen die Vorstellung zugrunde lag, dass die Lebensgemeinschaft Bestand haben wird.

„Hat der **gemeinschaftsbezogenen Zuwendung des verstorbenen Partners** die Vorstellung oder Erwartung zu Grunde gelegen, die **Lebensgemeinschaft**, deren Ausgestaltung sie allein gedient hat, **werde Bestand** haben – wofür hier die Regelungen des notariellen Vertrags vom 10.05.1994 sprechen –, **führt der Tod des Zuwendenden** allerdings **nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage** (ebenso M. Schwab, ZJS 2009, 115 [122]; s. auch Coester, JZ 2008, 315 [316]).

Denn die **Lebensgemeinschaft hatte** – aus Sicht des Zuwendenden – **solange Bestand**, bis sie durch seinen **Tod ein natürliches Ende gefunden** hat (vgl. BGHZ 77, 55 [60] = NJW 1980, 1520). Die **Gemeinschaft ist also nicht gescheitert**. Es erschließt sich nicht, wieso mit dem Ableben des Zuwendenden sein (früherer) Partner zu einem Ausgleich verpflichtet sein sollte, auf den der Zuwendende zu Lebzeiten selbst keinen Anspruch gehabt hätte.

Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt in den Fällen, in denen – wie hier – die nichteheliche Lebensgemeinschaft durch den Tod des Zuwendenden beendet worden ist, allenfalls dann in Betracht, wenn die **Geschäftsgrundlage über den oben dargestellten Rahmen hinausgehen** sollte. Dies wird allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht kommen. Jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Zuwendende von seiner Ehefrau abgewandt und **dauerhaft einer neuen Partnerin zugewandt** hat, der er – sukzessive – das Alleineigentum an einem gemeinsam bewohnten Hausgrundstück übertragen hat, wird er mit seiner Zuwendung in aller Regel auch die Vorstellung verbunden haben, die betreffenden **Vermögenswerte der Ehefrau auch für den Erbfall zu entziehen** (vgl. v. Proff, NJW 2008, 3266 [3269]; Coester, JZ 2008, 315 [316]). Dass dies auch im vorliegenden Fall so gewesen ist, ergibt sich aus den Regelungen des notariellen Vertrags vom 10. 5. 1994. (wird ausgeführt)

Den in dem Vertrag getroffenen Vereinbarungen ist zu entnehmen, dass die Partner für den Fall des Todes des Erblassers keinen, seinen Erben zugute kommenden, Ausgleichsanspruch wollten. Vielmehr sollte durch den Vertrag nur sichergestellt werden, dass der Erblasser die Immobilie zu Lebzeiten nutzen konnte. Dies geschah in Form des **lebenslangen Wohnrechts** (§ 2 Nr. 3 des Vertrags) und für den Fall des Scheiterns der Beziehung und des Auszugs des Erblassers mittels eines dann entstehenden **Rückübereignungsanspruchs** (§ 3 des Vertrags). Demgegenüber sollte die Bekl. nach dem Tod des Erblassers über die Immobilie frei verfügen können (vgl. § 2 Nr. 2 des Vertrags); einer **irgendwie gearteten Ausgleichsverpflichtung** sollte sie **nicht unterliegen**. Vielmehr sollte selbst ein bereits zu Gunsten des Erblassers entstandener **Rückübereignungsanspruch nicht vererblich** sein (§ 2 Nr. 2 des Vertrags).“ (BGH aaO)

Ein Ausgleichsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB besteht demnach ebenfalls nicht.

#### IV. Ausgleichsanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung gem. § 812 I 2. Alt. 2 BGB

Die Bekl. könnte jedoch nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB zur Herausgabe der Zuwendungen verpflichtet sein, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts **bezweckte Erfolg** nicht eingetreten ist. Ein Bereicherungsanspruch wegen Fehlschlagens dieser Erwartung setzt voraus, dass darüber mit dem Empfänger der Leistung eine **Willensübereinstimmung** erzielt worden ist; einseitige Vorstellungen genügen nicht.

„Eine **stillschweigende Einigung** in diesem Sinne kann aber angenommen werden, wenn der eine Teil mit seiner Leistung einen bestimmten **Erfolg bezweckt**, der **andere Teil dies erkennt** und die **Leistung entgegennimmt**, ohne zu widersprechen (Senat, BGHZ 115, 261 [262f.] = NJW 1992, 427 m.w.N.; BGHZ 177, 193 [206] ) NJW 2008, 3277 Rn. 34).

Die danach erforderliche **finale Ausrichtung der Leistung auf einen nicht erzwingbaren Erfolg** wird sich innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder einer anderen auf Dauer angelegten Partnerschaft nur bezüglich solcher Zuwendungen oder Arbeitsleistungen feststellen lassen, die **deutlich über das hinausgehen, was die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt**. Voraussetzung ist eine konkrete Zweckabrede, wie sie etwa dann vorliegen kann, wenn die Partner zwar keine gemeinsamen Vermögenswerte schaffen wollten, der eine aber das Vermögen des anderen in der Erwartung vermehrt hat, an dem erworbenen Gegenstand **langfristig partizipieren** zu können (Senat, BGHZ 177, 193 [206f] = NJW 2008, 3277 Rn. 35).

Zwar ergibt sich aus den im notariellen Vertrag vom 10. 5. 1994 getroffenen Vereinbarungen, mit denen sich der Erblasser die Nutzung des Objekts gesichert hat, dass er an der Immobilie partizipieren wollte. Es **fehlt indes an einer Zweckverfehlung**. Denn der mit dieser Zweckabrede einhergehende, von dem Zuwendenden **verfolgte Zweck, zu Lebzeiten an dem Vermögensgegenstand partizipieren zu können, ist erreicht worden**. Dass die Partner eine über den oben dargestellten Zweck hinausgehende Abrede getroffen haben, die einen Ausgleichsanspruch auch für den Fall des Todes des Erblassers begründen könnte, kann weder den getroffenen Feststellungen noch dem notariellen Vertrag vom 10.05.1994 entnommen werden. Auf das in diesem Kontext oben zum Wegfall der Geschäftsgrundlage Gesagte, das entsprechend gilt, wird verwiesen.“ (BGH aaO)

Eine Zweckverfehlung ist daher nicht feststellbar, so dass auch kein Ausgleichsanspruch nach § 812 I 2 Alt. 2 BGB besteht.

**Ergebnis:** Die Kl. haben keine Ausgleichsansprüche gegen die Bekl. wegen der vom Erblasser erfolgten Zuwendungen.

BGB

**Zurechnung der Betriebsgefahr**

BGB

§ 254

**ggü. nicht haltendem Fahrer nur bei Verschulden**

§§ 7, 18 StVG

(BGH in NJW 2010, 927; Urteil vom 17.11.2009 – VI ZR 64/08)

- I. Der Fahrer eines Kraftfahrzeugs, der nicht zugleich Halter desselben ist, muss sich die einfache **Betriebsgefahr** des Fahrzeugs **nur dann zurechnen lassen**, wenn er seinerseits für **Verschulden gem. § 823 BGB** oder für **vermutetes Verschulden gem. § 18 StVG** haftet.
- II. Im Fall des **gesetzlichen Forderungsübergangs** kann die Obliegenheit zur Schadensminderung in entsprechender Anwendung des § 254 II BGB **ausnahmsweise** den **Zessionar** treffen, wenn er den **rechtlichen und tatsächlichen Einfluss** auf die Schadensentwicklung in der Weise erlangt hat, dass die Zuständigkeit für die Schadensminderung weitgehend auf ihn verlagert ist und die **Eigenverantwortung des Geschädigten entsprechend gemindert** erscheint.

**Fall** Am 16.09.2000 gegen 22.30 Uhr befuhr S, ein im Dienst der Kl. stehender Polizeibeamter, der im Rahmen der Veranstaltung „Rhein in Flammen“ als Motorradstreife eingesetzt war, mit seinem Dienstkraftrad die Bundesstraße 9 außerhalb der Ortschaft St. Goar in Richtung Koblenz. Auf einem von ihm aus gesehen neben der rechten Fahrbahn befindlichen Seitenstreifen waren verschiedene Reisebusse geparkt. Als S an diesen vorbeifuhr, betraten die Bekl. zwischen zwei hintereinander geparkten Bussen die Fahrbahn, um die Straße zu überqueren. S wich nach links aus, kam zu Fall und verletzte sich.

Die Kl. macht nunmehr einen Anspruch auf Ersatz der fortlaufend gezahlten Dienstbezüge und der Heilbehandlungskosten in Höhe von 12.000,00 € geltend. Die Bekl. wenden ein, dass die Kl. den S erst mit zweimonatiger Verzögerung im Innendienst eingesetzt hätte und sie daher ein Mitverschulden an der Höhe des Schadens bezüglich der Fortzahlung der Dienstbezüge träge. Hat die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 12.000,00 €?

Der Kl. könnte gegen die Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB i.V.m. § 98 S. 1 LBG RhLPf. haben.

**I. Anspruch des S****1. Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen**

Die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Haftung der Bekl. nach § 823 I BGB liegen ohne weiteres vor.

**2. Rechtsfolgen, §§ 249 ff. BGB**

Die Bekl. haben der Kl. den entstandenen Schaden in dem Umfang zu ersetzen, wie sie dem S zum Ersatz verpflichtet gewesen wären. Grundsätzlich hat sich S nach § 254 I BGB ein Mitverschulden anrechnen zu lassen. Fraglich ist jedoch, ob ihn ein solches Mitverschulden trifft.

**a) Anrechnung der Betriebsgefahr**

Grundsätzlich hat sich der Halter eines Kraftfahrzeuges dessen Betriebsgefahr zurechnen zu lassen. Fraglich ist jedoch, ob dies auch für denjenigen Fahrer eines Kraftfahrzeuges gilt, der nicht zugleich auch Halter des Fahrzeugs ist.

*„Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. war der Kl. lediglich Fahrer, nicht hingegen Halter des Motorrads. Er war mit seinem Dienstkraftrad unterwegs, als er den Unfall erlitt. **Halter eines Dienstkraftrads ist aber der Dienstherr.** Die Auffassung, der nicht haltende Fahrer eines Kraftfahrzeuges müsse sich die einfache Betriebsgefahr gem. § 7 II StVG a.F. zurechnen lassen, widerspricht der gefestigten Rechtsprechung des BGH, von der abzuweichen kein Anlass besteht (vgl. BGH, VersR 1963, 380 [382]; vgl. auch Senat, BGHZ 173, 182 [188] = NJW 2007, 3120; Staudinger/Schiemann, BGB, Neubearb. 2005, § 254 Rn. 11 f. m.w.N.).*

*Eine entsprechende **Zurechnung** kommt nur in Betracht, wenn der Fahrer seinerseits für **Verschulden gem. § 823 BGB** oder für **vermutetes Verschulden gem. § 18 StVG** haftet (vgl. BGH, VersR 1963,380; Senat, BGHZ 173,182 [188] = NJW 2007, 3120). Denn die Anwendung des § 254 I BGB setzt einen haftungsbegründenden Tatbestand auf der Seite des Ge-*

schädigten voraus (vgl. BGH, VersR 1963, 380; Staudinger/Schiemann, § 254 Rn. 11f.).“ (BGH aaO)

### b) Verschulden des S

Es kommt im Rahmen des § 254 I BGB daher darauf an, ob den S ein Verschulden nach § 823 BGB trifft oder ob die Voraussetzungen der Haftung für vermutetes Verschulden nach § 18 StVG vorliegen.

„Das BerGer. hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass den Kl. an der Schadensentstehung **kein Verschulden** trifft. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. fuhr der Beamte außerorts auf **gerader Strecke** mit einer Geschwindigkeit von lediglich ca. **30 km/h** auf der Mitte seiner Fahrspur an den rechts neben der Fahrbahn geparkten Bussen vorbei. Bei dieser Sachlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das BerGer. in tatrichterlicher Würdigung des konkreten Unfallgeschehens unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten angenommen hat, der Beamte habe durch vorsichtige Fahrweise und Einhalten eines entsprechenden Sicherheitsabstands der dort stattfindenden Veranstaltung und der Parkweise der Busse ausreichend Rechnung getragen. Zu einer **noch vorsichtigeren Fahrweise** war der Beamte auch **nicht** auf Grund des von den Bekl. mit der Gegenrüge geltend gemachten Umstands **gehalten**, dass er ausweislich seiner Aussage im staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren vor dem Unfall Fußgänger aus seiner Sicht rechts neben den Bussen wahrgenommen hatte. Auf Grund dieses Umstands musste der Beamte nicht damit rechnen, dass sich die in einigem Abstand zur Fahrbahn aufhaltenden Fußgänger von den Bussen entfernen und unvermittelt versuchen würden, die Fahrbahn zu überqueren mit der Folge, dass er eine Kollision trotz seiner vorsichtigen Fahrweise und trotz der Einhaltung eines Sicherheitsabstands nicht würde verhindern können.“ (BGH aaO)

**Zwischenergebnis:** Der Anspruch des S ist daher nicht um einen Mitverschuldensanteil nach § 254 I BGB zu kürzen.

## II. Anspruchsübergang auf die Kl.

Der Anspruch des S ist auf die Kl. als Dienstherrin nach § 98 LBG RhLPf. übergegangen. Allerdings könnte der Anspruch der Kl. nach § 254 I BGB um ein Mitverschulden zu reduzieren sein.

### 1. Anrechnung der Betriebsgefahr

Die Kl. ist selbst Halterin des Dienstkraffrades gewesen. Fraglich ist daher, ob nicht die übergegangenen Ansprüche nunmehr nach § 254 I BGB um die Betriebsgefahr gemindert werden müssten.

„Die Kl. macht **keine Ansprüche aus eigenem Recht**, sondern solche aus übergegangenem Recht des geschädigten Beamten geltend. Diese Ansprüche sind aber nicht um einen auf die Betriebsgefahr entfallenden Anteil gemindert. Hieran ändert auch der Anspruchsübergang auf die Kl. nichts. Denn anspruchsmindernd i.S.d. § 254 I BGB sich grundsätzlich nur solche bei der Schadensentstehung mitwirkenden **Umstände** aus, für die der **Geschädigte**, das heißt hier der Beamte, **einzustehen hat** (vgl. Senat, NJW 1962, 1394; VersR 1981, 347 [348]). Auf in der **Person des Zessionars** gegebene **Umstände** kommt es dagegen jedenfalls dann **nicht an**, wenn der Zessionar, wie im Streitfall, kein Verschulden bei der Schadensentstehung zu vertreten hat (vgl. Senat, NJW 1962, 1394).“ (BGH aaO)

### 2. Mitverschulden wegen des verspäteten Einsatzes im Innendienst

Fraglich ist jedoch, ob zumindest der durch die Fortzahlung der Dienstbezüge entstandene Schadensersatzanspruch wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II BGB zu reduzieren ist.

#### a) Schadensminderungspflicht für Zessionar

„Allerdings obliegt die Schadensminderung gem. § 254 II 1 BGB grundsätzlich nur dem Geschädigten selbst und – auch im Falle eines gesetzlichen Forderungsübergangs – nicht dem Zessionar (Senat, VersR 1981, 347 [348]). Das BerGer. ist aber zu Recht davon ausgegangen, dass die **Obliegenheit zur Schadensminderung** in entsprechender Anwendung des § 254 II BGB **ausnahmsweise** den Zessionar treffen kann, wenn er den **rechtlichen und tatsächlichen Einfluss auf die Schadensentwicklung** in der Weise erlangt hat, dass die **Zuständigkeit für die Schadensminderung weitgehend auf ihn verlagert** ist und die **Eigenverantwortung des Geschädigten entsprechend gemindert** erscheint (vgl. Senat, NJW 1981, 1099; NJW 1984, 354 = VersR 1983, 488 [489]). § 254 BGB ist eine konkrete gesetzliche Ausprägung des in § 242 BGB enthaltenen allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben

(vgl. Senat, BGHZ 56, 163 [169] = NJW 1971, 1883; BGHZ 76, 216 = NJW 1980, 1518; BGHZ 143, 189 [194] = NJW 2000, 800).

Er verbietet es als **widersprüchliches Verhalten**, Schadensersatz auch insoweit zu fordern, als eine zusätzliche, für den Erfolgseintritt wesentliche Schadensursache aus dem eigenen Verantwortungsbereich hervorgegangen ist (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 1723 = VersR 1998, 1443 [1445]). In einen solchen Selbstwiderspruch kann aber nicht nur der Geschädigte, sondern unter den zuvor genannten Voraussetzungen auch der Zessionar geraten, wenn er Ersatz eines Schadens begehrt, der darauf beruht, dass er eine mögliche, in seine Zuständigkeit fallende und **zumutbare Maßnahme zur Schadensminderung versäumt** hat (Senat, NJW 1981, 1099 = VersR 1981, 347 [349]).“ (BGH aaO)

## b) Vorliegen der Voraussetzungen

Fraglich ist jedoch, ob nach diesen Maßstäben hier der Verstoß der Kl. gegen die Schadensminderungspflicht des § 254 II BGB anzunehmen ist.

### a) Verlagerung der Zuständigkeit für Minderung des Erwerbsschadens auf die Kl.

„Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. war die **Zuständigkeit für die Minderung** jedenfalls des Erwerbsschadens **weitgehend auf den Kl. verlagert**. Das BerGer. hat – von der Revision unbeanstandet – festgestellt, dass der geschädigte Beamte in Folge der beim Unfall davon getragenen Verletzungen **mangels Außendiensttauglichkeit** zwar den besonderen gesundheitlichen Anforderungen für den Polizeidienst nicht genügte, aber jedenfalls vom 01.09.2001 an **uneingeschränkt innendienstfähig** war. Die Entscheidung über die Weiterverwendung des Beamten im Innendienst fiel aber allein in die Zuständigkeit des Kl. **Ohne die Zuweisung eines Innendienstpostens** war es dem Geschädigten **nicht möglich**, seiner Obliegenheit zu genügen, die ihm **verbliebene Arbeitskraft** einzusetzen.“ (BGH aaO)

### b) Verstoß gegen Schadensminderungspflicht

„Der Kl. war es auch **möglich und zumutbar**, die Entstehung eines Erwerbsschadens des geschädigten Beamten vom 01.09.2001 an zu verhindern. Denn nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. verfügte die Kl. über die Möglichkeit, den geschädigten Beamten bereits ab 01.09.2001 **in den Innendienst umzusetzen**. Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Annahme des BerGer., der Kl. habe die Entscheidung über die **Weiterverwendung des Beamten in vorwerfbarer Weise verzögert**. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des BerGer. stand der Kl. mit dem geschädigten Beamten nach dem Unfall in ständigem Kontakt.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Die Kl. kann den auf sie übergegangenen Schadensersatzanspruch des S gegen die Bekl. geltend machen, ohne dass dieser um ein Mitverschulden des S reduziert wird. Hinsichtlich des Erwerbsschadens muss sie sich jedoch den eigenen Verstoß gegen ihre Schadensminderungspflicht anrechnen lassen.

StGB

**Amtsträger**

StGB

§ 11 I Nr. 2c

**Redakteur einer öffentl.-rechtl. Rundfunkanstalt**

(BGH in NSTZ 2010, 207; Urteil vom 27.11.2009 – 2 StR 104/09)

Redakteure der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB.

**Fall:** Der Angekl. F veranlasste Zahlungen an den Angekl. E, der als Redaktionsleiter einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt (hier: Hessischer Rundfunk – hr) im Gegenzug die Berichterstattung über Sportveranstaltungen im Sinne des Geldgebers beeinflusste.

Der Angekl. E könnte sich wegen **Bestechlichkeit nach § 332 I StGB** strafbar gemacht haben.

I. Dies setzt zunächst voraus, dass der **Hessische Rundfunk** (im Folgenden: hr) eine „**sonstige Stelle**“ i. S. des **§ 11 I Nr. 2c StGB** ist, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.

1. Dies könnte zu bejahen sein, wenn Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts schon auf Grund ihrer Rechtsnatur stets als „sonstige Stellen“ i.S. des § 11 I Nr. 2c StGB anzusehen sind.

Der öffentlich-rechtlichen Organisationsform der betreffenden Stelle kommt in diesem Zusammenhang allerdings keine allein ausschlaggebende Aussagekraft zu, sie hat lediglich erhebliche indizielle Bedeutung für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „sonstige Stelle“ (BGH NJW 2009, 3248; vgl. auch BGHSt 37, 191).

2. Unter einer sonstigen Stelle ist eine **behördenähnliche Institution** zu verstehen, die selbst zwar keine Behörde im verwaltungsrechtlichen Sinn, gleichwohl aber **rechtlich befugt ist, bei der Ausführung von Gesetzen und bei der Erfüllung von öffentlichen Aufgaben mitzuwirken** (BGHSt 49, 214; BGH NJW 2007, 2931; BGH NJW 2009, 3248).

Zu den öffentlichen Aufgaben gehören dabei nicht nur die der Eingriffs- und Leistungsverwaltung, sondern auch der Bereich der **staatlichen Daseinsvorsorge** (st. Rspr.; vgl. BGHSt 38, 199 mwN). Der hr wirkt – ebenso wie die übrigen öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten – in diesem Sinne bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe mit.

„Die **öffentliche Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten**, wie sie durch die st. Rspr. des BVerfG entwickelt worden ist und seit dem 01.04.2004 auch durch § 11 RStV grob skizziert wird (vgl. Eifert/Eicher, Beck'scher Komm. z. RundfunkR, 2. Aufl., § 11 RStV Rn 49), besteht in der **Sicherstellung der unerlässlichen Grundversorgung der Bevölkerung mit Rundfunkprogrammen**. Diese Grundversorgung gewährleistet, dass auch unter den heutigen Bedingungen des dualen Rundfunksystems der klassische Auftrag des Rundfunks erfüllt wird, der neben seiner Rolle für die **Meinungs- und politische Willensbildung**, neben Unterhaltung und über laufende Berichterstattung hinausgehender Information auch seine **kulturelle Verantwortung** umfasst (BVerfGE 73, 118; BVerfGE 74, 297; BVerfGE 83, 238; BVerfGE 87, 1841; BVerfGE 119, 181). Zur Information im Sinne des klassischen Rundfunkauftrags gehört die gegenständlich uneingeschränkte Information über alle Lebensbereiche. Auch die Bedeutung der Berichterstattung über Sportereignisse erschöpft sich deshalb nicht in ihrem Unterhaltungswert, sondern erfüllt darüber hinaus eine **wichtige gesellschaftliche Funktion**, indem sie Identifikationsmöglichkeiten im lokalen und nationalen Rahmen bietet und Anknüpfungspunkt für eine breite Kommunikation in der Bevölkerung ist (BVerfGE 97, 228).

Nur soweit und solange der öffentlich-rechtliche Rundfunk in vollem Umfang funktionstüchtig bleibt, können die derzeitigen **Defizite des privaten Rundfunks** an gegenständlicher Breite und thematischer Vielfalt hingenommen werden (BVerfGE 90, 90; BVerfG 119, 181). Der Charakter dieser Aufgabenstellung als öffentliche Aufgabe, die die Tätigkeit der öffentlich-rechtlich verfassten Rundfunkveranstalter von derjenigen privater Anbieter unterscheidet, findet seinen Niederschlag insbesondere in der Finanzierung durch eine Anstaltsnutzungsgebühr. Das BVerfG hat vielfach ausgesprochen, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk und seine besondere Eigenart, namentlich die Finanzierung durch eine Gebührenpflicht, die ohne Rücksicht auf die Nutzungsgewohnheiten der Empfänger allein an den Teilnehmerstatus anknüpft, gerade in der Gewährleistung des Grundversorgungsauftrags ihre Rechtfertigung finden (BVerfGE 73, 118; BVerfGE 87, 181; BVerfGE 90, 60; BVerfGE 119, 181). Diese Finanzierungsform soll sichern, dass sich das **Programm weitgehend frei von ökonomischen Zwängen** an publizistischen Zielen, insbesondere dem der inhaltlichen

Vielfalt, orientiert (BVerfGE 119, 181). Daher trifft die Auffassung nicht zu, dass als primäres Ziel der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, nicht anders als bei privaten Veranstaltern, die Gewinnung von Marktanteilen zu sehen sei.

Außerdem unterscheidet sich der Grundversorgungsauftrag der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten auch wesentlich von dem Programmauftrag der privaten Rundfunkanbieter: Durch den Grundversorgungsauftrag ist sichergestellt, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten für die Gesamtheit der Bevölkerung Programme anbieten, die umfassend und in der vollen Breite des klassischen Rundfunkauftrags informieren. Auf diese Weise wird im Rahmen dieses Programmangebots **Meinungsvielfalt** in der verfassungsrechtlich gebotenen Weise hergestellt (BVerfGE 83, 238; BVerfGE 87, 181). Dagegen werden an die Breite des Programmangebots und die Sicherung gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk nicht gleich hohe Anforderungen gestellt wie im öffentlich-rechtlichen Rundfunk (BVerfGE 73, 118; BVerfGE 83, 316).

Dem entspricht, dass § 41 II RStV den privaten Anbietern von Rundfunkvollprogrammen (lediglich) aufgibt, „zur Darstellung der Vielfalt im deutschsprachigen und europäischen Raum mit einem angemessenen Anteil an Information, Kultur und Bildung beizutragen“, und dass gem. § 25 I 1 RStV im privaten Rundfunk „inhaltlich die Vielfalt der Meinungen im Wesentlichen zum Ausdruck zu bringen“ ist. Demgegenüber haben die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nach § 11 I 2 RStV „einen umfassenden Überblick über das internationale, europäische, nationale und regionale Geschehen in allen wesentlichen Lebensbereichen zu geben.“ (BGH aaO)

3. Der **verfassungsrechtliche Grundsatz der Staatsfreiheit des Rundfunks** steht der Einordnung des Grundversorgungsauftrags als öffentliche Aufgabe der Rundfunkanstalten nicht entgegen.

„Die Organisation der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als „staatsfreie Anstalten“ findet ihre **Rechtfertigung** in der **besonderen Natur der ihnen übertragenen Aufgabe**: Das Organisationsstatut der mit der Erfüllung des Grundversorgungsauftrags befassten Rundfunkveranstalter muss Gewähr dafür bieten, dass im Rahmen der Programmgestaltung alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen und dass die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt. Die **verfassungsrechtliche Garantie der Rundfunkfreiheit** erfordert zwar, dass die Rundfunkveranstalter dem staatlichen Einfluss entzogen oder höchstens einer beschränkten staatlichen Rechtsaufsicht unterworfen sind (BVerfGE 12, 259). Dieses **verfassungsrechtliche Gebot inhaltlicher Unabhängigkeit** ändert jedoch nichts daran, dass die Sicherung der Erfüllung des klassischen Rundfunkauftrags als öffentliche Aufgabe den Bundesländern übertragen ist, die sie ihrerseits den zu diesem Zweck errichteten Rundfunkanstalten zugewiesen haben, weil sie diese Aufgabe wegen des Gebots der Staatsfreiheit nicht unmittelbar selbst wahrnehmen können (vgl. BVerfGE 31, 329). Das BVerfG hat die Veranstaltung von Rundfunksendungen durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ausdrücklich als **öffentliche Aufgabe** (BVerfGE 12, 243) bzw. **Aufgabe der öffentlichen Verwaltung** (BVerfGE 12, 205; BVerfGE 31, 329) bewertet.

Zwar hat das BVerwG im Jahr 1984 entschieden, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk als Träger des Grundrechts aus Art. 5 I 2 GG in einer Gegenposition zum Staat stehe und insoweit nicht als Teil der staatlichen Organisation betrachtet werden könne (BVerwGE 70, 316). Diese Entscheidung steht aber im Zusammenhang mit der Frage des Bestehens eines unmittelbar aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Pressefreiheit hergeleiteten Auskunftsanspruchs der Presse gegen eine Rundfunkanstalt als staatliche Stelle. Ihr kann wegen dieses speziellen Kontexts jedoch nichts für die Frage der Anwendbarkeit des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs auf die verantwortlichen Redakteure der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten entnommen werden. Soweit das BVerwG zugleich ausgesprochen hat, die Veranstaltung von Rundfunksendungen sei nicht mittelbare Staatsverwaltung, ist dies zudem durch neuere Rspr. des BVerfG überholt. Dieses hat auch nach dem Zeitpunkt der Errichtung des dualen Rundfunksystems ausdrücklich daran festgehalten, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ungeachtet des Grundsatzes ihrer Staatsfreiheit Träger mittelbarer Staatsverwaltung sind (BVerfG NVwZ 2004, 472).“ (BGH aaO)

4. Für die Eigenschaft einer Anstalt oder Körperschaft des öffentlichen Rechts als „sonstige Stelle“ i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB kommt es nicht darauf an, dass die betreffende Stelle bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie bei einer Gesamtbetrachtung der sie kennzeichnenden Merkmale als **„verlängerter Arm“ des Staates** erscheint.

„Dieses **Abgrenzungskriterium** hat der BGH in st. Rspr. **für den Bereich der Tätigkeit privat-rechtlich organisierter Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand** entwickelt (vgl. z.B. BGHSt 43, 370; BGHSt 45, 16; BGHSt 45, 49; BGHSt 50, 303), weil es in diesem Zusammenhang eines aussagekräftigen Unterscheidungsmerkmals von staatlichem und privatem Handeln bedarf (BGH NJW 2007, 2932). **Auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts** ist es **nicht übertragbar**. Vielmehr ist es hier gerade das institutionelle Moment, das die Integrität und Funktionstüchtigkeit des Verwaltungsapparats und das öffentliche Vertrauen in die staatlichen Institutionen in den Blick geraten lässt, auch ohne dass der Aufgabenträger einer Steuerung der Aufgabenerfüllung durch staatliche Behörden im engeren Sinn un-

terliegt (ähnlich Lenckner ZStW 1994, 502; Haft NJW 1995, 1113). Vor diesem Hintergrund stellen auch solche Anstalten des öffentlichen Rechts, die auf Grund der besonderen Natur der ihnen zur Erfüllung anvertrauten öffentlichen Aufgabe von staatlicher Steuerung frei bleiben müssen und deshalb nicht der Staatsaufsicht unterliegen, sonstige Stellen i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB dar.

Dem entspricht, dass der 3. Strafsenat des BGH (BGHSt 47, 22) die Verurteilung eines Bediensteten der GEZ – einer nicht rechtsfähigen Gemeinschaftseinrichtung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, die diese auf der Grundlage einer zwischen ihnen geschlossenen Verwaltungsvereinbarung betreiben – wegen Bestechlichkeit bestätigt hat.

Die Urteile des 5. Strafsenats (BGHSt 46, 310; BGH NJW 2009, 3248) stehen dieser rechtlichen Bewertung nicht entgegen, denn auch der 5. Strafsenat hat mit diesen Entscheidungen auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die betreffende Stelle im Einzelfall abgestellt.“ (BGH aaO)

II. Der Angekl. E war auch dazu **bestellt** war, bei dieser sonstigen Stelle **Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen**.

„**Aufgabe** des Angekl. als **Redaktionsleiter** war gerade die **inhaltliche Auswahl und Gestaltung dessen, was gesendet werden sollte**. Mit der Wahrnehmung dieser Aufgabe sind die redaktionell Verantwortlichen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten **im Kernbereich des Grundversorgungsauftrags tätig**; dem entspricht, dass sie, soweit sie an der grundrechtlich geschützten Tätigkeit des Rundfunks teilnehmen, umgekehrt auch den subjektivrechtlichen Schutz der Grundrechtsgewährleistung des Art. 5 I 2 GG genießen (Degenhart, BonnKomm-GG, Art. 5 I 2 Rn 731).

Ob neben den redaktionell Verantwortlichen als Amtsträger auch diejenigen Beschäftigten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten anzusehen sind, die dort journalistische Hilfsberufe ausüben, bedarf hier keiner Entscheidung.“ (BGH aaO)

III. Schließlich ist auch der erforderliche **Vorsatz** des Angekl. bezüglich seiner Amtsträgerstellung gegeben.

„Zwar reicht es hierfür grds. nicht aus, wenn der Betr. nur um die seine Amtsträgerstellung begründenden Tatsachen weiß. Vielmehr muss er auch eine **Bedeutungskennntnis gerade von seiner Funktion als Amtsträger** haben (BGH NJW 2009, 3248).

Dass der Angekl. E diese Bedeutungskennntnis hatte, wird durch die Feststellung belegt, ihm sei jedenfalls in Form sachgedanklichen Mitbewusstseins klar gewesen, dass er auf Grund seiner Tätigkeit für eine öffentlich-rechtliche Anstalt möglicherweise herausgehobene Pflichten haben könne.“ (BGH aaO)

IV. Durch die Annahme der Amtsträgereigenschaft eines bei einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt beschäftigten Redakteurs wird auch **nicht die Idee des freien Berufs in Frage gestellt**.

„Zwar gehört der Beruf des **Journalisten** zum Kreis der „**klassischen**“ **freien Berufe**, wie sie in § 18 I Nr. 1 S.2 EStG, § 1 II 2 PartGG sind. Der Angekl. E übte seine Tätigkeit als Journalist jedoch nicht selbstständig aus, sondern als **abhängig Beschäftigter einer Anstalt des öffentlichen Rechts**. Der BGH hat sogar selbstständig tätige Angehörige klassischer freier Berufe, wie etwa Architekten und Bauingenieure, als Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2c StGB angesehen, wenn sie im Einzelfall dazu bestellt waren, im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen (BGH NJW 1998, 2372)“ (BGH aaO)

StGB  
§ 73 I 1**verbotenes Insidergeschäft  
Sondervorteil und Verfall**

StGB

(BGH in NJW 2010, 882; Beschluss vom 27.01.2010 – 5 StR 224/09)

**Bei verbotenen Insidergeschäften stellt der hierdurch erzielte Sondervorteil das Erlangte i.S. des § 73 I 1 StGB dar.**

**Fall:** Die Angekl. waren Vorstände der börsennotierten F-AG (im Folgenden: F). Der Angekl. S war Vorsitzender des Vorstands. Die F, die aus dem M-K. hervorgegangen war, betätigte sich als Internet-Telekommunikationsunternehmen, wobei der Schwerpunkt mit ca. 60% des Umsatzes im Bereich des Internets lag. In dem damaligen Zeitraum entfielen hiervon etwa 96% auf das Schmalbandsegment, während das Breitbandsegment (DSL) einen Marktanteil von nur 3% aufwies. Der Umsatz der F stieg nach Übernahme des Festnetzgeschäfts der m im Jahre 2003 gegenüber dem Vorjahr um 766% auf 365 Mio. €. Der Zuwachs hielt auch im ersten Quartal 2004 noch an (Gesamtumsatz: 119 Mio. €). Im zweiten Quartal des Jahres ging der Umsatz zurück und belief sich nur noch auf 109 Mio. €; das Konzernergebnis vor Steuern sank in diesem Quartal von 31,7 Mio. € auf knapp 20 Mio. €. Maßgebend für diesen Rückgang war ein deutlich schlechteres Ergebnis im Schmalbandbereich, das durch Zuwächse im Breitbandgeschäft nicht einmal annähernd ausgeglichen werden konnte. Den Angekl. wurden als Sondervergütungen Aktienoptionen (199500) eingeräumt, für die eine zweijährige Wartezeit bestand und deren Laufzeit auf sechs Jahre ab Ausgabetermin festgelegt war. Die Wartezeit lief zum 11.07.2004 ab. Der Aktienkurs, der im Mai 2004 noch bis zu 27,73 € betragen hatte, entwickelte sich ab Juni und vor allem ab dem 05.07.2004 kontinuierlich abwärts. Am 15.07.2004 wurde er mit 18,36 € und am 30.07.2004 mit 15,05 € notiert. Die Angekl. wollten ihre Optionen zum 11.07.2004 einlösen und die Aktien möglichst bald marktschonend in Tranchen veräußern. Nach Ausübung der Option verkauften sie, jeder für sich, die Aktien ab dem 12.07.2004 in kleinen Stückzahlen von höchstens 10.000 Aktien. Bis zum 21.07.2004 setzten sie jeweils etwa 32.000 Stück ab und erlösten jeweils knapp 1,2 Mio. €.

Am 09.08.2004 veröffentlichten die Angekl. als Vorstand eine ad-hoc-Mitteilung. Hierin gaben sie den rückläufigen Umsatz und den gesunkenen Gewinn für das zweite Quartal bekannt. Der Kurs der Aktie, der bei Eröffnung noch bei 13,21 € gelegen hatte, schloss daraufhin an diesem Handelstag mit 9,95 €. Obwohl sie die schlechteren Zahlen für das zweite Quartal bereits vorher gekannt hatten, warteten sie mit der Mitteilung zu, um den möglichst gewinnbringenden Verkauf ihrer Aktien nicht zu gefährden.

Die Angekl. könnten sich wegen **verbotener Veräußerung eines Insiderpapiers** strafbar gemacht haben.

I. Zunächst ist bei der rechtlichen Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts von der Anwendung der bis zum 29.10.2004 gültigen Strafvorschrift des § 38 I Nr. 1 WpHG auszugehen, die auf die bis zum selben Zeitpunkt in Kraft befindliche Verbotsnorm des § 14 I Nr. 1 WpHG verweist.

Die späteren Gesetzesänderungen lassen zwar den Strafraum unverändert, erweitern aber die Anwendungsvoraussetzungen des Straftatbestands, weil in der in Bezug genommenen Norm des § 14 I Nr. 1 WpHG das engere Tatbestandsmerkmal des „Ausnutzens“ durch das weitere Tatbestandsmerkmal des „Verwendens“ ersetzt ist.

II. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen des Straftatbestands in objektiver wie auch in subjektiver Hinsicht erfüllt worden sind.

1. Die Angekl. waren unzweifelhaft „Insider“ i.S. des § 14 I Nr. 1 WpHG a.F., ihre **Insidereienschaft ergibt sich schon auf Grund ihrer Organstellung** (§ 13 I Nr. 1 WpHG a.F.).

2. Durch ihre Funktion hatten sie auch **Kenntnis von einer Insidertatsache**.

a) Wann eine Insidertatsache vorliegt, ist ebenfalls in § 13 I 1 WpHG a.F. geregelt, wobei mittlerweile dieses Tatbestandsmerkmal i. S. einer Präzisierung ebenfalls novelliert wurde und an Stelle der Insider-„tatsache“ nunmehr die (in ihrem Anwendungsbereich weitere) Insider-„information“ getreten ist.

Nach dem hier maßgeblichen alten Recht ist die Insidertatsache in § 13 I WpHG a.F. **legal definiert** als eine **nicht öffentlich bekannte Tatsache, die geeignet ist, im Falle ihres öffentlichen Bekanntwerdens den Kurs der Insiderpapiere erheblich zu beeinflussen**. Diese Voraussetzung ist hier gegeben.

*„Die Rückgänge im Umsatz und Gewinn waren in der Öffentlichkeit nicht bekannt. Dass im Markt gewisse Vorahnungen bestanden haben mögen, macht die Tatsache an sich noch nicht zu einer bekannten. Zwar war der Wechsel vieler Anbieter auf die Breitbandtechnik zumindest den interessierten Kreisen (vgl. zum maßgeblichen Personenkreis Pawlik, Kölner*

*Komm. z. WpHG, 2007, § 13 Rn 28) als wirtschaftliche Tendenz geläufig. Dies reicht aber nicht aus, weil es gerade entscheidend auf das genaue Ausmaß ankommt, wie sich die Verschiebungen im Markt und die Rückgänge im Schmalbandbereich auf die Umsatz- und Gewinnsituation ausgewirkt haben. Für eine Bewertung des konkreten Aktienwerts sind die genauen wirtschaftlichen Rahmendaten erforderlich. Deshalb reichten auch die allgemeinen, eher tendenziellen Aussagen, die der Angekl. S in einem Reuters-Interview noch im Juli 2004 gemacht hatte, nicht aus.“ (BGH aaO)*

- b) Ebenso ist von der **Kurserheblichkeit dieser Tatsache** auszugehen.

*„Wann eine Erheblichkeit i. S. der Vorschrift vorliegt, ist eine **Prognoseentscheidung**, die nicht auf die (dann allerdings für die Vorsatzfrage bedeutsame) Vorstellung des Insiders abhebt, sondern eine **objektivierte Bewertung** erfordert (vgl. Assmann, WpHG, 5. Aufl., § 13 Rn 64; Pawlik, Kölner Komm. z. WpHG, § 13 Rn 45ff.; Ziouvas, Das neue KapitalmarktstrafR, 2005, S. 73; Park/Hilgendorf, KapitalmarktstrafR, Teil 3 Kap. 3 T1 Rn 107). Von der Einführung fester Schwellenwerte hat der Gesetzgeber bewusst abgesehen (BT-Dr 12/6679, S. 47).*

*Die vorliegende Fallgestaltung nötigt nicht zu einer vertieften Auseinandersetzung mit den Lit.-Meinungen zu den etwaigen Schwellenwerten, die eine Erheblichkeit indizieren könnten: Es bedarf vielmehr einer individuellen Bewertung. Diese hat grds. aus einer Ex-ante-Sicht zu erfolgen. Dabei stellt das spätere Geschehen, insbesondere die Reaktion des Marktes hierauf, ein gewichtiges Beweisanzeichen dar. In Anbetracht der Entwicklung des Kurses, der am Tag der Ad-hoc-Mitteilung von zunächst 13,21 Euro auf 9,95 Euro absackte, kann die Kurserheblichkeit dieser Insidertatsache hier nicht zweifelhaft sein. An die Feststellung solcher kursrelevanten Umstände dürfen – wie der BGH zur vergleichbaren Strafvorschrift des § 38 I Nr. 4 WpHG a.F. ausgeführt hat (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91) – angesichts der Vielzahl der neben der Tathandlung regelmäßig an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Deshalb ist auch keine Befragung der Marktteilnehmer veranlasst. Es reicht grds. aus, den Kursverlauf und den Umsatz in den Blick zu nehmen (vgl. BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91). Die durch die Ad-hoc-Mitteilung ausgelösten erheblichen Kursveränderungen verdeutlichen, dass der Markt den Umsatzzahlen erhebliches Gewicht beigemessen hat. Dies wussten die Angekl. (wird ausgeführt).“ (BGH aaO)*

3. Die Angekl. haben auch ihre **Kenntnis der Insidertatsachen ausgenutzt** i.S. des § 14 I Nr. 1 WpHG a.F.

- a) Für das Verständnis dieses Merkmals ist die Richtlinie des Rats der Europäischen Gemeinschaften vom 13.11.1989 (89/592/ EWG, ABIEG Nr. L 334, S. 30) ergänzend heranzuziehen.

Das Gesetz ist in Umsetzung der Richtlinie erlassen worden und deshalb richtlinienkonform auszulegen (vgl. BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NStZ 2004, 285 = NZG 2004, 91). Die Erwägungsgründe belegen, dass der von den Mitgliedstaaten umzusetzende Verbotstatbestand der Richtlinie einer wertenden Korrektur bedarf (vgl. zu diesem Tatbestandsmerkmal und seiner Weiterentwicklung EuGH NZG 2010, 107 – Spector).

Ein Ausnutzen in diesem Sinne liegt deshalb dann nicht vor, wenn die Insiderkenntnisse von Berufsträgern (Broker, Marktmacher) in deren typische berufliche Tätigkeit einfließen.

Damit soll einer uferlosen Erweiterung des Tatbestands entgegengewirkt werden, weil gerade Primärinsider am Markt notwendigerweise mit Exklusivkenntnissen tätig werden und diese nicht ausblenden können.

- b) Maßgeblich ist deshalb, dass der **Insider gerade in der Absicht handelt**, für sich einen **Sondervorteil aus seinen Insiderkenntnissen zu ziehen** (Assmann/Cramer, Assmann/Schneider, WpHG, 3. Aufl., § 14 Rn 25).

Damit wird der Zielrichtung dieses Verbotstatbestands Rechnung getragen, die Chancengleichheit der Anleger auf dem Wertpapiermarkt zu sichern (in diesem Sinne auch die Gesetzesbegr., BT-Dr 12/6679, S. 47).

Der **Sondervorteil muss dabei auf dem Insiderwissen beruhen** und darf nicht anfallen, wenn die Insidertatsache öffentlich bekannt würde; dabei reicht es aus, wenn der Täter einen solchen Sondervorteil nur erstrebt.

*„Unter Beachtung dieser Grundsätze haben beide Angekl. das Absichtselement erfüllt: Die Angekl. haben Insiderpapiere verkauft, ohne die Insidertatsache zuvor publik gemacht zu haben. Ihnen ging es ersichtlich darum, die Aktien zumindest teilweise zu veräußern, um die erzielten Kursgewinne zu realisieren, bevor die Umsatzrückgänge im Internetgeschäft schließlich veröffentlicht werden mussten.*

*Das Vorbringen des Angekl. K, er hätte die Aktien sowieso verkauft, weil bei ihm wegen des Kaufs zweier Immobilien Kapitalbedarf bestanden hätte, lässt das Ausnutzen i.S. des § 14 I*

Nr.1 WpHG a.F. nicht entfallen. Abgesehen davon, dass das Tatgericht diese Einlassung wegen des geringen zeitlichen Abstands von allenfalls vier Wochen nicht als glaubhaft bewertet hat, hätte der Angekl. K jedenfalls den ihm zufallenden Sondervorteil aufgeben müssen, indem er die Umsatzrückgänge, die beiden Angekl. bekannt waren, früher publizierte.“ (BGH aaO)

III. Im Rahmen der **Anordnung des Verfalls nach § 73 I 1 StGB** ist zu prüfen, ob die Angekl. durch das Insidergeschäft Sondervorteile i.S. dieser Vorschrift erlangt haben .

1. Der **Sondervorteil** basiert auf dem **Kurs, der entstanden wäre, wenn der Markt die absichtsvoll verschwiegene Insiderinformation aufgenommen hätte**. Dies erfordert eine auf Schätzung gegründete Bewertung.

„Insbesondere soweit es um so grundlegende Rahmendaten wie die **Umsatz- und Gewinnsituation eines Unternehmens** geht, deren Wirkung prognostisch auch in die Zukunft abstrahlt, bedarf es einer über den konkreten Handelstag hinausgehenden, **längerfristigeren Betrachtung der Kursentwicklung**. Je nach Volatilität des Finanzinstruments kann die zu beachtende Zeitspanne unterschiedlich lang ausfallen. Im Falle des hier betroffenen organisierten Marktes (vgl. § 2 V WpHG) sind insbesondere die Kursentwicklung der Aktien unmittelbarer Wettbewerber, die tatzzeit-nahen Börsen- und Markttrends sowie die übliche Schwankungsbreite des betroffenen Wertpapiers ebenso in den Blick zu nehmen wie der Kursverlauf an den auf die Veröffentlichung der Insiderat-sache folgenden Handelstagen. So kann letztlich auf zureichender Grundlage tatrichterlich eingeschätzt werden, wie der Markt die vor dem Hintergrund der nunmehr bekanntgewordenen Insiderin-formationen – hier die neuen Quartalszahlen der F – entstandene wirtschaftliche Situation des Un-ternehmens beurteilt. Zudem werden technische (Über-)Reaktionen am Veröffentlichungstag auf diese Weise ausgeblendet. Die aktuellen Quartalszahlen prägen nämlich über den Veröffentli-chungszeitpunkt hinaus die Einschätzung des Unternehmens durch die Marktteilnehmer in der na-hen Zukunft ganz entscheidend.

In diesem Punkt unterscheidet sich die Fallgestaltung von dem sog. „scalping“ (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NSTZ 2004, 285 = NZG 2004, 91); dort ging es um manipulative Kaufempfehlun-gen. Diese wirken regelmäßig unmittelbar und punktuell. Umsatz- und Gewinnzahlen werden da-gegen regelmäßig durch die Medien und die Analysten verarbeitet. Aber auch hier gilt der Grund-satz, dass wegen der Vielzahl der an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (BGHSt 48, 373 = NJW 2004, 302 = NSTZ 2004, 285 = NZG 2004, 91). Es reicht deshalb regelmäßig aus, wenn der Kursverlauf der folgenden Tage zu Grunde gelegt wird und wegen der Entwicklung der Branche oder des Marktes insgesamt ggf. Ab- oder Aufschlä-ge bei der Schätzung des Sondervorteils gemacht werden.“ (BGH aaO)

2. Nach § 73 I 1 StGB unterliegt dem Verfall, **was der Täter für die Tat oder aus der Tat erlangt hat**.

Maßgeblich ist deshalb die Bestimmung des **wirtschaftlichen Wertes des Vor-teils**, der dem Täter aus der Tat zugeflossen ist (BGHSt 47, 260).

„Dabei **muss die Abschöpfung spiegelbildlich dem Vermögensvorteil entsprechen**, den der Täter aus der Tat gezogen hat. Für die Bestimmung desjenigen, was der Täter in diesem Sinne aus einer Tat oder für sie erlangt hat, ist das Bruttoprinzip unerheblich. Erst wenn feststeht, worin der erlangte Vorteil des Täters besteht, besagt dieses Prinzip, dass bei der Bemessung der Höhe des Erlangten gewinnmindernde Abzüge unberücksichtigt bleiben müssen (BGHSt 47, 260 = NJW 2002, 2257; BGHSt 50, 299 = NJW 2006, 925; krit. hierzu BGHSt 52, 227 = NSTZ 2009, 275; aller-dings in Bezug auf die andersartige Fallgestaltung einer Straftat nach § 16 UWG; vgl. auch Hohn wistra 2003, 321; ders. wistra 2006, 321). Der dem Verfall unterliegende Vorteil ist deshalb danach zu bestimmen, was letztlich strafbewehrt ist. Soweit das Geschäft an sich verboten ist (Embargo-verstöße – BGHSt 47, 369 = NJW 2002, 3339; Rauschgiftgeschäft – BGH BGHR StGB § 73 Vorteil 3), kann der gesamte hieraus erlöste Wert dem Verfall unterliegen. Ist dagegen strafrechtlich nur die Art und Weise bemakelt, in der das Geschäft ausgeführt wird, ist nur der hierauf entfallende Sondervorteil erlangt i.S. des § 73 I 1 StGB.“ (BGH aaO)

3. Unmittelbar aus der Tat haben die Angekl. aber nur das erlangt, was den **Un-wertgehalt der Tat** ausmacht, nämlich den von ihnen **realisierten Sondervor-teil** (Kudlich/Noltensmeier wistra 2007, 121; Fischer, StGB, § 73 Rn 11).

„Dieser liegt hier in der **Verschonung von dem Wertverlust**, den uninformierte Marktteilnehmer in Folge verspäteter Veröffentlichung der aktienkursrelevanten (negativen) Tatsache erleiden (vgl. Hohn wistra 2003, 321; Rönnau, Vermögensabschöpfung in der Praxis, 2003, 75 Rn 195, der zum selben Ergebnis im Wege der Berücksichtigung rechtmäßiger hypothetischer Kausalverläufe ge-langt). Die Aktien an sich haben die Angekl. durch einen legalen Rechtsakt erworben. Sie sind we-der aus noch für die Tat erlangt. Insoweit bleibt ihr Wert durch das Bruttoprinzip unangetastet. Die-ses führt dazu, dass etwaige Aufwendungen im Zusammenhang mit dem tatbestandlichen Handeln (etwa Kreditzinsen, Provisionen) das Erlangte nicht mindern können, sondern allenfalls – was im vorliegenden Fall jedoch offensichtlich ausscheidet – über die Härteklausele des § 73c StGB Be-rücksichtigung finden.“ (BGH aaO)

GG  
Art. 72,74,100**Konkurrierende Gesetzgebungskompetenz**  
**Abschließlichkeit eines Bundesgesetzes**

VerfR

(BVerfG in NVwZ 2010, 247; Urteil vom 06.10.2009 – 2 BvL 5/09)

1. Bei einer konkreten Normenkontrolle muss das vorlegende Gericht sowohl die **Entscheidungserheblichkeit** der Vorlagefrage als auch die **Verfassungswidrigkeit** der Norm sorgfältig und umfassend prüfen und darlegen.
2. **Prüfungsmaßstab** für die Beurteilung der Unvereinbarkeit eines formellen Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz nach Art.100 I 2 GG ist **neben dem entsprechenden Bundesgesetz** auch das **Grundgesetz**.
3. Hat der **Bund** im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz eine **Regelung** erlassen, ist sorgfältig zu prüfen, ob diese **abschließend** sein soll und landesrechtliche Regelungen ausschließt (auch planvolles Unterlassen).

**Fall:** Der Angeschuldigte des Ausgangsverfahrens erwarb im Jahre 2002 ein unter Denkmalschutz stehendes Anwesen. Es handelte sich um ein Wohnhaus mit Anbau (Fachwerk), Scheune (Fachwerk) und um ein Wirtschaftsgebäude einer ehemaligen Mühle. Der Angeschuldigte baute das Wohnanwesen abweichend von einer Baugenehmigung um, riss die Scheune ohne entsprechende Genehmigung ab und errichtete an deren Stelle eine Doppelgarage. Mit Anklageschrift vom 23.05.2007 wurde dem Angeschuldigten ein Vergehen der vorsätzlichen Zerstörung eines Kulturdenkmals gem. § 35 I Nr. 2 SächsDenkmSchG zur Last gelegt. Das AG Meißen setzte mit Aussetzungs- und Vorlagebeschluss vom 15.07.2008 das Verfahren aus und legte dem BVerfG die Frage zur Prüfung vor, ob

„§ 35 I Nr. 1, II SächsDenkmSchG insoweit mit Bundesrecht vereinbar ist, als danach die Zerstörung und Beschädigung auch privater Denkmäler und auch fahrlässiges Handeln unter Strafe gestellt wird“.

Entsprechende Strafbestimmungen enthalten neben dem Sächsischen Denkmalschutzgesetz lediglich die Regelungen in Niedersachsen (§ 34 NdsDenkmSchG) und Sachsen-Anhalt (§ 21 Sächs-AnhDenkmSchG). In den übrigen Ländern wird die ungenehmigte Zerstörung von Denkmälern durch Ordnungswidrigkeitenvorschriften sanktioniert. Wie wird das BVerfG entscheiden?

Der Antrag des AG Meißen auf Durchführung eines konkreten Normenkontrollverfahrens nach Art. 100 I 2 GG müsste zunächst zulässig sein.

„Ein Gericht kann eine Entscheidung des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit gesetzl. Vorschriften nach Art. 100 I GG nur einholen, wenn es zuvor sowohl die **Entscheidungserheblichkeit** der Vorschriften als auch ihre **Verfassungsmäßigkeit** sorgfältig geprüft hat (vgl. BVerfGE 86, 71 [76]). Das vorlegende Gericht muss hierzu darlegen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Normen abhängt. Ferner muss das Gericht seine **Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit** der Norm näher darlegen und deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtl. Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist. Dazu bedarf es einer **Auseinandersetzung mit naheliegenden tatsächlichen und rechtl. Gesichtspunkten** sowie einer eingehenden, Rechtspr. und Schrifttum einbeziehenden Darstellung der Rechtslage (vgl. BVerfGE 86, 71 [77]; BVerfGE 88, 198 [201]; BVerfGE 89, 329 [336f]; BVerfGE 97, 49 [60]). Die Darlegungen zur Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Normen müssen den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab dabei nicht nur benennen, sondern auch die für die Überzeugung des Gerichts maßgebenden Erwägungen nachvollziehbar darlegen (vgl. BVerfGE 86, 71 [77f.]).“ (BVerfG aaO)

Fraglich ist, ob das AG Meißen seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 35 SächsDenkmSchG hinreichend dargelegt und begründet hat.

**I. Prüfungsmaßstab**

„Bei der Beurteilung der Unvereinbarkeit eines formellen Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz nach Art.100 I 2 GG fungiert **neben dem entsprechenden Bundesgesetz** auch das **Grundgesetz als Prüfungsmaßstab** (vgl. BVerfGE 53, 100 [106] = NJW 1980, 1618; BVerfGE 67, 1 [11] = NJW 1984, 2567; BVerfGE 87,95 [96]; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. GG Artikel 100 Rn. 24 [August 1971]; Dollinger, in: Umbach/Clemens/Dollinger, BVerfGG, 2. Aufl. [2005], § 80 Rn. 95).“ (BVerfG aaO)

**II. Verstoß des § 35 SächsDenkmSchG gegen Art. 72 I GG**

Der Bund hat nach Art. 72, 74 Nr. 1 GG die **konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Strafrecht**. Wenn und soweit er von hiervon Gebrauch macht, sind die Länder gem. Art. 72 I GG von der Gesetzgebung ausgeschlossen, da sich für den Bereich des Strafrechts aus Art. 72 II, III GG nichts anderes ergibt.

**1. Grundsätze**

Mit der Schaffung **des § 304 StGB** hat der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz **Gebrauch gemacht**. Fraglich ist, ob dies eine abschließende, vollumfängliche Regelung ist. Wenn nicht, wäre es den Ländern unbenommen, für den

verbleibenden Bereich eigene Regelungen zu treffen, anderenfalls wäre die entsprechende landesrechtl. Norm mit Bundesrecht unvereinbar und nach Art. 31 GG (BVerfGE 67, 1 [11]; NJW 1984, 2567) sowie gem. Art. 72 I GG nichtig (BVerfG 77, 288 [298]; BVerfGE 87, 95).

„Ein **Gebrauchmachen** im Sinne dieser Vorschrift liegt allerdings nicht nur dann vor, wenn der Bund eine Regelung getroffen hat. **Auch in dem absichtsvollen Unterlassen** einer Regelung kann ein Gebrauchmachen von einer Bundeszuständigkeit liegen, das dann insoweit **Sperrwirkung für die Länder** erzeugt (vgl. BVerfGE 32, 319 [327f.] = NJW 1972, 859). Der Bundesgesetzgeber kann **im Bereich der im StGB** herkömmlich geregelten Materien **Straftatbestände** auch dort schaffen, wo ihm sonst durch den **Zuständigkeitskatalog des Grundgesetzes Grenzen gezogen** sind (vgl. BVerfGE 23, 113 [124]; BVerfGE 98, 265 [312] = NJW 1999, 841). Soweit diese **Regelungen abschließend** sind, **verhindern sie ergänzendes oder abweichendes Landesrecht**, das auf den Schutz desselben Rechtsguts gerichtet ist. Dies wird in Art. 4 II EGStGB einfachgesetzlich bestätigt (vgl. BVerfGE 98, 265 [312]).“ (BVerfG aaO)

Die Frage, ob und inwieweit der Bund von einer Zuständigkeit Gebrauch gemacht hat, kann im Einzelnen schwierig zu beantworten sein. Die Antwort ergibt sich dabei in erster Linie aus dem **Bundesgesetz selbst**, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden **Regelungszweck**, ferner aus der **Gesetzgebungsgeschichte** und den **Gesetzesmaterialien**.

„Das gilt auch bei einem **absichtsvollen Regelungsverzicht**, der in dem Gesetzestext selbst keinen unmittelbaren Ausdruck gefunden hat. Der Erlass eines Bundesgesetzes über einen **bestimmten Gegenstand rechtfertigt für sich allein noch nicht die Annahme**, dass damit die **Länder von eigener Gesetzgebung ausgeschlossen** sind; es können Bereiche übrig bleiben, deren Regelung für die Gesetzgebung der Länder offen ist (vgl. BVerfGE 102, 99 [114f.]). Ob der **Gebrauch**, den der Bund von einer Kompetenz gemacht hat, **abschließend** ist, muss auf Grund einer **Gesamtwürdigung des** betreffenden Normenkomplexes festgestellt werden (vgl. BVerfGE 67, 299 [324] = NJW 1985, 371; BVerfGE 109, 190 [230] = NJW 2004, 750). In jedem Fall setzt die **Sperrwirkung** für die Länder voraus, dass der **Gebrauch der Kompetenz** durch den Bund **hinreichend erkennbar** ist (vgl. BVerfGE 98, 265 [301]; NJW 1999, 841).“ (BVerfG aaO)

## 2. Darlegung des Vorliegens einer abschließenden Regelung

Es kommt also darauf an, welche Materie von § 304 StGB erfasst wird und welchen Regelungszweck diese Vorschrift verfolgt und ob sich das vorliegende Gericht mit den vorgenannten Maßstäben hinreichend auseinandersetzt.

„Das vorliegende Gericht macht keine Ausführungen dazu, aus welchen Umständen ein **erkennbarer Wille des Bundesgesetzgebers zu einer abschließenden Regelung** gefolgert wird. Es macht nicht deutlich, ob der **Sachbereich tatsächlich umfassend und lückenlos geregelt** ist und inwiefern er nach dem aus **Gesetzgebungsgeschichte** und **Materialien** ablesbaren **objektivierten Willen des Gesetzgebers** abschließend geregelt werden sollte (vgl. BVerfGE 102, 99 [115]). Dass sich dies aus der Norm selbst ergibt, legt der Vorlagebeschluss nicht dar. Darüber hinaus wird aus ihm auch nicht deutlich, ob sich der Wille zu einer abschließenden Regelung aus dem Zweck der Norm oder ihrer historischen Entwicklung ergibt.“ (BVerfG aaO)

## 3. Entbehrlichkeit entsprechender Darlegungen

Eine solche Darlegung wäre nur dann entbehrlich, wenn für das Vorliegen einer erkennbar abschließenden Regelung Anhaltspunkte vorliegen, die eine Auseinandersetzung im Vorlagebeschluss entbehrlich machen.

„Im Gegenteil lassen weder der **Schutzzweck** noch die **Entstehungsgeschichte** des § 304 StGB ohne Weiteres den unmittelbaren Schluss auf eine abschließende Regelung zu.“ (BVerfG aaO)

### a) Schutzzweck der Norm

Der Schutzzweck der Norm besteht in der **Wahrung des öffentlichen Interesses** an der Unversehrtheit der in § 304 StGB genannten Tatobjekte (vgl. Wieck-Noodt, in: MüKoStGB, 1. Aufl. [2006], § 304 Rn. 1). § 304 StGB erfasst dabei nicht sämtliche, sondern **nur öffentliche Denkmäler**.

„Damit liegt ein umfassender und lückenloser Schutz von Denkmälern durch den Bund gerade nicht ohne Weiteres vor. Der Vorlagebeschluss geht davon aus, dem Begriffsmerkmal **„öffentlich“** in § 304 StGB komme eine **eigenständige Bedeutung** zu. Anders, als dies die Vorlagefrage vermuten lässt, kommt es hierbei auf die Eigentumsverhältnisse jedoch nicht an. Vielmehr wird ein öffentliches Denkmal durch einen entsprechenden **Widmungsakt** sowie eine – wenn auch beschränkte – **öffentliche Zugangsmöglichkeit** gekennzeichnet. Erforderlich ist hiernach eine **Zweckbestimmung**, durch die die Sache der Öffentlichkeit gewidmet wird (vgl. RGSt 43, 240 [243]). Dies kann auch konkludent erfolgen (vgl. OLG Celle, NJW 1974, 1291 [1292]; Wieck-Noodt, in: MüKo--StGB, 1. Aufl. [2006], § 304 Rn. 8; Wolff, in: LK-

StPO zum StGB, 12. Aufl. [2008], § 304 Rn. 2). Als weitere Voraussetzung ist nach weit verbreiteter Ansicht die **allgemeine Zugänglichkeit** des Denkmals zu fordern (vgl. RGSt 58, 246 [347]; BGH, NJW 1957, 1158; Stree, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], § 304 Rn 4; Fischer, StGB, 56. Aufl. [2009], § 304 Rn. 7; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. [2007], § 304 Rn. 2; Wolff, in: LK-StPO zum StGB, 12. Aufl. [2008], § 304 Rn. 7a.E.; Eberl, BayVBl 2007, 459 [461]).

Gerade deswegen, weil die **Denkmäler nach ihrer Zweckbestimmung öffentlich zugänglich** sein müssten und deshalb **erhöhter Gefahr der Zerstörung oder Beschädigung** ausgesetzt seien, stünden diese unter einem, gegenüber der allgemeinen Sachbeschädigung **erhöhten Strafschutz** (vgl. BGH, NJW 1957, 1158; RGSt 58, 346 [347]; Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Dritter Teil, Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 300; Amtlicher Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, Zweiter Teil: Begründung, 1925, S. 150).“ (BVerfG aaO)

Es ist daher davon auszugehen, dass sich die **Regelungsintention des Bundes** lediglich darauf bezog, sicher zu stellen, dass gerade öffentliche Denkmäler, mithin solche, die in irgendeiner Form **öffentlich zugänglich** sind und **an deren Erhaltung ein öffentliches Interesse** besteht, unter einen besonderen strafrechtlichen Schutz gestellt werden.

„Dies schließt es nicht von vornherein aus, dass es **daneben den Ländern freigestellt** sein sollte, auch solche **Denkmäler, welche nicht öffentlich zugänglich** sind, deren Erhaltung aber ebenso im öffentlichen Interesse liegt, vor Zerstörung **strafrechtlich zu schützen**. Auch diesen droht in erheblichem Maße die Gefahr einer Zerstörung. Der Vorlagebeschluss legt nicht dar, inwiefern der durch § 304 StGB gewährte **partielle Schutz** dahingehend zu verstehen sei, dass **weitergehende Normierungen**, die auch nicht öffentliche Denkmäler erfassen, **ausgeschlossen** werden sollten.“ (BVerfG aaO)

#### b) Fehlender Regelungsvorbehalt zugunsten des Landesgesetzgebers

„Allein aus dem Umstand, dass sich aus Art. 4 V EGStGB für den Bereich des Denkmalschutzes **kein ausdrücklicher Vorbehalt** für eine landesrechtliche Vorschrift ergibt, kann entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts (ebenso Weber, in: FSf. Herbert Tröndle, 1989, S. 337 [344ff.]) **nicht auf eine abschließende Regelung geschlossen werden**. Auf Grund des grundgesetzlichen Kompetenzgefüges ist es vielmehr erforderlich, dass der Bund seinerseits deutlich macht, dass er eine abschließende Regelung getroffen hat. Dieser Wille muss erkennbar sein.“ (BVerfGG aaO)

#### c) Begriff der Öffentlichkeit

„Was das **Tatobjekt des öffentlichen Denkmals** anbetrifft, geht die Regelung auf entsprechende Formulierungen in Gesetzentwürfen des 19. Jahrhunderts zurück. Der Bundesgesetzgeber hat dieses Begriffsmerkmal ohne Kommentierung übernommen (vgl. zur historischen Entwicklung Hammer, Die geschichtliche Entwicklung des Denkmalrechts in Deutschland, 1995, S. 180ff.; Hönes, NuR 2006, 750). Behauptet das vorlegende Gericht, das Öffentlichkeiterfordernis lasse nur den Schluss zu, der Reichs- bzw. Bundesgesetzgeber habe damit auch eine negative Regelung dahingehend treffen wollen, dem Landesgesetzgeber zu **untersagen, nicht öffentliche Denkmäler strafrechtlich zu schützen** (so Weber, in: Festschr. f. Herbert Tröndle, 1989, S. 337 [347]; im Ergebnis ebenso Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. [2006], Vorb. § 1 Rn 41), so hätte dies historisch belegt werden müssen. Daran fehlt es.“ (BVerfG aaO)

#### d) Darlegung der Identität der Schutzgüter

„Selbst wenn man die Ansicht vertritt, der Bund habe die **Materie des Denkmalschutzes umfassend geregelt**, hätte das vorlegende Gericht weiter prüfen müssen, ob das **Landesrecht dasselbe Rechtsgut** schützt wie das Bundesrecht (vgl. BVerfGE 98, 265 [312]).

Insoweit wird teilweise vertreten, die Regelungen bezweckten jeweils den **Schutz unterschiedlicher Rechtsgüter**. So ziele § 304 StGB auf den **Erhalt bestimmter, gemeinnützigen Zwecken gewidmeter Sachen**. Demgegenüber wolle die landesrechtliche Regelung einfach den Bestand an **Kulturdenkmälern** schützen. Vertreten wird aber auch, die **landesrechtlichen Bestimmungen** sanktionierten ausschließlich den Verstoß gegen den **Genehmigungsvorbehalt** (vgl. Hönes, Denkmalschutz und Denkmalpflege in RhPf., 1984, S. 63, 76f.). Es wäre Aufgabe des vorlegenden Gerichts gewesen, hierzu Stellung zu nehmen und zu erörtern, ob die Ahndungsvorschriften eine unterschiedliche Zielrichtung verfolgen (vgl. auch Rehborn, NWVBl 1988, 325 [326]). Dies ist unterblieben.“ (BVerfG aaO)

**Ergebnis:** Das AG Meißen hat seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Vorschrift nicht in ausreichender Weise begründet. Die Vorlage ist unzulässig.

(OVG Münster in GewA 2010, 122; Beschluss vom 11.11.2009 – 4 B 512/09)

1. Bei dem Begriff des umschlossenen Raumes in §§ 1 I, 4 I NiSchG NRW muss es sich **nicht um eigene Wände der Gaststätte** handeln. Es reicht aus, wenn sich die Gaststätte selbst in einem, nicht notwendiger Weise eigenem, Gebäude befindet.
2. Auch wenn durch eine Regelung der Bestand eines Betriebes gefährdet wird, hat dies hinter das **hohe Gut des Nichtrauchererschutzes** zurückzutreten.

**Fall:** Der Ast. betreibt in dem Einkaufszentrum „L. -B. „ ein „Segafredo“- Café. Unter dem 06.04.2006 wurde ihm die Erlaubnis erteilt, im Rahmen einer Schank- und Speisewirtschaft (Bistro) alkoholische Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle zu verkaufen. Die Gaststätte befindet sich auf der Lauffläche des Untergeschosses des Einkaufszentrums im Bereich eines Teils der „Rotunde“. Die Rotunde ist ein kreisförmiger Bereich, der nicht durch die Decken der Zwischengeschosse nach oben begrenzt wird und mit einem Kuppeldach über dem letzten Geschoss, dem dritten Geschoss, versehen ist. Im Bereich der Rotunde befinden sich außerdem Rolltreppen, mit denen die übrigen Geschosse des Zentrums erreicht werden können. Die Gastfläche ist nicht durch Wände von der übrigen Lauffläche abgegrenzt und von allen Seiten frei zugänglich. Sie umfasst einen Bereich von etwa 73 m<sup>2</sup>, auf dem sich neben einem Thekenbereich mit Sitzplätzen auch Tische und Stühle befinden. In der Café-Bar werden fast ausschließlich Kaffeeprodukte angeboten. Eine Abgabe vor Ort zubereiteter Speisen findet nicht statt. Der Ast. gestattet seinen Gästen das Rauchen. Nach den Bestimmungen des Hausrechtsinhabers ist das Rauchen im Einkaufszentrum außerhalb der Gastronomiebetriebe untersagt.

Nach ordnungsgemäßer Anhörung gab der Ag. dem Ast. durch Ordnungsverfügung vom 15.01.2009 gab der Ag. dem Ast. unter Ziff. 1 auf, das Rauchverbot durch die Anbringung von Schildern, Entfernung von Aschenbechern und Einwirkung auf die Gäste spätestens binnen 1 Woche nach Zustellung der Verfügung durchzusetzen, drohte unter Ziff. 3 ein Zwangsgeld in Höhe von 2000 EUR an und ordnete die sofortige Vollziehung gemäß § 80 II Nr. 4 VwGO an. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Ast. verstoße gegen das in § 4 NiSchG NRW angeordnete Rauchverbot in Gaststätten, indem er seinen Gästen das Rauchen gestatte. Das Rauchverbot gelte auch für Gaststätten in Einkaufszentren. Es komme nicht darauf an, ob es einen umschlossenen Gastraum gebe oder ob sich die Gastfläche auf der Lauffläche des Zentrums befinde. Im gaststättenrechtlichen Sinne sei ein „Raum“ jede örtlich bestimmbare bzw. bestimmte Stelle, auch wenn diese nicht durch bauliche Maßnahmen oder in sonstiger Weise abgegrenzt sei. Die Gastfläche liege innerhalb eines Gebäudes und werde daher von dem in Gebäuden und sonstigen vollständig umschlossenen Räumen geltenden Rauchverbot gemäß § 1 Abs. 1 NiSchG NRW erfasst. Im Rahmen des Ermessens erscheine ein Einschreiten geboten, weil der Schutz der Nichtraucher vor den Gefahren des Rauchens gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Ast. vorrangig sei. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei durch das erhebliche öffentliche Interesse an der zeitnahen Durchsetzung der rechtlichen Bestimmungen und eines effektiven Nichtrauchererschutzes geboten. Der Bescheid wurde am 30.01.2009 zugestellt. Hiergegen hat der Ast. am 02.02.2009 Klage erhoben (7 K 593/09) und einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gestellt. Hat der Antrag Aussicht auf Erfolg?

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit des Antrags

1. Streitentscheidend sind Normen des Nichtrauchererschutzes, welches als Teil des Ordnungsrechts ausschließlich Träger öffentlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet, so dass mangels Beteiligung eines Verfassungsorgans eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und der **Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet** ist.
2. Das Verfahren nach § 80 V VwGO hat nach § 123 V VwGO Vorrang vor dem Verfahren nach § 123 I VwGO. Es ist einschlägig, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungsklage zu erheben ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

Bei der Ordnungsverfügung handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG, gegen den der Ast. schon Anfechtungsklage erhoben hat. Da der Suspensiveffekt wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO entfallen ist, ist daher der **Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft**.

3. Auch für das Verfahren nach § 80 V VwGO ist wegen der im Hintergrund stehen Anfechtungsklage eine **Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO** erforderlich, die jedoch – da der Ast. Adressat eines ihn belastenden Verwaltungsaktes ist und insofern jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein kann – nach der **Adressatentheorie** ohne weiteres gegeben ist.
4. Der Antrag ist nach § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. den jeweiligen Ausführungsgesetzen **gegen die Behörde** zu stellen, welche den **sofort vollziehbaren Verwaltungsakt erlassen** ist.
5. Der Ast. muss auch ein **schutzwürdiges Interesse** an dem Verfahren haben.  
Der Streit, ob zunächst vor Einleitung des Verfahrens nach § 80 V VwGO in der Hauptsache ein Rechtsbehelf eingelegt sein muss, kann dahinstehen, da hier zuvor schon Klage erhoben wurde, die auch nicht offensichtlich unzulässig ist. Zudem bedurfte es keines vorherigen Antrags an die Behörde auf Aussetzung der Vollziehung, da kein Fall des § 80 VI VwGO vorliegt und eine analoge Anwendung dieser Norm nach allgemeiner Auffassung ausscheidet.

Der Antrag ist daher zulässig.

## II. Begründetheit

Der Antrag müsste auch begründet sein. Dies ist der Fall, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung rechtswidrig ist.

1. **Rechtsgrundlage** für eine Anordnung der sofortigen Vollziehung (AOsV) ist § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.
2. **formelle Rechtswidrigkeit der AOsV**
  - a) **Zuständig** für die AOsV ist nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Hier hat die Erlassbehörde also als zuständige Behörde gehandelt.
  - b) **Form**  
Nach § 80 III 1 VwGO ist die AOsV schriftlich zu begründen, wobei die Begründung nicht nur formelhaft sein darf und über die Begründung für den Erlass des für sofort vollziehbar erklärten Verwaltungsaktes hinausgehen muss. Dies ist hier berücksichtigt worden.
  - c) **Verfahren**  
Ob es vor Erlass einer AOsV einer Anhörung nach § 28 VwVfG darf, weil es sich bei der AOsV um einen Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 VwVfG handelt oder weil wegen einer vergleichbaren belastenden Tendenz zumindest eine analoge Anwendung geboten ist, kann dahinstehen, da eine Anhörung jedenfalls erfolgt ist.

## 3. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV

Für die materielle Prüfung der AOsV kommt es darauf an, ob das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung das Aufschiebungsinteresse des Bürgers überwiegt, wobei das öffentliche Vollzugsinteresse über das öffentliche Erlassinteresse hinausgehen muss, dass ohnehin an jedem Verwaltungsakt besteht.

### a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung

Ein solches Vollzugsinteresse kann überhaupt nur dann bestehen, wenn der Verwaltungsakt, dessen sofortige Vollziehung angeordnet wurde, nicht schon nach summarischer Prüfung rechtswidrig ist. Es kommt also darauf an, ob der Rechtsbehelf des Ast. in der Hauptsache überhaupt Erfolg haben könnte. Hinsichtlich der Zulässigkeit bestehen keine Bedenken, so dass es maßgebend darauf ankommt, ob die Unterlassungsverfügung rechtswidrig ist und er in seinen Rechten verletzt, § 113 I 1 VwGO.

### aa) Ermächtigungsgrundlage

Da das NiSchG keine eigene Ermächtigungsgrundlagen für das Einschreiten bei Verstößen gegen die gesetzlichen Vorgaben enthält, ist Ermächtigungsgrundlage für das Einschreiten des Ag. die ordnungsbehördliche Generalklausel gem. § 14 I NWOBG.

Generalklauseln in anderen Ländern sind: § 1, 3 BWPoIG; § 7 II BayLStVG., § 11 Bay-PAG, § 17 I BlnASOG; § 13 I BbgOBG; § 10 BremPoIG; § 3 HbgSOG; § 11 HessSOG; § 13 MVSOG; § 8 NdsSOG; § 9 RhPfPOG; § 8 I SaarPoIG; § 3 I SächsPoIG; §§ 1, 13 SachsAnhSOG; § 174 SchlHVwG; § 5 I ThürOBG

### bb) formelle Rechtmäßigkeit

Bedenken hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen nicht. Insbesondere ist die nach § 28 I VwVfG erforderliche Anhörung erfolgt.

### cc) materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 14 I NWOBG NW Danach kann die Ordnungsbehörde die zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung im Einzelfall notwendigen Maßnahmen treffen. Eine **Gefahr für die öffentliche Sicherheit** droht immer dann, wenn ein **Verstoß gegen Normen des objektiven Rechts** vorliegt.

Hier könnte ein **Verstoß gegen § 4 I 1 NiSchG NRW** vorliegen. Danach besteht in Gaststätten, d. h. in Schank- und Speisewirtschaften, unabhängig von der Betriebsart, Größe und Anzahl der Räume (§ 2 Nr. 7 NiSchG), ein Rauchverbot. Das Rauchverbot gilt allerdings nach § 1 I 1 NiSchG NRW nur, soweit sich die **Gaststätte in einem Gebäude** oder einem sonstigen vollständig umschlossenen Raum befindet. Das Rauchverbot für Gaststätten erfasst danach sämtliche Schank- und Speisewirtschaften in Räumen, die **durch Wände und Decke umschlossen** sind (vgl. zu Letzterem Reich, aaO.).

#### (1) Begriff des umschlossenen Raumes

Das streitgegenständliche Bistro befindet sich jedoch in **keinen eigenen Räumlichkeiten** und ist **nicht durch eigene Wände** abgeschlossen, sondern liegt im Laufbereich eines Einkaufszentrums. Fraglich ist daher, ob das Rauchverbot des § 4 I 1 NiSchG NRW auch solche Gaststätten umfasst.

*„Dabei muss es sich **nicht** um die „eigenen“ **Wände und Decken** der Gaststätte handeln. Dass der Betrieb der Gaststätte den gesamten umschlossenen Raum einnimmt, setzt der Gesetzeswortlaut nämlich nicht voraus; das Rauchverbot nach § 4 I 1 NiSchG NRW erfasst gem. § 1 I 1 NiSchG NRW vielmehr auch solche Schank- und Speisewirtschaften, die nur auf **Teilflächen eines umschlossenen Raumes** betrieben werden. Denn auch eine solche Gaststätte befindet sich „in“ einem umschlossenen Raum, wie es § 1 I 1 NiSchG NRW verlangt (a.A. zu der im Wortlaut allerdings abweichende Regelung des Art. 3 I 1 Bay. Gesundheitsschutzgesetz OLG Bamberg, Beschl. v. 12.08.2009 – 2 Ss OWi 795/09 –, LexisNexis).“* (OVG Münster aaO)

Eine andere Betrachtung gebieten weder der Regelungszweck noch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das NiSchG NRW soll vor **Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen** schützen (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 1).

*„Diese Gefahren bestehen in besonderem Maße, wenn in umschlossenen Räumen geraucht wird. Denn in solchen Räumen fängt sich der Rauch; die **Schadstoffe des Tabakrauchs können sich hier – anders als im Freien – nicht verflüchtigen**. Diese Erwägung, auf die der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung u. a. das Rauchverbot für Gaststätten in umschlossenen Räumen gestützt hat (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 17), **trifft auch dann** zu, wenn der Gaststättenbetrieb nur auf einer **Teilfläche eines umschlossenen Raumes** betrieben wird.“* (OVG Münster aaO)

**Weitere Differenzierungen**, etwa nach Maßgabe des von dem Raum umschlossenen **Luftvolumens im Verhältnis zur Bodenfläche**, dem Grad der Durchlüftung des Raumes oder dem **Anteil** der vom gesetzl. Rauchverbot betroffenen Schank- und Speisewirtschaft **an der Gesamtnutzung eines Raumes**, hat der Gesetzgeber **nicht vorgenommen**.

„Dazu war er auf Grundlage seiner **Befugnis, typisierende Regelungen zu treffen** (vgl. dazu allgemein etwa Jarass/Pieroth, GG, 10. Aufl., Art. 3 Rn. 30 f. 24), auch nicht verpflichtet, zumal er zugrunde legen durfte, dass es **für die Schadstoffe im Tabakrauch** unter dem Blickwinkel einer Gesundheitsgefährdung **keine Untergrenzen** gibt (vgl. LT-Drs. 14/4834, S. 15).

Ausnahmeregelungen für solche Fälle, in denen die **Gaststättennutzung mit anderen Nutzungen zusammentrifft**, für die kein gesetzl. Rauchverbot besteht, musste der Gesetzgeber ebenfalls nicht schaffen. Er durfte nämlich bei **typisierender Betrachtungsweise** davon ausgehen, dass in Gaststätten – gemessen an anderen Bereichen des öffentl. Lebens – nicht nur wegen der **Verweildauer**, sondern auch wegen des **Genusses anregender Getränke** oder nach dem Verzehr von Speisen besonders **gern und viel geraucht** wird. Hiernach erscheint ein „isoliertes“ Rauchverbot für Gaststätten (-bereiche) in Räumen, die in weiteren Teilbereichen für andere Zwecke genutzt werden und insoweit keinem gesetzl. Rauchverbot unterfallen, **hinreichend sachlich gerechtfertigt und nicht unverhältnismäßig** (a. A. OLG Bamberg, a. a. O.)“ (OVG Münster aaO)

Eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus § 5 I NiSchG NRW.

„Soweit sich die dort geregelte **Hinweispflicht** auf den „Eingangsbereich“ bezieht, folgt daraus **nicht**, dass die Rauchverbote im NiSchG NRW einen durch die bauliche Gestaltung **klar abgrenzbaren Eingangsbereich voraussetzen**. Die Hinweispflicht ist vielmehr gesetzl. Folge des Rauchverbots (so auch VG Düsseldorf, Beschl. v. 14.04.2009 – 4 B 657/09 –).

Unabhängig davon dürfte die Vorschrift – über ihren Wortlaut hinaus – **auch Gaststätten ohne herkömmlichen Eingangsbereich erfassen**. Mit Blick auf den Zweck der Norm, jeden Gast auf das Rauchverbot hinzuweisen, dürfte ihr **im Wege einer erweiternden Auslegung** zu entnehmen sein, dass in Gaststätten, die keinen abgrenzbaren Eingangsbereich haben, das **Warnzeichen „Rauchen verboten“ in anderer Weise** – erforderlichenfalls an mehreren Stellen – so anzubringen ist, dass jeder Gast das Warnzeichen ohne weiteres wahrnehmen kann.“ (OVG Münster aaO)

## (2) Anwendung auf den Fall

„Der in Streit stehende Gaststättenbetrieb des Ast. liegt innerhalb der L.-Arcaden und damit in einem vollständig umschlossenen Raum i. S.v. § 1 I 1 NiSchG. Dass derselbe Raum zugleich und überwiegend als Lauffläche des Einkaufszentrums genutzt wird und dort kein Rauchverbot besteht, ist unerheblich und rechtfertigt insbes. nicht den Vorwurf, das Rauchverbot sei unverhältnismäßig. Dass Besucher der L.-Arcaden **außerhalb des Gaststättenbetriebs rauchend auf einer Bank verweilen** dürfen, wie es der Ast. angeführt hat, ist als Folge einer zulässigerweise typisierenden Regelung hinzunehmen. Ebenso wenig kommt es nach den gesetzl. Regelungen darauf an, dass die Gaststätte im Untergeschoss der „Rotunde“ liegt, die eine **lichte Höhe von 22,5 m** aufweisen soll.“ (OVG Münster aaO)

### b) Interessenabwägung

„Die danach vorzunehmende **Interessenabwägung** ergibt, dass das **Suspensivinteresse** des Ast. **hinter die öffentl. Interessen zurücktritt**, die für die Vollziehung der Ordnungsverfügung streiten. Dabei geht der Senat zwar davon aus, dass durch das Rauchen in der Gaststätte des Ast. wegen des Raumvolumens **lediglich weniger gravierende Beeinträchtigungen** für Nichtraucher verbunden sein dürften. Er legt ferner zugunsten des Ast. zugrunde, dass das Rauchverbot die **Fortführung des Betriebs in Frage** stellt. Mit Rücksicht auf die mangelnde Erfolgsaussicht des Rechtsbehelfs im Hauptsacheverfahren und den **hohen Stellenwert des Rechtsgutes Gesundheit** hält der Senat die gegebenen Gefährdungen aber für ausreichend, um einen Vorrang des Vollzugsinteresses vor den wirtschaftl. Interessen des Ast. zu bejahen.“ (OVG Münster aaO)

**Ergebnis:** Der Antrag ist unbegründet und wird daher keinen Erfolg haben.

## Kurzauslese I

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.

BGB  
§§ 253 II, 823 I

### Mitverschulden bei Körperverletzung durch Entbietung des „Hitler-Grußes“

BGB

(LG Berlin in NJZO 2010, 735; Urteil vom 09.07.2009 – 5 O 390/07)

Kommt es infolge des Entbietens des sog. „Hitler-Grußes“ zu einer körperlichen Auseinandersetzung trifft denjenigen, der sich dieses Grußes bedient hat, ein eigener Verursachungsanteil.

„Ohne das aggressive und den Bekl. missachtende Auftreten des Kl. wäre es zu dem Schaden des Kl. nicht gekommen. Der Bekl. hat lediglich – wenn auch im Ergebnis unangemessen – auf die Aggression des Kl. gegenüber seiner Person reagiert. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass in einer derart aggressiven Situation die sachliche Abwägung hinsichtlich einer angemessenen bzw. unangemessenen Reaktion erheblich erschwert ist. Das den Schaden auslösende Verhalten des Kl. lässt es als angemessen erscheinen, [einen] eigenen Verursachungsanteil mit zu bewerten.“ (LG Berlin aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

BGB  
§ 535

### Mängelbeseitigungsanspruch im Mietrecht Verjährung

BGB

(LG Aachen in ZMR 2010, 113; Urteil vom 09.04.2009 – 2 S 333/08)

Der Anspruch des Mieters auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands der Mietsache entsteht während der Dauer des Mietverhältnisses ständig neu, so dass sich der Vermieter diesbzgl. nicht auf Verjährung berufen kann.

- I. Grds. unterliegt jeder Anspruch der Verjährung, wenn nicht als gesetzliche Ausnahme die Unverjährbarkeit angeordnet ist, § 194 BGB. Auch im Mietrecht ist daher mangels einer spezielleren gesetzlichen Anordnung die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB maßgeblich.
- II. Es ist allerdings umstritten, wann der Anspruch des Mieters auf Beseitigung von die Mietsache beeinträchtigenden Mängeln entsteht, und damit einhergehend, wann die Verjährungsfrist in Lauf gesetzt wird:

1. Nach einer Auffassung entsteht der Mängelbeseitigungsanspruch (einmalig) mit Eintritt des Mangels, so dass die Kenntnis des Mieters von diesem Mangel für den Beginn des Laufes der Verjährung maßgeblich sein soll (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196; Feuerlein WuM 2008, 385; im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik: LG Berlin Grundeigentum 2008, 1196).

Dogmatisch wird dies zum Teil damit begründet, beim Anspruch auf Gebrauchserhaltung handele es sich um ein auf die Dauer des Mietverhältnisses angelegtes „Stammrecht“; dieses Stammrecht konkretisiere sich zu einzelnen Ansprüchen, sobald sich ein bestimmter Mangel zeige (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196). Diese konkreten Beseitigungsansprüche verjähren nach dieser Ansicht in drei Jahren ab Kenntniserlangung von dem Mangel.

2. Eine andere Auffassung nimmt an, der Anspruch auf Überlassung einer zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Sache entstehe während der Dauer des Mietverhältnisses ständig neu, so dass sich der Vermieter nicht auf Verjährung berufen könne, soweit es um die Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands gehe (MüKo-BGB/Häublein, BGB, 5. Auflage 2008, § 535 Rn 107).
3. LG Aachen aaO folgt der letztgenannten Ansicht.

„Der Anspruch auf Herstellung eines zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustandes der Mietsache ist ein echter Erfüllungsanspruch, da die Überlassung und Erhaltung der Mietsache in gebrauchsfähigem Zustand die vertragliche Gegenleistung zur Mietzahlung darstellt (BGH NZM 2003, 472). Der sich aus § 535 I BGB ergebende Erfüllungsanspruch des Mieters ist auf eine dauernde Leistung gerichtet. Mit dem Begriff „gewähren“ in § 535 I 1 BGB wird verdeutlicht, dass die Pflicht des Vermieters nicht nur in der einmaligen Handlung des Überlassens besteht, sondern der Vermieter während der gesamten Mietzeit dem Mieter den vertraglichen Gebrauch ermöglichen muss und erforderlichenfalls auch zu einem positiven Tun, nämlich der Erhaltung in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand verpflichtet ist (Schmidt-Futter, Mietrecht, 9. Auflage 2007, § 535 Rn 1). Der Mieter, der die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Mietobjekts fordert, begehrt die (zukünftige) vertragsgemäße Erfüllung. Der Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes ist kein vom Erfüllungsanspruch losgelöster Anspruch, sondern vielmehr eine präzisiertere Ausprägung dessen. Die Erhaltungspflicht des Vermieters ist daher eine sich über den Bestand des Mietverhältnisses erstreckende Dauerverpflichtung (BGH aaO).

Dem steht auch der Zweck der Verjährungsvorschriften, den die Gegenansicht heranzieht (Lehmann-Richter NJW 2008, 1196), nicht entgegen: Soweit diese Ansicht damit argumentiert, dass die Verjährungsvorschriften dem Schutz vor Inanspruchnahme aus unerwarteten Forderungen dienen, gegen die sich der Schuldner wegen



Zeitablaufs nicht mehr adäquat verteidigen kann (Beweisnot), besteht ein solches Schutzbedürfnis nicht. Da es bei dem **Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustands** um einen **aktuellen Zustand** geht und grds. der Mieter beweisen muss, dass dieser vom vertraglich geschuldeten Zustand abweicht, besteht für den Vermieter nicht die Gefahr, in eine auf Zeitablauf beruhende Beweisnot zu geraten. Das Argument, die Verjährung solle Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herbeiführen, erscheint nur auf den ersten Blick überzeugend. Denn dem Mieter verbliebe nur die Möglichkeit der Minderung. Es ergibt sich damit eine neue rechtliche Problematik, bei der sich die Frage des Minderungsbetrages immer wieder neu stellen kann, etwa wenn der Mangel der Mietwohnung Veränderungen unterliegt (zu denken wäre beispielsweise an sich weiterentwickelnde Feuchtigkeit). Es ist zudem wenig überzeugend, dem Mieter mit der Minderung ein Gewährleistungsrecht wegen der Mangelhaftigkeit der überlassenen Sache zu gewähren, wenn er eine mangelfreie Sache überhaupt nicht (mehr) fordern kann.“ (LG Aachen aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **nachträglicher Ausgleich von Mietzinsrückständen** **BGB**  
**§ 569 III Nr. 2** **macht nicht auch die fristgemäße Kündigung unwirksam**

(LG Hamburg in ZMR 2010, 117; Urteil vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08)

Nach einer **Kündigung wegen Zahlungsverzugs** lässt der **nachträgliche Ausgleich der Mietrückstände** innerhalb der Frist des § 569 III Nr. 2 BGB **nicht ohne Weiteres auch die fristgemäße Kündigung unwirksam werden**.

„Es ergibt sich aus dem **Gesetzeswortlaut** und wurde von dem BGH bereits festgestellt, dass nach einer Kündigung wegen Zahlungsverzugs der **nachträgliche Ausgleich der Mietrückstände innerhalb der Frist des § 569 III Nr. 2 BGB nicht ohne weiteres auch die fristgemäße Kündigung unwirksam werden lässt** (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2005 - VIII ZR 6/04). Zu berücksichtigen sind die **nachträgliche Zahlung**, wie auch weitere Umstände, bei der Prüfung der Frage, ob die **vertraglichen Pflichten des Mieters schuldhaft nicht unerheblich i. S. von § 573 II Nr. 1 BGB verletzt** wurden. Das ist vorliegend trotz der Nachzahlung der Fall (wird ausgeführt).“ (LG Hamburg aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

**BGB** **Geschäftsherr** **BGB**  
**§§ 823 I, 831 I** **keine Haftung bei strafbarer Handlung des Verrichtungsgehilfen**

(OLG Hamm in NJW-RR 2010, 454; Urteil vom 16.06.2009 – 9 U 200/08)

Der **Geschäftsherr eines Verrichtungsgehilfen**, der einen anlässlich eines Volksfestes eingerichteten Werbestand eines Automobilclubs betreut, **haftet dem Opfer einer Straftat**, die der Verrichtungsgehilfe an einem von dem Stand angelockten Kind im Anschluss an das Volksfest begeht, **weder aus § 823 BGB noch aus § 831 BGB auf Schadensersatz**, wenn es an einem inneren Zusammenhang zwischen der übertragenen Verrichtung und der Straftat fehlt.

I. § 831 BGB greift nicht, weil es sich um den typischen Fall einer **Schädigung nicht in Ausübung der übertragenen Verrichtung, sondern bei deren Gelegenheit** handelt.

„Die ausführliche Darstellung des vermeintlich **engen örtlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen der Straftat und der dem C übertragenen Verrichtung** verkennt, dass dieser Zusammenhang allein nicht reicht, und geht an dem Kern des Fehlens eines unmittelbaren inneren Zusammenhangs vorbei: Der nötige innere Zusammenhang wird zwar nicht schon durch die Vorsätzlichkeit der Straftat unterbrochen, die Entführung und Vergewaltigung fielen aber völlig aus dem **Rahmen der dem C mit der Betreuung des Werbestandes anvertrauten Aufgaben**. Mag er auch für die körperliche Unversehrtheit der Benutzer des Überschlags-simulators mit verantwortlich gewesen sein, so doch nur für die Dauer der Benutzung und im Hinblick auf die durch sie begründeten Gefahren. Der hier zur Würdigung stehende Fall verhält sich im Kern nicht anders als im Schulbeispiel der eines Handwerkers, der von seinem Anstellungsbetrieb zu Reparaturarbeiten in eine Wohnung geschickt wird und den dort für seine Verrichtung erlangten Zugang für einen Diebstahl oder ein Sexualdelikt nutzt. Auch dort besteht zweifellos ein örtlicher und zeitlicher, aber **kein innerer Zusammenhang mit der übertragenen Verrichtung**, weshalb eine Haftung des Anstellungsbetriebs aus § 831 BGB ausnahmslos abgelehnt wird.

Insofern liegt der hier gegebene Sachverhalt auch entscheidend anders als in dem der Entscheidung des OLG Hamm OLG R 1999, 47 zu Grunde liegenden Fall: Denn die Durchsetzung von Hausverboten und die Wahrung des „Hausfriedens“ gegenüber scheinbaren Störern waren spezifischer Gegenstand der Aufgabe des dort eingesetzten Türstehers; eine mögliche körperliche Auseinandersetzung mit scheinbar störenden Gästen fällt in den **Zentralbereich der Tätigkeit** von Ordnungskräften. Die Schädigungshandlung war so dem zugewiesenen Aufgabenbereich nicht von vornherein fremd.“ (OLG Hamm aaO)

II. § 823 I BGB unter dem Gesichtspunkt der **Verkehrssicherungspflichtverletzung** gibt ebenfalls **keine Grundlage für einen Schadensersatzanspruch**.

1. **Zweifelhaft** ist bereits, **ob diese Anspruchsgrundlage neben § 831 BGB überhaupt noch in Betracht zu ziehen ist**, wenn die angebliche **Verkehrssicherungspflichtverletzung** einzig in **fehlerhafter Auswahl und Überwachung der Schaden zufügenden Hilfsperson** besteht, der Schaden mithin nicht auf einen verkehrswidrigen Zustand, sondern auf ein Verhalten der Hilfsperson zurückgeht, weil § 831 BGB sich insoweit als eine gesetzliche Spezialregelung der Verletzung dieser Verkehrssicherungspflichten beim Einsatz von Hilfspersonen darstellt (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 823 Rn 45; MüKo-BGB/Wagner, 4. Aufl., § 831 Rn 7).

„Das kann indes dahinstehen, denn jedenfalls sind die zu Grunde zu legenden Entscheidungskriterien inhaltlich identisch: Auch eine aus § 823 BGB zu begründende **Verkehrssicherungspflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung eingesetzter Hilfspersonen** beschränkt sich darauf, diese im Hinblick auf die ihnen übertragene Aufgabe und allen damit funktional zusammenhängenden Tätigkeiten hin richtig auszuwählen und zu überwachen, also nur im bereits oben beschriebenen **inneren Zusammenhang mit der ihnen übertragenen Verrichtung**.“ (OLG Hamm aaO)



2. Auf dieser Grundlage musste der bekl. **Geschäftsherr** weder persönlich noch durch Instruktion und Überwachung dafür Sorge tragen, dass an seinem Werbepersonal **keine** wegen Sexualdelikten an Kindern **Vorbestraften eingestellt wurden**.

„**Jedenfalls überspannte die Forderung, dies durch Abverlangen eines Führungszeugnisses bei der Einstellung zu gewährleisten, die Pflicht. Selbst wenn der Überschlagsimulator eine stärkere Anziehungskraft auf Kinder als auf Erwachsene ausgeübt hat, hatte die dem C übertragene Aufgabe keine Kinderbetreuung zum Inhalt. Es war auch für den so ausgestatteten Werbepersonal nicht typisch, dass sich an ihm von ihren Eltern oder sonst unbeaufsichtigte Kinder in einer Weise aufhielten, die dem C eine das gewöhnliche Maß übersteigende Kontaktmöglichkeit verschaffte. Er oder ein anderer Besucher hätte hier oder an einem anderen Ort den Kontakt aufbauen und mit dem Versprechen einer Fahrt, das nicht dem Bekl. zugerechnet werden kann, verführen können. Insoweit ist der primär zur Ansprache von Erwachsenen, die nur als neue Verkehrsclub-Mitglieder in Frage kamen, eingerichtete Werbepersonal abzugrenzen von Kinderbetreuungseinrichtungen, deren Personal nach strengeren Anforderungen auszuwählen ist. Eine auf Kinder bezogene Betreuungsaufgabe war dem C nicht übertragen, sondern eine auf den Simulator bezogene Aufgabe, die Benutzer vor von diesem Gerät ausgehende Schäden zu schützen.**

Das wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass C freundlich zu sein hatte und ihm allgemein großes Vertrauen entgegen gebracht werden mag. Selbst wenn C für die ihm übertragene Aufgabe, potenzielle Neumitglieder anzusprechen und die sachgerechte Benutzung des Simulators zu überwachen, nicht hinreichend zuverlässig gewesen wäre hat sich eine daraus begründete Gefahr mit der dem Kl. gegenüber begangenen Straftat nicht ursächlich verwicklicht.“ (OLG Hamm aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **sexueller Missbrauch** StGB  
§ 174c II **Ausnutzung eines psychotherapeutischen Behandlungsverhältnisses**

(BGH in NStZ 2010, 212; Beschluss vom 29.09.2009 – 1 StR 426/09)

**Täter des § 174c II StGB kann nur sein, wer zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ berechtigt ist und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bedient.**

„Der Anwendungsbereich des § 174c StGB [lässt sich] eindeutig bestimmen, wenn man als „psychotherapeutische Behandlung“ ausschließlich eine solche ansieht, die von einer Person durchgeführt wird, die berechtigt ist, die Bezeichnung „Psychotherapeut“ zu führen. Dies ist neben Ärzten lediglich **psychologischen Psychotherapeuten** sowie **Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten** gestattet (§ 1 I 4 PsychThG), **nicht aber Heilpraktikern**. Hinzu treten muss, dass sich der Behandelnde wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bedient, um Störungen mit Krankheitswert, bei denen Psychotherapie indiziert ist, festzustellen, zu heilen oder zu lindern, denn nur dann handelt es sich nach der Legaldefinition des § 1 III PsychThG um die Ausübung von Psychotherapie.

Dass der Gesetzgeber den Begriff des „Psychotherapeuten“ bewusst als auch für das Strafrecht maßgeblich einstufen wollte, folgt bereits aus dem Umstand, dass mit den Art. 4 u. 5 über die Berufe des Psychologischen Psychotherapeuten und des Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 16.06.1998 (BGBl I, 1311, 1319) die genannten Berufsbezeichnungen in § 132a I Nr. 2 StGB und in § 53 I Nr. 3 StPO eingefügt wurden.

Die vom Senat vorgenommene Auslegung wird schließlich dadurch gestützt, dass der Gesetzgeber in der **Begründung des Entwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes – § 174c StGB – vom 21.07.1997 selbst über Fälle sexuellen Missbrauchs berichtet, die er als „außerhalb des durch den hier vorgeschlagenen § 174c StGB erfassten Bereichs“ angesiedelt beurteilt. Hierzu werden insbesondere sexuell motivierte Berührungen eines Heilpraktikers im Brust- und Genitalbereich seiner Patientinnen gezählt (BT-Dr 13/8267, S. 5f.). Dementsprechend ist bei der näheren Erläuterung des Sinns der gesonderten Regelung des § 174c II StGB allein von der „Konsultation eines Psychotherapeuten“ die Rede (BT-Dr 13/8267, S. 7).**

Der vorgenommenen Auslegung steht schließlich nicht die Begründung des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 24.08.1995 entgegen, auf die in der Lit. Bezug genommen wird. Die dort vom Bundesrat vorgeschlagene – nicht Gesetz gewordene – Fassung des § 174c StGB verzichtete zwar ausdrücklich darauf, den Täterkreis durch Berufsbezeichnungen zu definieren, „weil die Vorschrift dadurch notwendigerweise lückenhaft bliebe“ und sie stattdessen auch „Scharlatane“ erfassen solle (BT-Dr 13/2203, S. 4). Insofern hatte aber die Bundesregierung bereits in ihrer Stellungnahme eingewandt, im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte eine engere Fassung des Tatbestands geprüft werden (BT-Dr 3/2203, S. 6).“ (BGH aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **Tötung eines Neugeborenen** StGB  
§§ 212, 13 **Geburt ohne Hilfe**

(BGH in NStZ 2010, 214; Urteil vom 12.11.2009 – 4 StR 227/09)

**Die schwangere Frau ist vom Einsetzen der Geburtswehen an verpflichtet, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten.** Die Inanspruchnahme (ggf. ärztlicher) Hilfe wird immer dann erforderlich sein, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.

„Die **Garantenstellung der Angekl. gegenüber ihrem Kind ergab sich aus ihrer Stellung als Mutter.** Damit traf sie vom Einsetzen der Geburtswehen an (vgl. LK-Weigend, 12. Aufl., § 13 Rn 26) die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um das Leben des Kindes zu erhalten (vgl. BGH GA 1970, 86).

Da die Schwangerschaft problemlos verlaufen war, musste die Angekl. nicht mit einem erhöhten gesundheitlichen Risiko für das Kind während der Geburt rechnen. Eine Hausgeburt wäre daher nicht von vornherein pflichtwidrig gewesen. Die Angekl. hatte sich aber nicht nur zu einer solchen, sondern auch dazu entschlossen, das Kind heimlich und ohne fremde Hilfe im Badezimmer zur Welt zu bringen.



Es kann dahinstehen, ob eine werdende Mutter stets verpflichtet ist, sich für die Geburt fremder Hilfe zu vergewissern. Die Annahme einer solchen Handlungsverpflichtung ohne Bezug zu einer konkreten, mit der Geburt einhergehenden Gefahr erscheint sehr weit gehend. Eine **Verpflichtung zur Inanspruchnahme von Hilfe bei der Geburt** wird aber **immer dann anzunehmen sein, wenn es für die Schwangere im Hinblick auf bekannte Vorerkrankungen oder sonstige Risiken absehbar ist, dass bei der Geburt Gefahren für Leib oder Leben des Kindes entstehen können.**

Die Angekl. traf die Pflicht, einen für das Kind möglichst sicheren Geburtsverlauf und die erforderliche Erstversorgung des Neugeborenen sicherzustellen. Die Angekl. hat gegen diese Pflicht verstoßen, indem sie ihr Kind im Badezimmer und nicht in einer schützenden Umgebung, etwa im Bett, zur Welt brachte.“ (BGH aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StGB **räuberische Erpressung** StGB  
§ 253 I, II **keine Vollendung bei Einschaltung der Polizei durch das Opfer**

(BGH in NSTz 2010, 215; Urteil vom 18.06.2009 – 3 StR 194/09)

An einem für die **Tatvollendung der räuberischen Erpressung** vorausgesetzten Handeln unter dem Druck der Nötigungsmittel fehlt es dann, **wenn das Opfer** sich diesem Druck des Täters gerade nicht beugen will und **die Polizei einschaltet.**

„Die als Teilelement in der räuberischen Erpressung enthaltenen Nötigung setzt zu ihrer vollständigen Verwirklichung voraus, dass das Opfer durch die **Zwangswirkung des Nötigungsmittels** zu der vom Täter erstrebten Handlung bewegt und in diesem Sinne **der Wille des Opfers gebeugt** wird. **An einem für die Tatvollendung vorausgesetzten Handeln** unter dem Druck der Nötigungsmittel **fehlt es, wenn das Opfer sich diesem Druck** des Täters gerade **nicht beugen will** und nicht – zumindest auch – auf Grund der ausgeübten Gewalt oder aus Furcht vor der Verwirklichung der Drohung, **sondern nur deshalb zahlt, weil die Polizei oder ein sonstiger Dritter ihm dies**, etwa aus ermittlungstaktischen Gründen zur Überführung der Täter, **rät.**“ (BGH aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

EURLV **beamtenrechtl. Urlaubsanspruch** BeamtenR  
§ 8 II 1 **kein Verfall bei Urlaubsverhinderung wegen Krankheit**

(OVG Münster in NWVBI 2010, 145; Beschluss vom 21.09.2009 – 6 B 1236/09)

**Erholungsurlaub** ist in den Fällen, in denen ein **Beamter krankheitsbedingt an der Inanspruchnahme des Urlaubs gehindert** war, **auch über den in § 8 II 1 Erholungsurlaubsverordnung (EURLV)** festgelegten Zeitpunkt **hinaus zu gewähren.**

„Unter einem **Übertragungszeitraum** i. S. der Rspr. des EuGH ist ein **Zeitraum** zu verstehen, **der einem Arbeitnehmer zum Zwecke der Inanspruchnahme seines Urlaubs allein unter der Voraussetzung eingeräumt wird, dass er im Bezugszeitraum gehindert war, seinen Urlaub zu nehmen** (vgl. EuGH NJW 2009, 495 = NZA 2009, 135 = EuZW 2009, 147 – Schultz-Hoff).

Um einen so zu verstehenden **Übertragungszeitraum** handelt es sich bei der hier streitigen Vorschrift des § 8 II 1 EURLV nicht: Die Übertragung der dem Beamten jeweils für ein Kalenderjahr zustehenden Urlaubstage vom Urlaubsjahr auf den Zeitraum bis zum 30.09. des Folgejahres ist weder an dienstliche noch an in der persönlichen Sphäre des Beamten liegende Verhinderungsgründe geknüpft, sondern erfolgt voraussetzungslos und von Amts wegen. Indem der Verordnungsgeber dem Beamten auf diesem Wege die Möglichkeit einräumt, den auf ein Kalenderjahr entfallenden Urlaub innerhalb eines Gesamtzeitraumes von 21 Monaten zu nehmen, gibt er die Bindung des Jahresurlaubs an das jeweilige Kalenderjahr auf. Dass der Urlaub „nach Möglichkeit“ (vgl. § 8 I 1 EURLV) im Urlaubsjahr voll ausgenutzt werden soll, ist nach der offenen, mit keinen rechtlichen Einschränkungen versehenen Formulierung als bloße Empfehlung zu betrachten.

Das Verständnis des § 8 EURLV als Regelung eines einheitlichen 21 Monate umfassenden Bezugszeitraumes steht nicht im Widerspruch zu § 101 I 1 NWBG a.F. bzw. § 73 S.1 NWBG n. F.: Soweit danach dem Beamten „jährlich“ ein Erholungsurlaub gewährt wird, liegt der Sinn dieser Bestimmung in der **Festlegung der Bezugsgröße für die zu gewährenden Urlaubstage.**“ (OVG Münster aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO **Verwaltungsakt** VwGO  
§ 43 I **behördliches Schreiben**

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 119; Urteil vom 15.10.2009 – 2 S 1157/09)

Ein als „**Rechnung**“ **bezeichnetes Schreiben** einer Stadtwerke GmbH, die nach § 2 III 1 KAG damit beauftragt ist, die Gebührenbescheide für die Abwasserbeseitigung zu erlassen, ist **dann nicht als Verwaltungsakt** zu qualifizieren, **wenn sich ein Hinweis auf das Auftragsverhältnis und die Rechtsmittelbelehrung lediglich an „versteckter“ Stelle** befinden und deshalb für den Empfänger des Schreibens die **hoheitliche Handlungsform nicht erkennbar** ist.

„Für die Frage, ob eine Erklärung der Behörde als Verwaltungsakt zu qualifizieren ist, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung neben dem **Wortlaut und dem objektiven Erklärungswert** – insbes. unter Berücksichtigung der Regelungsbefugnis der Behörde und dem Regelungsgehalt - auf die **äußere Form** (z.B. Bezeichnung als Bescheid oder Verfügung) sowie eine ggf. beigefügte bzw. fehlende Rechtsmittelbelehrung abzustellen. Das **Fehlen einer Rechtsbehelfsbelehrung** kann ein **Indiz gegen das Vorliegen eines Verwaltungsakts** sein, schließt jedoch für sich allein das Vorliegen eines Verwaltungsaktes nicht zwingend aus. Unklarheiten hinsichtlich der von der Behörde gewählten Verwaltungsakt-Form gehen zu deren Lasten. Bei Auslegungszweifeln ist bei belastenden Verwaltungsakten das den Betroffenen weniger belastende und bei begünstigenden Verwaltungsakten das den Betroffenen mehr begünstigende Auslegungsergebnis vorzuziehen; insoweit gehen etwaige Unklarheiten zu Lasten der Behörden (st. Rspr. des BFH, vgl. die Nachweise bei Pahlke/Koenig, Abgabenordnung, 2. Aufl., § 118 Rn 55).

Ob ein Verwaltungsakt ergangen ist, hat, da Verwaltungsakte Willenserklärungen sind, nach den für die Auslegung von Willenserklärungen allgemein geltenden Grundsätzen zu erfolgen. Entsprechend anwendbar sind die §§ 133, 157 BGB.



Entscheidend ist der erklärte Wille der Behörde und der sich daraus ergebende objektive Erklärungsinhalt der Regelung, wie ihn der Betroffene nach den ihm bekannten Umständen - aus der **Sicht eines objektiven Betrachters** -, d. h. nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verstehen konnte. Für die Auslegung ist vom Wortlaut des Ausspruchs (Tenor) und der dazu gegebenen Begründung auszugehen. Dabei ist entsprechend § 133 BGB der wirkliche Wille der Behörde zu erforschen, und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Zu würdigen ist der gesamte Inhalt der Erklärung einschließlich der Gesamtumstände. Es können zur Auslegung auch der Erläuterungsteil eines Schreibens sowie dem Schreiben bzw. dem Verwaltungsakt beigelegte Unterlagen herangezogen werden (vgl. dazu Pahlke/Koenig aaO, § 118 Rn 54).

In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze ist die hier streitgegenständliche „Rechnung“ nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts nicht als einseitige verbindliche Regelung seitens der bekl. Stadt, sondern auch hinsichtlich der Entsorgungsart „Entwässerung“ nicht als hoheitliche Regelung, sondern als tatsächliches Verwaltungshandeln in Form eines schlichten Abrechnungsschreibens zu werten: Zwar findet sich auf S. 3 des Schreibens in der drittletzten Zeile im Zusammenhang mit der Berechnung des für die Entwässerung zu zahlenden Betrags die Formulierung „Entwässerungsgebühr“. Darüber hinaus enthalten auch die „Hinweise und Erläuterungen zur Rechnung“ auf der Rückseite von S. 3 des Schreibens im 11. Abs. eine Rechtsbehelfsbelehrung hinsichtlich der Entwässerung; dort wird auch ausdrücklich erklärt, dass die Berechnung der Entwässerungsgebühren im Auftrag und im Namen der Stadt und damit einer Verwaltungsbehörde erfolgt. Diese Rechtsmittelbelehrung und die Bezugnahme auf die Stadt einschließlich der damit verbundenen behördlichen Regelungsbefugnis legen eine verbindliche Regelung hinsichtlich der Abwasserbeseitigung und damit einen Verwaltungsakt nahe. Dies dürfte insbes. aus der **Sicht eines „qualifizierten Juristen“**, der das Schreiben vollständig und damit einschließlich der Hinweise und Erläuterungen zur Kenntnis nimmt, gelten.

Eine solche Auslegung wird allerdings unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen der Sicht eines „objektiven Betrachters“ und damit eines juristisch nicht vorgebildeten Bürgers nicht gerecht: Unter **Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben** kommt der S. 1 des Schreibens maßgebliche Bedeutung zu. Das Schreiben ist dort insgesamt als „Rechnung“ der Stadtwerke GmbH bezeichnet. Die **Formulierung „Rechnung“ spricht eindeutig für eine privatrechtliche Handlungsform**; auch kann die Stadtwerke GmbH als Gesellschaft des Privatrechts aus der Sicht eines unbefangenen Dritten grds. nicht hoheitlich und damit in Form eines Verwaltungsakts handeln. Auf S. 1 dieser „Rechnung“ hat die Stadtwerke GmbH die von der Kl. zu zahlenden Beträge für Trinkwasser, Entwässerung und Abfallentsorgung aufgelistet und anschließend einen Gesamtrechnungsbetrag ausgewiesen. Es wird dort **nicht ansatzweise zwischen der Abrechnung für das Trinkwasser, das auf einem privatrechtlichen Vertrag beruht, und den hoheitlichen Gebühren für Entwässerung und Abfallentsorgung unterschieden. Es fehlen auch Begriffe, die wie etwa „Verfügung“ oder „Bescheid“ auf ein hoheitliches Handeln hinweisen könnten.** Darüber hinaus enthält dieser Teil der „Rechnung“ keinen Hinweis darauf, dass hinsichtlich des zu zahlenden Betrags für die Entwässerung und die Abfallentsorgung eine einseitige verbindliche Regelung für die angeschriebenen Bürger getroffen wird. Die Formulierung „der Restbetrag wird bis zum 08.04.2008 fällig“ entspricht vielmehr den Gepflogenheiten bei einer privaten Rechnung. Im Gegensatz dazu enthält die erste Seite eines Verwaltungsaktes im Regelfall den Tenor, mit dem einseitig für den betroffenen Bürger eine verbindliche Rechtsfolge gesetzt wird. Auch hieran fehlt es bei dem Schreiben.

Vor dem Hintergrund des eindeutigen Erklärungsinhalts auf S. 1 der „Rechnung“ kommt der **Rechtsmittelbelehrung**, die sich **lediglich „versteckt“ auf der Rückseite der S. 3 des Schreibens** befindet, **keine entscheidende Bedeutung** zu. Nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts musste aber nicht davon ausgegangen werden, dass in diesem Teil des Schreibens rechtlich relevante Erklärungen enthalten sind, die über den Erklärungswert auf S. 1, die mit der Grußformel abgeschlossen ist, hinausgehen. Aus der Sicht eines objektiven Betrachters bestand insbesondere nicht die Notwendigkeit, die umfangreichen Hinweise und Erläuterungen zur Rechnung bis in jedes Detail zur Kenntnis zu nehmen. Die Rechtsbehelfsbelehrung zum Gebührenbescheid ist weder drucktechnisch (etwa Fettdruck) hervorgehoben noch enthält S. 1 der Rechnung einen Hinweis auf diesen für die rechtliche Beurteilung wichtigen Zusatz. Die **Rechtsbehelfsbelehrung** ist zudem **eingebettet in Erläuterungen zum Datenschutz, zur richtigen Tarifwahl bei der Stromversorgung sowie in Informationen zum Gasversorgungsnetz und dem Wasserentnahmeentgelt**, das die Stadtwerke GmbH an das Land abführen muss. **Weder nach der Überschrift („Hinweise und Erläuterungen zu unserer Rechnung“) noch nach der Gestaltung der Seite musste der Empfänger des Schreibens mit rechtlich relevanten Erklärungen rechnen**, insbesondere nicht mit Informationen, die das Schreiben hinsichtlich der Entsorgungsarten Abfall und Entwässerung erst zum hoheitlichen Verwaltungsakt erklären.“ (VGH Mannheim aaO)



## Entscheidungen Verfahrensrecht

ZPO  
§ 256

### Feststellungsinteresse des Mieters Beendigungszeitpunkt und Schönheitsreparaturpflicht (BGH in BeckRS 2010 04004, Urteil vom 13.01.2010 – VIII ZR 351/08)

ZPO

1. Ein Feststellungsinteresse hinsichtlich des **Zeitpunkts der Beendigung eines Mietverhältnisses** besteht nur, wenn der Vermieter den Kündigungszeitpunkt in Abrede stellt oder die vertraglichen Vereinbarungen hierüber ungewiss sind.
2. Sind in einem Formularvertrag Schönheitsreparaturen vorgesehen und ist deren Wirksamkeit fraglich, so hat der Mieter ein berechtigtes Interesse an der Feststellung seiner Pflicht zur Durchführung bzw. deren Nichtbestehen.
3. In einem solchen Fall kann der Mieter nach **Treu und Glauben** eine **Reaktion** des Vermieters **auf** seine Nachfrage **erwarten**. Das Feststellungsinteresse setzt **nicht** zwingend voraus, dass der Vermieter sich entsprechender **Ansprüche berührt**.

#### A. Grundlagenwissen: Die Feststellungsklage, § 256 ZPO

##### I. Allgemeines

Nach § 256 ZPO kann Klage auf

- Feststellung des **Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses**,
- auf **Anerkennung einer Urkunde** oder
- auf **Feststellung ihrer Unechtheit**

erhoben werden, wenn der Kläger ein **rechtliches Interesse** daran hat, dass das Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung **alsbald** festgestellt wird.

Die Feststellungsklage führt daher weder zu einem Leistungsbefehl (Leistungsklage) oder eine Gestaltung der Rechtslage (Gestaltungsklage), sondern zu einer verbindlichen Feststellung der bestehenden Rechtssituation. Insofern ist zu unterscheiden zwischen einer **positiven** und einer **negativen Feststellungsklage**. Mit der positiven Feststellungsklage soll ein Rechtsverhältnis oder die Echtheit einer Urkunde festgestellt werden, bei der negativen Feststellungsklage wird das Bestehen eines Rechtsverhältnisses oder die Echtheit einer Urkunde geleugnet.

##### II. Zulässigkeit der Feststellungsklage

###### 1. Prozess- und allgemeine Sachurteilsvoraussetzungen

Bei der Prüfung der Prozess- und der allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen ist hinsichtlich des nach § 253 II Nr. 2 ZPO erforderlichen **bestimmten Klageantrags** das **Rechtsverhältnis**, über das ein Ausspruch erfolgen soll **so genau zu bezeichnen**, dass über dessen **Identität** und damit über den Umfang der Rechtskraft des begehrten Feststellungsanspruchs **keinerlei Ungewissheit** herrschen kann, da die Klage ansonsten unzulässig ist.

###### 2. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen

###### a) feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses

Ein der Feststellungsklage zugängliches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es um die **Rechte und Pflichten von Personen zueinander oder zu Sachen** geht, wobei es nicht immer um das gesamte Rechtsverhältnis gehen muss, sondern **auch einzelne Rechte und Pflichten** feststellungsfähig sind. Es muss allerdings immer um ein **konkretes Rechtsverhältnis** gehen. Abstrakte Rechtsfragen können mit der Feststel-

lungsklage nicht geklärt werden (vgl. RGZ 148, 81, 100; BGH WM 2001, 378, 380; BAG NJW 1985, 220.)

Grundsätzlich muss es um ein **aktuell bestehendes** oder **nicht bestehendes** Rechtsverhältnis gehen. Aber auch **schon erloschene** Rechtsverhältnisse sind feststellungsfähig, wenn sie noch **Grundlage aktueller Ansprüche** sein können (vgl. BGH NJW 1958, 1293; BGH WM 1981, 1050; BAG NJW 1994, 1751). **Künftige Rechtsverhältnisse** hingegen sind **nicht feststellungsfähig**.

## b) Feststellungsinteresse

aa) Beim Feststellungsinteresse handelt es sich um eine **besondere Ausprägung** der Prüfung des **Rechtsschutzbedürfnisses**. Es muss **bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung** vorliegen. Fehlt es, so kann die Feststellungsklage durch Prozessurteil als unzulässig zurückgewiesen werden. Ist die Feststellungsklage jedoch zudem **auch unbegründet**, so kann das Gericht statt ein Prozessurteil zu erlassen, die Klage **auch durch Sachurteil** als unbegründet zurückweisen und damit eine weitere Klagemöglichkeit nehmen (vgl. BGH NJW 1987, 2808, 2809; BGH NJW-RR 2001, 957).

**Hinweis:** Von dieser Möglichkeit sollte bei Aufgabenstellungen zur Prüfungszwecken möglichst kein Gebrauch gemacht werden, da die Prüfung des Feststellungsinteresses häufig unbedingt gewünscht ist.

Ein Feststellungsinteresse besteht nur, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Unsicherheit droht der **Rechtsposition** insbesondere, wenn der **Beklagte** sie **verletzt** oder **ernstlich bestreitet** (BGH NJW 1977, 1881; BGH, NJW 1984, 1118; BGH NJW 1986, 2507). Ein Feststellungsinteresse besteht aber auch, wenn sich der Beklagte **eines Anspruchs** gegen den Kläger **berühmt** (vgl. BGH NJW 1984, 1754; BGH NJW 1995, 2032, 2033). Allerdings muss aus der Unsicherheit eine **gegenwärtige Gefahr** resultieren.

## bb) Subsidiarität

Die Feststellungsklage ist nicht grundsätzlich subsidiär. Ein Feststellungsinteresse besteht aber nach h.M. dann nicht, wenn um ein Rechtsverhältnis gestritten wird und der Kläger auch sofort Leistungsklage erheben und damit einen **vollstreckbaren Titel** erlangen könnte, da er dann **kein schutzwürdiges Interesse** daran hat, die **Gerichte mehrfach** mit seiner Angelegenheit zu befassen (vgl. BGH NJW 1997, 870; BGH NJW 2003, 3274, 3275). Dies ist insbesondere relevant bei einer Feststellungsklage auf das Bestehen eines Rechtsverhältnisses aus dem schon aktuell Ansprüche hergeleitet werden können und sollen.

**Trotz Möglichkeit einer Leistungsklage** kann jedoch in bestimmten Fällen gleichwohl **ausnahmsweise** ein Feststellungsinteresse für eine Leistungsklage bestehen. Dies ist der Fall, wenn zu erwarten ist, dass das **Feststellungsurteil respektiert** wird, **Schwierigkeiten mit Substantiierung** des Schadens oder **Bezifferung** der Schadenshöhe bestehen oder **auf künftige Leistung** geklagt wird.

## B. Feststellungsinteresse des Mieters hinsichtlich der Unwirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel (BGH in BeckRS 2010 04004)

**Fall:** Die Kläger mieteten vom Beklagten mit Vertrag vom 09.05.1996, der als "Mietvertrag für Gewerberäume" bezeichnet ist, eine Wohnung mit einem Büroraum in B. Unter § 2 des Vertrags ("Mietzeit") wurde vereinbart, dass das Mietverhältnis am 30.09.2001 endet und sich jeweils um ein Jahr verlängert, wenn es nicht sechs Monate vor Ablauf gekündigt wird. § 4 Nr. 3, § 12, § 13 und § 23 des

Vertrages sowie eine gesondert unterschriebene Anlage zum Mietvertrag enthalten Vereinbarungen über vom Mieter durchzuführende Schönheitsreparaturen.

Die Kläger kündigten das Mietverhältnis erstmals zum 30.09.2002, baten aber mit Schreiben vom 06.09.2002 um eine Fortsetzung des Mietverhältnisses zu den bisherigen Bedingungen, jedoch mit einer Kündigungsfrist von nur noch drei Monaten. Der Beklagte stimmte mit Schreiben vom 17.09.2002 einer Fortsetzung des Mietverhältnisses mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zu.

Mit Schreiben vom 27.04.2006 kündigten die Kläger das Mietverhältnis zum 31.07.2006. Darin forderten sie den Beklagten auf, bis zum 08.05.2006 schriftlich sein Einverständnis mit der Beendigung des Mietverhältnisses zum 31.07.2006 zu erklären; weiter vertraten sie die Auffassung, dass die in den §§ 12 und 23 des Mietvertrags enthaltenen Schönheitsreparaturklauseln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unwirksam seien. Der Beklagte beantwortete das Schreiben nicht. Daraufhin wiederholten die Kläger mit Anwaltsschreiben vom 11.05.2006 ihre Aufforderung, ihnen spätestens bis zum 16.05.2006 zu bestätigen, dass der Beklagte die Kündigung zum 31.07.2006 akzeptiere; darüber hinaus forderten sie den Beklagten auf, bis zu diesem Zeitpunkt rechtsverbindlich mitzuteilen, dass er nicht auf einer Ausführung von Schönheitsreparaturen im Zusammenhang mit der Beendigung oder wegen während der Mietzeit nicht erfolgter Schönheitsreparaturen bestehen werde. Auch auf dieses Schreiben reagierte der Beklagte nicht.

Die Kläger haben mit ihrer Klage - soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse - zunächst dass die Kläger nicht verpflichtet sind, in der Restlaufzeit des Mietvertrages oder anlässlich der Beendigung des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen innerhalb der Mieträume oder an den Fenstern, Balkontür und Balkongitteranstrich außen auszuführen.

Die Kläger begehren mit ihrer Klage die Feststellung, dass das Mietverhältnis zwischen den Parteien nach dem "Mietvertrag für Gewerberäume" vom 09.05.1996 aufgrund der durch die Kläger ausgesprochenen Kündigung mit Schreiben vom 27.04.2006 mit Wirkung zum 31.07.2006, hilfsweise zu einem späteren Termin, beendet ist und die Feststellung, dass sie nicht verpflichtet sind, in der Restlaufzeit des Mietvertrages oder anlässlich der Beendigung des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen innerhalb der Mieträume oder an den Fenstern, Balkontür und Balkongitteranstrich außen auszuführen. Sind diese Feststellungsbegehren zulässig?

## I. Feststellungsinteresse bezüglich des Zeitpunkts der Vertragsbeendigung

Die von den Klägern begehrte Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis aufgrund der Kündigung vom 27.04.2006 zum 31.07.2006 endet, ist zwar einer **Feststellungsklage zugänglich**, weil es sich hierbei um die **Feststellung der zeitlichen Begrenzung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses** im Sinne des § 256 I ZPO handelt.

*„Es fehlt jedoch an dem für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage darüber hinaus erforderlichen **Feststellungsinteresse** auf Seiten der Kläger. Hierfür reicht ein allgemeines Klärungsinteresse nicht aus (Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 256 Rn 7). Ein **rechtliches Interesse** an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist nur gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige **Gefahr der Unsicherheit droht** und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (st. Rspr.; BGHZ 69, 144, 147; BGH, Urteile vom 07.02.1986 - V ZR 201/84, NJW 1986, 2507, unter II 1, und vom 16.09.2008 - VI ZR 244/07, NJW 2009, 751, Tz. 13). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.“* (BGH aaO)

### 1. keine Unsicherheit nach den Vertragsvereinbarungen

Hinsichtlich der **Beendigung des Mietverhältnisses** zum 31.07.2006 bestand **keine** vom Beklagten verursachte **Unsicherheit**, die Anlass für eine gegen den Beklagten gerichtete Feststellungsklage gegeben hätte.

*„Die Parteien hatten sich bei der Fortsetzung des Mietverhältnisses über den 30.09.2002 hinaus auf eine **Verkürzung der Kündigungsfrist auf drei Monate geeinigt**. Der Beklagte hatte sich mit der von den Klägern gewünschten Verkürzung in seinem Schreiben vom 17.09.2002 **ausdrücklich einverstanden erklärt**. Für die Kläger bestand deshalb im Zeitpunkt des Kündigungsschreibens vom 27.04.2006 **kein Anlass zu der Annahme**, der Beklagte werde ihnen das **Recht**, das einvernehmlich fortgesetzte Mietverhältnis **mit dreimonatiger Frist zu kündigen, bestreiten**.“* (BGH aaO)

### 2. keine Unsicherheit wegen fehlender Reaktion auf Anschreiben

Die Kläger hatten Beklagten mit Schreiben vom 27.04.2006 und nachfolgendem Schreiben vom 11.05.2006 dazu aufgefordert, sein **"Einverständnis" mit der Beendigung des Mietverhältnisses** zum 31.07.2006 zu erklären.

„Dazu war der Beklagte nicht verpflichtet. Die von den Klägern dem Beklagten abverlangte Einverständniserklärung hätte zur Folge gehabt, dass das Mietverhältnis zum 31. Juli 2006 - unabhängig von der Wirksamkeit der Kündigung - einvernehmlich aufgehoben worden wäre. Einen **Anspruch auf eine einvernehmliche Aufhebung** des Mietverhältnisses hatten die Kläger gegenüber dem Beklagten nicht.

Der Beklagte war auch nicht verpflichtet, zu den in den Schreiben vom 27.04.2006 und 11.05.2006 enthaltenen Ausführungen der Kläger zur Rechtsnatur des Mietverhältnisses und den sich daraus nach Auffassung der Kläger ergebenden Konsequenzen für die Kündigungsfrist Stellung zu nehmen. Diese **Ausführungen lagen neben der Sache**, weil sich der Beklagte mit einer Verkürzung der Kündigungsfrist anlässlich der Fortsetzung des Mietverhältnisses **ausdrücklich einverstanden erklärt** hatte.“ (BGH aaO)

## II. Feststellungsinteresse bezüglich der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen

Der Mietvertrag vom 09.05.1996 enthält eine Reihe vorformulierter Klauseln, deren Wirksamkeit die Kläger mit Recht in Frage stellten.

„Nachdem die Kläger das Mietverhältnis gekündigt hatten und ihr Auszug aus der Wohnung bevorstand, hatten diese ein **berechtigtes Interesse an alsbaldiger Klärung** der Frage, ob sie zur **Durchführung von Schönheitsreparaturen verpflichtet** sind. Denn sie mussten sich vor Beendigung des Mietverhältnisses entscheiden, ob sie aufgrund der Vertragsklauseln die Schönheitsreparaturen selbst durchführen, und dafür gegebenenfalls entsprechende Dispositionen treffen. Es war ihnen **nicht zuzumuten**, es darauf ankommen zu lassen, ob der Beklagte sie nach ihrem Auszug auf Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen in Anspruch nimmt. Denn die vom Vermieter **ersatzweise veranlasste Durchführung von Schönheitsreparaturen** wird für den Mieter **erfahrungsgemäß teurer** als die Durchführung von Schönheitsreparaturen durch den Mieter selbst.

Unter diesen Umständen durften die **Kläger erwarten**, dass sich der Beklagte auf ihr Schreiben vom 11.05.2006 **alsbald dazu äußert**, ob er von den Klägern die **Durchführung von Schönheitsreparaturen verlangt** oder nicht. Nachdem der Beklagte das Schreiben vom 11.05.2006 auch hinsichtlich der Frage der Schönheitsreparaturen **unbeantwortet gelassen** hatte, hatten die Kläger **Grund zu der Annahme**, dass der Beklagte die ihm im Vertrag eingeräumten **Ansprüche geltend machen** werde.

Damit hatten die Kläger das für eine **negative Feststellungsklage** erforderliche **Interesse an alsbaldiger Feststellung**, dass dem Beklagten diese **Ansprüche nicht zustehen**.“ (BGH aaO)

Allerdings hat sich der Beklagte gegenüber den Klägern auch nicht ausdrücklich solcher Ansprüche berührt. Fraglich ist, ob deshalb ein Feststellungsinteresse für eine **negative Feststellungsklage** entfällt.

„Zwar entsteht bei einer negativen Feststellungsklage das erforderliche Feststellungsinteresse des Klägers regelmäßig aus einer vom Beklagten aufgestellten Bestandsbehauptung ("Berührung") der vom Kläger verneinten Rechtslage (st. Rspr.; BGHZ 91, 37, 41; BGH, Urteile vom 22. März 1995 - XII ZR 20/94, NJW 1995, 2032, unter 3 a, und vom 16. September 2008, aaO, Tz. 14). Dies setzt jedoch eine **ausdrückliche Berührung** seitens des Beklagten **nicht in jedem Fall** voraus; ein Feststellungsinteresse kann vielmehr bereits dann gegeben sein, wenn der **Kläger befürchten** muss, dass ihm der Beklagte aufgrund seines vermeintlichen Rechts ernstliche Hindernisse entgegenzusetzen wird. Das ist vor allem dann der Fall, wenn **der Beklagte mit einer nach Treu und Glauben zu erwartenden eindeutigen Erklärung zurückhält** (BGH, Urteil vom 16. September 2008, aaO, m.w.N.). Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, da der Beklagte sich auf die Aufforderung der Kläger vom 11.05.2006 nicht dazu erklärt hat, ob er von den Klägern die Durchführung von Schönheitsreparaturen verlangen will. Eine **solche Erklärung durften die Kläger nach Treu und Glauben erwarten**, weil der vom Beklagten verwendete Formularmietvertrag möglicherweise unwirksame Klauseln über die Verpflichtung der Kläger zur Vornahme von Schönheitsreparaturen enthielt und die Kläger, wie ausgeführt, vor Beendigung des Mietverhältnisses Dispositionen treffen mussten, wenn sie die Schönheitsreparaturen bei etwa bestehender Verpflichtung selbst durchführen wollten. Sie hatten deshalb ein berechtigtes Interesse daran, die **Frage ihrer Verpflichtung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen vor ihrem Auszug zu klären** und dementsprechend vom Beklagten zu erfahren, ob er sie in Anspruch nehmen will.“ (BGH aaO)

**Ergebnis:** Die Kläger haben ein Feststellungsinteresse nur hinsichtlich der fraglichen Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen. Die Klage ist ansonsten unzulässig.

ZPO  
§ 811 I Nr. 5**Unpfändbarkeit eines Pkw  
auch bei Benötigung durch Ehegatten**

ZPO

(BGH in WM 2010, 471; Beschluss vom 28.01.2010 – VII ZB 16/09)

1. Die Pfändungsschutzvorschriften dienen dem **Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen** im öffentlichen Interesse.
2. Sie sind **Ausfluss der in Art. 1 GG und Art. 2 GG garantierten Menschenwürde bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit** und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen **Sozialstaatsprinzips** (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 I GG).
3. Auch solche Gegenstände sind nach § 811 I Nr. 5 ZPO pfändungsfrei, welche der Ehegatte des Schuldners zur Fortführung der Erwerbstätigkeit benötigt.
4. Dies kann auch ein **Pkw** für den **Weg zur Arbeit** sein, wenn die Inanspruchnahme öffentlicher Verkehrsmittel **im konkreten Einzelfall unzumutbar** ist.

**Fall:** G betreibt aus drei Vollstreckungstiteln wegen einer Forderung von insgesamt 2.459,79 € die Zwangsvollstreckung gegen S.

S ist erwerbsunfähig und bezieht eine Rente in Höhe von etwa 840,00 € netto. Sie lebt zusammen mit ihrem Ehemann und drei Kindern im Alter zwischen 14 und 18 Jahren in dem Dorf K. Der Ehemann der S ist in der Kreisstadt N. beschäftigt mit regelmäßigen Arbeitszeiten von 7.00 Uhr bis 15.45 Uhr, ab und zu auch bis 17.30 Uhr. Für die Fahrten zur Arbeitsstelle verwendet er einen Pkw Ford Mondeo, Baujahr 1994, den er am 29.04. 2006 zum Preis von 1.900,00 € erworben hat. Der Pkw ist auf die Schuldnerin zugelassen.

G hat die Gerichtsvollzieherin beauftragt, diesen Pkw zu pfänden. Die Gerichtsvollzieherin hat den Auftrag abgelehnt. Hiergegen hat G Vollstreckungserinnerung beim zuständigen Amtsgericht eingelegt. Wird diese Erfolg haben?

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

**I. Zulässigkeit der Vollstreckungserinnerung****1. Vorliegen der Prozessvoraussetzungen und der allgemeinen Sachentscheidungsvoraussetzungen**

Nach § 766 I ZPO ist das Vollstreckungsgericht, d.h. das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Vollstreckungsverfahren stattgefunden hat oder stattfinden soll (§ 764 II ZPO), gem. § 802 ZPO ausschließlich zuständig. Dort entscheidet der Richter (vgl. § 20 Nr. 17 S. 2 RPflG). Die Vollstreckungserinnerung wurde hier beim zuständigen Amtsgericht eingelegt.

**b) Statthaftigkeit**

Die Vollstreckungserinnerung ist nach § 766 II 1. Alt. ZPO statthaft, wenn der Gläubiger sich **gegen Weigerung des Gerichtsvollziehers in Bezug auf den Zwangsvollstreckungsauftrag wendet**. Dies ist hier der Fall, da der Gerichtsvollzieher sich weigert, in den Pkw der S zu vollstrecken.

**c) Erinnerungsbefugnis**

Sie ist gegeben, wenn der Erinnerungsführer nach seinem Vortrag **beschwert** ist. Der **Gläubiger** ist immer dann beschwert, wenn das Vollstreckungsorgan seinen **Auftrag nicht, nicht dem Antrag gemäß oder verzögert durchführt**. G ist demnach erinnerungsbefugt.

**d) Rechtsschutzbedürfnis**

Das Rechtsschutzbedürfnis besteht grundsätzlich **vom Beginn der Zwangsvollstreckung bis zu deren vollständiger Beendigung**. Für den **Gläubiger** besteht das Rechtsschutzbedürfnis wegen § 766 II 1. Alt. ZPO bereits dann, wenn sich der Gerichtsvollzieher weigert, den Vollstreckungsauftrag zu übernehmen. Dies ist der Fall.

## II. Begründetheit der Vollstreckungserinnerung

Die Erinnerung ist begründet, wenn die **Weigerung** des Gerichtsvollziehers **rechtsfehlerhaft** war, der Gerichtsvollzieher also Pkw der S für G hatte pfänden verwerfen müssen. Dazu müssen die Voraussetzungen für eine Sachpfändung vorliegen.

### 1. Zuständigkeit

**Sachlich zuständig** für die Vollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen ist nach § 808 I ZPO der **Gerichtsvollzieher** als **selbständiges Organ** der **Rechtspflege**.

G will hier wegen Geldforderungen in das bewegliche Vermögen der S vollstrecken, so dass der Gerichtsvollzieher das zuständige Vollstreckungsorgan ist.

## II. Allgemeine Vollstreckungsvoraussetzungen

Es müssen die allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen (Titel, Klausel, Zustellung) vorliegen. Auch bedarf es einer **ordnungsgemäßen Beauftragung**, die sowohl schriftlich als auch mündlich erfolgen kann. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

## III. Besondere Anforderungen an die Sachpfändung

### 1. vorherige Leistungsaufforderung an den Schuldner

Der Gerichtsvollzieher ist grundsätzlich gehalten, den Schuldner vor der Pfändung **zur freiwilligen Leistung aufzufordern** (§ 754 ZPO / § 105 Nr. 2 GVGA). Wird die Schuld beglichen, so händigt der Gerichtsvollzieher dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung mit darauf gesetzter Quittung nach § 757 I ZPO aus.

### 2. Pfändung durch den Gerichtsvollzieher

Zahlt der Schuldner auf die Leistungsaufforderung nicht oder nur teilweise, pfändet der Gerichtsvollzieher unter Beachtung besonderer Vorgaben.

Der Sachpfändung unterliegen nach § 808 I ZPO nur körperliche Sachen. Die Pfändung nach § 808 I ZPO kann nur erfolgen, wenn die zu pfändenden Sachen sich im Gewahrsam des Schuldners befinden oder eine besitzender Dritter nach § 809 ZPO zur Herausgabe bereit ist. Der Pkw befindet sich im Gewahrsam der S, so dass die Voraussetzungen für eine Sachpfändung grundsätzlich vorliegen.

### 3. Beachtung der Pfändungsverbote

Neben den allgemeinen Vollstreckungshindernissen (z.B. §§ 775 ZPO oder § 89 InsO) hat der Gerichtsvollzieher auch die besonderen Vollstreckungshindernisse bei der Sachpfändung zu beachten. Bei einem Verstoß kann der Schuldner die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO erheben. Zu diesen besonderen Vollstreckungshindernissen gehören auch die Pfändungsverbote. Nach § 811 ZPO unterliegen solche Gegenstände nicht der Pfändung, die der Schuldner für seine Lebensführung, seine Berufstätigkeit oder für den Unterhalt seiner Familie benötigt.

Hier könnte der Pkw der S nach § 811 I Nr. 5 ZPO unpfändbar sein. Nach dieser Vorschrift sind bei Personen, die aus ihrer körperlichen oder geistigen Arbeit oder sonstigen persönlichen Leistungen ihren Erwerb ziehen, die zur Fortsetzung dieser Erwerbstätigkeit erforderlichen **Gegenstände unpfändbar**. Allerdings ist erwerbsunfähig, so dass sie den Pkw für eine eigene Erwerbstätigkeit nicht benötigt.

#### a) Kreis der geschützten Personen

Fraglich ist daher, ob dem Pfändungsverbot des § 811 I Nr. 5 ZPO auch solche Gegenstände unterliegen, welche der Ehegatte des Schuldners

zur Fortführung seiner Erwerbstätigkeit benötigt. Diese Frage ist umstritten.

#### aa) bisheriger Streitstand

##### (1) überwiegende Auffassung: Ehegatte umfasst

„Nach der **überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur** greift § 811 I Nr. 5 ZPO auch dann ein, wenn der beim Schuldner zu pfändende Gegenstand von seinem Ehegatten für eine eigene Erwerbstätigkeit benötigt wird (OLG Hamm, DGVZ 1984, 138; LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, 101; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rn 24; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rn 55; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rn 32; MüKo/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rn 39; Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rn 17; PG/Flury, ZPO, § 811 Rn 27; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rn 34).“ (BGH aaO)

##### (2) abweichende Auffassung: nur Schuldner erfasst

„Nach anderer, vor allem am **Wortlaut der Norm orientierter Ansicht** soll § 811 I Nr. 5 ZPO allein für den Schuldner gelten (OLG Stuttgart, DGVZ 1963, 152; LG Augsburg, Rpfleger 2003, 203; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 811 Rn 25; HK-ZPO/Kemper, 3. Aufl., § 811 Rn 23; Müller, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, S. 40 ff.).“ (BGH aaO)

#### bb) Auffassung des BGH

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung der bislang h.M. angeschlossen und hält Gegenstände auch dann nach § 811 I Nr. 5 für unpfändbar, wenn der Ehegatte des Schuldners diese für die Fortführung seiner Erwerbstätigkeit benötigt.

##### (1) teleologische Auslegung

„Dafür spricht der Gesetzeszweck. Die Pfändungsverbote des § 811 I ZPO dienen dem **Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen** im öffentlichen Interesse und beschränken die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen mit Hilfe staatlicher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Sie sind **Ausfluss der in Art. 1 GG und Art. 2 GG garantierten Menschenwürde** bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen **Sozialstaatsprinzips** (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). Dem Schuldner und seinen Familienangehörigen soll durch sie die **wirtschaftliche Existenz** erhalten werden, um - unabhängig von Sozialhilfe - ein bescheidenes, der Würde des Menschen entsprechendes Leben führen zu können (BGH, Beschluss vom 19.03.2004 - IXa ZB 321/03, NJW-RR 2004, 789 = FamRZ 2004, 870).

Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens soll durch § 811 I Nr. 5 ZPO erreicht werden, dass der **Schuldner seine Arbeitskraft** für sich und seine Familienangehörigen einsetzen kann; er soll auch künftig den Unterhalt für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften erwirtschaften können (MüKo/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rn 34; Wieczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rn 30; Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rn 17). Letztlich schützt § 811 I Nr. 5 ZPO daher auch den **Unterhalt** der Familie (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rn 24; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rn 55; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rn 32 m.w.N.).“ (BGH aaO)

Dieser **Schutz der Familie** wäre **unvollkommen**, wenn auch die Gegenstände gepfändet werden könnten, die der **Ehegatte** des Schuldners für eine Erwerbstätigkeit benötigt, die den **Familienunterhalt sichert**.

„Ihm würde es dadurch unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert, seiner Unterhaltsverpflichtung aus § 1360 BGB nachzukommen. Die **wirtschaftliche Existenz der Familie** wäre **in gleicher Weise gefährdet** wie bei einer Pfändung beim erwerbstätigen Schuldner. Welcher Ehegatte den zu pfändenden Gegenstand für seine Erwerbstätigkeit benötigt, kann daher im Rahmen des § 811 I Nr. 5 ZPO nicht entscheidend sein. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass ansonsten der Schuldner gesetzlich besser geschützt wäre als der nicht schuldende Ehegatte, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt (OLG Hamm, DGVZ 1984, 138, 140; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rn 55). Dieses Ergebnis ist mit

*Sinn und Zweck des § 811 ZPO nicht in Übereinstimmung zu bringen.*“ (BGH aaO)

## (2) Wortlautauslegung

Der Wortlaut von § 811 I ZPO zwingt nicht zu einer anderen Auslegung.

*„Zwar ist es richtig, dass die **Familie des Schuldners** in den Nummern 1, 2, 3, 4, 4 a, 10 und 11 **ausdrücklich genannt** ist, während in Nummer 5 nur vom Schuldner die Rede ist. Daraus **folgt jedoch nicht**, dass der Gesetzgeber eine **erweiternde Auslegung** dieser Vorschrift nicht zulassen wollte, die sich am **Schutz der Familie** und am **Sozialstaatsprinzip** orientiert. Eine solche Wertung kann weder direkt aus § 1362 BGB noch daraus abgeleitet werden, dass gemäß § 739 ZPO für den Fall der Eigentumsvermutung des § 1362 BGB unbeschadet der Rechte Dritter für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer gilt. Diese Regelungen erleichtern den Gläubigern eines Ehegatten den Zugriff auf dessen Vermögen (BGH, Urteil vom 26. November 1975 - VIII ZR 112/74, NJW 1976, 238, 239) und die Zwangsvollstreckung gegen den schulden Ehegatten. Sie **schalten jedoch nicht die sozialpolitisch motivierten** Regelungen des § 811 ZPO aus (LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, 101 mit Anm. Mümmler). Mit der Anwendung des § 811 ZPO wird **§ 739 ZPO** entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart (DGVZ 1963, 152, 153) **nicht sinnentleert**. Diese Regelung kommt in vollem Umfang zur Geltung. Die Pfändungsmöglichkeit wird **lediglich unter mit dem Gewahrsam nicht zusammenhängenden Gesichtspunkten eingeschränkt**. Unerheblich ist, aus welchen Gründen nicht derjenige Eigentümer ist, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit nutzt. Selbst wenn die Schuldnerin deshalb Eigentümerin des Fahrzeugs sein sollte, weil ihr Ehemann sich in einem Insolvenzverfahren befand und noch Kraftfahrzeugsteuerrückstände hatte, ändert das nichts daran, dass er das Fahrzeug zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benutzt.“* (BGH aaO)

### b) Notwendigkeit des Pkw für die Erwerbstätigkeit

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Ehemann der S den Pkw für die Fortführung seiner Erwerbstätigkeit benötigt. Dies ist anzunehmen, wenn er den Pkw **für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt** (OLG Hamm, DGVZ 1984, 138, 140). Voraussetzung ist jedoch, dass das Kraftfahrzeug für die Beförderung erforderlich ist.

*„Das ist nicht der Fall, wenn der **Arbeitnehmer in zumutbarer Weise öffentliche Verkehrsmittel benutzen** kann (MüKo/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rn. 62). Inwieweit die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar ist, ist eine **Frage des Einzelfalles**, die unter Berücksichtigung der **Verhältnisse des Schuldners**, der **öffentlichen Verkehrsanbindung** und des **Arbeitsverhältnisses** zu entscheiden ist. Dabei kann auch eine Rolle spielen, dass es dem Schuldner nach Beendigung der Arbeit in der Regel nicht zuzumuten ist, **ungewöhnlich lange auf Bus oder Bahn für den Weg nach Hause zu warten** (Schusch-ke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rn 34 m.w.N.).*

*Ohne Verfahrensfehler hat das Beschwerdegericht diese Voraussetzungen als gegeben angesehen. Es ist dabei davon ausgegangen, dass der Ehemann gelegentlich nicht nur eine Busverbindung zu seinem normalen Arbeitszeitende um 15:45 Uhr, sondern auch um 17:30 Uhr benötige und es ihm nicht zuzumuten sei, **zu dieser Zeit stundenlang auf ein öffentliches Verkehrsmittel zu warten**, wenn es überhaupt noch verkehre. Weiter ist es aufgrund der Ausführungen des Amtsgerichts davon ausgegangen, dass **öffentliche Verkehrsmittel** zur Realisierung der Arbeitszeit des Ehemanns der Schuldnerin **nicht zur Verfügung stünden**. Daraus kann ohne weiteres entnommen werden, dass es dem Ehemann der Schuldnerin, so er denn **um 17:30 Uhr seinen Heimweg antreten muss, nicht zuzumuten** ist, öffentliche Verkehrsmittel in Anspruch zu nehmen. Die **genauen Abfahrzeiten** der öffentlichen Verkehrsmittel sind zwar **nicht mitgeteilt**, jedoch ergibt sich aus den Ausführungen der Vorinstanzen, dass der Ehemann der Schuldnerin entweder **stundenlang warten** muss oder überhaupt **keine Busse mehr fahren**.“* (BGH aaO)

**Ergebnis:** Der Pkw ist nach § 811 I Nr. 5 ZPO unpfändbar, so dass der Gerichtsvollzieher die Pfändung verweigern musste und die Vollstreckungserinnerung unbegründet ist.

StGB  
§ 66b I 1

## nachträgliche Sicherungsverwahrung Voraussetzungen

StrafR

(OLG München in StV 2010, 193; Beschluss vom 07.05.2009 – 2 Ws 209/09)

1. Für die **Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung** müssen - abgesehen von formellen Voraussetzungen - neben der Gefährlichkeit auch „**neue Tatsachen**“ vorliegen.
2. Eine **neue sachverständige Bewertung derselben Tatsachen** mit dem Ergebnis einer veränderten Diagnose **stellt keine neue Tatsache dar**, auch wenn sich zwischenzeitlich der Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis über die Aussagekraft von Anknüpfungstatsachen geändert hat.

**Fall:** Der bereits einschlägig vorbestrafte Angekl. war im Ausgangsverfahren im Jahr 1995 wegen zweifacher Vergewaltigung verurteilt worden. Eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung war seinerzeit vom Gericht abgelehnt worden, nachdem der psychiatrische Sachverständige bei dem Angekl. keinen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten festgestellt hatte. Im Jahr 2003 erfolgte eine erneute Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen. Dieser schloss aus den begangenen Sexualdelikten nunmehr auf eine schwerwiegende sexuelle Deviation und stellte die Prognose, dass es zu weiteren Sexualstraf-taten ähnlicher Art und Schwere kommen könnte. Die Staatsanwaltschaft beantragte daraufhin die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.

**Fraglich ist, wann „neue Tatsachen“ i.S. des § 66b I 1 StGB vorliegen**, die die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung rechtfertigen.

I. Nach dem eindeutigen **Willen des Gesetzgebers**, der in § 66 b StGB zum Ausdruck kommt, müssen für die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung - abgesehen von formellen Voraussetzungen - neben der **Gefährlichkeit** auch „**neue Tatsachen**“ vorliegen.

1. Nach in **Rspr. und Lit.** einheitlich vertretener Auffassung erfordert das Verfahren zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gem. § 66b I u. II StGB, dass **nach der Verurteilung** wegen einer der in § 66b StGB genannten Taten, aber **vor dem Ende des Strafvollzugs neue Tatsachen** – sog. „nova“ - **erkennbar werden**, die auf eine **erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit** hinweisen.

Den sog. „nova“ kommt damit für die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung eine zentrale Bedeutung zu (BGHSt 51, 185). Sie sind die formelle Voraussetzung dafür, dass ein Verfahren mit dem Ziel nachträglicher Anordnung der Sicherungsverwahrung überhaupt eingeleitet werden darf. In materieller Hinsicht muss sich in ihnen die hangbedingte Gefährlichkeit des Verurteilten widerspiegeln (BGHSt 50, 275).

- a) Umstände, die für den ersten Tatrichter erkennbar waren oder bei angemessener Sachverhaltsaufklärung hätten erkennbar sein müssen, **scheiden daher als neue Tatsachen i. S. des § 66b StGB aus** (BGHSt 50, 284; BGH NStZ 2005, 561; BGH StV 2007, 29).

Es genügt daher grds. nicht, wenn - bereits im Ausgangsverfahren bekannte oder erkennbare - Tatsachen eine Neu- oder Umbewertung erfahren (BGHSt 50, 275; StV 2007, 29).

- b) Auch **Tatsachen**, die zwar **nach der Anlassverurteilung auftreten**, die aber einen bereits im Ausgangsverfahren **bekanntem Zustand lediglich bestätigen**, sind **nicht neu i. S. von § 66b StGB**.

Dies gilt insbes. für persönlichkeits- oder krankheitsbedingte Auffälligkeiten bei dem Verurteilten, die sich in seinem Verhalten nach der Anlassverurteilung lediglich fortsetzen; sie können ausnahmsweise und nur dann als neu angesehen werden, wenn sie belegen, dass eine bekannte Störung sich in nicht vorhersehbarer Weise vertieft oder verändert hat, und sie die Ge-

fährlichkeit des Verurteilten deshalb in einem grds. anderen Licht erscheinen lassen (vgl. BVerfG StV 2006, 574).

2. Angesichts des mit der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung verbundenen Eingriffs in die Rechtskraft des Ausgangsurteils und des hohen verfassungsrechtlichen Rangs des Freiheitsgrundrechts des Betroffenen ist das **Vorliegen einer erheblichen neuen Tatsache sorgfältig zu prüfen**. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nur bei einer geringen Anzahl denkbarer Fälle in Betracht kommen (BT-Drucksache 15/2887, S. 10; BVerfGE 109, 190).
- II. Gemessen an diesen Maßstäben liegen hier keine „neuen Tatsachen“ i. S. von § 66b II StGB vor.
1. Der **Hang des Verurteilten zu erheblichen Straftaten ist eine Tatsache** und keine bloße Bewertung.

„Hang“ ist nach Ansicht des BVerfG eine „psychologische Tatsache“ (BVerfG NJW 2006, 3483), nach Auffassung des BGH eine „auf charakterliche Anlage beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung zu Rechtsbrüchen“ (Fischer, StGB, 56. Auflage, § 66 Anmerkung 24 m.w.N.).

Dabei ist die **Feststellung der psychologischen Tatsache** eines Hang zu erheblichen Straftaten **nicht gleichbedeutend mit der von § 66b I u. II StGB geforderten Prognose der künftigen Begehung erheblicher Straftaten**, kann aber eine Basistatsache für eine solche Prognose darstellen. Die Feststellung dieses Zustands ist im Grunde auch keine empirische Aufgabe, welche vollständig an einen Sachverständigen delegiert werden kann. Sie setzt nach st. Rspr. eine Gesamtwürdigung durch das Gericht voraus.

*„Das Landgericht München II hatte in seinem Urteil [im Ausgangsverfahren] in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Prof. Dr. N. einen **Hang zu erheblichen Straftaten i. S. des § 66 I u. II StGB ausdrücklich verneint**. Im Übrigen scheiterte die Anordnung der Sicherungsverwahrung im damaligen Verfahren bereits an formellen Voraussetzungen.*

*Der im nunmehrigen Verfahren zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung als sachverständiger Zeuge gehörte Gutachter Prof. Dr. N. hat ausgeführt,*

*„dass er mit dem im früheren Verfahren aus dem Jahre 1995 erstellten Gutachten primär ein Gutachten zur Schuldfähigkeit des Antragsgegners erstatten sollte. Er sei in der Hauptverhandlung dann tatsächlich auf einen Hang zu Straftaten des Angeklagten im Hinblick auf eine Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB angesprochen worden und habe solchen verneint.*

*Er würde sich gegenwärtig nicht mehr so äußern, weil er zwischenzeitlich den Hang i. S. des § 66 StGB als einen juristischen Begriff ansehe, zu dem er sich als Psychiater nicht äußern könne.*

*Zutreffend sei aber, dass zum Zeitpunkt der Verurteilung 1995 es Stand der Wissenschaft gewesen sei, eine Wiederholungsgefahr nur dann anzunehmen, wenn zwischen zwei einschlägigen Taten, wie vorliegend, auch positive Befunde über Auffälligkeiten im Sexualleben getroffen werden könnten. Da nach Angaben der Ehefrau des Ag. das Sexualleben jedoch normal verlaufen sei, seien ihm als Anknüpfungspunkte nur die beiden Straftaten des Ag. verblieben, zwischen denen ein Zeitraum von knapp zehn Jahren liege.*

*Nach damaligem Stand der Wissenschaft habe trotz der sadistischen Tendenzen, die in der damaligen Tat aus dem Jahre 1994 zum Ausdruck kamen, dies nicht ausgereicht, eine sexuelle Deviation zu begründen.*

*Inzwischen beurteile sich die Situation nach dem gegenwärtigen Stand der Wissenschaft anders. Grund hierfür sei in wechselseitiger Beeinflussung sowohl der Fortschritt der Wissenschaft wie auch die erhöhte Sensibilisierung der Öffentlichkeit gegenüber Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Für die Annahme einer sexuellen Deviation würde nach dem Stand der Wissenschaft nunmehr das Vorliegen von zwei Straftaten ausreichen.“*

*Der ebenfalls als sachverständiger Zeuge gehörte Prof. Dr. A. schloss sich den Ausführungen von Prof. Dr. N. an und bejahte ebenfalls einen zwischenzeitlichen Wandel der wissenschaftlichen Erkenntnisse.*

*Die Sachverständigen Dr. H. und Dr. K., die nach § 275a IV 2 StPO mit der Erstellung eines psychiatrischen Fachgutachtens beauftragt worden waren, erstatteten ihr Gutachten nach Aktenlage und aufgrund der Hauptverhandlung, weil sich der Verurteilte weiterhin einer Begutachtung verweigert hat.*

*Beide Sachverständige bejahten einen Hang i. S. von § 66b II StGB, wobei aus ihrer Sicht die erneute Beweisaufnahme keine neuen Umstände von Gewicht ergeben hätten.*

*Im Rahmen der Gesamtwürdigung seien insbesondere folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen: Der Ag. sei bereits zweimal wegen eines Aggressionsdeliktes zu langjährigen Freiheitsstrafen verurteilt worden. Zu verzeichnen sei dabei eine Progredienz der Gewalt durch Hinzutreten sadistischer Handlungen, eine Zunahme der Intensität des Handlungsablaufs und der Erniedrigung der Opfer. Ungünstig sei auch zu bewerten die Vorplanung und das Suchverhalten des Ag. bei der letzten Tat. Dies bedinge eine insgesamt ungünstige Prognose mit einer hohen Rückfallwahrscheinlichkeit.*

*Nach Abwägung der Gesamtheit der die Persönlichkeit des Verurteilten prägenden Umstände und seiner Taten besteht nach Ansicht des Senats keinerlei Zweifel an einem Hang des Verurteilten zu erheblichen Straftaten.“ (OLG München aaO)*

2. Dieser **Hang ist allerdings keine neue Tatsache i. S. von § 66b II StGB, vielmehr** handelt es sich um eine „bloße“ **Neubewertung.**

Die neue Bewertung von Umständen bzw. von Anknüpfungstatsachen, die bereits bei der Anlassverurteilung bekannt oder erkennbar waren, stellen keine neuen Tatsachen im Sinne dieser Vorschrift dar (vgl. Fischer, StGB, § 66b Anm. 17 m. w. Nachweisen; BGH NJW 2006, 384; BGH StV 2006, 244; BGH StV 2008, 636).

Auch das bloße Faktum einer (ggf. von früheren Bewertungen abweichenden) **neuen Diagnose oder (Prognose-)Beurteilung** in einem Sachverständigengutachten **stellt keine neue Tatsache dar.**

*„Die Sachverständigen Dr. H. und Dr. K. legten ihren Gutachten dieselben Erkenntnisse zugrunde, die auch bereits in das Gutachten von Prof. Dr. N. bei der Anlassverurteilung eingeflossen sind. Sämtliche Anknüpfungspunkte für die Bewertung eines Hangs waren bereits in der Anlassverurteilung bekannt und erkennbar. Gewandelt hat sich lediglich der Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis über die Aussagekraft zweier einschlägiger Sexualdelikte.*

*Auch die sachverständig festgestellte Diagnose einer sexuellen Deviation mit pädophilen und sadistischen Anteilen gemäß der internationalen Klassifikation psychischer Störungen stellt keine neue Tatsache i. S. von § 66b II StGB dar.*

*Der Sachverständige Prof. Dr. N. gelangte bei der Anlassverurteilung zu dem Ergebnis, dass keine Sexualpathologie solchen Ausmaßes vorliege, die die Annahme einer „anderen seelischen Abartigkeit“ rechtfertigen würde, somit die Voraussetzungen für die Anwendung der §§ 20 und 21 StGB aus psychiatrischer Sicht nicht anzunehmen seien.*

*Demgegenüber bejahten der Sachverständige Prof. Dr. A. im Jahr 2003 sowie die Sachverständigen Dr. H. und Dr. K. im hiesigen Verfahren eine sexuelle Deviation mit pädophilen und sadistischen Anteilen. Diese veränderte Diagnose beruhte jedoch nicht auf neuen Tatsachen, sondern vielmehr auf derselben Grundlage wie das Sachverständigengutachten von Prof. Dr. N., weil der Verurteilte sich mit einer weiteren Begutachtung nicht einverstanden erklärt hatte. Eine neue sachverständige Bewertung derselben Tatsachen mit dem Ergebnis einer veränderten Diagnose stellt allerdings keine neue Tatsache dar (Fischer, StGB, § 66b Anm. 17 m. w. Nachweisen; BGH NJW 2006, 384; BGH StV 2006, 244; BGH StV 2008, 636).“ (OLG München aaO)*

III. **Ergebnis:** Nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers, der in § 66 b StGB klar zum Ausdruck kommt, besteht mangels „neuer Tatsachen“ keine rechtliche Möglichkeit, nachträglich die Sicherungsverwahrung anzuordnen.

Der vom Gericht festgestellten Gefährlichkeit des Verurteilten muss daher nach derzeitiger Rechtslage mit der Maßregel der gesetzlich eingetretenen **Führungsaufsicht** begegnet werden.

(VGH Mannheim in VBIBW 2010, 153; Urteil vom 15.10.2009– 1 S 1997/08)

Für die Annahme einer Wiederholungsgefahr ist **nicht** die **Prognose** erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen **Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände** zugrunde liegen werden, wie dies vor Erledigung des Verwaltungsakts der Fall war. Für das Feststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die **rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns** unter Anwendung der hierfür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können

**A. Grundlagenwissen: Die Zulässigkeit der 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 Sachentscheidungs Voraussetzungen 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 Sachentscheidungs Voraussetzungen** 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. Zulässigkeit der Fortsetzungsfeststellungsklage wegen Wiederholungsgefahr (VGH Mannheim in VBIBW 2010, 153)

**Fall:** Die Klägerin, Veranstalterin eines nichtkommerziellen Hörfunkprogramms, begehrt die Feststellung, dass die Duldung der vorübergehenden Nutzung einer Übertragungskapazität durch einen Mitbewerber rechtswidrig war.

Mit Bescheiden vom 24.11.2003 wies die Beklagte die Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW, die für nichtkommerzielle Hörfunkprogramme (§ 20 I 2 Nr. 3 LMedienG BW) und - mit einem Sendezeitanteil von 45 Wochenstunden - für sogenannte Lernradios (§ 20 I 2 Nr. 4 LMedienG BW) ausgeschrieben worden war, den drei Bewerbern wie folgt zu: Die Übertragungskapazität für ein Lernradioprogramm wurde dem IFM - mit einem Sendezeitanteil von 25 Stunden in den Zeiten von montags bis freitags von 7:00 bis 12:00 Uhr sowie der Beigeladenen mit einem Sendezeitanteil von 20 Stunden in den Zeiten von montags bis donnerstags von 17:00 bis 22:00 Uhr zugewiesen. Der verbleibende Sendezeitanteil von 123 Stunden wurde der Klägerin zur Verbreitung eines nichtkommerziellen Hörfunkprogramms zugewiesen. Gegen die sie beschwerende Zuweisungsentscheidung erhob die Klägerin nach erfolglosem Widerspruch Klage.

Nachdem das IFM im Jahr 2005 den Sendebetrieb aufgrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten eingestellt hatte, verzichtete das IFM mit Schreiben vom 13.04.2006 auf die Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW. Mit einem an die Klägerin und die Beigeladene gerichteten Bescheid vom 27.04.2006 stellte die Beklagte daraufhin diesen Sachverhalt fest (Ziff. 1) und führte aus, dass geduldet werde, dass die Beigeladene ihr Programm gemäß Zulassung vom 24.11.2003 vorübergehend in der Zeit ab dem 01.05.2006 auf zuvor dem IFM zugewiesenen Frequenzen und Sendezeiten verbreite; die Duldung ende mit der Zuweisung der genannten Kapazität nach erfolgter Neuausschreibung und Neulizenzierung (Ziff. 2). Der Antrag der Klägerin wurde abgelehnt (Ziff. 3).

Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 08.08.2006, zugestellt am 10.08.2006, zurück. Die Klägerin hat am 08.09.2006, einem Montag, Klage zum Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben und die Aufhebung der Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Bescheids beantragt. Nachdem die Beklagte im Laufe des Klageverfahrens die Frequenzen in Karlsruhe und Bruchsal neu ausgeschrieben und mit Bescheid vom 13.12.2007 der Beigeladenen zugewiesenen hatte, hat die Klägerin hilfsweise die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids beantragt. Ist die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig?

Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 I 1 VwGO bei einem Streit um Rundfunklizenzen ohne weiteres eröffnet. Vorliegend geht es um die Konstellation der Erledigung der Anfechtung eines belastenden Verwaltungsaktes nach Erhebung der Anfechtungsklage gem. § 113 I 4 VwGO, so dass die Klage auch statthaft ist, da sich durch die Neuzuweisung der vorübergehende Duldungsbescheid erledigt hat und damit nach § 43 II VwVfG unwirksam geworden ist.

Da ein Fall der Erledigung nach Klageerhebung vorliegt, muss die ursprünglich erhobene Klage zulässig gewesen sein. Das erforderliche Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO wurde durchgeführt. Die Klagefrist von einem Monat ab Zustellung des Widerspruchsbescheides (§ 74 VwGO) endete rechnerisch bei Zustellung am 10.08.2006 am 10.09.2006. Dieser Tag fiel jedoch auf einen Sonntag, so dass die Klagefrist nach § 57 II VwGO i.V.m. § 222 II ZPO am 11.09.2006 ablief und die Klage daher noch fristgerecht war.

Fraglich ist jedoch, ob ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht.

### I. Besonderes Interesse wegen Grundrechtseingriff

*„Es spricht allerdings vieles dafür, dass hier nicht schon der geltend gemachte Eingriff in die verfahrensrechtlichen Schutzwirkungen des Grundrechts der Rundfunkfreiheit nach Art. 5 I 2 GG (vgl. Urteil des erk. Senats vom 11.10.2006 - 1 S 1742/04 -, ESVGH 57, 91 [92 f.]) verbunden mit dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz dieses Interesse begründet. Weder dürfte davon auszugehen sein, dass bei einer Verfügung, mit der die Nutzung einer Frequenz vorübergehend geduldet wird, Rechtsschutz in der Hauptsache typischerweise nicht zu erlangen ist (vgl. zu solchen Fallkonstellationen Urteil des erk. Senats vom 14.04.2005 - 1 S 1162/04 -, VBIBW 2005, 431 m.w.N., sowie zuletzt BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 18.09.2008 - 2 BvR 683/08 -, ZIP 2008, 2027 [juris Rz. 15] und vom 20.04.2007 - 2 BvR 203/07 -, BVerfGK 11, 54 [57]), noch dürfte dem Verwaltungsgericht eine rechtsstaatswidrige überlange Verfahrensdauer vorzuhalten sein, aus der Gründe für die Abweisung des Rechtsschutzbegehrens als unzulässig nicht abgeleitet werden dürfen (vgl. hierzu BVerfG, Kammerbeschluss vom 27.12.2006 - 2 BvR 803/05 -, BVerfGK 10, 129 [131 f.]).“ (VGH Mannheim aaO)*

### II. Besonderes Interesse wegen Wiederholungsgefahr

*„Von einer solchen Situation ist auszugehen, wenn die hinreichend bestimmte Wahrscheinlichkeit besteht, dass unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen ein gleichartiger Verwaltungsakt ergehen wird. Wegen des Gebots, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, ist dabei allerdings nicht die Prognose erforderlich, dass einem zukünftigen behördlichen Vorgehen in allen Einzelheiten die gleichen Umstände zugrunde liegen werden, wie dies vor Erledigung des Verwaltungsakts der Fall war. Für das Feststellungsinteresse ist vielmehr entscheidend, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen künftigen Verwaltungshandelns unter Anwendung der hierfür maßgeblichen Rechtsvorschriften geklärt werden können (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 18.12.2007 - 6 C 42.06 -, NVwZ 2008, 571 f.; vom 25.09.2008 - 7 A 4.07 -, NVwZ-RR 2009, 588 [589]; siehe dazu auch Mehde, VerwArch 100 [2009], 432 [437 f.]).“*

*Hiernach scheitert die Annahme einer Wiederholungsgefahr nicht daran, dass sich die Zuweisungsentscheidung in einer Konkurrenzsituation jeweils nach den Verhältnissen des konkreten Einzelfalles richtet. Denn die Meinungsverschiedenheiten der Beteiligten betreffen bereits grundlegende verfahrensrechtliche Fragen der streitigen Duldungsverfügung. Auch vor diesem Hintergrund kann eine Wiederholungsgefahr zwar entgegen dem Vortrag der Klägerin nicht mit der Erwartung begründet werden, dass die Beigeladene die ihr mittlerweile im Anschluss an die vorläufige Zuweisung endgültig bis zum 31.12.2011 zugewiesene Frequenz wegen finanzieller oder inhaltlicher Unzulänglichkeiten zurückgeben oder die Beklagte ein Widerrufsverfahren einleiten wird. Das Programm der Beigeladenen weist keine Defizite auf, die eine solche Annahme rechtfertigen könnten (siehe Beschluss des erk. Senats vom 13.01.2009 - 1 S 2171/08 -). Die Beklagte hat jedoch mittlerweile eine weitere Duldung und wiederum zum Nachteil der Klägerin erteilt. Nachdem das Verwaltungsgericht die mit Bescheid vom 24.11.2003 an die Beigeladene verfügte Zuweisung der Übertragungskapazität Karlsruhe 104,8 MHz, 1 kW, mit einem Sendezeitanteil von 20 Stunden von montags bis donnerstags von 17:00 bis 22:00 Uhr auf die zulässige Klage der Klägerin (vgl. Beschluss des erk. Senats vom 24.11.2008 - 1 S 2546/08) aufgehoben hat, hat die Beklagte diese Frequenz wie auch zuvor ohne vorherige Ausschreibung und ohne Mitwirkung des Medienrats einstweilen der Beigeladenen zur Verfügung gestellt. Ein fortbestehendes Interesse an der rechtlichen Überprüfung des von der Klägerin angefochtenen Bescheids kann hiernach nicht verneint werden.“ (VGH Mannheim aaO)*

**Ergebnis:** Eine Wiederholungsgefahr besteht, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse ist gegeben. Die Umstellung des Antrags auf die Fortsetzungsfeststellungsklage ist daher als stets nach § 91 I VwGO sachdienlich zu erachtende Klageänderung zulässig.



vgl. § 49a VwVfG Bund, § 1 VwVfG Bln i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Bbg., § 49a VwVfG HB, § 49a VwVfG HH, § 49a VwVfG Hess., § 49 VwVfG MV, § 49a VwVfG NW, § 1 I VwVfG Nds i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG RhLPf. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 49a VwVfG Saarl., § 1 VwVfG Sachs. i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 1 I VwVfG LSA i.V.m. § 49a VwVfG Bund, § 117a LVwG SH, § 49a VwVfG Thür.

„Ein zu erstattende Betrag ist nach § 49a III LVwVfG BW v. 21.06.1977 (GBl. S. 227) i. d. F. des Änd.-Gesetzes v. 25.04.1991 (GBl. S. 223), der nach Maßgabe von Art. 8 des zuletzt genannten Gesetzes auf den hier angefochtenen Schlussbescheid anwendbar ist, mit 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem Eintritt der Unwirksamkeit zu verzinsen.“ (BVerwG aaO)

## II. formelle Rechtmäßigkeit

Hinsichtlich der formellen Rechtmäßigkeit bestehen keine Bedenken

## III. materielle Rechtmäßigkeit

Der zu erstattende Betrag ist nach § 49a III LVwVfG ab dem Zeitpunkt der Unwirksamkeit zu verzinsen. Es kommt daher darauf an, aufgrund welchen Umstandes die Unwirksamkeit eingetreten ist und wann dies der Fall war.

### 1. Unwirksamkeitsgrund

Der vorläufige Zuwendungsbescheid könnte seine Wirkung dadurch verloren haben, dass er durch den Schussbescheid ersetzt wurde.

„Der Bekl. hat das Subventionsverhältnis zunächst durch den **Zuwendungsbescheid** geregelt, der aber **hinsichtl. der zuwendungsfähigen Gesamtkosten** und infolgedessen **hinsichtl. des genauen Förderbetrages unter den Vorbehalt der späteren Festsetzung** gestellt und damit auf eine Ergänzung durch einen weiteren Verwaltungsakt (VA) angelegt war, durch den die Zuwendung in den offen gehaltenen Punkten abschließend geregelt werden sollte. Dieser **weitere VA** ist mit dem – nicht zufällig so genannten – „**Schlussbescheid**“ ergangen. Dessen Begründung vermerkt in Ziff. 4 daher ausdrücklich, dass der **Schlussbescheid die Ausgangsbewilligung ersetzt**.“ (BVerwG aaO)

#### a) Grundsätzliche Zulässigkeit einer vorläufigen Regelung

Dies führt jedoch nur dann auch zu einer im Rahmen des § 49a III LVwVfG relevanten Unwirksamkeit, wenn eine solche Regelungsweise zulässig ist.

„Ein dahingehendes Verbot lässt sich namentlich nicht mit der Überlegung begründen, das **Gesetz kenne den „vorläufigen VA“ nur in den speziell geregelten Fällen**, nicht aber als allgemeine Regelungsform. Auch der „vorläufige VA“ ist ein VA i. S.d. §§ 35 ff. VwVfG. Seine **Besonderheit** liegt nicht in seiner Art oder Form, sondern allein in seinem **Regelungsinhalt**. Genauer ist daher **nicht** von **einem „vorläufigen VA“** zu sprechen, **sondern** von einem VA, der eine **nur vorläufige Regelung** trifft.“ (BVerwG aaO)

Eine vorläufige Regelung in einem endgültigen VA wäre jedoch unzulässig, wenn dies im **Subventionsrecht** gesetzlich untersagt wäre.

„Es gibt im vorliegenden Zusammenhang des Subventionsrechts **keine gesetzl. Bestimmung**, die der Behörde eine derartige **Regelung verbieten** würde. Ein solches Hindernis ergibt sich namentlich **nicht aus § 36 II VwVfG**. Zwar spricht viel dafür, in dem **Vorbehalt späterer endgültiger Entscheidung** eine Regelungsweise zu sehen, die die **innere Wirksamkeit** der Hauptregelung selbst betrifft und insofern mit Befristung, Bedingung und Widerrufsvorbehalt (§ 36 II Nrn. 1 bis 3 VwVfG) verwandt ist. Die **Aufzählung von Typen von Nebenbestimmungen** in § 36 II VwVfG ist aber **nicht** in dem Sinne **abschließend**, dass die Verwaltung an der **Entwicklung weiterer Typen** von Nebenbestimmungen **gehindert** wäre, selbst wenn die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 und 3 VwVfG gegeben sind (U. Stelkens, a. a. O. Rn. 65 zu § 36 VwVfG m. w. N.).“ (BVerwG aaO)

#### b) Voraussetzungen für Zulässigkeit einer vorläufigen Regelung

Eine vorläufige Regelung ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich,

„Der Bekl. hat sich damit einer **Regelungsweise** bedient, die auf dem Hintergrund gesetzl. Vorbilder in der Praxis sowie in Lit. und Rspr. für Situationen entwickelt worden war, bei denen **im Zeitpunkt der Regelung** über die zu treffende **endgültige Entscheidung noch Ungewissheit** besteht, sei es, weil die **Rechtslage noch ungeklärt** ist (vgl. § 165 AO), sei es, weil – wie hier – eine **endgültige Ermittlung des Sachverhalts** noch nicht möglich ist (vgl. § 164 AO, § 74 Abs. 3 VwVfG sowie allgemein U. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl. 2008, Rn. 243 ff. zu § 35 VwVfG m. w. N.). Das ist bei einer **tatsächl. Ungewissheit** nur

dann der Fall, wenn sie Umstände betrifft, die erst künftig eintreten und die nach dem Gesetz auch nicht im Wege einer Prognose zu schätzen sind (insofern mit Recht zurückhaltend BSG, Urt. v. 11.06.1987 – 7 RAr 105/85 – DVBl 1988, 449). Die Befugnis der Behörde, deswegen eine lediglich vorläufige Regelung zu treffen, war gerade für den **Sachbereich des Subventionsrechts** drei Jahre vor Erlass des Zuwendungsbescheides vom BVerwG **ausdrücklich anerkannt** (Urt. v. 14.04.1983 – BVerwG 3 C 8.82 – BVerwGE 67, 99 = Buchholz 451.55 Subventionsrecht Nr. 73) und kurz zuvor nochmals bekräftigt worden (Urt. v. 14.08.1986 – BVerwG 3 C 9.85 – BVerwGE 74, 357, 365 = Buchholz 451.90 EWG-Recht Nr. 66 S. 138 f.; vgl. noch Urt. v. 20.06.1991 – BVerwG 3 C 6.88 – Buchholz 451.90 EWG-Recht Nr. 100; Dickersbach, NVwZ 1993, 846, 850).“ (BVerwG aaO)

### c) Vorliegen der Voraussetzungen für vorläufige Regelung

Diese Voraussetzungen lagen vor.

„Die **maßgeblichen zuwendungsfähigen Gesamtkosten** standen im Zeitpunkt des Zuwendungsbescheides nicht fest und waren nach dem Gesetz auch **nicht im Wege einer Prognose** zu schätzen. Dem Bkl. war daher unbenommen, sie zunächst nur vorläufig anzusetzen.“ (BVerwG aaO)

## 2. Rechtsfolgen der Ersetzung der vorläufigen Regelung

Fraglich ist weiterhin, welche Rechtsfolgen es hat, wenn die Behörde die zunächst vorläufige Regelung durch eine endgültige Regelung ersetzt.

„Der Vorbehalt endgültiger Regelung bewirkt, dass die Behörde die **vorläufige Regelung im Ausgangsbescheid durch die endgültige Regelung im Schlussbescheid ersetzen** kann, ohne insofern an die Einschränkungen der §§ 48, 49 VwVfG gebunden zu sein. Wie der Senat entschieden hat, besteht der Regelungsinhalt des Ausgangsbescheides insofern darin, dass der Begünstigte die empfangene **Beihilfe nur vorläufig bis zum Erlass der endgültigen Entscheidung behalten darf**. Deshalb geht die Bindungswirkung eines solchen VA nicht dahin, dass er eine Rechtsgrundlage für das endgültige Behalten der Beihilfe bildet. Das bedeutet, dass es **bei der späteren endgültigen Regelung keiner Aufhebung der unter Vorbehalt ergangenen Bewilligung** bedarf (Urt. v. 14.04.1983 a. a. O. S. 103 bzw. S. 27; vgl. OVG Münster, Urt. v. 28.09.1990 – 15 A 708/88 – NVwZ 1991, 588, 589).“ (BVerwG aaO)

Dem steht auch nicht entgegen, dass die Kl'in durch den Zuwendungsbescheid hinsichtlich der Bewilligung der Förderung selbst und hinsichtl. der Berechnungsmodalitäten – namentlich hinsichtl. des Fördersatzes – bereits eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat.

„Die **Vorläufigkeit** muss sich nicht auf den ersten Bescheid insgesamt beziehen, sondern kann **auf einzelne Aspekte beschränkt** sein (vgl. § 165 AO). Auch wenn daher die Behörde einen unter Vorbehalt gestellten VA später durch einen Schlussbescheid ersetzt, so kommt doch eine **inhaltlich abweichende Regelung** im Schlussbescheid – außer in den Fällen der §§ 48, 49 VwVfG – nur in Betracht, wenn sie **aus den Gründen** ergeht, wegen derer die frühere **unter Vorbehalt gestellt** wurde.“

Der **Schlussbescheid** hat nicht nur verfügt, dass er die **Ausgangsbewilligung ersetzt**, sondern auch, dass die **Ausgangsbewilligung** im Umfang der Zuvielzahlung mit Wirkung v. 31.12.1987, also **rückwirkend, unwirksam** wurde (Ziff. 1 der Entscheidungsformel). Das war rechtmäßig; es entspricht der gewählten Regelungsweise einer **Kombination aus vorläufigem und endgültigem Bescheid**. Wie erwähnt, verliert ein vorläufiger Bescheid mit Erlass der endgültigen Regelung seine Wirksamkeit; an seine Stelle tritt der endgültige Bescheid, und zwar **regelmäßig rückwirkend** (vgl. Urt. v. 14.04.1983 a. a. O.; OVG Münster, Urt. v. 28.09.1990 a. a. O.; Dickersbach, a. a. O. S. 850). **Vertrauensschutz** des Betroff. **steht dem nicht entgegen**. Es liegt gerade im **Wesen der Vorläufigkeit**, dass Vertrauen auf die Endgültigkeit der Regelung nicht entstehen kann. Wenn § 49 Abs. 3 VwVfG sogar einen rückwirkenden Widerruf gestattet, steht einer rückwirkenden Beseitigung der Wirkungen des vorläufigen Bescheides erst recht nichts entgegen.“ (BVerwG aa)

## 3. Verzinslichkeit des Erstattungsbetrages

Fraglich ist jedoch, ob der bestehende und von der Kl'in auch nicht angegriffene Erstattungsanspruch verzinslich ist.

### a) kein allgemeiner Zinsanspruch

„Im Allgemeinen **umfassen öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche** etwa **gezogene Zinsen**, jedoch ist der Erstattungsanspruch selbst nicht zu verzinsen, solange nicht die Voraussetzungen für die Zahlung von Prozesszinsen gegeben sind. Es gibt **keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz** des Inhalts, wonach **Geldschulden** im Allgemeinen oder Erstattungsbeträge im Besonderen vom Schuldner **zu verzinsen** sind. Vielmehr bedarf es dazu einer gesetzl.

Regelung (ständ. Rspr.; Urt. v. 07.02.1985 – BVerwG 3 C 33.83 – BVerwGE 71, 48, 53 = Buchholz 451.74 § 15 KHG Nr. 1 S. 5 f. m. w. N.).“ (BVerwG aaO)

### b) Anwendbarkeit des § 49a III LVwVfG

Eine solche gesetzl. Regelung findet sich in § 49 a III LVwVfG.

„§ 49 a LVwVfG diene der **Überführung des vorherigen § 44 a LHO** in das LVwVfG (vgl. Art. 1 Nr. 5 bis 7, Art. 2 des Gesetzes v. 25.04.1991 a. a. O.). Er hat wie dieser **gerade die Rückabwicklung von Überzahlungen in Subventionsverhältnissen** im Blick. Dass § 49 a I 1 LVwVfG als Gründe für das Entstehen einer Erstattungspflicht lediglich die **Rücknahme**, den **Widerruf** und den **Eintritt einer auflösenden Bedingung** nennt, rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Gesetzgeber damit anders begründete Erstattungspflichten privilegieren und von der Zinspflicht ausnehmen wollte. Dies gilt namentlich für einen Erstattungsanspruch, der durch die Ersetzung einer nur **vorläufigen Subventionsgewährung** durch eine endgültige Regelung begründet wird; denn diese rechtl. Möglichkeit wurde **erst durch das bereits erwähnte Urt. des Senats v. 14.04.1983 anerkannt** und hatte bei Erlass des § 44 a LHO durch Gesetz v. 07.06.1982 (GBl. S. 150) und übrigens auch bei Erlass des § 44 a BHO durch Gesetz v. 14.07.1980 (BGBl I S. 955) noch nicht vor Augen gestanden.

Für eine Privilegierung derart begründeter Erstattungspflichten **fehlt jeder sachliche Grund**. Die **Interessenlage** zwischen Subventionsgeber und Subventionsempfänger ist vielmehr **die-selbe** wie in den in § 49 a I 1 LVwVfG genannten Fällen:

Dem **Zuwendungsempfänger** ist die **Zweckbestimmung** der Zuwendung **bekannt**; er **ver-dient keinen Vertrauensschutz**, wenn die Zuwendung nicht zweckentsprechend verwendet wird; vielmehr schuldet er über die Erstattung der Zuwendung hinaus auch Herausgabe der Nutzungen, die er aus dem empfangenen Geldbetrag gezogen hat oder ziehen konnte, in der Form von Zinsen (vgl. Urt. v. 26.06.2002 – BVerwG 8 C 30.01 – BVerwGE 116, 332, 335 f. = Buchholz 316 § 49 a VwVfG Nr. 2 S. 4 f.). Dabei muss bedacht werden, dass der **Begünstigte einer nur vorläufigen Bewilligung** einer Zuwendung **noch weniger Schutz** verdient als der Begünstigte einer endgültigen Bewilligung, weil er von vornherein um die Unsicherheit seiner Rechtsstellung weiß. Sieht § 49 a III VwVfG die **Pflicht zur Verzinsung** eines zu erstattenden Betrages im Falle des **rückwirkenden (Teil-)Widerrufs einer endgültigen Bewilligung** vor, so muss dasselbe **erst recht** im Falle der rückwirkenden Ersetzung einer **lediglich vorläufigen Bewilligung** durch einen endgültigen Bescheid in niedrigerer Höhe gelten, zumal der Subventionsempfänger regelmäßig ausdrücklich auf die Zinspflicht hingewiesen wurde (vgl. Ziff. 8.4 ANBest-P).“ (BVerwG aaO)

§ 49a III LVwVfG ist daher auf den vorliegenden Fall analog anwendbar. Die Kl'in ist grundsätzlich zu einer Erstattung von Zinsen in der Geltend gemachten Höhe verpflichtet.

### c) Absehen von der Geltendmachung, § 49 III 2 LVwVfG

§ 49 a III 2 LVwVfG erlaubt der Behörde, von der Geltendmachung der Zinsforderung nach ihrem Ermessen abzusehen.

„Eine analoge Anwendung von § 49 a III 1 LVwVfG zieht in der Konsequenz auch eine **ent-sprechende Anwendung** von § 49 a III 2 LVwVfG nach sich. In deren Rahmen muss – über die dort ausdrücklich geregelten Voraussetzungen hinaus – die **Behörde auch berücksichtigen**, ob, in welchem Ausmaß und aus welchem Grund der **Erllass der endgültigen Entscheidung verzögert** worden ist. Es steht der **Behörde nicht frei**, eine zunächst mit Recht nur **unter Vorbehalt getroffene Regelung beliebig lange aufrecht zu erhalten**. Wurde die endgültige Entscheidung hiernach später als sachlich erforderlich getroffen, so können inso-wweit Zinsen nicht geltend gemacht werden.“ (BVerwG aaO)

Die Beklagte hat m Schlussbescheid v. 12.06.2003 zwar erwogen, ob die Zinsforderung im Ermessenswege zu reduzieren sei, und hat dies verworfen, weil die Unterschreitung der zunächst vorläufig veranschlagten Gesamtkosten durch die Kl'in zu vertreten sei, die ihr ursprüngliches Projekt auf zwei Bauvorhaben aufgeteilt habe.

„Hierbei wurde aber noch nicht in Rechnung gestellt, ob der Bekl. den Schlussbescheid für das hier allein in Rede stehende Vorhaben in W. nicht früher hätte erlassen können und müssen, weil der Grund für den Vorbehalt der späteren Nachprüfung bereits früher weggefallen war.“ (BVerwG aaO)

Ob hierin ein Ermessenfehler zu sehen ist, hängt von tatsächlichen Erwägungen ab, so dass die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen wurde und keine endgültige Entscheidung getroffen werden konnte.







EGZPO  
§ 15a

**Schiedsstellenbescheinigung  
bindet das Prozessgericht**

ZPO

(BGH in NJW-RR 2010, 357; Urteil vom 20.11.2009 – V ZR 94/09)

Eine Klage, der ein **obligatorisches Schiedsverfahren** vorauszugehen hat ist zulässig, wenn der Kl. mit der Klageschrift **eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch** einreicht. Das **Prozessgericht ist** bei der Prüfung dieser Prozessvoraussetzung **an die ihm vorgelegte Bescheinigung gebunden**.

- I. Eine Abweisung der Klage trotz Vorlage der Erfolglosigkeitsbescheinigung als unzulässig legt die **Risiken aus der unterschiedlichen Auslegung des Verfahrensrechts durch Schiedsstelle und ProzessGer.** einseitig dem Kl. auf, der nur den Antrag auf Durchführung des Schlichtungsverfahrens stellen, aber **nicht die Art und Weise der Verfahrensleitung durch den Schiedsmann bestimmen kann**.

*„Es lag nicht in der Verantwortung des Kl., dass der Schiedsmann nach den mit beiden Parteien getrennt geführten Gesprächen von der Anberaumung eines Termins wegen erkennbarer Aussichtslosigkeit Abstand nahm und dem Kl. eine Erfolglosigkeitsbescheinigung auch ohne Schlichtungsverhandlung erteilte.“ (BGH aaO)*

- II. Die Verweigerung einer Sachentscheidung wegen eines Verfahrensfehlers der Schiedsperson lässt sich auch nicht mit dem **Sinn und Zweck der Bestimmungen über das obligatorische Schlichtungsverfahren** begründen, das die **Justiz entlasten** und eine **raschere und kostengünstigere Bereinigung solcher Konflikte durch außergerichtliche Verfahren herbeiführen soll**

*„Das Regelungsziel trägt zwar eine konsequente Auslegung der Verfahrensvorschrift dahin, dass die Rechtsuchenden in den durch das jeweilige Landesgesetz vorgesehenen Fällen auch den Weg zu den Schiedsstellen beschreiten müssen (vgl. BGHZ 161, 145 = NJW 2005, 437 = NZM 2005, 154; OLG Saarbrücken NJW 2007, 1292), rechtfertigt es aber nicht, ihnen den Zugang zu den ordentlichen Gerichten auch dann noch zu versperren, wenn sie diesen Weg gegangen sind.“ (BGH aaO)*

- III. **Die Abweisung der Klage als unzulässig führt** schließlich – bei unterschiedlicher Beurteilung der Voraussetzungen für die Feststellung der Erfolglosigkeit des Einigungsversuchs durch Schiedsstelle und ProzessGer. – **allein zu einem das Verfahren unzumutbar verzögernden Hin und Her**. Die dadurch eintretende **Blockade kann** – wenn beide Stellen auf ihren unterschiedlichen Auffassungen beharren – **von dem Rechtsuchenden nicht beseitigt werden**.

*„Das ProzessGer. ist nämlich keine der Schiedsstelle übergeordnete Instanz, die dessen Verfahren und Entscheidungen aufheben kann. Die Schiedsstelle ist auch nicht gem. § 563 II ZPO an die Rechtsansicht des ProzessGer. gebunden und muss daher nicht das Schlichtungsverfahren unter Anberaumung eines Termins für eine Schlichtungsverhandlung fortsetzen.“ (BGH aaO)*

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

FGG-RG  
Art. 111

**Rechtsmittel nach FGG-Reform  
Fortgeltung alten Verfahrensrechts**

FGG

(OLG Dresden in Rpfleger 2010, 131; Beschluss vom 20.10.2009 – 3 W 1077/09)

**Rechtsmittel gegen nach dem 01.09.2009 ergangene erstinstanzliche Entscheidungen** in Angelegenheiten, deren Gegenstand vom FGG-Reformgesetz erfasst wird, **unterliegen** dann noch dem **alten Verfahrensrecht, wenn auch im ersten Rechtszug altes Verfahrensrecht anzuwenden war**.

*„Art. 111 I 1 FGG-Reformgesetz bestimmt, dass auf Verfahren, die bis zum 01.09.2009 eingeleitet worden sind oder deren Einleitung bis zu diesem Zeitpunkt beantragt wurde, weiter die vor Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes geltenden Vorschriften anzuwenden sind. Diese Regelung entspricht exakt derjenigen, die der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07.09.2007 insgesamt für Art. 111 FGG-Reformgesetz vorsah (BT-Drucks. 16/6308 S. 159 f.). In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, soweit hier von Interesse (a. a. O. S. 359):*

*„Mit der Übergangsregelung soll gewährleistet werden, dass sich Gerichte und Beteiligte auf die geänderte Rechtslage einstellen können. Wegen der grundlegenden verfahrensrechtlichen Neuerungen durch das FGG-Reformgesetz - insbesondere auch im Hinblick auf den Rechtsmittelzug - soll das mit der Reform in Kraft getretene Recht auf bereits eingeleitete Verfahren sowie Verfahren, deren Einleitung bereits beantragt wurde, keine Anwendung finden.*

*Die Übergangsregelung erstreckt sich einheitlich auf die Durchführung des Verfahrens in allen Instanzen gleichermaßen. Ist das Verfahren in erster Instanz noch nach dem bisherigen Recht eingeleitet worden, so erfolgt auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach dem bisher geltenden Recht. Dies betrifft auch den nach bisherigem Recht geltenden Instanzenzug. Ausschließlich soweit auch bereits das erstinstanzliche Verfahren nach den Vorschriften des FGG-Reformgesetzes durchzuführen war, richtet sich auch die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens nach den Regelungen des FGG-Reformgesetzes.“*

*Die in dieser Weise bewirkte Anknüpfung des Rechtsmittelverfahrensrechts an das für die erste Instanz maßgebliche Verfahrensrecht gilt ausnahmslos und hat keine Änderung erfahren.“ (OLG Dresden aaO)*

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO  
§ 230

**Abwesenheit des Angeklagten  
freiwilliges Verlassen des Sitzungssaals**

VwGO

(BGH in StV 2010, 65; Beschluss vom 17.03.2009 – 2 Ss 94/09)

Auch wenn der **Angekl. den Sitzungssaal während der Zeugenvernehmung freiwillig und mit Billigung seines Verteidigers verlassen** hat, stellt dies, wenn ein entsprechender förmlicher Gerichtsbeschluss fehlt,



einen **Verstoß gegen § 230 StPO** dar, der mit der Verfahrensrüge gem. § 338 Nr.5 StPO gerügt werden kann.

- I. Angesichts der **grds. zwingenden Anwesenheitspflicht des Angekl. in der Hauptverhandlung** (vgl. § 230 StPO) hätte in seiner Abwesenheit die Verhandlung aber nur dann weitergeführt werden dürfen, wenn das Gericht gem. § 247 S. 1 bzw. S. 2 StPO seine **Entfernung durch förmlichen Gerichtsbeschluss**, der in der Verhandlung hätte verkündet und begründet werden müssen (§§ 34, 35 StPO), angeordnet hätte.

st. Rspr. des BGH, vgl. dazu BGH NJW 1953, 1925; NJW 1961, 132; NJW 1976, 1108; BGHSt 20, 18; BGH NSTZ 1991, 296; NSTZ 2002, 44; BayObLG MDR 1974, 420

„Dem liegt zugrunde, dass das Anwesenheitsrecht des Angekl. dem **verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör** (Art. 103 I GG) und damit seinem Schutz, der **Möglichkeit uneingeschränkter Verteidigung** sowie der **Wahrheitsermittlung** dient. Dazu gehört, dass der Angekl. alle wesentlichen Teile der Hauptverhandlung, zu der grds. auch die Beweisaufnahme gehört, miterlebt, weil sich insbes. auch aus dem Auftreten eines Zeugen, scheinbar nebensächlichen Äußerungen usw. Verteidigungsmöglichkeiten ergeben können (BGH NJW 1961, 132; NJW 1976, 1108; BayObLG MDR 1974, 420) oder der Angekl. durch ein formloses Vorgehen des Gerichts überrascht werden kann (BayObLG MDR 1974, 420). Vor diesem Hintergrund ist § 247 StPO als eng auszulegende Ausnahmenvorschrift anzusehen, deren **Anwendungsbereich streng auf den Gesetzeswortlaut beschränkt** ist (st. Rspr. des BGH, vgl. nur BGH NJW 1961, 132; NJW 1968, 806) und die bei vorübergehender Entfernung des Angekl. aus der Hauptverhandlung ein formstrenges Vorgehen durch förmlichen Gerichtsbeschluss erfordert, dessen Begründung aus Transparenzgesichtspunkten alle tragenden Erwägungen für den Ausschluss enthalten muss. Dementsprechend hat der BGH (NJW 1976, 1108) es sogar ausdrücklich für nicht ausreichend gehalten, wenn lediglich in geheimer Beratung ein Beschluss gefasst wurde, dieser jedoch - samt Begründung - nicht verkündet wurde. Denn erst mit der Verkündung des begründeten Beschlusses werde die erforderliche Klarheit für alle Verfahrensbeteiligten geschaffen (BGH NJW 1976, 1108).“ (BGH aaO)

- II. Der Geltendmachung der Rüge steht auch nicht entgegen, dass der Angekl. und sein Verteidiger die **Entfernung des Angekl. in der Hauptverhandlung** vor dem Amtsgericht **nicht beanstandet** haben.

„Dies träfe nur dann zu, wenn die Entfernung eine **die Sachleitung betreffende Anordnung des Vorsitzenden i. S. des § 238 II StPO** darstellte, über die das Gericht auf die Beanstandung durch einen Prozessbeteiligten hin zu entscheiden hat. Wenn die Beanstandung in diesem Fall unterbleibt, kann die Unzulässigkeit der Anordnung nicht mehr mit der Revision geltend gemacht werden (RGSt 71, 21). Die Entfernung des Angekl. aus der Hauptverhandlung ist aber keine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden i. S. des § 238 II StPO, denn sie steht nicht dem Vorsitzenden zu, sondern ihre Anordnung bedarf von vorneherein - und gerade nicht erst auf Beanstandung hin - eines Gerichtsbeschlusses. Der Angekl. kann daher die Unzulässigkeit seiner Entfernung aus der Hauptverhandlung auch dann geltend machen, wenn er oder sein Verteidiger sie in der Hauptverhandlung nicht beanstandet haben (vgl. BGH NJW 1953, 1925).“ (BGH aaO)

- III. Schließlich steht der auf § 338 Nr. 5 StPO gestützten Rüge auch nicht entgegen, dass der **Angekl. den Sitzungssaal** während der Vernehmungen der Zeugen mit Billigung des Verteidigers **freiwillig verlassen** hat.

„Die **grds. zwingende Anwesenheitspflicht des Angekl.** (vgl. § 230 StPO) **steht** - unabhängig von den in der StPO unter engen Voraussetzungen normierten Ausnahmen - **nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten**. Wie sich bereits aus § 338 Nr. 5 StPO ergibt, kann der Angekl. nicht wirksam auf seine ihm vom Gesetz vorgeschriebene Anwesenheit verzichten (BGHSt 22, 18; BGH NSTZ 2002, 44).“ (BGH aaO)

- IV. Die Geltendmachung der Rüge ist auch nicht wegen eines dem Angekl. zurechenbaren **dysfunktionalen Prozessverhaltens** ausgeschlossen (sog. Rügeverwirkung oder -verzicht).

„Zwar hat der Angekl. den Sitzungssaal freiwillig und mit Billigung seines Verteidigers verlassen, dies **reicht aber zur Annahme einer Rügeverwirkung** oder eines **Rügeverzichts nicht aus**. Für ein **rechtsmissbräuchliches Verhalten** des - rechtsunkundigen – Angekl. sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Auch hinsichtlich des Verteidigers sind keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein im Ergebnis eine/n Rügeverwirkung oder -verzicht nach sich ziehendes Verhalten zu erkennen. Da der Verteidiger nach seiner Stellung im Prozess lediglich im Hinblick auf seine Schutzaufgabe bzgl. des Mandanten „Garant für die Justizförmigkeit des Verfahrens“ ist (so ausdrücklich: Löwe-Rosenberg, StPO, 25. Auflage, § 337 Rn 282) und grds. die Gerichte, nicht aber die Verfahrensbeteiligten, für ein ordnungsgemäßes Verfahren verantwortlich sind (Löwe-Rosenberg, § 337 Rn 281), kommt eine solche ausschließlich bei spezifisch arglistigem Verhalten in Betracht, d. h., wenn der Prozessbeteiligte den **Verfahrensfehler absichtlich und mit dem Hintergedanken herbeigeführt hat, auf ihn ggf. die Revision zu stützen** (Löwe-Rosenberg, § 337 Rn 282 a; vgl. dazu auch BGH NSTZ 2002, 44). Es reicht demnach nicht aus, wenn ein Verteidiger - ebenso, wie das Gericht - eine zwingende Verfahrensvorschrift übersehen oder verkannt hat oder einen Hinweis auf den Verfahrensverstoß an das Gericht unterlassen hat (Löwe-Rosenberg, § 337 Rn 282), mag das Verhalten auch, standesrechtlich bedenklich sein. Handelt es sich - wie vorliegend - um eine Verletzung unverzichtbarer Vorschriften, so spricht ferner gerade die Unverzichtbarkeit dafür, dass die Vorschrift für den Gang des Verfahrens derart wichtig ist, dass sogar **selbst ein arglistiges Verhalten dem Bf. das Rügerecht nicht nehmen kann** (Löwe-Rosenberg, § 337 Rn 284 mit weiteren Nachweisen; a.A. wohl: BGH NSTZ 1998, 209). Ob diese Ansicht zutrifft, braucht der Senat vorliegend nicht zu entscheiden, da jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten des - rechtsunkundigen – Angekl. nicht ersichtlich sind. Selbst bei arglistigem Verhalten des Verteidigers darf dies jedenfalls dem Angekl. nicht angelastet werden.“ (BGH aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

StPO **Abwesenheit des Angeklagten** StPO  
§ 247 **Zeugenentlassung**

(BGH in NSTZ 2010, 227; Beschluss vom 09.12.2009 – 2 StR 433/09)

Eine nach § 247 StPO angeordnete **Entfernung des Angekl. erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über dessen Entlassung.**



„Die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen gehört nicht mehr zur Vernehmung, sondern bildet einen **selbständigen Verfahrensabschnitt**. Eine angeordnete Entfernung des Angekl. nach § 247 StPO erfasst nur die eigentliche Vernehmung des Zeugen, nicht aber die sich anschließende Verhandlung über die Entlassung. Wird ein Angekl. erst nach der Entlassung einer Zeugin wieder in den Sitzungssaal geführt und über den Inhalt der Vernehmung unterrichtet, muss dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.“ (OVG Münster aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 124a IV

**unstatthaftes Rechtsmittel  
Umdeutung**

VwGO

(OVG Berlin-Bbg in NJW 2010, 953; Beschluss vom 24.11.2009 – 9 B 38/09)

Eine **von einem Rechtsanwalt fehlerhaft eingelegte Berufung** an Stelle eines Antrags auf Zulassung der Berufung **kann nicht in einen Zulassungsantrag umgedeutet werden**.

„Die Kl. haben mit der ausdrücklichen Einlegung der „Berufung“ ein nicht statthaftes Rechtsmittel eingelegt. Gegen das angefochtene Urteil wäre nur ein Antrag auf Zulassung der Berufung gem. § 124a IV VwGO zulässig gewesen, der innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich bei dem VG hätte gestellt werden müssen. Auf dieses Erfordernis sind die Kl. in der Rechtsmittelbelehrung zutreffend hingewiesen worden.

Nach der Rspr. des BVerwG (NVwZ 1999, 641) ist eine **Rechtsmittelerklärung, die ein Rechtsanwalt als Prozessbevollmächtigter abgegeben hat, einer gerichtlichen Umdeutung grds. unzugänglich**. Dies gilt insbes. dann, wenn die **Rechtsbehelfe unterschiedlichen Zwecken dienen**. Das ist hier der Fall, denn die Berufung umfasst nicht zugleich den Zulassungsantrag. Beide Rechtsbehelfe sind nicht austauschbar. Sie stehen in einem **Stufenverhältnis** selbstständig nebeneinander. Erst ein erfolgreicher Antrag auf Zulassung der Berufung eröffnet die prozessrechtliche Möglichkeit, dieses Rechtsmittel als nunmehr statthaft einzulegen, so dass eine unzulässige Berufung nicht in einen fristwahrenden Antrag auf Zulassung der Berufung umgedeutet werden kann.

Bei der Rechtsmittelerklärung durch den Prozessbevollmächtigten der Kl. handelt es sich auch **nicht um eine (versehentliche) Falschbezeichnung**. Dagegen spricht schon der in der Berufungsschrift zusätzlich verwendete Begriff der „Berufungsbegründung“.“ (OVG Berlin-Bbg aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 138 Nr. 6

**Urteilsberichtigung  
fehlende Entscheidungsgründe**

VwGO

(BVerwG in NVwZ 2010, 186; Beschluss vom 09.11.2009 – 7 B 10/09)

Hat das Oberverwaltungsgericht sein Urteil i.S. des § 138 Nr. 6 VwGO nicht mit Gründen versehen, liegt keine offenbare Unrichtigkeit i.S. des § 118 I VwGO vor, die im Wege der Urteilsberichtigung behoben werden könnte.

„Von § 118 I VwGO werden nur solche Unrichtigkeiten erfasst, die sich aus dem Zusammenhang des Urteils selbst oder aus den Vorgängen bei seiner Verkündung ergeben und ohne Weiteres erkennbar sind. Ist eine Entscheidung nicht mit Gründen versehen, handelt es sich um einen echten Verfahrensfehler, der durch eine Berichtigung nach § 118 I VwGO nicht behoben werden kann (vgl. zu § 319 ZPO: BGH NJW 1993, 1399). § 118 I VwGO erfasst nur Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten.

Offenbar ist hier zwar das Fehlen von Entscheidungsgründen zu dem gestellten und beschiedenen Unterlassungsantrag. Nicht offenkundig ist indes, wie diese Lücke zu schließen ist. Dem Urteil kann bei Fehlen von Entscheidungsgründen nicht entnommen werden, auf welche Gründe das Urteil gestützt sein soll.“ (BVerwG aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO  
§ 146 IV

**Beschwerdeverfahren  
zulässige Antragsänderung**

VwGO

(OVG Münster in NWVBI 2010, 36; Beschluss vom 27.07.2009 – 8 B 933/09)

Eine **Antragsänderung im Beschwerdeverfahren** nach § 146 IV VwGO ist analog § 91 I VwGO als sachdienlich **zuzulassen, wenn**

- sie das **Beschwerdegericht nicht mit einem vollständig neuen Streitstoff konfrontiert** und darüber hinaus
- **geeignet** ist, den **sachlichen Streit** zwischen den Beteiligten im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes **endgültig auszuräumen**.

I. **Grds.** ist eine **Beschwerde mit einem Antrag, der in erster Instanz nicht gestellt** und daher vom VG in dem angefochtenen Beschluss nicht (formal) beschieden wurde, **unzulässig**.

„Denn eine Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie die Gründe darlegt, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzt (vgl. § 146 IV 3 VwGO). Aus diesem Grund ist im Beschwerdeverfahren für einen in erster Instanz nicht gestellten, allein im Wege einer Antragsänderung entspr. § 91 I VwGO zu verfolgenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung grds. kein Raum, weil das **Beschwerdeverfahren ausschließlich der rechtlichen Überprüfung der auf die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO gerichteten erstinstanzlichen Entscheidung** dient (vgl. OVG Münster NVwZ-RR 2003, 72; OVG Berlin-Bbg BeckRS 2008, 39795; VGH Kassel BeckRS 2008, 33446).“ (OVG Münster aaO)

II. Allerdings ist die **Möglichkeit der Änderung des Streitgegenstands** bei einer Beschwerde nach § 146 IV VwGO in entsprechender Anwendung des § 91 I VwGO **nicht generell zu verneinen**.

„Es sind Fallgestaltungen vorstellbar, in denen es dem **gesetzgeberischen Ziel, Streitfälle schnellstmöglich einer rechtskräftigen Entscheidung zuzuführen**, im Ergebnis zuwiderlaufen würde, falls ein neues Begehren selbst dann



nicht mehr im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden könnte, wenn sich hierdurch keine ins Gewicht fallende Mehrbelastung für das Rechtsmittelgericht ergibt, und die Bet. stattdessen auf einen gesondert anzustrengenden Rechtsstreit verwiesen werden müssten.

Eine Antragsänderung im Beschwerdeverfahren ist daher analog § 91 I VwGO als sachdienlich zuzulassen, wenn sie das BeschwGer. nicht mit einem vollständig neuen Streitstoff konfrontiert und darüber hinaus dazu geeignet ist, den sachlichen Streit zwischen den Bet. im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes endgültig auszuräumen (vgl. VGH München BeckRS 2007, 28075; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 146 Rn 93; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 91 Rn 4; Eyermann/Fröhler, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 146 Rn 25).“ (OVG Münster aaO)

- ZA 04/10 -

Juristischer Verlag Juridicus

VwGO

## gerichtliche Ruhensanordnung

VwGO

§ 173 i.V.m. § 251 S.1 ZPO

Zustimmung des Beigeladenen

(OVG Münster in NVwZ-RR 2010, 166; Beschluss vom 16.09.2009 – 12 E 1219/09)

Will das **Gericht** das **Ruhen des Verfahrens** anordnen, so muss auch der **Beigeladene** sein **Einverständnis** hierzu geben.

- I. Nach **§ 173 VwGO i.V.m. § 251 S. 1 ZPO** hat das Gericht das **Ruhen des Verfahrens** anzuordnen, wenn **beide Parteien dies beantragen** und anzunehmen ist, dass **wegen Schwebens von Vergleichsverhandlungen oder aus sonstigen wichtigen Gründen** diese Anordnung zweckmäßig ist.

„Diese auf den zivilrechtlichen Zwei-Parteienprozess zugeschnittene Regelung („beide Parteien“) findet nach § 173 VwGO auf den Verwaltungsprozess lediglich eine entsprechende Anwendung, die – ausgehend von der mit § 251 S. 1 ZPO verfolgten Zielsetzung – der vom Zivilprozess ggf. abweichenden Ausgestaltung des Verwaltungsprozesses Rechnung zu tragen hat.

Die gesetzliche Konstruktion der gerichtlichen Ruhensanordnung als eine nicht von Amts wegen mögliche, sondern von einem Antrag der Parteien (und der vom Gericht festzustellenden Zweckmäßigkeit) abhängige gerichtliche Verfahrensanordnung zeigt den **Schutzzweck der Norm** auf, eine **zeitweilige Unterbrechung der dem Gericht kraft Gesetzes obliegenden Förderung und Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens** (vgl. etwa §§ 86, 87 VwGO) von vornherein **nur zuzulassen, wenn** die hiervon Betr. dazu in eigenverantwortlicher Ausgestaltung ihres verfassungsrechtlichen Anspruchs auf **Gewährung effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 IV GG) ihr Einverständnis prozessual wirksam erklärt haben.

Dieser **prozessuale Schutz vor einer ansonsten ggf. aufgedrängten Verfahrensverzögerung** steht auch der **notwendig Beigel. zu**, die als Verfahrensbeteiligte i.S. des § 63 Nr. 3 VwGO im Rahmen des hier unveränderten Streitgegenstandes nach § 66 S. 1 VwGO ausdrücklich alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen kann und die – zumindest ebenso wie der Kl. – ein schützenswertes Interesse daran hat, dass die Frage der Rechtmäßigkeit der auf ihren Antrag hin erteilten öffentlich-rechtlichen Zustimmung in dem hierfür vorgesehenen verwaltungsgerichtlichen Verfahren alsbald geklärt und ihr damit effektiver Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 IV GG zuteil wird (vgl. zur Schutzfunktion des § 251 ZPO: MüKo-ZPO/Feiber, § 251 Rn 1; zur erforderlichen Zustimmung des notwendig Beigeladenen: OVG Lüneburg NVwZ-RR 2002, 788; Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 66 Rn 5; Eyermann, VwGO, § 66 Rn 11; Redeker/v. Oertzen, VwGO, § 94 Rn 14; a.A. etwa: Sodan/Ziekow, VwGO, § 66 Rn 11).“ (OVG Münster aaO)

- II. Eine **ausdrückliche Beschränkung dieser verfahrensrechtlichen Position des notwendig Beigel.** ist in der **VwGO nicht vorgesehen**. Sie ergibt sich auch nicht aus der Rechtsstellung des notwendig Beigel. im Verhältnis zu der Rechtsstellung der Hauptbet.

„Der in der Rspr. **anerkannte Grundsatz**, wonach der **Beigel. die Prozesslage zur Zeit seiner Beiladung hinzunehmen habe** (vgl. etwa: BVerwGE 1, 27 = NJW 1954, 444), **greift nicht ein**, weil es hier nicht um die Verfahrenslage im Zeitpunkt der Beiladung, sondern um die Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens nach erfolgter Beiladung geht und der **notwendig Beigel.** in diesem Verfahrensstadium nach § 66 S.1 VwGO – wie dargelegt – alle Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen kann und nach § 66 S. 2 VwGO sogar das Recht hat, abweichende Sachanträge zu stellen.“ (OVG Münster aaO)

- III. Die den Hauptbet. in **Bezug auf den Streitgegenstand** zukommende **weitreichende Dispositionsbefugnis**, die es ihnen etwa erlaubt, eine Klage oder ein Rechtsmittel wirksam zurückzunehmen oder den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache wirksam für erledigt zu erklären, ohne dass der Beigel. dies verhindern kann (vgl. Bier, § 66 Rn 7, m.w. Nachw.), ist ebenfalls **nicht geeignet**, das **Zustimmungserfordernis des notwendig Beigel.** nach § 251 S. 1 ZPO **entfallen zu lassen**.

„Denn dieses **Zustimmungserfordernis ist Voraussetzung einer gerichtlichen Entscheidung, die im Rahmen des Streitgegenstandes und in einem anhängigen Verfahren lediglich auf eine prozessuale Verfahrensgestaltung abzielt**, nicht aber im Kontext einer ggf. bis zur Beseitigung der Rechtshängigkeit führenden Modifizierung des Streitgegenstandes unmittelbar durch die (Haupt-)Verfahrensbeteiligten steht.“ (OVG Münster aaO)



## Weitere Schriftumsnachweise

### I. Zivilrecht

1. **Römermann:** Die Unternehmergesellschaft – manchmal die bessere Variante der GmbH - Wider die vorurteilsbelastete Sicht einer neuen Gesellschaftsform (NJW 2010, 905)

Die **UG** ist eine **ernstzunehmende Gesellschaftsform**, die nicht mit der Private Limited Company verwechselt werden darf; Sie wurde vom Gesetzgeber **konzipiert als kleine, als Einstiegs-Variante der GmbH**, einerseits mit **geringerem Mindeststammkapital**, andererseits mit einem **Rücklagenzwang** und einem **besonderen Rechtsformzusatz versehen**; der Rücklagenzwang ist so unzureichend ausgestaltet, dass für Manipulationen die Tore weit offen stehen; der Einstieg ist zeitlich nicht befristet, so dass Fälle denkbar sind, bei denen über Jahre und Jahrzehnte mit einer Unternehmergesellschaft operiert wird. - Die attraktivste Einsatzmöglichkeit einer UG bietet sich auf einem Feld, an das der Gesetzgeber anscheinend kaum oder gar nicht gedacht hat: Als **Komplementärin einer KG**; die UG & Co. KG vermeidet die maßgeblichen Gestaltungsprobleme herkömmlicher GmbH & Co. KG, ohne mit zusätzlichen Risiken verbunden zu sein.

2. **Maier/Garding:** Der Einsatz eines Privatdetektivs im Arbeitsrecht (DB 2010, 559)

Überwachungsmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern sind in letzter Zeit häufig Gegenstand der Rspr. gewesen, wobei der Einsatz von Privatdetektiven von den Gerichten in diesem Zusammenhang als milderes Mittel gegenüber der Videoüberwachung angesehen wurde. - Der **Einsatz eines Privatdetektivs** kommt in erster Linie dann in Betracht, **wenn der Arbeitgeber bestimmte Vorgänge in seinem Unternehmen ohne Beobachtung nicht aufklären kann**; dazu gehören typischerweise das Erschleichen von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und in diesem Zusammenhang das Nachgehen einer Nebentätigkeit, gefälschte Reisekostenabrechnung/Spesenbetrug, Diebstähle, Arbeitszeitbetrug oder Verstöße gegen ein Wettbewerbsverbot. - In diesem Zusammenhang stellt sich insbesondere die **Frage, ob und ggf. wie der Betriebsrat beteiligt werden muss**: Die Überwachung der Arbeitnehmer hat keinen Bezug zum Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, sondern betrifft ausschließlich ihr Arbeitsverhalten, das jedoch nicht unter die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 1 BetrVG fällt; aus § 87 I Nr. 6 BetrVG ergibt sich zwar kein generelles Mitbestimmungsrecht bei einer Überwachung durch einen Privatdetektiv, eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, dass der Privatdetektiv technische Einrichtungen zur Überwachung von Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer einsetzt; wird der Detektiv hingegen nur beobachtend tätig, indem er manuelle (und nicht filmische) Aufzeichnungen seiner eigenen Wahrnehmung und Eindrücke anfertigt, so ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht gegeben. - Die **Kosten, die durch die Beauftragung einer Detektei entstehen**, kann der Arbeitgeber u. U. vom Arbeitnehmer ersetzt verlangen: Ergeben die Ermittlungsergebnisse des Privatdetektivs, dass ein kündigungsrelevanter Sachverhalt vorliegt und spricht der Arbeitgeber daraufhin eine Kündigung aus, können die Detektivkosten im anschließenden Kündigungsschutzprozess als sog. **Kostenersatzanspruch nach Maßgabe der §§ 91 ff ZPO** geltend gemacht werden; erhebt der Arbeitnehmer hingegen keine Kündigungsschutzklage, so besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit, die Detektivkosten als **materiellrechtlichen Schadensersatzanspruch** ersetzt zu verlangen; als materielle Anspruchsgrundlagen kommen **§ 280 I BGB** sowie **§ 823 I BGB** bzw. bei Vorliegen einer strafbaren Handlung auch **§ 823 II BGB i. V. mit dem einschlägigen Strafbestand** in Betracht. - Erhebt der Arbeitnehmer Klage gegen die arbeitsrechtliche Sanktion, die aufgrund der Ermittlungsergebnisse des Detektivs ausgesprochen wurde, so stellt sich die **Frage nach der Verwertbarkeit des belastenden Tatsachenmaterials**: Das BAG unterscheidet dabei grundlegend zwischen Beweisverwertungsverböten, die aus einer Verletzung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats resultieren und solchen, die ihre Grundlage in einer Verletzung des grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers haben; bis zur 2. Novelle des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG-Novelle II), welche am 01.09.2009 in Kraft getreten ist, regelte § 28 I 1 Nr. 1 BDSG, dass Arbeitnehmerdatenverarbeitung – auch zu Kontrollzwecken – zulässig ist, wenn sie der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient; der neue § 32 BDSG bestätigt nun bereits durch seinen Wortlaut diese Auslegungspraxis.

### II. Strafrecht

1. **Blüte:** Die neuere Rspr. des BGH zur Strafbewehrung von § 153 AO - Prüfstein für Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht im Steuerstrafrecht (BB 2010, 607)

Der BGH hat entschieden, dass auch der Steuerpflichtige, der **eventualvorsätzlich unrichtige oder unvollständige Angaben in einer Steuererklärung** macht, **steuerrechtlich gem. § 153 I 1 Nr. 1 AO zur Berichtigung verpflichtet** ist. - Der **Transfer vom Steuerrecht in das Strafrecht** führt nach Ansicht des Autors jedoch zu dogmatischen Fiktionen und wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht hinreichend gerecht. Schon aufgrund der vorsätzlichen Erfüllung des Tatbestandes des § 370 I Nr. 1 AO spricht einiges dagegen, dass die vom BGH zugrunde gelegte **Garantenpflicht** überhaupt entsteht; ferner ist aufgrund der **Verletzung der nur sekundären Berichtigungspflicht kein eigenständiger Rechtsgutsangriff** gegeben, da es sich materiell lediglich um eine unterlassene Wiedergutmachung des Schadens aus der Verletzung der Primärpflicht handelt; damit fehlt es letztlich auch an der tatbestandlichen Lücke, deren Schließung der strafrechtliche Zweck des § 153 AO ist, so dass § 370 I Nr. 2 AO gegenüber der Begehung durch aktives Tun schon tatbestandlich subsidiär wäre, selbst wenn man die Verletzung einer strafbewehrten Pflicht aus § 153 AO annehmen wollte. - Außerdem berücksichtigt der BGH einen aus der Gesamtbetrachtung entstehenden Widerspruch nicht in angemessener Weise: Dem Täter wird bei § 370 I Nr. 1 AO die Kenntnis von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit seiner Angaben zum Vorwurf gemacht, während in §§ 370 I Nr. 2, 153 I 1 Nr. 1 AO die erst nachträgliche Kenntnis von der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Erklärungsinhalts die Grundlage für die Strafbarkeit wegen Verletzung der Berichtigungspflicht bildet; zwar handelt es sich im ersten Fall um eine strafrechtlich-normative Kenntnis i. S. des Vorsatzes, im zweiten Fall hingegen um eine tatsächliche Kenntnis, die Lösung des BGH führt jedoch zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der tatbestandlichen Gleichbehandlung der Vorsatzformen, zu einem **Wertungswiderspruch durch Besserstellung des wissentlich handelnden Täters** und damit letztlich zu einer **Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 I GG**. - Im Ergebnis führen daher nach Ansicht des Autors strafrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Erwägungen dazu, dass die Begehung einer Steuerhinterziehung durch Nichtberechtigung entgegen § 153 AO nicht als tatbestandlich angesehen werden sollte, wenn der Täter schon bei Abgabe der zu berichtigenden Steuererklärung mit dolus eventualis hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit seiner Angaben gehandelt hat.

2. **Malek: Die neue Kronzeugenregelung und ihre Auswirkungen auf die Praxis der Strafverteidigung (StV 2010, 200)**

Die **neue Kronzeugenregelung des § 46 b StGB**, die die Möglichkeit erheblicher Vergünstigungen für den Beschuldigten auf das gesamte Strafrecht ausdehnt, ist schon vor ihrer Einführung am 01.09.2009 auf heftige Kritik, auch aus der Richterschaft und der Staatsanwaltschaft, gestoßen, denn sie dient vornehmlich den Interessen der Polizei und bringt den Verteidiger in erhebliche Konflikte bei der Beratung und Verteidigung seines Mandanten; dies betrifft sowohl die Verteidigung des Aufklärungsgehilfen als auch die des durch die Aufklärungshilfe belasteten Beschuldigten. - Gleichwohl bleibt dem Verteidiger keine andere Wahl, als sich auf die neue Situation einzustellen: Ohne eine umfassende Beratung seines Mandanten über die Möglichkeiten, aber auch der Gefahren der **Aufklärungshilfe** läuft er Gefahr, sich wegen Schlechterfüllung seiner anwaltlichen Pflichten schadensersatzpflichtig zu machen; neuralgische Punkte in der Verteidigungspraxis liegen u. a. in der möglichen Falschbelastung eines unschuldigen Dritten durch den eigenen Mandanten und in den offensichtlichen **Regelungswidersprüchen zwischen § 46 b StGB und § 257 c StPO**; die von der Sache her nahe liegende Einbeziehung der Angaben des Kronzeugen in eine strafprozessuale Vereinbarung wird nicht nur durch die Frist des § 46 b III StGB, sondern auch durch die fehlende Identität von „Leistungsempfänger“ und „Leistungsgeber“ auf Seiten der Justiz verhindert. - Die aus der Praxis des § 31 BtMG a. F. bekannten Probleme haben sich durch die Neuregelung verschärft: Auf Seiten des Aufklärungsgehilfen die gänzliche Unsicherheit über das Ausmaß möglicher Vergünstigungen, auf Seiten des Belasteten die erhöhte Gefahr einer durch die gesetzliche Anreize motivierten Falschbelastung.

### III. öffentliches Recht

1. **Herrmann/Polster: Die Vergabe von sicherheitsrelevanten Aufträgen (NVwZ 2010, 341)**

Die Ausnahmebestimmung des § 100 IId GWB stellt bestimmte Fallgruppen von sicherheitssensiblen öffentlichen Aufträgen vom Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts – einschließlich des vergaberrechtlichen Rechtsschutzes – frei; in der 1. und 2. Tatbestandsvariante des § 100 IId GWB folgt diese Freistellung bereits aus der Anwendung gesetzlicher Sicherheitsvorschriften – insbesondere des SÜG und der VSA –, während die 3. und 4. Tatbestandsvariante solche Aufträge betrifft, bei denen die staatlichen Sicherheitsinteressen im konkreten Fall höher zu gewichten sind als die Interessen der potenziellen Bieter an einem regelkonformen Vergabeverfahren. - Auch wenn die Ausnahmenvorschrift des § 100d GWB eingreift, **haben öffentliche Auftraggeber den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz und die allgemeinen Grundsätze des primären Gemeinschaftsrechts zu beachten**, aus denen sich einklagbare Ansprüche der Bieter auf Transparenz und Gleichbehandlung ergeben können; allerdings können gewichtige Aspekte der **Geheimhaltung** und der **staatlichen Sicherheit** u.U. einen **vollständigen Verzicht auf Transparenz und Wettbewerb rechtfertigen**. - Durch die **Richtlinie 2009/81/EG** ist ein „Sondervergaberecht“ für Verteidigungsaufträge sowie für sensible nichtmilitärische Aufträge, etwa für die Terrorismusabwehr, geschaffen worden; die Richtlinie enthält **besondere Verfahrensregelungen**,

die an den Bedürfnissen der Auftragsvergabe auf den Verteidigungs- und Sicherheitsmärkten ausgerichtet sind.

2. **Stern:** Die Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte - Eine juristische Entdeckung (DÖV 2010, 241)

Die **Schutzpflichtenfunktion der Grundrechte** ist heute **in der deutschen und weitgehend in der europäischen Grundrechtsdogmatik anerkannt**; sie hat ihre Wurzel in den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten, die auf der **Wertorientierung der Grundrechte** beruhen. - **Positiv-rechtlicher Ansatz für die Schutzpflichten ist vor allem Art. 1 I GG**, der alle staatliche Gewalt verpflichtet, die Menschenwürde „zu achten und zu schützen“. - Die Rspr. des BVerfG hat diese grundrechtliche Dimension wiederentdeckt und in vielfältiger Weise entfaltet, die Verfassungsrechtswissenschaft hat die Entwicklung positiv begleitet und verfeinert. - Mittlerweile lässt sich über Art. 2 GG hinaus bei fast allen Grundrechtsbestimmungen ein Schutzpflichtengehalt ermitteln; über der Bedeutung der Schutzpflichtenfunktion darf allerdings nicht vergessen werden, dass die **Abwehrfunktion der Grundrechte** nach wie vor der **klassische Bestandteil des Grundrechtsverständnisses** bleiben muss; aber angesichts vielfältiger neuartiger Bedrohungen des Menschen in der Gegenwart ist sein Schutz durch den Staat in fundamentalen Rechtspositionen eine unerlässliche Verpflichtung für die Staatsorgane; um diese verfassungsrechtlich zu legitimieren, ist die grundrechtliche Schutzfunktion ein gutes Fundament; die Idee der grundrechtlichen Schutzpflichten ist unerlässlich, um dem Menschen in Gegenwart und Zukunft den Schutz seiner fundamentalen Rechte zu sichern, dessen er angesichts vielfältiger Bedrohungen im globalen Maßstab bedarf.

3. **Shirvani/Heidebach:** Hauptsacherechtsbehelf und vorläufiger Rechtsschutz (DÖV 2010, 254)

Nach Ansicht der Autoren sprechen die besseren Argumente dafür, jedenfalls soweit kein Vorverfahren erforderlich ist, den **Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz** nach § 80 V 1 bzw. nach § 80 a III VwGO **ohne vorherige Erhebung der Anfechtungsklage zuzulassen**; die Auslegung anhand der teleologischen, auf Art. 19 IV GG gestützten Überlegungen führt demgegenüber dazu, § 80 V 2 VwGO Vorrang gegenüber § 80 V 1 VwGO einzuräumen. - Erlaubt man den Antrag nach § 80 V 1 VwGO (ggf. i.V.m. § 80 a III VwGO) vor Erhebung der Anfechtungsklage, so kann das Gericht nicht nach § 80 V 1 VwGO tenorieren; es kann insbesondere nicht die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage anordnen oder diese wiederherstellen, wenn eine Anfechtungsklage noch gar nicht erhoben ist. - Am sinnvollsten erscheint den Autoren deshalb der Tenor „Die Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts wird angeordnet.“: Dadurch wird die Situation wiederhergestellt, die bestünde, wenn die sofortige Vollziehung kraft Gesetzes oder durch behördliche Anordnung nicht gegeben wäre.

#### IV. Richter / Staatsanwälte / Rechtsanwälte / Notare

1. **Füssel:** Rentenversicherungspflicht von Rechtsreferendaren in der Anwalts- und Wahlstation (DB 2010, 728)

Die von Rechtsanwaltskanzleien und Unternehmen **an Stationsreferendare gewährte Vergütung ist rentenversicherungsfrei**, so dass für diese weder Arbeitgeber- noch Arbeitnehmeranteile an die Rentenversicherung abgeführt werden müssen; **Referendare** hingegen, die nicht in der Ausbildungsstation, sondern **im Rahmen einer Nebentätigkeit beschäftigt** werden, gehen ein **separates, vom Referendariat losgelöstes Beschäftigungsverhältnis** ein, welches **der Sozialversicherungspflicht in vollem Umfang unterliegt**. - In der Vergangenheit **zu Unrecht in die Rentenversicherung abgeführte Rentenversicherungsbeiträge können rückwirkend bis zu vier Jahre** bei einer Verzinsung in Höhe von 4% **zurückverlangt werden**.

2. **Deckenbrock:** Tätigkeitsverbote des Anwalts - Rechtsfolgen beim Verstoß (AnwBl 2010, 221)

Haben ein Anwalt oder eine Sozietät **gegen ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot verstoßen**, sind **alle kollidierenden Mandate nach § 3 IV BORA niederzulegen**; dies gilt **selbst dann, wenn die zeitgleiche Vertretung mehrerer Mandanten zunächst zulässig war**, der Anwalt also nie berufsrechtswidrig gehandelt hat. - **Verfahrensrechtlich sind Verstöße eines Rechtsanwalts gegen ein berufsrechtliches Tätigkeitsverbot ohne Bedeutung**: Vom Anwalt vorgenommene Rechtshandlungen bleiben trotz Rüge des Prozessgegners ebenso wirksam wie die dem Anwalt erteilte Prozessvollmacht. - Ein **Verstoß gegen §§ 43a IV, 45, 46 BRAO führt über § 134 BGB zu einem Fortfall des vertraglichen Vergütungsanspruchs**; bereicherungsrechtliche Ansprüche werden von § 817 S. 2 BGB allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn der Rechtsanwalt sich des Verstoßes bewusst gewesen ist und ihn trotzdem gewollt hat oder wenn er sich der Einsicht in die Verbotswidrigkeit seines Handelns leichtfertig verschlossen hat. - Wird eine Pflicht zur Niederlegung erst im Laufe des Mandats begründet, steht dem Anwalt grds. über § 628 I 1 BGB ein Anspruch auf Teilvergütung für die Zeit der interessenkollisionsfreien Tätigkeit zu; der Vergütungsanspruch ist jedoch nach § 628 I 2 BGB in dem Umfang zu kürzen, in welchem durch die notwendig werdende Neubeauftragung eines Anwalts die gleichen Gebühren noch einmal entstehen; bei

einem vorsätzlich begangenen Parteiverrat kann nach dem in § 654 BGB enthaltenen Rechtsgedanken der Honoraranspruch für das Erstmandat selbst dann entfallen, wenn dieses schon abgeschlossen war.

3. **Bartosch-Koch:** Beschränkungen bei Rechtsberatung durch Syndikusanwälte (Anw-BI 2010, 237)

Die **außergerichtliche Rechtsberatung des Dienstherrn** und der mit diesem verbundenen Unternehmen einerseits **und die freiberufliche Tätigkeit des Syndikusanwalts** andererseits **beschränken sich gegenseitig** insbesondere dort, wo Interessenkollisionen im Sinne widerstreitender Interessen bestehen, die der Syndikus – ebenso wie jeder andere Rechtsanwalt – nicht vertreten darf. - Darüber hinaus beschränkt die Tätigkeit als Syndikus die freiberufliche rechtsberatende Tätigkeit auch insoweit, als Interessenkollisionen auszuschließen sind, die zwischen der Freiberuflichkeit der anwaltlicher Tätigkeit und der Weisungsgebundenheit des Dienstverhältnisses bestehen; auch **bei gleichgerichteten Interessen ist daher ein Tätigwerden als Rechtsanwalt ausgeschlossen**, wenn dieser in derselben Sache bereits weisungsgebunden tätig ist und umgekehrt. - Vor Gericht dürfen Syndikusanwälte sowohl ihren Dienstherrn als auch mit diesem verbundene Unternehmen vertreten, sofern das anwendbare Prozessrecht nicht die Vertretung durch einen Rechtsanwalt zwingend vorschreibt (z.B. § 78 ZPO); in diesem Falle ist eine Vertretung durch den Syndikus gem. § 46 I BRAO ausgeschlossen. - Eine rechtliche Beratung oder Vertretung rechtlich selbstständiger Unternehmen, die nicht mit dem Dienstherrn i. S. des § 15 AktG verbunden sind, kommt ausschließlich im Rahmen der Tätigkeit als zugelassener Rechtsanwalt in Betracht; Grenzen einer solchen Tätigkeit ergeben sich insbesondere aus dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen sowie aus den besonderen Tätigkeitsverboten des § 46 BRAO.

4. **Karl:** Die Rechtsanwalts-gesellschaft mbH & Co. KG (NJW 2010, 967)

Die **Rechtsanwalts-gesellschaft mbH & Co. KG** ist nach § 59c I BRAO **grds. unter Beachtung der Voraussetzungen der §§ 59c ff. BRAO zulässig**; dies gilt auch im Falle der Übernahme der persönlich haftenden Gesellschafterin durch die UG (haftungsbeschränkt). - Die **Eintragung der Rechtsanwalts-KG in das Handelsregister** ist **grds. bei gemischter freiberuflichen und gewerblichen Tätigkeit möglich**, soweit die gewerbliche Tätigkeit überwiegt, was in praxi insbesondere bei Insolvenzverwaltung und Forderungsinkasso der Fall ist; soweit regelmäßig diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, besteht die Gefahr, dass eine Scheingesellschaft besteht und die Kommanditisten wie Gesellschafter einer GbR in Anspruch genommen werden. - Nach **derzeitiger Auffassung des BMF und des BFH** erzielt die (ausschließlich) freiberuflich tätige kapitalistisch organisierte GmbH & Co. KG **gewerbliche Einkünfte i.S. des § 15 I Nr. 1 EStG**, da diese Gestaltung die Mitunternehmerstellung der Komplementär-GmbH nicht ausschließt und damit die Voraussetzungen des § 18 I Nr. 1 EStG nicht mehr erfüllt sind; damit sind die gesamten Einkünfte nach § 15 III Nr. 1 EStG als gewerblich zu qualifizieren; die **Gewerbsteuerpflicht wird durch den Freibetrag in Höhe von 24.500 € und eine Gewerbesteueranrechnung** entsprechend der Gewinnverteilung bei der Einkommensteuer der Kommanditisten **gemildert**; diese Auffassung und die Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der Mitunternehmerstellung der Freiberuflerkapitalgesellschaft sind allerdings noch nicht abschließend ausdiskutiert und geklärt, nach Auffassung des Autors besteht steuerlicher Gestaltungsspielraum, die Mitunternehmerstellung der Komplementär-Kapitalgesellschaft auszuschließen, so dass nur freiberuflich tätige Gesellschafter beteiligt sind. - Für die Rechtsform der GmbH & Co. KG spricht generell die **sehr hohe Flexibilität** und zwar in gesellschafts- wie auch in steuerrechtlicher Hinsicht; steuerrechtlich lässt sich eine Umstrukturierung einzelner Wirtschaftsgüter auch nach § 6 V EStG steuerneutral realisieren, was bei Kapitalgesellschaften nur durch streitanfällige Verpachtungslösungen geht; ansonsten kommt es auf die individuellen Zielsetzungen und vorgegebenen steuerlichen Rahmenbedingungen der Unternehmen an; auf Grund **besserer Abschreibungs- und damit Finanzierungsmöglichkeiten** erscheint die GmbH & Co. KG auch steuerlich vorteilhaft bei der beabsichtigten Erweiterung des Gesellschaftskreises bzw. Geschäftsveräußerung.

# Erbenhaftung

## I. Grundsatz der unbeschränkten Erbenhaftung

Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten grundsätzlich mit dem Nachlass (-anteil) und seinem Vermögen

## II. Haftungsbeschränkungen

### 1. Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz, §§ 1975 ff BGB

Absonderung des Nachlasses vom Eigenvermögen des Erben, Bestellung eines Verwalters

### 2. Einrede der Dürftigkeit, §§ 1990 ff. BGB

mangels Masse wird kein Verwalter für Nachlass bestellt: Der Erbe verwaltet selbst.

### 3. Vertrag

Zwischen Erbe und Nachlassgläubiger

### 4. Einrede des ungeteilten Nachlasses bei Miterbengemeinschaft, § 2059 BGB

### 5. Sonstige

- a) Nachlassaufgebot, § 1973 ff. BGB
- b) Erschöpfungseinrede, § 1989 BGB
- c) Überschuldung durch Vermächtnisse und Auflagen, § 1992 BGB

### 6. Keine Haftungsbeschränkung, wenn

- a) Inventar nicht (fristgerecht) errichtet § 1994 BGB
- b) Inventaruntreue, § 2005 BGB
- c) Verzicht des Erben
- d) prozessuale Gründe §§ 780 ff. ZPO
- e) Erbe die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung verweigert, § 2006 III BGB

## III. Nachlassverbindlichkeiten

### 1. Erblasserschulden § 1967 II 1. Alt. BGB

vom Erblasser vor dem Todesfall begründete Schulden (aus Vertrag oder Gesetz)

### 2. Erbfallschulden

- a) Pflichtteilsansprüche Vermächtnisse und Auflagen, § 1967 II BGB
- b) Bestattungskosten, § 1968 BGB;
- c) Unterhaltsansprüche, § 1963, 1969 BGB;
- d) Zugewinn, § 1371 II, III BGB;
- e) Erbschaftssteuer § 20 ErbStG

### 3. Nachlasskostenschulden (auch: Erbschaftsverwaltungskosten)

Kosten, die durch Abwicklung des Nachlasses entstehen;  
z.B. Nachlassverwaltung §§ 1975 ff BGB; Nachlassgläubigeraufgebot §§ 1970 ff BGB

### 4. Geschäftsverbindlichkeiten

insb. § 25, 27 HGB, wenn Erbe ein Handelsgeschäft fortführt

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Referendarprüfung Zivilrecht

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

|                        |                                     |  |
|------------------------|-------------------------------------|--|
| <b>Land:</b><br>Hessen | <b>Prüfer (mit Titel usw.)</b><br>Z | <b>Tag d. mündl. Prüfung</b><br>15.11.2009 |
|------------------------|-------------------------------------|--|

### Zur Person:

Z ist ein netter und freundlicher Prüfer, der ruhig und sachlich seine Prüfung durchführt. Bei Verständnisproblemen machte er eine kleine Zusammenfassung von dem bisher Gesagten und stellte seine Frage erneut, indem er sie etwas umformulierte. Geprüft wurde streng nach Sitzordnung. Wenn eine Frage ausnahmsweise an alle gerichtet war, machte er das deutlich. Da die einzelnen Fragen aufeinander aufbauten, sollte man nicht abschalten, sondern versuchen, der ganzen Prüfung zu folgen.

### Zur Sache:

Zunächst sollten alle Kandidaten sagen, was Ihnen zum Thema „Maklerrecht“ einfiel. Er sammelte die Begriffe und baute darauf seine Fragen auf.

Hauptsächlich fielen Begriffe wie Zustandekommen eines Hauptvertrages, die Abhängigkeit der Maklercourtage hiervon und Vermittlung. Z wollte dann wissen, ob denn eine Vermittlung zwingend erforderlich sei. Wir kamen zu dem Ergebnis, dass auch der Nachweis, dass das Objekt bereitgestellt worden sei, ausreiche.

Nachdem Z sich allgemein einen Überblick über unser Wissen bzgl. des Maklerrechts verschafft hatte, schilderte er uns folgenden kurzen Fall:

Die Klägerin ist Maklerin. Sie nimmt die Beklagte auf Zahlung einer Maklercourtage in Anspruch. Ihre Klage stützt sie auf den Nachweis, dass sie der Beklagten das Grundstück zum Verkauf angeboten hat und bereits zwei Besichtigungstermine stattgefunden haben. Das Grundstück hat nun aber der Vater der Beklagten gekauft, worauf sich auch die Beklagte in ihrer Klageerwiderng beruft. Kann die Klägerin trotzdem ihre Maklercourtage von der Beklagten fordern? Was fällt Ihnen dazu ein?

Grundsätzlich liegt ein Hauptvertrag vor, so dass auch ein Anspruch auf Maklercourtage besteht. Allerdings ist der Hauptvertrag mit einer Person zustande gekommen, gegenüber der der Nachweis nicht erbracht wurde. Im vorliegenden Fall ist die Maklerin ausschließlich für die Beklagte tätig geworden. Mit dem Vater der Beklagten ist sie zu keinem Zeitpunkt in Kontakt getreten. Der Maklerin nun aus diesem Grund einen Anspruch auf Vergütung zu versagen, würde jedoch dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechen. Denn schließlich besteht zwischen der Person, gegenüber der der Nachweis erbracht wurde und dem eigentlichen Käufer ein besonderes Näheverhältnis. Die Rspr. stellt in solchen Fällen insbesondere auf die wirtschaftliche Identität und die persönliche Nähebeziehung ab. Allerdings reicht der Nachweis allein nicht aus, vielmehr muss die Klägerin mit der Beklagten zusätzlich eine Vereinbarung getroffen haben, aus der hervor geht, dass die Beklagte bei Nachweis die Maklercourtage zu entrichten hat. Erforderlich ist dies, da sich grds. auch der Verkäufer zur Zahlung der Maklercourtage verpflichten kann.

Danach wandelte Z den Fall etwas ab:

Es war jetzt davon auszugehen, dass der Vater das Grundstück bereits vor einem Jahr persönlich besichtigt und daher Kenntnis von diesem hatte.

Hier war auf den Zeitraum abzustellen. In diesem Zusammenhang kam Z auf eine prozessrechtliche Frage zu sprechen, indem er wissen wollte, was denn ratsam wäre, wenn aller Voraussicht nach die Klägerin ihren Anspruch nicht gegen die Beklagte durchsetzen könnte. Wir kamen kurz auf die Streitverkündung zu sprechen.

Der Fall wurde dann weiter dahin abgewandelt, dass die Tochter selbst das Grundstück gekauft, zwischenzeitlich aber erhebliche finanzielle Probleme hat, so dass sie von dem Kaufvertrag zurückgetreten ist. Muss sie trotzdem die Maklercourtage zahlen?

Ja, denn ihr gegenüber hat die Maklerin den Nachweis erbracht. Finanzielle Probleme, die erst im Nachhinein entstehen, lassen den Vergütungsanspruch eines Maklers nicht entfallen. Dies ist nur der Fall, wenn vom Kaufvertrag zurückgetreten wird, weil ein anfänglicher Mangel vorliegt.

Schließlich bildete Z den Fall dann noch einmal weiter:

Jetzt sollte davon ausgegangen werden, dass der Verkäufer sich dazu verpflichtet hat, für die Beklagte eine Nutzungsgenehmigung hinsichtlich eines Ladens im Erdgeschoss einzuholen. Hierzu war eine Frist gesetzt worden, die bei erfolglosem Ablauf, der Beklagten ein Rücktrittsrecht gewährte. Z wollte wissen, ob denn dann auch die Courtage fällig sei, wenn der Verkäufer die Genehmigung nicht eingeholt habe?

Grds. liegt solch eine Vereinbarung nicht im Risikobereich des Maklers, so dass eine Zahlungspflicht gegenüber dem Makler besteht. Allerdings ergibt sich aus § 652 I S. 2 BGB eindeutig, dass der Maklerlohn erst verlangt werden kann, wenn die Bedingung eintritt. So auch im vorliegenden Fall.

Zum Abschluss der Prüfung wollte Z dann noch wissen, ob ein Makler immer erst nach vorheriger Auftragserteilung durch den Verkäufers tätig wird? Dies ist nicht der Fall, da es allein auf den Erfolg ankommt. Insofern wird nur auf die Vermittlung oder den Nachweis des Objekts abgestellt.

Insgesamt war die Prüfung machbar.

# AUS DER MÜNDLICHEN PRÜFUNG

## Assessorprüfung

### Öffentliches Recht

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

|                            |  |   |
|----------------------------|--|---|
| <b>Land:</b><br><b>NRW</b> | <b>Prüfer (mit Titel usw.)</b><br><b>P</b> | <b>Tag d. mündl. Prüfung</b><br><b>11.08.2009</b> |
|----------------------------|--|---|

**Zur Person:**

P ist ein sehr netter und ruhiger Prüfer. Während des Aktenvortrags und den anderen beiden Prüfungen war er ruhig und hat fleißig mitgeschrieben. In seiner eigenen Prüfung ist er dann regelrecht aufgeblüht. Ich war sehr froh, dass seine Lieblingsthemen nicht dran kamen. Seine Prüfung ist mit soliden Kenntnissen des allgemeinen Verwaltungsrechts aber gut in den Griff zu bekommen. Angst braucht ihr vor diesem Prüfer jedenfalls nicht zu haben.

**Zur Sache:**

P wies uns an, genau auf die Daten zu achten und schilderte folgenden Fall:

A wohnt in der Jägerstraße 7 in Düsseldorf. Am 01.06. tritt er eine dreiwöchige Reise an. Seinen Pkw stellt er vor der Tür ab. Einen Schlüssel übergibt er seinem Sohn, der in Leverkusen wohnt. Die Fa. F beabsichtigt, in der Jägerstraße für die Stadt Düsseldorf Rohre zu verlegen. Am 25.05. stellte sie einen Antrag auf Aufstellen von Halteverbotsschildern und zwar für den Zeitraum vom 08.06.-12.06. Am 28.05. ergeht die entsprechende Anordnung der Behörde an F. Am 04.06. werden die Schilder aufgestellt mit dem Hinweis, dass das Halteverbot ab dem 08.06. gelte.

P fragte erst einmal, was ein Verkehrsschild ist. Dieses ist eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG, weil es ein Gebot und Verbot enthält. Die zuständige Behörde ist nach § 44 StVO die Stadt Düsseldorf. Dann ging es darum, ob es sich bei F um eine Beliehene oder um eine Verwaltungshelferin handelt. Nach langem Hin und Her kamen wir zu dem Ergebnis, dass es sich bei F um eine Beliehene handelt, weil sie im eigenen Namen handelt und ihre Pflichten in § 45 VI StVO näher geregelt sind.

Weiterhin sollten wir die Wirksamkeit des Verkehrszeichens prüfen. War eine Bekanntgabe erforderlich? Die Wirksamkeit des VA richtet sich nach § 43 I S. 1 VwVfG. Dieser setzt eine Bekanntgabe voraus. Diese ist im § 41 VwVfG geregelt. Problematisch war, dass A keine Kenntnis von dem Halteverbot erlangt hat, weil er bereits am 01.06. verreist ist. Diese ist auch nicht erforderlich, denn die tatsächliche Möglichkeit der Kenntnisnahme reicht für die Bekanntgabe aus. An die nähere Begründung kann ich mich leider nicht mehr erinnern. Bei dem Hinweis, dass das Halteverbot ab dem 08.06. gültig sei, handelt es sich um eine aufschiebende Bestimmung nach § 36 II Nr. 1 VwVfG der die äußere (?) Wirksamkeit des VA betrifft.

Dann bildete P den Fall weiter:

Am 09.06. behinderte der Pkw des A Bauarbeiten. Der Pkw stand so, dass ein Bagger nicht vorbei kam. Die Stadt beantragt B um den Pkw abzuschleppen. Die Abschleppkosten betragen 120,00 €. Die Stadt möchte von A die 120,00 € zurückerstattet haben. Wir sollten dann aus der Sicht der Behörde die Kostenerstattung prüfen.

Anspruchsgrundlage ist §§ 77 II VwVG i. V. m. § 11 II Nr. 7 KostO.

Die Zuständigkeit war gegeben. Eine Anhörung nach § 28 I VwVfG hat nicht stattgefunden. Sie war auch nicht nach § 28 II Nr. 5 VwVfG entbehrlich, weil es sich bei dem zu erlassenden Kostenbescheid nicht mehr um eine Maßnahme „in der Zwangsvollstreckung“ handelt. Ein eventueller Verfahrensverstoß könnte jedoch nach § 45 I Nr. 3 VwVfG geheilt werden und zwar bis zum Abschluss der ersten Instanz des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Dann fragte P, ob das schon immer so gewesen sei. Früher war die Heilung wohl nur bis zur letzten Verwaltungsentscheidung, also bis zum Erlass des Widerspruchsbescheides, möglich. Soweit ich mich erinnern kann, ist die Änderung auf das Bürokratieabbaugesetz zurückzuführen, weil nach § 6 AG VwGO das Vorverfahren nunmehr die Ausnahme ist.

Wir sollten dann einen eventuellen Widerspruch prüfen. Hierzu mussten wir zunächst die Rechtmäßigkeit der Abschleppmaßnahme prüfen.

Wir prüften das gestreckte Verfahren nach § 55 I VwVG, stellten aber fest, dass keine Androhung des Zwangsmittels nach § 63 I S. 1 VwVfG erfolgt ist. Dann prüften wir den Sofortvollzug nach § 55 II VwVG und bejahten dessen Voraussetzungen. Die Abschleppmaßnahme war auch verhältnismäßig, weil der Sohn des A, der im Besitz eines Schlüssels war, nicht in Düsseldorf, sondern in Leverkusen wohnt.

Dann war die Zeit um. Alles in einem eine gut machbare Prüfung.

# 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<br>Protokollwissen       | <b>Prüfungsstoff im Mündlichen</b><br>1/3<br>Zeitschriftenwissen der letzten Monate | 1/3<br>unbekannter Stoff |
| <b>Protokolle anfordern!</b> | <b>ZA lesen!</b>  | <b>Phantasie zeigen!</b> |

## 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](http://www.juridicus.de))

**Zahlung nur im Voraus oder bei Abholung**

